

جامع المقاصد الجزء: ١٣

المحقق الكركي

الكتاب: جامع المقاصد
المؤلف: المحقق الكركي

الجزء: ١٣

الوفاء: ٩٤٠

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: جمادي الأولى ١٤١١

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
(ش) ٢٨٨	إذا شرط العاقد حرية الزوجة فظهرت أمة
٧	كتاب النكاح النكاح المنقطع: بيان مشروعية النكاح المنقطع
٩	ذكر الألفاظ التي ينعقد بها هذا النكاح
١٢	ما يشترط توفره في المتعاقدين
١٢	حرمة العقد على الوثنية والناصبية والأمة على الحرية
(ش) ١٥	اشتراط إذن العمة أو الخالة في العقد على بنت الأخ أو الأخت
١٦	كراهية التمتع بالزانية
(ش) ١٧	حكم التمتع ببيكر لها أب مع عدم استئذانه
١٩	وجوب المهر وما يجب اشتراطه فيه
٢٢	وجوب دفع المهر بالعقد
٢٥	اشتراط الأجل، وتعيينه بما لا يحتمل الزيادة والنقصان
٣١	أحكام النكاح المنقطع: لزوم ما يشترط في متن العقد إذا كان سائغا "
٣٣	اشتراط الاتيان في وقت دون آخر، ومرة أو مرات
٣٣	جواز العزل فيه دون اذن الزوجة
٣٤	حكم الطلاق، والايلاء، واللعان، والظهار في المتمتع بها
٣٧	لا توارث بين الزوجين المتمتعين
٤٠	وجوب العدة مع انقضاء المدة أو موت الزوج
٤٤	ثبوت العقد المنقطع فيما لو أسلم المشرك عن كتابية فما زاد
٤٦	فروع: أ: عدم نقصان المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض
٤٨	ب: لو كان العقد على مدة متأخرة
٤٨	ج: لو مات الزوج قبل المدة المقررة وكان العقد على مدة متأخرة
٤٩	نكاح الإماء: النكاح بالعقد: ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد
٥١	حلية العقد على مملوكة الغير باذن سيدها
٥٢	عدم اشتراط اسلام الأمة في المتعة
٥٣	حكم التزويج بالكتابية
٥٤	بيان اشتراط عدم الطول وخوف العنت في وطء الأمة
٥٨	عدم جواز وطء الأمة لو كان الرجل مفلسا " ووجد حرة ترضى بالمؤجل
٦٠	عدم جواز عقد النكاح بين العبد والأمة إلا برضى مالكيهما
٦١	احتساب مهر العبد ونفقة زوجته من السيد بعد اذنه
٦٣	احتمال ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد
٦٦	احتمال ثبوت النفقة في رقبته
٧١	حكم الولد الحاصل من أبوين مملوكين أو أحدهما
٧٥	لو تزوج الحر الأمة من غير اذن مالكيها

- ٧٧ لو تزوج العبد الأمة من غير اذن مالِكها
- ٧٨ لو كان الوطاء جهلا " أو لشبهة
- ٧٩ لو ادعت الأمة الحرية فعقد عليها
- ٨٣ لو تزوج العبد بحرة من دون اذن
- ٨٧ إذا زنا العبد بأمة غير مولاه وأحبها
- ٨٧ إذا زوج السيد أمته من عبده
- ٩٤ لو تزوج العبد بمملوكة فأذن له مولاه في شرائها
- (٩٦)ش إذا عقد الحر على أمة مملوكة مشتركة بين اثنين ثم اشترى حصة أحدهما
- ١٠١ مبطلات العقد على الإمام: أولا: العتق إذا أعتقت الأمة وكان زوجها عبدا "
- ١٠٤ إذا أعتقت الأمة وكان زوجها حرا "
- ١٠٥ إذا اختارت المعتقة الفراق في موضع ثبوته
- ١٠٦ لو أخرجت المعتقة الفسخ لجهالة العتق
- ١٠٨ لو اختارت المعتقة المقام
- ١١٠ لو طلقت الأمة رجعيًا " ثم أعتقت وهي في العدة
- ١١٢ لا خيار للأمة لو أعتق بعضها
- ١١٣ لو أعتقت الأمة وزوجها نصف حر
- ١١٥ إذا أعتق الزوج وكان تحته أمة
- ١١٦ لو زوج السيد عبده لأمته ثم أعتقت أو أعتقا معا
- ١١٧ جواز جعل عتق الأمة مهرا " لها
- ١٢٧ حكم جعل عتق بعض الأمة مهرا لها
- ١٣١ إذا أعتق جاريتها وجعل عتق بعضها مهرا
- ١٣٢ حكم بيع أم الولد
- ١٣٩ ثانيا: البيع إذا بيع أحد الزوجين المملوكين تخير المشتري على الفور في امضاء العقد وفسخه
- ١٤٣ لو باعها المالك الواحد على اثنين
- ١٤٣ مهر الأمة لسيدها
- ١٤٨ لو باع عبده فللمشتري الفسخ وعلى المولى نصف المهر للحر
- ١٤٩ لو باع أمة وادعى أن حملها منه فأنكر المشتري
- ١٥١ ثالثا: " الطلاق طلاق العبد بيده
- (١٥٢)ش ليس للسيد اجبار عبده على الطلاق ولا منعه منه
- (١٥٤)ش حكم الطلاق إذا كان العبد وزوجته لمالك واحد
- ١٥٩ لو طلقت الأمة ثم بيعت
- ١٦٠ النكاح بالملك: جواز وطاء الإمام بملك اليمين
- ١٦١ لو زوج السيد أمته حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوة
- ١٦٤ ليس لمولى الأمة فسخ عقدها إذا كان زوجها حرا "
- ١٦٤ جواز الجمع بين البنت وأمها، والأختين في الملك دون الوطاء
- ١٦٥ جواز تملك كل من الأب والبنت موطوءة الاخر دون وطئها

١٦٥	عدم حلية الأمة المشتركة على الشريك إلا بإباحة صاحبه
١٦٦	بيان حكم عدة الأمة لو فسخ المشتري نكاحها
١٦٧	وجوب استبراء الأمة عند تملكها
١٧١	عدم وجوب استبراء الأمة عند تملكها إذا كانت يائسة أو حاملا " أو لامرأة
١٧٦	جواز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم
١٧٨	جواز إباحة الأمة للغير، وبيان شروط ذلك
١٨٢	بيان ألفاظ التحليل
١٨٤	جواز توكيل الشريك شخصاً " ثالثاً " في اجراء الصيغة
١٨٥	بيان أن إباحة الأمة عقد تمليك منفعة
١٨٧	لو أباح السيد أمته لبعده
١٩٠	جواز تحليل المدبرة وأم الولد دون المكاتبه
١٩١	حكم وطء الأمة المشتركة
١٩٢	لو أباح الوطاء حلت مقدمات الاستمتاع دون العكس
١٩٣	حكم وطء الأمة من دون اذن سيدها
١٩٤	حكم الولد الحاصل بتحليل وطء الأمة
١٩٧	مسائل متفرقة: كراهية وطء الفاحرة والمولودة من الزنا، والنوم بين حرتين
١٩٨	جواز استخدام السيد أمته المتزوجة نهارة " وتسليمها إلى زوجها ليلاً "
٢٠٣	حكم المهر فيما لو قتل السيد أمته المتزوجة قبل الدخول
٢٠٥	إذا عقد لشهادة اثنين لها بالحرية وأولدها، ثم تبين رقتها
٢٠٦	عدم اشتراط تعيين المدة في التحليل
٢٠٧	بيان حكم وطء دبر الجارية المشتراة قبل استبرائها
٢٠٨	كراهة وطء قبل الجارية الحامل المشتراة قبل الوضع أو مضي أربعة أشهر وعشرة أيام
٢٠٩	وجوب استبراء الأمة مع تقايل المتبائعين
٢١٠	لو طلقت الأمة المجعول عتقها مهراً " قبل الدخول
٢١٢	انفساخ العقد بملك كل من الزوجين صاحبه
٢١٦	حكم انفساخ العقد لو ملك المكاتب زوجة سيده
٢١٨	العيب والتدليس أصناف العيوب بيان أن الجنون من العيوب المشتركة بين الزوج والزوجة
٢٢٣	العيوب المختصة بالرجل: الجب
٢٢٦	: الخصاء
٢٢٨	: العنة
٢٣٥	العيوب المختصة بالمرأة: الحذام
٢٣٦	: البرص
٢٣٧	: القرن
٢٣٩	: الافضاء
٢٣٩	: العمى
٢٤١	: العرج
٢٤٣	: الرتق

٢٤٩	أحكام العيوب: فورية خيار الفسخ
٢٥١	حكم الفسخ بالعيب المتجدد بعد الوطاء أو الحاصل بعد العقد وقبل الوطاء
٢٥٣	عدم مانعية الوطاء من الفسخ بالعيب السابق على العقد
٢٥٩	لزوم الزوج المهر لو كان العيب فيه وقد فسخت الزوجة
(٢٦٠)ش	حكم وطاء الخصي
٢٦١	ثبوت قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة
٢٦١	ما تثبت به العنة
٢٦٣	تصديق الزوج لو ادعى الوطاء قبلاً أو دبراً " أو وطأ غيرها بعد ثبوت العنة
٢٦٦	لزوم العقد عند ثبوت العنة وصبر الزوجة
٢٦٨	بيان أن الجذام عيب مختص بالمرأة أم مشترك بينهما
٢٧٠	ما تثبت به العيوب
٢٧١	ثبوت الخيار للزوجين إذا كان بكل منهما عيب
٢٧٣	عدم سقوط ما يجب بالطلاق لو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب
٢٧٤	وجوب العدة عند فسخ أحدهما بعد الدخول
٢٧٧	ما تسقط به حكم العنة
٢٧٩	لو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة
٢٨١	التدليس: بيان ما يتحقق به التدليس
٢٩١	إذا لم يشترط العاقد الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة
٢٩٤	ثبوت الخيار مع رقية بعض الزوجة
٢٩٥	لو تزوجته على أنه حر فبان عبداً "
٢٩٦	لو تزوجها على أنها بنت مهيبة فبانت بنت أمة
٣٠٠	لو أدخل الأب بنته من الأمة على من زوجه بنت مهيبة
٣٠١	لو شرط البكارة فبانت ثيباً "
٣٠٥	لو تزوجها على أنها مسلمة فظهرت كتابية
٣٠٧	لو أدخلت امرأة كل واحد من الزوجين على صاحبه فوطأها
٣١٥	ثبوت المسمى في كل وطاء عن عقد صحيح
٣١٥	فروع: أ: لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيماً "
٣١٧	ب: كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقد
٣١٩	ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمة
٣٢٤	د: لو غرته المكاتبية
٣٢٧	ه: لا يرجع بالغرامة على الغار إلا بعد أن يغرم القيمة أو المهر للسيد
(٣٢٩)ش	و: حكم الفسخ لو انتسب الزوج إلى قبيلة فبان من غيرها
٣٣٣	أحكام المهر المهر الصحيح: ما يجب توفره في المهر الصحيح
٣٣٦	لو عقد الذميان على خمر أو خنزير ثم أسلم أحدهما
٣٣٧	لا تقدير للمهر قلة وكثرة
٣٤٠	عدم شرطية ذكر المهر في العقد
٣٤٢	صحة النكاح لو تزوج الرجل عدة نساء بمهر واحد

٣٤٣	لو تزوجها على خادم أو بيت أو دار ولم يعين ولا وصف
٣٤٤	لو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه (ص)
٣٤٤	لو أصدقها تعليم سورة
٣٤٩	ضمان المهر في يد الزوج إلى أن يسلمه
٣٥٢	بيان أحكام تلف المهر
٣٥٣	للزوجة أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر
٣٥٨	حكم المهر فيما لو منعت الزوجة نفسها من الزوج
٣٦٣	وجوب كمال المهر بالوطء أو الموت
٣٦٨	استحباب تقليل المهر وكرهية تجاوز مهر السنة
٣٧١	المهر الفاسد: أسباب فساد المهر: عدم قبوله للملك
٣٨٠	: جهالة المهر
٣٨٧	: اشتراط ما يخل بمقصود النكاح
٤٠٠	: استلزام ثبوت نفي النكاح
٤٠٣	: أن يزوجها الولي بدون مهر مثلها
٤٠٧	: مخالفة أمر الزوجة في المهر
٤١٤	تفويض البضع بيان تعريف التفويض
٤١٦	صحة التفويض في البالغة الرشيدة
٤١٧	حكم تزويج الولي مفوضته أو بدون مهر المثل
٤١٩	حكم تزويج السيد أتمته مفوضة
٤٢٠	استحقاق المفوضة مهر المثل عند الوطء
٤٢١	لو مات أحد الزوجين قبل الدخول والطلاق والفرض
٤٢٢	لو تراضى الزوجان بعد العقد بالفرض
٤٢٣	اعتبار مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة أهلها
٤٣١(ش)	وجوب المتعة بحسب حال الزوج للمفوضة المطلقة قبل الدخول
٤٣١(ش)	عدم استحقاق المتعة إلا للمطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها
٤٣٣	للمفوضة المطالبة بفرض المهر قبل الوطء
٤٣٥	لو فرض المهر أجنبي ودفعه إليها
٤٣٨	بطلان الفرض لو لم ترضى المفوضة بما فرضه الزوج
٤٣٩(ش)	وجوب قبول فرض الزوج إذا كان بقدر مهر السنة أو أكثر
٤٤٠	وجوب مهر المثل فيما لو وطأ الزوج المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها
٤٤١	تخفيف المهر للزوج القريب أو الشريف إذا كان من عاداتهم ذلك
٤٤٢	جواز اثبات الاجل في المفروض والزيادة على مهر المثل
٤٤٣	لو أبرأت المفوضة الزوج قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل أو من المتعة
٤٤٤	عدم اعتبار مسامحة واحدة من العشيرة
٤٤٥	اعتبار مهر المثل يوم الوطء في النكاح الفاسد
٤٤٧	لو دخل الزوج ولم يسم لها شيئاً وقدم لها شيئاً

جامع المقاصد
في شرح القواعد

(١)

جامع المقاصد
في شرح القواعد
تأليف

المحقق الثاني
الشيخ علي بن الحسين الكركي
المتوفى سنة ٩٤٠ هـ
الجزء الثالث عشر
تحقيق

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

(٣)

جميع الحقوق محفوظة ومسجلة
لمؤسسة آل البيت - عليهم السلام - لإحياء التراث
الكتاب: جامع المقاصد في شرح القواعد - ج ١٣
المؤلف: المحقق الثاني، الشيخ علي بن الحسين الكركي
تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث - قم المشرفة
الطبعة: الأولى - جمادى الأولى ١٤١١ هـ
المطبعة: مهر - قم
الكمية: ٢٠٠٠ نسخة
السعر: ٢٠٠٠ ريال

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٥)

تنبيه

النسخة المعتمدة التي اعتمدها في تحقيقنا لكتاب القواعد
هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه
للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تخفي على القارئ
اللييب

مؤسسة آل البيت - عليهم السلام - لإحياء التراث
قم - صفائية - ممتاز - پلاك ٧٣٧ - ص. ب ٩٩٦ / ٣٧١٨٥ - هاتف ٢٣٤٥٦

(٦)

الباب الرابع:
في باقي أقسام النكاح وفيه مقصدان:
الأول: في المنقطع، وهو سائغ في شرع الإسلام.

-
- (١) في نسخه " ش " : وإنما سمي منقطعاً في مقابل النكاح الدائم. وإنما سمي متعاً لأن الغرض منه محض التمتع والشهوة، دون الولد واستدامة المعاش.
- (٢) الكافي ٥ : ٤٤٨ باب المتعة، الفقيه ٣ : ٢٩١ باب المتعة، التهذيب ٧ : ٢٥٠ حديث ١٠٨١ وغيرها، الاستبصار
- ٣ : ١٤١ حديث ٥٠٧ وغيرها. وانظر: الوسائل باب ١ من أبواب المتعة.
- (٣) انظر: التفسير الكبير ١٠ : ٤٩، أحكام القرآن للقرطبي ٥ : ١٣٣.
- (٤) صحيح مسلم ٢ : ١٠٢٣ حديث ١٥.
- (٥) التفسير الكبير ١٠ : ٤٩، أحكام القرن للقرطبي ٥ : ١٣٣، سنن البيهقي ٧ : ٢٠٦.

(٧)

روى ذلك مسلم وغيره من أعيان محدثيهم (١)، ورووا أن عمر قال على المنبر: متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله حلالا أنا أحرمهما وأعاقب عليهما (٢) وأخبارهم في ذلك كثيرة (٣).

وأما أصحابنا رضي الله عنهم فإنهم مع إطباقهم على شرعيته قائلون باستحبابه، وأخبارهم ناطقة بذلك (٤).

روى ابن بابويه في الفقيه: أن الصادق عليه السلام قال: " ليس منا من لم يؤمن بكرتنا ويستحل متعتنا " (٥).

وروى عن صالح بن عقبة عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: للمتمتع ثواب؟ قال: " إن كان يريد بذلك الله تعالى وخلافا على من أنكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله له بها حسنة، ولم يمد يده إليها إلا كتب الله تعالى له حسنة، فإذا دنا منها غفر الله تعالى له بذلك ذنبا، فإذا اغتسل غفر الله له بعدد ما مر من الماء على شعره " قلت: بعدد الشعر؟ قال: " نعم بعدد الشعر " (٦).

وقال أبو جعفر عليه السلام: " إن النبي صلى الله عليه وآله لما أسري به إلى السماء قال: لحقني جبرئيل عليه السلام فقال: يا محمد إن الله تبارك وتعالى يقول: إني قد غفرت للمتمتعين من أمتك من النساء " (٧).

وفيه قال الصادق عليه السلام: " إني لأكره للرجل أن يموت وقد بقيت خلة

(١) صحيح مسلم ٢: ١٠٢٣ حديث ١٦ و ١٧.

(٢) سنن البيهقي ٧: ٢٠٦.

(٣) سنن البيهقي ٧: ٢٠٦، مسند أحمد بن حنبل ٣: ٣٢٥.

(٤) الكافي ٥: ٤٦٥ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٤. وانظر: الوسائل ١٤: ٤٤٢ باب استحباب المتعة.

(٥) الفقيه ٣: ٢٩١ حديث ١٣٨٤.

(٦) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠١.

(٧) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠٢.

وفيه فصلان:
الأول: في أركانه، وهي أربعة:
الأول: العقد، وألفاظ الإيجاب كالدائم: زوجتك، وأنكحتك، ومتعتك
بكذا مدة كذا.
ولا ينعقد بالتملك، والهبة، والإجارة، والبيع، والإباحة وغيرها.
والقبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت ورضيت مطلقا، أو مقيدا
بلفظ الإيجاب، أو بمعناه.

من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأتها ". فقلت: فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: " نعم " وقرأ هذه الآية: * (وإذ أسر النبي إلى بعض أزواجه حديثا - إلى قوله - ثيبات وأبكارا) * (١) والأخبار في ذلك كثيرة (٢).
قوله: (وفيه فصلان: الأول: في أركانه وهي أربعة:
الأول: العقد، وألفاظ الإيجاب كالدائم: زوجتك، وأنكحتك، ومتعتك
بكذا مدة كذا، ولا ينعقد بالتملك والهبة والإجارة والبيع والإباحة وغيرها.
والقبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت ورضيت مطلقا، أو مقيدا
بلفظ الإيجاب، أو بمعناه).
عقد المتعة كالدوام من العقود اللازمة من الطرفين، فيعتبر فيه العقد المشتمل
على الإيجاب والقبول، الواقعين بالعربية، بغير فصل بكلام آخر بينهما أو بزمان طويل
عادة، بالعربية كما سبق تحقيقه في الدائم.
وألفاظ الإيجاب ثلاثة لا يجزئ غيرها عند أكثر الأصحاب: زوجت، وأنكحت،
ومتعت ولا خلاف في أجزاء كل منها، وإن اختلف في أجزاء متعتك في الدائم.

(١) سورة التحريم: ٣ - ٥، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٦.
(٢) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠٣، وانظر: الوسائل ١٤: ٤٤٢ باب استحباب المتعة.

ولو قدمه فقال: تزوجت، فقالت: زوجتك، صح.

والفرق أن لفظ التمتع حقيقة بنكاح المتعة، وقد يناقش في قول المصنف: (وألفاظ الإيجاب كالدائم) لأن المشبه به أصل فيجب أن يكون أقوى، ولعله أراد بالتشبيه الانحصار في ذلك، لتطرق توهم الإجزاء بلفظ غير الثلاثة، لأن هذا النكاح شرعا واتفاقا، فيناسبه زيادة التخفيف فيه على أنه لا يجزئ سوى هذه الألفاظ. ويستفاد من ذلك رد مقالة المرتضى: أن تحليل الأمة عقد متعة (١)، فيكون منعقدا بلفظ بحت، ولا بد من التعيين من الزوجة، فتقول: متعتك نفسي، إن كان العاقد هو المرأة، وإلا وجب تعيينها كما سبق في الدائم سواء.

ولو كان لرجل عدة بنات فزوج إحداهن متعة، ثم اختلف هو والزوج في المعقود عليها، وكان الزوج قد رآهن، فهل ينسحب ما سبق في الدائم عند من يقول بالصحة؟ يحتمل ذلك، ولما لم يكن بد من ذكر المهر هنا وكذا الأجل، صرح المصنف بقوله في صورة العقد: (بكذا مدة كذا) ولم يفعل كما فعل في صورة عقد الدوام. وأكد ما سبق بقوله: (ولا ينعقد بالتمليك والهبة والإجارة والبيع والإباحة وغيرها) مثل الصلح وغيره، سواء قصد بأحد هذه الألفاظ مدلوله الحقيقي أو تجويزه في النكاح قطعا، لأن العقود اللازمة إنما تنعقد بالألفاظ الصريحة في ذلك الباب دون ما سواها، مع أن الأمر في الفروج مبني على الاحتياط التام.

وألفاظ القبول كل ما دل على الرضى بالإيجاب كقبلت ورضيت مطلقا، أي خاليا من التقييد بشئ، أو مقيدا: إما بلفظ الإيجاب مثل قبلت التزويج إذا كان الإيجاب به، أو قبلت النكاح والإيجاب بالتزويج، ولا يشترط التقييد عندنا كما سبق بيانه في الدائم.

قوله: (ولو قدمه فقال: تزوجت، فقالت: زوجتك صح).

(١) نقل عنه هذا القول في التنقيح الرائع ٣: ١١٨.

ولا بد من صيغة الماضي في الطرفين.
وقيل: لو قال: أتزوجك بكذا مدة كذا منشئا، فقالت: زوجتك، صح.

الأصل في الإيجاب في كل عقد أن يكون مقدما على القبول، لأن حقيقة الرضى بالإيجاب، فلا بد من تحققه في نفسه ليتمكن الرضى به، فلو قدم القبول في شيء من العقود اللازمة ففي اعتبار ذلك العقد قولان، أصحهما العدم. واستثنى المصنف وجماعة النكاح، فجوزوا تقديم القبول فيه تعويلا على رواية تقدم ذكرها في أول كتاب النكاح، وهي رواية سهل الساعدي (١). ولأن الحياء يمنع المرأة غالبا من الابتداء بالإيجاب، فإذا ابتداء هو بالقبول متضمنا لكل ما يطلب وقوع الإيجاب عليه من مهر وأجل وغيرهما خفت المؤنة عليها، فجاز التقديم لذلك، وبقي الجواز إذا عقد وكيلها أو وليها لقيامه مقامها.

وقد ادعى الشيخ الإجماع على الجواز (٢)، ولا بأس بذلك وإن كان اعتبار تقديم الإيجاب لا يخلو من قوة، لأن الأسباب بتوقيف الشارع، وقد بينا فيما سبق أن الرواية لا دلالة فيها على خلاف ذلك.

قوله: (ولا بد من صيغة الماضي في الطرفين، وقيل: لو قال: أتزوجك بكذا مدة كذا منشئا، فقالت: زوجتك صح).

لما كان لفظ الفعل الماضي إذا وقع إنشاء لا يحتمل معنى آخر سوى ثبوت الفعل في الحال، بخلاف لفظ الفعل المستقبل فإنه كما يحتمل الثبوت في الحال يحتمل في الاستقبال، فإن بعث مثلا إذا وقع إنشاء لا يحتمل إلا إيقاع البيع في الحال، بخلاف أبيع، كان لفظ الماضي صريحا بالإضافة إلى المقصود بخلاف غيره، فلذلك تعين للإنشاء في العقود اللازمة صيغة الماضي ولم (يكتف بغيرها، إذ لا يعتبر فيها إلا الألفاظ

(١) صحيح مسلم ٢: ١٠٤١ حديث ١٤٢٥، سنن أبي داود ٢: ٢٣٦ حديث ٢١١١، سنن النسائي ٦: ١١٣، سنن البيهقي ٧: ٢٤٢.
(٢) المبسوط ٤: ١٩٤.

الثاني: المتعاقدان ويجب كونهما كاملين، وإسلام الزوجة، أو كونها كتابية، فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات، وإسلام الزوج، وإيمانه إن كانت المرأة كذلك. وتحرم الوثنية، والناصبية المعلنة بالعداوة،

الصريحة في كل باب من الأبواب دون غيرها من ألفاظ المجاز والكنيات. ولما كان النكاح موضع الاحتياط في نظر الشرع، لما عهد شرعا من كمال عناية الشارع بالاحتياط في الفروج، كان أولى بهذا الحكم من غيره. وقد خالف جمع من الأصحاب في ذلك، فاكتفوا بصيغة المستقبل في الدوام كما سبق. وكذا في المتعة تعويلا على رواية أبان بن تغلب، عن أبي عبد الله عليه السلام في المتعة كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: " تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه - إلى أن قال - فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك " (١) الحديث، ولأن شرعية المتعة تسهила على المكلفين، فيناسبها التخفيف بتكثير العبارات. وفي الدليل ضعف، لمنع سند الرواية، وأنه يلزم منها خلو العقد عن الإيجاب، فإن نعم في جواب أتزوجك لا يكون إيجابا، لأنه قبول، ولا شئ من العقود اللازمة كذلك، والتسهيل لا يقتضي ذلك بخصوصه. ولم يصرحوا بانعقاد المتعة بلفظ نعم، لكن القول الذي سبق في الدوام يطرد فيه بطريق أولى، والأصح أنه لا ينعقد بغير لفظ الماضي.

قوله: (الثاني: المتعاقدان، ويجب كونهما كاملين، وإسلام الزوجة أو كونها كتابية، فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات، وإسلام الزوج، وإيمانه إن كانت الزوجة كذلك. وتحرم الوثنية، والناصبية المعلنة بالعداوة،

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٦٥ حديث ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٥١.

والأمة على الحرة إلا بإذنها، فيقف أو يبطل على خلاف.
وبنت الأخ أو الأخت على العممة أو الخالة إلا مع إذنهما، فيقف أو يبطل.
ولو فسخت الحرة أو العممة أو الخالة بطل إجماعاً.

والأمة على الحرة إلا بإذنها، فيقف أو يبطل على خلاف، وبنت الأخ أو الأخت على العممة والخالة إلا مع إذنهما فيقف أو يبطل، ولو فسخت الحرة أو العممة أو الخالة بطل إجماعاً).

يشترط في كل من المتعاقدين في النكاح المنقطع شروط، فبدونها لا يعتد بالنكاح:

الأول: يجب كونهما كاملين، بمعنى أنه لا بد من ذلك، فلو انتفى وصف الكمال عنهما أو عن أحدهما لم يعتد بالعقد الواقع بينهما، بل كان باطلاً، سواء كان العاقد الزوجين أو وليهما أو وكيلهما. ويتحقق الكمال بالعقل والبلوغ والحرية والرشد، وقد مر تحقيق ذلك كله مستوفياً في النكاح الدائم، فلا حاجة إلى إعادته.

الثاني: إسلام الزوجة أو كونها كتابية، لكن هذا إنما يشترط إذا كان الزوج مسلماً، أما الكافر فإنه لا يمنع من العقد على الوثنية متعة ولا دواماً وإن كان ذمياً، ولو أسلماً بعد العقد فهو بحاله، وقد سبق فتوى المصنف في البحث عن أحكام الكفر بجواز المتعة بالكتابية والمجوسية ومنع الدوام، وظاهر عبارته هنا يقتضي منع المتعة بالمجوسية حيث اشترط إسلام الزوجة أو كونها كتابية، وكأنه اعتمد على ما بينه هناك فتسامح هنا.

واعلم أن المتبادر من قوله: (فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات) وجوب ذلك عليه، مع احتمال أن يريد به الجواز، وكذا عبر معظم الأصحاب. وعلى كل من التقديرين إشكال: أما على تقدير إرادة الوجوب، فلأن أهل الذمة لا يجوز التعرض إليهم فيما يعتقدون حله من المحرمات والمنكرات ما لم يتظاهروا

به، بل هم مقرون عليه، سواء في ذلك الزوجة وغيرها، فكيف يجب منعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات.

وأما على تقدير الجواز، فلأنه وإن جاز له منعها من شرب الخمر، لأنه مظنة الإسكار المنقص للاستمتاع والمفوت للعفة، من حيث أنها حينئذ لا ترد يد لامس، وكذا ما جرى مجراه من الأشياء المستقدرة، إلا أنه ليس له منعها من كل محرم، لما سبق.

وقد ذكر المصنف في التذكرة في أحكام نكاح الكفر: أن للزوج المنع من لبسها جلد الميتة إذا كان له رائحة منتنة، وبدونها إشكال (١).

وقد يسألها هنا عن شيء وهو: أنه ما الذي يراد بالتظاهر، أهو ارتكاب الشيء علانية بحيث لا يبالي فاعله بمن يطلع عليه، أم فعله بحيث يطلع عليه ولو بعض المسلمين وإن اعتمد الفاعل المستتر به وأخفاه؟ والذي يلوح من كلامهم هو الأول، ولولا ذلك لم يكن للإشكال في كلام التذكرة هذا وجه.

الثالث: إسلام الزوج وإيمانه إن كانت الزوجة كذلك، أما إسلامه إذا كانت الزوجة مسلمة فبالنص والإجماع، قال سبحانه وتعالى: * (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) * (٢) وأما إيمانه إذا كانت الزوجة مؤمنة فهو أصح القولين عند الأصحاب، وقد قدمنا في النكاح الدائم دليل القولين وتصحيح الأصح منهما.

واعلم أن المصنف إنما جمع بين الإسلام والإيمان، وإن كان اشتراط الأخص يغني عن اشتراط الأعم، لأنه حاول التنبيه على اشتراط الإسلام إذا كانت الزوجة مسلمة، والإيمان إذا كانت مؤمنة، فكأنه أراد اشتراط الإسلام إذا كانت الزوجة مسلمة واشتراط الإيمان.

(١) التذكرة ٢: ٦٤٦.

(٢) البقرة ٢٢١.

الرابع: كون الزوجة غير وثنية، وقد علم هذا من قوله: (وإسلام الزوجة أو كونها كتابية). وكذا يشترط كونها غير ناصبة معلنة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام، وهذا أيضا معلوم من اشتراط إسلامها أو كتابيتها، لأن الناصب شر من اليهودي والنصراني.

وقد روى الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " لا يتزوج المؤمن الناصبة المعروفة بذلك " (١).

وروى فضيل عن أبي جعفر عليه السلام قال: ذكر الناصب فقال: " لا تناكحهم ولا تأكل ذبيحتهم ولا تسكن معهم " (٢).

واعلم أن قول المصنف: (المعلنة بالعداوة) تفسير للناصبية، فإن المراد بالناصب من يعلن بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام، وليس كل مخالف ناصبا.

الخامس: كون الزوجة غير أمة لمن عنده حرة، إلا أن تأذن الحرة لمثل ما سبق في النكاح الدائم، فإن بادر إلى العقد من دون إذنها ففي بطلانه من رأس أو وقوفه على الإجازة القولان المذكوران سابقا، والأصح هناك هو الأصح هنا.

السادس: أن لا تكون بنت الأخ ولا بنت الأخت لمن عنده العمه أو الخالة إلا بإذنها، فإن بادر وعقد بدون الإذن ففي البطلان أو وقوفه على إجازتهما القولان السابقان، والترجيح كما سبق. ولا فرق بين كون العمه والخالة معقودا عليهما متعة أو دواما، وكذا الأمة لصدق الزوجية على كل تقدير.

واعلم أن في قول المصنف: (ولو فسخت الحرة أو العمه أو الخالة بطل إجماعا) تسامحا، لأن البطلان لا يترتب على الفسخ إلا عند من يقول بوقوع العقد موقوفا دون من يرى بطلانه من رأس، وكأنه أراد أنه لو فسخت إحداهن كان بطلان العقد

(١) الكافي ٥: ٣٤٨ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣٠٢ حديث ١٢٦٠، الاستبصار ٣: ١٨٣ حديث ٦٦٤.

(٢) التهذيب ٧: ٣٠٣ حديث ١٢٦٤، الاستبصار ٣: ١٨٤ حديث ٦٦٨.

وتكره الزانية، فيمنعها لو فعل، وليس شرطاً. وعدم استئذان الأب في البكر، والتمتع ببكر ليس لها أب، فلا يقتض لو فعل، وليس محرماً.

حينئذ محل وفاق.

واعلم أيضاً أنه كما يشترط ما ذكر، كذا يشترط كون الزوجة ليست إحدى المحرمات عينا أو جمعا، ولم يتعرض المصنف إلى ذلك اكتفاء بما سبق.

قوله: (ويكره الزانية، فيمنعها لو فعل، وليس شرطاً. وعدم استئذان الأب في البكر، والتمتع ببكر ليس لها أب ولا يقتض لو فعل، وليس محرماً). قد سبق ذكر الشروط التي لها دخل في صحة العقد، والمطلوب هنا بيان ماله دخل في كماله، وبيانه في مباحث:

الأول: يكره التمتع بالزانية، فإن فعل فليمنعها من الزنا وجوبا عليه من باب الحسبة، وليس شرطاً في حل المتعة.

ومنع الصدوق في المقنع من التمتع بها (١)، وقال ابن البراج: لا يعقد على فاجرة إلا إذا منعها من الفجور (٢). والأصح الأول.

لنا: الأصل، وقوله تعالى: * (وأحل لكم ما وراء ذلكم) * (٣).

وما رواه علي بن يقطين قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة، قال: (فواسق)، قلت: فأتزوج منهن قال: (نعم) (٤).

احتج المخالف بقوله تعالى: * (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) * (٥).

(١) المقنع: ١١٣.

(٢) المهذب ٢: ٢٤١.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) التهذيب ٣: ٢٥٣ حديث ١٠٩١، الاستبصار ٣: ١٤٣ حديث ٥١٧.

(٥) النور: ٣.

بصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام، إلى أن قال: فإن اتهمتها قال: " لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونة إن الله تعالى يقول: * (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) * (١).

وبما رواه محمد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة الحسنة الفاجرة هل يجوز للرجل أن يتمتع منها يوماً أو أكثر فقال: " إذا كانت مشهورة بالزنا فلا تتمتع منها ولا تنكحها " (٢)، ولأنه لا يؤمن اختلاط المياه والأنساب. ويلوح من كلام ابن بابويه وابن البراج أن كلا منهما مستقل بقوله غير قول الآخر.

والجواب إن الآية لا تدل على تحريم النكاح، والمشار إليه ب (ذلك) يحتمل كونه الزنا، وقد قيل: إن نكاح الزانية كان محرماً في أول الإسلام ثم نسخ بقوله تعالى: * (وأنكحوا الأيامى منكم) * (٣).

وأما الخبران فإنهما محمولان على الكراهية جمعاً بين الأخبار، على أن الأول لا يدل على أزيد من الكراهية، لأن المفهوم من قوله: " لا ينبغي " هو ذلك. وأما اختلاط المياه والأنساب فدفعه بأن الزاني لا ماء له، ومن ثم لم يكن المنع من الزنا شرطاً.

الثاني: يكره التمتع ببيكر لها أب مع عدم استئذانه إذا كانت بالغة رشيدة، ومنع الشيخ من الإفضاء إليها مع قوله بالجواز (٤)، واحتاط ابن البراج بالمنع من العقد

(١) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٩٢ حديث ١٣٨٨، التهذيب ٧: ٢٦٩ حديث ١١٥٧. الاستبصار ٣:

١٥٣ حديث ٥٦٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٦، التهذيب ٧: ٢٥٢ حديث ١٠٨٧ الاستبصار ٣: ١٤٣ حديث ٥١٣.

(٣) ذهب إليه سعيد بن المسيب كما في التفسير الكبير ٢٣: ١٥١.

(٤) النهاية: ٤٩٠.

عليها إلا بإذنه (١).
 ومنع الصدوق (٢)، وأبو الصلاح من العقد عليها بدون إذنه (٣). والأصح الأول.
 لنا: إنها بالغة يجوز العقد عليها دائما فيجوز منقطعاً، لأنه أحد النكاحين.
 وما رواه سعد بن مسلم عن رجل عن الصادق عليه السلام قال: " لا بأس
 بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها " (٤)، والتزويج صادق على المتعة فيعمها،
 لوقوعه في سياق " لا ".
 احتج المانع برواية أبي مريم عن الصادق عليه السلام قال: " إن العذراء التي
 لها أب لا تتزوج متعة إلا بإذن أبيها " (٥).
 وما رواه أبو سعيد عن الحلبي قال: سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين
 أبويها بلا إذن أبويها فقال: " لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعف بذلك " (٦).
 وجوابه: إن الخبر الأول يراد به التي لم تبلغ، جمعا بينه وبين غيره من الأخبار
 الدالة على جواز التمتع بالبكر وإن كانت بين أبويها، أو أن المراد به الكراهية كالذي
 بعده.

ويدل عليه ما رواه حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام في
 الرجل يتزوج بالبكر متعة قال: " يكره للعب على أهلها " (٧).
 إذا عرفت ذلك فاعلم أنه ينبغي له أن لا يقتضها، فإن ذلك مكروه جدا، لما

-
- (١) المهذب ٢: ٢٤١.
 (٢) المقنع: ١١٣.
 (٣) الكافي في الفقه: ٢٩٩.
 (٤) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٥.
 (٥) الفقيه ٣: ٢٩٣ حديث ١٣٩٤، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١٠٩٩ الاستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٧.
 (٦) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٨ الاستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٦.
 (٧) الفقيه ٣: ٢٩٣، حديث ١٢٩٣، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١١٠٢.

الثالث: المهر، وهو شرط في المتعة خاصة، فلو أخل به بطل العقد.

رواه أبو سعيد القمطاط عن رواه عن الصادق عليه السلام قال: " واتفق موضع الفرج، لأن فيه عارا عليها وعلى أهلها " (١) ولا يحرم ذلك للرواية المتقدمة، ولأنها مالكة أمرها، ومتى صح النكاح ترتب عليه أحكامه.

الثالث: يكره التمتع بغير لها أب، لأنه إذا كره مع وجود الأب بدون إذنه فمع عدمه بطريق أولى، ولما فيه من الضرر عليها بالعار، وقلة رغبة الأزواج فيها. ورواية حفص السابقة تدل على ذلك، فإن فعل لم يقتضها، لأن العيب به أشد، وليس محرما، لما ذكرناه في ذات الأب ولا يخفي أن موضع الكراهية ما إذا تمتع بها سرا لاستهجان المتعة، فلا يكره بدونه لانتفاء المحذور.

واعلم أن قول المصنف: (ولا يقتض لو فعل وليس محرما) يتعلق بالمسألتين معا، وافتراض الجارية وافتراعها: إزالة بكارتها.

قوله: (الثالث: المهر، وهو شرط في المتعة خاصة، فلو أخل به بطل العقد).

لما كان الغرض الأصلي من نكاح المتعة هو الاستمتاع وإعفاف النفس أشد شبهة بعقود المعاوضات، وقد وقع التنبيه على ذلك في خبر عبيد بن زرارة بقول أبي عبد الله عليه السلام: " فإنهن مستأجرات " (٢).

وفي خبر محمد بن مسلم حيث قال أبو جعفر عليه السلام: " وإنما هي مستأجرة " (٣)، فلذلك كان ذكر المهر في العقد شرطا لصحته كسائر عقود المعاوضة، فلو

وقع الإخلال به عمدا أو نسيانا بطل العقد إجماعا.

(١) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٦.

(٢) الكافي ٥: ٤٥٢ حديث ٧، التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢٠، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٨.

(٣) الكافي ٥: ٤٥١ حديث ٥، التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢١، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٩.

ويشترط الملكية، والعلم بقدره كيلا أو وزنا أو مشاهدة أو وصفا، ولا حد له قلة وكثرة.

وفي رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: " لا يكون متعة إلا بأمرين بأجل مسمى وأجر مسمى " (١).

وروى إسماعيل بن الفضيل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: " مهر معلوم إلى أجل معلوم " (٢).

وهذا بخلاف عقد الدوام، فإنه ليس الغرض منه ذلك فقط، بل الغرض الأصلي منه النسل، فكان شبهه بالمعاضات أقل، وقد سمى الله سبحانه المهر صدقة ونحلة، فمن ثم جاز تجريد العقد عنه ولم يكن ذكره شرطا، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (وهو شرط في المتعة خاصة).

قوله: (ويشترط الملكية، والعلم بقدره كيلا أو وزنا أو مشاهدة أو وصفا، ولا حد له قلة وكثرة).

هنا مسألتان:

الأولى: يشترط في المهر أن يكون مما يملكه المتعاقدان، فلا يصح العقد للمسلم على الخمر والخنزير. ويشترط كونه مملوكا للعاقد، فلو عقد لنفسه على مال الغير لم يصح، لامتناع أن يملك البضع بمال غيره، ولا أثر لرضاء المالك بعد العقد. وكذا يشترط العلم بقدره بالكيل أو الوزن في المكيل أو الموزون، وبالمشاهدة فيهما وفي غيرهما. فلو عقدا على صبرة من طعام مشاهدة صح، لاندفاع الغرر بالمشاهدة. وليس هذا كالمعاضات الحقيقية، لابتنائها على المكاسبة والمغابنة،

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٢٣.

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

واختصاصها بعدم الاكتفاء بالمشاهدة في عوضها المكيل والموزون والمعدود بالنص (١) والإجماع.

والظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في ذلك، هذا إذا كان العوض حاضرا، ولو كان غائبا اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة، فيبطل العقد بدونه للغرر. الثانية: لا تقدير للمهر قلة ولا كثرة، فيجوز العقد على كل ما يعده مالا في العادة، كما يصح جعل ذلك عوضا في البيع والإجارة. ولا يصح العقد على ما لا يتمول عادة كحبة من حنطة، لأن ما لا يعد مالا يمتنع جعله عوضا عما يقابل بالمال. وروى محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام كم المهر - يعني في المتعة - قال: " ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الأجل " (٢). وقال ابن بابويه: أدنى ما يجزئ في المتعة درهم فما فوقه (٣)، لصحيحة أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن متعة النساء قال: " حلال فإنه يجزئ الدرهم فما فوقه " (٤).

روى سعيد الأحول عن الصادق عليه السلام وقد سأله أدنى ما يتزوج به المتعة قال: " كف من بر " (٥).

ولا منافاة فيهما لما سبق، أما الأولى فظاهر، إذ ليس فيها منع، لأجزاء ما دون الدرهم. وأما الثانية فمحمولة على أن الأدنى في العادة ذلك وإن كان الأدنى منه شرعا جائزا، فتكون جارية على الغالب جمعا بينها وبين ما سبق.

(١) الفقيه ٣: ١٤٣ حديث ٦٢٧.

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٧.

(٣) المقنع: ١١٣.

(٤) الكافي ٥: ٤٥٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٦٠ حديث ١١٢٦.

(٥) الكافي ٥: ٤٥٧ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦٠ حديث ١١٢٥.

ويجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وقت بالمدة، وإن أخلت ببعضها وضع منه بنسبتها،

قوله: (ويجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وقت بالمدة، وإن أخلت ببعضها وضع منه بنسبتها).

لما كان هذا النكاح لاحقاً بالمعاوضات ثبت المهر بالعقد لا محالة، ووجب دفعه لكن مع تسليمها نفسها، إلا أن ثبوته غير مستقر، لأن استقرار العوض مشروط بتسليم مقابله، فإن وقت بالمدة بمعنى أنها سلمت نفسها في مجموعها فقد استقر وجوبه، فإن كانت قد تسلمته فهو حقها، وإلا وجب تسليمه إليها وجوباً ثابتاً.

وإن أخلت ببعض المدة وضع من المهر بنسبة ما أخلت به منها إلى مجموعها، لأن مقابلة أحد العوضين بالآخر يقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء، فإذا فات بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر.

وروى عمر بن حنظلة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة شهراً بشئ مسمى فتأتي ببعض الشهر ولا تفي ببعض، قال: "تحبس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك إلا أيام حيضها فإنها لها" (١)، وهي نص في الباب. وقد علم من قوله: "إلا أيام حيضها" أن الإخلال لعذر لا يسقط به شئ من الصداق، وإنما عبر بقوله: (وضع) دون أن يقول: قاصها، كعبارة النافع، لانتفاء المقاصة حقيقة هنا، فإن إخلالها ببعض العوض أوجب سقوط مقابله من العوض الآخر، ولا يعد ذلك مقاصة كما لا يخفي.

وينبغي أن يقرأ: (وضع) مجهولاً، لأن ذلك يسقط بنفسه لا بإسقاط الزوج. والضمير في قوله: (بنسبتها) تعود إلى المدة، وفيه حذف تقديره: وضع منه بنسبة ذلك البعض إلى المدة، فإن كان نصفها فنصف المدة، أو ربعها فربعه، وعلى هذا وذلك

(١) الفقيه ٣: ٢٩٤ حديث ١٣٩٧.

ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف.
ولو ظهر فساد العقد أما بظهور زوج، أو بكونها أخت زوجته، أو

ظاهر.

قوله: (ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف).
لو وهبها المدة أو بعضها جاز قطعاً وكان ذلك إبراءً، لأنه إسقاط لما في الذمة، فلا يفتقر إلى القبول على أصح القولين كما سبق في الهبة.
ثم الهبة إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول وجب لها نصف المهر وسقط النصف الآخر، كما لو طلق الزوجة الدائمة قبل الدخول. ودليل ذلك وراء إجماع الأصحاب أنها فرقة قبل الدخول فأشبهت الطلاق.
ولمقطوعة سماعة، قال: سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها، ثم جعلته في حل وقد قبضته منه: "فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق" (١). وجه الدلالة أنه لولا استحقاقها النصف لوجب أن يرد الجميع.
ولو دخل ثم وهبها الجميع أو البعض، ففي سقوط شيء من المهر باعتبار ما وهب من المدة نظر، ولم أقف للأصحاب على كلام في ذلك والذي يقتضيه صحيح النظر وجوب الجميع، لاقتضاء العقد وجوبه، ولم يثبت شرعاً ما يقتضي سقوط شيء منه.
ولو وهبها البعض خاصة وانقضت المدة ولم يدخل، ففي سقوط النصف هنا وجهان.

وتعبير الأصحاب بالسقوط لا يتناول هذه الصورة، نعم قد يقال: لفظ الرواية لا يأبى هذه الصورة، فإنه يصدق أنه خلاها قبل الدخول، إلا أن يدعي أن المراد إبانته قبل الدخول، ولا يكون ذلك إلا بهبة المدة.
قوله: (ولو ظهر فساد العقد، إما بظهور زوج، أو كونها أخت زوجته،

(١) التهذيب ٧: ٢٦١ حديث ١١٣٠.

غيرهما، فلا مهر إن لم يدخل، ولو قبضته استعاده، وإن دخل فلها المهر إن جهلت، وإلا فلا. وقيل تأخذ ما قبضت ولا تسلم الباقي، ويحتمل مهر المثل.

أو غيرهما فلا مهر إن لم يدخل، فإن قبضته استعاده، ولو دخل فلها المهر إن جهلت، وإلا فلا. وقيل: تأخذ ما قبضته ولا تسلم الباقي، ويحتمل مهر المثل).

إذا ظهر فساد عقد المتعة بسبب من أسباب الفساد، إما وجود مانع، أو فقد شرط.

فإما أن يكون قد دخل بها، أو لا. وعلى تقدير الدخول: إما أن تكون عالمة بالفساد، أو جاهلة.

فإن لم يكن دخل بها فلا مهر، لبطلان العقد المقتضي لبطلان المسمى، فلو كانت قد قبضته استعاده، إذ لا حق لها فيه، ولو تلف في يدها ضمنته. وكذا إن دخل وهي عالمة بالفساد، لأنها بغي ولا مهر لبغي.

أما إذا دخل وهي جاهلة ففي حكمه قولان للأصحاب.

أحدهما: - اختاره الشيخ في النهاية (١) - أن لها ما أخذت، ولا يلزمه أن يعطيها ما بقي، ومستنده حسنة حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام قال: " إذ بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجها، فما أخذته فلها بما استحلت من فرجها، ويحبس عنها ما بقي عنده " (٢).

وموردها ما إذا دفع إليها شيئاً وبقي عنده شيء، فلو لم يدفع شيئاً، أو دفع الجميع، فلا دلالة فيها على حكمه. وعليها إشكال، فإن المدفوع قد يكون قليلاً وقد

(١) النهاية: ٤٩١.

(٢) الكافي ٥: ٤٦١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦١ حديث ١١٢٩.

الرابع: الأجل، وذكره شرط فيه، ويشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا يتقدر قلة وكثرة.

يكون كثيرا، فإن كانت مستحقة لشيء فلا يتفاوت استحقاقها بالدفع وعدمه، على أنها لا استحقاق لها مع العلم بالفساد قطعاً، لما قلناه من أنها بغي. وقيل باستحقاق الجميع إن كانت جاهلة، فيدفع إليها ما بقي، وعدم استحقاق شيء مع العلم فيستعاد ما أخذته، اختاره المصنف هنا، وفي المختلف (١) والتحرير (٢) وغيره ووجهه وقوع التراضي على المسمى، وقد حصل الدخول واستقر به وجوبه، ويشكل بأمرين:

أ: إن مجرد التراضي غير مقتض للوجوب، بل العقد الصحيح وهو منتف هنا.

ب: إن التراضي بالمسمى إنما وقع بالنسبة إلى مجموع المدة فكيف يجب كله في البعض.

ويحتمل أن يجب لها مهر المثل: لأن الوطاء المحترم لا بد له من عوض، والمسمى باطل، فتعين عوض المثل، وهذا أقوى.

لكن يجب تنقيحه بأن الواجب هو مهر المثل في المتعة، فيعتبر فيه أصلها، وجهالتها، وصفات كمالها حال ما مضى من المدة التي سلمته فيها نفسها، فيجب مهر المثل لتلك المدة متعة. وعلى هذا فيمكن تنزيل الرواية على كونه المسمى قدر مهر المثل والمقبوض مقدار قسط المدة الماضية منه مع جهلها بالفساد.

قوله: (الرابع: الأجل، وذكره شرط فيه، ويشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا يتقدر قلة ولا كثرة.

(١) المختلف: ٥٦٤.

(٢) التحرير ٢: ٢٧.

ولو أحل به بطل، وقيل ينقلب دائما.

ولو أحل به بطل، وقيل ينقلب دائما.
كما يشترط ذكر المهر في عقد المتعة كذا يشترط ذكر الأجل، نظرا إلى أن مقصود هذا النكاح هو الاستمتاع في زمان مخصوص وحديث زرارة (١) وإسماعيل بن الفضل (٢) السابقان ينبهان على ذلك.
ويشترط أيضا تعيين الأجل بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلو جعل نهايته كقدوم الحاج، أو إدراك الغلات، ونحو ذلك لم يصح، للغرر، ولا يتقدر قلة ولا كثرة، فيجوز اشتراط زمان قصير وطويل بحسب التراضي إذا كان معينا مضبوطا.
وقال ابن حمزة: وقدر المدة من طلوع الشمس إلى نصف النهار وإلى سنين متطاولة (٣).
فإن قصد بذلك التمثيل للقلة والكثرة - وهو الظاهر - فهو صحيح، وإن قصد بيان الأقل فليس بجيد.
ولو أحل بذكر الأجل أصلا ففيه أقوال.
أحدها: - واختاره المصنف وهو الأصح - البطلان.
والثاني: - وبه قال الشيخ (٤) - ينعقد دائما، واختاره ابن البراج (٥)، وابن حمزة، وأبو الصلاح.

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣.

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

(٣) الوسيلة: ٣١٠ (تحقيق الشيخ محمد الحسون)، علما بأن هذا القول لم يرد في النسخة الحجرية للوسيلة المطبوعة ضمن الجوامع الفقهية ولا في النسخة الحروفية التي حققها الأستاذ عبد العظيم البكاء: لسقوط فصل نكاح

المتعة من هاتين النسختين.

(٤) النهاية: ٤٨٩.

(٥) المهذب ٢: ٢٤١.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٨.

والثالث: - وهو اختيار ابن إدريس (١) - أنه إن كان الإيجاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، وإن كان بلفظ التمتع بطل العقد.
لنا: إن المتعة شرطها الأجل إجماعاً، ولصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام: " لا يكون متعة إلا بأمرين: بأجل مسمى، وأجر مسمى " (٢)، ومثلها صحيحة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عنه عليه السلام (٣)، فإذا أحل به فقد أحل بالشرط فوجب الحكم بالبطان، وإلا لم يكن شرطاً.
لا يقال: نقول بالموجب ولا يلزم البطان من رأس: لأن اللازم بطلان المتعة لفوات شرطها لا بطلان أصل العقد، فينعقد دائماً.
لأننا نقول: إذا بطل كون العقد متعة لزم بطلان العقد من رأس، إذ محل النزاع إنما هو إذا أراد العقد متعة وأحلا في هذه الحالة بذكر الأجل، فالدوام حينئذ غير مقصود أصلاً، بل المقصود منافيه.
فإذا بطل المقصود ولم يحصل غيره، لأن العقود تابعة للمقصود.
واحتج الشيخ بأن لفظ الإيجاب صلاح لكل منهما، وإنما يتمحض للمتعة بذكر الأجل وللدوام بعده، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني، فإن الأصل في العقد الصحة، والفساد على خلاف الأصل.
ولموثقة عبد الله بن بكير عن الصادق عليه السلام قال: " إن سمي الأجل فهو متعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح ثابت " (٤).
والجواب: أن الصلاحية غير كافية بمجرداها، فإن العقد تابع لإرادة العاقد،

(١) السرائر: ٣١١.

(٢) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣.

(٣) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

(٤) النهاية: ٤٥٠، الكافي ٥: ٤٥٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٤.

وإن عين المبدأ تعين، وإن تأخر عن العقد، وإلا اقتضى اتصاله به،

والفرض أن المقصود هو المتعة خاصة، فإذا فات شرطها بطلت، فيمتنع الحمل على الدوام مع إرادة غيره، والأصل حجة مع عدم الناقل.
وأما الرواية فنقول بموجبها، إذ ليس فيها تصريح بأنهما أرادا المتعة وأخلا بالأجل، بل مضمونها أن النكاح المعقود مع الأجل متعه وبدونه دوام، وليس في ذلك دلالة على إرادة الأجل، على أنه يمكن أن يكون المراد أنه إذا عقد ولم يذكر الأجل ينعقد دائما بحسب الظاهر، إذ لا يقبل قوله في إرادة المتعة.
وقول ابن إدريس ضعيف (١)، لأنه على القول بعدم صحة الدائم بلفظ المتعة يكون البطلان مع وقوع العقد بلفظ المتعة، للإخلال بالأجل، وعدم إرادة الدوام، وانتفاء صلاحية اللفظ له مع وقوعه بلفظ النكاح والتزويج لما عدا الأخير، وذلك كاف في البطلان من رأس.
قوله: (وإن عين المبدأ تعين وإن تأخر عن العقد، وإلا اقتضى اتصاله به).

أي: إن عين مبدأ الأجل تعين لا محالة: لوجوب الوفاء بالعقد، ولا فرق في ذلك بين أن يعينه متصلا بالعقد أو متأخرا عنه.
أما الأول فظاهر.

وأما الثاني: فلأنه لا مانع من تأخره، والأصل الصحة فيتمسك به. وروى بكار ابن كردم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يلقي المرأة فيقول لها زوجيني نفسك شهرا ولا يسمي الشهر بعينه، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين، قال: فقال: " له شهرة إن كان سماه، وإن لم يكن سماه فلا سبيل له عليها " (٢)، وجه الاستدلال: أن

(١) السرائر: ٣١١.

(٢) الكافي ٥: ٤٦٦ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧ حديث ١١٥٠.

الشهر الذي سماه إنما يكون له بعد سنين إذا كان متأخرا عن العقد.
لا يقال: أثر العقد الزوجية، فيجب أن يترتب عليه حين وقوعه، ويمتنع ذلك
مع تأخر الأجل، فيكون مع التأخير فاسدا، لأن الفاسد ما لا يترتب أثره عليه.
وأیضا فإنه لو صح العقد كذلك لزم جواز عقد الغير عليها بين العقد والأجل.
لأننا نقول: إنما يجب أن يترتب عليه أثره بحسب مقتضاه، ومع التعيين يجب أن
يكون ثبوته كذلك، وإلا لم يكن صحيحا.

وأما لزوم جواز العقد عليها للغير فيتوجه المنع فيه على الملازمة تارة، لأنها
ذات بعل، وعلى بطلان التالي أخرى، إذ لم يرقم على المنع في مثل ذلك دليل في الكتاب
والسنة، والجواز أظهر.

ونقل عن بعضهم القول بالمنع، وقد بينا ضعفه، ولا يخفى أنه لو عين أجلا
مجهولا يبطل العقد، للجهالة.

وقول الشيخ في النهاية، ومتى عقد عليها شهرا، ولم يذكر الشهر بعينه، ومضى
عليها شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل (١)، غير صريح
في صحة العقد على شهر مجهول، لأن مقابل المعين المطلق ولا يلزم أن يكون مجهولا.
ثم إن قوله: (لم يكن له عليها سبيل) لا دلالة فيه على صحة العقد، لجواز أن
يكون نفي السبيل لفساده، هذا حكم ما إذا عين الشهر.
ولو أطلقه فإنه يتصرف إلى المعجل، فيكون متصلا بالعقد كما في الأجل في
البيع والإجارة ونحوهما ولأن العرف جار بذلك، فإن المتفاهم في العادة هو ذلك، ولأن
أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين وقوعه إذا لم يكن فيه ما يمنع ذلك.
ولأن قوله عليه السلام في الرواية السابقة: " وإن لم يكن سماه فلا سبيل له

(١) النهاية: ٤٩١.

فإن تركها حتى خرج خرجت من عقده ولها المسمى.
ولو قال: بعض يوم، فإن عين كالزوال أو الغروب صح، وإلا فلا.
ولو قال: مرة أو مرتين، قيد بالزمان، ولا تجوز الزيادة، وإلا بطل.

عليها " (١) إن أريد به الإطلاق كان دليلاً على ما ذكرناه، إذ لولا الحكم بالاتصال لوجب بقاؤه، إذ لا أولوية لزمان على آخر.

قوله: (فإن تركها حتى خرجت من عقده فلها المسمى).

وجهه: إن المسمى وجب بالعقد، ولم يثبت المسقط شرعاً إذ هو إما المفارقة قبل الدخول، أو امتناعها من تسليم نفسها، وكلاهما منتف.

قوله: (ولو قال: بعض يوم، فإن عين كالزوال والغروب صح، وإلا

فلا ولو قال: مرة أو مرتين قيد بالزمان، ولا يجوز الزيادة وإلا بطل).

لا ريب أنه لو ذكر في العقد أجلاً غير معين كبعض يوم، ولم يعين ذلك

البعض، أو المرة أو المرتين ونحوهما غير مقيدتين بزمان معين يبطل العقد للجهالة.

وقال الشيخ في النهاية: إن العقد ينقلب دائماً (٢)، وهو ضعيف جداً، لأن

ذكر الأجل أخرجه عن صلاحية الدوام وقد فات شرط المتعة بالجهالة فوجب الحكم بالبطلان.

وليس هذا كما لو جرد العقد عن ذكر الأجل أصلاً، فإن العقد غير مشتمل

على ما يمنع كونه دائماً.

وقول المصنف، (ولا تجوز الزيادة) معناه: إنه إذا عقد متعة على أن يطاء مرة أو

مرتين، وقيد ذلك بزمان معين كالיום والشهر صح العقد ووجب الوفاء به، ولم يجز الوطاء

أزيد مما عين.

وقوله: (وإلا بطل) معناه: وإن لم يقيد بالزمان بل ذكر المرة والمرتين مجرداً ذلك

(١) الكافي ٥: ٤٦٦ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧ حديث ١١٥٠.

(٢) النهاية: ٤٩١.

الفصل الثاني: في الأحكام:
لا ولاية على البالغة الرشيدة وإن كانت بكرا على الأقوى.
ويلزم ما يشترط في متن العقد إذا كان سائغا، ولو قدمه أو أخره لم
يعتد به، ولا يجب إعادته بعده لو قرنه به على رأي.

عن ذكر الزمان بطل العقد من رأس.
قوله: (الفصل الثاني: في الأحكام: لا ولاية على البالغة الرشيدة وإن
كانت بكرا على الأقوى).
قد سبق ذكر الخلاف في ذلك في أحكام النكاح الدائم، وأنه قد قيل بمنع
النكاحين للبكر بدون إذن وليها وإن كانت بالغة رشيدة.
وقيل يمنع المتعة خاصة، وإن الأصح الجواز مطلقا مع الوصفين، ولا يتوقف على
إذن الولي.

قوله: (ويلزم ما يشترط في متن العقد إذا كان سائغا، ولو قدمه أو
أخره لم يعتد به، ولا يجب إعادته بعده لو قرنه به على رأي).
لا شك أن كل شرط من الشروط السائغة - وهي التي لا تنافي مقتضى العقد،
ولم يرد في الكتاب والسنة ما يدل على المنع منه - يجوز اشتراطه، للأصل، ولقوله عليه
السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (١)، وإنما يعتد به ويلزم الوفاء به إذا وقع بين
الإيجاب

والقبول، ليكون من جملة العقد، ويجري عليه كل من الإيجاب والقبول.
فلو تقدم على العقد أو تأخر عنه لم يقع معتدا به، إذ ليس محسوبا من جملة
العقد، والذي يجب الوفاء به إنما هو العقد.
وينبه على ذلك ما رواه بكير بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: " إذا

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

شرطت على المرأة شروط المتعة فرضيت بها وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن أجازته جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح " (١).

وجه الدلالة: إن قوله عليه السلام: " إذا شرطت على المرأة شروط المتعة " المراد به شرط ذلك قبل العقد، كما يجري بين الرجل والمرأة من الكلام قبل العقد، وكذا كل من المتعاقدين.

وقوله عليه السلام: " فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح " المراد به إذا حصل الشروع في العقد وجرى الإيجاب. وقوله عليه السلام: " فإن أجازته جاز " المراد به حصول القبول منها على هذا الوجه.

وقال الشيخ في النهاية: كل شرط يشترطه الرجل على المرأة إنما يكون له تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي تقدم ذكرها باطلة، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط (٢).

حجة الشيخ حسنة عبد الله بن بكير عن الصادق عليه السلام، قال: " ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز " (٣). ويمكن أن يريد الشيخ بالنكاح الإيجاب مجازاً، فلا يكون مخالفاً لما سبق، وعليه تحمل الرواية.

فرع: لو تراضيا على شيء قبل العقد، ثم عقدا ولم يذكرهما أما نسيانا أو اعتقاد أن ذكره سابقا كاف عن إعادته في العقد، ففي صحته مطلقاً تمسكاً بعموم: * (أوفوا

(١) الكافي ٥: ٤٥٦ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٣٩.

(٢) النهاية: ٤٩٣.

(٣) الكافي ٥: ٤٥٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٤.

ولو شرط الإتيان في وقت دون آخر لزمه، وكذا المرأة والمرات في المعين.
ويجوز العزل وإن لم تأذن، ويلحق به الولد وإن عزل، ولو نفاه انتفى ظاهرا من غير لعان.

بالعقود) * (١)، وبطلانه لوقوعه على خلاف القصد وجهان.
قوله: (ولو شرط الإتيان في وقت دون آخر لزم).
وجهه: إن ذلك شرط لا ينافي مقتضي العقد، لأنه قد يتعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر، إما طلبا للاستتار، أو توفيراً لما سوى ذلك الوقت على باقي مطالبه.
قوله: (وكذا المرة والمرات في المعين).
أي: وكذا اشتراط الجماع مرة أو مرتين، ونحو ذلك في الوقت المعين، لمثل ما سبق، ولو لم يعين الوقت بل أطلق المرة والمرتين بطل للجهالة.
قوله: (ويجوز العزل وإن لم تأذن، ويلحق به الولد وإن عزل، ولو نفاه انتفى ظاهرا من غير لعان).
هنا مباحث:

أ: يجوز العزل عن المرأة في هذا النكاح وإن لم تأذن قولاً واحداً، لأن الغرض الأصلي منه الاستمتاع دون النسل، بخلاف الدوام وفي مقطوعة ابن أبي عمير قال: "الماء ماء الرجل يضعه حيث شاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكره" وشدد في إنكار الولد (٢).

ب: إذا أتت بولد لحق به وإن عزل، لأنها فراش، والولد للفراش وقد تقدم في

(١) المائة: ١.

(٢) الكافي ٥: ٤٦٤ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦٩ حديث ١١٥٥، الاستبصار ٣: ١٥٢ حديث ٥٥٨.

ولا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة، ولا إيلاء ولا لعان على رأي، ويقع الظهار على رأي.

مقطوعة ابن أبي عمير التصريح بذلك، وقريب منها رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: أرأيت إن حبلت، قال: " هو ولده " (١)، وترك الاستفصال عن العزل وعدمه دليل العموم، ولا يقدر العزل لأن الماء قد يسبق من غير شعور.

ج: لو نفى ولد المتعة انتفى ظاهرا ولم يتوقف على اللعان، بخلاف الدوام إجماعا منا، ولأن فراش المستمتع بها ضعيف، لأنها كالأمة في بعض الأخبار، وفي بعضها أنها مستأجرة.

ولا ريب أنه لا يجوز له نفيه بمجرد العزل إذا كان لاحقا به، لكن لو نفاه انتفى ظاهرا، فلا تجري عليه أحكام البنوة ظاهرا، وعليه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعمل بما يعلم.

قوله: (ولا يقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المدة، ولا إيلاء ولا لعان على رأي، ويقع الظهار على رأي). هنا مسائل:

الأولى: لا خلاف بين الأصحاب في أن المستمتع بها لا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة، أو بهبته إياها. وفي رواية محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: " نعم " (٢).
الثانية: لا يقع بها إيلاء على أقوى الوجهين، لظاهر قوله تعالى: * (وإن عزموا الطلاق) * (٣)، وليس في المتعة طلاق، ولأن من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء

(١) الكافي ٥: ٤٦٤ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٩ حديث ١١٥٤، الاستبصار ٣: ١٥٢ حديث ٥٥٧.
(٢) الكافي ٥: ٤٥٩ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦٦ حديث ١١٤٧، الاستبصار ٣: ١٥١ حديث ٥٥٣.
(٣) البقرة: ٢٢٧.

وذلك في المتعة منتف، وبانتفاء اللازم ينتفي الملزوم.
ويحتمل ضعيفا الوقوع، وهو قول المرتضى (١)، لعموم لفظ النساء في قوله
تعالى * (للذين يؤلون من نسائهم) * (٢)، ودفع العموم بقوله تعالى: * (وإن
عزموا الطلاق) * (٣) فإن عود الضمير إلى بعض العام يخصه.
الثالثة: لا يقع بها لعان لنفي الولد، ولا للقذف. أما الأول فظاهر لأن الولد
ينتفي بمجرد نفيه قطعاً، ولا خلاف فيه، إنما الخلاف في وقوع اللعان للقذف.
فقال الأكثر كالشيخ (٤)، وابن الجنيدي، وأبي الصلاح (٥)، والمحقق (٦)، والمصنف:
لا يقع، لصحيفة ابن سنان عن الصادق عليه السلام: " لا يلاعن الحر الأمة، ولا
الذمية، ولا التي يتمتع بها " (٧).
ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (٨)، ومتى ثبت الحكم
في الحر فالعبد كذلك، لعدم القائل بالفرق.
وقال المفيد في الغرية، والمرتضى بالوقوع (٩)، لأنها زوجة قطعاً، للعلم بأنها
ليست ملك يمين، وحل الوطاء منحصر فيهما. وكل زوجة يقع بها اللعان لعموم قوله

-
- (١) نقله عنه فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٣١.
(٢) البقرة: ٢٢٦.
(٣) البقرة: ٢٢٧.
(٤) النهاية: ٥٢٣.
(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٨.
(٦) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٧.
(٧) الفقيه ٣: ٣٤٧ حديث ١٦٦٧، التهذيب ٨: ١٨٨ حديث ٦٥٣، الاستبصار ٣: ٣٧٣ حديث ١٣٣٢.
(٨) قرب الإسناد: ٣٢.
(٩) الانتصار: ١١٥.

تعالى: * (والذين يرمون أزواجهم) * (١)، فإن الجمع المضاف للعموم. جوابه: إن ذلك في الدائم، لأن الكتاب يخص بالسنة، وقد سبق ذكر المخصص، والأصح عدم الوقوع.

الرابعة: اختلفوا في وقوع الظهار بها، فقال الصدوق (٢)، وابن إدريس: لا يقع (٣)، لأصالة بقاء الحل، ولأن المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق ولا طلاق في المتعة، والإلزام بالفئة وحدها بعيد، وإقامة هبة المدة مقام الطلاق مما لا ينتقل الفهم إليه، على أن المستمتع [بها] لا حق لها في الوطاء فكيف تقع منها المرافعة. ويؤيده رسالة ابن فضال عن الصادق عليه السلام قال: " لا يكون الظهار إلا على مثل موقع الطلاق " (٤)، والمتبادر المماثلة في جميع الأحكام. وقال الحسن والمفيد والمرتضى وأكثر الأصحاب: يقع (٥)، لعموم الآية، فإن المستمتع بها زوجة كما قدمناه، ولا مخصص في الكتاب ولا في السنة، والإلزام بأحد الأمرين على ما وردت به السنة لا يقتضي التخصيص، ولم لا يجوز أن يكون ذلك خاصا بالدائم، وكذا المرافعة، ويكون أثر الظهار في المستمتع بها وجوب اعتزال فراشها كما في المملوكة، والرواية ضعيفة بالإرسال، مع انتفاء دلالتها فإن المماثلة لا تقتضي العموم، والأصح الوقوع.

(١) النور: ٦.

(٢) الهداية: ٧١.

(٣) السرائر: ٣١٢.

(٤) الكافي: ٦: ١٥٤ حديث ٥، الفقيه ٣: ٣٤٠ حديث ٦٣٩، التهذيب ٨: ١٣ حديث ٤٤، الاستبصار ٣: ٢٦١

حديث ٩٣٥.

(٥) المختلف: ٥٩٩، الإلتصار: ١١٥، الكافي في الفقه: ٢٩٨، الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٩.

ولا توارث بين الزوجين به، شرطا سقوط التوارث أو لا، ولو شرطاه فالأقوى بطلان الشرط.

قوله: (ولا توارث بين الزوجين به، شرطا سقوط التوارث أو لا، ولو شرطاه فالأقوى بطلان الشرط).

للأصحاب أقوال في ثبوت التوارث في نكاح المتعة:

أحدها: عدم التوارث من الجانبين، فلا ترث منه ولا يرث منها، سواء شرطا في العقد التوارث أو عدمه أو لم يشترط شيئا منهما، صرح بذلك أبو الصلاح (١)، وابن إدريس (٢)، والمصنف، وجماعة (٣)، وهو الأصح، تمسكا بأصالة عدمه، فإن الإرث حكم

شرعي فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع.

ولما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال: " ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطاً " (٤)، وهي نص في الباب.

وقريب منها رواية جميل بن صالح، عن عبد الله بن عمر، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، قال: " حلال من الله ورسوله " قلت: فما حدها؟ قال: " من حدودها ألا ترثك ولا ترثها " (٥).

وجه الاستدلال بها أنه عليه السلام نفى التوارث من الجانبين وجعله من حدود المتعة ومقتضياتها، فوجب أن لا يثبت بها توارث مطلقا. أما مع عدم الاشتراط أو مع اشتراط العدم فواضح، وأما مع اشتراط الإرث، فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد على

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٨.

(٢) السرائر: ٣١٢.

(٣) منهم: المحقق في الشرائع ٢: ٣٠٧، ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٩.

(٤) التهذيب ٧: ٢٦٥ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٤٨.

(٥) التهذيب ٧: ٢٦٥ حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٤٩.

ما دل عليه الحديث، فوجب أن يكون باطلا.
الثاني: القول بالإرث كالدائم حتى لو شرطا سقوطه بطل الشرط، ولا يعتبر هذا القول إلا مع انتفاء موانع الإرث في النسب كالرق والقتل، فيكون المقتضي للإرث هو مطلق العقد، أي الماهية لا بشرط شيء حتى لو شرط فيه عدم الإرث بطل الشرط كالدائم.

وهذا القول منقول عن ابن البراج (١)، ووجهه إنها زوجة قطعا، فيندرج في آية توارث (٢) الزوجين عملا بعمومها.
ويضعف بثبوت المخصص، فإن الأخبار التي لا سبيل إلى ردها واردة بعدم التوارث في المتعة، وأن المستمتع بها كالأمة، وأنها مستأجرة، فكيف يكون العموم متمسكا.

الثالث: القول بالإرث إذا لم يشترط سقوطه، فيكون المقتضي للإرث هو العقد بشرط لا شيء، ولو شرطا ثبوته عند هذا القائل لكان اشتراطا لما يقتضيه العقد. وهو اختيار المرتضى، وابن أبي عقيل (٣)، ووجهه عموم الآية (٤)، فإن اشترط عدمه سقط، لعموم قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٥)، ولقول الباقر عليه السلام في موثقة محمد بن مسلم في المتمتعين: "أنهما يتوارثان إذا لم يشترطاه، وإنما الشرط بعد النكاح" (٦).
وأجاب الشيخ عن هذا: بأن المراد به اشتراط الأجل، أي إذا لم يشترط

(١) المهذب ٢: ٢٤٣.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦١.

(٤) النساء: ١٢.

(٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٦) الكافي ٥: ٤٦٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٥ حديث ١١٤٤. الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٥٠.

الأجل توارثا (١). وهذا وإن كان خلاف الظاهر، إلا أن الجميع بينه وبين ما تقدم لا يكون إلا بالخروج عن الظاهر، وإما الاستدلال بعموم الآية فقد بينا ما فيه. الرابع: القول بأن أصل العقد لا يقتضي التوارث بل اشترطه، فلو اشترط ثبت تبعا للشرط، لعموم قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" ولحسنه البزنطي عن الرضا عليه السلام في المتعة: "إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشتط لم يكن" (٢)،

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: "فإن اشترطت الميراث فإنهما على شرطهما" (٣).

وفرع على هذا لو شرطاه لأحدهما وأغفلا الآخر فيمكن ثبوته من الجانبين تغليباً من أحدهما، ولو شرطاه لأحدهما ونفياه عن الآخر فالإشكال مع احتمال بطلان شرط الإرث.

ويحتمل صحته وثبوت الإرث لهما، فيبطل اشتراط نفية عن الآخر، والتفات الوجهين إلى أن الزوجية متى اقتضت الإرث وانتفت موانع الإرث المحصورة وجب أن يكون من الجانبين، وإلا انتفى من الجانبين.

ولا ريب في ضعف هذا القول، لأن ما ليس بسبب شرعا لا يمكن جعله سببا بالاشتراط. والأصح اشتراط الإرث بالبيع ونحوه.

ويمكن تنزيل الروايتين بالحمل على إرادة الوصية باشتراط الإرث في عقد المتعة، فيكون كالإرث لا إرثا حقيقيا.

واعلم أن قول المصنف " (ولا توارث بين الزوجين به شرطا سقوط التوارث أو لا) يتضمن رد كل من القولين الثاني والثالث. وفي قوله: (ولو شرطا إلى آخره) رد

(١) التهذيب ٧: ٢٦٥ ذيل الحديث ١١٤٤، الاستبصار ٣: ١٥٠ ذيل الحديث ٥٥٠.
(٢) الكافي ٥: ٤٦٥ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤٠، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٦.
(٣) التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٧.

ومع الدخول وانقضاء المدة تعدد بحيضتين، وإن لم تحض وهي من أهله فبخمسة وأربعين يوماً. ومن الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام وإن لم يدخل،

الرابع.

وقول المصنف: (فالأقوى بطلان الشرط) يلوح منه أن العقد لا يبطل، وينبغي بطلانه أيضاً، لأن التراضي إنما حصل على ذلك الوجه المحكوم ببطلانه. قوله " (ومع الدخول وانقضاء المدة تعدد بحيضتين، وإن لم تحض وهي من أهله فخمسة وأربعين يوماً، ومن الوفاء بأربعة أشهر وعشرة أيام وإن لم يدخل).

إذا دخل الزوج بها وانقضت مدتها، أو وهبها أيامها فعدتها حيضتان عند الشيخ في النهاية (١) وجمع من المتأخرين (٢). فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فعدتها خمسة وأربعين يوماً، وكذا قال ابن البراج (٣). وقال أبو الصلاح (٤) وابن حمزة: عدتها قرآن (٥). وقال المفيد (٦) وابن إدريس (٧) والمصنف في المختلف: عدتها طهران.

(١) النهاية: ٤٩٢.

(٢) انظر: شرائع الإسلام ٢: ٣٠٧ للمعة الدمشقية: ١٩٣.

(٣) المهذب ٢: ٢٤٤.

(٤) الكافي في الفقه: ٣١٢.

(٥) الوسيلة: ٣٨٧.

(٦) المقنعة: ٨٣.

(٧) السرائر: ٣٣٩.

(٨) المختلف: ٥٦٢.

وقال ابن بابويه في المقنع، عدتها حيضة ونصف (١)، وقال ابن عقيل: عدتها حيضة (٢).

احتج الشيخ برواية محمد بن فضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: " طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان " (٣) وستأتي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: " على المتمتعة ما على الأمة " (٤).

احتج ابن بابويه بصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، عن المرأة يتزوجها الرجل متعة إلى أن قال: " فإذا انقضت أيامها وهو حي اعتدت بحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة " (٥).

واحتج المفيد والجماعة بما رواه ليث بن البخترى المرادي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له كم تعدد الأمة من ماء العبد؟ قال: " حيضة " (٦). وجه الاستدلال به أن الاعتبار بالقرء الذي هو الطهر فحيضة واحدة يحصل قرآن، القرء الذي طلقها فيه والقرء الذي بعد الحيضة، والمتمتع بها كالأمة.

وما رواه عبد الله بن عمر عن الصادق عليه السلام قال فكم عدتها؟ يعني المتمتعة قال: " خمسة وأربعون يوماً، أو حيضة مستقيمة " (٧) والتقريب ما تقدم، ولأن القرء الطهر كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى.

وعدة المتمتع بها كالأمة، وعدة الأمة قرآن، كما رواه زرارة في الحسن عن

(١) المقنع: ١١٤.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٢.

(٣) التهذيب ٨: ١٣٥ حديث ٤٦٧ الاستبصار ٣: ٣٣٥ حديث ١١٩٣.

(٤) التهذيب ٨: ١٥٧ حديث ٥٤٥، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

(٥) الفقيه ٣: ٢٩٦ حديث ١٤٠٧، التهذيب ٨: ١٥٧ حديث ٥٤٤، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥١.

(٦) الاستبصار ٣: ٣٣٥ حديث ١٩٤.

(٧) التهذيب ٧: ٢٦٥ حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٤٩.

الباقر عليه السلام إلى أن قال: " وإن كان حر تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قران " (١).

وفي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: " وكذلك المتمتعة، عليها ما على الأمة " (٢) ولا شك في قوة هذا القول. وإمكان الجمع بين الأخبار كلها بالحمل عليه،

فإن اعتبار الحيضة الثانية أو نصف الحيضة من العدة مجاز، من حيث اعتبارها في الجملة، لامتناع تحقق العدة من دونها.

إلا أن قول الشيخ أحوط وأقرب إلى يقين البراءة، هذا إذا كانت تحيض. فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فعدتها خمسة وأربعون يوماً، وقد تطابق على ذلك الأخبار وكلام الأصحاب.

وإذا توفي عنها الزوج اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام، سواء دخل بها أم لا، كما في الدوام. والحجة عليها قوله تعالى: * (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً) * (٣) الآية، وصدق الزوجة عليها قبل الدخول وعنده على حد سواء. وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة؟ قال: " تعتد أربعة أشهر وعشرة " (٤) الحديث وصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتع بها؟ قال: " أربعة أشهر وعشرة أيام "، ثم قال: " يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة، وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو بملك يمين " (٥) الحديث.

(١) الكافي ٦: ١٦٧ حديث ١٠، التهذيب ٨: ١٣٤ حديث ٤٤٦، الاستبصار ٣: ٣٣٥ حديث ١١٩٢.

(٢) التهذيب ٧: ١٥٧ حديث ٥٤٥، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

(٣) البقرة: ٢٣٤.

(٤) الفقيه ٣: ٢٩٦ حديث ١٤٠٧، التهذيب ٨: ١٥٧ حديث ٥٤٤، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥١.

(٥) الفقيه ٣: ٢٩٦ حديث ١٤٠٨، التهذيب ٨: ١٥٧ الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

وبأبعد الأجلين مع الحمل. والأمة في الوفاة بشهرين وخمسة أيام، أو بأبعدهما إن كانت حاملا.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ في النهاية (١) وابن البراج (٢)، وأبو الصلاح (٣)، وابن إدريس (٤).
وقال المفيد (٥)، وسلار (٦)، وابن أبي عقيل (٧)، والسيد المرتضى: تعتد بشهرين وخمسة أيام (٨)، الرواية مرسلة عن الصادق عليه السلام، إنه سئل عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: "خمسة وستون يوما" (٩)، وضعفها ظاهر فلا يعارض ما تقدم.
قوله: (وبأبعد الأجلين مع الحمل).
أي: لو كانت حاملا وقد توفي عنها الزوج، اعتدت بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام ووضع الحمل.
أما إذا كانت الأشهر أبعد فظاهر، وأما إذا كان الوضع أبعد، فلامتناع الخروج من العدة مع بقاء الحمل.
قوله: (والأمة في الوفاة بشهرين وخمسة أيام، أو بأبعدهما إن كانت حاملا).

-
- (١) النهاية: ٤٩٢.
 - (٢) المهذب ٢: ٢٤٤.
 - (٣) الكافي في الفقه: ٣١٣.
 - (٤) السرائر: ٣٣٩.
 - (٥) المقنعة: ٨٣.
 - (٦) المراسم: ١٦٥.
 - (٧) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٢.
 - (٨) الانتصار: ١١٤.
 - (٩) التهذيب ٨: ١٥٨ حديث ٥٤٧، الاستبصار ٣: ٣٥١ حديث ١٢٥٤.

ولو أسلم المشرك عن كتابية فما زاد بالعقد المنقطع ثبت وإن لم يدخل.

ولو أسلمت قبله بطل إن لم يكن دخل، وإن كان دخل انتظرت العدة أو المدة، فإن خرجت إحداهما قبل إسلامه بطل العقد وعليه المهر، وإن بقيتا فهو أملك.

أما الحكم الأول فإن ظاهر كلام الشيخ، في تنزيل الرواية المرسلة السابقة على كون الزوجة المسؤول عنها أمة (١) يقتضي القول به، والأخبار الصحيحة بخلافه، وقد تقدمت، والأصح الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام كالحرة، وبه صرح ابن إدريس (٢).
وأما الحكم الثاني فإنه مبني على الأول، وتقريبه يعلم مما سبق.
قوله: (ولو أسلم المشرك عن كتابية فما زاد بالعقد المنقطع ثبت وإن لم يدخل).

وجهه: إن نكاح الكفر صحيح، وإن أحكام نكاح الإسلام تجري عليه كل بحسبه، واستدامة نكاح الكتابية دواما ومتعة جائزة قطعا.
قوله: (ولو أسلمت قبله بطل إن لم يكن دخل، وإن كان دخل انتظرت العدة أو المدة، فإن خرجت إحداهما قبل إسلامه بطل العقد وعليه المهر، وإن بقيتا فهو أملك بها).

قد علم غير مرة أن المسلمة لا يجوز نكاحها للكافر كتابيا كان أو غيره فإذا أسلمت الزوجة قبل الدخول دون الزوج بطل النكاح المنقطع كما يبطل الدائم، وإن كان إسلامها بعد الدخول انتظرت خروج العدة أو المدة.

(١) التهذيب ٨: ١٥٨ ذيل الحديث ٥٤٧، الاستبصار ٣: ٣٥١ ذيل الحديث ١٢٥٤.
(٢) السرائر: ٣٣٩.

ولو كانت وثنية فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العدة أو المدة، فأيتها خرجت ثبت المهر وانفسخ النكاح. ولو أسلم وعنده حرة وأمة ثبت عقد الحرة، ووقف عقد الأمة على رضاها.

فإن خرجت إحداهما قبل إسلامه بطل العقد، فإن انقضت عدتها وهو على كفره تدل على انفساخ العقد وخروج المدة يقتضي البينونة، ولا ريب أنه يجب عليه المهر المسمى في العقد، لأن المانع من قبله. وإن بقيت المدة والعدة معا إلى أن أسلم فهو أملك بها ما دامت المدة باقية. قوله: (ولو كانت وثنية فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العدة أو المدة، فأيتها خرجت ثبت المهر وانفسخ النكاح). لما لم يجز نكاح الوثنية للمسلم دواما ولا متعة ابتداء ولا استدامة، وامتنع نكاح الكافر وإن كان كتابيا المسلمة ابتداء واستدامة، وجب فيما إذا كانت الزوجة في المتعة وثنية وأسلم أحدهما الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول. ويجب المهر إن كان انفساخه بإسلام الزوج، والظاهر أنه يسقط إن كان بإسلام الزوجة كالدائم. وإن كان إسلام أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء العدة والمدة، فأيتها خرجت حكم بانفساخ النكاح، والمهر المسمى ثابت بالدخول. قوله: (ولو أسلم وعنده حرة وأمة ثبت عقد الحرة ووقف عقد الأمة على رضاها). أما ثبوت عقد الحرة، فلأن نكاح الكفر صحيح، ولا مقتضى للانفساخ حينئذ. وأما وقوف عقد الأمة على رضى الحرة، فلأن الجمع بينها وبين الحرة في النكاح

فروع:

أ: لا ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض، ولو منع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على إشكال،

موقوف على رضى الحرة.

قوله: (فروع):

أ: لا ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض، ولو منع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على إشكال).

لو منعت الزوجة في المتعة بعض الاستمتاع كالوطء في القبل مثلا، لعذر شرعي أو حسي كالحيض والمرض الشديد، لم ينقص المهر ولم يسقط شيء منه بذلك، لأن المهر ثبت بالعقد، ولم يثبت كون المنع هنا مسقطا مع أنه مأذون فيه شرعا. وقد يجب فيبقى وجوبه بكماله عملا بالاستصحاب، ولقول الصادق عليه السلام في رواية عمر بن حنظلة: " إلا أيام حيضها فإنها لها " (١). ولو كان العذر الضروري لمصلحتها، كحفظ مالها أو الاكتساب لضرورة المعاش، ففي عدم تنقيص المهر بذلك نظر ينشأ: من أن المهر في مقال المدة فأبعاضه في مقابل أبعاضها، فإذا فات شيء منها وجب أن يفوت مقابله من المهر خرج عن ذلك نحو الحيض من الأعذار، فيبقى نحو ما ذكرناه على الأصل. ومن أن المنع جائز شرعا وربما وجب، فكيف يؤخذ بسقوط شيء من مهرها بعد الحكم بثبوتها بالعقد. ولو كان العذر نحو تنظيفها واستعدادها للاستمتاع بما لا بد منه، أو لنحو المأكل والمشرب فهو كالحيض، لأنه كالمستثنى عادة. هذا كله إذا كان المنع بنحو

(١) الفقيه ٣: ٢٩٤ حديث ٢٣٩٧.

وكذا لو منع هو أو هي بظالم، والأقرب أن الموت هنا كالدائم.

الحيض لبعض الاستمتاع بعض المدة.

ولو منع الجميع كل المدة ففي سقوط جميع المهر إشكال ينشأ: من أن المهر في مقابل الاستمتاع، ولم يحصل شيء منه فوجب الحكم بسقوطه كما في سائر المعاوضات. والفرق بين هذا وبين المنع بالعدر من بعض الاستمتاع في بعض المدة: أن حدوث نحو هذه الأعذار غالب في العادة فهي كالمستثناة، ولأنه إذا منع عن البعض بقي البعض الآخر من الاستمتاع فلم يفت أصل الاستمتاع، بخلاف ما إذا منع من الجميع كل المدة. ومن أن المهر ثبت بالعقد والأصل بقاءه، ولم يثبت شرعا كون هذا مسقطا.

ولا شك أن كونه مسقطا يتوقف على نص الشارع، ولو سقط بذلك المهر امتنع العقد متعة بتعذر الاستمتاع، وهذا الوجه أقرب.

ولو منع العذر جميع الاستمتاع بعض المدة، أو بعض الاستمتاع جميع المدة فالمهر ثابت كما لو منع بعضها في بعض المدة، وهاتان الصورتان لا يشملهما عبارة الكتاب.

والمدنف بكسر النون: المرض اللازم، والمراد هنا: المرض الشديد الذي يتعذر معه الاستمتاع.

قوله: (وكذا لو منع هو أو هي بظالم).

أي: وكذا لا ينقص المهر بمنع الظالم الزوج أو الزوجة عن بعض الاستمتاع أو جميعها، فيكون التشبيه في عدم النقص، وإن كان السياق يقتضي أن يكون التشبيه في توجه الإشكال في النقص وعدمه، والأول أظهر، لامتناع اطراد الوجهين فيما إذا كان الاستمتاع من طرف الزوج.

قوله: (والأقرب أن الموت هنا كالدائم).

أي: في استقرار جميع المهر به، ووجه القرب ما تقدم غير مرة، وهو أن

ب: لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما، ولا له أن ينكح أختها وإن وقت المدة بالأجل والعدة.

ج: لو مات فيما بينهما احتمال بطلان العقد، فلا مهر ولا عدة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً أو مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض.

المقتضي لثبوت المهر وهو العقد حاصل والمسقط منتف، إذ ليس إلا الموت، ولم يثبت شرعاً كونه مسقطاً، فيجب التمسك بثبوته عملاً بالمقتضي.

ويحتمل ضعيفا السقوط، لأن استحقاق المهر في مقابل الاستمتاع، فإذا فات انتفى الاستحقاق. ويضعف بأن الاستحقاق بالعقد وقد حصل، ويمنع كون فوات الاستمتاع مطلقاً مسقطاً، ولم يرد النص إلا على تفويت الزوجة لا لعذر، فيبقى حكم ما عداه على الثبوت.

قوله: (ب: لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما، ولا له أن ينكح أختها وإن وقت المدة بالأجل والعدة).

وإنما يجر ذلك، لأنه يصدق عليها أنها زوجة وذات بعل قطعاً، لانعقاد النكاح بينهما، وتأخر المدة لا يخل بهذا الصدق، إنما يمنع من الاستمتاع حينئذ. ويحرم عقد الغير على ذات البعل، وكذا يحرم على الزوج نكاح أخت الزوجة متعة ودواماً، ويحتمل جواز ذلك حينئذ وخصوصاً إذا وقت المدة المتخللة بين العقد والأجل بالأجل المعقود عليه ثانياً والعدة، لأنها بالنسبة إلى تلك المدة خلية، إذ لا حق له عليها في ذلك الوقت. والأصح الأول، لما قلناه من كونها زوجة فتندرج في إطلاقات النصوص.

قوله: (ج: لو مات فيما بينهما احتمال بطلان العقد ولا مهر ولا عدة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً، أو مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض).

هذا من أحكام ما إذا عقد على مدة متأخرة عن العقد، وتحقيقه: إن الزوج إذا مات فيما بينهما - أي فيما بين العقد والمدة - وقلنا بصحة هذا النكاح فهل يبطل

المقصد الثاني: في نكاح الإمام: وإنما تستباح بأمرين: العقد،
والملك.

العقد بالموت من أصله؟ يحتمل ذلك، لأن الصحة في العقود هي ترتب أثر العقد عليه،
وأثر هذا العقد هو ملك الاستمتاع بالفعل، وذلك إنما يكون بعد حصول المدة عملاً
بمقتضى العقد فيمتنع تقدمه.

فإذا مات قبل حضور المدة امتنع ترتب الأثر، وتبين خروج العقد عن صلاحية
التأثير فأنكشف بطلانه، وحينئذ فينتفي المهر والعدة والميراث إن أوجبه مطلقاً، أو
مع الشرط وكانا قد شرطاه، لأن ذلك كله من توابع النكاح وقد انكشف بطلانه، وعلى
هذا فلا يحرم على أب العاقد ولا على ابنه، وبالجملة فلا يثبت لهذا العقد شيء من
أحكام النكاح.

ويحتمل أن يكون قد وقع صحيحاً، ثم طرأ عليه البطلان بالموت كغيره من
العقود، لأن العقد بالنظر إلى ذاته له صلاحية التأثير، وخروجه عن ذلك إنما طرأ
بالموت وهو أمر خارج عنه متجدد، وحينئذ فيجب المهر والعدة والميراث حيث يثبت
في المتعة إلى غير ذلك من آثار صحة النكاح.

ولعل الأول أقرب، لأن الصحة هي نفس ترتب الأثر، وترتبه قبل حضور المدة
ممتنع لكونها أجلاً مضروباً للنكاح فلا يثبت قبلها.

وقول المصنف: (وعدمه فيثبت النقيض) معطوف على قوله: (بطلان العقد)
أي: احتمال بطلان العقد وعدمه وأراد بالنقيض مقابل الأمور المذكورة من المهر
والعدة والميراث.

قوله: (المقصد الثاني: في نكاح الإمام، وإنما يستباح بأمرين: العقد،
والملك).

فهنا فصول:

الأول: العقد: وليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، ولو ملك منكوحته
انفسخ العقد. ولا للحرّة أن تنكح عبدها لا بالعقد ولا بالملك، ولو ملكت
زوجها انفسخ النكاح.

المراد بالنكاح في قول المصنف: (في نكاح الإمام) هو الوطاء دون العقد كما
لا يخفى، ولا شك أن نكاح الإمام إنما يكون بالعقد أو الملك لانحصار النكاح فيهما،
لقوله تعالى: * (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمنهم) * (١) والاستثناء في سياق النفي
يفيد الحصر.

فإن قال: التحليل أمر ثالث، فإنه ليس من قبيل الملك ولا العقد.
قلنا: سيأتي إن شاء الله تعالى أنه تمليك للمنفعة، وهو داخل في الملك. وقيل:
إنه من قبيل العقد، وكيف كان فهو داخل فيهما.
قوله: (فها هنا فصول: الأول: العقد، وليس للسيد أن ينكح أمته
بالعقد، ولو ملك منكوحته انفسخ العقد. ولا للحرّة أن نكح عبدها، لا بالعقد
ولا بالملك، ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح).
لا خلاف في أنه ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، ولو طرأ الملك على النكاح
بأن ملك منكوحته انفسخ النكاح.

يدل على ذلك وراء الإجماع قوله تعالى: * (إلا على أزواجهم أو ما ملكت
أيمنهم) * (٢) فإنه سبحانه جعل كلا من الزوجية والملك سبباً للحل على سبيل البدل
والتفصيل قاطع للشركة، فامتنع أن يتألف سبب الحل منهما.
وأما انفساخ النكاح إذا طرأ عليه الملك، فقد احتج له بأن ملك اليمين أقوى

(١) المؤمنون: ٦.

(٢) المؤمنون: ٦.

وإنما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط إذنه، وإذن الحرية إن كانت تحته وإن كانت رتقاء، أو كتابية، أو غائبة، أو هرمة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو

من النكاح، لأنه يملك به الرقية، والمنفعة والنكاح لا يملك به إلا ضرب من المنفعة، فسقط الأضعف بالأقوى.

وأورد عليه الإشكال بما إذا باع العين المؤجرة من المستأجر، فإنه لا تنفسخ الإجارة مع وجود هذا المعنى.

والتحقيق أن النكاح لا يقتضي ملك المنفعة حقيقة، وإنما يملك به الانتفاع. ولهذا لو وطئت الزوجة بالشبهة لم يستحق الزوج المهر، ولو كانت المنفعة مملوكة لاستحق عوضها، فظهر أن الملك أقوى منه واندفع الإشكال.

وأيضاً فإن لوازم الملك والزوجية متضادة، فإن الخدمة حق على المملوكة، والإحدام حق للزوجة إن كانت من أهله، وتضاد اللوازم يفضي إلى تضاد الملزومات، ولا سبيل إلى إبطال الملك الحاصل بنحو الإرث مثلاً فتعين فسخ النكاح. وكذا ليس للحرية أن تنكح عبدها، لا بالعقد ولا بالملك قطعاً. ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح لمثل ما ذكرناه، فإنها تطالبه بالسفر إلى المشرق لأنه عبد، وهو يطالبها بالسفر معه إلى المغرب لأنها زوجة، وإذا دعاها إلى فراشه بحق النكاح بعثته في حوائجها بحق الملك، وإذا تعذر الجمع بطل الأضعف وثبت الأقوى.

وروى ابن بابويه في الفقيه عن ابن عباس وعبيد عن أبي عبد الله: في امرأة كان لها زوج مملوك فورثته فأعتقته هل يكونان على نكاحهما؟ قال: " لا، ولكن يحدثان نكاحاً آخر " (١).

قوله: (وإنما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط إذنه وإذن الحرية إن كانت تحته وإن كانت رتقاء، أو كتابية، أو غائبة، أو هرمة، أو صغيرة، أو

(١) الفقيه ٣: ٣٠٣ حديث ١٤٥٤.

متمتعا بها ما لم يطلقها.
ولا يشترط إسلام الأمة وإن كان الزوج مسلما في المتعة عندنا،

مجنونة، أو متمتعا بها ما لم يطلقها).

لا ريب أن العقد على مملوكة الغير تصرف فيها، فيمتنع الحكم بحله شرعا بحيث يعد عقدا شرعيا يترتب عليه أثره إلا بإذن المولى، ذكرا كان أو أنثى، متعة كان النكاح أو دواما على خلاف ضعيف في أمة المرأة في المتعة، وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

يدل على ذلك بعد الإجماع قوله تعالى: * (فانكحوهن بإذن أهلهن) * (١)، وصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت الرضا عليه السلام هل يجوز للرجل أن يتمتع من المملوكة بإذن أهلها وله امرأة حرة؟ قال: " نعم إذا كان بإذن أهلها إذا رضيت الحرة " (٢) والأهل عام في الرجال والنساء. ويشترط أيضا إذن الزوجة الحرة إن كان للعاقدة زوجة حرة، لتواتر الأخبار من طرق العامة (٣) والخاصة (٤) بالنهي عن نكاح الأمة لمن عنده حرة، وفي عدة أخبار اشتراط رضاها (٥)، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الحرة رتقاء أو كتابية، أو غائبة، أو هرمة أو مجنونة، أو صغيرة، أو متمتعا بها. وبين أن لا يكون كذلك، لإطلاق النصوص، فيتناول جميع من ذكر ما لم تطلق الحرة طلاقا بائنا أو رجعا ثم تبين منه بانقضاء العدة فإنه حينئذ يسقط اعتبارها. قوله: (ولا يشترط إسلام الأمة وإن كان الزوج مسلما في المتعة عندنا،

(١) النساء: ٢٥.

(٢) التهذيب ٧: ٢٥٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ٣: ١٤٦ حديث ٥٣٣.

(٣) سنن البيهقي ٧: ١٧٥.

(٤) الكافي ٥: ٢٥٩ باب الحر يتزوج الأمة، التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٨، الاستبصار ٣: ٢٤٢ حديث ٨٦٦.

(٥) الكافي ٥: ٤٦٣ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٥٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ٣: ١٤٦ حديث ٥٣٣.

ومطلقا عند آخرين.
وللعبد أن ينكح الكتابية إن جوزناه للمسلم، وكذا للكتابي أن يتزوج
بالأمة الكتابية.

ومطلقا عند آخرين).

قد سبق حكاية الخلاف بين الأصحاب في نكاح الكافرة بالعقد، وأن منهم من
جوز المتعة والدوام، وأن منهم من جوز المتعة دون الدوام، وأن منهم من منعهما، وأن
الأصح عند المصنف وجمع من الأصحاب جواز المتعة خاصة، وعلى هذا جرى قوله:
(ولا يشترط إسلام الأمة) أي: المنكوحة بالعقد، لأنه في سياقه، (وإن كان الزوج
مسلمًا) أي: سواء كان الزوج مسلمًا أم لا.

لكن ذلك في المتعة عند المصنف، وأما الدوام عنده فإنه يشترط فيه إسلام الأمة
إذا كان الزوج مسلمًا، ومطلقا عند آخرين، أي: لا يشترط إسلام الأمة وإن كان الزوج
مسلمًا مطلقًا، أي: في المتعة والدوام عند آخرين، وهم القائلون بجواز نكاح الكافرة
للمسلم مطلقًا، وأما القائلون بالمنع مطلقًا فإنهم يشترطون إسلامها مطلقًا إذا كان
الزوج مسلمًا.

قوله: (وللعبد أن ينكح الكتابية إن جوزناه للمسلم، وكذا للكتابي أن
يتزوج بالأمة الكتابية).

العبد المسلم كالحُر المسلم في أن له أن ينكح الكتابية، حرة كانت أو أمة، في
المتعة خاصة عندنا، ومطلقا عند آخرين، لأن دلائل الجواز والمنع شاملة للحُر والعبد،
وكذا الكتابي الحُر أن يتزوج بالأمة الكتابية في المتعة خاصة عندنا، ومطلقا عند
آخرين، وذلك لازم من التشبيه في قوله: (وكذا الكتابي)، ولولاه لم يستقم الإطلاق،
فإن المراد: حل ذلك له عندنا بحيث يحكم به عند الترافع إلينا، أما عندهم فإننا لا
نؤاخذهم بما يدينون به وإن كان نكاح المحرمات ما لم يتظاهروا به.

وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف، فإن شرطنا هما وقدّر
على حرة رتقاء، أو غائبة غيبة بعيد، أو كتابية، أو من غلت في المهر إلى
حد الإسراف، جاز نكاح الأمة

فرع: إذا تحرر بعض المملوك كان كالحر في تحريم نكاح الأمة، ولو كان بعض
الأمة رقيقاً فهي كالأمة في تحريم نكاحها بالحرّة إلا بإذنها، وفي تحريم نكاحها إلا مع
الشرطين، وإذا وجدها من يسوغ له نكاح الأمة فهل يتعين نكاحها، أم يجوز التخطي
إلى الأمة؟ فيه وجهان.

قوله: (وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف، فإن شرطناهما
وقدر على حرة رتقاء، أو غائبة غيبة بعيدة، أو كتابية، أو من غلت في المهر
إلى حد الإسراف جاز نكاح الأمة).

أي: وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت في نكاح الحر المسلم للأمة
بالعقد، وكذا الكتابي الحر خلاف سبق بيانه في المحرمات، فإن شرطناهما - وهو
الأصح - وقدر على حرة من المذكورات جاز نكاح الأمة عند المصنف، وتنقيح البحث
في مسائل:

الأولى: أن يقدر على نكاح حرة يتعذر وطؤها قبلاً لكونها رتقاء أو قرناء ونحو
ذلك، وفي جواز نكاح الأمة حينئذ وجهان:

أحدهما: العدم، لأنه قادر على بعض الاستمتاع، فإن الوطء في الدبر على
القول بجوازه، والتفخيذ، وأمثال ذلك ينكسر به الشهوة ويندفع به خوف العنت.

والآخر: الجواز، لأن المشتهى طبعاً هو الوطء في القبل، ويؤيده أن الغرض
الأصلي من النكاح - وهو النسل الذي به بقاء النوع - لا يحصل به.

والجواز أقوى، لأن خوف العنت لا يندفع بهذا القدر من الاستمتاع، إذ
المشتهى طبعاً غيره، وموضع الوجهين ما إذا لم يمكن علاجها بحيث يندفع المانع، فإن
أمكن فلا بحث في عدم الجواز.

والمسألة مصورة في غير هذا الكتاب بما إذا كانت لا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها، وهو الظاهر من كلام الشارح الفاضل ولد المصنف حيث شبه هذه المسألة بها إذا وجد الماء بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل إلى التيمم، وبما إذا وجد الرقبة في الكفارة المرتبة بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل فرضه إلى الصوم؟ في كل منهما قولان (١). وهذا هو الأنسب، لأن من وجد مهر شريفة وإن كانت أعلى منه بيتا وأكثر مهر أمثالها عادة ينبغي أن لا تحل له الأمة، لانتفاء الشرط حينئذ، فإنه يصدق عليه الاستطاعة لنكاح المؤمنة، ولا أثر لكون تزوجه لمثلها في العادة يعد سرفا. أما إذا لم توجد الحرة إلا بأكثر من مهر أمثالها ففي جواز الأمة وجهان: وجه الجواز، إن بذل المال على هذا الوجه إتلاف له وهو من السفه، ولما فيه من المشقة بتحمل الغبن.

ووجه المنع، إنه مستطيع فانتفى، ولأن مثل هذه المغالاة في النكاح مما تقتضيها العادة فإنه يتعلق به أغراض كلية ينتفي معها الغبن.

وتوسط متوسط فقال: إن كانت المغالاة بقدر كثير يعد بذله إسرافا جاز نكاح الأمة، وإلا فلا. ولعل المصنف حاول هذا المعنى بعبارته، لكنها غير وافية بالدلالة عليه كما عرفت.

ولا ريب أن لهذه المسألة نظائر غير المسألتين اللتين ذكرهما الشارح، منها: ما لو وجد الراحلة في الحج وما لا بد منه بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يسقط الحج؟

ومنها: ما لو وجد الساتر في الصلاة بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يصلي عاريا؟ وغير ذلك.

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٣٧.

وفي ذات العيب إشكال.

وقد سبق أن المختار الوجوب ما لم يعد إجحافاً، فيسقط لما فيه من الضرر، وينبغي أن يكون الحكم هنا كذلك. واعلم أن قول المصنف: (أو من غلت) يجوز قراءته بالمهملة والمعجمة، من العلو أو من الزيادة، وهما يتقاربان في المعنى. قوله: (وفي ذات العيب إشكال).

أي: لو قدر على حرة ذات عيب كالبرصاء والمجدومة، ففي جواز نكاح الأمة في هذه الحالة إشكال، ينشأ: من انتفاء شرط نكاح الأمة، لأنه مستطيع لنكاح الحرة المؤمنة، فيمنع من نكاحها. ومن أن مقصود النكاح دفع الشهوة، وإنما يكون ذلك مع الميل القلبي، وهو منتف هنا، لوجود النفرة طبعاً، فلا يندفع خوف العنت. ولأنه إن جاز الفسخ بالعيب هنا لو تزوجها ولم يعلم بالعيب إلا بعد العقد جاز نكاح الأمة، والمقدم حق، لإطلاق النصوص بثبوت الخيار بالعيوب، وهو يتناول صورة النزاع، فأخراجها يحتاج إلى دليل شرعي، وهو منتف. فإن قيل: عموم قوله تعالى: * (ومن لم يستطع منكم طولا) * (١) يقتضي إخراجها.

قلنا: دلائل الفسخ بالعيب أحص من هذا الوجه فتقدم، وأما بيان الملازمة، فلأنه إذا جاز فسخ نكاح ذات العيب امتنع القول بتحتّم تزويجها لو لم تكن منكوحة، فإنه لو وجب ابتداء النكاح لوجب استدامته بطريق أولى، وهذا أقوى. واعلم أن عبارة المصنف كالمتدافعة، فإنه جزم بأنه إذا قدر على رتقاء جاز له نكاح الأمة، وتردد في ذات العيب مع أنها شاملة للرتقاء، فإن الرتق من العيوب المجوزة للفسخ كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) النساء: ٢٥.

ولو كان مفلسا ورضيت بالمؤجل أقل من مهر المثل لم تنكح الأمة.

وقد يعتذر له بأنه أراد بذات العيب ما عدا الرتقاء فلا تدافع، لكن قد يسأل عن الفرق بينهما وبين غيرها من ذوات العيوب، فيجاب بأن الرتق مانع من الوطاء قبلا، فمطلوب النكاح وهو الوطاء قبلا معه منتف، بخلاف نحو الجنون والجذام والبرص، وهو ضعيف، ومنقوض بالرتق والعمى والعرج والإفشاء. قوله: (ولو كان مفلسا ورضيت بالمؤجل أقل من مهر المثل لم ينكح الأمة).

ينبغي أن يقرأ مفلسا بالتخفيف ليشمل من كان غير قادر على المهر ولم يحكم بتفليسه.

وفقه المسألة: إنه متى كان غير قادر على طول الحرّة لفقره أو للحجر عليه بالإفلاس، فوجد حرّة ترضى بمهر مؤجل إلى أجل يتوقع القدرة عليه عند حلوله، والمهر الذي رضيت به لا يزيد على مهر أمثالها، لم ينكح الأمة عند المصنف ووجب عليه نكاحها، لأنه مستطيع للحرّة حينئذ. وفي الحكم نظر ينشأ من هذا، ومن أنه شغل الذمة بالدين الموجب للمطالبة عند الحلول.

وقد لا يصدق رجاءه في حصول الملاءة ضرر بين، وقد ورد في الدين أنه "هم بالليل ومذلة في النهار".

وقريب من ذلك ما إذا وجد من يبيع منه نسيئة ما يفي بصدقها، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة تفي به أو يقرضه ذلك، وعدم الوجوب في هذه المسائل كلها قوي، فيجوز نكاح الأمة.

فرعان:

أ: المال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، لأن صاحبه ملحق بالفقير، ولهذا يجوز له أخذ الزكاة.

فلو وجد من يبيعه نسيئة إلى أجل، يغلب على الظن وصول المال الغائب عند

وخوف العنت إنما يحصل بغلبة الشهوة وضعف التقوى، فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمة.

الحلول، ففي الوجوب نظر. وكذا الفرض إذا أجل لازماً كذلك.
ب: لا يجب بيع المسكن والخادم وما جرى مجراهما، وصرف ذلك إلى طول الأمة على أقرب الوجهين، لأن ملك ذلك لا ينافي الفقر، والفقير غير مستطيع. واعلم أنه لا حاجة إلى كون ما ترضى به الحرة مؤجلاً أقل من مهر المثل، كما في عبارة الكتاب، بل مهر المثل أيضاً كذلك. أما لو لم ترض إلا بما زاد، فإنه يني على أنه لو وجد حرة لا ترضى إلا بما زاد على مهر أمثالها وهو قادر عليه هل يجوز نكاح الأمة أم لا؟ ولا بد أن يكون بحيث يتوقع عند آخر الأجل التمكن من أداء المهر، وإلا جاز نكاح الأمة وجهها واحداً، وعبارة الكتاب خالية من ذلك. قوله: (وخوف العنت إنما يحصل بغلبة الشهوة وضعف التقوى، فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمة).

قال الله تعالى: * (ذلك لمن خشى العنت منكم) * (١) والعنت لغة: المشقة الشديدة، ويقال: إنه الهلاك، والمراد هنا الزنا. وأطلق عليه العنت من حيث أنه سبب المشقة والهلاك بالحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة، فخوف العنت هو توقع مقارفة الزنا على سبيل الندرة، وإنما يتحقق ذلك بغلبة الشهوة، وضعف التقوى، فمن غلبت شهوته وقل تقواه فهو خائف، ومن قويت شهوته وله زاجر عن الوقوع في الزنا من دين أو مروءة أو حياء فهو غير خائف.

وكذا من غلبت شهوته وقوى تقواه، لأنه لا يخشى العنت، لكن لو كان ترك الوقاع في حق هذا بحيث يجر ضرراً ومرضاً شديداً لم يبعد القول بجواز نكاح الأمة، وعبارة الكتاب مطلقة.

(١) النساء: ٢٥.

والقادر على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص، ولو أيسر
بعد نكاح الأمة لم تحرم الأمة.
ولا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا نكاحا بدون إذن المالك، فإن فعل
أحدهما بدون وقف على الإجازة على رأي.

قوله: (والقادر على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص).
وجهه: إن خوف الوقوع في الزنا يندفع بوطء المملوكة، فيتحتّم شراؤها لو لم
تكن في ملكه، ولا يجوز له نكاح الأمة.
ويحتمل الجواز، لأنه لا يستطيع طول حرة، وهذا هو الشرط في الآية، والأول
أقوى، لأن خوف العنت شرط أيضا، وهو منتف هنا.
فرع: لو كانت الأمة التي يملكها غير محللة له، فإن كانت قيمتها تفي بثمن
أمة يتسرى بها أو مهر حرة، ولم يكن هناك ما يسقط معه وجوب بيعها لكونها مألوفة
يشق فراقها لم ينكح الأمة.
قوله: (ولو أيسر بعد نكاح الأمة لم تحرم الأمة).
لأن قضية الآية اشتراط الإعسار في الابتداء، ولا دليل على كونه شرطا في
الدوام، مع أن الدوام أقوى من الابتداء، وذلك كما أن العنت شرط في الابتداء خاصة،
وكما أن كلا من العدة والردة والإحرام يمنع ابتداء النكاح دون دوامه، والإسلام يمنع
ابتداء السبي دون دوامه، وكذا لا تحرم الأمة لو نكح حرة بعد ما نكحها عندنا.
ولا يخفى أن المصنف لو اقتصر على قوله: (لم تحرم)، ولم يذكر الأمة مرة أخرى،
لم يكن محتاجا إلى ذكرها، ولكنها مع الاختصار خالية من التكرار.
قوله: (ولا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا نكاحا من دون إذن المالك،
فإن فعل أحدهما بدون وقف على الإجازة على رأي).
اختلف الأصحاب في أن الفضولي من النكاح يقع باطلا، أو موقوفا على
الإجازة من الزوج أو الزوجة.

وعلى المولى مع إذنه مهر العبد ونفقة زوجته، وله مهر أمته.

فالقائلون بالبطلان ثم قالوا به في نكاح العبد والأمة إذا بادر أحدهما إلى العقد بنفسه بدون إذن سيده.

والقائلون بوقوعه موقوفاً اختلفوا هنا، فقال بعضهم بوقوع هذا النكاح موقوفاً، فإن أجازته السيد صح، وإلا بطل: واختاره المصنف هنا وفي المختلف (١)، وهو الأصح، لحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده قال: " ذلك إلى السيد إن شاء أجاز، وإن شاء فرق بينهما " (٢). واضطرب كلام ابن إدريس فقال في أوله ما حاصله: إن كلام الشيخ مبني على مذهبه من أن العقد لا يقف على الإجازة، قال: وقد بينا فساد ذلك فيما مضى، ثم حكم ببطلان العقد هنا من أصله محتجاً بأنه منهي عنه فيكون فاسداً (٣)، وكلية الكبرى ممنوعة.

وقد يحتج بما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله: " أيما مملوك تزوج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل " (٤)، ويجاب بمنع السند أولاً، وبالجملة على أنه بمنزلة الباطل، إذ لا يترتب عليه أثره بمجرد ثانياً مجازاً طلباً للجمع بينه وبين ما سبق. قوله: (وعلى المولى مع إذنه مهر العبد ونفقة زوجته وله مهر أمته). إذا أذن المولى لعبد في النكاح صح وكان المهر في ذمة السيد، وكذا نفقة الزوجة على أشهر الأقوال للأصحاب، لأن العبد لما لم يتصور ملكه امتنع تعلق الوجوب به، ولما وقع النكاح صحيحاً لزمه الحكم بثبوت المهر والنفقة، ولا متعلق لهما إلا السيد وقد أذن في النكاح فيتعين وجوبهما عليه، لأن الإذن في النكاح لمن هذا حاله

(١) المختلف: ٥٦٩.

(٢) الكافي ٥: ٤٧٨ حديث ٣، الفقيه ٣: ٣٥٠ حديث ١٦٧٥، التهذيب ٧: ٣٥١ حديث ١٤٣٢.

(٣) السرائر: ٣٠٥.

(٤) سنن البيهقي ٧: ١٢٧ وفيه: " عاهر " بدل " باطل ".

وإجازة عقد العبد كالإذن المبتدأ في النفقة، وفي المهر إشكال.

التزام لمؤنته، ولما كان نسبتها إلى جهات أموال السيد على حد سواء وجب الحكم بثبوتها في ذمة السيد، لامتناع الترجيح. ولو زوج السيد أمته صح النكاح قطعا وكان المهر للسيد، لأن الأمة وبضعها ومنافعها مملوكة له، فيكون المهر الذي هو في مقابل البضع حقا له. قوله: (وإجازة عقد العبد كالإذن المبتدأ له في النفقة، وفي المهر إشكال).

لما حكم بأن عقد المملوك يقع موقوفا على إجازة السيد ولا يقع باطلا من أصله، فرع عليه ما إذا كان المملوك العاقد عبدا وأجاز المولى نكاحه فقال: إنه كالإذن المبتدأ في النفقة، وتردد في المهر. وتحقيقه: إن المولى إذا أجاز العقد كانت الإجازة كالإذن المبتدأ، أي: الواقع قبل العقد، فيصح به العقد كما سبق وتثبت به النفقة مع حصول التمكين من الزوجة في ذمة السيد، لأن وجوبها أثر النكاح الثابت بالإذن.

وأما المهر ففي كون الإجازة بالنسبة إليه كالإذن المبتدأ، فيثبت في ذمة العبد على أنه يتبع به إذا أعتق، أو في ذمة السيد إشكال ينشأ: من أن الإجازة لما طرأت على العقد بعد تمامه لم توجب في ذمة المولى شيئا، وذلك لأن العقد تضمن المهر قبل صدور الإجازة، فلم يكن له تعلق بذمته. ولأن الإجازة إنما تؤثر في العقد على ما هو عليه، ومعلوم أنه لم يقع على أن المهر في ذمة المولى. ومن أن الرضى بالنكاح من المولى التزام لمؤنة، ولا يفترق الحال في ذلك بين وقوعه متقدما ومتأخرا.

فإن العبد لكونه لا يملك يمتنع إلزامه بالمهر، فلا يقع العقد إلا على الوجه الممكن، وهو كون المهر على السيد، فيقع موقوفا على هذا الوجه. فإذا أجازته ثبت المهر في ذمته كما في الإذن قبل العقد سواء، وهذا أصح.

ولو تعدد المالك افتقر إلى إذن الجميع قبل العقد، أو إجازتهم بعده.
ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وربح تجارته، ولا يضمن
السيد، بل يجب أن يمكنه من الاكتساب،

والجواب عما سبق أن العقد وإن لم يتضمن ثبوت المهر في ذمة السيد، إلا أنه
يمنتع وقوعه إلا كذلك، لما قلناه.
قوله: (ولو تعدد المالك افتقر إلى إذن الجميع قبل العقد، أو إجازتهم
بعده).

لأن كل واحد منهم مالك، فيعتبر في كل واحد منهم ما يعتبر في المالك الواحد،
وحيث فيوزع عليهم المهر والنفقة بالحصة.
قوله: (ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وربح تجارته،
ولا يضمن السيد بل يجب أن يمكنه من الاكتساب).

ذكر الشارح الفاضل ما حاصله: إن ما ذكره المصنف في المطلب الخامس في
الأحكام من الفصل الثالث: في الأولياء، من أن المولى إذا أذن لعبد في النكاح وأطلق
ثبت قدر مهر المثل على المولى لو نكح بأزيد منه، لم يكن ترجيحاً مانعاً من النقيض،
أو أنه رجع عنه إلى كون المهر والنفقة في كسب العبد (١).
وما ذكره غير واضح إذ ليس في كلامه ما يدل على اختيار كون المهر والنفقة
في كسب العبد بحال، فإنه لم يذكر ذلك إلا احتمالاً. وقد ذكر قبله بيسير إن على المولى
مع إذنه مهر العبد ونفقة زوجته، فكيف يكون هذا رجوعاً عما سبق. ولا ريب أن
الاحتمال لا ينافي صورة الجزم، لأنه مع ترجيح أحد الطرفين يجوز ذكره بصورة الجزم
لتعين العمل به لا محالة.

(١) الإيضاح ٣: ١٣٨.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يحتمل ثبوت المهر والنفقة فيما إذا أذن السيد لعبده في النكاح قبل العقد، أو أجازته بعد وقوعه في كسب العبد إن كان كاسباً، كما في الاحتطاب والاحتشاش، وما يحصله بصنعة أو حرفة ولو بالاكتساب النادر في ربح تجارته إن كان تاجراً.

وهو اختيار الشيخ في المبسوط (١)، ووجهه: إن المهر والنفقة من لوازم النكاح، وكسب العبد أقرب شئ إليهما، فإن غاية كسب كل إنسان هو الصرف في مؤنه وضروراته، والعادة جارية بذلك فينزل الحال في لوازم النكاح عليها. ويضعف بأن الدين لا بد له من ذمة يتعلق بها، وذمة العبد ليست أهلاً لذلك، فلا بد من تعلقه بذمة المولى. وعلى القول بذلك فلا يخفى أنهما لا يتعلقان بكل كسب للعبد بل بما كان بعد النكاح فإن السابق خاص بالمولى كسائر أمواله. ولا بد في المهر من حلوله، فلو كان مؤجلاً تعلق بالكسب الواقع بعد الحلول دون ما قبله، لما قلناه.

ولا بد في النفقة من التمكين، فلا تعلق لها بالكسب المتقدم عليه. ومن هذا يعلم أنه لو كان تاجراً لم يتعلق برأس المال، بل بالربح الحاصل بعد الاستحقاق حالاً. وطريق الصرف إلى المهر والنفقة إن ينظر في الحاصل كل يوم، فيؤدي منه النفقة إن وفي بها، فإن فضل شئ صرف إلى المهر، وهكذا حتى يتم المهر ثم يصرف الفضل من النفقة إلى السيد، ولا يدخر لما يتجدد من النفقة. ولو فلس السيد اختصت الزوجة بقدر النفقة والمهر من كسب العبد، وعلى القول بكونهما في ذمة السيد هي أحد غرمائه فتضرب بالحصة. وقول المصنف: (ولا يضمن السيد بل يجب أن يمكنه من الاكتساب) تنقيح

(١) المبسوط ٤: ١٦٧.

فإن استخدمه يوما فأجرة المثل كالأجنبي. ويحتمل أقل الأمرين من كسبه ونفقة يومه.

للقول بثبوتهما في كسب العبد، فإن تعلق الحق بمال معين لا ينافي الثبوت في الذمة، كما لو ضمن ما على الغير وشرط الأداء من مال بعينه، وكما في الرهن وتركة الميث. ولما لم يكن للمهر والنفقة على هذا القول تعلق بذمة السيد، بل متعلقهما الكسب، كما أن متعلق أرش الجناية هو رقبة العبد دون ذمة السيد، نص المصنف على ذلك، وبين أنه يجب على السيد تمكينه من الكسب بمعنى تخليته ليكتسب، ولا يشترط إذنه، لأن الإذن في النكاح يستدعي ذلك. ومقتضى هذا أنه لا يشترط الإذن في التجارة بخصوصها، بل إن أتجر حينئذ صح وتعلقا بالربح.

وقد يتوهم من قول الشارح الفاضل: لو كان مأذونا له في التجارة تعلق أيضا المهر ونفقة زوجته بربحه، اعتبار الإذن في الصحة، فإن ذلك مراد له (١)، فليس بظاهر. وليس من لوازمها التصرف في مال المولى، إلا أن يقال: التجارة لا بد فيها من الشراء، ولا بد من ثبوت الثمن في ذمة المولى، وهذا مما يجب التوقف فيه على إذنه. فرع: يجب عليه تخليته للاستمتاع بمجرى العادة.

قوله: (فإن استخدمه يوما فأجرة المثل كالأجنبي، ويحتمل أقل الأمرين من كسبه ونفقة يومه).

هذا فرع على القول بثبوت المهر والنفقة في كسب العبد ووجوب تخليته للاكتساب، وتحقيقه: إنه على هذا القول لو استخدمه السيد يوما ولم يلتزم بلوازم النكاح وجب عليه الغرم لما استخدم، لأنه لما أذن في النكاح فكأنه أحال على كسبه، فإن فوته طولب بعوض ما استوفاه وهو أجرة المثل كما في الأجنبي.

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٣٩.

ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقة.

ويحتمل أن يجب أقل الأمرين من أجره المثل والمهر ونفقة يومه، أما إذا كان المهر والنفقة أقل فظاهر، إذ لا يجب شئ غير ذلك. وأما إذا كانت الأجرة أقل، فلأن الذي استوفاه السيد هو قدر الأجرة، فلا يغرم أكثر منه.

ويجئ احتمال ثالث، وهو أن يغرم نفقة مدة الاستخدام كائنة ما كانت، لأنه ربما كان يكتسب ما يفي بذلك.

والأقرب تفريعاً هو وجوب أقل الأمرين: واعلم أن المصنف لم يذكر في هذا الاحتمال سوى نفقة يومه.

ولا ريب أن المهر دين حاضر، لأنه الفرض، فإذا وفت به الأجرة تعين صرفها إليه مع النفقة وكأنه إنما سكت عنه اكتفاء بما تقدم واعتماداً على ظهور الحال، وكذا فعل في احتمال كونها في رقبته.

قوله: (ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقة).

هذا احتمال ثالث لتعلق، وتحقيقه: إن نفقة كل يوم تثبت في رقبته، فيباع منه جزء ما يفي بالنفقة، تنزيلاً لها منزلة أرش الجنائيات.

ووجه: إن النفقة واجبة لا محالة وليست على السيد، لأصالة البراءة، ولا على العبد، لأنه ليس أهلاً لذلك. وتعليقها بكسبه تعليق للواجب بما ليس بمعلوم الحصول، فتعين تعلقها بالرقبة بمقتضى السبر والتقسيم.

فعلى هذا إن وجد راغب يشتري كل يوم منه جزء بقدر النفقة الواجبة لذلك اليوم وجب بيعه.

واعلم أن قوله: (ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته) ليس عديلاً لقوله: (ويحتمل أقل الأمرين) بل هو عديل لقوله: (ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد) كما

ولو قصر الكسب، أو لم يكن ذا كسب احتمال ثبوت النفقة في رقبته وفي ذمة المولى، وأن يتخير بين الصبر والفسخ إن جوزناه مع العسر. ولو اشترته زوجته أو اتهمته قبل الدخول سقط نصف المهر الذي

هو ظاهر عند التأمل.

قوله: (ولو قصر الكسب أو لم يكن ذا كسب احتمال ثبوت النفقة في رقبته، وفي ذمة المولى، وأن يتخير بين الفسخ والصبر إن جوزناه مع العسر). ما سبق هو حكم ما إذا كان العبد كاسبا وكسبه واف بنفقة زوجته، وهذا بيان حكم ما إذا كان كسبه قاصرا عنها أو لم يكن له كسب أصلا، وقد ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثة.

أحدها: ثبوت النفقة أو ما قصر الكسب عنه منها في رقبته، تنزيلا للوطء في النكاح منزلة الجناية.

الثاني: ثبوتها في ذمة المولى، لأنه لما أذن في النكاح لزمته لوازمه، لامتناع إغراء النكاح عن النفقة، وإنما قدمنا الكسب، لأنه أقرب شيء إليها، فإذا انتفى تعينت ذمة المولى.

الثالث: تخيير الزوجة بين الصبر بغير نفقة حاضره، وبين الفسخ إن جوزنا الفسخ للمرأة إذا أعسر زوجها الحر عن النفقة، وسيأتي تحقيقه إن شاء تعالى. ولم يذكر المصنف حال المهر مع القصور، وكذا لم يذكره في احتمال ثبوت النفقة في رقبته، فيمكن أن لا يرى مجيء ذلك فيه، وإن يكون على ذلك التقدير دينا على العبد يتبع به. لكن في إثبات الفرق بين المهر والنفقة عسر، وهذا كله بناء على أن المهر والنفقة لا يثبتان في ذمة المولى بإذنه في النكاح، أما على القول بالثبوت فإن ذلك ساقط.

قوله: (ولو اشترته زوجته، أو اتهمته قبل الدخول سقط نصف المهر

ضمنه السيد أو جميعه، فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع حذرا من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء البيع عن

الذي ضمنه السيد أو جميعه).

قد سبق أنه إذا ملك أحد الزوجين الآخر أو شيئا منه انفسخ النكاح، فإذا ملكت الزوجة الحرة زوجها المملوك شراء أو اتهابا أو غيرهما، فإما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبله وقد ضمن السيد المهر، إما بناء على أن الإذن في النكاح يقتضي ثبوته في ذمته، أو لكونه قد ضمنه للمرأة بعد النكاح حتى صار في ذمته، فإن ما في الذمة مضمون لا محالة، ففي سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان:

وجه الأول: إن الانفساخ حصل بالعقد الجاري من المولى، والزوجة والمولى قائم مقام الزوج من حيث أنه سيده، والفراق إذا حصل بصنع الزوجين غلب جانب الزوج وتشطر المهر، كما لو خالعه قبل الميسس.

ووجه الثاني: إن الفرقة حصلت بالزوجة، والسيد لا اختيار للزوج فيها، فكان كما لو أسلمت مع كفره، أو ارتدت مع إسلامه قبل الدخول. وفي هذا الوجه قوة، فعلى هذا ترد المهر إن قبضته وعليها الثمن، وعلى الأول ترد النصف وعليها الثمن، وقد يقع التقاص إذا اتحد الجنس.

ولو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول، ففي وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضا، لكن المتجه هنا وجوب الجميع، وقد سبق نظائره في الرضاع وتجدد الإسلام.

وتمليك السيد إياه لا يقدر في استحقاقه المهر، إذ ليس أبلغ من بذل الزوجة في الخلع، وإنما تشطر في الخلع للدليل، فلا يلحق به غيره.

قوله: (فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع حذرا من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء المبيع عن

العوض).

قد بينا أن المهر يمكن ثبوته في ذمة السيد، إما بأن يكون صدور العقد بإذنه يقتضي شغل ذمته، أو بأن يضمنه للزوجة، بناء على أنه لا يثبت في ذمته بعد صدور العقد، لأنه دين لازم فيصح ضمانه.

ولا ريب أن ما يقرن بالباقي عقد البيع من العوضين هو الثمن، فإذا باع السيد العبد للزوجة بالدين الذي في ذمته فقد باعه بنفس المهر. ومثله ما لو دفع إلى عبده عينا من أمواله لينكحها بها، ثم باعها إياه بتلك العين، بخلاف ما لو باعها بعوض وأطلق بحيث لم يقيده بكونه الذي في ذمته لها، فإنه ليس يباع بنفس المهر. إذا تقرر ذلك، فإن الزوجة إذا اشترت زوجها العبد بنفس المهر الذي في ذمة السيد، أو الذي تعين في عقد النكاح على ما بيناه، وكان ذلك قبل الدخول بنى على صحة البيع، وعدمه على المسألة السابقة، وهي أن الزوجة إذا اشترته قبل الدخول سقط نصف المهر أو جميعه.

فإن قلنا بسقوط الجميع بطل البيع، لأنه يلزم منه الدور، وهو باطل. بيان اللزوم: إنه إذا صح البيع دخل في ملكها وانفسخ النكاح فيسقط المهر، لأنه المقدر، فيبقى المبيع بغير عوض يقابله فينفسخ، لامتناع صحة البيع بدون ثمن. فصحة البيع تستلزم بطلانه، وذلك دور عند الفقهاء، وبطلانه ظاهر. لأن كلما كان بحيث يفضي صحته إلى بطلانه يجب الحكم ببطلانه.

لا يقال: صحة البيع وارتفاع النكاح لا يكونان معا، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك، وحينئذ فلا يزول ملكها عن الصداق إلا بعد ملكها للرقبة، فلا يبطل الثمن لانفساخ العقد، بل يكون أثره الرجوع إلى البيع بدل الصداق. وكما لو اشترت بعين الصداق قبل المسيس ثم ارتدت، فإنه يلزمها غرم بدل الصداق، ولا يبطل البيع.

ولو اشترته به بعد الدخول صح.
ولو جوزنا إذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته به
بطل العقد، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض.

لأنا نقول: ليس بين صحة البيع وارتفاع النكاح وزوال الملك عن الصداق
تخلل زمان، وإن كان هناك تقدم اعتباري، بخلاف الصورة المذكورة في السؤال. هذا
إذا أسقطنا جميع الصداق بشرائها إياه، ولو أسقطنا النصف خاصة، فإن البيع إنما
يبطل في النصف فقط، لسقوط نصف الثمن.

و (عراء) في قول المصنف يقتضي عراء المبيع كأنه مصدر عرى عن كذا يعري
عنه، والمنقول في مصدره عرى إما عراء ممدودا أو مقصورا فلم أقف عليه.
قوله: (ولو اشترته بعد الدخول صح).

أي: لو اشترت الزوجة العبد بنفس المهر المضمون بعد الدخول صح
الشراء، وذلك لأن المهر استقر بالدخول، فلا يلزم من انفساخ النكاح سقوطه ليلزم
عراء المبيع عن العوض.

ولا فرق في ذلك بين أن نقول بثبوت المهر في ذمة السيد بالعقد إذا وقع بإذنه،
وبين أن نقول بثبوته في ذمة العبد ثم يضمنه السيد، لأن الضمان لما كان ناقلا عندنا
لم يرد أن ذمة العبد تبرأ من الصداق بدخوله في الملك، حيث أن المولى لا يستحق
براءة ذمة الضامن.

قوله: (ولو جوزنا إذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته
بطل العقد، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض).
يلوح من قوله: (ولو جوزنا...) أنه لا يجوز ذلك، إلا أن قوله سابقا: (وفي المهر
إشكال) يقتضي تجويز ذلك.

ويمكن أن يعتذر له بأن المراد بالتجويز: الحكم بالجواز، وليس بلازم من
الإشكال في المهر.

والولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلا أن يشترط أحدهما أو يشترط الأكثر فيلزم،

إذا عرفت ذلك فمقصود المسألة إنا إذا جوزنا للمولى أن يأذن لعبده في النكاح بشرط أن يصرح للمرأة بكون المهر في ذمته، فنكح كذلك، ثم اشترته الزوجة بالمهر بعد الدخول بطل العقد، أي: البيع، لأن تملكها إياه يستلزم براءة ذمته، لامتناع أن يستحق المولى في ذمة مملوكه مالا، لأنه وذمته ملك له فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالا؟! وحينئذ فيخلو البيع عن العوض فيبطل للزوم الدور. ووجه جواز الإذن كذلك أن العبد يمكن ثبوت الدين في ذمته بدليل أنه يتبع بعوض المتلفات.

ووجه العدم أن ذمته مملوكة للسيد، فلا يمكن شغلها بشئ من الديون، ولزوم عوض المتلفات للضرورة حذار من ضياع الأموال لا يقتضي أن يكون ذمته كذمة غيره يمكن شغلها بالديون اختيارا.

قوله: (والولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلا أن يشترط أحدهما، أو يشترط الأكثر فيلزم).

لا خلاف في أن الولد إذا كان أبواه رقين يكون رقيقا، فإن كانا لمالك واحد فالولد له لا محالة، وإن كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، لأنه نماء ملكهما لا مزية لأحدهما على الآخر.

وليس كذلك الولد في باقي الحيوانات، بل هو لمالك الأم. والفرق بينها وبين الآدمي في ذلك وراء النص والإجماع ثبوت النسب المقتضي للتبعية، وسيأتي فيما بعد في الأخبار مما ينبه على ذلك إن شاء الله تعالى.

ويتبع في الحرية أحد أبويه، إلا أن يشترط المولى رقيته فيلزم، ولا تسقط بالإسقاط بعده.

ولو شرط أحد الموليين في عقد لازم كون الولد له، أو استحقاقه أزيد من النصف فيه صح الشرط ولزم، لأنه شرط لا ينافي النكاح، وعموم قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (١) يتناوله.
قوله: (ويتبع في الحرية أحد أبويه، إلا أن يشترط المولى رقيته فيلزم، ولا يسقط بالإسقاط بعده).
هنا مسألتان:

الأولى: إذا كان أحد أبوي الولد حرا والآخر رقيا كان الولد حرا تبعا للحر من الأبوين، سواء كان الحر الأب أو الأم عند أكثر الأصحاب (٢)، لأن الأصل في الإنسان الحرية، خرج منه ما أخرجه الدليل وكان موضع وفاق، فيبقى ما سواه على الأصل.

ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: "إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار، وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار" (٣).
ولحسنه ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج بأمة قوم، الولد ممالك أو أحرار؟ قال: "إذا كان أحد أبويه حرا فالولد أحرار" (٤).
ولرواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: في مملوك تزوج حرة قال:

-
- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.
(٢) انظر: التنقيح الرائع ٣: ١٣٨، المهذب ٢: ٢١٥، اللعة الدمشقية: ١٩٤.
(٣) الكافي ٥: ٤٩٢ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣٣٦ حديث ١٣٧٥، الاستبصار ٣: ٢٠٣ حديث ٧٣٢.
(٤) الكافي ٥: ٤٩٣ حديث ٧، الفقيه ٣: ٢٩١ حديث ١٣٨١، التهذيب ٧: ٣٣٦ حديث ١٣٧٦، الاستبصار ٣: ٢٠٣.
حديث ٧٣٣.

" الولد للحر "، وفي حر تزوج مملوكة فقال: " الولد للأب " (١).
وقال ابن الجنيد: إن ولد المملوكة زوجة الحر، والمملوك زوج الحرة للسيد إلا
مع اشتراط حریتهم، لأنهم نماء مملوك فيتبعه، ولأن حق الآدمي يغلب إذا اجتمع مع
حق الله تعالى (٢).
ولرواية أبي بصير قال: " لو أن رجلا دبر جارية، ثم زوجها من رجل فوطأها،
كانت جاريته وولدها مدبرين كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما
ولد له ممالك " (٣).
والجواب: إنه نماء الحر أيضا، وحق الحرية مقدم فإنه أقوى، ولهذا كان العتق
مبنيا على التغليب والسراية، والرواية مقطوعة فلا تعارض ما تقدم، وحملها الأصحاب
على ما إذا شرط المولى الرقية، وفيه نظر.
الثانية: إذا اشترط المولى رقية الولد حيث يكون أحد الأبوين، حرا، فقد
صرح المصنف بصحة الشرط ولزومه. وهو اختيار الشيخين (٤) وجماعة (٥)، وتردد فيه
المحقق ابن سعيد (٦).
وجه الصحة: عموم قوله تعالى: * (أوفوا بالعقود) * (٧)، وعموم قوله عليه
السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٨)، ورواية أبي بصير السالفة، فإنها منزلة على ذلك،

(١) التهذيب ٧: ٣٣٦ حديث ١٣٧٧، الاستبصار ٣: ٢٠٣ حديث ٧٣٤.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٨.

(٣) التهذيب ٧: ٣٣٦ حديث ١٣٧٨، الاستبصار ٣: ٢٠٣ حديث ٧٣٥.

(٤) المقنعة: ٧٧، النهاية: ٤٧٧.

(٥) انظر: الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٩، المهذب ٢: ٢١٥، اللمعة: ١٩٤.

(٦) المختصر النافع: ١٨٣.

(٧) المائدة: ١.

(٨) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ١٣٨.

وموردها وإن كان ما إذا كانت الأم رقاً إلا أنه لا قائل بالفصل.
ووجه العدم: عموم الأخبار السالفة، فإن ترك الاستفصال في حكاية الحال مع
الاحتمال للعموم، ولقول الصادق عليه السلام في رواية سماعة الآتية وقد سئل عن
مملوكة تزوجها حر بدعواها الحرية في الجواب: " ولا يملك ولد حر " (١)، وقد ضبطها
المحققون بالتنوين دون الإضافة.
وجه الاستدلال بها: إن النكرة في سياق النفي للعموم، والمعنى: ولا يملك الولد
المحكوم بحريته بحال.
فإن قيل: هذا محكوم برقيته.
قلنا: بل هو حر بدون الشرط، فلا يكون الشرط سبباً لرقيته بنص الحديث،
ولأن الحرية بجعل الله تعالى فلا مدخل للشرط في تغييرها، كما لو شرط رقية ولد
الحرين، ولأن الولد ليس ملكاً للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى.
وكما لا يصح أن يشترط رقية من ولد حراً فكذا من سيولد حراً، لانتفاء السلطنة
في الموضوعين، ويؤيد نفي السلطنة أن الوالد لو أقر برقية ولده لم ينفذ هذا الإقرار على
الولد، ولأن الولد نماء الأبوين، فنماء حر الأصل يجب أن يكون حراً بالأصل، وحر
الأصل يمتنع أن يجري عليه الرق بغير الشيء.
فإن قلنا بالأول لزم الشرط ولم يسقط بالإسقاط بعد العقد، لأنه من مقتضياته
الثابتة، وإنما يسقط بإسقاط ما في الذمة، والحق الضعيف الذي لا يقتضي الملك
كالتحجير.
وإن قلنا بالثاني فالشرط باطل لا محالة، وهل يبطل به العقد؟ يحتمل ذلك.

(١) التهذيب ٧: ٣٥٠ حديث ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ حديث ٣٩٠.

ولو تزوج الحر الأمة من غير إذن مالكتها، ووطأ قبل الرضى عالماً بالتحريم فهو زان وعليه الحد، وفي المهر مع علمها إشكال ينشأ: من أنها زانية، ومن ملكية البضع للمولى.

ولا يخفى أن دلائل الثاني أقوى، والأول هو المشهور بين الأصحاب. قوله: (ولو تزوج الحر من غير إذن مالكتها ووطأ قبل الرضى عالماً بالتحريم فهو زان وعليه الحد، وفي المهر مع علمها إشكال ينشأ: من أنها زانية، ومن ملكية البضع للمولى).

أي: لو تزوج الحر الأمة - بدليل السياق - بدون إذن مالكتها، وهو عالم بكونها أمة، بدليل قوله: (عالمًا بالتحريم) ثم وطأ قبل صدور الرضى من المولى عالماً بتحريم ذلك فهو زان قطعاً، لصدق حد الزاني عليه، ويجب عليه الحد بحسب حاله. وفي وجوب المهر إذا كانت هي أيضاً عالمة بالتحريم إشكال ينشأ: من أنها زانية، ولا مهر للزانية لقوله صلى الله عليه وآله: " لا مهر لبغي " (١)، والنفي للثبوت والاستحقاق، وهو للعموم لوقوع النكرة في سياق النفي. ومن أن البضع حق للمولى وملكه، فلا يؤثر علمها ورضاها في سقوط حقه.

ولقائل أن يقول: إن البضع وإن كان حق المولى إلا أنه ليس على نهج الأموال، ليكون مطلق الانتفاع به موجبا للعوض، وإنما يستحق العوض به على وجه مخصوص، فإنه لو تراضى الواطئ والمولى على عوض الوطاء من دون عقد شرعي لم يستحق شيئاً.

ولو قبل أحد مملوكة الغير أو لمسها أو استمتع بها بما دون الوطاء لم يكن له عوض مال، بخلاف ما لو استخدمها أي أنواع الخدمة كان، والسر في ذلك أن في الوطاء شائبة التعبد، فلا يباح إلا على الوجه المعين، ولا يكفي فيه مطلق التراضي،

(١) صحيح البخاري ٩: ٨٩، سنن البيهقي، ٦: ٦.

ولو كانت بكرا لزمه أرش البكارة.

ولا يستحق به العوض إلا على النهج الذي الشارع، وبدونه فليس إلا العقوبة في الدنيا والعوض في الأخرى.

وما سواه فالأصل براءة الذمة منه، فيتمسك به من غير احتياج إلى دليل آخر، لانتفاء المعارض، وحينئذ فلا يقدر ما قيل من أن الحديث لا يعم المملوكة، لأن اللام في قوله عليه السلام: "لبغي" يقتضي الملك، والمملوكة يمتنع في حقها الملك، على أن لقائل أن يقول: إن اللام فيه لام الاختصاص الناشئ عن المقابلة، فإن ذلك هو المراد من نظائره، مثل قولك: لا أجره لهذا العبد، ولهذه الدار، ولهذه الدابة، وأمثال ذلك مما لا يتناهى.

ثم إن الظاهر أن الحديث إنما ورد في البغايا من الإماء، لأن العادة كانت بينهم حمل الإماء على الزنا يبتغون بذلك العوض، وعلى هذا فالأصح عدم الوجوب. ولو علمت التحريم هي وجهل هو فلا مهر، لما قلناه. ولو جهلت خاصة ثبت المهر، للشبهة، وكذا لو أكرهها، لقيام الشبهة ولهذا يلحق بها الولد، والولد رق لمولاها في هذه الصورة، لأن للعاهر الحجر، وهذا كله إذا لم يجر المولى العقد. أما إذا أجازته وقلنا: إن الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه، فإن المهر المسمى يلزم ويتحقق استقراره ويلحق به الولد، لأنه قد تبين كونها زوجة حين الوطاء. وعلى هذا فلا حد، لانتفاء كونه زانيا إذ هي زوجة، غاية ما في الباب أنه أقدم على محرم فاستحق التعزير، ولعل الأصحاب إنما تركوا التعرض إلى هذا اعتمادا على ظهوره بتقدير مقدماته.

قوله: (ولو كانت بكرا لزمه أرش البكارة).

المراد: إن الأمة في الصورة السابقة لو كانت بكرا فافتضها لزمه أرش بكارتها، وظاهر السياق أن لزومه لا ريب فيه، وهو الذي ينساق إليه النظر، لأن الاقتضاض أمر زائد على أصل الوطاء، ولهذا نوجه مع المهر إذا كانت جاهلة، وليس جزءا من

ولو كان عبدا، فإن قلنا إنه أرش جناية تعلق برقبته يباع فيه، وإن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق،

المهر وإنما هو عوض جناية.

إلا أن تردد المصنف في حكم العبد يؤذن بتجويزه أن يكون مهرا، فيجئ فيه الإشكال من حيث أنه لا مهر لبغي، وهو في غاية البعد.

قوله: (ولو كان عبدا: فإن قلنا إنه أرش جناية تعلق برقبته ويباع فيه، وإن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق).

أي: لو كان المتزوج في الصورة المذكورة بدل الحر عبدا، وكانت الأمة بكرا فافتضها، ففي تعلق عوض البكارة برقبته، أو ثبوته في ذمته يتبع به إذا أعتق وجهان، مبنيان على أن العوض أرش جناية أو مهر، كل منهما محتمل.

أما كونه أرش جناية، فلأن الاقتضاض تفريق اتصال في اللحم وجرح على الأدمي، وهذا معنى الجناية.

وأما كونه مهرا، فلأنه تابع للوطء، وقد جعل في جملة المهر لو وطأ حرة بكرا بشبهة، وإذا جاءت زوجة الكافر إلينا مهاجرة رددنا عليه المهر كاملا من غير إسقاط عوض البكارة، والأظهر أنه أرش جناية.

ولا يقدح الحكم في الحرائر، لأن المهر في مقابل الوطاء خاصة، وهذه الجناية مباحة مأذون فيها، لتوقف الوطاء المستحق عليها فلا عوض في مقابلها، والموطوءة بالشبهة بتمكينها سقط الأرش كما في الزانية.

ومن ثم لو أكره حرة بكرا على الوطاء فافتضها اتجه وجوب المهر والأرش معا.

واعلم أن عد أرش البكارة مهرا يقتضي التردد في ثبوته على العبد أيضا، إذ لا مهر لبغي، فكان حقه أن يقول: وإن قلنا إنه مهر احتمل سقوطه مع علمها، ويحتمل

والولد للمولى رق. ومع جهلها فله المهر قطعا.
ولو وطأ جهلا أو لشبهة فلا حد وعليه المهر، والولد حر وعليه قيمته
لمولى الأم يوم سقط حيا.

أن يتبع به بعد العتق.

قوله: (والولد للمولى رق).

المتبادر أن الحكم برقية الولد جاز في الصور السابقة جميعا، فيشمل ما إذا
تزوجها العبد، ولكن سيأتي أنه إذا تزوج المملوك كان ولم يأذن واحد من الموليين يكون
الولد لهما، وإن أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن، إلا أن يقال: إن ذكر العبد عند ذكر
أرش البكارة وقع استطرادا، وقوله: (والولد للمولى رق) مخصوص بمسألة الحر.
قوله: (ومع جهلها فله المهر قطعا).

أي: مع جهل المملوكة في الصورة المذكورة يستحق مولاها المهر قطعا، لأنه
وطء شبهة من طرفها، والوطء المحترم لا يخلو من عوض، والواجب هو مهر المثل لا
المسمى قطعا، لفساد النكاح.

قوله: (ولو وطأ جهلا أو لشبهة فلا حد وعليه المهر والولد حر، وعليه
قيمه لمولى الأم يوم سقط حيا).

هذا عدل المسألة السابقة، فإنه قيدها بكون العاقد الواطئ عالما بالتحريم،
وهذا بيان حكم الجاهل.

أي: لو وطأ العاقد في الصورة السابقة جهلا، بأن كان لا يعلم أن وطء الأمة
بغير إذن مولاها محرم، أو بعلمه لكن وجد شبهة كأن وجدها على فراشه فظنها زوجته
أو أمته، ولم يدر أنها الأمة التي عقد عليها فلا حد عليه قطعا، للشبهة الدارئة للحد،
وعليه المهر إن كانت هي أيضا جاهلة.

وإن كانت عالمة ففي لزومه الإشكال السابق، والولد حر، لأنه نسب والأصل
الحرية.

وكذا لو ادعت الحرية فعقد، ويلزمه المهر، وقيل العشر مع البكارة، ونصفه لا معها، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، فإن تلف تبعها والولد رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حيا، وعلى المولى دفعه إليه. فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن امتنع قيل: يفديهم الإمام من سهم الرقاب.

ولا فرق عندنا بين كون الزوج عربيا أو أعجميا، ولا شك أن على الأب قيمته للمولى، لأنه نماء ملكه، وعليه أيضا ضمان ما يحدث عليها بسبب الحمل والولادة. وإنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حيا، لأنه وقت الحيلولة، ووقت إفراده بالتقويم، ووقت الحكم عليه بالمالية لو كان رقا، وقد دلت الرواية على ذلك، وسيأتي إن شاء تعالى. ولا يخفى أن المهر الواجب هنا هو مهر المثل، لعلمه بعدم صحة العقد فلا يجب المسمى.

قوله: (وكذا لو ادعت الحرية فعقد ويلزمه المهر، وقيل: العشر مع البكارة ونصفه لا معها (١))، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، وإن تلف تبعها والولد رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حيا، وعلى المولى دفعه إليه. فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن امتنع قيل يفديهم الإمام من سهم الرقاب).

هذه صورة ثالثة لهما، وتحقيقها: إن الأمة لو ادعت الحرية فعقد عليها النكاح، وهو شامل لما إذا كان لا يعلم حالها وادعت كونها حرة الأصل، فيبني على الظاهر، ولما إذا كان يعلم أنها كانت مملوكة لكن ادعت تجدد الحرية، وفي جواز التعويل بمثل ذلك على مجرد قولها نظر، وقد تردد فيه شيخنا في شرح الإرشاد.

(١) ذهب إليه ابن الجنيدي، كما نقله عنه فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٤٢.

ولو انضم إلى خبرها قرائن تثمر ظنا قويا لم يبعد الجواز حينئذ، وحكمها إنه إذا دخل بها لا حد، لانتفاء كونه زانيا، وعليه المهر عوض الوطاء المحترم، وفي كونه المسمى في العقد أو مهر المثل قولان، ووراؤها قول ثالث وهو وجوب عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف العشر إن كان ثيبا.

والأول مختار المصنف وجماعة (١)، لأن العقد صحيح ظاهرا، فيثبت ما تضمنه. وفيه نظر، لأن الفرض وقوعه بغير رضی السيد، ولا أثر لكونه صحيحا ظاهرا، لأنها حرة ظاهرا إذا ثبت رقتها بالحجة الشرعية. نعم لو أجاز السيد العقد اتجه ذلك، لا سيما إذا قلنا: إن الإجازة تكشف عن صحة العقد من حين وقوعه.

والقول الثاني مختار الشيخ في المبسوط (٢)، ونقله الشارح الفاضل عن ابن حمزة (٣)، ورده شيخنا في شرح الإرشاد. ووجهه: إن العقد فاسد لظهور الرقية وعدم إذن المولى، وقد حصل الوطاء المحترم فوجب مهر المثل، وهو واضح السبيل إذا لم يجرز المولى. وقد سبق نظيره في آخر الرضاع، وعلى هذا فيجب أرش البكارة لو كانت بكرا، وأرش النقص بالولادة إن حصل لها نقص.

والقول الثالث مختار الشيخ في النهاية (٤)، وابن البراج (٥)، ومستنده ما رواه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة دلست نفسها له، قال: " إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد " إلى أن قال عليه السلام: " ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، وإن كانت غير

(١) انظر: الإيضاح ٣: ١٤٢، التنقيح الرائع ٣: ١٤١.

(٢) المبسوط ٤: ١٨٩.

(٣) الوسيلة: ٣٥٨، إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

(٤) النهاية: ٤٧٧.

(٥) المهذب ٢: ٢١٧.

بكر فنصف عشر قيمتها " (١). ويمكن تنزيلها على أن العشر ونصف العشر في المسؤول عنها مطابق لمهر المثل، فيكون حينئذ حجة للقول الثاني. وهنا أحكام يتم البحث بها: الأول: لو دفع الزوج المهر المسمى إليها فعلى ما اخترناه يستعيده، لأن المهر باق على ملكه، وإن تلف كان في ذمتها يتبعها به إذا أعتقت، وكذا على القول الثالث. أما على القول بلزوم المسمى فلأنه مضمون عليه إلى أن يصل إلى السيد أو وكيله، فإن تلف قبل ذلك غرم للسيد بدله، ويتبعها بالتالف إذا أعتقت وأيسرت. وقول المصنف: (فإن كان قد دفع المهر..). في حيز قوله: (وقيل)، وليس مختاره، وقد صرح بفتواه قبل القول حيث قال: (ويلزم المهر)، فإن المتبادر منه المسمى وإن كان السياق يقتضي وجوب المهر المذكور في الصور السابقة، وذلك مهر المثل. إلا أن الشارح الفاضل (٢)، وشيخنا في شرح الإرشاد صرحا بأن مراد المصنف بالمهر في هذه المسألة المسمى وفي التي قبلها مهر المثل. ولا ريب أن قوله: (فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده) يتخرج على قول المصنف أيضا، إلا أن ما بعده لا يتخرج، فلذلك جعل كلامه في حيز (قيل).

الثاني: الولد حر، لأنه نسب لاحق للأب فيتبعه في الحرية، وقد صرح بحريته في الرواية السابقة أيضا.

وقال الشيخ في النهاية (٣)، وابن البراج (٤): إن الولد رق وعلى الأب فكه بقيمته يوم سقط حيا، وعلى المولى دفعه إليه، ومع اعساره يستسعى في القيمة، فإن امتنع فداهم الإمام من سهم الرقاب.

-
- (١) الكافي ٥: ٤٠٤، حديث ١، التهذيب ٧: ٣٤٩، حديث ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦، حديث ٧٨٧.
(٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.
(٣) النهاية: ٤٧٧.
(٤) المهذب ٢: ٤٧٦.

ومستنده ما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام: في مملوكة أتت قوما وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم فأولدها ولدا، ثم إنه أتاهم مولاهما، فأقام عندهم البينة أنها مملوكة وأقرت الجارية بذلك، فقال: " تدفع إلى مولاهما هي وولدها، وعلى مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه ".
قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به قال: " يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده ".

قلت: فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه، فقال: " فعلى الإمام أن يفديه ولا يملك ولد حر " (١).

وقد نص جماعة منهم ابن إدريس على وجوب قراءة حر بالرفع والتنوين على أنه صفة لولد، وقالوا: إن قراءته بالجر وهم (٢).

وأنكر ابن إدريس فك الإمام الولد من سهم الرقاب، لأنه ولد حر على ما صرح به في الرواية، فكيف يشتري من سهم الرقاب، وهو كلام وجيه، وليس في الرواية ما ينافيه.

وأنكر المصنف في المختلف الاستسعاء ووجوب الأخذ من بيت المال (٣)، وهو صحيح في موضعه، لأنه دين يجب الانتظار به إلى اليسار، ولا يجب أدائه من بيت المال، نعم يجوز، لأنه من المصالح، وحمل الأمر بالسعي الوارد في الرواية على الاستحباب بعد الطعن في سندها.

ورد إنكار ابن إدريس بأن المدفوع إلى المولى عوض عن رقبة من شأنها أن تقوم وتزال يد المولى عنها، فدخلت تحت قوله تعالى: * (وفي الرقاب) *.

(١) التهذيب ٧: ٣٥٠ حديث ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ حديث ٧٩٠.

(٢) السرائر: ٣٠٥.

(٣) المختلف: ٥٦٦.

ولو تزوج العبد بحرة من دون إذن، فلا مهر ولا نفقة مع علمها
بالتحريم وأولادها رق، ومع الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها، ويتبع العبد

ويمكن المناقشة بأن المدفوع ليس عوض الرقبة، إذ الحر لا عوض له، بل هو
عوض ما فات علي المولى من نماء الجارية، والطريق إلى معرفته هو تقويم هذا الولد،
فلا تتناوله هذه الآية.

واعلم أن قول المصنف: (والولد رق..) من تنمة القول المحكي وليس فتوى
المصنف، ومن توهم كونه فتوى له فقد غلط، فإنه قد صرح فيما إذا وطأ شبهة يكون
الولد حراً، ولا ينحط هذا عن الوطاء بشبهة، نعم قوله بعد: (فإن امتنع قيل) يؤكد
هذا الوهم، فإن استئناف حكاية القول لا وجه له إذا كان ما قبله محكياً، لأن جميع
ذلك قول واحد.

الثالثة: لم يذكر المصنف هنا حكم الرجوع بالمهر على من دلسها وحكمه
الرجوع به على المدلس، فإن كانت هي المدلسة لنفسها تبعت به إذا أعتقت، لأن
المغرور يرجع على من غره.

وستأتي أحكام ذلك كلها في التدليس إن شاء الله تعالى.
الرابعة: لو شهد شاهدان بحريتها فتزوجها ثم رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما،
وضمننا لمولاها قيمة الجارية والولد والمهر، وإن ثبت تزويرهما نقض الحكم، وكان الولد
حراً وعلى الأب قيمته يوم سقط حياً.

والذي يقتضيه صحيح النظر أن الواجب في الصورة الثانية مهر المثل وفي
الأولى المسمى، ويرجع الزوج على الشاهدين بما اغترمه في الثانية، وفي الأولى
يضمنان للمولى على ما سبق. وهل يطرد هنا القولان، لوجوب استسعاء الأب لو كان
فقيراً إلى آخره؟ فيه احتمال، والأوجه قصره على مورد الرواية، لأنه مخالف للأصل.

قوله: (ولو تزوج العبد بحرة من دون إذن فلا مهر ولا نفقة مع علمها
بالتحريم، وأولادها رق. ومع الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها، ويتبع العبد

بالمهر بعد عتقه).

ما سبق هو حكم تزوج الحر بالأمة، وهذا حكم العكس، وتحقيقه أنه إذا تزوج العبد بحرة من دون إذن مولاه، فيما أن تكون عالمة بأنه رق أو لا، وعلى تقدير علمها بالرقية فيما أن تكون عالمة بالتحريم أو لا. فإن علمت بالتحريم والرق فلا مهر ولا نفقة لها، لأنها قد ضيعت حقها بعلمها بحاله. وقد روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما امرأة حرة زوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها " (١)، ولا حد عليها في هذه الحالة عند الجماعة مع أنها زانية، فإن حد الزنا صادق عليه، والعقد بمجرد لا يعد شبهة. وقد فرق بين هذه، وبين ما إذا تزوج الحر أمة عالما بالتحريم، بأن المرأة لضعف عقلها وعدم مخالطتها أهل الشرع يكفي العقد في الشبهة بالنسبة إليها، وقد ينقض بالعقد الفاسد على الحرة إذا علمت فساده ثم مكنته من نفسها. وقد يمكن الفرق بأن هذا العقد فضولي موقوف على الإجازة، فلا يبعد عده شبهة بالنسبة إلى المرأة، لضعف عقلها دون الرجل. والولد في هذه الحالة رق للمولى، لأنه لعدم لحاقه بها لا مقتضى لحرته، وهو نماء العبد، ورواية العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام دليل على ذلك (٢).

ولو جهلت بالتحريم إما لجهلها بالرق أو لجهلها بالحكم فالولد حر، لأنه لاحق بها فيتبعها في الحرية، ورواية العلاء بكون الولد رقا منزلة على ما إذا علمت بالتحريم، جمعا بينها وبين دلائل حرية الولد إذا كان أحد أبويه حرا.

(١) الكافي ٥: ٤٧٩ حديث ٧، التهذيب ٧: ٣٥٢ حديث ١٤٣٥.

(٢) التهذيب ٧: ٣٥٣ حديث ١٤٣٧.

ولو تزوج بأمة، فإن أذن المولى أو لم يأذنا فالولد لهما.
ولو أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة.
ولو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختص وأحدهما
فإشكال.

ولا قيمة على الأم قطعا، والفرق بينها وبين الأب ورود النص ثم وانتفاؤه هنا
فيتمسك بأصالة البراءة، ولأن الأب سبب فاعل بالنسبة إلى الولد فهو المباشر والأم
قابل، ومتى اجتمع المباشر وغيره في الإلتلاف فالضمان إنما هو على المباشر.
ولما امتنع أن يثبت للسيد على مملوكه مال امتنع استحقاق القيمة هنا، وأما
المهر فلا يثبت في ذمة العبد، لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر فيتبعه به إذا أعتق.
وهل لها نفقة؟ لم أقف في كلامهم على شيء أصلا، ثم هذا المهر هل المسمى،
أم مهر المثل؟ العبارة خالية من بيان ذلك.
والذي ينبغي تحصيله هنا هو أن السيد إما أن يجيز نكاح العبد أو لا، فإن لم
يجزه فالحكم ما ذكرناه ولا نفقة، لأنها تابعة للتمكين من النكاح، وهو منتف هنا. والمهر
الذي يجب مع جهلها هو مهر المثل لا محالة، وإن أجاز النكاح فعلى القول بالصحة
يجب المسمى على ما سبق ذكره.
ومثله النفقة بعد الإجازة إذا كانت ممكنة، أما قبلها ففي وجوبها في ذمته يتبع
بها إذا أعتق وجه، لأنها حينئذ كانت زوجة في الواقع، وقد حصل التمكين المعتبر
ظاهرا، وهذا واضح على القول بأن الإجازة كاشفة.
قوله: (ولو تزوج بأمة، فإن أذن المولى أو لم يأذنا فالولد لهما، ولو
إذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة، ولو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن
مولى المختص وأحدهما فإشكال).
قد سبق أنه إذا تزوج المملوك بأمة غير مولاه فإن الولد للموليين معا

ولو زنا العبد بأمة غير مولاه فالولد لمولى الأمة، ولو زنا بحرة فالولد حر.

ولو زوج عبده أمته، ففي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال منشؤه: من أنه عقد أو إباحة،

قوله: (ولو زنا العبد بأمة غير مولاه فالولد لمولى الأمة، ولو زنا بحرة فالولد حر).

المراد إنه إذا زنا العبد فحصل الولد من دون أن يكون ثم عقد نكاح، ووجه كون الولد لمولى الأمة أن الزاني لا ماء له فلا ولد له، ولما كان الولد كالجاء من الأم وحب أن يكون لمولاها، ووجه كونه حرا فيما إذا زنا بحرة لما قلنا من أن الزاني لا ولد له.

والأصل في الولد الحرية، لأن الأصل في كل إنسان ذلك، والرقية إنما تثبت بأمر طارئ، وهو منتف هنا.

فإن قيل: الولد نماء الأب فيكون لمولاه.

قلنا: هو أيضا نماء الأم الحرة فيجب أن لا يكون عليه سلطان.

والحاصل أنه مع النكاح في الولد التفصيل السابق، وفي السفاح ما ذكر هاهنا، ولا بعد في اختلاف الحكم باختلاف السبب، والظاهر أن هذا لا خلاف فيه بين الأصحاب.

قوله: (ولو زوج عبده أمته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال، ينشأ من أنه عقد أو إباحة).

لا ريب أن إنكاح السيد العبد من أمته يستدعي صيغة من طرف السيد هي صورة إيجاب، لكن هل يشترط القبول إما من المولى أو من العبد؟ فيه قولان للأصحاب وإشكال عند المصنف ينشأ: من احتمال كونه عقدا، والعقد إنما يتحقق

بالإيجاب والقبول. ومن احتمال كونه إباحة، فيكفي فيه الإيجاب من السيد، كما في كل إباحة. ووجه الأول صحيحة العلاء عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: " يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة. ويعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه، ولا بد من طعام أو دراهم ونحو ذلك " (١). وجه الاستدلال به أنه عليه السلام سماه نكاحا والنكاح هو العقد، وأمر بإعطاء شيء، ولا يجب المهر إلا في العقد دون الإباحة.

فإن قيل: (قد) إنما تدخل على الأفعال، وصيغ العقود إنشئات. قلنا: لا يمتنع دخولها على لفظ الإنشاء من حيث أنه صورة الفعل، ولا شك أنه إن امتنع دخولها على العقد امتنع دخولها على الإباحة لاشتراكهما في الإنشاء. فإن قيل: على تقدير كونه عقد لا يجزئ: أنكحتك، وقد حكم عليه السلام بإجزائه فلا يكون عقدا.

قلنا: المسؤول عنه هو إنكاح السيد، وهو ما يكون معتبرا من جانبه. أما القبول فليس بمسؤول عنه، فإنه يجوز وقوعه من جانب العبد، وتسمية هذا نكاحا يستلزم اعتبار القبول، فيكون ذلك كافيا في الدلالة عنه.

وكذا رواية علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام الماضي إنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه قال: " لا يحل له " (٢). وجه

الاستدلال به أنه عليه السلام نفى حل الوطاء بالتحليل من دون التزويج، فأنحصر الحل في العقد، لأنه لا واسطة في حل الفرج بين العقد والملك.

ووجه الثاني صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن قوله الله تعالى: * (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) * قال: " هو أن يأمر

(١) الفقيه ٣: ٢٨٥ حديث ١٣٥٤.

(٢) التهذيب ٧: ٢٤٤ حديث ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٥.

الرجل عبده وتحتته أمته فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها " (١).

وجه الاستدلال به أنه عليه السلام جعل رفع هذا الحل بيد المولى، فلو كان نكاحا لكان رفعه بيد الزوج، لأن رافع العقد إما الطلاق، أو الموت، أو تجدد ملة أو نحلة أو الفسخ بتجدد الملك أو العتق، أو بالعيب أو التدليس بالاستقراء، وما عدا الأول معلوم الانتفاء هنا.

وكذا الأول، لأن الطلاق لا يكون إلا بيد الزوج، لقوله عليه السلام: " الطلاق بيد من أخذ بالساق " (٢)، ولأن الأمر بالاعتزال لا يعد طلاقا قطعا. ولقائل أن يقول: إن انحصار رافع النكاح فيما ذكر لا دليل عليه إلا الاستقراء وليس حجة، ولم لا يجوز أن يكون هذا الأمر بالاعتزال ضربا من الفسخ للنكاح، جعله الشارع بيد السيد ارتفاقا بحاله، ولا وجه للتوقف فيه بعد ورود النص الصحيح الصريح به. هذا مع أن المتبادر من (المحصنات) في قوله تعالى: * (والمحصنات من النساء) * المزوجات، فتكون الآية حجة على كونه عقدا من هذا الوجه. والأول أوجه، وهو قول المفيد (٣)، والشيخ (٤)، وجماعة (٥)، والثاني قول ابن إدريس (٦).

واعلم أن اعتبار القبول على كل من التقديرين أولى، لأن الأمر في الفروج

(١) النساء: ٢٤، الكافي ٥: ٤٨١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

(٢) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١ سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

(٣) المقنعة: ٧٨.

(٤) النهاية: ٤٧٨.

(٥) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٩٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١٨.

(٦) السرائر: ٣٠٦.

وفي وجوب إعطائها من مال المولى شيئاً خلاف.

مبني على الاحتياط التام، وسيأتي أن التحليل تمليك للمنفعة، والتمليك لا يكون إلا بالقبول.

قوله: (وفي وجوب إعطائها شيئاً من مال المولى خلاف).

ذهب الشيخان (١)، وأبو الصلاح (٢)، وابن البراج (٣)، وابن إدريس (٤)، وابن حمزة (٥) إلى وجوب الاعطاء، عملاً برواية محمد بن مسلم السابقة (٦)، وهي وإن تضمنت

إعطاءها شيئاً من قبل العبد أو المولى، إلا أن الذي يعطيه العبد ملك المولى، فإن الذي يكون من قبل العبد إنما يكون من كسبه، وحينئذ فعلى التقديرين يكون الاعطاء من مال المولى.

وذهب المصنف (٧)، وجمع من المتأخرين إلى عدم الوجوب، لأن مهر المملوكة إذا وجب استحقه المولى، إذ هو عوض البضع المملوك له واستحقاقه على نفسه غير معقول.

لا يقال: لا يمتنع كون المهر للمملوكة، واستحقاق المملوك على سيده في الجملة غير ممتنع، فإنه يستحق عليه النفقة وما جرى مجراها كالكفن، وقد وردت الرواية بذلك فيجري على ظاهرها.

لأننا نقول: أما النفقة وما جرى مجراها فإنها ليست عوضاً عن شيء، وإنما هي من توابع المالية التي لا بد منه، بخلاف المهر الذي هو عوض البضع المملوك للمولى، فإنه

(١) المقنعة: ٧٨، النهاية: ٤٧٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

(٣) المهذب ٢: ٢١٨.

(٤) السرائر: ٣٠٦.

(٥) الوسيلة: ٣٦٠.

(٦) الفقيه ٣: ٢٨٥ حديث ١٣٥٤.

(٧) المختلف: ٥٦٧.

ولو أعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسمية وعدمها
فإشكال.

يستحيل كون العوض لغير مالك المعوض، وتحمل الرواية على الاستحباب المؤكد لما
فيه من جبر قلبها ورفع منزلة العبد عندها، وهذا أقوى، ويليه على الاستحباب الأمر
بإعطاء درهم أو طعام، إذ لو وجب لكان الواجب إما المسمى أو مهر المثل بالدخول،
وهو خلاف المنصوص.

فإن قيل: فيلزم خلو النكاح عن المهر في العقد والدخول معا.
قلنا: لما امتنع ثبوته هنا لم يكن عدم وجوبه محذورا، وليس ذلك بأعجب من
الجنابة فإنها توجب الأرش، إلا إذا جنى العبد على سيده فلا شيء وإن عتق، وكذا
إتلاف المال موجب للضمان إلا هنا.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن الشارح الفاضل ولد المصنف بنى القول بالوجوب
على مقدمات آثار التكلف ظاهرة عليها، وزعم أنه متى منعت إحداها لا يتم
الوجوب (١)، وليس كما قال، لأن منها أن المملوك لا يملك على المولى شيئا، ولو منعت
هذه لم يمتنع القول بالوجوب، بل كان القول به حينئذ أظهر.

ثم أرجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن المصنف تردد في كون تزويج السيد عبده
أتمه عقدا أو إباحة، ثم ذكر الخلاف في وجوب إعطائها شيئا، ولا شك أن الوجوب
لا يأتي على كل من القولين، بل إنما هو على القول بكونه عقدا، إذ لا خفاء في عدم
الوجوب على تقدير كونه إباحة، فكان الأحسن أن يقول: فعلى القول بكونه عقدا
فهل يجب إعطاؤها إلى آخره.

قوله: (ولو أعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسمية وعدمها
فإشكال).

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٤٦.

ولو مات كان للورثة الفسخ لا للأمة.
لو تزوج العبد بمملوكة، فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه، أو لنفسه بإذنه، أو ملكه إياها بعد الابتياح وقلنا إنه لا يملك فالعقد باق، وإلا بطل إذا ملكها.

قوله: (ولو مات كان للورثة الفسخ لا للأمة).
أي: لو مات مولى العبد والأمة المبحوث عنهما وهما على الرقية كان للورثة فسخ النكاح كما كان للمورث، لأنهما ملك للورثة، ولا يثبت الفسخ للأمة، لانتفاء المقتضى له في حقها.

قوله: (ولو تزوج العبد بمملوكة فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه أو لنفسه بالإذن، أو ملكه إياها بعد الابتياح، وقلنا إنه لا يملك فالعقد باق، وإلا بطل إذا ملكها).

أي: لو تزوج العبد بمملوكة لغير مولاه، فأذن له مولاه في شرائها، إما للمولى أو لنفسه، فإن اشتراها لمولاه فالنكاح باق، لأن انتقال المملوك من مالك إلى آخر لا يقتضي فسخ النكاح، لكن للمولى الفسخ متى أراد، كما لو زوج أمته عبده ابتداءً، وفي رواية محمد بن مسلم السابقة ما يدل على ذلك.

ولو اشتراها لنفسه بالإذن، فإن قلنا: إن العبد لا يملك فالنكاح بحاله والشراء باطل، ولو قلنا: إنه يملك صح الشراء وبطل النكاح، لدخولها في ملكه وقد سبق أنه إذا طرأ الملك على النكاح انفسخ النكاح. وكذا لو ملكه إياها بعد ابتياعها له، ولو اشترى لنفسه بغير إذن وقف على إجازة المولى، فإن لم يجزه بقي النكاح. إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (أو لنفسه بالإذن) يريد به أن المولى أذن له في شرائها لنفسه، ولا يغني عن ذلك قوله: (فأذن له مولاه في شرائها)، لأن الإذن في الشراء في الجملة لا يقتضي الإذن في الشراء لنفسه.
وقوله: (وإلا بطل) معناه: وإن قلنا إن العبد يملك بطل العقد إذا اشتراها

ولو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل العقد وإن كان بمال مشترك.
ولو اشترى الحر حصة أحد الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها، فإن
أجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، وكذا لو حللها،

لنفسه بالإذن له في ذلك، أو ملكه إياها بعد الابتياح له.
وفائدة قوله: (إذا ملكها) أن قوله: (فالعقد باق) وقع جواباً عن ثلاث مسائل،
فلو اقتصر على قوله: (وإلا بطل) لاقتضى ثبوت البطلان في المسائل الثلاث، إذا قلنا
إن العبد يملك، وليس كذلك، لأن شراءها إياه لمولاه لا ينافي النكاح على حال، إذ
المنافي دخولها في ملكه على ما قررناه.
قوله: (ولو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل العقد وإن كان بمال
مشترك).

لا ريب أنه إذا تحرر بعض المملوك جرت على ذلك البعض أحكام الحرية، من
حصول المملوك وتوابعه من البيع والشراء والتملك والتملك.
فإذا اشترى هذا زوجته المملوكة بمال اكتسبه ببعضه الحر واختص بملكه
ملكها لا محالة، وانفسخ النكاح بدخولها في ملكه.
وإن اشتراها بمال مشترك بينه وبين المولى كالحاصل بكسبه كله، فإن يملك
منها بقدر نصيب الحرية، لأن الشراء إنما ينفذ في قدر نصيبه من الثمن، وينفسخ النكاح
أيضاً، لأن ملك البعض يقتضي فسخه بالنسبة إليه، وحينئذ فينفسخ كله، لأن
النكاح لا يجامع الملك أصلاً ولا يتبعض، لظاهر قوله تعالى: * (إلا على أزواجهم أو
ما ملكت أيماهم) * (١).
قوله: (ولو اشترى الحر حصة أحد الشريكين بطل العقد وحرم
وطؤها، فإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، وكذا لو
حللها).

(١) المؤمنون: ٦.

تحرير المسألة: إنه إذا عقد الحر نكاحا على أمة مشتركة بين اثنين، حيث يجوز له العقد على الأمة، ثم اشترى حصة أحد الشريكين انفسخ النكاح، لما أسلفناه غير مرة، وحينئذ فيحرم الوطاء، لاستلزامه التصرف في مال الشريك، وما الذي تحل به حينئذ؟ اختلف الأصحاب على أربعة أقوال:

الأول: إنه لا طريق إلى حلها إلا ملك جميعها، لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط التام فلا يتعدى سبب الحل، وقد حصر سبحانه وتعالى السبب في شيئين العقد والملك في قوله تعالى،* (والذين هم لفروجهم حافظون* إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم)* (١) والتفصيل قاطع للشركة فلا يكون الملفق منهما سببا وللإجماع على ذلك.

فإن قيل: لا دلالة في الآية على المطلوب، لاحتمالها إرادة منع الخلو خاصة، والدلالة موقوفة على إرادة منع الجمع أيضا وهو غير معلوم. قلنا: لا نسلم أن الدلالة موقوفة على إرادة منع الجمع، فإن الفروج ممنوع منها بالنص والإجماع إلا بالعقد أو الملك، ولم يثبت كون الملفق منهما سببا تاما، لأن أقل الأحوال في الآية كونها محتملة فيستصحب حكم المنع، وهذا القول مختار ابن الجنيد (٢)

وجمع من المتأخرين (٣).

الثاني: حلها بالعقد على ما ذكره الشيخ في النهاية، فإنه قال: حرمت عليه إلا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى ملك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقدا مستأنفا (٤).

(١) المؤمنون: ٥ - ٦.

(٢) نقلة عنه العلامة في المختلف: ٥٦٨.

(٣) منهم فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٤٩.

(٤) النهاية: ٤٨٠.

وتبعه ابن البراج وأورد أن العقد الأول قد بطل، لشرائه النصف، فكيف يصير صحيحاً بالإجازة، وأنه قد وقع أولاً برضاه ولم يتحدد له ملك فلا يتوقف على إجازته (١). وأجاب المحقق ابن سعيد في النكت بأن المراد إيقاع البيع على النصف الثاني، فكأنه قال: إلا أن يشتري النصف الآخر من البائع ويرضي مالك ذلك النصف بالعقد، فتكون الإجازة له كالعقد المستأنف، ويكون الألف في قوله: (أو) سهواً من الناسخ، أو يكون بمعنى الواو، ولا يخفى ما في هذا التأويل من البعد، والقول بحلها بالعقد أبعد.

وقال المصنف في المختلف في تحقيق كلام الشيخ: والوجه عندي أن الإشارة بذلك إلى العقد الأول وبطلانه في حق الشريك ممنوع (٢)، ويضعف بأنه لا معنى للرضي بالعقد حينئذ من مالك النصف مع لزوم التبعض. الثالث: حلها بإباحة الشريك، وهو قول ابن إدريس (٣)، لأن الإباحة شعبة من الملك، لأنها تملك للمنفعة، فيكون حل جميعها بالملك. ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في جاريه بين رجلين دبراها جميعاً، ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه قال: " هو له حلال " (٤).

وهذا القول محتمل إلا أن المنع أحوط: لتوهم تبعض السبب. الرابع: حلها متعة إذا جرى بين الشريكين مهياة على خدمتها، وعقد عليها متعة في نوبة الشريك الآخر بإذنه، لاختصاصه بمنفعة تلك المدة، وليس بشيء، لأن منفعة البضع لا تدخل في المهياة، ولا تخرج بذلك عن التبعض.

(١) المهذب ٢: ٢١٩.

(٢) المختلف: ٥٦٨.

(٣) السرائر: ٣٠٦.

(٤) الفقيه ٣: ٢٩٠ حديث ١٣٨٠، التهذيب ٧: ٢٤٥ حديث ١٠٦٧.

ولو ملك نصفها وكان الباقي حرا لم تحل بالملك ولا بالدائم.
وهل تحل متعة في أيامها؟ قيل: نعم.

ثم أرجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن قول المصنف: (فإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع...) إشارة إلى قول الشيخ (١).
وقوله، (وكذا لو حللها) معناه وكذا في الجواز خلاف لو حللها الشريك لشريكه، فهو إشارة إلى قول ابن إدريس (٢).
قوله، (لو ملك نصفها وكان الباقي حرا لم تحل له بالملك ولا بالدائم، وهل تحل متعة في أيامها؟ قيل: نعم).

قد بينا أن سبب حل الفروج لا يتبعض ولا يتلفق من سببين مختلفين، فعلم أنه لو ملك نصف أمة وكان نصفها الآخر حرا، لا يحل له وطؤها بالملك على حال من الأحوال، لأن ملكه إنما هو النصف خاصة، فإن نصف الآخر حر، وليس ملك النصف كافيا في حل الجميع.

وكذا لا تحل بالإباحة، لأنه إنما تصح من مالك الرقبة، أما المرأة فلا يصح تحليلها نفسها إجماعا، وكذا لا تحل بالعقد الدائم اتفاقا، للزوم تبعض السبب. وهل يحل له وطؤها متعة إذا هاياها، وعقد عليها المتعة في أيامها؟ فيه قولان: أحدهما - وبه قال أكثر الأصحاب (٣) - المنع، للتبعيض الممنوع منه، فإنه لم يخرج بالمهاياة عن كونه مالكا للبعض ومنافع البضع لا يتعلق به المهاياة قطعا، ولا يحل لها المتعة بغيره في أيامها.
والثاني: وبه قال الشيخ في النهاية الجواز (٤)، عملا بما روى عن الباقر عليه

(١) النهاية: ٤٨٠.

(٢) السرائر: ٣٠٦.

(٣) انظر: إيضاح الفوائد ٣: ١٤٩، التنقيح الرائع ٣: ١٤٥، المختصر النافع: ٨٤.

(٤) النهاية: ٤٩٤.

وهل يقع عقد أحد الزوجين الحر العالم بعبودية الآخر فاسدا، أو موقوفا على إذن المالك؟ الأول الثاني، فحينئذ لو أعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين.

السلام في جارية بين شريكين دبراها جميعا، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه فقال: " هو حلال "، ثم قال: " وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذي مات ونصفها مدبرا " قلت: أرأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسه أله ذلك؟ قال: " لا إلا أن يثبت عتقها ويتزوجها برضى منها متى ما أراد " قلت له: أليس قد صار نصفها حرا وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للثاني منهما؟ قال: " بلى " قلت: فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها فأحلت له ذلك قال: " لا يجوز له ذلك " قلت: ولم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه فيها؟ قال: " إن الحرة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله، ولكن لها من نفسها يوم ولليد دبرها يوم، فإن أحببت أن يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشئ قل أو كثر " (١).

وقد تقدم صدر هذه الرواية، ولا شك أن الأمر في الفروج شديد فلا يجترئ عليها بمثل هذا الحديث، وينبغي التمسك بالتحريم إلى أن يوجد ما يصلح دليلا للجواز.

قوله: (وهل يقع عقد أحد الزوجين الحر العالم بعبودية الآخر فاسدا، أو موقوفا على إذن المالك؟ الأولى الثاني، فحينئذ لو أعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين).

تقدم أنه إذا تزوج العبد أو الأمة بغير إذن المولى هل يكون العقد باطلا من أصله، أو موقوفا على إجازة المالك؟ وقد تقدم أيضا أنه إذا تزوج الحر الأمة بدعواها

(١) الكافي ٥: ٤٨٢ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٩٠ حديث ١٣٨٠، التهذيب ٨: ٢٠٣ حديث ٧١٧.

الفصل الثاني: في مبطلاته، وهي ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق.
المطلب الأول: في العتق:
إذا أعتقت الأمة وكان زوجها عبداً، كان لها الخيار على الفور في
الفسخ والإمضاء، سواء دخل أو لا،

كان الأولى القول يكون العقد موقوفاً، حذف وعوض التنوين عنه.
قوله: (الفصل الثاني: في مبطلاته، وهي ثلاثة: العتق، والبيع،
والطلاق).

الضمير في (مبطلاته) يعود إلى العقد على الإمام، وسمى العتق والبيع والطلاق
مبطلات له مجازاً، من حيث أن كلا من العتق والبيع يؤل إلى إبطاله في كثير من
الصور، وليس جميع أقسامهما مبطله له، فإن من أعتق مملوكته المزوجة تخيرت كما
سيأتي
إن شاء الله تعالى.

ولو باعها تخير المشتري، ولو كانت موطوءة له حرم وطؤها بالعتق والبيع، وهنا
كلام وهو أن مبطلات نكاح الإمام لا ينحصر فيما ذكره، فإن اللعان من المبطلات على
قول، والفسخ بالعيب والإسلام والارتداد كذلك، وكذا أمر المولى عبده باعتزال زوجته
مملوكة المولى ومنع المحلل له.

قوله: (المطلب الأول: في العتق. إذا أعتقت الأمة وكان زوجها عبداً
كان لها الخيار على الفور في الفسخ والإمضاء، سواء دخل أو لا).
لا خلاف بين العلماء في أن الأمة المزوجة بعبد إذا أعتقت ثبت لها الخيار، لما
روى العامة والخاصة أن بريرة عتقت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله، ورووا

إلا إذا زوج ذو المائة أمته في حال مرضه بمائة وقيمتها مائة ثم أعتقها -، لم

أن زوجها كان عبدا، وفي بعض الأخبار أن اسمه مغبث (١). والسفر في ذلك حدوث الكمال لها

وبقاء النقص بالعبودية للزوج، وهو يستلزم تضررها من حيث أن سيده يمنعه عنها، ولا نفقة لولدها عليه، ولا ولاية له على ولدها ولا ترث.

وهذا الخيار فوري عند الأصحاب اقتصارا في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، والضرورة تندفع بذلك، ولظاهر قوله صلى الله عليه وآله لبريرة: " ملكت بضعت فاختاري " فإن الفاء للتعقيب.

قيل: قد روي أن زوج بريرة كان يطوف خلفها ويكي خوفًا من أن تفارقه، وطلب من النبي صلى الله عليه وآله أن يشفع إليها فشفع فلم تقبل، ولو كان على الفور بطل حقها بالتأخير واستغنى عن الشفاعة.

قلنا: لا دلالة فيه، لأن الظاهر من الحديث أن الشفاعة كانت بعد فسخها، ولذلك روي أنه كان يطوف ويكي ولم يأمرها صلى الله عليه وآله بترك الفسخ بل قال لها: " لو راجعته فإنه أبو ولدك " فقالت: يا رسول الله تأمرني بأمرك؟ فقال: " لا إنما أنا شافع " فقالت: لا حاجة لي فيه (٢).

والظاهر أن المراد من المراجعة في الحديث تجديد النكاح، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العتق قبل الدخول أو بعده، لقول الصادق عليه السلام: " أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها " (٣).

قوله: (إلا إذا زوج ذو المائة أمته في حال مرضه بمائة وقيمتها مائة ثم

(١) الكافي ٥: ٤٨٦ حديث ١ - ٥، التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٥ - ١٣٩٦ - ١٣٩٧، سنن البيهقي ٧: ٢٢٠، سنن

الدارقطني ٣: ٢٩٢ حديث ١٧٥ - ١٧٦.

(٢) سنن البيهقي ٧: ٢٢٢.

(٣) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٤.

يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلا لسقط المهر فلم تخرج من الثلث،
فبطل عتق بعضها فيبطل خيارها فيدور.

أعتقها، لم يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلا يسقط المهر فلم يخرج من
الثلث، فيبطل عتق بعضها، فيبطل خيارها فيدور).
هذا استثناء من قوله: (سواء دخل أو لا) وتحقيقه أنه لا فرق في ثبوت الخيار
بالعتق إذا وقع بعد الدخول أو قبله إلا في الفرض المذكور، وهو ما إذا كان لشخص
جارية قيمتها مائة مثلاً وهو يملك مائة أخرى، فزوجها بمائة، سواء كان في حال صحته
أو مرضه من غير فرق بينهما، لأن تزويجها لا يتضمن إتلافاً بل اكتساباً للمهر، فوقعه
في الصحة والمرض سواء.
وقد تضمنت عبارة الكتاب وقوع التزويج في المرض وليس بحسن، لأنه يوهم
كون ذلك قيداً للمسألة، نعم لا بد لتكميل الفرض من كون الإعتاق قد وقع في المرض
قبل الدخول، فإنه حينئذ لا يثبت لها خيار الفسخ، إذ لو ثبت لأدى ثبوته إلى عدم
ثبوته، وذلك لأنه لو ثبت ففسخت لسقط المهر، فإن الفسخ قبل الدخول من جانب
الزوجة مسقط للمهر كما علم غير مرة.
وإذا سقط المهر انحسرت التركة في الجارية والمائة، فلم ينفذ العتق في جميعها،
بل يبطل فيما زاد على ثلث التركة، وحينئذ فيبطل خيارها، لأن الخيار إنما يثبت إذا
أعتق جميعها قطعاً، فيكون ثبوته مؤدياً إلى عدم ثبوته، وذلك هو الدور، فتعين قطعاً
الحكم بانتفائه. وهذا بخلاف ما لو كان العتق في حال الصحة فإنه حينئذ لا يعتبر
من الثلث، فالخيار بحاله.
وكذا لو كان العتق في الفرض السابق بعد الدخول، لأن المهر لا يسقط حينئذ
بانفساخ النكاح. وقول المصنف (في مرضه) يريد به مرض موته، واعتمد في ذلك على
ظهور الحال.

ولو كانت تحت حر ففي خيار الفسخ خلاف.

قوله: (ولو كانت تحت حر ففي خيار الفسخ خلاف).
اختلف الأصحاب في ثبوت الخيار للأمة إذا أعتقت والزوج حر، فقال الشيخ
في النهاية (١)، وابن الجنيد (٢)، والمفيد (٣)، وابن البراج (٤)، وابن إدريس (٥)،
والمصنف في
المختلف (٦) وغيره (٧): إن لها الخيار.
وقال في المبسوط (٨)، والخلاف (٩): ليس لها.
والأصح الأول، لنا عموم صحيحة أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه
السلام قال: "أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت وإن شاءت
فأرقت" (١٠).
ورواية زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال: "إذا أعتقت الأمة ولها زوج
خيرت وإن كانت تحت حر أو عبد" (١١)، وقريب من هذه رواية محمد بن آدم عن
الرضا
عليه السلام (١٢)، وغير ذلك من الأخبار (١٣).

-
- (١) النهاية: ٤٧٦.
 - (٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٥.
 - (٣) المقنعة: ٧٧.
 - (٤) المهذب ٢: ٢١٦.
 - (٥) السرائر: ٣٠٥.
 - (٦) المختلف: ٥٦٥.
 - (٧) التحرير: ٢: ٢٤.
 - (٨) المبسوط ٤: ٢٥٨.
 - (٩) الخلاف ٢: ٢٢٨. مسألة ١٣٤ كتاب النكاح.
 - (١٠) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٤.
 - (١١) التهذيب ٧: ٣٤٢ حديث ١٤٠١.
 - (١٢) التهذيب ٧: ٣٤٢ حديث ١٤٠٠.
 - (١٣) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٩.

وإذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده.

احتج الشيخ بأن الأصل لزوم العقد وحدوث الخيار يحتاج إلى دليل، وبما رواه ابن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام: " إنه كان لبريرة زوج عبدا، فلما أعتقت قال لها النبي صلى الله عليه وآله: اختاري " (١).
وجوابه: إن الأصل يعدل عنه للدليل وقد بيناه، والرواية لا تدل إلا بمفهوم المخالفة، وهو ضعيف في نفسه فكيف مع معارضة المنطوق له، على أنه قد روي أيضا أن زوج بريرة كان حرا، (٢) فسقط الاستدلال بالرواية أصلا.
وقد علم من ثبوت الخيار إذا كانت تحت حر ثبوته إذا كان مبعضا بطريق أولى. وأولى منه المكاتب والمدبر.
قوله: (وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده).

متى اختارت المعتقة الفسخ في موضع ثبوت الخيار، وهو ما إذا كان الزوج عبدا، أو حرا على القول بثبوته مع الحر، فإما أن يكون اختيارها للفسخ قبل الدخول أو بعده.
فإن كان قبل الدخول سقط المهر كله، لأن الفسخ قبل الدخول من المرأة موجب لسقوط المهر، كما تقرر غير مرة.
أما لو كان بعده فإن ثبوت المهر بحاله، لأنه قد تقرر بالدخول، فلا يسقط بالفسخ الطارئ بعده، سواء كان العتق قبل الدخول أو بعده.
وفصل المصنف في التحرير (٣) تبعا للمبسوط (٤) بأنها إذا فسخت بعد الدخول،

(١) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٥.

(٢) سنن البيهقي ٧: ٢٢٣.

(٣) التحرير ٢: ٢٤.

(٤) المبسوط ٤: ٢٥٩.

ولو أخرجت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها.
ولو كان لجهالة فورية الخيار أو أصله احتمال السقوط، وعدمه،
والفرق.

فإما أن يكون العتق وقع قبله أو بعده فإن كان بعده فلها المسمى، لأن الفسخ استند إلى العتق، وقد وقع بعد الدخول حين استقر المسمى. وإن كان قبله بأن أعتقت ولم تعلم به حتى دخل فإن لها مهر المثل، لأن الفسخ مستند إلى العتق، وهو قبل الدخول، فصار الوطاء كأنه في نكاح فاسد. ويضعف بأن استناد الفسخ إلى العتق لا يقتضي وقوعه قبل الدخول بل حين إيقاعه، وحينئذ قد استقر المسمى بالدخول.
قوله: (لو أخرجت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها، ولو كان بجهالة فورية الخيار أو أصله احتمال السقوط، وعدمه، والفرق).
حيث تقرر أن الخيار للمعتقة حيث يثبت إنما هو على الفور، فلا شك أنها متى أخرجته بغير عذر سقط خيارها كما هو شأن كل فوري. ولو أخرجته لعذر، فإن كان جهالتها بالعتق لم يبطل خيارها إجماعاً، فإن الناس في سعة مما لم يعلموا.
وإن كان جهالتها بأصل الخيار، بأن لم تعلم أن عتقها موجب لثبوت الخيار، أو فوريتها بأن علمت ثبوت الخيار وجهلت كونه على الفور، ففي كون كل من الأمرين عذراً فلا يسقط معه الخيار أم لا، ثلاثة أوجه:
أحدها: أن لا يكون واحد منهما عذراً فيسقط الخيار بالتأخير ولو مع أحدهما، ووجهه: أن ثبوت الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على محل اليقين، ولأن الحكم بفوريته إنما كان للجميع بين الحقيين: حق الزوجة في الخيار بالعتق، وحق الزوج في النكاح، فلا يختلف بعلمها وجهلها. ولأنه لو عد الجهل عذراً لزم كون النسيان كذلك، لا شراكهما في كون كل منهما غافلاً، والثاني باطل، لأن النسيان لا يخرج السبب عن كونه سبباً.
وثانيها: عد كل منهما عذراً فيبقى الخيار، لأن ترتب الخيار على العتق وكونه

ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن أوجبناه بالعقد،
وإلا فلها وبعده للمولى.
ولو لم يسم شيئاً بل زوجها مفوضة البضع، فإن دخل قبل العتق

في المسألتين معا.

وقوله: (وعدمه) يريد به عدم السقوط فيهما، وهو الاحتمال الثاني.
وقوله: (والفرق) يريد به الفرق بين التأخير بجهالة أصل الخيار، وجهالة
فوريته مع العلم بأصله، فيثبت في أحدهما وينتفي في الآخر، وهو الاحتمال الثالث.
قوله: (ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن أوجبناه
بالعقد، وإلا فلها، وبعده للمولى).

إذا أعتقت الأمة المزوجة، فإما أن يكون عتقها قبل الدخول أو بعده، وعلى
التقديرين فإما أن تختار الفسخ أو المقام، وعلى كل تقدير فإما أن يكون قد سمي
المهر أو تكون مفوضة، وسيأتي حكم المفوضة إن شاء الله تعالى.
وأما حكم التسمية فإنها إذا فسخت قبل الدخول يسقط المهر كما قد قدمناه،
وليس للسيد منعها من الفسخ وإن تضرر به، لأن الضرر لا يزال بالضرر، بخلاف ما
لو فسخت بعده، وقد سبق حكم ذلك.

وأما إذا اختارت المقام فإما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعده
فالمهر للسيد لا محالة، وإطلاق العبارة يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين وقوع العتق قبل
الدخول أو بعده.

وينبغي الفرق، فإذا كان بعده فالمهر للسيد لا محالة، وإن كان قبل فإن أوجبنا
المهر بالعقد - وهو الأصح - فهو للسيد أيضاً، لكونها حينئذ مملوكة له، وإن أوجبناه
بالدخول فهو لها، لكونها حينئذ حرة مالكة بضعها.
قوله: (ولو لم يسم شيئاً بل زوجها مفوضة البضع، فإن دخل قبل

فالمهر للسيد، لوجوبه في ملكه. وإن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صدق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها مهر فهو للسيد، وإن قلنا بالدخول أو بالفرض فهو لها، لوجوبه حال الحرية.

العتق فالمهر للسيد، لوجوبه في ملكه، وإن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صدق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها مهر فهو للسيد، وإن قلنا بالدخول أو بالفرض فهو لها، لوجوبه حال الحرية).
ما سبق حكم ما إذا سمي لها في العقد مهرا، وهذا حكم ما إذا لم يسم لها شيء. وتحقيقه: إن المعتقة إن كانت قد زوجت مفوضة البضع، أي لم يسم لها مهر في عقد النكاح أصلا، فإن دخل بها الزوج قبل العتق، أو فرض لها المهر قبله فالمهر للسيد قولاً واحداً، لوجوبه في ملكه. وإن كان دخوله بها بعد العتق، أو كان فرض المهر بعده قبل الدخول، ففي مستحقه وجهان مبنيان على أن صدق المفوضة متى يجب.

فإن قلنا: يجب بالعقد، سواء فرض لها أو لم يفرض لها حتى دخل، على معنى أنه يتبين بالفرض أو بالدخول مع عدم وجوبه بالعقد، فهو حق للسيد، لأنها حينئذ مملوكة.

وإن قلنا: إنه يجب بالفرض إن فرض، وبالدخول إن لم يفرض، فهو لها، لوجوبه حال حريتها.

والثاني لا يخلو من وجه، وسيأتي إن شاء الله تعالى كمال تحقيق المسألة. واعلم أن قول المصنف: (فإن قلنا: صدق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها). يريد به التفريع على القول بأن الصدق في التفويض يجب بالعقد، على معنى أنه بالفرض يتبين وجوبه بالعقد، وكذا الدخول إذا لم يفرض، والمعنى: إنا إذا قلنا بأن العقد يستقل بإيجاب الصدق، ولا يكون للفرض دخل في إيجابه، بل يكون كاشفاً عنه فقط، فيكون وجوبه بحسب الواقع قبل حصول الفرض فيكون كاشفاً عنه،

ولو أعتقت في العدة الرجعية فلها الفسخ في الحال، فتسقط الرجعة ولا تفتقر إلى عدة أخرى بل تتم عدة الحرة. ولو اختارته لم يصح، لأنه جار إلى بينونة، فلا يصح اختيارها للنكاح، فإن لم يراجعها في الغدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعد عدة حرة، وإن سكتت لم يسقط خيارها.

فإن الكشف عن الشيء فرع حصوله في نفسه، فإذا قلنا بذلك كان للسيد لا محالة. قوله: (ولو أعتقت في العدة الرجعية فلها الفسخ في الحال فتسقط الرجعة، ولا يفتقر إلى عدة أخرى بل تتم عدة الحرة ولو اختارته لم يصح: لأنه جار إلى بينونة، فلا يصح اختيارها للنكاح، فإن لم يراجعها في الغدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعد عدة الحرة، وإن سكتت لم يسقط خيارها).

أي: لو طلق الأمة طلاقاً رجعياً، ثم أعتقت وهي في العدة، فإما أن تختار الفسخ في الحال، أو النكاح، أو تسكت على كل من الأمرين. فإن اختارت الفسخ في الحال كان لها ذلك، لاستفادتها به قطع سلطنة الرجعة، ودفع تطويل الانتظار إلى أن يراجع فتفسخ، لأن ذلك يقتضي أن تكون العدة من حينه.

وإذا فسخت أكملت عدة الطلاق، ولم يجب استئناف عدة أخرى، لانتفاء المقتضي لها، فإن العدة وجبت بالطلاق، والفسخ لا يقطعها، والواجب إكمال عدة حرة عندنا اعتباراً بما صارت إليه،

وإن اختارت النكاح في الحال لم يصح، لأنه جار إلى بينونة، والإجارة تقتضي بقاءه فلا يتلاقيان، كما لو طلقها رجعية فارتد، ثم راجعها وهي مرتدة فإنه لا تصح الرجعة، وحينئذ فإن لم يراجعها في الغدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ،

وإذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث.
ولو أعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ، والمجنون عند الرشد،
وللزوج الوطاء قبله.

لبطلان الإجارة السابقة، فإن فسخت وجب عليها الاعتداد بعدة مستأنفة، لحدوث
البيونة حينئذ.

ولا يخفى أن الواجب عدة حرة، لكونها حين الفسخ حرة، وإن سكنت ولم تختتر
واحدا من الأمرين لم يبطل خيارها، لأن سكوتها لا يدل على الرضى وهي بصدد
البيونة، ومن الممكن أن لا يراجعها فيحصل الفراق من غير احتياج إلى ظهور
رغبتها فيه.

والحاصل أن سكونها في هذه الحالة لا ينافي الفور، لوجود القاطع لعلاقة
النكاح وهو الطلاق، مع أن في السكوت استفادة عدم إظهار طلب الفراق، وهو من
المطالب.

واعلم أن الضمير في قول المصنف: (ولو اختارته) يعود إلى النكاح بقريئة
الفسخ، وقوله، (فإن لم يراجعها) متفرع على قوله: (لم يصح)، وقوله: (وإن سكنت)
هي الصورة الثالثة من صور المسألة.
قوله: (وإذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث).

هذا راجع إلى أصل الباب، ولا تعلق له بالبحث الذي قبله. والمراد: إن المعتقة
إذا فسخت حيث يثبت لها الخيار، فتزوجها الزوج بعقد مستأنف، بقيت عنده على
ثلاث طلاقات، لأن الفسخ لا يعد في الطلاق، لا سيما إذا وقع من الزوجة، فإن من
اكتفى في الطلاق بالكناية لا سبيل له إلى عدة طلاقها هنا، لأن ذلك إنما هو في الواقع
من الزوج.

قوله: (ولو أعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ والمجنونة عند
الرشد، وللزوج الوطاء قبله.

وليس للولي الاختيار عنها، لأنه على طريقة الشهوة.
ولا خيار لها لو أعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذ ولو لم تختار
حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمال ثبوته هنا،

وليس للمولى الاختيار عنها، لأنه على طريقة الشهوة).
إذا أعتقت الأمة تحت عبد أو حر - بناء على ثبوت الخيار معه - وكانت صغيرة
ثبت لها الخيار، لعموم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار لكل معتقة، وكذا المجنونة.
وليس لوليها أن يختار عنها، لأن الاختيار منوط بالشهوة والميل القلبي، فلا يعتد
بوقوعه من الولي، لعدم علمه بما تريده الزوجة، بل ينتظر في ذلك بلوغ الصغيرة مبلغاً
تملك أمرها، وإفاقة المجنونة بحيث تكمل رشدها، فتختار حينئذ على الفور.
وللزواج الوطاء قبل الفسخ في المجنونة والاستمتاع في الصغيرة، بل له الوطاء
قبله مطلقاً، لبقاء الزوجية ما لم يفسخ، وثبوت الخيار في أصل النكاح لا ينافي بقاء الملك
كما لا يخفى، ووجوب الإنفاق في هذه المدة بحاله مع وجود شرائطه.
واعلم أن إطلاق قوله: (اختارت عند البلوغ) يؤذن بعدم اعتبار الرشد معه،
فعلى هذا لو بلغت اختارت وإن كان قبل الدخول ولم يتحقق رشدها، وإن لزم منه
سقوط المهر في صورة يجب لها، وكذا الفسخ بالعيب، وللنظر فيه مجال، وعلى ظاهر
عبارته فيراد برشد المجنونة إفاقتها.
قوله: (ولا خيار لها لو أعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذ).
وذلك لأن المقتضي للخيار هو حريتها، وهي منتفية مع تحرر البعض خاصة،
لصدق السلب في مثل ذلك، ولا فرق بين كون الأكثر بعض الحرية أو بعض الرقية،
لانتفاء المقتضي. أما إذا كملت حريتها فلأن الخيار يثبت حينئذ، لوجود المقتضي في
هذه الحالة.
قوله: (ولو لم تختار حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت
الحر احتمال ثبوته هنا، لأنه ثبت سابقاً فلا يسقط بالحرية كغيره من

لأنه ثبت سابقا فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق، والسقوط كالعيب إذا علمه المشتري بعد زواله.
ولو أعتقت تحت من نصفه حر فلها الخيار وإن منعنا الخيار في الحر.

الحقوق، والسقوط كالعيب إذا علمه المشتري بعد زواله).
إذا أعتقت الأمة فلم تختبر، إما بناء على القول بأن الخيار على التراضي، أو لأنها لم تعلم بالعتق إلى أن عتق العبد، بنى على الخلاف في ثبوت الخيار لو عتقت تحت حر وعدمه.

فإن قلنا بالثبوت ثم فلا بحث في الثبوت هنا، وإن قلنا بالعدم احتمل هنا الثبوت، لأنه قد ثبت بعتقها حين وقوعه، والأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يحصل المسقط كما في سائر الحقوق.

ولم يثبت أن تجدد حرته مسقط لخيارها، فلا يسقط. ويحتمل السقوط، لزوال الضرر بزوال رقيته، ولأن سبب الخيار مركب من تجدد حررتها وكونه رقا، إذا الفرض أنها مع الحر لا خيار لها. وفيه نظر، لأن السبب قد حصل، ولا يلزم من زوال أحد جزئيه بعد ثبوت الخيار زوال الخيار عملا بالاستصحاب.

وقول الشارح الفاضل: إن بقاء الخيار مشروط ببقاء رقية الزوج: لأن الأصل بقاء الشرطية (١)، ليس بشئ، فإن الدليل لم يدل إلا على أنها شرط الثبوت، ولا يلزم منه الاشتراط في البقاء، والأصل الذي ادعاه لا أصل له.
قوله: (ولو أعتقت تحت من نصفه حر، فلها الخيار وإن منعنا الخيار في الحر).

لو أعتقت الأمة تحت من نصفه حر فإن قلنا بثبوت الخيار لو كانت تحت الحر فلا بحث في الثبوت، وإن منعناه ثم فالثبوت هنا أظهر، لأن ضرر رقية الزوج

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٥٢.

ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمال إيقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلا وقع موقعه،

قائم هنا، والمعتمد في الاستدلال عموم الأخبار السالفة، ولا أثر لهذا التفريع. قوله: (ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمال إيقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلا وقع موقعه).

إذا ثبت لها خيار العتق فطلقها قبل الفسخ، فإن كان الطلاق رجعياً فالخيار بحاله، والحكم كما إذا أعتقت في العدة الرجعية، وقد سبق بيانه، وإن كان بائناً ففيه وجهان:

أحدهما: إنه يقع موقوفاً، بمعنى أنه يراعى في الحكم بصحته وفساده اختيارها للفسخ وعدمه، فإن اختارت الفسخ في العدة ظهر بطلانه، وإن لم تختتر ظهر وقوعه، وذلك لأن الخيار قد ثبت جزماً، وتنفيذ الطلاق في الحال يقتضي إبطاله فلا يكون نافذاً. ومثله القول في الطلاق، لأنه قد وقع في النكاح مستجمعا ما يعتبر فيه، فلم يكن بد من الحكم بوقوع الطلاق مراعى فيه عدم طء الفسخ عليه، فإن فسخت تبين بطلان الطلاق، إذ لو صح لحصلت البيونة فامتنع الفسخ، وإلا تبين نفوذ الطلاق، كما لو طلق في الردة ولم يكن عن فطرة من قبل الزوج، فإنه بالعود إلى الإسلام تبين وقوع الطلاق، وبدونه يتبين عدمه.

والثاني: وقوعه جزماً، لوجود المقتضي، وهو صدور الصيغة من زوج كامل في محل الطلاق، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا ثبوت الخيار، وهو غير صالح للمانع، فإن المقصود بالفسخ حاصل به فلم يكن بينهما منافاة. والفرق بين العتق والردة: إن الانفساخ في الردة يستند إليها، فيتبين بعدم العود في العدة أن الطلاق لم يصادف النكاح، بخلاف الفسخ بالعتق فإنه لا يستند إلى أمر سابق على الطلاق، وهذا أقرب.

واعلم أن المراد بالطلاق في الكتاب هو البائن دون الرجعي، إذ لا

ولا يفتقر فسخ الأمة إلى الحاكم.
ولو أعتق الزوج وتحتته أمة فلا خيار له، ولا لمولاه، ولا لزوجته حرة
كانت أو أمة، ولا لمولاها.
ولو زوج عبده أمته ثم أعتقت أو أعتقا معا اختارت،

يطرد الوجهان في الرجعي، لأن تنفيذ الطلاق فيه لا يقتضي إبطال الخيار. وقد تقدم
أن المعتقة لو طلقت تخيرت واجتزأت بإكمال العدة، ولعل المصنف إنما أطلق هاهنا
اعتمادا على ما سبق في كلامه، وأشار إلى الاحتمال الثاني بقوله: (ووقعه)، وأراد بقوله،
(احتمل إيقافه) كونه مراعى، أي: موقوفا عندنا لا موقوفا في نفسه.
قوله: (ولا يفتقر فسخ الأمة إلى الحاكم).

ثبوت هذا الفسخ بالنص (١) والإجماع، وليس فيه مدة يتوقف ضربها على
الحاكم، فلا يتوقف إيقافه على مراجعة الحاكم والمرافعة إليه بحال.
قوله: (ولو أعتق الزوج وتحتته أمة فلا خيار له، ولا لمولاه، ولا لزوجته
حرة كانت أو أمة، ولا لمولاها).

ما تقدم من ثبوت الخيار بالعتق إنما هو فيما إذا أعتقت الأمة المزوجة، أما
العبد إذا أعتق فإنه لا خيار له عندنا، لأن الأصل في ثبوت هذا الخيار هو الخبر.
وليست هذه الصورة من الصور المنصوصة في شيء، على أن التخلص بالطلاق
ثابت له دونها فلا معنى لثبوته، وفي وجه للشافعية أن له الخيار كما في الطرف الآخر
على حد خيار العيب (٢) ولا فرق في ذلك بين أن يكون تحتته أمة أو حرة. وكما لا يثبت
الخيار له كذا لا يثبت لمولاه، لانتفاء المقتضي. وكذا لا خيار لزوجته حرة كانت أو أمة
بطريق أولى، لزوال نقصه. وكذا لا خيار لمولى زوجته الأمة.
قوله: (ولو زوج عبده أمته ثم أعتقت أو أعتقا معا اختارت).

(١) التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٣٩٤.

(٢) المجموع ١٦: ٢٩٤.

ولو كانا لاثنين فأعتقا دفعة أو سبق عتقها أو مطلقا على رأي اختارت،

كما يثبت الخيار للأمة إذا أعتقت وهي تحت غير من هو عبد لمولاها، كذا يثبت إذا أعتقت تحت عبده، للاشتراك في المعنى، لعموم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار، وكذا لو أعتقا معا.

قوله: (ولو كانا لاثنين فأعتقا معا دفعة، أو سبق عتقها، أو مطلقا على رأي اختارت).

إذا كان العبد والأمة المزوجان لاثنين فأعتقا معا دفعة تخيرت الأمة لعموم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار هنا.

وعلى القول بأنها إذا أعتقت تحت حر فلا خيار لها فالخيار هنا منتف، لأن الفرض أن عتقها وعتقه حصلا في زمان واحد، فلم يصادف حريتها عبوديته. أما لو سبق عتقها على عتقه فإن لها الخيار قطعا، بخلاف ما لو سبق عتقه على عتقها، فإنها لا تتخير إذا أعتقت، إلا على القول بأنها تتخير إذا أعتقت تحت حر.

وهذه الأحكام كلها ظاهرة بعد ما سبق بيانه، لكن في عبارة المصنف مناقشات: إحداها: إن حكم ما إذا تقدم عتقها قد سبق بيانه، وكذا حكم ما إذا تقدم عتقه، بل قد سبق ما يدل على حكمه بطريق أولى، وهو ما إذا أعتقت فلم تختبر حتى عتق العبد، فإعادة ذلك عري عن الفائدة.

الثانية: إن الإشارة بقوله: (على رأي) إلى الخلاف في تخيرها تحت الحر، فإن أراد به التعلق بقوله: (مطلقا) أوهم أن ما قبله لا خلاف فيه، لأن تخصيص هذا بذكر الخلاف مع إدراج المسألتين اللتين قبله معه في جملة واحدة، وجعل الجواب عن الجميع واحدا يشعر بانتفاء الخلاف فيهما، ولا يستقيم عوده إلى الجميع: لأن الثانية لا خلاف فيها، ولا عوده إلى الأولى، والثالثة خاصة، لأن ذلك الغاز، وكما يتخرج حكم هاتين على هذا الخلاف، فكذا حكم ما إذا زوج عبده أمته وأعتقهما دفعة، مع أنه لم يتعرض لذلك فيما سبق، ولا ريب أن نظم العبارة في ذكر الخلاف غير حسن.

ويجوز أن يجعل عتق أمته مهرا لها.
ويلزم العقد إن قدم النكاح فيقول: تزوجتك وأعتقتك وجعلت مهرك
عتقك.
وفي اشتراط قبولها، أو الاكتفاء بقوله: تزوجتك وجعلت مهرك عتقك
عن قوله: أعتقتك إشكال.
ولو قدم العتق كان لها الخيار، وقيل: لا خيار، لأنه تنمة الكلام، وقيل:
يقدم العتق، لأن تزويج الأمة باطل.

الثالثة: قوله: (دفعه) وقع موقع الحال من الضمير في (أعتقا)، وقوله: (سبق
عتقها) معطوف على (أعتقا) وهو ظاهر. وأما قوله: (مطلقا) فينبغي أن يكون حالا
من الضمير في (أعتقا) المحذوف، أو مفعولا مطلقا لتكون الجملة معطوفة على ما قبلها.
هذا هو الظاهر، لكن حاصلة على أنهما لو أعتقا عتقا مطلقا اختارت، ولا يخفى ما فيه،
والمراد ظاهر، فإنه يريد أنه سواء سبق عتقها أو لم يسبق يتخير إلا أن العبارة ليست
بتلك الفصيحة.

قوله: (ويجوز أن يجعل عتق أمته مهرا لها، ويلزم العقد إن قدم النكاح،
فيقول: تزوجتك وأعتقتك وجعلت مهرك عتقك، وفي الاكتفاء بقوله:
تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقتك إشكال. ولو قدم العتق
كان لها الخيار، وقيل: لا خيار، لأنه تنمة الكلام، وقيل: يقدم العتق، لأن
تزويج الأمة باطل).
من الأصول المقررة أن تزويج الرجل بأمته باطل، إلا إذا جعل عتقها
مهرا، فإنه يجوز عند علماء أهل البيت عليهم السلام قاطبة.
قال في المختلف: لا نعرف فيه مخالفا من علمائنا (١)، والأصل فيه أن النبي صلى

(١) المختلف: ٥٧٢.

الله عليه وآله اصطفى صفية بنت حي بن أخطب من ولد هارون عليه السلام في فتح خيبر، ثم تزوجها وأعتقها وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة (١). وقال أكثر العامة: إن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وآله (٢).
والنقل عن أهل البيت عليهم السلام في ذلك مستفيض أو متواتر، روى محمد ابن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: "أيما رجل شاء أن يعتق جاريتيه ويتزوجها ويجعل عتقها صداقها فعل" (٣).
وعن عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجل قال لجاريتيه: أعتقتك وجعلت عتقك مهرًا، قال: فقال: "جائز" (٤).
وعن الباقر عليه السلام: "إن عليا عليه السلام كان يقول: إن شاء الرجل أعتق أم ولده وجعل مهرها عتقها" (٥)، وغير ذلك من الأخبار الكثيرة (٦).
وقد أورد المحقق ابن سعيد في النكت سؤالات وأجاب عنها، حاصلها أنه كيف يجوز أن يتزوج جاريتيه، وكيف يتحقق الإيجاب والقبول وهي مملوكة، ثم المهر يجب أن يكون متحققًا قبل العقد ومع تقدم التزويج لا يكون متحققًا، ثم يلوح منه الدور، فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق، والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد.
الجواب: إذا كان العتق يحصل مع العقد لم يستبعد صحته، وإنما يمتنع لو كانت الرقية باقية، ولا بعد في العقد وهي مملوكة إذا كانت الرقية غير مستقرة معه، فإنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها، لعدم ملك ذلك الغير، جاز أن يعقد عليها لنفسه،

-
- (١) سنن أبي داود ٢: ٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧: ٥٨.
(٢) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.
(٣) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٦ الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٦.
(٤) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧.
(٥) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٨، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٨.
(٦) الكافي ٥: ٧٤٥ حديث ١ - ٥، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧١٠، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٦٠.

بصفية (١)، ولم ينقل قبولها، ولو وقع لنقل إذ هو من الأحكام التي يضطر إليها، وليس من خصائصه، لتوقف الحكم بذلك على البيان، لثبوت التأسّي في كل ما لم يثبت أنه من خصائصه كما بين في الأصول.

ولأن حل الوطاء مملوك له فهو بمنزلة التزويج، فإذا أعتقها وتزوجها وجعل العتق مهرها، كان في معنى استثناء بقاء الحل من مقتضيات العتق، لأن مقتضاه بدون ذلك التحريم. والمتجه الاكتفاء بالصيغة المنقولة من غير توقف على أمر آخر. وقد أسلفنا وجوب المصير إلى ما دل عليه النقل من غير ملاحظة لمنافاة الأصول المقررة وبيننا أن ذلك أصل برأسه ثبت بدلائل يقتضيه، وهو خيرة المصنف في المختلف (٢)، على أن القبول لو اعتبر لم يتم به العقد، لخلوه حينئذ عن الإيجاب. نعم الأحوط اعتباره خروجاً عن حيطة الاحتمال، فيعتبر وقوعه على الفور بالعربية على نهج سائر العقود اللازمة.

الثاني هل يكفي قوله: تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقتك: ذكر المصنف فيه إشكال أيضاً، ومنشؤه: من أن المفهوم من الأخبار (٣)، وكلام الأصحاب (٤) ذلك، بل قد صرح به جماعة (٥) منهم المصنف (٦)، ويؤيده أنه لو أمهر امرأة ثوبا فقال لها: تزوجتك وجعلت مهرك هذا الثوب فإنها تملكه بتمام العقد من غير احتياج إلى صيغة تمليك. وكذا إذا جعل العتق مهراً فإنها تملك نفسها، فلا حاجة إلى صيغة أخرى

-
- (١) صحيح مسلم ٢: ١٠٤٥، سنن الترمذي ٣: ٤٢٣ حديث ١١١٥، سنن ابن ماجة ١: ٦٢٩ حديث ١٩٥٨.
(٢) المختلف: ٥٧٣.
(٣) الفقيه ٣: ٣٦١ حديث ١٢٤٤، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧١٠، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٦٠.
(٤) المفيد في المقنعة: ٨٥، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣١٧.
(٥) منهم الشيخ في النهاية: ٤٩٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٤٧.
(٦) المختلف: ٥٧٢.

للعق، على أن أسباب العتق غير منحصرة في صيغة كما في التنكيل.
وقد نوقش قولهم: تملك نفسها، بأن الملك إضافة لا بد فيها من تغاير المتضايين
بالذات، وهي مناقشة فارغة، فإن المراد من ذلك المجاز، من حيث حصول غاية الملك،
وهو مجاز شائع واقع في كلامهم عليهم السلام، ومثله كثير في كلام الفقهاء.
ومن أن العتق لا يقع إلا بالصيغة الصريحة، وهي التحرير أو الإعناق على
قول، ولم يوجد أحدهما، ولأن الأصل بقاء الملك إلى أن يعلم المزيل.
وإلى هذا ذهب المفيد (١)، وأبو الصلاح (٢).

وقد يجاب عن هذا بما سبق غير مرة، وهو أن بناء هذا على مخالفة الأصول
المقررة، فلا يناقش في شيء من جهات مخالفته، بعد ثبوته بالنص (٣) الذي لا سبيل
إلى رده، وقوة هذا ظاهرة.

وإلى هذين الباحثين أشار المصنف بقوله: (وفي اشتراط قبولها - إلى قوله -
إشكال)، إلا أن العبارة لا تخلو من مناقشة، فإن المتبادر منها أن طرفي الإشكال
اشتراط القبول والاكتفاء بقوله تزوجتك إلى آخره، وليس كذلك، بل كل منهما مسألة
مستقلة فيها إشكال، والطرف المقابل محذوف تقديره: وفي اشتراط قبولها وعدمه وكذا
الأخرى.

الثالث: اختلف الأصحاب في اشتراط تقديم تزويج على العتق وعكسه،
وجواز كل منهما، والمشهور بين الأصحاب اشتراط تقديم التزويج، اختاره الشيخ في
النهاية (٤) وجماعة من الأصحاب (٥)، لرواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام: في
الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك وجعلت صدائقك عتقك، قال: " جاز العتق والأمر

(١) المقنعة: ٨٥.

(٢) الكافي في الفقه: ٣١٧.

(٣) صحيح مسلم ٢: ١٠٤٥.

(٤) النهاية: ٤٩٧.

(٥) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٤٧، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٥٩.

إليها إن شاءت زوجته نفسها وإن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً " (١).

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل قال لأتمته: أعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال: " عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجته وإن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطيها شيئاً، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فإن النكاح واقع ولا يعطيها شيئاً " (٢).

وفي دلالتهما على مطلوب الشيخ نظر، لأن القول بالصحة على تقدير تقديم العتق إنما هو مع التصريح بلفظ التزويج، وهو منتف في الروايتين، فإن قوله: أعتقتك وجعلت مهرك عتقك ليس فيه صيغة تزويج، والمتنازع فيه ما إذا أتى بلفظ العتق والتزويج معاً لكنه قدم العتق، وأحدهما غير الآخر.

وقال جماعة: إنه لو قدم العتق على التزويج يقع لازماً، لأن هذا الكلام واحد، والكلام إنما يتم بآخره، فلا يقع العتق بدون التزويج، كما لو قال: أعتقتك وعليك خدمة سنة فإنه يقع العتق ويلزم الخدمة. ولما رواه عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل قال لجاريته: أعتقتك وجعلت مهرك، قال: فقال: " جائز " (٣). لا يقال: لا دلالة في الرواية على المطلوب، لأن الجواب فيها الجواز والمتنازع فيه اللزوم، ولأنها خالية عن ذكر التزويج، فما دلت عليه لا قائل به. لأننا نقول: المتعارف في مثل هذا الجواز إرادة الصحة، لأن السؤال إنما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحته وفساده، فإذا أجيب بالجواز كان معناه الصحة لا محالة، وهذا شائع شهير.

(١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٥٩.

(٢) الفقيه ٣: ٢٦١ حديث ١٢٤٤، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧١٠.

(٣) الكافي ٥: ٤٧٦ حديث ٣، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧.

ولا ريب أنه يلزم من صحته أن يكون جائزا غير ممنوع منه، ويمتنع أن يراد بالجواز التزلزل، لأن النكاح على هذا التقدير غير متزلزل، وإنما هو غير واقع أصلا. وأما خلوها عن لفظ التزويج فغير قادح، لأن اعتبار لفظه (أمر) لا خفاء فيه، ولعل السائل اعتمد على ظهوره واقتصر في السؤال على موضع الحاجة. ورواية محمد بن مسلم السالفة (١) تضمنت لفظ العتق والتزويج معا، فتكون شاهدا على ذلك، وإلى هذا القول أشار المصنف بقوله: (وقيل: لا خيار لها..). وذهب المفيد (٢)، والشيخ في الخلاف (٣) إلى اشتراط تقديم العتق. ويحكى عن ظاهر أبي الصلاح (٤)، واختاره المصنف في المختلف (٥)، لأن نكاح الأمة باطل. ويضعف

بأن الكلام إنما يتم بآخره، ولولا ذلك لم يصح جعل العتق مهرا. ولأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج المأتي به بعده، فلا بد من الاعتراف بعدم الفرق بين التزويج والعتق، وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين من الأصحاب (٦). فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال، أصحها الأخير. ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (ولو قدم العتق كان لها الخيار) من تنمة قوله: (ويلزم العقد إن قدم النكاح) وما بينهما اعتراض.

فإن قيل: الذي يراد بأن لها الاعتراض في هذه الحالة، مع أنه على القول بأن القبول شرط متى لم يقبل يثبت لها الخيار. قلنا: المراد إن العتق به إذا قدم نفذ برأسه، فيبقى النكاح موكولا إلى رضاها وإن لم نقل باشتراط القبول.

(١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٦.

(٢) المقنعة: ٨٥.

(٣) الخلاف ٢: ٢٠٨ مسألة ٢٢ كتاب العتق.

(٤) الكافي في الفقه: ٣١٧.

(٥) المختلف: ٥٧٣.

(٦) منهم الشهيد في اللمعة: ١٩٤.

ولو جعل ذلك في أمة الغير، فإن نفذنا عتق المرتهن مع الإجازة فالأقرب هنا الصحة، وإلا فلا.

فعلى هذا لو قدم التزويج وقع لازما بنفسه، بناء على أن القبول غير شرط. والحاصل أنه على المختار مجموع العتق والتزويج صيغة واحدة، لا يترتب شيء من مقتضياتها إلا على مجموعها.

وعلى اعتبار تقديم التزويج فالعتق والنكاح كل منهما صيغة برأسها منضمة إلى الأخرى، فإذا قدم التزويج امتنع نفوذه بدون العتق، لأن عقده على مملوكته ممتنع، وإن تقدم العتق نفذ، لانتفاء المانع فتصير حرة فتنخير في النكاح.

وقوله: (وقيل: لا خيار) الظاهر أنه القول الذي حكاه المصنف والمحقق ابن سعيد (١) عن بعض الأصحاب، وهو التخيير في تقديم أي الأمرين كان من العتق والتزويج، وهو القول الثالث فيما حكيناه.

وقد جعل الشارح الفاضل ولد المصنف (٢) هذا قول أبي الصلاح، وليس بجيد، لأن قول أبي الصلاح اشتراط تقديم العتق، وجعل القولين واحدا خلافاً ظاهر العبارة، لأن عطف أحدهما على الآخر يقتضي تعادلها وتباينهما، وتعليه أيضاً ينافي القول باشتراط تقديم العتق.

فإن اعتبار كونه تنمة الكلام ينافي اشتراط تقديم واحد، لأن الصيغة حينئذ تكون واحدة، نعم في حكاية المصنف لهذا القول قصور، حيث جعل القول عدم الخيار على تقدير تقديم العتق، وكان الأنسب أن يقول: وقيل لا يشترط تقديم شيء منهما بعينه ليرتفع اللبس.

قوله: (ولو جعل ذلك في أمة الغير، فإن أنفذنا عتق المرتهن مع الإجازة فالأقرب هنا الصحة، وإلا فلا).

(١) الشرائع ٢: ٣١٢.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٥٥.

الذي ورد به النص (١) من إعتاق الأمة وتزويجها وجعل عتقها مهرها إنما هو في مملوكة المعتق، أما مملوكة الغير فإن إعتاقها وتزويجها كذلك لا نص فيه بالصحة ولا بالفساد، والبحث عن ذلك ينحصر في أمرين: أحدهما: العتق، ولا ريب أنه لا يقع نافذا بنفسه، لأنها مملوكة الغير ولا منزلزلا، فإن العتق لا بتناؤه على التغليب لا يتصور فيه ذلك، فلم يبق إلا الحكم ببطلانه جزما، أو التوقف في الحكم بصحته وبطلانه على وقوع الإجازة من المالك وعدمه، فإن أجاز تبين نفوذه من حين وقوعه، وإلا تبين عدمه.

وقد بنى المصنف الوجهين هنا على القولين في عتق المرتهن المملوك المرهون مع إجازة المولى، لأن العتق في كل من الموضوعين واقع على مملوك الغير، فعلى القول بالبطلان في عتق المرتهن فلا شك في البطلان هنا، وعلى القول بالصحة فيه ففي صحة العتق هنا وجهان، الأقرب منهما عند المصنف الصحة.

ووجه القرب أن العتق من القرب التي اشتدت عناية الشارع بها، وهو مبني على التغليب، ولا مانع منه إلا حق الغير، وهذا المانع زائل بالإجازة.

والثاني: العدم وإن قلنا بالصحة هناك، والفرق من وجهين:

أحدهما: إن علاقة الرهن في معنى علاقة الملك، لأنها تثبت للمرتهن سلطانا على المرهون، فيمكن أن يكون ذلك مصححا للعتق مع الإجازة وهي منتفية هنا. والآخر: إنه قد جعل عتق مملوكة الغير مهرا لنكاحها، وفي صحة جعل بعض مال الغير أو كله مهرا للنكاح بالإجازة من المالك منع ظاهر، وهذا منتف في عتق المرتهن، فعلى هذا الأصح البطلان هنا وإن قلنا بالصحة هناك. الثاني حكم النكاح ولم يتعرض المصنف إليه، لظهور حكمه، وجملة الأمر فيه

(١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧ الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧، سنن أبي داود ٢: ٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.

والأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهرا، ويسري العتق خاصة.

قوله: (والأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهرا ويسري العتق خاصة).

المنصوص هو ما إذا تزوج مملوكته وأعتقها وجعل عتق جميعها صداقها، والمفروض هنا هو ما إذا تزوجها واعتق نصفها وجعل عتق النصف صداقها، وفي صحة النكاح والعتق كذلك وجهان، أقربهما عند المصنف الصحة. أما العتق في نفسه فإنه يصح إيقاعه على البعض وعلى الكل من غير تفاوت. ولا يتخيل مانع إلا ضمه إلى النكاح، وممانعية ذلك منتفية بالأصل. وأما جعل عتق البعض مهرا فإنه لا فرق بينه وبين جعل عتق الجميع مهرا، إذ لا فرق بين جعل جميع الجارية مهرا، وبين جعل بعضها، إما على الانفراد أو مع ضميمة شيء آخر، فكما أنه لا فرق بين الكل والبعض في الثاني فكذا لا فرق في الأول وأما التزويج فإن صحته دائرة مع صحة العتق، فمتى حكم بصحة عتق البعض سرى إلى الجميع فصح النكاح.

والثاني: العدم، لأن الحكم في هذا الباب بالنسبة إلى العتق والنكاح ثبت على خلاف الأصل مع قيام المانع لولا النص المستفيض، فيجب الاقتصار فيه على الصورة المنصوصة اقتصارا في المخالفة على مورد النص، وهذا أقوى. وقول المصنف: (ويسري العتق خاصة) يريد به ثبوت السراية لا محالة، لأنه قد باشر عتق بعضها، والسراية ثابتة في كل موضع تحققت مباشرة عتق شيء من المملوك، لعموم قوله عليه السلام: "من أعتق شقصا من عبد سرى عليه العتق" (١)، ولولا الحكم بالسراية لم يصح النكاح، لأن ملكه للبعض يمنع صحة النكاح.

(١) سنن البيهقي ١٠: ٢٧٥.

ولو كان بعضها حرا فجعل عتق نصيبه مهرا صح، ويشترط هنا القبول قطعا.

وأشار بقوله: (خاصة) إلى أن السراية إنما هي للعتق دون المهر فتصير جميعها حرا، والمهر هو النصف خاصة، وفائدة ذلك تظهر فيما إذا طلقها قبل الدخول فإن ربعها يرجع رقا في قول، وفي قول آخر تسعى في قيمة الربع. واعلم أن الشارح الفاضل ذكر هنا أنه على قول من يقول إن المهر هو تمليك الجارية رقبته تملك نصف رقبته وينعتق عليه ولا سراية هنا بل تسعى في قيمة نصفها (١)، وما ذكره غير موجه. أما أولا، فلأن جعل المهر هنا تمليك الجارية رقبته أمر لا حقيقة له وقد بينا ما فيه.

وأما ثانيا فلأنه على هذا التقدير يجب أن لا يصح النكاح، لأن تزويج السيد بأتمته غير جائز قطعا، وعلى هذا التقدير يبقى نصفها رقا حقيقة، وعتقه موقوف على السعي. وإنما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف، وإنما ينفذ مع صحة التزويج، وعلى هذا فيلزم صحة نكاح السيد لأتمته، وهو معلوم البطالان. وإنما صححناه في صورة كون عتق الجميع مهرا، لأن التزويج والعتق يقعان معا كما تقدم. قوله: (ولو كان بعضها حرا فجعل عتق نصيبه مهرا صح، فيشترط هنا القبول قطعا).

أي: لو كان بعض المملوكة حرا فأعتق السيد نصيبه منها، وتزوجها وجعل عتق النصيب مهرا صح، وذلك لأنه إذا صح العتق والتزويج في الأمة المحضنة ففي التي بعضها حر أولى، لأن الملك مانع من التزويج، وإنما صح في الأمة المحضنة على

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٥٧.

ولو كانت مشتركة مع الغير، فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهرا،
فالأقرب الصحة، ويسري العتق. ولا اعتبار برضى الشريك،

خلاف الأصل.

ولا ريب أن المانع في المبيعة أضعف منه في المحضة، فحيث دلت النصوص (١) على الثبوت مع المانع الأقوى فمع الأضعف أولى، لكن هنا يشترط القبول قطعا، نظرا إلى أن بعض الحر لا سلطنة للمولى عليه. فثبوت النكاح بالنسبة إليه يتوقف على رضاها، لكن ينبغي أن يكون المعتبر وقوعه منها هو الإيجاب ليتحقق العقد بكماله. ولعل المصنف عبر عنه بالقبول مجازا، وحاول بتقديم قوله: (هنا) على (القبول) التنبيه على أن اشتراط القبول في هذه المسألة مقطوع به، بخلاف ما تقدم. واعلم أن دعوى الأولوية في الفرض المذكور محل نظر، فإن لقائل أن يقول: لم لا يجوز أن يكون المقتضي لصحة ذلك في الأمة المحضة معنى موجود هناك خاصة، مثل أن يكون التزويج بالأمة على هذا الوجه ملحوظا فيه أنه في معنى استثناء حل الوطاء من مقتضيات عتقها وما جرى هذا المجرى، وذلك منتف في الفرض المذكور، وقد كان قبل هذا العقد حراما، فيستصحب إلى أن يثبت السبب المقتضي للحل شرعا.

قوله: (ولو كانت مشتركة مع الغير، فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهرا،
فالأقرب الصحة ويسري العتق ولا اعتبار برضى الشريك).
لو كانت الأمة مشتركة بين اثنين فصاعدا، فتزوجها أحدهما واعتق نصيبه
وجعل عتق نصيبه مهرا ففي صحة ذلك وجهان:
أقربهما عند المصنف الصحة، وجه القرب وجود المقتضي وانتفاء المانع، أما

(١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.

المقتضي بالنسبة إلى العتق فظاهر، فإن مباشرة عتق نصيبه يقتضي وقوع العتق عليه قطعاً، ويسري العتق إلى باقيها بمقتضى النصوص المنقولة في هذا الباب (١)، فيحصل عتق جميعها في زمان واحد.

لكن إنما يتم هذا إذا قلنا بعدم توقف السراية على الأداء، سواء قلنا بأن العتق يحكم به بدون الأداء أو قلنا بأنه كاشف.

أما إذا قلنا بأنه يتوقف عليه تأثيراً فلا يستقيم الحكم بصحة النكاح لتحقق وقوع العقد على مملوكة الغير فيكون فضولياً فلا يقع العتق، لأنه إنما يقع مع وقوع النكاح صحيحاً، لأنه مهر فتبطل السراية، فليتأمل ذلك ولينظر قول الشارح الفاضل (٢) بالصحة على القول باعتبار الأداء إذا أدى.

وأما المقتضي بالنسبة إلى التزويج فهو العقد الصادر من أهله في محله.

أما الأول، فلأن المفروض أن المولى أهل لإنشاء عقد النكاح.

وأما الثاني، فلأن إيقاع العقد على التي قد وجد سبب حريتها وصارت بحكم الحرة، بحيث أن تزويجها وحريتها يشتان دفعة واحدة، صحيح على ما سبق بيانه في أول المباحث فيكون محلاً للعقد لا محالة.

وأما انتفاء المانع فلأنه ليس إلا شركة الغير، وهي غير صالحة للمانع، لأنها زائلة بالسراية. وبهذا البيان يظهر أنه لا يعتبر رضى الشريك حيث أن شركته زائلة، أما رضاها فإن اعتباره دائر مع اعتبار رضى المملوكة غير المشتركة، فإن اعتبرناه ثم اعتبر هنا، وإلا فلا، لأن هذه في معنى المملوكة، إذ السراية فرع انتقال حصة الشريك إلى المعتق.

وما قيل من أنه على تقدير عدم اعتبار رضاها يلزم الدور؛ لأن صحة النكاح

(١) سنن البيهقي ١٠ : ٢٧٥.

(٢) إيضاح الفوائد ٣ : ١٥٨.

وكذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهرا، أو جعل نصيب الشريك خاصة.
ولو أعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهرا أو بالعكس، صح الجميع.

يكون بسبب العتق وسببه ضعيف، لأن الصيغة سبب فيهما معا ويقعان دفعة.
والثاني من الوجهين عدم الصحة، لأنه خروج عن صورة النص.
وفي بعض المقدمات السابقة نظر، فإن كون الشركة محلا للعقد في محل المنع،
فكيف يعتد بالعقد على أمة الغير مع طرؤ المزيل للملك بتمام العقد، والمتجه عدم
الصحة. ويناسب أن يكون قول المصنف: (ويسري العتق) بعد قوله: (فالأقرب
الصحة) إشارة إلى المصحح، لأن الحكم بالصحة إنما يكون بعد تحقق السريان، فلا
معنى للتعرض لبيانه بالاستقلال بعد الحكم بالصحة.
قوله: (وكذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهرا، أو جعل نصيب
الشريك خاصة).

أي: كما أنه لا اعتبار برضى الشريك في الصورة السابقة، وهي ما إذا أعتق
حصته وجعل عتقها مهرا للنكاح، فكذا لا اعتبار برضاه لو أعتق حصته وتزوج الأمة
وجعل عتق الجميع مهرا لها، أو جعل عتق حصة الشريك خاصة مهرا، وذلك لأن
المجعول مهرا إنما يصير كذلك إذا كمل العقد، وفي ذلك الوقت يتحقق انتقال حصة
الشريك إلى المعتق، ولا يكون لاعتبار رضاه وجه أصلا.
قوله: (ولو أعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهرا أو بالعكس
صح الجميع).

هاتان صورتان مغايرتان لمورد النص:
إحدهما: أن يعتق جميع مملوكته ويجعل عتق بعضها كنصفها مهرا لنكاحها،
بحيث يأتي بالصيغة المعتبرة في ذلك بكمالها.

وليس الاستيلاء عتقا وإن منع من بيعها، لكن لو مات مولاها
عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي.
وقيل: يلزم الولد السعي،

والثانية: أن يعتقها ويتزوجها ويجعل عتق جميعها بعض المهر، بأن يضمه إلى
شيء آخر كثوب وشبهه، وهذه هي التي أشار إليها بقوله: (أو بالعكس) وقد حكم
بالصحة فيهما معا.

أما الأولى فلأنه كما يجوز أن يكون تجميع الأمة وبعضها مهرا لغيرها، فكذا
يجوز أن يكون عتق جميعها وبعضها مهرا لها من غير تفاوت.
وأما الثانية، فلأنه كما يجوز جعلها مهرا يجوز جعلها بعض المهر، لأن المهر
يقبل الكثرة والقلة. ويحتمل عدم الصحة، لأن الحكم في هذا الباب يثبت على
خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص (١).

فائدة، إذا قلنا بالبطلان في هذه الصورة، فما حال العتق؟ الذي يقتضي النظر
بطلانه، لأنه لم يعتقها مجانا قطعا، بل على أنها زوجة، وأن العتق مهرا وقد فات ذلك
فيمتنع نفوذه وحده، لأنه خلاف مقصوده، ولأن في ذلك ضررا ظاهرا له.

قوله: (وليس الاستيلاء عتقا وإن منع من بيعها، لكن لو مات مولاها
عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي، وقيل يلزم
الولد السعي).

لا ريب أن استيلاء الأمة المملوكة ليس عتقا لها وإن منع من بيعها، فإنه لا
يجوز بيع أم الولد ما دام الولد حيا اتفاقا إلا في مواضع مستثناة في كلام الفقهاء، لكن
لو مات المولى عتقت من نصيب ولدها، وذلك لأنها بدخول بعضها في ملكه بالإرث
حيث يكون معه وارث آخر يقوم عليه من نصيبه ويعتق، وسيأتي بيان ذلك كله في

(١) انظر: التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، سنن أبي داود ٢: ٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.

فإن مات ولدها وأبوه حي عادت إلى محض الرق وجاز بيعها،

موضعه إن شاء الله تعالى. هذا إذا وفي النصيب بقيمتها.

فإن عجز النصيب فللأصحاب قولان:

أحدهما: - وإليه ذهب الأكثر كالمفيد (١)، وابن إدريس (٢)، والمصنف - أنها تستسعى في الباقي من قيمتها لمن عدا الولد، ولا يجب على الولد السعي، لانتفاء المقتضي.

والثاني: - واختاره ابن حمزة (٣) - أنه يجب عليه السعي، وقريب منه قول الشيخ في المبسوط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله (٤)، وقال في النهاية بوجوب السعي على الولد إذا كان ثمنها ديناً على مولاهم ولم يخلف غيرها (٥). وسيأتي إن شاء الله تعالى تحقيق المسألة ودلائلها، وبيان أن الأصح من القولين هو الأول.

فإن قيل: ليست هذه المسألة من هذا الباب في شيء فأى وجه لذكرها، ثم

أي وجه لذكرها في دليل عتق الأمة وتزويجها وجعل عتقها مهرها.

قلنا: إنه إنما ذكرها هنا لبيني عليها ما سيأتي من قوله: (ولو كان ثمنها ديناً...)

فإن هذه من مسائل الباب وهي من مسائل الاستيلاء، فيناسب أن يذكر حكم

الاستيلاء أولاً ليكون مقدمة لذلك.

قوله: (فإن مات ولدها وأبوه حي عادت إلى محض الرق وجاز بيعها).

تطابق النص (٦) والإجماع هنا على أن أم الولد إذا مات ولدها وأبوه حي عادت

(١) المقنعة: ٩٣.

(٢) السرائر: ٣٤٨.

(٣) الوسيلة: ٤٠٨.

(٤) المبسوط ٦: ١٥٨.

(٥) النهاية: ٥٤٧.

(٦) التهذيب ٨: ٢٠٦ حديث ٧٢٨.

ويجوز أيضا بيعها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها سواها.
وقيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها،
وإن لم يكن ثمنها لها،

إلى محض الرق، وإنما قيد بكون أبيه حيا، لأن موت أبيه بعد موت ابنه لا يؤثر شيئا،
لأنها تعتق على الولد إذا مات أبوه كما علم.
وأراد بقوله: (عادت إلى محض الرق) انقطاع العلاقة التي تشبثت بها، على أن
يكون وسيلة إلى العتق أعني الاستيلاء، فإنها وإن كانت مع هذه العلاقة رقيقة
محضة إلا أنها لتشبثها بسبب الحرية كأنها حرة وأن رقيتها صارت ضعيفة، وحينئذ
فيجوز بيعها.

قوله: (ويجوز أيضا بيعها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها سواها،
وقيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها وإن لم
يكن ثمنها لها).

أجمع الأصحاب على أن أم الولد تباع في ثمن رقبتها إذا كان دينا على مولاها
ولم يكن له سواها، والأخبار في ذلك كثيرة. روى عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه
السلام قال: سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: " نعم في ثمن رقبتها " (١).
وعن أبي إبراهيم عليه السلام وقد سئل لم باع أمير المؤمنين عليه السلام
أمهات الأولاد؟ قال: " في فكاك رقابهن "، قيل: وكيف ذاك؟ قال: " أيما رجل اشترى
جارية فأولدها، ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه، أخذ ولدها منها وبيعت
فأدى عنها "، قلت: فيعني فيما سوى ذلك من دين؟ قال: " لا " (٢).

(١) الكافي ٦: ١٩٢ حديث ٢، التهذيب ٨: ٢٣٨ حديث ٨٥٩.

(٢) الكافي ٦: ١٩٣ حديث ٥، الفقيه ٣: ٨٣ حديث ٢٩٩، التهذيب ٨: ٢٣٨ حديث ٨٦٢.

ولو كان ثمنها دينا فأعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها وأولدها وأفلس به ومات صح العتق، ولا سبيل عليها ولا على ولدها على رأي. وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض.

والقول المحكي في العبارة قول ابن حمزة (١)، وهو ضعيف، وفي الرواية المتقدمة تصريح بذلك (٢).

قوله: (ولو كان ثمنها دينا فأعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها وأولدها وأفلس به ومات صح العتق، ولا سبيل عليها ولا على ولدها على رأي، وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض).

ما اختاره المصنف هو اختيار ابن إدريس (٣)، والمحقق ابن سعيد (٤)، وجمع من المتأخرين، (٥) وهو الأصح، لأن العتق والتزويج صدرا من أهلتهما في محلتهما، فوجب الحكم بصحتهما وعدم الالتفات إلى ما يدل على خلاف ذلك، فإن ذلك من الأمور القطعية التي تشهد له الأصول الفقهية، وكذا القول بحرية ولدها وكونه نسبا. وذهب الشيخ في النهاية إلى بطلان العتق وعودها رقا لمولاهما الأول وإن ولدها رق (٦)، وهو اختيار ابن الجنيد (٧)، وابن البراج (٨).

(١) الوسيلة: ٤٠٨.

(٢) الكافي ٦: ١٩٢ حديث ٢، التهذيب ٨: ٢٣٨ حديث ٨٥٩.

(٣) السرائر: ٣٤٦.

(٤) الشرائع ٢: ٣١٢.

(٥) انظر: إيضاح الفوائد ٣: ١٥٩، التنقيح الرائع ٣: ١٥٨.

(٦) النهاية: ٥٤٤.

(٧) نقله عنه فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٥٩.

(٨) المهذب ٢: ٣٦١.

والمستند صحيحة هشام بن سالم عن أبي بصير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر في رجل باع من رجل جارية بكرا إلى سنة، فلما قبضها المشتري من الغد أعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها، ثم مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبد الله عليه السلام: " إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه ونكاحه جائز، وإن لم يملك مالا أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه ونكاحه باطل لأنه أعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاها الأول"، قيل له، فإن كانت قد عقلت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال الذي في بطنها فقال: " الذي في بطنها مع أمه كهيتها" (١).

وهذه الرواية وإن كانت صحيحة الإسناد، إلا أنها مخالفة لأصول المذهب، مشتملة على ما ينافي جملة من الأمور المقطوع بها، فحقها أن يعدل بها عن ظاهرها ويجمع بينها وبين الأصول المنافية لها، وقد حملها المصنف هنا على وقوع العتق والنكاح في مرض الموت، فإن الأصح عدم صحته إذا لم يكن هناك تركة يفي ثلثها به فترجع رقا وتبين بطلان النكاح.

وإنما قلنا إنه حملها على ذلك فإن الضمير في (وقوعه) ليس له مرجع إلا المذكور، وهو العتق والتزويج ولفظة (عود الرق) في كلامه يشعر باختصاصه بالأم، لأنه لم يسبق للولد حالة رق ليعود إليها.

وهذا الحكم وإن لم يكن بعيدا من لفظ الرواية، إلا أن الشارح الفاضل السيد قد اعترضه بأن الرواية اقتضت عود ولدها رقا كهيتها، وهو مناف لمذهب المصنف، لأن بطلان العتق والنكاح لا يقتضي عود الولد رقا، غاية ما في الباب أنها تباع في الدين.

(١) الكافي ٦: ١٩٣، حديث ١، التهذيب ٨: ٢٠٢، حديث ٧١٤، الاستبصار ٤: ١٠، حديث ٢٩.

قلت: وعلى هذا ففي الحمل قصور آخر، وهو أن الرواية دلت على عودها رقا للبائع، ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لا عودها في ملكه. وقد اعتذر الشارح الفاضل ولد المصنف في الولد بأن الرواية لا تدل على رقه، لأن قوله عليه السلام: " مع أمه كهيتها " لا يدل على الرق بشئ من الدلالات، لأنه صادق حال حرية أمه ظاهرا في الظاهر، والحر المسلم لا يصير رقا (١). وردة شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد بأنه كلام على النص، فإن المفهوم من قوله: " كهيتها " ليس إلا أن حكمه حكمها حال السؤال، وقد حكم قبل ذلك بأنها رقا فيكون الولد رقا، فهو يدل على رقية الولد بالمطابقة لأنه موضوعه، وتجوز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص.

والحق أن ما ذكره الشارح بعيد عن ظاهر الرواية (٢)، وزاد شيخنا أن ولد المصنف أطلق الشراء ولم يقيده بكونه نسيئة، وينبغي تقييده ليطابق الرواية. وفي المختلف حمل الرواية على وقوع الشراء والعتق والتزويج في المرض (٣)، واعترضه شيخنا بأن وقوع الشراء في المرض لا مدخل له في الحكم، بل المدخل للعتق، فيكون ذكره مستدركا.

ولقائل أن يقول: إن عودها إلى البائع في الصورة المذكورة لا بد له من مقتض، فإذا نزلت على كون الشراء في المرض، وأنه بأزيد من ثمن المثل بطل في البعض، فإذا فسخ البائع لتبعض الصفقة عادت إلى ملكه، وحمله بعضهم على فساد البيع وعلم المشتري به فإنه يكون زانيا (٤).

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٦٠.

(٢) الكافي ٦: ١٩٣ حديث ١، التهذيب ٨: ٢٠٢ حديث ٧١٤.

(٣) المختلف ٦٢٦.

(٤) انظر: التنقيح، الرائع ٣: ١٥٧.

ورد بأن في الرواية أنه إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق
والنكاح صحيحين.
واعلم أن قول المصنف في العبارة (وأفلس به) المراد به أنه لا يوجد في ماله وفاء
من غير أن يفلس.
و (العقدة) في الرواية المراد به العقار ونحوه.
قال في القاموس: العقدة بالضم: الضيعة والعقار الذي أعقده صاحبه ملكا (١).

(١) القاموس المحيط ١: ٣١٦ " عقد ".

(١٣٨)

المطلب الثاني: في البيع:
إذا بيع أحد الزوجين تخير المشتري على الفور في إمضاء العقد
وفسخه، سواء دخل بها أو لا، وسواء كان الآخر حراً أو لا، وسواء كانا
لمالك واحد أو كل واحد للمالك.
ويتخير مالك الآخر إن كان مملوكاً لو اختار المشتري الإمضاء فيه
وفي الفسخ على الفور أيضاً، سواء كان هو البائع أو غيره.
وقيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة.

قوله: (المطلب الثاني، في البيع: إذا بيع: إذا بيع أحد الزوجين تخير المشتري
على الفور في إمضاء العقد وفسخه، سواء دخل أو لا، وسواء كان الآخر حراً
أو لا، وسواء كانا لمالك أو كل واحد للمالك. ويتخير مالك الآخر إذا كان
مملوكاً لو اختار المشتري الإمضاء فيه، وفي الفسخ على الفور أيضاً، سواء
كان هو البائع أو غيره، وقيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة).
أي: إذا بيع أحد الزوجين المملوك، سواء كانا مملوكين أو أحدهما خاصة،
وسواء بيع الآخر أم لا، تخير المشتري تخيراً على الفور في إمضاء العقد وفسخه، سواء
حصل البيع قبل الدخول أو بعده، وسواء كانا لمالك واحد أو كل واحد للمالك، أو
كانا مشتركين أو أحدهما.

وكما يتخير المشتري على الفور كذا يتخير مالك الآخر إذا كان مملوكاً تخيراً
على الفور، ولو اختار المشتري إمضاء النكاح أو لم يتخير شيئاً بقي خياره أو سقط،
سواء كان المالك الآخر هو البائع بأن كانا مملوكين له أو مالكاً آخر، سواء تجدد شراؤه
أو كان مالكاً وقت النكاح، فهذا هنا أحكام:

الأول: أطبق الأصحاب على أن بيع الأمة المزوجة كالطلاق، على معنى أنه سبب في التسلط على فسخ النكاح وإمضاؤه للمشتري، سواء كان الزوج حراً أم لا. وكذا مالك العبد، سواء كان هو البائع أو غيره.

وكذا أطبقوا على أن بيع العبد المزوج كالطلاق، على معنى ثبوت الخيار للمشتري ولمالك الأمة كما قررناه، إلا إذا كانت الزوجة حرة، فإن ثبوت الخيار هنا قولين (١)، والأصل في ذلك ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال: " طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها " (٢) والمراد أنه كالطلاق في أنه تترتب عليه البيونة بالفسخ، من حيث أنه مثبت للخيار على حد قوله: بنونا بنو أبنائنا وبناتنا. فلا يرد ما قيل: إنه يلزم على الحديث انحصار الطلاق في بيع أحدهما، من حيث أن المبتدأ يجب انحصاره في الخبر، وغير ذلك من الأخبار.

ولأن بقاء النكاح مظنة تضرر المالكين، وليس لهما طريق إلى التخلص من الضرر، إلا أن التسليط على فسخ النكاح وإطلاق النص شامل لما إذا كان البيع قبل الدخول وبعده، ولما إذا كان الزوجان مملوكين أو أحدهما، ولما إذا كانا لملك واحد أو أكثر، ولما إذا بيعا معا أو على التعاقب أو أحدهما خاصة، ولمقتضى الإطلاق يلزم ثبوت الخيار لكل من المالكين بالبيع، من حيث أنه عليه السلام حكم بكونه طلاقاً وأطلق.

الثاني: هذا الخيار على الفور اقتصاراً في المخالف للأصل على ما به تندفع الضرورة، فلو أخرج لا لعذر سقط الخيار، ولو جهل أصل الخيار لم يقدح، لأنه معذور بالتأخير، ولأن الحكم بالخيار مما يخفى على أكثر الناس، فلو كان التأخير للجهل

(١) القول الأول: ثبوت الخيار ذهب إليه الشيخ في النهاية ٤٧٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١٧، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٢.

القول الثاني: عدم ثبوت الخيار ذهب إليه ابن إدريس في السرائر: ٣٠٥.
(٢) الكافي ٥: ٤٨٣ حديث ٤، الفقيه ٣: ٣٥١ حديث ١٦٨١.

مسقطا انتفت فائدته غالبا.

أما الجهل بالفورية فالظاهر أنه ليس عذرا فيسقط بالتأخير حينئذ، لأنه وجد إلى الفسخ سبيلا ولم يفعل وذلك ينافي الفور، وما ذكرناه في خيار الأمة إذا أعتقت آت هنا.

الثالث المخالف في ثبوت الخيار إذا بيع العبد وكانت تحته حرة هو ابن إدريس (١)، محتجا بأن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين. والمختار وأكثر الأصحاب على الثبوت، لأن تجدد المشتري إما أن يقتضي ثبوت الخيار له أم لا، وأياما كان لم يفرق بين مشتري العبد والأمة، لاشتراكهما في المقتضي على تقدير الاقتصار، وعدمه على تقدير العدم، ولأن الضرر المتوقع في تجدد الملك مع كون الزوجة أمة ثابت إذا كانت حرة، ولما رواه محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: " إذا تزوج المملوك حرة ف للمولى أن يفرق بينهما، وإن زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما " (٢)، وليس بغير البيع إجماعا، فيحمل على أن له أن يفعل ما يؤول إلى التفريق، بأن يبيع فيثبت الخيار المنجر إلى التفريق مجازا. قال ابن إدريس: هذه الرواية شاذة أوردها شيخنا في نهايته (٣) إيرادا لا اعتقادا، والقياس على بيع الأمة باطل، وقد رجع شيخنا في مبسوطه فقال: وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالإجماع (٤). وشنع عليه المصنف في المختلف بحمل ذلك على القياس، لأنه لو فقدت النصوص في هذا الباب لأمكن استفادة مساواة العبد للأمة في ذلك، من أن الشارع

(١) السرائر: ٣٠٥.

(٢) التهذيب ٧: ٣٣٩ حديث ١٣٨٧، الاستبصار ٣: ٢٠٦ حديث ٧٤٤.

(٣) النهاية: ٤٧٧.

(٤) المبسوط ٤: ٢٥٧، السرائر: ٣٠٥.

لم يفرق بينهما في مثل هذه الأحكام كما لم يفرق في التقويم وغيره (١). قال: وقول الشيخ في المبسوط ليس رجوعاً عما قاله في النهاية، لأن بقاء النكاح لا ينافي الخيار للمشتري. أقول: المفتى به هو ما عليه الأصحاب.

الرابع: خيار المالك الآخر ثابت بالبيع كما يثبت الخيار للمشتري، ولا يتقيد باختيار المشتري الإمضاء وإن كان ظاهر عبارة الكتاب قد توهم ذلك، فأيهما اختار الفسخ انفسخ النكاح، سواء اختار الآخر الإمضاء أو لم يختر شيئاً. ومنع ابن إدريس ثبوت الخيار له محتجاً بأن الأصل العدم فيحتاج مثبتته إلى الدليل، ويمكن الاحتجاج بظاهر الحديث السابق المتضمن كون بيع الأمة طلاقاً، فإنه كما يصلح للدلالة في جانب المشتري يصلح لها في جانب المالك إذ لا أولوية. ويؤيده أن المالك الآخر إنما رضي بالعقد مع المالك الأول، والأحوال تختلف باختلاف الملاك، وربما ترتب عليه ضرر لو بقي النكاح، فيكون ثبوت الخيار وسيلة إلى التخلص منه.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ وجماعة (٢) منهم المنصف، ولم يصرح المفيد (٣) وابن حمزة (٤) بذلك في شيء، ولا يحتاج هذا الفسخ إلى حضور الحاكم، إذ لا مقتضى له من ضرب مدة ونحو ذلك.

(١) المختلف: ٥٦٨.

(٢) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢١٧، وفخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٦٠.

(٣) المقنعة: ٧٨.

(٤) الوسيلة: ٣٦٢.

ولو تعدد الملاك فاختر بعضهم الفسخ، قدم اختياره على اختيار الراضي.
ولو باعهما المالك الواحد على اثنين تخير كل منهما، ولو اشتراهما واحد تخير.
ومهر الأمة لسيدها، فإن باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط، وإن أجاز فالمهر للمشتري.
ولو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء أجاز المشتري أو لا.

قوله: (ولو تعدد الملاك فاختر بعضهم الفسخ قدم اختياره على اختيار الراضي).

أي على اختيار الراضي بالنكاح، وذلك لأن اختيار الراضي بالنكاح يقتضي تقريره ولزومه من جانبه، فيبقى تزلزله من جانب غيره، فإذا اختار الفسخ انفسخ. ومثله ما إذا اشترك الخيار بين البائع والمشتري، فاختر أحدهما الإمضاء والآخر الفسخ.

قوله: (ولو باعهما المالك الواحد على اثنين تخير كل منهما، ولو اشتراهما واحد تخير).

وجهه: قيام المقتضي في كل منهما، فإن الحديث السابق دل على أن بيع كل من الأمة والعبد بمنزلة الطلاق، ولا أثر في ذلك، لتعدد البائع واتحاده وكذا المشتري. قوله: (ومهر الأمة لسيدها، فإن باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط، وإن أجاز فالمهر للمشتري، ولو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء أجاز المشتري أو لا).

لا يخفى أن المهر عوض البضع، فإن في النكاح شائبة المعاوضة، فالمهر وحق العوض أن يكون لمالك العوض، وحيث كان بضع الأمة مملوكا للسيد فالمهر له

لا محالة، فإن باعها قبل الدخول فقد قررنا أن للمشتري الخيار، فإن فسخ سقط المهر.

فإن الفرقة قبل الدخول توجب سقوط المهر إذا كانت من الزوجة، وكذا إذا كانت من السيد فإنه مالك البضع فالفرقة منه كالفرقة منها. وإن أجاز النكاح لزم وكان المهر له، لأن الإجازة كالعقد المستأنف فيطالب بجميع المهر، ولو كان الزوج قد أقبضه الأول استرده منه ودفعه إلى الثاني.

ذهب إلى ذلك ابن إدريس (١)، وجماعة منهم المصنف، والمحقق ابن سعيد (٢)، وغيرهما (٣).

وقال الشيخ في النهاية: إذا زوج الرجل جاريتَه من غيره وسمى لها مهرا معيناً، قدم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً ثم باع الرجل الجارية، لم يكن له المطالبة في المهر ولا لمن يشتريها، إلا أن يرضى بالعقد (٤).

وتبعه ابن البراج (٥)، وقال في المبسوط: إن المهر إن كان قد قبضه الأول فهو له، فإن كان بعد الدخول فقد استقر، وإن كان قبله رد نصفه، وإن كان لم يقبضه فلا مهر لها لا للأول ولا للثاني، فإن اختار المشتري إمضاء العقد ولم يكن قد قبض الأول المهر كان للثاني، لأنه تجدد في ملكه، فإن دخل بها بعد الشراء فقد استقر له الكل. وإن طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني، فإن كان الأول قد قبض المهر ورضي الثاني بالعقد لم يكن له شيء، لأنه لا يكون مهراً في عقد واحد.

(١) السرائر: ٣١٦.

(٢) الشرائع ٢: ٣١٣.

(٣) انظر: التنقيح الرائع ٣: ١٦٢.

(٤) النهاية: ٤٩٩.

(٥) المهذب ٢: ٢٢٠.

وإن باعها قبل الدخول فرضي المشتري بالعقد ودخل بها الزوج بعد البيع كان نصف المهر للسيد الأول ونصفه للثاني، لأن النصف الآخر استقر بالدخول وكان ذلك في ملك الثاني.

فإن كان الأول قد قبض بعض المهر ثم باعها لم يكن له المطالبة بباقي المهر، سواء دخل بها أو لم يدخل، لأنه حال بينه وبين الاستمتاع بها، وإن كان الثاني قد رضي بالعقد كان له المطالبة بباقي المهر، وإن لم يرض لم يكن له ذلك (١). هذا كلامه، وفي بعض شقوق المسألة تدافع، ومع ذلك فقد تضمن أن لقبض الأول المهر أو بعضه تأثيراً في استحقاقه وعدمه، وهو موافق لمختاره، وحجته رواية سعدان بن مسلم عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام: في رجل تزوج مملوكة من رجل على أربعمئة درهم، فعجل له مائتي درهم ثم أخرج منه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المائتان المؤخرة عنه؟ فقال: "إن لم يكن أوفاهما بقية المهر حتى باعها فلا شيء عليه له ولا لغيره" (٢). وقد نزلها المصنف في المختلف على أن المراد بالدخول الخلوة دون الإيلاج، وقوله: "إن لم يكن أوفاهما بقية المهر" معناه إن لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيه المهر ثم باعها لم يكن له شيء للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول، ولا لغيره إذا لم يجز العقد (٣). ولا ريب في بعد هذا التنزيل، ولو اكتفى بحمل الدخول على الخلوة لكان ذلك كافياً في عدم دلالتها. فإن قيل: قوله: (إن لم يكن أوفاهما..) يقتضي أن يكون عدم الوفاء شرطاً

(١) المبسوط ٤: ١٩٨.

(٢) الفقيه ٣: ٢٨٨ حديث ١٣٧٠، التهذيب ٧: ٤٨٤ حديث ١٩٤٥.

(٣) المختلف: ٥٧٥.

لعدم استحقاقه واستحقاق غيره شيئاً فيستحق مع عدم الشرط.
قلنا: إذا لم يستحق شيئاً مع عدم الوفاء فمعه بطريق أولى، هذا قول الشيخ (١).
وأما قول الأصحاب فيمكن أن يحتج له بأن البضع ومنافعه ينتقل إلى السيد
الثاني وهو المشتري، فإذا كان البيع قبل الدخول وجب أن يسقط حق الأول من
المهر، لأن البيع كالطلاق، ولأنه قد تعذر تسليمه للبضع فانتفى المعوض من قبله،
فوجب أن يسقط استحقاقه للعوض، ولما اعتبرنا إجازة الثاني وجب أن يكون كالعقد
المستأنف في استحقاق المهر، ولا بعد في ذلك، لأن المعوض الآن حق له فليكن العوض
كذلك.

فإن قيل: قد وجب المهر قبل البيع فليكن للأول، لأنه وجب في ملكه والإجازة
تقرره.

قلنا: لم يجب مجاناً، بل في مقابل العوض وهو منافع البضع، وقد خرجت عنه
بالبيع قبل التسليم وتعذر تسليمها، فكيف يتصور بقاؤها للأول.
فإن قيل: قد سبق في الأمة المزوجة إذا أعتقت قبل الدخول فاختارت. أن
المهر للسيد إن أوجبه بالعقد، ومقتضاه هنا أن يكون المهر للبائع.
قلنا: يمكن الفرق بأن البيع معاوضة تقتضي تملك المنافع تبعاً للعين، فتصير
منافع البضع مملوكة للمشتري، ولولاه لم يصح البيع لجهالته وقت الانتفاع، كما لو
أسكنه عمر أحدهما ثم باع الدار فإنه لا يصح البيع على الأصح. بخلاف العتق فإنه
لا يقتضي تملكها، وإنما هو فك ملك ففي الأمة المزوجة تكون المنافع كالمستثناة للسيد
وفي البيع ينتقل إلى المشتري.
ولعل هذا هو منشأ الخيار فيه، ومما قررناه علم أن قول الأول أقوى، وهذا إذا

(١) المبسوط ٤: ١٩٨.

كان البيع قبل الدخول، أما إذا كان بعده فإن المهر للبائع، سواء أجاز المشتري أم لا، وسواء قبض شيئاً من المهر أم لا، خلافاً للشيخ (١) كما سبق، ووجهه ظاهر مما قررناه،

فإن الدخول موجب لاستقرار المهر لحصول مقصود المعاوضة حتى لو طلق لم يؤثر فيه، ولم يسقط منه شيء بالبيع بطريق أولى.

فائدة: ذكر المصنف في التحرير بأن إجازة المشتري للنكاح كالعقد المستأنف، وكذا غيره (٢). والظاهر أن المراد بذلك كون نكاح الأمة المبيعة قد انقلب من اللزوم إلى نحو العقد الفضولي.

وقد يتفرع على ذلك كون المهر كله للمشتري إذا أجاز قبل الدخول، ووجهه: إن البيع معاوضة حقيقية تستتبع المنافع فيقتضي دخولها فتدخل منافع البضع في ملك المشتري، ولولاه لم يصح البيع لصيرورة المبيع مجهولاً لجهالة وقت الانتفاع، فيصير العقد بالإضافة إليه كالفضولي.

بخلاف العتق فإنه يقتضي فك الملك عن الرقبة، وبعد انقطاع السلطنة عنها يلزم انقطاعها عن المنافع ما لم يسبق ثبوت السلطنة عليها قبل العتق، فلا يلزم زوال النكاح أصلاً ورأساً وإن صار منزلاً.

فإن قيل: قوله عليه السلام: " ملكت بضعك فاختاري " (٣) يقتضي ثبوت ملكيتها، فكيف تكون مملوكة للزوج.

قلنا: هذا كناية عن رفع سلطنة المولى عنها، إذ ليس هناك ملك أصلاً، أو أنه عليه السلام أراد بملك البضع ثبوت الخيار المفضي إليه، كأنه قال: ثبت لك الخيار المفضي إلى قطع السلطنة عن البضع فاختاري.

(١) المبسوط : ٤ : ١٩٨ .

(٢) التحرير ٢ : ٢٣ .

(٣) التهذيب ٧ : ٣٢٢ حديث ١٣٩٦ ، سنن البيهقي ٧ : ٢٢٠ .

ولو باع عبده فللمشتري الفسخ، وعلى المولى نصف المهر للحرّة،
ومنهم من أنكرهما.

قوله: (ولو باع عبده فللمشتري الفسخ، وعلى المولى نصف المهر
للحرّة ومنهم من أنكرهما).

قد بينا أنه إذا باع العبد يثبت للمشتري الخيار في فسخ النكاح وإن
كانت الزوجة حرّة، وبيننا دليله وحكيته خلاف ابن إدريس (١) وبيننا ضعفه.
وأما المهر فإن متعلقه ذمة المولى على أصح الأقوال وقد تقدم، فإن كان البيع
بعد الدخول فقد استقر المهر ووجب جميعه للزوجة الحرّة على المولى، وإن كان قبله
ففي وجوب جميعه أو نصفه قولان للأصحاب:

أحدهما: - وهو اختيار الشيخ (٢)، والأكثر (٣) - وجوب النصف، إما بناء على أن
العقد يوجب نصف المهر ويجب بالدخول النصف الآخر، أو لأن الفسخ في معنى
الطلاق، لا اشتراكهما في إبانة عصمة النكاح فيستويان في حكم المهر، ولرواية علي بن
حمزة عن أبي الحسن عليه السلام: في رجل زوج مملوكاً له امرأة حرّة على مائة درهم،
ثم باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: " يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما
هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيده " (٤).

والثاني: - وهو اختيار ابن إدريس (٥) - وجوب الجميع بناء على أن المهر كله
يجب بالعقد، وتشطره بالطلاق ثبت بالنص (٦) والإجماع، والحاق الفسخ به قياس
باطل.

(١) السرائر: ٣٠٥.

(٢) النهاية: ٤٩٩.

(٣) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٥٠، وفخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٦١.

(٤) الفقيه ٣: ٢٨٩ حديث ١٣٧٥، التهذيب ٨: ٢١٠ حديث ٧٤٥.

(٥) السرائر: ٣١٧.

(٦) البقرة: ٢٣٧.

ولو باع أمة وادعى أن حملها منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فساد البيع.

وفي قبول الالتحاق به نظر ينشأ: من أنه إقرار لا ضرر فيه، ومن إمكان الضرر بشرائه قهرا لو مات أبوه عن غير وارث.

واعلم إنا قد أوجبنا في نظير هذه المسألة من الرضاع وغيره وجوب جميع المهر. واستشكل المصنف ثم وجزم بوجوب النصف هنا، والفرق وجود النص هنا وانتفاؤه هناك، ولا يضر ضعفه مع عمل أكثر الأصحاب، والفتوى على الأول. وقوله: (ومنهم من أنكرها) يشير بالمنكر إلى ابن إدريس، وأراد بضمير التثنية ثبوت خيار الفسخ إذا بيع العبد وتحتته حرة ووجوب نصف المهر فقط، وقد حققنا ذلك. قوله: (ولو باع أمة وادعى أن حملها منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فساد البيع، وفي قبول الالتحاق به نظر ينشأ: من أنه إقرار لا ضرر فيه، ومن إمكان الضرر بشرائه قهرا لو مات أبوه عن غير وارث).

ليست هذه المسألة من مسائل هذا الباب، لكنه لما ذكر بيع الأمة لبيان حكم النكاح الذي هو مقصود الباب استطرد إلى هذا الحكم المبتنى على البيع، وتحقيق ما هناك أنه إذا باع الأمة سيدها ثم ظهر بها حمل فادعى أنه منه ينقسم إلى صورتين: أن يقطع بكون الحمل قبل البيع، بأن تلده لدون ستة أشهر من حين البيع، وأن يجوز الأمر بأن كان تلده لدون أقصى مدة الحمل ولم يدخل بها المشتري، فإنها مع دخوله تصير فراشا والولد للفراش.

ولا ريب أن دعوى البائع هذه لو صحت لوجب الحكم بفساد البيع، فإن بيع أم الولد في غير المواضع المستثناة باطل فلا يقبل في فساد البيع، فإنه قد ثبت وحكم بصحته ظاهرا فلا يقدح فيه دعوى البائع ولا يلتفت إليه إلا بالبينة. نعم لو ادعى عليه العلم فأنكر حلف لنفيه، وهل تقبل هذه الدعوى من حيث

أنها متضمنة إقراره بنسب الولد، فيحكم بلحاق الولد به؟ ينبغي القول في الصورة الأولى، لانتفاء المانع فإنه ليس إلا لزوم فساد البيع، وقد بينا أنه لا يفسد بمجرد قول البائع.

وفي القبول في الثانية نظر.

فإن قيل: الدعوى الواحدة إن كانت مقبولة وجب قبولها في الأمرين معا، وإن كانت مردودة فهي مردودة بالنسبة إلى الأمرين معا، لأن قبولهما في أحدهما دون الآخر يقتضي اجتماع القبول والرد فيهما وهو باطل.

قلنا: قد أسلفنا أن العمل بالأصلين المتنافيين في حقوق الناس واجب، لأنها مبنية على التضيق، وكل حق يثبت للمشتري واقتضت الدعوى المذكورة بطلانه يجب الحكم بعدم قبولها فيه، وفيما سوى ذلك يجب قبولها توفيرا على كل مقتضاه. ومنشأ النظر: من أن المذكور إقرار لا ضرر فيه على المشتري، لأنه لا ضرر عليه في كون عبده ابنا لزيد البائع، وكل إقرار كذلك يجب قبوله، لعموم " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " (١). ومن أن نفوذ هذا الإقرار وثبوت هذا النسب يتوقع فيه الضرر، لإمكان أن يموت المقر عن غير وارث ويخلف تركة.

فإنه على تقدير ثبوت النسب يشتري من التركة ولو قهرا على سيده ليعتق ويجوز الإرث، ولا شك في كون ذلك ضرا على السيد فلا يكون الإقرار نافذا. ولقائل أن يقول: يمكن الحكم بالالتحاق إلا في حق المشتري، وتقريبه يعلم مما تقدم، وتظهر الفائدة فيما لو اشتراه البائع فإنه يحكم عليه بعثته، وكذا لو مات عن غير وارث فباعه المشتري مختارا للحاكم وأدى الثمن من التركة وأعتقه، فإنه يجب أن يحكم بإرثه، عملا بالإقرار السالم عن معارض، وهذا أقرب.

(١) عوالي اللآلي ٢: ٢٥٢ حديث ٥.

المطلب الثالث: في الطلاق:
طلاق العبد بيده إذا تزوج بإذن مولاه، ولا اعتراض لمولاه، سواء
كانت زوجته حرة أو أمة لغير مولاه.
وليس له إجباره عليه ولا منعه منه،

ولا يخفى أن نفوذ الإقرار يشترط فيه كون المقر به حين الإقرار صغيرا
ويصدق. واعلم أن قول المصنف: (لم يقبل قوله في فساد البيع) يريد به أنه لا يقبل
بمجرده، فأما إذا أقام بينة أو حلف اليمين المردودة فإنه يقبل قطعاً.
ولو أنه باع الأمة والحمل معاً، ثم ادعى كونه ولده لم تسمع دعواه أصلاً، لكونها
مناقضة للبيع المقتضي لكونه مملوكاً، فلا يسمع ما ينافيه، وفي الالتحاق هنا نظر من
وجه آخر وهو المناقضة.

فإن قيل: كيف جزم بعدم القبول في فساد البيع، وتردد في الالتحاق.
قلنا: لأن فساد البيع يقتضي إبطال حق موجود للمشتري، فلم يقبل الإقرار
فيه، بخلاف الالتحاق فإن ضرره متوهم.

قوله: (المطلب الثالث: في الطلاق: طلاق العبد بيده إذا تزوج بإذن
مولاه ولا اعتراض لمولاه، سواء كانت زوجته حرة أو أمة لغير مولاه، وليس
له إجباره عليه ولا منعه منه).

المشهور بين الأصحاب أن طلاق العبد بيده ليس للسيد فيه دخل، فليس له
إجباره عليه ولا منعه منه إذا كان هو قد تزوج بإذن السيد، سواء كانت زوجته حرة
أو أمة بشرط أن تكون الأمة لغير السيد. والحجة ما روي من قوله عليه السلام:

"الطلاق بيد من أخذ بالساق" (١).

ولرواية ليث المرادي عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن جواز طلاق العبد فقال: "إن كانت أمتك فلا إن الله تعالى يقول: (عبدا مملوكا لا يقدر على شيء)، فإن كانت أمة قوم آخرين أو حرة جاز طلاقه" (٢). وهذه إن كانت غير دالة على منع السيد من الطلاق، لكن دلالتها على جواز الطلاق منه يقتضي ذلك، لأن التشريك بينهما في الطلاق لا قائل به. وحسنة علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام، عن آبائه، عن علي عليه السلام: "إن رجلا أتاه بعبد زعم أنه تزوج بغير إذنه، فقال علي عليه السلام: "فرق بينهما". فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال علي عليه السلام: "الآن فإن شئت فطلق وإن شئت فأمسك"، فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته في يد غيري، قال: "ذلك لأنك حيث قلت له: طلق أقررت له بالنكاح" (٣). وفقه الحديث: إن الأمر بالطلاق يستدعي نكاحا صحيحا وهو يستلزم الإجازة من السيد، لامتناع صحة نكاح العبد بدون إذن المولى وإجازته، وخالف هنا فريقان: الأول: ابن الجنيد (٤)، وابن أبي عقيل (٥)، حيث نفيا ملكية العبد الطلاق من رأس: لرواية زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلام: "المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده" قال: فإن زوجه السيد بيد من الطلاق؟ قال: "بيد السيد

- (١) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.
(٢) الكافي ٦: ١٦٨ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٨ حديث ١٤٢٣، الاستبصار ٣: ٢١٦ حديث ٧٨٥.
(٣) التهذيب ٧: ٣٥٢ حديث ١٤٣٣.
(٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٩١.
(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٩١.

إلا أن تكون أمة لمولاه، فإن طلاقه بيد المولى، وله التفريق بغير طلاق مثل فسخت عقد كما، أو يأمر كلا منهما باعتزال صاحبه، وليس بطلاق فلا تحريم في الثاني لو تخلله رجعة.

* (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) * الشيء الطلاق " (١).
ولرواية شعيب العرقوفي عن الصادق عليه السلام، وقد سئل عن طلاق العبد فقال: " لا طلاق ولا نكاح إلا بإذن مولاه " (٢).
والنكرة المنفية للعموم، والجواب الحمل على ما إذا تزوج بأمة مولاه: لأن ما تقدم أخص، والخاص مقدم. قال المصنف في المختلف: وقول ابن أبي عقيل وابن الجنيد ليس عندي بعيداً من الصواب، والأصح ما عليه الأكثر.
الثاني: أبو الصلاح، حيث قال: لسيدته أن يجبره على الطلاق (٣)، لأن تنفيذ أمره وطاعته عليه واجب، ولأن له إجباره على النكاح، فكان له إجباره على رفعه وفسخه، ولرواية زرارة وشعيب السالفتين.
والجواب: المنع من عموم وجوب تنفيذ أمره، ولا يلزم من جواز إجازته على النكاح ثبوت ملكه في الطلاق، والروايتان لا حجة فيهما: لأنهما عامتان والأخبار المتقدمة أخص والخاص مقدم، والمذهب ما عليه الأكثر.
قوله: (إلا أن تكون أمة لمولاه فإن طلاقه بيد المولى، وله التفريق بغير طلاق، مثل فسخت عقد كما، أو يأمر كلا منهما باعتزال صاحبه وليس بطلاق، فلا تحرم في الثاني لو تخلله رجعة).
هذا استثناء من قوله: (طلاق العبد...) فإنه لم يدل على أن طلاق أمة المولى

(١) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.

(٢) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ حديث ٧٨٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

إذا كانت زوجته ليس بيده إلا بمفهوم المخالفة من قوله: (أمة لغير مولاه)، وتحقيقه، إن زوجة العبد إذا كانت أمة لمولاه فإن طلاقها وإزالة قيد نكاحها هو بيد المولى ولا دخل للعبد فيه إجماعاً.

ويدل عليه من النصوص صحيحة محمد بن مسلم: قال: سألت الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى: * (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) * قال: " هو أن يأمر الرجل عبده وتحتة أمة فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسه " (١).

ورواية ليث المرادي السابقة (٢) فإنها نص في الباب، وكذا رواية زرارة (٣) ورواية شعيب (٤) السالفتان فإنهما منزلتان على أمة المولى إذا تقرر ذلك، فللمولى التفريق بلفظ الطلاق ولفظ الفسخ وبالأمر بالاعتزال كما دلت عليه الأخبار. فأما الطلاق فلفظه ظاهر، وأما الفسخ فهو فسخت نكاحكما، أو عقدكما وما جرى مجراه، وإما الأمر بالاعتزال فحقيقته أن يأمر كلا منهما باعتزال صاحبه، وقد دلت رواية محمد بن مسلم على ذلك، لأن فيها: " فيقول له: اعتزل امرأتك ثم يحبسها حتى تحيض " لأن الظاهر أن المراد بحبسها منعها منه واعتزالها إياه وإذا كان الأمر بالاعتزال كافياً في إزالة النكاح فالفسخ أولى منه ويتفرع على ذلك مسائل: الأولى: إذا طلق المولى بلفظ الطلاق فاللائح من عبارة المصنف أنه يعد في الطلاق، فإن قوله في التفريق بغير طلاق: (وليس بطلاق) يشعر بأن التفريق بالطلاق بعد طلاقاً، وكذا عبارة الإرشاد والتحرير (٥)، وعلى هذا فيشترط فيه شروط الطلاق

- (١) النساء: ٢٤، الكافي ٥: ٨١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.
- (٢) الكافي ٦: ١٦٨ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٨ حديث ١٤٢٣.
- (٣) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.
- (٤) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ حديث ٧٨٢.
- (٥) التحرير ٢: ٥٢.

كلها.

وبذلك صرح بعض الأصحاب (١)، وهذا إنما يستقيم إذا قلنا بأن تزويج السيد عبده بأتمته عقد نكاح، أما إذا قلنا أنه إباحة فلا، ولم يرجح المصنف فيما تقدم واحدا من الأمرين.

الثانية، إذا فسخ المولى بلفظ الفسخ أو الأمر بالاعتزال في عده طلاقا قولان: صرح المصنف هنا وفي غير هذا الكتاب بأنه لا يعد (٢)، فإن قوله هنا: (وليس بطلاق) يريد به وليس واحد من الأمرين اللذين قبله، أعني فسخت، والأمر بالاعتزال، وكأنه يريد بعدم عده طلاقا العموم، سواء قلنا إن هذا نكاح أو إباحة. أما إذا قلنا إنه إباحة فظاهر، لأن وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح. وأما على أنه نكاح، فلأنه لم يقع بلفظ الطلاق، والطلاق لا يقع بالكناية عندنا، ولأن فسخ النكاح الحقيقي بلفظ الفسخ لا يعد طلاقا في شيء من الأبواب كالفسخ بالعتق والعيب والتدليس وغيرها فهذا أولى.

وإلى هذا ذهب ابن إدريس (٣)، والمصنف وابن سعيد (٤)، وهو الأصح، والقول الثاني للأصحاب، أنه طلاق - وهو قول الأكثر (٥) - وأنه أحد الطريقتين لدفع قيد النكاح فكان كالخلع، ولأن المولى مخير بين الأمرين، أعني: الطلاق والفسخ، فلولا أن كل واحد منهما كالآخر في حصول المقصود منه امتنع الاكتفاء به عنه، وليس هو

(١) صرح به الصدوق في الفقيه ٣: ٣٥٠.

(٢) المختلف: ٥٦٨.

(٣) السرائر: ٣٠٦.

(٤) الشرائع ٢: ٣١٦.

(٥) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٧٧، والشيخ الطوسي في النهاية: ٤٧٨، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه:

٢٩٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١٨.

ولو استقل العبد بالطلاق وقع على إشكال.

كالفسخ بالعيب ونحوه، لأن البدلية عن الطلاق ثم منتفية بخلاف ما هنا، ولأنه أقرب إلى الاحتياط، ويضعف بأنه لا يلزم من زوال قيد النكاح به أن يكون كالطلاق في جميع أحكامه.

فإن قلنا بالأول لم يشترط فيه شروط الطلاق ولم يعد في الطلقات، فلو رجع بإذن المولى بعده في محل الرجعة، أو استأنف النكاح بالإذن بعد الحيض لم تحرم بالفسخ الثاني إلى أن ينكح زوجا غيره.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (فلا تحرم في الثاني لو تخلله رجعة) أي "فلا تحرم في الفسخ الثاني لو تخلل بينه وبين الفسخ الأول رجعة. ولا يخفى أنه يعتبر في الرجعة إذن السيد كما في النكاح، ومثل الرجعة استئناف النكاح في محله وإن أهمله المصنف لظهوره. والمراد بالتحريم التحريم إلى أن تنكح زوجا غيره، لأن هذا شأن الأمة بعد تطليقتين وإن قلنا بالثاني ثبت جميع ذلك.

المسألة الثالثة أشار إليها المصنف بقوله: (ولو استقل العبد بالطلاق وقع على إشكال).

وتحقيقها: إن العبد المزوج بأمة سيده بإذنه إذا أوقع طلاقها استقلالاً من دون إذن السيد، هل يقع الطلاق أم لا؟ فيه إشكال ينشأ: من دلالة رواية ليث المرادي على عدم الوقوع، فإن فيها قوله عليه السلام: "إن كانت أمتك فلا إن الله تعالى يقول: * (عبدا مملوكا لا يقدر على شيء) * (١)، وهي نص.

وقريب منها رواية زرارة (٢)، ورواية شعيب (٣) السابقتان. ومن أنه زوج فيقع طلاقه لقوله عليه السلام: "الطلاق بيد من أخذ

(١) الكافي ٦: ١٦٨ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٨ حديث ١٤٢٣.

(٢) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.

(٣) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ حديث ٧٨٢.

ولو أمره بالطلاق فالأقرب أنه فسخ إن جعلناه إباحة، وإلا
فإشكال،

بالساق " (١)، ويضعف بدلالة ما سبق على اختصاص ذلك بما عدا صورة النص، وحقق
الشارح الفاضل بناء الوقوع على كونه نكاحاً، وعدمه على كونه إباحة (٢).
ويبطل بأنه على الإباحة يمتنع القول بوقوع الطلاق من كل من العبد
والسيد، فلا يجئ الوجهان إلا على القول بالنكاح، والأصح عدم الوقوع.
المسألة الرابعة أشار إليها المصنف بقوله: (ولو أمره بالطلاق فالأقرب أنه
فسخ إن جعلناه إباحة، وإلا إشكال).

وتحقيقها: إنه إذا أمر السيد عبده المزوج بأمة السيد بالطلاق فهل يكون مجرد
أمر السيد فسخاً للتزويج أم لا؟ فيه وجهان، فإن جعلنا هذا التزويج إباحة فأقرب
الوجهين أنه فسخ، وإن جعلناه نكاحاً فإشكال ينشأ: من تكافؤ الوجهين، وجه القرب
على القول بالإباحة أن عصمة هذا التزويج على تقدير أنه إباحة ضعيفة يكفي في
رفعها أدنى سبب يدل على المنع.

ولا ريب أن الأمر بالطلاق دال عليه، ولأن الأمر بالاعتزال فسخ بالنص (٣)
والإجماع، مع عدم صراحته في إرادة قطع تلك العصمة، فالأمر بالطلاق أولى، لأنه
أدل على إرادة قطعها من الأمر بالاعتزال، وفي هذا الوجه قوة ويحتمل ضعيفا لعدم
عنده، لأن المفهوم من الأمر بالطلاق إرادة إيجاده من العبد، فلا يحصل قبله.
ويضعف بأن هذا مدلوله المطابقي، والمدعي هو المدلول الالتزامي، ولأن الأمر
بالطلاق يستدعي بقاء الزوجة إلى حين إيقاعه، فلو دل على الفسخ قبله لتنافي

(١) سنن ابن ماجة ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٦٢.

(٣) الكافي ٥: ٤٨١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

وكذا الإشكال لو طلق العبد.

مدلولاً للفظ. ولما منع أن يمنع هذا الاستدلال، فإن المستدعى هو صحة الطلاق، أما الأمر به فلا، ولأنه لو دل على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه فيمتنع الخطاب به. والتالي معلوم البطلان، والملازمة ظاهرة، لأن الفسخ إذا وقع امتنع الطلاق، وبطلان التالي ممنوع. ولأن أمره بالطلاق يدل على طلب الامتثال، وذلك يقتضي إرادة عدم الفسخ ضرورة، وفيه منع.

وأما تكافؤ الوجهين على القول بالنكاح، فلأن الراجع للنكاح ابتداءً من غير توسط أمر آخر كعيب ونحوه هو الطلاق، والأمر به لا يعد طلاقاً قطعاً، فيبقى النكاح معه، ويحتمل إفادته مفاده، لأنه أقوى في الدلالة على مقصوده من الأمر بالاعتزال، وعدم الوقوع على القول بأنه نكاح قريب.

المسألة الخامسة أشار إليها المصنف بقوله: (وكذا الإشكال لو طلق العبد). وتحققها: أنه في الصورة المذكورة إذا أمر السيد العبد بالطلاق فطلق هل يقع أم لا؟ ذكر المصنف فيه إشكالا، وعلى تقدير وقوعه هل يعد طلاقاً أو فسحاً؟ لم يتعرض إليه المصنف. ومنشأ الإشكال: من وقوع الصيغة من أهلها في محلها، وذلك لأنه إنما منع منه لكونه بيد المولى، فإذا أمره به صار نائباً عنه، فوجب الحكم به، لزوال المانع. وقد دلت رواية زرارة (١) على وقوع طلاق العبد بإذن السيد كالنكاح، وبيننا بأنها منزلة على ما إذا نكح أمة المولى.

ولعموم: "الطلاق بيد من أخذ بالساق" (٢)، خرج منه ما إذا لم يأذن المولى فيبقى الباقي على أصله متناولاً لصورة النزاع.

ومن أن ظاهر رواية محمد بن مسلم (٣) انحصار الفرقة هنا في أمر السيد

(١) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.

(٢) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٦٧٢، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

(٣) الكافي ٥: ٤٨١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

ولو طلق الأمة زوجها ثم بيعت، أكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأي.

بالاعتزال، لا سيما على القول بأنه إباحة لا نكاح، فإن الطلاق لا يجمع الإباحة فيقع لاغيا.

والأصح الوقوع، ودليل الثاني ضعيف، وعلى ما اخترناه من كون هذا التزويج نكاحا فهو محسوب طلاقا، لوجود المقتضي وانتفاء المانع، وعلى أنه إباحة، فإن قلنا بوقوعه كان فسخا وإلا كان لغوا.

قوله: ولو طلق الأمة زوجها ثم بيعت أكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأي).

لو طلق الأمة زوجها بعد الدخول بها، سواء كان الزوج حرا أو عبدا، وسواء كانا مملوكين لواحد أو لمتعدد، ثم باع السيد الأمة فهل يكفي إكمال العدة عن استبراء المشتري؟ فيه قولان:

أحدهما: - واختاره الشيخ في النهاية (١)، وابن البراج (٢)، وابن إدريس (٣) - إنه لا يكفي فيجب بعد العدة الاستبراء ولا تحل للمشتري بدونه، لأنهما حكمان مختلفان لمكلفين ولكل منهما سبب يقتضيه، فإسقاط أحدهما بالآخر يحتاج إلى دليل. والثاني: - واختاره المصنف في المختلف (٤) - إنه يكفي، لأن الغرض من الاستبراء العلم ببراءة الرحم، ولهذا يكفي استبراء البائع لها بالنسبة إلى المشتري، ويسقط لو كانت أمة امرأة أو حائضا، والعدة أدل على ذلك، ولأنها بقضاء العدة

(١) المبسوط ٥: ٢٦٩.

(٢) المهذب ٢: ٣٣٣.

(٣) السرائر: ٣١٥.

(٤) المختلف: ٥٧٢.

الفصل الثالث: في الملك، وفيه مطلبان:
الأول: ملك الرقبة، ويجوز أن يطاء بملك اليمين ما شاء من غير
حصر،

مستبارة فلا يجب عليها استبراء آخر، ولأن وجوب الاستبراء بالبيع إنما هو من احتمال
وطء البائع لغرض وطء المشتري، وكلاهما ممتنع في صورة النزاع، وهذا أصح.
والظاهر عدم الفرق بين ما إذا طلقت ثم بيعت وعكسه ووقوعهما معا، ولو أن
المصنف أتى بالواو عوض ثم في قوله: (ثم بيعت) لصحت العبارة للصور.
قوله: (الفصل الثالث: في الملك وفيه مطلبان:
الأول ملك الرقبة، ويجوز أن يطاء بملك اليمين ما شاء من غير
حصر).

تقدم أن نكاح الإمام يستباح بأمرين: العقد والملك، وقد سبق الكلام على
العقد على الإمام مستوفى، وهذا الفصل لبيان أحكام النكاح بالملك، ولما كان دائرا بين
ملك الرقبة وملك المنفعة بين أحكامه في مطلبين وابتدأ بملك الرقبة، لأنه الأصل في
الباب.

وقد تطابق الأصل والإجماع من كافة أهل الإسلام على جواز النكاح بملك
اليمين، ونصوص الكتاب (١) والسنة (٢) بذلك متواترة، ويؤيدها أن جميع منافع الأمة
حق لسيدها، ومن جملة المنافع البضع. وكما أنه لا خلاف في حل الوطاء بملك اليمين
كذا لا خلاف في أن الموطوءات

(١) النساء: ٢٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٧٤ باب السراري والإمام الفقيه ٣: ٢٨٥ باب ١٤١، التهذيب ٨: ١٩٨ باب ٩.

فإن زوجها حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوة، أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى أن يطلقها وتعتد إن كانت ذات عدة.

لا ينحصرن في عدد، بخلاف النكاح بالعقد. ويدل عليه قبل الإجماع قوله تعالى: * (إلا على أزواجهم أو ما ما ملكت أيماهم) * (١) وكلمة (ما) من أدوات العموم فيتناول ما لا نهاية له، ولعل السر فيه قوة السلطنة بالملك، وخفة حقوق المملوكة، وكون استحقاق منافع البضع بالمالية معدودا من جملة الأموال، فلا يتطرق إليه ما يتطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الميل والحيث.

ولا يخفى أن هذا إنما هو في طرف الرجال، أما النساء فإن ملك اليمين فيهن ليس طريقا إلى حل الوطء ولا النظر، وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: " قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة أمكنت نفسها من عبد لها فنكحها أن تضرب مائة سوط. ويضرب العبد خمسين جلدة ويبيع بصغر منها " (٢) الحديث.

وقد تقدم الكلام في جواز نظر الخصي إلى مولاته أو مطلقا وعدمه. قوله: (فإن زوجها حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوة، أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى أن يطلقها وتعتد إن كانت ذات عدة). إذا زوج الرجل أمته حرم عليه جميع أنواع الاستمتاع بها حتى النظر إليها بشهوة، وإن كان إلى وجهها وكفيها، وإن كان بغير شهوة، وحرم نظره إلى ما يحرم على غير المالك منها دون غيره، لأنها بمنزلة الأجنبية. فإن وجوه الاستمتاع بمملوكة للزوج فتحرم على غيره، لامتناع حل الاستمتاع لغير واحد، ولما رواه مسعدة بن زياد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام:

(١) النساء: ٢٤.

(٢) الكافي ٥: ٤٩٣ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ حديث ١٣٧٣، التهذيب ٨: ٢٠٦ حديث ٧٢٧.

" يحرم من الإماء عشر: لا يجمع بين الأم والبنت، ولا بين الأختين - إلى أن قال - ولا أمتك ولها زوج " (١) الحديث. والمراد أن المملوكة ولها زوج حرام، وإطلاق التحريم يتناول جميع وجوع الاستمتاع، لانتفاء المخصص، ولأن ذلك هو المتبادر من هذا اللفظ.

وسأل عبد الرحمن بن الحجاج أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم عليه فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك وقال: " قد منعني أبي أن أزوج بعض خدمني غلامي لذلك " (٢). والظاهر أن المراد كره التحريم، وبنه عليه رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج جاريتته، هل يجوز له أن ترى عورته؟ قال: " لا " (٣)، وعمومها من حيث ترك الاستفصال تدل على إرادة التحريم هنا، ويبقى هذا التحريم إلى أن يخرج من النكاح بطلاق أو موت أو فسخ، وتقضي عدتها إن كان لها عدة، سواء كانت بائنة أو رجعية.

وروى عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبتاع الجارية ولها زوج، قال: " لا يحل لأحد أن يمسه حتى يطلقها زوجها الحر " (٤).

ولا شبهة أن الموت والفسخ كالطلاق، وانقضاء العدة معتبر، للإجماع، ولأنها من توابع النكاح، فإنها لاستعلام براءة الرحم من الحمل، وموردها وإن كان زوجة الحر إلا أن زوجة العبد كذلك اتفاقاً.

(١) الفقيه ٣: ٢٨٦ حديث ١٣٦٠، التهذيب ٨: ١٩٨ حديث ٦٩٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٨٠ حديث ٣ الفقيه ٣: ٣٠٢ حديث ١٤٤٧، التهذيب ٨: ١٩٩ حديث ٦٩٨.

(٣) الكافي ٥: ٥٥٥ حديث ٧، التهذيب ٨: ٢٠٨ حديث ٧٣٦.

(٤) التهذيب ٨: ١٩٩ حديث ٧٠١، الاستبصار ٣: ٢٠٨ حديث ٧٥٤.

وهي منزلة على ما إذا أجاز المشتري النكاح، لرواية عبد الله بن اللحام عن أبي عبد الله عليه السلام وقد سأله عن الرجل يشتري امرأة الرجل من أهل الشرك يتخذها قال: " لا بأس " (١) فإن الظاهر أن المسؤول عنه قوله: (يتخذها) هو الوطاء ولا يكون ذلك إلا مع الفسخ، والمراد بالمس في الرواية الأولى هو الوطاء، لكن لا فارق بينه وبين غيره من وجوه الاستمتاع.

وأراد المصنف بقوله: (أو إلى ما يحرم على غير المالك) أن ما لا يحرم على غيره النظر إليه منها كالوجه والكفين بغير شهوة لا يحرم عليه نظره بغير شهوة، أما معها فيحرم. والحاصل أنها بالتزويج تصير في الاستمتاع كلها كالأجنبية، لأنها صارت حقا لغيره، وهذا حكم ما إذا زوجها.

أما إذا أحل المملوكة لغيره فلم يتعرض المصنف إلى حكمها، وينبغي أن تكون في جميع الاستمتاع كالمزوجة، لأن الاحتياط في الفروج أشد من تجويز شيء من الاستمتاع لغير واحد. وفي رواية عبد الرحمن بن الحجاج (٢) ما ينبه على ذلك، فإن تزويج السيد أمته من عبده دائر بين كونه نكاحا أو إباحة، والموطوءة بالشبهة لا شبهة في تحريم وطئها، وما جرى مجراه ما دامت في العدة وفي غيره تردد. وكذا وطئ المستبرأة زمان الاستبراء، أما مقدمات الوطاء فلا يحرم، وهو في صحيحة محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام: في الأمة المبتاعة تحل للمشتري ملامستها؟ قال: " نعم ولا يقرب فرجها " (٣) والفرج شامل للقبل والدبر، وبه صرح في الدروس في كتاب البيع (٤)، وهذا في المبتاعة.

-
- (١) التهذيب ٨: ٢٠٠ حديث ٧٠٢، الاستبصار ٣: ٨٣ حديث ٢٠٨.
(٢) الكافي ٥: ٤٨٠ حديث ٣، الفقيه ٣: ٣٠٢ التهذيب ٨: ١٩٩ حديث ٦٩٨.
(٣) التهذيب ٨: ١٧٣ حديث ٦٠٥، الاستبصار ٣: ٣٦٠ حديث ١٢٩١.
(٤) الدروس: ٣٤٧.

وليس لمولاها فسخ العقد إلا أن يبيعها فيتخير المشتري.
وله الجمع بين الأمة وبناتها في الملك دون الوطاء، وكذا بين الأختين،
فإن وطأ إحداهما حرمت الأم أو البنت مؤبداً أو الأخت جمعا، فإن أخرج
الموطوءة ولو بعقد متزلزل حلت أختها،

أما غيرها ففي قصر التحريم على الوطاء وتعميمه في وجوه الاستمتاع نظر.
قوله: (وليس لمولاها فسخ العقد إلا أن يبيعها فيتخير المشتري).
إنما يستقيم هذا إذا كان الزوج حرا أو مملوكا لغير سيدها، فإن كان مملوك
السيد فإن الفسخ بيده كما تقدم بيانه، فإذا باعها والحالة هذه فإن الخيار لكل من
البائع والمشتري كما سبق.
فإن قيل: إذا باع السيد الأمة المزوجة والزوج مملوك لغيره ثبت فسخ النكاح
لكل من البائع والمشتري ولمولى الزوج، فيكون قوله: (فيتخير المشتري) قاصرا، فإن
المفهوم منه أن الخيار للمشتري خاصة.
قلنا: هذا المفهوم هو المراد ولا قصور فيه، لأن الاستثناء من قوله: (وليس
لمولاها فسخ العقد) ولا تعرض فيه إلى مولى العبد بنفي ولا إثبات، ولما كان الاستثناء
موهما ثبوت الخيار لمولاها البائع بين اختصاصه لمولاها المشتري.
قوله: (وله الجمع بين الأمة وبناتها في الملك دون الوطاء،
وكذا بين الأختين، فإن وطأ إحداهما حرمت الأم والبنت مؤبداً والأخت
جمعا، فإن أخرج الموطوءة ولو بعقد متزلزل حلت أختها).
لما كان جانب الملك مغلبا في المملوكة والوطء تابع جاز الجمع بين الأمة وبناتها
في الملك إذ ليس ثم إلا المالية وهي متحققة فيهما، أما الوطاء فلا، لوجود المنافي. وكذا
القول في الأختين سواء، فإن وطأ واحدة من الأم والبنت ومن الأختين حرمت
الأخرى قطعا، فإن الأم والبنت أيهما وطأ حرمت عليه الأخرى بعينها مؤبداً، وأما

ولكل من الأب والابن تملك موطوءة الآخر لا وطؤها.
ولا تحل المشتركة على الشريك إلا بإباحة صاحبه لا بالعقد، وتحل
لغيرهما بهما مع اتحاد السبب. ولو أجاز المشتري للأمة النكاح لم يكن له
الفسخ، وكذا لو علم وسكت.

الأختان فإن وطء إحداهما يوجب تحريم الأخرى جمعا لا عينا.
ومعناه إنه ما دامت الموطوءة في ملكه يحرم عليه وطء الأخرى فإذا أخرج
الموطوءة عنه ولو بعقد متزلزل كالبيع بخيار حلت الأخرى، لأن تزلزل العقد
لا يمنع نقل الملك، ومتى خرجت عن ملكه انتفى المانع.
وقد سبق في كلام المصنف في التحريم غير المؤبد في الحل بذلك إشكال، وكذا
في تزويجها ورهنها، وبيننا حكمه مستوفى.
قوله: (ولكل من الأب والابن تملك موطوءة الآخر لا وطؤها).
لأن المقصود الأصلي في التملك المالية، والوطء تابع كسائر المنافع.
قوله: (ولا تحل المشتركة على الشريك إلا بإباحة صاحبه لا بالعقد،
ويحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب).
قد تقدم تحقيق ذلك مستوفى، وقد جزم المصنف هنا بحل المشتركة بإباحة
الشريك، ولم يرجح فيما سبق واحدا من القولين، وقد بينا أن الأصح عدم الحل.
قوله: (ولو أجاز المشتري للأمة النكاح لم يكن له الفسخ وكذا لو
علم وسكت).
لا ريب أن المشتري إذا أجاز النكاح صار العقد لازما فامتنع فسخه، وكذا لو
علم بالخيار وسكت فإن خياره يسقط، لأنه فوري على ما سبق، وكذا حكم مالك
الزوج سواء كان هو البائع أو غيره.

ولو فسخ فلا عدة وإن دخل، بل يستبرئها بحيضة، أو بخمسة وأربعين يوماً إن كانت من ذوات الحيض ولم تحض. ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء،

قوله: (ولو فسخ فلا عدة وإن دخل، بل يستبرئها بحيضة أو بخمسة وأربعين يوماً إن كانت من ذوات الحيض ولم تحض، ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء).

أي: لو فسخ مشتري الأمة النكاح لم يجب للأمة عدة على أحد القولين، سواء دخل الزوج أم لا، بل يجب الاستبراء مع الدخول بحيضة واحدة، لأنه لا بد من العلم ببراءة الرحم من الحمل والحيضة كافية في ذلك ولرواية الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وآله في الناس يوم أو طاس أو استبرؤا سباياكم بحيضة " (١). ولا شك أن فيهن من كانت مزوجة، فإن كانت من ذوات الحيض، أي في سن الحيض غير يائسة ولا صغيرة ولم تحض فاستبرأوا بخمسة وأربعين يوماً، روى ذلك عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل الذي يشتري الجارية التي لم تبلغ المحيض وإذا قعدت عن المحيض ما عدتها، وما يحل للرجل من الأمة حتى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: " إذا قعدت من المحيض أو لم تحض فلا عدة له، والتي تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر فإذا كانت الجارية في سن من تحيض تستبرئ بخمسة وأربعين يوماً " (٢). والحاصل أن متى حصل الحيض أو مر خمسة وأربعون يوماً بيضا فقد تحقق

(١) التهذيب ٨: ١٧٦ حديث ٦١٥.

(٢) التهذيب ٨: ١٧٢ حديث ٥٩٨، الاستبصار ٣: ٣٥٧ حديث ١٢٨١.

وكذا كل من ملك أمة بأي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسة أو حائضا على رأي ظاهر لا من خصص حيضها بالتخير،

الاستبراء وحل الوطء، وبدونه يحرم وقيل: تجب العدة (١)، لأن مناط الاستبراء انتقال المملوكة التي لا زوج لها فإن الأخبار دالة على أن الاستبراء لاحتمال وطء البائع، ولهذا لو أخبر بعدم الوطء وكان أمينا قبل. ولو كان امرأة لم يجب الاستبراء، وسيأتي في خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (٢) ما يدل على ذلك.

ولا ريب في أن وطأه من الزوجة منتف فلا استبراء منه، ووطء الزوج في النكاح الدائم حقه أن تجب به العدة، ولهذا يجب مع الطلاق فيجب مع الفسخ وهو قوي، وسيأتي في كلام المصنف في العدة ترجيح هذا.

ولو بلغت سن اليأس الذي تقدم تحديده في أول الكتاب، أو لم تبلغ تسع سنين جاز وطؤها من غير استبراء لكن بعد بلوغ التسع.

قوله: (وكذا كل من ملك أمة مزوجة بأي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسة أو حائضا - على رأي - ظاهرا، لا من خصص حيضها بالتخير).

أي: وكالذي فسخ نكاح الأمة المزوجة بالشراء كل من ملك أمة بأي وجه كان من هبة، أو إرث أو صلح أو قرض أو غير ذلك، ووجه التشبيه تحريم وطؤها عليه قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسة أو حائضا على رأي. ويعتبر في استبرائها بحيضة أن يكون حيضها ظاهرا، أي: مقطوعا به، لا من

(١) قاله ابن إدريس في السرائر: ٣١٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٧، التهذيب ٨: ١٧٢ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ حديث ١٢٨٥.

خصص بتخيرها كذاكرة العدد الناسية للوقت، والمتحيرة إذا رجعت إلى الروايات، ومثلها الراجعة إلى عادة نسائها وأقرانها، وذات التمييز إذا لم تتيقن الحيض، فهنا مباحث:

الأول: إن الاستبراء كما يجب على من ملك بالشراء، كذا يجب على من ملك بغيره من الأسباب الناقلة للملك، ولا مخالف لذلك من أجلاء الأصحاب، إلا ابن إدريس مستندا في ذلك إلى الأصل، وإن النص إنما ورد على المشتري (١)، وهو ضعيف فإن المقتضي وهو استفراغ الرحم موجود وخوف ضياع النسب حاصل، والاحتياط في الفروج أشد من ذلك.

الثاني: اليائسة لا يجب استبراؤها، لانتهاء المقتضي في حقها، وكذا الصغيرة. وقد سبق في الرواية ما بينه على ذلك، ولم يذكر المصنف الصغيرة هنا، ولعله نبه بذلك اليائسة على حكمها لاشتراكهما في المقتضي.

الثالث: إذا ملك الأمة حائضا، سواء كان بشراء أو غيره، لم يجب الاستبراء واكتفى بتلك الحيضة، ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية (٢)، وأكثر الأصحاب (٣) ومنهم المصنف، وهو الأصح، لأن الغرض علم براءة الرحم وهو حاصل بذلك. ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال: "إذا طهرت فليمسها إن شاء" (٤).

وفي مقطوعة سماعة قال: سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث أيستبرئ

(١) السرائر: ٣١٥.

(٢) النهاية: ٤٩٦.

(٣) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٤٦، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٤، والمحقق في الشرائع ٢: ٣١٥.

(٤) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٦، التهذيب ٨: ١٧١ حديث ٥٩٥، الاستبصار ٣: ٣٥٧ حديث ١٢٧٨.

رحمها بحيضة أخرى أم تكفيه هذه الحيضة؟ قال: " لا بل تكفيه هذه الحيضة " (١) وهي نص في ذلك.

وقال ابن إدريس: لا بد من استبرائها (٢)، لعموم الأمر بالاستبراء، وفي رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: " إن الذين يشترون الإماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم " (٣).
والجواب المخصص موجود وقد ذكرناه، والرواية معارضة بأقوى منها فتحمل على الكراهية.

الرابع: الاستبراء في موضع وجوبه إنما يكون بحيضة، وحكى المصنف في المختلف عن ابن إدريس بأن الأمة المبتاعة وهي حائض تستبرأ بقرءين (٤). وفي رواية عن الرضا عليه السلام: " أن الاستبراء فيها بحيضتين " (٥)، وهي على الاستحباب. والمذهب الاكتفاء بحيضة واحدة في موضع الوجوب، والأخبار في ذلك مستفيضة وعليه كافة الأصحاب.

الخامس: لا بد في هذه الحيضة من القطع بكون الدم حيضاً، فلا يكفي الحكم بالحيض في ظاهر الحال استناداً إلى مجرد تخصيص المرأة أيام حيضها بزمان مخصوص، كما لو استقرت عاداتها عدداً خاصة ثم استمر الدم، أو نسيت ذات العادة وقتها وذكرت عددها وكان الدم مستمراً بحيث لا تعلم الحيض في زمان دون آخر، فأمرت شرعاً بتخصيص ذلك العدد بزمان مستندة في ذلك إلى اختيارها.

(١) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٨، التهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٦، الاستبصار ٣: ٣٥٩ حديث ١٢٨٦.

(٢) السرائر: ٣١٥.

(٣) الفقيه ٣: ٢٨٢ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨: ٢١٢ حديث ٧٥٩.

(٤) المختلف: ٥٧١، السرائر ٣١٥.

(٥) التهذيب ٨: ١٧١، حديث ٥٩٤ الاستبصار ٣: ٣٥٩ حديث ١٢٨٧.

أو حاملا، أو لامرأة على رأي، أو لعدل أخبر باستبرائها، أو أعتقها مع جهل وطء محترم، والاستبراء أفضل. ولو أعتقها بعد وطئها حرمت على غيره، إلا بعد عدة الطلاق.

ولو اعتبر تطرق الاحتمال لقدح في حيض ذات العادة، ولكان الدم الذي يمكن أن يكون حيضا في غير زمان العادة غير كاف في الاستبراء، وليس بشيء. وهذا أقوى، وسيأتي في العدد إن شاء الله الاكتفاء في العدة بالتمييز وبعادة النساء فهنا أولى. وفي كلام شيخنا الشهيد الاكتفاء بما حكم بكونه حيضا في جميع هذه المواضع، وما قدمناه أظهر.

إذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف: (إلا أن تكون يائسة..). استثناء مما قبله من قوله: (بل يستبرئها بحيضة أو بخمسة وأربعين يوما..). ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء وكذا كل من ملك إلى آخره. وقوله: (أو حائضا أو حاملا، أو لامرأة، أو لعدل أو أعتقها) كله في حيز إلا. وقوله: (ظاهرا لا من خصص حيضها بالتخيير) لا شك في أنه اعتراض إلا أن حقه أن يكون عند قوله: (بل يستبرئها بحيضة) ليكون تنقيحا للمراد من الحيضة. وذكرها هنا غير مستحسن، لأنه إن كان بيانا للمراد من الحيض فهو اعتراض مستقبح في غير محله، وإن كان بيانا للمراد من قوله: (أو حائضا) فأبعد وأشد. وكيف كان

فهو صفة لمصدر محذوف، وكذا عامله محذوف يدل عليه قوله: (بل يستبرئها بحيضة) وتقديره: ويستبرئ بها بأن تحيض حيضة حيضا ظاهرا. وقد أفاد حكم بقية المستثنيات، بقوله: (أو حاملا، أو لامرأة على رأي، أو لعدل أخبر باستبرائها، أو أعتقها مع جهل وطء محترم، والاستبراء أفضل، ولو أعتقها بعد وطئها حرمت على غيره إلا بعد عدة الطلاق).

فهنا مسائل:

الأولى: إذا اشترى الأمة وهي حامل لا استبراء لها، بل إن كان الحمل محترماً لم يطأها حتى تضع، وإن كان من زنا فحتى تمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وقد اختلفت في ذلك الأخبار وكلام الأصحاب، والمحصل ما قلناه، وقد ذكرنا الكلام فيه في بيع الحيوان.

الثانية: إذا اشترى الأمة من امرأة ففي وجوب الاستبراء قولان: أحدهما: - واختاره الشيخ (١) وأكثر الأصحاب (٢) - أنه لا يجب، وهو الأصح، لرواية ابن أبي عمير عن حفص عن أبي عبد الله عليه السلام في الأمة تكون للمرأة فتبيعهما قال: " لا بأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها " (٣). ولرواية زرارة قال: اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني أنه لم يطأها أحد، فوقعت عليها ولم استبرأها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: " هو ذا أنا قد فعلت ذلك وما أريد أن أعود " (٤)، وغير ذلك من الأخبار (٥). والثاني: - واختاره ابن إدريس - الوجوب (٦)، لعموم الأمر بالاستبراء المتناول لصورة النزاع، ورواية عبد الله بن سنان (٧) السالفة تدل على ذلك. ويجاب بأن الخاص مقدم والشهرة بين الأصحاب مؤيدة، نعم يكره الوطء قبله احتياطاً للفروج، ورواية زرارة تشهد له.

(١) النهاية: ٤٩٥.

(٢) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٤٥، ابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٤.

(٣) التهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٨، الاستبصار ٣: ٣٦٠ حديث ١٢٩٣.

(٤) التهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٩، الاستبصار ٣: ٣٦١ حديث ١٢٩٤.

(٥) التهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٧، الاستبصار ٣: ٣٦٠ حديث ١٢٩٢.

(٦) السرائر: ٣١٥.

(٧) الفقيه ٣: ٢٨٢ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨: ٢١٢ حديث ٧٥٩.

الثالثة: لو اشترى الأمة من عدل وأخبره باستبرائها فقولان كالتى قبلها، وأوجه ابن إدريس (١).

لنا أن شهادة العدل مثمرة للظن القوي، وقد اكتفى الشارع بها في كثير من الشرعيات، خصوصا إذا أخبر عما بيده وما في ملكه فجاز التعويل عليها، ولصحيحة ابن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية لم تحض قال: " يعتزلها شهرا إن كانت قد مست " قلت: أفرايت إن ابتاعها وهي طاهر زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت قال: " إن كان عندك أمينا فمسها " (٢) الحديث. ومثلها رواية محمد بن حكيم عن العبد الصالح (٣)، ورواية حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (٤).

احتج ابن إدريس وراء عموم الأمر بالاستبراء برواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: اشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرني أنه لم يمسه وقد طمئت عنده وقد طهرت فقال: " ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضة، ولكن يجوز ذلك ما دون الفرج، إن الذين يشترى الإمام ثم يأتونها قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم " (٥). وجوابه الحمل على الكراهة جمعا بين الأخبار.

الرابعة: إذا اشترى الأمة فأعتقها جاز له العقد عليها قبل أن يستبرئها إذا لم يعلم كونها موطوءة وطء محترما، واحترز بالوطء المحترم عن الزنا فإنه لا حرمة له ولا اعتبار به، ولو كانت سرية فكذلك بطريق أولى.

(١) السرائر: ٣١٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٤، التهذيب ٨: ١٧٢ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ حديث ١٢٨٥.

(٣) التهذيب ٨: ١٧٣ حديث ٦٠٢، الاستبصار ٣: ٣٥٩ حديث ١٢٨٨.

(٤) التهذيب ٨: ١٧٣ حديث ٦٠٣، الاستبصار ٣: ٣٥٩ حديث ١٢٨٩.

(٥) الفقيه ٣: ٢٨٢ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨: ٢١٢ حديث ٧٥٩.

وأوجب بعض العامة الاستبراء هنا، (١) وليس بشيء، يدل ذلك على ذلك وراء الإجماع أن الاستبراء إنما يثبت وجوبه في المملوكة، وقد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة.

لا يقال: قد وجب استبرؤها بالشراء والأصل بقاؤه.

لأننا نقول: لما أعتقها خرجت عن ملكه وصارت أجنبية بالنسبة إليه، نسبتها إليه وإلى غيره سواء فسقط الحكم الأول، وإذا أراد إنشاء النكاح كانت كغيرها من الأجنبيات اللاتي لم يعلم لهن وطء محترم.

ولما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: " يستبرئ بحيضة " قلت: فإن وقع عليها؟ قال: " لا بأس " (٢).

ومثله روى عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (٣)، وكذا أبو العباس البقباق عنه عليه السلام (٤). والأفضل الاستبراء لقوله عليه السلام في رواية أبي العباس هذه، ورواية ابن أبي يعفور قوله: " أن يفعل، وإن لم يفعل فلا بأس " (٥)، ومعنى قوله: " أن يفعل " أي حقه أن يفعل.

ويدل على حكم السرية ما رواه زرارة قال: سألته يعني - أبا عبد الله عليه السلام - عن رجل أعتق سرية، أله أن يتزوجها بغير عدة؟ قال: " نعم "، قلت: فغيره؟ قال: " لا حتى تعتقد بثلاثة أشهر " (٦)، ومثله روى الحسن عنه عليه السلام.

(١) قاله الشافعي وأحمد النظر: المغني لابن قدامة ٩: ١٧٥، والشرح الكبير معه ٩: ١٧٦.

(٢) التهذيب ٨: ١٧٥ حديث ٦١٢، الاستبصار ٣: ٣٦١ حديث ١٢٩٥.

(٣) التهذيب ٨: ١٧٥ حديث ٦١٣، الاستبصار ٣: ٣٦١ حديث ١٢٩٦.

(٤) التهذيب ٨: ١٧٥ حديث ٦١٤، الاستبصار ٣: ٣٦١ حديث ١٢٩٧.

(٥) التهذيب ٨: ١٧١ حديث ٥٩٧، الاستبصار ٣: ٣٥٧ حديث ١٢٨٠.

(٦) التهذيب ٨: ١٧٥ حديث ٦١١.

(٧) التهذيب ٨: ١٧٥ حديث ٦١٠.

ولا ريب أن الثلاثة الأشهر إنما تكفي مع تعذر الأقراء، أو أنها كناية عن الأقراء إلا أنها غالبا لا تكون في أقل من ثلاثة أشهر، وهذا هو المراد من قول المصنف: (عدة الطلاق).

واعلم أنه لو علم أن الأمة المبتاعة موطوءة وطءا محترما من نحو زوج فسخ نكاحه، أو من المولى فأعتقها لم يجوز له تزويجها إلا بعد الاستبراء وتكفي الحيضة، لأن في رواية محمد بن مسلم استحباب الاستبراء بحيضة مع جهل الوطاء، فلولا أن تكفي مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى. فإن الغرض منها يقين براءة الرحم، لاحتمال الوطاء، ولأن ذلك كاف قبل العتق فكذا بعده عملا بالاستصحاب، وسيأتي في كلام المصنف في باب العدد ما يدل على ذلك.
فرعان:

الأول: لو اشترى الأمة وسيدها صغير أو عنين أو محبوب، ففي كونها كأمة المرأة في سقوط الاستبراء قول للشيخ (١)، يومئ إليه أن النصوص دالة على أن مدار الاستبراء إمكان وطء البائع وجودا وعدما.

ويومئ إلى ذلك قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان وقد قال له: أفرأيت إن ابتاعها وهي طاهر، ثم زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت: " إن كان عندك أمينا فمسها " (٢) فإنه لم يدل على أن المنظور إليه عدم وطء البائع. وأما احتمال وطء غيره فانتفاؤه يكفي فيه أصالة عدم، ولا ريب في انتفاء الوطاء عن العنين والمحبوب وكذا الصغير.

الثاني: لو أراد تزويج الأمة المبتاعة، فإن كان البائع قد وطأها فلا بد من

(١) المبسوط ٥: ٢٨٦.

(٢) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٤، التهذيب ٨: ١٧٢ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ حديث ١٢٨٥.

ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم، وما يسببه أهل الضلال منهم.

الاستبراء، وإن لم يكن وطؤها معلوما فالمتجه الجواز بدون الاستبراء تمسكا بأصالة البراءة ولأن الاستبراء تابع لانتقال الملك وهو منتف هنا، ولأن المشتري إذا أعتقها جاز أن يزوجه غيره بغير استبراء فقبل العتق كذلك، لاستواء الحالين في انتفاء المقتضي للاستبراء.

فإن طلقها الزوج قبل الدخول في هذه الصورة احتمل جواز وطء البائع إياها بغير استبراء، لسقوطه بالتزويج، وانتفاء غيره بالطلاق قبل الميسس. قوله: (ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم، وما يسببه أهل الضلال منهم).

لا خلاف بين علمائنا في أنه يجوز للمسلم أن يشتري المرأة المزوجة من أهل الحرب ولو من زوجها، وكذا يجوز أن يشتري بناتهم وأبنائهم فيصيرون ملكا له وإن كان البائع الأب ونحوه، ويترتب على هذا الملك أحكامه التي من جملتها وطء الجارية بملك اليمين.

ووجهه: أن أهل الحرب في للمسلمين يملكون بمجرد الاستيلاء عليهم، فإذا توسط البيع كان أكد في ثبوت الملك، نعم في صورة بيع القريب قريبه الذي حقه أن ينعق عليه إشكال تقدم ذكره في البيع، ونقحه المصنف بصرف البيع إلى الاستنقاذ فلا يلحقه أحكامه من طرف المشتري.

وروى عبد الله اللحام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري أمة الرجل من أهل الشرك يتخذها، قال: " لا بأس " (١).

(١) التهذيب ٨: ٢٠٠ حديث ٧٠٢، الاستبصار ٣: ٨٣ حديث ٢٨٠.

وكذا يجوز اتباع ما يسيبه أهل الضلال من أهل الحرب وإن كان جميع ذلك
أو بعضه للإمام عليه السلام.
ويحل الوطاء وغيره بهذا الشراء، والأخبار بالإذن في ذلك من أئمة الهدى عليهم
السلام متواترة (١) وقد سبق بيان هذا في الخمس.

(١) التهذيب ٨: ٢٠٠ حديث ٧٠٢ - ٧٠٥، الاستبصار ٣: ٨٣ حديث ٢٨١.

(١٧٧)

المطلب الثاني: ملك المنفعة:
يجوز إباحة الأمة للغير بشروط: كون المحلل مالكا للرقبة، جائز التصرف، وكون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حللت عليه.
فلو أباح المسلمة للكافر لم تحل، وكذا المؤمنة للمخالف.
ويجوز العكس، إلا الوثنية على المسلم، والناصبية على المؤمن.
ولو كانت ذات بعل أو عدة لم يحل تحليلها

قوله: (المطلب الثاني: ملك المنفعة: يجوز إباحة الأمة للغير بشروط: كون المحلل مالكا للرقبة، جائز التصرف، وكون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حللت عليه، فلو أباح المسلمة للكافر لم تحل، وكذا المؤمنة للمخالف، ويجوز العكس، إلا الوثنية على المسلم، والناصبية على المؤمن، ولو كانت ذات بعل أو عدة لم يحل تحليلها).

هذا هو القسم الثاني من قسمي النكاح بالملك، وهو ملك المنفعة، وذلك تحليل المولى وطء أمته لغيره، وفي حكمه تحليل مقدمات الوطء، والمشهور بين علمائنا حل ذلك، وقد تواترت به الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام (١) على وجه لا سبيل إلى إنكاره.

ونقل الشيخ في المبسوط (٢)، وابن إدريس (٣) قولاً نادراً لبعض الأصحاب بالمنع. لنا عموم قوله تعالى: * (أوما ملكت أيمانكم) * (٤) وهو يتناول ملك المنفعة كما

(١) الكافي ٥: ٤٦٨ باب الرجل يحل جاريته لأخيه، التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٠٥٢ - ١٠٦٤، الاستبصار ٣: ١٣٥
باب ٨٩.
(٢) ٣: ٧٤.
(٣) السرائر: ٣١٣.
(٤) النساء: ٣.

يتناول ملك الرقية.

لا يقال: لو كان هذا العموم حقا لجاز هذا الوطاء بكل طريق مثمر لملك المنفعة. لأننا نقول: لا شك أن منفعة البضع ليست على نهج سائر المنافع، فلا بد لتملكها - بحيث يترتب عليه حل الوطاء - من قانون مستفاد من الشرع بالتلقي عن أهل البيت عليهم السلام، هم معادن العلم وحفظة الشرع، وقد نهجوا لذلك نهجا فيجب الاقتصار عليه، فيكون الحجة في الآية تناول عمومها لملك المنفعة في الجملة. والسنة كافلة ببيان ذلك على وجهه، ورواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل يحل لأخيه فرج جاريته، قال: "هي حلال ما أحل منها" (١).

وصحيحة أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أحلت لابنها فرج جاريتها، قال: "هو له حلال"، قلت: أفيحل له ثمنا؟ قال: "لا إنما يحل له ما أحلت له" (٢).

وصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة أحلت لي جاريتها فقال: "ذلك لك" قلت: فإنها كانت تمزح، فقال: "كيف لك بما في قلبها فإن علمت أنها تمزح فلا" (٣).

احتج المانع بعموم قوله تعالى: * (فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) * (٤)، وهذا خارج عن مسمى الأزواج والمملوكات فيدخل تحت العدوان. ولصحيحة الحسين بن علي بن يقطين قال: سألته عن الرجل يحل فرج جاريته

(١) التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٠٥٢، الاستبصار ٣: ١٣٥ حديث ٤٨٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٦٨ حديث ٦، التهذيب ٧: ٢٤٢ حديث ١٠٥٦، الاستبصار ٣: ١٣٦ حديث ١٤٨٩.

(٣) الكافي ٥: ٤٦٩ حديث ٨، التهذيب ٧: ٢٤٢ حديث ١٠٥٨، الاستبصار ٣: ١٣٦ حديث ٤٩١.

(٤) المؤمنون: ٧.

قال: " لا أحب ذلك " (١)

ورواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام: في المرأة تقول لزوجها: جاريتي لك، قال: " لا يحل له فرجها إلا أن تبيعه أو تهبه له " (٢).
وجوابه: قد بينا شمول ملك اليمين المتنازع فلم يدخل تحت العدوان، والرواية الأولى مقطوعة ولا تدل على المنع، والثانية مع ضعف سندها لا دلالة لها على محل النزاع، لأن المسؤول عنه خال من صيغة التحليل.
فإن قيل: الحجة في قوله: (إلا أن تبيعه أو تهبه له).
قلنا: لا شك أنه لا يراد من ذلك الحصر مطلقاً، فإن طريق الملك لا ينحصر في البيع والهبة قطعاً، بل المراد الحصر بالإضافة إلى المسؤول عنه، فكأنه عليه السلام قال: لا بد من طريق مملك، وهو مفقود في المسؤول عنه.
إذا تقرر ذلك فلهذه الإباحة شروط أربعة:
الأول والثاني: كون المحلل مالكا للرقبة ولا اعتبار بتحليل غير المالك لتحريم مال الغير بغير إذنه. وهل يقع لاغياً، أم ينفذ مع إجازة المالك؟ فيه وجهان، ولا يبعد ابتناؤهما على كون التحليل عقداً أو إباحة.
فعلى الأول ينفذ معها كما في غيره من عقود الأنكحة، بخلاف الثاني، لانتفاء الدليل على اعتبار الإباحة من غير المالك. نعم لو كان غير المالك وكيلاً له اعتبر تحليله، لأنه فعل يدخله النيابة.
وهل يعتبر تحليل الولي مع الغبطة، كما لو خاف على أمة الطفل الزنا ولم يوجد راغب في نكاحها، أو كان منافياً لخدمة الطفل؟ الظاهر نعم مع احتمال المنع، لأنه إتلاف محض، فلا بد من كون المالك جائز التصرف ليقع تحليله معتبراً، فلا اعتبار

(١) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٥٩، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٢.

(٢) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٦١، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٤.

بتحليل الصبي ولا المجنون للحجر عليهما مطلقا، ولا السفية ولا المفلس للحجر عليهما في التصرفات المتعلقة بالأموال.

الثالث: كون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حلت عليه، وقد سبق معرفة المحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة وغير ذلك فلا حاجة إلى إعادتها. وخص المصنف بالذكر من قد يخفى حكمه، فمن ذلك المسلمة فإنها لا تحل على الكافر بجميع أنواعه اتفاقا، ودلائل المنع في الكتاب والسنة كثيرة، وقد سبق جملة منها، ومن ذلك المؤمنة فإنها لا تحل على المخالف بجميع أنواعه على المختار بين محققي الأصحاب.

وقد تقدم جملة من الأخبار الدالة على ذلك، مثل قوله عليه السلام: " العارفة لا توضع إلا عند عارف (١)، وللإجماع المركب، فإن كل من منع تزويج المخالف منع من تحليل المؤمنة له، ومن لا فلا، وقد بينا المنع من تزويجه سابقا، فيثبت المنع هنا بحكم الإجماع.

أما العكس وهو تحليل الكافرة للمسلم والمخالفة للمؤمن فإنه جائز، لأن هذا في الحقيقة راجع إلى ملك اليمين، وهو جائز بالنسبة إليهما. ولا يستثنى من الكافرة إلا الوثنية، لما تقدم من الدلائل الدالة على المنع من وطئها بالملك، ولا يستثنى من المخالفة إلا الناصبة المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السلام فإنها كالكافرة، وقد ورد: " أن الناصب شر من اليهودي والنصراني " (٢)، ويثبت من وجوب مجانبتهم والتصلب في مباحثهم ما يمتنع معه حل الوطاء. ومن المحرمات ذات البعل وذات العدة قطعا فلا تحل بالتحليل، ولا فرق في العدة بين أن تكون بائنة أو رجعية.

(١) الكافي ٥ : ٣٥٠ حديث ١١.

(٢) الكافي ٥ : ٣٥١ حديث ١٦، علل الشرائع: ٢٩٢.

والصيغة وهو لفظ التحليل، مثل أحلت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، والأقرب إلحاق الإباحة به. ولو قال: أذنت لك، أو سوغت، أو ملكت فكذلك. ولا تستباح بالعارية، ولا بالإجارة، ولا ببيع منفعة البضع.

وهل يجوز إحلالها مدة الاستبراء؟ ينبغي أن يقال: إن كان الاستبراء عن وطء محتمل غير معلوم جاز وإن علم الوطء، فإن جوزنا ما سوى الوطء من الاستمتاع فاقصر على تحليل ما سواه حل، وإلا فلا.

قوله: (والصيغة: وهو لفظ التحليل، مثل: أحلت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، والأقرب إلحاق الإباحة به. ولو قال: أذنت، أو سوغت، أو ملكت فكذلك، ولا يستباح بالعارية، ولا بالإجارة، ولا ببيع منفعة البضع).

الشرط الرابع: الصيغة، ولا خلاف في اعتبارها، لأن الفروج لا يكفي في حلها مجرد التراضي ولا أي لفظ اتفق، بل لا بد من صيغة متلقاة من الشرع، وقد أجمعوا على اعتبار لفظ التحليل، وبه وردت النصوص (١)، فيقول: أحلت لك وطء فلانة، أو جعلتك في حل من وطئها.

وكذا مقدمات الوطء كالتقبيل، ولا يكفي: أنت في حل من وطئها، لعدم كونه صريحا في الإنشاء، واختلفوا في لفظ الإباحة. فالأكثر - ومنهم الشيخ في النهاية (٢) وأتباعه، والمرضى (٣)، وابن زهرة (٤)،

(١) النظر: الكافي ٥: ٤٦٨، التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٠٥٢ - ١٠٦٣.

(٢) النهاية: ٤٩٦.

(٣) الإنتصار: ١١٨.

(٤) الغنية (ضمن الجوامع الفقهية): ٥٥٠.

والمصنف في الإرشاد - على أنه لا يفيد الحل وقوفا مع ظاهر النصوص ومراعاة الاحتياط، فإن الأمر في الفروج شديد، وتمسكا بالأصل فيما عداه. وذهب في المبسوط (١)، وابن إدريس (٢)، ونجم الدين (٣) إلى جواز لفظ الإباحة، وهو مقرب المصنف لاشتراك الإباحة والتحليل في المعنى، ويجوز إقامة كل من المترادفين مقام الآخر كما بين في الأصول. لا يقال: فعلى هذا يكفي لفظ العارية، للاشتراك في المعنى. لأننا نقول: الأكثر على أنه لا يكفي. ورواية أبي العباس البقباق عن الصادق عليه السلام، حيث سأله عن عارية الفروج فقال: " حرام " ثم مكث قليلا وقال: " لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاريته لأخيه " (٤) نص في المنع، والأصح الأول. ويمنع الاكتفاء بالمرادف مطلقا، فإن في النكاح شائبة العبادة، وكثير من أحكامه توقيفية والاحتياط فيه من أهم المطالب. ولو قال: أذنت لك في وطئها، أو سوغته لك، أو ملكتك إياه فعند المصنف أنه كالإباحة في إفادة الحل، لأنها بمعناها. ويلزمه أن يكون لفظ الهبة كذلك، لأن وهبت وملكك بمعنى واحد، إلا أن يقال: إن الهبة لا تتعلق بما سوى الأعيان، بخلاف التملك فإنه قد يتعلق بالمنافع كما سبق في الإجارة. والأصح المنع في الجميع اقتصارا على موضع اليقين.

(١) المبسوط ٣: ٥٧.

(٢) السرائر: ٣١٤.

(٣) الشرائع ٢: ٣١٦.

(٤) الكافي ٥: ٤٧٠ حديث ١٦، التهذيب ٧: ٢٤٤ حديث ١٠٦٣، الاستبصار ٣: ١٤٠ حديث ٥٠٥.

ويوكل الشريكان ثالثاً، أو أحدهما الآخر في الصيغة، فلو باشرا
فقال كل منهما: أحلت لك وطأها صح.
ولو قال: أحلت حصتي فأشكال،

وأما بيع منفعة البضع فإنه باطل قطعاً، لأن البيع لا يتعلق بالمنافع. وكذا إجازة
الأمة للوطء، لأن منافع البضع ليست كسائر المنافع تحل بأي سبب اتفق، بل حلها
منوط بالسبب المستفاد من الشرع بخصوصه، ولا يجوز تعديده، وليس هذا مما ورد به
الشرع.

قوله: (ويوكل الشريكان ثالثاً أو أحدهما الآخر في الصيغة، فلو
باشرا فقال كل منهما: أحلت لك وطأها صح، ولو قال: أحلت لك وطء
حصتي فأشكال).

ما سبق هو بيان تحليل الأمة من المالك الواحد، وهذا بيان تحليلها إذا كانت
مشتركة، فإن وكلا ثالثاً صحت منه الصيغة قطعاً كما يصح منه تزويجها.
وكذا لو وكل أحدهما الآخر، ولا يقدر كون تصرف أحدهما عن نفسه بالأصالة
وعن الآخر بالوكالة، لأن الاعتبار بوقوع الصيغة باللفظ المعبر ولا أثر للسبب.
ولو أوقعها معاً مباشرة، بأن قال كل منهما: أحلت لك وطءها غير مقيد
بتحليل بعضها صح أيضاً، لصدور الصيغة المعتبرة من كل منهما.
فإن قيل: لما لم يملك كل واحد منهما إلا بعضها وجب أن لا تعتبر الصيغة منه
إلا إذا أحل حصته خاصة، لامتناع تحليل ما عداها منه.
قلنا: المحلل إنما هو الوطاء وهو أمر واحد لا يقبل التجزئة ولا يتصور حل
بعضه وحرمة بعضه، وإنما يحل مجموعه بتحليلهما، فتحليل أحدهما إياه جزء السبب،
فإن أحلاه دفعة أو تقدم أحدهما كان كل منهما معتبراً واقعا الموقع.
وإن قال أحدهما أو كلاهما: أحلت لك حصتي ففي صحة ذلك وإفادته الحل

وهل هو عقد أو تملك منفعة؟ خلاف.

إشكال ينشأ: من أن تصرف كل واحد منهما إنما هو في حصته، حتى إذا أحل وطء ها فإنما ينصرف ذلك إلى حصته، لامتناع إحلاله وطء ما سواها، فإذا صرح بتحليلها خاصة كان أولى بالصحة.

ومن أن الإحلال ليس لحصّة كل واحد منهما، بل للوطء وهو أمر واحد لا يتبعض فيه كما قدمناه، وحله إنما يكون بتحليلهما إياه، فلا أثر لتحليل الحصّة، كما أن لكل واحد منهما إذا أراد نكاحها لا يجوز أن يقتصر على إنكاح حصته، لأن علاقة الزوجية المثمرة لاستحقاق منافع البضع إنما تتعلق بمجموعها دون الأبعاض. ولأن استفادة حل الفروج بالعقد أمر توقيفي، فلا يتجاوز فيه موضع اليقين، وهذا أصح.

إذا تقرر ذلك، فإن اعتبرنا القبول في التحليل فلا بد من القبول مرتين باعتبار تحليل كل من الشريكين، أو قبول الوكيل عنه مرتين.

قوله: (وهل هو عقد أو تملك منفعة؟ خلاف).

لما كان حل الفروج منحصرًا في العقد والملك بنص القرآن (١) كما قدمناه، وكان القول بحل الأمة بالتحليل هو القول المعتبر عند الأصحاب، بل هو مذهب الأصحاب، وجب أن لا يكون خارجًا عن الأمرين. والمراد بكونه عقدًا كونه عقد نكاح، لأن كونه تملك منفعة لا ينافي كونه من جملة العقود، فتعين أن يراد كونه عقد نكاح. والخلاف الذي ذكره المصنف هو ما نقله ابن إدريس (٢)، فإنه نقل عن المرتضى في الإنتصار: إن تحليل المالك جاريته بغير عقد، والتحليل والإباحة عبارة

(١) النساء: ٣ و ٢٥.

(٢) السرائر: ٣١٣.

عنه (١).

ونقل عن الباقرين الأكثرين كالشيخين (٢) وغيرهما من المشيخة أنه تمليك منفعة مع بقاء الأصل، واختار الثاني: وكلام الشيخ في المبسوط (٣) قريب من هذا، فإنه لما ذكر

اختلاف الأصحاب قال: إن منهم من قال: إنه عقد والتحليل عبارة عنه.

ومنهم من قال: هو تمليك منفعة مع بقاء الأصل، وقواه وقال: إنه يجري مجرى اسكان الدار وإعمارها، قال: ولأجل هذا يحتاج إلى أن تكون المدة معلومة، ومقتضى هذا أنه يفتقر إلى تعيين المدة.

وقال في النهاية: ويحل له منها مقدار ما يحلله مالكها، إن يوما فيوما وإن شهرا فشهرًا على حسب ما يريد (٤)، ولم يذكر حكم الإطلاق.

واختار المصنف في المختلف الجواز بغير مدة (٥)، وفاقا لما يشعر به كلام ابن إدريس (٦). والأصح أنه تمليك منفعة، وأن تعيين المدة غير شرط.

أما الأول، فلأن الحل دائر بين العقد والملك، ولما امتنع الأول هنا تعين الثاني، وإنما قلنا: إن كونه عقدا ممتنع، لأن العقد منحصر في الدوام والمتعة، وانتفاء الأول ظاهر، لأن ثبوته يستلزم توقف رفعه على الطلاق، وإنه يجب بالدخول المهر، ونحو ذلك

(١) الإنتصار: ١١٨.

(٢) الشيخ المفيد في المقنعة: ٨٠، والشيخ الطوسي في المبسوط ٣: ٧٥.

(٣) المبسوط ٤: ٢٤٦.

(٤) النهاية: ٤٩٤.

(٥) المختلف: ٥٧٠.

(٦) السرائر: ٣١٣.

ولو أباح أمته لعبده، فإن قلنا إنه عقد أو تمليك وأن العبد يملك حلت، وإلا فلا. والأول أولى. لأنه نوع إباحة والعبد أهل لها.

مما هو معلوم الانتفاء.

وأما انتفاء المتعة فلأنها مشروطة بالمهر، ولا مهر مع التحليل، لأن المفهوم من الأخبار أنه تمليك مخصوص لمنفعة مخصوصة شرعا، فثمرته تقرب من ثمرة العارية. وكذا يشترط في المتعة الأجل، وهو منتف هنا لما سيأتي إن شاء الله تعالى. ويزيد ذلك بيانا أن النكاح عقد لازم ولا شئ من التحليل بلازم، إلا أن يدعي المرتضى لزومه، وهو بعيد. وإذا انتفى الدوام والمتعة امتنع كونه نكاحا، فتعين كونه من قبيل الملك.

وأما الثاني، فلأن كون الشئ شرطا في آخر شرعا إنما يكون بتعيين الشارع، وإنما يكون ذلك بالنقل، والأخبار الواردة في هذا الباب خالية من ذلك، فالقول بالاشتراط باطل لا محالة، بل لو شرط مدة كان له الرجوع متى شاء، لانتفاء المقتضي للزوم، ولأنه ينزع بنزع العارية.

إذا تقرر ذلك فعلى كل من القولين لا بد من القبول، أما إذا كان عقد نكاح فظاهر، وأما إذا كان تمليكا، فلأنه في معنى هبة المنفعة، فيكون أيضا من قبيل العقود فاعتبر فيه القبول، ولأن النكاح مبني على كمال الاحتياط فيراعى فيه وجود ما يقطع بسببته.

قوله: (ولو أباح أمته لعبده فإن قلنا إنه عقد، أو تمليك وأن العبد يملك حلت، وإلا فلا. والأول أولى، لأنه نوع إباحة والعبد أهل لها).
اختلف الأصحاب القائلون بحل الأمة بتحليل المولى، في أنه إذا أحل أمته لعبده هل تحل له بالتحليل على قولين:

أحدهما: - واختاره الشيخ في النهاية (١)، والمصنف في المختلف (٢)، وجماعة (٣) -
العدم، لصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي عليه السلام، أنه سئل عن
المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: " لا يحل له "،
ولأنه نوع تمليك والعبد ليس أهلاً له.
والثاني: - واختاره ابن إدريس (٥) - الحل، لأنه لا مانع منه من كتاب ولا سنة
ولا إجماع، والأصل الإباحة، ولعموم قوله تعالى: * (فانكحوهن بإذن أهلهن) * (٦)،
وقوله
تعالى: * (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) * (٧).
واعترضه المصنف في المختلف (٨) بوجود المانع، وهو الخبر الصحيح والدلالة
العقلية، وفي هذا الكتاب بنى الحكم بالحل وعدمه هنا على القولين في المسألة التي قبله
أولاً، ثم اختار الحل معرضاً عن هذا البناء، لأنه أهل للنكاح قطعاً.
وإن جعلناه تمليكا، فإن قلنا: إن العبد يملك فكذلك، وإن لم نقل بواحد من
الأمريين - أعني كونه نكاحاً، أو تمليكا مع القول بأن العبد يملك - لم يحل له، لأن
الحل حينئذ دائر مع الملك وهو منتف.
والمراد بالأول في قول المصنف: (والأول أولى لأنه نوع إباحة..). هو الحل
المستفاد من قوله: (حلت)، فيكون الثاني هو ما دل عليه قوله: (وإلا فلا) أعني عدم

(١) النهاية: ٤٩٤.

(٢) المختلف: ٥٧١.

(٣) منهم فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٦٧.

(٤) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٥.

(٥) السرائر: ٣١٤.

(٦) النساء: ٢٥.

(٧) النور: ٢٣.

(٨) المختلف: ٥٧١.

ويجوز تحليل المدبرة وأم الولد، دون المكاتبه وإن كانت مشروطة، والمرهونة.

وأما الرواية فإنها غير صريحة بالمنع في صورة النزاع، إذ لا صراحة فيها بكون الأمة ملكا للمولى، فجاز أن يكون المسؤول عنه تحليل مولى العبد أمة الغير أو أنه أراد التحليل بدون الصيغة الشرعية.

ويمكن حملها على التقية، لأن العامة يمنعون التحليل مطلقا، ولا يخفى أنه لا فرق بين إباحة أمته لعبده أو عبد غيره إذا أذن سيده، ولعل المصنف إنما لم يعمم العبارة بحيث يشمل عبد الغير، لاحتياجه حينئذ إلى التقييد بإذن السيد. قوله: (ويجوز تحليل المدبرة وأم الولد دون المكاتبه وإن كانت مشروطة والمرهونة).

كما يجوز تحليل وطء المملوكة القنة كذا يجوز تحليل وطء المدبرة، لأن التدبير لا يخرج المدبر عن الملك، ولا يمنع من تصرف المولى فيه، لبقاء الملك كما كان قبل التدبير، فإن كونه بحيث يستحق العتق بالموت لا يقتضي خلاف ذلك. ومن ثم صحت إجارة المدبر وعاريته، ولا ينافي شيء من ذلك بقاء التدبير، بخلاف ما لو باعه أو وهبه، وكذا يجوز تحليل أم الولد، لما قلناه في المدبرة. أما المكاتبه فلا يصح تحليلها وإن كانت مملوكة، لانقطاع سلطنة المولى عنها بالكتابة وتسلمها على منافع نفسها، ولهذا لا يجوز للمولى وطؤها بحال، ولا فرق بين كون الكتابة مطلقة أو مشروطة.

وإنما عطف المصنف المشروطة إن الوصلية، لأنها الفرد الأخصى، لأن انقطاع السلطنة في الكتابة المطلقة أقوى.

وكذا لا يجوز تحليل أمته المرهونة، لأنه لا يجوز للراهن التصرف في الرهن لأجل حق المرتهن بوطء ولا غيره إلا بإذنه، وعلى هذا فإذا أحلها للمرتهن حلت، لانحصار الحق فيهما لا

ولو ملك بعضها فأباحته لم تحل، ولو أحل الشريك حلت على رأي.

قوله: (ولو ملك بعضها فأباحته لم يحل، ولو أحل الشريك حلت على رأي).

لو ملك مالك بعض الأمة فبعضها الآخر إما حر أو مملوك لغيره، فإن كان حراً فأباحته نفسها لم تحل له، لأن الحرية إنما تحل بالنكاح دون الإباحة قطعاً. وإن كان مملوكاً للغير فأحلها الشريك ففي حلها للأصحاب قولان: أحدهما: - واختاره المصنف، ومنعه ابن حمزة (١) محتجاً بأنه يلزم تبعض سبب البضع، وقد تقدم الكلام في ذلك قبل الفصل الثاني في مبطلاته وأن الأصح عدم الحل بذلك، فلا حاجة إلى إعادته، وينبغي التنبيه بشيئين:

الأول: موضوع المسألة السابقة وموضوع هذه المسألة متغايران، فيخرج بذلك عن التكرار. بيانه: إن موضوع السابقة ما إذا كان مزوجاً بأمة مشتركة فاشترى نصيب أحد الشريكين، وموضوع هذه إحلال أحد الشريكين الأمة المشتركة لشريكه وهو أعم من موضوع الأولى.

الثاني: حكى جماعة أن المصنف رحمه الله كتب على حاشية كتاب القواعد: إنه رأى والده سديد الدين رحمه الله بعد وفاته في النوم فبحث معه في هذه المسألة ومنع الحل فيها، واحتج بأن سبب البضع لا يتبعض. فأجابه والده بمنع التبعض، لأن حلها ليس مستنداً إلى حل بعضها بالملك وبعضها بالتحليل ليلزم ذلك، بل هي قبل التحليل حرام وبه يحصل حلها فلا تبعض. واعترض بأن للملك دخلاً ولولاه لما حلت، والتحليل وهو الجزء

(١) الوسيلة: ٣٥٩.

ولو أباح الوطاء حلت مقدمات الاستمتاع، ولو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي،

الأخير من أجزاء السبب فتبعض السبب.

واحتمل شيخنا الشهيد الحل بوجه آخر، وهو أن التبعض الممنوع منه هو ما يتألف من الملك والتزويج، أما ما يرجع إلى الملك وحده فلا، وهو هنا كذلك، لأن التحليل راجع إلى الملك كما حققناه، فلا يمنع ضمه إلى ملك النصف، كما لو ملك مجموع الأمة بسببين مختلفين كالإرث والبيع ونحوهما، فإن هذا التبعض غير قادح قطعاً، وهذا مثله. ولا شك أن ما احتمل محتمل لا يخلو من وجه.

قوله: (ولو أباح الوطاء حلت مقدمات الاستمتاع، ولو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي).

لا ريب أن أعلى مراتب الاستمتاع الوطاء، وما عدا ذلك من نحو لمس وتقبيل وملاعبة وما جرى هذا المجرى فهو دونه ومحسوب من مقدماته، لأنه لا ينفك من تقدمها عليه غالباً ولا موقع له بدونها.

فإذا أباح مولى الأمة وطأها حل المقدمات لمن أحل له الوطاء، نظراً إلى اقتضائه إياها غالباً، ولأن تحليل الأقوى يدل على تحليل ما دونه بطريق أولى. أما لو أحل المقدمات ولم يتعرض للوطء فإنه لا يحل قطعاً لانتفاء المقتضي فيستصحب أصل التحريم، وكذا لو أحل بعض المقدمات لم يحل قطعاً ولا البعض الآخر منها، لانتفاء المقتضي، ولرواية الحسن بن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا أحل الرجل من جاريته قبلة لم يحل له غيرها، وإن أحل له منها دون الفرج لم يحل له غيره، وإن أحل الفرج حل له جميعها " (١)، وفي معناها غيرها (٢).

(١) الكافي ٥: ٤٧٠ حديث ١٥، التهذيب ٧: ٢٤٥ حديث ١٠٦٦.

(٢) الكافي ٥: ٤٦٨ حديث ٤.

ولا تستباح الخدمة بإباحة الوطء وبالعكس.
ولو وطأ من غير إذن كان زانيا إن كان عالما، وعليه العقر إن أكرهها
أو جهلت، والولد للمولى،

ولو كان بعض الذي أحله مستلزما لبعض آخر غالبا، كالتقيل المستلزم للمس
بشهوة لم يبعد استفادة حل الثاني من إحلال الأول.
قوله: (ولا تستباح الخدمة بإباحة الوطء، وبالعكس).
أما الأول، فلأن الخدمة منفعة لا يتناولها عقد التحليل ولا يقتضيها، فيبقى على
حكم المنع منها استصحابا لما كان.
وأما الثاني وهو العكس، فلأن حل الوطء له عقد برأسه لا يحل بدونه، وكذا
مقدماته فكيف يحل بإباحة الخدمة.
قوله: (ولو وطأ من غير إذن كان زانيا إن كان عالما وعليه العقر إن
أكرهها أو جهلت والولد للمولى).
ينبغي أن يكون هذا متصلا بقوله: (وبالعكس)، ليكون ذكره سببا لذكره،
ويجوز أن يكون حكما مستقلا بنفسه، والأول أحسن.
أي: لو أباحه الخدمة فقد قلنا إنه لا يستباح الوطء فلو وطأ في هذه الحالة
من غير إذن، والمراد من غير إذن يقتضيه، وهو الإذن المستفاد من عقد التحليل.
فإما أن يكون عالما بالتحريم أو جاهلا به، إما لجهله بها كأن ظنها أمته، أو
لتوهمه أن إباحة الخدمة يقتضي حل الوطء.
فإن كان عالما بالتحريم فهو زان لا محالة يجب حده، ثم هي إما أن تكون
مطاوعة أو مكرهة، فإن طاوعت فيما أن تكون عالمة بالتحريم أو لا، فإن كانت مكرهة
أو جاهلة بالتحريم فعليه العقر لمولاها، وهو العشر إن كانت بكرا ونصف العشر إن
كانت ثيبا، لما ذكر في نظائره غير مرة.

ولو جهل فالولد حر وعليه القيمة.
وولد التحليل حر بشرط الحرية أو أطلق، ولا شيء على الأب على رأي.

ويجب مع العقر أيضا أرش البكارة، لأن إزالتها جناية خارجه عن عوض الوطاء، وإن كانت عالمة بالتحريم ففي وجوب العقر إشكال، تقدم في كلام المصنف ذكره غير مرة.

وقد نقحناه في أول هذا الباب، وقد بينا أنه لا مهر في مثل هذا، لأنها بغي، نعم يجب أرش البكارة، لأنها جناية مستقلة، وليس من المهر من شيء.
وهذا الحكم وهو عدم وجوب المهر مع علمها بالتحريم ومطاوعتها مستمر مع علمه وجهله، فحقه أن يكون قوله: (وعليه العقر) مستقلا غير متصل بكونه عالما. إلا أن قوله: (والوالد للمولى) يقتضي اتصاله به، فإن الولد إنما يكون للمولى إذا لم يكن لاحقا بالواطئ، وإنما يكون ذلك إذا كان عالما.
قوله: (ولو جهل فالولد حر وعليه القيمة).
أي: لو جهل الوطاء التحريم فالولد حر، وذلك لأنه نسبه لكن عليه قيمته يوم سقوطه حيا لمولى الأمة، لأنه نماء ملكه وقد فات منه بغير إذنه فوجب عوضه، وهو قيمته لو كان رقيقا في أول أوقات إمكان تقويمه، وهو حين سقوطه حيا، ولو حصل للأمة نقص بسبب ذلك وجب أرشه.
قوله: (وولد التحليل حر شرط الحرية أو أطلق، ولا شيء على الأب على رأي).

للولد الحاصل بالتحليل ثلاثة أحوال: أن يشترط الأب على المولى حرته في عقد التحليل، وأن يشترط المولى رقيقته، وأن يطلق العقد بحيث يخلو من الأمرين. فإن شرطا الحرية فالولد حر إجماعا، ولا قيمة على الأب هنا إجماعا.

وإن أطلقا العقد فللأصحاب قولان:

أحدهما: إنه رق، اختاره الشيخ في النهاية والمبسوط، قال في النهاية: متى جعله في حل من وطئها وأت بولد كان لمولاها، وعلى أبيه أن يشتريه بماله إن كان له مال وإن لم يكن له مال استسعى في ثمنه (١).

وقال في المبسوط في خلال استدلاله على أن التحليل نوع تمليك لا عقد، ويكون الولد لاحقا بأمه ويكون رقا، إلا أن يشترط الحرية، ولو كان عقدا بمعنى التحليل للحق بالحرية على كل حال (٢).

والثاني: إنه حر، ذهب إليه المرتضى (٣)، وابن إدريس (٤)، وجمع من المتأخرين (٥) منهم المصنف، واختاره الشيخ في الخلاف (٦)، وهو الأصح.

لنا أن الحرية مبنية على التغليب والسراية، ولهذا يسري العتق بأقل جزء يتصور، ولا شبهة في أن الولد متكون من نطفة الرجل والمرأة كما نطق به القرآن العزيز، فيغلب جانب الحرية ولموثقة إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحلل جاريتته لأخيه - إلى أن قال - قلت: فجاءت بولد قال: " يلحق بالحر من أبويه " (٧).

ولحسنه زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريتته لأخيه قال: " لا بأس "، قال: قلت: فإن جاءت بولد قال: " يضم إليه ولده وترد الجارية على

(١) النهاية: ٤٩٤.

(٢) المبسوط ٤: ٢٤٦.

(٣) نقله عنه فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٦٨.

(٤) السرائر: ٣١٣.

(٥) منهم المحقق في الشرائع ٢: ٣١٧، والمقداد السيوري في التنقيح ٣: ١٧٧.

(٦) الخلاف ٢: ١٧٠.

(٧) التهذيب ٧: ٢٤٧ حديث ١٠٧١، الاستبصار ٣: ١٣٩ حديث ٥٠٠.

صاحبها "، قلت له: أنه لم يأذن في ذلك، قال: " إنه قد أذن له وهو لا يأمن أن يكون ذلك " (١)

وغير ذلك من الأخبار (٢).

احتج الشيخ بما رواه ضريس بن عبد الملك قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحلل لأخيه فرج جاريته، قال: " هو له حلال "، قلت: فإن جاءت بولد منه قال: " هو لمولى الجارية، إلا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلها إن جاءت بولد فهو حر " (٣).

وفي معناها رواية الحسين العطار عنه عليه السلام (٤).

وجوابه: إن الروايات من ذلك الجانب أكثر وأشهر بين الأصحاب وأوضح طريقا، فلا تصلح هذه لمعارضتها.

وإن شرطا الرقية، وهي الحالة الثانية ولم يتعرض إليها المصنف.

فعلى قول الشيخ في النهاية والمبسوط (٥) الشرط تأكيد لمقتضى التحليل،

ويترتب عليه عدم وجوب الفك على الأب ولا السعاية، وعلى القول بانعقاده حرا المشهور بين الأصحاب صحة الشرط.

قال شيخنا في شرح الإرشاد: ولا قاطع يدل عليه بل ولا حديث ولهذا توقف

فيه المحقق، ثم قال: ويمكن الاستدلال باشتهاره بين الأصحاب وعدم علم المخالف

(١) التهذيب ٧: ٢٤٧ حديث ١٠٧٣، الاستبصار ٣: ١٣٩ حديث ٥٠٢.

(٢) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٧٠، الاستبصار ٣: ١٣٩ حديث ٤٩٩.

(٣) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٦٨، الاستبصار ٣: ١٣٨ حديث ٤٩٧.

(٤) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٦٩، الاستبصار ٣: ١٣٨ حديث ٤٩٥.

(٥) النهاية: ٤٩٤، المبسوط ٤: ٢٤٦.

الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبددة:
يكره وطء الفاجرة، والمولودة من الزنا، وأن ينام بين حرتين، وأن يطاء
حرة وفي البيت غيره، ولا بأس بهما في الإمام.

وعموم: "المسلمون عند شروطهم" (١).
أقول: قد بينا فيما سبق الدليل الدال على عدم صحة هذا الشرط في النكاح،
وهذا بعينه آت هنا، إلا أن يبلغ فتوى الأصحاب هنا مبلغ الإجماع، فيكون هو الحجة.
إذا عرفت ذلك فقول المصنف: (شرط الحرية أو أطلق ولا شيء على الأب)
يريد به كون الرأي في الحرية وعدم وجوب شيء على الأب مع الإطلاق، فإن مع
اشتراط الحرية لا خلاف في الحكمين
قوله: (الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبددة).
إنما كانت هذه المسائل متبددة، لأنها من أبواب شتى حاول بها تكميل
المباحث السابقة.

قوله: (يكره وطء الفاجرة والمولودة من الزنا، وأن ينام بين حرتين، وأن
يطاء حرة وفي البيت غيره، ولا بأس بهما في الإمام).
لا شبهة في كراهية وطء الزانية بالعقد والملك، لما فيه من العار
وخوف اختلاط الماءين، وكذا يكره وطء المولودة من الزنا لكل من الأمرين. روى
محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام عن الخبيثة يتزوجها الرجل قال: "لا، وإن
كانت أمة فإن شاء وطأها ولا يتخذها أم ولد" (٢).

(١) التهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ سنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٨ و ٩٩.

(٢) الكافي ٥: ٣٥٣ حديث ٤، التهذيب ٨: ٣٠٧ حديث ٧٣٣.

وللسيد استخدام الأمة نهاراً، وعليه تسليمها إلى زوجها ليلاً. وهل له إسكانهما في بيت في داره، أو للزوج إخراجها ليلاً؟ نظر أقرب به الأخير.

والمراد بذلك أن يعزل عنها حذرا من حملها. وكذا يكره النوم بين حرتين، لما فيه من الامتهان لهما، بخلاف الأمتين. وكذا يكره أن يطاء الحرة وفي البيت غيره، ولا بأس بذلك في الأمة. وينبغي تقييد الغير بكونه مميزاً، روى الكليني بإسناده إلى الصادق عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: والذي نفسي بيده لو أن رجلاً غشي امرأته وفي البيت مستيقظ يراها ويسمع كلامهما ونفسهما ما أفلح أبداً إن كان غلاماً كان زانياً، أو كانت جارية كانت زانية " (١). وروى الشيخ بإسناده إلى الصادق عليه السلام قال: " لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا " (٢). وقول المصنف: (ولا بأس به في الإمام) يريد به النوم بين أمتين ووطء المرأة وفي البيت غيره.

قوله: (وللسيد استخدام الأمة نهاراً، وعليه تسليمها إلى زوجها ليلاً وهل له إسكانها في بيت في داره، أم للزوج إخراجها ليلاً؟ نظر أقرب به الأخير). إذا زوج السيد أمته لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً قطعاً، بل يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً، لأن السيد يملك من أمته منفعة

(١) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ٢.

(٢) الكافي ٥: ٤٩٩ حديث ١، التهذيب ٧: ٤١٤ حديث ١٦٥٥.

الاستخدام ومنفعة الاستمتاع، فإذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتيها، وبقيت المنفعة الأخرى يستحق استيفاءها في وقتها وهو النهار، كما لو آجر الأمة فإنه يسلمها للمستأجر وقت الاستخدام وهو النهار، ويمسكها ليلا لاستيفاء المنفعة الأخرى. ولو أراد أحدهما تسليمها نهارا للاستمتاع بدلا من الليل لم يلزم الآخر إجابته، لأن الليل وقت الاستراحة والاستمتاع، وعليه التعديل في القسم بين النساء. إذا تقرر ذلك.

فلو قال السيد: لا أخرجها من داري لكن أفرد لكما بيتا لتخلوا فيه، فأبى الزوج إلا إخراجها ليلا، ففي تقديم اختيار السيد أو الزوج نظر، ينشأ من احتمال كل منهما:

أما السيد، فلأنه يستحق دوام يده على ملكه، فإذا لم يناف حق الزوج حيث يتمكن من الوصول إلى حقه كان فيه الجمع بين الحقين. وأما الزوج فلأن له على الزوجة حق التبعية، لقوله تعالى: * (الرجال قوامون على النساء) * (١) فتعين المكان إليه، لأن الحياء والمروة يمنعانه من دخول دار السيد، ولأن التسليم ليلا إلى الزوج يجب أن يكون تاما، لانقطاع حق السيد عنها في الليل، ولا يكون تاما إلا بما قلناه.

ولقوة دلائل هذا الوجه على الذي قبله كان هو الأقرب عند المصنف، والأصح في الفتوى.

ووجه ضعف ما قبله أن لمانع أن يمنع أن للسيد إدامة يده على الأمة ليلا، لأنه لما عقد على منفعة الليل انقطعت سلطنته عنها ليلا. وكذا له أن يمنع أن في ذلك جمعا

(١) النساء ٣٤.

ولو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج، ففي وجوب تسليمها إليه نهارا إشكال.
وللسيد أن يسافر بها، وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلا،

بين الحقين، فإن حق الزوج هو التسليم التام ولا يحصل بذلك.
قوله: (ولو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج، ففي وجوب تسليمها إلى الزوج نهارا إشكال).

أي: لو كانت الجارية المزوجة ذات حرفة، وأمكنها عمل تلك الحرفة في يد الزوج، فقال: دعوها تحترف للسيد في يدي، ففي وجوب تسليمها إليه نهارا إشكال ينشأ: من أن المانع من تسليمها إليه نهارا هو فوات حق السيد، وفي الصورة المذكورة المانع المذكور منتف فوجب التسليم.

ولأن لكل من السيد والزوج حقا متعلقا بها، ومع التسليم على الوجه المذكور يحصل الجمع بين الحقين فكان واجبا. ومن أن حق كل منهما اختص بزمان، نظرا إلى ارتباطه به غالبا، فحق الزوج مناطه الليل، لأنه محل الاستمتاع غالبا، وحق السيد مناطه النهار كذلك، فلا يتغير ذلك بحدوث حالة نادرة، على أن حق السيد ليس منحصرا في الحرفة. وقد يبدو له فيريد استخدامها وهذا أصح، ومن هذا البيان يظهر انتفاء الجمع بين الحقين بذلك.

قوله: (وللسيد أن يسافر بها، وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلا).

إذا أراد السيد أن يسافر بالأمة المزوجة كان له ذلك، ولم يكن للزوج المنع، وذلك لأن السيد مالك للقربة وإحدى المنفعتين، وليس للزوج إلا المنفعة الأخرى فكان جانبه أقوى من جانب الزوج، فلو أراد الزوج والحالة هذه أن يسافر معه ليستمتع بها ليلا لم يكن للسيد منعه، لأن ذلك حق ثابت له.

وإنما تجب النفقة بالتسليم ليلا ونهار، فلو سلمها ليلا فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة ويسقط مع سفر السيد بها.

قوله: (وإنما تجب النفقة بالتسليم ليلا ونهارا، فلو سلمها ليلا فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة، وتسقط مع سفر السيد بها).
يجب بالنكاح الدائم من الحقوق المالية شيئان: المهر، والنفقة، أما المهر فإنه يجب كله بالعقد عند المحققين في غير المفوضة ويستقر بالدخول، ولا يجب تسليم الزوجة إلا مع تسليمه.
ولو سافر بها السيد قبل التمكين لم تكن له المطالبة، بخلاف ما لو مكن منها فلم يتسلم الزوج. وأما النفقة فالمذهب أنها تجب بالتمكين التام شرعا. إذا تقرر هذا فنقول: إنا قد بينا أن الأمة المزوجة لا يجب على السيد تسليمها ليلا ونهارا، بل ليلا خاصة، فإن اتفق تسليمها إليه ليلا ونهارا فلا كلام في وجوب جميع النفقة، وإن سلمها ليلا خاصة ففي النفقة ثلاثة أوجه:
أحدها: وجوب جميعها، لحصول التمكين التام، إذ لا يراد منه إلا التمكين الواجب شرعا، لأن غيره غير منظور إليه عند الشارع، وكما أن المنع من الاستمتاع زمان الحيض والمرض مثلا لا يمنع وجوب النفقة ولا شيء منها، ومثله منع الزوجة من التسليم قبل الدخول لقبض المهر، فكذا المنع من الاستمتاع هنا نهارا لا يسقط النفقة.
وفيه نظر، لأن المنع في المرض والحيض إنما جاء من قبل الشارع لا من قبل الزوجة، والمنع من التسليم قبل الدخول جاء من قبل الزوج، لأن هذا المنع إنما يترتب على منعه المهر المستحق بالنكاح، بخلاف المنع لمصلحة السيد، لاستيفاء المنفعة المستحقة، كما لو آجرت الحرة نفسها تعمل نهارا مدة ثم تزوجت في خلالها، فإن حق المستأجر نهارا مقدم، ولا بعد ذلك عذرا في النفقة ولا يجب وإن سلمت نفسها ليلا.

ولو قتلها السيد قبل الوطاء ففي سقوط المهر نظر، أقربه العدم، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها.

فرع:

لو سلمها إليه قبل السفر فلم يدخل ثم سافر بها وجب على الزوج تسليم المهر، لأنه غير مشروط بدوام التسليم بخلاف النفقة. قوله: (ولو قتلها السيد قبل الوطاء ففي سقوط المهر نظر، أقربه العدم، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها).

لا ريب أن هلاك المنكوحه بعد الدخول لا يسقط المهر ولا شيئاً منه، حرة كانت أو أمة، سواء هلكت بالموت أو القتل، لاستقراره بالدخول، أما قبل الدخول، فإذا قتل السيد الأمة فإن في وجوب المهر وسقوطه وجهين متقابلين ينشأ النظر من الالتفات إليهما.

أحدهما: السقوط، لأنها فرقة حصلت قبل الدخول من مستحق المهر، فكان كفسخ الزوجة وردتها قبل الدخول، ولأن تزويج السيد الأمة بحكم الملك، فهو كالمعاوضة المالية فقتله إياها قبل الدخول كإتلاف البائع المبيع قبل القبض. وثانيهما: العدم، لأنها فرقة حصلت بانتهاء العمر فهي كالموت قبل الدخول وهذا إنما يتم على القول بأن المقتول لو لم يقتل لمات، وهي مسألة كلامية. وعندي في هذا البناء شيء، لإطلاق النص (١) بكون الموت موجبا لاستقرار المهر الشامل للموت بالقتل وغيره، وكونه بحيث يعيش لولا القتل لا دخل له. والأقرب من الوجهين عند المصنف الثاني، ووجه القرب أن المهر قد وجب بالعقد والأصل بقاءه، ولم يثبت كون القتل موجبا للسقوط، والنكاح ليس معاوضة

(١) التهذيب ٨: ١٤٧ حديث ٥١٣، الاستبصار ٣: ٣٤٢ حديث ١٢٢٣.

وإذا عقد لشهادة اثنين لها بالحرية وأولدها، فعليهما ما أتلناه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما، وفي تضمينهما ما زاد عن مهر المثل إشكال.

قوله: (وإذا عقد بشهادة اثنين لها بالحرية فأولدها، فعليهما ما أتلناه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما، وفي تضمينهما ما زاد عن مهر المثل إشكال).

أي: إذا عقد على الأمة بشهادة اثنين بكونها حرة، ثم تبين رقتها وقد دخل بها وأولدها، فلا شك في تضمينهما ما أتلناه عليه بشهادتهما، وذلك هو المهر وقيمة الولد، لأنهما غراه بشهادتهما فدخل على أن الولد له بغير ضمان شيء وأن النكاح صحيح، فلما ظهر الخلاف وتبين تزويرهما كان له الرجوع عليهما، لأن المغرور يرجع على من غره.

وقد تقدم في كلام المصنف في أول باب نكاح الإماء أن الواجب على العاقد هو المسمى، ولا ريب أنه قد يزيد على مهر المثل وقد ينقص عنه، فإن لم يزد فلا شبهة في الرجوع بما اغترم، وإن زاد فلا شبهة أيضا في الرجوع بقدر مهر المثل. وأما الزائد فإن في الرجوع به إشكالا ينشأ: من أنهما غراه في ذلك بشهادتهما لها بالحرية، إذ لولاها لما أصدقها ذلك القدر، والمغرور يرجع على من غره. ومن أن إصدقها الزيادة إنما كان باختياره، فإن شهادتهما بالحرية لا توجب إصدق الزائد على مهر أمثالها، فكان الزوج مستقلا بإتلاف الزائد حيث أنه متبرع ببذله، إذ ليس في مقابله شيء باعتقاده.

ومثله ما لو شهدا بمال لزيد فاشترى آخر بزائد عن القيمة السوقية، ثم تبين تزويرهما وتعذر استرجاع الثمن، فإن في تغريم الشاهدين الزائد عن القيمة إشكالا. ولقائل أن يقول: إن أريد بالتغريم الموجب لاستحقاق الرجوع ما يكون سببا في الغرم في الجملة، فمعلوم أن الشهادة بالحرية هي الباعث على العقد، ولها دخل في

ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأي.

كل مهر يذكر في العقد، فوجب الحكم باستحقاق الرجوع به كائنا ما كان. وإن أريد به ما يلزم عن الشهادة فمعلوم أن أصل النكاح ليس لازما عن الشهادة، وإنما هو مستند إلى اختيار الزوج، والشهادة بالحرية من جملة البواعث، فالحكم بتضمين الزائد له وجه. إذا عرفت ذلك فهنا مباحث:

الأول: أطلق المصنف في العبارة الشاهدين ولم يصرح بكونهما عدلين، ومقتضى الإطلاق أن له الرجوع عليهما بما ذكر بشهادتهما وإن لم يكونا عدلين، وكذا أطلق في المختلف (١) وإن كان كلامه الذي ذكره آخرًا تحقيقًا يقتضي عدالتهما، إلا أن اشتراط العدالة في استحقاق الرجوع بما لزمه غرمه من التغير لا يظهر وجهه، فإن المدلس لا يشترط عدالته في استحقاق الرجوع عليه في صورة التدليس، ومتى صح عدم اشتراط العدالة فكذا عدم اشتراط التعدد.

الثاني: ظاهر العبارة أنهما إنما اتلفا بشهادتهما المهر وقيمة الولد، فلا يرجع عليهما بما سواهما. ويمكن أن يقال: إن النفقة من هذا القبيل أيضا: لأنه إنما بذلها بناء على وجوبها بالزوجية بناء على الحرية وقد ظهر العدم.

الثالث: ينبغي أن يراد بمهر المثل الذي يرجع به جزما: هو مهر مثلها على تقدير كونها حرة، لأن ذلك هو اللائق بها لو كانت حرة، فهو يقتضي الغرر لا محالة، فالزائد عليه هو مناط الإشكال، وليس المراد به مهر مثلها أمة قطعاً وهو ظاهر. قوله: (ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأي).

قد ذكرنا فيما سبق أن الرأي هو ما عليه أكثر الأصحاب، وأن القول

(١) المختلف: ٥٦٦.

وإذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلا إلا بعد الاستبراء.
ويجب على البائع أيضا استبراؤها، فيكفي عن استبراء المشتري،
ويصدق المشتري مع عدالته على رأي.

باشترط التعيين هو قول الشيخ في النهاية (١)، ويجيء على قول من يرى أن التحليل
نكاح منقطع الاشرط أيضا، والأصح العدم، وقد تقدم البحث في ذلك.
قوله: (وإذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلا إلا بعد
الاستبراء، ويجب على البائع أيضا استبراؤها فيكفي عن استبراء المشتري،
ويصدق المشتري مع عدالته على رأي).

لا ريب أنه إذا اشترى جارية قد علم كونها موطوءة تحتم استبراؤها، فلا يسقط
بعث ولا غيره إذا كان الوطاء من البائع، وكذا إذا كان من غيره إلا أن يكون وطاء،
يوجب العدة كوطء الزوج في النكاح الدائم والمنقطع، فإن فيه العدة لا محالة.
ويفهم من قول المصنف: (حرم عليه وطؤها قبلا) جواز الوطاء دبرا هنا، وهو
غير واضح، فإن الذي يجوز الاستمتاع به في الأمة المملوكة بالبيع إذا وجب استبراؤها
هو ما عدا الوطاء على ما سبق، فلو اقتصر على قوله، (حرم عليه وطؤها) كان أولى.
وقد بينا أن الاستبراء لا يكفي مطلقا بل في غير المزوجة، ولعل إطلاقه اعتمادا
على ما سبق منه، وهو أن المزوجة إذا طلقت بعد الدخول اعتدت، وإن فسخ السيد
نكاحها استبرأت.

ولا شك أنه كما يجب على المشتري الاستبراء كذا يجب على البائع الاستبراء
من وطئه خاصة، لقول الصادق عليه السلام في رواية عمار: " الاستبراء على الذي يريد
أن يبيع الجارية واجب إن كان يطأها " (٢)، ومفهوم الشرط حجة، فإذا فعل كفى ذلك

(١) النهاية: ٤٩٤.

(٢) التهذيب: ٨: ١٧٧ حديث ٦٢١، الاستبصار: ٣: ٣٦٣ حديث ١٣٠٣.

ولو اشتراها حاملا كره له وطؤها قبلا قبل الوضع أو مضى أربعة أشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل، لأصالة عدم إذن المولى بالوطء، فإن علم إباحته إما بعقد أو تحليل حرم الوطء حتى تضع، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس.

عن استبراء المشتري إذا علم به.

ولو أخبره فهل يكفي في السقوط إخباره؟ فيه قولان تقديما، أصحهما أنه يكفي إذا كان البائع عدلا.

قوله: (ولو اشتراها حاملا كره له وطؤها قبلا قبل الوضع أو مضى أربعة أشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل، لأصالة عدم إذن المولى بالوطء. وإن علم إباحته إما بعقد أو تحليل حرم حتى تضع، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس).

إذا اشترى أمة حاملا فلا يخلو: إما أن يكون الحمل عن زنا، أو عن وطء صحيح بنكاح شرعي أو ملك، أو يكون مجهول الحال، وينبغي أن يكون الوطء بشبهة كالنكاح الصحيح، وبه صرح في المختلف (١).

فإن كان الحمل عن زنا جاز وطؤها عند المصنف مطلقا، لأن الزنا لا حرمة له، وإن كان مجهول الحال بحيث لا يعلم فيه الحل وعدمه جاز الوطء عنده أيضا، لكن يكره إذا لم يمض للحمل أربعة أشهر وعشرة أيام.

أما الجواز، فلأنه في قوة الزنا، إذ الحل إنما يكون بإذن المولى، والأصل عدمه. وأما الكراهية قبل المدة المذكورة فقد احتج لها المصنف في المختلف (٢) بما رواه رفاعة بن موسى النحاس عن أبي الحسن عليه السلام قلت: إن كانت حاملا فما لي

(١) المختلف: ٥٧٢.

(٢) المختلف: ٥٧٢.

ولو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض لا بدونه.

منها؟ قال: " لك منها ما دون الفرج (١) حتى يبلغ حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج " (١) فلا دلالة فيها على المدعى بعينه.
وأصالة عدم إذن المولى في الوطء معارض بأصالة الصحة في فعل المسلم، وبأن إمكان الحل كاف في وجوب الاجتناب، ولعموم قوله عليه السلام في المسبيات:
" لا توطأ الحبالى حتى يضعن " (٢)، فمن ثم كان التحريم أقوى، وهو اختيار شيخنا الشهيد وبعض المتأخرين.

وإن كان الحمل عن وطء بسبب محترم حرم الوطء حتى تضع عند المصنف (٣) وجماعة، لعموم قوله تعالى: * (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) * (٤) .. (٥) وأطلق الشيخان حل وطء الأمة الحامل بعد المدة (٦)، واكتفى المفيد بأربعة أشهر ولم يقيد الحامل بشئ (٧)، وصرح أبو الصلاح بالتحريم قبل أربعة أشهر وأطلق الحامل (٨)، وذهب ابن إدريس إلى كراهة الوطء قبلا، سواء كان الوطء قبل الأربعة أو بعدها (٩)، محتجا بالأصل، وبعموم قوله تعالى: * (أو ما ملكت أيمانهم) * (١٠).
قوله: (ولو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض لا بدونه).

(١) الكافي ٥: ٤٧٥ حديث ٢، التهذيب ٨: ١٧٧ حديث ٦٢٢.

(٢) عيون أخبار الرضا (عليه السلام) ٢: ٦٣. حديث ٦٧١، سنن البيهقي ٧: ٤٤٩.

(٣) المختلف: ٥٧٢.

(٤) الطلاق: ٤.

(٥) في النسخة الحجرية: ولما رواه كذا بياض، وفي نسخة " ش " : ولما رواه، ولم يرد في نسخة " ض " أي شئ.

(٦) النهاية: ٤٩٦.

(٧) المقنعة: ٨٥.

(٨) الكافي في الفقه: ٣٠٠.

(٩) السرائر: ٣٥١.

(١٠) النساء: ٣.

وإذا طلق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقا لمولاها
تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، ويجوز شراؤها من
سهم الرقاب.

والأقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد، كما لو
أعتقت المهر قبل الدخول

إذا تقايلا المتبايعان فقد انتقل الملك عن المشتري إلى البائع، فإن كان
المشتري قد قبض الأمة وجب الاستبراء لأنها قد أسلفنا أن جميع أسباب نقل الملك
مثل المبيع في وجوب الاستبراء، وبيننا أن البيع إنما يوجب مع احتمال الوطاء لا بدونه.
فمتى حصل القبض للمشتري وجب بعد التقايل على البائع الاستبراء لا
بدونه، لانتهاء المقتضي، ومن هذا يعلم أن القبض لا يؤثر في وجوب الاستبراء إلا إذا
كان الوطاء معه ممكنا.

قوله: (وإذا طلق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقا
لمولاها تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، ويجوز شراؤها
من سهم الرقاب. والأقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد،
كما لو أعتقت المهر قبل الدخول).

هذه من جملة أحكام ما إذا أعتق أمته وتزوجها وجعل العتق صداقها، فهي
من تنمة ما سبق، وتحقيقها أنه إذا جعل العتق للأمة مهرها بالصيغة المعتبرة على ما
سبق صح كما حققناه.

فإذا طلقها قبل الدخول وجب أن يعود إليه نصف المهر وقد جعل المهر عتقها
وقبضته أن يرجع نصفها رقا لمولاها.

ذهب إلى ذلك الشيخ (١)، وابن حمزة (٢)، احتجاجا بما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام: في رجل أعتق أمة له وجعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: " يستسعيها في نصف قيمتها، فإن أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة "، قال: " وإن كان لها ولد أدى عنها نصف قيمتها وعتقت " (٣).
وقريب منها رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام (٤)، ورواية عباد بن كثير البصري عنه عليه السلام (٥). وعلى هذا فيجوز شراء نصفها من سهم الرقاب، لأنه رقيق.

وذهب ابن الحنيد (٦)، وابن البراج (٧)، وابن إدريس إلى نفوذ العتق ويرجع الولي عليها بنصف قيمتها (٨)، واختاره المصنف في المختلف (٩)، وقربه هنا، وهو الأصح.

لنا إن العتق صح بالإصداق كما صح النكاح، ولهذا لو أصدقها رقيقا فأعتقته قبل الدخول ثم طلقها فإن العتق ينفذ ويجب عليها قيمة النصف.
وحقيقة العتق فك الملك وزواله، وعوده بعد زواله ممتنع، لوجود المقتضي وانتفاء المانع. قال المصنف في المختلف ونعم ما قال: وكلام الشيخ إنما يتم لو قلنا: إن المرأة لا تملك جميع المهر بالعقد، بل تملك نصفه والنصف الآخر بالدخول (١٠).

-
- (١) النهاية: ٤٩٧.
 - (٢) الوسيلة: ٣٥٩.
 - (٣) الفقيه ٣: ٣٦١ حديث ١٢٤٣، التهذيب ٧: ٤٨٢ حديث، ١٩٣٩، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٦١.
 - (٤) التهذيب ٨: ٢٠٢ حديث ٧١٢، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٦٢.
 - (٥) التهذيب ٨: ٢٠٢ حديث ٧١٣، الاستبصار ٣: ٢١٣ حديث ٧٦٣.
 - (٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٧٣.
 - (٧) المهذب ٢: ٢٤٨.
 - (٨) السرائر: ٣١٦.
 - (٩) المختلف: ٥٧٣.
 - (١٠) المختلف: ٥٧٣.

وملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، وإن كانت المرأة حُرمت عليه، فإن أرادته أعتقته أو باعته ثم جددت العقد.

ورواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل أعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قال: " مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها تسعى فيه ولا عدة عليها " (١).
والجواب عن الأخبار المتقدمة الطعن في سندها، قال المصنف في المختلف: يونس بن يعقوب كان فطحيا قبل وقد رجع، ورواية أبي بصير مرسلة، وعباد عامي، (٢) وهنا كلامان:

الأول: بناء على الأصح الواجب للسيد عليها هو قيمة النصف وفي العبارة نصف القيمة، وكذا في الرواية، وفيه تسامح، لأن التشقيص قد تنقص به القيمة والواجب هو قيمته على تقدير التشقيص، لأن القيمة بدل منه.
الثاني: إنما تعتبر القيمة وقت العقد، لأنه وقت ملك المهر ووقت دخوله في ضمان الزوجة، والطلاق يقتضي عود نصف المعقود عليه للزوج.
واعلم أن في رواية عبد الله بن سنان: أنها تسعى في قيمة النصف، وهو مشكل، لأنه دين يجب أن يكون كسائر الديون يجب الأنظار به مع الإعسار، ولم يصرح المصنف بذلك في العبارة بل اقتصر على ذكر الرجوع وهو الأنسب بالحال.
قوله: (وملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد، فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، وإن كانت المرأة حُرمت عليه، فإن أرادته أعتقته أو باعته ثم جددت العقد).

(١) الفقيه ٣: ٢٦١ حديث ١٢٤٢، التهذيب ٧: ٤٨٢ حديث ١٩٣٨.

(٢) المختلف: ٥٧٣.

ولا يجوز العقد على المكاتبه إلا بإذن مولاهما وإن كانت مطلقة فلو
علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل يبطل. وقيل يصح فتعتد عدة
الحره ولا ميراث، والأقرب ثبوته مع تعدد الورثة.

قد سبق في أول الباب أن ملك أي الزوجين كان صاحبه يقتضي فسخ العقد،
وإنما أعاده هنا ليبين أن ملك الزوج للزوجه لا يرفع أصل الحل، لأن النكاح وإن ارتفع
إلا أنها مملوكة فتحل بملك اليمين فالحل موجود.
والسبب مختلف بخلاف الزوجه إذا ملكت الزوج، فإن كلا منهما حرام على
الآخر، لأن الحل بملك اليمين من جانب الرجل لا من جانب المرأة قطعاً، فإن أرادت
المرأة ورغبت في نكاحه أعتقته ثم جددت النكاح، أو باعته لغيرها ثم نكحته
بإذن المولى بعقد مستأنف.
قوله: (ولا يجوز العقد على المكاتبه إلا بإذن مولاهما وإن كانت
مطلقة).

سيأتي إن شاء الله تعالى أن المكاتبه لا تخرج عن ملك مولاهما بمجرد الكتابة
بل بأداء مال الكتابة في محله، فحينئذ تصير حرة لكنها بالكتابة تنقطع عنها سلطنة
المولى في الاكتسابات المحضة كالبيع والشراء، دون غيرها كالنكاح، فلا يصح منها
بدون إذن المولى سواء كانت الكتابة مطلقة أو مشروطة، وسواء أدت بعض مال
الكتابة وإن كان أكثره أو لم تؤد شيئاً لبقاء الرق ما بقي شيء منه.
وكما لا تستقل هي بالعقد كذا لا يستقل به المولى.
هذا حكم نكاح الغير لها، أما المولى فلا يتصور نكاحه إياها بحال، لامتناع
اجتماع العقد والملك، ووطئها بملك اليمين ممتنع، لانقطاع سلطنته عنها بالكتابة.
قوله: (ولو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل: تبطل، وقيل:
يصح فتعتد عدة الحر ولا ميراث، والأقرب ثبوته مع تعدد الورثة).

هنا بحثان:

الأول: إذا علق المولى عتق جاريته بموت زوجها، ففي صحة ذلك على أنه تدبير قولان للأصحاب:

أحدهما: - وإليه ذهب الشيخ (١)، وابن البراج (٢) - الصحة، ومال إليه المصنف في باب التدبير، وإن تردد هنا، لأن العتق يقبل التأخير وقد جاز تعليقه بموت المولى، فجاز تعليقه بموت غيره ممن له علاقة مثل الزوجية والخدمة، ولرواية محمد بن حكيم قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل زوج مملوكته من رجل آخر قال لها: إذا مات الزوج فهي حرة فمات الزوج، فقال عليه السلام: " إذا مات الزوج فهي حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، ولا ميراث لها منه، لأنها إنما صارت حرة بموت الزوج " (٣).

والثاني: - واختاره ابن إدريس (٤) - العدم، لأن التدبير تعليق عتق المملوك بموت سيده دون غيره، لأنه بمنزلة الوصية، ولولا ذلك لم يصح، فإذا علق بموت غير السيد خرج عن مقتضاه، فوجب الحكم بفساده، لأن الأصل في العتق المعلق الفساد إلا ما أخرجه الدليل.

ولقائل أن يقول: إن هذا مما أخرجه الدليل: لأن هذه الرواية المعتمدة بعمل أكثر الأصحاب لا تقتصر عن أن تكون دليلاً. ويؤيدها صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام (٥)، الدالة على

(١) النهاية: ٤٩٩.

(٢) المهذب ٢: ٢٥٠.

(٣) الفقيه ٣: ٣٠٢ حديث ١٤٤٥، التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٧.

(٤) السرائر: ٣١٧.

(٥) التهذيب ٨: ٢٦٤ حديث ٩٦٥، الاستبصار ٤: ٣٢ حديث ١١١.

جواز تعليق العتق بموت من جعلت له خدمة المملوكة، فإذا ثبت ذلك لم يخرج التدبير بهذا التعليق عن مقتضاه فلا يكون فاسداً، وفيه قوة.

الثاني: يتفرع على القول بالصحة مسألتان، إحداهما حكم العدة، والثانية حكم الميراث. أما العدة من وفاء زوجها فإنها عدة الحرة أربعة أشهر وعشرة أيام، لأن حريتها متحققة حين موت الزوج، فلم يتعلق بها حكم الاعتداد إلا وهي حرة، وللتصريح به في الرواية السابقة.

وإنما تتحقق صحة هذا التفريع إذا قلنا: إن الأمة تعتد من وفاة زوجها بشهرين وخمسة أيام، ولو ساوينا بينها وبين الحرة في العدة كان ذلك ساقطاً، وأما الميراث فقد نفاه المصنف في أول كلامه، وهو الذي وردت به الرواية (١)، ثم قرب ثبوته مع تعدد الورثة.

ووجه القرب ما سيأتي في الميراث إن شاء الله تعالى أن المملوك إذا أعتق على ميراث قبل القسمة شارك إن ساوى في الدرجة، واختص إن كان أولى، وهذا ثابت مع تعدد الورثة في محل النزاع، فإن العتق يحصل بالموت والقسمة إنما تكون بعده، ويحتمل المنع، لإطلاق عدم الإرث في الرواية، وفيه نظر، لأنه لا دلالة فيه على كون ذلك مع تعدد الورثة.

ولو سلم فهذا الفرد خارج بنص آخر، ولا يخفى أن قول المصنف (وقيل: يصح فتعدت عدة الحرة ولا ميراث) يريد به تفرع كل من الأمرين على القول بالصحة لمكان الفساد.

وقد عرفت امتناع كل منهما على القول بالفساد.

(١) الفقيه ٣: ٣٠٢ حديث ١٤٤٥، التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٧.

ولو ملك الكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر.

فإن قيل: أحد الأمرين اللذين فرعهما على الصحة عدم الإرث، وهو ثابت مع القول بالفساد.

قلنا: المتفرع هو احتمال الإرث وعدمه، وذلك منتف على القول بالفساد، لامتناع الإرث مع الرق.

فإن قيل: المذكور في كلام المصنف نفى الإرث لا الاحتمال.

قلنا: يحصل ذلك من قوله: (والأقرب)، أو أن المتفرع مجموع الحاصل من عبارته وهو الإرث مع التعدد وعدمه مع عدمه.

قوله: (ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر).

أي: ففي انفساخ نكاح السيد نظر، ومنشأ النظر: من احتمال كونه مالكا بالاستقلال، ومن احتمال كون الملك في الحقيقة للسيد فيما يعد ملكا للمكاتب ظاهرا، فعلى الأول يبقى النكاح وعلى الثاني يفسخ.

وجه الأول: إن الكتابة تقتضي انقطاع سلطنة السيد عن المكاتب، واستقلاله بالمعاوضات، وجواز معاملة السيد إياه وتضمينه له، ولو لا استقلاله بالملك لامتنع ذلك، والملازمة ظاهرة.

لا يقال: يجوز أن يكون الملك لهما.

لأننا نقول: استحالة كون مجموع الشيء الواحد ملكا لكل واحد من الشخصين دفعة أمر واضح، على أنه لو كان ملكا للسيد لما استقل فيه بالتصرف بالاكْتساب، ولا تمتنع معاملة السيد إياه وتضمينه له.

ووجه الثاني: إن الكتابة لا تقتضي الحرية في الحال فيكون رقا إلى زمان أداء مال الكتابة، إذ لا واسطة بينهما، وحينئذ فيكون ما يملكه ملكا للمولى، لأنه إذا كان مالكا لرقبته فملكه لما يملكه بطريق أولى. ولما منع أن يمنع الأولوية، وأن يمنع لزوم ملك السيد لما يملكه المكاتب حيث أنه باق على الرق، لثبوت انقطاع سلطنته عنه

الباب الخامس: في توابع النكاح وفيه مقاصد:
الأول: العيب والتدليس، وفيه فصول:
الأول: في أصناف العيوب، وينظمها قسمان:
الأول: المشتركة، وهي الجنون وهو اختلال العقل، ولا اعتبار
بالسهو السريع زواله، ولا الإغماء المستند إلى غلبة المرة، بل المستقر الذي
لا يزول فإنه كالجنون.
ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره.

قوله: (وفيه فصول:
الأول: في أصناف العيوب، وينظمها قسمان:
الأول: المشتركة، وهي الجنون، وهو اختلال العقل. ولا اعتبار
بالسهو السريع زواله، ولا الإغماء المستند إلى غلبة المرة، بل المستقر الذي
لا يزول فإنه كالجنون، ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره).
لا كلام في ثبوت فسخ النكاح لكل من الرجل والمرأة بوجود شيء من
العيوب التي سيأتي تعيينها، وهي أربعة في الرجل وسبعة في المرأة، وينضمها قسمان: ما
يشترك فيه كل منهما، وما يختص بكل واحد بخصوصه.
الأول: المشترك، وهو واحد وهو الجنون، والمراد به اختلال العقل وفساده بأي
وجه اتفق، فإن الجنون فنون، ولا اعتبار بعروض السهو إذا كان زواله سريعا. وكذا
الإغماء العارض، كغلبة المرة وإن طالت مدته، أما إذا صار مستقرا بحيث لا يكون
مستندا إلى المرض فيزول، ويبقى زوال العقل فإنه حينئذ يوجب الخيار، ولا فرق في

ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، وإن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أو لا.

إيجاب الجنون بأقسامه الخيار بين أن يكون مطبقا مستوعبا للزمان وغير مطبق فيكون أدوارا، لوجود الجنون على كل من التقديرين.

والأصل في كون الجنون عيبا يقتضي الخيار من الجانبين الأخبار المستفيضة عن أهل البيت عليهم السلام من أن النكاح يرد بالجنون (١)، وإجماع الأصحاب وإطابق أكثر أهل الإسلام سوى أبي حنيفة (٢)، وهنا أمور:

الأول: في قوله: (وهي الجنون) تسامح، لأن الضمير للعيوب المشتركة والجنون أمر واحد فلا يتطابقان، وكأنه أراد أن كل عيب في نظر الشارع مشترك بين الرجل والمرأة منحصر في الجنون.

الثاني: قوله: (فإنه كالمجنون) أيضا لا يخلو من تسامح، فإن الإغماء إذا صار مستقرا يعد من أقسام الجنون فلا معنى لتشبيهه به.

الثالث: المرة بكسر الميم قال في الصحاح: هي إحدى الطبائع الأربع (٣)، وقال في الجمهرة: هي أحد أمشاج البدن (٤).

قوله: (ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، وإن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أم لا).

قد سبق كون الجنون من العيوب المشتركة في الجملة، والغرض هنا تنقيح

(١) الكافي ٥: ٤٠٦ - ٤٠٨ حديث ١٤ - ١٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ باب ١٢٥، التهذيب ٧: ٤٢٢ باب ٣٨.
(٢) اللباب ٣: ٢٥.
(٣) الصحاح ٢: ٨١٤ "مرر".
(٤) الجمهرة ١: ١٢٧ "مرر".

ذلك، وجملة القول فيه إن جنون أحد الزوجين إما أن يكون موجودا قبل العقد، أو يكون قد تجدد بعده، فإما قبل الدخول أو بعده.

فإن كان موجودا قبل العقد فلا كلام في ثبوت الخيار لكل منهما، وعن ظاهر كلام ابن حمزة أن الجنون لا يثبت الخيار في الرجل والمرأة، إلا إذا كان بحيث لا يعقل معه أوقات الصلوات (١)، ووجهه غير ظاهر، مع أن أكثر الأصحاب على خلافه (٢). وإن تجدد بعد العقد ففي ثبوت الخيار به أقوال:

أحدها: الثبوت إذا كان بحيث لا يعقل معه أوقات الصلوات، سواء الرجل والمرأة، اختاره الشيخ في المبسوط والخلاف (٣)، وابن البراج في المهذب (٤). والثاني: الثبوت في الرجل خاصة إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلوات، أما المرأة فإنه لا خيار بتجدد جنونها، اختاره ابن إدريس (٥). والثالث: الثبوت في الرجل مطلقا، سواء عقل مع جنونه أوقات الصلوات، أم لا دون المرأة فلا يثبت بتجدد جنونها خيار مطلقا، اختاره المصنف في المختلف (٦) وغيره (٧)، وهو الأصح.

لنا على الثبوت في الرجل مطلقا وجود المقتضي، وهو الجنون الثابت بالنص كونه عيبا، فلا يتقيد بعدم التعقل. ولأن الضرر اللازم على المرأة بالجنون موجود على التقديرين، وما رواه علي بن أبي حمزة قال: سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة

(١) الوسيلة: ٣٦٧.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ٢٤٩، وابن إدريس في السرائر: ٣٠٨، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٢.

(٣) المبسوط ٤: ٢٥٢، الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٧ كتاب النكاح.

(٤) المهذب ٢: ٢٣٥.

(٥) السرائر: ٣٠٨.

(٦) المختلف: ٥٥٤.

(٧) التحرير ٢: ٢٨.

يكون لها زوج قد أصيب في عقله من بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، قال: " لها أن تنزع نفسها منه إذا شاءت " (١)، وترك الاستفصال دليل العموم. ولنا على عدم الثبوت في المرأة وجوب التمسك بلزوم العقد، فإن استصحاب الحال حجة، ولن يثبت كون ذلك موجبا للخيار، وأكثر الأصحاب على خلافه، والأصل في جانبهم، فوجب القول بنفيه. ولأن الضرر اللازم بحدوث ذلك في الرجل منتف في المرأة، لأن للرجل طريقا إلى التخلص منها بالطلاق، فلم يكن المقتضي للفسخ موجودا.

فإن قيل: هذا منقوض بما إذا كان ذلك الجنون قبل العقد. قلنا: قد خرج هذا بالنص والإجماع، فيبقى ما عداه على أصل اللزوم. ومحصل الخلاف هنا يرجع إلى شيئين: أحدهما: اشتراط ثبوت الخيار في تجدد جنون الرجل باستغراقه لأوقات الصلوات.

والثاني: ثبوت الخيار له بتجدد جنون المرأة. احتج المخالف على الأول باشتهار هذا الحكم بين الأصحاب، والتصريح بكونه مرويا، وبأن الضرر لا يكاد يتحقق بدونه، فإنه إذا كان يعقل أوقات الصلوات فهو كغيره من العقلاء، وضعف ذلك ظاهر. وعلى الثاني بعموم قول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: " إنما يرد النكاح من البرص والجنون والجذام والعفل " (٢)، وذلك شامل لما قبل العقد وبعده. والجواب منع الشمول بأن هذا ليس من ألفاظ العموم، وثبوت الرد في الجملة

(١) الفقيه ٣: ٣٣٨ حديث ١٦٢٨، التهذيب ٧: ٤٢٨ حديث ١٧٠٨.
(٢) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٢٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

الثاني: المختصة، أما الرجل فثلاثة: الجب، والخصاء، والعنة.

نقول بموجبه في غير المتجدد، وأما المتجدد فلا دليل عليه، إذا تقرر ذلك فهنا أمور:
الأول: مقتضى قول المصنف: (مع سبقه على العقد) اشتراط تقدم وجوده على صدور العقد، فالحاصل في زمان العقد لا يفسخ به، وفيه نظر، لأن كلا منهما يثبت به الفسخ، وإنما النزاع في المتجدد بعد العقد. ويمكن دفع الإيراد بأن السابق على العقد صادق على الحادث قبل آخره، بأن يسير، لأن العقد إنما يصدق على مجموع الإيجاب والقبول، وما دام لا يحصل الجزء الأخير لم يتحقق العقد. وفي قول المصنف: (سقط خيار الرجل) تسامح فإنه لم يثبت فيسقط.

الثاني: الظاهر أن المتجدد بعد الدخول كالمتجدد قبله للاشتراك في المقتضي، ولشمول لفظ الرواية له وبه صرح في المختلف (١)، وحكاه عن ابن الجنيد، وإطلاق كلام الشيخ في النهاية (٢) يشمل.

الثالث: لا تحتاج المرأة في فسخ النكاح بتجدد جنون الرجل إلى طلاق كسائر العيوب، ولولا ذلك لم يكن سببا مستقلا في ثبوت الفسخ. وقال الشيخ في النهاية: إنها إذا اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها (٣)، وتابعه على ذلك جمع من الأصحاب (٤)، ومنعه المصنف (٥)، وابن إدريس (٦)، وغيرهما (٧).

قوله: (الثاني: المختصة، أما الرجل فثلاثة: الجب، والخصاء، والعنة).

(١) المختلف: ٥٥٤.

(٢) النهاية: ٤٨٦.

(٣) النهاية: ٤٨٦.

(٤) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٥،

(٥) المختلف ٥٥٤.

(٦) السرائر: ٣٠٨.

(٧) المحقق في الشرائع ٢: ٣٢٠.

أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطاء ولو قدر الحشفة فلا خيار.

ولو استوعبت ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطاء، وفي الفسخ بالمتجدد إشكال، فإن أثبتناه وصدر منها فالأقرب عدم الفسخ.

أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطاء ولو قدر الحشفة فلا خيار، ولو استوعب ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطاء، وفي الفسخ بالمتجدد إشكال، فإن أثبتناه وصدر منها فالأقرب عدم الفسخ).
القسم الثاني من القسمين ما يختص كل واحد من الرجل والمرأة، فأما الذي يختص بالرجل فثلاثة: الجب، والخصاء مكسورا أوله ممدودا، والعنة.

أما الجب فإنما يثبت به الخيار إذا كان مستوعبا للذكر، ويتحقق استيعابه إذا لم يبق منه قدر الحشفة، فإن بقي قدرها فلا خيار لإمكان الوطاء حينئذ، ولا شبهة في ثبوت الفسخ بهذا العيب إذا كان سباقا على العقد، للنص والإجماع، ولأنه أشد من العنة وستأتي الأخبار الدالة على الخيار بها.

وإن حدث بعد العقد فقد صرح الشيخ في المبسوط بثبوت الخيار به (١)، وإطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق بين الحدوث قبل الوطاء وبعده، وصرح في موضع آخر منه بالعدم (٢)،

واختاره في الخلاف (٣)، وهو اختيار ابن إدريس (٤)، والمصنف في التحرير (٥)، وذهب هنا

إلى ثبوت الخيار لو تجدد قبل الدخول، وتوقف في المتجدد بعده، وهو ظاهر اختياره في

(١) المبسوط ٤: ٢٥٠.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٣) الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٧ كتاب النكاح.

(٤) السرائر ٣٠٩.

(٥) التحرير ٢: ٢٨.

المختلف (١).

فيحصل في المسألة ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث بين الدخول وعدمه. احتج الشيخ في المبسوط على الأول بعموم الأخبار والإجماع، وتنقيحه أن النصوص الدالة على الخيار بالجب مطلقة فيشمل الحادث مطلقاً. هذا محصل استدلاله، ولعله يريد بالأخبار مثل ما رواه أبو الصباح الكناني، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال: " نعم إن شاءت " (٢).

وترك الاستفصال دليل العموم، وهو غير صريح في المدعي. وعلى الثاني التمسك بلزوم العقد بالاستصحاب، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل وهو منتف، وفيه نظر ظاهر. وأما الثالث فالحجة على الثبوت بالتجدد قبل الدخول، مع ما تقدم أن العنة يثبت بها الفسخ مع التجدد قبل الدخول ففي الجب أولى، لأن العنة يمكن زوالها بخلاف الجب، فإن اليأس من زواله ثابت فحصول الوطء معه ممتنع، فكان أدخل في سببته الفسخ.

ومنشأ الإشكال في المتجدد بعد الدخول الالتفات إلى عموم الأخبار، ومشاركة ما بعد الدخول لما قبله في المقتضي للفسخ، وهو لزوم الضرر العظيم باليأس من الاستمتاع على مر الزمان، وإلى أن النكاح عقد لازم. ولم يثبت شرعاً ما يدل على ثبوت الخيار هنا، والإلحاق بالعنة إنما هو فيما قبل الدخول، إذ لا خيار لها بعده على ما سيأتي، ولزوم الضرر هنا منقوض بلزومه في كل ضرر يمنع الوطء إذا يئس من برئه، ومعارض بضرر الرجل بثبوت الخيار والضرر

(١) المختلف: ٥٥٤.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

لا يزال بالضرر.

وقد يرجح هذا الوجه بما رواه غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في العنين: " إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما، وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لا يرد من عيب " (١) فإن عموم عدم رد الرجل بالعيب يتناول محل النزاع، ولا يخرج منه إلا ما أخرجه دليل.

وبما رواه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليه السلام): " إن عليا عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت، وليس لأمهات الأولاد ولا الإمام ما لم يمسه من الدهر مرة واحدة خيار " (٢).

ولا يخفى أن قوله عليه السلام: " ثم أعرض عنها " مشعر بأن ترك الوطء كان باختياره لا لمانع عرض، فلا دلالة فيه على محل النزاع. لكن قوله: " لتصبر فقد ابتليت " يشعر بعروض المانع، إذ لا موقع للأمر بالصبر وذكر الابتلاء على ذلك التقدير.

وبما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأة مرة واحدة فلا خيار لها " (٣).
فهذه الأخبار مخصصة لعموم دلائل الفسخ فكيف كان، فالقول بعدم الفسخ لا يخلو من وجه.

-
- (١) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٣٥٧ حديث ١٧٠٧، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠.
حديث ٨٩٦.
- (٢) التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٥، الاستبصار ٣: ٢٥٠ حديث ٨٩٧.
- (٣) الكافي ٥: ٤١٢ حديث ١٠، الفقيه ٣: ٣٥٨ حديث ١٧٠٩، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٢، الاستبصار ٣: ٢٥٠.
حديث ٨٩٥.

وأما الخصاء: فهو سل الأنثيين، وفي معناه الوجاء، وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد، وفي المتجدد بعده قول.

ويتفرع على القول بثبوت الفسخ هنا ما لو صدر جب الزوج من الزوجة بعد العقد أو بعد الدخول، وإن كانت عبارة الكتاب لا تدل على الأول، فإن في ثبوت الفسخ لها وجهين أقربهما عند المصنف عدمه.

وجه القرب: إن فعلها ذلك يتضمن رضاها به، والرضى بالعيب مانع من ثبوت الخيار، ولأن الضرر اللازم عليها بذلك سقط اعتباره، لأنها السبب فيه، ولأن إتلافها ما به منفعة الوطاء جار مجرى إتلاف المشتري المبيع فإنه يعد قبضاً.

والثاني: الثبوت، لوجود المقتضي للفسخ وانتفاء المانع، إذ ليس إلا صدوره منها وهو غير صالح للمانع، فإن المانع من الخيار هو الرضى بالنكاح من العيب لا الرضا بالعيب وهو منتف هنا.

ولمانع أن يمنع كون هذا الإتلاف جارياً مجرى إتلاف المشتري للمبيع، وإنما هو جار مجرى إتلاف العين المستأجرة في الإجارة، فما قربه المصنف غير ظاهر. وينبغي أن يعلم أن احتمال عدم خيارها هنا إنما يجيء على تقدير صدور الفعل منها مع قصدتها إليه، فلو وقع خطأ أوجب بعد عمدتها خطأ، كما لو كانت صغيرة أو مجنونة لم يتوجه هذا الاحتمال.

قوله: (وأما الخصاء فهو سل الأنثيين، وفي معناه الوجاء، وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد، وفي المتجدد بعده قول).

قد عرفت أن من عيوب الرجل الخصاء، وهو سل الأنثيين وكيفية مشهورة. وفي معناه الوجاء بكسر أوله والمد، وهو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما. وقد توجد في كلام بعض المحققين أن الخصي هو مسلول الأنثيين أو

موجودهما (١).

والقول بكونه عيبا هو المشهور بين الأصحاب، وقد دلت عليه الأخبار، مثل موثقة بكير بن أعين عن أحدهما عليهما السلام: في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها، قال: " يفرق بينهما إن شاءت ويوجع رأسه " (٢) الحديث. وفي معناها صحيحة ابن مسكان (٣)، وغيرها، (٤) ولأنه في معنى العنة من حيث فوات مقصود العقد به وهو التناسل.

وقيل: إنه ليس بعيب، لبقاء آلة الجماع وقدرته عليه، ويقال إنه أقدر عليه، لأنه لا ينزل ولا يعتريه فتور (٥). وهو مردود بالنص (٦)، وبأن جهة كونه عيبا غير منحصر في ذلك، لأن فوات التناسل به جهة يقتضي كونه عيبا، وكذا لزوم العارية. إذا تقرر ذلك فاعلم أن الخصاء يوجب الخيار إذا قارن العقد، فإن حدث بعده ففي حكمه الأقوال الثلاثة التي سبقت في الجب.

وكلام المختلف (٧)، وغيره دال على ثبوت الأقوال الثلاثة، وإن كانت عبارة الكتاب وكلام الشارحين (٨) خاليتين من ذلك. والقول بالتفصيل قريب، ويمكن الاحتجاج له بما رواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام، إن خصيا دلس نفسه لامرأة

-
- (١) قاله الشيخ الطوسي في المبسوط ٤: ٢٥٠، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٣.
 - (٢) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٠.
 - (٣) التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٢.
 - (٤) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢١.
 - (٥) قاله الشيخ في المبسوط ٤: ٢٦٣ والخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٥ كتاب النكاح.
 - (٦) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٠.
 - (٧) المختلف: ٥٥٤.
 - (٨) إيضاح الفوائد ٣: ١٧٦.

وأما العنة: فهو مرض يعجز معه عن الإيلاج، ويضعف الذكر عن الانتشار، وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ بشرط عدم سبق الوطاء، وعجزه عن وطئها ووطء غيرها، فلو وطأها ولو مرة واحدة، أو عن عنها دون غيرها، أو عن قبلا لا دبرا فلا خيار.

قال: " يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه " (١). والمراد بالتدليس: التدليس قبل الوطاء، إذ هو الموجب للتعزير، ولا يضر ضعف السند، لاعتضاده بفتوى جمع من كبار الأصحاب.

وقريب منها رواية بكير عن أحدهما عليهما السلام (٢). والمراد بالتزويج المذكور فيها الدخول بقريئة وجوب التعزير، أما التدليس بعد الدخول، فإن القول بلزوم النكاح أقوى، لانتفاء المعارض، ويأتي مثل التفرع السابق، والتوجيه واحد.

واعلم أيضا أن قول المصنف: (وفي معناه الوجاء) يريد به أنهما متقاربان في المعنى، فيكون اشتراكهما في الحكم لاشتراكهما في المقتضي. وعلى ما ذكره بعضهم من أن الخصي هو مسلولهما أو موجوؤهما (٣) فالأمر ظاهر.

قوله: (وأما العنة فهو مرض يعجز معه عن الإيلاج، ويضعف عن الانتشار، وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ، بشرط عدم سبق الوطاء وعجزه عن وطئها ووطء غيرها، فلو وطأها ولو مرة واحدة، أو عن عنها دون غيرها، أو عن قبلا لا دبرا فلا خيار).

(١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢١.

(٢) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٠.

(٣) قاله الشيخ الطوسي في المبسوط ٤: ٢٥٠، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٣.

العنين كسكين من لا يأتي النساء عجزا ولا يريدهن، وعنن عن امرأته وعن
وأعن بضمهن حكم القاضي عليه بذلك، أو منع عنها بالسحر، والاسم العنة بالضم
ذكره في القاموس (١).

ومقصود البحث أن العنة من جملة عيوب الرجل الذي تسلط المرأة على فسخ
نكاحه بالنص المستفيض، والإجماع من علماء الإسلام إلا أبا حنيفة (٢).
وحقيقة العنة أنها مرض يعجز الرجل معه عن الإيلاج، لأن الذكر يضعف عن
الانتشار.

قال المصنف في التحرير: العنن مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو
بحيث يعجز معه عن الإيلاج، وهو من عن أي أعرض والعنن الأعراض، لأن الذكر
يعرض إذا أراد الإيلاج (٣)، هذا كلامه.

وقال قوم: إنه مشتق من العنن وهو الأعراض، لأن الذكر يعرض إذا أراد
إيلاجه (٤). وقيل: إنه يعن بقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده (٥)، وقيل غير ذلك.
فمتى تحققت العنة تسلطت المرأة على الفسخ بشرط أن لا يسبق على عروض
العنة وطؤه إياها في هذا النكاح، فإن سبق ذلك لم يكن لها فسخ، لما سبق في رواية
غياث الضبي " وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما " (٦). ولا عبرة في وقوعه
عليها

في نكاح القبل، لاستقلال كل منهما بحكم ينفرد به عن الآخر. وكذا يشترط في تحقق
سبب الفسخ عجزه عن وطئها ووطء غيرها، فلو عجز عن وطئها وقدر على وطء

(١) القاموس المحيط ٤: ٢٤٩ " عنن "

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢: ٣٢٢.

(٣) التحرير ٢: ٢٨.

(٤) الصحاح ٦: ٢١٦٦ مجمع البحرين ٦: ٢٨٣ " عنن "

(٥) مجمع البحرين ٦: ٢٨٣ " عنن "

(٦) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٤، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠ حديث ٨٩٦.

ويثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده، بشرط عدم الوطء لها
ولغيرها.

غيرها فليس بعينين، لامتناع تحقق العنة بدون العجز مطلقا، وكذا لو عجز عن وطئها
قبلا وأمكنه الوطء دبرا فلا خيار لها أصلا.
قوله: (ويثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده بشرط عدم الوطء
لها ولغيرها).

هذا تنقيح لما سبق، ومحصله أنه حيث علم أن العنة مرض يوجب الخيار فلا بد
أن يعلم أن محل ثبوت الخيار به ماذا.
وتحقيقه إنه إذا كان ذلك ثابتا في وقت العقد ثبت لها الخيار قطعا، وإن تجدد بعده
قبل الوطء فاللائح من عبارة الشيخ في المبسوط عدم ثبوت الخيار به، فإنه قال:
العيب الحادث بالزوج بعد العقد وكل العيوب يحدث به إلا العنة، فإنه لا يكون محلا
ثم يصير عيننا في نكاح واحد، وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون الذي
لا يعقل معه أوقات الصلوات (١).
وأكثر الأصحاب على أنه يثبت به الخيار، وهو المذهب، والحجة تناول النصوص
إياه مثل رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: " العين يتربص به
سنة، ثم أن شاءت امرأته تزوجت، وإن شاءت أقامت " (٢)، وغيرها من الروايات (٣).
وإن تجدد بعد الوطء فقضية كلام المصنف أنه لا خيار لها، وللأصحاب في ذلك قولان:
أحدهما: عدم الفسخ، وهو مختار الشيخ (٤)، وأكثر الأصحاب (٥)، استنادا إلى

(١) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦ الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩١.

(٣) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٨، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٣.

(٤) المبسوط ٤: ٢٦٤، النهاية: ٤٨٧.

(٥) منهم ابن الجنيد كما في المختلف: ٥٥٤، وابن إدريس في السرائر: ٣٠٩ وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٦.

رواية غياث الضبي ورواية إسحاق بن عمار السالفيتين، وأن النكاح قد ثبت ولزم، والخيار على خلاف الأصل.

والثاني - واختاره المفيد (١) - أن لها الفسخ، للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطء.

ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: "العنين يتربص سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت" (٢).

ورواية أبي الصباح الكناني أنه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال: "نعم إن شاءت" (٣).

ورواية أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عليه السلام: "إن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها وإلا فرق بينهما فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها" (٤).

والمصنف في المختلف ذكر ما يقتضي ترجيح قول الشيخ، ثم قال: إن قول المفيد لا يخلو من قوة إلا أنه، إلى أن قال: فنحن في ذلك من المتوقفين والأصح قول الشيخ (٥).

واعلم أن قول المصنف (بشرط عدم الوطء) يحتمل أن يريد به أن ثبوت الخيار بالعنة قبل العقد وبعده مشروط بذلك، فيكون التقدير: وثبت الخيار بالعنة قبل العقد

(١) المقنعة: ٨١.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩١.

(٣) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

(٤) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٤.

(٥) المختلف: ٥٥٥.

ولو بان خنتى، فإن أمكن الوطاء فلا خيار على رأي، وإلا ثبت،

وبعده بشرط أن لا يطأها ولا يطأ غيرها.

ويحتمل أن يريد أن ثبوت الخيار بالمتجدد بعد العقد مشروط بذلك، والتقدير: يثبت الخيار بالمتجدد بعد العقد بشرط أن لا يكون قد وطأها ولا غيرها، وعلى هذا فاشتراط عدم وطئها واضح، لأن العنة المتجددة بعد الدخول لا توجب الخيار عند الأكثر.

لكن اشتراط عدم وطاء غيرها هنا غير ظاهر، فإن عموم النصوص بثبوت الخيار يتناول هذا الفرد، أعني تجدد العنة بعد العقد وقد وطأ غيرها خاصة، وليس ثم ما يقتضي إخراجها، فالقول به لا يساعد عليه دليل، ولعل المصنف لا يريد إلا المعنى الأول.

قوله: (ولو بان خنتى، فإن أمكن الوطاء فلا خيار على رأي، وإلا ثبت).

أي: لو بان الزوج خنتى، لأنه المحدث عنه، وفي التحرير قال: إنه لو بان الزوج أو الزوجة خنتى (١) وهو أولى، لأن كلا منهما يتصور فيه ظهور ذلك. واعلم أن ظهور كونه خنتى يقع على حالات ثلاث: إحداها: أن يكون مشكلا.

الثاني: أن يحكم له بالذكورة أو الأنوثة بعلامة مظنونة كسبق البول من أحد الفرجين.

الثالث: أن يحكم بذلك بعلامة مقطوع بها كالولادة.

أما الحالة الأولى فإن فرضها مشكل، لأن النكاح لا ينعقد بين الرجل والخنتى، لإمكان كونه رجلا ولا بينه وبين الأنثى لإمكان كونه امرأة، لأن صحة النكاح

(١) التحرير ٢: ٢٨.

مشروطة بوقوع العقد بين ذكر وأنثى، وعدم تحقق الشرط يقتضي عدم تحقق المشروط، ولو لم يتبين كونه خنثى مشكلا إلا بعد العقد حكمنا بكون النكاح غير معلوم الثبوت.

ولا يضر توهم ثبوته حين وقوعه للجهل بالحال. ولا ريب أن الحكم بثبوت الخيار وعدمه فرع صحته، نعم للشيخ قول في الميراث بأن الخنثى المشكل لو كان زوجا أو زوجة أعطي نصف النصيبين (١)، ومقتضى هذا صحة نكاحه، فيجئ على قوله احتمال ثبوت الخيار وعدمه، والعدم قوي، لانتفاء المقتضى، ولا شبهة في ضعف ما ذهب إليه الشيخ. وأما الحالة الثانية والثالثة فإن نكاحه يصح فيهما، فإذا لم يعلم حاله حين العقد ثم تبين بعده ففي ثبوت الخيار قولان للشيخ في المبسوط: أحدهما: الثبوت، لحصول نفرة الطبع بذلك، ولأنه مما يعير به في العادة، ويحصل بذلك ضرر عظيم، وإذا لم يستند في وضوحه إلا إلى العلامة المظنونة كان ضرر النفرة والعار أشد.

والثاني: العدم، استصحابا للزوم، وثبوت الخيار على خلاف الأصل، فيتوقف على الدليل، وهو منتف، وثبوته بمجرد النفرة والعار في موضع المنع مع بعده، فإن زيادة ذلك العضو بمنزلة زيادة سلعة ونقبة وهما لا يوجبان الخيار قطعا (٢)، وهذا أصح. واعلم أن قول المصنف: (فإن أمكن الوطاء) تقييد للحكم في المسألة، فإنه مع عدم إمكان الوطاء بشلل العضو أو لشدة صغره في أصل خلقة بحيث لا يساوي قدر الحشفة من مستوى الخلقة يجب الحكم بثبوت الخيار لا محالة. لكن هذا الخيار ليس منشؤه كونه خنثى، بل للأمر الزائد على ذلك وهو العنة

(١) المبسوط ٤: ١١٤.

(٢) المبسوط ٤: ٢٦٦.

ولا يرد الرجل بعيب سوى ذلك.
وأما: المرأة فالمختص بها سبعة: الجذام، والبرص، والقرن، والإفضاء،
والعمى، والعرج، والرتق.

أو ما جرى مجراها، والبحث إنما هو في خصوص كونه خنثى فالمناسب ترك هذا القيد،
لأن حكمه معلوم مما سبق.

قوله: (ولا يرد الرجل بعيب سوى ذلك).

لأن هذه العيوب هي التي ورد بها النص وصرح بها أجلة الأصحاب، وأما ما
عداها فلا دليل على ثبوت الخيار به، ولا يخالف فيه إلا نادر من الأصحاب.
فإن اللائح من كلام ابن البراج في المذهب اشترك الرجل والمرأة في كون كل
من الجنون والجذام والعفل والبرص والعمى موجبا للخيار في النكاح (١)، وكذا ابن
الجنيد.

(٢) والمذهب خلافه، بظاهر قوله عليه السلام: "والرجل لا يرد من
عيب" (٣) فإنه حجة فيما لم يخرج له دليل على كون المذكورة عيبا في الرجل.
وقول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: "إنما يرد النكاح من البرص والجذام
والمجنون والعفل" (٤) ولا دلالة فيه على حكم الرجل، فإن عمومته معارض بعمومه،
والرجل

لا يرد من عيب. واعلم أن العقم ليس عيبا فلا ترد واحد من الرجل والمرأة به إجماعا.
قوله: (وأما المرأة فالمختص بها سبعة: الجذام، والبرص، والقرن،
والإفضاء، والعمى، والعرج، والرتق).

(١) المذهب ٢: ٢٣١.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٢.

(٣) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٣٥٧ حديث ١٧٠٧، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٤.

(٤) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

أما الجذام: فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم ويبس الأعضاء، ولا بد وأن يكون بينا، فلو قوى الاحتراق، أو تعجر الوجه، أو استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخا.

هذا الاختصاص جار على المختار في المذهب، وقد قيل: إنها ترد بغير ذلك (١)، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (وأما الجذام فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم ويبس الأعضاء، فلا بد أن يكون بينا، فلو قوى الاحتراق أو تعجر الوجه أو استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخا).

الجذام: علة صعبة يحمر معها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر نعوذ بالله، وأكبر ما يكون ذلك في الوجه، ويتصور في كل عضو، فمتى ما ظهرت هذه العلة وثبتت بحيث لا يخفى على أحد فلا شك في ثبوت الخيار.

ولو وجدت علاماتها كقوة احتراق العضو واسوداده وتعجر الوجه واستدارة العين على وجه لا يقطع بالعلة لم يثبت.

ولو علم وجود العلة والحالة هذه إما بتصادقهما، أو بشهادة طبيين عدلين ثبت لا محالة، وبدون ذلك فعلى المنكر اليمين، لعموم قوله عليه السلام: " واليمين على من أنكر " (٢)، ولو ردت والحالة هذه ثبتت باليمين المردودة كما يثبت بالبينة والإقرار. وينبغي أن يقرأ: (تعجر) في قوله: (أو تعجر الوجه) بالراء المهملة من العجر، فإنها تطلق على العيوب، ومنه قولهم: أطلعتة على عجري ومجري، وقد يراد بها العقد والانتفاخ وجميعها متقاربة، لأن المراد بها ما يبدو في الوجه من آثار العلة نعوذ بالله منها.

(١) قاله المفيد في المقنعة: ٨١، وسالار في المراسم: ١٥٠.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١ التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢.

وأما البرص: فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم، ولا اعتبار بالبهق، ولا بالمشته به.

قوله: (وأما البرص: فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم، ولا اعتبار بالبهق ولا بالمشته به).

البرص: علة معروفة نعوذ بالله منها، وهي بياض يظهر في البدن منشؤه غلبة البلغم، وهو غير البهق وقد فرق الأطباء بينهما: بأن البرص يكون براقا أملس غائضا في الجلد واللحم، ويكون الشعر النابت فيه أبيض وجلده أنزل من جلد سائر البدن، وإن غرزت فيه الإبرة لم يخرج منه دم ببل رطوبة بيضاء.

والبهق بخلافه، وفي الأكثر يكون مستدير الشكل، والقول فيه كما سبق في الجذام، فمتى وجد في المرأة ما يقطع بكونه برصا ولا يخفى على أحد حاله ثبت الخيار، ومتى وجد بياضا وأمكن كونه برصا وغيره لم يثبت إلا بتصادقهما وبشهادة طبيين عدلين، لأن المقتضي لثبوت الفسخ هو حصول البرص، ومع احتمال غيره فالمقتضي منتف.

والنصوص الواردة بثبوت الخيار بالجذام والبرص كثيرة مثل صحيحة داود بن سرحان (١)، وصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام (٢)، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (٣)، وإجماع الأصحاب وإطباق أكثر علماء الإسلام على ذلك من الأمور المعلومة.

(١) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٤.

(٢) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

(٣) الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٦.

وأما القرن فقليل: إنه عظم ينبت في الرحم يمنع الوطاء، وقيل: إنه لحم ينبت في الرحم يسمى العفل، فإن منع الوطاء أوجب الفسخ، وإلا فلا.

قوله: (وأما القرن فقليل: إنه عظم ينبت في الرحم يسمى العفل، فإن منع الوطاء أوجب الفسخ، وإلا فلا).
من عيوب المرأة القرن، وفي أكثر الأخبار العفل والرتق (١) ولم يذكر القرن، وفي رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: قلت في الرجل إذا تزوج المرأة فوجدها قرناء الحديث (٢)، فذكر القرن وفسره بالعفّل.
وهكذا فعل ابن الأثير في النهاية قال: القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطاء ويقال له: العفل (٣)، وقريب منه كلام صاحب الصحاح (٤)، إلا أنه قال في موضع آخر: العفل شيء يخرج من قبل النساء وحيًا الناقة شبيه بالأدرة التي للرجال والمرأة عفلا (٥)، ومثل ذلك في القاموس (٦).
وقال ابن دريد في الجمهرة: إن القرناء هي المرأة التي يخرج قرنة رحمها، قال: والاسم القرن ضبطها محرّكة، وفي العفل قال: أنه غلظ في الرحم (٧).
وقد اختلف كلام الفقهاء في تفسيره، والدائر على ألسنتهم فتح الراء، وعلى ألسنة أهل اللغة تسكينها.

- (١) التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٣ - ١٦٩٨.
- (٢) الكافي ٥: ٤٠٥ حديث ١٢، التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٢، الاستبصار ٣: ٢٤٨ حديث ٨٨٨.
- (٣) النهاية ٤: ٥٤ "قرن".
- (٤) الصحاح ٦: ٢١٨٠ "قرن".
- (٥) الصحاح ٥: ١٧٦٩ "عفّل".
- (٦) القاموس المحيط ٤: ١٨ "عفّل".
- (٧) الجمهرة ٢: ٧٩٣ "قرن" و ٩٣٧ "عفّل".

قال الشيخ في المبسوط: إنه عظم في الفرج يمنع الوطء، ثم قال: وقال أهل الخبرة: العظم لا يكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في الفرج، وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء (١).
ومثل ذلك قال المصنف في التحرير لكنه قال فيه: الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، قال: والألفاظ الثلاثة مترادفة حينئذ (٢).
وهذا الخلاف وإن كان دائرا بين الفقهاء إلا أن منشؤه اختلاف أهل اللغة، لأن ذلك راجع إلى وضع اللفظ، وذكر الفقهاء إياه لا من حيث خصوص الوضع لأن ذلك من وظيفة اللغوي وحق الفقيه أن يتسلمه منه، لأن عيوب النساء تزيد وتنقص باعتبار القولين، فإن كون عيوب المرأة سبعة فقط إنما يستمر على أحدهما خاصة. ولا يخفى أن الترادف الذي ذكره في التحرير (٣) بين الألفاظ الثلاثة يحصل باعتباره قول ثالث، فإن الرتق على ما يأتي في كلامه هنا معنى آخر.
إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف هنا وفي التحرير لم يصرح بترجيح واحد من القولين، وهو الأنسب لما بينا من أن ذلك ليس وظيفة الفقيه، نعم تعرضه إلى القولين مما لا يكاد يستغنى عنه، لما قلناه من اختلاف عدد العيوب باعتبارهما. وكيف قلنا فلا خلاف في كون كل من القرن والعفل عيبا، إلا أن كونه عيبا مشروط بمنع الوطء، فلو لم يمنع لم يكن له خيار، سواء كان لصغر آتته جدا أو لكون المانع قليلا. أما إذا منع فظاهر، لفوات غرض الاستمتاع، وأما مع العدم فإنه كسلعة زائدة في غير المحل.

(١) المبسوط ٤: ٢٥٠.

(٢) التحرير ٢: ٢٨.

(٣) لتحرير ٢: ٢٨.

وأما الإفضاء: فهو ذهاب الحاجز بين مخرج البول والحيض.
وأما العمى فالأظهر من المذهب أنه موجب للخيار.
ولا اعتبار بالعمور، والعمش، وقلة النظر لبياض وغيره، والعمى
يوجب الفسخ وإن كانتا مفتوحتين.

فرع:

لو لم يستوعب المانع المحل، لكن منع الزوج الوطاء، إما لكبر آتته، أو لكون
السليم من المحل ضيقا جدا لا يقبل إلا الآلة الصغيرة جدا، فإطلاق النصوص وكلام
الفقهاء يقتضي كونه موجب للخيار.

قوله: (وأما الإفضاء: فهو ذهاب الحاجز بين مخرج البول والحيض).
لا خلاف في أن الإفضاء، عيب، وقد روى الشيخ عن أبي عبيدة عن أبي جعفر
عليه السلام: في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، قال: فقال:
" إذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة وما كان بها من زمانة ظاهرة
فإنها ترد على أهلها من غير طلاق " (١) الحديث.

وهو نص في الباب، وما ذكره المصنف في تفسير الإفضاء هو أحد تفسيريه،
وتفسيره الآخر أنه ذهاب الحاجز بين مخرج البول والغائط، وإنما اقتصر المصنف على
هذا التفسير اكتفاء بما ذكره في موضع آخر وكونه عيبا، لا يختلف على كل منهما بل
على التفسير الآخر أولى، لبعدها عن الانتفاع بها في الوطاء حينئذ.
قوله: (وأما العمى فالأظهر من المذهب أنه موجب للخيار، ولا اعتبار
بالعمور والعمش وقلة النظر لبياض وغيره، والعمى يوجب الفسخ وإن كانتا
مفتوحتين).

الظاهر من مذهب الأصحاب أن العمى عيب في المرأة ترد به، نص عليه

(١) الكافي ٥: ٤٠٨، حديث ١٤، التهذيب ٧: ٤٢٥، حديث ١٦٩٩.

الشيخ في النهاية (١)، وأكثر الأصحاب كالمفيد (٢)، والمرضى (٣)، وابن الجنيد (٤)، وابن
البراج (٥)، وأبي الصلاح (٦)، وابن إدريس (٧)، وسالار (٨)، وابن حمزة (٩).
وظاهر كلامه في المبسوط والخلاف أنه ليس بعيب، فإنه عد عيوب المرأة ستة
ثم قال: ومن أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا (١٠)، وربما يلوح
ذلك

من كلام الصدوق في المقنع حيث جعله رواية (١١).
والمذهب هو الأول، لصحيفة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام: في
الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: " ترد على وليها (١٢) "
الحديث. وفي معناه ما رواه ابن بابويه في الفقيه عن الباقر عليه السلام قال: " ترد
العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء " (١٣).
والمراد ردها في النكاح كما فهمه الأصحاب.
حجة المانع صحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: " إنما يرد النكاح

(١) النهاية: ٤٨٥.

(٢) المقنعة: ٨٠.

(٣) الناصريات - الجوامع الفقهية - : ٢٤٨.

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٢.

(٥) قاله في الكامل كما نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٢.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

(٧) السرائر: ٣٠٩.

(٨) المراسم: ١٥٠.

(٩) الوسيلة: ٣٦٧.

(١٠) المبسوط ٤: ٢٤٩، الخلاف ٢: ٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

(١١) المقنع: ١٠٤.

(١٢) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٤.

(١٣) الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٨.

وأما العرج فإن بلغ الإقعاد فالأقرب تسلط الزوج على الفسخ به،
وإلا فلا.

من البرص والجذام والجنون والعفل " (١). وكلمة إنما للحصر.
والجواب: روايتنا أخص، والخاص مقدم، على أن لنا ترجيحاً من وجه آخر،
وهو أن الدلالة من جانبنا منطوق اتفاقاً، ومن جانب المانع محل اختلاف، والمتفق عليه
أرجح لو وقع التعارض.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن العمى بجميع أنواعه موجب للخيار، لأنه معلق به
ودائر معه، فمتى صدق العمى ثبت الخيار، سواء كانت مفتوحة أو لا. ولو كانت عوراء
فلا خيار، للأصل، ولرواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال في رجل يتزوج
إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال: " لا ترد " (٢) الحديث، وكذا العمش وقلة
النظر لبياض وغيره، وكل ما جرى هذا المجرى بطريق أولى.
قوله: (وأما العرج فإن بلغ الإقعاد فالأقرب تسلط الزوج على
الفسخ به، وإلا فلا).

ظاهر المذهب أن العرج أيضاً عيب ترد به المرأة، صرح بذلك الشيخ في
النهاية (٣)، والمفيد (٤)، وأكثر الأصحاب (٥).
ولم يذكر كونه عيباً للشيخ في المبسوط والخلاف (٦)، وكذا ابن البراج في

(١) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث، ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٦ حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٢٦ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣: ٢٤٧ حديث ٨٨٦.

(٣) النهاية: ٤٨٥.

(٤) المقنعة: ٨٠.

(٥) منهم ابن الجنيد كما في المختلف: ٥٥٣، وسنن في المراسم: ١٥٠، وأبو الصلاح في الكافي في الفقه:
٢٩٥.

(٦) المبسوط ٤: ٢٤٩، الخلاف ٢: ٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

المهذب (١)، وعد ابن إدريس عيوب المرأة سبعة ثم قال: وألحق أصحابنا عيبا ثامنا وهو العرج البين ذهب إليه شيخنا في نهايته (٢) ولم يذهب إليه في مسائل خلافه (٣) وجعله ابن بابويه في المقنع رواية.

(٤) والمختار الأول للروائتين السابقتين.

وحجة المانع صحيحة الحلبي، والجواب ما تقدم.

بقي شئ وهو أن جمعا من الأصحاب أطلقوا كون العرج عيبا كالمفيد في المقنعة (٥)، وكذا بعض الأخبار (٦).

وقيده جماعة بما إذا كان بينا، منهم ابن دريس (٧)، والمصنف في التحرير (٨)،

وفصل هنا فحكم بالفسخ إذا بلغ الإقعاد لا بدونه، وكذا المحقق ابن سعيد (٩)،

والظاهر أن المراد به وبالعرج البين واحد، وهو أن يكون فاحشا جدا بحيث لا يستطيع

معه التردد في العادة إلا بالمشقة الشديدة، فلا ترد بالعرج اليسير وهو الذي لا يكون

كذلك. وهذا هو المختار، لأن في صحيحة داود بن سرحان السابقة: " وإن كان بها زمانة

لا يراها الرجال أجزى شهادة النساء عليها " (١٠) فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانة،

(١) المهذب ٢: ٢٣١.

(٢) النهاية: ٤٨٥.

(٣) الخلاف ٢: ٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

(٤) المقنع: ١٠٤، السرائر: ٣٠٩.

(٥) المقنعة: ٨٠.

(٦) الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٦، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٣.

(٧) السرائر: ٣٠٩.

(٨) التحرير ٢: ٢٩.

(٩) الشرائع ٢: ٣٢٠.

(١٠) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٤.

وأما الرتق: فهو أن يكون الفرج ملتحما ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطء ولم تمكن إزالته أو أمكن فامتنعت، وليس له إجبارها على إزالته.

فإن مفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين. وكذا رواية أبي عبيدة السابقة (١)، مع أن المطلق يجب حمله على المقيد، والاقتصار في المخالف للأصل على موضع اليقين أقرب إلى الاحتياط. وينبغي ملاحظة عبارة الكتاب، فإن المصنف حيث قسم العرج إلى ما يبلغ الإقعاد والزمانة وإلى غيره، قرب التسلط على الفسخ في الأول ونفاه عن الثاني، فافتضى كلامه أن في البالغ حد الإقعاد وجهين أو قولين، وأشعر بنفيهما عن غيره. وقد عرفت أن في الأصحاب من أطلق كونه العرج عيبا، وفيهم من يلوح من كلامه كونه ليس بعيب، ومنهم من فصل وقسم إلى قسمين، أحدهما عيب وهو البالغ إلى حد الإقعاد دون الآخر، فلم يكن مورد الوجهين أو القولين هو القسم الأول. ولو أنه قال: وأما العرج فالأقرب أنه إن بلغ الإقعاد تسلط الزوج به على الفسخ وإلا فلا لكان أولى.

قوله: (وأما الرتق فهو أن يكون الفرج ملتحما ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار من منع الوطء، ولم يمكن إزالته، أو أمكن وامتنعت وليس له إجبارها على إزالته). تنقيح هذا البحث بأمور: الأول: قال في الصحاح: الرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق

(١) الكافي ٥: ٤٠٨ حديث ١٤، التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٩.

لا يستطيع جماعها، لارتفاق ذلك الموضوع منها (١)، وقريب منه قوله في القاموس (٢).
الثاني: فسر المصنف هنا الرتق بأنه التحام الفرج، وهو المفهوم من كلام
صاحب الصحاح، وهو المناسب للمعنى المشتق منه، وقد حكينا قول المصنف في
التحرير: أن الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، وحكم بمرادفه القرن
والعفل (٣)، وكأنه أخذ مما حكاه الشيخ في المبسوط عن أهل الخبرة من تفسير
القرن إلى أن قال: وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء (٤). وهذا المعنى مشارك
للأول في منع مقصود النكاح وهو الاستمتاع، إلا أن الأول الصق بمادة رتق.
الثالث: لا خلاف بين الأصحاب في أن الرتق عيب يوجب الخيار، ويدل عليه
مع الإجماع فوات فائدة النكاح به، فجرى مجرى تعذر استيفاء المنفعة في الإجارة
لعيب ونحوه، على أنه إن كان الرتق مرادفا للقرن كان ثبوت الخيار معه مورد
النص (٥).

الرابع: لا شبهة في أن الخيار إنما يثبت بالرتق إذا كان مانعا من الوطاء، صرح
بذلك المحققون (٦)، ووجهه بقاء مقصود النكاح مع عدم المنع، فلو ارتفق المحل وبقي
منه

ما يمكن معه الوطاء فلا خيار وإن كان لصغر آتته، بخلاف العدم. وإنما يتحتم ثبوت
الخيار إذا لم يمكن إزالة المانع عادة، أو أمكن بفتق الموضوع ولكنها امتنعت من الإزالة.
أما لو رضيت بها فلا خيار له بحال إجماعا، ولأن الحكم إذا تعلق بعلّة زال
بزوالها.

(١) الصحاح ٤: ١٤٨٠ "رتق".

(٢) القاموس المحيط ٣: ٢٣٥ "رتق".

(٣) التحرير ٢: ٢٨.

(٤) المبسوط ٤: ٢٥٠.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٩ حديث ١٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٣.

(٦) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ٢٥٠، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٣.

ولا ترد المرأة بعيب سوى ذلك، وقيل: المحدودة في الزنا ترد، وقيل: بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ.

ولو أراد الزوج الإزالة مع امتناعها لم يكن له إجبارها، لأن ذلك ليس حقا له ولما في الإقدام على الجراحة من تحمل الضرر والمشقة، كما أنها لو أرادت هي ذلك لم يكن له المنع، لأنه تداو لا تعلق له به.

ولا يخفى أن رضاها بالإزالة وحده لا يكفي في سقوط الخيار، بل لا بد من حصولها، فلو مكنت من الإزالة ولم يحصل على الفور عادة فالخيار بحاله، ثم ينبه في العبارة بشيئين:

الأول: أنه عرف الرتق بكون الفرج ملتحما على وجه ليس له مدخل للذكر، وعبارة الشيخ في المبسوط (١) خالية من هذا القيد، وهو الصواب، لأن الرتق أعم من ذلك.

فإن قيل: أراد به ما يكون عيبا في النكاح، والعيب هو هذا دون الأعم.

قلنا: فقوله بعد ذلك: (ويوجب الخيار مع منع الوطاء) مستدرك.

الثاني: قوله: (ولم يمكن إزالته أن أمكن وامتنعت) يجب أن يكون في حيز (مع)

ليكون شرطا ثانيا للخيار مضافا إلى منع الوطاء، لكن تركيبه غير حسن، لأن

المعطوف جملة والمعطوف عليه مفرد، اللهم إلا أن تؤول الجملة بمفرد، وهو عدم إمكان الإزالة ونحو ذلك، وقوله: (أو أمكن) على حد قول الشاعر: ولا أرض أبقل أبقالها.

قوله: (ولا ترد المرأة بعيب غير ذلك، وقيل: المحدودة في الزنا ترد،

وقيل: بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ).

لما انحصرت عيوب المرأة فيما ذكره المصنف بحكم الدليل ظهر وجه قوله:

(ولا ترد المرأة بعيب غير ذلك) وقد وقع الخلاف في مواضع:

(١) المبسوط ٤: ٢٥٠.

منها ما إذا زنت المرأة قبل الدخول بها، فإن الصدوق ذهب إلى أنها ترد بذلك ولا صداق لها (١)، لقول علي عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها: " يفرق بينهما ولا صداق لها " (٢)، لأن الحدث كان من قبلها، والطريق ضعيف والمذهب عدم الرد بذلك.

ومنها ما إذا ظهر كون المرأة خنثى، فإن قطب الدين الكيدري ذهب إلى أنه عيب، وقال الشيخ في المبسوط: فيه قولان (٣)، وإطلاق العبارة يتناول ما إذا كان مشكلا، وفيه نظر، لأن المشكل لا يصح نكاحه، وعلى كل تقدير فليس ذلك من جملة العيوب على المختار.

ومنها المحدودة في الزنا، وللأصحاب في حكمها ثلاثة أقوال: الأول: أن ذلك عيب ترد به، ذهب إليه المفيد (٤)، وسالار (٥)، وابن البراج (٦)، وأبو الصلاح (٧)، والكيدري، لأن ذلك من الأمور الفاحشة التي يكرهها الزوج، ونفور النفس منه أقوى من نفورها من نحو العمى والعرج، ولزوم العار العظيم به يقتضي كون تحمله ضررا عظيما.

ولما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت قال: " إن شاء زوجها أخذ

(١) المقنع: ١٩.

(٢) الفقيه ٣: ٢٦٣ حديث ١٢٥٣، التهذيب ٧: ٤٩٠ حديث ١٩٦٨.

(٣) المبسوط ٤: ٢٦٦.

(٤) المقنعة: ٨٠.

(٥) المراسم: ١٥٠.

(٦) المهذب ٢: ٢٣٤.

(٧) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحلت من فرجها، وإن شاء تركها " (١) الحديث.
الثاني: أنه ليس بعيب يوجب الرد بل للزوج الرجوع بالمهر على وليها العالم بحالها، وليس له فراقها، إلا بالطلاق، ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية (٢)، وابن إدريس (٣)،

احتجاجا بالرواية السالفة، فإن فيها قال: وترد المرأة من العفل البرص والجدام والجنون، فأما ما سوى ذلك فلا.

قال الشيخ في توجيهه: هذا لا ينافي ما قدمناه من أنه ليس له الرد بمجرد الفسق، فإنه قال: إذا علم أنها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق، ولم يقل: إن له ردها (٤). ولا يمتنع أن يكون له استرجاع الصداق وإن لم يكن له رد العقد، لأن أحد الحكمين منفصل عن الآخر.

قال المصنف في المختلف: في إيجاب المهر على الولي مع عدم كونه عيبا إشكال ينشأ: من أن التضمين إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيبا أوجب الفسخ وإلا لم يجب المهر (٥).

أقول: الإشكال في موضعه، وهنا نظر من وجه آخر، وهو أن محل النزاع هو المحدودة في الزنا، والرواية لا تدل عليه، نعم هي مناسبة لقول الشيخ في النهاية فإنه ساوى بين من تجدد علم الزوج بزناها ومن علم كونها قد حدثت في الزنا حيث لم يوجب الرد لواحد منهما، وأوجب الرجوع على الولي بالمهر (٦)، وفي دلالتها الإشكال السابق.

(١) التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٨، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٩.

(٢) النهاية: ٤٨٦.

(٣) السرائر: ٣٠٩.

(٤) التهذيب ٧: ٤٢٥ ذيل الحديث ١٦٩٨.

(٥) المختلف: ٥٥٣.

(٦) النهاية: ٤٨٦.

الثالث: أنه ليس بعيب ولا رجوع المهر، ذهب إلى ذلك المصنف (١)، وجمع من المتأخرين (٢)، وهو الأصح.

لنا على الحكم الأول التمسك بأصالة لزوم النكاح، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: "إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل" (٣)، خرج ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على حكم العموم.

وبرواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدودة هل ترد من النكاح، قال: "لا" (٤).

وعلى الحكم الثاني أن المهر وجب بالعقد، فإذا كان النكاح لازما ولم يكن المذكور عيبا فالرجوع بالمهر خلاف مقتضى النكاح، فإن مقتضاه كون المهر على الزوج دون الولي.

ويمكن حمل الرواية على ما إذا شرط الزوج كونها عفيفة فظهر الخلاف، فإنه يرجع بالصادق إذا فسخ بدليل قوله: (وإن شاء تركها) أي بغير فسخ ولا رجوع. ويشت زناها بشاهد عدل بالنسبة إلى التسلط على الفسخ، وبالإقرار مرة على الأقرب لا بالنسبة إلى الحد وهو ظاهر.

تذنيب: ذهب ابن الجنيد إلى أن الزنا يرد به النكاح في الرجل والمرأة قبل العقد وبعده (٥)، وقد عرفت ضعف التمسك وأن الأصح العدم.

(١) المختلف: ٥٥٣.

(٢) انظر: إيضاح الفوائد ٣: ١٧٩، التنقيح الرائع ٣: ١٨٣.

(٣) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

(٤) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

الفصل الثاني: في أحكام العيوب:
خيار الفسخ على الفور، فلو سكت صاحبه عالما مختاراً بطل خياره،
وكذا خيار التدليس.
وليس الفسخ طلاقاً، فلا يعد في الثلاث، ولا يطرد معه تنصيف المهر،
ولا يفتقر إلى الحاكم.
وفي العنة يفتقر إليه لا في الفسخ، بل في ضرب الأجل، وتستقل
المرأة بعده عليه.

قوله: (الفصل الثاني: في أحكام العيوب:
خيار الفسخ على الفور، فلو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره، وكذا خيار
التدليس. وليس الفسخ طلاقاً فلا يعد في الثلاث، فلا يطرد معه تنصيف
المهر ولا يفتقر الفسخ إلى الحاكم، وفي العنة يفتقر إليه لا في الفسخ، بل في
ضرب الأجل وتستقل المرأة بعده عليه).
هذا الخيار على الفور عندنا، وكذا الخيار في التدليس على الفور، فلو أحر
من إليه الفسخ عالماً مختاراً بطل على الفور خياره لفوات الفورية، سواء الرجل
والمرأة. ولو جهل ثبوت الخيار فأصح القولين بقاء الخيار، فيتخير حينئذ على الفور،
بخلاف ما لو علم الثبوت وجهل الفورية، فإن الخيار يبطل بالتأخير، لأنه يشعر
بالرضى كما سبق في تجدد العتق.
ولو منع من الاختيار، إما بالقبض على فيه، أو هدد تهديداً يعد مثله إكراهاً
فالخيار بحاله، لأن الإكراه عذر بالنص، (١) والإجماع. ثم إن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً

(١) الفقيه ٢: ٤١٧ حديث ٩، التوحيد: ٣٥٢ حديث ٢٤، الخصال ٢: ٤١٧.

قطعا، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق، فلا يعد في الثلاث، فلا تحرم إلا بطلقات ثلاث غيره.

ولا يطرد معه تنصيف المهر بحيث يكون متى حصل ثبت كما في الطلاق، وإنما عبر بقوله: (فلا يطرد) دون أن يقول: ولا ينتصف، لانتقاضه بالعنة حينئذ فإنها مع الفسخ بها تستحق نصف المهر على ما سيأتي أن شاء الله تعالى وعلى ما عبر به فالمنفي هو اطراده، وذلك لا ينافي الثبوت في بعض الصور.

ولا يفتقر هذا الفسخ إلى الحاكم، لأنه حق ثبت، فلا يتوقف استيفاؤه على كونه بحضور الحاكم أو بإذنه كسائر الحقوق، خلافا لبعض العامة (١) وابن الجنيد (٢) منا، وكلام الشيخ في موضع من المبسوط يشعر بتردده (٣). وفي موضع آخر قبله جوز الاستقلال بالفسخ محتجا بأن الأخبار في هذا الباب مطلقة (٤).

واستثنوا من هذا الحكم العنة، فإن الفسخ بها يتوقف على الحكم إجماعا، لا لأجل الفسخ بل لأنه لا بد من ضرب الأجل على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يكون ذلك إلا بحكم الحاكم إجماعا كالحجر بالفلس وبالسفه عند قوم. فإذا ضرب الأجل ومضت المدة استقلت المرأة بالفسخ حينئذ، وقول المصنف: (وتستقل المرأة بعده عليه) الضمير الأول فيه يعود إلى الأجل والثاني إلى الفسخ، وكأنه ضمن كلمة (تستقل) معنى (تسلط) فعدها بكلمة (على) أي وتستقل متسلطة بعد الأجل على الفسخ من غير توقف على الحاكم.

(١) انظر: المجموع ١٦: ٢٧٢، المغني لابن قدامة ٥٨٥.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٧.

(٣) المبسوط ٤: ٢٥٣.

(٤) المبسوط ٤: ٢٤٩.

ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطء.
وفي المتخلل بينه وبين العقد
إشكال أقربه التمسك بمقتضى العقد.

قوله: (ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطء، وفي المتخلل بينه وبين العقد إشكال، أقر به التمسك بمقتضى العقد).
للعيب الحاصل بالمرأة حالات ثلاث:
أحدها: أن يكون موجودا قبل العقد، ولا شبهة في ثبوت الخيار به، فإنه لما كان حاصلًا في زمان العقد منع وقوعه على وجه اللزوم.
وثانيها: أن يتجدد بعد الوطء، وقد جزم المصنف بعدم الخيار به هنا وفي التحرير (١)، وإطلاق كلام الشيخ في المبسوط والخلاف بثبوت الخيار بالعيب الحادث ولو لم يكن حال العقد محتجا بعموم الأخبار يتناول الحادث بعد الوطء، وقوله بعد أن الفسخ بالعيب الحادث بعد الدخول يوجب المسمى يؤكد ذلك (٢).
والأصح عدم الرد به، لتأكد النكاح بالدخول الجاري مجرى القبض في البيع، مع أنه قد سبق لزوم النكاح وثبوته، فتجدد الخيار يتوقف على الدليل.
وقد روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " المرأة ترد من أربعة أشياء: من البرص، والجذام، والجنون، والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا " (٣).
وجه الاستدلال بها أنها دالة على رد المرأة بالعيب إلا أن يكون قد وقع عليها، وذلك عام في الوقوع بعد العيب وقبله، وقد دل الدليل على أن الوقوع قبل العلم بالعيب لا يسقط الخيار، فيختص به هذا العموم ويبقى الباقي على حكمه.

(١) التحرير ٢: ٢٩.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢، الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٨ كتاب النكاح.

(٣) الكافي ٥: ٤٠٩ حديث ١٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٣،

الاستبصار ٣: ٢٤٨

حديث ٨٨٨.

وثالثها: أن يتجدد بعد العقد وقبل الوطاء، وللأصحاب فيه قولان: أحدهما: الثبوت، ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف (١)، تمسكا بعموم الأخبار الدالة على الرد بهذا العيب، فإنها شاملة للموجود قبل العقد والمتجدد بعده، لرواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله السالفة وغيرها (٢). والثاني: العدم، اختاره ابن إدريس (٣)، وكلام ابن حمزة يشعر به (٤)، وإليه ذهب المصنف في المختلف (٥)، وقواه هنا وفي التحرير (٦)، واختاره جماعة من المتأخرين (٧)، وهو

الأصح

لنا إن العقد قد وقع لازما فيجب التمسك بمقتضاه عملا بالاستصحاب، وأمر النكاح مبني على كمال الاحتياط فلا تسلط على فسخه بكل سبب، مع أن أكثر الأصحاب مطبقون على انتفاء الخيار. وأما الأخبار فإن ظاهرها وإن اقتضى ثبوت الخيار إلا أنها غير صريحة في ذلك، مع أن صحيحة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قد تضمنت الحكم برد العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة والتي بها زمانة إذا دلست نفسها (٨)، وإنما يكون التدليس مع وجود العيب قبل العقد. ومفهوم ذلك يقتضي عدم الرد مع انتفاء التقدم، ومفهوم الشرط حجة عند

-
- (١) المبسوط ٤: ٢٥٢، الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٨ كتاب النكاح.
 - (٢) الكافي ٥: ٤٠٩ حديث ١٨، التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٤، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٠.
 - (٣) السرائر: ٣٠٩.
 - (٤) الوسيلة: ٣٦٧.
 - (٥) المختلف: ٥٥٤.
 - (٦) التحرير ٢: ٢٩.
 - (٧) منهم فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٧٩، والفاضل المقداد في التنقيح ٣: ١٨٥.
 - (٨) الكافي ٥: ٤٠٨ حديث ١٤، التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣: ٢٤٧ حديث ٨٨٥.

ولا يمنع الوطاء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر ويرجع به على المدلس إن كان، وإلا فلا رجوع. ولو كانت هي المدلسة رجع عليها، إلا بما يمكن أن يكون مهرا.

المحققين.

إذا عرفت ذلك فارجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن منشأ الإشكال ما ذكرناه من دليلي القولين، ووجه القرب ما ذكرناه في ترجيح الثاني. قوله: (ولا يمنع الوطاء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر، ويرجع به على المدلس إن كان، وإلا فلا رجوع، ولو كانت هي المدلسة رجع عليها إلا بما يمكن إن يكون مهرا). قد علم مما سبق أن العيب في النكاح قد يكون في الرجل وقد يكون في المرأة، فإن كان في المرأة فقد تقرر أنها إنما ترد إذا كان العيب سابقا على العقد، وحينئذ فيما أن يعلم به الزوج قبل العقد أو بعده قبل الوطاء، أو بعده. وإذا تجدد علمه به فيما أن يظأ في هذه الحالة أو لا، فإن علم قبل العقد فلا خيار له على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وإن تجدد علمه بعده ثبت له الخيار بشرط أن لا يقدم على الوطاء بعد العلم، فإن فعل فلا خيار له، لدلالته على الرضى، ولرواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله السابقة، ولأن ذلك ربما أفضى إلى التراخي في الاختيار والخيار فوري. أما إذا كان جاهلا بالحال، إما من حيث جهله بالعيب أو جهله بثبوت الخيار، فإنه لا يسقط بالوطء على تردد في الثاني. وقد وردت الأخبار بأن لها المهر إذا فسخ ويرجع به على المدلس (١)، وإنما يكون ذلك بعد الوطاء كما لا يخفى.

(١) التهذيب ٧: ٤٢٥ و ٤٣٢ حديث ١٦٩٨ و ١٧٢٣.

وهل يجري التقييل وغيره من الاستمتاعات مجرى الوطاء؟ فيه إشكال ينشأ:
من دلالة على الميل الدال على الرضى، ومن أصالة البقاء والتوقف في هذه الدلالة،
ولا ريب أن هذا إنما يكون مع عدم منافاة، التراخي، كما لو أكرهه مكره على عدم
الاختيار، ثم في هذا البحث أمور:

الأول: المهر الواجب هنا هو المسمى لا محالة، لأن النكاح صحيح، فإن ثبوت
الخيار فرع صحة العقد في نفسه، وقال الشيخ في المبسوط: إن كان الفسخ بالمتجدد
بعد الدخول فالواجب المسمى، لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارئ بعد
استقراره.

وإن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل، لما
قلناه من أن الفسخ يستند إلى زمان العيب، ويصير النكاح كأنه وقع فاسدا فتعلق
به أحكام الفاسد، وإن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة (١).
وإن كان بعده فلا نفقة في العدة ويجب مهر المثل، وقد يعلل بأن قضية الفسخ
أن يرجع كل واحد من المتعاقدين إلى عين حقه إن بقي وإلى بدله إن تلف، وقد جرى
العقد على البضع والمسمى، وعوض البضع هو مهر المثل.

وما ذكره الشيخ ضعيف، لأن النكاح وقع صحيحا، والفسخ وإن كان بسبب
العيب إلا أنه إنما يبطل النكاح من حينه، ولا يزيل الأحكام التي سبقت عليه، ولهذا
لا يرجع عليها بالنفقة الماضية وإن بقيت عينها.
وأما التعليل الثاني فجوابه: إن ذلك في المعاوضات الحقيقية والنكاح ليس منها،
ولأن المسمى يستقر وجوبه بالوطء مرة واحدة فلا يسقط بالفسخ الطارئ.
الثاني: قال المصنف في المختلف: إذا كانت هي المدلسة بعد الدخول وتسليم

(١) انظر: المبسوط ٤: ٢٥١.

المهر فالمشهور أنه يرجع الزوج عليها بما دفعه، وإن كان الولي هو المدلس رجع الزوج عليه وكان لها المهر كاملاً.

ثم حكى عن ابن الجنيد الرجوع على الولي به إلا قدر أقل مهر مثلها، إلا أن يكون مما لا يظهر وقد خفى على الولي، فيكون لها أقل صداق مثلها، والباقي مردود من مالها على زوجها، وحكمها حكم وليها إن كانت هي العاقدة على نفسها (١). ومحصل ما ذكره الشيخ في المبسوط أن الولي إذا زوجها فلا يخلو: إما أن يكون ممن لا يخفى عليه عيبها كالأب والجد ونحوهما ممن يخالطها ويعرفها فالرجوع عليه، أو يكون ممن يخفى عليه ذلك، فإن صدقته المرأة أنه لا يعلم فالرجوع عليها، لأنها هي الغارة وإن كذبتة فالقول قوله مع يمينه والرجوع عليها دونه (٢).

وذهب أبو الصلاح إلى أنها إذا كانت هي المدلسة لا يرجع عليها بشيء مما أخذته من المهر بعد الوطاء، محتجا بأن الصداق عوض البضع (٣)، وهو ضعيف. ولا شك أن تنقيح هذا الموضوع مما لا بد منه، فلا بد من بيان معنى التدليس، وتحقيق المعنى المراد بالولي هنا، وبيان أن الواقع يمكن أن يخلو عن التدليس واستحقاق الرجوع بالمهر أولاً.

فنقول: التدليس تفعيل من المدلسة وهي المخادعة، والمراد هنا كتمان العيب، والدلس محركة الظلمة، كأن المدلس لما أتى بالمعيب إلى المخدوع وقد كتم عليه عيبه أتاه به في الظلمة، هذا هو أصل المعنى. لكن صدق التدليس في الأبواب يتفاوت، ففي بعض الأحوال لا يعد مدلساً إلا إذا ظهر الضد كالرقية.

(١) المختلف: ٥٥٧.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

فإن من زوج امرأة فظهر كونها رقيقة لا يعد مدلسا إلا إذا وصفها بكونها حرة، وفي بعضها يعد مدلسا بمجرد السكوت عن بيان الحال. كما إذا زوج ذات العيب ولم يبين عيبها، وكان المدار في ذلك كون الشيء خللا في الخلقة وعدمه.

وكل موضع تحقق فيه خلل الخلقة فالسكوت عنه مع العلم به تدليس، وكل موضع لا يكون كذلك لا يتحقق التدليس، إلا إذا وضع بصفة كمال فيظهر عدمها كالحرية والبكارة، والأصل فيه أن الإطلاق محمول على كمالية الخلقة، ولا يقتضي استجماع صفات الكمال، هذا معنى التدليس.

وأما بيان ما به يصير الشخص مدلسا فينبغي أن يقال فيه: أنه متى تحقق كونه باعثا على التزويج عد مدلسا، سواء كان متولي العقد هو أو غيره، وهكذا يفهم من كلام بعض المحققين (٢).

لكن عبارة المصنف والشيخ (٢) وابن الجنيد (٣) غير وافية بذلك، والذي تشعر به عبارة المبسوط أن المدار في التدليس على التزويج، وفي عبارة بعض الأخبار اختلاف، ففي بعضها الرجوع على الولي دلسها (٤)، وفي بعضها يغرم وليها الذي أنكحها (٥)، وفي بعضها أن المهر على الذي زوجها، لأنه الذي دلسها (٦).

(١) منهم ابن إدريس في السرائر: ٣٠٩.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٤.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٨.

(٤) الكافي ٥: ٤٠٨، حديث ١٤، التهذيب ٧: ٤٢٥، حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣: ٢٤٧، حديث ٨٨٥.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٦، حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٢٦، حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣: ٢٤٧، حديث ٨٨٦.

(٦) الكافي ٥: ٤٠٧، حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥، حديث ٨٧٨.

وأما الولي فالمعروف بينهم أنه الذي أمر المرأة إليه، كالأب والجد والوصي والحاكم، ومقتضى ذلك أن الرجوع عليه إن كان وإلا فعليها. ويناسب الحال أن يراد بالولي هنا المتولي لأمرها وإن كان وكيلا بحيث يكون تزويجها مستندا إليه، سواء باشر العقد أم لا.

والأخبار لا تدل على أمر غير ذلك، والدليل لا ينهض إلا عليه، لأن التدليس منوط بالباعثية، لكن الولي إنما يرجع عليه إذا كان عارفا بحالها، فإن علم ذلك فلا بحث، وإن لم يعلم: فإن كان ممن شأنه أن لا يخفى عليه حالها كالمحرم حيث لا يكون العيب خفيا جدا عمل بظاهر الحال واغرم المهر، إلا أن تصدقه المرأة فالرجوع عليها.

ولو كذبه فالذي يناسب المقام أن يقدم قولها باليمين، لأن الظاهر الذي مدار الأمر عليه معها، ولو ادعى عليها الولي في هذه الحالة اختصاصها بالتدليس بأنها حملته على تزويجها وأفهمته أن الزوج علم حالها فكذلك. وإن كان ممن يخفى عليه أمرها: فإن صدقته المرأة فالرجوع عليها، وإن كذبه فالقول قوله بيمينه.

فيلخص من هذا أن الواقع لا يخلو عن التدليس إما منها أو من المزوج لها، ومنه يتبين أن الرجوع بالمهر ثابت للزوج في كل صورة، وقد يتوقف في صورة واحدة، وهي إذا كان العيب خفيا جدا وادعت المرأة الجهل به وأمكن ذلك فإن في تصديقها باليمين وسقوط الرجوع هنا إشكالا ينشأ: من إطلاق النصوص وكلام الفقهاء بالرجوع عليها وعلى متولي إنكاحها، ومن انتفاء معنى التدليس حينئذ الذي هو مناط الرجوع وكون الجاهل معذورا وعبرة الكتاب تدل على أن الحال قد يخلو عن التدليس وهي قوله: (كان وإلا فلا رجوع). وقريب منه عبارة ابن إدريس (١).

(١) السرائر: ٣٠٩.

فرع: لو كان المتولي لتزويجها جماعة فالرجوع عليهم بأن يوزع على جميعهم بالسوية، سواء كانوا ذكورا أم لا.

الثالث: أطلق الأصحاب الرجوع بالمهر عليها إذا كانت هي المدلسة، وهو واضح إذا كان قد دفع إليها، أما مع عدمه فلا محصل له، ويبعد أن يراد به دفعه إليها ثم استعادته منها إذ لا فائدة في ذلك.

وقد يتخيل أن فائدة الدفع إليها المحافظة على عدم خلو الوطاء المحترم عن مهر، فيكون دفعه من حيث كونه مهرا يقتضيه الوطاء واستعادته من جهة التدليس. ويندفع هذا بأنه لا بد لها مما يكون مهرا على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

الرابع: إذا كان الرجوع بالمهر على غيرها فلا بحث في أنه يرجع بجميع ما غرم، وإن كان الرجوع عليها ففي الرجوع بجميع المهر وجهان: أحدهما: يرجع بالجميع، لظاهر النصوص، (١) ولأن غرم المهر ينشأ من تغريها.

والثاني: إنه يجب أن يستثنى مما يكون مهرا، لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر قطعا، وهذا أصح وبه صرح كبار الأصحاب، وفي تقديره قولان: أحدهما: ما ذهب إليه ابن الجنيد وهو أقل مهر مثلها (٢)، ووجهه أنه قد استوفى منفعة البضع فوجب عوض مثلها وهو مهر المثل.

والثاني - وإليه ذهب الأكثر - أقل ما يمكن أن يكون مهرا، وهو أقل ما يتمول في العادة ووجهه ورود النص (٣) بالرجوع بالجميع، فيجب الاقتصار في المخالفة على موضع اليقين، وهذا هو المقطوع به دون ما زاد وهو الأصح.

-
- (١) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.
(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.
(٣) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصة إذا فسخت بعد الوطاء.
ولو فسخ الزوج قبل الدخول سقط المهر، وكذا المرأة، إلا في العنة
فيثبت لها النصف.
ولو وطأ الخصي فلها المهر كاملاً والفسخ،

ولقائل أن يقول: إن هذا الاستثناء إن كان حقاً ثابتاً للزوجة في مقابل الوطاء
المحترم فلا معنى للرجوع به على الولي كما لا يجوز به عليها، وإن لم يكن حقاً لها ثابتاً
استحق الرجوع به على المدلس وإن كان هو الزوجة.
قوله: (ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصة إذا فسخت بعد
الوطاء).

أي: إذا كان العيب الموجب للفسخ في الزوج لزم الزوج المهر في خاصة، أي
في خاص الزوج، أي في ماله الخاص به دون من دلسه، وهذا إذا كان الفسخ بعد
الوطاء الموجب لاستقرار المسمى.
وإنما وجب المهر هنا في خاصة دون من دلسه، لأن النكاح وقع صحيحاً فأوجب
المهر واستقر بالدخول، ورجوع الزوج في المسألة السابقة لكونه مغروراً، وهو هنا
غير مغرور بل المغرور الزوجة وقد استوفت حقها فلا رجوع له على أحد.
وقال ابن حمزة: إن فسخ المرأة موجب لسقوط المهر، سواء كان قبل الدخول
أو بعده (١). وهو ضعيف، لاستقرار المسمى بالدخول فلا يسقط فسخها.
قوله: (ولو فسخ الرجل قبل الدخول سقط المهر، وكذا المرأة إلا في
العنة فيثبت لها النصف، ولو وطأ الخصي فلها المهر كاملاً والفسخ).
قد تبين أن العيب إما في الرجل أو المرأة، وعلى التقديرين إما أن يحصل

(١) الوسيلة: ٣٦٧.

الفسخ قبل الدخول أو بعده، فأما حكم الفسخ بعد الدخول من الزوج أو الزوجة فقد سبق حكمه.

والمقصود هنا بيان حكم الفسخ قبل الدخول، وحكمه سقوط المهر، سواء كان الفسخ من الزوج بعيبها أو من الزوجة بعيبه.

أما إذا كان الفسخ من الزوجة فظاهر، لأن الفسخ متى وقع من جانبها قبل الدخول اقتضى سقوط المهر كما قدمناه غير مرة. وأما إذا كان الفسخ من الزوج فلأنه مستند إليها، لأنه إنما فسخ بعيبها، ولا يستثنى من ذلك شيء إلا فسخها بعيبه قبل الدخول، فإنه يوجب نصف المهر باتفاق أكثر الأصحاب.

وهذا الحكم جار على خلاف الأصل، ومستنده رواية أبي حمزة عن أبي جعفر: "إن زوجة العنين تعطى نصف الصداق ولا عدة عليها" (١)، ويؤيده من حيث المعنى أن الزوج أشرف على محارمها وخلا بها سنة فناسب أن لا يخلو من عوض، ولم يجب الجميع لانتفاء الدخول.

وقال ابن الجنيد: إذا اختارت الفرقة بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر وإن لم يولج (٢)، قال المصنف في المختلف: وهو بناء على أصله من أن المهر يجب كاملاً

بالخلوة كما يجب بالدخول (٣)، ولو علمت بعيب الخصي بعد الوطاء كان لها الفسخ ووجب عليه جميع المهر، لاستقراره بالدخول.

وفي رواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: إن خصياً دلس نفسه لامرأة قال: "يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه" (٤).

(١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٧، التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢٥١ حديث ٨٩٩.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٥.

(٣) المختلف: ٥٥٥.

(٤) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٣٤ حديث ١٧٣١.

والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البيعة.
ولا تثبت العنة إلا بإقراره، أو البيعة على إقراره، أو نكوله إما مع
يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف، فلو ادعت العنة من دون الثلاثة حلف.
وقيل: إن تقلص في الماء البارد فصحيح، وإن استرخى فعين.

قوله: (والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البيعة، ولا تثبت العنة
إلا بإقراره أو بالبيعة على إقراره أو نكوله، إما مع يمين المرأة أو مطلقاً على
خلاف، فلو ادعت العنة من دون البيعة حلف، وقيل: إن تقلص في الماء
البارد فصحيح وإن استرخى فعين).

مقصود هذا البحث بيان طريق ثبوت العيب وإن لم يستوف أحكام ذلك،
لكن سيأتي فيما بعد تنقيحها في كلامه، ولا ريب أن العيب على قسمين خفي وجلي،
فالجلي كالجذام والبرص اللذين يعلمهما كل أحد، وكذا الجب والخصي ويسهل اطلاع
الحاكم عليهما، لا حاجة إلى ذكر المتنازع فيه، لأن قطع المنازعة فيه سهل.
وأما الخفي فلا شك في أن مثبته عليه البيعة، لأنه مدع فإن الأصل الصحة،
وعلى نافية اليمين، لأنه منكر، ولا شك أنه يشترط في الشاهد مع العدالة العلم بذلك
العيب، وعلاماته بكونهما طبييين عارفين بحيث يقطعان بوجوده إن كان مما يمكن علم
الغير به كالبرص والجذام الخفين.

وإن كان لا يعلمه غالباً إلا صاحبه ولا يطلع عليه إلا من قبله وهو العنة، فإن
طريق ثبوته إقرار الزوج أو البيعة على إقراره، أو اليمين المردودة من المنكر، أو الحاكم
إذا نكل المنكر عن اليمين، بناء على أن النكول وحده لا يقضى به بل يرد اليمين على
المدعي.

فإذا حلف قضي بثبوت الدعوى، وهذا أصح القولين، ووراءه قول آخر وهو

القضاء بمجرد النكول، ذهب إليه الشيخ رحمه الله (١)، فعلى هذا يكون الثبوت باليمين المردودة من المنكر، لأنها كإقراره أو كالبينة، وموضع القولين كتاب القضاء، وسيأتي تحقيقهما إن شاء الله تعالى.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (أو نكوله، إما مع يمين المرأة أو مطلقا على خلاف) أي: لا تثبت العنة إلا بكذا أو نكوله إما مقيدا باليمين على قول أو مطلقا، أي: غير مقيد باليمين على قول آخر.

ولا يخفى أن ما ذكره غير حاصر، مع أن مقتضى عبارته الحصر، فإن الاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر، لأن اليمين المردودة طريق إلى الثبوت مع انتفاء النكول ثمة، ولعله اكتفى في الدلالة على هذا بذكر اليمين المردودة مع النكول، وهنا مسامحة أيضا وهي أن قضية العبارة أن الثبوت بالنكول واليمين معا.

ولا شك أنه لا دخل للنكول في الثبوت أصلا وإنما المثبت هو اليمين خاصة، والنكول هو السبب في تسلط الحاكم على الرد، ولولاه لكان الرد من المنكر ليس إلا. وإنما قلنا: إن العنة عيب لا يعلمه غالبا إلا صاحبه، لأن استناد الامتناع من الوطاء إلى العجز بحيث يضعف العضو عن الانتشار أمر خفي لا يطلع عليه الغير اطلاعا يقطع به بحيث يصير متحملا للشهادة، ولهذا لو أقيمت الشهادة بنفس العنة لم تسمع، نعم قد تطلع عليه الزوجة بمرور الأيام وتكرار الأحوال وتعاضد القرائن. فذلك يثبت بيمينها المردودة، وأنكره بعض الشافعية محتجا بأن خفاء هذا الأمر مما تشترك فيه الزوجة والشاهد (٢)، والفرق ظاهر، لأن الزوجة تطلع من بواطن أحوال الزوج على ما لا يطلع عليه غيرها.

(١) المبسوط ٤: ٢٦٣.

(٢) انظر المجموع ١٦: ٢٧٧.

ولو ادعى الوطاء قبلا أو دبرا أو وطأ غيرها بعد ثبوت العنة صدق مع اليمين، وقيل في دعوى القبل إن كانت بكرا صدق مع شهادة النساء بذهابها وإلا حشي قبلها خلوقا وأمر بوطأها فيصدق مع ظهوره على العضو.

إذا تقرر هذا فإن الزوجة إذا ادعت العنة ولم يقر ولم يكن بينة على إقراره حلف، فإذا حلف استقر النكاح وانقطعت الدعوى، هذا هو المشهور بين الأصحاب، وقال الصدوق في المقنع وأبوه في الرسالة: يقعد الرجل في ماء بارد فإن استرخى ذكره فهو عنين، وإن تشنج فليس بعنين (١)، وإليه ذهب ابن حمزة (٢)، وأنكره ابن إدريس (٣)، وكافة المتأخرين، وهو الأصح، لأن ذلك لا ينضبط ولا يوثق به، و (تخلص) معناه انضم وانزوى، والشنج تقبض في الجلد.

قوله: (ولو ادعى الوطاء قبلا أو دبرا، أو وطأ غيرها مع ثبوت العنة صدق مع اليمين، وقيل صدق في دعوى القبل، وإن كانت بكرا صدق مع شهادة النساء بذهابها، وإلا حشي قبلها خلوقا وأمر بوطئها، فيصدق مع ظهوره على العضو).

لو تنازعا في العيب فالحكم ما تقدم، ولو تنازعا في الوطاء في موضع العنة، فادعاه الزوج قبلا أو دبرا لها أو لغيرها مع ثبوت عننه بواحد من الطرق السابقة، فالقول قول الزوج بيمينه وإن كان بصورة المدعي، لأنه في الحقيقة منكر، وأن الأصل الصحة، وحصول العيب على خلاف الأصل، ومثل هذا الأمر يتعذر فيه إقامة البينة.

ولقائل أن يقول: إن الفرض مصور بما إذا ثبتت العنة، وكيف يكون منكرا مع

(١) المقنع: ١٧، وانظر المختلف: ٥٥٦.

(٢) الوسيلة: ٣٦٦.

(٣) السرائر: ٣٠٩.

ثبوتها، بل هو المدعي في الحقيقة، وتعذر إقامة البينة لا يكفي في الثبوت باليمين كما في السرقة.

ويمكن الجواب بأن العنة لم تثبت إلى الآن وإلا لثبت الفسخ، وإنما الثابت العجز الذي يمكن أن يكون عنة ويمكن أن يكون غيرها، ولهذا يؤجل سنة لينظر أيقدر على الوطاء أم لا، فإن قدر على وطاء أحد فلا عنة وإلا ثبت وأما تعذر إقامة البينة لكون الشيء مما لا يطلع عليه فإنه يكفي فيه اليمين لئلا يؤدي إلى سقوط اعتباره كما في الحيض.

فإنها لو ادعت انقضاء العدة به وأمكن صدقت بيمينها، أما لو تنازعا في الوطاء قبل ثبوت العنة فإن كونه منكرا لا شبهة فيه.

وبما ذكرناه قال الشيخ في النهاية (١) وأكثر الأصحاب (٢)، والمصنف، وذهب في الخلاف إلى أن دعواه الوطاء إن كان في القبل، فإن كانت بكرا صدق مع شهادة أربع نساء بذهابها، وإن كانت ثيبا حشي قبلها خلوقا ثم يؤمر بالوطء، فإن خرج الخلق على ذكره صدق وإلا فلا (٣)، وبه قال الكيدري (٤).

احتج الأولون بعموم قوله عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" (٥)، وبما رواه أبو حمزة في الصحيح قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: "إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجها غيره فزعمت أنه لا يقربها منذ دخل بها، فإن القول في ذلك قول الزوج، وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها لأنها

(١) النهاية: ٤٨٧.

(٢) منهم ابن أبي عقيل كما في المختلف: ٥٥٦، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٦، وابن إدريس في السرائر: ٣١٠.

(٣) الخلاف ٢: ٧٢٨ مسألة ١٤٠ كتاب النكاح.

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٦.

(٥) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

المدعية " (١).

واحتج الآخرون بما رواه عبد الله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشايخه قال: قالت امرأة لأبي عبد الله عليه السلام، أو سأله رجل عن رجل تدعي عليه امرأته أنه عنين وينكر الرجل، قال: " تحشوها القابلة بالخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل، فإن خرج على ذكره الخلق صدق وكذبت وإلا صدقت وكذب " (٢). وضعفها المصنف في المختلف بكونها مرسلة، ثم صوب الجمع بينهما وبين رواية أبي حمزة بحمل الأولى على ما إذا ادعى الرجل الإصابة قبل الدعوى فأنكرت، والثانية على ادعاء العنة فينكر الرجل (٣).

وفي هذا الحمل اعتراف بأن حشو الخلق طريق إلى قطع المنازعة، وفيه نظر، لإمكان أن يلطخ ذكره به هو أو غيره، فلا يكون دليلاً على الجماع، اللهم إلا إذا قطع بانتفاء ذلك كما إذا أفردا في بيت خال وشدت يدها على وجه أفاد اليقين، فإنه لا يبعد المصير إليه.

لكن على هذا لا يحتاج إلى ما قيد به في الرواية من كون الرجل لا يعلم حشو الخلق.

ومتى ثبت اعتبار حشو الخلق شرعاً كان ذلك طريقاً رابعاً يستعلم به ثبوت العنة وانتفاؤها.

والخلق بفتح الخاء المعجمة: أخلاط من الطيب منها الزعفران. ولو كانت بكراً فادعى الإصابة فشهد أربع نسوة بالبكارة فكذبهن الزوج لم

(١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٧، التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢٥١ حديث ٨٩٩.
(٢) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٨، الفقيه ٣: ٣٥٧ حديث ١٧٠٤، التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧١٠، الاستبصار ٣: ٢٥١.
حديث ٩٠٠.
(٣) المختلف: ٥٥٦.

وإذا ثبت العنة وصبرت لزم العقد، وإلا رفعت أمرها إلى الحاكم
فيؤجله سنة من حين المرافعة، فإن واقعها أو غيرها فلا فسخ، وإلا فسخت
إن شاءت ولها نصف المهر.

يسمع منه، وإن ادعى عود البكارة بعد الوطاء قدم قولها مع اليمين، إما بعدم الوطاء
أو بأن هذه بكارة الأصل فإن جانبها معتضد بأصالة بقاء البكارة الخلقية، وأن الظاهر
عدم العود بعد الزوال.

ولو نكلت حلف وسقط خيارها، ولو نكل لم يبعد تقديم قولها، لأن الظاهر
معها، وقد صرح المصنف بهذه الأحكام في التحرير (١)، والشيخ في المبسوط (٢).
قوله: (وإذا ثبت العنة وصبرت لزم العقد، وإلا رفعت أمرها إلى الحاكم
فيؤجله سنة من حين المرافعة، فإن واقعها أو غيرها فلا فسخ، وإلا فسخت
إن شاءت ولها نصف المهر).

إذا ثبت العنة بأحد الطرق السابقة، فإن صبرت لزم العقد ولم يكن لها بعد
ذلك مرافعة ولا فسخ، لتضمن ذلك الرضى بالعيب، وهو أمر واحد لا تجدد فيه ولا
تعدد، بخلاف المطالبة في الإيلاء فإنها لا تسقط بالإسقاط لتجدد الحق في كل وقت.
وحكى الشيخ في المبسوط خلافا في سقوط الخيار هنا، ثم قوى السقوط محتجا
بعموم الأخبار (٣).

ويلزم من هذا أن تكون المرافعة على الفور كالفسخ، وإن لم تصبر فليس لها
الفسخ في الحال إجماعا، بل يجب أن ترفع الأمر إلى الحاكم، فإذا رفعته إليه أجله سنة
من حين المرافعة إذا طلبت ذلك أو اقتصرت على المطالبة بحقها شرعا، أما مع سكوتها
فلا، إلا إذا احتمل أن يكون سكوتها لدهشة أو جهل فلا بأس بتنبئها. وأطبق العلماء

(١) التحرير ٢: ٢٩.

(٢) المبسوط ٤: ٢٦٥.

(٣) المبسوط ٤: ٢٦٥.

على كون الأجل سنة، معللين، بأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فيزول في الشتاء، أو برودة فيزول في الصيف، أو يبوسة فيزول في الربيع، أو رطوبة فيزول في الخريف.

ولا شبهة في أنه من حين المرافعة، فإذا مضت السنة مع عدم الإصابة علم أنه خلقي.

وروى أبو البخترى عن جعفر عن أبيه " أن عليا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها وإلا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار " (١). وهذه الرواية وإن دلت على أن المعتبر إصابتها وعدمها، إلا أن رواية غياث الضبي (٢) دالة على اعتبار إصابتها، أو إصابة غيرها في عدم الفسخ، ويؤيدها أن العنن إنما يكون مع العجز المحقق لضعف في القوى أو القلب أو الكبد أو تخلل في نفس الآلة، وهذا لا يختلف باختلاف النسوة.

وأما العجز عن امرأة دون أخرى فإنه قد يتفق، لاحتباس الشهوة عنها بسبب نفرة منها أو حياء أو لاختصاص المقدور عليها بالأنس بها أو وجود الميل إليها أو انتفاؤه عن غيرها. وكذا قد يتفق العجز عن المأني والقدرة على غيره، لاعتياد خبيث، وفي جميع ذلك لا يثبت الخيار عندنا. ولو كان العجز عن الجماع لمرض لا يرجى زواله فهو في معنى العنة، ومثله من جب بعض ذكره فشل الباقي.

ورواية أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة

(١) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٤.
(٢) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٤، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠ حديث ٨٦٩.

ولو قيل بأن للمرأة الفسخ بالجدام في الرجل أمكن، لوجب التحرز من الضرر فإنه عليه السلام قال: " فر من المجذوم فرارك من الأسد "

ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال: " نعم إن شاءت " (١) تتناول ذلك كله، ولو كان العذر لمرض مرجو الزوال فلا مرافعة ولا خيار. تنبيه: لا فرق في التأجيل سنة بين كون العنة سابقة على العقد أو متجددة بعده، وخص ابن الجنيد التأجيل بالثاني (٢)، والأصحاب على خلافه (٣)، والنصوص عامة (٤).

قوله: (ولو قيل: بأن للمرأة الفسخ بالجدام في الرجل أمكن، لوجب التحرز من الضرر، فإنه قال عليه السلام: " فر من المجذوم فرارك من السبع ")

هنا مبحثان " الأول: المشهور بين الأصحاب أن الجدام والبرص من العيوب المختصة بالنساء فلا تفسخ المرأة بوجودهما أو أحدهما في الزوج. وذهب ابن البراج في المهذب إلى اشتراكهما بين الرجل والمرأة ففي أيهما وجد أحدهما فلآخر الفسخ (٥).

وظاهر كلام ابن الجنيد يقتضي ذلك (٦)، وهو ظاهر اختيار المصنف في المختلف، فإنه قال: وكلام ابن البراج حسن لا بأس به (٧).

(١) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٨، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٥.

(٣) منهم الصدوق في المقنع: ١٠٥ والمفيد في المقنعة: ٨٠، والطوسي في النهاية: ٤٨٦.

(٤) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦ و ١٧١٨، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩١ و ٨٩٣.

(٥) المهذب ٢: ٢٣١.

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٣.

(٧) المختلف: ٥٥٣.

احتج الأكثرون بأن الأصل في عقد النكاح الزوم وثبوت الخيار مخالف للأصل، فيتوقف على الدليل، وهو منتف في محل النزاع، وبما سبق في رواية عياث الضبي من قوله عليه السلام: "والرجل لا يرد من عيب". فإنه بعمومه يتناول محل النزاع.

واحتج الآخرون بقوله عليه السلام: "إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والفعل" (١)، فإنه عام في الرجل والمرأة إلا ما أخرجه دليل، وبأنه يؤدي إلى الضرر، إذ ذلك من الأمراض المعدية باتفاق الأطباء، وقد روي أنه صلى الله عليه وآله قال: "فر من المجذوم فرارك من الأسد" (٢)، فلا بد من طريق التخلص. ولا طريق إلا الخيار، وبأنه قد ثبت بالنص (٣) والإجماع كونهما عيباً في المرأة ففي الرجل أولى، فإن العلة في ثبوت الفسخ هو لبشاعته وشدة النفرة بسببه النافية لشهوة الجماع، وتوقع الضرر العظيم به موجودة، ثم بوجه أقوى فإن الرجل يستطيع التخلص بالطلاق ولا طريق للمرأة إلا الفسخ فتعين القول بثبوتها. ولا يخفى أن هذه الدلائل أقوى، لأن صحيحة الحلبي دليل ناقل عن حكم الأصل، وهي مرجحة على رواية عياث، لصحتها وشهرتها مع ما ضم إليها من المؤيدات، والقول الثاني لا يخلو من قوة.

الثاني: إذا قلنا بثبوت الخيار للمرأة بجذام الزوج وبرصه، وكان العيب سابقاً على العقد فلا بحث في الخيار به، وإن تجدد بعد الدخول فقضيته ما سبق في نظائره عدم الخيار.

وإن تجدد بعد العقد وقبل الدخول ففيه إشكال، ينشأ: من أن ثبوت الخيار هنا

(١) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

(٢) الفقيه ٣: ٣٦٣ حديث ١٧٢٧.

(٣) الكافي ٥: ٤٠٩ حديث ١٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٣،

الاستبصار ٣: ٢٤٧

حديث ٨٨٩.

ويثبت العيب بإقرار صاحبه، أو شهادة عدلين عارفين.
وفي العيوب الباطنة للنساء شهادة أربع منهن مؤمنات.

على خلاف الأصل والمشهور، فينبغي أن يقتصر فيه على مالا تكثر مع المخالفة. ومن أن رواية الحلبي تتناول بعمومها هذا الفرد.
ولقائل أن يقول: إن رواية الحلبي دالة على حكم هذين العيين بالنسبة إلى كل من الرجل والمرأة فيتعين كون الثبوت في حقهما على نهج واحد، وقد سبق أنه لا خيار للرجل بتجدهما بعد العقد فتكون المرأة كذلك.
واعلم أن المصنف لم يتعرض في هذا الكتاب إلى البرص، وإنما اقتصر على ذكر الجذام ولم يرجح فيه شيئا، وإنما أورد الخيار فيه على طريق الاحتمال.
وفي المختلف رجح الثبوت فيهما على ما حكيناه (١)، فإن كان اقتصاره على الجذام مصيرا إلى أن البرص لا خيار فيه جزما، والتردد إنما هو في الجذام، فهو في قوة القول الثالث للقولين، وكلامه محتمل.
قوله: (ويثبت العيب بإقرار صاحبه، أو بشهادة عدلين عارفين، وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة أربع منهن مؤمنات).
قد عرفت فيما مضى أن العيب على قسمين: أحدهما ما يمكن اطلاع الغير عليه، والآخر ما لا يمكن كالعنة، وكلاهما يشتركان في الثبوت بإقرار صاحب العيب، ومع إنكاره فإنما يثبت الثاني بشهادة عدلين على إقرار صاحبه، أو اليمين المردودة، أو النكول على القول بالقضاء به.
أما الأول فإنه يثبت بشهادة عدلين طبييين عارفين إن كان مثله يخفى على غير الطبيب، وإلا كفت العدالة، وفي جانب المرأة تثبت في العيوب الباطنة للنساء

(١) المختلف: ٥٥٣.

ولو كان بكل منهما عيب ثبت لكل منهما الخيار، وفي الرتق الممتنع

وهي التي لا يطلع عليها الرجال، مضافا إلى ما ذكر بشهادة الأربع من النساء موصوفة بالعدالة والمعرفة بالطب، إلا أن يكون العيب جليا لا تتوقف معرفته على الطبيب فتكفي العدالة.

فإن قيل: لم اعتبر في الشاهدين مع العدالة المعرفة واقتصر في النساء على الاتصاف بالإيمان؟

قلنا: لعله لحظ في ذلك أن عيب الرجل إذا كان جليا واضحا يمكن اطلاع الحاكم عليه، فلا حاجة به إلى الشاهدين لثبوته، وإنما يحتاج إليهما في موضع الخفاء فيعتبر معرفتهما بالطب لا محالة.

وأما المرأة فلكون الحاكم لا يطلع على بواطن أحوالها، يحتاج إلى شهادة أربع من النساء ولا يشترط معرفتهن بالطب إلا في موضع الخفاء، فلا يكون شرطا في أصل الشهادة، فلذلك لم يعتد بها في أصل الشهادة، لانتفائه في بعض الأقسام، وكأنه أحال في القسم الآخر على ما ذكره في الرجال لأنهما بمرتبة واحدة. وأما العدول عن اشتراط العدالة في النساء إلى الاكتفاء بالإيمان فلا يظهر وجهه.

فرع: لو خفي العيب على النساء لجهلهن، وتوقف الأمر على إشراف عدول الرجال الأطباء على المرأة، ففي وجوب الإلزام والاكتفاء بيمين المرأة على النفي تردد ينشأ: من توقف حق الرجل عليه، ومن أن فيه تعجيل هتك مع أن الأصل السلامة، وقد قال عليه السلام: " اليمين على من أنكر " (١).

قوله: (ولو كان بكل منهما عيب ثبت لكل منهما الخيار، وفي الرتق

(١) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

الإزالة مع الجب إشكال.

الممتنع من الإزالة مع الجب إشكال).
لو وجد كل من الزوجين بالآخر عيباً من العيوب الموجبة للفسخ ثبت لكل منهما الخيار، فإن اختار أحدهما الإمضاء كان للآخر الفسخ، لوجود المقتضي للفسخ بالنسبة إلى كل منهما، واجتماع النقيضين لا يمنع من ترتب الأثر.
ولا فرق بين كون العيبين من جنسين أو من جنس واحد.
وحكى في المبسوط وجهين في الثاني، يوجه أحدهما بكونهما مع الاتحاد متكافئين فلا خيار، والآخر بعموم النص، وأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه وقوى الثاني (١)، وهو الأصح.
وأطلق المصنف ثبوت الخيار إلا في صورة واحدة، وهي الرق الممتنع الإزالة الذي يتعذر معه الوطاء.

وفي معناه العفل مع الجب المستوعب وما في حكمه، فذكر فيه إشكالا ينشأ من أن كلا منهما سبب للخيار إذا انفرد فعند الاجتماع كذلك، لأصالة عدم كون الاجتماع مانعاً من ترتب الخيار على السبب. ومن أن الفسخ إنما يثبت بكل من العيبين المذكورين، لفوات مقصود النكاح وهو الاستمتاع، فجعل الفسخ وسيلة إلى التخلص منه.

وهذا المعنى منتف في المحل المفروض، فإن الفوات المذكور ثابت على كل من تقديري الفسخ وعدمه فيتمسك بأصالة لزوم النكاح، وليس بشيء، لأن المعنى المستنبط لا يخصص عموم النص (٢)، فالأصح الثبوت من الجانبين.

(١) المبسوط ٤: ٢٥١.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٦، حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦، حديث ٨٨٠.

ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ، ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها.

قوله: (ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها). أي: لو طلق الزوجة ذات العيب قبل الدخول وهو لا يعلم بالعيب فقد بانت منه، فلو علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط ما وجب بالطلاق وهو نصف المهر، لأنه أوجد الفرقة بالطلاق مستندا في ذلك إلى اختياره، وهو مقتضى لجوب النصف والمسقط للجميع هو الفسخ قبل الدخول ولم يوجد. وكذا الحكم لو طلق بعد الدخول، فإن وجوب جميع المهر بحاله إذا ظهر العيب، وليس له الفسخ في هذه الحالة، سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا. أما إذا كان بائنا فظاهر، لانقطاع علاقة النكاح فلا يعقل الفسخ. وأما إذا كان رجعيا، فلأن الطلاق مزيل لقيود النكاح وقد حصل به مقصود الفسخ، لأنه آئل إلى بينونة.

ولا وجه لثبوت الفسخ بعده، ولو رجع في هذه الحالة وقد علم بالعيب قبلها فلا فسخ له، لأن رجوعه مع العلم بالعيب يقتضي الرضى به وذلك مانع من الفسخ، بخلاف ما لو لم يعلم بالعيب حتى رجع فإن له الفسخ به هنا لا محالة، لانتفاء المانع وإلى ما ذكرناه أشار بقوله: (وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة) أي: ليس له الفسخ قبل الرجعة ولا بعد الرجعة إلى آخره.

ولقائل أن يقول: ينبغي أن يكون له الفسخ في الطلاق الرجعي إذا لم يعلم بالعيب حتى يطلق مع بقاء العدة، لأن المطلقة الرجعية زوجة، فيندرج في النصوص الدالة على الفسخ بعيب الزوجة، ومن فوائده تعجيل البينونة، فتحل الخامسة وأختها

وإذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العدة، ولا نفقة فيها إلا مع الحمل، وعلى الزوج البينة لو أنكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدتها فله اليمين. فإذا حلف رجل الزوج على المرأة، لأنها غرت حيث لم تعلم الولي، فإن ادعت إعلامه حلف.

وينقطع الإرث وتسقط نفقة العدة وغير ذلك.
قوله: (وإذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العدة، ولا نفقة فيها إلا مع الحمل).
لا شك أنه إذا فسخ أحد الزوجين بعيب الآخر بعد الدخول تجب العدة للوطء المحترم، وهي عدة الطلاق على ما سيأتي بيانه إن شاء تعالى، ولا نفقة في هذه العدة قطعاً، لانتفاء المقتضي، فإنها بائنة، فإن الفسخ يزيل أثر النكاح. هذا إذا كانت حائلاً، وأما إذا كانت حاملاً بنى على أن نفقة الحامل في الطلاق البائن للحمل أو للمطلقة، فعلى القول بأنها للمطلقة لا نفقة هنا، لانتفاء المتعلق، وعلى القول بأنها للحمل يجب بحق القرابة والسكنى كالنفقة في ذلك. وبه صرح المصنف في التحرير (١)، وجزم بالوجوب هنا، وهو يقتضي ترجيح وجوب النفقة للحمل، لأنه حق مبني عليه ولم يرجح في التحرير شيئاً، وسيأتي تحقيقه إن شاء تعالى.
قوله: (وعلى الزوج البينة لو أنكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدتها فله اليمين، فإذا حلف رجوع الزوج على المرأة، لأنها غرت حيث لم يعلم الولي، فإن ادعت إعلامه حلف).

(١) التحرير ٢: ٢٩.

قد ثبت أن للزوج الرجوع على الولي بالمهر إذا فسخ بالعيب وكان الولي عالما بالحال، فبناء على هذا إذا ادعى الزوج عليه العلم بالعيب ليرجع عليه، فإن أنكر كان على الزوج البينة لإثبات دعواه، فإنه مدع، لأن الأصل عدم العلم. والأصل براءة ذمته، ومع فقدتها للزوج اليمين عليه، فإذا حلف انتفى علمه ظاهرا، وانتفى سبب الرجوع عليه وهو التدليس والحصر في جانبها، فتعين الرجوع عليها لتغيرها حيث لم تعلم الولي بحالها. فإن ادعت إعلامه كان عليها البينة، ومع عدمها فعليه اليمين، ولا يكفي اليمين الأولى، لأن أثر اليمين لا يتعدى المتخاصمين، فلا تسقط بها دعوى أخرى، وينبغي التنبيه لشيئين.

أحدهما: إنا قد أسلفنا أن الولي إن كان ممن شأنه أن لا يخفى عليه حالها لكونه محرما والعيب مما لا يخفى فعليه الغرم، ولا يقبل منه اليمين، فإنه المدعي، لأن دعواه خلاف الظاهر.

وحينئذ فلا يتمسك بأصالة براءة الذمة، لوجود المقتضي لشغلها وربما علل بأنه على تقدير عدم علمه مقصر بترك الاستعلام، وإن كان من شأنه أن يخفى عليه الحال، فإن الرجوع عليه إنما يكون مع علمه، فإن أنكره فعليه اليمين مع عدم البينة. هذا هو المستفاد من كلام المحققين منهم الشيخ في المبسوط (١)، والمصنف في التحرير (٢)، وغيرهما (٣) وتوجيهه ظاهر فإذا وضع هذا ونظر إلى إطلاق كلام المصنف هنا

بأن على الولي اليمين إذا أنكر العلم بالعيب تبين كون هذا الإطلاق مستحقا للتقييد. الثاني: إذا حلف الولي للزوج على عدم العلم بالعيب لم يمتنع توجه دعوى

(١) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٢) التحرير ٢: ٢٩.

(٣) ابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٤.

ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطء فرضي ببرص سابق،
ثم اتسع في ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، ولو حصل في غيره ثبت
الخيار قطعاً،

المرأة عليه الإعلام فيتوجه بها اليمين، لأنه ربما أقر بأنها أعلمته فيكون قد أكذب
نفسه ويمينه التي حلفها للزوج فيغرم المهر حينئذ.

لكن لو أراد رد اليمين عليها، أو نكل بحيث يردّها الحاكم فهل يستحلف؟
يحتمل العدم لئلا يلزم إبطال الحكم بالحكم، ويحتمل أن يبنى ذلك على أن اليمين
المردودة هل هي كالبينة أو كالإقرار، فإن قلنا كالبينة لم يستحلف، لأن البينة على
الدعوى لا تسمع بعد يمين المنكر. وإن قلنا أنها كالإقرار استحلف، لأن المنكر إذا
حلف ثم أقر مكذباً نفسه أخذ بإقراره.

قوله: (ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطء فرضي ببرص
سابق، ثم اتسع في ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، ولو حصل في غيره
ثبت الخيار قطعاً).

أما بني الفرض على القول بثبوت الفسخ بالعيب الحادث خلال المدة التي
بين العقد والوطء، لامتناع القول بالخيار في الفرض إلا على ذلك التقدير.
وربما أوهم كلامه عدم وجود فرض يزداد فيه العيب، ويتصور ثبوت الخيار به
من حيث أنه احتاج إلى البناء على قول ضعيف، إذ لو وجد ما لا يحتاج إلى ذلك لكان
أولى بالذكر، وليس كذلك، لأن من علم ببرص قبل العقد ثم اتسع ولم يعلم بالزائد،
ثم عقد من صور الحكم المذكور ولا حاجة فيه إلى البناء.

إذا تقرر ذلك ففي ثبوت الخيار بسبب الزيادة وعدمه وجهان، أقربهما عند
المصنف الثبوت، لأن الزائد عيب لم يحصل الرضى به فيوجب الخيار، بدليل أنه لو
انفرد لكان كافياً في ثبوته وليس ثم ما يتوهم مانعته إلا ضميمته إلى ما وقع الرضى به.

ويسقط حكم العنة بتغيب الحشفة، ومقطوعها بقدرها، وبالوطة في الحيض والنفاس والإحرام.

وذلك غير صالح للمانعية، لأن المانعية حكم أو لازم الحكم فيتوقف على نص الشارع، وفيه قوة.

والثاني: العدم واختاره في التحرير (١)، لأن رضاه بالسابق رضى بما يحدث منه ويتولد عنه، ولأنه مع الزائد عيب واحد لاتحاد محله، بخلاف الحادث في محل آخر. ويضعف

بمنع الرضى بما يحدث منه ومنع تأثير الاتحاد المذكور. ولو حدث ذلك العيب في محل آخر غير الأول الذي وقع الرضى به فقد قطع المصنف بثبوت الخيار، لانتفاء الرضى به، وعموم النصوص يقتضي الثبوت، وأسنده الشيخ في المبسوط إلى قوم ولم يصرح هو بالفتوى (٢).

ولا ريب أن الثبوت هنا أرجح، ولو اختلف نوع العيب المتجدد والسابق فلا بحث في الثبوت.

قوله: (ويسقط حكم العنة بتغيب الحشفة ومقطوعها بقدرها، وبالوطة في الحيض والنفاس والإحرام).

يتعلق بتغيب الحشفة في الفرج أحكام كثيرة كالتحصين، والتحليل، ووجوب الحد، والكفارة في الصوم والإحرام، وفساد العبادة مثل الصلاة والصوم، ووجوب الغسل، ومنه حكم العنة.

والأصل في ذلك النص والإجماع، والمعنى فيه أن الحشفة هي الآلة الحساسة لتلك اللذة.

إذا تقرر ذلك فالذي يخرج به من ثبت عنته عن حكم العنة بحيث يسقط

(١) التحرير ٢ : ٢٩ .

(٢) المبسوط ٤ : ٢٥٣ .

ولا فرق في لزوم العقد باختيار المقام معه في أثناء السنة أو بعدها،
وإذا علمت بعنته قبل العقد فلا خيار.

الخيار هنا هو تغييب الحشفة في الفرج بحيث يشمل الشفران وملتقاهما عليها، أما إذا
انقلبت الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الباطنة ففي
اعتباره في ذلك ونظائره توقف، هذا حكم سليم الحشفة، أما مقطوعها ففي حكمه
وجهان:

أحدهما: الاكتفاء بتغييب قدرها، لأنها المرجع عند وجودها، فيصار إلى قدرها
عند فقدها.

والثاني: اعتبار تغييب الكل، فإنه ليس بعد الحشفة حد يرجع إليه، واختار
الشيخ في المبسوط الأول (١)، وتردد المصنف في التحرير (٢).
ولو وطأها في الحيض أو النفاس أو الإحرام خرج عن حكم العنة، لحصول
الوطء الحقيقي، ولا يقدر كونه محرماً، وكذا لو وطأ في الدبر عندنا.
قوله (ولا فرق في لزوم العقد باختيار المقام معه في أثناء السنة
وبعدها).

أما بعد السنة فلأنه محل الخيار، فإذا اختارت المقام سقط. وأما اختيارها ذلك
في الأثناء فقد حكى الشيخ في المبسوط فيه خلافاً، ثم قوى السقوط (٣)، وهو المختار،
ويدل عليه رواية أبي البخري التي ذكرناها فيها تقدم.
قوله: (وإذا علمت بعيبه قبل العقد فلا خيار).
لأن إقدامها على النكاح في هذه الحالة يتضمن الرضى بالعيب، سواء العنة

(١) المبسوط ٤ : ٢٦٤.

(٢) التحرير ٢ : ٣٠.

(٣) المبسوط ٤ : ٢٦٤.

ولو وطأها وسقط عنه دعوى العنة، ثم بانت، ثم تزوجها فادعتها سمعت.

ولو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع. وهل يثبت للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه، زوجها

وغيرها عندنا، خلافا للشافعي في أحد القولين (١)، ومثله ما لو علم بعيبها قبل العقد. قوله: (ولو وطأها وسقط عنه دعوى العنة ثم بانت ثم تزوجها فادعتها سمعت).

أي: لو وطأها بعد دعوى العنة وثبوتها، سواء كان قبل السنة أو فيها، سقط عنه دعوى العنة وانتفى الخيار كما سبق غير مرة.

وكذا بعد السنة، صرح به في التحرير (٢)، فإذا بانت منه بفسخ منها أو منه، أو طلاق بائن، أو انتهى إلى البينونة، ثم تزوجها بعقد جديد فادعت العنة، سمعت دعواها قطعا، لأنه نكاح جديد ودعوى مستأنفة.

ومن الممكن أن تحدث له العنة، والوطء في نكاح سابق على النكاح الجديد لا يسقط حكم العنة فيه، فتجري عليها الأحكام المتقدمة.

قوله: (ولو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع).

إنما لم تسمع شهادتهن وإن كن بصفات الشاهد، لأننا قد بينا أن المرأة قد تقطع بعنة الزوج. لأن شهادة النساء لا تسمع في عيوب الرجال.

قوله: (وهل للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه زوجها

(١) المغني لابن قدامة ٣: ٢٠٣.

(٢) التحرير ٢: ٢٩.

كان أو زوجة.
ولو اختار الإمضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في الفسخ.

كان أو زوجة، ولو اختار الإمضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في
الفسخ)
هنا مسألتان.

الأولى، إذا كان بزوجة المولى عليه عيب من العيوب المجوزة لفسخ النكاح،
أو بزواج المولى عليها كذلك، فهل للأولياء الخيار عنهما بالولاية؟ فيه وجهان، الوجه
منهما عند المصنف نعم، لأن الولي منصوب لاعتماد المصلحة في كل ما يتعلق بالمولى
عليه، فإن الغرض من نصبه ذلك، حيث أن المولى عليه قاصر عن القيام بمصالح
نفسه، فأقيم مقامه في ذلك حذرا من الإخلال.
واستثنى من ذلك الطلاق بالنص، فيكون محل النزاع داخلا، حيث أنه لا
دليل على استثنائه.

والثاني: العدم، لأن مدار بقاء النكاح وفسخه على الشهوة، والولي لا يطلع على
ما يشتهي المولى عليه، لأن ذلك من الأمور النفسانية، فالحاصل أن مناط المصلحة
هنا أمر خفي على الولي، فلذلك لا يثبت له الخيار كما سبق في عتق الأمة.
ولا فرق في ذلك بين كون العيب موجودا حين العقد، وبين تجدده بعده حيث
يوجب الخيار.

ويمكن الفرق بين الحادث وغيره، فيحكم بأن الحادث لا خيار للمولى بسببه،
لتجدده بعد انعقاد، ولزومه فلا يتسلط على الفسخ، لأن مناطه شهوة المولى عليه،
بخلاف السابق على العقد، فإن إنشاء العقد في هذه الحالة مشروط بالمصلحة،
والفرض أنه لم يكن عالما بالعيب، وكما أن إنشاء العقد من الولي منوط بالمصلحة فكذا
بقاؤه منه منوط بها.

الفصل الثالث: في التدليس: ويتحقق بإخبار الزوجة، أو وليها أو

وهذا هو المراد من ثبوت الخيار، وليس هذا الوجه بعيدا من الصواب. وهذا على القول الأصح لأصحابنا من أن الولاية في النكاح إنما تثبت على طريق الإجبار، أما على القول بثبوتها على طريق التشريك بين المرأة والولي إذا كانت بكرا بالغة رشيدة فقد فرق بوجه آخر، وهو أن الولي إنما يكون له اعتراض في مثل ذلك في ابتداء العقد دون الدوام، نظرا إلى أنها لو رغبت في نكاح عبد كان لوليها المنع ولو عتقت أمة تحت عبد ورضيت بالمقام معه لم يكن لوليها الاعتراض. وعلى هذا فيكون نظر الولي في العقد مع أحد العيوب بعد وقوعه إذا تجدد علمه به كمنظره في حال إيقاعه فيعتمد المصلحة، والحجة على ذلك ثبوت هذا النظر قبل العقد فيستصحب، وعلى هذا فكل من اختار الفسخ منه ومنها قدم اختياره. واعلم أن في كلام الشارح الفاضل هنا مناقشة يجب التنبيه لها، فإنه في الفرق أطلق أن المرأة البكر لو رغبت في نكاح عبد كان للأولياء المنع على القول بأن عليها ولاية، وقيد الحكم بنفي تسلط وليها على الفسخ إذا عتقت تحت عبد ورضيت بالمقام معه بما إذا تجدد جنونها بعد الرضى.

وهذا القيد غير محتاج إليه وإنما ارتكبه ظنا منه الاحتياج إليه، وإنما قلنا أنه غير محتاج إليه، لأنها إذا تجدد عتقها بعد العقد وقبل زوال البكارة فالولاية باقية، وإن لم يعرض جنون الثاني على القول بثبوت الخيار إذا اختار الولي الفسخ نفذ، وإن اختار الإمضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله، كما لو زوج أحد الصغيرين بمن به عيب مع المصلحة فإن له الخيار بعد البلوغ، وقد حققناه في أول كتاب النكاح. قوله: (الفصل الثالث: في التدليس، ويتحقق بإخبار الزوجة أو وليها،

ولي الزوج، أو السفير بينهما على إشكال بالصحة، أو الكمالية عقيب الاستعلام، أو بدونه. وهل يتحقق لو زوجت نفسها، أو زوجها الولي مطلقاً؟ إشكال. ولا يتحقق بالأخبار لا للتزويج، أو له لغير الزوج،

أو ولي الزوج أو السفير بينهما، على إشكال بالصحة أو الكمالية عقيب الاستعلام أو بدونه، وهل يتحقق لو زوجت نفسها أو زوجها مطلقاً؟ إشكال، ولا يتحقق بالأخبار لا للتزويج ولا لغيره).

قد عنون الفصل الجامع لهذه المسائل في كلام المصنف وكلام غيره بالتدليس وما قبله بالعيوب، مع أن أحكام التدليس غير مقصورة على مسائل هذا الفصل، بل هي ثابتة مع العيوب.

وكان المناسبة لذلك هي أن الرد في هذه المسائل لا يثبت إلا بسبب اشتراط صفة كمال هي غير موجودة، فلم يكن للخيار منشأ إلا التدليس، بخلاف الخيار في العيب فإن منشأ وجود العيب فقط.

وقد ضبط المصنف التدليس بضابط هو أعم من تدليس هذا الفصل، فكأنه حاول بذلك شموله للتدليس هنا وفي العيوب، وفيه إشكالات سنذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى، فهنا مباحث.

الأول: يتحقق التدليس على ما ذكره رحمه الله في طرف الزوجة بإخبارها بصحتها فيظهر الخلاف، أو بكماليتها بصفة من صفات الكمال كالحرية والبراءة فيظهر العدم، سواء كان هذا الإخبار عقيب الاستعلام أو بدونه. وكذا يتحقق بإخبار ولي الزوجة بذلك، وفي طرف الزوج بإخباره كذلك وبإخبار وليه، وأشار بقوله: (بالصحة) إلى التدليس في العيوب، وبقوله: (أو الكمالية) إلى التدليس هنا.

وهل يتحقق التدليس بالأخبار من السفير - وهو الوساطة بين الزوج

فالرجوع عليها، وإن كذبتة فالقول قوله بيمينه والرجوع عليها دونه (١)، فإن مقتضاه كون الرجوع وعدمه دائرا مع علمه وعدمه وكلام ابن الجنيد نحو هذا (٢).
ومحصل كلام المصنف في التحرير أن الغار إن كان ممن يجوز له النظر إلى وليته كالأب رجع عليه مع علمه بالعيب لتغريه، ومع عدمه لتفريطه بترك الاستعلام. وإن لم يجز له النظر كابن العم والأجنبي، فإن علم بالعيب رجع عليه، وإن لم يعلم كان الرجوع على المرأة (٣).

والنصوص مثل قوله عليه السلام في رواية أبي عبيده: " ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن له علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه وترد إلى أهلها " (٤) فإن مقتضاه كون مناط التدليس عدم علمه.
وكذا قوله عليه السلام في رواية رفاعة بن موسى: " وأن المهر على الذي زوجها، وإنما صار المهر عليه، لأنه دلسها. ولو أن رجلا تزوج امرأة أو زوجها رجلا لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها " (٥) فإن ظاهرها أن التدليس ينتفي بانتفاء العلم، ويثبت بثبوتة للذي زوجها، فاعتبار أمر زائد وهو وصفه إياها بالصحة خلاف ما دل عليه النص.

وهذه الأخيرة شاملة للأجنبي إذا كان له وصف التزويج والعلم بالعيب والأولى وإن تضمنت ذكر الولي إلا أنه لا يراد به من له الولاية، لأن فيها: " إذا دلست العفلاء إلى آخره " والمدلسة شرعا لا تكون إلا بالغة رشيدة، لأن فعل غير البالغ لا

(١) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

(٣) التحرير ٢: ٢٩.

(٤) الكافي ٥: ٤٠٨، حديث ١٤، التهذيب ٧: ٤٢٥، حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣: ٢٤٧، حديث ٨٨٥.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٧، حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥، حديث ٨٧٨.

خبره، هذا حكم العيب.
وأما حكم النقص فإن الغرم على من وصف المرأة بالحرية فظهرت أمة وعلى من شرط البكارة فظهر ضدها، ولا تفاوت بين كونه وليا أو أجنبيا.
وثالثها: الإشكال الذي ذكره فيما لو زوجت نفسها أو زوجها غيرها مطلقا، وظهرت ذات عيب غير موجه، لأن النص وكلام الأصحاب صريحان في أن العقد على ذات العيب موجب للغرم، فأبي وجه للإشكال حينئذ من كونه تدليسا.
أما إذا ظهرت ناقصة صفة من صفات الكمال غير الحرية فلا يتحقق عند المصنف (١) وجمع من الأصحاب (٢) بذلك تدليس، فلا وجه للإشكال حينئذ. وكذا الحرية عنده إذا تزوجها بشرط الحرية فبانت أمه، أو لم يشترطها في العقد لكنه تزوجها على ذلك فظهر الخلاف، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى.
فإن قيل: الإشكال المذكور إشارة إلى الخلاف بين الأصحاب.
قلنا: القول الضعيف كيف يستقيم جعله وجها للإشكال.
واعلم أن قول المصنف: (ولا يتحقق بالإخبار له لغير الزوج) ينبغي أن يريد بالغير من عدا وكيل الزوج، لأن وكيل الزوج بمنزلة الزوج لا سيما إذا عقد النكاح معه.

وينبغي أن يريد به غير السفير بينهما أيضا، لأن الغرور ينشأ عن إخبار السفير، لأن إخباره يستند إليه في العادات المستمرة.
وقد سبق في أول الضابط فيه إشكال، إلا أن يقال: المراد بالسفير العاقد الذي ليس بولي، وكيف قدرنا فكلامه في هذا الضابط غير مستقيم.

(١) المختلف: ٥٥٣.

(٢) منهم الشيخ الطوسي في النهاية: ٤٨٦، وابن إدريس في السرائر: ٣٠٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٥٨.

فلو شرط الحرية فظهرت أمة فله الفسخ وإن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى للمولى، وقيل: العشر أو نصفه. ويرجع بما غرمه على المدلس، فإن كان هي تبعت بعد العتق. ولو كان قد دفعه إليها استعاد ما وجدته وتبعها بما بقي. ولو كان مولاهما، فإن تلفظ بما يقتضي العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للأمة، وإلا فهي على الرق، ولا شيء له ولا لها على الزوج إذا فسخ. وإن كان بعد الدخول، فالأقرب وجوب أقل ما يصح أن يكون مهرا للمولى. ولو كان قد دفعه إليها وتلف، احتمل تضمين السيد، لغروره وضعف المباشرة والرجوع في كسبها، والتبعية بعد العتق.

قوله: (فلو شرط الحرية فظهرت أمة فله الفسخ وإن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى للمولى، وقيل: العشر أو نصفه ويرجع بما غرمه على المدلس، فإن كانت هي تبعت بعد العتق ولو كان قد دفعه إليها استعاد ما وجدته وتبعها بما بقي، ولو كان مولاهما فإن تلفظ بما يقتضي العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للأمة، وإلا فهي على الرق ولا شيء له ولا لها على الزوج إذا فسخ، وإن كان بعد الدخول فالأقرب وجوب أقل ما يصلح أن يكون مهرا للمولى. ولو كان قد دفعه إليها وتلف احتمل تضمين السيد لغروره، وضعف المباشر والرجوع في كسبها والتبعية بعد العتق).
هنا مسائل

لأن قبضها إياه قبض فاسد بغير حق، وإن تلف شيء منه أخذ ما وجد منه وتبعها بالباقي كما في تلف الجميع سواء.

ولو كان المدلس هو المولى، فإن تلف بما يقتضي العتق مثل قوله: هي حرة إنشاء أو إقراراً حكم عليه بحريتها، أعمالاً للسبب بحسب مقتضاه، وحينئذ فيكون العقد لازماً، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (صح العقد) فإنه في مقابل جواز الفسخ، ويكون المهر للزوجة دون السيد، لانتفاء سلطنته عنها.

ويعتبر لصحة النكاح حينئذ إذنها سابقاً أو إجازتها، وإن لم يتلف بما يقتضي العتق فهي على الرق، ويتصور ذلك بمثل أن يقدم الزوج القبول فيتزوجها بكذا بشرط كونها حرة فيأتي السيد بالإيجاب.

وكذا ينبغي أن يكون عكسه، فإن لفظ الاشتراط لا يقتضي العتق إنشاءً ولا إقراراً، وجعله في المبسوط موجبا للعتق (١). وللنظر فيه مجال، وحينئذ فلا شيء للسيد ولا لها إذا فسخ الزوج وإن كان بعد الدخول، أما هي فظاهر، لأن المملوكة لا تستحق من مهرها شيئاً.

وأما السيد، فالأنه وإن استحق المهر بالدخول إلا أن للزوج الرجوع عليه به، لتغريه إياه وتدليسه، ولا وجه لدفعه إليه ثم ارتجاعه منه، وهل يستثنى للسيد وجوب أقل ما يصلح أن يجعل مهراً، وهو أقل ما يتمولى على ما سبق، وعلى قول ابن الجنيد (٢) أقل ما يكون مهر أمثالها؟ فيه قولان، أقربهما عند المصنف وجوب ذلك، لأن الوطاء المحترم في غير إباحة المملوكة يمتنع خلوه عن العوض.

وقيل: لا يجب شيء، للأصل، وهو ضعيف، وإنما كان هذا للسيد دونها، لأن منافع

(١) المبسوط ٤: ٢٥٤.

(٢) المختلف: ٥٥٧.

البضع حق له خاصة، ولو كان قد دفع المهر إليها في حال تدليس المولى إياها حيث لم يتلفظ بما يقتضي العتق، بناء على حريتها التي توهمها بالشرط، فإن كانت عينه باقية فظاهر.

وإن تلف في يدها ففي حكمه احتمالات ثلاثة.

أحدها: الرجوع على المولى: إما بكله، أو بما عدا أقل ما يصلح أن يكون مهرا على اختلاف القولين، لأن يدها وإن كانت يد ضمان، لأن الأعراس المقبوضة من مهر وغيره مضمونة على القابض لها بهذا الوجه، والزوج هو المباشر لدفع المهر إليها، فهو كالمتلف بدفعه إلى من لا يجوز الرجوع عليه في الحال، إلا أن الدفع بتغيير المولى فيضعف المباشر ويكون السبب أقوى.

كما إذا قدم إلى غيره طعام ذلك الغير، فأكله فإن إتلافه طعام نفسه في هذه الحالة لا يمنع الرجوع عليه.

وثانيها: أن يضمن المهر في كسبها إن كانت مكتسبة.

ومقتضاه أن يؤمر بالاكتساب وتلزم (١) به ووجهه أنها مباشرة للإتلاف ولا مال لها والسيد غار، والأصل براءة ذمته، فبملاحظة المباشرة والغرور يؤخذ من كسبها أعمالا للمقتضيين، فإن لم تكن كاسبة أمكن إيجابه على السيد، للغرور، وعليها بعد العتق، للمباشرة.

والثالث: أن يتبع به إذا اعتقت، لأن يدها يد ضمان، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدي، ولا مال لها إلا بعد عتقها، لأن كسبها للسيد، ولا يلزم من اشتراط السيد حريتها إذنه في إقباضها المهر وإنما ذلك بفعل الزوج، ولو أذن لها في القبض فلا بحث في تعلق الضمان به، وفي الوجه الأول قوة، لأن اشتراط السيد حريتها يقتضي

(١) في (ض): ويؤمر.

ولو لم يشترط الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة،

استحقاقها المهر ووجوب تسليمها إياه، فيكون ذلك ناشئاً عنه.
وبقي قسم ثالث وهو ما إذا كان المدلس أجنبياً غيرها وغير المولى، لم يذكر
المصنف حكمه وكأنه تركه لظهوره، إذ لا بحث في الرجوع عليه بجميع المهر المستحق
للمولى، ولو دفعه إليها في هذه الحالة فتلف في يدها، فإن حكمنا بالتبعية لها فيما سبق
إذا أعتقت غرم مهراً آخر للسيد ورجع به على المدلس، وإن حكمنا بالرجوع على
السيد هناك رجوع على المدلس هنا بكل من المهرين.
إذا عرفت ذلك فارجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (وإن دخل) وصلي
لما قبله، وقوله: (وإن فسخ) كلام مستأنف.
وقوله: (وبعده المسمى للمولى) صحيح إذا كان العقد بإذن المولى سابقاً أو
لاحقاً، أما إذا كان بغير إذنه فإن وجوب المسمى (١) غير ظاهر لفساد النكاح، والمصنف
جرى على ما اختاره في أول باب نكاح المماليك، وقد بينا ما فيه.
وقوله: (ويرجع بما غرمه) ظاهره يتناول الرجوع بجميع المهر، وقد سبق قبل
العيوب في كلامه إشكال في الرجوع بما زاد على مهر المثل وهو آت هنا، وكذا يشمل
الرجوع بالنفقة فإنها من جملة ما غرمه، وذلك مع فساد النكاح ظاهر، أما مع صحته
فمحتمل.
وأما قيمة الولد فيرجع بها لا محالة، لأن لزومها محض تخسير، لأن الزوج لم
يدخل في العقد على ضمانها، لأن العقد على الحرية يقتضي عدم العوض عن الولد.
قوله: (ولو لم يشترط الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة

(١) في (ض): المهر.

فكما تقدم.
ولو تزوج لا على أنها حرة ولا شرطها فلا خيار.

فكما تقدم، ولو تزوج لا على أنها حرة ولا شرطها فلا خيار).
هنا مسألتان:

الأولى: إذا تزوج امرأة على أنها حرة ولم يشترط ذلك في العقد، فحكمها حكم من شرط حريتها في العقد صرح بذلك المصنف في هذا الكتاب. وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه إن اشترط الحرية في العقد ثبت الخيار، لظهور الرقية، وإلا كان النكاح ماضيا (١)، وكلام باقي الأصحاب محتمل، لأن عبارة الأكثر إذا تزوجها على أنها حرة. وظاهر هذه العبارة لا يمتنع أن يراد به الاشتراط في العقد لكنه مع ذلك محتمل بجريان العقد عليه قبله، وأرادته من غير أن يتعرض إليه في العقد، وكذا عبارة المصنف في التحرير (٢)، وعندني في ذلك تردد. إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يتحقق من تزوجها على ذلك بأن يقول المتولي للنكاح في معرض الترغيب فيه للزوج: فلانة حرة فتزوجها، ونحو ذلك، ثم يترتب عليه تزويجها، بخلاف ما لو أخبر بذلك لا للتزويج فاتفق تزويج السامع بها، أو أخبر به للتزويج لكن لغير الزوج على ما ذكره المصنف في الضابط سابقا. ويلوح من إطلاق عبارة المصنف أنه لا دخل لاتصال العقد بهذا القول وانفصاله عنه في ثبوت التدليس وعدمه، وهو متجه بل ينبغي أن يكون المعبر كون ذلك له دخل في حصول النكاح. وظاهر قول المصنف: (فكما تقدم) ثبوت خيار الفسخ مع صحة النكاح

(١) المبسوط ٤: ٢٥٤.

(٢) التحرير ٢: ٣٠.

ويثبت الخيار مع رقية بعضها، ويرجع بنصيبه من المهر خاصة، فإن كانت في المدلسة رجع بنصيبه معجلا وتبع بالباقي مع عتقها أجمع.

قوله: (ويثبت الخيار مع رقية بعضها خاصة، فإن كانت هي المدلسة رجع بنصفه معجلا وتبع بالباقي مع عتقها أجمع).
كما يكون التدليس للأمة المحضة وتترتب عليه الأحكام السابقة، كذا يكون التدليس للتي بعضها حر وبعضها رقيق، وتترتب عليه أحكامه، فلو تزوج المبعضة بشرط كونها حرة، أو لم يشترط الحرية في العقد لكن تزوجها على ذلك، ثبت الخيار لا محالة، كما في الأمة المحضة على ما ذكره المصنف، لكنه هنا إنما يرجع بنصيب الرقية من المهر، فلو كان نصفها حرا رجع بنصف المهر خاصة، لأن النصف الحر لم يقع فيه تدليس لصدق الخبر بالنسبة إليه، فإن الإخبار بحريتها متضمن حرية ذلك النصف فلا ترجع بنصيبه من المهر.

وهكذا حكم ما غرمه من النفقة وقيمة الولد، فإن كان المدلس أجنبيا رجع عليه به، وإن كانت هي رجع عليها بنصف نصيب الرقية معجلا باعتبار نصفها الحر، ويبقى النصف الآخر تتبع به إذا أعتق باقيها.

وذلك لأن الرجوع عليها به - وهو نصف المهر في هذه الصورة - يجب توزيعه على ما فيها من الحرية والرقية، لأن الإتلاف بالتدليس مستند إلى مجموعها، فيوفر على كل منهما مقتضاه، ولو كان ما فيها من الرقية زائدا على النصف أو ناقصا عنه فنصيبه من المهر بحسبه.

ومما ذكرناه يعلم أن الضمير في قوله: (بنصيبه) يعود إلى الرق المدلول عليه بما قبل وأن الضمير في قوله: (بنصفه) يعود إلى النصيب أعني نصيب الرق، وإعادته إلى المهر غلط ظاهر، لمنافاة ذلك قوله: (ويرجع بنصيبه من المهر خاصة). ولا يخفى أنه إنما يرجع عليها بنصف الرقية معجلا ويتبعها بنصفه الآخر إذا

ولو تزوجته على أنه حر فبان عبدا، فلها الفسخ وإن كان بعد الدخول، ولها المهر بعده لا قبله، وكذا لو شرطت الحرية. ولو ظهر بعضه مملوكا فكذلك، ولو ظهر بعضه معتقا فلا خيار.

كان نصفها حرا والنصف الآخر رقا، حتى لو كان ثلثاها حرا رجع عليها معجلا بثلثي نصيب الرقية من المهر ويتبعها بالثلث الآخر. وإنما أطلق المصنف الرجوع بنصف النصيب معجلا ولم يجر في كلامه ذكر كون بعضها الرق هو النصف اعتمادا على ظهوره، حيث أن البعض المذكور في كلامه يشمل، وإنما اقتصر على بيان حكم ما إذا كانت هي المدلسة، لما فيه من الخفاء باعتبار كون بعض المرجوع به معجلا وبعضه ينتظر به عتق باقيها. فأما إذا كان المدلس غيرها فإن حكمه معلوم مما سبق، والمهر المذكور هو المسمى إن كان النكاح يرضى به المولى وإلا فمهر المثل. ولقائل أن يقول: إن الذي ينساق إليه النظر هنا هو الرجوع بمجموع المهر وذلك، لأن التدليس المذكور أفضى إلى فسخ النكاح المقتضي لفوات المعوض جميعه، والعوض إنما يدل في مقابله فتستحق الرجوع بجميعه كما لو كانت رقيقة. وظاهر قوله عليه السلام: "المغرور يرجع على من غره" يقتضي ذلك، وأيضا فإن المقصود والمفهوم من حريتها حرية جميعها، لأن ذلك هو المطلوب في النكاح، فيكون رق بعضها موجبا لكذب الخبر فلا يتم ما أراده. وعلى هذا يجب أن يستثنى لها أقل ما يصلح جعله مهرا لأجل الوطاء المحترم كما سبق غير مرة. قوله: (ولو تزوجته على أنه حر فبان عبدا فلها الفسخ وإن كان بعد الدخول، ولها المهر بعده لا قبله، وكذا لو شرطت الحرية، ولو ظهر بعضه مملوكا فكذلك، ولو ظهر معتقا فلا خيار). لو تزوجت المرأة زوجها على أنه حر فبان عبدا فلها الفسخ، لظهور نقصه،

ولو تزوجها على أنها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة، قيل: كان له الفسخ، والوجه ذلك مع الشرط لا مع الإطلاق، ولا مهر قبل الدخول، وبعده يرجع على المدلس، أبا كان أو غيره، ولو كانت هي المدلسة رجع

سواء شرطت حرите في نفس العقد، أو عولت على إخباره قبل العقد بكونه حرا أو إخبار وكيله أما مع الشرط فظاهر، وأما بدونه فلما أسلفه المصنف في الضابط وذكره في نظير المسألة، وفيه ما سبق.

ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه، ويثبت لها المهر بعد الدخول، لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر، فإن كان النكاح برضى السيد كان لها المسمى عليه، وإلا كان لها مهر المثل يتبع به العبد إذا أعتق، أما لو فسخت قبل الدخول فإنه لا مهر لها، لأن الفرقة من قبلها.

ولو ظهر بعضه مملوكا فالحكم في الفسخ والمهر كما لو ظهر رق جميعه، إلا أنه مع الدخول وإذن السيد في النكاح يلزمه من المهر بنسبة ما فيه من الرقية، أما لو ظهر معتقا فإنه لا خيار لها، لانتفاء المقتضي وهو فوات الشرط.

والمسألة مفروضة فيما إذا كانت الزوجة حرة بدليل قوله: (فلها الفسخ)، لأنها لو كانت أمة لم يكن لها فسخ، وإنما هو لمولها فإنه لو أراد تزويجها بعبد لم يكن لها الامتناع ويعلم من قوله: (وكذا لو شرطت الحرية) أن المراد من قوله: (ولو تزوجته على أنه حر) الاستناد في ذلك إلى قوله أو قول وكيله قبل العقد من غير اشتراط لها فيه، ولا ريب أنه لو قدم الاشتراط لكان أولى.

قوله: (ولو تزوجها على أنها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة قيل: كان له الفسخ، والوجه ذلك مع الشرط لا مع الإطلاق، ولا مهر قبل الدخول، وبعده يرجع على المدلس أبا كان أو غيره، فلو كانت هي المدلسة رجع

عليها بما دفعه منه إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً.
ولو خرجت بنت معتقة فإشكال،

عليها بما دفعه منه، إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً، ولو خرجت بنت
معتقة فإشكال).

فسر أهل اللغة المهيرة بوزن قريبة بأنها الحرة، قال في القاموس: المهيرة هي
الحرة الغالية المهر (١).

وقال الجوهري: المهيرة هي الحرة (٢)، وكأنهم لاحظوا في الاشتقاق أنها لا توطأ إلا
بمهر، بخلاف الأمة فإنها لا توطأ إلا بالملك، إذا عرفت هذا فهنا مسألتان:
الأولى: إذا تزوج الرجل امرأة على أنها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة، فقد
قال الشيخ في النهاية: إن له ردها ثم إن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء وكان
المهر على أبيها، وإن كان قد دخل بها كان لها المهر عليه بما استحل من فرجها (٣).
وتابعه ابن البراج في ذلك إلا في إيجاب المهر على أبيها إذا لم يكن دخل بها،
فإنه نفى وجوبه أصلاً (٤).

وكذا قطب الدين الكيدري إلا أنه جعل إيجاب المهر على أبيها مع عدم
الدخول رواية (٥).

وكذا ابن إدريس إلا أنه صرح بأن المهر المستحق لها بالدخول ترجع به على
أبيها (٦)

(١) القاموس المحيط ٢: ١٣٧ " مهر "

(٢) الصحاح ٢: ٨٢١ " مهر "

(٣) النهاية: ٤٨٥.

(٤) المهذب ٢: ٢٣٧.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٦.

(٦) السرائر: ٣٠٩.

وذهب المصنف هنا وفي المختلف (١) وغيرهما (٢) إلى أنه إن شرط في العقد ذلك كان له الفسخ، وإلا فلا وهو الأصح.

لنا عموم قوله تعالى: * (أوفوا بالعقود) * (٣).

وجه الاستدلال به: أما مع الشرط فظاهر، لأنه جزء من العقد. وأما مع عدمه، فلأنه خارج عنه، وإنما يجب الوفاء بالعقد لا بما خرج عنه.

وقوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٤).

وجه الاستدلال به: أنه يدل على استحقاق المشروط، فإذا انتفى فقد انتفى بعض المعقود عليه، وبفواته يثبت الخيار حيث لم يقتض البطلان، ولأن الشرط يقلب العقد اللازم جائزا، وإلا انتفت فائدته وهو معلوم البطلان.

أما مع عدم الاشتراط في العقد فلا فسخ وإن ذكر قبل العقد وجرى العقد، لأن الأصل في النكاح اللزوم، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل، ولم يثبت كون ذلك موجبا للفسخ فيجب التمسك بالأصل.

احتج الشيخ ومن تابعه بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل خطب إلى رجل بنتا له عن مهيرة، فلما كان ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتا له أخرى من أمة، قال: "ترد على أبيها وترد عليه امرأته ويكون مهرها على أبيها" (٥): قال في المختلف في وجه الاستدلال بالرواية للشيخ: فإذا كان ضامنا في هذه الصورة كان ضامنا في المتنازع، لعدم التفاوت.

ولقائل أن يقول: إن الذي أراده الشيخ أمران:

(١) المختلف: ٥٥٦.

(٢) التحرير ٢: ٣٠.

(٣) المائدة: ١.

(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٦ حديث ٤، التهذيب ٧: ٤٢٣ حديث ١٦٩٢.

ولو أدخل بنته من الأمة على من زوجه بنت مهيرة، فرق بينهما ولها مهر المثل، ويرجع به على السابق ويدخل على زوجته.

أما بعد الدخول فإنه يجب المسمى على الأصح بدفعه إلى الزوجة ويرجع بجميعة على المدلس، سواء كان أباهاً أو غيره، ولو كانت هي المدلسة فإن لم يكن دفع إليها شيئاً من المهر، وجب أن يدفع إليها أقل ما يصح جعله مهراً دون ما عداه، لوقوع التقاص في الزائد، وإن كان دفع إليها شيئاً منه رجع به لا بأقل ما يجعل مهراً على ما تقدم غير مرة.

الثالث: الضمير في قوله: (ولو خرجت بنت معتقة) يعود إلى المزوجة على أنها بنت مهيرة، ولا يخفى أن الإشكال إنما هو مع الشرط لا بدونه، لأنه قد أفاد أنها لو خرجت بنت أمة لا فسخ مع عدم الاشتراط، فإذا خرجت بنت معتقة لم يثبت الفسخ بطريق أولى.

قوله: (ولو أدخل بنته من الأمة على من زوجه بنت مهيرة فرق بينهما ولها مهر المثل، ويرجع به على السابق، ويدخل على زوجته).

إذا جرى العقد على بنت المهيرة بعينها ثم أدخلت عليه بنت الأمة فإن دخل بها وجب لها بالدخول مهر المثل إن لم يكن عالماً بأنها غير الزوجة، أو علمت ذلك وجهل التحريم، وإلا فهي زانية لا مهر لها. فإن كان قد دفع إليها المهر نظر فإن طابق مهر المثل فلا بحث، وإن نقص أكمله، وإن زاد استرد الزائد، ومع علمها بالتحريم يسترد الجميع ثم يرجع به على من دلسها.

ولو اتفق تدليسها نفسها وعدم علمها بالتحريم رجع عليها بما دفعه إليها إلا أقل ما يصح أن يكون مهراً وإن لم يكن دفع إليها شيئاً لم يجب لها إلا ذلك. وأما الزوجة فإنها على نكاحها يجب تسليمها إليه، ويستحق عليه ما سمي لها، ولا يختص هذا الحكم ببنت المهيرة وبنت الأمة، بل كل من عقد على امرأة

وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته، سواء كانت
أعلا أو أدون، ولو دخل مع العلم لم يرجع على أحد.
ولو شرط البكارة، فإن ثبت سبق الثبوبة فالأقرب أن له الفسخ،
ويدفع المهر ويرجع به على من دلستها، فإن كانت هي رجع، إلا بأقل ما
يمكن أن يكون مهرا، وإن لم يثبت فلا فسخ، لاحتمال تجرده بسبب خفي.
وقيل: له نقص شيء من مهرها، وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة.

فأدخلت عليه غيرها حكمها ما ذكرنا، سواء كانت أعلى من الزوج أو أدون.
وإلى هذا أشار بقوله: (وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء
كانت أعلى أو أدون).

وإنما قيد بقوله: (فظنها زوجته)، لأنه لو علم أنها غيرها وهي جاهلة ثم دخل بها
وجب عليه مهر المثل لها، ولم يرجع به على أحد، لانتفاء الغرور وإلى هذا أشار بقوله:
(ولو دخل مع العلم لم يرجع على أحد).

قوله: (ولو شرط البكارة، فإن ثبت سبق الثبوبة فالأقرب أن له
الفسخ، ويدفع المهر ويرجع به على من دلستها، فإن كانت هي رجع إلا بأقل
ما يمكن أن يكون مهرا، وإن لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجرده بسبب خفي
وقيل: له نقص شيء من مهرها وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة).
إذا تزوج امرأة على أنها بكر فظهرت ثيبا، ففي ثبوت الفسخ بذلك وعدمه
خلاف، وعلى القول بعدم ثبوت الفسخ فهل له أن ينقص شيئا من مهرها؟ فيه خلاف
أيضا، وتحقيق ذلك يقع في مقامين:

الأول: الفسخ وقد نفاه أبو الصلاح، فإنه قال: إذا تزوج بكرا فوجدها ثيبا
فأقرت الزوجة بذلك حسب أو قامت به البينة فليس بعيب يوجب الرد ولا نقصان

في المهر (١).

وهذا هو الظاهر من كلام جمع من الأصحاب، إلا أن عباراتهم مطلقة ليس فيها تصريح باشتراط ذلك في العقد ولا بعدمه.

والذي يلوح من عبارة أبي الصلاح أن نفي الفسخ ليس مع اشتراط البكارة فتظهر الشيوبة، وإنما هو لكون الشيوبة ليست عيباً، فإن الفسخ بالعيب لا يتوقف على اشتراط السلامة.

والظاهر أن هذا إنما هو مراد الأصحاب لكنهم سكتوا عن حكم الاشتراط، قال المصنف في المختلف: وأبو الصلاح إن قصد تزويج بالبكر مع عدم شرط البكارة فهو مسلم، وإن قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع (٢). وهذا الكلام يدل على أن عبارته محتملة، ولا شك عندنا في الاحتمال إلا أنها أظهر في عدم الاشتراط كما قلناه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف ذهب إلى ثبوت الفسخ مع الاشتراط، كما صرح به في المختلف والإرشاد وقربه هنا وقيده بثبوت سبق الشيوبة على العقد بطريق شرعي، وتبعه جملة المتأخرين فيه (٣)، وهو الأصح، لعموم قوله تعالى: * (أوفوا بالعقود) * (٤)، وقوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٥) ولأن ذلك فائدة الشرط

فلولاه لكان ذكره لغوا وهو باطل.

ويحتمل عدم تمسكاً بلزوم العقد، وهو ضعيف، لأن الشرط السائغ أخرجه عن

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

(٢) المختلف: ٥٤٦.

(٣) منهم الشهيد في اللمعة: ١٩٩.

(٤) المائدة: ١.

(٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

اللزوم.

ولا ريب أن الفسخ إنما يثبت إذا علم سبق الثيبوبة على العقد كما ذكره، وإنما يثبت بإقرارها أو البينة الشرعية وما جرى مجراهما، فلو لم يثبت ذلك فلا فسخ، لإمكان تجددتها بسبب خفي كالنزوة والعلة، وهو غير مناف للشرط. ومتى ثبت الخيار وفسخ قبل الدخول فلا مهر، وبعده يجب لها المسمى، ويرجع به على المدلس وهو العاقد العالم بحالها وإلا فعليها، لكن هنا يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهرا، وقد سبقت هذه الأحكام غير مرة. الثاني: حيث لا فسخ فهل ينقص من مهرها شيء؟ فيه قولان: أحدهما عدم، صرح به أبو الصلاح (١)، وهو اللائح من قول ابن البراج: جاز أن ينقص من مهرها شيئا وليس ذلك بواجب (٢). ووجهه: إن العقد اقتضى وجوب جميعه والأصل بقاؤه. والثاني: إنه ينقص، واختلفوا في قدره على أقوال: الأول: إنه ينقص شيء في الجملة، صرح به الشيخ في النهاية (٣)، وابن البراج (٤)، لرواية محمد بن خرك قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا، هل يجب لها الصداق وأيا أم ينقص؟ قال: " ينقص " (٥). وجه الاستدلال به: أنه لا بد من اضمار مفعول ينقص، والمناسب تقدير لفظة شيء، لاقتضاء المقام إياه.

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

(٢) المهذب ٢: ٢١٣.

(٣) النهاية: ٤٧٥.

(٤) المهذب ٢: ٢١٣.

(٥) الكافي ٥: ٤١٣ حديث ٢، التهذيب ٧: ٤٢٨ حديث ١٧٠٦.

الثاني: إنه ينقص السدس، ذكره الراوندي في شرح مشكل النهاية، لأن
الشيء في عرف الشرع السدس لما ورد في الوصية.
وغلظه المحقق نجم الدين في النكت بأن الشيء لم يذكر في الرواية، وإنما وجب
تقديره، لاقتضاء المقام إياه (١).
والذي يقدر هو الشيء المنكر، لأنه الذي يقتضيه المقام، لا الشيء الذي هو
السدس، لأن ذلك معين ولا دليل عليه.
ولو سلم فيكون الشيء السدس في الوصية لا يقتضي كونه كذلك في كل
موضع، لانتفاء ذلك في الإقرار وغيره.
الثالث: أن ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر إلى الثيب، اختاره ابن إدريس.
واعترضه الشارح السيد الفاضل بأنه ربما أدى إلى سقوط المهر رأساً، لأن
التفاوت بين المهرين قد يكون بقدر المسمى، فإن مهر مثلها بكرة ربما كان خمسين
وثيباً أربعين والمسمى عشرة فإذا نقص قدر التفاوت سقط المسمى وأجيب بأن المراد
النقص بنسبة التفاوت إلى مهر البكر وهو الخمس، فينقص في الفرض المذكور
ديناران.
أو أن المراد نقص شيء من المسمى لها باعتبار كونها بكرة يقتضي نظر
العقلاء نقصه باعتبار ظهور ثيبوتها.
وهذا هو الذي أراده المصنف بقوله في الكتاب: (وهو ما بين مهر البكر والثيب
عادة) واختاره في التحرير (٢).
الرابع: إحالة تقدير ذلك على نظر الحاكم لانتفاء تقدير النقص وتفسير اللفظ

(١) نكت النهاية (ضمن الجوامع الفقهية): ٦٣٧.

(٢) التحرير ٢: ٣٠.

ولو تزوج متعة فبانت كتابية، أو دواما على رأي من سوغه، فلا فسخ، إلا أن يطلق أو يهب المدة، ولا يسقط من المهر شيء، ولو شرط الإسلام فله الفسخ.

الوارد به لغة، وشرعا، فيرجع فيه إلى رأي الحاكم، وهو قريب مما ذكره المصنف إذا عرفت ذلك فاعلم أن إطلاق كلامهم يقتضي ثبوت النقص سواء علم سبق الثيبوبة أم لا، وكلام المحقق في النكت صريح في ذلك. وهذا الحكم مشهور بين الأصحاب، والذي يقتضيه الدليل عدم نقص شيء كما يراه أبو الصلاح (٢)، إلا أن مخالفة الأصحاب لا يخلو من شيء، فإن قلنا به فكلام المحقق قريب.

قوله: (ولو تزوج متعة فبانت كتابية، أو دواما على رأي من سوغه فلا فسخ، إلا أن يطلق أو يهب المدة ولا يسقط من المهر شيء). أي: لو تزوج امرأة يظن أنها مسلمة، أو على أنها مسلمة لكن لم يشترط إسلامها في العقد فظهرت كتابية والنكاح متعة على رأي المصنف ومن جرى مجراه في القول بمنع نكاح المسلم الكتابية دواما وتجويز المتعة، أو دائم على قول من جوز نكاحها دواما.

ولما كان هذا غير مرضي عند المصنف بناه على رأي من سوغه ليستقيم الحكم، لأن إثبات الفسخ ونفيه فرع صحة النكاح في نفسه كما لا يخفى ما يثبت للزوج بذلك فسخ، لأن عدم الإسلام في الزوجة لا يعد عيبا بالنسبة إلى النكاح. ولا ينقص بسببه الاستمتاع فلا ينقص من المهر بسببه شي بخلاف ما إذا تزوج على أنها بكر فظهرت ثيبا. فإن قيل، قوله: (إلا أن يطلق أو يهب المدة) استثناء مماذا؟

(١) نكت النهاية (ضمن الجوامع الفقهية): ٦٣٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

ولو أدخلت امرأة كل واحد من الزوجين على صاحبه فوطأها، فلها المسمى على زوجها ومهر المثل على واطئها، وترد كل منهما على زوجها، ولا يطأها إلا بعد العدة.
ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كل زوجته، وبالعكس.

قوله: (ولو أدخلت امرأة كل من الزوجين على صاحبه فوطأها فلها المسمى على زوجها ومهر المثل على واطئها، وترد كل منهما على زوجها ولا يطأها إلا بعد العدة، ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كل زوجته وبالعكس).

قال الشيخ في النهاية: إذا عقد الرجلان على امرأتين، فأدخلت امرأة هذا على هذا والأخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك، فإن كانا قد دخلا بهما كان لكل واحدة منهما الصداق، وإن كان الولي قد تعمد ذلك أغرم الصداق.
ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها، فإن ماتتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثاهما الرجلان، وإن مات الرجلان وهما في العدة فإنهما ترثانهما ولهما المسمى (١)، هذا كلامه رحمه الله.
قال ابن إدريس: الصحيح من الأقوال أن يموت أحد الزوجين إما المرأة أو الرجل يستقر جميع المهر كاملاً، سواء دخل بها الرجل أم لا (٢).
احتج الشيخ بما رواه جميل بن صالح عن بعض أصحاب أبي عبد الله عليه السلام: في أختين أهديتا إلى أخوين في ليلة فأدخلت امرأة هذا على هذا وأدخلت امرأة هذا على هذا، قال: " لكل منهما الصداق بالغشيان، وإن كان وليهما يعلم ذلك أغرم الصداق ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة

(١) النهاية: ٤٨٨.

(٢) السرائر: ٣١٠.

صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول "، قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العدة، قال: فقال: " يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الرجلان " (١). والأصح وجوب المهر كاملاً، والرواية ضعيفة وحملها المصنف في المختلف على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بنصف المهر إذا كانا قد دفعاه على سبيل الميراث (٢).

ثم تنبه لأمر:

الأول: استحقاق كل من المرأتين على من أدخلت عليه مهر المثل إنما هو مع الوطاء للشبهة، لا بدونه، وهو ظاهر.

وكذا وجوب العدة إنما هو مع الوطاء لا بدونه، فيرد كل منهما على زوجها بغير عدة، ولو وطئت إحدهما خاصة.. اختص الحكم بها.

الثاني: إنما يجب لها المهر المذكور بالوطء إذا لم تعلم بالتحريم، إما بأن تجهل كون الزوجة غيرها، أو تعلمه وتجهل تحريم الوطاء، فلو علمتهما فلا شيء لها، لأنها بغية ولا اعتبار بعلم الزوج وعدمه.

أما العدة فإن وجوبها يتحقق بجهل أحدهما، ليكون الوطاء من طرفه محترماً.

الثالث: يرجع كل من الزوجين بما غرمه من مهر المثل على الولي، وفي رواية التقييد بتعمده، وكذا في عبارة الشيخ على ما سبق ذكره.

وينبغي أن يقال: إن تعمد الولي والزوجة أو كانا جاهلين فالغرم عليها دون الولي، لأن سببها أقوى.

نعم يستثنى لها أقل ما يصلح مهراً، وإن تعمد أحدهما خاصة فالغرم مختص به، فإن تعمدت هي فلا بد من استثناء الأقل، ولو علم الزوج بالحال وجعلت المرأة

(١) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ١١، الفقيه ٣: ٢٦٧ حديث ١٢٦٩، التهذيب ٧: ٤٣٤ حديث ١٧٣٠.

(٢) المختلف: ٥٥٧.

ولو اشتبته على كل منهما زوجته بالأخرى قبل الدخول، منع منه وألزم بالطلاق ولا تحسب في الثلث ويلزم نصف المهر، فيقسم بينهما بالسوية إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا. ويحرم على كل منهما أم كل واحدة منهما، وتحرم كل منهما على أب الزوج وابنه. والميراث كالمهر، ويحتمل القرعة ابتداءً،

غرم مهر المثل ولا يرجع به على أحد، وينبغي تأمل هذا التفصيل لأنني لم أجد به قائلًا. الرابع: لو مات أحد الزوجين ورثه الآخر، سواء كان في عدة الشبهة أم لا. وقول المصنف: (ولو ماتنا في العدة..). يوهم أن لها دخلا في الإرث، وليس كذلك، والمصنف تبع في ذلك عبارة الشيخ ولفظ الرواية لا يلزم منه تخصيص، لأن السؤال وقع عن حكم موتهما في العدة فكان الجواب على طبقه. قوله: (ولو اشتبته على كل منهما زوجته بالأخرى قبل الدخول منع منه وألزم الطلاق، ولا يحسب الثلث، ويلزم تنصيف المهر فيقسم بينهما بالسوية إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا، ويحرم على كل واحد منهما أم كل واحدة منهما، وتحرم كل منهما على أب الزوج وابنه، والميراث كالمهر ويحتمل القرعة ابتداءً).

إذا عقد رجلان على امرأتين بمهرين ثم اشتبته زوجة كل واحد منهما بالأخرى فبيان أحكامها في مسائل: الأولى: تحريمهما على الزوجين. فإن الزوجة إذا اشتبته بالأجنبية حرمتا، لو جوب اجتناب الأجنبية ولا يتم إلا باجتنابهما، ولا يرتفع بذلك النكاح قطعا وإنما تحرم الاستمتاع التي شأنها أن تحل به. وكذا النظر واللمس وما جرى مجراهما، فعلى هذا لو لم يكونا قد دخلا بهما منعا

من الدخول لا محالة.

الثانية: تحرم على كل واحد منهما أم كل واحدة منهما، وكذا غير الأم ممن اقتضى النكاح تحريمهما بالمصاهرة عينا أو جمعا بهما، لأن المقتضي للتحريم وهو النكاح حاصل، والاشتباه لا يمنع تأثيره، واجتناب أم الزوجة لكل منهما لا يتم إلا باجتنابهما، وكذا البواقي، وكذا تحرم كل منهما على أب كل من الزوجين وابنه لمثل ما ذكرناه.

الثالثة: إلزام كل من الزوجين بالطلاق بمعنى وجوب ذلك، لظاهر قوله تعالى: * (فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان) * وقد تعذر الأول فتعين الثاني.

والمراد به الطلاق فيكون واجبا، فإن امتنع منه أجبر عليه، ولا يقدر في صحته، لأن الإيجاب شرعا لا ينافي الصحة، كما في إجبار المديون إذا امتنع من البيع وتوقف الأداء عليه.

ويتحقق الطلاق بأن يطلق كل منهما زوجته من المرأتين، أو يطلق كل واحدة منهما بعينها فيقع الطلاق على الزوجة ويبطل في الأجنبية. ويحتمل عدم وجوب الطلاق، للأصل، ولا نسلم أن الإمساك بمعروف متعذر للاشتباه.

ولو سلمنا فلا نسلم تحتم الثاني، لجواز أن يراد من الآية وجوب أحد الأمرين مع القدرة، لامتناع التكليف بدونها، ولا تعلق له بحال التعذر، فتجب حينئذ القرعة، لأنه أمر مشكل، وفي كل أمر مشكل القرعة كما ورد به النص (١)، فمن عينت القرعة زوجيته تعينت وثبت له أحكام الزوجية وهذا هو المراد من قول المصنف: (ويحتمل القرعة ابتداء) أي: في أول الأمر من حين حصول الاشتباه.

(١) الفقيه: ٣: ٥١ باب الحكم بالقرعة، التهذيب ٧: ٢٣٣ حديث ٥٧١، الاستبصار ٣: ٣٩ حديث ١٣١.

فإن تصادمت دعواهما في نصف بخصوصه ففيه ثلاثة أوجه: اقتسامه، لانتفاء المرجح ويحلف كل واحد منهما للأخرى. والقرعة، لأنه أمر مشكل. أو الإيقاف حتى يصطلحا، لتعذر الوقوف على مستحقه ولا مخرج سوى الصلح. لكن مع الاقتسام يجعل النصف الآخر عند الحاكم كسائر الأموال المجهولة الملاك، ولو رجعت إحداها إلى دعوى النصف الآخر لم يبعد سماعها، إذ ليس فيها إلا إكذاب دعواها الأولى، ولأنه لا يزيد على إكذاب المقر له الإقرار ثم يرجع إلى التصديق، فترد ما أخذته على الأخرى ويسلم إليها النصف الثاني، لانحصاره فيها، فإن الأولى قد دفعته عن نفسها، وإن حكمنا بالقرعة، فمن خرج اسمها استحقت فيتعين للأخرى النصف الآخر.

وإن ادعت كل واحدة غير ما ادعته الأخرى دفع إلى كل منهما ما تدعيه، لانحصار الاستحقاق فيهما وانتفاء التنازع بينهما. وإن ادعت إحداها وسكتت الأخرى دفع إلى المدعية ما ادعته، لانتفاء المنازع وإمكان صدقها.

ويحتمل في النصف الآخر دفعه إلى الأخرى، لانحصار الحق فيها وقد نفته المدعية عن نفسها فانحصر استحقاقه في الأخرى.

وإن سكتتا معا ولم تدع واحدة منهما شيئا معينا فقد قال الشارح الفاضل ولد المصنف: إنه إما أن يقسم كل نصف بينهما نصفين، أو يقرع بينهما، أو يوقف الحال في كل نصف حتى تصطلحا (١)، وليس بجيد، لأن اقتسامهما كلا من النصفين يقتضي إعطاء الحق لغير مستحقه قطعا، للقطع بأن كل نصف لواحدة لا يشاركها فيه الأخرى.

(١) إيضاح الاشتباه ٣: ١٨٨.

ويثبت المسمى في كل وطء عن عقد صحيح وإن انفسخ بعيب سابق على الوطاء أو العقد، ومهر المثل في كل وطء عن عقد باطل في أصله لا المسمى. فروع:

أ: لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما فلا فسخ، لإمكان تجدد شرطه

قوله: (ويثبت المسمى في كل وطء عن عقد صحيح وإن انفسخ بعيب سابق على الوطاء أو العقد، ومهر المثل في كل وطء عن عقد باطل في أصله لا المسمى).

وجه: أن الموجب للمهر المسمى هو العقد الصحيح على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، والفسخ لا يرفعه من أصله وإنما يبطله من حين وقوع الفسخ وإن كان بعيب سابق على العقد، وقول الشيخ (١) والشافعي (٢) بوجود مهر المثل ضعيف. أما إذا كان العقد فاسدا فإنما يجب بالوطء فيه مهر المثل دون المسمى، لأن الفاسد لما لم يترتب عليه أثره كان وجوده كعدمه.

ومع الوطاء يجب عوض المثل لمنفعة البضع وذلك مهر المثل، وقد سبق في نكاح المماليك قول لجمع من الأصحاب بوجوب المسمى فيما إذا تزوج الحر أمة بغير إذن مالکها ووطأ قبل الرضى، وقد ذكرنا ما فيه هناك.

وإن انتفى الوطاء فإن كان العقد فاسدا فلا شيء، لانتفاء المقتضي، وإن كان صحيحا ووقعت الفرقة بفسخ فلا شيء أيضا، إلا في العنة فيجب نصف المهر كما سبق، وكذا إذا طلق قبل الدخول.

قوله: (فروع: أ: لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما فلا فسخ،

(١) المبسوط ٤: ٢٥٣.

(٢) المجموع ١٦: ٢٧٣.

في الشيخوخة، وعدم العلم بالعقم من دونه، وجواز استناده إليه.

لإمكان تجدد شرطه في الشيخوخة، وعدم العلم بالعقم من دونه، وجواز استناده إليه).

الشيخوخة مصدر شاخ يشيخ، وينبغي أن يراد بها الطعن في السن إلى نهاية العمر، وتحرير البحث أنه إذا شرط الرجل في عقد النكاح استيلاء المرأة يعني، كونها بحيث تستولد بمعنى أن لا تكون عقيماً، فمضى عليها مدة طويلة ولم تلد مع انتفاء مانع آخر ظاهر سوى العقم لم يثبت بذلك فسخ، وإلا لزم ثبوت الخيار مع تحقق انتفاء الشرط، والثاني باطل بالنص والإجماع فالمقدم مثله.

بيان الملازمة عدم تحقق العقم بما ذكر، لإمكان تجدد الاستيلاء في الشيخوخة كما في قصة إبراهيم وزكريا عليهما السلام وعلى نبينا الصلاة والسلام وآله، ولانتفاء العلم بالعقم من دون حصول الشيخوخة، لأن كل زمان يتجدد حصوله يرجى فيه حصول الاستيلاء وتجده قبل تحقق الشرط، ولأن انتفاء استيلاء المرأة قد يكون مستندا إلى الزوج، فلا يكون عدم استيلاها دليلاً على عقمها، فهذه دلائل ثلاثة ذكرها المصنف رحمه الله على عدم ثبوت الفسخ في المسألة المذكورة. وتنقيح المقام بجعلها دلائل التلازم في القياس الاستثنائي أولى، وعلى ما قلناه فيكون الضمير في قوله: (لإمكان تجده) عائداً إلى الاستيلاء، ويكون الضمير في قوله: (من دونه) عائداً إلى الشيخوخة بضرب من التأويل، أي ولعدم العلم بالعقم من دون مضي زمان الشيخوخة.

ويمكن عوده إلى العقم، أي ولعدم العلم بالعقم من دون العقم، لأن العلم بحصول شيء فرع حصول ذلك الشيء في نفسه، لأن العلم يستدعي المطابقة. وربما قيل بإمكان عوده إلى ما دل عليه إمكان التجدد، أي وعدم العلم بالعقم من دون عدم إمكان التجدد، فيكون هذا وما قبله دليلاً واحداً، تقريره لإمكان تجدد الاستيلاء فيه، ومن التكلف والبعد ما لا يخفي.

ب: كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقدته، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على إشكال.
نعم لو تزوجها متعة أو دواما على رأي بشرط أنها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار.

واعلم أن قول المصنف: (لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما) لا يخلو من مسامحة، لأن خروجها عقيما يقتضي انتفاء الشرط فيثبت الخيار، والمراد حصول ما يتوهم منه العقم، والضمير في (شرطه) يعود إلى الاستيلاء أو إلى الزوج.
قوله: (ب: كل شرط يشترط في العقد يثبت له الخيار مع فقدته، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على إشكال، نعم لو تزوجها متعة أو دواما على رأي بشرط أنها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار).
لا ريب أن كل ما يشترطه الزوج في عقد النكاح من صفات الكمال، مما لا ينافي مقصود النكاح ولا يخالف الكتاب ولا السنة صحيح، فإذا تبين انتفاؤه وخلوها من الكمال لم يكن النكاح باطلا، لأن فقد الشرط لا يقتضي بطلانه، لكن يثبت للمشروط الخيار، لأن فوات الشرط يقلب العقد اللازم جائزا.
ولو اشترط شيئا من الصفات التي لا تعد كمالا، كما لو شرط كونها قبيحة الصورة أو جاهلة بتدبير المنزل، فالمتجه صحة الشرط، لأن الغرض قد يتعلق بذلك. وليس فيه منافاة للكتاب ولا للسنة، فلو انتفى الشرط وظهر الاتصاف بالضد - ففي المثال المذكور ظهر كونها جميلة أو عالمة بتدبير المنزل - ففي ثبوت الخيار في ذلك وأمثاله عند المصنف إشكال ينشأ: من أن ثبوت الخيار وسيلة إلى التخلص من النقص ولا نقص هنا فلا خيار، ومن أن فوات الشرط المحكوم بصحته لو لم يثبت به الخيار كان الاشتراط وعدمه سواء، وهو معلوم البطلان.
وتنقيح المقام أن صفة النقص قد يقارنها ما يلحقها بصفة الكمال، ويتعلق بها

الغرض كما يتعلق بصفة الكمال، كما لو كان الرجل مثلاً كثير الأسفار، وليس له من يخلفه في أهله، فرغب في قبيحة المنظر لتكون أبعد عن تطلع الأجانب إليها. وكذا لو خشي من حذق الزوجة في أمور المنزل لحقوق بعض المتاعب له بطمع بعض المتغلبين، ونحو ذلك.

وذهب الشارح الفاضل ولد المصنف إلى بطلان هذه الشروط، محتجا ببعده النكاح عن قبوله الخيار قال: وإنما يصح شرط الحرية والنسب والبركة، وما يرى هذه في الكفارة للنص (١).

ولقائل أن يقول: إن النص لم يرد بثبوت الخيار باشتراط البركة، فيكون اشتراطه خروجاً عن النص، ومع ذلك فالكتاب والسنة واردة بصفة الشرط السائغ، الذي لا ينافي مقتضى النكاح، ويلزم منه ثبوت الخيار بفواته، فيكون الخيار حينئذ ثابتاً بالنص، فلا يتم ما ذكره.

ولو سلم فالبعيد عن النكاح اشتراط الخيار، لا اشتراط ما يقتضي فواته الخيار، فحينئذ القول بثبوت الخيار في نحو ذلك ليس بذلك البعيد. وقول المصنف: (نعم لو تزوجها..). المراد به أنه إذا تزوج امرأة وشرط كونها كتابية، وكان النكاح متعة عندنا ودواماً على رأي من يجوز نكاح الكتابية دواماً، فظهرت مسلمة، فإن هذا الشرط لا يوجب فواته الخيار، بخلاف غيره من الشروط المتعلقة بصفات النقص، فإن فيها إشكالاً عند المصنف، فيكون هذا الشرط مستثنى من عموم الكلية السابقة، فإن لفظ نعم في مثل هذا التركيب للاستدراك. ووجهه أن اشتراط صفة الكفر وعدم الرضى بالإسلام ظاهره ترجيح الكفر على الإسلام، وذلك من الأمور الشنيعة المستهجنة شرعاً، فيناسب كون هذا الشرط

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٨٩.

ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمة كالحرة، فإن فسخ قبل

باطلا وآنفا ذكره وهو كلام وجيه.

وينبغي أن يكون ما جرى مجراه كذلك، كما لو شرط كونها غير عفيفة نعوذ بالله من ذلك فظهرت عفيفة، لأن هذا الشرط ينافي المروءة.

وعند التحقيق فليس هذا النوع من الشروط بسائق شرعا، فإن ما خالف الدين والمروءة فهو مخالف للكتاب والسنة.

ثم تنبه لشيء وهو أن تقييد المصنف النكاح إذا شرط كون المنكوحه كتابية بكونه متعة على رأيه، أو دواما على رأي قوم آخرين، يشعر بأنه لو تزوجها دواما وشرط كونها كتابية لا يصح النكاح عنده، وبه صرح الشيخ في المبسوط (١). وجهه أن العقود تابعة للقصد، فإذا عقد على امرأة دواما وقد شرط كونها كتابية، فقد عقد على من يعتقد بطلان عقدها، فيكون قاصدا إلى عقد يعتقد بطلانه، فيجب أن يكون باطلا.

وطرد هذا الحكم فيما لو طلق طلاقا يعتقد بطلانه، أو يتردد فيه للتردد في حصول شرطه، كما لو لم يعلم انتقالها من طهر إلى آخر، حيث يشترط ذلك لانتفاء قصده إلى عقد صحيح، والقصد معتبر اتفاقا.

وقد حكى المصنف في التحرير (٢) قول الشيخ في المبسوط ولم يفت بشيء.

ولقائل أن يقول: إن المقدمة القائلة أن القصد إلى العقد الفاسد يمنع صحته مسلمة، لكن لا نسلم أن من تزوج امرأة دواما على أنها كتابية قاصدا إلى عقد فاسد، لأنه لا يلزم من اشتراط كونها كتابية اعتقاد كونها كذلك بحسب الواقع، والأصل في المكلف في بلاد الإسلام أن يكون مسلما، والأصل من الأمور المقطوع بها شرعا. قوله: (ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمة فكالحر، فإن

(١) المبسوط ٤: ٢٥٤.

(٢) التحرير ٢: ٣١.

الدخول فلا شيء، وبعده المسمى على سيده أو في كسبه، ويرجع به على المدلس ويكون للمولى.
ولو أعتق قبل الفسخ فالأقرب أن المرجوع به للعبد،

فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى على سيده أو في كسبه ويرجع به على المدلس ويكون للمولى، ولو أعتق قبل الفسخ فالأقرب أن الرجوع به للعبد).

أي: لو تزوج عبد امرأة على أنها حرة، إما بأن شرط ذلك في عقد النكاح، أو سبق الإخبار بحريتها قبله، ثم جرى العقد على ذلك فظهرت أمة، فالحكم هنا كما سبق فيما إذا تزوج الحر على أنها حرة في ثبوت الخيار في كل من الصورتين عند المصنف كما اختاره سابقا، وقد حققنا البحث واستوفينا الكلام فيه فلا حاجة إلى إعادته.

وليس لقائل أن يقول: إن المتجه هنا عدم الخيار، لتكافؤ الزوجين في كون كل منهما رقا، بخلاف الحر، لأن المقتضي للفسخ هو الغرور بالعقد على من شرطت حريتها فظهر خلاف الشرط، أو وصفت بالحرية بحيث جرى العقد على ذلك ثم تبين عدم لا عدم التكافؤ، فيجب ثبوته وهو حق للعبد، ولو ظهر بعضها رقا فكالرقية جميعا.

إذا تقرر ذلك فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، وإن فسخ بعده فالمسمى على السيد إن كان النكاح بإذنه أو في كسبه على ما سبق بيانه في نكاح الإماء، فإذا حصل الفسخ وغرم السيد المهر يرجع به على المدلس ويكون للمولى لا محالة، لأن العبد لا يملك.

ولو أعتق العبد قبل الفسخ ثم حصل الفسخ بالنسب المذكور فالأقرب عند المصنف أن الرجوع بالمهر في هذه الحالة على المدلس للمعتق.

ثم إن كان الغار الوكيل رجع بالجميع، وإن كانت هي فكذلك تتبع به، لأنه ليس برجوع في المهر، لأن المهر استحققه السيد ورجوعه يكون في ذمتها.

ولو حصل منهما رجع بنصفه على الوكيل حالا، ونصفه عليها تتبع به.

قوله: (ثم إن كان الغار الوكيل رجع بالجميع، وإن كانت هي فكذلك يتبع به، لأنه ليس برجوع في المهر، لأن المهر استحققه السيد ورجوعه يكون في ذمتها، ولو حصل منهما رجع بنصفه على الوكيل حالا ونصفه عليها يتبع به).

بعد تحقق ما سبق ينظر في الغار في كل موضع يحصل الفسخ، فإما أن تكون الأمة، أو وكيلها، أو سيدها.

فإن كان الوكيل رجع عليه بالجميع، عملا بمقتضى التغيرير. وكذا إن كانت هي، لأن الرجوع عليها ليس رجوعا بالمهر الذي حقه أن يدفع إلى الزوجة، لأن المهر استحققه السيد حتى لو كانت عينه باقية لم تسترد، وإنما هو رجوع بعوض المهر الذي أوجبه التدليس فلا يسقط عنها منه شيء ولا يطلب منها في الحال، لأن ما بيدها للمولى، بل يتبع به إذا أعتقت وأيسرت.

ولو كان التغيرير بفعالها أو فعل الوكيل فالغرم عليها، إلا أنه يرجع على الوكيل بالنصف في الحال إن شاء، وأما هي فإنما يرجع عليها بالنصف الآخر إذا أعتقت وأيسرت.

ولا يخفى أن لفظة: (حالا) في عبارة الكتاب ينبغي أن تكون مخففة، لأنها في مقابل الرجوع على الأمة في مستقبل الزمان إذا أعتقت.

وبقي قسم ثالث، وهو ما إذا كان الغار هو السيد ولم يلزم من تغيره عتق الأمة، فإن الرجوع عليه بالمهر إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا على أقرب القولين.

ولو أولد كان الولد رقا لمولاه إن كان المدلس سيدها، أو أذن لها مطلقا، أو في التزويج به أو بأي عبد.

ولو لم يكن قد دفع إليه وقع التقاص فيما عدا الأقل المذكور فإنه متحتم اللزوم ولو لزم تغريره عتقها فلا فسخ.

قوله: (ولو أولد كان الولد رقا لمولاه إن كان المدلس سيدها، أو أذن لها مطلقا، أو في التزويج به، أو بأي عبد).

أي: لو أولد العبد المذكور الأمة التي اشترطت حريتها، فإما أن يكون النكاح بإذن مولاهما، إما لكونه هو الذي دلسها، أو لأنه أذن لها في التزويج مطلقا، بحيث يتناول تزويجها بعبد أو حر، فيكون تزويجها بهذا العبد داخلا في إطلاق اللفظ. أو لأنه أذن لها في التزويج بهذا العبد بخصوصه أو بأي عبد كان. أو لا يكون بإذنه أصلا، فإن كان بإذن مولاهما فالولد لمولى العبد، لأن الولد الحاصل بنكاح المماليك لمن لم يأذن من الموليين إذا أذن الآخر، وإن أذنا أو لم يأذن واحد منهما فالولد لهما معا. وها هنا كلامان:

أحدهما: إن قضية كلام المصنف أن نكاح العبد كان بإذن المولى، ولولا ذلك لم يجب المسمى على السيد أو في كسب العبد ولم يكن لفسخ النكاح موقع، لأنه حينئذ يكون فاسدا، وعلى هذا فكيف يستقيم قوله: (إن الولد رق لمولى الزوج).

الثاني: ذهب الشيخ في المبسوط إلى أن الولد في الصورة المذكورة حر محتجا بأن العبد إنما دخل في العقد على ذلك، لأن المفروض أنه تزوجها على أنها حرة، وولد الحرة حر وإن كان الزوج رقيقا، وأوجب عليه قيمة الولد يوم سقوطه حيا لمولى الأمة. وحكي أن في محل وجوبها ثلاثة أقوال: أحدها في كسبه، والثاني في رقبته، والثالث في ذمته (١).

(١) المبسوط ٤: ٢٥٦.

د: لو غرته المكاتبه، فإن اختار الإمساك فلها المهر، وإن اختار
الفسخ فلا مهر قبل الدخول، وبعده إن كان قد دفعه رجع بجميعة أو به،
إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا، وإن لم يدفع فلا شيء أو يجب الأقل.

قال المصنف في التحرير: وهذه الأقوال للجمهور، وقد حكى المصنف في
التحرير قول الشيخ (١) ولم يصرح باختيار شيء، وكلامه وكلام المصنف هنا محل النظر
والتأمل، واعلم أن حكم المدبرة وأم الولد حكم القنة.

قوله: (لو غرته المكاتبه: فإن اختار الإمساك فلها المهر، وإن اختار
الفسخ فلا مهر قبل الدخول، وبعده إن كان دفعه رجع به أو بجميعة،
إلا أقل ما يمكن أن يكون مهرا، وإن لم يدفعه فلا شيء أو يجب الأقل).
أما وجوب المهر مع اختيار الإمساك، فلأنه قد رضي بالنكاح حينئذ فيجب
المسمى، وإن اختار الفسخ وقد دخل ودفع المهر رجع عليها به لتدليسها. وعلى القول
الآخر يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهرا، لأن الوطاء المحترم يجب أن لا يخلو
عن عوض، وقد تقدم الكلام عليهما مستوفى.

ومع عدم الدفع فهل يجب دفع الأقل أم لا يجب شيء أصلا؟ فيه القولان،
وإنما أفرد المكاتبه، لأنها كالحره في ذلك، فإن المهر حق لها كالحره، لانقطاع سلطنة
المولى عنها مع كونها رقيقة، بخلاف القنة ومن جرا مجراها، لأن المهر في نكاحهن
للمولى لا لهن، فإذا اقتضى التغرير الرجوع عليهن رجع بجميعة المهر، إلا أن مقتضى
التغرير الرجوع على السيد، فإنه يرجع عليه بما عدا الأقل على الخلاف، والأمر في
المكاتبه كالحره وإليه الإشارة بقوله: (ولو غره الوكيل رجع عليه بالجميع).
فإن الوكيل صادق على السيد. لأنه لا يجوز له تزويجها إلا بإذنها. واعلم أن
الضمير في قوله في أول البحث: (لو غرته المكاتبه) يرجع إلى ما دل عليه سوق

(١) التحرير ٢: ٣٠.

ولو غره الوكيل رجوع عليه بالجميع. ولو أتت بولد فهو حر، لأنه دخل على ذلك ويغرم قيمته، ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتبه.

الكلام، وهو المتزوج بها، ويظهر منه أن الزوج حر، فإن المفهوم من قوله: (إن كان قد دفعه رجوع بجميعه) ذلك، وكذا ما بعده.

قوله: (ولو أتت بولد فهو حر، لأنه دخل على ذلك ويغرم قيمته، ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتب).

أي: لو أتت المكاتبه المتزوجة بحر على أنها حرة بولد فالولد حر، لأن الزوج دخل في العقد على ذلك، لأنه وقع على أنها حرة، ولأنه لو وطأ أمة الغير ظنا على أنها أمته أو زوجته الحرة كان الولد حرا فهنا أولى، لانتفاء الشرط ثم وثبوتها هنا، لكنه يغرم قيمته، لأنها رقيقة في الواقع، فيكون باستيلاده إياها قد فوتته على المولى. ولا فرق في ذلك بين أن يتخير العقد أو الفسخ، ويرجع بها على الغار، لأنه لم يدخل على ضمانها، بخلاف المهر فإنه إذا لم يفسخ النكاح لم يرجع به، لأنه دخل على ضمانه عوضا لمنافع البضع، وفي مستحق هذه القيمة خلاف مبني على أن المستحق لأرش الجنائيات على ولد المكاتبه هل هو السيد أو الأم.

فإن قلنا السيد فالقيمة هنا له، فإن كان الغار الوكيل رجوع عليه الزوج بكما لها، وإن كانت هي رجوع عليها بما في يدها، لأنه كالدين عليها. وإن قلنا الأم فكذا هنا، فإن كان الغار الوكيل رجوع عليه بجميعها، وإن كانت هي وقع التقاص.

واعلم أن الضمير في قول المصنف. (ويتبع في الاستحقاق..) يرجع إلى القيمة، ومعناه أن القيمة تتبع أرش الجناية في استحقاق المستحق، فمن ثبت كونه المستحق للأرش في الجناية فهو المستحق هنا بغير تفاوت.

ولو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب فلا أقرب إليه دونه، وإلا فلإمام، وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمه إن قلنا إن الأرش له.

قوله: (ولو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب فلا أقرب إليه دونه، وإلا فلإمام، وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا إن الأرش له).

ما سبق حكم ما إذا خرج الولد حيا، أما إذا ألقته ميتا، فإن كان بغير جنابة جان فلا شيء على الزوج، لأنه لا قيمة للميت، نعم لو نقصت لزمه أرش نقصها. وإن كان بجنابة جان، فإن كان الجاني أجنبيا لزمه مع الكفارة دية جنين حر، لانعقاده حرا، وسيأتي بيانها في الدييات إن شاء تعالى. ويستحقها أبو الجنين وهو المغرور دون الأم: لأنها مكاتبة فلا ترث، وحينئذ فيضمن دية جنين أمة وهي عشر قيمة الأم للسيد أو المكاتبة على اختلاف القولين، وذلك لأن الجنين في هذه الحالة انفصل مضمونا للمغرور فيضمنه، لأنه يقوم له فيقوم عليه، كما أن العبد الجاني إذا قتل تعلق حق المجني عليه بقيمته، ولو مات لم يكن على السيد شيء (١) في قول، لأن المغرور لا يضمن، لأنه لا قيمة للميت، واختاره الشيخ في المبسوط (٢)، والمصنف في التحرير (٣). إذا تقرر ذلك فعشر قيمة الأم لا يخلو: إما أن يكون بقدر دية جنين الحر، أو أنقص. فإن كان بقدرها أو أنقص فلا بحث في كونه هو الواجب، وإن كان أكثر فوجهان:

(١) في نسخة "ض": لم يكن عليه شيء.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٧.

(٣) التحرير ٢: ٣٠.

ه: لا يرجع بالغرامة على الغار إلا بعد أن يغرم القيمة أو المهر

أحدهما: وهو الظاهر من عبارة المصنف حيث أطلق وجوب العشر، لأنه لو انفصل رقيقاً بالجناية لوجب على الجاني عشر قيمة الأم، فإذا فوت ذلك غرمه لمستحقه من السيد والأم، كما أنه يستحق قيمته عند انفصاله حياً وإن زادت على الدية. والثاني: إنه ليس له إلا قدر دية الجنين الحر، لأن سبب غرامة الميت هو الجناية الموجبة لدية جنين الحر، فلا يزيد الفرع على أصله فيكون الواجب أقل الأمرين. وهذا بناء على إمكان زيادة دية جنين الأمة على جنين الحرة أو وجوب العشر، وتحقيقه في بابه هذا إذا كان الجاني أجنبياً، فإن كان هو المغرور لزمه دية جنين حر ولا يرثها، لأنه قاتل بل يكون لمن يليه في الاستحقاق وهو الأقرب إليه، فإن لم يكن غيره فهي للإمام عليه السلام وعليه عشر القيمة كما أطلقه المصنف، أو أقل الأمرين منه ومن دية جنين الحر على ما سبق.

وعلى ما اختاره الشيخ في المبسوط (١) والمصنف في التحرير (٢) من عدم وجوب شيء سوى دية الجنين الحر لا يجب العشر، فإن أوجبناه فهو للسيد إن قلنا أرش الجناية على ولد المكاتبه للسيد، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا إن الأرش له).

ومراده بذلك وجوب العشر في الصورتين المذكورتين، وهما القاء الجنين بضرب الأجنبي لها، وإلقاؤه بضرب الزوج، وسكت عما إذا لم نقل بأن الأرش للسيد استغناء بقوله فيما تقدم: (ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتبه). قوله: (لا يرجع بالغرامة على الغار إلا بعد أن يغرم القيمة أو المهر

(١) المبسوط ٤: ٢٥٧.

(٢) التحرير ٢: ٣٠.

للسيد، لأنه إنما يرجع بما غرمه.

للسيد، لأنه إنما يرجع بما غرمه).
وكذا لو رجع الشاهدان بإتلاف مال أو جناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما إلا بعد الغرم.
وكذا الضامن يرجع بعد الدفع، وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أن الضامن يطالب المضمون عليه بالتخليص.
هنا أحكام ذكر بعضها استطرادا:
الأول: لا يرجع المغرور على الغار بالغرامة اللازمة له في هذا الباب جميعه إلا بعد أن يغرمها، فلا يرجع بالمهر على المدلس ولا بقيمة الولد حيث يجبان، وكذا النفقة إن جوزنا الرجوع بها إلا إذا دفع ذلك إلى مستحقه، لأن سبب الرجوع هو الغرم مع الغرور ولا يتقدم المسبب على السبب، وبجواز سقوطه عنه بإبراء ونحوه.
ويمكن أن يكون هذا الحكم متعلقا بمسألة المكاتبه لاتصالها بها، ولأن قيمة الولد المذكورة في هذه المسألة وحكم باقي مسائل الباب يستفاد بالملامحة.
الثاني: لو شهد الشاهدان على إنسان بإتلافه مالا لآخر، أو بصدور جناية منه عليه، فحكم الحاكم بذلك لعدالتهما عنده، ثم رجعا عن الشهادة بعد الحكم، فعليهما الغرم، لكن إنما يطالبهما المحكوم عليه بعد أن يغرم على ما سبق.
الثالث: قد سبق أن الضمان ناقل للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فإنه إذا كان الضمان بإذن المضمون عنه استحق الضامن الرجوع عليه، لكن إنما يرجع عليه بعد دفع الدين.
وكذا الحكم إذا ظهر استحقاق المبيع بما غرم المشتري الجاهل عوض المنافع التي استوفاهما، فإنه يرجع بها على البائع، ورجوعه إنما يكون بعد غرمه. وقول

وكذا لو رجع الشاهدان بإتلاف مال أو جناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما إلا بعد الغرم، وكذا الضامن يرجع بعد الدفع. وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أن الضامن يطالب المضمون عنه بالتخليص.

و: لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها، أعلى أو أدون، فالأقرب أنه [المصنف: (وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد..)] معناه أن المغرور وإن كان لا يرجع بما يوجب التغرير من الغرم حتى يغرم، لكن له مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة بالمهر، حيث تكون حرة أو مكاتبه، أو مطالبة السيد إذا كانت أمة.

وذلك كما يطالب الضامن المضمون عنه بالتخليص حيث يكون الضمان بإذنه، فإنه وإن لم يكن له عليه رجوع بالمال المضمون إلا بعد أدائه، لكن له هذا القدر من الارتفاق، وهو مطالبته بالتخليص منه، لأن إبراء ذمته من المطالبة وقطع السلطنة عنه غرض مطلوب.

والظاهر أن مراده التنبيه على استحقاق المغرور مطالبة الغار بالتخليص في المسائل الثلاث التي ذكرها، إلا أنه لم يذكر سوى مطالبة المرأة والسيد، وكأنه أخرج ذلك مخرج المثال.

واعلم أن المصنف ذكر في الضمان أنه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالتخليص قبل المطالبة، وذكر في استحقاق مطالبته إذا طولب ولما يغرم إشكالا، وهنا أطلق استحقاقه المطالبة بالتخليص، ولا يستقيم الإطلاق بل ينزل على ما إذا طولب، فيكون رجوعا عن الإشكال الذي ذكره في الضمان إلى الجزم. قوله: (لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون فالأقرب

لا فسخ، وكذا المرأة. نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسبا فظهر من غيره، كان له الفسخ، لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضا أو سوادا أو جمالا.

أنه لا فسخ، وكذا المرأة. نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسبا فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضا أو سوادا أو جمالا).

إذا انتسب الرجل إلى قبيلة فعقد له النكاح، ثم ظهر أنه ليس منها، سواء كان أعلى أو أدون، فإما أن يشترط مع ذلك كونه من القبيلة في عقد النكاح أو لا، فهنا مبحثان:

الأول: أن لا يشترط ذلك في العقد، وفي حكمه أقوال للأصحاب: أ: أنه يبطل بذلك النكاح، اختاره الشيخ في النهاية (١)، وابن الجنيد (٢)، وابن حمزة (٣)، وجعله ابن البراج في كتابيه رواية (٤). وسيأتي أن الرواية لا تدل على البطلان وإنما تدل على ثبوت الفسخ، ولعل ذلك مرادهم. وكلام المصنف في المختلف (٥) يدل على ذلك حيث حكى عن المبسوط مثل ما

حكاه عن ابن البراج، فإنه في المبسوط حكى القول بالخيار ثم قال: وقد روي ذلك في أخبارنا. (٦)

(١) النهاية: ٤٨٩.

(٢) المختلف: ٥٥٥.

(٣) الوسيلة: ٣٦٧.

(٤) المهذب ٢: ٢٣٩.

(٥) المختلف: ٥٥٥.

(٦) المبسوط ٤: ١٨٩.

ب: عدم البطلان والخيار، اختاره في المبسوط (١)، وكذا ابن إدريس (٢)،
والمصنف هنا، وهو الأصح، لأن الخيار على خلاف الأصل، فيجب التمسك بلزوم
النكاح.

فإن قيل: قد روى الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام، قال في رجل
يتزوج المرأة فيقول: أنا من بني فلان فلا يكون كذلك، قال: " يفسخ النكاح أو قال
ترد (٣) " كان الشك من السائل.

وجه الاستدلال بها: أنه حكم بثبوت الفسخ لأجل مخالفة القول المذكور،
وذلك ينافي المدعى.

قلنا: لا دلالة فيه، لأن الظاهر من قوله: فيقول إلى آخره أنه تفصيل لقوله:
يتزوج على حد قول القائل: توضأ فغسل وجهه وذراعيه إلى آخره، وقوله: صلى فحرم
وقرأ إلى آخره، فيكون الظاهر منه وقوع هذا اللفظ في العقد وذلك غير محل النزاع.
ج: ثبوت الخيار إن بان أدنى من المرأة بحيث لا يلائم شرفها، اختاره المصنف
في المختلف، واحتج عليه بلزوم الضرر الحاصل من الغضاضة والنقص وبالرواية
المتقدمة (٤).

فأما الرواية فقد بينا ما فيها، وأما الضرر فلا نسلم بلوغه مرتبة يقتضي ثبوت
الخيار، على أنها بتفريطها في استعلام الحال وتعويلها على مجرد إخباره معرضة نفسها
لهذا الضرر، فكيف تسلط على فسخ النكاح بذلك البحث.
الثاني: أن يشترط ذلك في العقد، وحينئذ يثبت الفسخ بظهور الخلاف، صرح

(١) المبسوط ٤: ١٨٩.

(٢) السرائر: ٣٠٨.

(٣) التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٤.

(٤) المختلف: ٥٥٥.

به المصنف وابن إدريس (١)، وحكى الشارح الفاضل ولد المصنف فيه الإجماع (٢)، وقد

بيننا دلالة الرواية عليه.

إذا عرفت ذلك فهل حكم المرأة حكم الرجل في هذا كله؟ صرح المصنف هنا باستوائهما في ذلك، وحكاه في المختلف عن ابن الجنيد (٣) وابن حمزة (٤)، وهو واضح.

وأما الشرط فظاهر، لعموم قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٥) وأما مع العدم، فلانتفاء المقتضي.

وكذا الحكم فيما لو شرط أحدهما على الآخر بياضا أو سوادا فظهر ضده.

وكذا الحكم فيما لو شرط أحدهما على الآخر جمالا فظهر الخلاف، فإن

المشترط يتسلط على الفسخ بذلك، صرح المصنف بذلك، ونص عليه ابن إدريس (٦)، إلا أن المصنف ذكر سابقا إشكالا لو ظهر خلاف الوصف وكانت أعلى، وكلامه هنا مطلق فيحتمل أنه اعتمد على التفصيل السابق فأطلق هنا.

ويحتمل أن يكون رجوعا عن الإشكال إلى الجزم بثبوت الخيار.

والظاهر أن اشتراط الصنعة كاشتراط القبيلة وفاقا لابن الجنيد (٧)، وتقريبه ما سبق.

(١) السرائر: ٣٠٩.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٩٢.

(٣) المختلف: ٥٥٥.

(٤) الوسيلة: ٣٦٧.

(٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٦) السرائر: ٣٠٩.

(٧) المختلف: ٥٥٥.

المقصد الثاني: في المهر، وفيه فصول:
الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عينا كان أو منفعة،
وإن كانت منفعة حر كتعليم صنعة، أو سورة، أو عمل محلل، أو إجارة الزوج
نفسه مدة معينة على رأي، سواء كانت معينة أو مضمونة.

قوله: (المقصد الثاني: في المهر وفيه فصول:
الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عينا كان أو منفعة وإن
كانت منفعة حر كتعليم صنعة أو سورة أو عمل محلل أو إجارة الزوج مدة
معينة على رأي، سواء كانت معينة أو مضمونة).
المقصد الثاني من توابع النكاح في المهر، وإنما كان المهر من التوابع، لأنه
ليس ركنا في العقد، ولهذا يجوز إخلاؤه منه بل اشتراط عدمه.
ولها أسماء منها الصدقة، قال الله تعالى: * (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) * (١).
ومنها الأجر، قال تعالى: * (فآتوهن أجورهن) * (٢).
ومنها العليقة، روي أنه صلى الله عليه وآله قال: " أدوا العلائق " قيل: وما العلائق؟ قال: "
ما تراضى عليه الأهلون " (٣).
ومنها العقر، ومنها النحلة، والحيا، والفريضة، والصداق، يقال: أصدقتها
ومهرتها، ويقال: أمهرتها أيضا.
والمهر وإن لم يكن ركنا في النكاح إلا أن الواجب تسميته مهرا، لئلا يشبه
نكاح الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وآله، وليكون أذفع للخصومة والمنازعة.
وليس للصداق مقدر، بل كل ما يتمول يجوز جعله صداقا، وبعض العامة قدره بنصاب

(١) النساء: ٤.

(٢) النساء: ٢٤.

(٣) سنن البيهقي ٧: ٢٣٩، عوالي اللآلي ١: ٢٢٩ حديث ١٢٤.

السرقه (١).

وقد ضبطه المصنف بأنه: (كل مملوك يصح نقله، عينا كان أو منفعة). واحترز ب (المملوك) عما لا يملك أصلا، وعما هو مملوك للغير. وبما يصح نقله عن الوقف وما جرى مجراه، ولا بد من تقييده بكونه بحيث يعد مالا في العادة، فحبة الحنطة ونحوها مملوك يصح نقله ولا يجوز جعله مهرا، لكونه لا يعد مالا. ولا فرق في ذلك بين العين والمنفعة، لأنها مال، حتى منافع الحر كتعليم صنعة محللة، أو سورة من القرآن، وما دونها مما يقع عليه الإجارة، أو غيره من الحكم والآداب والشعر، أو عمل مقصود محلل، أو إجارة الزوج نفسه مدة معينة، سواء تشخص زمانها أم لا.

ولا خلاف في ذلك كله، سوى العقد على منفعة الزوج، فإن الشيخ رحمه الله في النهاية منع من العقد على المرأة على عمل من الزوج لها أو لوليها (٢)، وتبعه ابن البراج في الكامل (٣)، وهو الظاهر من كلام ابن حمزة (٤). وذهب الشيخ في المبسوط (٥) والخلاف (٦)، والمفيد (٧)، وابن الجنيد (٨)، وسلاار (٩)،

(١) قاله أبو حنيفة، انظر: المغني لابن قدامة ٨: ٥، الشرح الكبير ٨: ٥.

(٢) النهاية: ٤٦٩.

(٣) ذكره في المذهب ٢: ٢٠١.

(٤) الوسيلة: ٣٤٧.

(٥) المبسوط ٤: ٢٧٣.

(٦) الخلاف ٣: ٢ مسألة ٣ كتاب الصداق.

(٧) المقنعة: ٧٨.

(٨) المختلف: ٥٤٢.

(٩) المراسم: ١٥٢.

وابن إدريس (١)، والمحقق نجم الدين (٢)، وأكثر الأصحاب إلى الجواز واختاره المصنف

وهو الأصح.

لنا: إن الأصل الجواز، ولأن المقتضي للصحة - وهو كونها منفعة مقصودة محللة - موجود، والمانع منتف إذ ليس إلا كونها منفعة الزوج وهو غير صالح للمانعية. وما تضمنته رواية سهل بن سعد الساعدي في التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وآله من تزويجه إياها بما معه من القرآن (٣). وجه الاستدلال بها: أنه جعل القرآن الذي معه صداقاً لها، وهو غير ممكن، فالظاهر أنه جعل الصداق تعليمها إياه.

وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: " من لهذه "، فقام رجل: أنا يا رسول الله زوجنيها، فقال: " ما تعطيها؟ "، فقال: مالي شيء، فقال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله فلم يقم أحد غير الرجل، هكذا ثلاثاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة: " أتحسن شيئاً من القرآن؟ " فقال: نعم، فقال: " قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن تعلمها إياه " (٤). وهذا نص في الباب، وعمومات الكتاب والسنة يتناول ذلك.

احتج الشيخ بأن ذلك ربما أفضى إلى عراء البضع عن العوض بموته أو عجزه، وذلك باطل. وبما رواه أحمد بن محمد في القوي عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط إجارة شهرين، فقال: " إن موسى عليه

(١) السرائر: ٣٠١.

(٢) الشرائع ٢: ٣٢٤.

(٣) سنن البيهقي ٧: ٢٣٦، سنن الدارقطني ٣: ٢٤٧ حديث ٢١، سنن ابن داود ٢: ٢٣٦ حديث ٢١١١.

(٤) الكافي ٥: ٣٨٠ حديث ٥، التهذيب ٧: ٣٥٤ حديث ١٤٤٤.

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، فإن أسلم أحدهما بعد

السلام قد علم أنه سيتم له شرط، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من القرآن وعلى القبض من الحنطة " (١).
والجواب بعد تسليم السند أن هذا لازم في كل مهر شخصي، والجواب في الكل واحد.

وأجاب ابن إدريس بأن شعيبا استأجر موسى عليه السلام ليرعى له لا لابنته، وقد كان هذا جائزا في شرعهم وليس بجائز في شرعنا، والمتنازع فيه هنا هو إجارة الزوج نفسه لها فليس من ذلك في شيء (٢).
ولقائل أن يقول: إن الظاهر من الرواية أن المانع من الصحة هو عدم العلم ببقائه.

وكيف كان فالمشهور هو المذهب، ثم ارجع إلى عبارة الكتاب واعلم أنه أراد بالعين ما قابل المنفعة، سواء كانت متعينة أو مضمونة في الذمة.
ولا ريب أنه يشترط في جعل تعليم الصنعة مهرا كونها محللة وليس جواز صداق تعليم القرآن مقصورا على السورة وإن لم يذكر غيرها. نعم يشترط أن لا يكون لقلته بحيث لا يقابل بأجرة. وأراد بإجارة الزوج نفسه ضربا من المجاز، وهو العمل الذي شأنه أن يستأجر عليه، وكما تضبط المنفعة بالمدة كذا تضبط بالتعيين كبناء جدار ونحوه.

قوله: (ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، فإن أسلم أحدهما

(١) الكافي ٥: ٤١٤ حديث ١ التهذيب ٧: ٣٦٦ حديث ١٤٨٣.

(٢) السرائر: ٣٠٠.

الدفع برئ الزوج، وقبله تجب القيمة عند مستحليه، سواء كان معيناً أو مضموناً.

ولا يتقدر المهر قلة وكثرة على رأي، ما لم يقصر عن التقويم كحبة

بعد الدفع برئ الزوج، وقيل تجب القيمة عند مستحليه سواء كان معيناً أو مضموناً).

إذا عقد الذميان ومن جرى مجراهما على ما لا يصح تملكه للمسلم كالخمر والخنزير صح فيما بينهم، فإن أسلم أحد الزوجين بعد دفع المهر المعقود عليه فلا شيء عليه للزوجة، لأن الزوج قد برئ بما دفعه قبل الإسلام، وفي قول لبعض العامة أن لها مهر المثل، لفساد ذلك القبض (١).

ولا فرق في ذلك بين كون المسلم هو الزوج أو الزوجة، لأن المسلم لا يجوز له دفع الخمر ديناً ولا قبوله كذلك، وإن كان إسلامه قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه، ثم ما الذي يجب؟ الأصح أنه تجب القيمة عند مستحليه، ويحتمل وجوب مهر المثل، ويحتمل وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول، وقد سبق تحقيق ذلك في نكاح الكفر.

ولا فرق في ذلك بين كون المهر المحرم معيناً أو ديناً مضموناً في الذمة.

وذهب بعض العامة إلى أنه لا شيء لها، لأنها رضيت بالخمر فيدأ عليه حكم رضاها، وقد تعذر القبض بالإسلام فسقطت المطالبة (٢).

وذهب بعض إلى أن المسمى إن كان معيناً وهو محرم لم يستحق غيره ولا رجوع إلى مهر المثل (٣).

قوله: (ولا يتقدر المهر قلة وكثرة على رأي ما لم يقصر عن التقويم

(١) انظر المنتقى ٣: ٢٨٨.

(٢) انظر: المجموع ١٦: ٣٣٢، المنتقى ٣: ٢٨٨.

(٣) انظر: المنتقى ٣: ٢٨٨.

كحبة حنطة).

لا خلاف عند أصحابنا في أن المهر لا يتقدر قلة إلا بأقل ما يملك، وأما الكثرة فالمشهور بين الأصحاب عدم تقديرها، فيصح العقد على ما شاء من غير تقدير ذهب إليه الشيخان (١)، وابن أبي عقيل (٢)، وسالار (٣)، وأبو الصلاح (٤)، وابن البراج (٥)،

وابن إدريس (٦)، وعمامة المتأخرين (٧)، وهو الأصح. قال المرتضى أنه لا يجوز تجاوز مهر السنة خمسمائة درهم جياذ قيمتها خمسون دينارا، فمن زاد على ذلك رد إلى السنة (٨)، وهو ظاهر كلام ابن الجنيد (٩) وابن بابويه في الفقيه (١٠).

لنا قوله تعالى: * (وَأَتَيْتُمُ إِحْدِيهِنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا) * (١١)، والقنطار: المال العظيم من قنطرت الشيء إذا رفعته ومنه القنطرة. وفي القاموس: القنطار بالكسر وزن أربعين أوقية من ذهب أو فضة وألف دينار، أو ألف ومائتا أوقية، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائة رطل من ذهب أو فضة، أو ألف دينار أو ملء مسك ثور ذهباً أو فضة (١٢).

(١) المقنعة: ٧٨، المبسوط ٤: ٢٧٢.

(٢) المختلف: ٥٤١.

(٣) المراسم: ١٥٢.

(٤) الكافي في الفقه: ٢٩٣.

(٥) المهذب ٢: ١٩٨.

(٦) السرائر: ٣٠٠.

(٧) منهم المحقق في الشرائع ٢: ٣٠٥، والشهيد في اللمعة: ١٩٥.

(٨) الانتصار: ١٢٤.

(٩) المختلف: ٥٤١.

(١٠) الفقيه ٣: ٢٥٣.

(١١) النساء: ٢٠.

(١٢) القاموس المحيط ٢: ١٢٢.

وعموم قوله تعالى: * (فنصف ما فرضتم) * (١).
وكذا قوله تعالى: * (وآتوا النساء صدقاتهن نحله) * (٢).
وقوله تعالى: * (فآتوهن أجورهن) * (٣).
وصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: " لو أن رجلا
تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا
والذي جعله لأبيها فاسدا " (٤).
ولأنه نوع معاوضة فيتبع اختيار المتعاضدين في القدر كغيره من المعاوضات.
احتج السيد بإجماع الطائفة المحقة، وبأن المهر يتبعه أحكام شرعية، فإذا وقع
العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه الأحكام بالإجماع. وأما الزائد فليس عليه
إجماع ولا دليل شرعي فيجب نفيه (٥).
وقد روى المفضل بن عمر قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت
له أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه؟ قال: فقال: " السنة
المحمدية خمسمائة درهم، فمن زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من
الخمسمائة " (٦).
والجواب أن الدلائل الشرعية الدالة على جواز العقد على المهر وإن كان زائدا
على السنة كثيرة موجودة في الكتاب والسنة فلا سبيل إلى إنكارها، ورواية المفضل

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) النساء: ٤.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) التهذيب ٧ / ٣٦١ حديث ١٤٦٥، الاستبصار ٢: ٢٢٤ حديث ٨١٠.

(٥) الإنتصار: ١٢٤.

(٦) التهذيب ٧: ٣٦١ حديث ١٤٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٤ حديث ٨١٠.

وليس ذكره شرطاً، فلو أدخل به أو شروط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل.

وإنما يفيد ذكره التعيين والتقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة وإن جهل كيلاه أو وزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام، أو

ابن عمر ضعيفة، فإن في طريقها محمد بن سنان، قال الشيخ: إنه مطعون عليه ضعيف جداً، وما يختص بروايته ولا يشركه فيه غيره لا يعمل عليه (١)، هذا كلام الشيخ، وحملها المصنف في المختلف على الاستحباب، قال: ومع الزيادة يستحب الرد بالإبراء إلى مهر السنة فإذا حصل الإبراء لم يلزم أكثر منه (٢)، وهو حسن. قوله: (وليس ذكره شرطاً، فلو أدخل به أو شروط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل).

لما لم يكن للنكاح معاوضة حقيقة لم يكن ذكر الصداق في العقد شرطاً لصحته، إذ ليس بركن فيه، فعلى هذا لو حصل الإخلال بذكره عمداً أو سهواً أو عقداً مشترطين أن لا مهر صح، لعدم المنافي.

لكن إذا دخل بها وجب مهر المثل، والأخبار على ذلك مستفيضة، روى الشيخ عن منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأة ولم يفرض لها صداق قال: " لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها " (٣).

قوله: (وإنما يفيد ذكره التعيين والتقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة وإن جهل كيلاه ووزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام،

(١) المصدرين السابقين.

(٢) المختلف: ٤٢٥.

(٣) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٢١٣.

بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد وصح العقد.

أو بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد وصح العقد).

أي: ليس ذكر المهر شرطاً وإنما يفيد ذكره في العقد التعيين والتقدير، وإذا كان كذلك فيشترط في صحة المهر مع ذكره التعيين ليخرج عن الجهالة، ويتحقق التعيين بأمرين:

أحدهما: المشاهدة وإن جهل كيله إن كان مكيلاً، ووزنه إن كان موزوناً فالأول كقبة من طعام، والثاني كقطعة من ذهب، وذلك لأن معظم الغرر يندفع بالمشاهدة، وليس النكاح من المعاوضات الحقيقية بحيث ينافيه هذا القدر اليسير من الغرر. لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده وقد طلقها قبل الدخول أمكن وجوب مهر المثل في الأول، وفي الثاني إشكال.

الطريق الثاني للتعين: الوصف الرافع للجهالة، وإنما يرفع الجهالة استقصاء الصفات المعتبرة في بيع السلم وقد سبق ذكرها.

ويعتبر مع ذلك تقديره إن كان ذا قدر كقفيز من حنطة، بخلاف ما إذا لم يكن تعيينه محتاجاً إلى تقدير كعبد تركي مثلاً، فإن ذكر صفاته كاف في تعيينه، فلو أبهم الزوجان الصداق بحيث ذكراه ولم يعيناه بواحد من الطريقتين المذكورين فسد الصداق، لأن في النكاح شبه المعاوضة والمجهول يمتنع تسليمه وصح عقد النكاح، لما قررنا من أن الصداق ليس ركناً فيه، وأنه يجوز إخلاؤه منه.

ثم أرجع إلى العبارة واعلم أن جملة: (وإنما يفيد ذكره التعيين) معطوف على جملة: (وليس ذكره شرطاً)، وقوله: (أو بالوصف الرافع للجهالة) معطوف على قوله: (إما بالمشاهدة).

وقوله: (وإن جهل كيله) وصلي لما قبله وفيه لف ونشر غير مرتب، لأن القبة

ولو تزوجهن بمهر واحد صح وقسط على مهور الأمثال على رأي.

من الطعام مما له كيل والقطعة من الذهب مما له وزن.
قوله: (ولو تزوجهن بمهر واحد صح وقسط على مهر الأمثال على رأي).

أي: لو تزوج رجل عدة نساء بمهر واحد صح النكاح والمهر، لانتفاء الجهالة حيث أن المجموع معلوم ولا يضر جهالة استحقاق كل واحدة منهن، لأن العقد جرى على الكل، واستعلام حق كل واحدة منهن يحصل بأدنى تأمل، فعلى هذا كيف يقسم بينهن؟ للأصحاب في كيفية ذلك قولان:

أحدهما: - واختاره الشيخ في المبسوط (١)، وتبعه ابن البراج (٢) - أنه يقسم بينهن بالسوية، فإن كن ثلاثا فلكل واحدة ثلث المسمى، ويوجه ذلك بمقالة المهر لهن والتفاضل على خلاف الأصل.

وثانيهما: - واختاره المصنف هنا وفي المختلف وغيرهما (٣)، وجمع من المتأخرين (٤)، وهو الأصح - أنه يقسط على مهور أمثالهن وتعطي كل واحدة منهن ما يقتضيه التقسيط، كما إذا باع عبده وعبد غيره، أو جمع بين بيع ونكاح. وذلك لأن العوض المالي إذا قوبل بعوض متقوم كانت القيمة ملحوظة، ومن ثم تكون زيادة العوض ونقصانه ناشئا عن زيادتها ونقصانها غالبا، وقيمة البضع إنما هي مهر المثل، فيكون قسط كل واحدة من المسمى بحسبه لا محالة.

(١) المبسوط ٤: ٢٩٢.

(٢) المهذب ٢: ٢٠٩.

(٣) المختلف: ٥٥١، التحرير ٢: ٣٢.

(٤) منهم ولد العلامة في الإيضاح ٣: ١٩٥.

ولو تزوجها على خادماً أو بيت أو دار ولم يعين ولا وصف، قيل: كان لها وسط ذلك.

قوله: (ولو تزوجها على خادماً أو بيت أو دار ولم يعين ولا وصف قيل: كان لها وسط ذلك).

القول المحكي في كلامه هو قول الشيخ في النهاية والمبسوط (١)، ويلوح من ابن إدريس اختياره (٢) حيث أورده بصيغة وروي ولم يردده. ويلوح من عبارة المنصف هنا عدم الصحة، وكذا في المختلف (٣)، وتردد في التحرير (٤)، وعلى البطلان فيصح النكاح ويجب مهر المثل. حجة الأول: أما على الخادم والبيت بما رواه الشيخ عن علي بن أبي حمزة قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج امرأة على خادماً قال " لها وسط من الخدام " قال قلت: على بيت قال: " وسط من البيوت " (٥).

وأما على الدار فما رواه الشيخ أيضاً عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا عن أبي الحسن عليه السلام: في رجل تزوج امرأة على دار قال: " لها دار وسط " (٦). والجواب: أن علي بن أبي حمزة ضعيف لا يستند إلى ما ينفرد به، ورواية ابن أبي عمير مرسلة ومع ذلك لا يمكن العمل بها: لأن الوسط من الدور والبيوت والخدام ليس شيئاً معيناً مضبوطاً، ولا هو مختلف اختلافاً يسيراً، بل هو في غاية البعد عن الضبط، فإن الأعلى والأدنى من ذلك لا يكاد يوقف عليه.

(١) النهاية: ٤٧٣، المبسوط: ٤: ٣١٩.

(٢) السرائر: ٣٠٣.

(٣) المختلف: ٥٥٠.

(٤) التحرير: ٢: ٣٢٢.

(٥) الكافي: ٥: ٣٨١ حديث ٧، التهذيب: ٧: ٣٦٦ حديث ١٤٨٥.

(٦) التهذيب: ٧: ٣٧٥ حديث ١٥٢٠.

ولو تزوجها على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ولم يسم مهرها فمهرها
خمسمائة درهم.
ولو أصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحرف، ولقنها الجائز على
رأي، ولا يلزمه غيرها لو طلبت.

والوسط إن أريد به ما بين الطرفين فمعلوم شدة اختلاف أفراده وتباين قيمها،
وإن ذلك مثير للتنازع والتخاصم وموقع للحاكم في التحير.
وإن أريد به أوسط ما بين الطرفين فهو أبعد، لأن هذا لا يكاد يوقف عليه،
فالقول بعدم الصحة والرجوع إلى مهر المثل لا يخلو من قوة، لأن الشارع أحكم من
أن ينيط الأحكام بما لا ينضبط.
قوله: (ولو أصدقها على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ولم يسم مهرها
فمهرها خمسمائة درهم).

قد تقدم في رواية المفضل بن عمر ما يصلح أن يكون دليلا على ذلك مضافا
إلى الإجماع، وكذا غيرها من الروايات المقتضية، روى أسامة بن حفص وكان قيما
لأبي الحسن موسى عليه السلام قال: قلت له: رجل يتزوج امرأة ولم يسم مهرها وكان
في الكلام: أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه فمات عنها، أو أراد أن يدخل عليها فما
لها من المهر؟ قال: " مهر السنة خمسمائة درهم " (١) الحديث.
ويشكل ذلك مع جهل الزوجين أو أحدهما بما جرت به السنة من المهر.
قوله: (ولو أصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحروف ولقنها الجائز
على رأي، ولا يلزمه غيرها لو طلبت).

(١) التهذيب ٧: ٣٦٣ حديث ١٤٧٠، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٦.

وحده أن تستقل بالتلاوة، ولا يكفي تتبع نطقه، ولو نسيت الآية الأولى عقيب تلقين الثانية لم يجب إعادة التعليم على إشكال.

المراد بالحروف هنا القراءة كقراءة حمزة وغيره من السبعة أو العشرة على أقرب القولين، والرأي الذي ذكره المصنف للشيخ في المبسوط والنهاية (١)، وغيره من الأصحاب (٢).

ووجهه أن النبي صلى الله عليه وآله لم يعين على من عقد له على تعليم شيء من القرآن، ولو كان شرطاً امتنع الإخلال به، فعلى هذا إذا أطلق العقد على تعليم سورة صح وبرى بتعليمها الجائز من القراءات دون ما كان شاذاً، وفي قول نقله جمع من الأصحاب - ولا نعرف القائل به - أنه يشترط تعيين قراءة من القراءات الجائزة، لأنها متفاوتة في السهولة والصعوبة، فلو لم يعين لزم الغرر، وضعفه ظاهر، والمذهب الأول.

وعلى هذا فلو طلبت غير الجائز على إطلاقه الصادق على مطلق القراءات، أو الملفق منها بأن طلبت قراءة خاصة أو نحو ذلك لم يجب عليه الإجابة، لأن الواجب أمر كلي، فهو مخير في تعيينه وإيجاده في ضمن أي فرد شاء. ولا يخفى أن جواز الإصداق لا ينحصر في السورة، بل كل ما يعتد به ويكون مقصوداً يصح إصداقه لا نحو قوله تعالى، * (مدهامتان) * (٣). قوله: (وحده أن تستقل بالتلاوة ولا يكفي تتبع نطقه، ولو نسيت الآية الأولى عقيب تلاوة الثانية لم يجب إعادة التعليم على إشكال). أي: حد التعليم الذي سبق ذكر جعله صداقاً في النكاح. ولا ريب أن ما يشترط لصحة الإجارة على المنافع، من تعليم وحيطة وبناء

(١) المبسوط ٤: ٢٧٣، النهاية: ٤٦٩.

(٢) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ١٩٩.

(٣) الرحمن: ٦٤.

وغيرها كاشتراط تقديرها بالعمل أو بالزمان أو بغير ذلك، فيشترط في إصدار المنفعة سواء، ويتحقق التسليم بإيجاد تلك المنفعة وإدخالها تحت يد الزوجة، وإخفاء في ذلك بالنسبة إلى أغلب المنافع.

لكن في التعليم خفاء بالنسبة إلى بعض الأفراد، وقد حده المصنف باستقلالها بالتلاوة.

ولا شبهة في أن التعليم لا يتحقق من دون الاستقلال بها، فلا يكفي تتبع نطقه وإنما الإشكال في شيئين:

أحدهما: مقدار ما يتحقق بالاستقلال بتلاوة التعليم.

والثاني: مقدار مدة بقاء ذلك الاستقلال حتى لا يقدح فيه تعقب النسيان له.

أما الأول فلا ريب عندهم في أن الاستقلال بتلاوة ما دون الآية لا يعد تعليماً وإنما هو مذاكرة وإن علمها مقدار ثلاث آيات، فمقتضى كلام الشيخ في المبسوط القطع بأنه يتحقق بذلك التعليم، لأن أقل ما يقع به الإعجاز ثلاث آيات مثل سورة قصيرة: فإن علمها آية فقط ففي تحقق الإقباض بذلك وجهان، هما طرفا الإشكال في كلام المصنف.

أحدهما: نعم، لأن إيجاب تعليم مجموع الآيات يقتضي إيجاب تعليم الآية الواحدة، فإذا أتى به برئت ذمته منه وقواه في المبسوط (١).

والثاني: لا، لما قلناه من أن الإعجاز إنما يقع بثلاث آيات، فما يترتب على المجموع لا يترتب على البعض، هذا حاصل ما وجهوا به، وقضيته أن الاثنتين كالواحدة.

وفي كل من الوجهين نظر، لأن إيجاب تعليم الآية الواحدة في ضمن مجموع

(١) المبسوط ٤: ٢٧٤.

لا يستلزم براءة ذمة الزوج من تعليمها، لانتقاضه بالجملة الواحدة بل الكلمة، وكون الإعجاز لا يقع إلا على ثلاث آيات لا يستلزم نفي الإقباض عن تعليم ما دون الثلاث، والملازمة غير ظاهرة.

وأما الثاني: فلا ريب أن الاستقلال بالتلاوة إذا صار ملكه صدق الإقباض وتحقق البراءة، وإن كان بحيث إذا استقل بتعليم الآية الثانية مثلا نسبت الأولى ففي تحقق الإقباض به وجهان:

أحدهما: نعم، لأن النسيان الطارئ بتفريطها فلا يخل بالتعليم.
والثاني: العدم، لأن ما لا ثبات له لا يعد تعليما. وأقول: إن الظاهر من كلام الجماعة كالشيخ في المبسوط (١)، والمصنف في التحرير (٢) أن كلما لا يعد الاستقلال بتلاوته تعليما من آية واحدة أو ثلاث على الوجهين لا يضر عروض النسيان له بالانتقال إلى غيره، فيكون الإشكال في كلامه ناظرا إلى تعيين ما يعد الاستقلال بتلاوته تعليما خاصة.

ولقائل أن يقول: إن المتبادر إلى الأفهام من التعليم في العادة إما التلقين إلى أن يصير المحفوظ ثابتا، أو التدريب للقراءة في المصحف بحيث يستقل بنفسه بالقراءة فيه، وبدون الأمرين لا يكاد يصدق التعليم، ولا خفاء في أن المعقود عليه أعني التعليم أمر عرفي، فيجب اتباع العرف فيه لا محالة.

والذي يقتضيه النظر اتباع العرف في ذلك، فإن كان هناك معنى معلوم واحد وجب العمل عليه وإن اضطرب العرف، أو لم يكن هناك معنى واحد اشترط التعيين. وينبغي أن يكون هذا البحث إذا كان المعقود عليه آيات، فلو كان آية واحدة أو آيتين فينبغي الجزم بالاكْتفاء بتعليمها.

(١) المبسوط ٤ : ٢٧٤.

(٢) التحرير ٢ : ٣١.

ولو لم يحسن السورة صح، فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه الأجرة، وكذا الصنعة.

قوله: (ولو لم يحسن السورة صح).

لو أصدقها تعليم سورة وهو يعلمها فحكمه ما سبق، ولو كان لا يعلمها فإن التزم التعليم في الذمة بأن قال: علي أن أحصل لك تعليم ذلك جاز لا محالة، وإن قال: علي أن أعلمك أنا ففي الصحة وجهان:

أحدهما: وبه جزم المصنف هنا وقر به في التحرير أنه يصح، لأنه يمكنه أن يتعلمها ويعلم كما لو أصدقها ألفا وهو لا يملك شيئا (١).

والثاني: العدم، كما لو أصدقها منفعة عبد وهو لا يملكه. ويمكن الفرق بأن منفعة العبد المعين غير مملوكة له ويستحيل ثبوتها في الذمة، بخلاف موضع النزاع، والمنافع أموال فكما يجوز العقد على مال يحصله بالكسب كذا ينبغي أن يجوز على منفعة يحصلها بالتعليم، وليس القول بالصحة بذلك البعيد، فعلى هذا إن أمهلته إلى أن يتعلم فلا بحث، وإلا ففي وجوب الصبر إلى التعلم أو أجرة المثل أو مهر المثل أوجه. قوله: (فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه الأجرة).

المراد أنه إذا أصدقها تعليم سورة وتعذر تعلمها إما لبلادته، أو لموتها، أو لموت الزوج حيث يشترط كون التعليم منه، أو تعلمت من غيره فعليه أجرة المثل، لأنها عوض التعليم، وهذا أحد الوجهين.

والآخر أنه يجب مهر المثل، لتعذر المسمى، والأول أقوى، لإمكان العوض. ولو احتاج في تعليمها إلى مشقة عظيمة وطول زمان زائد على العادة كثيرا فليس ببعيد إلحاقه بالمتعذر.

قوله: (وكذا تعليم الصنعة).

(١) التحرير ٢: ٣١.

ولو عقد مرتين على مهرين فالثابت الأول، سرا كان أو جهرا.
والمهر مضمون في يد الزوج إلى أن يسلمه، فإن تلف قبله بفعل المرأة
برىء وكان قبضا.
وإن تلف بفعل أجنبي تخيرت بين الرجوع على الأجنبي أو الزوج،
ويرجع الزوج عليه.

أي: وكذا تعليم الصنعة إذا جعله صداقا في أن تعلمها إنما يتحقق باستقلالها
بفعلها، وكذا باقي الأحكام التي سبقت جميعها، ولا يكاد يشك في أن تعليم الصنعة
إنما يصدق عرفا إذا صارت ملكه.
ولا يخفى أنه يشترط في الصنعة أن تكون محللة، ومثل تعليم القرآن والصنعة
تعليم الفقه والحكم والآداب، وما جرى هذه المجرى، حتى الشعر إذا لم يكن محظورا.
قوله: (ولو عقد مرتين على مهرين فالثابت الأول، سرا كان أو
جهرا).

وذلك لأنها بالعقد الأول تصير زوجة. يجب المسمى فيه، فيكون العقد الثاني
باطلا. وأشار بقوله: (سرا كان أو جهرا) إلى خلاف الشافعي، ففي قول له أن المهر
مهر السر، وفي آخر أن المهر مهر العلانية (١)، ونزل الأول أصابه على ما إذا تقدم العقد
على مهر في السر، ثم جرى بلفظ العقد في العلانية، بأكثر من مهر السر تجملا، والثاني
على ما إذا توعدوا المهر الأقل سرا وعقدوا على الأكثر علانية.
قوله: (والمهر مضمون في يد الزوج إلى أن يسلمه، فإن تلف قبله بفعل
المرأة برىء وكان قبضا، وإن تلف بفعل أجنبي تخيرت بين الرجوع على
الأجنبي أو الزوج، ويرجع الزوج عليه.

(١) انظر: المجموع ١٦: ٣٢٧.

وإن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثليا فالقيمة، فيحتمل أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف، لأنه مضمون في جميع الأحوال، وحين التلف، لأنه مضمون بغير تعد منه أما لو طالبته بالتسليم فيمنعها، فعلى الأول يضمه بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف، وعلى الثاني بأكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة إلى حين التلف، لأنه غاصب.

وإن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثليا فالقيمة، فيحتمل أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف، لأنه مضمون في جميع الأحوال، وحين التلف لأنه مضمون بغير تعد منه. أما لو طالبته بالتسليم فمنعها: فعلى الأول يضمه بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف، وعلى الثاني أكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة إلى حين التلف، لأنه غاصب).
هنا مسائل:

الأولى: المهر قبل تسليمه إلى الزوجة مضمون في يد الزوج لا محالة، لكن هل ضمانه كضمان المبيع في يد البائع، أم كضمان المقبوض بالسوم وما جرى مجراه؟ المعروف عند أصحابنا الثاني، وأصحهما عند الشافعية الأول، ويعبر عن الأول بضمان العقد، وعن الثاني بضمان اليد.
وجه الأول: إن الصداق مملوك بعقد معاوضة، فكان كالعوض في البيع. ووجه الثاني: إنه ليس عوضا حقيقيا، فإن النكاح لا يفسخ بتلفه ولا يفسد بفساده ولا يتزلزل بتزلزه، ولا شيء من الأعواض الحقيقية كذلك. ومن ثم سماه الله تعالى في كتابه صدقة ونحلة، فعلى المذهب لو كان معينا وتلف بنفسه قبل القبض يكون تلفه على ملك الزوجة، فتجب مؤن تجهيزه لو كان عبدا، ويجب على الزوج مثله لو

ولو تعيب في يده قيل: تخيرت في أخذه أو القيمة، والأقرب أخذه وأخذ أرشه.

فيكون الانتقال إليه حين التلف، وهو الأصح. وتعليل المصنف هذا الاحتمال بأنه مضمون بغير تعد منه ضعيف، لأن التعدي لا دخل له في إيجاب ما لم يقدّم الدليل على وجوبه، فكأنه يلحظ في ذلك أن التعدي يناسبه التغليظ، وضعفه ظاهر. ويجيء احتمال ثالث مذكور في نظائره، وهو وجوب قيمته يوم الإصدار، لأنها التي يتناولها العقد، والأصح وجوب القيمة حين التلف. الرابعة: الاحتمال المذكوران في تعيين القيمة إنما يأتيان على تقدير عدم مطالبة الزوج بالتسليم، أو مطالبتها حيث لم يحصل منه منع، فإن طالبت في محل وجوب التسليم منع. فعلى الاحتمال الأول يضمن أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف. وعلى الثاني يضمن أعلاها من حين المطالبة إلى حين التلف، فإن علل الاحتمال الثاني بانتفاء التعدي وقد ثبت التعدي بالمنع فيجب أعلى القيم من حينه، وقد بينا ضعف ذلك، فالأصح وجوب قيمته حين التلف مطلقاً. قوله: (ولو تعيب في يده، قيل: تخيرت في أخذه أو القيمة، والأقرب أخذه وأخذ أرشه). القول المحكي قول الشيخ في المبسوط (١)، ووجهه أن الصداق مضمون على الزوج، والعقد إنما جرى عليه سليماً، فإذا تعيب كان لها رده والمطالبة بالسليم، وإن شاءت أخذته. والأقرب عند المصنف تحتم أخذه والمطالبة بأرشه، لأن الموجود حقها، لأن

(١) المبسوط ٤: ٣٢١.

ولها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر، سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.

الغرض أن العقد جرى على العين فتأخذه وتطالب ببدل التالف وهو الأرش، لأنه مضمون على الزوج.

وأقول: إن قول الشيخ بتخيرها لا أرى له وجهاً على القول بضمان اليد، لأن تعيب المغصوب في يد الغاصب لا يوجب الخيار إنما يوجب الأرش.

قوله: (ولها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها إلى الزوج حتى تقبض المهر، سواء كان الزوج معسراً أو موسراً).

لا كلام في أن للزوجة أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها إلى الزوج حتى تقبض الصداق، إذا كان ذلك قبل الدخول وكان المهر حالاً، سواء كان المهر عينا أو منفعة متعينا أو في الذمة، لأن في النكاح معنى المعاوضة.

ولا ريب أن لكل من المتعاضين الامتناع من التسليم إلى أن يسلم إليه الآخر، فيجبرهما الحاكم معاً على التقابض، لعدم الأولوية، بأن يأمر الزوج بوضع الصداق عند عدل ويأمرها بالتمكين، ولا يختلف هذا الحكم بإعسار الزوج وإيساره.

ويفهم من عبارة ابن إدريس في السرائر إنه ليس لها الامتناع مع الإعسار، لمنع مطالبته (١).

ويضعف بأن منع المطالبة لا يقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض. إذا تقرر ذلك فمع اليسار يستحق النفقة إذا بذلت التمكين بشرط المهر ويأثم الزوج بالمنع، وفي استحقاقها بذلك مع الإعسار وجهان:

أحدهما: لا، واختاره شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد، لانتفاء التمكين، إذ هو معلق بأمر ممتنع عادة.

(١) السرائر: ٣٠٣.

وهل لها ذلك بعد الدخول؟ خلاف.

والثاني: نعم كما في الموسر، لاشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر، وامتناع التسليم عادة لا دخل له في الفرق مع جواز الامتناع. قوله: (وهل لها ذلك بعد الدخول؟ خلاف).

اختلف كلام الأصحاب في أن المرأة إذا سلمت نفسها للزوج فدخل بها، هل لها الامتناع بعد ذلك حتى تقبض المهر؟ على قولين:

أحدهما: - وهو ظاهر إطلاق الشيخ في النهاية (١)، وظاهر إطلاق ابن البراج في كتابيه (٢)، وبه قال المفيد (٣) - أن لها ذلك، وهو الذي قواه في المبسوط (٤)، لأن المقصود بعقد النكاح منافع البضع، فيكون المهر في مقابلها، ويكون تعلق الوطاء الأول به كتعلق غيره.

والثاني: - وهو مختار الشيخ في الخلاف (٥)، وأبي الصلاح (٦)، والسيد المرتضى في الانتصار (٧)، وعمامة المتأخرين (٨) - إنه ليس لها ذلك، وهو الأصح، للإجماع على أن المهر

يستقر بالوطء الأول، فلا يكون لما عداه به تعلق، وقد حصل تسليمها نفسها برضاها واستقر المهر، فانحصر حقها في المطالبة دون الامتناع، ولأن النكاح معاوضة، ومتى سلم أحد المتعاضين العوض الذي من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه لتسليم العوض الآخر، ولأن منعها نفسها قبل الدخول لأجل المهر ثابت بالإجماع، أما بعده

(١) النهاية: ٤٧٥.

(٢) المهذب ٢: ٢١٤.

(٣) المقنعة: ٧٨.

(٤) المبسوط ٤: ٣١٣.

(٥) الخلاف ٣: ١٢ مسألة ٣٩ كتاب الصداق.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٤.

(٧) الانتصار: ١٢٢.

(٨) منهم ولد العلامة في الإيضاح ٣: ١٩٧، والشهيد في اللمعة: ١٩٧.

ولو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأي، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول.

فلا دليل عليه فينتفي بالأصل، فإن التسليم حق عليها والمهر حق عليه، والأصل عدم تعلق أحد الحقين بالآخر، فيتمسك به إلى أن يثبت الناقل وهو منتف هنا. فرع: لو دخل بها كرها فهل حق الامتناع باق بحاله أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، لصدق القبض.

والثاني: نعم، لأنه قبض فاسد، لعدم جوازه شرعا فلا يترتب عليه أثر الصحيح، ولأصالة البقاء إلى أن يثبت الناقل، وليس بثابت. ولو سلم ولي المجنونة ومن جرى مجراها قبل قبض الصداق فهل لها الامتناع بعد الكمال؟ يحتمل ذلك.

ويحتمل أن يقال: هل يجب على الولي حبسها حتى تقبض المهر كما في المعاوضات المالية؟ إن قلنا نعم كان لها الامتناع لا محالة.

قوله: (ولو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأي، لاستقرار وجوب التسليم قبل الدخول). ما سبق حكم الصداق إذا كان كله حالا وإن أطلق العبارة ولم يقيد بالحلول، لأن ذكر المؤجل بعده يقتضي ذلك، فأما إذا كان كله مؤجلا فليس لها الامتناع قبل حلول الأجل قطعا، إذ لا يجب لها عليه شيء حينئذ، فيبقى وجوب حقه عليه بغير معارض، فإن أقدمت على فعل المحرم فامتنعت إلى أن حل الأجل. فهل لها الامتناع حينئذ إلى أن تقبضه؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، لمساواته بعد حلوله الحال من أول الأمر، ويظهر من عبارة الشارح الفاضل السيد إسناد هذا القول إلى ظاهر كلام الشيخ في النهاية (١)، حيث

(١) النهاية: ٤٧٥.

وإنما يجب تسليمه لو كانت متهية للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذر لم يلزم. ولو كانت صبية فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي.

قال: للمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر ولم يفصل بين الحال والمؤجل، لكن المصنف قال في المختلف: إن الخلاف إنما هو في المهر الحال أما المؤجل فلا (١). والثاني: لا، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول فيجب استصحابه، ولأنها لما رضيت بالتأجيل بنت أمرها على أن لا حق لها في الامتناع، فيمتنع ثبوته بعد ذلك لانتفاء المقتضي، وهو الأصح. فرع لو كان بعض المهر مؤجلا وبعضه معجلا كان للبعض المؤجل حكم المهر المؤجل وللمعجل حكم المعجل. قوله: (وإنما يجب تسليمه لو كانت متهية للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة لعذر لم يلزم).

إنما يجب تسليم المهر إذا كانت الزوجة متهية للاستمتاع مستعدة له لا مانع لها منه، فإن كانت محبوسة بحق أو باطل لم يجب عليه تسليمه، لأن الواجب هو التسليم من الجانبين، فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الجانب الآخر. وكذا لو كانت ممنوعة لعذر شرعي كالمحرمة والمعتدة عن وطء الشبهة. قوله: (ولو كانت صبية فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي). هذا في حكم الاستثناء من إطلاق ما قبله، فإن الصغيرة وهي من لم تستكمل تسع سنين غير متهية للاستمتاع، فإنه لا يجوز له الدخول بها قطعا، ومع ذلك فالأقرب عند المصنف وجوب تسليم مهرها إذا طلبه الولي، ولو طلب الزوج تسليمها إليه لما عدا الوطاء من الاستمتاع ففي الوجوب وجهان:

(١) المختلف: ٥٤٧.

أحدهما: يجب، لأن الممنوع الوطاء دون غيره، وباقي الاستمتاع حق له فيجب التسليم بها.

والثاني: لا، لأن الصغيرة ليست محل الاستمتاع وإمساكها شرعا حضانة، والزوج ليس أهلا لها، وإنما هي حق للأقارب. وأيضا فإن الزوج إذا خلا بها لم يؤمن أن يأتيها فتتضرر، وربما أدى ذلك إلى إفضائها وهلاكها، وعلى هذا لو بذلت له على هذا الوجه لم يجب القبول.

إذا تقرر ذلك فوجه قرب وجوب التسليم أنه حق ثابت حال طلبه من له حق الطلب، فوجب دفعه كغيره من الحقوق الثابتة.

لا يقال: النكاح معاوضة وحكم المعاوضات عدم وجوب تسليم أحد العوضين إلا مع تسليم الآخر، وصغر الزوجة مانع من وجوب تسليمها فلا يجب تسليم الصداق. لأننا نقول: إن الزوج لما عقد على الصغيرة بمهر حال أوجب على نفسه العوض في الحال، ورضي بتأخير قبض العوض إلى زمان البلوغ، بناء على القول بعدم وجوب تسليمها إلى الزوج، فلم يكن له منع التسليم إلى زمان التسليم كما لو تزوجت الكاملة بمهر معلوم مؤجل، فإنه يجب عليها تسليم نفسها قبل قبض المهر. ويحتمل عدم الوجوب، وهو اختيار الشيخ في النهاية (١)، وجزم به أبو الصلاح (٢)، كما لا يجب تسليم النفقة، لأن الاستمتاع غير ممكن. وضعفه ظاهر، لأنه بعقد النكاح أوجب على نفسه المهر لمن يتأخر الاستمتاع بها إلى زمان بلوغها وليست النفقة كذلك، لأن سبب وجوبها هو التمكين التام دون العقد.

(١) المبسوط ٤: ٣١٣.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٤.

ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم إشكال.

قوله: (ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم إشكال).

أي: لو منعت الزوجة نفسها من الزوج فلم تمكنه من نفسها وهي مهية للاستمتاع، والصداق حال تستحق المطالبة به، وعلم منها أن منعها نفسها ليس لأجل تسليم المهر، ففي وجوب تسليم المهر على الزوج لو طلبته في هذه الحالة إشكال ينشأ: من أن منعها نفسها من التمكين إلى زمان تسليم المهر على الوجه الذي قدمناه حق ثابت لها، غير مسقط لوجوب تسليمها المهر مع طلبها إياه. ولا فرق بين كون المنع لأجل التسليم أو لأجل غيره، لعدم اختلاف المنع على التقديرين، والاختلاف إنما هو في القصد.

ومن أن المستحق لها هو المنع لتسليم المهر، لأن ذلك هو مقتضى المعاوضة لا المنع لغيره، فإذا منعت لغير التسليم انتفى البذل المعتبر شرعا في وجوب التسليم. واعلم أن تحرير الكلام في هذا المبحث يستدعي أموراً:

الأول: الزوجان بالنسبة إلى تسليم البضع والمهر عند الطلب منهما: إما أن يتفقا على التسليم، أو يختلفا. فإن اتفقا فلا بحث، وإن اختلفا: فإما أن يبذل واحد منهما ما عليه ويمتنع الآخر، أو يمتنع كل منهما من التسليم حتى يسلم الآخر. فإن بذل أحدهما ما عليه وتمكن الآخر من تسليمه أجبر الآخر على التسليم إجماعاً، وإن قال كل منهما: لا أسلم حتى أتسلم، ففيه وفي نظائره من المعاضات ثلاثة أقوال: الأول: أن يجبر الزوج على تسليم الصداق أو لا ثم تسلم نفسها. الثاني: لا يجبر واحد منهما، لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم أجبر الآخر. الثالث: أنهما يجبران معاً، بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق عند عدل وتؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها.

ولم يذكر الشيخ في المبسوط إلا القولين الأخيرين وقوى الثالث (١)، وحكاه المصنف عنه في التحرير (٢)، ولم يصرح بقبوله ولا رده، والأشهر في جميع المعاوضات إجبار المتعاضين معا على التسليم، وبه صرح شيخنا في شرح الإرشاد حتى في النكاح، وكلام المصنف هنا محتمل لكل من القولين الأول والثالث. لا يقال: ظاهره الأول، لأن جواز منعها نفسها حتى تقبض الصداق يقتضي وجوب تسليم الزوج أولا.

لأننا نقول: لا نسلم أن لكل منهما المنع إلى أن يتسلم من الآخر، فلا يكون تجويز المنع للزوجة إلى زمان القبض منافيا لثبوته مثله للزوج. نعم يظهر من استشكل وجوب تسليم المهر على تقدير منع التمكين لا للتسليم ترجيح الثالث، إذ لو وجب تسليم الزوج أولا لوجب عليه التسليم، فإذا سلم فلم تسلم أجبرت على التمكين ولم يتجه الإشكال. فإن قيل: قوله سابقا: (وإنما يجب تسليمه لو كانت مهياً للاستمتاع..). يقتضي ترجيح الأول، إذ لا فائدة فيه بدونه. قلنا: لا يقتضيه، وفائدته أن هذا الحكم ثابت على جميع الأقوال، فهو مجمع عليه.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن منعها نفسها لا لأجل تسليم الصداق وإن كان حراما عليها، إلا أن إجبار الحاكم كلا منهما على تسليم ما عليه على الوجه السابق لا يسقط بذلك، ولا يتعين به الحكم.

الثاني: ذكر الشارح الفاضل ولد المصنف لبيان أحد وجهي الإشكال أن

(١) المبسوط ٤: ٣١٦.

(٢) التحرير ٢: ٣٣.

ولو مكنت كان لها الطلب وإن لم يطاء، فإن رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلا إذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مرة.

وجوب التمكين موقوف على تقدير وجوب التسليم (١)، وهذا إنما يتم على القول بوجوب تسليم الزوج المهر أولاً، وعلى هذا القول يسقط الإشكال، لأنه يجب على الزوج التسليم أولاً، فإذا سلم ولم تسلم نفسها أجبرها الحاكم على ذلك. الثالث: حمل الشارح السيد العبارة على أن الإشكال في وجوب تسليمها نفسها، فيكون تقديرها: ولو منعت من التمكين لا لتسليم المهر إليها ففي وجوب تسليمها نفسها إشكال، وهو خلاف المتبادر من العبارة، ولو أراد ذلك لكان الأنسب أن يقول: ففي وجوب التمكين إشكال.

وكيف قدرنا فلا يختلف الحكم، فيأمر الحاكم الزوج بتسليم المهر إلى عدل، ثم يأمرها بالتمكين مع طلب الزوج، لأنه إنما يستحق التمكين بعد بذل المهر قضاء لحق المعاوضة، فإذا لم تطلبه أبقى في يد العدل إلى أن تطلبه، ولو صرحت بالرضى ببقائه في يد الزوج أو ذمته ولم يمكن فالظاهر أنها تجبر على التمكين بدون تسليم المهر، لأنها أسقطت حقها من تقديم تسليمه.

قوله: (ولو مكنت كان لها المطالبة وإن لم يطاء فإن رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلا إذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مرة).

أي: لو بادرت إلى تمكين الزوج من نفسها متبرعة بذلك كان لها طلب الصداق إجماعاً، ويجب على الزوج بذله قطعاً، سواء وطأ أو لم يطاء، لأن التأخير منه.

فإن رجعت إلى الامتناع، نظر فإن كان قبل الوطاء كان لها ذلك كما كان قبل التمكين سواء، لأن القبض بالنسبة إلى العقود عليه هو الوطاء، وحينئذ فيسقط طلبها

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٩٨.

ولو دفع الصداق فامتنعت من التمكين أجبرت، وليس له الاسترداد.
وإذا سلم الصداق فعليه أن يمهلها مدة استعدادها بالتنظيف
والاستعداد.

للمهر، بمعنى أنه لا يجب على الزوج تسليمه أولاً. بل يسلم مع تسليمها كما سبق
تحقيقه.

ولا يخفى أن هذا لا يتخرج على القول بوجوب مبادرة الزوج إلى تسليم المهر
فيكون دليلاً على عدم اختيار المصنف له، وإن كان بعد الوطاء فقد حصل القبض من
طرف الزوج واستقر المهر جميعه وتعين وجوب دفعه بطلبها، فإن لم يدفعه أجبر عليه
لا محالة، وقد سبق أنها لو أرادت الامتناع لتقبضه في هذه الحالة لم يكن لها ذلك.
ولا يخفى أن الاستثناء من سقوط الطلب في جميع الأوقات إلا أوقات تحقق
الوطاء، فإن الطلب لا يسقط لاستقرار المهر بالوطاء.

قوله: (فلو دفع الصداق فامتنعت من التمكين أجبرت، وليس له
الاسترداد).

والمراد: أنه لو بادر الزوج وسلم إليها الصداق فامتنعت من التمكين ولو من
غير عذر أجبرت على التمكين لا محالة، وليس له استرداد الصداق، لأنه تبرع
بالتسليم فلم يكن له الرجوع، كما لو عجل المديون الدين المؤجل. وعلى القول
بوجوب التسليم للصداق أولاً على الزوج له الاسترداد، لأن ذلك شرط تسليم
العوض، كذا قيل، فعلى هذا يكون منع المصنف إياه من الاسترداد دليلاً على عدم
اختيار هذا القول.

قوله: (وإذا سلم الصداق فعليه أن يمهلها مدة استعدادها بالتنظيف
والاستعداد).

الاستعداد: استفعال من الحديد، وهو هنا كناية عن إزالة الشعر ولو بغير

ولا يمهلهما لأجل تهيئة الجهاز، ولا لأجل الحيض، لإمكان الاستمتاع بغير القبل،

الحديد كالإطلاء بالنورة وإن كان أصله الإزالة بالحديد. وظاهر قول المصنف: (فعلية أن يمهلهما مدة استعدادها) الوجوب، ولم يقدر المدة، وقدرها الشيخ في المبسوط بثلاثة أيام وقوى وجوبها، محتجا بقوله عليه السلام ونهيه أن يطرق الرجل أهله ليلا، وبأن العادة جارية بذلك (١)، هذا محصل استدلاله. ويؤيده ما روي في الحديث: " أمهلوا كي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة " (٢) ولا دلالة في الأخبار على المدة على الوجوب، وذهب في التحرير إلى عدم الوجوب لانتفاء مقتضيه (٣).

ويمكن أن يقال: في ذلك حق للمرأة لأنه إذا رآها على غير حال الاستعداد لم يؤمن بنفرة منها فيكون مضرا بحالها. ويمكن القول بالوجوب والتحديد بالحاجة لا بثلاثة أيام، وكيف كان فمتى أوجبنا إمهالها لم يجز التعرض إليها حتى تنقضي مدته. واعلم أن قوله: (بالتنظيف) صحيح، لأن المراد تنظيف نفسها بامتشاط وإزالة الأوساخ، ولو قال بالتنظيف لكان أوقع. قوله: (ولا يمهلهما لأجل تهيئة الجهاز، ولا لأجل الحيض، لإمكان الاستمتاع بغير القبل).

أي: لا يجب ذلك، فلو طلبت الإمهال لأجل تهيئة الجهاز وهو بفتح الجيم والكسر: ما تحتاج إليه العروس لم تجب الإجابة إجماعا، ويجبرها الحاكم على التمكين

(١) المبسوط ٤ : ٣١٤.

(٢) سنن أبي داود ٣ : ٩٠ حديث ٢٧٧٨.

(٣) التحرير ٢ : ٣٣.

ولو كانت صغيرة لا تطبق الجماع أو مريضه وجب الإمهال.
وإنما يتقرر كمال المهر بالوطء، أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوة
على الأقوى،

من دونه إن أبت. وكذا القول لو كانت حائضا فطلبت الإمهال إلى الطهر لا تجب
الإجابة، لإمكان باقي الاستمتاع سوى الوطء في القبل، ولو ظهر من حاله إنه
يأتيها في الحيض فلها الامتناع من المضاجعة.
قوله: (ولو كانت صغيرة لا تطبق الجماع أو مريضة وجب الإمهال).
المراد: لو كانت صغيرة لا تطبق الجماع وإن بلغت تسع سنين وجب إمهالها
إلى زمان الإطاقة، وكذا لو كانت مريضة لا تطبق معه الجماع، ولم يقيد المصنف المريضة
بعدم الإطاقة، وكأنه استغنى بتقييد المعطوف عليه.
ويلوح من إطلاق وجوب الإمهال أن الزوج لو طلب التسليم لكل منهما وقال
لا أقربهما إلى أن يزول المانع لا يجاب، لأنه ربما لا يفي فتتضرران. ومثله كلام المصنف
في التحرير (١)، والشيخ في المبسوط (٢)، ولم يتعرض لوجوب تسليم المهر وعدمه.
لكن صرحوا بعدم وجوب نفقتها حتى تبرأ وتسلم نفسها، وقد يفرق بين النفقة
والمهر: بأن النفقة لا تجب إلا بالتمكين، والمهر يجب بالعقد.
قوله: (وإنما يتقرر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين، لا
بالخلوة على رأي).

سيأتي إن شاء الله ما يعلم منه أن الموجب للمهر إما عقد النكاح أو الفرض
أو الوطء، واستقرار الواجب بالعقد أو الفرض يكون بأمرين:
أحدهما: الوطء وإن كان حراما كالوطء في الحيض والإحرام، ويدل عليه مع
الإجماع أن الوطء بالشبهة يوجب المهر ابتداء فلئن تقريره في النكاح الصحيح أولى،

(١) المبسوط ٤: ٣١٤.

(٢) التحرير ٢: ٣٣.

ويكفي لذلك الوطأة الواحدة اتفاقاً.

والثاني: موت أحد الزوجين، وسيأتي الكلام على موت الزوجة عن قريب إن شاء الله تعالى.

وأما موت الزوج فإنه يقرر وجوب جميع المهر عند أكثر الأصحاب، خلافاً للصدوق في المقنع، فإنه أوجب النصف (١)، والمذهب وجوب الجميع. لنا: إن الموت لا يبطل النكاح، لأنهما يتوارثان، وإذا لم يبطل بالموت ولم يبق كان الموت نهاية له، وانتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه فيجب العوض بكماله بدليل الإجارة، وما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها قال: " إن كان قد فرض لها مهراً فلها مهرها الذي فرض لها ولها الميراث " (٢) الحديث، وغيره من الأحاديث الكثيرة (٣)، وفي عدة أحاديث أن لها نصف المهر كما في الطلاق (٤). ونزلها الشيخ على الاستحباب بمعنى أنه يستحب لها أن لا تطلب أكثر من النصف.

ولا يستقر المهر بالخلوة التي لا مانع معها من الوطء على الأصح، وقد اختلف أقوال الأصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية، إن الخلوة توجب المهر على ظاهر الحال، وعلى الحاكم أن يحكم بذلك وإن لم يكن قد دخل، لكن ليس للمرأة أن تأخذ أكثر من النصف مع عدم الدخول، ومتى أثبت الزوج أن بكارتها باقية على حالها لم

(١) المقنع: ١٢١.

(٢) التهذيب ٨: ١٤٦ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣: ٣٤١ حديث ١٢١٥.

(٣) التهذيب ٨: ١٤٦ حديث ٥٠٦ - ٥٠٩.

(٤) التهذيب ٨: ١٤٦ حديث ٥١٠ - ٥١٢.

يلزمه إلا النصف (١)، وتبعه ابن البراج (٢)، وقطب الدين الكيدري (٣).
 وقريب منه قول ابن الجنيد فإنه أوجب المهر بالخلوة، ولم يجوز للمرأة أخذها
 إذا لم يقع جماع، ولا ما يقوم مقامه من إنزال الماء بغير إيلاج أو لمس عورة أو نظر
 إليها أو قبلة، فإن تلذذ بشئ من ذلك خصيا كان أو عنيئا أو فحلا لزمه المهر (٤).
 وقال ابن حمزة: إذا خلا بها وادعى عدم المواقعة، فإن أمكنه إقامة البينة على
 ذلك فأقامها قبلت منه، وإلا فالقول قولها بيمينها (٥).
 وقال ابن بابويه في المقنع: إذا خلا الزوج بزوجه ثم أنكرا معا المجامعة لم
 يصدقا، لأنها تنفي عن نفسها العدة، وهو ينفي وجوب المهر (٦).
 وحكى الشيخ في المبسوط (٧) والخلاف (٨) عن قوم من أصحابنا أن الخلوة
 كالدخول يستقر بها المسمى وتجب بها العدة، وقال فيهما: إلا أن وجودها كعدمها
 فيجب بالطلاق بعدها نصف الصداق ولا عدة على المرأة.
 وإلى هذا ذهب ابن أبي عقيل (٩)، وعامة المتأخرين، وهو الذي صرحنا باختياره
 سابقا.

لنا: قوله تعالى: * (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن

-
- (١) النهاية: ٤٧١.
 (٢) المهذب ٢: ٢٠٤.
 (٣) نقلة عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.
 (٤) نقلة عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.
 (٥) الوسيلة: ٤١٩.
 (٦) المقنع: ١٠٩.
 (٧) المبسوط ٤: ٣١٨.
 (٨) الخلاف ٣: ١٢ مسألة ٤٢ كتاب الطلاق.
 (٩) نقلة عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

فريضة فنصف ما فرضتم) * (١).
 والمراد من المس الجماع اتفاقا.
 وما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول:
 " لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج " (٢).
 ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وقد سأله متى يجب المهر؟
 قال: " إذا دخل بها " (٣).
 وقول الصادق عليه السلام في رواية حفص بن البخترى: " إذا التقى الختانان
 وجب المهر والعدة " (٤).
 احتج الآخرون بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: " إذا تزوج الرجل
 المرأة ثم خلا بها فغلق عليها بابا أو أرخى سترا، ثم طلقها، فقد وجب الصداق وخلاؤه
 بها دخول " (٥).
 وفي معناها رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن علي عليه
 السلام (٦). ولأن المرأة سلمت المعقود عليه تسليما صحيحا، فوجب أن يستقر العوض
 كما في تسليم العين المؤجرة مدة الإجارة وإن لم ينتفع. وأجاب المصنف في المختلف
 بالمنع من صحة الخبرين (٧)، وحملهما الشيخ على
 ما إذا كان الزوجان متهمين، واستدل على الجمع برواية أبي بصير عن الصادق عليه

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) التهذيب ٧: ٤٦٤ حديث ١٨٥٩، الاستبصار ٣: ٢٢٦ حديث ٨١٧.

(٣) التهذيب ٧: ٤٦٤ حديث ١٨٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٦ حديث ٨١٨.

(٤) الكافي ٦: ١٠٩ حديث ٢، التهذيب ٧: ٤٦٤ حديث ١٨٦١، الاستبصار ٣: ٢٢٦ حديث ٨١٩.

(٥) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٨٦٣، الاستبصار ٣: ٢٢٦ حديث ٨٢٠.

(٦) التهذيب ٧: ٤٦٤ حديث ١٨٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٧ حديث ٨٢٢.

(٧) المختلف: ٥٤٤.

السلام: "أنهما لا يصدقان بعد الخلوة على عدم الوطاء، لأنها تدفع العدة عن نفسها وهو يدفع المهر" (١).

والفرق بين الإجارة والنكاح ظاهر، فإن المنافع في الإجارة تتلف بمضي الزمان، وهنا المنفعة تتلف بالاستيفاء دون مضي الزمان.

واعلم أن المصنف في المختلف حقق هذا المقام بنحو ما نقله الشيخ عن ابن أبي عمير وارتضاه (٢).

وحاصله أن الموجب لكمال المهر هو الدخول دون الخلوة، لكن الخلوة لكونها مظنة له ولا ينفك عنه غالباً يلزمه كمال المهر مع ادعاء المرأة الدخول، لأنها تدعي الظاهر فيقوى جانبها فيكتفى بيمينها، ولا يقبل من الرجل إلا بالبينة، أما مع تصديق المرأة على عدم الدخول فلا يجب إلا النصف قطعاً.

وهذا التحقيق هو الذي حاوله الشيخ في النهاية (٣)، ومن تابعه (٤)، وصرح به ابن حمزة (٥).

وقريب منه ما قاله ابن الجنيد (٦)، وإن كان في كلامه مخالفة أخرى حيث ألحق بالوطء غيره.

وقريب من ذلك كلام ابن بابويه (٧)، وإن كان إطلاق قوله بعدم قبول قول الزوجين في عدم الوطاء محل نظر، وإنما عول في ذلك على رواية أبي بصير.

(١) التهذيب ٧: ٤٦٥ حديث ١٨٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٧ حديث ٨٢٣.

(٢) المختلف: ٥٤٤.

(٣) النهاية: ٤٧١.

(٤) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٠٤.

(٥) الوسيلة: ٣٥١.

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

(٧) المقنع: ١٠٩.

ويستحب تقليله، ويكره أن يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، وأن يدخل
بالزوجة قبل تقديمه أو بعضه أو غيره ولو هدية.

ويظهر من كلام الشيخ العمل بها مع التهمة، وللتوقف في ذلك مجال.
فتلخص من هذا أن أكثر الأصحاب لا يقولون أن الخلوة بنفسها موجبة
لاستقرار المهر كله.

قوله: (ويستحب تقليله، ويكره أن يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم).
روى إسماعيل بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم
السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أفضل نساء أمتي أصبحهن وجهها
وأقلهن مهرا " (١).

وفي حديث آخر عن الحسين بن خالد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن
مهر السنة كيف صار خمسمائة؟ فقال: " إن الله تعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن
مائة تكبيرة، ويسبحه مائة تسبيحة، ويحمده مائة تحميدة، ويهلله مائة تهليلة، ويصلي
على النبي وآله مائة مرة، ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين إلا زوجه الله حورا
وجعل ذلك مهرها، ثم أوحى الله تعالى إلى نبيه أن يسن مهور المؤمنات خمسمائة درهم،
ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله، وأيما مؤمن خطب إلى أخيه حرمة فبذل له
خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه، واستحق من الله عز وجل أن لا يزوجه حورا " (٢).
واعلم أن ظاهر قوله: (ويكره أن يتجاوز خمسمائة) شمول الكراهية للزوج
والزوجة، والأخبار لا تنهض حجة على ذلك، وقد روي أن الحسن عليه السلام
تزوج امرأة أصدقها مائة جارية مع كل جارية ألف درهم (٣).
قوله: (وأن يدخل بالزوجة قبل تقديمه، أو بعضه، أو غيره ولو هدية).

(١) الفقيه ٣: ٢٤٣ حديث ١١٥٦.

(٢) الكافي ٥: ٣٧٦ حديث ٧، التهذيب ٧: ٣٥٦ حديث ١٤٥١.

(٣) رواه الشيخ في المبسوط ٤: ٢٧٢.

ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها إذا مات الزوج ترك نصف المهر. وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر، وليس بجيد.

مستند ذلك ما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: " إذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً، درهما فما فوقه، أو هدية من سويق أو غيره " (١).

قال الشيخ: وهذه الرواية وردت على جهة الأفضل، فأما أن يكون ذلك واجبا أو تركه محظورا فلا (٢)، لما رواه عبد الحميد الطائي عن أبي عبد الله عليه السلام: من أنه يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً (٣).

وقد اعترض ابن إدريس عبارة الشيخ في النهاية (٤) - حيث استحب للرجل قبل الدخول بامرأته تقديم شئ يستباح به فرجها - بأن الذي يستباح به الفرج هو العقد دون ما يقدمه (٥).

واعتذر المصنف في المختلف عن ذلك بأنه قصد بذلك التأكيد في الاستحباب، وتابع لفظ رواية أبي بصير المتقدمة (٦).

قوله: (ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها إذا مات الزوج أن تترك نصف المهر، وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر وليس بجيد).

(١) التهذيب ٧: ٣٥٧ حديث ١٤٥٢، الاستبصار ٣: ٢٢٠ حديث ٧٩٩.

(٢) التهذيب ٧: ٣٥٧ ذيل الحديث ١٤٥٣.

(٣) التهذيب ٧: ٣٥٧ حديث ١٤٥٣، الاستبصار ٣: ٢٢٠ حديث ٧٩٨.

(٤) النهاية: ٤٧١.

(٥) السرائر: ٣٠١.

(٦) المختلف: ٥٤٣.

قد قدمنا أن المختار استقرار جميع المهر بموت كل واحد من الزوجين سواء الرجل والمرأة، وقد ذكرنا خلاف الصدوق في الاستقرار بموت الرجل وبيننا ضعفه وحققنا أنه يستقر به.

وأما موت المرأة فقد ذهب عامة الأصحاب إلى أنه كذلك، وذهب الشيخ في النهاية (١)، وابن البراج في الكامل (٢)، وقطب الدين الكيدري (٣) إلى أنه إنما يجب بموتها

النصف خاصة، تعويلا على عدة أخبار، منها رواية ابن أبي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: في امرأة توفيت قبل أن يدخل بها زوجها مالها من المهر، وكيف ميراثها؟ قال: " إذا كان قد أمهرها صداقا فلها نصف المهر، وهو يرثها " (٤) الحديث، وغير ذلك من الأخبار (٥).

والمختار ما قدمناه، فقد روى منصور بن حازم في الموثق عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج امرأة وسمى لها صداقا، ثم مات عنها ولم يدخل بها قال: " لها المهر كاملا ولها الميراث " قلت: فإنهم قد رووا عنك أن لها نصف المهر قال: " لا يحفظون عني إنما ذلك للمطلقة " (٦).

قال الشارح الفاضل السيد: يحتمل أن يكون مراد الشيخ بقوله، لأوليائها النصف من جهة سقوط النصف الآخر عن الزوج بالميراث، لكونها غير ذات ولد بقرينة قوله: كان لأوليائها النصف، وحينئذ لا يبقى بين القولين منافاة.

(١) النهاية: ٤٧١.

(٢) قاله في المهذب أيضا ٢: ٢٠٤.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٤.

(٤) الكافي ٦: ١١٩. حديث ٦، التهذيب ٨: ١٤٧ حديث ٥١٠، الاستبصار ٣: ٣٤١ حديث ١٢٢٠.

(٥) الكافي ٦: ١١٩ حديث ٧ - ١٠ التهذيب ٨: ١٤٧ حديث ٥١١ - ٥١٢.

(٦) التهذيب ٨: ١٤٧ حديث ٥١٣، الاستبصار ٣: ٣٤٢ حديث ١٢٢٣.

ويكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول إذا لم تكن قد طالبت به.
الفصل الثاني: في الصداق الفاسد، ولفساده أسباب:
الأول: عدم قبولية الملك كالخمر والخنزير مع إسلام أحد الزوجين،
وكالحر، وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه،

قوله: (ويكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول إذا لم يكن قد طالبت به).

روى عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في حديث طويل أن المرأة إذا ماتت بعد أن أقامت مع الرجل إلى أن ماتت لا تطلب صداقها، ثم جاء ورثتها بعد موتها يطلبون صداقها: " لا شيء لها " (١) وفي معناها روايات أخر (٢). ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض أصحابنا أن الدخول يهدم الصداق احتجاجا بهذه الأخبار، ونزلها الشيخ على أن المرأة لا تعطى المهر في هذه الحالة إلا بالبينة (٣)، ويلوح من عبارة المصنف أنه نزلها على كراهية المطالبة.
قوله: (الفصل الثاني في الصداق الفاسد، ولفساده أسباب:
الأول: عدم قبوله الملك كالخمر والخنزير مع إسلام أحد الزوجين،
وكالحر، وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه).

من مباحث المهر المبحث عن الفاسد، ولفساده أسباب حصرها المصنف في ستة:

الأول: عدم قبوله الملك في شرع الإسلام كالخمر والخنزير مع إسلام أحد

-
- (١) التهذيب ٧: ٣٥٩ حديث ١٤٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٠٦.
(٢) التهذيب ٧: ٣٦٠ حديث ١٤٦١ - ١٤٦٢، الاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٠٧ - ٨٠٨.
(٣) التهذيب ٧: ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٣.

فلو تزوج المسلم على حمر أو خنزير أو حر بطل المسمى، وقيل العقد. وهل تثبت قيمة المسمى أو مهر المثل؟ قولان، الأقرب الثاني.

الزوجين، بخلاف ما إذا كانا ذميين. وكذا الحر، سواء كان الزوجان مسلمين أو كافرين. وكذا ما لا قيمة له عند أحد من الناس، ولا منفعة مباحة فيه كالعذرة النجسة ونحوها.

قوله: (فلو تزوج المسلم على حمر أو خنزير أو حر بطل المسمى، وقيل: العقد. وهل تثبت قيمة المسمى أو مهر المثل؟ قولان، الأقرب الثاني).

لو تزوج المسلم على حمر أو خنزير أو حر، سواء جرى العقد على حمر معين معلوم أو خنزير أو حر كذلك، أو على مقدار معين من الخمر في الذمة، بطل المسمى قطعاً، لعدم صلاحيته، وفي بطلان العقد من أصله قولان: أحدهما: - واختاره الشيخ في النهاية (١)، والمفيد في المقنعة (٢)، وابن البراج (٣)، وأبو الصلاح (٤) - أنه يبطل، لأن الرضى بالنكاح شرط في العقد، وإنما وقع على المسمى وهو باطل فينتفي الرضى، فيكون العقد باطلاً، لانتهاء الشرط، ولأن النكاح عقد معاوضة فيبطل ببطلان العوض، ولقول الباقر عليه السلام: "المهر ما تراضيا عليه قل أو كثر" (٥).

ويلزمه بعكس النقيض إن ما لم يتراضيا عليه لا يكون مهراً، ولا ريب أن غير المسمى لم يقع عليه التراضي فامتنع كونه مهراً، وقد تقرر امتناع كون المسمى مهراً،

(١) النهاية: ٤٦٩.

(٢) المقنعة: ٧٨.

(٣) المهذب ٢: ٢٠٠.

(٤) الكافي في الفقه: ٢٩٣.

(٥) الكافي ٥: ٣٧٨ حديث ٤، التهذيب ٧: ٣٥٣ حديث ١٤٣٨.

والنكاح الصحيح لا بد له من مهر سابق أو لاحق، فمتى تخلف عنه لزم بطلانه.
والثاني: - واختاره الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢)، وابن الجنيد (٣)، وابن حمزة (٤)، وابن زهرة (٥)، وابن إدريس (٦)، والمصنف هنا وفي التحرير (٧)، لأن المهر ليس

ركنا في العقد وإنما الركن فيه الزوجان، ولهذا جاز عرى العقد عنه، بل اشتراط عدمه، وليس ذكر الفاسد أعظم من اشتراط عدمه. ولأن النكاح والصداق غيران فلا يقتضي فساد أحدهما فساد الآخر، وهذا هو الأصح.

وتوقف المصنف في المختلف (٨).

ويجاب عن الأول بأن بطلان المسمى لا ينفي أصل الرضى بالنكاح، وإلا لم يصح النكاح لو تبين كونه مستحقا.

والمراد في الحديث أن المهر الذي يراد ذكره في العقد، والمعنى أنه لا حد له باعتبار القلة والكثرة، بل مناطه التراضي بقريئة قوله: " قل أو كثر "، ولأن الواجب بالدخول في المفوضة لم يتراضيا عليه مع أنه مهر.

إذا تقرر ذلك فعلى القول بالصحة ما الذي يجب؟ للأصحاب فيه أقوال:

أحدها: أنه يجب مهر المثل، اختاره الشيخ في الخلاف (٩)، وابن حمزة (١٠)، وهو

(١) المبسوط ٤: ٢٧٢.

(٢) الخلاف ٣: ١ مسألة ١ كتاب الصداق.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤١.

(٤) الوسيلة: ٣٤٨.

(٥) الغنية: ٥٤٨.

(٦) السرائر: ٣٠٠.

(٧) التحرير ٢: ٣١.

(٨) المختلف: ٥٤٢.

(٩) الخلاف ٣: ١ مسألة ١ كتاب الصداق.

(١٠) الوسيلة: ٣٤٨.

ظاهر كلام ابن إدريس (١)، واختاره هنا وفي التحرير (٢)، وهو الأصح، لأن عدم صلاحية المسمى لئن يكون صداقا يقتضي بطلان التسمية فيصير العقد خاليا منها، فيجب بالوطء مهر المثل، لأنه قيمة البضع.

والثاني: إنه يجب قيمة الخمر أو الخنزير عند مستحليه والحر على تقدير العبودية، اختاره بعض الأصحاب (٣)، ووجهه بأن الزوجين لما ذكرا في العقد عوضا كان مقصودهما ذلك العوض دون قيمة البضع وهو مهر المثل، ولذلك العوض خصوص وهو عينه، وعموم وهو ماليته باعتبار مقابله بالبضع وهو متقوم، فإذا لم يمكن اعتبار عينه يعتبر ذكره في المالية فلا يلغو التقدير بذلك القدر وإن الغي التعيين، فيقدر مالا ويجب قيمته على ذلك التقدير.

ورد بأن تقدير المالية فيما يمتنع ماليته تقدير للمحال، فيلغو التقدير كما يلغو التعيين، وفيه نظر، لأنه لا يلزم من كونه تقدير للمحال إلغاؤه وعدم لحظه في تقدير الواجب من العوض المالي، كما يقدر الحر عبدا في الحكومة ليؤخذ الأرش من الدية تلحظ القيمة على تقدير العبودية.

ويمكن رده بوجه آخر وهو: إنه لما بطل تعيينه لم يكن اعتبار ماليته بسبب مقابله للبضع مستلزما لوجوب قيمته، لأن وجوب المال المخصوص عوضا إنما يكون بذكره في العقد فيجب مهر المثل.

وفرق الشيخ في موضع في المبسوط بين الحر والخمر، بأن الحر ليس مالا أصلا، ومالية الخمر منتفية للمسلم لا عليه للذمي ولا للذمي على مثله، فنقل عن بعضهم

(١) السرائر: ٣٠٠.

(٢) التحرير ٢: ٣١.

(٣) في المبسوط ٤: ٢٩٠.

وجوب مهر المثل في الحر والقيمة في الخمر (١).
واعلم أن إطلاق عبارة المصنف في قوله: (وهل يثبت المسمى أو مهر المثل؟
قولان) يحتمل وجوب مهر المثل بنفس العقد كما يفهم من بعض كلام الشيخ (٢)،
ويرشد
إليه تعليل جماعة بأنه إذا كان العوض فاسدا وجب رد العوض الآخر، فإذا تعذر رده
لصحة النكاح وجب مهر المثل (٣).
وكذا بنى بعض العامة (٤) القولين بوجوب مهر المثل أو القيمة، على أن
الصداق إذا تلف قبل القبض يرجع إلى مهر المثل أو بدل الصداق، فإن وجب مهر
المثل إذا لم يبق الصداق فكذا يجب إذا لم يصلح المذكور لأن يكون صداقا.
وإن وجب بدل الصداق هناك فقد نفي عقد الصداق مع فوات العين اعتمادا
على المالية، فكذلك في الابتداء يحكم بانعقاد الصداق اعتمادا على المالية، وفيه ضعف،
للفرق بين وجوب البديل بعد وجوب الصداق للحكم بصحته، وبين بطلان التسمية من
أول الأمر بحيث ينعقد النكاح بدونه.
والمصنف في الإرشاد قيد وجوب مهر المثل بالدخول، والشارح الفاضل ولد
المصنف جعل مناط الخلاف فيما يجب من المهر هو الوطاء (٥)، وفي عبارته مسامحة،
لأن
التقييد بذلك على تقدير مهر المثل ظاهر، أما على تقدير القيمة فلا، لاعتبار التسمية
على هذا التقدير.

-
- (١) المبسوط ٤: ٢٩٠.
(٢) الخلاف ٣: ١ مسألة ١ كتاب الصداق.
(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٨، وابن إدريس في السرائر: ٣٠٠، فخر المحققين في الإيضاح ٣: ٢٠٣.
(٤) انظر: المجموع ١٦: ٣٢٩، المغني لابن قدامة ٨: ٢٤.
(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٢.

ولو تزوجها على ظرف خل فخرج خمرا صح العقد وثبت مهر المثل،
وقيل: مثل الخل، وكذا لو تزوجها بعبد فبان حرا أو مستحقا.

قوله: (ولو تزوجها على ظرف خل فخرج خمرا صح العقد، وثبت مهر
المثل، وقيل: مثل الخل، وكذا لو تزوجها بعبد فبان حرا).
إذا عقد على ظرف خل في زعمها وعيناه بإشارة اليد فخرج خمرا، فقضية
كلام الأصحاب صحة النكاح قولاً واحداً، وأما المهر فلا شبهة في فساده، وفيما يجب
ثلاثة أقوال:

أحدها: مهر المثل، اختاره المصنف، وبعض الأصحاب (١)، لبطلان التسمية
بسبب عدم صلاحية المسمى، ولما امتنع رد المعوض وهو البضع لصحة النكاح وجب
الرجوع إلى قيمته وهو مهر المثل، وينبغي أن يكون وجوبه بالدخول، لأن صحة
النكاح لا يستلزم وجوب المهر.

ويحتمل وجوبه بنفس العقد كما سبق الكلام فيه.

الثاني: أنه يجب بقدره خلا، لأنهما حيث عقدا على معين كان مرادهما ذلك
المعين دون مهر المثل، وحيث عقدا على المعين على أنه خل فقد تراضيا على خل بقدر
هذا، لأن الرضى بالجزئي يتضمن الرضى بالكلي إذ هو جزؤه، فمع بطلان الجزء -
لظهور عدم صلاحيته لكونه بحسب الواقع خمرا - تعين وجوب الكلي، لأنه أحد
الأمرين اللذين وقع التراضي بهما، ولأنه أقرب إلى المعقود عليه، لأنه مثله، وهو اختيار
ابن إدريس (٢)، وابن الجنيد (٣) حيث قالوا: لها ملؤه خلا وحسنه المحقق ابن سعيد (٤)،
وقال المصنف في المختلف: إنه أقوى. (٥)

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٢) السرائر: ٣٠٤.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٧.

(٤) السرائر ٢: ٣٢٥.

(٥) المختلف: ٥٤٧.

ولقائل أن يقول: إن الكلي الذي وقع عليه التراضي بالعقد على الجزئي هو الكلي المقترن بالمشخصات الموجودة في ذهن المتعاقدين، وهذا يمتنع بقاؤه إذا ارتفعت المشخصات، والمحكوم بوجوبه غيره أعني الكلي في ضمن شخص آخر، وهذا لم يقع التراضي عليه أصلا ولا تبعا، فإيجابه بالعقد إيجاب لما لم يتراضيا عليه. وكونه أقرب إلى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه، لأن المهر الذي يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه، ولا يلزم من التراضي على أحد المثليين التراضي على الآخر.

الثالث: وجوب قيمة الخمر عند مستحليه، اختاره الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢)، لأن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره، ولأنهما عقدا على شخصي باعتبار ماليته فمع تعذره - لظهور بطلان الظن - وجب المصير إلى المالية، وفيه نظر. لأن الانتقال إلى القيمة فرع صحة العقد على ذي القيمة، لأنه لم يقع التراضي عليها.

وامتن الأقوال الثلاثة دليلا هو الأول، ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (ولو تزوجها على ظرف خل) يريد به كونه خلا في ظنهما. وقوله: (صح العقد وثبت مهر المثل) يحتمل أن يريد به ثبوته بالعقد على حد القول بوجوب مثل الخل، ويحتمل أن يريد ثبوته بالدخول، لأنه قيمة البضع فيتوقف ثبوته على استيفائها، كما لو عقدا على غير مهر، ولم يتعرض إلى القول الثالث. وقوله: (وكذا له تزوجها بعبد فبان حرا) ينبغي أن يريد به ثبوت مهر المثل، ووجوب قيمة الحر على تقدير العبودية، ولا يتصور وجوب المثل هنا لانتفائه.

(١) المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٢) الخلاف ٣: ٤ مسألة ١٠ كتاب الصداق.

ولو تزوجها على عبدین فبان أحدهما حراً لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبداً.

قوله: (ولو تزوجها على عبدین فبان أحدهما حراً، لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل، أو قيمته لو كان عبداً). هذه متفرعة على القولين في المسألة السابقة، وصورتها أنه لو تزوج امرأة وأصدقها عبدین بظنه فبان أحدهما حراً، بطل الصداق في الحر قطعاً، ولا ينحصر في العبد، لأنها لم ترض به وحده، بل يجب معه ما يقتضيه ضمیمة الحر إليه، فيبنى على القولين السابقين في المسألة المتقدمة.

فعلى القول بعدم اعتبار المسمى ووجوب مهر المثل يستعلم مهر المثل، فإذا كان خمسين مثلاً فينظر قيمة المعقود عليهما معاً على تقدير عبودية الحر، وقيمة الحر منهما لو كان عبداً، فإذا كانت عشرة استحقت من مهر المثل بنسبتها إلى مجموع القيمتين وهو ثلاثة.

وعلى القول بوجوب قيمة المسمى في المسألة السابقة يجب قيمة الحر على تقدير كونه عبداً مع العبد الآخر قلت أو كثرت، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبداً).

أي: بل يجب مع العبد الآخر من مهر المثل بقدر حصة الحر من مجموع المسمى، فالجار يتعلق يجب، والمنسوب إليه الحصة وهو المسمى محذوف في العبارة. واعلم أن المصنف لم يذكر في هذه المسألة احتمال فساد الصداق جميعه، وقد ذكره فيما إذا ضم إلى المعلوم مجهولاً، ولم يتعرض إلى احتمال تسليطها على الفسخ على القول بعدم بطلان الجميع، لفوات بعض المعقود عليه. وقد أورد في التحرير عليه إشكالا (١)، وعندني في حكمها تردد، فإن القول

(١) التحرير ٢: ٣٢.

ولو أصدقها عينا، فخرجت مستحقة، فإن كانت مثلية فالمثل، وإلا فالقيمة ويحتمل مهر المثل.

ببطلان التسمية في كل من العبد الحر مع تعلق الغرض بعين المعقود عليه وصلاحيته للعقد عليه مشكل، والقول بتلفيق الصداق من المسمى ومهر المثل مع تنافي مقتضاهما أيضا مشكل، والانتقال إلى قيمة الحر على تقدير العبودية مع عدم تسميته مشكل، فالتوقف أولى.

قوله: (ولو أصدقها عينا فخرجت مستحقة، فإن كانت مثلية فالمثل، وإلا القيمة، ويحتمل مهر المثل).

هذه أيضا من مسائل الباب، وصورتها أنه إذا أصدقها عينا فخرجت مستحقة لغير المصدق بطل كونها صداقا، لامتناع صحه نقل مال الغير، وفيما يجب لها وجهان: أحدهما: أنه يجب لها مثل تلك العين إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت قيمة، لأن العقد والتراضي جرى على تلك العين وقد تعذر إيصالها، لأنها مال الغير، فوجب بدلها وهو المثل أو القيمة.

والثاني: أنه يجب مهر المثل، لفساد التسمية المقتضي لبطلان الصداق، وتعذر الرجوع ويلوح من عباراتهم وجوبه بالتسمية، وبه صرح الشارح الفاضل ولد المصنف (١)، وفيه نظر، لأن بطلان المسمى ليس تسمية لشيء آخر ولا يقتضيها، وإنما صح النكاح مجردا عن المهر، وقد صرح الشارح السيد بأنه يكون بمنزلة من لم يسم مهرا.

ثم اعلم أن الشارح ولد المصنف ذكر في تحقيقه بناء الوجهين في المسألة على أن الصداق حقيقة أم لا.

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٣.

الثاني: الجهالة، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى وثبت مهر المثل، لتعذر تقويم المجهول،

فعلى الثاني يجب المثل أو القيمة اعتبارا بإفادة ذكره التقدير بذلك القدر حيث كان التعيين لاغيا.

وعلى الأول يجب مهر المثل، لأن فساد العوض وتعذر الرجوع إلى العوض يقتضي الرجوع إلى قيمة المعوض، وهو مهر المثل. ولقائل أن يقول: إن كون الصداق ليس عوضا حقيقة لا يقتضي أن لا يكون عوضا أصلا، فلا يمتنع أن يكون فيه شبهة الأعواض إذا قوبل الصحيح منه بالبضع فيتعين، ويجب كما يجب سائر الأعواض في عقود المعاوضات، وإن لم يكن في أصله عوضا فإنه يجوز إخلاء العقد عنه، ولا يتوقف صحة النكاح عليه، بخلاف الأعواض الحقيقية.

ولو سلم يلزم منه أن المعقود عليه إذا فسد يجب الانتقال إلى بدله ما لم يجر له ذكر ولم يقع عليه تراض، وإنما يلزم ذلك من صحة النكاح مع فساده، وما سوى ذلك فهو محض دعوى عرية عن الدليل.

قوله: (الثاني: الجهالة، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى ويثبت مهر المثل، لتعذر تقويم المجهول).

من جهات فساد الصداق المسمى جهالته، فمتى عقد على مهر مجهول كعبد ودابة وشئ بطل المسمى، لأن الصداق وإن لم يكن عوضا في أصله، إلا أنه إذا ذكر في العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها. ويثبت هنا مهر المثل قولا واحدا، لامتناع القول بوجوب قيمة المسمى، لأن المجهول يتعذر تقويمه، وظاهرهم وجوب مهر المثل بنفس العقد كما مر في نظائره، لأن فساد المسمى لا يوجب فساد التسمية، لأن أثرها عدم التفويض حيث لم يتراضيا على النكاح بغير مهر، وللنظر فيه مجال.

ولو ضمه إلى المعلوم احتمال فساد الجميع، فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي.
فلو زاد عن مهر المثل لم تحب الزيادة على الأول دون الثاني.

قوله: (ولو ضمه إلى المعلوم احتمال فساد الجميع، فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فلو زاد عن مهر المثل لم تحب الزيادة على الأول دون الثاني).
الثاني من صور الجهالة: ما إذا ضم المعلوم إلى المجهول، وجعل المجموع صداقا ففيه وجهان:

أحدهما: فساد المهر من أصله، لأن المهر هو المجموع الحاصل من المعلوم والمجهول، وهو مجهول، لأن جهالة الجزء يستلزم جهالة الأكل، لأن العلم بعوض المجهول موقوف على العلم بنسبة المعلوم إلى الكل، وكذا بنسبة المجهول، إليه، وهو ممتنع، فيكون العلم بالصداق ممتنعا، فيبطل ويجب مهر المثل، وعلى هذا فلا يكون المعلوم من جملة الصداق الواجب، فلا يجب على الزوج دفعه عن مهر المثل بل له دفع غيره.

والثاني: أنه يحتسب المعلوم من مهر المثل، وهذا الوجه يستجمع شيئين: وجوب مهر المثل، وكون المعلوم من المسمى واجبا للزوجة.
أما الأول، فلأن المسمى لما كان بعضه يمتنع كونه من جملة المهر لجهالته، وجب مهر المثل، لأن مقابل البضع إما المسمى أو مهر المثل، ولما امتنع الأول تعين الثاني.
وأما الثاني، فلأن المعلوم قد ذكر في العقد بخصوصه، والغرض يتعلق بخصوصيات الأموال، ولا دليل على بطلان تسميته من أصله، ولا يلزم من بطلان كون المهر الواجب بالتسمية أن لا يكون محسوبا من مهر المثل.
وقول الشارح الفاضل ولد المصنف: إن وجوب العين ومهر المثل يستلزم

اجتماع النقيضين، إن أراد به وجوب العين باعتبار كونها المهر المسمى فصحيح، وإن أراد وجوبها على أنها من مهر المثل فلا استحالة في ذلك (١).
إذا عرفت ذلك فالمعلوم: إما أن يكون بقدر مهر المثل، أو زائدا عليه، أو ناقصا عنه. فإن كان بقدره لم يجب غيره، لانتفاء الموجب، وإن نقص وجب اكماله لا محالة، وإن كان زائدا وجبت الزيادة على هذا الاحتمال، لأننا صححنا التسمية فيه على أنه من مهر المثل، بخلاف ما إذا قلنا ببطلان المسمى من أصله، وعدم اعتبار التسمية في المعلوم كالمجهول.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني) فإنه يريد بالأول احتمال فساد الجميع، وبالثاني احتساب المعلوم من مهر المثل.

واعلم أن المصنف ذكر فيما لو أصدقها عبيدين فبان أحدهما حرا احتمالين: أحدهما: وجوب قدر حصة الحر من مهر المثل، ولم يتعرض إلى هذا الاحتمال هنا، وكأنه نظر إلى أن المجهول يتعذر تقويمه فيتعذر معرفة حصته من مهر المثل، بخلاف الحر على تقدير عبوديته. ولو قيل بمجئ هذا الاحتمال باعتبار أن حصة المجهولة من مهر المثل يمكن استعلامها بطريقتين:

أحدهما: أن المسمى لما كان عبارة عن المعلوم والمجهول كان كل منهما مجهولا جزءا له، والأصل عدم التفاضل بينهما، فيكون كل واحد نصفًا، كما لو أوصى بشيء لزيد والملك، فإن لزيد النصف في وجهه، فيكون حصة المجهول نصف مهر المثل. والثاني: تقدير المجهول أقل ما يتمول، لأنه متيقن والزائد مشكوك فيه، فإذا جرى المعلوم أجزاء كل منها أقل ما يتمول ضم المجهول إليها ونسب إلى المجموع

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٤.

وأخذ له بتلك النسبة من مهر المثل.
وكيف كان فإننا في هذه المسألة من المتوقفين.
ثم اعلم أيضا أن الشارح الفاضل ولد المصنف ذكر احتمالين على تقدير
احتساب المعلوم من مهر المثل:
أحدهما: أن يكون أداء لمهر المثل، كما لو شرط أداء المسمى الصحيح من
مال بعينه.

والثاني: أنه يجب لكونه جزءا من المسمى، ويجب للجزء الآخر وهو المجهول
حصته من مهر المثل، ويستعلم حصته منه بأحد الطريقتين اللذين مر ذكرهما، وزعم
أن قول المصنف: (فلو زاد لم يجب الزيادة على الأول) إشارة إلى كون وجوب المعلوم
لكونه أداء لمهر المثل، وأن قوله: (دون الثاني) إشارة إلى إيجاب المعلوم، لكونه جزءا
من المسمى (١). وما ذكره رحمه الله فاسد لوجوه:

الأول: إن المصنف لم يذكر في عبارته سوى احتمال فساد الجميع، واحتمال
احتساب المعلوم من مهر المثل، فإرادته الأول والثاني على ما ذكره الشارح (٢) إرادة
لما ليس بمذكور، بل ولا يدل عليه شيء في كلامه أصلا، وهو واضح الفساد.
الثاني: إن هذا الذي زعم أن المصنف أراده ولا دليل عليه فاسد في نفسه، لأن
احتساب المعلوم من مهر المثل لا يستقيم إلا على الاحتمال الأول من الاحتمالين
اللذين ذكرهما دون الثاني، لأن المعلوم على هذا الاحتمال واجب لكونه جزء المسمى،
وعوض الجزء المجهول حصته من مهر المثل، فلا يكون المعلوم محسوبا من مهر المثل
على هذا الاحتمال، فكيف يكون متشعبا من احتساب المعلوم من مهر المثل.
الثالث: إن قوله بعدم وجوب الزيادة عن مهر المثل على الاحتمال الأول من

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٤.

ولو تزوج واشترى واستأجر بسط على مهر المثل وثمانه وأجرته.
ولو زوجه جاريتها وباعها منه بطل النكاح، وسقط من المسمى بنسبة
مهر المثل.

الاحتمالين اللذين ذكرهما غير مستقيم، فإنه مع كونه خلاف مدلول عبارة المصنف لا
يمنتع أن يجب المعلوم لذكره بخصوصه في العقد، فإن ساوى مهر المثل أو زاد لم يجب
شئ آخر لحصول مهر المثل مع الزيادة وإن نقص وجب اكماله، فيكون مهر المثل
واجبا، لعدم التسمية المعتبرة، ويجب الزيادة على تقدير حصولها لثبوت مقتضاها
وانتفاء ما يدل على بطلانها.

والشارح السيد لم يزد على أن الأول هو احتمال الفساد في الجميع، والثاني هو
احتساب المعلوم من مهر المثل، ولم يعرج على ما ذكره ولد المصنف.
قوله: (ولو تزوج واشترى واستأجر بسط على مهر المثل وثمانه
وأجرته).

أي: ثمن المثل وأجرة المثل، وطريق البسط جمع مهر المثل وثمانه وأجرته ونسبة
كل منهما إلى المجموع، والأخذ من المسمى نسبة كل إلى المجموع. والضمير في
(بسط) يعود إلى محذوف مدلول عليه، لأن المراد أنه تزوج واشترى واستأجر بعوض
واحد.

وتصور ذلك سهل، فإنه إذا زوجته نفسها وباعته عبدها وأجرته دارها سنة
بمائة تحقق ذلك، وإنما ذكر المصنف هذه المسألة هنا للرد على من يقول بفساد ذلك.
قوله: (ولو زوجه جاريتها وباعها منه بطل النكاح وسقط من المسمى
بنسبة مهر المثل).

أي: لو زوج الولي جاريتها من شخص وباعها منه، صح البيع وبطل النكاح،
ويحتمل بطلانها.

ولو تزوج بها واشترى منها دينارا بدينار بطل البيع، ووجب مهر المثل. والأقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى،

أما صحة البيع، فلأن المقتضي لصحته - وهو الصيغة المعتبرة - موجود، ولا يضر بطلان النكاح، لأنه في قوة عقدين، ولا يلزم من بطلان أحد العقدين بطلان الآخر.

وأما بطلان النكاح، فلأن الزوج إذا طرأ ملكه لزوجته على النكاح بعد الحكم بصحته بطل النكاح، فإذا قارنه أبطله بطريق أولى.

وأما احتمال بطلانها، فلأنهما شيئان تضمنهما عقد واحد، فلا يوصف بعضه بالصحة وبعضه بالفساد. ويضعف بأن العقد وإن كان واحدا في الصورة إلا أنه في الحقيقة عقدان، لأن نقل الأعيان على الوجه المخصوص بيع منضم إلى النكاح، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر.

إذا تقرر ذلك فطريق تقسيط المسمى على المهر وثمان المبيع: أن ينظر مجموع مهر المثل للجارية وقيمتها السوقية، ثم ينسب كل واحد منهما إلى المجموع، فيأخذ له بمثل تلك النسبة من المسمى، فإذا كان مهر المثل خمسين والقيمة مائة كان المهر ثلثا والقيمة ثلثين، فإذا كان المسمى مائة كان قسط المهر ثلثها يرجع إلى الزوج، لبطلان النكاح، وقسط الثمن ثلثاها ستة وستون وثلثان يستحقها المولى.

قوله: (ولو تزوج بها واشترى منها دينارا بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل، والأقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى).

أي: لو تزوج رجل بامرأة واشترى منها دينارا، وعوض الأمرين معا هو دينار واحد، فقد جمع بين النكاح والصرف على وجه يلزم منه الربا، لأن الثمن والمثمن من جنس واحد، وبعض المسمى مهر لا محالة، فيبقى بعض الدينار في مقابل الدينار، فيبطل الصرف للربا.

ولو اختلف الجنس صح الجميع.

وفي قول يبطل النكاح أيضا، والأصح صحته، لوجود المقتضي وهو العقد المركب من الإيجاب والقبول، وانتفاء المانع إذ ليس إلا مقارنة الصرف المشتمل على الربا إياه، وهو غير صالح للمانع، لأن بطلان أحد العقدين المتقاربين لا يقتضي بطلان الآخر.

ويجب مهر المثل عند الشيخ في المبسوط (١)، احتجاجا، بأن الدينار يقع في مقابلة الدينار فيبقى النكاح بغير مهر، وفيه نظر، لأن الدينار في مقابل كل من الدينار والبضع، فيكون لكل منهما منه ما يقتضيه التقييد، ومن ثم لم يفسد البيع فيكون الأصح ما قواه المصنف.

فإذا كان مهر مثلها عشرة دنانير مثلا، قسم الدينار المسمى على أحد عشر جزءا، لما قلناه من أنه مهر وثمان، ومهر المثل عشرة دنانير وثمان المثل دينار، فيكون المهر عشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من الدينار، والثمان جزءا من أحد عشر جزءا من الدينار.

قوله: (ولو اختلف الجنس صح الجميع).

أي: لو اختلف الجنس في المسألة المذكورة، بأن كان المبيع مثلا درهما والمسمى دينارا وبالعكس، صح النكاح والصرف، لانتفاء الربا حينئذ لأن التفاضل مع اختلاف الجنس غير قادح في الصحة، لكن لا بد من التقابض في المجلس هنا، لأن الصرف يبطل بالتفرق قبله.

ولا يخفى أن المصنف إنما ذكر هذه المسائل هنا وإن لم يكن من مسائل جهالة المهر، لدفع توهم من عدها من صور الجهالة.

(١) المبسوط ٤ : ٢٨٩.

الثالث: الشرط، ولو شرط في العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة لم يبطل النكاح. بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضررتها، فالعقد والمهر صحيحان، ويبطل الشرط خاصة. وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل، فإن لم يسلمه كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة. وفي فساد المهر وجه، فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، ويتعذر الرجوع إلى القيمة المشروط فيثبت مهر المثل.

قوله: (الثالث: الشرط، ولو شرط في العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة، لم يبطل النكاح، بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضررتها، فالعقد والمهر صحيحان ويبطل الشرط خاصة. وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل، فإن لم يسلم كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة، وفي فساد المهر وجه، فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، ويتعذر الرجوع إلى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل). الشروط التي تذكر في عقد النكاح أقسام: منها ما يخل بمقصود النكاح، ومنها ما يقتضيه عقد النكاح، ومنها ما لا يكون واحداً من الأمرين، وهو إما أن يخالف المشروع أو لا يخالفه، ومنها ما لا يتعلق به غرض. فالأول: مثل أن يشترط في النكاح أن يطلقها أو لا يطأها، ونحو ذلك. ومقتضى القولين عدم صحة النكاح والشرط في هذا القسم، لأن عقد النكاح يقتضي ثبوت

الشرط، وثبوت الشرط يقتضي رفع النكاح لما بينهما من المنافاة، لأن الشرط لما كان منافيا لمقتضى النكاح كان منافيا له، وثبوت أحد المتنافيين يقتضي رفع الآخر، وقد تقدم قبل النكاح المنقطع بيان حكم بعض أفراد هذا النوع.

والثاني: مثل أن يشترط أن يقسم لها أو ينفق عليها أو لا تخرج إلا بإذنه، ونحو ذلك، وحكمه أن ذلك ثابت مع الشرط وبدونه، وفائدة الاشتراط تأكيد الثبوت.

وأما الثالث: فإن خالف المشروع، مثل أن يشترط لها أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج حيث شاءت، أو لا يقسم لضررتها، ونحو ذلك، فقد صرح المصنف بأن المهر والعقد صحيحان والشرط فاسد. وكذا غيره من الأصحاب كالشيخ في المبسوط (١)، وابن حمزة (٢)، وابن إدريس (٣)، وغيرهم (٤). أما فساد

الشرط فظاهر، وأما صحة العقد فلاطباق الأصحاب عليه.

يلوح ذلك من عبارة الشيخ في المبسوط، حيث قال في هذه المسألة: ولا يفسد المهر عندنا، فإن صحة المهر إنما يكون مع صحة العقد، وفرقوا بين هذا النوع من الشروط وبين النوع الأول، حيث صرح جمع ببطالان العقد من رأس هناك وصرحوا بالصحة هنا، وكأنهم نظروا إلى ظهور المنافاة بين العقد والشرط هناك وانتفائه هنا، لأن غاية تأثير فساد هذا النوع من الشروط أن يؤثر في فساد المهر، وفساده لا يقتضي فساد النكاح، لأنه غير مشروط به، بخلاف البيع ونحوه.

وأما المهر فقد صرح أكثرهم بصحته أيضا، لوجود المقتضي للصحة، إذ ليس إلا الشرط الفاسد وهو غير صالح للمانع، لأن فساد أحد الشيئين المتضمن لا يقتضي

(١) المبسوط ٤: ٣٠٣.

(٢) الوسيلة: ٣٥٠.

(٣) السرائر: ٣٠٣.

(٤) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٠٧.

احتمالين: أحدهما وجوب مهر المثل، والآخر احتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فينبغي أن يطرد الاحتمالان هنا، لأن هذه أيضا من مسائل ذلك الباب، وإطلاق المصنف وجوب مهر المثل على القول بفساد المهر ينافي الاحتمال الثاني. ويمكن أن يتعذر له بأن الاحتمالين لما كانا مذكورين قبل هذا البحث بيسير اعتمد على ظهور اطرادهما هنا فلم يتعرض إليهما، ثم تنبه لشيئين: الأول: أن اللائح من قول المصنف: (وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل..). أن هذه من صور اشتراط ما لا يخل بمقصود النكاح، وليس بواضح، لأن الشرط المذكور يخل بنفس النكاح، وما أحل بنفس النكاح فهو محل بمقصوده لا محالة.

فإن قوله: (فإن لم يسلم كان العقد باطلا) من جملة الشرط، وهو أشد منافاة للعقد من اشتراط الطلاق، وقد صرح الشارح الفاضل ولد المصنف بأن الشرط المذكور محل بمقصود النكاح، وزعم أن النكاح معه صحيح (١). وقد روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: "قضى علي عليه السلام في رجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته، وإن لم يجرى بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث انكحوا، فقضى أن بيد الرجل بضع امرأته وأحبط شرطهم" (٢). وقد ذكر المصنف في التحرير أن الرواية حسنة، لكن المتبادر منها أن التزوج إلى أجل مسمى، وذلك غير محل النزاع، فالبطالان أوجه (٣). الثاني: إن قول المصنف: (وفي فساد المهر وجه) الظاهر أنه يتعلق بجميع

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٧.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٢ حديث ١، التهذيب ٧: ٣٧٠ حديث ١٤٩٨.

(٣) التحرير ٢: ٣٤.

ولو شرط أن لا يقتضها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز، وعندني فيه إشكال، وقيل: يختص بالمؤجل.

المسائل التي ذكر كون الشرط فيها فاسدا والنكاح صحيحا، لأن الوجه ثابت في الجميع، فلا معنى لقصره على المسألة الأخيرة كما تخيله الشارح الفاضل ولد المصنف (١)،

وذكره بعد هذه المسألة لا يقتضي اختصاصه بها. إذا عرفت ذلك فاعلم أن هذا حكم ما إذا خالف الشرط المشروع ولم يخل بمقصود النكاح، فلو لم يخل ولم يخالف المشروع فلا بحث في الصحة. ويستفاد من قول المصنف: (وإن كان غرضا مقصودا في الجملة) أن ما لم يخل بمقصود النكاح وليس بمشروع لا يصح اشتراطه، سواء كان غرضا مقصودا في الجملة أو ليس بمقصود أصلا. ويفهم منه أن ما ليس مخلا بمقصود النكاح إذا كان مشروعا يصح اشتراطه، سواء كان غرضا مقصودا أم لا، وفيه نظر، لأن الأوجه إلغاء ما لا يتعلق به غرض أصلا، كما لو شرط أحدهما مكيالا أو صنجة معينة دون ما سواه، فإنه قد تقدم في السلف إلغاء مثل هذا الشرط ففي النكاح أولى. قوله: (ولو شرط ألا يقتضها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز، وعندني فيه إشكال، وقيل: يختص بالمؤجل).

لو شرط الزوجان في العقد عدم اقتضاض الزوجة حيث كانت بكرا، ففي صحة العقد والشرط أو فسادهما، أو صحة العقد وفساد الشرط ثلاثة أقوال للأصحاب:

أحدها: القول بصحتهما، اختاره الشيخ في النهاية (٢)، محتجا برواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٧.

(٢) النهاية: ٤٧٤.

يقتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، فقال: " إذا أذنت له فلا بأس " (١).
وبرواية سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل جاء
إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسي على أن تلمس مني ما شئت
من نظر أو التماس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله، إلا أنك لا تدخل فرجك في
فرجي، وتتلذذ مني بما شئت، فإني أخاف الفضيحة، قال: " ليس له منها إلا ما
اشترطته " (٢).

والثاني: القول بصحة العقد وبطلان الشرط، اختاره ابن البراج (٣)، وابن
إدريس (٤)، أما صحة العقد فلصدوره من أهله في محله، والأصل في العقود الصحة، وإما
بطلان الشرط، فلأنه مناف لمقتضى العقد.

والثالث: القول بصحة الشرط في المتعة وبطلانه (٥) في الدوام، اختاره
الشيخ في المبسوط (٦)، وقطب الدين الكيدري (٧)، والمصنف في المختلف (٨) وهو
الأصح.

أما الصحة في المتعة، فلعموم قوله تعالى: * (أوفوا بالعقود) * (٩)، وقوله عليه
السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (١٠). وليس هذا الشرط يقتضي نكاح المتعة، فإن
المقصود الأصلي منه التمتع والتلذذ وكسر الشهوة دون التوالد والتناسل، وذلك لا

(١) الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٣، التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٦.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٥.

(٣) المهذب ٢: ٢٠٧.

(٤) السرائر ٣٠٣.

(٥) في نسخة " ش " وبطلان العقد.

(٦) المبسوط ٤: ٣٠٤.

(٧) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٥.

(٨) المختلف ٥٤٥.

(٩) المائدة: ١.

(١٠) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

يستدعي الوطاء، وعليه تنزل الأخبار الواردة بالصحة (١) وإن ضعف السند. وأما البطلان في الدوام، فلأنه مناف لمقتضاه، لأن المقصود الأصلي منه النسل، وهو يستدعي الوطاء، ويكون الشرط فاسداً ويفسد به العقد، للمنافاة، ولعدم الرضى بالعقد إلا به.

ويظهر من عبارة ابن حمزة قول رابع وهو بطلان الشرط دون العقد في الدائم، وصحتهما في نكاح المتعة (٢).

ثم عد إلى عبارة الكتاب وتنبه لأمر:

أ: إن اشتراط عدم الوطاء بمنزلة اشتراط عدم الاقتضاض، فيأتي فيه ما سبق. وهل اشتراط عدم التقبيل ونحوه من مقدمات الوطاء وتوابعه كذلك؟ لم أقف فيه على شيء، وإلحاقه باشتراط عدم الوطاء ليس ببعيد، وينبغي أن يسوى في ذلك الدائم والمتعة.

ب: منشأ الإشكال الذي ذكره المصنف ظاهر مما قرناه، فإن عموم الآية (٣) والرواية (٤) تقتضي الصحة مطلقاً، وكذا رواية إسحاق بن عمار، وسماعة بن مهران السالفتين. ومنافاة الشرط لمقصود النكاح ومخالفته لظاهر الكتاب والسنة يقتضي بطلانه، وبه يبطل العقد، لما تقدم.

ج: الضمير في قوله: (وقيل: يختص بالموجل) يعود إلى لزوم الشرط المذكور، أي: وقيل: يختص لزوم الشرط، وهو إشارة إلى قول الشيخ في المبسوط (٥)، ويمكن أن

(١) التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٥.

(٢) الوسيلة: ٣٥٠.

(٣) المائدة: ١.

(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٥) المبسوط ٤: ٣٠٤.

ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد، وإن شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط، فإن اختار بقاءه لزم، وإلا ثبت مهر المثل.

يكون إشارة إلى قول ابن حمزة (١)، لأنه لم يتعرض إلى صحة العقد الدائم وفساده، وإنما يدل كلامه على بطلان الشرط.

د: على القول بصحة العقد وفساد الشرط يطرد الوجه بفساد المهر هنا، فتصير هذه المسألة من مسائل هذا الباب.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنها إذا شرطت عدم الاقتضاض حيث يصح الشرط لزم ولم يجز له فعله، فإن أذنت بعد ذلك ففي جوازه بالإذن قولان: أحدهما: الجواز، لأن المنع حق لها فيزول بإذنها، ولرواية إسحاق بن عمار السابقة (٢).

وثانيهما: العدم، لأن الفروج لا تحل بالإذن بل بالعقد، ولما لم يكن العقد مثمرا للحل لم يكن للإذن اعتبار، والرواية ضعيفة، فالأصح العدم (٣).

واعلم أن الضمير في قوله: (فيه) من قوله: (وعندي فيه إشكال) يعود إلى ما دل عليه الكلام السابق من لزوم الشرط وجواز الاقتضاض بعد العقد بالإذن، ويكون مرجع الضمير في قوله: (يختص) من قوله: (وقيل يختص بالمؤجل) هو ذلك أيضا، ويمكن أن يكون مرجعه هو لزوم الشرط، إلا أنه يلزم اختلاف مرجع الضمائر بغير مائز، وليس بجائز.

قوله: (ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد، وإن شرط في المهر صح العقد والمهر والشرط، فإن اختار بقاءه لزم، وإلا ثبت مهر المثل). لا يصح اشتراط الخيار في نفس النكاح قطعا، لأن في النكاح شائبة التعبد،

(١) الوسيلة: ٣٥٠.

(٢) ذهب إليه الشيخ في النهاية: ٤٧٤.

(٣) ذهب إليه الشيخ في المبسوط ٤: ٣٠٤.

وليس هو من عقود المعاوضات، فلو شرط فيه بطل الشرط والعقد عند عامة الفقهاء، لأنه يخرج عن وضعه.

ولو شرط الخيار في الصداق صح قطعاً، لانتفاء المانع، لأن الصداق ليس ركناً في النكاح، وإنما هو عقد مستقل بنفسه، والمقصود منه المال، فإذا شرط فيه الخيار صح، ولا يبطل الصداق عندنا.

وللعامة في بطلان الشرط والصداق معاً، وصحتهما معاً، وصحة الصداق وبطلان الشرط ثلاثة أوجه (١).

فإذا اشترط واختار بقاءه لزم، وإن اختار الفسخ انفسخ وثبت مهر المثل بالدخول.

وهل يجب في اشتراط الخيار تعيين مدة ثبوته بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان، أم يجوز اشتراطه مطلقاً من غير تعيين لزمانه؟ عبارات الفقهاء مطلقة خالية من التعرض إلى ذلك نفيًا وإثباتًا، لكن في المبسوط عنون المسألة باشتراط الخيار في الصداق ثلاثاً (٢)، وهو غير صريح في اشتراط التعيين، لكنه يشعر به.

ولو قيل باشتراط التعيين أمكن كما في البيع ونحوه، لأن في النكاح معنى المعاوضة، فيراعى فيه انتفاء الغرر.

وقول المصنف: (فإن اختار بقاءه لزم) المراد به: أن المشتراط للخيار من الزوجين إن اختار بقاء المهر لزم واندفع عنه التزلزل.

وقوله: (وإلا ثبت مهر المثل) ظاهره يتناول أمرين: اختيار الفسخ، وعدم اختيار شيء، وهو صحيح بالنسبة إلى الأول دون الثاني، فإنه إذا لم يختار شيئاً بقي الخيار ثابتاً بحاله.

(١) انظر المجموع ١٦ : ٣٣٨.

(٢) المبسوط ٤ : ٣٠٤.

ولو سمي لها شيئا ولأبيها شيئا لزم مسماها خاصة.
ولو أمهرها شيئا وشرط أن يعطي أباهما منه شيئا، قيل: لزم الشرط.

قوله: (ولو سمي لها شيئا ولأبيها شيئا لزم مسماها خاصة، ولو أمهرها شيئا وشرط أن يعطي أباهما منه شيئا، قيل: لزم الشرط).
هنا مسألتان، لأنه إما أن يكون المسمى للأب خارجا عن المهر، أو من جملة المهر.

الأولى: أن يكون خارجا عن المهر فيصح العقد ويلغو ما سماه للأب، صرح به الشيخ في النهاية (١)، وعامة الأصحاب، لرواية الوشاء عن الرضا عليه السلام أنه سمعه يقول: " لو أن رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألف وجعل لأبيها عشرة آلاف، كان المهر جائزا والذي جعله لأبيها فاسدا " (٢).

وقال ابن الجنيد: ولا يلزم الزوج غير المهر من جعالة جعلها الولي أو واسطة، ولو وفي الزوج بذلك تطوعا كان أحوط فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف الصداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك يرجع بنصف المهر وكل الجعالة على الواسطة (٣).

وقال المصنف في المختلف: إن كان قد جعل للواسطة شيئا على فعل مباح وفعله لزمه ولم يسقط منه شيء بالطلاق (٤). وما ذكره المصنف صحيح، إلا أنه على ما فرض لا دخل لذكر ذلك في العقد بالنسبة إلى الزوم وعدمه.
وينبغي أن يكون موضوع المسألة ما إذا اشترط لأبيها شيئا، يكون ثبوته مستندا إلى عقد النكاح. أما إذا اشترط له شيئا على جهة التبرع خارجا عن المهر

(١) النهاية: ٤٧٣.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦١ حديث ١٤٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٤ حديث ٨١١.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٩.

(٤) المختلف: ٥٤٩.

وعن كونه جعالة فيناسب الأصول الصحة، إذ لا مانع من صحة هذا الشرط ولزومه، لأنه فعل سائغ شرعا، فيدخل في عموم قوله عليه السلام، "المؤمنون عند شروطهم" (١). ولا فرق في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجة، أو بفعل الزوج ابتداء. وينبغي على تقدير الصحة أن لا يؤثر الطلاق في شيء من الشرط المذكور.

الثاني: أن يكون من جملة المهر، فظاهر كلام ابن الجنيّد لزومه، لأنه قال: فإن كانت المرأة اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها ونصف ما أخذته من شرطت له ذلك، يعني مع الطلاق قال، لأن ذلك كله بعض الصداق الذي لم يرض نكاحها إلا به. وقال المصنف في المختلف، إن المسمى للواسطة إن لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد، لم يكن عليه منه شيء سواء أطلق أو لا. وأورد عليه شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد أن ذلك شرط مباح فيلزم، لعموم قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم".

والذي يقتضيه صحيح النظر أن ما سماه للأب على أنه من جملة المهر إن قصد كونه للأب ابتداء لا من قبل الزوجة فهو باطل، لأن بعض المهر يمتنع كونه ابتداء لغير الزوجة، وعليه تنزل رواية الوشاء السالفة.

فإن كان قد سمي المجموع للزوجة مهرا، وشرط عليها أن تدفع إلى أبيها منه شيئا على جهة التبرع منها والإحسان، فالفساد لا وجه له، لأن ذلك شرط لا يخالف الكتاب والسنة فلا وجه لإبطاله.

وعلى هذا فلو طلقها رجوع بنصف المجموع، لأن جميعه هو المهر، والشق الثاني مما ذكرناه هو المسألة الثانية في العبارة.

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

ولو شرط ألا يخرجها من بلدها، قيل: لزم الشرط للرواية، وهل يتعدى إلى منزلها؟ إشكال.

وأشار بقوله: (قيل: لزم الشرط) إلى القول المحكي عن ابن الجنيد في عقد النكاح (١)، واعلم أنه لا فرق بين الأب وغيره بالنسبة إلى الشرط المذكور حيث يصح أو يفسد.

قوله: (ولو شرط أن لا يخرجها من بلدها، قيل: لزم الشرط، للرواية، وهل يتعدى إلى منزلها؟ إشكال).

أي: لو شرط الزوج للزوجة في عقد النكاح ألا يخرجها من بلدها الذي هي قاطنة به، قيل: لزم الشرط، والقائل بذلك الشيخ في النهاية (٢)، وابن البراج (٣)، وابن حمزة (٤)، والمصنف في المختلف (٥).

والرواية المشار إليها هي رواية أبي العباس الصحيحة عن الصادق عليه السلام: في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: " يفي لها بذلك أو قال: يلزمه ذلك " (٦).

وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى بطلان الشرط (٧)، وكذا ابن إدريس (٨): لأن الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حق للزوج في أصل الشرع، وكذا السلطنة له عليها في ذلك حق له ثابت، فإذا شرط ما يخالفه، وجب أن يكون باطلاً،

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٩.

(٢) النهاية: ٤٧٤.

(٣) المهذب ٢: ٢١٢.

(٤) الوسيلة: ٣٥٠.

(٥) المختلف: ٥٢٦.

(٦) الكافي ٥: ٤٠٢، حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٧٢، حديث ١٥٠٦.

(٧) المبسوط ٤: ٣٠٣، الخلاف ٣: ١٠، مسألة ٣٢ كتاب الصداق.

(٨) السرائر: ٣١٢.

ولو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها، وأزيد إن أخرجها، فأخرجها إلى بلد الشرك لم يلزم إجابته ولها الزائد. وإن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازما، وفيه نظر.

وهو الأقوى.

وتحمل الرواية على الاستحباب، ولا يبطل العقد: لدلالة الرواية على صحته إذا تقرر ذلك، فعلى القول باللزوم لو شرط لها أن لا يخرجها من منزلها هل يتعدى الحكم باللزوم من المسألة الأولى إلى هذه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن ذلك غرض مطلوب للعقلاء وليس بممنوع منه شرعا، فجاز اشتراطه، لعموم قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (١). ومن أن اشتراط ذلك على خلاف الأصل، لما قلناه من أن سلطنة اسكان الزوجة بيد الزوج، فيقتصر فيه على مورد النص، والأصل عدم التعدي.

قوله: (ولو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها، وأزيد إن أخرجها، فأخرجها إلى دار الشرك لم يلزم إجابته ولها الزائد، وإن أخرجها إلى بلاد الإسلام كان الشرط لازما، وفيه نظر).

القول بلزوم الشرط على الوجه المذكور قول الشيخ في النهاية (٢)، وابن البراج (٣)، وابن حمزة (٤). ومستنده ما روي في الحسن عن علي بن رثاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، وإن لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا، أرأيت أن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: "إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك،

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٢) النهاية: ٤٧٤.

(٣) المهذب ٢: ٢١٢.

(٤) الوسيلة: ٣٥٠.

ولو شرط عدم الإنفاق بطل الشرط.
الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته صداقا
لحررة أو لمن انعتق بعضها، فإن النكاح يبطل.

ولها مائة دينار التي أصدقها إياها. وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار
الإسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده
حتى يؤدي لها صداقها، أو ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له " (١).
وفي هذه الرواية مخالفة لأصول المذهب من وجهين:
أحدهما: إن الصداق غير معين، بل هو خمسون على تقدير، ومائة على تقدير
آخر.

والثاني: وجوب المائة على تقدير إرادة الخروج بها إلى بلاد الشرك، وأن لا
شرط له عليها، وذلك خلاف الشرط، لأن استحقاقها للمائة إنما هو على تقدير
خروجه بها إلى بلاده على ما عين في العقد، ومع ذلك فليست من الصحيح.
وجمع من الأصحاب لا يعملون بها. فلا تكاد تنهض حجة في العدول عن
مقتضى أصول المذهب. ومنشأ النظر الذي ذكره المصنف: من عموم الآية والرواية
بالوفاء بالشرط، ومن مخالفة الشرط، لما دل عليه الكتاب والسنة من كون سلطنة
الإسكان حق للزوج، ومنافاة أصول المذهب، ولم أجد تصريحاً لأحد ببطلان الشرط
والعقد معاً، بل القائلون بعدم الصحة قصرُوا البطلان على الشرط خاصة.
قوله: (الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته
صداقا لحررة أو لمن انعتق بعضها، فإن النكاح يبطل).
السبب الرابع من أسباب فساد المهر استلزام ثبوته نفيه، وذلك إما أن يكون
باعتبار تأثيره في رفع النكاح أو لا، وقد مثل المصنف لكل منهما بمثال معلوم.

(١) الكافي ٥: ٤٠٤ حديث ٩، التهذيب ٧: ٣٧٣ حديث ١٥٠٧.

أما لو زوج ابنه من امرأة وأصدقها أم ابنه أو أخته من مال نفسه فسد الصداق، لأنها لا تدخل في ملكها ما لم يدخل في ملكه، فتعتق عليه، فيصح النكاح دون المهر.

قوله: (أما لو زوج ابنه من امرأة وأصدقها أم ابنه أو أخته من مال نفسه فسد الصداق، لأنها لا تدخل في ملكها ما لم تدخل في ملكه فتعتق عليه فصح النكاح دون المهر).

هذا هو مثال الشق الثاني، وتحريره، إنه إذا استولد أمة لغيره ولدا حرا ثم ملكها، وقبل لابنه منها له نكاح امرأة وجعل أمه صداقا لها، أو كان للولد أخت من أمة مملوكة ثم ملكها الأب ثم جعلها صداقا لزوجة الابن، فإن الصداق في كل من الصورتين لا يصح، لأن كلا من الأم والأخت لا يدخل في ملك الزوجة ما لم تدخل في ملك الزوج الذي هو الولد، لاستحالة أن يملك الإنسان شيئا على جهة المعاوضة وعوضه الحقيقي مال لغيره.

ولهذا لو طلق الصبي بعد بلوغه قبل الدخول، وقد زوجه أبوه وأصدق عنه من ماله، يعود النصف إليه لا إلى الأب على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. وحينئذ فتعتق كل منهما على الولد، لدخولهما في ملكه فيمتنع انتقالها إلى المرأة صداقا، فيبطل الصداق. لكن لا يبطل النكاح هنا، لأن العتق إنما يقتضي بطلان الصداق، ولا منافاة بينه وبين النكاح.

ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (لو زوج ابنه) يندرج فيه الصغير والبالغ إذا أذن، ولا فرق بينهما في تطرق المحذور السابق، ويندرج في المرأة الحرة والمملوكة، والحكم فيهما لا يختلف ولو قال: أم الابن لكان أولى، إذ لا يتعين في العبارة أن يكون الابن الثاني هو المذكور أولا، لصدقه على غيره، وحينئذ فلا يلزم انعقاد الأم، لإمكان كونها إما لابن آخر دون الزوج.

وقوله: (من مال نفسه) لا يكاد تظهر للتقييد به فائدة، لأنه لو كان من مال

الخامس: أن يزوج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد، وفي صحة المسمى قولان،

غيره لم يختلف الحكم.

قوله: (الخامس: أن يزوج الولي بدون مهر مثلها، فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان).

السبب الخامس من أسباب فساد المهر: أن يزوجها الولي بدون مهر مثلها، فقد حكم المصنف بصحة العقد، وحكى قولين في صحة المسمى وفساده ولم يرجح منهما

شيئا. أما صحة العقد، فلصدوره من أهله في محله، لأنه المفروض، وقد سبق أن المهر ليس ركنا في عقد النكاح ولهذا جاز إخلاؤه عنه، فلا يؤثر فساده في العقد وأما القولان اللذان حكاهما في صحة المسمى:

فأحدهما: الصحة، ذهب إليه الشيخ في الخلاف والمبسوط (١)، ووجهه أن للولي العفو بالنسبة إلى المهر، لقوله تعالى: * (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) * (٢) فإذا ساغ له العفو عن الحق بعد ثبوته فالعفو بدونه أولى، وهذا التعليل يقتضي أمرين: أحدهما: إن الذي سوغ له ذلك هو الذي يصح منه العفو، وهو الأب أو الجد له دون سائر الأولياء.

الثاني: أنه لا يشترط في صحة المسمى كون النكاح بدون مهر المثل مما تدعو إليه الحاجة أو تقتضيه المصلحة، لأنه لا يشترط لجواز العفو وجود المصلحة معه. إذا عرفت ذلك ففي دلالة هذا التعليل على المدعى نظر، لأن المانع أن يمنع الأولوية المذكورة فإن العلة غير مقطوع بها.

(١) الخلاف ٣: ١١ مسألة ٣٧ كتاب الصداق، المبسوط ٤: ٣١١.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

وكذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمى يبطل. وفي فساد النكاح إشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره، ومن بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاها وما قنعا به،

وحكى في المبسوط (١) قولاً ببطان المسمى، لوجوب مراعاة القيمة في أموالها ففي البضع أولى، وفيه نظر، لأن البضع ليس مالا حقيقة ولا المقصود الأصلي منه المال. والذي يقتضيه صحيح النظر أنه إن اقتضت المصلحة التزويج بدون مهر المثل صح العقد والمهر ولزم، وإلا كان العقد فضولياً يتوقف على الإجازة بعد البلوغ، لأن صحة تصرفات الولي منوطة بالمصلحة، وبدونها يكون كتصرف الأجنبي، والبضع وإن لم يكن مالا حقيقة لكنه ملحق بالأموال، لمقابلته بها وثبوت ضمان قيمته بمهر المثل في مواضع.

ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان) مقتضاه بطلان المسمى على أحد القولين مع صحة العقد، وعلى هذا فيثبت مهر المثل، لكن ثبوته هل هو بنفس العقد، أو بالدخول كالمفوضة؟ صرح بالأول جماعة، لأن التسمية اقتضت عدم الرضى بإخلاء العقد عن المهر، وفيه بعد، لأن إيجاب شيء بالعقد لم يجر له فيه ذكر، ولم يقع عليه التراضي من الأمور المستبعدة.

قوله: (وكذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمى يبطل، وفي فساد النكاح إشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره، ومن بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاها وما قنعا به). إذا زوج الولي المولى عليه الذكر امرأة بأزيد من مهر مثلها، فالمسمى باطل لا محالة، لأنه تصرف مشتمل على إضاعة المال حقيقة: لأن الفرض أن البضع لا يعاد له، بخلاف ما لو عقد للمولى عليها بدون مهر المثل، فإن المسمى لا يبطل على أحد

(١) المبسوط ٤: ٣١١.

القولين كما سبق.

والفرق جواز العفو للولي عن بعض المهر، وأن البضع ليس ما لا حقيقيا، ولا المقصود الأصلي منه المال. وفي فساد النكاح الإشكال الذي ذكره المصنف، وذكر منشأه، وتنقيحه: إن عقد النكاح غير مشروط بثبوت المهر في الواقع ولا بذكره في العقد، فخلوه عنه لا يقتضي فساده. وقد صدر العقد مشتملا على المسمى الزائد وحكم بطلانه للزيادة، فيجب أن يبقى العقد صحيحا ولا يبطل بطلان المسمى، وفيه نظر لأن عقد النكاح وإن لم يكن مشروطا بالمهر لا تلزم صحته في محل النزاع، لأنه لم يقع على الوجه المأذون فيه شرعا، لأن تصرف الولي إنما يعتبر مع عدم التخسير. فإذا قارنه كان كتصرف الأجنبي.

ويحتمل بطلان العقد من رأس، لأنه لو صح لوجب أن يثبت مهر المثل على وجه قهري، وذلك بعيد، لأن ما تراضيا عليه وقنعا به هو الزائد على مهر المثل، فكيف يبطل ما رضيت به ويثبت لها دونه مع عدم رضاها به.

وما كان بعيدا فهو مرجوع لا يجوز التمسك به مع وجود الراجع، فيبطل الثاني، ويلزمه بطلان المقدم.

وقد أورد عليه الشارح الفاضل النقض بالعقد على الخمر المجهول (١)، وهو غير وارد، لأن العقد على الخمر برضى الزوجين لا يقتضي بطلان الصداق فيه بطلان النكاح، لصدوره بتراضيهما. بخلاف عقد الولي في موضع الإذن شرعا، فإنه حينئذ يكون فضوليا، وأين هذا من ذلك.

واعلم أن التشبيه الواقع في قوله: (وكذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل) ليس على ما ينبغي، لأن المذكور في المسألة المشبه بها حكمان: أحدهما صحة العقد، والآخر

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢١١.

والأقوى أن مع فساد المسمى يثبت الخيار في فسخ العقد وإمضائه.

أن في صحة المسمى قولين، وليس واحد منهما ثابتا في المشبه، لأن المسمى فيها يبطل، وفي فساد النكاح قولان.
قوله: (والأقوى أن مع فساد المسمى يثبت الخيار في فسخ العقد وإمضائه).

قد عد الشارحان الفاضلان هذا وجها ثالثا في المسألة (١)، بناء على أن أحد الوجهين السابقين هو بطلان العقد من رأس، ولا وجه له على القول بأن عقد الفضولي موقوف على الإجازة، لأن أقل مراتب تصرف الولي هنا أن يكون فضوليا. نعم يمكن أن يحمل البطلان على عدم اللزوم وهو الفضولي. ويراد بالوجه الثالث: ثبوت النكاح مترلزلا، فإن شاء فسخه وإن شاء أمضاه وهذا هو المتبادر من عبارة الكتاب ولا تأباه عبارة الشارحين، بل الظاهر من عبارة المصنف أن ثبوت الخيار في كل من المسألتين المذكورتين يلوح ذلك من قوله: (مع فساد المسمى) إذ لولا ذلك لكان مستدركا: لأنه قد قطع بفساد المسمى في المسألة الثانية. وعلى هذا فيكون الكلام في المسألة الأولى أن في صحة المسمى وفساده قولين، فإن قلنا بالفساد ففي ثبوت الخيار في فسخ العقد وعدمه قولان، فإذا اختصرنا قلنا في المسألة ثلاثة أقوال: صحة العقد والمسمى، فساد المسمى ولزوم العقد، فساد المسمى وثبوت الخيار في العقد.

وفي المسألة الثانية بالنسبة إلى العقد ثلاثة أوجه: اللزوم، والفساد، وثبوت الخيار. وأما المسمى فإنه فاسد وجها واحدا.

إذا عرفت ذلك فالخيار المذكور لمن يكون؟ صرح الشارح ولد المصنف بأنه لمن زاد الصداق عليه على مهر المثل أو نقص عنه، وهو الزوج في المسألة الثانية،

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢١١

نعم لو أصدق ابنه أكثر من مهر المثل من ماله جاز وإن دخل في ملك الابن ضمنا.

السادس: مخالفة الأمر، فإذا قالت: زوجني بألف فزوجها بخمسمائة لم يصح العقد، ويحتمل ثبوت الخيار.

والزوجة في المسألة الأولى (١). ولا أرى لهذا التخصيص وجهها، لأن الغرض فساد المسمى في المسألتين، بل ينبغي ثبوت الخيار لكل منهما في كل من المسألتين، لانتفاء التراضي من الجانبين. والمختار ما قدمناه في كل من المسألتين وهو أن النكاح بالمسمى فضولي موقوف على الإجازة.

قوله: (نعم لو أصدق ابنه أكثر من مهر المثل من ماله جاز، وإن دخل في ملك الابن ضمنا).

هذا في قوة الاستثناء من قوله: (لو زوجه بأكثر من مهر المثل..). فكأنه قال: لو زوج ابنه بأكثر من مهر المثل فسد المسمى، إلا إذا كان صداق المسمى مال الأب فإنه لا يفسد، لأنه لا تخسير للولد حينئذ.

فإن قيل: يدخل الصداق في ملك الابن ضمنا فيلزم التخسير.

قلنا: لا يلزم، لأن التخسير إتلاف مال بالعقد ماليته ثابتة بغيره، وليس كذلك محل النزاع، لأن الصداق لم يملكه الابن إلا بسبب العقد، فلم يلزم إتلاف مال بالعقد لولاه لكان ثابتا للزوج.

قوله: (السادس: مخالفة الأمر، فلو قالت: زوجني بألف، فزوجها بخمسمائة، لم يصح العقد، ويحتمل ثبوت الخيار).

السبب السادس من أسباب فساد المهر مخالفة الوكيل ما عينته الزوجة فإن

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢١١.

ولو قالت: زوجني مطلقا فزوجها بأقل من مهر المثل، فالأقرب

قالت: زوجني بألف مثلا، فزوجها بأقل كخمسمائة، ففي صحة العقد وفساده وجهان: أحدهما: - واختاره المصنف - الفساد، لأن تقديرها المهر يدل على عدم رضاها بما دونه، وما لا ترضى به الزوجة فاسد لا محالة.

والثاني: ثبوت الخيار لها، ولا يقع العقد فاسدا بمعنى أنه يكون موقوفا على إجازتها، فإن رضيت به صح وإلا كان فاسدا، لأنه عقد صدر ممن ليست له ولاية شرعية على المعقود عليه ولا إذن شرعي وذلك هو الفضولي، ولا يضر ما لزم من التعيين وهو عدم رضاها بغير المعين، لأن المؤثر في العقد الفضولي هو الرضى المتأخر عنه وضده دون المتقدم عليه، كذا فهم الشارحان (١) الفاضلان من العبارة.

ولا ريب أن المتبادر من قوله: (لم يصح العقد) هو البطلان، أما ثبوت الخيار فإن المتبادر منه صحة العقد وثبوت النكاح وإن كان مترلزلا، وعلى هذا حملة شيخنا الشهيد في بعض ما ينسب إليه من الحواشي

وحمل عدم صحة العقد المذكور قبله على عدم لزومه وأنه فضولي، والحمل في الموضوعين صحيح في نفسه، إلا أن توجيه الصحة مع ثبوت الخيار موضع نظر، فإنه إذا كان خلاف الأمور به فكيف يقع صحيحا.

ويمكن أن يقال في توجيهه: إن النكاح لما لم تكن صحته مشروطة بالمهر لم يلزم من المخالفة بطلانه فيقع صحيحا، لكن لما لم يكن المهر على الوجه المأذون فيه لم يقع لازما، لبعده وجوب الرضى بمهر المثل على وجه قهري، فيثبت الخيار بين الفسخ والإمضاء، والأصح إن العقد من أصله مع المهر فضولي يقف على الإجازة، لانتفاء الأهلية في غير موضع الإذن.

قوله: (ولو قالت: زوجني مطلقا، فزوجها بأقل من مهر المثل،

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢١١.

الرجوع إلى مهر المثل.
ولو لم يذكر مع الإطلاق المهر احتمل الصحة، للامتنان، والفساد إذ
مفهومه ذكر المهر عرفاً،

فالأقرب الرجوع إلى مهر المثل).
أي: لو قالت: زوجني، وأطلقت الإذن بحيث لم تقيد النكاح بمهر ولا عدمه
فقوله: (مطلقاً) ليس من جملة قولها وإنما هو لبيان حال قولها، وأنه معرى عن التعرض
إلى المهر إثباتاً ونفيًا، فزوجها حينئذ بأقل من مهر المثل ففيه وجهان، أقربهما عند
المصنف صحة النكاح وبطلان المسمى والرجوع إلى مهر المثل.
أما صحة النكاح، فلصدوره بأذنها، وأما بطلان المسمى وثبوت مهر المثل، فلأن
الإطلاق منزل على العقد بمهر المثل فصاعداً. كما أن أمر المالك ببيع ماله من غير
تقييد منزل على البيع بثمن المثل، لاقتضاء العرف التقييد بذلك، ولأن الغبطة
والمصلحة لا تتحقق بدونه فيكون إطلاقها بمنزلة التقييد بمهر المثل، فيفسد المسمى،
للمخالفة، ويثبت مهر المثل لعدم الرضى بالتفويض.
والثاني: بطلان العقد من رأس، لأن الإطلاق منزل على مهر المثل كما سبق،
فكان كما لو عينت فخالف في أنه غير مرضي لها.
ويجئ وجه ثالث، وهو صحة العقد ووجوب مهر المثل وثبوت الخيار لها،
وتقريبه معلوم مما سبق، وإنما فرق المصنف بين هذه وبين التي قبلها في الحكم، فجزم
بالصحة والرجوع إلى مهر المثل هنا، وحكم بثبوت الخيار في التي قبلها، لأن التقييد
منصوص عليه ومقطوع به، وهنا مظنون، فلا تكون المخالفة مقطوعاً بها بحيث يلزم
فساد العقد أو تزلزله. والأصح أنه فضولي يقف على الإجازة، لأن إطلاق الإذن في
التزويج منزل على كونه بمهر المثل، فيكون ما عداه واقعا بغير إذن.
قوله: (ولو لم يذكر مع الإطلاق المهر احتمل الصحة، للامتنان،
والفساد، إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً).

ومع التقييد يحتمل الفساد، والخيار فيثبت مهر المثل.
ولو قالت: زوجني بما شاء الخاطب فهو تفويض يأتي.
ولو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت، صح.

أي: لو لم يذكر الوكيل في العقد المهر أصلا، والحال أنها قد أطلقت له الإذن في التزويج احتمل الصحة، لأنه امتثل ما أمرته به، ويجب مهر المثل حينئذ، لأن إطلاق الإذن منزل على التزويج بمهر المثل.

وإذا اقتضى إطلاق الإذن مهر المثل كان إطلاق العقد كذكره فيه، وفيه منع ظاهر، والفرق ظاهر، واحتمل الفساد، لأن الإطلاق منزل على العقد بمهر المثل. ولا يعد السكوت عن المهر تفويضا، نظرا إلى العرف وقد خالف فلا يكون صحيحا، والأصح أنه فضولي يقف على الإجازة.

قوله: (ومع التقييد يحتمل الفساد والخيار، فيثبت مهر المثل).

أي: لو لم يذكر الوكيل المهر في العقد، بل أطلقه وقد قيدت له الإذن في التزويج بالمهر احتمل الفساد، للمخالفة، واحتمل ثبوت الخيار لها في إجازة العقد وعدمها، لأنه لا يقصر عن الفضولي، فإن أجازته ثبت مهر المثل بنفس العقد، لانتفاء كون الإذن تفويضا.

ولا يخفى أن المتبادر إلى الفهم من ثبوت الخيار صحة النكاح وتزلزله، وكيف كان فالأصح أن العقد فضولي يقف على الإجازة، والمتجه أنه مع الإجازة لا يجب المهر بنفس العقد، لانتفاء ما يقتضيه، فيكون وجوبه بالدخول.

قوله: (ولو قالت: زوجني بما شاء الخاطب، فهو تفويض يأتي، ولو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت، صح).

أي: لو قالت الزوجة لو كيلها: زوجني بما شاء الخاطب، فزوجها كذلك صح، فإن ذلك تفويض، لأن التفويض قسمان: تفويض البضع، وهو إخلاء العقد عن ذكر المهر،

وليس تفريق الصفقة سببا للفساد، فلو أصدقها عبدا يساوي الفين،
على أن ترد عليه ألفا، فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع، فلو أرادت أفراد
الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع.

وتفويض المهر، وهو ذكر المهر في العقد على الجملة منهما ويفوض تقديره إلى أحد
الزوجين، ولا شبهة في صحة كل من التوكيل والعقد كذلك. ولا يكون العقد كذلك
عقد المجهول يجب به مهر المثل، خلافا للشافعي (١)، ولا وجه له بعد ما بين أن ذلك
تفويض صريح.

قوله: (وليس تفريق الصفقة سببا للفساد، فلو أصدقها عبدا يساوي
ألفين على أن ترد إليه ألفا، فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع، فلو أرادت
أفراد الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع).
قد عد الشافعي من أسباب فساد المهر تفريق الصفقة (٢)، فاعتنى المصنف
بذكره وبيان أنه لا يعد سببا لفساد المهر ردا عليه، وتحقيقه أنه إذا تزوج امرأة بعبد
يساوي ألفي درهم على أن ترد إليه ألفا من مالها، فيكون حينئذ نصف العبد صداقا
ونصفه في حكم مبيع وليس مبيعا حقيقة، لأن رد الألف من مالها وقع بصورة الشرط
فكان من توابع عقد النكاح.

ولو أن الولي قال: زوجتك ابنتي وبذلت لك ألفا من مالها بالعبد الفلاني فقبل
الزوج، لكان أدل على مقابلة نصف العبد للبضع والنصف الآخر للألف.
وكيف كان فإذا أرادت أفراد الصداق - أعني نصف العبد أو المبيع وهو نصفه
الآخر بالرد لظهور عيب في العبد - كان لها ذلك، ولم يفسد الصداق إذا ردت نصف
المبيع.

(١) المجموع ١٦ : ٣٧٣.

(٢) الوجيز ٢ : ٢٧.

الفصل الثالث في التفويض

قوله: (الفصل الثالث: في التفويض).
وفرغ من تسويده مؤلفه الفقير إلى الله تعالى علي بن عبد العالي، بالمشهد
المقدس الغروي على مشرفه الصلاة والسلام منتصف النهار من يوم السبت تقريبا
الثامن عشر شهر جمادى الأولى من سنة خمس وثلاثين وتسعمائة، حامدا لله تعالى
على آلائه مصليا على رسوله محمد وآله، مسلما (١).

(١) في النسخة الحجرية: قد فرغ من كتابة هذا الكتاب المستطاب أقل الكتاب الطلاب حسن
ابن عبد الله في السنة الثانية من العشر الثامن من المائة الثالثة من الألف الثاني على مهاجرها
ألف ألف تحية وألف ألف ثناء.

وفي نسخة ض: هذا آخر ما وجد من كلامه قدس سره، وفرغ من كتابته الفقير إلى الله الغني
عبد الله بن علي بن سيف الصيمري في صبح اليوم الثاني عشر من شهر عاشورا من شهر
سنة خمس وخمسين وتسعمائة هجرية قمرية على مشرفها أفضل الصلوات وأكمل التسليمات
في بلدة الجزائر المحروسة، فرحم الله من ترحم عليه ودعا له بالمغفرة، والحمد لله أولا وآخرا.
وفي نسخة ش: تحريرا في ثامن عشر شهر الله المبارك ذي الحجة الحرام أفاض الله أنواره
لسنة إحدى وتسعين وتسعمائة على يد الفقير إلى الله الغني بالله الداعي إلى دين الله غياث
الدين محمود بن محمد بن عبد الخالق بن غياث الدين جمشيد المنجم صاحب الرصد المشهور
بين الجمهور غفر الله لهم ولأسلافهم، ولله الحمد.

وهو قسمان:

الأول: تفويض البضع: وهو إخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر، وليس مبطلا، مثل زوجتك نفسي أو فلانة، فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على أن لا مهر عليك صح العقد.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمدا كثيرا كما هو أهله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين.

قوله رحمه الله: (وهو قسمان: الأول تفويض البضع، وهو إخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر وليس مبطلا، مثل: زوجتك نفسي، أو فلانة. فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على ألا مهر عليك صح العقد).

التفويض: أن يجعل الأمر إلى غيره ويكله إليه، وتسمى المرأة مفوضة، لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، ومفوضة، لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج، أو لأن الأمر في المهر مفوض إليها بالنسبة إلى نفيه وعدمه. ثم التفويض في النكاح نوعان: تفويض البضع، وتفويض المهر، فتفويض المهر سيأتي وهو صحيح عندنا.

وتفويض البضع وقد عرفه المصنف، بأنه (إخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر)، والذي يستحق المهر هو المرأة، فيكون إخلاء العقد عن ذكر المهر بأمر المرأة. وقد ينقض في عكسه بخروج العقد الصادر من المرأة خاليا من المهر، لأن الصادر من المرأة لا يقال إنه وقع بأمرها.

ويرد عليه أيضا عقد الفضولي الخالي من المهر إذا لحقته الإجازة، إذ الإجازة اللاحقة له لا تصيره واقعا بالأمر.

ويرد عليه أيضا تزويج الولي إياها مفوضة على القول بصحته.

ولو قالت: على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانية، احتمل الصحة، لأنه معنى أن لا مهر عليك، والبطلان، لأنه جعلها موهوبة.

ولو قال: هو إخلاء العقد من ذكر المهر بفعل الزوجة، أو من يقوم مقامها، مثل: زوجتك نفسي إذا كان العاقد الزوجة، أو زوجتك فلانة إذا كان العاقد غيرها، وليس ذلك مبطلا قطعا، حتى لو عقد ونفى المهر كان صحيحا، مثل زوجتك ولا مهر عليك.

ولا فرق بين كون الزوجة بكرا أو ثيبا في ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن مفوضة البضع لا يجب لها مهر بالعقد عندنا، خلافا لبعض العامة، حيث أوجبه بالعقد (١). ويدل عليه ما رواه منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا، قال: " لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها " (٢).

وقد سبق في الفصل الثاني من باب نكاح الإمام - فيما إذا أعتقت الأمة قبل الدخول وقد زوجها سيدها مفوضة - ما يدل على ثبوت الخلاف المذكور عندنا، ويمكن أن يريد المصنف التفريع على كل من القولين، وإن لم يكن القول الثاني ثابتا عندنا.

قوله: (ولو قالت: على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانية احتمل الصحة، لأنه معنى على ألا مهر عليك. والبطلان، لأنه جعلها موهوبة). قد سبق أنها لو قالت: زوجتك نفسي على أن لا مهر عليك صح العقد، فلو قالت: زوجتك على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانية، وأرادت بثاني الحال ما بعده مستمرا إلى حين الدخول، ففي صحة العقد وجهان:

(١) قاله أبو حنيفة، انظر: المجموع ١٦: ٣٧٢، الوجيز: ٢٩.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٢١٣.

ويصح التفويض في البالغة الرشيدة دون من انتفى عنها أحد الوصفين.

نعم لو زوج الولي مفوضة أو بدون مهر المثل، قيل: صح ويثبت مهر المثل بنفس العقد. وفيه إشكال ينشأ: من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر

أحدهما: الصحة، لأنه قد سبق لها إذا زوجته على أن لا مهر عليه صح، وهذا بمعناه، لأن المهر المنفي نكرة، وهي في سياق النفي تفيد العموم. ويمكن الفرق بينهما: بأن ظاهر العموم لا يأبى التخصيص، بخلاف ما نص فيه على نفي المهر في الحالين، فإنه يمتنع تخصيصه بلزوم المهر في ثاني الحال. والثاني: البطلان، لأنها قد جعلت نفسها موهوبة، حيث أنه لا مهر لها في الابتداء ولا في الانتهاء، والهبة في النكاح من خصائصه عليه السلام. ويجئ احتمال ثالث: وهو صحة العقد وفساد التفويض، وبفساده يجب مهر المثل، والقول بفساد العقد من رأس قوي، لأن من مقتضيات عقد النكاح وجوب المهر في الجملة، إما بالعقد أو بالفرض أو بالوطء فإذا شرط ما ينافيه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل به. قوله: (ويصح التفويض في البالغة الرشيدة دون من انتفى عنها أحد الوصفين).

لا شك أن البالغة الرشيدة أمرها بيدها، وقد سبق بيان ذلك، فإذا زوجت نفسها، أو زوجها وكيلها بإذنها مفوضة صح، لانتفاء المانع. بخلاف الصبية وغير الرشيدة، لثبوت الحجر على كل واحدة منهما.

قوله: (نعم لو زوج الولي مفوضته أو بدون مهر المثل صح، وقيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد، وفيه إشكال ينشأ: من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر

الولي فيصح التفويض وثوقا بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، وعلى الثاني المتعة.

الولي، فيصح التفويض وثوقا بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، وعلى الثاني المتعة).

هذا استدراك لما عساه يتوهم من قوله: (دون من انتفى عنها أحد الوصفين) والمعنى أن من انتفى عنها البلوغ والرشد لا يجوز تزويجها مفوضة لغير وليها. أما الولي فإنه إذا زوجها كذلك مع وجود المصلحة كان صحيحا، وكذا يصح النكاح إذا زوجها بدون مهر المثل مع المصلحة، لأن صحة تصرفات الولي كلها دائرة مع المصلحة، فحيث وجدت كان تصرفه معتبرا.

فإن قيل: عبارة المصنف خالية من التقييد بالمصلحة كما هو واضح. قلنا: يدل على التقييد قوله فيما بعد: (ينشأ من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولي).

فقوله: (وقيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد) إشارة إلى قول الشيخ رحمه الله، فإنه حكم بصحة النكاح وبطلان التفويض، لوجوب مراعاة عوض المثل للبضع في النكاح كما في المعاوضة على سائر الأموال، وأوجب مهر المثل بنفس العقد لفساد التفويض (١). ولو لم يجب المهر بنفس العقد لكان التفويض صحيحا، إذ لا واسطة بين الصحة والفساد، وكذا القول في عقده على أقل من مهر المثل. وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى، ورد المصنف كلام الشيخ بما ذكره من الإشكال، وتنقيحه: إن النكاح منوط بالمصلحة وهي منوطة بنظر الولي، فإذا اقتضى نظره وجود المصلحة في التفويض وقع صحيحا وثوقا بنظره، والفرض وجود المصلحة

(١) المبسوط ٤: ٢٩.

وللسيد تزوج أمته مفوضة، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثاني والزوج ويملكه الثاني. ولو أعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، والتقدير إليها وإليه.

مفوضة لم تكن مفوضة ووجب مهر المثل بالعقد عند قوم، وعندنا بالدخول (١). واعلم أيضا أن مرجع الضمير في قول المصنف: (وفيه إشكال) ينبغي أن يكون هو ما دل عليه ثبوت مهر المثل بالعقد، أعني فساد التفويض، لأن ما ذكره في توجيه الإشكال يدل على صحة التفويض، فلو جعل مرجع الضمير ثبوت مهر المثل بالعقد لم يرتبط الكلام.

قوله: (وللسيد تزويج أمته مفوضة، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثاني والزوج ويملكه الثاني، ولو أعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، والتقدير إليها وإليه).

للسيد تزويج أمته مفوضة قطعاً، لأن المهر له، فلا مانع من الصحة، وحينئذ فيما أن تبقى في ملكه إلى حين الدخول، أو لا.

والأول: حكمه ظاهر، وهو ثبوت مهر المثل للمولى.

والثاني: إما أن يكون زوال ملكه عنها قبل الدخول بالبيع أو بالعتق، فإن باعها فللمشتري فسخ النكاح على ما سبق، فإن أجازها كان تقدير المهر إليه وإلى الزوج.

فإذا قدره ملكه المشتري وهو المولى الثاني، لأنه ثبت في ملكه. وإن أعتقها ملكت أمرها، وكان تقدير المهر إليها وإلى الزوج، وتملكه هي إذا قدره له أو مهر المثل بالدخول.

ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن المراد بالثاني في قوله: (كان التقدير إلى

(١) المبسوط ٤: ٢٩٥.

ثم المفوضة تستحق عند الوطاء مهر المثل، وإن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض وقبله المتعة.

الثاني) هو المشتري، ولو قال: كان التقدير إليه لكان أخصر، ولعله إنما عدل عن المضمّر إلى المظهر تنبيها على علة استحقاقه للمهر، وهي مولويته الطارئة الناسخة لمولوية الأول.

وقوله: (ولو أعتقها قبله فرضيت فالمهر لها) تصريح بحكم المسألة على طريق الجزم، وقد سبق من المصنف في نكاح الإماء في الفصل الثاني صورة التردد في أن المهر لها أو للسيد، وما جزم به هنا هو المذهب.

قوله: (ثم المفوضة تستحق عند الوطاء مهر المثل، وإن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض، وقبله المتعة).

أما الحكم الأول فقد أجمع عليه الأصحاب وتواترت به الأخبار، وفي قوله تعالى: * (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن) * (١) الآية إيحاء إلى ذلك، لدلالاتها على أنه مع المسيس ثبت الجناح، وهو مهر المثل اتفاقا. ولا يخفى أن ذلك حيث لم يفرض لها المهر حتى دخل بها.

وأما الحكم الثاني فصريح القرآن ناطق به وهو قوله تعالى، * (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) * (٢)، ووجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول، والفرض مدلول عليه بقوله تعالى: * (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) * (٣) في سياق التطليق قبل المسيس وقبل الفرض، ولا يخفى أن المراد بالوطء هنا وفي سائر مواضع إطلاقه تغييب الحشفة.

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

ولا يجب مهر المثل ولا المتعة بنفس العقد، فلو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء، وبعد الدخول مهر المثل، وبعد الفرض المفروض.

قوله: (ولا يجب مهر المثل ولا المتعة بنفس العقد).
أما المتعة فإنما تجب بالطلاق قبل الميسر والفرض فلا يجب بنفس العقد، وأما مهر المثل فبعض الشافعية أوجبه بالعقد (١)، وأصحابنا على وجوبه بالوطء. وقد أوردنا في أول الباب رواية منصور بن حازم (٢)، الدالة على ذلك، ويؤيده أن العقد سبب في وجوب ما تضمنه دون ما لم يذكر فيه، لانتفاء سببه. قال الشيخ في المبسوط: مفوضة البضع لا تملك بالعقد مهرا أصلا، وإنما تملك بالعقد أن تملك (٣).

فرع: لا تجب المتعة عندنا إلا في مفوضة البضع إذا طلقت قبل الميسر ولم يفرض لها مهر، وهل يستحب لباقي المطلقات؟ الأصح نعم، وقد نطق القرآن بالحكم في قوله تعالى: * (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء) * (٤) الآية.
قوله: (فلو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء، وبعد الدخول المثل، وبعد الفرض المفروض).

وجه عدم وجوب شيء انتفاء سبب الوجوب، لأنه في صورة التفويض منحصر في الفرض والدخول، لثبوت سببتهما له في الكتاب والسنة وانتفائهما عن الموت، لعدم النص، فيتمسك بأصالة العدم وأصالة براءة الذمة.
وقد روى الحلبي صحيحا عن الصادق عليه السلام: في المتوفى عنها زوجها

(١) قاله أبو إسحاق، انظر المجموع ١٦ : ٣٧٢.

(٢) التهذيب ٧ : ٣٦٢ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٣.

(٣) المبسوط ٤ : ٢٩٦.

(٤) البقرة: ٢٣٦.

ولو تراضيا بعد العقد بالفرض - وهو تقدير المهر وتعيينه - صح،
سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، وسواء علما مهر المثل أو
أحدهما أو جهلاه.

قبل الدخول: " إن كان فرض لها زوجها مهرا فلها، وإن لم يكن فرض مهرا فلا
مهر " (١) نعم يثبت الميراث لتحقق الزوجية المقتضية له.
وقول المصنف: (فلا شيء) يعم المهر والمتعة، وذهب أبو حنيفة (٢)، وأحمد (٣)،
وبعض الشافعية إلى وجوب مهر المثل بالموت كما يجب بالوطء (٤).
قوله: (ولو تراضيا بعد العقد بالفرض، وهو تقدير المهر وتعيينه صح،
سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، وسواء علما مهر المثل أو
أحدهما أو جهلاه).

لا ريب أن الزوجين إذا تراضيا بعد عقد النكاح مع التفويض على فرض
المهر وتقديره صح، لأن الحق لا يعدوهما ولم يتعين بعد، فصح منهما تعيينه.
وبذلك نطق القرآن في قوله تعالى: * (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن
وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) * (٥). وقد عرف المصنف الفرض بأنه:
(تقدير المهر وتعيينه) وتقديره إشارة إلى ذكر مقداره، وتعيينه إشارة إلى ذكر جنسه
ووصفه. ويمكن أن يريد بتقديره: ما يعم بيان جنسه ووصفه، ويكون قوله: (وتعيينه)
مسوقا لتفسيره وبيانه.
إذا تقرر ذلك فإذا قدره صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه،

(١) التهذيب ٨: ١٤٦ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣: ٣٤١ حديث ١٢١٥.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٨: ٥٩، المجموع ١٦: ٣٧٣.

(٣) المصدرين السابقين.

(٤) قاله إسحاق، انظر: المجموع ١٦: ٣٧٣.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

والاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة أهلها ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوز ردت إليها.

وسواء كانا عالمين بقدر مهر المثل أو جاهلين أو بالتفريق. وفي وجه للشافعية (١) بطلان الفرض مع جهلها أو جهل أحدهما بمهر المثل، بناء على وجوب مهر المثل بالعقد وأن المفروض بدله، وكذا فيما إذا فرضا زيادة على مهر المثل وجه بالبطلان مبني على ذلك، وقد سبق ما يدل على بطلان المبني عليه.

قوله: (والاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة أهلها، ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوز رد إليها).

لا ريب أن مهر المثل هو قيمة المثل بالنسبة إلى البضع، والمراد به ما يليق بذله في مقابل نكاح أمثالها، والحاجة تمس إليه في مواضع منها التسمية الفاسدة، ومنها إذا نكح عدة نساء بمسمى واحد فإنه يصح ويوزع على مهور أمثالهن، ومنها الوطاء في النكاح الفاسد والشبهة والإكراه، فإنه يوجب مهر المثل، وكذا ما جرى هذا المجرى، ومنها المفوضة وهي المقصودة بالبيان هنا.

إذا تقرر ذلك فقد قال المصنف: إن (الاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة أهلها ما لم يتجاوز مهر السنة)، فاعتبر فيه ثلاثة أمور، لكن استفيد من آخر كلامه اعتبار كل ما يختلف لأجله المهر وإن كان الموجود في عبارته ما يختلف لأجله النكاح، ولا يريد به إلا المهر.

وبه صرح في التحرير (٢)، وكذا الشيخ في المبسوط (٣)، وجماعة من الأصحاب (٤)، واقتصر المفيد على اعتبار الشرف والجمال (٥)، واعتبر أبو الصلاح السن

(١) المجموع ١٦ : ٣٧٢.

(٢) التحرير ٢ : ٣٥.

(٣) المبسوط ٤ : ٢٩٩.

(٤) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٨.

(٥) المقنعة: ٧٨.

والجمال والتحصن (١). ولا شبهة في اعتبار جميع ذلك، ومنه عقلها وتأديبها ويسارها، وبكارتها، وصراحة نسبها وشرفه، ومعرفتها بتدبير المنزل، وما جرى هذا المجرى، وأضداد ذلك لأن المهر يختلف بجميع ذلك اختلافا بينا، والركن الأعظم في ذلك عادة أهلها.

وتنقيحه: إن مهر مثل المرأة ما جرت العادة المستمرة بجعله مهرا لنساء أهلها اللاتي هن في مثل صفاتها اللاتي يزيد المهر أو ينقص باعتبارها كائنا ما كان. فالمرجع في مهرها إلى مهورها إذا ساوتهن في الصفات التي لها مدخل في زيادة المهر ونقصانه. ومن هذا يعلم أن عبارة المصنف ليست حسنة، لأنه ليس مجموع الأمور الثلاثة التي ذكرها في أول كلامه هي المرجع في تعيين مهر المثل، وإنما المرجع عادة الأهل، والاستواء في الصفات المذكورة شرط، وظاهر أول الكلام اعتبار عادة الأهل مطلقا مع الشرف والجمال، وآخر الكلام يدفع هذا الوهم. وقيده المصنف وأكثر الأصحاب (٢) مهر المثل بما إذا لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوز رد إليها، احتجاجا بما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمي صداقها حتى دخل بها قال: "السنة، والسنة خمسمائة درهم" (٣).

وطعن فيه المصنف في المختلف بأنه غير دال على المطلوب صريحا (٤)، وهو كما قال: فإن المبحوث عنه هي المفوضة، ومورد الرواية ما إذا وهم أن يسمي صداقها. ويلوح منه إن كان أراد التسمية فنسبها، وليس هذا من التفويض في شيء، ومن

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٣.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ٢٩٩، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١١، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٨.

(٣) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٩، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٥.

(٤) المختلف: ٥٤٩.

الممكن أن يكون قد ذكر في العقد ما يقتضي مهر السنة.
وحكى المصنف في المختلف قولاً لبعض علمائنا، بأن مهر المثل لا يتقدر بقدر،
لإطلاق الأخبار في ذلك. (١)

مثل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام، في رجل
تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ثم دخل بها قال: " لها صداق نسائها " (٢).
وموثقة منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج
امرأة ولم يفرض لها صداقاً، قال: " لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها
مهر نسائها " (٣).

وصحيحة الحلبي قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً
ثم طلقها، قال: " لها مهر مثل مهور نسائها ويمتعها " (٤).

ويؤيده أن البضع ملحق بالأموال، فيجب أن يكون مهر المثل له هو ما يقتضي
الرغبات بذله لأمثال تلك المرأة بالغاً ما بلغ كسائر الأموال.

ويؤيد الأول اشتهار القول بذلك بين الأصحاب حتى كاد يكون إجماعاً، بل
ادعى الشارح الفاضل الاتفاق على ذلك (٥) وليس الأمر كما ادعاه قطعاً، فإن المصنف
صرح بالخلاف عندنا في المختلف (٦)، وحكى القولين ولم يرجح شيئاً، ولا شبهة في قوة
القول الثاني، لكن مخالفة كبار الأصحاب من الأمور المستهجنة، والعمل بالمشهور
أحوط.

(١) المختلف: ٥٤٩.

(٢) الكافي ٥: ٣٨١ حديث ١٠، التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٢.

(٣) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٣: ٢٥٥ حديث ٨١٣.

(٤) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٨، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٥.

(٦) المختلف: ٥٤٨.

وهل المعتبر العصابات أو الأقارب مطلقاً؟ إشكال، أما الأم فليست من نسبها فلا يعتبر بها. نعم يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت في المهور، وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وصراحة نسبها، وكل ما يختلف لأجله النكاح.

قوله: (وهل المعتبر العصابات أو الأقارب مطلقاً؟ إشكال).
قد سبق أنه يعتبر في مهر المثل للمرأة عادة أهلها، ولا ريب أن الأهل يصدق من طرف الأم ومن طرف الأب.
وذكر المصنف في اعتباره من الطرفين أو من طرف الأب خاصة وهي العصابات إشكالا ينشأ: من دلالة الأخبار على اعتبار نسائها وهو عام، لأنه جمع مضاف فيعم الأقارب.

ومن أن المهر مما يقع به المفارقة فيعتبر فيه قرابات الأب دون الأم، لعدم اعتبارهم في المفارقة، ولأن بنت الشريف إذا كانت أمها وضيفة لا حسب لها ولا نسب يضر بحالها اعتبار قرابات أمها، وليس بشيء.
وبالأول قال الشيخ (١)، وأكثر الأصحاب (٢). وبالثاني قال ابن البراج (٣)، وضعفه ظاهر، والأول هو المختار.

قوله: (أما الأم فليست من نسبها فلا يعتبر بها، نعم يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت في المهور، وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وصراحة نسبها، وكل ما يختلف لأجله النكاح).

(١) المبسوط ٤: ٤٩٩.

(٢) منهم ابن إدريس في السرائر: ٣٠٢، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٨.

(٣) المهذب ٢: ٢١١.

هنا مباحث:

الأول: صرح المصنف رحمه الله بأن الأم لا تعتبر بها في مهر ابنتها، لأنها ليست من نسبها، لأن النسب إنما هو من جانب الأبوة دون الأمومة لما دل عليه قوله تعالى: * (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا) * (١) وضعف هذا الاستدلال أظهر من أن يحتاج إلى البيان، لأن الأم داخلة في نساء المرأة قطعاً. وقد دلت الأخبار السالفة على اعتبار نسائها، ولم يجر للنسب فيها ذكر، فيجب الاعتبار بها لا محالة وكان على المصنف أن يجعل الاعتبار بالأخص جملة محل الإشكال كذوي الأرحام، فأما الجزم بعدم الاعتبار بها والإشكال فيما عداها ممن ليس بعصبة فلا وجه له.

الثاني: هل يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك فصرح المصنف هنا وفي التحرير (٢) باعتبار ذلك، وبه صرح الشيخ في الخلاف (٣)، والمبسوط (٤)، وابن البراج (٥)، وجعل المصنف في المختلف عدم اعتباره احتمالاً ولم يرجح شيئاً (٦).
ورجح الشارح الفاضل عدم اعتباره (٧)، وإطلاق النصوص يشهد له. ويمكن أن يحتج للأول بأنه لولا اعتبار اتحاد البلد لزم وقوع ضرر عظيم على

(١) الفرقان: ٥٤.

(٢) التحرير ٢: ٣٥.

(٣) الخلاف ٣: ٢٢٤ مسألة ٦ كتاب الصداق.

(٤) المبسوط: ٤: ٢٩٩.

(٥) المهذب ٢: ٢١١.

(٦) المختلف: ٥٤٩.

(٧) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٦.

الزوج، واللازم باطل بالنص والإجماع.

بيان الملازمة: إن اختلاف البلدان في المهور اختلافا عظيما أمر واقع، فإذا اتفق كون المرأة في بلد مهر نساء أشرافه قليل جدا ومهور أهل تلك المرأة في بلادها في غاية الكثرة كآلف أوقية من الذهب مثلا، ثم نكحت مفوضة، ولم يعتبر البلد في مهر مثل نساءها، بل أوجبنا عليه ذلك الأمر العظيم، وهو غافل عنه لا يعرفه هو ولا أحد من أهل بلاده، بل يربو على مهر أكثر نساء ذلك القطر لزم ما لا مزيد عليه من الضرر.

ولأن قيم الأموال الحقيقية يعتبر فيها البلد قطعاً، فلأن يعتبر ذلك في قيمة البضع أولى، لأنه ليس ما لا حقيقة ولا المقصود الأصلي منه المال، ومختار المصنف قوي. الثالث: اعتبر ابن البراج في نساء العصابة قرب الدرجة، فإذا وجدت الأخوات والعمات كان الاعتبار بالأخوات (١)، ونحوه قال ابن حمزة (٢)، والنصوص وعبارات الأصحاب مطلقة.

الرابع: لا ريب أن نساءها إنما يعتبرن إذا كن متساويات في جميع الصفات التي تختلف المرأة باختلافها، سواء كانت دنيوية أو دينية، فلو تميزت عليهن بجمال أو يسار أو صراحة نسب أو شرفه، أو دين أو تقوى ونحو ذلك، اعتبرت تلك الصفة في زيادة مهرها.

ولو نقصت عنهن صفة نقص من مهرها بحسبها، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها - إلى قوله - وكل ما يختلف لأجله النكاح)

(١) المهذب ٢: ٢١١.

(٢) الوسيلة: ٣٤٨.

والأقرب عدم تقديره بمهر السنة فيما أشبه الجناية كالنكاح الفاسد،
ووطء الشبهة، والإكراه.

والمراد المهر كما قدمناه، لعدم تعقل اختلاف النكاح بالنسبة إلى غير المهر.
ومنه يعلم اعتبار جميع تلك الصفات بالإضافة إليها وإن كان أول كلامه قاصرا
عن ذلك.

والمراد بصراحة النسب: خلوصه عن التهم المدنسة له، ولا يخفى أن المعتبر
مهر النساء الجاري على مقتضى الحال، فلو خففت واحدة مسامحة أو لزيادة شرف
ونحوه في زوجها لم يكن تخفيفها معتبرا.

الخامس: لو اختلف مهر نسائها مع المماثلة السابقة اعتبر الأغلب، فإن
استوين ففي الحكم إشكال. ولو لم يكن لها أقارب، ففي اعتبار مثلها من أهل بلدها
إشكال أيضا، فإن اعتبرناه وفقد ففي اعتبار أقرب البلدان إلى بلدها إشكال أيضا.
ولا يخفى أن موت نساء الأقارب لا يعد مانعا من الرجوع إليهن، لأن الاعتبار
عادتهن ولا ينتفي بموتهن. واعلم أن الضمير المذكور في قوله: (يكونوا) يعود إلى
أقاربها، فإن لفظه مذكر ويراد به الإناث.

قوله: (والأقرب عدم تقديره بمهر السنة فيما أشبه الجناية كالنكاح
الفاسد، ووطء الشبهة، والإكراه).

قد عرفت أن مهر المثل يجب في مواضع، وقد ذكر المصنف سابقا ضابطه، وقيده
بأن لا يتجاوز مهر السنة، فافتضى ذلك ثبوت القيد في جميع مواضع مهر المثل، ولما
كان ذلك غير مرضي عنده، بل هو مخصوص بما عدا ما أشبه الجناية نبه عليه بقوله:
(والأقرب عدم تقديره..). فهو في قوة الاستثناء من إطلاق الكلام السابق.
ثم ما الذي يراد ب (ما أشبه الجناية)؟ يلوح من تمثيل المصنف أن يراد به
موضع وجوب المهر حيث لا يكون هناك نكاح صحيح.

والمعتبر في المتعة بحال الرجل، فالغني يمتع بالدابة، أو الثوب المرتفع، أو عشر دنانير. والمتوسط بخمسة، أو الثوب المتوسط. والفقير بدينار، أو خاتم وشبهه.

ويظهر من كلام الشارحين (١) أن المراد به ما عدا المفوضة، فإن استدلالهما يرشد إلى ذلك. ووجه القرب أن الوطاء في المواضع المذكورة قد استوفى منفعة تقابل بمال فوجب عوضها الذي يقتضي العرف مقابلتها به، ونقص شيء منه على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع القطع بثبوت النقص، وهو المفوضة. ولو حملت عبارة المصنف على ما يلوح من أمثله، فوجه القرب أن ما أشبه الجناية إتلاف محض، لعدم استناده إلى عقد معتبر شرعا مقرون بالتراضي، فيجب عوضه بالغًا ما بلغ، ولا ينقص منه شيء، لانتفاء الرضى المقتضي للنقص. ويضعف بأن الرضى وعدمه لا دخل له في الزيادة والنقصان، ويحتمل مع الزيادة على مهر السنة رده إليه، لأن ذلك عوض البضع شرعا، فيكون هو الواجب في كل موضع من مواضع وجوب مهر المثل دون ما عداه. ولقائل أن يقول: إن التخصيص الذي ذهب إليه المصنف لا يدل عليه دليل، لأن الخلاف في رد مهر مثل المفوضة إلى السنة مع الزيادة عليه ثابت، فانتفى الاتفاق الذي ادعاه الشارح، وليس في الباب نص يرجع إليه سوى رواية أبي بصير السالفة (٢) وهي مع ضعفها غير دالة على المطلق، فاللازم القول بوجوب مهر المثل من غير نقص.

قوله: (والمعتبر في المتعة بحال الرجل، فالغني يمتع بالدابة أو الثوب المرتفع أو عشرة دنانير، والمتوسط بخمسة أو الثوب المتوسط، والفقير بدينار أو خاتم وشبهه).

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٦.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٩، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٥.

قد سبق أن المفوضة إذا طلقت قبل الدخول وجب لها المتعة لا غير، وهو منصوص في الكتاب والسنة ومجمع عليه بين المسلمين.
قال الله تعالى: * (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) * (١).
وفي رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: " إذا كان الرجل موسعا عليه متع امرأته بالعبد والأمة، والمقتر يمتع بالحنطة والزبيب والثوب والدرهم " (٢) الحديث.
وعن أبي بصير قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: * (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) * (٣) ما أدنى ذلك المتاع إذا كان الرجل معسرا لا يجد؟ قال:
" الحمار وشبهه " (٤).

إذا تقرر ذلك فاعلم أن المشهور بين الأصحاب أن الاعتبار في المتعة بحال الزوج بالنظر إلى يساره وإعساره بحسب العادة دون الزوجة، وقال بعض الأصحاب: إن الاعتبار بحالهما جميعا، وحكى الشيخ في المبسوط قولاً إن الاعتبار بها (٥).
والأصح الأول، لظاهر الآية والرواية، وقد قسم الأصحاب حال الزوج إلى ثلاثة: اليسار، والإعسار، والتوسط فإنه في الواقع كذلك، وعينوا لكل مرتبة أشياء على مقتضى القانون العرفي.

ولا يمتنع أن يراد بالدابة الفرس، لأن ذلك هو الاستعمال الشائع بين الفقهاء، وقد سبق في الرواية العبد أو الأمة وهما بمنزلة الفرس، ولو أريد غيرها بحيث يدخل البغل والحمار جاز أيضا مع نفاسته.

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الكافي ٦: ١٠٥ حديث ٣، التهذيب ٨: ١٣٩ حديث ٤٨٤.

(٣) البقرة: ٢٤١.

(٤) الكافي ٦: ١٠٥ حديث ٥، التهذيب ٨: ١٤٠ حديث ٤٨٦.

(٥) المبسوط ٤: ٢٩٥.

ولا يستحق المتعة إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها.

وأطلقوا الخاتم بالنسبة إلى الفقير، فلا يتقيد بكونه ذهباً ولا فضة، لكن لا بد من أن يكون منظوراً إليه في العادة.

قوله: (ولا تستحق المتعة إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها).

المراد بالاستحقاق وجوبها لها، يدل على ذلك قوله تعالى: * (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن) * (١) فإن المعنى - والله أعلم - نفي الجناح.

والمراد به هنا المهر أو نصفه عن طلق إلا أن يمسه، أي يدخل أو يفرض المهر وأمر بالمتعة حينئذ والأمر للوجوب. وروى الحلبي عن أبي عبد الله في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: " عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، وإن لم يكن فرض فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء " (٢) الحديث.

ولا تجب المتعة لغير المذكور لكن يستحب، روى حفص ابن البخاري عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يطلق امرأته أو يمتعها قال: " نعم، أما تحب أن يكون من المحسنين، أما تحب أن يكون من المتقين " (٣).

وذهب المصنف في المختلف إلى وجوب المتعة إذا فارق المفوضة قبل الدخول بلعان وشبهه من الأسباب الصادرة عنه كردته وإسلامه، بعد أن حكى عن الشيخ في المبسوط (٤) التردد في ذلك نظراً إلى أنها في معنى الطلاق.

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الكافي ٦: ١٠٦ حديث ٣، التهذيب ٨: ١٤٢ حديث ٤٩٣.

(٣) الكافي ٦: ١٠٤ حديث ١، التهذيب ٨: ١٤٠ حديث ٤٨٧.

(٤) المبسوط ٤: ٣٢٠.

ولو اشترى زوجته فسد النكاح، ولا مهر ولا متعة.
وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطء أو للتشطير
بالطلاق،

واختار في المختلف عدم الوجوب في غير المطلق (١)، وهو مختار ابن إدريس (٢)،
واختاره المصنف في التحرير (٣)، وهو الأصح.
قوله: (ولو اشترى زوجته فسد النكاح ولا مهر ولا متعة).
المراد شراؤها قبل الدخول، لأنه إذا دخل وجب المهر للسيد، والمراد أيضا ما
إذا كانت مفوضة، لأن غيرها لا يجب متعتها وإن طلقت.
وإنما لم يجب المتعة هنا، لأن الفرقة بغير الطلاق لا يجب بها المتعة، على ما
قدمناه، ولأنه لو وجب شيء لكان حقه أن يكون له، لأنه المشتري على ما سبق في
نكاح الإماء ولا يجب له على نفسه مال.
واعلم أنه لا فرق في وجوب المتعة حيث يجب بين كون الزوج حرا أو عبدا،
ولا بين كون الزوجة حرة أو أمة، ولا يخفى أن الاعتبار في الزوج العبد بحال السيد.
قوله: (وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطء أو
للتشطير بالطلاق).
قد بينا فيما سبق أن المفوضة لا تستحق المهر بالعقد لكنها ملكت أن تملكه،
فلها مطالبة الزوج بفرضه وتعيينه قبل الميسيس لفوائد:
منها: أن تعرف ما يستقر لها بالوطء فتكون على تثبت من تسليم نفسها.
ومنها: تشطره بالطلاق ونحوه كالردة.
ومنها: لزومه بموت أحدهما، وإنما كان لها المطالبة بالفرض لأنها بالعقد ملكت

(١) المختلف: ٥٥١.

(٢) السرائر: ٣٠٢.

(٣) التحرير ٢: ٣١١.

ولها حبس نفسها للفرض والتسليم.
ولو اتفقا على الفرض جاز، وإن اختلفا ففي فرض الحاكم إذا
ترافعا إليه نظر أقربه أنه يفرض مهر المثل.

أن تملك مهرا، لأنه لولا ذلك لم يجب المهر بالفرض إذ هو بمنزلة الوعد، والثاني باطل،
فلها طلب فرضه وتعيينه، لامتناع التسليم إليها بدونه، فمتى فرضه كان كالمسمى
بالعقد.

قوله: (ولها حبس نفسها للفرض والتسليم).

لأن النكاح فيه بمعنى المعاوضة وإن جاز إخلاء العقد عن ذكر المهر، ولولا
ذلك لكان كالهبة، فللزوجة حبس نفسها للفرض وتسليم المفروض، لأن قضية
المعاوضات حبس المعوض إلى حين قبض العوض.

قوله: (ولو اتفقا على الفرض جاز، وإن اختلفا ففي فرض الحاكم
إذا ترافعا إليه نظر، أقربه أنه يفرض مهر المثل).

لا شبهة في أن الزوجين إذا اتفقا على فرض المهر صح وتعين ما فرضاه، وإن
لم يتفقا فالأحوال ثلاث:

الأولى: أن يفرضه الحاكم إذا ترافعا إليه، وفي صحته نظر ينشأ: من أن الفرض
إثبات للمهر في ذمة الزوج، وذلك منوط بتراضي الزوجين دون حكم الحاكم.
ومن أن الغرض من نصبه سد باب الخصومات وقطع المنازعات، وليس الغرض
إثباتا للمهر بل إنه تعيين له، فيصح منه كما يعين النفقة للزوجة ونحوها على الغائب
ومن جرى مجراه.

والأقرب عند المصنف أنه يصح فرضه لمهر المثل من غير زيادة ولا نقصان، كما
في قيم المتلفات، ولا يقدح زيادة القدر اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد، وكذا
نقصانه، لأنه مما لا يتحرز منه في العادة، ولا يعد في العادة زيادة ولا نقصانا كتفاوت
المكاييل والموازين.

ولو فرضه أجنبي ودفعه إليها ثم طلقها احتمل المتعة، فترد على الأجنبي، لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالا، وليس وليا ولا وكيلًا

وعلى ما اختاره من أن مهر المثل إن زاد عن مهر السنة رد إليه يجب أن يقال هنا: يفرض مهر المثل إلا أن يزيد على مهر السنة فيفرض مهر السنة لا يزيد ولا أنقص، وبه صرح في التحرير (١)، وعلى ما اخترناه يفرض مهر المثل مطلقًا. إذا تقرر ذلك فاعلم أنه لا بد أن يكون الحاكم عارفا بمهر المثل، وإلا لم يصح فرضه، كما في قيم المتلفات والنفقات إذا انتهى الأمر إليه في تعيينها، وإنما يفرضه من نقد البلد الغالب حالا كما في سائر القيم. فإن رضيت الزوجة بالتأجيل لم يثبت الأجل، لأنه خلاف الأصل، ولاحتمال الضرر على الزوج.

ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أنه يلوح من ظاهرها أن في فرض الحاكم ثلاثة أوجه:

أحدها: العدم.

والثاني: صحة الفرض.

والثالث: تقييد الصحة بكون المفروض مهر المثل. والرد على ذلك فيها هو تقييد الأقرب بكون المفروض مهر المثل، إذ لو كان منشأ النظر هو احتمال عدم الفرض واحتمال فرض مهر المثل كفى ترجيحه عن تعيين مهر المثل. ولا شك في أن المسألة لا يتجه فيها إلا احتمالان، لامتناع تجويز الفرض مطلقًا امتناعًا ظاهرًا كما في سائر القيم.

قوله: (ولو فرضه أجنبي ودفعه إليها ثم طلقها احتمل المتعة فيرد على الأجنبي، لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالا، وليس وليا ولا

(١) التحرير ٢: ٣٥.

فكان وجود فرضه كعدمه. والصحة، لأنه يصح قضاؤه عنه فصح فرضه. ويرجع نصفه إما إلى الزوج، لأنه ملكه حين قضي به دينا عليه، أو إلى الأجنبي، لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف، فيرد النصف إليه، لأنه لم يسقط به حق عمن قضاؤه عنه.

وكيلا، فكان وجود فرضه كعدمه. والصحة، لأنه يصح قضاؤه عنه فيصح فرضه، ويرجع نصفه إما إلى الزوج، لأنه ملكه حين قضي به دينا عليه، أو إلى الأجنبي، لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد النصف إليه، لأنه لم يسقط به حق عمن قضاؤه عنه). هذه هي الحالة الثانية، وهي أن يفرض المهر الأجنبي، والمراد به من ليس له ولاية ولا وكالة وليس له حكم، فإذا فرضه ورضيت به ثم دفعه إليها من ماله ثم طلقها الزوج، ففي صحة الفرض والدفع احتمالان: أحدهما: البطلان، فتجب للزوجة المتعة كما في كل مفوضة طلقت قبل الفرض والدخول، وقد وجه المصنف البطلان بأن فرض الأجنبي إذا صح يوجب على الزوج مالا وليس وليا ولا وكيلا فكان لغوا وجوده كعدمه. والثاني: الصحة، لأن المهر كسائر الديون يصح من الأجنبي قضاؤه عن الزوج فيصح فرضه، لأن القضاء فرع الفرض، فلو لم يصح الفرض لم يصح القضاء، والتالي باطل. ولقائل أن يقول: تمنع صحة القضاء في محل النزاع، لأن الذي يصح قضاؤه من الأجنبي هو الدين الثابت في الذمة دون غيره، والمهر في محل النزاع ليس كذلك. إذا تقرر ذلك، فعلى احتمال الصحة إلى من يعود نصف المدفوع من الأجنبي

بالطلاق؟ ذكر المصنف فيه احتمالين:
أحدهما: عودته إلى الزوج، واستدل عليه بأنه قد ملكه ضمنا حين قضى به دينه،
وفيه منع.

والثاني: عودته إلى الأجنبي، لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها على الزوج،
وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد إلى الدافع، لأنه لم يسقط به حق عمن دفعه عنه.
ولقائل أن يقول: إن سقوط النصف إنما تحقق بعد القضاء والحكم بصحته لأنه
المفروض، فكيف يصح قوله: (لم يسقط به حق عمن قضاه عنه)، ويمكن توجيهه بأن
ملكية هذا النصف دائرة بين الزوج والزوجة، والدافع إما الزوجة فقد بطل ملكها إياه
بالطلاق، وإما الزوج فإنه لا دليل يدل على دخوله في ملكه، فلم يبق إلا الدافع.
والأصح بطلان كل من الفرض والدفع، فلها المتعة، والمدفوع باق على ملك
دافعه.

ثم عد إلى عبارة الكتاب وتنبه لأمر:

الأول: إن المصنف هنا وفي التحرير فرض المسألة - أعني فرض الأجنبي
للمهر - فيما إذا فرضه ودفعه (١)، وكذا الشيخ في المبسوط (٢)، فيلوح من ذلك أن
فرضه من دون الدفع لا أثر له وهو متجه، لأنه حينئذ حكم على من لا سلطنة له عليه.
الثاني: إن رضى الزوجة لا بد منه، لامتناع القضاء من دونه، وهذا وإن لم يصرح
به المصنف إلا أن عبارته يستلزمه، من حيث أن دفعه إليها وأخذها له يستلزم رضاها.
الثالث: قوله: (لأنه ملكه حين قضى به ديننا عليه).

ينبغي أن يكون ملكه فعلا ماضيا فيه ضمير للزوج والبارز للمهر، والضمير في

(١) التحرير ٢: ٣٥.

(٢) المبسوط ٤: ٢٩٦.

ولو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتعة، ولم يكن لها نصف ما فرضه وإن كان قد رضي به، لأنها لم تقبله. ويقبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً وإن كان محجوراً عليه للفلس، ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة، لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل في المحجور عليه، ويتبع بالزيادة بعد فكه.

(قضى) يعود إلى الزوج أيضاً، وحقه أن يعود إلى الأجنبي، وفي عوده إليه اختلاف مرجع الضمائر بغير مائز، ولو جعل مجهول الفاعل سلم من ذلك، لكن نصب (دينا) يآباه، وقوله آخراً: (عمن قضاة عنه) أراد به قصد القضاء، أي عمد قصد قضاة عنه. قوله: (ولو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتعة ولم يكن لها نصف ما فرضه وإن كان قد رضي به، لأنها لم تقبل).

هذه هي الحالة الثالثة، وهي أن يفرض المهر الزوج وحده، فإن لم ترض به كان باطلاً، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يعلم منه أن ذلك ليس على إطلاقه، فإن طلقها قبل الدخول في هذه الحالة لم يجب لها إلا المتعة، فلا تستحق نصف ما فرضه. وإن كان هو قد رضي به، لأن رضاه وحده لا اعتبار به من دون رضاها، لأن تعيين المهر وثبوته في الذمة موقوف على قبولها ورضاها، ومع انتفائه فلا شيء. قوله: (ويقبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً وإن كان محجوراً عليه للفلس، ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة، لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل في المحجور عليه ويتبع بالزيادة بعد فكه). هذا كالاستثناء مما سبق من أنها لو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، وتقريره أنه إذا فرض الزوج المهر بدون رضي الزوجة قبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً.

صرح بذلك المصنف هنا وفي التحرير (١)، ووجهه أنها لا تستحق الزيادة على مهر المثل، ولو طلبتها لم يجب إليها، وإذا انتهى الفرض إلى الحاكم لم يجز أن يفرض الزيادة، ولو رضيت بالنقيصة لم يلزمه قبولها، فلزم الحكم بقبول فرضه إياه. وكذا إن زاد عليه بطريق أولى، وإليه الإشارة بقوله: (فصاعدا)، ولأن إطلاق الآية يقتضي اعتبار فرضه مطلقا، خولف فيما نقص عن مهر المثل لأنه لا يصح إلا برضاها قطعا، فيبقى الباقي على حكم.

وأطلق الشيخ في المبسوط اعتبار رضاها في صحة الفرض (٢)، وكما يصح ويلزم فرضه مهر المثل وأزيد منه إذا كان مطلق التصرف، فكذا يصح إذا كان محجورا عليه للفلس، لأنه إنما يمنع من التصرف في أعيان الأموال، لتعلق حقوق الغرماء بها دون إلزام ذمته بمال لغيره، لأنه كامل، بخلاف المحجور عليه للسفه.

فإذا فرض مهر المثل صح وضربت به مع الغرماء قطعا، لأنه عوض البضع المكافئ له، ولهذا صح للمريض التزوج بمهر المثل فما دون.

ولا ينظر إلى زيادته على مهر السنة وإن حكمنا بردها إلى السنة لو دخل بها قبل الفرض، لأن ذلك ثبت على خلاف الأصل فيقتصر على موضعه، ولأن العوض الحقيقي للبضع مهر المثل كما في سائر قيم الأشياء.

وإلى ذلك أشار بقوله: (ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة) أي: وإن زاد قدر مهر المثل فصاعدا عن مهر السنة. وإن فرض أزيد منه ضربت بمهر المثل مع الغرماء، وتبعته بالزيادة بعد فكه لاستقرارها في ذمته وعدم مشاركة الغرماء لها.

وإنما حسن الاستدراك ب (لكن) في كلام المصنف، لأن مقتضى قوله: (ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة) إنها تضرب بالجميع، وليس كذلك، فاستدرك لدفع هذا الوهم.

(١) التحرير ٢: ٣٥.

(٢) المبسوط ٤: ٢٩٧.

أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنة فالأقوى للزوم، وينبغي أن لا يدخل بالمفوضة إلا بعد الفرض. ولو وطأ المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل، معتبرا بحال العقد ومهر المثل حال.

قوله: (أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنة فالأقوى للزوم). قد سبق قبول فرض بمهر المثل فصاعدا، فلو فرض أقل منه: فإن كان أقل من مهر السنة فلا شبهة في اعتبار رضاها في صحته، وإن كان بقدره ففي صحته بدون رضاها ولزومه وجهان: أقواهما عند المصنف الصحة والزوم، لأنها بالدخول لا تستحق أزيد منه. ولو كانت مفوضة المهر والحكم إليها لم يجز لها أن تحكم بأزيد منه فكذا هنا بل أولى، لأن تطليقها قبله يوجب المتعة. وموت أحدهما لا يجب معه شيء، ولما منع أن يمنع الملازمة، وقد أسلف المصنف أن الحاكم مع تنازعهما إنما يفرض مهر المثل لا أنقص وإن زاد عن مهر السنة، فكيف يلزمها حكمه بمهر السنة مع نقصه. والثاني: العدم، لأن الرجوع إلى مهر السنة مع نقصه ثبت على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين ومحل الوفاق، والأولى أن يقال: إن حكمنا بردها إلى مهر السنة مع زيادة مهر المثل عليه لزم القول بعدم زيادة حكم الحاكم عن مهر السنة مع تنازعهما وترافعهما عليه، وبقبول فرض الزوج إذا لم ينقص عن مهر السنة، وإلا فلا. قوله: (وينبغي أن لا يدخل بالمفوضة إلا بعد الفرض، ولو وطأ المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل معتبرا بحال العقد ومهر المثل حال).

ولو كان الزوج من عشيرتها والعادة في نسائها تخفيف المهر للقريب
خفف، وكذا لو خفف عن الشريف.

هنا مسائل:

الأولى: يستحب للزوج أن لا يدخل بالمفوضة إلا بعد أن يفرض لها المهر،
ليكون على بصيرة من أمرها، وهو المراد من قول المصنف: (وينبغي).
الثانية: لو تزوجها مفوضة وتركها عدة سنين حتى تغيرت حالها وتبدلت
صفتها ثم دخل بها، وجب مهر المثل معتبرا بحال العقد، دون حال الوطء، لأن زمان
العقد هو وقت ملكية البضع ووقت دخوله في ضمانه، وهو الوقف الذي فيه ملكت أن
تملك مهرا بالعقد، وكان الاعتبار به. ويحتمل الاعتبار بحال الوطء، لأنه وقت وجوب
المهر، والأول هو المذهب.

الثالث: مهر المثل الواجب بالدخول، والفرض من الحاكم والزوج إنما يكون
حالا كما في قيم المتلفات، وكذا إذا تراضى الزوجان على فرضه ولم يؤجله فإن فرضاه
مؤجلا فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو كان الزوج من عشيرتها، والعادة في نسائها تخفيف المهر
للقريب خفف، وكذا لو خفف عن الشريف).

قد سبق في تعيين مهر المثل أن المرجع فيه إلى عادة نسائها، فإذا كان الزوج
من عشيرة المرأة وأقربائها، وكان عادة نسائها تخفيف المهر عن الزوج القريب
وتثقله على البعيد، خفف عنه كذلك اعتبارا بعاداتهن.
وكذا لو كان من عاداتهن التخفيف عن الشريف نسبا أو صفة ونحوهما، وكان
الزوج كذلك خفف عنه كذلك.

فإن قيل: لا دخل لصفات الزوج في مهر المثل، فلا ينظر إلى شرفه وقربه
وضدهما، فكيف اعتبرت صفاته هنا.

قلنا: الأمر كذلك ولم تعتبر صفاته هنا من حيث هي صفاته.

ويجوز إثبات الأجل في المفروض والزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أو لا.

وإنما اعتبرت من جهة حصول صفة القرابات باعتبارها، فإن كونهن زوجات لرجال العشيرة صفة اقتضت تخفيف مهو رهن بحسب العادة ونقصها، فإذا شاركهن في تلك الصفة نقص من مهرها كما نقص من مهورهن باعتبارها، وكذا القول في شرف الزوج ونحوه.

قوله: (ويجوز إثبات الأجل في المفروض، والزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أو لا).

هنا مبحثان

الأول: إذا فرض الزوجان المهر في محل الفرض بتراضيهما، جاز لهما فرضه مؤجلا إذا كان الأجل معينا، كما لو سمياه في العقد مؤجلا، ولإطلاق الفرض في الآية، وهو صادق مع التأجيل، خرج منه ما إذا لم ترض الزوجة به فيبقى ما عداه، ويحتمل عدم الجواز لأن مهر المثل لا يكون إلا حالا، والمفروض يدل منه، وهو ضعيف.

الثاني، إذا فرض أزيد من مهر المثل صح، وإن لم ترض الزوجة كما سبق. وفي وجه للشافعية العدم، لأن الأصل مهر المثل كما في قيم الأموال فلا يزد عليه (١) وضعفه ظاهر، ولا فرق في هذا الحكم - أعني جواز الزيادة - بين أن يكون المفروض من جنس مهر المثل أو من غير جنسه.

وبعض الشافعية قطع بأن غير الجنس تصح فيه الزيادة، كما لو فرض عوضا تزيد قيمته على مهر المثل، وخص الوجهين بما إذا كان من الجنس (٢)، والتحقيق الجواز من غير فرق.

وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (سواء كان من جنسه أو لا) أي: يجوز فرض

(١) انظر: الوجيز ٢: ٢٩، مغني المحتاج ٣: ٢٣٠.

(٢) انظر: الوجيز ٢: ٢٩، مغني المحتاج ٣: ٢٣٠.

ولو أبرأته قبل الوطاء والفرض والطلاق من مهر المثل أو المتعة أو
منهما لم يصح.
ولو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط.
ولو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجلة لم يثبت الأجل، لكن ينقص
بقدره منها.

الزائد على كل من التقديرين.

قوله: (ولو أبرأته قبل الوطاء والفرض والطلاق من مهر المثل أو
المتعة أو منهما لم يصح، ولو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط).
هنا مسألتان:

الأولى: إذا أبرأت المفوضة الزوج قبل الوطاء والفرض والطلاق من مهر
المثل، أو من المتعة، أو منهما لم يصح الإبراء قطعا، سواء كانت عالمة بمهر المثل أو
المتعة أم لا، لأن المهر لا يجب للمفوضة إلا بالوطء أو الفرض.
المتعة إنما تجب بالطلاق قبل الدخول، والفرض انتفاء الجميع، فيكون إبراء
مما لم يجب، ووجود سبب وجوبه لا يقتضي صحته.
الثانية: إذا أسقطت المفوضة عن الزوج حق طلب الفرض للمهر لم يسقط،
كما لو أسقطت زوجة المولى حقها من مطالبة الزوج فإنه لا يسقط: وذلك لأن ثبوت
المهر عند الوطاء أو الفرض لا يسقط بإسقاطها، وحق طلب الفرض تابع له.
ولا يخفى أن الفرض طلب حق المفوضة، فالحق في العبارة هو الطلب والإضافة
بيانية.

قوله: (ولو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجلة لم يثبت الأجل، لكن
ينقص بقدره منها).

أي: لو كانت عادة نساء المفوضة أن ينكحن بألف مثلا مؤجلة، بحيث كان
الأجل داخلا في عاداتهن، فإذا استحقت مهر المثل بالوطء أو بالحاكم لم يثبت الأجل

ولو سامحت واحدة من العشيرة لم يعتبر بها.

فيه، لأن مهر المثل يلحق بقيم المتلفات.
ولا تعتبر الإحالة كما سبق، لكن ينظر مقدار ما يقابل الأجل من الألف في
العادة فينتقص، لأنه ليس من جملة مهر المثل، فإن الأجل له حظ من العوض ويجب
لها ما عداه.
ثم عد إلى العبارة واعلم أن في بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد أن
في العبارة مؤاخذتين:
إحدهما: أن الألف تزيد على مهر السنة، وقد حكم برد مهر المثل إلى السنة،
فلا يستقيم التمثيل به.
الثانية: إن الألف مذكر، فكيف وصفه بالمؤنث وهو قوله: (مؤجلة) والتطابق
بين الموصوف والصفة في التذكير والتأنيث واجب.
ثم أجاب عن الأولى بأن الألف في العبارة مبهم، فلا يتعين أن يكون دراهم -
ليلزم مخالفة ما حكم به سابقا ولو سلم حمل على دراهم صغار، ولا يزيد على مهر السنة
المعتبر بالدراهم الشرعية.
ويمكن أن يجاب أيضا بأن ذلك في العبارة وقع موقع المثل، فلم يتعين أن يكون
جاريا على مذهبه بحصول الفرض به مطلقا.
وعن الثانية بتأويل الألف بجملة من المال، وإجراء الوصف عليه باعتبار هذا
التأويل. ولما منع أن يمنع حصول التطابق بالتأويل المذكور.
ويمكن الجواب بأن الألف مذكر اللفظ مؤنث المعنى، لأنه في معنى الجمع
فالوصف بالمؤنث جار على المعنى.
قوله: (ولو تسامحت واحدة من العشيرة لم يعتبر بها).
المراد بمسامحتها أن تنكح بأقل من عادة نساءها، لا بصفة تقتضي النقص فيها،
وحينئذ فلا يعتبر بها في تقدير مهر المثل، فيكون الاعتبار بمن عداها، بل يقال: إن

والاعتبار في الوطاء في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطاء وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، وإن تعدد الوطاء. ولو لم يكن شبهة كالزاني مكرها، وجب بكل وطاء مهر،

مهر مثلها مثل مهر الباقيات إذا استوين في الصفات. قوله: (والاعتبار في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطاء). قد سبق أن الاعتبار في النكاح الصحيح بمهر المثل يوم العقد دون يوم الوطاء، لأنه سبب وجوب المهر، فإذا اختلفت صفات المرأة يوم العقد ويوم الوطاء كان المعتبر حالها يوم العقد.

أما النكاح الفاسد فلأنه لا يترتب عليه أثره ولا يثمر ملكية البضع، فلا يعد سببا لمهر المثل، فلا ينظر إلى حال المرأة عند إنشاء عقده، بل إنما يعتبر حالها عند الوطاء، لأنه حين الإتلاف المقتضي لضمان المهر. ومن هذا يعلم أن المصنف لو قال بدل: (يوم الوطاء) حين الوطاء، لكان أسلم، فإن الحال قد يختلف في اليوم.

قوله: (وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر وإن تعدد الوطاء، ولو لم تكن شبهة كالزاني مكرها وجب بكل وطاء مهر).

هذا كالمتمم لما سبق، لأن الوطاء بالنكاح الفاسد مع الجهل بالفساد من جملة أفراد الشبهة، وعبارته مثبتة لحكم جميع أفرادها، فيندرج فيها الوطاء بالعقد الفاسد. وتقريرها أن اتحاد مهر المثل وتعدد الواجب بالوطاء بالشبهة دائر مع اتحاد الشبهة وتعددها، سواء اتحد الوطاء مع اتحاد الشبهة أو تعدد، فإذا اتحدت الشبهة وجب مهر واحد بالوطاء وإن تعدد، كما أن اتحاد المهر وتعدد في النكاح الصحيح تابع لاتحاد العقد وتعدد مع وجود الوطاء.

ولا ينظر إلى اتحاده وتعدد، وذلك لأن سبب الوجوب هو الشبهة مع الوطاء، فيكون المعتبر اتحادهما وتعدد، لأن تعدد الأسباب يقتضي تعدد المسببات، لأصالة

وإذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال.

عدم التعدد، واتحاد السبب يقتضي اتحاد المسبب، لانتفاء المقتضي لما زاد على الواحد، كما لو ظن امرأة أمته واستمر ذلك سنة مثلاً والوطء يتكرر منه فإن الواجب مهر واحد.

ولو انكشف فساد الظن وعلم الحال، ثم حصل ظن بسبب آخر فوطأ وجب مهران، وهكذا. ولو لم يكن مع وطء شبهة لكن الحق بالشبهة بسبب الإكراه، كالزاني بامرأة مكرها لها وجب لكل وطء مهر، لتعدد السبب الموجب وهو الزنا مع الإكراه، فإن الوجوب هنا بالإتلاف باستيفاء منفعة البضع.

ولا يخفى أن المراد باتحاد الشبهة وتعددتها بالنسبة إلى الرجل دون المرأة، وإن كان جهلها بكون الوطء محرماً شرطاً في استحقاق المهر، لأنه لا مهر لبغي، فلو تعددت الشبهة بالنسبة إلى الرجل واتحدت بالنسبة إلى المرأة تعدد المهر لتعدد السبب.

وأما إكراه الزاني فإنه كالشبهة في حق المرأة، ولهذا يلحق بها الولد لو حملت منه، والمقتضي لوجوب المهر هو الوطء مع الإكراه. ولا ريب في تعدده إذا تعدد الوطء كذلك.

وقد سبق من المصنف في باب الغصب إشكال في التعدد بتعدد الوطء هنا، وجزم هنا بالتعدد وهو المفتي به، ولو كانت الشبهة من طرف المرأة خاصة وجب المهر فإنها ليست بغيا وقد استوفى منفعة البضع.

فإن كرر الوطء عالماً واتحدت الشبهة من طرف المرأة، أمكن القول بتعدد المهر بتعدد الوطء، كما إذا أكرهها على الزنا، لأن الوجوب في الموضوعين بالإتلاف استيفاء منفعة البضع وذلك متعدد، وعبارة الكتاب خالية عن ذكر هذه المسألة. قوله: (وإذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال).

إذا وطأ بشبهة واحدة كالعقد الفاسد وتكرر الوطء، فإن لم تختلف أحوال المرأة

ولو دخل ولم يسم شيئاً وقدم لها شيئاً، قيل: كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره.

بالنسبة إلى مهر المثل، بأن اتفقت صفاتها عند كل وطء فلا بحث. وإن اختلفت وكانت في بعض أوقات الوطاء أكمل من البعض الآخر، كما لو كانت صغيرة مهزولة جاهلة فقيرة مثلاً، ثم كبرت وسمنت وعلمت وأيسرت. ونحو ذلك اعتبر مهر المثل بأرفع الأحوال، لأن الوطاء الواقع في تلك الحالة لو انفرد لأوجب المهر الأعلى، فلا ينتقص بضميمة الوطاء في غير ذلك الوقت إليه فيجعل وجوده كعدمه.

ولا يخفى أن المراد في عبارة الكتاب ب (أرفع الأحوال) ارفع أحوال المرأة في أوقات الوطاء المتعدد.

قوله: (ولو دخل ولم يسم شيئاً وقدم لها شيئاً قيل: كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره). إذا لم يسم الزوج مهرًا في العقد ولا بعده قبل الدخول بأن تزوجها مفوضة، ولم يفرض لها مهرًا، ثم دخل بها بعد أن قدم لها شيئاً فقد ذهب أكثر الأصحاب كالشيخين (١)، وابن البراج (٢)، وابن إدريس (٣)، وسالار (٤) إلى أن ما قدمه هو المهر ولا

شيء لها غيره، قليلاً كان أو كثيراً، لرواية أبي عبيدة عن الفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام: في رجل تزوج امرأة فدخل بها وأولدها ثم مات عنها، فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها، فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث، فقال: "أما الميراث فلها أن تطلبه، وأما الصداق فإن الذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها

(١) المقنعة: ٧٨، النهاية: ٤٧٠.

(٢) المهذب: ٢: ٢٠٢.

(٣) السرائر: ٣٠١.

(٤) المراسم: ١٥٢.