

مسالك الألفهام

الجزء: ٨

الشهيد الثاني

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ٨

الوفاء: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٦

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٤٣(ش)	هل يفتقر ذلك إلى قبول الأمة؟
٣٦٧(ش)	هل يجوز لهما الاستبداد بالطلاق؟
٢٩٦(ش)	هل الاشكال ينتفي بتقدير المهر ولو قليلا جدا؟
٣٦(ش)	لو أعتق بعدها زوجها أيضا
٣٦(ش)	لو كانت الأمة المعتقة صغيرة أو مجنونة
٣٦(ش)	الفرق بين العتق قبل الدخول وبعده
٣٦(ش)	لو أخرجت الفسخ جهلا أو نسيانا
٥٠٣(ش)	بعض الأحكام الخاصة بالبهايم
٥	(نكاح الإمام) عقد الرقيق بدون إذن المولى
٦(ش)	قول الشيخ بأن إجازة المالك كالعقد المستأنف
٧(ش)	قول ابن إدريس وابن حمزة في المسألة
٨	إذا أذن المولى فعليه مهر العبد وله مهر الأمة
٨	إذا كان للمملوك أكثر من مالك
٩	حكم الأولاد إذا كان الأبوان رقا
١٠	حكم الأولاد إذا كان أحد الأبوين رقا
١١(ش)	إذا شرط المولى رقية الولد
١٣	إذا تزوج الحر أمة بدون إذن ووطنها وهما عالمان بالحرمة
١٤(ش)	المسألة إذا كانا جاهلين بالحكم
١٥(ش)	إذا كان الحر جاهلا والأمة عالمة
١٦(ش)	إذا كانت الأمة جاهلة والحر عالما
١٦(ش)	إذا عقد عليها لدعواها الحرية لزمه المهر
١٧(ش)	الأقوال في مقدار مهر الأمة في المسألة السابقة
١٩(ش)	حكم الولد في المسألة السابقة
٢٠(ش)	يجب على الأب السعي في قيمة أولاده
٢١	لو أبى الأب السعي فهل على الامام أن يفديهم؟
٢٣	إذا زوج عبده أخته هل يجب أن يعطيها المولى شيئا؟
٢٤	إذا مات المولى فللورثة الخيار في إبقاء العقد
٢٤	إذا تزوج العبد بحرة عالمة بعدم الإذن
٢٥(ش)	حكم ثبوت الحد على الحرة في الفرض السابق
٢٦(ش)	إذا تزوج العبد بحرة جاهلة بعدم الإذن أو بالحكم
٢٧	إذا تزوج العبد بأمة لغير مولاه أو زنى بها
٢٨	لو تزوج بأمة لشريكين ثم اشترى حصة أحدهما وأمضى الشريك العقد
٢٩	حكم تحليل الشريك الآخر في الفرض السابق

- ٣١ لو ملك نصفها وكان الباقي حرا
- ٣٢ (الطوارئ: العتق والبيع والطلاق)
- ٣٢(ش) وجه تسمية هذه الأمور بالطوارئ
- ٣٣ (العتق) إذا أعتقت المملوكة كان لما فسخ نكاحها
- ٣٤(ش) خيار المعتقة على الفور
- ٣٥(ش) لو أعتق بعض الأمة
- ٣٧(ش) استثناء صورة واحدة من الحكم
- ٣٧(ش) لو عتق العبد لم يكن له خيار ولا لزوجه ولا لمولاه
- ٣٨ لو زوج عبده أمته ثم أعتق الأمة أو أعتقهما
- ٣٩ يجوز أن يتزوج أمته ويجعل عتقها صداقها
- ٤٠(ش) إيرادات المصنف في النكت على هذه المسألة
- ٤١(ش) القول باشتراط تقديم تزويج على العتق في المسألة
- ٤٢(ش) القول باشتراط تقديم العتق فيها
- ٤٤ (احكام أم الولد) تنعتق أم الولد بعد وفاة سيدها من نصيب ولدها
- ٤٥ لو مات ولدها وأبوه حي
- ٤٦ يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقيتها
- ٤٦ القول بجواز بيعها في دين مولاه
- ٤٧ لو تزوج أمته وجعل عتقها مهرها ثم أولدها ثم أفلس في ثمنها ثم مات
- ٥٠(ش) كلام حول أبي بصير وهشام بن سالم
- ٥٢ (البيع) إذا باع المالك أمته كان كالطلاق
- ٥٢ إذا اشترى أمة مزوجة كان له الخيار في الزواج
- ٥٣ إذا اشترى عبدا مزوجا بأمة أو حرة
- ٥٦ لو كان الزوجان لمالك فباعهما لاثنين
- ٥٦ لو باع أحدهما خاصة
- ٥٧(ش) حكم الأولاد إذا أبقى المالك العقد
- ٥٧(ش) حكم المهر إذا باع أمته المزوجة
- ٦٠ لو زوج عبده بحرة ثم باعه قبل الدخول
- ٦١ لو باع أمته وادعى أن حملها منه وأنكره المشتري
- ٦٢ (الطلاق) إذا كان مولى العبد وزوجه واحدا فالطلاق بيده
- ٦٣(ش) إذا كانت زوجة العبد أمة لغير مولاه أو حرة فالطلاق بيده
- ٦٧(ش) لا يكفي مجرد الإذن في تزويج عبده أمته بل لا بد من العقد
- ٦٩(ش) يكفي في فسخ المولى لهذا النكاح كل لفظ دل عليه
- ٧١(ش) لو أمر عبده بالطلاق فهل يعد ذلك فسخا للعقد؟
- ٧٢ لو طلقها الزوج ثم باعها المالك وأتمت العدة فهل على المشتري الاستبراء أيضا؟
- ٧٣ (نكاح الأمة بالملك) (ملك الرقبة) النكاح بملك اليمين لا ينحصر في عدد
- ٧٣ يجوز الجمع في الملك بين الأمة وأمها وأختها ولا يجوز الجمع في الوطاء
- ٧٤ يجوز ملك موطوءة الأب والابن ولا يجوز وطؤها

- ٧٤ لا يجوز وطء الأمة إذا زوجها ولا النظر إليها
- ٧٥ لا يجوز وطء الأمة المشتركة في الملك
- ٧٥ لا يجوز وطء الأمة المشتركة قبل الاستبراء
- ٧٦ إذا اشترى أمة لها زوج
- ٧٧ يجوز شراء ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم وما يسببه أهل الضلال منهم
- ٧٨ لا يجوز وطء الأمة قبل الاستبراء بأي وجه ملكه
- ٧٨ مدة الاستبراء
- (موارد استثناء وجوب الاستبراء) ١ - إذ كانت عند التملك حائضا
- ٨٠(ش) ٢ - إذا كانت سابقا عند عدل فأخبر باستبرائها
- ٨٠(ش) ٣ - إذا انتقلت إليه من امرأة
- ٨٢(ش) ٤ - إذا كانت يائسة عند الانتقال أو صغيرة
- ٨٣(ش) ٥ - إذا انتقلت إليه وهي حامل
- ٨٤(ش) ٦ - إذا ملك أمة فأعتقها ثم تزوجها
- ٨٦ ٧ - إذا زوج أمته المبتاعة فطلقها الزوج
- ٨٧(ش) إذا أعتقها قبل الوطء جاز لغيره تزويجها بغير عدة ولا استبراء
- ٨٨(ش) إذا أعتقها بعد الوطء وجبت العدة للزواج
- ٨٨(ش) (ملك المنفعة) هل يجوز التحليل بالإعارة أو الإباحة؟
- ٩٠(ش) التحليل عقد أو تمليك منفعة؟
- ٩٢ هل يجوز تحليل أمته لمملوكه؟
- ٩٣ يجوز تحليل المدبرة وأم الولد
- ٩٤ لو ملك بعضها فأحلته نفسا أو أحلها الشريك
- ٩٤ يجب الاقتصار في التحليل على ما تناوله اللفظ
- ٩٥ لو وطئ أمة الغير من دون إذنه
- ٩٦ ولد المحللة حر
- ٩٧ يجوز وطئ الأمة وفي البيت غيره
- ٩٩ لا يكره النوم بين أمتين
- ٩٩ يكره وطء الأمة الفاجرة
- ١٠٠(ش) يكره وطء من ولدت من زنا
- ١٠٠(ش) (ما يرد به النكاح) (العيوب) (عيوب الرجل) ١ - الجنون
- ١٠١ ٢ - الخصاء والوجاء
- ١٠٣ ٣ - العنن
- ١٠٤ ٤ - الجب
- ١٠٦ إذا تجدد الجب
- ١٠٧ إذا بان خنثى
- ١٠٩ هل يرد بالجذام والبرص والعمى والعرج والزنا؟
- ١١٠(ش) (عيوب المرأة) الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والعرج
- ١١٢ تعريف الجنون والجذام
- ١١٢

١١٣	البرص
١١٤	القرن والعقل
١١٦	الافضاء
١١٦	العرج والاقعاد
١٢٠	الرتق
(١٢١)ش	هل ترد المرأة من زنا؟
(١٢٢)ش	هل ترد المرأة بإجراء الحد عليها؟
١٢٣	(احكام العيوب) لا ترد المرأة بالعيب المتجدد بعد الدخول
(١٢٥)ش	هل ترد بالمتجدد بعد العقد وقبل الدخول؟
١٢٦	خيار الفسخ على الفور
١٢٦	الفسخ ليس طلاقا فلا ينتصف المهر
١٢٧	لا يحتاج الفسخ إلى حاكم إلا في العنن
١٢٨	إذا اختلفا في العيب فالقول قول منكره
١٢٩	إذا فسخ العقد متى يجب المهر ومتى لا يجب؟
(١٣١)ش	رجوع الزوج على المدلس
(١٣١)ش	ما يثبت به العنن
١٣٣	لو ثبت العنن ثم ادعى الوطاء
١٣٦	لو ادعى أنه وطئ غيرها أو وطئها دبرا
١٣٧	ما يحكم به الحاكم بعد ثبوت العنن
(١٣٨)ش	لو علمت بالخيار والفورية فصبرت لزم العقد
(١٣٨)ش	هل يكفي في سقوط الخيار موقعة غيرها؟
١٣٩	(التدليس) ما يتحقق به التدليس
(١٤٠)ش	إذا تزوجها على أنها حرة فبانت أمة
١٤١	الرجوع على المدلس في ذلك
١٤٣	إذا تزوجت على أنه حر فبان عبدا
١٤٤	إذا تزوجها على أنها بنت مهيبة فبانت بنت أمة
١٤٦	لو زوجه بنته من مهيبة وأدخل عليه بنته من أمة
١٤٨	إذا شرط كونها بكر فبانت ثيبا
(١٤٩)ش	إذا لم يفسخ في الفرض المتقدم فهل ينقص من مهرها
١٥١	إذا استمتع امرأة فبانت كتابية
(١٥٢)ش	لو تزوجها على أنها كتابية فبانت مسلمة
١٥٣	إذا تزوج رجلان فأدخلت امرأة كل واحد على الآخر
١٥٦	متى يجب مهر المثل ومتى يجب المسمى؟
١٥٧	(المهور) (المهر الصحيح)
(١٥٧)ش	بحث لفظي حول كلمة المهر ومرادفاتها
(١٥٨)ش	المهر ليس ركنا في النكاح
(١٥٨)ش	كل ما يصح أن يملك يجوز جعله مهرا

- العقد على منفعة الزوج مدة معينة (ش) ١٥٩
- ١٦٠ لو عقد الذميان على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما
- ١٦٢ إذا جعل المسلمان المهر خمرا أو خنزيرا فهل يصح العقد؟
- (ش) ١٦٤ على تقدير الصحة ما هو الواجب دفعه؟
- ١٦٦ لا حد للمهر كثرة وقلة
- ١٧٠ يكفي في المهر مشاهدته وإن كان مكيلا أو موزونا
- ١٧١ الزواج بامرأتين أو أكثر بمهر واحد
- ١٧٤ لو جعل المهر شيئا غير مشاهد ولا موصوف
- ١٧٥ لو تزوجها على الكتاب والسنة ولم يسم مهرا
- ١٧٦ لو سمى للمرأة مهرا ولأبيها شيئا معينا
- (ش) ١٧٨ لو كان المشروط لأبيها أو ما في حكمه جزءا من المهر
- (ش) ١٧٩ حكم ما يفعله الناس من حمل المرأة أو الزوج لدفع شيء عند التزويج
- ١٨٠ يجب تعيين المهر بما يرفع الجهالة
- ١٨٠ إذا كان المهر تعليم القرآن هل يجب تعيين القراءة؟
- ١٨١ لو عين القراءة ثم طالبت تلقين قراءة أخرى لم يجب
- ١٨٢ يجوز جعل المهر تعيين سورة أو صنعة وهو لا يحسنها
- ١٨٣ لو أصدقها ظرفا على أنه خل فبان خمرا، أو عبدا فبان حرا
- ١٨٦ إذا عقد سرا على مهر، وجهرها على غيره
- ١٨٧ المهر مضمون على الزوج إلى أن يسلمه
- (ش) ١٨٩ ما الذي يعتبر من قيمته لو تلف؟
- ١٩٠ لو بان المهر معيبا أو تجدد العيب
- ١٩١ للمرأة أن تمتنع من التسلم حتى تقبض المهر
- (ش) ١٩٥ لو كانت مريضة أو محبوسة أو صغيرة فهل يجب المهر؟
- (ش) ١٩٧ لو كان المهر مؤجلا هل يجوز لها الامتناع؟
- (ش) ١٩٧ هل لها الامتناع بعد الدخول؟
- ١٩٩ يستحب تقليل المهر
- ٢٠٠ يكره الدخول حتى يقدم شيئا
- ٢٠١ (تفويض البضع)
- (ش) ٢٠١ ما هو التفويض؟
- ٢٠٢ لو لم يذكر المهر أو صرح بعدمه
- (ش) ٢٠٣ يجب مهر المثل بالدخول والمتعة بالطلاق
- (ش) ٢٠٣ لو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق
- ٢٠٤ المعتبر في مهر المثل حالي المرأة وعادة نساءها
- (ش) ٢٠٥ هل يجوز أن يتجاوز مهر المثل مهر السنة؟
- (ش) ٢٠٦ بعض مواضع ثبوت مهر المثل
- ٢٠٧ المعتبر في المتعة الواجبة حين الطلاق حال الزوج
- ٢٠٨ لا تجب المتعة إلا للمفوضة المطلقة قبل الدخول

- تستحب المتعة لكل مطلقه (ش) ٢٠٩
- ٢١٠ لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر
- ٢١١ لو تزوج المملوكة ثم اشتراها
- ٢١١ يتحقق التفويض في البالغ الرشيدة
- هل يصح التفويض في المولى عليها لصغر ونحوه؟ (ش) ٢١٢
- ٢١٤ يجوز أن يزوج المولى أمته مفوضة
- ٢١٤ إذا زوجها مولاهم مفوضة ثم باعها أو أعتقها
- ٢١٥ (تفويض المهر) إذا فوض المهر إلى أحد الزوجين فهل له الحكم بما شاء؟
- ٢١٧ لو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم
- ٢١٨ لو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم
- ٢٢٣ (أحكام المهر) إذا دخل قبل تسليم المهر كان دينا عليه
- ٢٢٥ لا يجب المهر بالخلوة بل بالدخول
- ٢٢٩ إذا لم يسم مهرا وقدم شيئا ودخل بها فهل يعتبر ذلك مهرا أم لما المطالبة بالمهر؟
- ٢٣١ إذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر
- إذا طلق قبل الدخول وكان المهر عينا ولم يسلمه (ش) ٢٣٢
- إذا طلق قبل الدخول وكان المهر عينا قد سلمه وتلفت عندها (ش) ٢٣٢
- إذا وجد العين ناقصة في الفرض السابق (ش) ٢٣٣
- إذا كان في العين زيادة في الفرض السابق (ش) ٢٣٥
- إذا تغير العين بالزيادة والنقصان (ش) ٢٣٦
- ٢٣٧ لو كان المهر حيوانا حاملا
- ٢٣٨ لو أصدقها تعليم صناعة فطلقها قبل الدخول
- ٢٣٨ لو أصدقها تعليم سورة فطلقها قبل الدخول
- ٢٣٩ إذا أبرأتها من الصداق قبل الدخول ثم طلقها قبله
- لو خلعها بمجموع المهر قبل الدخول، (ش) ٢٤١
- ٢٤٢ إذا أعطها عوضا عن المهر شيئا آخر ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف المسمى
- ٢٤٣ إذا أمهرها مدبرة ثم طلقها قبل الدخول
- ٢٤٥ إذا شرط ما يخالف الشرع فهل يصح العقد والمهر؟
- ٢٤٥ إذا شرط عدم التروييح والتسري عليها
- ٢٤٧ لو شرطت عدم الدخول لزم فلو أذنت بعد ذلك جاز
- ٢٤٩ لو شرطت عدم إخراجها من بلدها
- ٢٥١ إذا شرط مهرا إن أخرجها إلى بلده وأقل منه إن لم يخرجها فأخرجها إلى بلد الشرك لم تجب إجابته وتجب إذا أخرجها إلى بلد الاسلام
- ٢٥٤ لو طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول
- ٢٥٥ لو وهبته نصف مهرا مشاعا ثم طلقها قبل الدخول
- ٢٥٦ لو تزوجها بعبدتين فمات أحدهما
- ٢٥٦ شرط الخيار في النكاح
- (ش) ٢٥٧ شرط الخيار في المهر

- ٢٥٨ الصداق يملك بالعقد
- ٢٥٩ للمرأة التصرف في المهر قبل القبض
- ٢٦٠ إذا طلق قبل الدخول وعفت المرأة عن نصفها كان الجميع للزوج
- ٢٦٢ لو عفا الذي بيده عقدة النكاح ومن هو؟
- ٢٦٩ يجوز لولي الزوجة أن يعفو عن البعض دون الكل
- ٢٦٩ لا يجوز لولي الزوج أن يعفو عن حقه
- ٢٧٠ هل يكفي العفو في الانتقال من الملك؟
- ٢٧٠ إذا كان دينا في ذمة الزوج والعافي المرأة
- (٢٧١)ش إذا كان عينا في يده والعافي المرأة
- (٢٧١)ش إذا كان عينا في يده وهو العافي
- (٢٧١)ش إذا كان دينا في ذمته وهو العافي
- (٢٧٢)ش إذا كان دينا في ذمتها وهي العافية
- (٢٧٢)ش إذا كان دينا في ذمتها والعافي هو الزوج
- (٢٧٢)ش إذا كان عينا في يدها وهي العافية
- (٢٧٢)ش إذا كان عينا في يدها والعافي هو الزوج
- ٢٧٣ لو كان المهر مؤجلا لم يجز لها الامتناع
- ٢٧٣ لو امتنعت وحل المهر هل يجوز امتناعها؟
- ٢٧٤ لو أصدقها فضة فصاغتها آنية ثم طلقها قبل الدخول
- ٢٧٥ لو أصدقها تعليم سورة كان حده استقلالها بالقراءة
- (٢٧٦)ش لو أصدقها تعليم سورة فتعلمتها من غيره
- ٢٧٧ يجوز أن يجمع بين نكاح وبيع في عقد واحد
- ٢٧٧ لو قالت زوجتك نفسي وبعتك هذا الدينار بدينار فهل هو ربا؟
- ٢٧٩ لو أصدقها عبدا فأعتقته أو دبرته ثم طلقها قبل الدخول
- ٢٨٠ لو دفعت نصف القيمة ثم رجعت في التدبير
- ٢٨١ إذا زوجها الولي بدون مهر المثل
- ٢٨١ إذا كان المهر مجهول المقدار فتلف قبل القبض
- ٢٨٢ إذا كان المهر فاسدا استقر لها مهر المثل ويصح إبرؤها
- ٢٨٢ لو أبرأتها من مهر المثل قبل الدخول لم يصح
- ٢٨٤ إذا زوج ولده الصغير فعلى من المهر؟
- ٢٨٦ لو دفع الأب المهر فبلغ الزوج وطلق قبل الدخول فمن يملك النصف؟
- ٢٨٩ لو دفع الأب المهر عن الكبير فطلق قبل الدخول فلمن النصف؟
- ٢٩١ (التنازع) إذا اختلفا في أصل المهر بعد الدخول فهل القول قول الزوج؟
- (٢٩٧)ش لو وقع هذا الاختلاف بين ورثتهما أو ورثة أحدهما والآخر
- ٢٩٨ لو اختلفا في قدره فالقول قول الزوج
- (٣٠٠)ش إذا اختلفا في صفة المهر أو الحلول والتأجيل أو مقدار الأجل
- ٣٠١ لو اعترف بالمهر ثم ادعى تسليمه فالقول قول المرأة
- ٣٠٢ لو دفع قدر المهر وادعت انه وهبها فالقول قوله

- إذا خلا بها فادعت المواقعة
 لو أصدقها تعليم سورة أو صنعة فادعت تعلمها من غيره
 إذا اتفقا على عقدين بينهما وادعى الزوج تكرار العقد الواحد
 (القسم)
 معنى القسم ووجوبه
 لكل من الزوجين حق على الآخر
 القسمة بين الأزواج حق على الزوج
 هل وجوب القسمة مشروط بالشروع فيها؟
 كيفية التقسيم بين الليالي بناء على القولين
 لو كان عنده منكوحات لا قسمة لهن كالإماء
 هل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليله لكل واحدة؟
 للشروع في القسمة هل يقرع بينهن أو يختار في البدء بأيهن؟
 الخلاف في القرعة وعدمها واقع على القولين
 الواجب في القسمة المضاجعة
 هل الواجب يختص بالليل أم يشمل صبيحته؟
 إذا كان كسبه ليلا كالحارس
 إذا كانت الأمة مع الحرة أو الحرائر
 الكتابية كالأمة في القسمة
 إذا طرأ العتق على الأمة في أثناء الدور ورضيت بالعقد
 ليس للموظوءة بالملك قسمة
 له أن يطوف عليهن أو يستدعيهن إلى منزله أو يفرق بينهن في ذلك
 تختص البكر عند الدخول بسبع ليال والثيب بثلاث
 يجب التوالي في الثلاث والسبع
 لا فرق في ذلك بين الحرة والأمة والكتابية
 لو قضى حق الجديدة ثم طلقها ثم راجعها
 إذا حصل الزواج الجديد خلال الدور
 لو سيق إليه زوجته أو أكثر في ليلة
 هل تسقط القسمة بالسفر؟
 يستحب القرعة إذا أراد استصحاب بعضهن
 هل يجب العمل بالقرعة؟
 لا يتوقف قسم الأمة على إذن المالك
 تستحب التسوية بينهن في الانفاق والمعاشرة والجماع
 يستحب أن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبها
 يستحب الإذن لها في الذهاب إلى دار أبيها وله منعها
 (اللواحق) القسم حق مشترك فلا يسقط حقه بإسقاطها حقها
 إن وهبت بعض النساء قسمتها
 لا يشترط في هذه الهبة رضا الموهوبة

- ٣٤١ إذا وهبت ثم رجعت يصح للمستقبل ولا يقضى الماضي
- ٣٤١ لو طلبت عوضاً عن ليلتها فهل تصح المعاوضة؟
- ٣٤٢ لا قسمة للصغيرة والمجنونة المطبقة والناشر
- (٣٤٣ش) متى يجب قضاء القسمة للمسافرة؟
- (٣٤٣ش) متى يجوز زيارة الضرة في ليلة ضررتها؟ وهل يقضى؟
- ٣٤٤ لو دخل فواقعها لا يجب قضاء المواقعة
- ٣٤٥ لو جار في القسمة قضى لمن أحل بليتها
- ٣٤٧ لو كان له أربع فنشزت واحدة
- ٣٥٠ لو طاف على ثلاث ثم طلق الرابعة ثم تزوجها
- ٣٥٢ لو كان له زوجتان في بلدين وأقام عند واحدة عشرا
- ٣٥٣ لو تزوج ولم يدخل بها فأفرغ للسفر وخرج اسمها فهل يجوز بعد الرجوع تخصيصها بحقها؟
- ٣٥٤ (النشوز) معنى النشوز وحقيقته
- ٣٥٥ إذا ظهر من الزوجة امارات النشوز
- (٣٥٦ش) المراد بالوعظ بالهجر والضرب
- (٣٥٧ش) هل الثلاثة على التخيير أو الجمع أو الترتيب؟
- (٣٥٧ش) هل يتوقف الحكم على النشوز بالفعل؟
- (٣٦٠ش) المراد بظهور امارات النشوز
- (٣٦٠ش) ليس منها بذاءة اللسان والشم
- (٣٦٠ش) المراد بالحوائج التي يوجب التبرم بها النشوز
- (٣٦١ش) المراد بالتبرم
- (٣٦١ش) كيفية الضرب
- (٣٦١ش) لو حصل بالضرب تلف
- ٣٦٢ إذا ظهر من الزوج النشوز
- ٣٦٢ إذا تركت بعض حقوقها استمالة له جاز لها وله
- ٣٦٤ (الشقاق) معنى الشقاق وحقيقته
- ٣٦٤ إذا كان النشوز منهما معا
- (٣٦٥ش) من هو الباعث للحكمين إذا حصل الشقاق؟
- (٣٦٦ش) هل بعث الحكمين واجب أو مندوب؟
- (٣٦٦ش) هل يشترط كونهما من أهلها؟
- (٣٦٦ش) هل المبعوثان وكيلان للزوجين أو موليان من قبل الحاكم؟
- (٣٦٩ش) ينبغي أن يخلو الحكمان بهما لمعرفة ما عندهما
- ٣٧٠ إذا غاب أحد الزوجين عند إصدار الحكم
- ٣٧١ هل يلزم ما يشترطه الحكمان؟
- ٣٧٢ لو منعها بعض حقوقها فبذلت له ليخلعها صح
- ٣٧٣ (أحكام الأولاد) أقل مدة الحمل وأقصاها ليصح الإلحاق
- ٣٧٧ لو لم يدخل بها لا يصح الإلحاق

- ٣٧٧ لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر
- ٣٧٨ لو اتفقا أن الوضع كان بعد تسعة أشهر أو عشرة من زمان الوطاء هل مجرد اتفاقهما كاف في النفي وإن لم يثبت؟
- (٣٧٨)ش ٣٨٠ لو زنى بها أحد فالولد للأب الشرعي
- ٣٨٠ لو اختلفا في الدخول أو في ولادته
- ٣٨٠ لا يجوز نفي الولد مع الدخول وإمكان كون الحمل منه
- ٣٨١ لو طلقها ثم جاءت بولد أمكن كونه منه
- ٣٨٣ لو زنى بامرأة أو أمة ثم تزوج بها أو اشتراها
- ٣٨٤ لو اختلف الزوجان في مدة الحمل
- ٣٨٥ لو طلقها فاعتدت وتزوجت ثم جاءت بولد لدون ستة أشهر
- ٣٨٦ إذا وطئ الأمة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا
- ٣٨٦ إذا أراد نفي ولد الأمة
- ٣٨٦ إذا وطئ الأمة المولى وأجنبي
- ٣٨٧ لو انتقلت إلى موال ووطئها كل واحد منهم
- ٣٨٨ لو وطئها المشتركون فيها في طهر واحد
- ٣٩٠ لا يجوز نفي الولد لمكان العزل
- ٣٩١ لو وطئ أمته وزنى بها غيره لحق الولد به
- ٣٩١ إذا وجد فيه امارات يغلب الظن معها بعدم اللحق
- ٣٩٢ الوطاء بالشبهة يلحق به النسب
- ٣٩٢ لو تزوج امرأة ظنت موت الزوج أو طلاقه فبان الخلاف (أحكام الولادة) يجب استبداد النساء بالمرأة عند الولادة
- ٣٩٣ يستحب غسل المولود والأذان والإقامة في اذنيه
- ٣٩٤ يستحب تحنيكه بماء الفرات وبتربة الحسين عليه السلام
- ٣٩٦ ما ينبغي رعايته في تسميه الولد وتكنيته
- ٣٩٩ سنن اليوم السابع أربعة: الحلق والختان وثقب الاذن والعقيقة
- ٤٠١ آداب الحلق
- ٤٠٢ متى يجب الختان؟
- (٤٠٤)ش الختان مختص بالذكر
- (٤٠٥)ش لو أسلم الكافر غير مختون وجب عليه الختان
- (٤٠٥)ش يستحب خفض الجوارح والنساء
- ٤٠٦ آداب العقيقة
- ٤٠٧ هل تجب العقيقة؟
- ٤٠٨ لا تجزي الصدقة بثمنها
- ٤٠٩ صفات الذبيحة في العقيقة
- ٤٠٩ حصة القابلة من العقيقة
- ٤١٠ لو لم يعق للولد استحب له أن يعق إذا بلغ
- ٤١٠ لو مات الصبي يوم السابع

- ما يكره عمله في العقيقة
- ٤١١ لا يجب على الام إرضاع الولد ولها المطالبة بالأجرة
- ٤١٢ يجب على الأب بذل اجرة الرضاع إن لم يكن للولد مال
- ٤١٤ لأنه أن ترضعه بنفسها وبغيرها ولها الأجرة
- ٤١٥ للمولى إجبار أمته على الرضاع
- ٤١٥ نهاية الرضاع حولان وتجوز الزيادة والنقيصة
- ٤١٦ الام أحق بإرضاعه إلا إذا طلبت بزيادة عن اجرة غيرها
- ٤١٨ لو ادعى الأب وجود متبرعة وأنكرت الام
- ٤٢٠ يستحب أن يرضع الصبي بلبن أمه
- ٤٢٠ (الحضانة)
- ٤٢١ ما هو المراد بالحضانة؟
- (٤٢١)ش الأم أحق بحضانة الولد مدة الرضاع
- (٤٢١)ش ليس للام اجرة على الحضانة إلا إذا توقف على نفقة زائدة
- (٤٢١)ش لمن الحضانة بعد العامين؟
- (٤٢٢)ش هل يختلف الذكر والأنثى في الحضانة؟
- (٤٢٢)ش لا حضانة للكافرة والأمة
- (٤٢٣)ش لا حضانة للمجنونة
- (٤٢٤)ش لا حضانة للام بعد زواجها ولا للفاسقة
- (٤٢٥)ش لا حضانة لغير المقيمة في البلد
- (٤٢٥)ش لو كان الولد خنثى
- ٤٢٦ إذا تزوجت الام سقطت حضانتها ولا ينبغي المنع من زيارتها
- ٤٢٧ إذا مات الأب انتقلت الحضانة للام
- ٤٢٨ لو كان الأب كافرا أو مملوكا كانت الام أحق به
- ٤٢٩ لو أعتق الأب عاد الحق إليه
- ٤٣٠ لمن الحضانة إذا فقد الأبوان؟
- ٤٣٣ إذا اجتمع أخت لأب وأخت لام فلائيهما الحضانة؟
- ٤٣٤ هل الجدة أولى من الأخوات؟
- ٤٣٥ إذا اجتمعت عمه وخالة أو جماعة متساوون في الدرجة
- ٤٣٥ إذا طلبت الام للرضاع اجرة زائدة عن غيرها
- ٤٣٦ إذا بلغ الولد رشيدا فلا حضانة لأحد عليه
- ٤٣٧ إذا تزوجت الام ثم طلقت هل ترجع الحضانة؟
- ٤٣٨ (النفقات) (نفقة الزوجة)
- (٤٣٨)ش أسباب وجوب النفقة
- (٤٣٨)ش الدليل على وجوب نفقة الزوجة
- ٤٣٩ يشترط في وجوبهما التمكين الكامل في كل مكان وزمان
- ٤٤٠ هل يتحقق الوجوب بالعقد أو بالتمكين
- (٤٤٢)ش لو اختلفا في التمكين

٤٤٢) (ش)	من فروع التمكين أن لا تكون صغيرة
٤٤٣	لو كانت كبيرة وزوجها صغير
٤٤٤	لو كانت مريضة أو رتقاء أو قرناء
٤٤٥	لو كان الزوج عظيم الآلة
٤٤٥	لو سافرت الزوجة بإذنه أو بدونه
٤٤٦	لو صلت أو صامت أو اعتكفت
٤٤٧) (ش)	الصوم المندوب لا يسقط النفقة
٤٤٩	نفقة المطلقة الرجعية
٤٤٩) (ش)	نفقة الموطوءة بشبهة
٤٤٩) (ش)	نفقة المطلقة الحامل
٤٥٠) (ش)	نفقة البائن
٤٥١) (ش)	النفقة للحمل أو للحامل
٤٥١) (ش)	فروع تتفرع على ذلك
٤٥٣	نفقه الحامل المتوفى عنها زوجها
٤٥٤	لا فرق بين المسلمة والذمية والأمة
٤٥٥) (ش)	نفقه الأمة إذا توقفت على التملك
٤٥٥) (ش)	لو اختلفت الأمة وزوجها في النفقة
٤٥٥) (ش)	ضابط مقدار النفقة
٤٥٦	في تقدير الطعام الواجب
٤٥٧	نفقة الإحدام
٤٥٨) (ش)	نفقة الخادم
٤٥٨) (ش)	لو خدمها بنفسه
٤٥٩) (ش)	لو تنازعا في الإحدام
٤٥٩) (ش)	لو كانت الزوجة أمة ولكنها مخدومة عادة
٤٦٠	جنس المأدوم والملبوس
٤٦١	لو قالت: أنا أخدم نفسي ولي نفقة الخادم
٤٦٢	يجب دفع النفقة يوما فيوما لا أكثر
٤٦٢) (ش)	الزوجة تملك نفقة يومها
٤٦٣) (ش)	النفقة بعضها تملك وبعضها إمتاع
٤٦٤) (ش)	الكسوة تملك أو إمتاع
٤٦٥) (ش)	لو تلفت كسوتها قبل الزمن المعتاد
٤٦٥) (ش)	لو بقيت الكسوة أكثر من المعتاد
٤٦٦) (ش)	لو ماتت أو مات الزوج والكسوة باقية
٤٦٦) (ش)	إذا لم يكسها مدة من الزمان
٤٦٦) (ش)	إذا أراد تبديل كسوتها
٤٦٦) (ش)	هل يجوز لها بيع الكسوة ونحو ذلك؟
٤٦٦) (ش)	يجوز إعطاؤها الكسوة المعارة أو المستأجرة

- ٤٦٧ لو سلم نفقة وكسوة لمدة ثم طلقها
- ٤٦٨ تسقط النفقة بالمؤاكلة
- ٤٦٨ لو تزوجها ولم يدخل بها هل تجب نفقتها؟
- ٤٦٩ لو كان غائبا فحضرت عند الحاكم وبذلت التمكين
- (٤٧٠ش) لو كانت مراهقة وسلمت نفسها
- (٤٧١ش) لو سلمت نفسها للزوج المراهق
- (٤٧١ش) لو نشزت ثم عادت إلى الطاعة في غيبته
- (٤٧٢ش) لو ارتدت ثم عادت إلى الاسلام في غياب الزوج
- ٤٧٣ إذا ادعت البائن أنها حامل
- ٤٧٤ البائن الحامل بغير طلاق
- ٤٧٦ البائن بالملاعنة وهي حامل
- ٤٧٧ نفقة زوجة المملوك
- ٤٧٨ نفقة ولد العبد المكاتب
- ٤٧٩ إذا طلق الحامل رجعية فادعت أن الطلاق بعد الوضع
- (٤٨٠ش) إذا ادعى الزوج أن الطلاق بعد الوضع ليجوز الرجوع
- ٤٨١ إذا كان له على زوجته الموسرة دين جازت المقاصة بالنفقة يوما فيوما
- ٤٨١ نفقة الزوجة مقدمة على الأقارب
- ٤٨٣ (نفقة الأقارب) تجب نفقة الأبوين والأولاد
- ٤٨٤ لا تجب نفقة غير العمودين
- ٤٨٥ يشترط في وجوب النفقة الفقر والعجز عن الاكتساب
- ٤٨٥ لا عبرة بنقصان الخلقة والصبأ والجنون
- ٤٨٦ تجب النفقة وإن كان القريب فاسقا أو كافرا
- ٤٨٦ تسقط النفقة إذا كان مملوكا وتجب على المولى
- ٤٨٧ يشترط في المنفق القدرة
- ٤٨٨ الواجب من النفقة قدر الكفاية
- (٤٨٩ش) لا يجب تزويج واجب النفقة أو تملكه جارية ونحو ذلك
- ٤٩٠ لا يجب الانفاق على أولاد الأب وزوجته ويجب على أولاد الأولاد
- ٤٩٠ لا تقضى نفقة الأقارب
- ٤٩١ ترتيب من تجب نفقة الولد عليه
- ٤٩٣ ترتيب من تجب نفقته إذا لم يمكنه نفقة الجميع
- ٤٩٥ لو كان له أب وابن موسران وجبت عليهما بالسوية
- (٤٩٥ش) ترتيب وجوب الانفاق إذا كان الام والولد موسرين أو كان الأب والبنت موسران
- (٤٩٦ش) لو أنفق الأب بعد فأيسر الأقرب
- (٤٩٦ش) لو كان له ولدان ولا يقدر على نفقة أحدهما وله جد موسر
- (٤٩٦ش) لو كان لا يقدر إلا على نفقة أحد الأبوين وله ابن موسر
- (٤٩٦ش) إذا دافع بالنفقة الواجبة أجبره الحاكم
- ٤٩٧ (نفقة المملوك) تجب النفقة على الرقيق والبهائم

٤٩٨

(٤٩٩ش)

٥٠٠

(٥٠١ش)

(٥٠١ش)

٥٠٢

المعتبر من مقدار النفقة وجنسها

يستحب أن يجلس الرقيق على المائدة

لو امتنع عن الانفاق أجبر على بيعه أو الانفاق

لا فرق في المملوك بين القن والمدبر وأم الولد

يجوز أن يضرب عليه ضريبة ويجعل الفاضل له إذا رضى

ما يجب من نفقة البهائم

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الاسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

" الشهيد الثاني " (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء الثامن

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الاسلامية

أين كتاب با استفاده از كاغذ حمايتي وزارت فرهنگ

وارشاد اسلامي به چاپ رسیده است

(١)

هوية الكتاب:

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام ج ٨.
تأليف: زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني).
تحقيق ونشر. مؤسسة المعارف الإسلامية.
صف الحروف: مؤسسة المعارف الإسلامية.
الطبعة: الأولى ١٤١٦ هـ. ق.
المطبعة: مؤسسة پاسدار اسلام.
العدد: ٢٠٠٠ نسخة.
السعر: ١٠٠٠ تومان.

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٣)

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة المعارف الإسلامية
إيران - قم المقدسة
ص. ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٧٣٢٠٠٩

(٤)

القسم الثالث: في نكاح الإمام
وهو إما بالملك أو العقد. والعقد ضربان: دائم ومنقطع. وقد مضى
كثير من أحكامهما.
وتلحق هنا مسائل:
الأولى: لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن
المالك، فإن عقد أحدهما من غير إذن وقف على إجازة المالك. وقيل: بل
تكون إجازة المالك كالعقد المستأنف.
وقيل: يبطل فيهما، وتلغى الإجازة. وفيه قول رابع مضمونه:
اختصاص الإجازة بعقد العبد دون الأمة. والأول أظهر.

(١) المؤمنون: ٦.

(٢) في ج ٧: ١٥٩.

وهذا هو الذي اختاره المصنف والأكثر. وهو الأقوى. وقد تقدم (١) ما يدل عليه. ويدل عليه بخصوصه حسنة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: " سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، قال: ذاك إلى السيد إن شاء أجاز، وإن شاء فرق بينهما " (٢). والقول بكون إجازة المالك كالعقد المستأنف للشيخ في النهاية، فإنه قال: " من عقد على أمة غيره بغير إذن مولاهما كان العقد باطلا، فإن رضي المولى بذلك العقد كان رضاه به كالعقد المستأنف يستباح به الفرج " (٣). وقد اختلف في تنزيل كلامه، حيث إن ظاهره التناقض، لحكمه ببطان العقد ثم الاكتفاء فيه بالإجازة، وجعلها مبيحة للنكاح كالعقد. فالعلامة في المختلف (٤) نزل كلامه على أن المراد بكونه باطلا أنه يؤول إلى البطلان، لأن ما يقع باطلا في نفسه لا يصح بإجازة المولى. وعلى هذا فيكون قوله كقول الأول. وقريب منه تأويل المصنف له في نكت النهاية (٥) بمعنى عدم الإفادة لملك البضع، لا بمعنى سقوطه أصلا، فإذا أجاز المولى العقد ملك البضع. قال: وربما تبع الشيخ رواية الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام: " إن كان الذي تزوجها من غير إذن مولاهما فالنكاح فاسد " (٦).

- (١) في ج ٧: ١٥٩ - ١٦١.
(٢) الكافي ٥: ٤٧٨ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٥، التهذيب ٧: ٣٥١ ح ١٤٣٢، الوسائل ١٤: ٥٢٣ ب (٢٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٣) النهاية: ٤٧٦.
(٤) المختلف: ٥٦٦.
(٥) نكت النهاية ٢: ٣٣٩ - ٣٤٠.
(٦) الكافي ٥: ٤٠٥ ح ١، التهذيب ٧: ٣٤٩ ح ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧، الوسائل ١٤: ٥٧٧ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١. وعبارة الحديث هكذا: " إن كان الذي زوجها إياه. من غير موالها... "

ثم لما أجمعنا على أن إجازة المولى العقد الفضولي ماضية في النكاح جمع بين الأمرين بذلك. وهذا التنزيل لا يطابق جعله في الكتاب القول مغايرا للقول بوقوفه على الإجازة.

ومنهم من أول كلام الشيخ بأمر آخر، وهو أن العقد يكون باطلا بدون الإذن كما ذكر أولا، لكن الإجازة تقوم مقام التحليل، فيكون الرضا عبارة عن التحليل، ومن ثم فرضها في الأمة، لأن العبد لا يأتي فيه ذلك. وفيه نظر، لأن التحليل منحصر في عبارات، وليس الرضا منها، فليس بتحليل ولا عقد، لأنه حكم ببطلانه.

والأولى تنزيل كلام الشيخ على المعنى الأول، وجعلهما قولاً واحداً، لأن إطلاق البطلان على الموقوف كثير شائع ومجاز مشهور من حيث اشتراكهما في عدم ترتب الأثر. ويؤيده مع ذلك أن المصنف جعل القول المذكور شاملاً للعبد والأمة مع أن الشيخ فرضه في الأمة، وتخصيصها لا يحسن إلا على التأويل الأخير. والقول بالبطلان فيهما لابن إدريس (١) مع حكمه بصحة نكاح الفضولي (٢) في غير المملوك، محتجا بالنهي المقتضي للفساد. وقد عرفت فساد كليته. ويرد عليه منعه من كليته (٣). وأما الاحتجاج له بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: "أيما مملوك تزوج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل" (٤) فلا يناسب أصل ابن إدريس، لأن طريقه عامي، وهو لا يكتفي به لو كان خاصيا. والقول بالفرق بين نكاح العبد والأمة بغير إذن المولى - فيقف الأول ويبطل

(١) السرائر ٢: ٥٩٦ وفي صدر كلامه ما يدل على القول بالوقوف. فراجع.

(٢) السرائر ٢: ٥٦٤ - ٥٦٥.

(٣) في "ش" مع كليته. والظاهر أن إحدى الجملتين زائدة وإن وردتا معا في جميع النسخ.

(٤) السنن الكبرى ٧: ١٢٧. سنن أبي داود ٢: ٢٢٨.

ولو أذن المولى صح، وعليه مهر مملوكه ونفقة زوجته، وله مهر أمته.
وكذا لو كان كل واحد منهما لمالك أو أكثر، فأذن بعضهم لم يمتز إلا
برضا الباقيين أو إجازتهم بعد العقد، على الأشبه.

الثاني - لابن حمزة (١). ومستنده على البطلان ما تقدم، وعلى الصحة في العبد رواية
زرارة السابقة (٢) المتضمنة وقوف تزويج المملوك على إجازة سيده، وهو ظاهر في
الذكر. وفي آخرها ما يزيده إيضاحاً، لأنه قال: " قلت له: أصلحك الله إن الحكم بن
عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، فلا تحل إجازة
السيد له. فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله إنما عصى سيده " فإذا أجازته
فهو له جائز ". وربما قيل بأن المملوك شامل للذكر والأنثى فيفيد الحكمين. وقد ورد
التصريح بحكم العبد في رواية زرارة أيضاً عنه عليه السلام قال: " سألته عن رجل
تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه، قال: ذلك لمولاه إن شاء
فرق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما (٣).

قوله: " ولو أذن المولى صح - إلى قوله - وله مهر أمته ".
قد تقدم (٤) الخلاف في مهر زوجة المملوك ونفقتها هل هي على المولى، أو في
كسب العبد؟ وبيان المختار في ذلك، وإنما أعاده لمناسبته الباب. وأما كون مهر الأمة
لمولاه فلا بد بضعها ومنافعها مملوكة له، فيكون المهر الذي هو عوضه كذلك.
قوله: " وكذا لو كان كل..... الخ ".
لا فرق في توقف نكاح المملوك على إذن مالكة بين كونه متحداً أو متعدداً،

(١) لم يفرق في الوسيلة ٣٠٤ - ٣٠٦ بين العبد والأمة، ولم نجد من نسب إليه ذلك أيضاً.

(٢) لاحظ ص: ٦، هامش (٢).

(٣) الكافي ٥: ٤٧٨ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٨٣ ح ١٣٤٩، التهذيب ٧: ٣٥١ ح ١٤٣١، الوسائل ١٤: ٥٢٣ ب

(٢٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٤) في ج ٧: ١٨٣.

الثانية: إذا كان الأبوان رقا كان الولد كذلك، فإن كانا لمالك واحد فالولد له، وإن كانا لاثنتين كان الولد بينهما نصفين. ولو اشترطه أحدهما أو شرط زيادة عن نصيبه لزم الشرط.

لتحقق المالية لكل واحد، وقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا وشرعا. والقول بوقوع النكاح موقوفا على إذن جميع الملاك أو باطلا كالقول في المالك المتحد. وكذا القول في المهر والنفقة، فيوزع على كل واحد بمقدار ما يخصه من الملك.

قوله: " إذا كان الأبوان رقا..... الخ "

لا خلاف في أن الولد إذا كان أبواه رقيقين يكون رقيقا، إذ لا وجه لحرية، وإنما هو تابع لهما. فإن كانا لمالك واحد فالولد له، وإن كان كل واحد منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، لأنه نماء ملكهما لا مزية لأحدهما على الآخر، بخلاف باقي الحيوانات، فإن الولد لمالك الأم. وفرقوا بينهما بأن النسب مقصود في الآدمي، وهو تابع لهما فيه، بخلاف غيره من الحيوانات، فإن النسب فيه غير معتبر، والنمو والتبعية فيه لا حق بالأم خاصة. وفي الفرق خفاء إن لم يكن هناك إجماع، مع أن أبا الصلاح (١) ذهب إلى أنه يتبع الأم كغيره من الحيوانات. ولو شرط أحد الموليين انفراده بالولد أو زيادة عن نصيبه صح الشرط ولزم، لعموم: " المسلمون عند شروطهم " (٢).

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

(٢) في "ش" ونسخة بدل "و": المؤمنون. راجع الوسائل ١٦: ٨٥ ب "٤" من كتاب المكاتب ح ٣ و ٥ و ٧، و ١٤: ٤٨٧ ب "٣٢" من أبواب المتعة ح ٩، و ١٢: ٣٥٣ ب "٦" من أبواب الخيار ح ١ و ٢ و ٥، و ١٥: ٣٠ ب "٢٠" من أبواب المهور ح ٤.

ولو كان أحد الزوجين حرا لحق الولد به، سواء كان الحر هو الأب أو الأم، إلا أن يشترط المولى رق الولد، فإن شرط لزم الشرط على قول مشهور.

قوله: " ولو كان أحد الزوجين..... الخ " .
إذا كان أحد الأبوين حرا والآخر مملوكا فالمشهور بين الأصحاب كون الولد حرا مطلقا، للأخبار الكثيرة الدالة عليه، منها حسنة ابن أبي عمير، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في العبد تكون تحته الحرة، قال: " ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه " (١). وفي حسنة أخرى لابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: " سألت عن الرجل الحر يتزوج بأمة قوم، الولد ممالك أو أحرار؟ قال: إذا كان أحد أبويه حرا فالولد أحرار " (٢). وفي رواية أخرى عن جميل بن دراج، في طريقها الحكم بن مسكين، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار، وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار " (٣). وغير ذلك من الأخبار (٤)، إلا أن أجودها طريقا ما تقدم. وخالف في الحكم ابن الجنيد (٥)، فجعل الولد رقا تبعا للمملوك من أبويه إلا مع اشتراط حرته، لأنه نماء مملوك فيتبعه. ولأن حق الآدمي يغلب إذا اجتمع مع حق الله تعالى. ولرواية أبي بصير، قال: " لو أن رجلا دبر جارية ثم زوجها من رجل

- (١) الكافي ٥: ٤٩٣ ح ٦، الوسائل ١٤: ٥٢٩ ب (٣٠) من أبواب نكاح العبيد والإماء. ح ٣.
(٢) الكافي ٥: ٤٩٣ ح ٧، التهذيب ٧: ٣٣٦ ح ١٣٧٦، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.
(٣) الكافي ٥: ٤٩٢ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٣٦ ح ١٣٧٥، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.
(٤) راجع الوسائل الباب المتقدم.
(٥) حكي عنه في المختلف: ٥٦٨، التنقيح الرائع ٣: ١٣٨.

فوطئها كانت جاريتها وولدها منه مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم ممالك" (١). ورواية الحسن بن زياد، قال: "قلت له: أمة كان مولها يقع عليها ثم بدا له فزوجها ما منزلة ولدها؟ قال: منزلتها" إلا أن يشترط زوجها" (٢).

وأجيب بضعف الروايتين وقطعهما، فيقصران عن مقاومة الروايات الكثيرة الدالة على تبعية الولد للحر. وبمنع تقديم حق الأدمي هنا، لأن الحرية أقوى، ومن ثم بني العتق على التغليب والسراية. ولأن الأصل في الإنسان الحرية، خرج منه ما أخرجه الدليل فبقي ما سواه.

هذا كله مع الاطلاق، أما إذا شرطت الحرية فلا إشكال في تحققها. وإذا شرطت الرقية فالمشهور بين الأصحاب صحة الشرط، لعموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) (٣) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: "المسلمون عند شروطهم" (٤). ولرواية أبي بصير السالفة، فإن الشيخ نزلها على الشرط (٥). وموردها وإن كان مخصوصا بالأمة إلا أنه لا قائل بالفرق.

والمصنف نسب القول إلى الشهرة إيدانا بضعف مستنده. وهو كذلك، فإن عموم الأخبار السابقة يتناول محل النزاع. ووجه عمومها من حيث إنها حكاية أحوال لم يستفصل فيها فتعم. ورواية أبي بصير - مع ما فيها من ضعف السند

(١) التهذيب ٧: ٣٣٦ ح ١٣٧٨، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٥، الوسائل الباب المتقدم ح ١٠.

(٢) التهذيب ٨: ٢١٤ ح ٧٦٣، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٦، الوسائل الباب المتقدم ح ١٢.

(٣) المائدة: ١.

(٤) في "ش" المؤمنون. لاحظ ص: ٩ هامش (٢) ولكنها جمع غير مسندة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم. نعم، ورد في مصادر العامة مسندا إليه صلى الله عليه وآله وسلم. راجع صحيح البخاري ٣:

١٢٠، المعجم الكبير للطبراني ٤: ٣٢٧ ح ٤٤٠٤، المستدرک للحاكم ٢: ٤٩.

(٥) التهذيب ٧: ٣٣٦ ذيل ح ١٣٧٨، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ذيل ح ٧٣٥.

والقطع - لا تدل على مطلوبهم، وإنما حملها الشيخ على غير ظاهرها لئلا تنافي الأخبار السالفة. وأما عموم الآية والخبر فمشروط بكون الشرط مشروعاً، والحرية أمر يتحقق بجعل الله تعالى، ومن ثم كان حراً بدون الشرط، فلا مدخل للشرط في تغييرها، كما لو شرط رقية ولد الحرين. ولأن الولد ليس ملكاً للحر حتى يصح اشتراط رقيته، وإنما الحق فيه لله تعالى، ومن ثم لم يجز اشتراط رقية حر الأصل. فلا يشرع اشتراط الرقية، وبذلك يكون مستثنى من العموم. وهذا هو الأقوى، وإن كان المشهور خلافه.

ثم على تقدير فساد الشرط ينبغي أن يتبعه فساد العقد، لعدم وقوع التراضي بدونه، ولم يحصل. ويحتمل صحة العقد مع فساد الشرط. وقد تقدم له نظائر. ويتفرع على ذلك ما لو وطئها بهذا العقد وأولدها، فإن صححنا العقد فالولد حر. وكذا إن قلنا بفساده وكان جاهلاً بالفساد. ولو كان عالماً فهو زان، والولد رق تبعاً للأمة، لا بسبب الشرط. وإن قلنا بصحة الشرط لزم، ولم يسقط بالاسقاط، وإنما يعود إلى الحرية بسبب جديد، كملك الأب له ونحوه. واعلم أن الرواية المذكورة رواها الشيخ في التهذيب مقطوعة، وتبعه العلماء على ذلك فوصفوها بالقطع، سواء عملوا بها أم لا، مع أنه في الاستبصار أوصلها إلى أبي عبد الله عليه السلام، فجبرت بذلك " لكن لم تخرج به عن الاضطراب، من حيث إن الراوي واحد. ويبقى فيها ضعف السند، فإن في طريقها أبا سعيد، وهو مجهول أو مشترك بين الثقة والضعيف (١).

(١) في هامش " و " : " الثقة أبو سعيد القمط، واسمه خالد بن يزيد. والضعيف أبو سعيد الخراساني من أصحاب الرضا عليه السلام. وأبو سعيد المكارم ملعون. منه رحمه الله " .

الثالثة: إذا تزوج الحر أمة من غير إذن المالك، ثم وطئها قبل الرضا عالما بالتحريم، كان زانيا، وعليه الحد. ولا مهر إن كانت عالمة مطاوعة. ولو أتت بولد كان رقاً لمولاها. وإن كان الزوج جاهلاً أو كان هناك شبهة فلا حد، ووجب المهر، وكان الولد حراً، لكن يلزمه قيمته لمولى الأمة يوم سقط حياً.

قوله: " إذا تزوج الحر أمة..... الخ "

إذا تزوج الحر أمة من غير إذن مالكها ثم وطئها قبل الرضا فلا يخلو: إما أن يكونا عالمين بالتحريم، أو جاهلين أو بالتفريق. فالصور أربع: الأولى: أن يكونا عالمين بالتحريم، فالوطء زناً، فيثبت عليهما الحد بحسب حالهما. وفي ثبوت المهر للمولى قولان:

أحدهما - وبه قطع المصنف - عدمه، لأنها زانية ولا مهر للزانية، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا مهر لبغي " (١) وهو نكرة في سياق النفي فيعم موضوع النزاع. واللام هنا للاختصاص الدال على مطلق المقابلة، مثلها في قولك: لا أجره للدار، ولا للدابة، ولا للعبد، ونحو ذلك، فيشمل الملك والاستحقاق. ولأن البضع لا يثبت لمنافعه عوض إلا بعقد أو شبهه أو اكراه لها لتخرج عن كونها بغياً. والثاني: ثبوت المهر للمولى، لأن البضع ملكه، فلا يؤثر علمها ورضاها في سقوط حقه. والخبر - مع تسليمه - لا يتناول محل النزاع من وجهين: أحدهما: أن المهر مختص بالحرّة، ولا يقال لعوض بضع الأمة مهراً إلا مجازاً، بل يطلق عليه اسم العقر، أو العشر، أو نصفه، ونحو ذلك. ومن ثم يطلق على الحرّة اسم

(١) مسند أحمد ١: ٣٥٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٠ ح ٢١٥٩، سنن أبي داود ٣: ٢٦٧ ح ٣٤٢٨، سنن النسائي ٧: ١٨٩، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٦.

المهيرة، فعيلة بمعنى ممهورة. وسيأتي (١) عن قريب قولهم (٢): " لو زوجه مهيرة فأدخل عليه بنت أمة "

والثاني: من جهة الأم، فإن المنفي إنما هو ملك البغي للمهر، أو استحقاقها، أو اختصاصها، والثلاثة منتفية عن الأمة، لأن المختص به إنما هو المولى، واستحقاقه أو ملكه له واضح. وعلى تقدير استعمالها في مطلق المقابلة فمعناها مشترك، والمشارك لا يحمل على أحد معانيه بدون القرينة، وهي منتفية إن لم يكن في الاستحقاق أو الملك أظهر، بقرينة المهر المتعين للحررة.

وهذا القول متجه إلا أنه يتوقف على إثبات كون البضع مضمونا على هذا الوجه، فإن ماليتها ليست على نهج الأموال الصرفة ليكون مطلق الانتفاع به موجبا لل عوض، وإنما يستحق العوض به على وجه مخصوص، فإنه لو قبل أحد مملوكة الغير أو استمتع بها بما دون الوطاء لم يكن له عوض، بخلاف ما لو استخدمها، والفرض عدم نقصانها بسببه. والثابت على الزاني العقوبة الدنيوية والأخروية، وما سواه يحتاج إلى دليل، وهو حاصل مع العقد أو الشبهة. نعم، لو كانت بكرا لزمه أرش البكارة، لأنها جنائية فلا تدخل في المهر هنا وإن دخلت فيه على بعض الوجوه. وربما احتتمل كونه مهرا، لأن الشارع جعله تبعا للوطء، فيأتي فيه الخلاف السابق. والأصح الأول، لأن الجنائية على المال المملوك الموجبة لنقص المالية مضمونة بغير إشكال، بخلاف المهر. وأما حكم الولد الناشئ من ذلك فإنه يكون رقاً لمولاهها بغير إشكال، كما في كل ولد يحدث للأمة عن زنا. الثانية: أن يكونا جاهلين بالتحريم، إما بأن لم يعلما تحريم التزويج بغير إذن مالك الأمة، أو يعلماه ولكن حدثت لهما شبهة أوجبت ذلك، كأن وجدها على فراشه

(١) في ص: ١٤٤.

(٢) في " و " : قوله.

فظنها زوجته أو أمته، وإن كان قد عقد عليها أولاً، فإن مجرد العقد لا أثر له وظنت هي أنه مولاها، ونحو ذلك. ولا حد على أحدهما، للشبهة الدارئة له. وعليه المهر هنا قطعاً. وهل هو المسمى، أو مهر المثل؟ قولان تقدم (١) مثلهما في باب الرضاع وغيره. ويظهر من المصنف أنه المسمى، لأنه العوض الذي تراضيا عليه بالعقد، وهو صحيح ظاهراً بسبب الشبهة.

وفيه نظر، لفساد العقد في نفس الأمر، ولا أثر لظهور صحته والأمر بخلافه، فثبوت مهر المثل أقوى. وفيه قول ثالث: أنه العشر، أو نصفه، وسيأتي (٢). وإنما لم يذكره المصنف هنا قصراً له على مورد النص (٣)، فإنه لم يرد إلا في مدعية العتق إذا تزوجها الحر.

وإن أتت بولد كان حراً تابعا لأبيه، ولكن على الأب قيمته للمولى، لأنه نماء ملكه. وتعتبر القيمة يوم سقوطه حياً، لأنه وقت الحيلولة وإفراجه بالتقويم والحكم عليه بالمالية لو كان رقاً. ولو سقط ميتاً فلا شيء له، لأنه لا قيمة للميت، وفي حال كونه جنيناً لا ينفرد بالتقويم.

الثالثة: أن يكون الحر جاهلاً والأمة عاملة. والحكم في سقوط الحد ولحوق الولد به ووجوب القيمة كالسابقة. وكذا في وجوب المهر على ما أطلقه المصنف والجماعة (٤)، بناء على أنه وطء محترم من قبله من حيث الشبهة فيثبت عوضه. وظاهرهم بل صريح بعضهم عدم الفرق بين علمها وجهلها في ذلك هنا. ولا يخلو من اشكال، لأنها مع العلم بغى، فينبغي مجئ الخلاف السابق، لكن لم يسوقوه هنا.

(١) في ج ٧: ٢٧٥ - ٢٧٦ و ٤٤٥ - ٤٤٧.

(٢) في الصفحة التالية.

(٣) لاحظ الكافي ٥: ٤٠٤ ح ١، التهذيب ٧: ٣٤٩ ح ١٤٢٦ و ٤٢٢ ح ١٦٩٠، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧، الوسائل ١٤: ٥٧٧ ب " ٦٧ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٤) راجع الوسيلة: ٣٠٣، السرائر ٢: ٥٩٦، القواعد ٢: ٢٨، التحرير ٢: ٢٢.

وكذا لو عقد عليها لدعواها الحرية لزمه المهر. وقيل: عشر قيمتها إن كانت بكرا، ونصف العشر إن كانت ثيبا. وهو المروي. ولو كان دفع إليها مهرا استعاد ما وجد منه. وكان ولدها منه رقا. وعلى الزوج أن يفكهم بالقيمة، ويلزم المولى دفعهم إليه. ولو لم يكن له مال سعى في قيمتهم.

الرابعة: عكسه، بأن يكون هي الجاهلة خاصة، فالحد عليه. ويتنفي عنه الولد، لأنه عاهر له الحجر. ويثبت عليه المهر لمولاها، والولد رق له. وهذا كله إذا لم يجر المولى العقد، فإن أجازته قبل الوطاء فواضح. وإن كان بعده بني على أن الإجازة هل هي كاشفة عن صحة العقد من حينه، أم مصححة له من حينها؟ فعلى الأول - وهو الأقوى - يلحق به الولد وإن كان عالما حال الوطاء بالتحريم. ويسقط عنه الحد وإن كان قد وطئ محرما حالته. ويلزمه المهر، لانكشاف كونها زوجة حال الوطاء. وإقدامه على المحرم يوجب التعزير لا الحد. وعلى الثاني تبقى الأحكام السابقة بأسرها، لأنها حين الوطاء لم تكن زوجة ظاهرا ولا في نفس الأمر، وإنما كان قد حصل جزء السبب المبيح، ولم يتم إلا بعد الوطاء، فكان كما لو لم يكن هناك عقد أصلا. قوله: " وكذا لو عقد.... الخ "

ما تقدم حكم ما إذا تزوج الحر الأمة من غير أن تدعي هي الحرية، وهذه حكم ما لو ادعتها. وإنما جعلهما مسألتين مع اتحادهما في الحكم عنده لوقوع الخلاف في هذه الصورة بخصوصها.

وتحقيقها: أن الأمة إذا ادعت الحرية فعقد عليها الحر النكاح، فإن كان عالما بفساد دعواها وبالتحريم فحكمه كالصورة الأولى من المسألة السابقة. وإن كان جاهلا بالحال، إما لدعواها أنها حرة الأصل وهو لا يعلم بالحال

فبينني على الظاهر، أو مع علمه بكونها مملوكة ولكن ظهر له قرائن كثيرة تثمر الظن بصدقها، فتوهم الحل بذلك، أو توهم الحل بمجرد دعواها، وبالجملة حصل له شبهة جواز تزويجها على تلك الحال، فالحكم كما مر من عدم الحد، ولزوم المهر، لأنه عوض عن الوطاء المحترم، إذ هو ليس بزنا ولا بملك يمين. هكذا أطلق الجميع، بل ادعى عليه بعضهم (١) إجماع المسلمين. ولم يفرقوا بين كونها عالمة بالتحريم وجاهلة. ولو قيل بعدم لزوم المهر على تقدير علمها كالسابق أمكن، لوجود العلة، وهي كونها بغيا. وقدمه على المهر - مع فساده في نفس الأمر وعموم نفي المهر في الخبر (٢) على القول به - لا يوجب ثبوته. لكن الأمر في الاتفاق كما ترى. ثم في تقديره أقوال:

أحدها: أنه المسمى، لأنه عقد صحيح قبض فيه أحد العوضين فيجب الآخر، وعروض الفسخ لا يوجب فساده من أصله. وهو ظاهر اختيار المصنف والأكثر.

وفيه نظر، لأنه واقع بغير إذن السيد، ولا أثر لصحته ظاهرا إذا تبين فساده بعد ذلك. ودعوى كون الفسخ لا يفسده من أصله غير سديدة. والثاني: أنه مهر المثل. ذهب إليه الشيخ في المبسوط (٣)، ونقله فخر الدين (٤) عن ابن حمزة، كما نقل الأول عن القاضي ابن البراج. وردهما الشهيد في شرح

(١) كما في الإيضاح ٣: ١٤٢.

(٢) لاحظ ص: ١٣، هامش (١).

(٣) المبسوط ٤: ٢٥٥ - ٢٥٦.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

الارشاد (١)، وحكم بأنهما قائلان بالثالث. ووجه هذا القول قد أشرنا إليه سابقا (٢) من أنها ملك الغير، والنكاح موقوف على رضاه، فحيث لم يرض بطل من أصله فكان كالفاسد، وقد حصل الوطاء المحترم بسبب الجهل فوجب مهر المثل. وهو واضح. هذا إذا لم يجر المولى وإلا فالمسمى وإن كان الوطاء قبل الإجازة، بناء على القول الأصح من أنها كاشفة.

والثالث: وجوب عشر قيمتها إن كانت بكرا، أو نصفه إن كانت ثيبا. وهو مختار الشيخ في النهاية (٣)، والقاضي ابن البراج (٤)، وابن حمزة (٥). ومستنده صحيحة الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة دلست نفسها، قال: " إن كان الذي زوجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد. قلت: كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: إن وجد مما أعطها شيئا فليأخذه، وإن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها. وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولموالها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها. قلت: فإن جاءت منه بولده؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى " (٦). وينبغي أن يكون العمل بها، لصحتها. وربما حملت على ما إذا طابقت العشر أو نصفه لمهر المثل. وهو بعيد. ومن الجائز اختصاص الأمة بهذا الحكم، وجعل مهر المثل للحرة، أو للأمة أيضا في غير موضع

(١) غاية المراد: ١٨٣.

(٢) في ص: ١٣ - ١٤.

(٣) النهاية: ٤٧٧.

(٤) المهذب: ٢: ٢١٧.

(٥) الوسيلة: ٣٠٣.

(٦) الكافي ٥: ٤٠٤ ح ١، التهذيب ٧: ٣٤٩ ح ١٤٢٦ و ٤٢٢ ح ١٦٩٠، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧،

الوسائل ١٤: ٥٧٧ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

النص.

وقول المصنف بعد ذلك: " ولو كان دفع إليها مهرا استعاد ما وجد منه الخ " تنمة هذا القول، لأنه مذكور معه في روايته. ومع ذلك يجري على مختار المصنف أيضا، بل على الأقوال كلها، لأننا إن جعلنا الواجب مهر المثل أو العشر أو نصفه فهو للمالك لا يتعين إلا بقبضه، فما دفعه إليها لم يتعين، لأنه بمنزلة الدين لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، فيكون باقيا على ملكه، فله استعادة ما يجده منه، ويتبعها بما تلف بعد عتقها. وأما على القول بلزوم المسمى وكان المدفوع هو المسمى أو بعضه فهو مضمون. على الدافع إلى أن يصل إلى السيد أو وكيله، فإن تلف قبل ذلك غرم للسيد بدله، ويتبعها بالتالف كذلك.

وإنما جعلنا هذا الحكم من تنمة القول بوجوب العشر أو نصفه خاصة مع جريانه على الجميع لأن ما بعده من الأحكام مخصوص بهذا القول، فلا يلائم توسط حكم مغاير له بين أحكامه والأحكام الباقية، وهي قوله: " وكان ولدها منه رقا " وهذا مذهب الشيخ (١) وأتباعه (٢).

وأما المصنف فقد تقدم (٣) حكمه بأن الولد مع الشبهة الجارية على الأب يكون حرا وإن لزمه القيمة، وهذا منه، لأن المفروض اشتباه الحال عليه، ومن ثم لحق به. وقد صرح بكونه حرا في الرواية السابقة التي هي مستند الشيخ على وجوب العشر أو نصفه، لكنه خالف في الحكم بحرية الولد، وحكم بكونه رقا، وعلى الأب فكه بقيمته يوم سقط حيا، وعلى المولى دفعه إليه، ومع إعساره

(١) النهاية: ٤٧٧.

(٢) المهذب ٢: ٢١٦، الغنية ضمن الجوامع الفقهية: ٥٤٩، إصباح الشيعة ضمن سلسلة

الينابيع الفقهية ١٨: ٣٣٠.

(٣) في ص: ١٣.

يستسعى في القيمة.

ومستند ذلك كله رواية زرارة في الحسن قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمة أبقّت من مواليها فأنت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة، فوثب عليها حينئذ رجل فتزوجها، فظفر بها مولاهما بعد ذلك وقد ولدت أولاداً، فقال: إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها، وذهب القوم بأمّتهم، وإن لم يقيم البينة أوجع ظهره، واسترق ولده " (١). وموثقة سماعة قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوما وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً. ثم إن مولاهما أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكته، 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؟ قال: على الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حر " (٢).

وحمل الشيخ الرواية الأولى الدالة على أن الولد حر على ما إذا أدى الأب ثمنه، أو على ما إذا شهد شاهدان أنها حرة، جمعا بين الأخبار. لكن الرواية الدالة على حرّيته أصح سنداً، فالعمل بها أولى. وتظهر فائدة القولين - مع اتفاقهما على وجوب دفع القيمة، وحرّيته بدفعها - فيما لو لم يدفعها لفقر أو غيره، فعلى القول بحرّيته تبقى ديناً في ذمته والولد حر، وعلى القول الآخر يتوقف على دفعها. وأما الحكم باستسعاء الأب في القيمة فمبني على رواية سماعة، وسندها ضعيف به. وهو من جملة الديون، ولا يجب الاستسعاء فيها، بل ينظر إلى اليسار،

(١) الكافي ٥: ٤٠٥ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٥٠ ح ١٤٢٨، الاستبصار ٣: ٢١٧ ح ٧٨٩، الوسائل ١٤: ٥٧٨ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
(٢) التهذيب ٧: ٣٥٠ ح ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ ح ٧٩٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

ولو أبى السعي فهل يجب أن يفديهم الإمام؟ قيل: نعم، تعويلا على رواية فيها ضعف. وقيل: لا يجب، لأن القيمة لازمة للأب، لأنه سبب الحيلولة. ولو قيل بوجوب الفدية على الإمام فمن أي شيء يفديهم؟ قيل: من سهم الرقاب. ومنهم من أطلق.

لعموم قوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) (١). وهذا هو الأقوى. ويمكن حمل الأمر بالاستسعاء على الاستحباب. قوله: "ولو أبى السعي... الخ".

هذا البحث متفرع على قول الشيخ بكون الولد رقا، وأن أباه يستسعى. قال الشيخ: فإن امتنع من السعي فداهم الإمام من سهم الرقاب (٢). والمستند رواية سماعة السابقة. وزاد الشيخ فيها كون فدائهم من سهم الرقاب، ولا يتعرض في الرواية لمحلله هل هو بيت المال، أو الزكاة؟ والشيخ - رحمه الله - نظر إلى أن الولد رق، وفكه واجب، فيدخل في عموم قوله تعالى: "وفي الرقاب" (٣). وبهذا التوجيه يندفع إنكار ابن إدريس (٤) فك الإمام له من السهم المذكور، بناء على أن الولد حر فكيف يشتري من سهم الرقاب؟ وهذا الإنكار مصادرة، لأن الشيخ لا يقول بحرية الولد حتى يرد عليه ذلك. نعم، قول ابن إدريس جيد بناء على القول بالحرية، لا بهذه الطريقة التي ردها على الشيخ.

والمصنف جعل هذا البحث مستقلا جاريا على القولين، وجعل عدل قول الشيخ عدم وجوب فكهم على الإمام، لأن القيمة دين لازم للأب، فلا يجب عليه

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) النهاية: ٤٧٧.

(٣) التوبة: ٦٠.

(٤) السرائر ٢: ٥٩٧.

دفعه عنه كغيره من الديون. وهذا القول قوي (١)، لضعف مستند الحكم بوجوبه على الإمام.

ثم القائلون بوجوبه على الإمام اختلفوا في محله، ف قيل: سهم الرقاب، كما نقلناه عن الشيخ. وهو حسن على مذهبه من رقية الولد. وقيل: من بيت المال، لأنه معد للمصالح، وهذا منها، وإن قلنا بكون الولد حرا. ولا بأس به حيث يكون في بيت المال سعة لمثل ذلك. وهذا هو مراد من أطلق وجوبه على الإمام. واعلم أن محل الخلاف في وجوب الفك على الإمام وعدمه هو المسألة الأخيرة، كما هو منطوق الرواية وكلام الشيخ، وأما غيرها مما يجب على الأب فيه فك الولد فليس فيه ما يدل على وجوبه على الإمام حيث يتعذر أخذه من الأب. ويمكن تمشي الوجوب من حيث التساوي في العلة، وقصره على مورده، لحكمه في الرواية بكون الولد رقا، فتخليصه من الرقية منهم (٢) أقوى ممن انعقد حراً. وإنما وجب على الأب قيمته لا من حيث كونه رقا في وقت من الأوقات، بل لأنه عوض ما فات على المولى من نماء الأمة. والطريق إلى معرفته هو تقويم الولد، فتكون قيمته دينا من ديون الأب لا تعلق للإمام بها، ولا لآية الزكاة. وهذا هو الوجه.

وقد تلخص مما ذكرناه أن القول بفداء الإمام له ضعيف المستند، وأنا لو قلنا به لكان محله بيت المال إن جعلنا الولد حرا، وسهم الرقاب إن جعلناه رقا، وأن الأقوى كونه حرا، وقيمه على الأب تؤخذ منه مع يساره، وينظر بها مع إعساره.

(١) في "ش": أقوى.

(٢) في "س": منهم أولى. وفي "ش" و "و": مهم أقوى.

الرابعة: إذا زوج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله؟ قيل: نعم. والاستحباب أشبه.

قوله: " إذا زوج المولى... الخ "

ذهب الشيخان (١) وأتباعهما (٢) إلى وجوب الاعطاء، لحسنة الحلبي قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه، ولو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك " (٣). وقريب منها رواية الحلبي (٤) عن الباقر عليه السلام. وذهب المصنف والأكثر إلى الاستحباب، لعدم صراحة الرواية في الوجوب، ولما فيه من جبر قلبها. مع أن مهر المملوكة ملك للمولى، فلا وجه لوجوب صرف شيء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه. وما يدفعه العبد هو من مال المولى أيضاً، لأن ما بيده من كسبه أو غيره هو للمولى. وليس هذا كالنفقة الواجبة للمملوك على المولى، لأن النفقة لم تجب في مقابلة شيء، وإنما هي من توابع المالية التي لا يتم بقاؤها إلا بها، بخلاف المهر الذي هو عوض البضع، وهو مملوك للمولى، فلا معنى لاستحقاق المولى على نفسه شيئاً في مقابلة ملك آخر له. واعلم أن الظاهر من حال هذا المدفوع أنه ليس على جهة كونه مهراً، بل مجرد الصلة والبر وجبر الخاطر للمملوكين، ولهذا لم يتقدر بقدر مهر المثل مع الدخول، ولا بغيره. وحينئذ فلا فرق على القول بوجوبه أو استحبابه بين القول بكون تزويج المولى عبده بأمته عقداً وإباحة. ومن ثم أطلق المصنف وغيره القول

(١) المقنعة: ٥٠٧، النهاية: ٤٧٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٧، المهذب ٢: ٢١٨، الوسيلة: ٣٠٥.

(٣) الكافي ٥: ٤٧٩ ح ١، التهذيب ٧: ٣٤٥ ح ١٤١٥، الوسائل ١٤: ٥٤٨ ب (٤٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٤) لم نعثر عليها.

ولو مات كان الخيار للورثة في إمضاء العقد وفسخه، ولا خيار للأمة.

الخامسة: إذا تزوج العبد بحرة مع العلم بعدم الإذن لم يكن لها مهر ولا نفقة، مع علمها بالتحريم، وكان أولادها منه رقا. ولو كانت جاهلة كانوا أحرارا، ولا يجب عليها قيمتهم. وكان مهرها لازما لذمة العبد إن دخل بها، ويتبع به إذا تحرر.

بالوجوب أو الاستحباب. وربما قيل: إنه مخصوص بالقول بكونه عقدا ليكون ذلك مهرا، أما على القول بالإباحة فلا وجه للوجوب. وإطلاق النص والفتوى يأبى هذا التفصيل. والحكمة متحققة على التقديرين.

قوله: (ولو مات كان الخيار... الخ).

أما ثبوته للوارث فلأنه ملكه فأمره بيده، ولأن ذلك ثابت في كل من يتلقى الملك وإن لم يكن وارثا، فهنا أولى، لقيامه مقام المورث الذي كان أمره بيده. وأما انتفاء الخيار للأمة فلعدم المقتضي له.

قوله: "إذا تزوج العبد بحرة... الخ".

هذه المسألة عكس السابقة الثالثة، وكان اتباعها بها من غير تخلل الرابعة أوفق، تحقيقا للمقابلة.

وحاصل الحكم فيها: أن العبد إذا تزوج بحرة من دون إذن مولاه، فإما أن تكون عالمة بأنه رق، أو لا. وعلى تقدير علمها برقيته: إما أن تعلم تحريم نكاحه والحال هذه، أم لا. فإن علمت بالتحريم فلا مهر لها ولا نفقة، لتضييعها حقها بعلمها بحاله، فكانت بغيا لا مهر لها. ويشهد له - مع موافقته للأصول الشرعية - رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أيما امرأة زوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها، ولا

صداق لها " (١).

ولم يذكروا هنا أن عليها الحد مع العلم، فيمكن اتكاله على القواعد المقررة من وجوبه على الزاني العالم، وهو صادق عليها. ومجرد العقد لا يعد شبهة عندنا مع العلم بفساده. وضعف عقلها لا يوجب إخراجها من القواعد الكلية مع دخولها في التكليف.

وربما قيل: لا حد عليها، وحمل كلامهم على ظاهره من عدم الوجوب، من حيث إن هذا العقد فضولي موقوف على الإجازة، فلا يبعد عده شبهة بالنسبة إلى المرأة، لضعف عقلها دون الرجل.

ويضعف بأن ذلك وارد في عقد الفضولي على الحر المولى عليه إذا علمت بالتحريم دونه. ويمكن الاستيناس له بظاهر حسنة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: " سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته، وإن شاء فرق بينهما - إلى قوله في الحديث - إنه لم يعص الله إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جاز " (٢). وفي رواية أخرى عن زرارة عنه عليه السلام قال: " سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما - إلى قوله - فقلت لأبي جعفر عليه السلام: إن أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئا حلالا، وليس بعاص لله، إنما عصى سيده، إن ذلك ليس كإتيان ما حرم الله

(١) الكافي ٥: ٤٧٩ ح ٧، الفقيه ٣: ٢٨٥ ح ١٣٥٦، التهذيب ٧: ٣٥٢ ح ١٤٣٥، الوسائل ١٤: ٥٢٤ ب (٢٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
(٢) الكافي ٥: ٤٧٨ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٥، التهذيب ٧: ٣٥١ ح ١٤٣٢، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

عليه من نكاح في عدة وأشباهه " (١).

ولعل هذه النصوص هي الموجبة لعدم ذكر الحد، إلا أن في مقاومتها لعمومات الأدلة الدالة على ثبوته نظرا، فإن الأولى ليست صريحة، والثانية في طريقها موسى بن بكر، وهو ضعيف.

ثم إن اتفق ولد في هذه الحالة فهو رق لمولاه، لعدم لحوقه بها بسبب بغيتها، فلا وجه لحرية، وهو نماء العبد. وفي بعض الروايات (٢) دليل عليه. ولعل هذا مما يؤيد كونها زانية محضة.

ولو جهلت التحريم، إما لجهلها بالرق أو بالحكم، فالولد حر، لأنه لاحق بها فيتبعها في الحرية، لما تقدم من تبعيته لأشرف الطرفين. ولا قيمة عليها هنا للمولى، لأنه نماؤها حقيقة وإنما حكم بالقيمة حيث ينسب إليها وهي أمة. وما قيل في الفرق - : إن الأب سبب فاعلي بالنسبة إلى الولد، فهو المباشر والأم قابل، ومتى اجتمع المباشر وغيره في الاتلاف فالضمان إنما هو على المباشر، ولما امتنع أن يثبت للسيد على مملوكه مال امتنع استحقاق القيمة هنا - فهو تكلف ظاهر.

وأما المهر فإنه مع الجهل يثبت في ذمة العبد، لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر، فيتبع به إذا أعتق. والمراد به المسمى أو مهر المثل على ما مر من الخلاف. ولو أجاز المولى بعد ذلك فلا ريب في كونه المسمى. وأما النفقة فهي تابعة لصحة العقد بالإجازة، فإن انتفت انتفت، لعدم الزوجية التي هي مناطها هنا.

(١) الكافي ٥: ٤٧٨ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٨٣ ح ١٣٤٩، التهذيب ٧: ٣٥١ ح ١٤٣١ " الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

(٢) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٢٧ ب (٢٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

السادسة: إذا تزوج عبد بأمة لغير مولاه، فإن أذن المولى بالولد لهما. وكذا لو لم يأذنا. ولو أذن أحدهما كان الولد، لمن لم يأذن. ولو زنى بأمة غير مولاه كان الولد لمولى الأمة.

قوله: " إذا تزوج عبد بأمة... الخ "

هذا التفصيل ذكره الأصحاب كذلك، وظاهرهم الاتفاق عليه، ويظهر من بعضهم أنه منصوص، ولم نقف عليه. والحكم فيه مع إذن المولى واضح، لأنه نماء الأبوين فناسب أن يكون للمولى. مع أن أبا الصلاح (١) - رحمه الله - جعل الولد لمولى الأمة خاصة كغيرها من الحيوانات، إلا أن يشترطه مولى العبد فيكون له بحسب شرطه. والمشهور ما ذكره المصنف.

وأما مع عدم إذنهما معا فقد تقدم (٢) من الأخبار ما يؤنس بأنه ليس كالزنا المحض، فلذلك ألحقه بما لو أذنا.

وأما لحوقه بمن لم يأذن إذا أذن أحدهما دون الآخر فقد عللوه بأن الآذن للمملوكة في التزويج مطلقا مقدم على فوات الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برق فينعتد الولد حرا، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

وأما حكم الزنا وإلحاق الولد بالأمة فظاهر، لأن الزاني لا يلحق به ولد وإن شاركته الأمة في ذلك، إلا أنه نماؤها وإن كان أصله محرما. وبالجملة فهذه أحكام متوقفة على نص وإجماع، وإلا فللبحث فيها مجال.

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

(٢) لاحظ ص: ٢٥.

السابعة: لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى حصة أحدهما بطل العقد، وحرّم عليه وطؤها. ولو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياح لم يصح. وقيل: يجوز له وطؤها بذلك. وهو ضعيف.

قوله: " لو تزوج أمة... الخ "

أما بطلان العقد فلأن ملك الجزء يبطل عقده، لامتناع أن يعقد الإنسان لنفسه على أمته عقداً (١)، وهو يستلزم بطلان الاستدامة. ولا يمكن الحكم ببقاء العقد في الجزء الآخر، لأن العقد لا يتبع لبيطل في بعضه ويصح في بعض آخر، فتعين بطلانه في الجميع.

وأما تحريم وطؤها حينئذ فلاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه الممتنع عقلاً وشرعاً. وحينئذ فلا طريق إلى حلها له إلا بشراء الجميع، أو بيع الجميع ثم تحديد سبب مبيح له. ولا يكفي رضا الشريك بالعقد السابق، لما ذكرناه من بطلانه. وخالف في ذلك الشيخ في النهاية حيث قال: " حرمت عليه إلا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً " (٢). وتبعه تلميذه القاضي (٣).

واستضعفه المصنف هنا، وهو الظاهر، لأنه إن كان قد بطل بالشراء - كما هو الظاهر - فكيف يصير صحيحاً بمجرد الرضا؟! وإن لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد، لأنه وقع أولاً برضاه، ولم يتجدد له ملك، فلا يقف على إجازته. وتأوله المصنف في نكت النهاية (٤) بالحمل على إيقاع البيع على النصف الثاني، ويكون الطريق إلى حلها في كلام الشيخ أمراً واحداً، وهو شراء النصف

(١) في هامش " و " : ابتداء ظ. ولعله أولى.

(٢) النهاية: ٤٨٠.

(٣) المهذب ٢: ٢١٩.

(٤) نكت النهاية ٢: ٣٥٠.

ولو حللها له قيل: تحل. وهو مروى. وقيل: لا، لأن سبب
الاستباحة لا يتبعض.

الآخر. والتقدير: إلا أن يشتري النصف الآخر من البائع ويرضى مالك ذلك النصف
بالعقد، فتكون الإجازة له كالعقد المستأنف، ويكون الألف من قوله "أو" وقعت
سهوا من الناسخ، أو يكون "أو" بمعنى الواو. وهذا التأويل وإن كان بعيدا إلا أن
بناء حكم الشيخ على ظاهره أبعد.

قال العلامة في المختلف بعد نقله لذلك: "الوجه عندي أن الإشارة بـ" ذلك " إلى
العقد الأول، وبطلانه في حق الشريك ممنوع" (١). وهذا الوجه ضعيف جدا، لأن
العقد إذا لم يكن باطلا في حق الشريك لا معنى لاعتبار رضا الشريك به بعد العقد.
مع ما فيه من لزوم تبعض سبب الإباحة.
قوله: "ولو حللها له... الخ".

هذا من جملة الأسباب المقتضية لإباحة الأمة المذكورة حينئذ للمشتري،
وهو تحليل الشريك. وقد اختلف في إفادته الإباحة. فذهب الأكثر إلى عدم حلها
بذلك، لاستلزامه تبعض سبب الإباحة، بمعنى حصوله بأمرين، مع أن الله تعالى
حصره في أمرين العقد والملك في قوله: إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم (٢)
والتفصيل قاطع للشركة، فلا يكون الملقق منهما سببا. والمعلوم من الآية منع الخلو
والجمع معا، لأن المنفصلة وإن احتملت الأمرين إلا أن هذا المعنى متيقن، ومنع
الخلو خاصة غير متيقن، والأصل تحريم الفروج بغير سبب محلل، وإذا احتمل
الأمران وجب الاقتصار على المتحقق منهما.
وذهب ابن إدريس (٣) إلى حلها بذلك، ولا يلزم التبعض، لأن التحليل شعبة

(١) المختلف: ٥٦٨.

(٢) المؤمنون: ٦.

(٣) السرائر ٢: ٦٠٣.

من الملك، من حيث إنه تمليك المنفعة، ومن ثم لم يخرج عن الحصر المذكور في الآية، وإلا لما حلت به. وحينئذ فيكون حل جميعها بالملك. ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (" في جارية بين رجلين دبرها جميعا، ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال " (١). وهذه الرواية تصلح شاهدا لغير ابن إدريس فإنه لا يستند إلى مثل هذه الأخبار مع صحتها فكيف مع ضعفها؟ وكلام ابن إدريس متوجه وإن كان المنع أولى.

وما قيل - من بقاء التبعض من حيث إن بعضها يستباح بملك الرقبة والآخر بملك المنفعة، وهما متغايران. أو أن التحليل إما عقد أو إباحة، وكلاهما مغاير لملك الرقبة، فيلزم التبعض - فيه: أن التبعض الممنوع ما خرج عن القسمين المذكورين في الآية لا مطلق التبعض، لأن الغرض رجوع ما قيل بأنه سبب للحل إلى ما ذكر في الآية من القسمين من غير أن يكون مجتمعا منهما معا. ولما جعل التحليل راجعا إلى ملك اليمين - لئلا يخرج عن القسمين - كان مجموع ما يقع من أفراد سببا واحدا، سواء كان مستندا إلى ملك الرقبة، أم إلى التحليل، أم إليهما، أم إلى جملة أمور مجتمعة منهما أو من أحدهما، كما لو اشترى بعض الأمة واتهب البعض الآخر، أو حلل له جميع الشركاء الأمة التي ليس له فيها شركة، أو اجتمع الأمران كما هنا، فيرجع الأمر كله إلى استباحة جميعها بالملك وإن اختلفت أسبابه. وأما ما قيل في وجه الإباحة بذلك والخروج عن التبعض - من أن الأمة قبل التحليل من الشريك محرمة بأجمعها وبالتحليل حلت، فليس السبب المحلل إلا التحليل، وهو واحد - ففيه: أن تحريمها قبل التحليل إنما كان لعدم تمام السبب، حيث

(١) الكافي ٥: ٤٨٢ ح ٣، الفقيه ٣: ٢٩٠ ح ١٣٨٠، التهذيب ٧: ٢٤٥ ح ١٠٦٧، الوسائل ١٤: ٥٤٥ ب (٤١) من أبواب نكاح العبيد والإماء ذيل ح ١.

وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حرا لم يجز له وطؤها بالملك ولا بالعقد الدائم. فإن هاياها على الزمان قيل يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختص بها. وهو مروى. وفيه تردد، لما ذكرناه من العلة.

إن بعضها مملوك له وبعضها لغيره، وتحليل الشريك أوجب تمام السبب لا أنه سبب تام في الحل، فإن الشريك لم يحلل إلا نصيبه، ولهذا لو كانت لشريكين فأحلها أحدهما لم تحل. فظهر أن حلها حيث كان من أحد الشريكين لصاحبه إنما هو لتمام السبب به لا لأنه سبب تام، وفرق بين الأمرين، والمدعى لا يتم إلا بالأمر الثاني دون الأول.

قوله: " وكذا لو ملك نصفها.... الخ "

لا شبهة في أن وطء المالك للأمة التي قد اعتق بعضها غير جائز بالملك، لأن النصف الآخر حر، وليس تملك البعض كافيا في الحل. ولما عرفت أن الفرج لا يستباح بسببين مختلفين ظهر أنه لا يباح وطؤها أيضا بالعقد، لاستلزامه تعدد السبب. وأولى منه أن لا يباح بالإباحة لذلك، ولأن المرأة ليس لما تحليل نفسها، بخلاف الشريك.

وأما إذا هاياها وعقد عليها متعة في أيامها فالأكثر على منعه " لأنه لا يخرج عن كونه مالكا لذلك البعض بالمهاياة، وهو يمنع من العقد، لاستحالة العقد على ملكه، وتعدد السبب. وإليه أشار المصنف بقوله: " لما ذكرناه من العلة ". ولأن منافع البضع لا تدخل في المهاياة وإلا لحل لها المتعة بغيره في أيامها، وهو باطل اتفاقا. وقال الشبخ في النهاية (١) بالجواز، لرواية محمد بن مسلم السابقة (٢) عن الباقر عليه السلام: " في جارية بين شريكين دبرها جميعا، ثم أحل أحدهما فرجها

(١) النهاية: ٤٩٤، ٤٩٥.

(٢) في الصفحة السابقة.

ومن اللواحق الكلام في الطوارئ. وهي ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق

لشريكه، فقال: هو له حلال. ثم قال: وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذي مات ونصفها مديرا. قلت: أرأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسه أله ذلك؟ قال: لا إلا أن يثبت عتقها ويتزوجها برضى منها متى أراد. قلت: أليس قد صار نصفها حرا، وقد ملكت نصف رقبته، والنصف الآخر للباقي منهما؟ قال: بلى. قلت: فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها له ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك. قلت: ولم لا يجوز له ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها؟ قال: إن الحرة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله، ولكن لها من نفسها يوم وللي دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشئ قل أو أكثر". وفي الطريق ضعف، فالقول بالمنع أصح. واعلم أنه لا يخفى أن المولى لو أذن لها في النكاح صح دواما ومتعة، لاتحاد سبب الإباحة بالعقد. والمهر بينهما بقدر الاستحقاق. قوله: "ومن اللواحق الكلام في الطوارئ... الخ". سميت هذه الأمور الثلاثة بذلك لأنها تطرأ على عقد الأمة فتوجب حكما لم يكن قبل ذلك، من التسلط على فسخ العقد، وتحريمها في بعض الموارد، كما ستقف عليه مفصلا. وإطلاق الطوارئ عليها أولى من اطلاق المبطلات للعقد كما ذكره غيره، (١) لأنها لا تبطله مطلقا كما لا يخفى، بل قد تبطله، وقد يؤول إلى الإبطال وإنما خص الأمور الثلاثة - مع أن الطارئ على نكاح المماليك غير منحصر فيها - لكثرة مباحثها وتشعب أحكامها، فناسب تخصيصها بالذكر، وذكر الباقي في ضمنها أو في محل آخر يناسبه.

(١) كما في القواعد ٢: ٢٨.

أما العتق:

فإذا أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها، سواء كانت تحت حر أو عبد. ومن الأصحاب من فرق. وهو أشبه. والخيار فيه على الفور.

قوله: " فإذا أعتقت المملوكة... الخ "

إذا تجدد عتق الأمة بعد تزويجها بعبد كان لها الخيار باجماع المسلمين. والأصل فيه أن بريرة أعتقتها عايشة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (١). واختلف الروايات (٢) في أن زوجها - واسمه مغيث - هل كان حراً أو عبداً؟ والقدر المتفق عليه تخييرها لو كان عبداً. وهو أيضاً موافق للحكمة، لحدوث الكمال لها وبقاء نقصه بالعبودية المقتضي لتضررها، من حيث إن سيده يمنعها عنها بحقوقه، ولا ينفق على ولدها، ولا ولاية له عليهم، ولا ترث منه، إلى غير ذلك من الموجبات للضرر.

واختلفوا في ثبوت الخيار لها إذا كان الزوج حراً، فذهب الأكثر ومنهم الشيخ في النهاية (٣) والمصنف في النافع (٤) إلى ثبوته أيضاً، لعموم صحيحة أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: " أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت، وإن شاءت فارقت " (٥). ورواية زيد الشحام عنه عليه السلام قال: " إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت وإن كانت تحت حر أو عبد " (٦). وقريب منه رواية (٧) محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام.

(١) راجع الوسائل ١٤: ٥٥٩ ب (٥٢) من أبواب نكاح العبيد والإماء. ومسنند أحمد ٦: ٤٢، ١١٥، ١٧٢، ١٧٥، ٢٠٩، وسنن ابن ماجه ١: ٦٧٠ ب " ٢٩، وسنن البيهقي ٢٢١ - ٢٢٤ ..

(٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.

(٣) النهاية: ٤٧٩.

(٤) المختصر النافع ١: ١٨٤.

(٥) التهذيب ٧: ٣٤١ ح ١٣٩٤ " الوسائل الباب المتقدم ح ٨.

(٦) التهذيب ٧: ٣٤٢ ح ١٤٠١ و ١٤٠٠، الوسائل الباب المتقدم ح ١٣ و ١٢.

(٧) التهذيب ٧: ٣٤٢ ح ١٤٠١ و ١٤٠٠، الوسائل الباب المتقدم ح ١٣ و ١٢.

وذهب المصنف - رحمه الله - في هذا الكتاب وقبله الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢) إلى عدم الخيار، لأصالة لزوم العقد، فحدوث الخيار يحتاج إلى دليل " وهو منتف في الحر، لما روي من أن زوج بريرة كان عبدا، وهو أصل الحكم. وجوابه: أن الدليل موجود، وهو الرواية الصحيحة السابقة الدالة بعمومها عليه، وخصوص الروايتين الأخيرتين شاهد صريح وإن ضعف طريقها. وأما زوج بريرة فقد اختلفت الروايات فيه، ففي بعضها أنه كان عبدا، وفي آخر أنه كان حرا. وعلى هذا فدلالته على مطلوبنا، وعلى الأول لا يدل إلا من حيث المفهوم المخالف، وهو ضعيف، فكيف مع معارضته للمنطوق؟! ولو كان مبعضا فأولى بالثبوت. وكذا المدبر والمكاتب.

إذا تقرر ذلك فهذا الخيار على الفور، ويظهر من الجماعة الاتفاق عليه، اقتصارا في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين والضرورة، ولظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم لبريرة " ملكت بضعك فاختراري " (٣) فإن الفاء للتعقيب بغير مهلة. ويحتمل كونه على التراخي، لثبوت الخيار في الجملة إجماعا، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل. والفاء اقتضت ثبوت الخيار من حين العتق بلا فصل، ونحن نقول به لكنه لا ينافي امتداده. ويؤيده ما روي (٤) أن مغيثا كان يطوف خلفها في سكك المدينة يترضاها لتختاره، وطلب من النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يشفع له إليها فشفع فلم تقبل، ولو كان على الفور لبطل حقها بالتأخير واستغنى عن

(١) المبسوط ٤: ٢٥٨.

(٢) الخلاف ٤: ٣٥٣ - ٣٥٤، مسألة ١٣٤.

(٣) الحاوي الكبير ٩: ٣٥٧، التمهيد لابن عبد البر ٣: ٥٧.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٧: ٢٥٠ ح ١٠. ١٣، سنن الدارمي ٢: ٢٢٣ ح ٢٢٩٢، سنن الدارقطني ٣: ٢٩٣ ح ١٨٢ - ١٨٤.

الشفاعة.

وأجيب بأن ظاهر الحديث أن الشفاعة كانت بعد فسخها، ولذلك روي (١) أنه كان يطوف ويبيكي، ولم يأمرها صلى الله عليه وآله وسلم 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". والظاهر أن المراد من المراجعة تجديد النكاح. وفيه نظر، لأن ما ذكر من الرواية ليس صريحا في وقوع الفسخ وكون ذلك على وجه المراجعة، وفي بعض ألفاظ الرواية تصريح بكون ذلك طلبا للاختيار، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: " كان زوج بريرة يقال له مغيث كأني أنظر إليه يطوف وراها في سكك المدينة، وإن دموعه لتسيل على لحيته يترضاها لتختاره، فلم تفعل " (٢). وفي رواية أخرى أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال لبريرة: " إن قربك فلا خيار لك " (٣) وهو دليل على التراخي. وفي روايات الأصحاب أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لها: " اختاري " بغير فاء، رواه عبد الله بن سنان في الصحيح وغيره (٤)، والأمر لا يفيد الفور. وعلى كل حال فلا خروج عما عليه الأصحاب. بقي في المسألة مباحث يتم بها أحكامها:

الأول: الحكم معلق على عتق مجموع الأمة، فلو أعتق بعضها فلا خيار لها، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده. ولا فرق بين كون الأكثر هو بعض الحرية أو الرقية، لانتفاء المقتضي فيهما. ولو كمل عتقها تخيرت حينئذ، لوجود المقتضي في هذه الحالة.

- (١) صحيح البخاري ٧: ٦٢، سنن الدارمي ٢: ٢٢٣ ح ٢٢٩٢، سنن البيهقي ٧: ٢٢٢.
- (٢) سنن الدارقطني ٣: ٢٩٣ ح ١٨٢، سنن البيهقي ٢: ٢٢١، ٢٢٢، باختلاف.
- (٣) سنن أبي داود ٢: ٢٧١ ح ٢٢٣٦، سنن البيهقي ٧: ٢٢٥.
- (٤) راجع الوسائل ١٤: ٥٦٠ ب (٥٢) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٩ و ٦.

ولو عتق العبد لم يكن له خيار، ولا لمولاه، ولا لزوجته، حرة كانت أو أمة، لأنها رضيته عبداً.

الجهل مستصحبة.

وربما فرق بين الجهل بأصل الخيار والجهل بفوريته، وحكم بعذرهما في الأول دون الثاني، من حيث اندفاع الضرر مع العلم بالخيار، ولاشعاره بالرضا حيث أخرجت حينئذ.

وجوابه: أن التأخير جاز أن يكون لفائدة التروي ونحوه، فحيث لا تعلم باشتراط الفورية لم يكن التأخير دليلاً على الرضا، وغايته كونه أعم فلا يدل على الخاص.

السادس: يستثنى من الحكم بتخييرها على الاطلاق صورة واحدة، وهي ما إذا كان قد زوجها بمقدار ثلث ماله، وقيمتها ثلث آخر، وترك بقدر قيمتها، ثم أعتقها في مرضه " أو أوصى بعتقها ووقع العتق قبل الدخول، فإن تخييرها الفسخ يوجب سقوط المهر كما مر، فلا ينفذ العتق في جميعها، لانحصار التركة حينئذ في الجارية ومقدار قيمتها، فيبطل العتق فيما زاد على الثلث، فيبطل خيارها، لا اشتراطه بعتق جميعها كما سلف فيؤدي ثبوته إلى عدم ثبوته، وهو دور. ولا فرق في ذلك بين وقوع التزويج في مرضه وعدمه، لأن تزويجها لا يتضمن إتلافاً، بل اكتساباً للمهر. نعم، يشترط وقوع العتق في المرض إذا جعلنا منجزات المريض من الثلث، أو كونه بطريق الوصية كما مثلناه. ولو كان العتق في حال الصحة أو بعد الدخول فالتخيير بحاله.

قوله: " ولو عتق العبد..... الخ "

إنما لم يكن له خيار كالأمة لوجود النص المثبت لخيارها دونه، ولأن تخلصه

ولو زوج عبده أمته، ثم أعتق الأمة أو أعتقهما، كان لها الخيار. وكذا لو كانا لمالكين فأعتقا دفعة.

منها بالطلاق بيده، بخلافها. وأثبت له الخيار بعض العامة (١) قياسا عليها. وكما لا يثبت له الخيار لا يثبت لمولاه، لانتفاء المقتضي في حقه. وكذا لا خيار لزوجته، حرة كانت أم أمة، لأنها رضيته عبدا فأولى أن ترضى به حرا. وهذا التعليل موجود في رواية علي بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام إلى قوله: (لا، قد تزوجته عبدا ورضيت به فهو حين صار حرا أحق أن ترضى به " (٢). قوله: " ولو زوج عبده أمته..... الخ ".

وجه الخيار مع تقدم عتقها واضح، لأنه حينئذ عبد فيثبت لها الخيار إجماعا، عملا بالأدلة السابقة. وأما إذا أعتقا دفعة، سواء كانا لمالك واحد أم مالكين، فثبوت الخيار لها مبني على تخيرها لو كانت تحت حر، لأن عتقهما دفعة اقتضى كون الحكم بخيارها حال حرته، فلا يتم لها الخيار إلا على القول به، والمصنف قد نفاه فيما سبق. (٣) ومد نبه العلامة في القواعد (٤) على ترتب الحكم بتخييرها حينئذ على الخلاف. وهو أجود مما ذكره المصنف من هذا الوجه. وفي التحرير (٥) وافق على اختصاص التخيير بما لو كان الزوج عبدا، وأثبت الخيار لها على تقدير عتقهما معا كما هنا.

(١) الحاوي الكبير ٩: ٣٦٧، حلية العلماء ٦: ٤٢٣.

(٢) التهذيب ٧: ٣٤٣ ح ١٤٠٥، الوسائل ١٤: ٥٦٢ ب (٥٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٣) في ص: ٣٣.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٢٩.

(٥) التحرير ٢: ٢٤.

ويجوز أن يجعل عتق الأمة صداقها. ويثبت عقده عليها بشرط تقديم لفظ العقد على العتق، بأن يقول: " تزوجتك وأعتقتك، وجعلت عتقك مهرًا " لأنه لو سبق بالعتق لكان لها الخيار في القبول والامتناع. وقيل: لا يشترط، لأن الكلام المتصل كالجمل الواحد. وهو حسن. وقيل: يشترط تقديم العتق، لأن بضع الأمة مباح لمالكها، فلا يستباح بالعقد مع تحقق الملك. والأول أشهر.

قوله: " ويجوز أن يجعل عتق.. الخ "

من القواعد المعلومة أن تزويج الانسان بأمة بأي مهر كان باطل، إلا إذا جعل مهرها عتقها، فإنه يجوز عند علماء أهل البيت عليهم السلام قاطبة، قال في المختلف: لا نعرف فيه مخالفا من علمائنا (١).

والأصل فيه أن النبي (٢) صلى الله عليه وآله وسلم اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام في فتح خيبر، ثم أعتقها وتزوجها، وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة.

والأخبار من: طرق أهل البيت عليهم السلام في ذلك كثيرة دالة على تعدية الجواز إلى غيره صلى الله عليه وآله وسلم خلاف ما يقوله كثير من العامة (٣) أن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وآله وسلم، فروى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: " أيما رجل شاء أن يعتق جاريتيه ويتزوجها ويجعل صداقها عتقها فعل (٤). وروى عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: " قلت له: رجل قال لجاريتيه: أعتقتك وجعلت عتقك مهرًا، فقال: جايز " (٥). وروى الحلبي عن أبي

(١) مختلف الشيعة: ٥٧٢.

(٢) إعلام الوري للطبرسي: ١٤٩، وكذا سنن أبي داود ٢: ٢٢١ ح ٢٠٥٤ سنن البيهقي ٧: ٥٨.

(٣) الحاوي الكبير ٩: ٢٢، روضة الطالبين ٥: ٣٥٥.

(٤) التهذيب ٨: ٢٠١ ح ٧٠٦ و ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ ح ٧٥٦ و ٧٥٧، الوسائل ١٤: ٥١٠ ب

(٥) التهذيب ٨: ٢٠١ ح ٧٠٦ و ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ ح ٧٥٦ و ٧٥٧، الوسائل ١٤: ٥١٠ ب

(١١) من أبواب نكاح العبيد والإماء. ح ٥ و ٦.

عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن الرجل يعتق الأمة ويقول: مهرك عتقك، فقال: حسن " (١). وغير ذلك من الأخبار.

وقد أورد المصنف - رحمه الله - في النكت (٢) على ذلك سؤالات وأجاب عنها. وحاصلها: أنه كيف يجوز أن يتزوج جاريتها وهي مملوكة البضع بغير التزويج؟ وكيف يتحقق الإيجاب والقبول وهي مملوكة؟! ثم المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد، ومع تقديم التزويج - الذي هو مذهب الأكثر - لا يكون متحققا ثم يلوح منه الدور، فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق، والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد.

وأجاب - رحمه الله - بأنه إنما يمنع من العقد على مملوكة مع بقاء الرقية، وليست باقية هنا، لأن العقد والعتق متقارنان. ولأنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم تملك ذلك الغير، جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه، فإنها تصير حرة.

ونمنع وجوب تحقق المهر قبل العقد، ولم لا يجوز أن يكتفى بمقارنته للعقد؟ وهو هنا كذلك، فإن المهر العتق. وهو يقارن العقد، سواء تقدم التزويج أم تأخر.

والدور غير لازم، لأننا نمنع توقف العقد على المهر وإن استلزمه، فإن العقد عليها في نفسه جائز، ولها صلاحية الاصداق كغيرها (٣)، فلم لا يجوز جعلها أو جعل فك ملكها مهرا لها؟

(١) الكافي ٤٧٥: ٥، ح ١، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

(٢) نكت النهاية (المطبوعة مع النهاية) ٢: ٣٩٣.

(٣) نسخة بدل " و " : لغيرها.

نعم (١)، لو سلمنا منافاة هذه المسألة للأصول فقد ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام بجوازه على وجه لا يمكن رده، فوجب المصير إليها وتصير أصلا بنفسها، كما صار ضرب الدية على العاقلة أصلا. إذا تقرر ذلك فقد اختلف الأصحاب في اشتراط تقديم التزويج على العتق وعكسه وجواز كل منهما، فالمشهور بينهم اشتراط تقديم التزويج، ذهب إليه الشيخ في النهاية (٢) وأتباعه (٣) وجماعة (٤) ومنهم المصنف في النافع (٥)، لرواية علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: " سألته عن رجل قال لأخته: أعتقتك وجعلت عتقك مهرًا، فقال: عتقت، وهي بالخيار إن شاءت تزوجته، وإن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطها شيئًا. وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرًا عتقتك فإن النكاح باطل، ولا يعطيها شيئًا " (٦). ورواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام في الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك وجعلت صداقتك عتقك، قال: (جاز العتق، والأمر إليها إن شاءت زوجته نفسها، وإن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئًا " (٧).

(١) في " ش " ونسخة بدل " و " : ثم.

(٢) النهاية: ٤٩٧.

(٣) كما في المهذب ٢: ٢٤٧، الوسيلة: ٣٠٤، إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينايع الفقهية ١٨: ٣٣١.

(٤) راجع السرائر ٢: ٦٣٨، الجامع للشرايع: ٤٤٢، القواعد ٢: ٢٩.

(٥) المختصر النافع: ١٨٤.

(٦) قرب الإسناد ١٠٩ ح ٩٩٣ وفيه: كان النكاح واجبا، مسائل علي بن جعفر: ١٣٥ ح ١٣٨ وفيه:

جاز النكاح. الفقيه ٣: ٢٦١ ح ١٢٤٤، التهذيب ٨: ٢٠١ ح ٧١٠، الاستبصار ٣: ٢١٠ ح ٧٦٠،

الوسائل ١٤: ٥١٠ ب (١٢) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١. وفي هذه المصادر: فإن النكاح واقع.

وانظر أيضا جواهر الكلام ٣٠: ٢٥٤.

(٧) التهذيب ٨: ٢٠١ ح ٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢١٠ ح ٧٥٩، الوسائل الباب

المتقدم ح ٢.

وفي دالتهما على المطلوب - مع قطع النظر عن سندهما - بعد، لأن القائل بالصحة على تقدير تقديم العتق يعتبر معه التصريح بالتزويج، وهو منتف في الروايتين، فإنه لم يذكر فيهما سوى العتق والمهر ولم يصرح بالتزويج. ويدل عليه تصريحه بالبطلان في رواية علي بن جعفر مع تقديم التزويج الذي هو مطلوبهم، فكيف يستدلون على اشتراط تقديمه بها؟

واستدلوا أيضا بما ذكره المصنف من أن العتق لو سبق صارت حرة، فلم يتعين تزويجها بدون رضاها، بل كان لها الخيار في القبول والامتناع. وجوابه ما سيأتي (١) من أن الكلام لا يتم إلا بآخره، فلا يقع العتق بدون التزويج، كما لو قال: أعتقتك وعليك خدمة سنة، فإنه يصح العتق (٢)، وتلزمه الخدمة.

وذهب الشيخ في الخلاف (٣) وأبو الصلاح (٤) إلى اشتراط تقديم العتق، واختاره العلامة في المختلف (٥) والإرشاد (٦)، وولده فخر الدين في شرحه (٧)، لرواية عبيد بن زرارة السابقة (٨) عن الصادق عليه السلام المتضمنة لتقديم قوله: " أعتقتك، فقال: جائز "

وأورد عليها أن المطلوب اللزوم، والجواز أعم منه. وأجيب بأن المتبادر من

-
- (١) في الصفحة التالية.
 - (٢) في " س " يقع.
 - (٣) الخلاف ٤ : ٢٦٨ مسألة (٢٢).
 - (٤) الكافي في الفقه: ٣١٧.
 - (٥) المختلف: ٥٧٣.
 - (٦) إرشاد الأذهان ٢ : ١٣.
 - (٧) إيضاح الفوائد ٣ : ١٥٥.
 - (٨) في ص: ٣٩ " هامش (٥).

وأُم الولد لا تعتق إلا بعد وفاة مولاها من نصيب ولدها. ولو عجز
النصيب سعت في المتخلف. ولا يلزم ولدها السعي فيه. وقيل: يلزم.
والأول أشبه.

وقيل: يشترط قبولها بعد ذلك، لاشتمال الصيغة على عقد النكاح، وهو مركب
شرعا من الإيجاب والقبول. ولا يمنع منه كونها رقيقة، لأنها بمنزلة الحرة حيث
تصير حرة بتمامه، فرقيتها غير مستقرة، ولولا ذلك لامتنع تزويجها. والواقع منها
منزل منزلة الإيجاب وإن كان بلفظ القبول، لحصول ما يعتبر في العقد من اللفظ
الواقع من المولى، فكان المعتبر من جانبها مجرد الرضا به، سواء سميناه إيجابا أم
قبولا. والأول أقوى.

قوله: " وأُم الولد لا تعتق... الخ "

لا ريب أن مجرد الاستيلاء ليس سببا في العتق. نعم، تتشبه به بالحرية.
وإنما تعتق بموت المولى، لأن ولدها ينتقل إليه منها شيء، أو ينتقل جميعها إذا كان
هو الوارث خاصة، فتعتق عليه ما يرثه منها، لما علم من أن ملك الولد لأحد أبويه
يوجب عتقه عليه مطلقا. ولو بقي منها شيء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن
كان نصيبه من التركة يفي به، وإلا عتق بقدره. ولو عجز النصيب عن المتخلف منها
سعت فيه هي، ولا يلزم ولدها السعي فيه. ولا يسري عليه لو كان له مال من غير
التركة، لما سيأتي (١) إن شاء الله تعالى أن السراية مشروطة بالملك الاختياري،
والإرث ليس منه. وإنما سرى عليه في باقي نصيبه من التركة لاطلاق النصوص (٢)
الكثيرة أنها تعتق من نصيبه من التركة، وإلا لكان الأصل يقتضي أن لا يعتق عليه
سوى نصيبه منها.

(١) في بحث السراية من كتاب العتق.

(٢) راجع الوسائل ١٦: ١٠٧ ب (٦) من أبواب الاستيلاء وغيره.

ولو مات ولدها وأبوه حي جاز بيعها، وعادت إلى محض الرق.

والقائل بوجوب سعي الولد في فك باقيها ابن حمزة (١)، وقريب منه قول الشيخ في المبسوط (٢)، فإنه أوجب على الولد فكها من ماله. وقال في النهاية: يجب السعي على الولد إذا كان ثمنها ديناً على مولاها، ولم يخلف غيرها (٣). والأقوى الأول، لأصالة البراءة من وجوب السعي عليه، وعدم المقتضي للسراية عليه حتى يجب عليه فكها من بقية ماله، لعدم الاختيار في ملكها. وهذه المسألة باب الاستيلاء أنسب، وسندكرها فيه مرة أخرى، وإنما ذكرها هنا ليفرغ عليها ما سيأتي (٤) من قوله: "ولو كان ثمنها ديناً فتزوجها المالك" إلى آخره "فإنه من مسائل النكاح. قوله: "ولو مات ولدها... الخ".

التقييد بموته في حال حياة أبيه ليخرج ما لو مات بعده، فإنها حينئذ تعتق عليه كما مر. ونبه بقوله: "عادت إلى محض الرق" على أنها بالاستيلاء لم تخرج من أصل الرق، وإنما تشبث بالحرية من حيث صلاحيتها حينئذ للعتق بموت سيدها وولدها حي، فإذا مات الولد في حياة أبيه زالت تلك العلاقة التي تشبث بها ورجعت إلى الرق المحض المعجوز للبيع وغيره. وهذا مذهب علمائنا، وخالف فيه الجمهور (٥).

(١) راجع الوسيلة: ٣٤٣ فإن الظاهر منه التفصيل.

(٢) المبسوط ٦: ١٨٥.

(٣) النهاية: ٥٤٧.

(٤) في ص: ٤٧.

(٥) حيث أطلقوا عتقها. بالعلوق وموت السيد. راجع الحاوي الكبير ١٨: ٣٠٨ - ٣١٢، المغني لابن قدامة ١٢: ٥٠٢ و ٥٠٥.

ويجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبتها إذا لم، يكن لمولاها غيرها.

وقيل: يجوز بيعها بعد وفاته في ديونه وإن لم يكن ثمنها لها، إذا كانت الديون محيطة بتركته بحيث لا يفضل عن الدين شيء أصلاً.

قوله: " ويجوز بيعها مع وجود.... الخ "

لا خلاف في جواز بيعها في ثمن رقبتها إذا مات مولاها ولم يخلف سواها. واختلفوا فيما إذا كان حيا في هذه الحالة. والأقوى جواز بيعها في الحالين، وهو الذي قطع به المصنف، ولم يفرق بين الأمرين، ولم ينقل خلافا فيه، لندور القائل به وضعف مستنده.

ويدل على جواز بيعها في ثمن رقبتها مطلقا رواية عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: " سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبتها " (١). وروى عمر بن يزيد في الصحيح قال: " قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل. قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن. قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها، ثم لم يؤد ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدي عنه، أخذ ولدها منها وبيعت فأدي عنها. قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا، (٢). وهذه الرواية كما دلت على جواز بيعها في ثمن رقبتها في هذه الحالة مطلقا - الشاملة لموت المولى وعدمه - دلت على عدم جواز بيعها في غيره من الديون الشامل لما لو استغرقت التركة.

والقول المحكي بجواز بيعها في دينه - وإن لم يكن ثمنها لها - مع موته واستغراق

(١) الكافي ٦: ١٩٢ ح ٢، التهذيب ٨: ٢٣٨ ح ٨٥٩، الاستبصار ٤: ١٢ ح ٣٥، الوسائل ١٣: ٥١ ب

(٢٤) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

(٢) الكافي ٦: ١٩٣ ح ٥، الفقيه ٣: ٨٣ ح ٢٩٩، التهذيب ٨: ٢٣٨ ح ٨٦٢، الاستبصار ٤: ١٢ ح ٣٦.

الوسائل الباب المتقدم ح ١.

ولو كان ثمنها دينا فتزوجها المالك، وجعل عتقها مهرها، ثم أولدها وأفلس بثمانها ومات، بيعت في الدين. وهل يعود ولدها رقا؟ قيل: نعم، لرواية هشام بن سالم. والأشبه أنه لا يبطل العتق ولا النكاح، ولا يرجع الولد رقا، لتحقق الحرية فيهما.

الدين للتركة لابن حمزة (١)، واختاره الشهيد في اللمعة (٢)، وتوقف في المختلف (٣). ووجهه: أن عتقها بعد موت مولاها إنما هو من نصيب ولدها، ولا نصيب له على تقدير استغراق الدين التركة، لقوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين " (٤). ولرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام وفي آخرها قال: " وإن مات وعليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها " (٥).

وجوابه: أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا، وإن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين، فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين، ويلزمه أداء مقدار قيمة النصيب من ماله. والرواية قاصرة سنداً ودلالة، ومشملة من الأحكام على ما لا يوافق الأصول، فلا اعتداد بها. قوله: " ولو كان ثمنها دينا... الخ ".

القول المذكور للشيخ في النهاية (٦) وأتباعه (٧)، وقبله لابن الجنيد (٨)، تعويلا

(١) الوسيلة: ٣٤٣.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٦٣.

(٣) مختلف الشيعة: ٦٤٨.

(٤) النساء: ١١.

(٥) التهذيب ٨: ٢٣٩ ح ٨٦٥، الاستبصار ٤: ١٤ ح ٤١ " الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

(٦) النهاية: ٤٩٨.

(٧) راجع المهذب ٢: ٢٤٨ و ٣٦١، إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينابيع الفقهية ٨: ١ ٣٣١.

(٨) حكي عنه في المختلف: ٥٧٤ وإيضاح الفوائد ٣: ١٥٩ والتنقيح الرائع ٣: ١٥٦.

على صحيحة هشام بن سالم عن أبي بصير قال: " سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل جارية بكرا (١) إلى سنة، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها، وجعل مهرها عتقها، 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 قي رقبتها فإن عتقه ونكاحه جائز، وإن لم يملك مالا أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلا، لأنه عتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاها الأول. قيل له: وإن عقلت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيتها " (٢).

قال المصنف - رحمه الله - في النكت: " إن سلم هذا النقل فلا كلام، لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية لعله لا نتعلها. لكن عندي أن هذا خبر واحد لا يعضده دليل، فالرجوع إلى الأصل أولى " (٣) وهنا صرح بردها، وقبله الفاضل ابن إدريس (٤)، لمخالفتها الأصول الشرعية المقتضية لصحة التزويج والعتق، لمصادفتها الملك الصحيح، وصدورهما من أهلها في محلها الموجب لصحتها وحرية الولد.

وقد اختلف المتأخرون في تأويلها، لاعتنائهم بها من حيث صحة السند، فحملها العلامة (٥) على وقوع العتق والنكاح والشراء في مرض الموت، بناء على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق. وحينئذ فترجع رقا،

(١) في " ش " : بكذا.

(٢) الكافي ٦ : ١٩٣ ح ١، التهذيب ٨ : ٢٠٢ ح ٤ ١٧١ الاستبصار ٤ : ١٠ ح ٢٩، الوسائل ٤ : ١٤ : ٥٨٢

ب

(٧١) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) نكت النهاية: ٣٩٧.

(٤) السرائر ٢ : ٦٣٩.

(٥) مختلف الشيعة: ٥٧٤.

وتبين بطلان النكاح.

واعترضه السيد عميد الدين (١) بأن الرواية اقتضت عودها وولدها رقا كهيئتها، وتأويله لا يتم إلا في عودها إلى الرق لا في عود الولد، لأن غايته بطلان العتق في المرض فتبقى أمته، فإذا وطئ الحر أمته لا ينقلب ولده رقا، بل غايته أن أمه تباع في الدين.

وأجاب ولده فخر الدين (٢) عن ذلك بأنه ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد، إذ ليس فيها إلا قوله: " كهيئتها " وهو أعم من أن يكون كهيئتها في حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون حرا، أو بعده فيكون رقا، ولا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات.

ورده الشهيد - رحمه الله - في شرح الارشاد (٣) بأن هذا كلام على النص، فإن المفهوم من قوله: " كهيئتها " ليس إلا أن حكمه حكمها في حال السؤال، وقد حكم قبل ذلك بأنها رق فيكون الولد رقا، فهو دال على رقية الولد بالمطابقة، إذ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى. وتجويز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص، وفي التزامه ما لا يخفى.

وقد ظهر بذلك أن الحمل لا يتم في الولد. ويشكل في الأم أيضا من وجه آخر، وهو أن الرواية دلت على عودها رقا للبائع، ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لا عودها إلى ملكه.

وحملها بعضهم (٤) على فساد البيع وعلم المشتري به، فإنه يكون زانيا وتلحقه الأحكام.

(١) نقله عنه الشهيد في غاية المراد: ١٩٤، والمحقق الكركي في جامعه ١٣: ١٣٦.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٥٩ - ١٦٠.

(٣) غاية المراد: ١٩٥.

(٤) راجع غاية المراد: ١٩٤ - ١٩٥، التنقيح الرائع ٣: ١٥٧.

ورد بأن الرواية تضمنت أنه إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح جائزين، ومع القول بفساد البيع لا يمكن جوازهما، سواء خلف شيئاً أم لا. وحملها ثالث (١) على أنه فعل ذلك مضارة، والعتق يشترط فيه القرابة. ورد بأنه لا يتم أيضاً في الولد.

وأقول: إن الموجب لهذا الاعتبار (٢) والتكلف لهذه الرواية المخالفة للأصول هو ما اعتقدوه من صحة سندها، وقد صرح بصحتها جماعة من الأصحاب المعترين، كالعلامة (٣)، وتلميذه الفخر والعميد (٤)، والشهيد (٥) وغيرهم (٦). وفي

صحتها عندي نظر من وجهين:

أحدهما: أن أبا بصير الذي يروي عن الصادق عليه السلام مشترك بين اثنين، ليث بن البخري المرادي، وهو المشهور بالثقة على ما فيه، ويحيى بن القاسم الأسدي، وهو واقفي ضعيف مخلط. وكلاهما يطلق عليهما هذه الكنية، ويكنيان بأبي محمد. وربما قيل: إن الأول أسدي أيضاً. وكلاهما يروي عن أبي عبد الله عليه السلام. فعند الاطلاق يحتمل كونه كلا منهما، وقد يحصل التمييز بإضافة الاسم، فإنه واقع في كثير من الروايات، وقد يحصل بالوصف، كقول أبي بصير في رواية الصلاة في دم القروح: "إن قائدي أخبرني أنك صليت وفي ثوبك دم" (٧) فإنه حينئذ يدل على كونه أبا بصير الضعيف، لأنه كان مكفوفاً يحتاج إلى القائد. وهذا

(١) راجع التنقيح الرائع ٣: ١٥٨.

(٢) في "س": الاعتناء.

(٣) المختلف: ٥٧٤.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ١٥٩.

(٥) غاية المراد: ١٩٤.

(٦) كما في كشف الرموز ٢: ١٦٩، التنقيح ٣: ١٥٧، جامع المقاصد ١٣: ١٣٦.

(٧) الكافي ٣: ٥٨ ح ١، التهذيب ١: ٢٥٨ ح ٧٤٧، الاستبصار ١: ١٧٧ ح ٦١٦، الوسائل ٢:

١٠٢٨ ب (٢٢) من أبواب النجاسات ح ١.

الاشكال آت في كل رواية يرويها أبو بصير ويطلق، فينبغي التنبه له، فقد أطلق الأصحاب الصحة على روايات كثيرة في طريقها أبو بصير مطلقا، والأمر ليس كذلك. هذا مع قطع النظر عن حال هشام بن سالم وما كان عليه من الاعتقاد المشهور. والله تعالى يتولى أسرار عباده.

الثاني: أن الشيخ - رحمه الله - ذكر هذه الرواية في التهذيب في ثلاثة مواضع اثنان منها رواها عن هشام بن سالم عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (١) كما ذكرناه سابقا، والثالث عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (٢) بغير واسطة. ورواها الكليني في الكافي (٣) أيضا عن هشام عنه عليه السلام بغير واسطة. وهذه الرواية هي التي يظهر من المصنف اختيارها لأنه نسبها إلى هشام خاصة. وكذا فعل فيما سيأتي من كتاب العتق (٤)، فإنه أعادها مرة أخرى. وحينئذ فتكون الرواية مضطربة الاسناد، والاضطراب في الاسناد يمنع من صحة الرواية، كما قرر في علم دراية الحديث. والغرض أن هذه الرواية ليست مقطوعة الصحة في سندها كما ذكره، فلا يصعب اطراحها حيث تخالف الأمور القطعية التي تشهد لها الأصول الشرعية.

واعلم أيضا أن الرواية تضمنت كون الثمن نسيئة، وكان ينبغي لمن عمل بمضمونها - جمودا على النص - التقييد به، لأن اللاحق هنا ممتنع ولو بمخالفة وجه ما. ولكن الشيخ في النهاية (٥) أطلق الحكم في الثمن حيث يكون دينا، سواء كان نسيئة أم حالا، فتبعه المصنف وغيره (٦) في نقل القول. وكذلك قيد في الرواية الأمة

(١) التهذيب ٨: ٢٠٢ ح ٧١٤، ٢١٣ ح ٧٦٢ و ٢٣١ ح ٨٣٨.

(٢) التهذيب ٨: ٢٠٢ ح ٧١٤، ٢١٣ ح ٧٦٢ و ٢٣١ ح ٨٣٨.

(٣) الكافي ٦: ١٩٣ ح ١.

(٤) في المسألة الثامنة من لواحق العتق.

(٥) النهاية: ٤٩٨.

(٦) لاحظ السرائر ٢: ٦٣٩، القواعد ٢: ٢٩ - ٣٠.

وأما البيع فإذا باع المالك الأمة كان ذلك كالطلاق.
والمشتري
بالخيار بين إمضاء العقد وفسخه. وخياره على الفور، فإذا علم ولم يفسخ
لزم العقد.

بكونها بكرا، وبموته وهي حامل، وبكون النسيئة إلى سنة. والشيخ لم يعتبر ذلك،
نظرا إلى عدم مدخلية مثل ذلك في اختلاف الحكم. ويمكن الفرق بين موته
حاملا (١) كما ذكر وموته بعد وضعها، لتبعية الحمل للحامل في كثير من الأحكام، أو
مطلقا عند قوم.

ولو كان بدل الأمة عبدا فاشتره نسيئة أو مطلقا وأعتقه، ففي لحوق الحكم
به نظر، مما ذكر، واتحاد طريق المسألتين. وعلى المختار من رد الرواية مطلقا يسهل
الخطب، وإن كان ولا بد فالإقتصار على المنصوص.
قوله: "وأما البيع.... الخ".

المراد بكون البيع كالطلاق تساويهما في السببية في التسلط على فسخ النكاح
لا من كل وجه، إذ لا يعد ذلك في الطلقات المحرمة، ولا يوجب انفساخ النكاح
بنفسه بل يوجب الخيار للبايع والمشتري، بخلاف الطلاق. والأصل في هذه العبارة
الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: "طلاق الأمة
بيعها، أو بيع زوجها. وقال في الرجل يزوج أمته رجلا آخر ثم يبيعه، قال: هو
فراق ما بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعها" (٢).
وربما توهم انحصار الطلاق في البيع، من حيث إنه وقع مبتدأ، وخبره البيع،
والمبتدأ منحصر في الخبر.

(١) كذا في النسخ ولعل الصحيح: وهي حامل.
(٢) الكافي ٥: ٤٨٣ ح ٤، الفقيه ٣: ١ ٣٥١ ح ١٦٨١، التهذيب ٧: ٣٣٧ ح ١٣٨٢، الاستبصار ٣: ٢٠٨ ح ٧٥٢، الوسائل ١٤: ٥٥٣ ب (٤٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

وكذا حكم العبد إذا كان تحته أمة. ولو كان تحته حرة فبيع كان للمشتري الخيار على رواية فيها ضعف.

ويندفع بمنع الانحصار، وإنما المراد التشبيه به كما ذكرناه. ويؤيده قوله عليه السلام في خبر بريد بن معاوية وغيره: "من اشترى مملوكة لها زوج فإن بيعها طلاقها، إن شاء المشتري فرق بينهما وإن شاء تركهما على نكاحهما" (١) فعكس الاسناد.

والأصل في الحكم - بعد النص - أن بقاء النكاح لازما على هذه الحالة مظنة تضرر المالك، إذ قد لا يناسبه (٢) بقاء النكاح، فجعل له طريق إلى التخلص بالفسخ. ولا فرق بين كون البيع قبل الدخول وبعده، ولا بين كون الزوج حرا ومملوكا، ولا بين كون المالك واحدا وأكثر.

وهذا الخيار على الفور، اقتصارا في الحكم المخالف للأصل على ما يندفع به الضرورة، فلو أخر لا لعذر سقط الخيار. والجاهل بأصل الخيار معذور، لأنه مما يخفى على كثير من الناس. وأما الجهل بالفورية ففي كونه عذرا الوجهان السابقان (٣) في العتق.

قوله: "وكذا حكم العبد..... الخ".

كما يثبت الخيار لمشتري الأمة كذا يثبت لمشتري العبد المتزوج، لوجود العلة فيهما، ولتناول النصوص لهما. وقد تقدم (٤) في صحيحة محمد بن مسلم ما يدل على الحكمين معا. وهذا الحكم مع كون الزوجة أمة كما ورد في الرواية (٥) وغيرها

(١) الكافي ٥: ٤٨٣ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٣٧ ح ١٣٨، الاستبصار ٣: ٢٠٨ ح ٧٥١، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

(٢) في "س" و"و": لا يناسبهما.

(٣) لاحظ ص: ٣٦ - ٣٧.

(٤) لاحظها في الصفحة السابقة.

(٥) لاحظها في الصفحة السابقة.

ولو كانت حرة فالأكثر على ثبوت الخيار أيضا، لتساويهما في المعنى المقتضى له، وهو توقع الضرر ببقاء التزويج، ولرواية محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: " إذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينهما، فإن زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما " (١) وليس بغير البيع إجماعا، فيحمل على أن له أن يفعل ما يؤول إلى التفريق، بأن يبيع فيثبت الخيار المنجز (٢) إلى التفريق مجازا.

ولا يخفى عليك بعد هذا التأويل، مع كون الرواية ضعيفة كما أشار إليه المصنف، فإن في طريقها موسى بن بكر وهو واقفي، ومحمد بن علي مشترك بين الثقة وغيره.

وأنكر الحكم ابن إدريس (٣)، وجعل الرواية شاذة والقياس على الأمة باطلا. وشنع عليه في المختلف (٤) بحمله على القياس، لأنه لو فقدت النصوص في هذا الباب لأمكن استناد مساواة العبد للأمة في ذلك إلى أن الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الأحكام، كما لم يفرق في التقويم وغيره.

ولا يخفى عليك ما في هذا. البحث. وقول ابن إدريس متوجه، لعدم دليل صالح على ثبوت هذا الحكم المخالف للأصل. ويمنع من تساوي الحرة والأمة في هذا المعنى، لأن الحرة أشرف، ولا يلزم من ثبوت الحكم في الأدنى ثبوته في الأعلى. والرواية قد عرفت ضعفها وبعدها عن الدلالة. ويظهر من المصنف اختيار قول ابن

(١) التهذيب ٧: ٣٣٩ ح ١٣٨٧ " الاستبصار ٣: ٢٠٦ ح ٧٤٤، الوسائل ١٤: ٥٧٤ ب (٦٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤.
(٢) في " س. و " : المنجر.
(٣) السرائر ٢: ٥٩٨.
(٤) المختلف: ٥٦٧.

إدريس على احتمال. وللتوقف مجال.
واعلم أن ظاهر حكمه بالخيار للمشتري في العبد والأمة إذا كان الآخر رقا
يقتضي انحصار الخيار في المشتري، فليس لمولى الآخر اعتراض. وهذا أحد القولين
في المسألة، وهو الذي اختاره ابن إدريس (١)، لأن الدليل إنما دل على ثبوت الخيار
لمن انتقل إليه الملك، فيبقى غيره على أصل لزوم.
وقال الشيخ في النهاية (٢): إن الخيار حينئذ للمشتري ولمولى الآخر.
ومال إليه في المختلف (٣)، محتجا بأن الذي لم يبع إنما رضي بالعقد مع
المالك الأول، والأغراض تختلف باختلاف الملاك. وبأن البايع أوجد سبب
الفسخ، وهو الخيار للمشتري، فيكون للآخر ذلك أيضا، لأنه مالك فيثبت له
ما يثبت له.
وفيها نظر، لأن الحكم بالتسلط على الفسخ يحتاج إلى دليل صالح، وعدم
رضاه بالعقد مع المشتري ليس من الأدلة المفيدة لذلك. وإيجاد البايع سبب الفسخ لا
يوجب ثبوته للآخر، بل في مورد النص وهو المشتري، فإن هذه السببية تابعة للنص
لا للمناسبات. وكلام ابن إدريس في غاية الجودة، لأن الأصل لزوم العقد في غير ما
دلت النصوص على خلافه، وهو متحقق في المتنازع.

(١) السرائر ٢: ٦٠١.

(٢) النهاية: ٤٧٩.

(٣) المختلف: ٥٦٨.

ولو كانا لمالك فباعهما لاثنين كان الخيار لكل واحد من المتبايعين.
وكذا (١) لو اشتراهما واحد.
وكذا لو باع أحدهما كان الخيار للمشتري
والبائع، ولا يثبت عقدهما إلا برضا المتبايعين. ولو حصل بينهما أولاد
كانوا للموالي الأبوين.

قوله: " ولو كانا لمالك... الخ "

هنا مسائل:

الأولى: لو كان كل واحد من العبد والأمة المتزوجين لمالك واحد فباعهما
لاثنين، سواء باع أحدهما لواحد والآخر لآخر كما هو الظاهر، أم باعهما معا
لاثنين على وجه الاشتراك، كان الخيار في فسخ عقدهما وإمضائه للمشتري المتعدد
كما ثبت للواحد، لوجود المقتضي في الجميع، ودلالة النصوص (٢) على أن يبيع كل
منهما بمنزلة الطلاق، ولا أثر في ذلك لتعدد المشتري واتحاده.
الثانية: لو باع أحدهما خاصة كان الخيار في فسخ العقد وإمضائه لكل من
البائع والمشتري. أما للمشتري فظاهر مما سلف. وأما للبائع فلاطلاق النص
السابق (٣) في كون البيع كالطلاق، ومعناه ثبوت التسلط على فسخ العقد المتناول
لهما، ولاشتراكهما في المعنى المقتضي لجواز الفسخ، فإن المشتري كما يتضرر بتزويج
مملوكته بغير مملوكه كذلك البائع. وحينئذ فيتوقف عقدهما على رضا المتبايعين معا،
فإن اتفقا على إبقائه لزم، وإن اتفقا على فسخه أو طلب أحدهما فسخه والآخر

(١) كذا في النسخ، ولعل الصحيح: كما لو..... والشارح الشهيد قدس سره أيضا شرح العبارة باعتبارها
كذلك في قوله: ".... للمشتري المتعدد كما ثبت للواحد".
(٢) لاحظ ص: ٥٢ هامش (٢)، وكذا الوسائل ١٤: ٥٥٥ ب (٤٨) من أبواب نكاح العبيد ح ١.
(٣) في ص: ٥٢، هامش (٢).

مسائل ثلاث:

الأولى: إذا زوج أمته ملك المهر، لثبوته في ملكه. فإن باعها قبل الدخول سقط المهر، لانفساخ العقد الذي ثبت المهر باعتباره. فإن أجاز المشتري كان المهر له، لأن إجازته كالعقد المستأنف. ولو باعها بعد الدخول كان المهر للأول، سواء أجاز الثاني أو فسخ، لاستقراره في ملك الأول. وفيها أقوال مختلفة، والمحصل ما ذكرناه.

إمضائه انفسخ. أما الأول فظاهر. وأما الثاني فلأن رضا أحدهما به يوجب تقرر من جانبه، ويبقى من جانب الآخر متزلزلاً، فإذا فسخه انفسخ، كما لو لم يكن للآخر خيار. ومثله ما لو اشترك الخيار بين البائع والمشتري، فاختار أحدهما الامضاء والآخر الفسخ.

الثالثة: حيث يتفقان على إبقاء العقد فما يتحدد من الأولاد يكون للمولين على السواء، لأنهم نماء ماليهما فيكون بينهما كالأصل. وقال ابن البراج (١): يكون الولد لسيد الأمة. وقد تقدم (٢) أن أبا الصلاح قال كذلك في نظيره. قوله: "إذا زوج أمته... الخ".

لما كان المهر عوض البضع، وفي النكاح شائبة المعاوضة، فحق العوض أن يكون لمالك المعوض، وحيث كان بضع الأمة مملوكاً لسيدتها فالمهر له. فإن باعها بعد الدخول فقد استقر المهر للمولى البائع، سواء أجاز المشتري النكاح أم لا، وسواء قبض البائع شيئاً من المهر أم لا، فلا يؤثر فيه البيع ولا الطلاق ولا غيرهما من أنواع الفسخ.

وإن كان البيع قبل الدخول فقد تقرر أن للمشتري الخيار، فإن فسخ سقط المهر، لأن الفرقة قبل الدخول إذا كانت من قبل المرأة توجب سقوطه، وهي هنا من

(١) المهذب ٢: ٢١٨.

(٢) في ص: ٩.

المولى، وهو مالك البضع، فيكون ذلك كما لو كان من قبلها، لأنها المالكة في غيره. وإن أجاز النكاح لزم وكان المهر له، لأن الإجازة كالعقد المستأنف، فيطالب بجميع المهر. فإن كان الزوج قد أقبضه للبائع استرده منه ودفعه إلى الثاني. هذا هو الذي أصله ابن إدريس (١)، وارتضاه المصنف وجماعة (٢) المتأخرين. وقال الشيخ في النهاية: "إذا زوج الرجل جاريته من غيره وسمى لها مهرا معيناً، وقدم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً، ثم باع الرجل الجارية، لم يكن له المطالبة بباقي المهر، ولا لمن يشتريها، إلا أن يرضى بالعقد" (٣). وتبعه ابن البراج (٤). واستند في هذا التفصيل إلى رواية ضعيفة (٥) السند لا تصلح لاثبات مثل هذا الحكم الذي لا يوافق الأصول. وللشيخ في المبسوط (٦) تفصيل آخر في المسألة ليس بجيد. وكيف كان فما ذكره المصنف أجود الأقوال في المسألة. نعم، لو قيل - إنه مع عدم الدخول وإجازة العقد يكون المهر للأول، لوجوبه وهي في ملكه، أو نصفه بناء على أن البيع بمنزلة الطلاق، كما ذكر في النصوص، فينتصف المهر بالنسبة إلى البائع - أمكن. وقد تقدم (٧) مثله في الأمة المزوجة إذا

(١) السرائر ٢: ٦٤١ - ٦٤٢.

(٢) راجع القواعد ٢: ٣٠، التنقيح الرائع ٣: ٢٦٢، جامع المقاصد ١٣: ١٤٣ - ١٤٤.

(٣) النهاية: ٤٩٩.

(٤) المهذب ٢: ٢٥٠.

(٥) في هامش "و": "رواها الشيخ في أواخر باب الزيادات من التهذيب، والصدوق في باب أحكام المماليك والإماء من نكاح الفقيه، عن سعدان بن مسلم، عن أبي بصير، عن أحدهما. منه". لاحظ التهذيب ٧: ٤٨٤ ح ١٩٤٥، الفقيه ٣: ٢٨٨ ح ١٣٧٠، وكذا التهذيب ٨: ٢٠٩ ح ٧٤٤، الوسائل ١٤: ٥٩٠ ب (٨٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٦) راجع المبسوط ٤: ١٩٨.

(٧) في ص: ٣٦.

أعتقت قبل الدخول فأجازت، أن المهر للسيد إن أوجبناه بالعقد. ولعل الوجه في العدول عنه: أن المهر لم يجب بالعقد مجاناً، بل في مقابل العوض وهو منافع البضع، وقد خرجت عنه بالبيع قبل التسليم، وتعذر عليه تسليمها للزوج الذي هو باذل المهر في مقابلها، فلا يتصور بقاؤه للأول. والفرق بين البيع والعتق: أن البيع معاوضة تقتضي تمليك المنافع تبعاً للعين، بخلاف العتق، فإنه لا يقتضي تمليكا، وإنما هو فك ملك، فتكون المنافع كالمستثناة للسيد، وفي البيع ينتقل إلى المشتري.

لا يقال: إنه على تقدير البيع بعد التزويج يكون انتقلت المنافع عن ملك البائع، فلم يتضمن البيع إلا العين خاصة بالنسبة إلى هذه المنفعة الخاصة، وهي منفعة البضع، ويبقى غيرها من المنافع تابعة للعين، كما لو باع العين المؤجرة أو المحبسة على القول بالجواز، فلا ينافي البيع كون المهر للبائع في مقابلة ما نقله من المنافع قبله.

لأننا نقول: هذا التوجيه يتم لو قلنا بلزوم عقد النكاح وعدم تسلط المشتري على فسخه كما تقوله العامة (١)، أما على ما يقوله الأصحاب من جعله بيد المشتري، بل إطلاق النصوص (٢) تنزيل البيع منزلة الطلاق من غير تقييد بفسخ المشتري، لا تكون المنافع التي نقلها البائع في مقابلة المهر سالمة للزوج، بل جاء (٣) رفعها من قبل المولى البائع، فكان ذلك كفسخ الزوجة قبل الدخول الموجب لسقوط المهر. ومن ثم قيل بأن إجازة المشتري كالعقد المستأنف.

(١) راجع مختصر المزني: ١٧٧، الحاوي الكبير ٩: ٣٥٦.

(٢) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٥٣ ب " ٤٧ " من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) في " س " و " ش " : جاز.

الثانية: لو زوج عبده بحرة ثم باعه قبل الدخول، قيل: كان للمشتري الفسخ، وعلى المولى نصف المهر. ومن الأصحاب من أنكر الأمرين.

قوله: " لو زوج عبده بحرة... الخ ".
قد تقدم (١) الكلام في هذه المسألة من جهة الفسخ، وأن ابن إدريس المنكر له. وأما المهر فقد عرفت مما سلف أنه يلزم المولى.
ثم إن كان البيع بعد الدخول فقد استقر عليه المهر، فلا إشكال في وجوبه بأجمعه على المولى البائع. وإن كان قبله فقد اختلف الأصحاب فيه، فذهب الشيخ (٢) وجماعة (٣) إلى وجوب نصفه على المولى، كما تقدم في نظيره من أنه فرقة قبل الدخول فأوجب تنصيف المهر كالطلاق. ويزيد هنا رواية علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام في رجل يزوج مملوكا له امرأة حرة على مائة درهم، ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: " يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيده " (٤).
وابن إدريس (٥) أنكر تنصيف المهر كما أنكر الأصل، لما تقدم مرارا من ثبوت المهر بالعقد، وتنصيفه بالطلاق قبل الدخول على خلاف الأصل لا يوجب إلحاق غيره به. وهذه الرواية ضعيفة السند باين أبي حمزة. وقول ابن إدريس وجيه في الموضوعين. والجماعة زعموا أن ضعف الرواية منجبر بالشهرة، فوافقوا الشيخ هنا

(١) في ص: ٥٣ - ٥٤.

(٢) النهاية: ٤٩٩.

(٣) راجع المذهب ٢: ٢٥٠، وجامع الشرائع: ٤٤٦، القواعد ٢: ٣٠.

(٤) الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٥، التهذيب ٨: ٢١٠ ح ٧٤٥ " الوسائل ١٤: ٥٨٥ ب (٧٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٥) السرائر ٢: ٦٤٣ و ٥٩٨.

الثالثة: لو باع أمته وادعى أن حملها منه، وأنكر المشتري، لم يقبل قوله في إفساد البيع، ويقبل في التحاق الولد، لأنه إقرار لا يتضرر به الغير. وفيه تردد.

وإن خالفوه في غيرها، لعدم النص. ويظهر من المصنف التوقف في المسألة، وله وجه " مراعاة لجانب الأصحاب. قوله: " لو باع أمته وادعى... الخ ".

إنما لم يقبل قوله في فساد البيع لأنه قد حكم بصحته ظاهرا، فلا يقدر فيه دعوى البائع ما يوجب فساد، كما في كل موضع يدعي أحدهما الفساد والآخر الصحة، فإن مدعي الصحة مقدم حيث لا بينة. نعم، لو ادعى عليه العلم بذلك حلف على نفيه. هذا كله إذا كان الحمل موجودا حال البيع قطعا، كما لو ولد لأقل من ستة أشهر من حينه، أو ظاهرا كما لو ولد لأقصى الحمل فما دون ولم يدخل بها المشتري، أما مع دخوله وإمكان كونه منه فإن الولد ملحق به. ولا شبهة في أن دعوى البائع هذه لو سمعت لحكم بفساد البيع، لعدم صحة بيع أم الولد في غير ما استثنى، وهذا ليس منه، فلا يقبل في فساد البيع.

ثم إن لم يكن شرط إدخال الحمل في البيع بإقراره بالولد نافذ بغير إشكال، لعموم: " إقرار العقلاء على أنفسهم جايز " (١) ولا معارض فيه لحق أحد. وإن كان الحمل داخلا في البيع إما بالأصل على قول أو بالشرط، ففي قبول دعواه تردد، من انتفاء المانع، حيث إن مجرد إلحاق الولد به لا ضرر فيه على الغير، إذ لا ضرر على المشتري في كون عبده ابنا للبائع، حيث لا يمنع استرقاقه، وهو

(١) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ٢، والمستدرک ١٦: ٣١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ١، وعوالي اللثالي ٣: ٤٤٢ ح ٥. وراجع أيضا المختلف: ٤٤٣، والتذكرة ٢: ٧٩، وإيضاح الفوائد ٢: ٢٨، وجامع المقاصد ٥: ٢٣٣ فهناك بحث في كون هذه الجملة رواية.

وأما الطلاق. فإذا تزوج العبد بإذن مولاه حرة أو أمة لغيره، لم يكن له إجباره على الطلاق ولا منعه. ولو زوجه أمته كان عقدا صحيحا لا إباحة، وكان الطلاق بيد المولى، وله أن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق، مثل أن يقول: " فسخت عقدكما " أو يأمر أحدهما باعتزال صاحبه. وهل يكون هذا اللفظ طلاقا؟ قيل: نعم، حتى لو كرره مرتين وبينهما رجعة حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره. وقيل: يكون فسخا. وهو أشبه.

الفرض. ومن توقع الضرر بنفوذ هذا الاقرار، لامكان أن يموت المقر عن غير وارث ويخلف تركة، فإنه على تقدير ثبوت النسب يشتري من التركة قهرا على سيده ليرث، وذلك ضرر على السيد، فلا يكون الاقرار نافذا. والأقوى نفوذه على المقر خاصة، ولا ينفذ على المشتري مطلقا. وتظهر الفائدة فيما لو انتقل إلى ملك البائع بوجه من الوجوه، فإنه يحكم بعتقه، وبدون ذلك لا ينفذ على المشتري مطلقا. وتظهر الفائدة فيما لو انتقل إلى ملك البائع بوجه من الوجوه، فإنه يحكم بعتقه، وبدون ذلك لا ينفذ في حق المشتري، فلا يشتري في الصورة المفروضة منه قهرا. نعم، لو رضي ببيعه اختيارا جاز أداء الثمن من تركة المقر وعتقه، عملا بعموم قبول مثل هذا الاقرار على المقر. وأما التردد في نفوذ الاقرار فيه - من حيث تبعض القبول في الدعوى الواحدة، فيقبل في بعضها وهو الولد، دون بعض وهو كون أمه أم ولد - فلا يقدر ذلك في القبول، لأن العمل بالأصلين المتنافيين في حقوق الناس واجب، فيعطى كل واحد من الأقسام ما يقتضيه. ومثله في أبواب الفقه كثير. قوله: " فإذا تزوج العبد بإذن... الخ "

إذا تزوج العبد بإذن سيده فلا يخلو: إما أن تكون الزوجة أمة للمولى، أو لا بأن كانت أمة لغيره، أو حرة. فإن كان الأول فأمر النكاح بيد المولى، فله أن يطلق،

ويأمره به، ويفرق بينهما في كل وقت. وهو موضع وفاق. ويدل عليه بخصوصية صحيحة محمد بن مسلم قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إذا كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول: " عبدا مملوكا لا يقدر على شيء " (١) فليس للعبد شيء من الأمر " (٢) وفي صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم قال: (سألت الباقر عليه السلام عن قول الله عز وجل: (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم " (٣) قال: هو أن يأمر الرجل عبده وتحت أمته، فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها حتى تحيض، ثم يمسه " (٤). وغيرها من الأخبار الكثيرة.

وإن كان الثاني فالمشهور بين الأصحاب أن طلاقه بيده، ليس للسيد إجباره، عليه ولا نهيه عنه، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " الطلاق بيد من أخذ بالساق " (٥). وخصوص رواية محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام قال: " طلاق العبد إذا تزوج امرأة حرة أو تزوج وليدة قوم آخرين إلى العبد، وإن تزوج وليدة مولاه كان هو الذي يفرق بينهما إن شاء، وإن شاء نزعها منه بغير طلاق " (٦). ورواية ليث المرادي عن الصادق عليه السلام قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) النحل: ٧٥.

(٢) التهذيب ٧: ٣٤٠ ح ١٣٩٢ " الاستبصار ٣: ٢٠٧ ح ٧٤٩، الوسائل ١٤: ٥٧٥ ب (٦٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٨.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) تفسير العياشي ١: ٢٣٢ ح ٨٠، الكافي ٥: ٤٨١ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ ح ١٤١٧، الوسائل ٤: ١٠٥٠ ب (٤٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٥) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ ح ٢٠٨١، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٦٠.

(٦) الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٢، التهذيب ٧: ٣٣٨ ح ١٣٨٣، الاستبصار ٣: ٢٠٥ ح ٧٤٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: إن كانت أمتك فلا، إن الله تعالى يقول:
" عبدا مملوكا لا يقدر على شيء " وإن كانت أمة قوم آخرين أو حرة جاز
طلاقه " (١).

والأولى أوضح دلالة على المطلوب من الثانية، لتصريحها بأن أمر الطلاق
إلى العبد. وأما الثانية فليس فيها إلا جواز طلاق العبد، وليس فيها دلالة على منع
السيد من الطلاق. لكن لما دلت على جواز وقوعه منه، ولا قائل بالتشريك بينهما في
الطلاق، اقتضى المطلوب.

وذهب جماعة منهم ابن الجنيد (٢) وابن أبي عقيل (٣) إلى نفي ملكية العبد
للطلاق من رأس، لصحيفة بريد بن معاوية وغيره عن أبي جعفر وأبي عبد الله
عليهما السلام أنهما قالوا في العبد المملوك: " ليس له طلاق إلا بإذن مواليه " (٤).
وصحيفة زرارة عنهما عليهما السلام قالوا: " المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا
بإذن سيده. قلت: فإن السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد
(ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء) أفشئ الطلاق؟ " (٥) وصحيفة
عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام قال: " لا طلاق للعبد إلا بإذن

-
- (١) الكافي ٦: ١٦٨ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٤٨ ح ١٤٢٣، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٥، الوسائل ١٤: ٥٧٧
ب (٦٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤.
(٢) حكاها عنهما العلامة في المختلف: ٥٩١.
(٣) حكاها عنهما العلامة في المختلف: ٥٩١.
(٤) التهذيب ٧: ٣٣٨ ح ١٣٨٤، الاستبصار ٣: ٢٠٦ ح ٧٤٢، الوسائل ١٤: ٥٥١ ب (٤٥) من أبواب
. نكاح العبيد والإماء ح ٧.
(٥) الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٣ وفيه: فشيء، التهذيب ٧: ٣٤٧ ح ١٤١٩ وفيه وفي نسخة خطية من
المسالك: الشيء، الاستبصار ٣: ٢١٤ ح ٧٨٠، الوسائل ١٥: ٣٤٣ ب (٤٥) من أبواب مقدمات
الطلاق.

مواليه " (١) وصحيحة شعيب بن يعقوب العرقوفني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سئل - وأنا عنده أسمع - عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق ولا نكاح، وقرأ الآية، ثم قال: لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلا بإذن مولاه " (٢) والنكرة المنفية للعموم.

وأجيب بحملها على ما إذا تزوج بأمة مولاه، جمعا بينها وبين ما تقدم، فإنه خاص وهذه عامة، والخاص مقدم.

وفيه نظر " لأن هذه الأخبار صحيحة وتلك ضعيفة، لأن الأول عامي. ومحمد بن الفضيل في الثاني مشترك بين الثقة وغيره. وفي طريق الثالث ابن فضال. وفيه ما فيه، والمفضل بن صالح، وهو ضعيف بالاتفاق. فكيف يخصص بها عموم تلك الأخبار الكثيرة الصحيحة.

واستدلوا على المذهب الأول برواية علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عن آبائه عن علي عليهم السلام: " أنه أتاه رجل بعبد، فقال: إن عبدي تزوج بغير إذني، فقال علي عليه السلام لسيدة: فرق بينهما. فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق. فقال علي عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق. فقال علي عليه السلام: الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري. قال: ذلك لأنك حيث قلت له: طلق أقررت له بالنكاح " (٣).

ووجه الدلالة: أنه عليه السلام فوض الطلاق إلى مشيئة العبد، وظاهره أنه

(١) التهذيب ٧: ٣٤٧ ح ١٤٢٠، الاستبصار ٣: ٢١٤ ح ٧٨١، الوسائل ١٤: ٥٧٦ ب (٦٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٤٧ ح ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ ح ٧٨٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

(٣) التهذيب ٧: ٣٥٢ ح ١٤٣٣، الوسائل ١٤: ٥٢٦ ب (٢٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

تزوج بأمة غير مولاه. وقد ذكر العلامة في المختلف (١) والشهيد في شرح الارشاد (٢) وجماعة (٣) أن طريق هذا الحديث حسن، فيكون أجود من الأخبار السابقة. وعندي في دلالة وسنده نظر:

أما الأول فلأن السيد أمره بالطلاق فكان ذلك إذنا له فيه. فقول علي عليه السلام له: "الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فأمسك" لا يدل على مطلوبهم، لجواز كون التخيير نشأ من أمر السيد له بالطلاق، فإنه يقتضي الإذن فيه. فإن طلق وقع بالإذن، وإن أمسك لم يجبر عليه، لأن القائل بوقوفه على إذن السيد لا يقول بأن، له إجباره عليه، إذ ليس في الأخبار التي استدل بها ما يدل على جواز إجباره عليه. نعم لأبي الصلاح (٤) قول ثالث في المسألة، وهو أن للسيد أن يجبره عليه، مستدلا بأن طاعته واجبة عليه. وهذا الخبر يصلح حجة عليه، ويمنع من وجوب طاعته مطلقا. وعلى ما قررناه لا يلزم من الخبر كون الطلاق بيد العبد مطلقا. وهو الظاهر.

وأما الثاني فلأن في سند الحديث بنان بن محمد (٥)، وحاله مجهول، ولم ينص الأصحاب فيه بمدح ولا جرح. نعم، ذكروا بيان - بالياء المثناة بعد الباء المفردة - الجزري ومدحوه، ولم يذكروا أباه، فلا يلزم أن يكون هو. وقال الكشي في كتابه (٦): "عبد الله بن محمد بن عيسى الأسدي الملقب ببنان" ولم يضبطه، ولم ينص

(١) المختلف: ٥٦٩.

(٢) غاية المراد: ١٨٥.

(٣) راجع الإيضاح ٣: ١٦٢ وجامع المقاصد ١٣: ١٥٢.

(٤) الكافي في الفقه: ٢٩٧، ولكنه اقتصر على الحكم فقط. نعم. استدل له المقداد في التنقيح ٣: ١٦٤ - ١٦٥.

(٥) رجال الكشي: ٤٣١ - ٤٣٢ ولكن في النسخة المطبوعة مضبوط ب " بنان ". رجال النجاشي:

١١٣ رقم ٢٨٩، رجال ابن داود: ٥٨ رقم ٢٦٧.

(٦) تقدم أنفا تحت رقم ٥.

عليه بشيء، ولا ذكره غيره في القسمين، فوصف الرواية حينئذ بالحسن غير واضح.

إذا تقرر ذلك ففي المسألة مباحث:

الأول: في قول المصنف: " إذا زوج عبده أمته كان عقدا صحيحا لا إباحة " إشارة إلى أن إنكاح السيد عبده أمته ضرب من ضروب النكاح كتزويجه غيرها، يفتقر إلى العقد المشتمل على الإيجاب والقبول، فلا يكفي مجرد الإذن له في نكاح الأمة. وهو أشهر القولين في المسألة. واستدلوا عليه بصحيفة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: " سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها شيئا من قبله أو من قبل مولاه، ولا بد من طعام أو درهم أو نحو ذلك " (١).

وجه الاستدلال به: أنه عليه السلام سماه نكاحا، والنكاح حقيقة في العقد كما مر (٢). وأمر بإعطاء شيء، ولا يجب المهر إلا في العقد دون الإباحة. وحيث دل ذلك على أنه عقد كان الواقع من المولى إيجابا، فيعتبر معه القبول من السيد أو العبد بإذنه ليتم العقد، لأن تسميته نكاحا يستلزم اعتبار القبول.

وفي صحيفة علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: " أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له " (٣). فنفي حل الوطاء بالتحليل من دون التزويج، فانحصر الحل في العقد " لأنه لا واسطة في حل الفرج بين العقد والملك.

(١) الفقيه ٣: ٢٨٤ ح ١٣٥٤ الوسائل ١٤: ٥٤٨ ب (٤٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٢) في ج ٧: ٧.

(٣) التهذيب ٧: ٢٤٣ ح ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ ح ٤٩٥، الوسائل ١٤: ٥٣٦ ب (٣٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

والقول الثاني لابن إدريس (١) أنه إباحة، فلا يفتقر إلى الإيجاب والقبول المعتبرين في النكاح، بل يكفي اللفظ الدال عليها من المولى، لأنه لو كان نكاحاً حقيقياً لم يرتفع إلا بالطلاق، مع أنه يفسخ بمجرد تفريق المولى بينهما.

ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وقد تقدمت (٢). وفيها: " أن يأمر الرجل عبده وتحتة أمته فيقول: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها حتى تحيض، ثم يمسه ". ووجه الاستدلال به من وجهين: أحدهما: عدم توقف رفعه على الطلاق، بل يكفي فيه مجرد الأمر بالاعتزال الراجع للإباحة السابقة.

والثاني: جعل رفع الحل بيد المولى، ولو كان نكاحاً لكان رفعه بيد الزوج، للحديث النبوي السابق (٣).

ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: " في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمة فيريد أن يجمع بينهما أينكحه نكاحاً، أو يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئاً، أو من قبل العبد؟ قال: نعم، ولو مد، وقد رأيت يعطي الدراهم " (٤). والجواب ب " نعم " ظاهر في الاجتزاء بما ذكر دون أن يكون نكاحاً. والمراد بالنكاح المنفي اعتباره ما اشتمل على الإيجاب والقبول، لأن المثبت مشتمل على الإيجاب خاصة. وهذا يؤيد أن المراد بالنكاح في صحيحة محمد

(١) السرائر ٢: ٦٠٠.

(٢) لاحظ ص: ٦٣، هامش (٤ و ٥).

(٣) لاحظ ص: ٦٣، هامش (٤ و ٥).

(٤) الكافي ٥: ٤٨٠، ح ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ ح ١٤١٦ " الوسائل ١٤: ٥٤٨ ب (٤٣) من أبواب نكاح العبد والإماء ح ٣.

بن مسلم السابقة (١) هو هذا الايجاب خاصة، مع أن ظاهرها يدل عليه " وإنما تكلفوا لاعتبار العقد فيها من إطلاق لفظ النكاح. وكلا القولين له وجه وجيه. ولا يخلو كلام ابن إدريس من قوة، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى بمقام الفروج وما ينبغي فيها من مراعاة الاحتياط. واعلم أن القول الأول يقتضي اعتبار الايجاب والقبول، قضية لجعله عقداً. ويظهر من المختلف أنه عقد ومع ذلك لا يفتقر إلى القبول، لأنه بعد رد كلام ابن إدريس واحتجاجه عليه بالأخبار السابقة قال: " يقال: النكاح يفتقر إلى القبول، ولا يفتقر هذا إلى القبول، فلا يكون نكاحاً. لأننا نقول: القبول إنما يشترط في حق من يملك القبول، والعبد لا يملك القبول، لأن للمولى إجباره على النكاح، فله هنا (٢).

ويتحصل من ذلك ثلاثة أقوال في المسألة: اشتراط وقوع النكاح المذكور بالايجاب والقبول، والاكتفاء بالايجاب مع تسميته نكاحاً، وكونه إباحة يكفي فيه كل ما دل على الإذن. والأوسط متجه، لأن اعتبار قبول العبد ساقط، وإيجاب المولى دال على قبوله، والمعتبر من القبول الدلالة على رضاه، وهو متحقق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح.

الثاني: يكفي في فسخ المولى لهذا النكاح كل لفظ دل عليه من الطلاق والفسخ وأمرهما بالتفريق وغير ذلك، كما دلت عليه الأخبار السابقة (٣). وهو ظاهر على القول بكونه إباحة، لأنها ترتفع بكل لفظ دل على الرجوع عنها. وأما على القول بكونه عقداً فلأن مقتضى النصوص كون رفع هذا العقد بيد المولى، فلا بعد

(١) لاحظ ص: ٦٧، هامش (١).

(٢) المختلف: ٥٦٧.

(٣) راجع ص: ٦٣ - ٦٥.

حينئذ في ارتفاعه بغير الطلاق، كما يرتفع النكاح بالفسخ ونحوه في مواضع كثيرة ثم إن رفعه بلفظ الطلاق وجمع شروطه عد طلاقاً في حق الزوجين. هذا إن جعلنا الأصل نكاحاً، وإن جعلناه إباحة فالمتجه أن لا يكون رفعه طلاقاً مطلقاً. وإن لم يجمع شروطه بأن لم يسمعه شاهدان، ولا وقع في طهر آخر لم يواقعها فيه ونحو ذلك، عد فسخاً، بل هو أبلغ من أمره باعتزالها المعدود فسخاً في النصوص الصحيحة، فلا يلحقه أحكام الطلاق. وأولى منه لو أوقعه بصيغة الفسخ أو غيرها، سواء جعلناه نكاحاً أم إباحة. أما إذا قلنا إنه إباحة فظاهر، لأن وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح. وأما على أنه نكاح فلا أنه لم يقع بلفظ الطلاق، والطلاق لا يقع بالكناية. وعلى تقدير وقوعه بلفظ الطلاق الذي لم يستجمع الشرائط لا يعتد به في كونه طلاقاً، لكنه يفيد الفسخ كما ذكرناه، والنكاح لو كان حقيقياً يرتفع بالفسخ في موارد فهنا أولى.

وقيل: يكون جميع ما يفسخ به النكاح طلاقاً، لإفادته فائدته كالخلع، ولأن المولى مخير في كل منهما، وهو يشعر بتأدي المقصود من الطلاق بالفسخ ونحوه. وبهذا يفرق بينه وبين الفسخ بالعيب ونحوه، فإن البدلية عن الطلاق هنا حاصلة دون غيره من ضروب الفسخ.

ويضعف بأنه لا يلزم من زوال قيد النكاح به أن يكون كالطلاق في جميع الأحكام. ويتفرع على القولين اعتبار شرط الطلاق فيه، وعده في (١) الطلقات وفي المسألة قول آخر، وهو أنه إن وقع بلفظ الطلاق كان طلاقاً مطلقاً، فإن اتفق خلل في بعض شروطه وقع باطلاً لا فسخاً، وإن جمع الشروط كان طلاقاً حقيقياً. وإن وقع الفسخ بغير لفظ الطلاق لم يكن طلاقاً. والأول أظهر.

(١) في " و " : من.

الثالث: لو لم يباشر المولى الطلاق ولكن أمر به العبد فهل يكون مجرد الأمر فسخا للنكاح أم لا؟ فيه وجهان، من دلالة عليه كما دل عليه ما هو أضعف منه كالأمر بالاعتزال ونحوه ومن أن المفهوم إرادة إيجاده من العبد فلا يحصل قبله. وأن الأمر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية إلى حين إيقاعه، فلو دل على الفسخ قبلها لتنافي مدلول اللفظ. ولأنه لو دل على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه. ووجه الملازمة أن الفسخ لو وقع لامتنع الطلاق، مع أنه مأمور به، فلا يكون ممتنعا. وجوابه: أن دلالة على إرادة إيجاد الطلاق مطابقة، فلا ينافي دلالة بالالتزام على كونه فسخا، وهو المدعى. ويمنع كون الأمر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية إلى حينه، وإنما يستدعيه الطلاق الصحيح، والقائل بكون الأمر فسخا لا يجعل الطلاق الواقع بعده صحيحا. وهو جواب الثالث، فإن الأمر إذا دل على الفسخ لا ينافيه امتناع فعل مقتضاه من حيث انفساخ النكاح به، فلا يتوقف على فسخ آخر. ثم على تقدير إفادته الفسخ هل يكون طلاقا أم فسخا؟ يبنى على كون الفسخ والأمر بالاعتزال طلاقا أم لا؟ فإن قلنا به فهنا أولى، لأنه أقوى دلالة عليه من ذلك. والأقوى عدمه، بل غايته أن يكون فسخا. نعم، لو لم نجعله فسخا وامثل العبد الأمر فطلق كان طلاقا على الأقوى، لوقوع صيغته من أهلها باعتبار الأمر، فوجد المقتضي له وانتفى المانع. ووجه العدم ظاهر الحصر المستفاد من صحيحة (١) محمد بن مسلم في أمر السيد بالاعتزال. ويضعف بالاجماع على عدم الانحصار، فوقوعه على تقدير القول بعدم كون الأمر فسخا قويا.

(١) لاحظ ص: ٦٣، هامش (٤).

ولو طلقها الزوج ثم باعها المالك أتمت العدة. وهل يجب أن يستبرئها المشتري بزيادة عن العدة؟ قيل: نعم، لأنهما حكمان، وتداخلهما على خلاف الأصل. وقيل: ليس عليه استبراء، لأنها مستبرأة. وهو أصح.

قوله: " ولو طلقها الزوج..... الخ "

القول بعدم التداخل للشيخ (١) وأتباعه (٢) وابن إدريس (٣)، استنادا إلى ما أشار إليه المصنف من أن العدة والاستبراء حكمان مختلفان، ولكل منهما سبب يقتضيه، وتعدد الأسباب يقتضي تعدد المسبب إلا بدليل يوجب التداخل.

والأقوى ما اختاره المصنف من التداخل، لوجود الدليل المقتضي له، وهو أن الغرض من الاستبراء إنما هو العلم ببراءة الرحم كيف اتفق " ولهذا اكتفي باستبراء البائع، ويسقط لو كانت امرأة أو حائضا، والعدة أدل على ذلك. ولأنها بقضاء العدة مستبرأة، فلا يجب عليها استبراء آخر. ولأن وجوب الاستبراء بالبيع إنما هو من احتمال وطء البائع لفرض (٤) وطء المشتري، وكلاهما ممتنع في صورة النزاع.

والمصنف فرض البيع بعد الطلاق، والظاهر عدم الفرق بينه وبين العكس، حيث يقع الطلاق قبل الفسخ. ولو أتى بالواو عوض (ثم) كان أنسب، حتى يفيد مطلق الجمع دون الترتيب.

(١) المبسوط ٥: ٢٦٩ - ٢٧٠.

(٢) كما في المهذب ٢: ٣٣٣.

(٣) السرائر ٢: ٦٣٦.

(٤) في إحدى الحجريتين: لغرض، ويحتمل قراءتها كذلك في بعض النسخ الخطية.

وأما الملك فنوعان:

الأول: ملك الرقبة.

يجوز أن يطاء الانسان بملك الرقبة ما زاد عن أربع من غير حصر.
وأن يجمع في الملك بين المرأة وأمها، لكن متى وطئ واحدة حرمت
عليه الأخرى عينا. وأن يجمع بينها وبين أختها بالملك. ولو وطئ واحدة
حرمت الأخرى جمعا، فلو أخرج الأولى عن ملكه حلت له الثانية.

قوله: " وأما الملك فنوعان... الخ "

قد تقدم (١) أن نكاح الإماء يستباح بأمرين العقد والملك، وقد ذكر حكم
العقد، وهذا الباب لبيان أحكام الوطاء بالملك، ولما كان منقسما إلى ملك العين
وملك المنفعة بين أحكامه في موضعين، وابتدأ بملك الرقبة، لأنه الأصل.
واعلم أن النص (٢) والاجماع متطابقان على جواز النكاح بملك اليمين، وعلى
عدم انحصاره في عدد، بخلاف نكاحهن بالعقد. ولعل الوجه فيه خفة حقوق
المملوكة، وكون استحقاق منافع البضع بالمالية، فيكون كالتصرف في مطلق الأموال،
فلا يتطرق إليه ما يتطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الحيف والميل.
قوله: " وأن يجمع في الملك بين المرأة وأمها... الخ).

لما كان الأغلب في ملك اليمين مراعاة جانب المالية، وكان الوطاء تابعا له،
جاز الجمع بالملك بين من يحرم الجمع بينهما بالعقد، كالأم وابنتها والأختين، لكن لا
يجوز الجمع بينهما في الوطاء، لتحقق المنافاة. فإن وطئ واحدة من الأم والبنت
حرمت عليه الأخرى قطعا، لأن (٣) الأم والبنت أيهما وطئ حرمت عليه الأخرى

(١) في ص: ٥.

(٢) النساء: ٢٤. ولاحظ الوسائل ١٤: ٤٤٧، من أبواب المتعة ح ٦، ٨، ١١، ١٢، ١٣.

(٣) لم ترد العبارة: " لأن الأم - إلى - الأخرى " في " م " وإحدى الحجريتين، ولعل الصحيح فيها أيضا:
أيتهما.

ويجوز أن يملك موطوءة الأب، كما يجوز للوالد أن يملك موطوءة ابنه. ويحرم على كل واحد منهما وطء من وطئها الآخر عينا. ويحرم على المالك وطء مملوكته إذا زوجها حتى تحصل الفرقة وتنقضي عدتها إن كانت ذات عدة. وليس للمولى فسخ العقد إلا أن يبيعها، فيكون للمشتري الخيار. وكذا لا يجوز النظر منها إلى ما لا يجوز لغير المالك.

تحريما مؤبدا، بأي نوع كان من أنواع الوطاء. وأما الأختان فإن وطء إحداهما يوجب تحريم الأخرى جمعا لا عينا، بمعنى أنه ما دامت الموطوءة في ملكه يحرم عليه وطء الأخرى، فإذا أخرجها حلت الأخرى. وقد سبق (١) الكلام في ذلك. قوله: " ويجوز أن يملك... الخ "

قد عرفت أن ملك اليمين يغلب فيه جانب المالية، فكما لا يمتنع أن ينتقل إلى كل من الأب والابن مال الآخر، كذا لا يمتنع أن ينتقل إليه مملوكته وإن كان موطوءة، لأن تحريم الوطاء لا يقدر في صحة التملك، كما لو ملك بعض من يحرم عليه بالنسب. وأما تحريم موطوءة كل واحد على الآخر فلعوموم: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) (٢) (وحلائل أبنائكم) (٣). قوله: " ويحرم على المالك وطء... الخ "

إذا زوج الرجل أمة لعبده أو غيره صارت من مولاها بمنزلة الأجنبية، لا يحل له منها إلا ما يحل له من أمة غيره، كنظر الوجه والكفين بغير شهوة،

(١) في ج ٧: ٣١٦.

(٢) النساء: ٢٢ - ٢٣.

(٣) النساء: ٢٢ - ٢٣.

ولا يجوز له وطء أمة مشتركة بينه وبين غيره بالملك.
ولا يجوز
للمشترى وطء الأمة إلا بعد استبرائها.

ويحرم عليه جميع وجوه الاستمتاع ونظر ما يحل منها بشهوة. والنصوص (١) به كثيرة. والوجه في ذلك - مع النص - أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للزوج فتحرم على غيره، لامتناع حل الاستمتاع بالمرأة لأزيد من واحد شرعا. وفي معناها المحللة للغير بالنسبة إلى المالك مع كون التحليل متناولا للوطء. وغاية التحريم خروجها من النكاح بطلاق، أو موت، أو فسخ، أو انقضاء مدته إن كان موقتا بمدة، وانقضاء عدتها، سواء كانت بائنة أم رجعية.

قوله: " ولا يجوز له وطء - إلى قوله - بالملك ".
لا شبهة في تحريم وطئها بالملك، لأنه ليس تاما. ويمكن شمول الملك لملك المنفعة ليشمل ما إذا حللها له الشريك، فإنها لا تحل أيضا، لأن سبب الحل لا يتبعض. وقد تقدم (٢) البحث في ذلك.
قوله: " ولا يجوز للمشترى.... الخ ".
هذا إذا كانت في سن الحيض كما سيأتي (٣). ويستفاد من تخصيصه تحريم الوطاء جواز غيره من الاستمتاع. وهو كذلك على الأقوى.

(١) لاحظ الوسائل ١٤ : ٥٤٨ ب " ٤٤ " من أبواب نكاح العبيد والإماء.
(٢) في ص: ٢٩.
(٣) في ص: ٧٨.

ولو كان لها زوج فأجاز نكاحه لم يكن له بعد ذلك فسخ. وكذا لو علم فلم يعترض، إلا أن تفارق الزوج، وتعتد منه إن كانت من ذوات العدد. ولو لم يحز نكاحه لم يكن عليها عدة، وكفاه الاستبراء في جواز الوطاء.

قوله: " ولو كان لها زوج... الخ "

لا إشكال في لزوم العقد إذا أجازته المشتري، لأن المانع من لزومه كان هو الخيار، وقد زال بإجازته. وكذا لو علم فلم يعترض له، لما تقدم من أن الخيار على الفور، فإذا أجزأه عالماً بطل خياره. وكذا القول في ملك الزوج، سواء كان هو البائع أم غيره.

وحيث يفسخ المشتري العقد لا تحل له حتى تنقضي عدتها من الفسخ كالطلاق بمضي قرأين أو شهر ونصف إن لم تحض ومثلها تحيض. وفي أخبار (١) كثيرة إطلاق الطلاق على هذا البيع، لكونه سبباً في التسلط على الفسخ، فإذا حصل الفسخ كان طلاقاً بطريق أولى.

وقيل: يكفي استبرائها بحيضة أو خمسة وأربعين يوماً، لإطلاق النصوص (٢) باستبراء الأمة للمشتري إذا اشتراها، وهو متحقق هنا. وهو الذي اختاره العلامة (٣)، ولم ينقل غيره. والأقوى الأول، وهو الذي اختاره المصنف، ولم ينقل غيره.

(١) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٥٣ ب " ٤٧ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١، ٢، ٣، ٤.

(٢) لاحظ الوسائل ١٣: ٣٦ ب " ١٠ " من أبواب بيع الحيوان.

(٣) انظر التحرير ٢: ٢٥، القواعد ٢: ٣٠ - ٣١، الارشاد ٢: ١٣.

ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب، وكذا بناتهم، وما يسيبه أهل الضلال منهم.

قوله: " ويجوز ابتياع ذوات.... الخ "

لا خلاف في جواز شراء النساء ذوات الأزواج من أهل الحرب ولو من الزوج، لورود الأخبار (١) به، ولأنهم فئ للمسلم في الحقيقة لا يتوقف أخذهم على الشراء، وإنما جعل الشراء وسيلة إليه لا شرطاً في الجواز. وكذا شراء بناتهم وأبنائهم ولو من الآباء. ويترتب على هذا الملك أحكامه التي من جملتها حل الوطاء، وهو المقصود في الباب. وإطلاق البيع على ذلك بطريق المجاز باعتبار صورته، وإلا فهو بالاستنقاذ أشبه منه بالبيع. والأقوى أنه لا يترتب عليه أحكامه من طرف المشتري، حتى لو كان المبيع قريبه الذي ينعقد عليه عتق بمجرد البيع وتسليطه عليه، لإفادة اليد الملك المقتضي للعتق.

وكذا يجوز شراء ما يسيبه أهل الضلال من أهل الحرب وإن كان جميعه أو بعضه للإمام، للإذن في ذلك من قبلهم في أخبار كثيرة (٢). وروى إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد إذا حاربوا، ومن حارب من المشركين، هل يحل نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم (٣). "

(١) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٨٠ ب " ٦٩ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ و ١١: ٩٩ ب " ٥٠ " من أبواب جهاد العدو، و ٦: ٣٧٨ ب " ٤ " من أبواب الأنفال.

(٢) تقدم آنفاً تحت رقم ١.

(٣) التهذيب ٨: ٢٠٠ ح ٧٠٣، الوسائل ١١: ٩٩ ب " ٥٠ " من أبواب جهاد العدو وما يناسبه ح ١.

تتمة تشتمل على مسألتين:
الأولى: كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى يستبرئها بحيضة.
فإن تأخرت الحيضة وكان في سنها من تحيض اعتدت بخمسة وأربعين يوما. ويسقط ذلك إذا ملكها حائضا إلا مدة حيضها. وكذا إن كانت لعدل وأخبر باستبرائها. وكذا إن كانت لامرأة أو يائسة، أو حاملا، على كراهية.

قوله: " كل من ملك أمة... الخ "

المشهور بين الأصحاب أن كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك، من بيع أو هبة أو إرث أو صلح أو قرض أو استرقاق أو غير ذلك، لم يجز له وطؤها قبل الاستبراء. ورواياتهم (١) به كثيرة، لكنها وردت في البيع والشراء والاسترقاق، وعدوها إلى غيرها من المملكات، لاشتراكها في المقتضي له، وهو العلم ببراءة رحمها من ماء الغير، والاحتفاظ على الأنساب من الاختلاط.
وقصر ابن إدريس (٢) ذلك على مورد النص، مطالبا بدليل التعدي " مستدلا على نفيه في غيره بالأصل وعموم: (أو ما ملكت أيمانه). (٣). والمذهب اعتباره مطلقا. وقد وافق ابن إدريس الأصحاب في موضع آخر من كتابه (٤)، فصار إجماعا إن كان قد تحقق الخلاف.
ثم الأمة إن كانت ممن تحيض فاستبرأؤها بحيضة، وعليه عمل الأصحاب.

- (١) لاحظ الوسائل ١٣: ٣٦ ب " ١٠ " من أبواب بيع الحيوان، و ج ١٤: ٥١٥ ب " ١٧ " من أبواب نكاح العبيد والإماء.
(٢) السرائر ٢: ٣٤٦.
(٣) المؤمنون: ٦.
(٤) السرائر ٢: ٦٣٤.

وفي رواية (١) سعد الأشعري عن الرضا عليه السلام: أن البائع يستبرئها قبل بيعها بحيضتين. وحملت على الاستحباب.

وإن كانت في سن من تحيض ولم تحض فاستبرأؤها بخمسة وأربعين يوماً، لرواية منصور بن حازم: " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عدة الأمة التي لم تبلغ المحيض وهو يخاف عليها، فقال: خمسة وأربعون ليلة " (٢). ومثله روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) عنه عليه السلام. وقال المفيد (٤): تستبرأ بثلاثة أشهر. وهو متروك.

ويعتبر في الحيضة حيث يعلق عليها الحكم أن تكون معلومة، فلا يكفي أيام التحيض للمتغيرة بالروايات ونحوها، كما لو نسيت العدد والوقت معاً، أو علمت العدد خاصة، لأن المطلوب من الاستبراء العلم ببراءة الرحم، وإنما يظهر ذلك مع تعيين (٥) الحيض لا بما حكم به للضرورة لبعض الأحكام حذراً من الحرج بالاحتياط في جميع الأزمان.

وهل يعتبر. فيمن هي كذلك مضي شهر، لأنه بدل الحيضة فيمن ليست مستقيمة الحيض، أو خمسة وأربعين يوماً، إلحاقاً لها بمن لا حيض لها، أو مضي زمان يقطع بحصول الحيض فيه، كما لو أضلت عاداتها في شهر فتتربص شهراً، أو في أكثر فتتربص بقدره؟ أوجه أجودها الأخير إن اتفق القطع وإلا فالثاني.

-
- (١) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٤، الاستبصار ٣: ٣٥٩ ح ١٢٨٧ الوسائل ١٤: ٥٠٨ ب " ١٠ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- (٢) التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٥٩٩ و ٦٠٠، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٢ و ١٢٨٣ الوسائل ١٤: ٤٩٩ ب " ٣ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ و ٦.
- (٣) التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٥٩٩ و ٦٠٠، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٢ و ١٢٨٣ الوسائل ١٤: ٤٩٩ ب " ٣ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ و ٦.
- (٤) المقنعة: ٦٠٠.
- (٥) في الحجريتين: يقين.

إذا تقرر ذلك فقد استثنى المصنف ممن لا استبراء عليها مواضع:
الأول: أن تكون عند انتقال ملكها إليه حائضاً، فيكتفي بإكمال حيضها،
لحصول الغرض بذلك، وهو العلم ببراءة الرحم من الحمل عادة. ومثل هذا لا يعد
استبراء (لا عرفاً ولا) (١) شرعاً، وإنما المانع الحيض كغيرها. ولصحيحة الحلبي عن
الصادق عليه السلام: " قال: سألته عن رجل اشترى جارية وهي حائض، قال: إذا
طهرت فليمسها إن شاء " (٢). ومثلها مقطوعة سماعة (٣)، بل هي أوضح دلالة
وقال ابن إدريس (٤): لا بد من استبرائها بعد هذه الحيضة بقرأين، لعموم (٥)
الأمر بالاستبراء.

وجوابه: القول بموجبه، فإن الاستبراء قد حصل بذلك كما دلت عليه الرواية.
وحكمه فيها بالقرأين لا وجه له، لتصريح الروايات (٦) بالاكْتفاء بالحيضة. وقد
تقدم (٧) رواية بالحيضتين، وحملت على الاستحباب جمعاً.
الثاني: أن تكون لعدل وأخبر باستبرائها، لصحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه
السلام: " في الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول: إني لم أطأها،

-
- (١) من الحجريتين وفي " ش " عرفاً شرعاً، ولم ترد " عرفاً " في سائر النسخ.
(٢) الكافي ٥: ٤٧٣ ح ٦، التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٥، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٧٨ " الوسائل الباب
المتقدم ح ١.
(٣) الكافي ٥: ٤٧٣ ح ٨، التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٦٠٦، الاستبصار ٣: ٣٥٩ ح ١٢٨٦، الوسائل ١٤: ٥٠٨
ب " ١٠ " من أبواب نكاح العيب والإماء ح ٢.
(٤) السرائر ٢: ٦٣٥.
(٥) لاحظ الوسائل، ١٤: ٥١٦ ب " ١٨ " من أبواب نكاح العيب والإماء ح ٥.
(٦) لاحظ الوسائل ١٣: ٣٦ ب " ١٠ " و " ١١ " ح ٥ " من أبواب بيع الحيوان.
(٧) لاحظ ص: ٧٩. هامش (١).

فقال عليه السلام: إن وثق به فلا بأس بأن يأتيها " (١). وصحيحة ابن سنان عنه عليه السلام وفيها: (قلت: أفرأيت إن ابتاعها وهي طاهر، زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت، فقال: إن كان عندك أمينا فمسها " (٢). وصحيحة أبي بصير عنه عليه السلام مثلها، وجوابه عليه السلام: " إن أمنتها فمسها " (٣). وقد اشتركت الأخبار في الوثوق به وفي استيمانه ولم يذكر العدالة، ولكن المصنف وجماعة (٤) حملوه على العدل، لأنه لا وثوق بالفاسق. وفيه نظر، لجواز الوثوق واستيمان من ليس بعدل، إذ من شروط العدالة ما لا يخل فواته بالثقة والاستيمان. ولا يلزم من عدم الوثوق بخبر الفاسق اشتراط العدالة، لأن بينهما واسطة. وقد تقدم (٥) تعبير المصنف بالثقة موافقا للرواية في بيع الحيوان، وهو أنسب.

وخالف ابن إدريس (٦) هنا أيضا، وأوجب الاستبراء، لعموم (٧) الأمر به، وخصوص رواية عبد الله بن سنان قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشتري الجارية من الرجل المأمون فيخبرني أنه لم يمسه منذ طمشت عنده وطهرت، قال ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضة، ولكن يجوز لك ما دون الفرج، إن

-
- (١) الكافي ٥: ٤٧٢ ح ٤، التهذيب ٨: ١٧٣ ح ٦٠٣، الاستبصار ٣: ٣٥٩ ح ١٢٨٩، الوسائل ١٤: ٥٠٣ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٢) الكافي ٥: ٤٧٣ ح ٧، التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
(٣) التهذيب ٨: ١٧٣ ح ٦٠٤، الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٢٩٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.
(٤) راجع المقنعة: ٦٠٠ - ٦٠١، النهاية: ٤١٠، القواعد ٢: ٣١.
(٥) في ج ٣: ٣٨٦.
(٦) السرائر ٢: ٦٣٤.
(٧) لاحظ الوسائل ١٤: ٥١٦ ب " ١٨ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥.

الذين يشتررون الإمام ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم " (١) وجوابه: أن عموم الأوامر (٢) قد خص بما ذكر من الروايات (٣). والرواية الأخيرة - مع ضعف سندها بعبد الله بن القاسم - يمكن حملها على الكراهة جمعا. مع أن عبد الله بن سنان روى الجواز أيضا، وفي آخرها ما يؤذن بالكراهة، لأنه قال: " إن ذا الأمر شديد، فإن كنت لا بد فاعلا فتحفظ لا تنزل عليها " (٤). واعلم أن في صحة الروايتين الأخيرتين من روايات الجواز عندي نظر، لأن ابن سنان مطلق مشترك بين عبد الله ومحمد، والأول ثقة دون الثاني. وأبو بصير تقدم (٥) عن قريب أنه مشترك أيضا. والطريق بسواهما صحيح، فمن شهد بصحةهما يطالب بالتعيين.

الثالث: أن تكون منتقلة عن امرأة، فلا يجب استبرؤها، لرواية ابن أبي عمير، عن حفص، عن أبي عبد الله عليه السلام في الأمة تكون للمرأة فتبيعها، قال: " لا بأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها " (٦). ورواية زرارة قال: " اشترت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني أنه لم يطأها أحد، فوقع عليها ولم أستبرئها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: هو ذا أنا قد فعلت ذلك وما أريد أن

-
- (١) الفقيه ٣: ٢٨٢ ح ١٣٤٦، علل الشرائع: ٥٠٣ ح ١، التهذيب ٨: ٢١٢ ح ٧٥٩، الوسائل ١٣: ٣٩ ب " ١١ " من أبواب بيع الحيوان ح ٥.
(٢) في " و " : الأمر.
(٣) لاحظها في الصفحة الآتية.
(٤) الكافي ٥: ٤٧٣ ح ٧، التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٥، الوسائل ١٤: ٥٠٣ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.
(٥) في ص: ٥٠.
(٦) التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٦٠٨، الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٢٩٣، وأشار إليه في الوسائل ١٤: ٥٠٤ ب (٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ذيل ح ١.

أعود " (١). ورواية الحسن بن محبوب عن رفاة قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمة تكون لامرأة فتبيعها فقال: لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرئها " (٢). والرواية الأخيرة أوضح سندا من الأوليين، وهي من الحسن أو الصحيح. وكيف كان فالعمل بمضمونها أظهر. وخالف ابن إدريس (٣) هنا أيضا. ودليله وجوابه كما مر (٤).

الرابع: أن تكون الأمة يائسة من المحيض، لانتفاء المقتضي له. وفي رواية منصور بن حازم قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية التي لا يخاف عليها الحمل، قال: ليس عليها عدة " (٥). ومثلها رواية (٦) عبد الرحمن بن أبي عبد الله عنه عليه السلام. وفي رواية ابن سنان السابقة (٧) قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية لم تحض، قال: يعتزلها شهرا إن كانت قد يئست ". ويمكن حملها على الاستحباب.

وفي معناها الصغيرة التي لم تبلغ المحيض، ولم يذكرها معها، وذكرها في باب البيع (٨). ويمكن أن يكون وجه تركها أن المراد منها عند الاطلاق من سننها دون تسع سنين، ومتى كانت كذلك فوطؤها حرام مطلقا، وغيره لا يحرم في زمن الاستبراء.

(١) التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٦٠٩، الاستبصار ٣: ٣٦١ ح ١٢٩٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

(٢) التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٦٠٧، الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٢٩٢، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

(٣) السرائر ٢: ٦٣٤.

(٤) في ص: ٨١ - ٨٢.

(٥) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٦، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٧٩، الوسائل ١٤: ٤٩٨ ب (٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٦) التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٥٩٨، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٨١، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

(٧) تقدم ذكر مصادرها في الصفحة السابقة.

(٨) في ج ٣: ٣٨٧.

لكنها مذكورة في روايات كثيرة، وفيها تصريح بجواز وطئها حينئذ بغير استبراء، فمنها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل ابتاع جارية ولم تطمئ، قال: " إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عدة، وليطأها إن شاء، وإن كانت قد بلغت ولم تطمئ فإن عليها العدة " (١). ولا يمكن تنزيلها على من تجاوز سنها التسع ولم تحض، بناء على الغالب من عدم حيضهن بعد التسع أيضا، ليجمع بين جواز وطئها وعدم بلوغها الحيض. لأن هذا الحمل ينافي قوله: " وإن كانت قد بلغت ولم تطمئ فإن عليها العدة) لأن بلوغها عند الأصحاب يحصل بالتسع.

وفي صحيحة عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الجارية التي لم تطمئ ولم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل، قال: " ليس عليها عدة يقع عليها " (٢). وقريب منها صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عنه عليه السلام قال: " إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عدة عليها " (٣). وفي هذه الروايات المعتبرة دلالة على أن الأمة التي بلغت التسع ولم تحض لا استبراء عليها، وليس فيها ما ينافي ذلك، بخلاف رواية الحلبي. وهي أيضا موافقة لحكمة الاستبراء، لأن بنت العشر سنين وما قاربها لا تحبل عادة، فلا مقتضى لاستبرائها كالأيسة. ولو حرمتنا في زمن الاستبراء مطلق الاستمتاع ظهرت الفائدة في الصغيرة في غير الوطاء من ضروره.

الخامس: أن تنتقل إليه وهي حامل فيسقط استبرؤها. ومفهوم كلامه هنا

-
- (١) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٥، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٧٨، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
(٢) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٧ و ٥٩٨، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٨٠ و ١٢٨١، الوسائل الباب المتقدم ح ٣ و ٤.
(٣) تقدم آنفا تحت رقم ٢.

جواز وطئها حينئذ مطلقا على كراهية، وهو الذي اختاره الشيخ في الخلاف (١) وكتابي الأخبار (٢)، مدعيا عليه الاجماع، مع أنه اختار في النهاية (٣) التحريم قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام.

وهذا هو الذي تقتضيه الأخبار المعتبرة الاسناد، ففي صحيحة رفاة بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن الأمة الحبلى يشترىها الرجل، قال: سئل أبي عن ذلك فقال: أحلتها آية وحرمتها أخرى، وأنا ناه عنها نفسي وولدي. فقال الرجل: فأنا أرجو أن أنتهي إذا نهيت نفسك وولدك " (٤). وهذا ظاهر في الكراهة. ووردت أخبار تتضمن النهي عنه. لكن في طريقها محمد بن قيس (٥)، وهو مشترك بين الثقة وغيره، وفي طريق آخر إسحاق بن عمار (٦)، وحاله معلوم. ويمكن حمل النهي فيها على الكراهة جمعا.

وقد اختار المصنف في باب البيع (٧) التحريم قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام، كمذهب الشيخ في النهاية (٨). ويدل عليه رواية رفاة أيضا الصحيحة أو

-
- (١) الخلاف ٢: (طبعة كوشانيور): ٣١٦ مسألة (٤٦).
(٢) التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٦، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ب " ٢١٣ ". ولكن ظاهرهما عدم جواز الوطاء في الفرج وجوازه فيما دون ذلك.
(٣) النهاية: ٤٩٦.
(٤) الكافي ٥: ٤٧٤ ح ١، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٦، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٢٩٨، الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.
(٥) الكافي ٥: ٤٧٥ ح ٣، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٧، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٢٩٩، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
(٦) التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٩، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٣٠١، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.
(٧) في ج ٣: ٣٨٧.
(٨) النهاية: ٤٩٦.

الثانية: إذا ملك أمة فأعتقها كان له العقد عليها ووطؤها من غير استبراء. والاستبراء أفضل.

الحسنة عن أبي الحسن موسى عليه السلام: " قلت: أشتري الجارية - إلى أن قال - قلت: فإن كانت حاملا فمالي منها إن أردت؟ فقال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج " (١). وظاهر الرواية تحريم الوطء في المدة المذكورة، لكنه بالمفهوم لا بالمنطوق. وبالجملة فالتفصيل لا بأس به. ويعضد هذا المفهوم ما ورد (٢) من النهي عن وطئها مطلقا، فيكون شاهدا على التحريم وعاضدا وإن ضعف طريقه، ويخص التحريم بما دون الأربعة أشهر وعشرة، لتصريح هذا الخبر بجوازه، فيحمل النهي عما زاد على الكراهة جمعا. ويكفي في إثبات الكراهة مثل ذلك وإن ضعف طريقه، بخلاف التحريم.

وأما القول بالتحريم مطلقا عملا بتلك الأخبار - كما اختاره جماعة (٣) - وحمل ما دل على الجواز على كون الحمل من زنا، فبعيد جدا، لضعف مأخذه.

وفي المسألة أقوال أخرى، وقد مضى جملة من مباحثها في بيع الحيوان (٤). قوله: " إذا ملك أمة فأعتقها... الخ "

هذا أيضا من المواضع التي يسقط فيها استبراء الأمة. ومستنده صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم

(١) التهذيب ٧: ٤٦٨ ح ١٨٧٨ و ٨: ١٧٧ ح ٦٢٢، الاستبصار ٣: ٣٦٤ ح ١٣٠٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

(٢) راجع الوسائل الباب المتقدم ح ٥، ٦، ٨.

(٣) راجع المختلف: ٥٧٢، المهذب البارع ٢: ٤٥٢، جامع المقاصد ٤: ١٥٤ - ١٥٦.

(٤) في ج ٣: ٣٨٧ - ٣٨٨.

يتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: " يستبرئ بحيضة. قلت: فإن وقع عليها؟ قال: لا بأس " (١). ومثله رواية عبيد بن زرارة (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام، ورواية أبي العباس (٣) عنه عليه السلام. وهي كما تدل على جواز الوطء بغير استبراء تدل على أن الاستبراء أفضل. وظاهر الأصحاب الاتفاق عليه. ويدل عليه أيضا أن الاستبراء إنما ثبت وجوبه في المملوكة، وقد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة. والاستبراء وإن ثبت بالشراء قبل العتق لكنه سقط بعتقها، لصيرورتها أجنبية بالنسبة إليه وإلى غيره، فإذا أراد إنشاء النكاح كانت كغيرها من الأجنبيات.

نعم، قيده بعض الأصحاب (٤) بأن لا يعلم لها وطء محترم، وإلا وجب الاستبراء بحيضة. ولا بأس به، لوجود المقتضي له حينئذ، بخلاف ما لو جهل الحال، فإن الأصل عدم الوطء إلا ما دل الدليل على وجوب الاستبراء فيه ولو مع الجهل، وذلك في المملوكة، فيبقى غيرها على الأصل.

وألحق بعضهم (٥) بالعتق تزويج المولى للأمة المبتاعة، فإنه لا يجب على الزوج استبرائها ما لم يعلم سبق وطء محترم في ذلك الطهر، وذلك لأن الاستبراء تابع لانتقال الملك، وهو منتف هنا. وعلى هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيلة إلى سقوط الاستبراء عن المولى أيضا، بأن يزوجه من غيره، ثم يطلقها الزوج قبل الدخول، فيسقط الاستبراء بالتزويج، والعدة بالطلاق قبل المسيس، وإن وجد ما يظن كونه علة للاستبراء، وهو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق، فإن العلة مستنبطة لا منصوصة. ومثله الحيلة على إسقاطه ببيعها من امرأة ونحو ذلك.

-
- (١) التهذيب ٨: ١٧٥ ح ٦١٢ و ٦١٣ و ٦١٤، الاستبصار ٣: ٣٦١ ح ١٢٩٥ و ١٢٩٦ و ١٢٩٧، الوسائل ١٤: ٥١٤ ب (١٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ و ٢ و ٣.
(٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.
(٣) تقدم أنفا تحت رقم ١.
(٤) كما في القواعد ٢: ٣١، جامع المقاصد ١٣: ١٧٣.
(٥) راجع جامع المقاصد ١٣: ١٧٥ - ١٧٦.

ولو كان وطئها وأعتقها لم يكن لغيره العقد عليها إلا بعد العدة، وهي ثلاثة أشهر إن لم تسبق الأطهار.

قوله: " ولو كان وطئها وأعتقها... الخ ".
ما تقدم حكم الأمة المعتقة بالنسبة إلى المولى المعتق، وهذا حكمه (١) بالنسبة إلى غيره.

وحاصل الحكم: أن المولى إذا أعتق أمته فلا يخلو: إما أن يكون بعد وطئها أو قبله. فإن كان قبل الوطء جاز لغيره تزويجها بغير عدة ولا استبراء، وإن أمكن أن تكون موطوءة في ذلك الطهر لغير المعتق، بأن يكون المعتق اشتراها ثم أعتقها قبل أن تحيض عنده.

ووجه جواز تزويجها حينئذ لغيره بغير استبراء ما تقدم من جواز تزويج مولاهما بها من غير استبراء، من حيث إنه مختص بالمالك وتابع لنقل الملك، وهو هنا منتف، لأنها حرة. بل تقدم جواز تزويجها للغير قبل العتق، فبعده أولى. وهذا الحكم يستفاد من مفهوم العبارة لا من منطوقها، لأنه جعل مورد المنع من تزويج الغير بها كونها موطوءة للمولى قبل العتق، ومفهومه أنه لو لم يطأها حل تزويجها لغيره من غير استبراء. ويؤيده ما ذكر في الحكم السابق.

وإن كان عتقها بعد وطئ المولى لم يجز لغيره تزويجها في ذلك الطهر قطعاً، لأنه وطئ محترم فلا بد من مراعاة التخلص من حرمة حذرا من اختلاط الأنساب. والمعتبر حينئذ عدة الطلاق، لرواية زرارة قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق سريته أله أن يتزوجها بغير عدة؟ قال: نعم. قلت: فغيره؟ قال: لا حتى تعدت ثلاثة أشهر " (٢). ومثله روى الحسن (٣) عنه عليه السلام. وهي تدل

(١) في " و " : الحكم.

(٢) التهذيب ٨: ١٧٥ ح ٦١١ و ٦١٠ " وأشار إليهما في الوسائل ١٤: ٥١١ ب (١٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء ذيل ح ١.

(٣) تقدم أنفاً تحت رقم ٢.

الثاني: ملك المنفعة. والنظر في الصيغة والحكم.
أما الصيغة فأن يقول: "أحللت لك وطأها" أو "جعلتك في حل
من وطئها". ولا تستباح بلفظ العارية. وهل تستباح بلفظ الإباحة؟ فيه
خلاف أظهره الجواز. ولو قال: "وهبتك وطأها" أو "سوغتك" أو
"ملكتك" فمن أجاز الإباحة يلزمه الجواز هنا، ومن اقتصر على التحليل منع

بإطلاقها على توقف تزويج غير المولى بها على العدة مطلقا، لكنها محمولة على ما
لو علم الوطاء، لقصورها عن إفادة الحكم مطلقا.
وإنما تعتبر الثلاثة الأشهر على تقدير سبقها على الأقراء، أو أنها كناية عن
الأقراء، لأنها غالبا لا تكون إلا في ثلاثة أشهر وإلا فالمعتبر عدة الطلاق. ويظهر
من الجماعة أنه لا خلاف في ذلك، وإلا فالمستند لا يخلو من ضعف، لأن في طريق
الرواية الأولى محمد بن عيسى، وفي حاله نظر. والثانية في سندها جهالة، ولكن مثل
ذلك ينجر بالشهرة عند الأصحاب. مع أن الأولى ليست بمرتبة قوية في الضعف،
لأن محمد بن عيسى قد رجح بعض الأصحاب العمل بروايته (١).
قوله: "أما الصيغة فأن يقول.... الخ).

لا إشكال في اعتبار صيغة خاصة لهذا النوع من النكاح كما يعتبر في غيره،
لأن مجرد التراضي لا يكفي في حل الفروج إجماعا، ولا أي لفظ اتفق. وقد اتفقوا
على الاجتزاء بلفظ التحليل، وهو الوارد في الروايات، ففي صحيحة الفضيل بن
يسار قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد
روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال، فقال: نعم يا

(١) رجال العلامة الحلي: ١٤٢.

فضيل " (١) الحديث. وعن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة أحلت لي جاريتها، قال: ذلك لك " (٢). وغيرهما من الأخبار الكثيرة.

ولا بد مع لفظ التحليل من مراعاة ما يعتبر في العقود، من لفظ الماضي الدال على الانشاء، كقوله: " أحلت لك وطئها " أو " جعلتك في حل من وطئها ". فلا يكفي مثل " أنت في حل من وطئها " لعدم كونه صريحا في الانشاء. كذا قال الجماعة (٣). وقد تقدم (٤) في باب عقود النكاح ما فيه. وأولى بالاشكال هنا، لأن التحليل نوع إباحة، ودايرتها أوسع.

ولا يكفي لفظ العارية وإن كان متعلقها إباحة المنفعة مع بقاء العين على ملك المالك، لأصالة بقاء التحريم فيما عدا المنصوص عليه. ولرواية أبي العباس البقباق عن الصادق عليه السلام قال: " سأله رجل عن عارية الفروج، فقال: حرام، ثم سكت قليلا وقال: لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاريتها لأخيه " (٥). واختلفوا في الاستباحة بلفظ الإباحة، فالأكثر - ومنهم الشيخ في النهاية (٦)

-
- (١) الكافي ٥: ٤٦٨ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٧، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٤، الوسائل ١٤: ٥٣٧ ب (٣٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- (٢) الكافي ٥: ٤٦٩ ح ٨، التهذيب ٧: ٢٤٢ ح ١٠٥٨، الاستبصار ٣: ١٣٦ ح ٤٩١، الوسائل ١٤: ٥٣٤ ب (٣٢) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
- (٣) منهم الشيخ في النهاية: ٤٩٤. والتهذيب ٧: ٢٤٤ ذيل ح ١٠٦٢، وابن زهرة في الغنية ضمن (الجوامع الفقهية) ٥٥٠، وابن إدريس في السرائر ٢: ٦٣٣.
- (٤) في ج ٧: ٨٧.
- (٥) الكافي ٥: ٤٧٠ ح ١٦، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٣، الاستبصار ٣: ١٤٠ ح ٥٠٥، الوسائل ١٤: ٥٣٦ ب (٣٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- (٦) النهاية: ٤٩٤.

وأتباعه (١)، والمرضى (٢)، والعلامة (٣) في أحد قوليهِ - على أنه لا يفيد الحل، وقوفاً مع ظاهر النصوص (٤)، وتمسكاً بالأصل. وذهب الشيخ في المبسوط (٥) وابن إدريس (٦) والمصنف والعلامة (٧) في القول الآخر إلى الاكتفاء به، لمشاركتها للتحليل في المعنى، ويجوز إقامة كل من المترادفين مقام الآخر كما ذكر في الأصول. ورد بمنع الاكتفاء بالمرادف، فإن في النكاح شائبة العبادة، وكثير من أحكامه توقيفية، والاحتياط فيه من أهم المطالب.

ويتفرع على القولين ما لو قال: " وهبتك وطأها " أو " سوغتك " أو " ملكتك " فمن أجاز الإباحة اكتفى بأحد هذه، لأنها بمعناها، ومن اقتصر على التحليل منع هنا. والأقوى المنع منها مطلقاً، لأن الهبة والتمليك يتناولان الأعيان، أما الهبة فقطعاً وأما التملك فغالباً، وليس الوطاء عينا. وأما التسويغ فهو بمعنى الإباحة وأخفى.

والحق أن صيغ العقود اللازمة أو النكاح إن كانت توقيفية لم يصح بكل واحد من هذه الألفاظ، لعدم ورودها، بل يقتصر على التحليل. وإن اكتفى في العقد بما أدى المعنى جاز بلفظ الإباحة والتسويغ دون الهبة، لما ذكر من تناولها الأعيان. أما التملك فإنه وإن غلب استعماله في نقل الأعيان إلا أنه يستعمل في نقل المنافع.

-
- (١) الغنية ضمن الجوامع الفقهية: ٥٥٠.
 - (٢) جوابات الميافارقيات ضمن رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٩٧ مسألة ٤٩ وظاهره ذلك حيث اكتفى بلفظ التحليل الوارد في الرواية.
 - (٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٥.
 - (٤) الوسائل ١٤: ٥٣٢، ٥٣٤، ب (٣١، ٣٢) من أبواب نكاح العبيد والإماء.
 - (٥) المبسوط ٣: ٥٧.
 - (٦) السرائر ٢: ٦٣٣.
 - (٧) المختلف: ٥٧١.

وهل هو عقد، أو تمليك منفعة؟ فيه خلاف بين الأصحاب منشؤه
عصمة الفرج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك. ولعل الأقرب هو
الأخير.

ومن ثم استدل على جواز هذا النوع من النكاح بدخوله في قوله تعالى: (أو ما
ملكتم أيماهم) (١) بجعل الملك هنا للمنفعة، وجعل الملك منقسما إليهما، فإذا
استعمل في هذا المعنى كان قرينة على إرادة المنفعة منه خاصة، فيتجه الاكتفاء به
حينئذ.

قوله: " وهل هو عقد... الخ "

لما كان حل الفروج منحصرًا في العقد أو الملك، لقوله (٢) تعالى: (إلا على
أزواجهم أو ما ملكتم أيماهم) وكان القول بحل الأمة بالتحليل ثابتًا عند علمائنا،
وجب أن لا يكون خارجًا عن الأمرين. وقد اختلفوا في رده إلى أيهما، فذهب
المرتضى (٣) إلى أنه عقد، والتحليل عبارة عنه. والأكثر - ومنهم المصنف - على أنه
تمليك منفعة مع بقاء الأصل، لأن الحل دائر مع الأمرين كما ذكرناه، وخواص العقد
منتفية عنه، لأنه إن كان عقد دوام توقف رفعه على الطلاق أو الفسخ في موارد،
ووجب المهر بالدخول، ونحو ذلك من خواصه، وكلها منتفية عنه. وإن كان متعة
توقف على ذكر الأجل والمهر، ولا مهر مع التحليل، ولا يشترط فيه الأجل على
الأصح، للأصل.

وعلى القولين يعتبر القبول، أما على العقد فظاهر، وأما على التمليك فلأنه في
معنى هبة المنفعة، فيكون أيضًا من قبيل العقود، وإنما نفينا عنه اسم عقد النكاح لا

(١) المؤمنون: ٦. وفي "ش": "... أيماكم". وهي في سورة النساء: ٣.

(٢) في "س" و"ش": بقوله.

(٣) الانتصار: ١١٨.

وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان، إحداهما المنع. ويؤيدها أنه نوع من تمليك، والعبد بعيد عن التملك. والأخرى الجواز إذا عين له الموطوءة. ويؤيدها أنه نوع من الإباحة، وللمملوك أهلية الإباحة. والأخير أشبه.

مطلق العقود. فالتحقيق (١) أنه عقد في الجملة على التقديرين. قوله: " وفي تحليل أمته... الخ "

اختلف الأصحاب في أن المولى إذا حلل أمته لعبد هل تحل له بذلك أم لا؟ على قولين، أحدهما - واختاره الشيخ في النهاية (٢)، والعلامة في المختلف (٣)، وولده فخر الدين (٤) - العدم، لصحيفة علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: " أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له " (٥). ولأنه نوع تمليك، والعبد ليس أهلاً له.

والثاني - وهو مذهب ابن إدريس (٦)، واختاره المصنف - الحل، لوجود المقتضي وانتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه لا يملك، ونفي ملكه مطلقاً ممنوع. سلمنا لكن المراد بالملك هنا الإباحة، بمعنى استحقاق البضع وإباحته له، لا الملك بالمعنى المشهور، لأن ملك البضع لا معنى له إلا الاستحقاق المذكور. ومن ثم لو تصرف فيه متصرف - كالواطيء بالشبهة - يكون عوضه وهو المهر للمرأة لا لمالك البضع. وهذا على حد قولهم: فلان يملك إحضار فلان مجلس الحكم ونحو ذلك، فإن المراد به أصل الاستحقاق، والعبد يملك هذا النوع.

(١) في إحدى الحجريتين: والتحقيق.

(٢) النهاية: ٤٩٤.

(٣) مختلف الشيعة: ٥٧١.

(٤) الإيضاح ٣: ١٦٧.

(٥) التهذيب ٧: ٢٤٣ ح ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ ح ٤٩٥، الوسائل، ١٤: ٥٣٦ ب (٣٣) من أبواب

نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٦) السرائر ٢: ٦٣٣.

ويجوز تحليل المدبرة وأم الولد.
ولو ملك بعضها فأحلتها نفسها لم تحل. ولو كانت مشتركة فأحلها
الشريك قيل: تحل. والفرق أنه ليس للمرأة أن تحل نفسها.

والرواية التي أشار المصنف إلى دلالتها على الجواز لم نقف (١) عليها " ولا
ذكرها غيره. ولو تمت لأمكن حمل رواية المنع على الكراهة. وأما حملها على تحليل
المولى لعبد أمة الغير، أو أنه أراد التحليل بدون الصيغة، فبعيد. نعم، حملها على
التقية لا بأس به، لأن العامة (٢) يمنعون التحليل مطلقا. ومع ذلك ففي تكلف الحمل
مع عدم وجود المعارض إشكال.

واعلم أنه لا فرق على القولين بين تحليل أمته لعبده وعبد غيره إذا أذن
سيده، وإنما خص المصنف عبده لموضع النص.
قوله: " ويجوز تحليل المدبرة وأم الولد " .

لأنهما لم تخرجا بالتدبير والولادة عن المملوكية، فيتناولهما عموم النص كما
يتناول القن. ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: " سألته
عن جارية بين رجلين دبراها جميعا، ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له
حلال " (٣).

قوله: " ولو ملك بعضها فأحلتها... الخ " .

قد تقدم (٤) البحث في هذه المسألة مستوفى، والرواية التي دلت على الحكم،
فلا وجه لإعادته.

-
- (١) لكنها مذكورة في مصادر الحديث، راجع التهذيب ٧: ٢٣٨ ح ١٠٤٠، الاستبصار ٣: ١٣٨ ح ٤٩٦.
الوسائل ١٤: ٥٣٦ ب " ٣٣ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٢) الحاوي الكبير ٩: ١٨٧، المغني لابن قدامة ١٠: ١٥٢ - ١٥٣.
(٣) الكافي ٥: ٤٨٢ ح ٣ وفيه: عن محمد بن قيس ونقله عنه في الوسائل، الفقيه ٣: ٢٩٠ ح ١٣٨٠،
التهذيب ٧: ٢٤٥ ح ١٠٦٧، وأشير إليه في الوسائل ١٤: ٥٤٥ ب (٤١) من أبواب نكاح العبيد
والإماء ذيل ح ١.
(٤) في ص: ٢٩.

وأما الحكم فمسائل:
الأولى: يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ، وما شهد الحال بدخوله تحته، فلو أحل له التقبيل اقتصر عليه، وكذا لو أحل له اللمس، فلا يستبيح الوطء. ولو أحل له الوطء حل له ما دونه من ضروب الاستمتاع. ولو أحل له الخدمة لم يطاق. وكذا لو أحل له الوطء لم يستخدم.

قوله: " يجب الاقتصار... الخ "

لما كان هذا النوع من الاستمتاع تابعا للفظ الدال عليه وجب مراعاة اللفظ، فكل ما تناوله ودل عليه بإحدى الدلالات ملكه المحلل له، وما خرج عن ذلك لا يحل. فإذا حلل له النظر لم يتناول غيره من ضروب الاستمتاع، لعدم دلالة عليها بوجه، لأنه أضعفها.

ولو أحل له الوطء دل عليه بالمطابقة، وعلى لمسها بالتضمن، وعلى باقي مقدمات الاستمتاع من اللمس والنظر والقبلة وغيرها بالالتزام، فيدخل جميع ذلك في تحليله. ووجه لزومه لها كونها محسوبة من مقدماته، ولا ينفك عنها غالبا فهو لزوم عرفي وإن لم يكن عقليا، ومثل ذلك كاف في مثل هذا.

ولو أحل له بعض مقدماته غير النظر دخل فيه ما استلزمه دون غيره. فإذا أحل له القبلة استباح اللمس المتوقع (١) عليه.

وقد دل على ذلك كله رواية 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، فإن أحل له الفرج حل له جميعها " (٢). وفي

(١) في " س " : لتوقفه.

(٢) الكافي ٥ : ٤٧٠ ح ١٥، التهذيب ٧ : ٢٤٥ ح ١٠٦٦، الوسائل ١٤ : ٥٣٩ ب (٣٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

ولو وطئ مع عدم الإذن كان عاصيا، ولزمه عوض البضع، وكان الولد رقا لمولاها.

صحيحة الفضيل عنه عليه السلام: " ولو أحل له قبله منها لم يحل له سوى ذلك " (١).

وهذا كله فيما يتناوله التحليل. أما الخدمة فلا تدخل في تحليل الوطاء، ولا مقدماته، ولا العكس، لانفكاك كل منهما عن الآخر حسا وعقلا. قوله: " ولو وطئ مع عدم... الخ "

إذا حلل له ما دون الوطاء أو الخدمة كان الوطاء بالنسبة إليه كغيره من الأجانب، فإن وطئ حينئذ عالما بالتحريم كان عاصيا، وكان الولد لمولاها كما في نظائره، لانتفائه عن الزاني. وينبغي ترتب حكم الزنا من الحد وغيره عليه، لكن يظهر من الرواية (٢) عدمه. وأما ثبوت عوض البضع فيبني على ضمانه من الأمة مطلقا أو مع عدم البغي. وقد تقدم (٣) الخلاف فيه، وأن المصنف يشترط في ثبوته جهلها أو إكراهها.

وحيث يثبت العوض فهو العشر إن كانت بكرا، ونصفه إن كانت ثيبا، وأرش البكارة مضافا إلى العشر كما سلف. وقد دل على ذلك صحيحة الفضيل السالفة (٤) وفيها: " قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها، قال: لا ينبغي له ذلك. قلت: فإن فعل يكون زانيا؟ قال: لا، ولكن يكون خائنا، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، وإن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها ".

-
- (١) الكافي ٥: ٤٦٨ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٧، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٤، الوسائل ١٤: ٥٣٧ ب (٣٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.
(٣) في ص: ١٣.
(٤) تقدم أنفا تحت رقم ١.

الثانية: ولد المحللة حر. ثم إن شرط الحرية مع لفظ الإباحة فالولد حر، ولا سبيل على الأب. وإن لم يشترط قيل: يجب على أبيه فكه بالقيمة. وقيل: لا يجب. وهو أصح الروايتين.

ولعل إطلاق المصنف الحكم بالعشر أو نصفه تبعا لإطلاق الرواية، وكذا حكمه بكونه عاصيا، ولم يقل: زانيا، وعدم تعرضه للحد كما ذكره غيره (١)، لتضمن (٢) الرواية جميع ذلك. ولو وطئ جاهلا فالولد حر، وعليه قيمته يوم سقط حيا لمولاها كما سلف. قوله: " ولد المحللة حر.... الخ ".

إذا حصل من تحليل الوطاء ولد، فإن شرط في صيغة التحليل كونه حرا كان حرا، ولا قيمة على الأب إجماعا. وإن شرط كونه رقا بني على صحة هذا الشرط في نكاح الأمة وعدمه. وقد تقدم (٣). وإن أطلقا العقد ولم يشترط رقيته ولا حرته فلا أصحاب قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف، وجعله أصح الروايتين - أنه حر، ولا قيمة على أبيه. وهو مذهب الشيخ في الخلاف (٤) والمتأخرين (٥)، لبناء الحرية على التغليب والسراية، والولد متكون من النطفتين فيغلب جانب الحرية. ولعموم

(١) كما في جامع المقاصد ١٣: ١٩٣.

(٢) في " ش " : ولتضمن.

(٣) في ص: ١٠ - ١١.

(٤) الخلاف ٣: ٢٣٢ مسألة (٢٣).

(٥) لاحظ المختلف: ٥٧٠ والإيضاح ٣: ١٦٧ - ١٦٨، التنقيح الرائع ٣: ١٧٦ - ١٧٧، جامع

المقاصد ١٣: ١٩٥.

الأخبار السالفة (١) المتضمنة أن ولد الحر لا يكون إلا حراً، وخصوص حسنة زرارة قال: " قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحلل جاريتَه لأخيه، قال: لا بأس. قال: قلت: فإنها جاءت بولد، قال: يضم إليه ولده، وترد الجارية على صاحبها. قلت له: إنه لم يأذن في ذلك، قال: إنه قد أذن له وهو لا يأمن أن يكون ذلك " (٢). وموثقة إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها: " قلت: فجاءت بولد، قال: يلحق بالحر من أبويه " (٣). وغيرهما من الأخبار (٤). وقال الشيخ في المبسوط (٥) والنهاية (٦) وكتابي الأخبار (٧): الولد رق، لرواية ضريس بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام وفيها: " قلت: فإن جاءت بولد، قال: هو لمولى الجارية، إلا أن يكون قد اشترط حين أحلها له إن جاءت بولد فهو حر " (٨). ومثلها رواية الحسن العطار (٩)، ورواية إبراهيم (١٠) بن عبد

- (١) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٢٨ ب " ٣٠ " من أبواب نكاح العبيد والإماء.
(٢) الكافي ٥: ٤٦٩ ح ٦، الفقيه ٣: ٢٩٠ ح ١٣٧٩، التهذيب ٧: ٢٤٧ ح ١٠٧٣، الاستبصار ٣: ١٣٩ ح ٥٠٢، وأشار إليه في الوسائل ١٤: ٥٤٠ ب (٣٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ذيل ح ٤.
(٣) التهذيب ٧: ٢٤٧ ح ١٠٧١، الاستبصار ٣: ١٣٩ ح ٥٠٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.
(٤) لاحظ الوسائل الباب المتقدم ح ٣، ٤، ٦.
(٥) المبسوط ٤: ٢٤٦.
(٦) النهاية: ٤٩٤.
(٧) التهذيب ٧: ٢٤٦ ذيل ح ١٠٦٧، الاستبصار ٣: ١٣٩ ذيل ح ٦.
(٨) الفقيه ٣: ٢٩٠ ح ١٣٧٨، التهذيب ٧: ٢٤٦ ح ١٠٦٨ و ٢٤٨ ح ١٠٧٤، الاستبصار ٣: ١٣٨ ح ٤٩٧ و ١٤٠ ح ٥٠٣، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
(٩) التهذيب ٧: ٢٤٦ ح ١٠٦٩، الاستبصار ٣: ١٣٨ ح ٤٩٨ و ١٤١ ح ٥٠٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٢. وفي المصادر: الحسن العطار، إلا في نسخة بدل الوسائل، وفي نسخ المسالك عدا " م " الحسين، وفي " م " الحسن.
(١٠) التهذيب ٧: ٢٤٨ ح ١٠٧٥، الاستبصار ٣: ١٤٠ ح ٥٠٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

الثالثة: لا بأس أن يطاء الأمة وفي البيت غيره،
وأن ينام بين أمتين.
ويكره ذلك في الحرة. ويكره وطء الفاجرة ومن ولدت من الزنا.

الحميد.

وفي طريق الأولى علي بن فضال، والثانية مجهولة بالعطار، والثالثة بعد
الرحمان بن حماد، وإبراهيم ضعيف. فلذلك قال المصنف: إن الأول أصح
الروايتين. ولو قال: أوضح الروايتين سندا كان أجود، لاشتراكهما في عدم الوصف
بالصحة فضلا عن كون الأولى أصح.
قوله: " لا بأس أن يطاء... الخ "

هنا أحكام ختم بها مسائل نكاح الإماء:

الأولى: نفي البأس عن وطء الأمة وفي البيت غيرهما وإن رآهما وسمع
نفسهما. وقد تقدم (١) كراهة ذلك في الحرة، وأنه من غشي امرأته وفي البيت
مستيقظ يراهما ويسمع كلامهما ما أفلح أبدا، إن كان غلاما كان زانيا، وإن كانت
جارية كانت زانية. وفي الأمة روى عبد الله بن أبي يعفور في الصحيح عن أبي
عبد الله عليه السلام: " في الرجل ينكح الجارية من جواريه ومعه في البيت من
يرى ذلك ويسمعه، قال: لا بأس " (٢) ونفي البأس وإن لم يناف الكراهة، من حيث
إن مدلوله نفي التحريم، إلا أنه ظاهر في ذلك حيث اقتصر عليه من غير نكير ولا
تشديد.

الثانية: نفي البأس أيضا " عن " (٣) أن ينام بين أمتين، بخلاف الحرة، فإنه

(١) في ص: ج ٧: ٣٣ و ٣٦.

(٢) التهذيب ٨: ٢٠٨ ح ٧٣٥، الوسائل ١٤: ٥٨٤ ب (٧٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) من "ش" و"و" و"و".

مكروه، لما فيه من الامتهان. وقد روى عبد الرحمن بن أبي نجران (١) أن أبا الحسن عليه السلام كان ينام بين جاريتين. الثالثة: يكره وطء الأمة الفاجرة - أي: الزانية - بالملك كما يكره بالعقد، لما فيه من العار وخوف اختلاط الماءين. روى محمد بن مسلم قال: " سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخبيثة يتزوجها الرجل، قال: لا. وقال: إن كان له أمة وطئها ولا يتخذها أم ولد " (٢) والمراد بذلك أن يعزل عنها حذرا من حملها. الرابعة: يكره وطء من ولدت من الزنا وإن كانت في نفسها عفيفة، روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: " قال: سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا، عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي " (٣). وروى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشدة ويتخذها لنفسه، فقال: " إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس " (٤).

- (١) التهذيب ٧: ٤٥٩ ح ١٨٣٨، الوسائل ١٤: ٥٨٩ (٨٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
- (٢) الكافي ٥: ٣٥٣ ح ٤، التهذيب ٨: ٢٠٧ ح ٧٣٣، الوسائل ١٤: ٥٧٠ ب (٦٠) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- (٣) الكافي ٥: ٣٥٣ ح ٥، الوسائل ١٤: ٣٣٨ ب (١٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥.
- (٤) الكافي ٥: ٣٥٣ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة:
الأول: ما يرد به النكاح. وهو يستدعي بيان ثلاثة مقاصد:
الأول: في العيوب.
وهي إما في الرجل، وإما في المرأة. فعيوب الرجل ثلاثة: الجنون،
والخصاء، والعنن.
فالجنون سبب لتسلط الزوجة على الفسخ، دائما كان أو أدوارا.
وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوطء، أو بعد العقد والوطء. وقيل:
يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلوات. وهو في موضع
التردد.

قوله: " فعيوب الرجل... الخ ".
أي العيوب المتفق على جواز الفسخ بها، وإلا فسيأتي أن مختار المصنف
كون الحجب من عيوبه أيضا، فتكون أربعة، لكنه أفردده للخلاف فيه. وسنبين إن
شاء الله تعالى أن عيوبه ستة بزيادة الجذام والبرص.
قوله: " فالجنون سبب لتسلط الزوجة على الفسخ... الخ ".
لا خلاف في كون الجنون من عيوب الرجل المجوزة لفسخ المرأة النكاح
في الجملة. ثم إن كان متقدما على العقد أو مقارنا له ثبت لها به الفسخ مطلقا،
سواء كان مطبقا أم أدوارا، وسواء عقل أوقات الصلوات أم لا. وإن كان متجددا
بعد العقد، سواء كان قد وطئ أم لا، فإن كان لا يعقل أوقات الصلوات فلها الفسخ
أيضا، وإن عقل حينئذ فأكثر المتقدمين - كالشيخ (١) وأتباعه (٢) - على عدم

(١) المبسوط ٤: ٢٥٢، الخلاف ٤: ٣٤٩ مسألة (١٢٧)، النهاية: ٤٨٦.
(٢) المهذب ٢: ٢٣٥، الغنية ضمن سلسلة النبايع الفقهية ١٨: ٢٨٢.

والأقوى عدم اشتراطه، لعدم وجود دليل يفيد التقييد، وتناول الجنون بإطلاقه لجميع أقسامه، فإن الجنون فنون، والجامع بينها فساد العقل كيف اتفق. وليس في الباب حديث سوى صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: "إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل" (١) وهو شامل لما قبل العقد وبعده، ولما يعقل معه أوقات الصلاة وغيره. ورواية علي بن أبي حمزة قال: "سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج أصيب في عقله بعد ما تزوجها، أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت" (٢) وهي صريحة في المتجدد، وشاملة بإطلاقها لما قبل الدخول وبعده. وفيها ترك الاستفصال من الإمام، وهو دليل العموم. لكن طريقها ضعيف، وعمدة الأمر على الاتفاق على كون الجنون عيبا مطلقا، مع عدم وجود دليل منخصص. وقول المصنف: "وقيل: يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلوات" يقتضي أن المتقدم لا خلاف في جواز الفسخ به، سواء عقل أم لا. وما ذكره هو المشهور في كلام الأصحاب، فإنهم لم يقيدوا الجنون بذلك إلا في المتجدد بعد العقد. ولكن ابن حمزة (٣) أطلق أن الجنون الموجب للخيار في الرجل والمرأة هو الذي لا يعقل معه أوقات الصلوات. وهو يشمل المتقدم منه والمتجدد. وكيف كان فلا دليل على اعتبار ذلك وإن كان مشهورا. وتردد المصنف في

(١) الكافي ٥: ٤٠٦ ح ٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ ح ١٢٩٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ ح ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ ح ٨٨٠، الوسائل ١٤: ٥٩٣ ب (١) من أبواب العيوب والتدليس ح ٦.
 (٢) الكافي ٦: ١٥١ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٨ ح ١٦٢٨، التهذيب ٧: ٤٢٨ ح ١٧٠٨، الوسائل ١٤: ٦٠٧ ب (١٢) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.
 (٣) الوسيلة: ٣١١.

والخصاء سل الأنثيين. وفي معناه الوجاء. وإنما يفسخ به مع سبقه على العقد. وقيل: وإن تجدد. وليس بمعتمد.

ذلك لشهرة القول لا لقوة دليله، فإنه يراعي جانب الشهرة. ويمكن على هذا أن يتمسك في المتجدد بعد العقد مطلقا باستصحاب لزوم العقد في غير موضع الوفاق، لكن الرواية (١) الصحيحة مطلقة في الجنون، فتشمل موضع النزاع. قوله: " والخصاء سل الأنثيين... الخ ".
الخصاء بكسر أوله وبالمد. والوجاء - بالكسر والمد أيضا - هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهم، بل قيل إنه من أفراد الخصاء، فيتناوله لفظه، والمشهور بين الأصحاب كونه عيبا، والنصوص به كثيرة، منها صحيحة ابن مسكان (٢)، وموثقة ابن بكير (٣) عن أحدهما عليهما السلام، وموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: " أن خصيا دلس نفسه لامرأة، فقال: يفرق بينهما، وتأخذ المرأة منه صداقها، ويوجع ظهره كما دلس نفسه " (٤).
وظاهر الأخبار كون العيب موجودا قبل العقد، ولكنه محتمل للمتجدد منه قبل الدخول، فلذلك قطع بكونه عيبا مع سبقه، واختلف في المتجدد. والأقوى أن المتجدد بعد الدخول لا يثبت به فسخ، استصحابا للزوم العقد، وعدم تناول النصوص له، فإن التدليس إنما يتحقق قبل الدخول. ويبقى الاشكال في المتجدد بين العقد والدخول، من تناول النصوص له بإطلاقها، وظهور إرادة

(١) المتقدمة في الصفحة السابقة هامش (١).

(٢) التهذيب ٧: ٤٣٢ ح ١٧٢٢، الوسائل ١٤: ٦٠٨ ب (١٣) من أبواب العيوب والتدليس ح ٣.

(٣) الكافي ٥: ٤١٠ ح ٣، الفقيه ٣: ٢٦٨ ح ١٢٧٤، التهذيب ٧: ٤٣٢ ح ١٧٢٠، الوسائل الباب المتقدم ح ١. وفي المصادر: عن ابن بكير عن أبيه.

(٤) الكافي ٥: ٤١١ ح ٦، التهذيب ٧: ٤٣٢ ح ١٧٢١، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

والعنن مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الايلاج. ويفسخ به وإن تجدد بعد العقد، لكن بشرط أن لا يطاء زوجته، ولا غيرها. فلو وطئها ولو مرة ثم عن، أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها، لم يثبت لها الخيار على الأظهر. وكذا لو وطئها دبرا وعن قبلًا.

المتقدم، وأصالة اللزوم، مع ما في النصوص من ضعف في السند أو قطع. وقال الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢): إن الخصاء ليس بعيب مطلقاً، محتجاً بأن الخصي يولج ويبالغ أكثر من الفحل حالته، وإنما لا ينزل، وعدم الانزال ليس بعيب. وهو مردود بتعاقد النصوص وكثرتها، وعمل الأصحاب بمضمونها.

وأما التعليل - بأن أهم مقاصد النكاح التناسل، وهو مفقود في الخصي، فلا يكفي أصل القدرة مع فواته - فمنقوض بالفحل الذي لا ينزل مع الاجماع على عدم الفسخ فيه. وإنما الاعتماد على النصوص الدالة على الفسخ بعيب الخصاء. قوله: " والعنن مرض تضعف معه... الخ "

العنن - بالفتح - هو الضعف المخصوص بالعضو، والاسم العنة بالضم، ويقال للرجل إذا كان كذلك: عنين كسكين. وهو من جملة عيوب الرجل التي تسلط المرأة على فسخ نكاحه بالنص والاجماع. ويثبت الفسخ به مع تقدمه على العقد إجماعاً. وكذا مع تجده قبل الوطاء على المشهور، لتناول النص له، كرواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: " العنن يتربص به سنة، ثم إن شاءت

(١) رابع المبسوط ٤: ٢٥٠، ففيه ذكر القولين في المسألة فقط، وفي ص: ٢٦٦ اختار ثبوت الخيار.

(٢) الخلاف ٤: ٣٤٨ مسألة (١٢٥). وفي ص: ٣٥٧ مسألة (١٤١) اختار الخيار.

امراته تزوجت، وإن شاءت أقامت " (١).
ولو تجدد بعد الوطاء ولو مرة فلا فسخ، للأصل. وهو قول الشيخ (٢)
والأكثر. ولرواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: " أن عليا عليه السلام
كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها
الخيار، لتصبر فقد ابتليت " (٣). ورواية 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 " (٤).
وذهب المفيد (٥) وجماعة (٦) إلى أن لها الفسخ أيضا، للاشتراك في الضرر
الحاصل باليأس من الوطاء، وإطلاق الروايات بثبوت الخيار للمرأة من غير
تفصيل، كصحيحة محمد بن مسلم السابقة، ورواية أبي الصباح الكناني قال: "
سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا
أنفارقه؟ قال: نعم إن شاءت " (٧). وغيرهما من الأخبار الكثيرة المعتبرة
الاسناد (٨)

- (١) التهذيب ٧: ٤٣١ ح ١٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٤٩ ح ٨٩١، الوسائل ١٤: ٦١١ ب (١٤)
من أبواب العيوب والتدليس ح ٥.
(٢) المبسوط ٤: ٢٦٤، النهاية: ٤٨٧.
(٣) التهذيب ٧: ٤٣٠ ح ١٧١٥، الاستبصار ٣: ٢٥٠ ح ٨٩٧، الوسائل ١٤: ٦١٢ ب (١٤)
من أبواب العيوب والتدليس ح ٨.
(٤) الكافي ٥: ٤١٠ ح ٤ وفيه: عباد الضبي، الفقيه ٣: ٣٥٧ ح ١٧٠٧، التهذيب ٧: ٤٣٠
ح ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠ ح ٨٩٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
(٥) المقنعة: ٥٢٠.
(٦) المقنع: ١٠٥.
(٧) التهذيب ٧: ٤٣١ ح ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ ح ٨٩٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.
(٨) راجع الوسائل الباب المتقدم.

وهل تفسخ بالجب؟ فيه تردد منشؤه التمسك بمقتضى العقد.
والأشبه تسلطها به، لتحقيق العجز عن الوطاء، بشرط أن لا يبقى له ما
يمكن معه الوطاء ولو قدر الحشفة.

وأجيب بأن تلك مفصلة وهذه مطلقة، فيحمل على ما إذا لم يدخل جمعا.
وهو جيد لو اعتبرت تلك، فإن إسحاق بن عمار فطحي، وغيث الضبي مجهول.
وتوقف في المختلف (١). وله وجه.

وحيث كانت العنة هي المرض المقتضي للعجز عن الايلاج ظهر أنه لو
عجز عن وطئها دون غيرها لا يكون عنيئا. وكذا لو عجز عن وطئها قبلا خاصة
حيث يجوز (٢) غيره، إذ لا عجز، فلا عنة، وإن حصل الضعف في الجملة. ويظهر
من المفيد أن المعتبر قدرته عليها، ولا عبرة بغيرها، لأنه قال: " فإن وصل إليها ولو
مرة واحدة فهو أملك بها، وإن لم يصل إليها في السنة كان لها الخيار (٣) وإن
حدث بالرجل عنة بعد صحته كان الحكم كما ذكرناه. والأصحاب لم ينقلوا
الخلاف عنه إلا في العنة المتجددة مع العجز مطلقا.
قوله: " وهل تفسخ بالجب؟.... الخ).

المشهور بين الأصحاب أن الجب من جملة عيوب الرجل، لم ينقل أحد
منهم فيه خلافا، ولكن المصنف تردد فيه هنا. ووجهه: عدم النص عليه بخصوصه
وإنما ورد في النصوص الفسخ بالخصاء والعنن من عيوب الجماع. ولما كان
الحكم بالخيار في هذه العيوب على خلاف الأصل فلا بد لمثبتها من دليل صالح
ليخرج عن حكم الأصل، وإلا فالأصل في العقد اللزوم، وليس على الجب دليل

(١) المختلف: ٥٥٥.

(٢) في " و " : يجوز.

(٣) المقنعة: ٥٢٠.

ولو حدث الجب لم تفسخ به. وفيه قول آخر.

صالح.

ويمكن إثباته من النصوص الدالة على حكم الخصاء، فإنه أقوى عيباً منه، لقدرة الخصي على الجماع في الجملة، بل قيل: إنه يصير أقوى من الفحل بواسطة عدم خروج المنى منه، ومن ثم ذهب بعضهم (١) إلى عدم كونه عيباً لذلك، بخلاف الم محبوب، فإنه قد انتفى عنه القدرة على الجماع رأساً، لعدم الآلة. وكذلك استفادته من العينين، لمشاركته له في المعنى وزيادة، لأن العينين يمكن برؤه، والم محبوب يستحيل.

ويمكن استفادته أيضاً من عموم الأخبار، كقوله في رواية أبي الصباح الكناني السابقة (٢): " في امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع.... الخ " فإنه يشمل بإطلاقه الم محبوب، لأنه لا يقدر على الجماع. مضافاً إلى لزوم الضرر بالمرأة على تقدير عدم إثبات الخيار لها، وهو منفي. وحينئذ فالمذهب كونه عيباً، وهو الذي اختاره المصنف بعد التردد، بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو مقدار الحشفة، لأن الوطء يحصل بمقدار ذلك، ومن ثم يترتب عليه أحكامه من وجوب الغسل، والمهر، والحد، والإباحة للزوج المطلق ثلاثاً، وإفساد العبادات كالحج والصيام، ووجوب الكفارات، وغير ذلك. قوله: " ولو حدث الجب.... الخ ".

إذا تجدد الجب بعد العقد، سواء كان قبل الوطء أم بعده، هل يجوز للمرأة الفسخ به كما لو سبق على العقد؟ اختلف كلام الأصحاب، فذهب الشيخ في

(١) الخلاف ٤: ٣٤٨ مسألة (١٢٥).

(٢) في ص: ١٠٥. هامش (٧).

المبسوط (١) وابن البراج (٢) وجماعة (٣) إلى ثبوت الخيار به متى وجد. واستدل عليه في المبسوط بالاجماع وعموم الأخبار، مع أنه في موضع آخر من المبسوط قال: (وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون " (٤) وهذا يشعر بدعوى الاتفاق عليه، وهو غريب. وكذلك ذهب في الخلاف (٥) إلى عدم الخيار بالحادث. وهو مذهب ابن إدريس (٦).

وكذلك اختلف مذهب العلامة فيه، ففي المختلف (٧) قوى جواز الفسخ بالجب والخصاء والعنة وإن تجددت بعد الدخول. وفي الارشاد (٨) قطع بعدم ثبوته بالمتجدد منها مطلقا. وكذا في التحرير (٩). ثم في موضع آخر (١٠) منه قرب جواز الفسخ بالمتجدد من الجب بعد الوطء، وأبقى الخصاء على الحكم الأول من عدم الفسخ بالمتجدد منه بعد العقد مطلقا. وفي العنة جوز بالمتجدد بعد العقد وقبل الدخول خاصة. وفي القواعد (١١) جزم بالخيار للمتجدد منه بعد العقد وقبل الوطء، وتردد في المتجدد بعد الوطء. وشرط في الخصاء سبقه على العقد، ونسب الحكم في المتجدد إلى قول، مشعرا بتردده فيه. وفي العنة شرط عدم

(١) المبسوط ٤: ٢٦٤.

(٢) المهذب ٢: ٢٣٥ حيث نسبه إلى الأصحاب ولم يردده.

(٣) كما في إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينايع الفقهية ١٨: ٣٣٤، والجامع للشرائع: ٤٦٣ إذا كان قبل الدخول " وإيضاح الفوائد ٣: ١٧٥.

(٤) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٥) الخلاف: ٤، ٣٤٩ مسألة (١٢٧).

(٦) السرائر ٢: ٦١٢.

(٧) مختلف الشيعة: ٥٥٤.

(٨) إرشاد الأذهان ٢: ٢٨. ولكن بالنسبة إلى الخصاء والجب فقط.

(٩) التحرير ٢: ٢٨ - ٢٩.

(١٠) التحرير ٢: ٢٨ - ٢٩.

(١١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢.

ولو بان خنتى لم يكن لها الفسخ. وقيل: لها ذلك. وهو تحكم مع إمكان الوطاء.

الوطاء.

وقد عرفناك بعد هذا الاختلاف أن ليس للجب أخبار تخصه، وإنما مرجعه إلى الأخبار السابقة (١)، وقد عرفت حالها، وأن طريق الجمع بينها مطلقا يقتضي اشتراط عدم الدخول. ومراعاة المعبر منها سندا يوجب الحكم بالعيب المذكور مطلقا، ومن هنا ينشأ الخلاف. وأما الشيخ فلا عذر له فيما وقع له من الاختلاف قوله: " ولو بان خنتى لم يكن... الخ).

القائل بجواز الفسخ لو بان الزوج خنتى الشيخ في المبسوط في موضعين (٢) منه، مع أنه قال فيه أيضا - في موضع ثالث (٣) - إنه ليس بعيب وإنما هو بمنزلة الإصبع الزائدة. وهذا هو الأقوى. وكذا لو ظهرت المرأة خنتى لأن الزائد فيها كالإصبع الزائدة، والزائد في الرجل كالثقبه الزائدة، لا كما مثل به الشيخ، وكلاهما ليس بعيب. وموضع الخلاف ما إذا كان محكوما له بالذكورية أو الأنوثة " أما لو كان مشكلا تبين فساد النكاح.

ووجه الخيار مع وضوحه: وجود النفرة منه، وكون العلامات ظنية لا تدفع الشبهة، والانحراف الطبيعي. والشيخ صرح في المبسوط بكون الخلاف في الخنتى الواضح، لأنه قال (٤) في الموضعين: لو بان خنتى وحكم بأنه ذكر فهل لها الخيار أم لا؟ لكنه ذكر في ميراث (٥) الخنتى أنه لو كان زوجا أو زوجة أعطي

(١) لاحظ ص: ١٠٤ - ١٠٥.

(٢) المبسوط ٤: ٢٦٣، وراجع أيضا ص: ٢٦٦.

(٣) المبسوط ٤: ٢٥٠.

(٤) المبسوط ٤: ٢٦٣، وراجع أيضا ص: ٢٦٦.

(٥) المبسوط ٤: ١١٧.

ولا يرد الرجل بعيب غير ذلك.

نصف النصيبين، فبني بعضهم (١) حكمه هنا (نصا) (٢) عليه، إلا أنه ضعيف جدا، فالمبني عليه كذلك. وفرضه في الواضح أوضح.

قوله: (ولا يرد الرجل... الخ).

ما ذكره من اختصاص الرجل بالأربعة هو المشهور بين الأصحاب، وكثير منهم كالمصنف لم ينقل خلافا في ذلك. واستدلوا عليه بأصالة لزوم العقد، فلا يثبت الخيار إلا بدليل يقتضيه، ولا دليل في غير ذلك، وبرواية غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام وفي آخرها: "والرجل لا يرد من عيب" (٣) فإنه حجة فيما لم يخرج دليل.

وذهب ابن البراج في المهذب (٤) إلى اشتراك الرجل والمرأة في كون كل من الجنون والجذام والبرص والعمى موجبا للخيار في النكاح. وكذلك ابن الجنيد، وزاد العرج والزنا (٥).

ودليلهما في غير الجذام والبرص غير واضح، أما فيهما ففي غاية الجودة، لصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: "يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل" (٦) وهو متناول بإطلاقه للرجل والمرأة. ولأن ثبوتهما عيبا في

(١) راجع جامع المقاصد ١٣: ٢٣٣.

(٢) من إحدى الحجريتين فقط.

(٣) الكافي ٥: ٤١٠ ح ٤، (وفيه عباد الضبي) الفقيه ٣: ٣٥٧ ح ١٧٠٧ وفيه: من عنن،

التهذيب ٧: ٤٣٠ ح ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠ ح ٨٩٦، الوسائل ١٤: ٦١٠ ب (١٤)

من أبواب العيوب والتدليس ح ٢.

(٤) المهذب ٢: ٢٣١.

(٥) راجع المختلف: ٥٥٢ - ٥٥٣. ولكن زاد العرج والزنا بالنسبة إلى المرأة فقط.

(٦) الكافي ٥: ٤٠٦ ح ٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ ح ١٢٩٩، التهذيب ٧: ٤٢٦ ح ١٧٠١، الاستبصار

٣: ٢٤٧ ح ٨٨٦، الوسائل ١٤: ٥٩٣ ب (١) من أبواب العيوب والتدليس ح ٦

المرأة - مع أن للرجل وسيلة إلى التخلص منها بالطلاق - يوجب كونهما عيبا في الرجل بالنسبة إليها بطريق أولى، لعدم قدرتها على التخلص لولا الخيار، وحصول الضرر منه بالعدوى باتفاق الأطباء وأهل المعرفة، مضافا إلى ما اشتهر من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " فر من المجذوم فرارك من الأسد " (١). ولأن النفرة الناشئة من ذلك المنافية للمقصود من الاستمتاع أزيد من غيره من العيوب المتفق عليها.

ويبقى الكلام في اعتبار سبقه على العقد والاكتفاء بالمتجدد منه مطلقا أو قبل الدخول كما سبق في نظائره، بل العموم هنا أولى، لاطلاق النص الصحيح المتناول لجميع الأقسام، بخلاف عيب العنن والخصاء والجب، لما في الأخبار من التعارض فيه كما عرفت. والتمسك بلزوم العقد والاستصحاب وغير ذلك كله مدفوع بعموم الخبر الصحيح.

وأما الاستناد إلى خبر غياث الضبي في مثل هذه المطالب - كما اتفق لجماعة (٢) من المحققين - فمن أعجب العجائب، لقصوره في المتن والسند. أما السند فلأن غياثا هذا لا يعرف في كتب الرجال بحال، فكيف يجعل حديثه متمسكا في هذه الأحكام، بل معارضا لغيره من الأخبار، خصوصا الصحيح منها؟ وأما المتن فلاقتضائه نفي رد الرجل من عيب أصلا، وهو خلاف إجماع المسلمين. والاعتناء بالتمسك به فيما لا يدل دليل على كونه عيبا واقع في غير موقعه، لما عرفت من حاله.

(١) الفقيه ٣: ٣٦٣ ح ١٧٢٧، الخصال: ٥٢٠ ح ٩ من أبواب العشرين وما فوقه، الوسائل ١١ : ٢٧٣ ب (٤٩) من أبواب جهاد النفس ح ١٧.
(٢) كما في جامع المقاصد ١٣: ٢٣٤. ولاحظ المختلف: ٥٥٢ - ٥٥٣، والتنقيح الرائع ٣: ١٧٨.

وعيوب المرأة سبعة: الجنون، والجذام، والبرص، والقرن،
والافضاء، والعمى، والعرج.
أما الجنون فهو فساد العقل. ولا يثبت الخيار مع السهو السريع
زواله، ولا مع الاغماء العارض مع غلبة المرة. وإنما يثبت الخيار فيه مع
استقراره.
وأما الجذام فهو الذي يظهر معه يبس الأعضاء وتناثر اللحم. ولا
تجزى قوة الاحتراق، ولا تعجر الوجه، ولا استدارة العين.

قوله: (وعيوب المرأة سبعة... الخ " .
لما كان الحكم في النصوص معلقا على مسمى الجنون، وكان متحققا
بفساد العقل بأي سبب اتفق، وعلى أي وجه كان، دائما أو أدوارا، مفيدا أوقات
الصلاة أو لا، تحقق الحكم معه على ذلك الوجه، لأصالة عدم اعتبار أمر آخر.
نعم، يشترط استقراره، فلا عبرة بعروض زوال العقل وقتا من الأوقات ثم لا يعود
لأن من حصل له ذلك لا يطلق عليه عرفا أنه مجنون. وأولى بعدم الاعتبار من
يعرض له السهو إذا كان زواله سريعا، ولا الاغماء العارض لمرض كغلبة المرة
ونحوها.

قوله: (وأما الجذام فهو الذي... الخ " .
هذا المرض مما يخفى أمره قبل استحكامه. ولما كان الخيار على خلاف
الأصل متوقفا على أسباب خاصة اشترط في ثبوته تحقق السبب، فإذا تحقق
وجود هذا المرض - أعادنا الله منه - بتناثر اللحم وسقوط بعض الأطراف كالأنف
فلا إشكال فيه، وبدونه وظهور علاماته من ضيق النفس وبحة الصوت وكمودة
العين (١) إلى حمرة ونحو ذلك مما ذكره المصنف وغيره (٢) يرجع فيه إلى أهل

(١) في "س" والحجريتين: العينين.
(٢) كما في قواعد الأحكام ٢: ٣٣، التنقيح الرائع ٣: ١٨٠، جامع المقاصد ١٣: ٢٣٥.

وأما البرص فهو البياض الذي يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم. ولا يقضى بالتسلط مع الاشتباه.

الخبرة من الأطباء. ويشترط فيهم العدالة والتعدد والذكورة كغيرها من الشهادات، أو حصول الشيعاء المتأخمين للعلم وإن لم يكن المخبر بذلك الوصف. فإن انتفى ذلك كله وادعى أحدهما على الآخر وجوده واشتبه الحال فعلى المنكر اليمين. وتعجز الوجه في عبارة المصنف - بالراء المهملة - أن يظهر فيه العجزة - بضم العين - وهو الشيء الذي يجتمع في الجسد كالسلعة (١). ومثلها البجزة (٢). وقد يطلقان على العيب كيف اتفق، تقول: أفضيت إليه بعجري وبجري، أي: أطلعت من ثقتي على معايبه " قاله الهروي (٣). والمراد به هنا ما يبدو في الوجه من آثار هذه العلة.

قوله: " وأما البرص فهو البياض..... الخ "

البرص مرض معروف يحدث (٤) في البدن يغير (٥) لونه إلى السواد أو إلى البياض، لأن سببه قد يكون غلبة السوداء فيحدث الأسود، وقد يكون غلبة البلغم فيحدث الأبيض. والمعتبر منه ما يتحقق كالجدام، فإنه قد يشتبه بالبهق، لأنه يشبهه في القسمين والسبيين. والفرق بينهما أن البرص يكون غائصا في الجلد واللحم، والبهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غور. وقد يتميزان بأن يغرز فيه الإبرة، فإن خرج منه دم فهو بهق، وإن خرج منه رطوبة بيضاء فهو برص. ومع اشتباه الحال يرجع فيه إلى طبييين عارفين كما مر، لأن المقتضي لثبوت الخيار وجود السبب الموجب له، فمع الاشتباه يرجع إلى أصل اللزوم.

(١) لسان العرب ٤: ٥٤٢ و ٤٠.

(٢) لسان العرب ٤: ٥٤٢ و ٤٠.

(٣) لسان العرب ٤: ٥٤٢ و ٤٠.

(٤) في إحدى الحجريتين: وبسببه يحدث في البدن تغير. وفي " س " سببه.

(٥) كذا في " م " وفي النسخ الخطية: بغير.

وأما القرن فقد قيل هو العفل. وقيل: عظم ينبت في الرحم يمنع الوطاء. والأول أشبه. فإن لم يمنع الوطاء قيل لا يفسخ به، لا يمكن الاستمتاع. ولو قيل بالفسخ تمسكا بظاهر النقل أمكن.

قوله: " وأما القرن فقد قيل.... " .

قد اختلف كلام أهل اللغة وتبعه كلام الفقهاء في أن القرن هل هو العفل، أو شيء آخر غيره؟ ففي نهاية ابن الأثير: (- القرن - بسكون الراء - شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطاء يقال له العفل " (١). وقريب منه قال الجوهري (٢)، إلا أنه قال في موضع آخر: " العفل شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالأدرة التي للرجل (٣). وهذا الأخير يقتضي المغايرة بينهما، وأن العفل أعم، لإطلاقه على العظم واللحم. وقال ابن دريد في الجمهرة (٤): " إن القرناء هي المرأة التي تخرج قرنة من رحمها. قال: والاسم القرن " . وضبطه محركا مفتوحا. وقال في العفل إنه: " غلظ في الرحم (٥).
وأما الروايات فقد سبق منها (٦) صحيحة الحلبي أن العفل عيب، ولم يذكر القرن. وكذلك في رواية أبي عبيدة (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام ورواية عبد

(١) النهاية لابن الأثير ٤ : ٥٤ .

(٢) الصحاح ٦ : ٢١٨٠ .

(٣) الصحاح ٥ : ١٧٦٩ .

(٤) جمهرة اللغة ٢ : ٧٩٣ . وفيه: قرنة رحمها من فرجها.

(٥) جمهرة اللغة ٢ : ٩٣٧ .

(٦) في ص: ١١٠ . هامش (٦).

(٧) الكافي ٥ : ٤٠٨ ح ١٤ ، التهذيب ٧ : ٤٢٥ ح ١٦٩٩ ، الاستبصار ٣ : ٢٤٧ ح ٨٨٥ ، الوسائل ١٤ : ٥٩٦ ب (٢) من أبواب العيوب والتدليس ح ١ وفي المصادر: عن أبي جعفر عليه السلام، والشارح أيضا أسندها في ص: ١١٦ إلى أبي جعفر عليه السلام.

الرحمن بن أبي عبد الله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام. وفي رواية أخرى عنه عليه السلام قال: " المرأة ترد من البرص، والجذام، والجنون، والقرن، وهو العفل " (٢). وفي رواية أبي الصباح الكناني قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجدها قرناء، قال: هذه لا تحبل " ولا يقدر زوجها على مجامعتها، يردها على أهلها صاغرة " (٣) فذكر القرن ولم يذكر العفل. ويمكن أن يجمع بين الأخبار كلها بحمل القرن على العفل - كما ورد في رواية عبد الرحمن، ولذلك كان الأشبه عند المصنف ذلك - ويراد من العيين معنى واحد، وهو أن يكون في الفرج شئ من العظم أو اللحم يمنع الوطء. وهذا هو الأنسب. وتظهر فائدة الاختلاف في عدد عيوب المرأة، فإن جعلناهما متغايرين زاد العدد واحدا.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن القرن إن منع الوطء أصلا فلا إشكال في ثبوت الخيار به، لتطابق النصوص وكلام أهل اللغة والفقهاء عليه. وإن لم يمنع، بأن يمكن حصوله بعسر، فهل يبيح الفسخ؟ فيه قولان: أحدهما: العدم، وهو الذي قطع به الشيخ (٤) والأكثر، لعدم المقتضي له، فإن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطء الذي هو أهم المطالب من التزويج. والثاني - وهو الذي مال إليه المصنف من غير تصريح - ثبوت الخيار أيضا

-
- (١) التهذيب ٧: ٤٢٥ ح ١٦٩٨، الوسائل ١٤: ٥٩٥ ب (١) من أبواب العيوب والتدليس ح ١٣.
(٢) الكافي ٥: ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ٧: ٤٢٧ ح ١٧٠٣، الاستبصار ٣: ٢٤٨ ح ٨٨٩، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
(٣) الكافي ٥: ٤٠٩ ح ١٨، التهذيب ٧: ٤٢٧ ح ١٧٠٤، الاستبصار ٣: ٢٤٩ ح ٨٩٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.
(٤) المبسوط ٤: ٢٥٠.

وأما الافضاء فهو تصيير المسلكين واحدا.
وأما العرج ففيه تردد، أظهره دخوله في أسباب الفسخ إذا بلغ
الاقعاد.

تمسكا بظاهر النص حيث علق الخيار على وجود الاسم المذكور، الشامل لما
يمكن معه الوطاء حينئذ وعدمه. وفي بعضها تصريح بذلك، كصحيحة 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.
وصحيحة. أبي الصباح المتقدمة وفي آخرها: " قلت: فإن كان دخل بها، قال: إن
كان علم بذلك قبل أن ينكحها - يعني المجامعة - ثم جامعها فقد رضي بها، وإن لم
يعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك وإن شاء طلق " (٢).
وهذا القول قوي إن لم يكن الاجماع على خلافه، إذ لا يظهر به قائل
صريحا، كما يظهر من عبارة المصنف بقوله: " ولو قيل بالفسخ أمكن ". وحمل
الدخول والجماع في النصوص على غير الجماع في الفرج في غاية البعد.
قوله: " وأما الافضاء - إلى قوله - واحدا ".
أي: تصيير مسلك البول والحيض واحدا على خلاف في تفسيره. وقد
تقدم. (٣)
قوله: " وأما العرج ففيه تردد... الخ ".
اختلف الأصحاب في أن العرج في المرأة هل هو عيب يجوز الفسخ أم لا؟

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١١٤، هامش (٧).
(٢) الوسائل ١٤: ٥٩٨ ب (٣) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.
(٣) في ج ٧: ٦٨.

على أقوال:

أحدها: أنه عيب مطلقا. ذهب إليه الشيخان في التهذيب (١) والنهاية (٢) والمقنعة (٣)، وابن الجنيد (٤)، وأبو الصلاح (٥) وأكثر الأصحاب، لصحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام: " في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: ترد على وليها " (٦) الحديث. ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: " قال: ترد البرصاء، والعمياء، والعرجاء " (٧). وثانيها: ثبوته بشرط كونه بينا. ذهب إليه العلامة في المختلف (٨) والتحريير (٩)، ونقله عن (١٠) ابن إدريس، واستدل عليه بالروايتين السابقتين. وفي التحريير (١١) نسبه إلى الشيخ في النهاية والتهذيب، مع أن الشيخ لم يقيد بذلك. وهذا يدل على أن مراده بالبين ما كان ظاهرا في الحس وإن لم يبلغ حدا يمنع من التردد إلا بالمشقة الكثيرة، لأن الرواية لا تدل على أزيد من كونه بتنا في الحس بحيث يتحقق مسمى العرج. وكذا كلام الشيخ (١٢) والجماعة (١٣). وعلى هذا فربما

(١) التهذيب ٧: ٤٢٣، ٤٢٥.

(٢) النهاية: ٤٨٥.

(٣) المقنعة: ٥١٩.

(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٥٣.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

(٦) التهذيب ٧: ٤٢٤ ح ١٦٩٤، الاستبصار ٣: ٢٤٦ ح ٨٨٤، الوسائل ٤: ١: ٥٩٤ ب (١)

من أبواب العيوب والتدليس ح ٩.

(٧) التهذيب ٧: ٤٢٤ ح ١٦٩٦، الاستبصار ٣: ٢٤٦ ح ٨٨٣، الوسائل الباب المتقدم ح ١٢.

(٨) مختلف الشيعة: ٥٥٣.

(٩) التحريير ٢: ٢٩.

(١٠) مختلف الشيعة: ٥٥٣.

(١١) التحريير ٢: ٢٩.

(١٢) النهاية: ٤٨٥.

(١٣) راجع الكافي في الفقه: ٢٩٥، المراسم: ١٥٠، الوسيلة: ٣١١.

رجع القولان إلى قول واحد. ويمكن أن يكونا مختلفين، بأن يريد بالبين ما كان ظاهرا متفاحشا بحيث يعسر معه التردد عادة، لأن العرج اليسير جدا لا يعد عيبا عادة. إلا أن إطلاق الروائين لا يساعد على هذا.

وثالثها: تقييده ببلوغه حد الاقعاد. وهو الذي ذهب إليه المصنف، والعلامة في القواعد (١) والإرشاد (٢). والظاهر من معناه أن يبلغ حدا يعجز معه عن المشي. وفي تسمية مثل هذا عرجا نظرا. والحامل لهم على هذا التقييد أمران: أحدهما: استبعاد كون مطلق العرج عيبا موجبا للخيار، خصوصا مع وقوع الخلاف فيه، وحصول الشك في خروج العقد من الزوم إلى الجواز، ومعارضة صحيحة الحلبي السابقة (٣) الدالة على عدم الرد بغير ما ذكر فيها من العيوب.

والثاني: ورود كون الزمانة عيبا في صحيحة داود بن سرحان: " وإن كان بها زمانة لا يراها الرجال أجزى شهادة النساء عليها " (٤) فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانة، عملا بمفهوم الشرط. وكذا رواية أبي عبيدة (٥) السالفة. فيجب حمل المطلق على المقيد.

وفيه نظر، لأن مفهوم الزمانة أمر آخر غير المفهوم من العرج. ومقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيبا برأسه، وليس ذلك من باب المطلق والمقيد في شيء، بل الظاهر من الزمانة أمر آخر خفي لا يطلع عليه الرجال، والعرج ليس

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٣.

(٢) إرشاد الأذهان ٢: ٢٨.

(٣) في ص: ١١٠، هامش (٦).

(٤) الوسائل ١٤: ٥٩٩ ب (٤) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.

(٥) في ص: ١١٦، هامش (١).

كذلك. وسيأتي النقل عن الصدوق أنه جعلهما أمرين، وأثبت الخيار بالزمانة دون العرج. واستبعاد كون العرج عيباً مطلقاً غير مسموع بعد ورود النص الصحيح. والشك في خروج العقد من اللزوم منتف بعد ورود النص الصحيح وعمل أكثر الأصحاب. نعم، لا بأس بتقييده بالبين ليخرج اليسير الذي لا يعاب به، ولا يظهر غالباً، ولا يوجب نقصاً. وأما حمل العرج البين على الزمانه كما ذكره بعض الفضلاء (١) فلا شبهة في فساده، خصوصاً بعد ما نقلناه عن قائله من الاستشهاد. ورابعها: أنه ليس بعيب مطلقاً. وهو الظاهر من كلام الشيخ في المبسوط (٢) والخلاف (٣)، فإنه لم يعده من عيوب المرأة. وكذلك ابن البراج في المهذب (٤). وهو الظاهر من الصدوق، فإنه في المقنع (٥) عد العيوب ولم يذكره، ثم قال: " (إلا أنه روي في الحديث أن العمياء والعرجاء ترد " وقال قبل ذلك: " فإن تزوج الرجل بامرأة فوجدها قرناً، أو عفلاء، أو برصاء، أو مجنونة، أو كان بها زمانة ظاهرة، فإن له ردها على أهلها بغير طلاق " (٦). وحثهم على ذلك أصالة لزوم العقد، وظاهر الحصر في صحيحة (٧) الحلبي في قوله عليه السلام: " (إنما يرد النكاح من البرص، والجذام، والجنون، والعفل " فإن " إنما " تدل على الحصر. ولا يخفى ضعف الدليلين، فإن الأصل قد عدل عنه بما ثبت في النصوص

(١) في " ش " و " و " : الفقهاء. جامع المقاصد ١٣ : ٢٤٢ - ٢٤٣.

(٢) المبسوط ٤ : ٢٤٩ وما بعدها.

(٣) الخلاف ٤ : ٣٤٦ مسألة (١٢٤) وما بعدها.

(٤) لاحظ المهذب ٢ : ٢٣١ وما بعدها.

(٥) المقنع : ١٠٤ و ١٠٣.

(٦) المقنع : ١٠٤ و ١٠٣.

(٧) تقدم ذكر مصادرها في ص : ١١٠، هامش (٦).

وقيل: الرتق أحد العيوب المسلطة على الفسخ. وربما كان صوابا
إن منع من الوطاء أصلا، لفوات الاستمتاع إذا لم يمكن إزالته، أو أمكن
وامتنعت من علاجه.

الصحيحة من الخيار فيه وفي غيره من العيوب. والحصر في الرواية غير مراد،
لخروج كثير من العيوب عنها. وإثبات الخارج بدليل خارجي يشاركه العرج فيه.
والكليني (١) رواها عن الحلبي مجردة عن أداة الحصر. وهو أوضح.
قوله: " وقيل: الرتق أحد العيوب... الخ ".
الرتق - بالتحريك - مصدر قولك: امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطيع
نكاحها، قاله الجوهري (٢). والمراد منه التحام الفرج على وجه لا يصير فيه مدخلا
للذكر، ويخرج البول معه من ثقبه ضيقة، سواء كان بالخلقة أو بالخياطة. وليس
فيه نص بخصوصه، فمن ثم جعله المصنف عيبا بلفظ " قيل ".
وما قيده به عن كونه عيبا على تقدير منعه الوطاء أصلا هو المذهب، لأنه
حينئذ يصير أولى بالحكم من القرن والعفل اللذين لا يوجبان انسداد المحل
أصلا، مع اشتراكهما في العلة الموجبة للفسخ، وهو فوات الاستمتاع، فجرى ذلك
مجرى فوات المنفعة فيما يطلب بالعقد منفعته.
وذكر بعضهم (٣) أن الرتق مرادف للقرن والعفل، وأن الثلاثة بمعنى واحد.
فعلى هذا يكون داخلا في النص ولو لم يبلغ الارتفاق حد المنع من الوطاء ولو
لصغر (٤) الآلة، فلا خيار لبقاء المقصود، بخلاف ما لو منع مطلقا. وعلى القول

(١) الكافي ٥: ٤٠٦ ح ٦.

(٢) الصحاح ٤: ١٤٨٠.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٨.

(٤) في إحدى الحجريتين: لصغير.

ولا ترد المرأة بعبء غير هذه السبعة.

بمرادفته للقرن يأتي فيه مع إمكان الوطاء بعسر (١) ما في ذلك من الخلاف. وإنما يثبت الخيار أيضا إذا لم يمكن إزالة المانع عادة بفتق الموضع، أو أمكن وامتنعت منه. ولو رضيت به فلا خيار. وليس للزوج إجبارها على ذلك، لأن ذلك ليس حقا له، ولما في الاقدام على الجراحة من تحمل الضرر والمشقة. كما أنها لو أرادت ذلك لم يكن له منعها، لأنه تداو لا تعلق له به. قوله: " ولا ترد المرأة... الخ "

ما ذكره من اختصاصه بالسبعة هو المشهور بين الأصحاب، وعليه العمل، لعدم دليل صالح لغيره. وما حكم به في الرتق على تقدير مغايرته للقرن - كما هو الظاهر - فتكون ثمانية، وما ذكرناه من مغايرة العرج للزمانة فتكون تسعة. وبقي أمور وقع الخلاف في كونها عيبا لم يعتبرها المصنف، واكتفى عنها بنفي الحكم عن كون ما سوى المذكور عيبا.

فمنها: ما إذا زنت المرأة قبل دخول الزوج بها، فإن الصدوق (٢) ذهب إلى أنها ترد بذلك، ولا صداق لها، لقول علي عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها: " (يفرق بينهما، ولا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها) (٣). وسند الرواية ضعيف.

ومنها: مطلق الزنا من الرجل والمرأة، قبل العقد وبعده. قال ابن الجنيدي: (الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح " (٤) فلو زنت المرأة قبل دخول الرجل بها

(١) في " س " وإحدى الحجريتين: بعض.

(٢) المقنع: ١٠٩.

(٣) الكافي ٥: ٦٦ ح ٤٥، الفقيه ٣: ٢٦٣ ح ١٢٥٣، علل الشرايع ٢: ٥٠٢ ب (٢٦٥) ح ١.

التهذيب ٧: ٤٧٣، ح ١٨٩٧، الوسائل ١٤: ٦٠١ ب (٦) من أبواب العيوب والتدليس ح ٣.

(٤) حكاها. عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

فرق بينهما، وكذلك إن كان الزاني رجلا فلم ترض المرأة فرق بينهما، للرواية السابقة، ولما روي (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام أيضا أنه فرق بين رجل وامرأة زنى قبل دخوله بها، ولرواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت زنت، قال: إن شاء زوجها أخذ الصادق ممن زوجها، ولها الصادق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها " (٢). وهذه الرواية قاصرة عن إفادة الحكم، فإن جواز الرجوع بالصادق لا يقتضي جواز الرد، ولا تعرض فيها لحكم الرجل. ومنها: المحدودة في الزنا. ذهب أكثر قدماء الأصحاب (٣) إلى أنه يجوز للزوج فسخ نكاحها، لأن ذلك من الأمور الفاحشة التي يكرهها الأزواج. ونفور النفس منه أقوى من نحو العمى والعرج. ولزوم العار العظيم به يقتضي كون تحمله ضررا عظيما. وللرواية السابقة. وفيها - مع قصور الدلالة عن جواز الرد - عدم دلالتها على محل النزاع. ومن ثم ذهب المتأخرون (٤) إلى أن ذلك كله ليس بعيب يجوز الفسخ. والطلاق بيد الزوج يجبر ما ينشأ من الضرر والمشقة بتحملها. وللشيخ (٥) قول آخر بعدم الفسخ لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها العالم

- (١) لعله إشارة إلى ما روي عنه عليه السلام في حكم الرجل الزاني في الفقيه ٣: ٢٦٣ ح ١٢٥٢. علل الشرائع ٢: ١٠٥ ح ١، التهذيب ٧: ٤٨١ ح ١٩٣٢، الوسائل ١٤: ١٦٦ ب " ١٧ " من أبواب العيوب والتدليس ح ٣.
(٢) التهذيب ٧: ٤٢٥ ح ١٦٩٨، الاستبصار ٣: ٢٤٥ ح ٨٧٩، الوسائل ٤: ١٠١ ب (٦) من أبواب العيوب والتدليس ح ٤.
(٣) أنظر المقنعة: ٥١٩، المراسم: ١٥٠، والمهذب ٢: ٢٣١، والكافي في الفقه: ٢٩٥.
(٤) راجع المختلف: ٥٥٣، إيضاح الفوائد ٣: ١٧٨ - ١٧٩، التنقيح الرائع ٣: ١٨٣ - ١٨٤.
(٥) النهاية: ٤٨٦.

المقصد الثاني: في أحكام العيوب
وفيه مسائل:

الأولى: العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ. وما يتجدد بعد العقد والوطء لا يفسخ به. وفي المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد، أظهره أنه لا يبيح الفسخ، تمسكا بمقتضى العقد السليم عن معارض.

بحالها، عملا بمدلول الرواية. ورده في المختلف (١) بأن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيبا أوجب الفسخ، وإلا لم يجب المهر. قوله: " العيوب الحادثة بالمرأة... الخ ". العيوب الحاصلة في المرأة لا تخلو: إما أن تكون موجودة قبل العقد، أو متجددة بعده قبل الدخول، أو بعده. ففي الأول يثبت للرجل الفسخ إجماعا، لدلالة النصوص عليه قطعاً، وبناء العقد ابتداءً على التزلزل. وفي الأخير لا خيار اتفاقاً على ما يظهر من المصنف وغيره (٢)، لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الرد بالعيب. ولسبق لزوم العقد فيستصحب. ولصحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " المرأة ترد من أربعة أشياء: من البرص والجذام والجنون والقرن ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا " (٣). وهي شاملة بإطلاقها لوقوعه عليها قبل وجود العيب وبعده.

(١) مختلف الشيعة: ٥٥٣.

(٢) راجع القواعد ٢: ٣٣ والتحرير ٢: ٢٩.

(٣) الكافي ٥: ٤٠٩ ح ١٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ ح ١٢٩٦، التهذيب ٧: ٤٢٧ ح ١٧٠٣، الاستبصار ٣: ٢٤٨ ح ٨٨٩، الوسائل ١٤: ٥٩٢ ب (١) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.

ولا يضرها قصرها على الأربعة، لعدم القائل بالفرق، وعدم ما يدل على الحصر. وهي في ذلك أجود من صحيحة الحلبي (١) الدالة على الحصر، وأصح سنداً، وإن اشتركا في الصحة.

ويظهر من الشيخ في المبسوط والخلاف (٢) جواز الرد بالمتجدد بعد العقد من غير تقييد بكونه قبل الدخول، فيشمل ما يتجدد منه بعد الوطاء. وعبرة المبسوط: (فإن حدث بها العيب فكل العيوب يحدث بها الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن، فإذا حدث فهل له الخيار أم لا؟ قيل فيه قولان أحدهما لا خيار له، والثاني له الخيار، وهو الأظهر، لعموم الأخبار " (٣). وأراد بالأخبار صحيحة الحلبي " وصحيحة داود بن سرحان، ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله الأخرى، ورواية أبي الصباح، وكلها قد تقدمت (٤)، وهي مطلقة في ثبوت الخيار بهذه العيوب حيث يجدها الزوج، فيتناول ما بعد الدخول. والحق حملها على ما قبل الدخول، حملاً للمطلق على المقيد، حذراً من التنافي.

وفي موضع آخر من المبسوط صرح بأن العيب الحادث بعد الدخول يثبت به الفسخ، لأنه قال: (فأيهما فسخ نظرت، فإن كان قبل الدخول سقط المهر) إلى أن قال: " وأما إن كان العيب حدث بعد الدخول استقر المسمى، لأن الفسخ إذا كان كالموجود حين حدوث العيب فقد حدث بعد الإصابة، فاستقر المهر، ثم فسخ بعد استقراره " (٥) انتهى المقصود من كلامه قدس سره، وإنما نقلناه كذلك لأن المشهور

(١). تقدم ذكر مصادرها في ص: ١١٠، هامش (٦).

(٢) الخلاف ٤: ٣٤٩ مسألة (١٢٨).

(٣) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٤) في ص: ١١٠، ١١٧، ١١٥.

(٥) المبسوط ٤: ٢٥٢ - ٢٥٣.

عنه العبارة الأولى لا غير.

وأما الحادثة بعد العقد وقبل الدخول ففيها قولان:

أحدهما: الثبوت، صرح به الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢)، وتقدمت عبارته فيه " ولشمول الأخبار السابقة لهذه الحالة من غير معارض.

وذهب ابن إدريس (٣) والمصنف وباقي المتأخرين (٤) إلى عدم الفسخ به، محتجين بأن العقد وقع لازماً فيستصحب. وبأن أمر النكاح مبني على الاحتياط، فلا يتسلط على فسخه بكل سبب.

وأجابوا عن الأخبار بأنها ليست صريحة في ذلك وفي صحيحة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام ما يقتضي كون العيب سابقاً، لأنه قال: " إذا دلست العفلاء نفسها... الخ " (٥) والتدليس يقتضي وجود العيب قبل العقد، ومفهومه يقتضي عدم الرد مع انتفاء التقدم، عملاً بمفهوم الشرط، فتحمل تلك الأخبار على ما لو سبق العيب العقد، جمعاً بين الأدلة. ولا بأس بهذا القول، وإن كان القول الآخر لا يخلو من قوة أيضاً.

ويظهر من ابن الجنيد اختيار قول ثالث، وهو ثبوت الفسخ بالجنون المتجدد وإن كان بعد الدخول كالرجل، لأنه قال: " ولو حدث ما يوجب الرد قبل العقد بعد الدخول لم يفرق بينهما، إلا الجنون فقط " (٦) فجعل الجنون موجبا

(١) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٢) الخلاف ٤: ٣٤٩، مسألة (١٢٨).

(٣) السرائر ٢: ٦١٣.

(٤) راجع المختلف: ٥٥٤، إيضاح الفوائد ٣: ١٧٩، التنقيح الرائع ٣: ١٨٥، جامع المقاصد ١٣: ٢٥٢.

(٥) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١١٤، هامش (٧).

(٦) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٥٤.

الثانية: خيار الفسخ على الفور، فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد. وكذا الخيار مع التدليس.
الثالثة: الفسخ بالعيب ليس بطلاق، فلا يطرد معه تنصيف المهر، ولا يعد في الثلاث.

للخيار في كل منهما وإن حدث بعد الدخول. ووجه عمومه أنه شرك من أول كلامه بين الرجل والمرأة في العيوب التي ذكرها. ومفهوم عبارته أيضا ثبوت الخيار بباقي العيوب لو حدثت قبل الدخول، كقول الشيخ (١) رحمه الله. قوله: " خيار الفسخ على الفور... الخ ".
ظاهر الأصحاب الاتفاق على كون هذا الخيار على الفور، ولأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ، وهو يحصل بذلك، فيقتصر فيما خالف الأصل على مقدار ما يحصل به. وليس لهم في ذلك نص بخصوصه.
ثم إن كان العيب ظاهرا لا نزاع فيه بينهما فالفورية معتبرة في الفسخ. وإن توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالفورية في المرافعة إلى الحاكم، فإذا ثبت صار الفسخ فوريا. وفي التحرير (٢) أطلق أن الفوري هو المرافعة إلى الحاكم وإن كانا متفقين على العيب. وكذلك عبر الشيخ في المبسوط (٣). وهو حسن حيث يتوقف الأمر على الحكم. ويعذر جاهل أصل الخيار. وفي جاهل الفورية وجهان تقدم (٤) نظيرهما.
قوله: " الفسخ بالعيب ليس... الخ ".
لا شبهة في أن هذا الفسخ وغيره ليس بطلاق، لأن الطلاق يفتقر إلى لفظ

(١) تقدم في الصفحة السابقة.

(٢) التحرير ٢: ٢٩.

(٣) المبسوط ٤: ٢٥٣.

(٤) في ص: ٣٦ - ٣٧.

الرابعة: يجوز للرجل الفسخ من دون الحاكم. وكذا للمرأة. نعم، مع ثبوت العنن يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل. ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطاء.

خاص، كقوله " أنت طالق " ونحوه، بخلاف الفسخ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق من الشروط، ولا يعد في الثلاث المحرمة، ولا يطرد معه تنصيف المهر إذا وقع قبل الدخول، بمعنى أنه متى حصل تنصف المهر له كالطلاق. وإنما عبر بقوله " ولا يطرد " دون أن يقول " ولا ينتصف " للتنبية على أنه قد ينتصف به المهر في بعض الموارد، كما سيأتي (١) في العنة، إلا أن ذلك بدليل خاص لا يوجب اطراده في غيره من موارد الفسخ بالعيب، فالمنفي اطراده لا ثبوته في الجملة. قوله: " يجوز للرجل الفسخ... الخ ".

لما دلت النصوص على أن هذا الفسخ حق ثابت لكل واحد من الزوجين في مورده لم يتوقف على كونه بحضور الحاكم أو بإذنه، كغيره من الحقوق. وهذا هو المشهور بين الأصحاب، وخالف في ذلك ابن الجنيد حيث قال: " إذا أريدت الفرقة لم تكن إلا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين أو خليفته، أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلاد هدنة أو سلطان متغلب " (٢).

واختلف كلام الشيخ في المبسوط فقال في موضع منه: " لسنا نريد بالفور أن له الفسخ بنفسه، وإنما نريد أن المطالبة بالفسخ على الفور، يأتي إلى الحاكم على الفور ويطالب بالفسخ، فإن كان العيب متفقاً عليه فسخ الحاكم، وإن اختلفا فيه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. فأما الفسخ فإلى الحاكم، لأنه فسخ مختلف فيه) ثم قال: " ولو قلنا على مذهبنا أن له الفسخ بنفسه كان قويا.

(١) في ص: ١٣٧.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

الخامسة: إذا اختلفا في العيب فالقول قول منكره مع عدم
البيينة.

والأول أحوط، لقطع الخصومة " (١). وقال في موضع آخر: " ولا يجوز أن يفسخ
بغير حاكم، لأنه فسخ مختلف فيه " (٢). وفي موضع ثالث (٣) جوز لهما الاستقلال
بالفسخ، محتجا بأن الأخبار مطلقة.

هذا. وقد استثنى المصنف وغيره (٤) من هذا الحكم العنة، فإن الفسخ بها
يتوقف على الحاكم، لا لأجل الفسخ، بل لأنه يتوقف على ضرب الأجل على ما
سيأتي (٥) ولا يكون ذلك إلا بحكم الحاكم. فإذا ضرب الأجل ومضت المدة
استقلت المرأة بالفسخ حينئذ.

قوله: (إذا اختلفا في العيب... الخ).

العيب منه جلي ومنه خفي. فالجلي كالعمى، والعرج، والجنون المطبق،
والاقعاد. وهذا لا يفتقر إلى البيينة، ولا إلى اليمين، بل ينظر الحاكم فيه ويعمل
بمقتضى ما يظهر منه. وأما الخفي كالعنة، والقرن، والجنون الدوري، والجذام
والبرص الخفيين، فإذا ادعاه أحدهما على الآخر وأنكر رجوع فيه إلى القاعدة
الشرعية، وكان القول قول منكره، لأصالة الصحة، والبيينة على المدعي، إلى آخر
ما يترتب في القاعدة " من حكم النكول واليمين المردودة وغيرهما. وأما العنن
فللنزاع فيه بحث يخصه. وسيأتي (٦).

(١) المبسوط ٤: ٢٥٣، ٢٦٣، ٢٤٩.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٣، ٢٦٣، ٢٤٩.

(٣) المبسوط ٤: ٢٥٣، ٢٦٣، ٢٤٩.

(٤) راجع الارشاد ٢: ٢٨، جامع المقاصد ١٣: ٢٦٦.

(٥) في ص: ١٣٧.

(٦) في ص: ١٣١.

السادسة: إذا فسخ الزوج بأحد العيوب، فإن كان قبل الدخول فلا مهر. وإن كان بعده فلها المسمى، لأنه يثبت بالوطء ثبوتاً مستقراً، فلا يسقط بالفسخ. وله الرجوع به على المدلس. وكذا لو فسخت الزوجة قبل الدخول، فلا مهر إلا في العنن. ولو كان بعده كان لها المسمى. وكذا لو كان بالخصاء بعد الدخول، فلها المهر كاملاً إن حصل الوطاء.

قوله: " إذا فسخ الزوج بأحد.... الخ "

إذا فسخ أحد الزوجين بالعيب فلا يخلو: إما أن يكون قبل الدخول، أو بعده حيث يجوز، إما لجهله حينئذ بالحال، أو مطلقاً على بعض الأقوال. وعلى التقديرين: إما أن يكون العيب متقدماً على العقد، أو متأخراً عنه، قبل الدخول، أو بعده بناء على جواز وقوعه. والفاسخ إما الزوج، أو الزوجة. وعلى كل تقدير: إما أن يكون هناك مدلس، أم لا. فالصور أربعة وعشرون.

وخلاصة الحكم فيها: أن الفسخ إن كان بعد الدخول استقر المسمى على الزوج. أما وجوب المهر فللدخول الموجب له. وأما كونه المسمى فلأن النكاح صحيح وإن فسخ بالخيار، لأن ثبوت الخيار فرع على صحة العقد في نفسه. وإن كان قبل الدخول فلا شيء. أما إذا كان الفاسخ المرأة فظاهر، لأن الفسخ جاء من قبلها " وقد تقرر غير مرة أن الفسخ من قبلها قبل الدخول يسقط المهر. وأما إذا كان هو الزوج فلاستناده إليها، باعتبار أن العيب بها. ويستثنى من ذلك فسخها بعنته قبل الدخول، فإنه يوجب نصف المهر عند الأكثر، لصحيفة (١) أبي حمزة عن الباقر عليه السلام. ويؤيدها من حيث الحكمة إشراف الزوج على محارمها وخلوته بها سنة، فناسب أن لا يخلو ذلك من عوض، ولم يجب الجميع

(١) الكافي ٥: ٤١١ ح ٧، التهذيب ٧: ٤٢٩ ح ١٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢٥١ ح ٨٩٩، الوسائل ١٤: ٦١٣ ب (١٥) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.

لانتفاء الدخول. وقال ابن الجنيدي: (إذا اختارت الفرقة بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر وإن لم يولج " (١). وجعله في المختلف (٢) بناء على أصله من أن المهر يجب كملا بالخلوة كما يجب بالدخول.

وأما حكم وجوب المهر كملا على الخصي بعد الدخول فواضح، لأن الدخول يوجب استقراره. ويؤيده رواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: " أن خصيا دلس نفسه لامرأة، فقال: يفرق بينهما، وتأخذ المرأة منه صداقها، ويوجع ظهره كما دلس نفسه " (٣).

ومقتضى القواعد الشرعية أنه لا فرق في ثبوت هذه الأحكام بين كون العيب الذي فسخ به حادثا قبل العقد وبعده، لما قلناه من أن الفسخ لا يبطله من أصله، ولهذا لا يرجع بالنفقة الماضية وإن بقيت عينها.

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، لأن الفسخ وإن كان في الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب، فيكون كأنه وقع مفسوخا حيث حدث العيب، فيصير كأنه وقع فاسدا، فيلحقه أحكام الفاسد، إن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة، وإن كان بعده فلا نفقة للعدة، ويجب مهر المثل (٤).

ولا يخفى ضعفه، لأن النكاح وقع صحيحا، والفسخ وإن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله، بل من حين الفسخ، ولا يزيل الأحكام التي سبقت

(١) راجع المختلف: ٥٥٥.

(٢) راجع المختلف: ٥٥٥.

(٣) الكافي ٥: ٤١١ ح ٦، التهذيب ٧: ٤٣٤ ح ١٧٣١، الوسائل ١٤: ٦٠٨ ب (٣) من

أبواب العيوب والتدليس ح ٢.

(٤) لاحظ المبسوط ٤: ٢٥٢ - ٢٥٣.

السابعة: لا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج، أو البينة بإقراره، أو نكوله. ولو لم يكن ذلك وادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه. وقيل: يقام في الماء البارد، فإن تقلص حكم بقوله، وإن بقي مسترخيا حكم لها. وليس بشيء.

عليه " خصوصا إذا كان العيب حادثا بعد العقد، فإن دليله لا يجيء عليه. إذا تقرر ذلك فمهما غرم الزوج من المهر وكان هناك مدلس رجع به عليه، سواء كان وليا أم غيره، حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع عليها أيضا، بمعنى أنه لا يثبت عليه لها مهر، إذ لا وجه لاعطائها إياه ثم الرجوع عليها به. ولو انتفى التدليس، بأن كان العيب خفيا لم تطلع عليه المرأة ولا من زوجها فلا رجوع، لانتفاء المقتضي.

ويظهر من العبارة الرجوع بجميع المهر حيث يرجع، وهو الذي يقتضيه إطلاق النصوص (١). واستثنى جماعة (٢) منه ما إذا كان الرجوع على المرأة، فإنه حينئذ يستثنى منه أقل ما يصلح أن يكون مهرا، وهو ما يتمول عادة، لئلا يخلو البضع عن عوض. وقيل: أقل مهر مثلها، لأنه عوض البضع. والأشهر الأول. وإنما لم يستثن ذلك لو كان الرجوع على غيرها لسلامة المهر لها على تقديره، فلا محذور، بخلاف ما إذا كان الرجوع عليها، فإنه لولاه لخلا النكاح المحترم عن العوض. والنصوص خالية عن هذا الاستثناء.

قوله: (لا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج.... الخ).
لما كانت العنة من الأمور الخفية التي لا يطلع عليها غير من هي به اطلاعا يقطع به - فإن استناد الامتناع من الوطاء إلى العجز بحيث يضعف العضو عن

(١) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٩٥ ب (٢) من أبواب العيوب والتدليس.
(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢ "المختلف: ٥٥٧، جامع المقاصد ١٣: ٢٥٨

الانتشار أمر خفي لا يطلع عليه الغير على وجه يمكنه الشهادة به، حتى لو أقامها مقيم بالعنة على هذا الوجه لم تسمع - كان الطريق إلى اثباته إما اقرار الرجل بها، أو البينة على اقراره، فإن انتفيا وادعتها المرأة فالقول قوله في عدمها، عملاً بأصالة السلامة. فإن حلف استقر النكاح " وإن نكل عن اليمين بني على القضاء بالنكول، فيثبت العيب. وإن أوقفنا القضاء معه على يمين المدعي، فإذا حلفت المرأة قضي بثبوته أيضاً، وإلا فلا.

والمصنف اقتصر في الحكم على نكوله، بناء على مذهبه من القضاء به من غير يمين، كما سيأتي (١) إن شاء الله تعالى في بابه. والحكم على هذا القول واضح، لأن النكول ينزل منزلة الاقرار بالحق. وأما على القول بالقضاء بيمين المدعي فيشكل ثبوت هذا العيب به على القول بكون اليمين حينئذ كالبينة من المدعي، فإنها لو أقامتها عليه بأصل العيب لم تسمع كما قلناه، فكذا ما قام مقامها، وإنما تسمع البينة بإقراره، وهي هنا ما ادعت الاقرار حتى ينزل يمينها منزلته وإنما ادعت العيب " فينزل يمينها منزلة البينة به. اللهم إلا أن يقال: تنزيل اليمين منزلة البينة على وجود العنة على وجه يسمع لا عليها مطلقاً، لأن ذلك هو مقتضى تنزيله منزلة البينة المسموعة بالدعوى. ولو جعلناها بمنزلة الاقرار فلا إشكال في الثبوت.

ثم إن دعوى المرأة لهذا العيب وحلفها يتوقف على علمها بوجود العيب، إذ ليس لها الحلف بدون العلم. ولا يحصل العلم لها بمجرد اطلاعها على ضعفه عن الايلاج مطلقاً، لجواز استناده إلى أمر آخر من العوارض النفسانية والخارجية، بل لا بد من ممارستها له في الأوقات المختلفة والأحوال المتكررة على وجه يحصل

(١) في كتاب القفاء، المقصد الثالث من النظر الثالث في كيفية الحكم.

ولو ثبت العنن ثم ادعى الوطاء فالقول قوله مع يمينه. وقيل: إن ادعى الوطاء قبلا وكانت بكرًا نظر إليها النساء. وإن كانت ثيبًا حشي قبلها خلوقًا، فإن ظهر على العضو صدق. وهو شاذ.

لها بتعاقد القرائن ما يفيدها القطع بالعنة، فحينئذ يجوز لها الحلف على تقدير نكوله. وبهذه الممارسة التي لا تتفق لغيرها يفرق بينها وبين غيرها ممن يشهد بأصل العيب حيث قلنا إنه لا يسمع.

والقول بأن الرجل المدعى عليه العنة يقيم في الماء البارد، ويختبر بالتقلص فيحكم بقوله أو بالاسترخاء فيحكم بقولها، لابن بابويه (١) وابن حمزة (٢). ومعنى تقلص: انضم وانزوى (٣). ولفظ الصدوق: " وإن تشنج " والمراد به: تقبض الجلد (٤). وأنكر هذه العلامة المتأخرون (٥)، لعدم الوثوق بالانضباط، وعدم الوقوف على مستند صالح. نعم، هو قول الأطباء، وكلامهم يثمر الظن الغالب بالصحة، إلا أنه ليس طريقًا شرعيًا.

قوله: " ولو ثبت العنن ثم ادعى... الخ "

إنما كان القول قوله هنا مع أنه مدع لأن المفروض ثبوت العنن قبل ذلك، لأن هذا الفعل لا يعلم إلا من قبله، كدعوى المرأة انقضاء العدة بالأقراء. ولصحيحة أبي حمزة قال: " سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل

(١) في " و ": لابني بابويه: راجع المقنع: ١٠٧، ونسبه العلامة إلى الصدوق وأبيه في المختلف: ٥٥٦.

(٢) الوسيلة: ٣١١.

(٣) لسان العرب ٧: ٧٩.

(٤) لسان العرب ٢: ٣٠٩.

(٥) التحرير ٢: ٢٩، الإيضاح ٣: ١٨٠. جامع المقاصد ١٣: ٢٦٣.

المرأة الثيب التي قد تزوجت غيره، فزعمت أنه لا يقربها منذ دخل بها، فالقول قول الزوج، وعليه أن يحلف بالله تعالى لقد جامعها، لأنها المدعية " (١). وفي دلالة الرواية على موضع النزاع نظر، لأن موضعه ما إذا ثبت عنده، ومورد الرواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك، وقبول قوله هنا واضح كما مر في المسألة الأولى (٢)، لأنها المدعية وهو المنكر، لموافقة قوله أصل السلامة، بخلاف موضع النزاع، لتحقق العيب، فهو فيه المدعي لزوال ما كان قد ثبت. اللهم إلا أن يدعى تناولها بإطلاقها لموضع النزاع، حيث إن موردها اختلافهما على حصول الوطاء وعدمه، الشامل لما لو سبق معه العنة وعدمه. إلا أن تعليقه عليه السلام بكونها المدعية لا يلائمه، لأنه مع ثبوت العنة لا يكون منكراً، بل مدعياً وإن تعذر إقامة البينة. فالأولى التعليل بما ذكرناه. وهذا هو قول الأكثر ومنهم الشيخ في النهاية (٣).

والقول الذي حكاه المصنف بالتفصيل للشيخ في الخلاف (٤) والصدوق في المقنع (٥) وجماعة (٦)، استناداً إلى رواية عبد الله بن الفضل عن بعض مشيخته قال: " قالت امرأة لأبي عبد الله عليه السلام، أو سأله رجل عن رجل تدعي عليه امرأته أنه عنين وينكر الرجل، قال: تحشوها القابلة الخلق ولا يعلم الرجل، ويدخل عليها الرجل، فإن خرج وعلى ذكره الخلق صدق وكذبت، وإلا صدقت

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٢٩، هامش (١).

(٢) أي: في الفرع الأول من المسألة السابعة من مسائل المتن. راجع ص. ١٣١ - ١٣٢.

(٣) النهاية: ٤٨٧.

(٤) الخلاف ٤: ٣٥٧، مسألة (١٤٠).

(٥) لم نجده في المقنع. نعم، نسبه إليه فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٨٠ وأورده الصدوق نفسه رواية في الفقيه ٣: ٣٥٧ ح ١٧٠٤.

(٦) لاحظ إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينابيع الفقهية ٨: ١٨: ٣٣٤.

وكذب (١). ومثله روى غياث بن إبراهيم عنه عليه السلام قال: " ادعت امرأة علي زوجها علي عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها، وادعى هو أنه يجامعها، فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستنفر بالزعفران ثم يغسل ذكره فإن خرج أصفر وإلا أمره بطلاقها " (٢).
وفيهما ضعف السند، وزيادة الأولى بالارسال، وعدم دلالتها على محل النزاع صريحا، لأن ظاهرهما دعواها العنة وإنكاره، فيكون قولاً في أول المسألة لا بعد ثبوتها، كما ذكر في الرواية الأخرى (٣).
ولا بد على القول بذلك من الوثوق بعدم وضعه الخلق " إما بشد يديه بحيث يؤمن ذلك، أو عدم علمه بالحال كما ذكر في الرواية، مضافاً إلى الأمن من فعله ذلك.

ويدل على حكم البكر صحيحة أبي حمزة السابقة قال فيها: " فإن تزوجها وهي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها، فإن مثل هذا تعرفه النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهن، فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنة " (٤) الحديث. والكلام في دلالتها على موضع النزاع كالسابق. وينبغي أن يجعل ذلك قولاً في المسألة الأولى (٥)، مضافاً إلى القول بوضعه في الماء عملاً بدلالة ظاهرها على

-
- (١) الكافي ٥: ٤١١ ح ٨، الفقيه ٣: ٣٥٧ ح ١٧٠٤، عن عبد الله بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام، التهذيب ٧: ٤٢٩ ح ١٧١٠، الاستبصار ٣: ٢٥١ ح ٩٠٠، الوسائل ١٤: ٦١٣ ب (١٥) من أبواب العيوب والتدليس ح ٢.
(٢) الكافي ٥: ٤١٢ ح ١١. التهذيب ٧: ٤٣٠ ح ١٧١٣، الاستبصار ٣: ٢٥١ ح ٩٠١، الوسائل ١٤: ٦١٤ ب (١٥) من أبواب العيوب والتدليس ح ٣.
(٣) في " ش " الأولى، وتقدمت الرواية في الصفحة السابقة، هامش (١).
(٤) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٢٩، هامش (١).
(٥) المذكورة في ص: ١٣١ - ١٣٢.

ولو ادعى أنه وطئ غيرها أو وطئها دبرا كان القول قوله مع يمينه. ويحكم عليه إن نكل. وقيل: بل ترد اليمين عليها. وهو مبنى على القضاء بالنكول.

النزاع في العنن ابتداءً. والمصنف أطلق قبول قول منكر العنن من غير فرق بين البكر والثيب. ووجهه: موافقة دعواه للأصل فيهما. وعدم الوطاء في القبل على تقدير ثبوت البكارة لا يستلزم العنن، لا مكان وطئه غيرها، فإن العجز عن البكر مع القدرة على وطئ الثيب يكفي في دفع العنن. نعم، لو ادعى وطأها قبلاً وكانت بكراً رجع إلى شهادة النساء، فإن شهد أربع بالبكارة لم تسمع دعواه وإن ادعى عود البكارة على الأقوى، عملاً بالأصل والظاهر. ويدل عليه رواية أبي حمزة (١) السابقة، لأنه قال في آخرها: "ولو تزوجها وهي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها، فإن مثل هذا تعرف، النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهن" الحديث. قوله: "ولو ادعى أنه وطئ... الخ". دعواه وطئ غيرها أو وطأها دبرا كدعواه وطأها قبلاً في قبوله منه في المسألتين السابقتين، عملاً بالتعليل المذكور، وهو أصالة الصحة في الأولى، وتعذر إقامة البيئة في الثانية. ومثل هذا التجويز هو المضعف للقول بنظر النساء إلى البكر في السابق حيث لا يدعي وطأها، لا مكان صدقه بوطئ غيرها أو وطئها دبرا مع بقاء البكارة. وأما الحكم عليه مع نكوله عن اليمين، أو رد اليمين عليها، فمبنى على أنه هل يقضى على المنكر بمجرد النكول عن اليمين، أم ترد اليمين على المدعي، فإن

(١) في الصفحة السابقة.

الثامنة: إذا ثبت العنن فإن صبرت فلا كلام، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع، فإن واقعها أو واقع غيرها فلا خيار، وإلا كان لها الفسخ ونصف المهر.

حلف ثبت وإلا فلا؟ وسيأتي (١) إن شاء الله تعالى في القضاء. والضمير في قول المصنف: " وهو مبني على القضاء بالنكول " عائد إلى قوله: " ويحكم عليه بالنكول " لا إلى القول المحكي، لأن القول مبني على عدم القضاء بالنكول. ويمكن عوده إلى الحكم المتردد في المسألتين، والمراد أن الحكم في ذلك بالقضاء عليه بمجرد النكول أو مع يمينها مبني على القضاء بالنكول وعدمه، فإن قلنا به فالحكم الأول، وإن لم نقل به فالثاني. أو يريد أنه مبني على بحث القضاء بالنكول " وعدمه " (٢) الشامل للقولين. إذا تقرر ذلك فحيث لا يقضى بالنكول ويرد اليمين عليها إنما يمكن في حقها اليمين على تقدير كون النزاع في وطئها دبرا، لا مكان حلفها حينئذ، أما لو كانت دعواه وطء غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقا، لأنه حلف على نفي فعل الغير على وجه لا ينحصر. نعم، لو انحصرت الدعوى على وجه يمكنها العلم بحالها، كما لو ادعى وطء غيرها في وقت مخصوص، وادعت أنه في ذلك الوقت كان حاضرا عندها على وجه لا يحتمل معه وطء غيرها، قبلت الدعوى، وأمكن حلفها على نفيه، لأنه نفي محصور كظائره. قوله: " إذا ثبت العنن... الخ " . إذا ثبت العنن بأحد وجوهه، فإن صبرت المرأة ولم تطالب بالحق مع علمها بالحكم فلا كلام في سقوط حقها، لاخلالها بالفورية. أو لا كلام في الحكم،

(١) في المقصد الثالث من النظر الثالث في كيفية الحكم.

(٢) من " ش " والحجريتين فقط.

لأن الحق لها، فإذا لم تطالب به لا تعترض. وهذا التقرير أعم من الأول، لشموله سكوتها مع بقاء حقها وعدمه.

ثم على تقدير علمها بالخيار والفورية وصبرت لزم العقد، ولم يكن لها بعد ذلك مرافعته ولا الفسخ، لتضمنه الرضا بالعيب، وهو أمر واحد لا تعدد فيه، بخلاف المطالبة في الايلاء، فإن حق الاستمتاع يتجدد في كل وقت، فلا يسقط بتأخيرها. وبالجملة فمرافعة المرأة فورية، كما أن فسخها فوري. وقد صرح به الشيخ في المبسوط (١) والعلامة في التحرير (٢)، كما حكيناه عنهما سابقا (٣). وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجله سنة. وهو موضع وفاق. ورواه أبو البخترى عن الباقر عليه السلام عن أبيه: " أن عليا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها وإلا فرق بينهما " (٤). وعللوه مع ذلك بأن تعذر الجماع قد يكون بعارض حرارة فيزول في الشتاء، أو برودة فيزول في الصيف، أو ببوسة فيزول في الربيع، أو رطوبة فيزول في الخريف. ومبدأ الأجل من حين المرافعة، فإذا مضت المدة مع عدم الإصابة علم أنه خلقي.

وهذه الرواية تضمنت اشتراط سقوط خيارها بمواقفته لها، وليس ذلك شرطا، وإنما جرى على الغالب من أنه إذا قدر على مواقفتها قدر على غيرها. وفي بعض الروايات (٥) اعتبار إصابتها أو إصابة غيرها. وعليه العمل. ويؤيده أن

(١) المبسوط ٤: ٢٥٣.

(٢) التحرير ٢: ٢٩.

(٣) في ص: ١٢٦.

(٤) التهذيب ٧: ٤٣١ ح ١٧١٩، الاستبصار ٣: ٢٤٩ ح ٨٩٤، الوسائل ١٤: ٦١٢ ب (١٤) من أبواب العيوب والتدليس ح ٩. وفيهما: عن جعفر عن أبيه عليهما السلام.

(٥) راجع الوسائل الباب المتقدم ح ٣. وكذا ح ١، ٢، ٦، ٧، ١٣.

المقصد الثالث: في التدليس

وفيه مسائل:

الأولى: إذا تزوج امرأة على أنها حرة فبانت أمة كان له الفسخ ولو دخل. وقيل: العقد باطل. والأول أظهر. ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول، ولها المهر بعده. وقيل: لمولاها العشر أو نصف العشر، ويبتل المسمى. والأول أشبه.

العنن إنما يكون مع العجز المحقق، وهو لا يختلف باختلاف النسوة، فأما (مع) (١) العجز عن امرأة فإنه قد يتفق لانحباس الشهوة عنها بسبب نفرة (٢) عنها أو حياء، أو لاختصاص المقدور عليها بالأنس بها، أو وجود الميل إليها، وانتفائه عن غيرها، فلا يثبت الخيار حينئذ عندنا. ولا فرق بين كون العنة خلقية أو عارضية، ولا في العارضة بين كونها قبل العقد. وبعده قبل الدخول. وحيث تفسخ العقد فلها نصف المهر، لصحیحة (٣) أبي حمزة عن الباقر عليه السلام. قوله: " إذا تزوج امرأة على... الخ "

التدليس تفعيل من الدلس وهو الظلمة (٤)، وأصله من المخادعة كأن المدلس. لما أتى بالمعيب أو الناقص إلى المخدوع وقد كتم عليه عيبه أتاه به في الظلمة وخدعه. والفرق بينه وبين العيب: أن التدليس لا يثبت إلا بسبب اشتراط صفة كمال هي غير موجودة، أو ما هو في معنى الشرط، ولولاه لم يثبت الخيار، بخلاف العيب، فإن منشأه وجوده وإن لم يشترط الكمال وما في معناه. فمرجع

(١) من "س" والحجريتین.

(٢) في "ش": نثرة.

(٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٢٩، هامش (١).

(٤) لسان العرب ٦: ٨٦.

التدليس إلى اظهار ما يوجب الكمال، أو إخفاء ما يوجب النقص. ومنشأ الخيار فوات مقتضى الشرط أو الظاهر.

إذا تقرر ذلك فمن فروعه ما إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة، فإن كان ذلك بالشرط في نفس العقد فلا شبهة في أن له الفسخ، لأن ذلك فائدة الشرط، سواء دخل أم لا، لأن التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق (١). وقيل يبطل العقد بناء على بطلان نكاح الأمة بغير إذن مولاها، وقد تقدم (٢) الخلاف فيه، لأن المفروض هنا ذلك. ولو كان العقد بإذنه لم يتوجه البطلان، بل الخيار للزوج خاصة. هذا إذا كان الزوج ممن يجوز له تزويج الأمة، وإلا كان العقد باطلا بغير إشكال.

ثم على تقدير صحته موقوفا، فإن رضي الزوج بالعقد والسيد أيضا حيث لم يأذن فلا بحث. وإن فسخ فإن كان قبل الدخول فلا شيء كما سبق في العيوب (٣)، وإن كان بعده وجب المهر. وهل هو المسمى، أو مهر المثل، أو العشر ونصفه على التقديرين؟ أقوال تقدم (٤) الكلام فيها أيضا. والوجه أنه مع إذن السيد يلزم المسمى، وبدونه تجري الأقوال. هذا إذا لم تكن عالمة بالتحريم، وإلا جاء فيه الخلاف أيضا في مهر البغي إذا كان مملوكا. ويلزم أرش البكارة على القولين إن كانت بكرا. وقد تقدم (٥) البحث في ذلك كله. ولو وقع ذلك بغير شرط، بل أخبرته أنها حرة، أو أخبره المتولي لنكاحها،

(١) لم نجد ذلك، وفي ج ٣: ٢١٢ حكم بالاسقاط، ولعله قصد به ما سلف من كلام المصنف في الصفحة السابقة.

(٢) في ص: ٥.

(٣) في ص: ١٢٩.

(٤) في ص: ١٦.

(٥) في ص: ١٦.

ويرجع بما اغترمه على المدلس. ولو كان مولاها دلستها قيل:
يصح وتكون حرة بظاهر إقراره. ولو لم يكن تلفظ بما يقتضي العتق لم
تعتق، ولم يكن لها مهر. ولو دلست نفسها كان عوض البضع لمولاها،
ورجع الزوج به عليها إذا أعتقت. ولو كان دفع إليها المهر استعاد ما وجد
منه، وما تلف منه يتبعها به عند حريتها.

فتزوجها لذلك على وجه حصل به التدليس، بأن وقع الخبر في معرض التزويج،
ففي إلحاقه بالشرط قولان، من تحقق التدليس، وأصالة لزوم العقد، والفرض أنه
لا شرط هناك يتبع.

وعبارة المصنف وجماعة (١) تحتمل إرادة القسمين. وكذلك الرواية التي هي
منشأ الحكم، وهي رواية وليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام: " في رجل
تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها الخ " (٢). والشيخ في المبسوط (٣)
صرح باختصاص الحكم بما لو شرط ذلك. وفي القواعد (٤) صرح بالمساواة بين
الأميرين. وينبغي الاقتصار على الشرط، وقوفا فيما خالف الأصل على المتيقن.
قوله: " ويرجع بما اغترمه... الخ ".

إذا تزوجها على أنها حرة فبانت أمة، إما بالشرط أو بدونه على القولين،
وكان ظهور ذلك بعد الدخول بحيث وجب عليه المهر أو ما في حكمه، رجع بما
اغترمه على المدلس، للغرور.

ثم لا يخلو: إما أن يكون المدلس المرأة، أو المولى، أو أجنبيا. فإن كانت

(١) لاحظ المقنعة: ٥١٩ " النهاية: ٤٨٤، الجامع للشرايع: ٤٦٢، اللمعة الدمشقية: ١١٨.
(٢) الكافي ٥: ٤٠٤ ح ١، التهذيب ٧: ٤٢٢ ح ١٦٩٠، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧، الوسائل
١٤: ٥٧٧ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٣) المبسوط ٤: ٢٥٤.
(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٤.

هي لم يمكن الرجوع عليها حال الرقية، لأنه يكون كالرجوع على المولى، وهو باطل، بل إنما يرجع عليها بعد العتق واليسار. فإن لم يكن دفع المهر إليها غرمه للمولى، ورجع به كما قلناه. وإن كان قد دفعه إليها رجع به إن كانت عينة باقية، أو بعضه ويتبعها بالباقي.

وإن كان المدلس المولى، فإن تلفظ بما يقتضي العتق، كقوله: هي حرة، حكم عليه بحريتها، سواء جعله إنشاء أم إخباراً، إعمالاً للسبب بحسب مقتضاه. وحينئذ فيصح العقد، ويكون المهر لها دون السيد. ويعتبر في صحة النكاح حينئذ إذنها سابقاً، أو إجازتها لاحقاً، كغيرها من الحرائر. وإن لم يتلفظ بما يقتضي العتق، بل تكلم بكلام يحتمل الحرية وغيرها، ففهم الزوج منه الحرية، ونحو ذلك، فلا شيء للسيد ولا لها، لأن الزوج يرجع به على تقدير الغرور على المدلس، ولا وجه لغرامته له ثم الرجوع عليه به. ولم يذكر المصنف استثناء ما يصلح أن يكون مهراً كما ذكره غيره (١)، لعموم (٢) الدليل الدال على رجوعه على المدلس بما غرم، وللأصل.

وقول المصنف فيما لو كان المدلس المولى وقد تلفظ بما يقتضي الحرية: " قيل: يصح وتكون حرة " يؤذن بعدم ترجيحه القول. ووجهه: أن العتق يتوقف على الصيغة الخاصة بشرائها ولم تحصل. والوجه أنه يحكم عليه بظاهر الاقرار إن لم يتلفظ بصيغة تصلح للانشاء، وإلا فبظاهر " اللفظ " (٣) الدال على الانشاء، ولا يعتبر ما في نفس الأمر كغيرها من

(١) كما في قواعد الأحكام ٢: ٣٤، والتنقيح الرائع ٣: ١٩٨.
(٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٩٥ ب (٢) من أبواب العيوب والتدليس.
(٣) من إحدى الحجريتين.

الثانية: إذا تزوجت المرأة برجل على أنه حر فبان مملوكا كان لها الفسخ قبل الدخول وبعده. ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول، ولها المهر بعده.

الصيغ. وهذا هو الذي قطع به الشيخ (١) والجماعة (٢) من غير نقل خلاف. قوله: " إذا تزوجت.... الخ ". هذه المسألة عكس السابقة. والحكم فيها بجواز الفسخ مع الشرط واضح، عملا بمقتضاه، وبدونه الوجهان. والعبارة محتملة للأمرين كالسابقة. ولا فرق في جواز الفسخ - على تقديره - بين الدخول وعدمه. ثم إن كان قبله فلا مهر، لأن الفسخ من قبلها كما مر. وإن كان بعده فلها المهر، لأن الوطاء محترم فلا يخلو من مهر. فإن كان النكاح برضا السيد كان لها عليه المسمى، وإلا كان لها مهر المثل يتبع به العبد بعد العتق واليسار. والأصل في ذلك صحيحة محمد بن مسلم قال: " سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة حرة تزوجت مملوكا على أنه حر فعلمت بعد أنه مملوك، قال: هي أملك بنفسها إن شاءت أقرت معه، وإن شاءت فلا. فإن كان دخل بها فلها الصداق، وإن لم يكن دخل بها فليس لها شيء " (٣). والمصنف عبر بقوله: " على أنه حر " الشامل لشرطه في العقد وعدمه تبعا للرواية. ولو ظهر البعض رقا في صورتين فالخيار بحاله، إلا أنه مع الدخول وإذن السيد يلزمه هنا منه بنسبة ما فيه من الرقية.

(١) المبسوط ٤: ٢٥٤.

(٢) كما في إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينايع الفقهية ١٨: ٣٣٥.

(٣) الكافي ٥: ٤١٠ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٨٧ ح ١٣٦٩، التهذيب ٧: ٤٢٨ ح ١٧٠٧، الوسائل ١٤: ٦٠٥ ب (١١) من أبواب العيوب والتدليس ح ١. وفيه: سألت أبا عبد الله عليه السلام.

الثالثة: قيل: إذا عقد علي بنت رجل علي أنها بنت مهيرة فبانت بنت أمة كان له الفسخ. والوجه ثبوت الخيار مع الشرط لا مع إطلاق العقد. فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر. ولو فسخ بعده كان لها المهر، ويرجع به على المدلس أبا كان أو غيره.

قوله: " قيل: إذا عقد علي... الخ "

المراد بالمهيرة الحرة؟ قاله الجوهري (١) وغيره من أهل اللغة، سميت بذلك لأنها لا تنكح إلا بمهر، بخلاف الأمة، فإنها تنكح بالملك. إذا تقرر ذلك فإذا تزوج الرجل امرأة علي أنها بنت مهيرة فظهرت بنت أمة قال الشيخ (٢): كان له ردها. ثم إن كان قبل الدخول فلا شيء لها عليه، ولكن لها على أبيها المهر. وإن كان قد دخل كان عليه المهر بما استحل من فرجها. والمصنف - رحمه الله - قيد جواز الفسخ بكونه قد شرط ذلك في العقد، وإلا فلا خيار له. وهذا هو الأقوى. ويظهر من تقييده هنا بالشرط - مع كونه قد ذكر العبارة فيه كالعبارة في المسألتين السابقتين - أنه لا يفرق فيهما بين الشرط وغيره، كما صرح به العلامة في القواعد (٣). ويمكن الفرق بينها وبين ما سبق من وجهين:

أحدهما: كون الرواية (٤) التي هي مستند الحكم في الأولى أعم من اشتراط الحرية في متن العقد وعدمه، لأنه قال فيها " رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها الخ " فعمل بها عامة. والرواية في الثانية أظهر في الإطلاق

(١) الصحاح ٢: ٨٢١، ولاحظ القاموس المحيط ٢: ١٣٧.

(٢) النهاية: ٤٨٥.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٤.

(٤) مر ذكر مصادرها في ص: ١٤١، هامش (٢).

وموافقة عبارته. وقد تقدمت (١).

والثاني: أن وصف الحرية أمر مهم، وفواته نقص بين، بحيث يصلح لتسلط من قدم عليه على الرد إذا ظهر خلافه، بخلاف الحرة التي أمها أمة أو حرة، فإن التفاوت بينهما ليس كالتفاوت بين الأمة والحرة، ولا قريبا منه، بل ربما لا يظهر التفاوت بينهما، أو يكون الكمال في جانب بنت الأمة مع اشتراكهما في الوصف بالحرية، فلم يكن لفواته أثر إلا مع الشرط في متن العقد، عملا بعموم (٢) الوفاء بالشرط، وفواته يظهر تزلزل العقد.

ثم إن كان الفسخ قبل الدخول فمقتضى القواعد السابقة أنه لا مهر لها عليه. وإن كان بعده كان لها المهر على الزوج، ويرجع هو به على من دلسها أبا كان أم غيره، حتى لو كانت هي المدلسة فلا شيء لها إلا أقل ما يصلح أن يكون مهرا كنظائره على قول.

ونبه المصنف بقوله: "أبا كان أو غيره" على خلاف الشيخ ومن تبعه (٣)، حيث حكم برجوعها على أبيها بالمهر قبل الدخول، تعويلا على رواية (٤) محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام. ولا يخلو من قصور في الدلالة على ما ادعاه. وما اختاره المصنف هو الموافق للقواعد الشرعية.

(١) في ص: ١٤٣ هامش (٣).

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب (٦) من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥ و ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

(٣) النهاية: ٤٨٥. ولم نظفر على من تبع الشيخ في ذلك.

(٤) الكافي ٥: ٤٠٦ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٢٣ ح ١٦٩١، الوسائل ١٤: ٦٠٣ ب (٨) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.

الرابعة: لو زوجه بنته من مهيرة وأدخل عليه بنته من الأمة فعليه ردها. ولها مهر المثل إن دخل بها، ويرجع به على من ساقها إليه. ويرد عليه التي تزوجها. وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته، سواء كانت أرفع أو أخفض.

واعلم أنه لا فرق في بنت المهيرة بين كون أمها حرة في الأصل أو معتقة، لما عرفت من أن المراد منها لغة الحرة، وهي شاملة لهما. ويحتمل ضعيفا الفرق بناء على أن المعتقة يصدق عليها أنها كانت أمة، إذ لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه. ولا يخفى ضعفه، إذ لا اشتقاق هنا، بل الأمة اسم للرقيقة وهو منتف بعد العتق، وتعريف أهل اللغة ينافيه.

قوله: " لو زوجه بنته من مهيرة... الخ "

الفرق بين هذه والسابقة: أن العقد وقع في السابقة على بنت الأمة مع دخوله على أن تكون بنت الحرة، فلذا كان له الخيار، لفوات شرطه أو ما قدم عليه. وهنا العقد وقع على بنت الحرة باتفاقهما، وإنما أدخل عليه بنت الأمة بغير عقد.

وحكم المصنف حينئذ بوجوب رد الداخلة ظاهر، لأنها ليست زوجته. ولها مهر المثل إن كان دخل بها جاهلا بالحال، لأنه وطء شبهة، ومهر المثل عوضه، ويرجع به على المدلس الذي ساقها إليه، لغروره. ولا بد من تقييده بكونها أيضا جاهلة بالحال، فلو كانت عالمة بأنها غير الزوجة فلا شئ لها، لأنها زانية. ولو علم هو وجهلت هي كان زانيا، ولها مهر المثل. وإن لم يكن دخل بها فلا شئ لها عليه ولا على غيره، لأنها ليست معقودا عليها ولا موطوءة. ويجب أن يرد عليه زوجته المعقود عليها

وهذا الحكم لا يختص بهذا الفرض، بل يأتي في كل من أدخلت عليه غير زوجته. وفي قول المصنف: "فظنها زوجته" إشارة إلى أن فرض المسألة سابقا كذلك "وإلا كان زانيا عليه الحد. وعليه مهر المثل مع جهلها على التقديرين، لكن مع العلم لا يرجع به على أحد.

وإنما فرض المصنف المسألة في بنت المهيرة والأمة تبعا للرواية الواردة في ذلك، وتبنيها على ما ينبغي في فقه المسألة، حيث وقع الاختلاف فيها بين الأصحاب بسبب الرواية، فإن الشيخ - رحمه الله - قال في النهاية بعد فرضه المسألة ودخول بنت الأمة عليه: "كان له ردها. وإن كان قد دخل بها وأعطها المهر كان المهر لها بما استحل من فرجها. وإن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر. وعلى الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيرة. وكان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى ابنته الأولى. وإن لم يكن وصل إليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمة الزوج" (١).

واستند في ذلك إلى رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: "سألته عن رجل خطب إلى رجل بنتا له من مهيرة، فلما كان ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتا له من أمة، قال: ترد على أبيها، وترد إليه امرأته، ويكون مهرها على أبيها" (٢). ولا يخفى أن في فتوى الشيخ زيادات عن مدلول الرواية لا توافق الأصول، مع أن في طريق الرواية ضعفا.

(١) النهاية: ٤٨٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٦ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٣٥ ح ١٧٣٣، الوسائل ١٤: ٦٠٣ ب (٨) من أبواب العيوب والتدليس ح ٢.

الخامسة: إذا تزوج امرأة وشرط كونها بكرًا فوجدتها ثيبًا لم يكن له الفسخ، لا مكان تجدده بسبب خفي. وكان له أن ينقص من مهرها ما بين مهر البكر والثيب. ويرجع فيه إلى العادة. وقيل: ينقص السدس. وهو غلط.

قوله: " إذا تزوج امرأة وشرط... الخ "

إذا تزوج امرأة على أنها بكر فخرجت ثيبًا، فلا يخلو: إما أن يكون قد شرط ذلك في العقد، أو لا. وعلى تقدير عدم شرطه: إما أن يكون قد أخبر بكونها بكرًا فدلست (١) عليه، أو قدم عليه على وجه العادة الغالبة في النساء قبل أن يتزوجن. وعلى التقادير الثلاثة: إما أن يظهر كونها ثيبًا قبل العقد، أو بعده، أو يشبه الحال. فالصور تسع.

وخلاصة حكمها: أنه بدون الشرط والتدليس لا خيار له، ولا يرجع بشيء مطلقًا، لأن الثيوبه في نفسها ليست عيبًا بحيث ترد بها المرأة، وقد قدم على احتمال الأمرين بالمهر المعين، فيلزمه ذلك. وإن كان قد شرطها بكرًا، فإن تجددت الثيوبه بعد العقد فلا خيار له، ولا رجوع أيضًا، لعدم المقتضي، وما تجدد حصل أثناء نكاحه من جملة العوارض اللاحقة لها.

وإن تحقق سبقها على العقد فالأقوى تخيره في الرد، لفوات الشرط المقتضي للتخيير كنظائره. فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء لها. وإن كان بعده استقر المهر، ورجع به على المدلس. فإن كانت هي المرأة فلا شيء لها إلا أقل ما يصلح أن يكون مهرا كما قيل في نظائره. وإن اختار البقاء معها ففي وجوب المهر كمالًا، أو نقصانه شيئًا، أقوال تأتي.

ويثبت سبق الثيوبه على العقد بإقرارها، أو البينة، أو بقرائن الأحوال

(١) في " ش " وإحدى الحجريتين: تدليسا.

المفيدة للعلم، كما لو كان دخوله بها بعد العقد بمدة لا يحتمل تجدد الثيوبة على الوجه الذي وجدت عليها.

وإن اشتمبه الحال ولم يعلم هل كانت متقدمة على العقد، أو متأخرة؟ فلا خيار له، لأصالة عدم تقدم الثيوبة، ولا مكان تجددتها بسبب خفي، كالركوب والنزوة، وتجددها غير مناف للشرط. ويؤيده رواية محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيباً، أيجوز له أن يقيم عليها؟ قال: (" فقال: نفتق البكر من المركب والنزوة) ومفهومها عدم ثبوت الخيار.

وحيث لا يفسخ، إما لعدم الخيار، أو لاختياره البقاء، مع كونه قد شرط البكارة فلم يجدها ولم يعلم تأخرها، فهل ينقص من مهرها شيء؟ قولان. أحدهما عدم، وهو قول أبي الصلاح (٢) وابن البراج (٣)، لوجوب جميعه بالعقد، والأصل بقاؤه. والثاني أنه ينقص، وهو المشهور، ولكن اختلفوا في قدره على أقوال:

أحدها: أنه ينقص شيء في الجملة، ولم يرد من الشارع تقديره، وهو اختيار الشيخ في النهاية (٤)، لصحيحة محمد بن جرك قال: " كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكراً فوجدها ثيباً، هل يجب لها

(١) الكافي ٥: ٤١٣ ح ١، التهذيب ٧: ٤٢٨ ح ١٧٠٥، الوسائل ١٤: ٦٠٥ ب (١٠) من

أبواب العيوب والتدليس ح ١.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

(٣) لم نجده في المذهب، بل جوز فيه أن ينتقص منه شيء. نعم، نسبه إليه في الإيضاح ٣: ١٨٥ " مع أنه نقل عنه بعد سطرين جواز النقص " ولعله في كتابه الكامل وهو مفقود.

(٤) النهاية: ٤٨٦.

الصداق وافيا، أم ينقص؟ قال: ينقص (١). ووجه دلالة استلزام النقص تقدير منقوص، والمناسب تقدير لفظ " شئ " مبهم لاقتضاء المقام إياه. وثانيها: أنه ينقص السدس، ذكره القطب الراوندي في شرح النهاية (٢)، لأن الشئ في عرف الشرع السدس، كما ورد (٣) في الوصية به. وغلطه المصنف في ذلك، لأن الشئ لم يذكر في الرواية، وإنما وجب تقديره لاقتضاء اللفظ نقصان قدر مبهم، وهو شئ منكر، لا الشئ المعين الذي هو السدس. ثم كون الشئ سدسا في الوصية لا يقتضيه في غيرها، لانتهاء الدليل عليه، مع كونه أعم. ولا شبهة في أن مثل هذا الحمل غلط فاحش، لا يليق بالمجتهدين في الأحكام الشرعية، المستنبطين للأحكام من مداركها لا من كلام الفقهاء.

وثالثها: أنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر والثيب عادة، أي بنسبة ما بينهما، لا مجموع ما بينهما، لئلا يلزم استيعاب المسمى في بعض الموارد، بل الزيادة عليه. فلو فرض كون مهر مثل البكر مائة والثيب خمسين، نقص في الفرض نصف المسمى.

وهذا قول ابن إدريس (٤) ورجحه المصنف والعلامة في التحرير (٥). ووجهه: أن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكارة، ولم

-
- (١) الكافي ٥: ٤١٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٢٨ ح ١٧٠٦، الوسائل ١٤: ٦٠٥ ب (١٠) من أبواب العيوب والتدليس ح ٢.
(٢) حكاه عنه المحقق في نكت النهاية راجع النهاية ونكتها ٢: ٣٦١.
(٣) لاحظ الوسائل ١٣: ٤٥٠ ب " ٥٦ " من أبواب الوصايا.
(٤) السرائر ٢: ٥٩١.
(٥) التحرير ٢: ٣٠.

السادسة: إذا استمتع امرأة فبانت كتابية لم يكن له الفسخ من دون هبة المدة، ولا له إسقاط شيء من المهر. وكذا لو تزوجها دائما على أحد القولين. نعم، لو شرط إسلامها كان له الفسخ إذا وجدها على خلافه.

تحصل إلا خالية من الوصف، فيلزم التفاوت، كأرش ما بين كون المبيع صحيحا ومعيبا.

ويضعف بأن ذلك إنما يتم حيث يكون فواته قبل العقد، أما مع امكان تجدد فلا، لعدم العلم بما يقتضي السقوط.

ورابعها: إحالة تقدير ذلك على نظر الحاكم، لانتفاء تقدير النقص شرعا مع الحكم بأصله بالرواية (١) الصحيحة، فيرجع فيه إلى رأي الحاكم. وهذا القول منسوب إلى المصنف (٢) أيضا. وهو أوجه الأقوال، لثبوت النقص بالرواية الصحيحة (٣)، وعدم تقديره لغة ولا شرعا، فلا شيء أنسب له من نظر الحاكم. وحينئذ فينظر في أصل المسألة برأيه. قوله: " إذا استمتع امرأة... الخ "

متى جوز نكاح الكتابية إما متعة على رأي المصنف (٤)، أو مطلقا على القول الآخر، فتزوج امرأة فظهرت كتابية، فإن كان قد شرط في العقد كونها مسلمة فلا شبهة في جواز فسخه، عملا بمقتضى الشرط. وإن لم يشترط ذلك فلا خيار له، لأن الكفر في الزوجة على هذا الوجه ليس عيبا في النكاح، ولا ينقص بسببه الاستمتاع، فلا ينقص من المهر بسببه شيء، بخلاف ما لو ظهرت ثيبا. وقوله: " فليس له الفسخ من دون هبة المدة " يدل بمفهومه على أنه لو

(١) لاحظ ص: ١٤٩ - ١٥٠. هامش (١).

(٢) لاحظ النهاية ونكتها ٢: ٣٦٢.

(٣) لاحظ ص: ١٤٩ - ١٥٠. هامش (١).

(٤) راجع ج ٧: ٣٥٨.

وهيها المدة جاز له الفسخ، وليس كذلك، بل المراد أنه إن أراد مفارقتها وهبها المدة، فكان ذلك بمنزلة الفسخ. وحيث يثبت له الفسخ، لكونه شرطه في العقد، فلا مهر لها قبل الدخول، ويستقر بعده كمنظائره.

ولو انعكس الفرض، بأن تزوجها على أنها كتابية فظهرت مسلمة، فإن لم يكن شرط ذلك في العقد فلا خيار أيضا بطريق أولى، لأن الإسلام صفة كمال. وإن شرطه في العقد " فإن وقع على وجه يصح لو قصدتها، كما لو وقع متعة أو دواما على القول الآخر، ففي تخييره قولان، من ظهور الكمال فضلا عن النقص الذي لا يبلغ العيب، ومن وقوعه خلاف ما شرط، والشرط يقتضي انقلاب العقد من اللزوم إلى الجواز، وعموم: " المسلمون عند شروطهم " (١) يتناوله، وجواز أن يتعلق بذلك غرض صحيح، لضعف حقها على تقدير الدوام، وسهولة تكليفها بما كلف به المسلمون. وفي التحرير (٢) قرب سقوط الخيار.

ولو وقع على وجه لا يصح مع العلم بحالها، كما لو تزوجها دائما على القول المشهور فظهرت مسلمة، ففي صحة العقد وجهان، من مطابقته الواقع في نفس الأمر، ومن قدومه على عقد يعتد بطلانه، فكأنه لم يقصد إلى العقد الصحيح وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط (٣). ولا يخلو من قوة. والوجهان يجريان مع الشرط في العقد وعدمه، لأنها متى ذكرت أنها كتابية فعقد عليها معتقدا بطلانه جاء فيه الاشكال.

(١) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب (٦) من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.

(٢) التحرير ٢: ٣١.

(٣) المبسوط ٤: ع ٢٥.

السابعة: إذا تزوج رجلان بامرأتين، وأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطئها، فلكل واحدة منهما على واطئها مهر المثل. وترد كل واحدة على زوجها، وعليه مهرها المسمى. وليس له وطؤها حتى تنقضي عدتها من وطء الأول. ولو ماتت في العدة أو مات الزوجان ورث كل واحد منهما زوجة نفسه وورثته.

قوله: " (إذا تزوج رجلان... الخ)".

ما ذكره المصنف من حكم المسألة هو الموافق للقواعد الشرعية، فإن وطء الانسان زوجة الآخر لشبهة منهما يوجب لها مهر المثل، ولا تزول الزوجية بذلك. والاعتداد من وطء الشبهة لا ينافي الزوجية أيضا، بل تحريمها حينئذ على الزوج بسبب عارض للفرق بين المائين كتحريمها عليه في زمان الحيض، فلا يؤثر في الإرث لو مات أحدهما، ولا يوجب نقص المهر، سواء كان قد دخل بزوجته أم لا. ثم إن كان هناك غار رجع الغارم عليه بما اغترمه من مهر، سواء كان هو الأب أم غيره. ولو كان الغرور منها فلا شيء لها، ولا يستثنى لها حينئذ أقل ما يصلح مهرا كما توهمه بعضهم (١)، لأنها ليست زوجة، بل بغية فلا مهر لها. ولو فرض علم الرجل بالحال وجهل المرأة فالمهر والاعتداد بحاله، ويحد الرجل لزنائه " ولو انعكس حدث دونه، ولا مهر لها، وعليها العدة لو طيه المحترم. ولو علما معا كانا زانيين، فلا مهر ولا عدة. ولو فرض دخول أحدهما دون الآخر، أو العلم من أحد الجانبين دون الآخر، اختص كل بما يلزمه من الحكم. والأصل في ذكر هذه المسألة رواية وردت بها اشتمل حكمها على ما

(١) راجع جامع المقاصد ١٣ : ٣٠٨.

يخالف القواعد الشرعية، وعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه (١)، فذكرها المصنف ونبه على ما يوافق الأصول من حكمها، ولم يتعرض للمخالف.

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 فإن لكل واحدة منهما الصداق، فإن كان الولي تعمد ذلك أغرم الصداق. ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها. فإن ماتتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، ويرثانهما الزوجان. وإن مات الزوجان وهما في العدة فإنهما يرثانهما، ولهما المسمى " (٢).

والمستند رواية 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 واحدة منهما الصداق بالغشيان، وإن كان وليهما تعمد ذلك أغرم الصداق. ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة فإذا انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول. قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العدة، قال: فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، ويرثانهما الرجلان. قيل: فإن مات الرجلان وهما في العدة، قال: ترثانهما، ولهما نصف المهر المسمى لهما، وعليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الأولى، تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها (٣).

(١) راجع المهذب ٢: ٢٣٨، إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينايع الفقهية ٨: ١: ٣٣٥.

(٢) النهاية: ٤٨٨.

(٣) الكافي ٥: ٤٠٧ ح ١١، الفقيه ٣: ٢٦٧ ح ١٢٦٩، التهذيب ٧: ٤٣٤ ح ١٧٣٠، الوسائل

١٤: ٣٩٦ ب (٤٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

وقد ظهر أن الرواية ضعيفة بالارسال والقطع معا. ومع ذلك فالشيخ لم يعمل بموجبها في الزوجين، لتضمنها ثبوت نصف المهر بالموت في كل منهما، والشيخ خصه بموت الزوجة، وأوجب مع موت الزوج المسمى. ولعل لفظ المسمى وقع سهواً، وكان حقه " نصف المسمى " كما في الرواية، لأنها هي مستند ذكره لها في النهاية.

وقد ذكرها الصدوق في المقنع (١) كما ذكرها في التهذيب باللفظ الذي حكيناه، ولكن الصدوق لم يجعلها مقطوعة، بل قال: " وسئل الصادق عليه السلام عن أختين أهديتا لأخوين إلى آخر الحديث).

وفي المختلف (٢) اقتصر في نقل الرواية على ما تضمنه كلام الشيخ، وترك حكاية آخرها المتضمن لثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج، فلم يجعل فيها مخالفة إلا في موضع واحد، وهو ثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوجة كما ذكره في النهاية. ثم حمل الرواية على أن المرأتين ليس لهما ولد فيرجع الزوجان بالنصف مما دفعاه مهراً على سبيل الميراث. ورضيه منه المتأخرون (٣).

وهذا الحمل - مع بعده - يتم في جانب الزوج دون الزوجة، لحكمه لها أيضاً بالنصف. مع أن أول الرواية تضمن حصول الغشيان ووجوب الصداق، وآخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت. وحملها على ما لو وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها. وعلى كل تقدير فاطراح الرواية لما ذكر من وجه الضعف أولى

(١) المقنع ١: ١٠٥.

(٢) المختلف: ٥٥٧.

(٣) لاحظ التنقيح الرائع ٣: ٢٠٢. وجامع المقاصد ١٣: ٣٠٨.

الثامنة: كل موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللزوجة مع الوطاء مهر المثل لا المسمى. وكذا كل موضع حكمنا فيه بصحة العقد فلها مع الوطاء المسمى وإن لحقه الفسخ. وقيل: إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطاء لزم مهر المثل، سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده. والأول أشبه.

من تكلف حملها على ما لا تدل عليه.
قوله: " كل موضع حكمنا... الخ "

وجه وجوب مهر المثل مع البطلان أنه عوض البضع المحترم حيث لا عقد، ومع بطلان العقد ينزل كعدمه، فيكون كالوطاء بالشبهة المجردة عن العقد. وأما المسمى فإنه تابع لصحة العقد، وقد انتفى. وقد وقع الخلاف في بعض أفراده. وتقدم (١) الكلام عليه في محله. وأما مع الفسخ فيثبت المسمى على كل تقدير، لوجوبه بالعقد، والفسخ إنما يرفع العقد من حين الفسخ لا من أصله، فلا يبطل المسمى فيه الذي قد استقر بالدخول، سواء كان الفسخ بعيب سابق له أم لاحق. والقول بالتفصيل المذكور للشيخ في المبسوط (٢). وقد تقدم (٣) نقله والكلام عليه في بابه.

(١) راجع ج ٧: ٢٧٣ - ٢٧٤ و ٣٣٨ - ٣٣٩. وغيرها.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٣.

(٣) في ص: ١٣٠.

النظر الثاني: في المهور. وفيه أطراف:
الأول: في المهر الصحيح.

قوله: " النظر الثاني... الخ "

هو جمع مهر، وهو مال يجب بوطء غير زنا منها ولا ملك يمين، أو بعقد النكاح، أو تفويت بضع قهرا على بعض الوجوه، كإرضاع ورجوع شهود. وله أسماء كثيرة:

منها: الصداق بفتح الصاد وكسرهما، سمي به لاشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجابه.

والصدقة بفتح أوله وضم ثانيه، والنحلة، والأجر، والفريضة. وقد ورد بها القرآن، قال الله تعالى: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) (١) وقال: (فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن) (٢) وقال: " وقد فرضتم لهن فريضة " (٣). وليس المراد من النحلة ما هو بمعنى العطية المتبرع بها، لأنه عوض البضع، بل إما من الانتحال، وهو التدين. أو لأنه في حكم التبرع من حيث تحقق الاستمتاع للزوجين، فكان للزوجة في معنى النحلة وإن كان عوضا. أو لأن الصداق كان للأولياء في غير شرعنا، كما ينبه عليه قصة شعيب وجعل مهر ابنته رعي غنمه، فكان جعله لهن في شرعنا بمنزلة النحلة.

والعليقة والعلايق. وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " أدوا العلايق: قيل: وما العلايق؟ قال: ما تراضى به الأهليون " (٤).
والعقر بالضم، والحباء بالكسر.

(١) النساء: ٤ و ٢٤.

(٢) النساء: ٤ و ٢٤.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) النهاية لابن الأثير ٣: ٢٨٩، عوالي اللئالي ١: ٢٢٩ ح ١٢٤، وقريب منه سنن الدارقطني ٣: ٢٤٤ ح ١٠، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٣٩.

وهو كل ما يصح أن يملك، عينا كان أو منفعة. ويصح العقد على منفعة الحر، كتعليم الصنعة والسورة من القرآن، وكل عمل محلل، وعلى إجارة الزوج نفسه مدة معينة. وقيل بالمنع، استنادا إلى رواية لا تخلو من ضعف، مع قصورها عن إفادة المنع.

ويقال من لفظ الصداق والصدقة: صدقتها، ومن المهر: مهرتها. ولا يقال: أصدقها وأمهرتها. ومنهم من جوزها (١). وقد استعمله المصنف (٢) وغيره (٣) من الفقهاء.

واعلم أن المهر ليس ركنا في النكاح كالبيع والتمن في البيع، لأن المقصود الأظهر منه الاستمتاع ولو احقه، وأنه يقوم بالزوجين، فهما الركن، فيجوز إخلاء النكاح عن المهر. ولكن الأحب تسميته مهرا كيلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وآله وسلم، وليكون أدفع للخصومة. قوله: " وهو كل ما يصح... الخ "

احترز بقوله: " ما يصح أن يملك " عما لا يقبل الملك أصلا كالخنزير، وما هو ملك للغير حيث لا يرضى بنقله عن ملكه، فإنه لا يصح أن يملك لغيره على هذا الوجه، فلا. يصح لغير مالكة جعله مهرا. ودخل فيه ما لا يتمول عادة، فإنه مما يصح أن يملك وإن لم تصح المعاوضة عليه، حتى أنه لا يصح أخذه. بغير إذن المالك، ويضمنه الآخذ كغيره من الأموال. ويمكن أن يريد ب " ما يصح أن يملك "

(١) راجع لسان العرب ٥: ١٨٤ و ١٠: ١٩٧.

(٢) كما في ص: ١٧٦ و ١٨٠.

(٣) لاحظ المبسوط ٤: ٢٧٤، ٢٧٦، ٢٨٦، ٣٠٣، الجامع للشرائع: ٤٤٠، القواعد ٢: ٤٢، ٤٣، جامع المقاصد ١٣: ٣٤٤، ٣٤٨.

ما يقبل نقله بالملك إلى غيره، فيخرج عنه ما لا يتمول.
ولا فرق فيه بين العين والمنفعة، لأنها مال يصح أن يملك، حتى منافع
الحر، كتعليم صنعة محللة، أو سورة من القرآن، أو بعضها، أو غيره من الحكم
والآداب، أو عمل محلل مقصود، أو إجارة الزوج نفسه مدة معينة، سواء كان
زمانها مشخصاً أم لا.

ولا خلاف في ذلك كله إلا في العقد على منفعة الزوج مدة معينة، فقد منع
منه الشيخ (١) وجماعة (٢)، استناداً إلى حسنة أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي
قال: "قلت لأبي الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة
شهرين يجوز ذلك؟ فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه،
فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيقى حتى يفي؟ وقد كان الرجل على عهد رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم،
وعلى القبضة من الحنطة" (٣).

وأجاب المصنف عنها بأمرين:

أحدهما: ضعف السند "فإنها ليست من الصحيح، لأن في طريقها سهل بن
زياد، وهو ضعيف. ولها طريق (٤) آخر حسن فيه إبراهيم بن هاشم، ولم يبلغ حد
الثقة وإن كان ممدوحاً.

وثانيهما: قصورها في الدلالة عن إفادة المنع:
أما أولاً فلأن شعبياً استأجر موسى عليه السلام ليرعى له لا لابنته،

(١) النهاية: ٤٦٩.

(٢) كما في المهذب ٢: ٢٠١.

(٣) الكافي ٥: ٤١٤ ضمن ح ١، التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٣، الوسائل ١٥: ٣٣ ب (٢٢) من أبواب

المهور ضمن ح ١.

(٤) تقدم أنفاً تحت رقم ٣.

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، لأنهما يملكانه. ولو أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض دفع القيمة، لخروجه عن ملك المسلم، سواء كان عينا أو مضمونا.

وقد كان جائزا في شرعهم وليس بجائز في شرعنا، والمتنازع فيه إجارته نفسه لها.

وأما ثانيا فلأنها ليست صريحة في المنع، فإن قوله: " إن موسى عليه السلام علم ومن أين لهذا أن يعلم؟ " ليس دالا على اشتراط العلم وإن أشعر به، ولعله أراد أنه لا ينبغي التعرض لتحمل ما لا يثق بالوفاء به على جهة الكراهة لا المنع، بدليل جريانه في كل مهر قبل تسليمه، فإنه لا وثوق بالبقاء إلى أن يوفيه، مع أنه غير قادح في الصحة إجماعا. فالقول بالجواز أصح، للأصل، ووجود المقتضي، وهو كونها منفعة مقصودة موجودة، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا كونها منفعة الزوج، وهو غير صالح للمانعية. وقد دل على جواز جعل منفعته مهرا خبر سهل الساعدي (١) الذي زوجه النبي صلى الله عليه وآله وسلم المرأة بأن يعلمها سورا مخصوصة من القرآن.

قوله: " ولو عقد الذميان.... الخ "

لا فرق في الحكم بالصحة بين الذميين وغيرهما من أصناف الكفار، لأن الحكم بالصحة بالنسبة إلى ما بينهم، ولا يجب على المسلم البحث عنه، وهو مشترك بين أصناف المشركين.

ثم إن أسلما أو أسلم أحدهما بعد التقابض فلا شيء للزوجة، لأن الزوج

(١) سنن أبي داود ٢: ٢٣٦ ح ٢١١١، سنن الدارقطني ٣: ٢٤٧ ح ٢١، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٣٦، والظاهر منها أن سهلا راوي الحديث، والمزوج غيره.

قد برئ بما دفعه قبل الاسلام بحسب ما عندهما من الحكم، خلافا لبعض العامة (١)، حيث ذهب إلى أن لها مهر المثل، لفساد ذلك القبض. وإن كان الاسلام قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه، لأنهما إن كانا قد أسلما معا فواضح، لعدم صحة قبضه ولا إقباضه في دين الاسلام حينئذ. وكذا إن كان المسلم الزوج، لأنه لا يصح له إقباضه ولا دفعه ديناً. وإن كان هو الزوجة لم يصح لها قبضه. فينتقل إلى القيمة عند مستحليه، لأنها أقرب شئ إليه، ولأن المعين يراد منه شخصه وماليته، فإذا تعذر أحدهما يصار إلى الآخر. ويؤيده رواية عبيد بن زرارة قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنا خمرا أو ثلاثين خنزيرا، ثم أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمة الخنازير وكم قيمة الخمر ويرسل به إليها، ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الأول " (٢).

وفي المسألة أقوال أخر قد تقدم (٣) البحث فيها وفي المختار منها في باب نكاح الكفار.

وأشار المصنف بقوله: " سواء كان عينا أو مضمونا " إلى خلاف بعض العامة (٤) حيث فرق بينهما، وحكم في العين أنها لا تستحق غيره.

-
- (١) المدونة الكبرى ٢: ٢٩٧.
(٢) الكافي ٥: ٤٣٧ ح ٩، الفقيه ٣: ٢٩١ ح ١٣٨٣، التهذيب ٧: ٣٥٦ ح ١٤٤٨، الوسائل ١٥: ٤ ب (٣) من أبواب المهور ح ٢. وفيه: وثلاثين.
(٣) في ج ٧: ٣٨٧.
(٤) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٥٦٠.

ولو كانا مسلمين أو كان الزوج مسلماً قيل: يبطل العقد. وقيل: يصح، ويثبت لها مع الدخول مهر المثل. وقيل: بل قيمة الخمر. والثاني أشبه.

قوله: " ولو كانا مسلمين... الخ "

البحث هنا يقع في موضعين:

أحدهما: في صحة العقد وفساده، فقد ذهب جماعة - منهم الشيخان في المقنعة (١) والنهية (٢)، والقاضي (٣)، والتقي (٤) - إلى البطلان، لوجوب اقتران الرضا بالعقد، ولم يقع الرضا إلا على الباطل، فما وقع عليه الرضا لم يصح، وما هو صحيح لم يتراضياً عليه. ولقول الباقر عليه السلام: (المهر ما تراضى عليه الزوجان " (٥) وينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: " ما لا يتراضيان عليه لا يكون مهراً " وهو يوجب كون كل ما عدا المذكور لا يكون صداقاً، لعدم التراضي عليه، ولا يمكن إخلاء البضع من مهر بعد الدخول، فلم يبق إلا البطلان. ولأنه عقد معاوضة، فيفسد بفساد العوض كالبيع. ويظهر كونه معاوضة من قوله تعالى: " فآتوهن أجورهن " (٦) ومن قوله: " زوجتك بكذا " فإن الباء في مثل ذلك للعوض.

واختار المصنف وجماعة - منهم الشيخ في كتابي الفروع (٧)، وابن

(١) المقنعة: ٥٠٨ بناء على بعض نسخها كما في الهامش (٣) من نفس الصفحة.

(٢) النهاية: ٤٦٩.

(٣) المهذب ٢: ٢٠٠.

(٤) الكافي في الفقه: ٢٩٣.

(٥) الكافي ٥: ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٥٣ ح ١٤٣٨ " ١٤٣٩، الوسائل ٥: ١: الباب (١) من أبواب المهور

ح ٣، ٩، مع اختلاف يسير.

(٦) النساء: ٢٤.

(٧) المبسوط ٤: ٢٧٢، الخلاف ٤: ٣٦٣ مسألة (١).

إدريس (١) - وأكثر المتأخرين (٢) الصحة، لوجود المقتضى لها، وهو الإيجاب والقبول، وعدم المانع، إذ ليس إلا بطلان المهر، لكن بطلانه لا يؤثر في بطلان العقد، لصحة عرائه عنه بل صحة العقد مع شرط عدمه، فلا يكون ذكر المهر أبلغ من اشتراط عدم المهر. ولأن العقد والمهر غيران، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر. والغيرية تظهر فيما لو عقد بغير مهر، فإنه يصح بلا خلاف. وأجيب بالفرق بين عدم التسمية وتسمية الفاسد، لأنهما في الأول قد تراضيا على عدم المهر فصح العقد، للرضا به خاليا عن العوض، ويثبت مهر المثل، لأنه العوض شرعا في مثل ذلك، بخلاف الثاني، لأن التراضي لم يقع بالعقد خاليا عن العوض، والمسمى باطل شرعا، وغيره غير مرضي به، فلا يصلح للعوضية. ولا يلزم من تغييرهما مع التفويض تغييرهما مع التسمية، لأن التراضي إنما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين، فكانا أمرا واحدا مرتكبا، فيفوت بفوات بعض أجزائه.

وعن حجة الأولين: بأن بطلان المسمى لا ينفي أصل الرضا بالنكاح، وإلا لم يصح لو ظهر كونه مستحقا. وبهذا يظهر أنه ليس كالمعاوضة المحضة من كل وجه، لأنها تفسد باستحقاق أحد العوضين إذا كان معيناً. ومن ثم سماه الله نحلة، وهي العطية. وركن العقد يقوم بالزوجين كما مر (٣). وبأن المراد من المهر الذي تراضى عليه الزوجان في الحديث المهر الذي يذكرانه في العقد لا مطلق المهر، لأن المهر الواجب مع عدم ذكره في العقد لم يتراضيا عليه وقد صح مهرا. وبأن

(١) السرائر ٢: ٥٧٧.

(٢) كالحلي في الجامع للشرائع: ٤٤١، والمحقق الآبي في كشف الرموز ٢: ١٨٥. وفخر المحققين في

الإيضاح ٣: ٢٠١.

(٣) في ص: ١٥٨.

الظاهر منه كون التراضي في جانب القلة والكثرة مع التعيين أيضا، بقريئة قوله " قل أو أكثر ". وتوقف العلامة في المختلف (١). وله وجه، وإن كان جانب الصحة لا يخلو من رجحان ما.

الثاني: على تقدير الصحة ما الذي يجب فيه؟ أقوال:

أحدها - وهو الذي اختاره المصنف - وجوب مهر المثل مع الدخول كالمفوضة. وهو مذهب الشيخ في الخلاف (٢) وابن إدريس (٣) والعلامة (٤) إلا أنه لم يقيد بالدخول في غير الارشاد (٥)، فيحتمل أن يريد المطلق وجوب مهر المثل بالعقد بدل المسمى حيث تعذر. وتظهر الفائدة فيما لو طلق قبل الدخول فيجب نصف مهر المثل، أو مات أحدهما فيجب الجميع، بخلاف قول من قيد بالدخول، فإنه مع الموت قبله لا شيء. وعلى هذا فيكون القول بوجوب مهر المثل منقسما إلى قولين. وقد نبه عليهما الشهيد في شرح الارشاد (٦)، ونقل القول بوجوب مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ.

ووجه القول بمهر المثل: أن عدم صلاحية المسمى لأن يكون صداقا يقتضي بطلان التسمية، فيصير العقد خاليا عن المهر، فيجب بالوطاء مهر المثل لأنه قيمة البضع. وهذا وجه القول الأول. أو لأن العقد واقع بالعوض فلا يكون تفويضا، لكن لما تعذر العوض المعين بفوات ماليته شرعا انتقل إلى بدله، وهو مهر المثل. وهو وجه القول الثاني. لكنه يضعف بأن مهر المثل إنما يكون عوضا

(١) المختلف: ٥٤١ - ٥٤٢.

(٢) الخلاف ٤: ٣٦٣ مسألة (١).

(٣) السرائر ٢: ٥٧٧.

(٤) إرشاد الأذهان ٢: ١٤.

(٥) لاحظ التحرير ٢: ٣١، القواعد ٢: ٣٧.

(٦) غاية المراد: ١٩٨.

للوطء لا لمجرد العقد، فالقول الثاني ضعيف جدا. وثانيها: أن الواجب قيمته عند مستحليه، حتى لو كان المهر حرا قدر على تقدير عبوديته. وهو قول الشيخ في موضع من المبسوط (١). ووجهه: أن 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 البضع، وهو متقوم في الجملة، فإذا لم يمكن اعتبار خصوصيته لمانع بقي اعتبار المالية، فيعتبر قيمته على ذلك التقدير. ورد بأن تقدير المالية هنا ممتنع شرعا، فيلغو كما لغا التعيين. وبأنه لما بطل تعيينه لم يكن اعتبار ماليته مستلزما لوجوب قيمته، لأن وجوب المال المخصوص عوضا إنما يكون بذكره في العقد، فإذا فات لم يبق إلا مهر المثل.

وثالثها: الفرق بين كون المهر المتعذر اعتبار قيمته متقوما في الجملة كالخمر والخنزير، وغير متقوم كالحر، فيعتبر قيمة الأول ومهر المثل في الثاني ووجه الفرق: أن الحر ليس مالا أصلا، فيكون ذكره كالمعدوم، بخلاف الخمر، فإن ماليته منفية للمسلم لا عليه، لأنه مضمون عليه للذمي المستتر، وللذمي على مثله، فتكون المالية فيه ملحوظة في الجملة، فلا يكون العقد خاليا عن المهر أصلا، بخلاف الحر. واعلم أنه على القول الثاني يكون وجوب القيمة منوطا بمجرد العقد وإن لم يدخل بغير خلاف، بخلاف القول الأول، فإن فيه وجهين. وكذا على الثالث، فإن الجهة التي توجب فيه القيمة تلحقه بالثاني، والتي توجب مهر المثل تلحقه بالأول.

(١) المبسوط ٤: ٢٩٠.

ولا تقدير في المهر، بل ما تراضى عليه الزوجان وإن قل، ما لم يقصر عن التقويم كحبة من حنطة. وكذا لا حد له في الكثرة. وقيل بالمنع من الزيادة عن مهر السنة، ولو زاد رد إليها. وليس بمعتمد.

قوله: " ولا تقدير في المهر... الخ "

لا خلاف في أن المهر لا يتقدر في جانب القلة إلا بأقل ما يتمول. وأما في جانب الكثرة فالأشهر بينهم عدم تقديره أيضا، فيصح العقد على ما يتفقان عليه من غير تقدير، وبه صرح عامة المتقدمين والمتأخرين ما عدا السيد المرتضى، فإنه ذهب في الإنتصار (١) إلى أنه لا يجوز تجاوز مهر السنة، وهو خمسمائة درهم، قدرها خمسون دينارا، فمن زاد عليه رد إليه. ونسب هذا القول إلى ظاهر ابن الجنيد (٢)، وليس كذلك، فإن ابن الجنيد صرح بجواز جعل المهر كل ما يتمول من قليل وكثير، ينتفع به في دين أو دنيا، من عين وغيرها (٣). ثم حكى بعد ذلك رواية المفضل بن عمر (٤) الدالة على أنه لا يتجاوز مهر السنة بلفظ الرواية مبينا للراوي. وهذا لا يدل على اختيارها، لأنه كثيرا ما ينقل في كتابه أخبارا من طرق العامة والخاصة لمناسبة المقام لا للفتوى بمضمونها، خصوصا مع التنبيه على الراوي الضعيف المؤذن برد روايته. وسيأتي الكلام عليها.

حجة الأصحاب على جواز الكثير من غير تقييد قوله تعالى: (وآتيتم

(١) الإنتصار: ١٢٤.

(٢) لاحظ جامع المقاصد ١٣: ٣٣٨.

(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٤١.

(٤) التهذيب ٧: ٣٦١ ح ١٤٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٤ ح ٨١٠، الوسائل ١٥: ١٧ ب (٨) من أبواب المهور ح ١٤.

إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) (١). والقنطار: المال العظيم، من قنطرت الشيء إذا رفعته، ومنه القنطرة. وفي القاموس: "القنطار وزن أربعين أوقية من ذهب أو فضة، أو ألف دينار، أو ألف ومائتا أوقية، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائة رطل من ذهب أو فضة، أو ملء مسك ثور ذهبا أو فضة" (٢). وعموم قوله تعالى: (فنصف ما فرضتم) (٣) وقوله: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) (٤) وقوله: (فآتوهن أجورهن) (٥).

وروى الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام قال: "الصداق ما تراضى عليه الناس قليلا كان أو كثيرا فهو الصداق" (٦). ومثله روى زرارة عنه عليه السلام (٧). وروى أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: "سألته عن المهر، فقال: هو ما تراضى عليه الناس" (٨). وروى الوشاء في الصحيح عن الرضا عليه السلام قال: "سمعتَه يقول: لو أن رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، والذي سماه لأبيها فاسدا" (٩). وقضية عمر مع المرأة التي حجته حين نهى عن المغالاة في المهر، واحتجاجها

-
- (١) النساء: ٢٠.
(٢) القاموس المحيط ٢: ١٢٢.
(٣) البقرة: ٢٣٧.
(٤) النساء: ٤ و ٢٤.
(٥) النساء: ٤ و ٢٤.
(٦) الكافي ٥: ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٥٤ ح ١٤٤٢، الوسائل ١٥: ١ ب (١) من أبواب المهور ح ٣، واللفظ للتهذيب.
(٧) الوسائل الباب المتقدم ح ٦ و ٩.
(٨) الكافي ٥: ٣٧٨ ح ١، التهذيب ٧: ٣٥٤ ح ١٤٤١، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
(٩) الكافي ٥: ٣٨٤ ح ١، التهذيب ٧: ٣٦١ ح ١٤٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٤ ح ٨١١، الوسائل ١٥: ١٩ ب (٩) من أبواب المهور ح ١.

بآية القنطار مشهورة (١). وروى الشيخ في المبسوط (٢) وغيره (٣) أن عمر تزوج أم كلثوم بنت علي عليه السلام فأصدقها أربعين ألف درهم، وأن أنس بن مالك تزوج امرأة علي عشرة آلاف، وتزوج الحسن عليه السلام امرأة فأصدقها مائة جارية مع كل جارية ألف درهم. وروي غير ذلك مما هو أزيد مهرا منه في عهد الصحابة والتابعين، ولم ينكره أحد (٤). ولأنه نوع معاوضة فيتبع اختيار المتعاضين في القدر كغيره من المعاوضات.

واحتج السيد المرتضى (٥) على مذهبه بإجماع الطائفة. وهو عجيب، فإنه لا يعلم له موافق فضلا عن أن يكون مما يدعى فيه الاجماع. وقد اتفق له ذلك في الإنتصار في مسائل كثيرة ادعى فيه الاجماع وليس له موافق، ذكرنا جملة منها في بعض الرسائل.

واحتج أيضا بأن المهر تتبعه أحكام شرعية، فإذا وقع العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه الأحكام بالاجماع، وأما الزائد فليس عليه إجماع ولا دليل شرعي، فيجب نفيه.

وأنت قد عرفت الدلائل الشرعية الدالة على جواز جعل المهر قليلا وكثيرا، فيجب إثباته، خصوصا الدلالة من جهة الآيات (٦)، فإنها حجة عند المرتضى. أما الأخبار فإنه لا يعتبر منها إلا المتواتر، وهو منتف هنا. ويمكن على

(١) السنن الكبرى ٧: ٢٣٣، الكشاف ١: ٤٩١.

(٢) المبسوط ٤: ٢٧٢.

(٣) راجع السنن الكبرى ٧: ٢٣٣.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٩٧.

(٥) الإنتصار: ١٢٥.

(٦) لاحظها في ص: ١٦٦ - ١٦٧.

قاعده الأصولية من أن العموم ليس له صيغة تخصه (١) أن يدعى في جميع الآيات كونها محتملة للعموم والخصوص، ولما كان الخصوص غير متعين بقدر لم يكن دلالتها على مطلوب الخصم معلومة، لجواز أن يكون المراد من الخصوص ما يوافق مهر السنة فما دون، فيرجع الأمر معه إلى أن وجوب الاقتصار على مهر السنة لا دليل عليه، لانتفاء ما جعله دليلاً.

وإن استند إلى الاجماع - فإنه حجة عند الجميع، وهو متحقق في مهر السنة فما دون، دون غيره - قلنا بموجبه ومنعنا تحققه فيما ذكر، بل هو ظاهر في كل قليل وكثير، لما عرفت من انحصار المخالف فيه.

وأما الاحتجاج لقوله برواية محمد بن سنان عن 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 درهم " (٢) - فهو من عجيب الاحتجاج، لأن المرتضى لا يرتضي خبر الواحد (٣) وإن كان صحيحاً مشهوراً موافقاً للأصول فكيف بخبر نادر في طريقه محمد بن سنان؟! وهو ضعيف غال مطعون عليه بأمر كثيرة، منها أنه قال عند موته: " لا ترووا عني مما حدثت شيئاً، وإنما هي كتب اشتريتها من السوق " (٤). والمفضل بن عمر مثله في الضعف، وقد قال عنه النجاشي إنه: " فاسد المذهب، مضطرب الرواية، لا يعبأ به، وقيل كان خطابياً " (٥). فهذا حالها من جهة الاسناد.

(١) راجع الذريعة إلى أصول الشريعة ١: ١٩٨ و ٢: ٥٢٨.

(٢) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٦٦، هامش (٤).

(٣) راجع الذريعة إلى أصول الشريعة ١: ١٩٨ و ٢: ٥٢٨.

(٤) رجال ابن داود: ٢٧٣.

(٥) رجال النجاشي: ٤١٦ الرقم (١١١٢).

ويكفي في المهر مشاهدته إن كان حاضرا ولو جهل وزنه وكيله،
كالصبرة من الطعام، والقطعة من الذهب.

وأما من جهة المتن فمخالفتها فيما ذكر لعموم الكتاب والسنة ظاهرة. وبقي فيها أنه قال فيها بعد ذلك: " فإن أعطاه من الخمسمائة درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شئ عليه. قال: قلت: فإن طلقها بعد ما دخل بها، قال: لا شئ لها، إنما كان شرطها خمسمائة درهم، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق فلا شئ لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك في حياة منه أو بعد موته فلا شئ لها ". فانظر إلى هذه المخالفات العجيبة والأحكام الغريبة في هذا الخبر الواهي، وكيف يحسن بعد ذلك الاستناد إليه في حكم من هذه الأحكام، مع مخالفة مدلوله في جميعها لما عليه علماء الاسلام؟! بل مثل هذا لا ينبغي إيداعه كتب الحديث فضلا عن أن يجعل سندا لحكم.

قوله: " ويكفي في المهر... الخ ".

لما كان النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقية، والركن الأعظم فيه الزوجان، والمهر دخيل على العقد، لم يعتبر في العلم به ما يعتبر في غيره من أعواض المعاوضات كالبيع، بل يكفي مشاهدته عن اعتباره بالكيل والوزن والعد، وإن كان الأصل فيه الاعتبار بأحدها، لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، واغتفار الباقي في هذه المعاوضة. ولأن الله تعالى سماه نحلة (١)، وهي العطية، ومن شأنها تحمل مثل هذا الغرر وأزيد. ولعموم الأخبار (٢) الدالة على جواز جعل المهر ما تراضى به الزوجان الشامل لذلك. وقول الكاظم عليه السلام: " كان الرجل يتزوج

(١) النساء: ٤.

(٢) راجع الوسائل ١٥: ١ باب " ١ " من أبواب المهور.

ويجوز أن يتزوج امرأتين أو أكثر بمهر واحد، ويكون المهر بينهما بالسوية. وقيل: يقسط على مهور أمثالهن. وهو أشبه.

على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على القبض من الحنطة " (١). ثم إن قبضته ولم يتوقف الأمر على العلم بقدره أو علماه بعد ذلك فلا كلام، وإن استمر مجهولا واحتيج إلى معرفته، لتلفه قبل التسليم، أو بعده وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه، فالوجه الرجوع إلى الصلح، إذ لا طريق غيره. واحتمال وجوب مهر المثل - كما ذكره بعضهم (٢) - لا يوافق مذهبنا من أن ضمان المهر ضمان يد لا ضمان معاوضة. ومن ثم كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع إلى القيمة. نعم، هو مذهب العامة (٣). وليس هذا كما لو تزوجها على مهر مجهول ابتداء. ومن ثم صح في الابتداء، بخلاف المجهول. وسيأتي (٤) تحقيقه. قوله: " ويجوز أن يتزوج... الخ "

إذا تزوج امرأتين فصاعدا عقدا واحدا بعين واحدة أو مبلغ واحد صح النكاح عندنا، لوجود المقتضي له، وهو العقد الجامع لشرائطه، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا جمع المهور على شئ واحد، وهو لا يصلح للمانعية، لأنه على تقدير الصحة يظهر حق كل واحدة بالتوزيع، وعلى تقدير البطلان لا يؤثر في العقد كما سيأتي.

وهل يصح المهر أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما - وهو الذي قطع به المصنف والأكثر - الصحة، لأنه معلوم جملة،

-
- (١) الكافي ٥: ٤١٤ ح ١، التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٣، الوسائل ١٥: ٣٣ ب (٢٢) من أبواب المهور ح ١.
(٢) راجع جامع المقاصد ١٣: ٣٤١.
(٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٢٠، روضة الطالبين ٥: ٥٧٦.
(٤) في ص: ١٨٠.

وحصة كل واحدة يمكن علمها بعد ذلك، كضمن المبيعين في عقد واحد. والثاني: البطلان، لأن المهر هنا متعدد في نفسه وإن كان مجتمعا، وحصة كل واحدة منه ليست معلومة عند العقد. وعلمها بعد ذلك لا يفيد الصحة، كما لو كان مجهولا منفردا وعلم بعد ذلك. ونمنع صحة البيع للملكين غير المشتركين بضمن واحد، كما هو مذهب الشيخ في الخلاف (١) وغيره (٢). ولأنه كعقدين والضمن غير معلوم بالنسبة إلى كل واحد منهما. واختاره في المبسوط (٣) إذا اختلفت القيمتان.

والأشهر الجواز، لقوله عليه السلام: "المهر ما تراضى عليه الزوجان" (٤) وهذا يصدق عليه ذلك. ولأن المسمى في مقابلة البضعين من حيث الاجتماع، ولا يلزم من التقسيط الحكمي التقسيط اللفظي. وهو الجواب عن بيع الملكين. ولو سلم المنع في البيع لأمكن انفراد المهر بالصحة، لأنه ليس على حد المعاوضات المحضنة وإن أشبهها ولحق بها في بعض الأحكام، ويحتمل من الجهالة ما لا يحتمله غيره منها. والوجهان حكاهما الشيخ في المبسوط (٥). ولم يتعرض المصنف لوجه البطلان.

ويتفرع على الصحة تقسيط المسمى على كل واحدة ليعرف مقدار ما يخصها منه، وفيه وجهان: أحدهما: أنه يقسط على عدد رؤوسهن بالسوية، لأنه الأصل في إطلاق

(١) الخلاف ١: ٦٤٧ مسألة (١٣).

(٢) راجع الجامع للشرائع: ٣١٢.

(٣) المبسوط ٢: ٣٥٦.

(٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ١٦٧، هامش (٦).

(٥) المبسوط ٤: ٢٩١.

الاستحقاق إذا قيل لفلان و فلان كذا، والترجيح على خلاف الأصل. ولأن النكاح لا يعتبر فيه قيمة البضع، إذ ليس معاوضة محضة. وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط (١) ومن تبعه (٢).

الثاني: أنه يقسط على مهور أمثالهن، ويعطى كل واحدة ما يقتضيه التقسيط، كما لو باع عبده وعبده غيره بثمن واحد، أو جمع بين بيع ونكاح، لأنه إذا ذكر المهر قصدت المعاوضة فوجب مقتضاها، وهي تابعة لقيمة المعوض، ومن ثم يكون زيادة العوض ونقصانه ناشئا عن زيادتها ونقصانها، وقيمة البضع هي مهر المثل فيكون قسط كل واحدة بحسبه. وهذا اختيار المصنف والأكثر. وهو الأقوى. وعلى القول بفساد المهر فلكل واحدة مهر مثلها، كما لو أصدقها مجهولا يتعذر تقويمه، كعبد ودابة وشيء، لأن الصداق وإن لم يكن عوضا في أصله إلا أنه إذا ذكر في العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها فيثبت مهر المثل. ويحتمل الفرق وتوزيع المسمى هنا على مهور أمثالهن، ولكل واحدة منه ما يقتضيه التوزيع. ويكون الحاصل لهن على هذا القول كالحاصل إذا قلنا بصحة المسمى. والفرق بينه وبين المجهول المطلق تعذر تقويم ذلك وإمكان تقويم هذا.

واعلم أنه لو زوج أمتيه من رجل على صداق واحد صح النكاح والصداق قولاً واحداً، لأن المستحق هنا واحد، فهو كما لو باع عبيدين بثمن واحد. ولو كان له بنات وآخرون بنون فزوجهن صفقة واحدة بمهر واحد، بأن قال: زوجت بنتي فلانة من ابنك فلان، و فلانة من فلان الخ بألف، ففي صحة الصداق - كالسابقة -

(١) المبسوط ٤: ٢٩٢.

(٢) المهذب ٢: ٢٠٩.

ولو تزوجها على خادماً غير مشاهدة ولا موصوفة قيل كان لها خادماً وسطاً، وكذا لو تزوجها على بيت مطلقاً، استناداً إلى رواية علي بن أبي حمزة. أو دار، على رواية ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي الحسن عليه السلام.

وجهان، وأولى بالبطلان هنا لو قيل به ثم، لأن تعدد العقد هنا أظهر، لتعدد من وقع العقد له من الجانيين.

قوله: (ولو تزوجها على خادماً... الخ).

لا خلاف في أنه إذا عقد على مهر مجهول بحيث لا يمكن استعلامه في نفسه، كعبد ودابة وشيء، يبطل المسمى ويثبت مهر المثل، لامتناع تقويم المجهول على هذا الوجه. ولكن استثنى الشيخ (١) وجماعة (٢) ما ذكره المصنف من الخادم والبيت والدار، استناداً في الأولين إلى رواية علي بن أبي حمزة قال: "قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج امرأة على خادماً، قال: لها وسط من الخدم. قال: قلت: علي بيت، قال: وسط من البيوت" (٣) وفي الأخير إلى رواية ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي الحسن عليه السلام: "في رجل تزوج امرأة على دار، قال: لها دار وسط" (٤).

ولا يخفى ضعف الرواية الأولى بعلي المذكور، فإنه رأس الواقعة. والثانية مرسلة، لكن مرسل ابن أبي عمير قبله الأصحاب اعتماداً منهم على أنه لا يرسل إلا عن الثقة، مع أنه راوي الرواية الأولى عن ابن أبي حمزة، فإن تم ما قالوه فهو

(١) النهاية: ٤٧٣، المسوط ٤: ٣١٩.

(٢) كابن البراج في المهذب ٢: ٢٠٦، والكيدي في إصباح الشيعة ١٨: ٣٣٩.

(٣) الكافي ٥: ٣٨١ ح ٧، التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٥، الوسائل ١٥: ٣٦ ب (٢٥) من أبواب المهور ح ٢.

(٤) التهذيب ٧: ٣٧٥ ح ١٥٢٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٣. وفيه: عن موسى بن عمر عن بعض أصحابنا.

ولو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وسلم ولم يسم مهرا، كان مهرها خمس مئة درهم.

يتسامح في الرواية مع ذكر المروي عنه لا مع تركه، ولا بد لهذه الدعوى من إثبات.

والأقوى بطلان المهر كغيره، والرجوع إلى مهر المثل، لما ذكر، ولأن الوسط من هذه الأشياء لا ينضب، بل هو مختلف اختلافا شديدا، خصوصا مع عدم تعيين بلد الدار والبيت.

قوله: " ولو تزوجها على كتاب الله... الخ "

هذا الحكم مشهور بين الأصحاب. والأخبار بكون مهر السنة خمسمائة درهم مستفيضة (١)، وأما كونه على كتاب الله كذلك فليس فيه ما يدل عليه بخصوصه، لكنه تعالى قال: وما آتاكم الرسول فخذوه " (٢) ومما أتانا به كون السنة في المهر ذلك. وقد روي (٣) أن صداقه صلى الله عليه وآله وسلم لأزواجه وبناته كلهن كان ذلك.

وروى هذا الحكم بخصوصه أسامة بن حفص وكان قيما لأبي الحسن موسى عليه السلام قال: " قلت له: رجل يتزوج ولم يسم مهرا، وكان في الكلام: أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السنة " (٤) الحديث. لكن في طريقه محمد بن عيسى وعثمان بن عيسى، فإن كان على الحكم اجماع وإلا فلا يخلو من اشكال، لأن تزويجها على

(١) لاحظ الوسائل ١٥: ٥ ب (٤) من أبواب المهور.

(٢) الحشر: ٧.

(٣) الوسائل ١٥: ٦ ب (٤) من أبواب المهور ح ٤.

(٤) التهذيب ٧: ٣٦٣ ح ١٤٧٠، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٨١٦، الوسائل ١٥: ٢٥ ب (١٣) من أبواب المهور ح ١.

ولو سمي للمرأة مهرا ولأبيها شيئاً معيناً، لزم ما سمي لها، وسقط ما سمي لأبيها. ولو أمهرها مهرا، وشرط أن يعطي أباهما منه شيئاً معيناً، قيل: صح المهر والشرط، بخلاف الأولى.

الكتاب والسنة أعم من جعل المهر مهر السنة كما لا يخفى، إذ كل نكاح مندوب إليه بل جازي فهو على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وسلم. ثم على تقدير إرادتهما بذلك كون المهر مهر السنة ففي الاكتفاء بذلك عن ذكر القدر في العقد نظر، كما لو قال: تزوجتك على المهر الذي تزوج به فلان،

ثم الزوجان قد يعلمان أن مهر السنة هذا المقدار، وقد لا يعلمانه، وقد يعلمه أحدهما دون الآخر. والحكم بالصحة مطلقاً يحتاج إلى مستند صالح. وكثير من المتقدمين كابن الجنيدي وابن بابويه وسائر لم يذكروا هذه المسألة. ومقتضى الحكم ومستنده أن المهر المذكور يثبت بالعقد كما لو عيناه فيه، لا بالدخول كمهر السنة الثابت به للمفوضة على بعض الوجوه. ويدل عليه إثباته بالموت قبل الدخول كما يظهر من الرواية. قوله: ("ولو سمي للمرأة مهرا... الخ").

لا شبهة في أن، المهر نفسه لا يصح فرضه لغير الزوجة، ولا يستحقه ابتداء سواها، لأنه عوض البضع شرعاً. فإذا سمي لها في العقد شيئاً ولأبيها أو غيره من الأولياء أو الواسطة أو الأجنبي شيئاً آخر فلا يخلو: إما أن يكون المشروط لغيرها من جملة المهر، أو خارجاً عنه. فالبحث يقع في موضعين: أحدهما: أن يكون المشروط لغيرها خارجاً عن المهر، وهي المسألة الأولى، بأن يجعل مهرها ألفاً مثلاً، فيعقدان على ذلك، ويشترطان لأبيها في نفس العقد شيئاً آخر. وقد قطع المصنف والأصحاب بلزوم ما جعل لها، وعدم صحة ما

جعل لغيرها، لصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: " لو أن رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا، وجعل لأبيها عشرة آلاف، كان المهر جايزا، والذي جعله لأبيها فاسدا " (١) وإطلاق الرواية يقتضي عدم الفرق بين كون المجعول لأبيها تبرعا محضا أو لأجل وساطة وعمل محلل، ولا بين كون المجعول له مؤثرا في تقليل مهر الزوجة بسبب جعله في العقد وقصدها إلزامه به وعدمه.

ولم يخالف في ذلك أحد من الأصحاب إلا ابن الجنيد قال: " ولا يلزم الزوج غير المهر من جعالة جعلها لولي أو واسطة. ولو وفي الزوج بذلك تطوعا كان أحوط، لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " أحق الشروط ما نكحت به الفروج " (٢) فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف الصداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك يرجع عليها بنصف المهر، وكل الجعالة على الواسطة " (٣) وقال في المختلف: " الوجه أن تقول: إن كان قد جعل للواسطة شيئا على فعل مباح وفعله لزمه، ولم يسقط منه شيء بالطلاق، لأنها جعالة على عمل محلل مطلوب في نظر العقلاء، فكان واجبا بالعقد كغيره. وإن لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه شيء، سواء طلق أو لا " (٤).

وما ذكره جيد، إلا أنه خارج عن محل الفرض، لأن الكلام فيما يشترط في

-
- (١) الكافي ٥: ٣٨٤ ح ١، التهذيب ٧: ٣٦١ ح ١٤٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٤ ح ٨١١، الوسائل ١٥: ١٩ ب (٩) من أبواب المهور ح ١.
(٢) صحيح البخاري ٣: ٢٤٩، سنن أبي داود ٢: ٢٤٤ ح ٢١٣٩، سنن الترمذي ٣: ٤٣٤ ح ١١٢٧، سنن الدارمي ٢: ١٤٣ ب (٢١).
(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٤٩.
(٤) المختلف: ٥٤٩.

العقد ويلتزم به بمجرد. وكذلك كلام ابن الجنيدي، وإنما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعاية للحديث النبوي. وإذا دفعه على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع، فيجوز الرجوع فيه بعده، سواء طلق أم لا، لكن فرضه مع الطلاق نظرا إلى فوات المطلوب من النكاح، فلم يجد في الرجوع مخالفة للحديث. وما ذكره في المختلف إنما يلزم من حيث الجعالة لا من حيث ذكره في العقد، بل ذكره في العقد بدون لفظ يقتضي الجعالة لغو، فهو خارج عن محل الفرض. وبتقدير وقوعه بالجعالة على عمل محلل لا إشكال في لزومه بالفعل وعدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل في ذلك.

وقد يشكل الحكم في بعض فروض المسألة، كما لو شرطت لأبيها شيئا، وكان الشرط باعثا على تقليل المهر، وظنت لزوم الشرط، فإن الشرط حينئذ يكون كالجزم من العوض الذي هنا هو المهر، فإذا لم يتم لها الشرط يشكل تعيين ما سمته من المهر خاصة، كما سبق في نظائره من المعاوزات، وذلك لا ينافي الرواية (١)، لأن ما عينته (٢) من المهر ثابت على التقديرين، وإنما الكلام في شيء آخر. ولولا الرواية الصحيحة لكان القول بفساد المهر ووجوب مهر المثل قويا، لاشتمال المهر على شرط فاسد فيفسده، كما يفسد العقد لو كان العوض من لوازمه كالبيع.

الثاني: أن يكون المشروط لأبيها أو ما في حكمه جزءا من المهر. والمشهور بين الأصحاب عدم صحته أيضا. ووجهه: ما أشرنا إليه سابقا من أن

(١) المتقدمة في الصفحة السابقة، هامش (١).

(٢) في "س، ش" عينه.

المهر حقه أن يكون للزوجة، فشرطه لغيرها منافي لمقتضى العقد.
وقال ابن الجنيد بعد ما نقلناه من العبارة عنه سابقا: " فإن كانت المرأة
اشتترت رجوع عليها بنصف صداقها ونصف ما أخذته من شرطت له ذلك، لأن ذلك
كله بعض الصداق الذي لم ترض بنكاحها إلا به " (١) وعنى به مع الطلاق. وهو
يدل على جواز اشتراطها لغيرها من المهر شيئا. وحجته الخبر السابق (٢)، وعموم
" (المسلمون عند شروطهم" (٣) ولأن عطيتها من مالها جائزة، فاشتراطه في العقد لا
يخالف السنة، ويظهر من الشهيد في شرح الارشاد (٤) الميل إليه لما ذكر. وكذلك
المحقق الشيخ علي (٥). وعلى هذا فلو طلقها رجوع بنصف. المجموع كما ذكره ابن
الجنيد، لأن جميعه هو المهر. ولا فرق بين الأب وغيره في ذلك.
واعلم أن الباعث على مثل هذه الشروط لا بد من كونه على وجه الاختيار
المحض والغرض الصحيح، فما يفعله أهل هذا الزمان من حمل المرأة أو الزوج
على تمليك بعض الأعيان عند التزويج وشرط شيء من المهر، على وجه تشهد
القرائن بكونه واقعا على وجه لولا فعله لما سمح للمرأة أو للزوج بالتزويج، أو
نحو ذلك من الأغراض الفاسدة، فالحيلة على ذلك لا تفيد ملكا ولا تثمر حلا، بل
هي من ضروب الاكراه، فإن مرجعه إلى تواعد القادر بشيء لولا الفعل المكروه
عليه لفعل ما تواعد به ولو ظنا، وهذا في الغالب منه، فبطلانه مما لا خلاف فيه

(١) المختلف: ٥٤٩.

(٢) لاحظ ص: ١٧٧. هامش (٢).

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب (٦) من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.

(٤) غاية المراد: ١٩٩.

(٥) جامع المقاصد ١٣: ٣٩٧.

ولا بد من تعيين المهر بما يرفع الجهالة،
فلو أصدقها تعليم
سورة وجب تعيينها. ولو أبهم فسد المهر، وكان لها مع الدخول
مهر المثل.
وهل يجب تعيين الحرف؟ قيل: نعم. وقيل: لا، ويلقنها الجائز.
وهو أشبه.

قوله: (ولا بد من تعيين... الخ " .

من جملة المفسدات للمهر جهالته. فمتى عقد على مجهول كدابة وتعليم
سورة غير معينة بطل المسمى، لأن الصداق وإن لم يكن عوضاً في أصله إلا أنه
مع ذكره في العقد تجري عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها.
فيثبت مهر المثل مع الدخول، والمتعة مع الطلاق كالمفوضة، لا بمجرد العقد، لأن
فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب لتعذر تقويمه صير العقد كالحالي عن المهر،
فلا يثبت مهر المثل بمجرد العقد كما صرح به المصنف وغيره (١)، وفهم خلاف
ذلك وهم.

قوله: " وهل يجب تعيين الحرف؟... الخ " .

المراد بالحرف القراءة المخصوصة. كقراءة عاصم وغيره. ووجه وجوب
التعيين اختلاف القراءات في السهولة والصعوبة على اللسان والذهن.
والأقوى ما اختاره المصنف من عدم وجوب التعيين، ويجتزئ بتلقينها
الجائز منها، سواء كان إحدى القراءات المتواترة أم الملفق منها، لأن ذلك كله
جائز أنزله الله تعالى، والتفاوت بينها مغتفر. والنبى صلى الله عليه وآله وسلم لما
زوج المرأة من سهل الساعدي على ما يحسن من القرآن (٢) لم يعين له الحرف،

(١) راجع السرائر ٢: ٥٩٢، الارشاد ٢: ١٥.

(٢) لاحظ ص: ١٦٠، هامش (١).

ولو أمرته بتلقين غيرها لم يلزمه، لأن الشرط لم يتناولها.

مع أن التعدد كان موجودا من يومئذ. واختلاف القراءات على ألسنة العرب أصعب منه على ألسنة المولدين.

ووجه تسمية القراءة بالحرف ما روي من أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " نزل القرآن على سبعة أحرف " (١) وفسرها بعضهم بالقراءات (٢). وليس بجيد، لأن القراءات المتواترة لا تنحصر في السبعة، بل ولا في العشرة، كما حقق في محله. وإنما اقتصروا على السبعة تبعا لابن مجاهد (٣) حيث اقتصر عليها تبركا بالحديث. وفي أخبارنا أن السبعة أحرف ليست هي القراءات، بل أنواع التركيب من الأمر والنهي والقصص وغيرها (٤).

ثم إن لم نوجب التعيين كان التخيير إليه، لأن الواجب في ذمته أمر كلي، وتعيينه موكول إليه كغيره من الدين الكلي.

قوله: " ولو أمرته بتلقين غيرها... الخ ".

ضمير " غيرها " يرجع إلى الحرف، لتضمنه معنى القراءة المخصوصة، أو إلى الجائز منها، لأنه في معنى القراءة الجائزة، وكلاهما مؤنث.

والمراد أنه مع تعيين القراءة المخصوصة، أو الاطلاق وحملناه على الجائزة، لو طلبت منه غير ما عين شرعا، إما لكونه قد اختاره، أو شرطه، أو أراد

(١) غريب الحديث للهروي ١: ٤٥٠، مسند أحمد ٢: ٣٠٠، مشكل الآثار ٤: ١٨٢، جامع البيان (تفسير الطبري) ١: ٩.

(٢) راجع غريب الحديث للهروي ١: ٤٥١، جامع البيان ١: ١٥، غرائب القرآن على هامش جامع البيان ١: ٢١.

(٣) راجع الاتقان في علوم القرآن ١: ٨١.

(٤) لم نعثر على خبر يفيد هذا المعنى، راجع التبيان ١: ٧، مجمع البيان ١: ١٢.

ولو أصدقها تعليم صنعة لا يحسنها أو تعليم سورة جاز، لأنه ثابت في الذمة. ولو تعذر التوصل كان عليه أجره المثل.

تعليمها الجائز وهو المتواتر فأرادت غيره، لم يلزمه إجابتها، بل يعلمها ما شاء من الجائز أو الحرف المعين حيث يتعين، لأن الشرط لم يتناول ما طلبته. وأراد بالشرط ما اقتضاه الشرع من شرط التعليم، سواء كان ذلك من جهة التعيين أم الاطلاق.

قوله: " ولو أصدقها تعليم صنعة... الخ "

أشار بقوله: " لأنه ثابت في الذمة " إلى تعليل جواز إصداق ما لا يحسنه من الصنعة والقراءة، فإن المعتبر فيه كونه معيناً في حد ذاته مقدوراً عليه عادة، سواء أمكنه تحصيله بنفسه أم بغيره، كما لو أصدقها مالا لا يملكه، فإنه يثبت في ذمته ويلزمه تحصيله حيث تطالبه به كيفما اتفق. فعلى هذا إن أمكنه التوصل إلى تعليمها الصنعة والسورة بغيره وجب. وإن تعذر كان عليه أجره مثل ذلك العمل، لأنه قيمة المهر حيث تعذر عينه.

وهل يعتبر في المعلم لها غيره المحرمة وجهان، من استلزامه سماع صوت الأجنبي المحرم ونظره كذلك، ومن تقييده بخوف الفتنة واستثناء نظر يمكن معه التعليم، وقد تقدم (١) بحثه في بابه، خصوصاً تعليم القرآن إذا كان واجباً، فإنه مستثنى للضرورة. ولا إشكال لو أمكن من وراء حجاب. ولو توقف تعليمها على تعلمه ففي وجوبه وجهان، من أنه تكسب لوفاء الدين، ومن توقف الواجب عليه. نعم، لو شرط تعليمها بنفسه فلا إشكال في الوجوب.

(١) في ج ٧: ٤٦.

ولو أصدقها ظرفا على أنه خل فبان خمرا قيل: كان لها قيمة
الخمير عند مستحليه. ولو قيل لها مثل الخل كان حسنا. وكذا لو تزوجها
على عبد فبان حرا أو مستحقا.

قوله: " ولو أصدقها ظرفا... الخ "

إذا عقدا على هذا الظرف على أنه خل في زعمهما فبان خمرا، أو على هذا
الشخص المعين على أنه عبد فبان حرا " أو مستحقا " (١) وبالجملة عقدا على ما
يظنان صلاحيته للمهر فبان عدمها، صح العقد قولاً واحداً. وأما المهر المعين فلا
شبهة في فساده. وفي ما يجب ثلاثة أقوال:

أحدها - وهو الذي اختاره المصنف - مثل الخل، لأن تراضيها وقع على
الجزئي المعين الذي يظنان كونه خلا، وهو يستلزم الرضا بالخل الكلي مهراً، لأن
الجزئي يستلزم الكلي، فالرضا به يستلزم الرضا به، فإذا فات الجزئي لعدم
صلاحيته للملك بقي الكلي، لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضي بهما، ولأنه
أقرب إلى المعقود عليه، لأنه مثله. وهو خيرة ابن الجنيدي (٢) أيضاً، وابن
إدريس (٣)، والعلامة في المختلف (٤).

إن قيل: إن الكلي الذي وقع التراضي عليه بالعقد على الجزئي هو الكلي
المقترن بالمشخصات الموجودة، وهذا يمتنع بقاؤه إذا ارتفعت المشخصات،
والمحكوم بوجوبه هو الكلي في ضمن شخص آخر، وهذا لم يقع التراضي عليه
أصلاً أصالة ولا تبعاً، فإيجابه في العقد إيجاب لما لم يتراضيا عليه. وكونه أقرب
إلى المعقود عليه - مع تسليمه - لا يستلزم وجوبه، لأن المهر الذي يجب بالعقد

(١) من إحدى الحجريتين فقط.

(٢) لاحظ المختلف: ٥٤٧.

(٣) السرائر ٢: ٥٩٢ - ٥٩٣.

(٤) لاحظ المختلف: ٥٤٧.

هو ما تراضيا عليه، ولا يلزم من التراضي على أحد المثلين التراضي على الآخر. قلنا: الجزئي الذي وقع التراضي عليه وإن لم يساوه غيره من أفراد الكلبي، إلا أن الأمر لما دار بين وجوب مهر المثل أو قيمة الخمر أو مثل الخل كان اعتبار المثل أقرب الثلاثة، لأن العقد على الجزئي المعين اقتضى ثلاثة أشياء: ذلك المعين بالمطابقة، وإرادة الخل الكلبي بالالتزام، وكون المهر واجبا بالعقد بحيث لا تنفك المرأة عن استحقاقه، حتى لو طلقها كان لها نصفه، أو مات أحدهما فجميعه. وإذا فات أحد الثلاثة - وهو الأول - يجب المصير إلى إبقاء الآخرين بحسب الامكان، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور، وعموم: " إذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم " (١). وهما لا يوجدن معا في ضمن وجوب مهر المثل، لأنه لا يجب إلا بالدخول عند القائل به، وإمكان وجودهما في ضمن قيمة الخمر يفسد بما سنيينه من ضعف دليله، فلم يبق إلا المثل. ولا شبهة في أن الرضا بالخل المعين في الظرف يستلزم إرادة كون المهر خلا، بخلاف القيمة ونحوها. وثانيها: وجوب مهر المثل. اختاره العلامة في أكثر كتبه (٢)، مستدلا عليه بأن الكلبي غير مرضي به إلا في ضمن الجزئي المشترط، فهو منفي بتغليب الشخصي عليه، والشخصي باطل لخروجه عن المالية، فيرجع الأمر إلى شرط عوض لم يسلم لها، فينتقل إلى مهر المثل. ويشكل بما مر، وبأن مهر المثل ربما كان زائدا عن قيمة الخل كثيرا فلا يكون مقصودا للزوج أصلا، أو ناقصا كثيرا فلا يكون مقصودا للزوجة ولا مرضيا به، وقد قال عليه السلام: " المهر ما تراضى عليه الزوجان " (٣). ولا يرد مثله في

(١) مسند أحمد ٢: ٢٥٨، السنن الكبرى للبيهقي ٤: ٣٢٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٧.

(٣) تقدم ذكر مصادره في ص: ١٦٧. هامش (٦).

وجوب مثل الخل، لأن ذلك أقرب إلى ما تراضيا عليه، بل ربما لم يخالف ما تراضيا عليه إلا بمشخصات لا دخل لها في المقصود ولا في المالية، فيلغو عند حصول مثل هذا العارض.

وثالثها: وجوب قيمة الخمر عند مستحليه. اختاره الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢)، لأن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره. ولأنهما عقدا على شخص باعتبار ماليته، فمع تعذره - لظهور بطلان المعاوضة عليه - يصار إلى القيمة. وفيه منع بين، لأن الخمر غير مقصود أصلا، ولا وقع عليه التراضي، فكيف ينتقل إلى قيمته؟ واعتبارها فرع صحة العقد على العين، بخلاف ما لو عقدا على الخمر عالمين به، فإنهما قد تراضيا على العين، فلا يمتنع الانتقال إلى القيمة لتعذر العين كما تقدم. وظاهر الحال أن قول المصنف أقرب الأقوال إلى مراد المتعاقدين، فينبغي أن يكون العمل عليه.

هذا كله في المثلي كالخمر. أما القيمي كالعبد إذا ظهر حرا فالانتقال إلى قيمته، لقيامها مقام المثل في المثلي. وليس هذا كالقول الثالث، لأن ذلك يعتبر فيه قيمة العين بالوصف الواقع الذي امتنع صحته عليه بواسطة، وهنا اعتبرت القيمة باعتبار الوصف المقصود لهما. وعلى هذا فيسقط القول الثالث، في القيمي، لأن الحر لا قيمة له. نعم، لو ظهر مستحقا كان اعتبار قيمته جاريا على القولين. وعلى هذا فالقول بالمثل متعذر في القيمي مطلقا، وبقيمة الواقع متعذر في الحر، فليس فيه إلا القول بقيمته (٣) أو مهر المثل. فاطلاقهم تشبيه الحكم في مسألة الحر بظرف الخمر لا يأتي على إطلاقه، بل يحتاج إلى تنقيح.

(١) المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٢) الخلاف ٤: ٣٧١، مسألة (١٠).

(٣) كذا فيما لدينا من النسخ والحجريتين، ولعل الصحيح: بقيمته عبدا أو... كما وردت في الجواهر (٣١): ٣٦.

وإذا تزوجها بمهر سرا، وبآخر جهرا، كان لها الأول.

قوله: " وإذا تزوجها بمهر... الخ "

هذه هي المسألة المعروفة بمهر السر والعلانية، ولها صورتان: إحداهما: ما ذكرها المصنف، وهي أن يعقدا سرا على مهر وجهرا على غيره، إما بأزيد كما إذا أراد أن يجملها به مع اتفاقهما على الناقص في الأول، أو بالعكس، فالاعتبار عندنا بالسابق منهما، سواء كان السابق هو العقد المشتمل على مهر السر أو العلانية، لأنها بالعقد تصير زوجة ويجب المسمى، فيكون العقد الثاني باطلا. وخالف فيه بعض العامة (١)، ولهم فيه تنزيلات مختلفة، والمحصل ما ذكرناه.

الثانية: أن يتفقا على ذكر ألفين ظاهرا، وعلى الاكتفاء بألف باطنا في عقد واحد، بأن يتواطيا على إرادة الألف بعبارة الألفين. وفيه وجهان مبنيان على أن اللغات هل هي توقيفية، أو اصطلاحية؟ وعلى أن الاصطلاح الخاص هل يؤثر في الاصطلاح العام ويغيره أم لا؟ فعلى الأول يفسد المهر، لأن الألف غير ملفوظة، والألفين غير مقصودة، ولم تقع عبارة عنها، لمباينتها لا، وينتقل إلى مهر المثل. وعلى الثاني يحتمل الصحة، ويكون المهر الألف " لاصطلاحهما عليه، وكونه الألفين، لوقوع العقد عليه باتفاقهما، والوضع العام لا يتغير. وهذا الاحتمال يجري أيضا على الأول.

وقطع في المبسوط (٢) بوقوع ما تلفظا به، ولا يلتفت إلى ما اتفقا عليه سرا محتجا بأن العقد وقع صحيحا، سرا كان أو علانية. وفيه نظر يعلم مما قررناه. ولو قيل بثبوت الألف خاصة، اعتبارا بما تواضعا واصطلاحا عليه، لأن

(١) راجع المغني لابن قدامة ٨: ٨٢.

(٢) المبسوط ٤: ٢٩١.

والمهر مضمون على الزوج، فلو تلف قبل تسليمه كان ضامنا له بقيمته وقت تلفه، على قول مشهور لنا.

الألفاظ لا تعنى بأعيانها، وإنما ينظر إلى معانيها ومقاصدها، كان حسنا. وهذه الصورة لم يتعرض إليها من أصحابنا غير الشيخ، وكانت أحق بالبحث من الأولى، لدقة مدركها وخفاء حكمها. قوله: " والمهر مضمون على الزوج... الخ ". لا إشكال في كون المهر مضمونا على الزوج إلى أن يسلمه إلى الزوجة. ولكن جهة الضمان مختلفة، فإن من المال ما يضمن ضمان معاوضة، كالمبيع في يد البائع والتمن في يد المشتري قبل التسليم، ومنه ما يضمن ضمان يد، كالمستعار المضمون والمقبوض بالسوم. وفي النكاح شبه من الأمرين، فمن حيث إنه عوض - كما يظهر من قوله تعالى: " وآتوهن أجورهن " (١) وقولهم: " زوجتك بكذا " كقوله " بعتك بكذا " ولأنها تتمكن من رده بالعيب، وتحبس نفسها لتستوفيه، وهما من أحكام الأعواض - يناسب القول الأول. ومن حيث جواز إعراء النكاح عنه، وعدم انفساخ النكاح بتلفه ولا برده، ولا يسقط بمنعها نفسها إلى موتها، ويدخل عليه اسم النحلة كما قال تعالى: وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " (٢) يناسب الثاني. والمعروف من مذهب الأصحاب هو الثاني، وإليه أشار المصنف بقوله: " في قول مشهور لنا ". ونبه بنسبته إلى القول على عدم تعيينه واحتمال القول الآخر. ويتفرع على الوجهين مسائل كثيرة: منها: ما ذكره هنا من تلف المهر قبل تسليمه إلى الزوجة. فعلى المشهور بين الأصحاب يكون مضمونا على الزوج بالمثل أو القيمة، كغيره من الأموال المضمونة ضمان اليد. وعلى الأول يجب مهر المثل، كما لو تلف أحد العوضين في

(١) النساء: ٢٥ و ٤.

(٢) النساء: ٢٥ و ٤.

البيع قبل القبض، فإن البيع يفسخ ويجب مثل المبيع أو قيمته، ولا سبيل هنا إلى فساد أصل النكاح، لأن الصداق ليس ركناً فيه كما مر. وقد أطلق الأصحاب هنا ضمان المهر التالف بمثله أو قيمته من غير أن ينقلوا وجوب مهر المثل قولاً أو وجهاً.

قال الشيخ في المبسوط بعد نقل القولين عن العامة: "والذي يقتضيه مذهبنا في كل مهر معين إذا تلف فإنه تجب قيمته، ولا يجب مهر المثل" (١). ولكن العلامة أوجب مهر المثل في مواضع نزل فيها المهر منزلة التالف، منها: ما لو تزوجها على ظرف خل فظهر خمراً (٢)، وما لو تزوج المسلم على خمر أو خنزير عالماً بالحال (٣).

واعترضه الشهيد - رحمه الله - بأن الحكم بمهر المثل في مثل ذلك مبني على كون ضمانه ضمان المعاوضة، من حيث إن هذا في حكم التلف، مع أنه لا يقول به في التلف الحقيقي، فكأن الحكمين مبنيان على الأصلين المتنافيين. والحق أن هذا الأيراد مدفوع، لأن موضع النزاع في الأصلين إنما هو عروض التلف بعد الحكم بالصحة كما في مسألتنا، أما مع فساد المهر ابتداء فلا إشكال عند الأصحاب في وجوب مهر المثل، وقد قال الشيخ في المبسوط عقيب ما ذكرناه بلا فصل: "وأما المهر إذا كان فاسداً فإنه يوجب مهر المثل بلا شك" (٤) وكذلك ذكر غيره (٥)، ومضى (٦) في الكتاب ذلك، ويأتي أيضاً (٧). وعليه تتفرع

(١) المبسوط ٤: ٢٧٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٧، تحرير الأحكام ٢: ٣٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٧، تحرير الأحكام ٢: ٣٢.

(٤) المبسوط ٤: ٢٧٦.

(٥) لاحظ السرائر ٢: ٥٧٧، الوسيلة: ٢٩٦، الجامع للشرائع: ٤٤١.

(٦) أنظر ص: ١٦٢.

(٧) في ص: ٢٨٢.

المسألتان المذكورتان، فإن العلامة يرى أن المهر فاسد من أصله، وذلك يوجب مهر المثل، ومن حيث إنه لم يقصد في الثانية إلى الفساد وإنما أراد المالية فاقتضى اعتبار القيمة، وهذا بحث آخر لا ينافي تلك القاعدة، بل يمكن رده إليها وإلى القاعدة الأخرى بالاعتبار.

إذا تقرر ذلك فنقول: إذا ثبت على الزوج ضمان المهر بالقيمة بسبب تلفه قبل التسليم ما الذي يعتبر من قيمته؟ الذي ذكره المصنف اعتبار وقت تلفه، كما هو المعتبر في ضمان اليد. ووجهه: أن العين ما دامت موجودة لا تجب القيمة قطعاً، وإنما ينتقل إليها مع تلف العين، فيكون المعتبر فيها وقت الانتقال إليها. ولا ينافي ذلك كون العين مضمونة عليه حينئذ، لأن معنى ضمانها أنها بحيث لو تلفت وجب الانتقال إلى البدل. وهذا هو الأقوى.

وقيل: يعتبر أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف، لأنه مضمون في جميع هذه الأوقات، ومن جملتها زمان علو القيمة، خصوصاً مع مطالبتها بالتسليم ومنعها، لأنه حينئذ يصير غاصبا فيؤخذ بأشق الأحوال. وقال الشيخ في المبسوط: إنه مع المطالبة يلزمه الأعلى من حين المطالبة إلى وقت التلف، لأنه غاصب (١). وقد ظهر من تعليل الأول جواب الثاني. والتعدي بعدم التسليم لا يوجب ضماناً زائداً على ما دل عليه الدليل وإن أوجب الإثم. واعلم أنه لا يتوهم متوهم أن قول المصنف: "على قول مشهور" راجع إلى ضمان قيمته يوم التلف، حيث إنه موضع خلاف أيضاً، لأن القول بضمانه يوم التلف ليس هو المشهور وإن كان هو المنصور، بل المشهور خلافه. وسيأتي (٢) في

(١) المبسوط ٤: ٢٨٥.

(٢) في النظر الثاني من كتاب الغصب.

ولو وجدت به عيبا كان لها رده بالعيب. ولو عاب بعد العقد قيل:
كانت بالخيار في أخذه أو أخذ القيمة. ولو قيل: ليس لها القيمة، ولها
عينه وأرشه، كان حسنا.

الغصب نقل المصنف عن الأكثر ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب لا يوم
التلف، فيناسبه القول هنا بضمان قيمته يوم العقد، لكن لا قائل به هنا معلوما.
وكيف كان فاعتبار يوم التلف ليس هو القول المشهور، ولا محل توقف من
المصنف، فإن اقتصاره على نسبته إلى القول يؤذن بتوقف فيه أو تمريض. وإنما
المراد به ما ذكرناه سابقا من حكم ضمان القيمة أو المثل، لا مهر المثل، فإنه محل
البحث والاشكال.

قوله: " ولو وجدت به عيبا كان... الخ "

إذا أصدقها عينا مخصوصة فوجدتها معيبة، فإن كان العيب موجودا حين
العقد ولم تكن عالمة به كان لها رده بالعيب والرجوع إلى قيمته بناء على ضمان
اليد، ولها إمساكه بالأرش، لأن العقد إنما وقع على السليم، فإذا لم تجده كذلك
أخذت عوض الفئات، وهو الأرش.

وإن تجدد العيب بعد العقد وقبل تسليمها كان مضمونا على الزوج، لأن
ضمان الجملة يقتضي ضمان الأجزاء. فالمشهور - وهو الذي اختاره المصنف - أن
لها حينئذ أرش النقصان من غير رد، لأنه عين حقها، ونقصه ينجبر بضمان أرشه.
وقال الشيخ في المبسوط (١) تتخير بين أخذه بالأرش ورده، فتأخذ القيمة

(١) في هامش " و " الذي نقلوه عن المبسوط من التخيير ما وجدته. وإنما وجدت فيه ما نقلته من عدم
الخيار وتعين أخذه بالأرش. نعم، قال في المبسوط: " إذا أصدقها صداقا فأصابت به عيبا كان لها رده
بالعيب ". وهذه العبارة محمولة على ما إذا وجدت به عيبا سابقا على العقد، كما ذكره المصنف من
العبارة في وإن كان اطلاقها يوهم شمول الحادث، لكن مجرد ذلك لا يوجب إحداث قول يخالف ما صرح
به هو وغيره، من خطه قدس سره على نسخة الأصل. " لاحظ المبسوط ٤ : ٣٢١، ويدل على ما نقل
عنه من القول بالتخيير عبارته في ص: ٢٨٧ - ٢٨٨، ولم نجد ما يدل على عدم الخيار وتعين الأخذ
بالأرش في نكاح المبسوط.

ولها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها، سواء كان الزوج موسراً أو معسراً. وهل لها ذلك بعد الدخول؟ قيل: نعم. وقيل: لا. وهو الأشبه، لأن الاستمتاع حق لازم بالعقد.

كما لو تلف، لأنه مضمون عليه، وقد وقع العقد عليه سليماً، فإذا تعيب كان لها رده. ويضعف بأن كونه مضموناً بضمان اليد يوجب بقاءه على ملكها وضمان الفئات لا غير، كما لو عابت العين عند الغاصب. نعم، يتم ذلك على القول بضمان المعاوضة، مع أنه في المبسوط قوى في موضع آخر عدم الخيار وتعين أخذه بالأرش (١)

واعلم أن القائل بضمان المعاوضة أوجب هنا مع الرد مهر المثل، لأنه قيمة العين، كنظائره.

قوله: " ولها أن تمتنع من تسليم... الخ "

لا بد قبل تحرير المسألة وبيان أقسامها من تمهيد مقدمات يترتب عليها أحكامها، ويظهر وجه الخلاف منها. وهي أمور:

الأول: أن النكاح على تقدير ذكر المهر في العقد معاوضة، إما محضة أو شبيهة بها. وقد تقدم (٢) ما يظهر به وجه المشابهة. ومع عدم ذكره لا يكون كذلك، لعدم العوض من الجانب الآخر، ما لم يدخل فيلزم العوض، ويلحق بالمعاوضة حينئذ.

الثاني: أن في المعاوضة لكل من المتعاضين الامتناع من تسليم ما في

(١) لاحظ الهامش السابق.

(٢) راجع ص: ١٨٠ و ١٨٧.

من حصول الغرض، وانتقال (١) الضمان به كيف اتفق، ومن تحريم القبض بدون الإذن، فلا يترتب عليه أثر الصحيح. والحق أن بعض أحكام القبض متحققة، كاستقرار المهر بالوطء كرها، وبعضها غير متحقق قطعا، كالنفقة. ويبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها كرها، هل لها الامتناع بعده من الاقباض حتى تقبض المهر أم لا؟

الثامن: الحكم بوجود التقابض في العوضين من الجانبين إنما يتحقق مع استحقاق كل من المالكين للعوضين معجلا، فلو انتفى استحقاق التعجيل عن أحدهما أو عنهما معا انتفى الحكم، كما لو كان أحد العوضين مؤجلا، أو هما معا. وحيث يختص أحدهما بمانع التعجيل يختص الآخر بحكم استحقاق تعجيل إقباضه من غير تربص. ويتصور عدم الاستحقاق في المسألة المفروضة من جانب المهر بتأجيله، ومن جانب الزوجة بصغرها وغيره من موانع الاستمتاع.

وإذا تمهدت هذه المقدمات فنقول: الزوجان بالنسبة إلى استحقاق طلب المهر، وتسليم الزوجة، وجواز الامتناع فيهما، أو في أحدهما، لا يخلو: إما أن يكونا صغيرين بحيث لم يبلغا حد الاستمتاع، أو كبيرين، أو بالتفريق، بأن كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا، أو بالعكس. وعلى التقادير الأربعة: إما أن يكون الزوج معسرا بالمهر، أو موسرا. وعلى التقادير: إما أن يكون قد دخل، أم لا ويمكن فرض دخول الصغير بالكبيرة الثيب، أو مطلقا، وبالصغيرة كذلك. وعلى التقادير الستة عشر: إما أن يكون المهر حالا، أو مؤجلا، أو بعضه حالا وبعضه مؤجلا. وعلى تقدير تأجيله أو بعضه: إما أن يحل قبل الدخول، أو بعده. فصور المسألة ثمانون صورة.

(١) في الحجريتين: وانتفاء.

وخلاصة القول فيها: أن الزوجة إن كانت كاملة سالحة للاستمتاع، ولم يكن قد دخل بها الزوج، والمهر حال وهو موسر، فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتفاقاً، لا بمعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر أولاً، بل إما بذلك، أو بتقابضهما معاً، بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق في يد من يتفقان عليه أو يد عدل، وتؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها. وهذا في الحقيقة في معنى اقباض المهر أولاً، إلا أن ما يخافه الزوج من فواته بوصوله إليها يستدرك بوضعه على يد العدل، فيصير في معنى التقابض معاً، حيث إن القابض نائب عنهما. وإنما اعتبر ذلك لما تقرر في المقدمة الأولى أن في النكاح معنى المعاوضة، وفي الثانية أن لكل من المتعاضين الامتناع من الاقباض حتى يقبض الآخر، وطريق الجمع ما ذكر.

وفي المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أنه يجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً، فإذا سلم سلمت نفسها. والفرق بينهما: أن فائت المال يستدرك، وفائت البضع لا يستدرك. والثاني: أنه لا يجبر واحد منهما، لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم أجبر الآخر على تسليم ما عنده.

وأصحهما الأول، لما فيه من الجمع بين الحقين. وبه يحصل الجواب عن الوجه الثاني. وفي الثالث أنه قد يؤدي إلى بقاء النزاع بعدم بداءة أحدهما، ولا بد من نصب طريق شرعي يحسم مادته. وهذه الأوجه قد مضى (١) مثلها في البيع. وفيه وجه رابع لا يأتي هنا، وهو أن البائع يجبر على التسليم أولاً، فإذا استقر البدل في يد المشتري ألزم بتسليم العوض. وهنا لا يمكن الابتداء بالمرأة، لأن

(١) لاحظ ج ٣: ٢٣٧.

منفعة البضع إذا فاتت تعذر استدراكها، والمال يمكن استرداده (١) ولا فرق في هذه الحالة بين كون الصداق عينا ومنفعة، متعينا وفي الذمة. وهل يختلف ذلك بإعسار الزوج ويساره؟ الأكثر على عدمه، وهو الذي تقتضيه القاعدة الثانية، لأن عجز أحد المتعاضين لا يسقط حق الآخر مما يثبت له.

ويظهر من ابن إدريس أنه ليس لها الامتناع مع الاعسار، لمنع مطالبته (٢). ويضعف بما ذكرناه، فإن منع المطالبة لا يقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض، لكن يختلف الحال حينئذ، فإنه مع يساره ومطالبته يأثم الزوج بالمنع، وتستحق النفقة وإن لم تسلم نفسها إذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر، لأن المنع حينئذ بحق، فلا يقدح في التمكين. وأما مع اعساره فلا إثم عليه بالتأخير وفي استحقاقها النفقة حينئذ وجهان، من انتفاء التمكين، إذ هو معلق بأمر ممتنع عادة، وهو الذي جزم به الشهيد في شرح الارشاد (٣)، ومن أن المنع بحق كالموسر، لا اشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر. وامتناع التسليم عادة لا دخل له في الفرق مع جواز الاجتماع بالاقتراض ونحوه. وهذا متجه. ولا فرق مع عدم الدخول بين كونها قد مكنت منه فلم يقع وعدمه، فلها العود إلى الامتناع بعد التمكين إلى أن تقبض المهر ويعود الحكم إلى ما كان قبله، لما تقرر في المقدمة الرابعة أن القبض لا يتحقق في النكاح بدون الوطاء. ولو لم تكن المرأة مهياً للاستمتاع، بأن كانت مريضة أو محبوسة، لم يلزمه تسليم الصداق، لما تقدم من اشتراط وجوبه عليه بالتقايض من الجانبين.

(١) في "ش": استدراكه.

(٢) السرائر ٢: ٥٩١.

(٣) غاية المراد: ٢٠٠.

ولو كانت صغيرة لا تصلح للجماع، وطلب الولي المهر، فهل يلزمه التسليم قبل كمالها؟ وجهان، من تعذر التقابض من الجانبين، لعدم إمكان الاستمتاع، وهو خيرة الشيخ في المبسوط (١)، ومن أن الصداق حق ثابت وقد طلبه المستحق فوجب دفعه إليه. وعدم قبض مقابله من العوض قد أقدم الزوج عليه حيث عقد عليها كذلك، وأوجب على نفسه المال في الحال، كالعكس لو كان المهر مؤجلا. وهذا هو الأقوى.

ومحل الاشكال ما لو لم تصلح للاستمتاع مطلقا. أما لو صلحت لغير الوطاء فطلبها الزوج لذلك، ففي وجوب إجابته وجهان، من تحقق الزوجية المقتضية لجواز الاستمتاع، فلا يسقط بعضه بتعذر بعض، فيجب التسليم للممكن، ومن أن القصد الذاتي من الاستمتاع الوطاء والباقي تابع، فإذا تعذر المتبوع انتفى التابع. وإمساكها لغير ذلك حضانة، والزوج ليس أهلا لها، وإنما هي حق للأقارب. ولأنه لا يؤمن إذا خلا بها أن يأتيها فتتضرر. وعلى هذا فلو بذلت له لم يجب عليه القبول، لأن حقه الاستمتاع ولم يخلق (٢) فيها. ولو وجب للزومه نفقة الحضانة والتربية، وهو منتف. وهذا أقوى (٣)، وهو خيرة المبسوط (٤).

ولو كانا معا صغيرين، فطلب المهر من وليه، فالوجهان في الكبير مع الصغيرة، وأولى بعدم الوجوب لو قيل به ثم، وأجودهما استواءهما فيه. ولو انعكس، فكانت كبيرة والزوج صغير، فالوجهان. واختار في المبسوط (٥) عدم وجوب تسليم المهر في الجميع، كما لا تجب النفقة، محتجا بأن الاستمتاع غير ممكن. وهو يتم في النفقة لا في المهر، لما قررناه.

(١) المبسوط ٤ : ٣١٦.

(٢) في "س" ولم يخلف.

(٣) في "ش" و "قوي".

(٤) المبسوط ٤ : ٣١٥.

(٥) المبسوط ٤ : ٣١٦.

هذا كله إذا كان المهر حالا، فلو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع قبل حلوله قطعا، إذ لا يجب لها عليه شيء حينئذ، فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض. ولدخولها على الرضا بتسليم نفسها قبل قبضه، كالبيع إذا كان بثمن مؤجل. ثم إن سلمت نفسها إليه فلا كلام. وإن دافعت وأقدمت على فعل المحرم حتى حل الأجل ووجب المهر ففي جواز امتناعها بعد ذلك كالحال وجهان، من اشتراكهما (حينئذ) (١) في المعنى، ومن استقرار وجوب تسليمها قبله فيستصحب. ولأنها لما رضيت بالتأجيل ثبت (٢) أمرها على أن لا حق لها في الامتناع، فيمتنع ثبوته بعد ذلك، لانتفاء المقتضي. وهذا هو الأقوى، وبه قطع في المبسوط (٣)، وتبعه الأكثر ومنهم المصنف. وسيأتي (٤) البحث فيه في الكتاب، لكننا ذكرناه هنا لمناسبة استيفاء الأقسام. وظاهر كلام الشيخ في النهاية يقتضي جواز الامتناع هنا، حيث أطلق جواز امتناعها حتى قبض المهر (٥). والظاهر أن إطلاقه محمول على الحال، لأنه محل الخلاف، لا المؤجل مطلقا. ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلكل واحد منهما حكم نفسه. فلها أن تمتنع حتى قبض الحال دون المؤجل وإن حل، كما قرر. وجميع هذا البحث على تقدير عدم الدخول. وأما بعده فهل لها الامتناع إذا أرادته حتى قبض المهر كما كان لها ذلك قبله؟ قولان، أحدهما العدم، وهو الذي

-
- (١) من "ش" و"و" و"و".
 - (٢) في "و" و"١": بنت.
 - (٣) المبسوط ٤: ٣١٤.
 - (٤) في ص: ٢٧٣.
 - (٥) النهاية: ٤٧٥.

اختاره المصنف وجماعة (من) (١) المتأخرين (٢)، ومن المتقدمين الشيخ في الخلاف (٣)، والمرضى (٤)، وأبو الصلاح (٥). وهو الأقوى، عملاً بمقتضى القواعد السابقة " فإن المهر قد استقر بالوطء، وقد حصل تسليمها نفسها برضاها، ومتى سلم أحد المتعاضين الذي قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حيسه. ومن حكم بما ذكرناه من الاحتمال في المقدمة الرابعة جوز امتناعها بعد الدخول أيضاً، لعدم التقابض، ولم يخالف باقي القواعد. وهو خيرة الشيخ في النهاية (٦) والمبسوط (٧)، وقبله المفيد (٨)، وبعده القاضي (٩).

وفرق ابن حمزة (١٠) بين تسليمها نفسها اختياراً وإكراهاً، فحكم بسقوط حقها من الامتناع في الأول دون الثاني. وهو مبني على ما ذكر في المقدمة السابعة. وفي قوله قوة.

وفي معناه ما لو سلم الولي من ليست بكاملة ولم يقبض الصداق، فهل لها الامتناع بعد الكمال حتى تقبضه؟ وجهان، وأولى بعدم الجواز هنا، لأن تسليم الولي شرعي، إلا أن يمنع من جواز تسليمه لها قبل قبض المهر كغيره من

-
- (١) من " و " والحجريتين.
 - (٢) لاحظ الجامع للشرايع: ٤٤٠، تلخيص الخلاف ٢: ٣٦٧، مسألة (٣٧)، جامع المقاصد ١٣: ٣٥٤.
 - (٣) الخلاف ٤: ٣٩٣، مسألة (٣٩).
 - (٤) الإنتصار: ١٢٢.
 - (٥) الكافي في الفقه: ٢٩٤.
 - (٦) النهاية: ٤٧٥.
 - (٧) المبسوط ٤: ٣١٣.
 - (٨) المقنعة: ٥١٠.
 - (٩) جواهر الفقه: ١٧٤، مسألة (٦١٨).
 - (١٠) الوسيلة: ٢٩٩.

ويستحب تقليل المهر. ويكره أن يتجاوز السنة، وهو خمسمائة درهم.

المعاوضات، فتساوي المكروهة في الحكم. فهذه جملة الأحكام المتعلقة بصور المسألة كلها.

قوله: " ويستحب تقليل المهر... الخ "

لا خلاف في استحباب تقليل المهر، وأن لا يتجاوز مهر السنة الذي تزوج به النبي صلى الله عليه وآله وسلم نساءه وزوج به بناته، للتأسي به، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " أفضل نساء أمتي أصبحهن وجهها، وأقلهن مهرا " (١). وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة " (٢)، وقال الباقر عليه السلام: " ما زوج رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سائر بناته ولا تزوج شيئاً من نساءه على أكثر من اثنتي عشرة أوقية ونش، وهو نصف الأوقية، والأوقية أربعون، والنش عشرون درهماً، فذلك خمسمائة درهم " (٣). وعن الحسين بن خالد قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنة كيف صار خمسمائة؟ فقال: إن الله تبارك وتعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائة تكبيرة، ويسبحه مائة تسبيحة، ويحمده مائة تحميدة، ويهلله مائة تهليلة، ويصلي على محمد وآله مائة مرة، ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين، إلا زوجه الله حوراء، وجعل ذلك مهرها. ثم أوحى الله تعالى إلى نبيه صلى الله عليه وآله وسلم أن سن مهور المؤمنات خمسمائة درهم، ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم. وأيما مؤمن خطب إلى أخيه حرمة فبذل خمسمائة درهم فلم يزوجه

(١) الكافي ٥: ٣٢٤ ح ٤، الفقيه ٣: ٢٤٣ ح ١١٥٦، التهذيب ٧: ٤٠٤ ح ١٦١٥، الوسائل ٥: ١٠: ١٠ ب

(٥) من أبواب المهور ح ٩.

(٢) مسند أحمد ٦: ٨٢.

(٣) الوسائل ١٥: ٦ ب (٤) من أبواب المهور ح ٤، والجملة الأخيرة من ح ٨ من نفس الباب.

وأن يدخل بالزوجة حتى يقدم مهرها، أو شيئاً منه، أو غيره ولو هدية.

عقه، واستحق من الله عز وجل أن لا يزوجه حوراء " (١).
وظاهر الأخبار أن الكراهة متعلقة بالمرأة ووليها لا بالزوج، وعبارة المصنف شاملة لهما. وقد يمكن تعلق الكراهة به من حيث الإعانة على المكروه إن أمكنه النقصان، وإلا فلا كراهة من قبله. مع أنه قد تقدم (٢) امهار الحسن عليه السلام امرأة مائة جارية وغيره.
قوله: " وأن يدخل بالزوجة..... الخ ".
مستند الحكم رواية أبي 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 " (٣).
قال الشيخ في التهذيب: " وهذه الرواية وردت على جهة الأفضل، فأما أن يكون ذلك واجبا أو تركه محظورا فلا، لما رواه عبد الحميد الطائي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة وأدخل بها ولا أعطيها شيئاً، فقال: نعم، يكون ديناً عليك " (٤). مع أن الرواية الأولى قاصرة عن إفادة التحريم من حيث السند، أما الكراهة فيكفي فيها مثل ذلك كالاتحاب.

- (١) الكافي ٥: ٣٧٦ ح ٧، الفقيه ٣: ٢٥٣ ح ١٢٠١ ولم يسنده، علل الشرائع: ٤٩٩ ح ١ و ٢. العيون ٢: ٨٤ ح ٢٥ و ٢٦، التهذيب ٧: ٣٥٦ ح ١٤٥١، الوسائل ٥: ١٥ ب (٤) من أبواب المهور ح ٢.
(٢) في ص: ١٦٨.
(٣) التهذيب ٧: ٣٥٧ ح ١٤٥٢، الاستبصار ٣: ٢٢٠ ح ٧٩٩، الوسائل ٥: ١٢ ب (٧) من أبواب المهور ح ١.
(٤) التهذيب ٧: ٣٥٧ ح ١٤٥٣، وحديث الطائي أخرجه في الكافي ٥: ٤١٣ ح ٣، الاستبصار ٣: ٢٢٠ ح ٧٩٨، الوسائل ١٥: ١٦ ب (٨) من أبواب المهور ح ٩.

الطرف الثاني: في التفويض.
وهو قسمان: تفويض البضع، وتفويض المهر.
أما الأول: فهو أن لا يذكر في العقد مهراً أصلاً، مثل أن يقول:
زوجتك فلانة، أو تقول هي: زوجتك نفسي، فيقول: قبلت.

والشيخ عبر في النهاية (١) بلفظ الرواية، فاعترضه ابن إدريس (٢) بأن الفرج
يستباح بالعقد لا بما يقدمه. وعذره - مع متابعة الرواية - التجوز في تعليق الحل
على ما يقدمه مبالغة في الاستحباب.
قوله: " في التفويض..... الخ "

التفويض - لغة - رد الأمر إلى الغير أو الإهمال، ومنه:
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم* ولا سراة إذا جهالهم سادوا (٣)
وشرعا: رد أمر المهر والبضع إلى أحد الزوجين، أو ثالث، أو إهمال ذكره في
العقد. وتسمى المرأة مفوضة بكسر الواو، لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا
مهر، أو لأنها أهملت المهر، ومفوضة بفتحها، لأن الولي فوض أمرها (٤) إلى الزوج،
أو لأن الأمر في المهر مفوض إليها إن شاءت نفته وإلا فلا.
ثم التفويض نوعان: تفويض للبضع، وتفويض للمهر. فالأول إخلاء العقد
عن ذكر المهر بفعل الزوجة أو من يقوم مقامها، مثل: زوجتك نفسي أو فلانة،
فيقول: قبلت. وهو عقد صحيح إجماعاً. والثاني يأتي.

(١) النهاية: ٤٦٩ - ٤٧٠.

(٢) السرائر ٢: ٥٨١.

(٣) البيت للافوه الأودي، راجع الشعر والشعراء لابن قتيبة: ١٢٩، نهاية الإرب ٣: ٦٤.

(٤) في "ش" أمر مهرها.

وفيه مسائل:

الأولى: ذكر المهر ليس شرطاً في العقد، فلو تزوجها ولم يذكر مهراً، أو شرط أن لا مهر، صح العقد. فإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة، حرة كانت أو مملوكة، ولا مهر. وإن طلقها بعد الدخول فلها مهر أمثالها، ولا متعة. فإن مات أحدهما قبل الدخول وقبل الفرض فلا مهر لها ولا متعة. ولا يجب مهر المثل بالعقد، وإنما يجب بالدخول.

قوله: " ذكر المهر ليس شرطاً.... الخ "

قد قررنا في أول الباب أن المهر ليس ركناً من أركان النكاح، بخلاف العوضين في البيع ونحوه من عقود المعاوضات، وأنه يقوم بالزوجين وإن كان العوض لازماً في الجملة. فإذا تزوج ولم يذكر في العقد مهراً، سواء أطلق أم شرط أن لا مهر عليه في الحال أو مطلقاً صح، لأن عدم ذكره في معنى نفيه في الحال، وذلك لا ينافي حكم التفويض ووجوبه في المال. نعم، لو صرح بنفيه في الحال والمال على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد العقد في قول قوي، لمنافاته مقتضاه، لأن من مقتضياته وجوب المهر في الجملة، إما بالعقد أو بالفرض أو بالدخول وما في معناه، فإذا شرط نفيه في جميع هذه الأحوال فقد شرط ما ينافي مقتضى عقد النكاح، فيفسد.

وفيه وجه آخر بالصحة، وإحاقه بما لو نفاه مطلقاً، لأن قوله: " على أن لا مهر " يفيد نكرة منفية، وهي من صيغ العموم، فيتناول الحال والمال، وقد حكم بالصحة وتخصيصها بمقتضيات التفويض، فيكون الحكم فيما لو صرح بالعموم كذلك، لاشتراكهما في قبول التخصيص.

وفيه: أن إطلاق العموم لا ينافي التخصيص، أما التصريح بنفيه كصورة الفرض فمنافاته للتخصيص ظاهرة، لظهور أن نفي المهر في الحالين ينافي ثبوته في

أحدهما.

وفيه وجه ثالث بفساد التفويض دون العقد، فيجب مهر المثل، كما لو شرط في المهر ما يفسده.

إذا تقرر ذلك فنقول: من حكم التفويض أن لا يجب المهر لها بالعقد عندنا ولا المتعة، بل إنما تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، ومهر المثل بالدخول، أو ما يتفقان من المهر قبل الدخول، فإذا طلقها بعده فلها نصف ما يفرض. أما وجوب مهر المثل بالدخول فيدل عليه أخبار كثيرة، منها رواية منصور بن حازم قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، قال: لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نساءها" (١). ويدل على وجوب المتعة بالطلاق، ونصف الفرض إن اتفقا عليه، وجميعه إن لم يطلق، قوله تعالى: لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره" (٢) وسياقها وقوع الطلاق قبل المسيس وقبل الفرض، وأما بعده فالواجب ما دل عليه قوله: فنصف ما فرضتم" (٣). وبعد الدخول يجب مهر المثل، سواء طلق أم لا. فقول المصنف: "وإن طلقها بعد الدخول فلها مهر أمثالها" يغني عنه قوله: "ولا يجب مهر المثل بالعقد، وإنما يجب بالدخول" لأن الدخول إذا كان موجبا له فلا أثر للطلاق ولا لعدمه في ذلك، فكان تركه أنسب، لئلا يوهم كون الطلاق حينئذ له مدخل في ثبوته، من حيث إن تعليق الحكم على وصف يشعر بعليته. وبقي من أحكام المفوضة ما لو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق، فإن كان

(١) التهذيب ٧: ٣٦٢ ح ١٤٦٧، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٢١٣، الوسائل ١٥: ٢٤ ب (١٢) من أبواب المهور، ح ٢.
(٢) البقرة: ٢٣٦ - ٢٣٧.
(٣) البقرة: ٢٣٦ - ٢٣٧.

الثانية: المعتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نساءها، ما لم يتجاوز السنة " وهو خمسمائة درهم.

الموت قبل الفرض فلا شيء لها، لانتفاء سبب الوجوب، لأنه منحصر في الفرض والدخول، فبدونه يتمسك بأصالة العدم وبراءة الذمة. وإن كان بعد الفرض ثبت المفروض بتمامه، لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: " إن كان فرض لها زوجها مهرا فلها، وإن لم يكن فرض مهرا فلا مهر " (١). ولا يخفى أن الميراث يثبت على كل حال، لتحقيق الزوجية المقتضية له. قوله: " المعتبر في مهر المثل..... الخ ".

مهر المثل هو قيمة المثل بالنسبة إلى البضع المخصوص، وهو ما يبذل في مقابلة نكاح أمثال المرأة (من) (٢) المشتملات على مثل صفاتها التي يزيد المهر وينقص باعتبارها، لأن ذلك هو المفهوم من المثل لغة وعرفا. وقد ذكر المصنف من صفاتها الشرف والجمال وعادة نساءها. ولا شبهة في اعتبار ذلك، لكن تعتبر معه رعاية باقي الصفات التي يتفاوت بتفاوتها المهر من العقل، والأدب، والبكارة، وصراحة النسب، واليسار، وحسن التدبير، وما جرى مجرى ذلك، وأضدادها، لأن ذلك مما يختلف المهر باختلافه. وبهذا صرح المحققون (٣) وإن اختلفت عباراتهم فيما يعتبر به المهر، فالمحصل ما ذكرناه.

والمعتبر في أقاربها من الطرفين على الأقوى، لاختلاف المهر باختلافهن

(١) التهذيب ٨: ١٤٦ ح ٥٠٥، الاستبصار ٣: ٣٤١ ح ١٢١٥ الوسائل ١٥: ٧٦ ب (٥٨) من أبواب المهور، ح ٢٢.
(٢) من "س" وإحدى الحجرتين.
(٣) راجع المبسوط ٤: ٢٩٩، الوسيلة: ٢٩٥، السرائر ٢: ٥٨١، التحرير ٢: ٣٥. جامع المقاصد ١٣: ٤٢٣.

فيهما، ولأن النساء جمع مضاف فيهم الجميع. وقيل: يعتبر جانب الأب خاصة، لعدم اعتبار الأم في الفخر. وهو ممنوع. ويعتبر في الأقارب أن يكونوا من أهل بلدها أو ما قاربه مما لا يختلف باختلافه المهر عادة، على الأقوى.

وقد قيد المصنف والأكثر ذلك بما إذا لم يتجاوز مهر السنة، وهو خمسمائة درهم كما سلف، استناداً إلى رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: " سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمي صداقها حتى دخل بها، قال: السنة، والسنة خمسمائة درهم " (١). وفيها - مع ضعف السند - قصور الدلالة، لأن الكلام في المفوضة، ومورد الرواية ما إذا وهم أن يسمي صداقها، وهو يقتضي كونه أراد التسمية فنسيها، وهذا ليس من التفويض في شيء، وإن كان العقد قد وقع بصورة التفويض، فجاز اختلاف الحكم لذلك. ومن ثم ذهب بعض (٢) علمائنا إلى أن مهر المثل لا يتقدر بقدر، لاطلاق الأخبار في ذلك، مثل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال: " لها صداق نسائها " (٣). وموثقة منصور بن حازم قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام - وقد تقدمت - وفيها: فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها " (٤)

(١) في هامش " و " : " في طريقها أبان بن عثمان، وكان من الناووسية، إلا أن الكشي قال: " إن العصابة أجمعت على تصحيح ما يصح عنه " وهذا الخبر صحيح عنه، فليس له إلا إثبات هذه الدعوى. بخطه قدس سره. لاحظ رجال الكشي: ٣٢٢، التهذيب ٧: ٣٦٢ ح ١٤٦٩، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٨١٥، الوسائل ١٥: ٢٥ ب (١٣) من أبواب المهور، ح ٢، والرواية فيه مضمرة.

(٢) حكاها. العلامة في المختلف: ٥٤٩.

(٣) الكافي ٥: ٣٨١ ح ١٠، التهذيب ٧: ٣٦٢ ح ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٨١٢، الوسائل

١٥: ٢٤ ب (١٢) من أبواب المهور، ح ٣.

(٤) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٠٣، هامش (١).

وصحيحة الحلبي قال: " سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها، قال: لها مثل مهور نسائها " (١).

وهذه الأخبار وإن كانت لا تخلو من ضعف في الطريق أو قطع إلا أنها مؤيدة لما تقتضيه الأدلة من كون مهر المثل عوض البضع، وكونه ملحقا بالأموال، وهو يقتضي كونه ما يبذل عادة لأمثال تلك المرأة بالغ ما بلغ كسائر الأموال.

ووافق جماعة (٢) من الأصحاب في عدم تقدره بذلك حيث يجب (٣) مهر المثل لما أشبهه الجناية، كالنكاح الفاسد، ووطء الشبهة، والاكراه. وإنما الشبهة في هذه المسألة، وهي مسألة التفويض لا غير، من حيث ذهاب معظم الأصحاب إلى التقييد وقصور دليله. وتوقف في المختلف (٤) لذلك، مقتصر على حكاية القولين. وله وجه، لمعارضة الشهرة لقوة الدليل.

واعلم أن مهر المثل يثبت في مواضع كثيرة: منها: ما ذكرها هنا، وفي بابه اقتصر على بيان كلفيته. ومنها: التسمية الفاسدة، وإذا نكح عدة نساء بمهر واحد. وقد تقدما (٥) في الباب.

ومنها: الوطاء في النكاح الفاسد، والشبهة، والاكراه، وغير ذلك.

(١) التهذيب ٧: ٣٦٢ ح ١٤٦٨، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٨١٤، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

(٢) راجع القواعد ٢: ٣٩ - ٤٠، إيضاح الفوائد ٣: ٢١٦، جامع المقاصد ١٣: ٤٣٠.

(٣) في "ش، و": يجعل.

(٤) مختلف الشيعة: ٥٤٨ - ٥٤٩.

(٥) في ص: ١٦٢ و ١٧١.

والمعتبر في المتعة بحال الزوج، فالغني يمتع بالدابة أو الثوب المرتفع أو عشرة دنانير، والمتوسط بخمسة دنانير أو الثوب المتوسط، والفقير بالدينار أو الخاتم وما شاكله.

قوله: " والمعتبر في المتعة.... الخ "

المعتبر في المتعة الواجبة لمطلق المفوضة قبل الدخول وقبل أن يفرض لها فريضة بحاله في اليسار والاقطار، كما نبه عليه تعالى بقوله: * (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) * (١). وروى 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) * ما أدنى ذلك المتاع إذا كان الرجل معسرا لا يجد؟ قال: الخمار وشبهه " (٣).

وقد استفيد من الآية والرواية انقسام حاله إلى أمرين اليسار والاعسار. والأصحاب قسموها إلى ثلاثة نظرا إلى الواقع عرفا، وعينوا لكل مرتبة أشياء على مقتضى العرف ومناسبة مدلول الأخبار، وهي غير منافية للقسمين، لأن مرجع الثلاثة إليهما.

والمراد بالدابة الفرس. وهي قريبة من تمتيع الغني بالعبد والأمة. وفي معناها البغل والبعير المقارب لها في القيمة، لأن الحكم في ذلك التقريب العرفي لا التحديد. ويعتبر في الخاتم مسماه من ذهب وفضة. ويعتبر في الأحوال الثلاثة العرف بحسب حال البلد والوقت والشخص.

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الكافي ٦: ١٠٥ ح ٣، التهذيب ٨: ١٣٩ ح ٤٨٤، الوسائل ١٥: ٥٦ ب (٤٩) من أبواب المهور،

ح ١.

(٣) الكافي ٦: ١٠٥ ح ٥، التهذيب ٨: ١٤٠ ح ٤٨٦، تفسير العياشي ١: ١٢٩ ح ٤٢٨،

الوسائل الباب المتقدم ح ٢، والآية في سورة البقرة: ٢٤١.

ولا تستحق المتعة إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها.

قوله: " ولا تستحق المتعة.... الخ "

الوجه في اختصاصها بذلك ثبوت الحكم لما بقوله تعالى: * (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن) * (١) مع أصالة البراءة في غير ما دلت عليه الآية، فإن الظاهر من نفي الجناح عدم لزوم المهر أو بعضه بالطلاق على هذه الحالة، وهي طلاق المفوضة قبل المسيس وفرض مهر لها، وإلا فالجناح منفي عن الطلاق مطلقاً. ثم أمر بالمتعة حينئذ، والأمر للوجوب. وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: " عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، وإن لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء (٢) " الحديث.

ولا تجب المتعة لغير المذكورة، فلو حصلت بينونة بينهما بفسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك من قبله أو قبلها أو منهما فلا مهر ولا متعة، للأصل.

وقوى الشيخ في المبسوط (٣) ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق وفسخ، أو من قبلهما، دون ما كان من قبلها خاصة. وقوى في المختلف (٤) وجوبها في الجميع.

والأقوى اختصاصها بالطلاق، عملاً بمقتضى الآية، ورجوعاً في غيره إلى الأصل. ومجرد المشابهة قياس لا نقول به. وهذا هو الذي اختاره المصنف

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الكافي ٦: ١٠٦ ح ٣، التهذيب ٨: ١٤٢ ح ٤٩٣، الوسائل ١٥: ٦١ ب (٥١) من أبواب المهور ح ٢.

(٣) المبسوط ٤: ٣١٩ - ٣٢٠.

(٤) مختلف الشيعة: ٥٥١.

والأكثر ومنهم الشيخ في الخلاف (١)، نعم، يستحب المتعة لكل مطلقة وإن لم تكن مفوضة.

ولو قيل بوجوبه أمكن، عملاً بعموم الآية، فإن قوله تعالى: * (ومتعوهن) * يعود إلى النساء المطلقات، وتقيدهن بأحد الأمرين لا يمنع عود الضمير إلى المجموع. ولقوله بعد ذلك: * (متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين) * مع قوله: * (وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين) * (٢).

والمذهب الاستحباب. ويؤيده رواية حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته أيمتعها؟ قال: " نعم، أما يحب أن يكون من المحسنين؟ أما يحب أن يكون من المتقين؟ " (٣). وهو يشعر بالاستحباب، وكذلك الاحسان يشعر به، مع أنها لا تنافي الوجوب. وروى الحلبي في الصحيح قال: " سألت عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها، فقال: لها مثل مهر نسائها ويمتعها " (٤). وهي صريحة في مجامعة المتعة للمهر. والخبر معناه الأمر، إلا أن الرواية مقطوعة، وربما وجدت متصلة بأبي عبد الله عليه السلام. وسيأتي (٥) الخلاف. في ثبوتها لو مات الحاكم قبل الحكم بالمهر في مفوضة المهر. ولا فرق في ثبوت المتعة بين كون الزوج حراً وعبدًا، والزوجة حرة وأمة.

(١) الخلاف ٤: ٤٠٠، مسألة (٤٦).

(٢) البقرة: ٢٤١.

(٣) الكافي ٦: ١٠٤ ح ١، التهذيب ٨: ١٤٠ ح ٤٨٧، تفسير العياشي ١: ١٢٤ ح ٣٩٦.

الوسائل ١٥: ٥٥ ب " ٤٨ " من أبواب المهور ح ٥.

(٤) التهذيب ٧: ٣٦٢ ح ١٤٦٨، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٨١٤ الوسائل ١٥: ٢٤ ب (١٢) من

أبواب المهور ح ١.

(٥) في ص: ٢١٨.

الثالثة: لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز، لأن الحق لهما، سواء كان بقدر مهر المثل أو أزيد أو أقل، وسواء كانا عالمين أو جاهلين أو كان أحدهما عالما لأن فرض المهر إليهما ابتداء فجاز انتهاء.

قوله: " لو تراضيا بعد العقد.... الخ "

قد عرفت أن المفوضة لا تستحق المهر بنفس العقد، ولكنها ملكت أن تملك، فلها المطالبة بفرضه وتعيينه قبل الدخول لتعرف ما تستحق بالوطء أو الموت وما تنتظر (١) بالطلاق قبله أو الفسخ.

ثم إن اتفقت هي والزوج على قدر معين صح ولم يكن لها غيره، لأن الحق لهما. ولا فرق بين كونه بقدر مهر المثل وأقل منه وأكثر، ولا بين علمهما بمقدار مهر المثل وجهلهاما والتفريق، كما لا يشترط علمهما به لو عيناه في العقد. وليس لأحد منهما بعد اتفاقهما على الفرض الرجوع فيه مطلقا.

وإن اختلفا، بأن فرض لها الزوج أقل ولم ترض به، فإن كان مقروضه بقدر مهر السنة فصاعدا ففي لزومه في طرفها وجهان، من أنه لو فوض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه وكذا الحاكم كما سيأتي، ومن أن البضع يقتضي مهر المثل، والخروج عنه في بعض الموارد على خلاف الأصل فيقتصر عليه. وكون ذلك للحاكم ممنوع.

وإن كان أقل منه لم يقع (٢) بغير رضاها اتفاقا. فحينئذ إن ترافعا إلى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان، ما لم يتجاوز السنة فيرد إليها، إن اعتبرنا ذلك في مهر المثل، وإلا لم يتقيد بذلك. وهو الأقوى. وقد تقدم (٣). ويشترط حينئذ في صحة فرضه معرفته بمقدار مهر مثلها، وإلا لم يصح فرضه، لأن ذلك بمنزلة

(١) في نسخة بدل " و " : يتشطر.

(٢) في " ش، و " : يصح.

(٣) في ص: ٢٠٤.

الرابعة: لو تزوج المملوكة ثم اشتراها فسد النكاح، ولا مهر لها ولا متعة.

الخامسة: يتحقق التفويض في البالغ الرشيدة، ولا يتحقق في الصغيرة ولا في الكبيرة السفيةة. ولو زوجها الولي بدون مهر المثل أو لم يذكر مهرا صح العقد، وثبت لها مهر المثل بنفس العقد. وفيه تردد منشؤه: أن الولي له نظر المصلحة، فيصح التفويض وثوقا بنظره. وهو أشبه. وعلى التقدير الأول لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مهر المثل. وعلى ما اخترناه لها المتعة.

تقويم المتلفات، فيعتبر فيه معرفة القيمة وتقدير النفقات حيث ينتهي إليه. وقيل: لا يصح فرض الحاكم مطلقا، لأن الغرض منه إثبات المهر في ذمة الزوج، وذلك منوط بتراضي الزوجين، ولا مدخل لغيرهما فيه. ويضعف بأن ذلك تعيين له لا إحداث، بل سببه حاصل منهما بالعقد، وإنما الحاكم يقطع الخصومة بذلك بينهما ويرفع المنازعة، كما يقدر النفقة الواجبة بالعقد أو مع التمكين المستند إلى الزوجين.

قوله: " لو تزوج المملوكة..... الخ "

المراد أنه اشتراها قبل الدخول، إذ لو دخل وجب المهر قبل الشراء للبائع، سواء كانت مفوضة أم لا. أما إذا اشتراها قبله فلا مهر لها عليه إن كان مسمى بالعقد، لأن المهر لو ثبت لكان له كما سبق. ولا متعة على تقدير كونها مفوضة، لما ذكرناه، ولأن المتعة مختصة بالطلاق كما مر (١).

قوله: " يتحقق التفويض..... الخ "

لا كلام في صحة التفويض من غير المولى عليها، لأن الحق في ذلك لها، وأمر

(١) في ص: ٢٠٨.

النكاح إليها، فلها الخيرة فيما شاءت من وجوهه الصحيحة شرعا، والتفويض منها. وكذا مع تعيين المهر بدون مهر المثل. وأما المولى عليها لصغر أو سفه أو بكاراة - على القول به - فهل للمولى أن يزوجها مفوضة أو بدون مهر المثل؟ قولان، سبق الكلام في الثاني منهما، وأن الأقوى جوازه مع المصلحة. وقد حكى المصنف فيهما هنا قولين:

أحدهما: صحة العقد، ويثبت لها مهر المثل بنفس العقد، ولا يتوقف على الدخول كالمفوضة. ونسب هذا القول إلى الشيخ في المبسوط (١). ووجهه: أن تصرف الولي منوط بمهر المثل وثمان المثل، لأن النكاح ملحق بالمعاوضات، فيجب مراعاة عوض البضع، فإذا فرض دونه وقع فاسدا، فوجب مهر المثل كما لو فسد المهر بغيره. وقد تقدم (٢) له نظائر. وكذا مع التفويض، لاشتماله على المعاوضة على البضع بدون مهر المثل على تقدير عدم الدخول، وهو ممتنع، ولو لم يجب مهر المثل بالعقد لكان تفويضا صحيحا، والمفروض عدمه.

والذي وجدته في المبسوط في موضعين الصحة ولزوم مهر المثل بالدخول. فأول موضعين قوله فيه: " فأما من تجبر على نكاح لصغر أو بكاراة فلا تكون مفوضة البضع. ومتى عقد وليها مفوضة لم تكن مفوضة، ووجب مهر المثل بالعقد عند قوم وعندنا بالدخول " (٣) وقال في الموضع الثاني: " من تجبر على النكاح من الصغيرة والبكر الكبيرة يجبرها أبوها أو جدها على النكاح، فمتى زوجها مفوضة البضع كان الحكم فيه كالحكم فيمن لا تجبر سواء. وقال قوم: لها مهر المثل لا غير ". ثم قال بعد ذلك: " فإذا ثبت هذا فإن أجبرها فزوجها مفوضة لم يجب عليه ضمان

(١) نسبه إليه الكركي في جامع المقاصد ١٣: ٤١٧.

(٢) في ص: ٢٦٢ و ١٨٠ وغيرهما.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٥.

المهر، لأنه قد وجب بالعقد " (١).

وهذا الكلام الأخير ربما أوهم ما نقلوه عنه إلا أنه باتصاله بالأول ومنافاته له ظاهرا يمكن حمله على وجود سبب وجوبه بالعقد، لا على وجوبه حقيقة، لأنه ذكر في غير موضع أن المفوضة ملكت بالعقد أن تملك المهر (٢)، وقال: " كل موضع حكمنا بأنها مفوضة لم يجب لها بالعقد مهر ولا المطالبة بالمهر، لأن المهر ما وجب لها، لكن لها المطالبة بفرض المهر، والمهر يجب لها بالفرض أو بالدخول " (٣). وكذلك صرح في باب (٤) الأولياء بصحة تزويج الولي بدون مهر المثل، محتجا بأن له العفو عن الصداق، فله أن يعقد على بعضه. وهذا كله موافق لما اختاره المصنف من جواز تفويض الولي بضع المولى عليها. وزاد المصنف التقييد برعاية المصلحة. وهو حسن. إذا تقرر ذلك فنقول: إذا طلقها قبل الدخول في صورة التفويض بني على القولين، فإن جعلنا الواجب مهر المثل بالعقد كما نقله الشيخ عن بعضهم وجب لها نصف مهر المثل، لأن الواجب بالعقد يتنصف بالطلاق. وعلى القول بصحة التفويض تجب المتعة كما في كل مفوضة.

وأما على تقدير تزويجها بدون مهر المثل، فإن جوزناه بالمصلحة فلها مع الطلاق قبل الدخول نصف المسمى. وإن أوقفناه على رضاها به بعد الكمال كما هو المشهور، فإن طلقها قبل الكمال فلها نصف المسمى. وإن طلقها بعده روعي في الواجب رضاها به أو فسخه فيرجع إلى مهر المثل. وإن جعلنا الواجب حينئذ مهر المثل بالعقد، إلحاقا لهذه التسمية بالفاسدة حيث وقعت بغير عوض المثل، وجب بالطلاق نصف مهر المثل.

(١) المبسوط ٤: ٢٩٧.

(٢) المبسوط ٤: ٢٩٦، و ٢٩٨.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٥.

(٤) المبسوط ٤: ١٧٩.

ويجوز أن يزوج المولى أمته مفوضة، لاختصاصه بالمهر.
السادسة: إذا زوجها مولاها مفوضة ثم باعها كان فرض المهر بين
الزوج والمولى الثاني إن أجاز النكاح. ويكون المهر له دون الأول. ولو
أعتقها الأول قبل الدخول فرضيت بالعقد كان المهر لها خاصة.

قوله: " ويجوز أن يزوج..... الخ "

هذا كالمستثنى من الحكم السابق في تزويج المولى عليها مفوضة، حيث وقع
فيها الخلاف، بخلاف هذه، فإن جواز تفويض بضع الأمة اتفاقي وإن شاركت في
الولاية عليها. والفرق ما أشار إليه المصنف من أن المانع هناك لحق المولى عليه
حيث عاوض على البضع بدون عوض مثله، وهنا الحق للسيد، لاختصاصه بالمهر،
وهو الذي اختار ذلك، فكان لازماً.

إذا تقرر ذلك، فإن بقيت على ملكه إلى أن دخل بها الزوج استقر ملكه على
مهر المثل. وإن اتفق على فرضه هو والزوج قبل الدخول صح، لأنه يملك بالعقد ما
تملكه المفوضة. ولحق المفروض حينئذ حكم المسمى في العقد.
قوله: " إذا زوجها مولاها مفوضة..... الخ "

هذا كالتمتة للمسألة السابقة، فإنها دلت على جواز تفويض المولى بضع
أتمته. ثم إن بقيت على ملكه فالحكم واضح. وإن خرجت عن ملكه، فإما أن تخرج
بالانتقال إلى ملك آخر كالمشتري وشبهه، أو تملك نفسها كالمعتقة. فإن كان الأول
فقد تقدم (١) أن المنتقل إليه يتخير في إجازة العقد وفسخه، فإن فسخه بطل العقد،
وتبعه المهر. وإن أجازته كان فرض المهر إليه وإلى الزوج. وإن أعتقت فتقديره إليها
وإليه، فإن قدره قبل الدخول استقر به وملكته بالتقدير. وإن بقيت مفوضة إلى أن
دخل فلها مهر المثل أو للمشتري. وهذا بخلاف ما لو أعتقت بعد تزويجها وتعيين

(١) في ص: ٥٢.

وأما الثاني - وهو تفويض المهر - فهو أن يذكر على الجملة، ويفوض تقديره إلى أحد الزوجين، فإذا كان الحاكم هو الزوج لم يتقدر في طرف الكثرة ولا القلة، وجاز أن يحكم بما شاء. ولو كان الحكم إليها لم يتقدر في طرف القلة، ويتقدر في الكثرة، إذ لا يمضي حكمها فيما زاد عن مهر السنة، وهو خمسمائة درهم.

المهر في العقد، فإنه يكون للمولى كما مر (١). والفرق أن المهر مع التعيين يملك بالعقد

والمالك لمهر الأمة هو السيد، بخلاف المفوضة، فإن ملك المهر يتوقف على الفرض أو الدخول كما مر، فقبله لا مهر، وقد حصل الانتقال عن ملكه قبل تحققه فيكون لها، لحدوثه على ملكها. وأما المشتري فإنه يملكه مع الإجازة على التقديرين. وقد سبق (٢) ما يفيد الوجه في ذلك.

قوله: (وأما الثاني وهو تفويض المهر..... الخ " .

هذا هو القسم الثاني من قسمي التفويض، وهو أن يذكر المهر في العقد إجمالاً ويفوض تقديره فيه. إلى أحد الزوجين - وعليه اقتصر المصنف - أو إليهما معاً، ولا إشكال في جوازه أيضاً. وألحق بعضهم جعله لأجنبي غيرهما، لأنه وإن لم يكن منصوصاً بخصوصه إلا أنه في معنى التوكيل وقد تراضيا عليه، ولعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " المؤمنون عند شروطهم " (٣). ووجه المنع أن المهر حق يتعلق بالزوجين، فلا يتعدى إلى غيرهما بغير إذن شرعي. وهذا أجود. إذا تقرر ذلك فعلى تقدير تفويضه إلى الزوج فتقديره إليه في جانب القلة

(١) في ص: ٣٦.

(٢) لاحظ ص: ٥٩.

(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤.

والكثرة. أما في الكثرة فظاهر، لأن حكمه به على نفسه. وأما في جانب القلة فلا يتقيد إلا بما يجوز جعله مهرا. وعلى تقدير تفويضه إليها لا يتقدر في جانب القلة كما مر، لأنه حقها فلها الاقتصار على القليل. ويتقدر في جانب الكثرة بمهر السنة عند جميع الأصحاب.

ومستند ذلك أخبارهم، كرواية زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها، قال: " لا يجوز بحكمها مهر نساء آل محمد اثنتي عشرة أوقية ونشا، وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة. قلت: أرأيت إن تزوجها على حكمه ورضيت، قال: ما حكم به من شيء فهو جائز لها قليلا كان أو كثيرا. قال: قلت كيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها؟ قال: فقال: لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج عليه نساءه، فرددتها إلى السنة، ولأنها هي حكمته وجعلت الأمر في المهر إليه ورضيت بحكمه في ذلك، فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا " (١).

وفي الحقيقة الفرق الواقع في الرواية بنفس الدعوى والسؤال قائم في جواز نقصانه عن مهر السنة وعدم جواز زيادتها، مع أن أبا بصير روى أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام - وسأله عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته فنقص عن صداق نسائها - قال: " يلحق بمهر نسائها " (٢). والشيخ (٣). جمع بين الروايتين بحمل هذه على ما إذا فوض إليه الصداق على أن يجعله مثل مهر نسائها فقصر عنه، فإنه يلحق به، والأولى على ما إذا فوض إليه الأمر مطلقا. والظاهر أن الحكم المذكور

-
- (١) الكافي ٥: ٣٧٩ ح ١، علل الشرايع: ٥١٣ ح ١، التهذيب ٧: ٣٦٥ ح ١٤٨٠، الاستبصار ٣: ٢٣٠ ح ٨٢٩ الوسائل ١٥: ٣١ ب (٢١) من أبواب المهور، ح ١.
(٢) التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٢، الاستبصار ٣: ٢٣٠ ح ٨٣١ الوسائل الباب المتقدم ح ٤.
(٣) التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٢، الاستبصار ٣: ٢٣٠ ح ٨٣١ الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

ولو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم ألزم من إليه الحكم أن يحكم،
وكان لها النصف.
ولو كانت هي الحاكمة فلها النصف ما لم تزد في الحكم عن مهر
السنة.

موضع وفاق، وإلا فالرواية به لا تخلو من ضعف (١).
وعلى تقدير تفويضه إلى الزوجين معا يتوقف على اتفاقهما معا عليه،
كاتفاقهما على فرضه في القسم الأول. فإن اختلفا قال الشيخ في المبسوط: "وقف
حتى يصطلحا" (٢) وتبعه العلامة (٣). ولم يذكروا الرجوع هنا إلى الحاكم، ولو قيل به
كان حسنا، لوجود المقتضي فيهما، مع اشتراكهما في عدم النص على الخصوص. ولم
يذكروا حكم ما لو فوض إلى أجنبي على القول بصحته، ولا نص يقتضيه. وينبغي
له وللحاكم الاقتصار على مهر المثل، لأنه عوض البضع، ولأن الحاكم إذا كان غير
الزوج أشبه المرأة فناسب أن لا يزيد عليه. ويؤيد عدم النقصان عنه الرواية
السابقة، وهي موافقة للحكم. ولم يوافقنا أحد من العامة (٤) على هذا القسم (٥)، بل
جعلوه كالمهر الفاسد، وأوجبوا به مهر المثل.
قوله: "ولو طلقها قبل الدخول..... الخ".

إذا طلق مفوضة المهر - سواء كان قبل الدخول أم بعده - لم يبطل الحكم.
لكن إن كان الطلاق قبل الدخول ألزم من إليه الحكم به، وثبت لها نصفه. وحيث

(١) في هامش إحدى الحجريتين: "في طريقها الحسن بن زرارة، ولم ينص الأصحاب عليه
بشيء من مدح ولا غيره. منه رحمه الله". وطبع خطأ: الحسن بن زيد، والصحيح ما أثبتناه.

(٢) المبسوط ٤: ٢٩٧.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٣٦.

(٤) الحاوي الكبير ٩: ٤٨٥، المغني لابن قدامة ٨: ٤٨.

(٥) في هامش "و": "وهو تفويض المهر. منه رحمه الله".

ولو مات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول قيل: سقط المهر، ولها المتعة. وقيل: ليس لها أحدهما. والأول مروى.

كان حكمها لا يتجاوز مهر السنة في حال الزوجية فبعدها أولى. وهذا بخلاف المطلقة في القسم الأول. ووجه خروجها عنها - مع شمول الآية (١) لها من حيث العموم، لصدق الطلاق قبل المسيس والفرض المقتضي للمتعة - صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه - إلى أن قال - : " فإن طلقها وقد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها على خمسمائة درهم فضة مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله " (٢) والرواية وإن اختصت. بما لو كان الحاكم الزوجة في حالة الطلاق إلا أنه لا قائل بالفرق.

واعلم أن ظاهر النص والفتوى أنها لو تجاوزت مهر السنة حيث يكون الفرض إليها في الموضوعين يقتصر على مهر السنة بذلك الفرض ويبطل الزائد من غير أن يتوقف على فرض آخر. ويؤيده أن فرض المجموع يقتضي فرض بعضه، فيقتصر من إبطاله على ما دل عليه الدليل، ويبقى الباقي. ويحتمل إلغاء اللفظ حينئذ، لمخالفته المشروع، وتوقف الفرض على حكم آخر. وتظهر الفائدة فيما لو ماتت قبله.

قوله: " ولو مات الحاكم قبل.... الخ " .
إذا مات الحاكم في مفوضة المهر قبل الحكم فأكثر الأصحاب - ومنهم الشيخ

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الكافي ٥: ٣٧٩ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٦٢ ح ١٢٤٩، التهذيب ٧: ٣٦٥ ح ١٤٨١، الاستبصار ٣: ٢٣٠ ح ٨٣٠، الوسائل ١٥: ٣٢ ب " ٢١ " من أبواب المهور ح ٢.

في النهاية (١) وأتباعه (٢) والعلامة في المختلف (٣)، وولده في الشرح (٤)، والشهيد في شرح الارشاد (٥) - على أن لها المتعة، لصحيحة محمد بن مسلم السابقة (٦) عن الباقر عليه السلام: " في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه، فمات أو ماتت قبل دخوله بها: لها المتعة والميراث، ولا مهر لها ".
لا يقال: لا صراحة في الرواية على المدعى. لأن الميت يحتمل كونه الحاكم وكونه المحكوم عليه، ومع قيام الاحتمال يسقط الاستدلال، لأن المطلوب منها موت الحاكم.

لأننا نقول: لفظها وإن احتمل ذلك بمجرد ذلك إلا أن فيها ما ينفي كون الميت المحكوم عليه، لأنه ذكر فيها أن المحكوم عليه لو مات قبل الحكم لا يبطل الحكم ويحكم الحاكم بعد ذلك، ويثبت ما يحكم به، وإذا كان الطلاق لا يسقط الحق مع بقاء الحاكم فلأن لا يسقط مع موت أحدهما مع بقائه أولى. ووجه الأولوية: بقاء حكم الزوجية بالموت دون الطلاق، ولا يضر اختلاف الحق حيث إنه هنا المتعة وهناك المهر المحكوم به، لاشتراكهما في أصل الاستحقاق وإن فرق النص بينهما في المقدار. وأيضا: فموت المحكوم عليه خارج بالاجماع على أنه لا أثر له في وجوب المتعة، فيبقى الآخر.

(١) النهاية: ٤٧٢.

(٢) راجع المهذب ٢: ٢٠٦، إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينايع الفقهية ١٩: ٣٤٠، والوسيلة: ٢٩٦.

(٣) مختلف الشيعة: ٥٤٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٩ - ٢٢٠.

(٥) غاية المراد: ٢٠١.

(٦) في الصفحة السابقة.

وأيضاً: فإن حضور المحكوم عليه غير شرط في صحة الحكم، وحيث شرط تقدير المهر للحاكم ولزم في الابتداء استصحاب إلى أن يثبت المزيل، فما دام الحاكم حياً لا يثبت المزيل، وإذا مات تعذر الحكم، فناسب وجوب المتعة، حيث إنهما لم يقدموا على عدم المهر هنا، فلا يجوز خلو البضع عن عوض، وهو إما مهر المثل أو المتعة، فإذا ثبت الثانية بالنص انتفى الآخر، بخلاف مفوضة البضع، لقدومها على عدم المهر بدون الدخول أو الفرض، فإذا مات الحاكم فيها فلا شيء. وذهب العلامة في القواعد (١) إلى ثبوت مهر المثل هنا. ووجهه: أن المهر المذكور في العقد غايته أنه لم يتعين، فإذا تعذر تعيينه بموت الحاكم وجب الرجوع إلى مهر المثل، لأنه عوض البضع حيث لا معين سواه. ويضعف بأن مهر المثل إنما يكون عوضاً للبضع مع استيفائه بالوطاء أما مع تجرده عنه فلا. ومجرد العقد لا يقتضيه شرعاً. وليس هذا كشرط المهر الفاسد أو المبهم حيث وجب مهر المثل، للاتفاق على كونه شرطاً صحيحاً غايته كون تعيين المهر موقوفاً على بيان الحاكم، فإذا مات المبين لا يلزم الانتقال إلى مهر المثل. وأيضاً فقد بينا أن مهر المثل إنما يلزم على تقدير إبهام المهر بالدخول لا بالعقد، وهو منتف هنا.

وذهب ابن إدريس (٢) إلى عدم ثبوت شيء مع موت الحاكم قبله، ولا يقدر فيه موت المحكوم عليه، فيحكم الحاكم بعده، ويلزمه إن كان هو الزوج، ويرث ما يحكم به هو وورثتها. إلا أنه فرض كل قسم في صورة مخصوصة، ففرض عدم ثبوت شيء مع موتها وكونها الحاكمة، وبقاء الحكم مع موتها وكون الزوج هو

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤١.

(٢) السرائر ٢: ٥٨٧.

الحاكم. فألزمه في المختلف (١) خرق الاجماع حيث ذهب إلى الفرق بين كون الميت الرجل والمرأة. وهو غير لازم له، لأنه لم يفرق بينهما من حيث كون الميت حاكماً أو محكوماً عليه، وإنما لم يستوف الأقسام كما ذكرناه. وما ذكره مذهب الشيخ في الخلاف (٢) وظاهر ابن (٣) الجنيد.

وحجته: أن مهر المثل لا يجب إلا بالدخول، والمتعة لا تجب إلا بالطلاق كما تقتضيه الآية (٤). والأصل براءة الذمة من شئ آخر في غير ذلك. وإلحاق الموت بالطلاق قياس.

وجوابه: أنا لم نلحقه بالطلاق قياساً، بل بالرواية الصحيحة. نعم، هو لا يعتبر خبر الواحد، فلا تفيد الرواية عنده، لكنها عند غيره كافية في الدلالة.

والعلامة في الارشاد (٥) اقتصر على نقل القول بالمتعة وعدم وجوب شئ من غير ترجيح. وفي التحرير (٦) اقتصر على المتعة ناسباً لها إلى الرواية، مؤذناً بالتردد. وكذلك المصنف نسب الحكم بها إلى الرواية. ووجه التردد: النظر إلى صحتها، والالتفات إلى أن المتعة مخصوصة بالطلاق.

واعلم أن القول بوجوب مهر المثل لا نعلمه لغير العلامة في القواعد (٧)،

(١) المختلف: ٥٤٥.

(٢) الخلاف ٤: ٣٧٨، مسألة (١٨).

(٣) راجع مختلف الشيعة: ٥٤٥.

(٤) البقرة: ٢٣٦.

(٥) إرشاد الأذهان ٢: ١٦.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٣٦.

(٧) القواعد ٢: ٤١.

ولكنه في المختلف (١) نسب إلى المبسوط أنه جعل في المسألة قولين: أحدهما مهر المثل، والآخر عدم المهر، واختار الثاني. وكذلك نقل عنه الشهيد في الشرح (٢)، وزاد أنه غير دال على سقوط المتعة، لصدق نفي المهر وثبوت المتعة.

وفي هذا النقل نظر، لأن الشيخ إنما ذكر هذه العبارة والخلاف المذكور في مفوضة البضع، وأما مفوضة المهر فلم يذكر حكم موت الحاكم فيها أصلاً. وعذره واضح، لأنه متبع فيه لفروع المخالفين وغير ملتفت إلى فروع أصحابنا، كما ذكره في غير موضع منه، وهم لا يرون لمفوضة المهر هذه الأحكام، بل يجعلونها (٣) كفارضة المهر المجهول، فيوجبون لها مهر المثل، واختلفوا في ثبوته بالدخول أو بالعقد. وفرعوا عليه ما لو طلقها قبل الدخول، فمنهم من أوجب نصف مهر المثل (٤)، ومنهم من أوجب المتعة (٥) عملاً بعموم الآية (٦). وفي المبسوط اقتصر على نقل ذلك ثم قال: "والذي تقتضيه أخبارنا أنه إذا علق بمشيئة الرجل فمهما حكم به وجب، وإن علق بها لم تتجاوز مهر السنة، وإن علق بهما وقف حتى يصطلحا" (٧). فهذا جملة ما ذكره في مفوضة المهر، ومع ذلك فنقله للقولين المذكورين في المسألة الأولى عن المخالفين لا عن أصحابنا، لما نعلم من عاداته في هذا الكتاب. فظهر أن القول في هذه المسألة بمهر المثل لا يعرف إلا للعلامة في القواعد.

(١) مختلف الشيعة: ٥٤٤.

(٢) غاية المراد: ٢٠١.

(٣) أنظر مذهبه في ص: ٢١٧. هامش (٤).

(٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٨٥ - ٤٨٦، المغني لابن قدامة ٨: ٥٢.

(٥) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٨٥ - ٤٨٦، المغني لابن قدامة ٨: ٥٢.

(٦) البقرة ٢٣٦.

(٧) المبسوط ٤: ٢٩٧.

الطرف الثالث: في الأحكام
وفيه مسائل:

الأولى: إذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان ديناً عليه، ولم يسقط
بالدخول، سواء طالت مدتها أو قصرت، طالبت به أو لم تطالب. وفيه
رواية أخرى مهجورة.

قوله: " إذا دخل الزوج..... الخ "

أراد بالرواية الجنس وإلا فهي روايات كثيرة معتبرة الاسناد، متضمنة أن
الدخول يهدم العاجل ويوجب براءته من المهر، سواء كانت قد قبضت منه شيئاً أم
لا، منها صحيحة الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فدخل
بها وأولدها ثم مات عنها، فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها، فجاءت
تطلبه منهم وتطلب الميراث، قال: " فقال: أما الميراث فلها أن تطلبه، وأما الصداق
فإن الذي أخذت من الزوج قبل أن تدخل عليه فهو الذي حل للزوج به فرجها،
قليلاً كان أو كثيراً، إذا هي قبضته منه وقبلته ودخلت عليه فلا شيء لها بعد
ذلك (١).

وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
الرجل والمرأة يهلكان جميعاً، فتأتي ورثة المرأة فيدعون على ورثة الرجل الصداق،
فقال: وقد هلكا وقسم الميراث؟ فقلت: نعم. قال: ليس لهم شيء. قلت: فإن كانت
المرأة حية فجاءت بعد موت زوجها تدعي صداقها، فقال: لا شيء لها وقد أقامت
معه مقرة حتى هلك زوجها - إلى أن قال - قلت: متى حد ذلك الذي إذا طلبته لم
يكن لها؟ قال: إذا أهديت إليه ودخلت بيته وطالبت بعد ذلك فلا شيء لها إنه كثير

(١) الكافي ٥: ٣٨٥ ح ١، التهذيب ٧: ٣٥٩ ح ١٤٥٩، الاستبصار ٣: ٢٢٢ ح ٨٠٥، الوسائل ١٥: ١٧
ب " ٨ " من أبواب المهور ح ١٣.

لها أن تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير " (١).
وموثقة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يدخل بالمرأة
ثم تدعي عليه مهرها، فقال: " إذا دخل بها فقد هدم العاجل " (٢).
ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة
ويدخل بها ثم تدعي عليه مهرها، قال: " إذا دخل عليها فقد هدم العاجل " (٣). وفي
معناها غيرها.

وعمل (٤) بمضمون هذه الأخبار بعض الأصحاب، لكنها بعيدة عن أصول
المذهب، بل إجماع الأمة، معارضة لما دل على ثبوت المهر في ذمة الزوج على كل
حال من الكتاب والسنة، كقوله تعالى: " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " (٥)
الشامل بعمومه لموضع النزاع. وروى أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي في
الحسن قال: " قلت لأبي الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة على الصداق
المعلوم فيدخل بها قبل أن يعطيها، فقال: يقدم إليها ما قل أو أكثر، إلا أن يكون له
وفاء من عرض إن حدث به حدث أدي عنه فلا بأس " (٦). وروى الفضيل بن أبي
عبد الله في الرجل يتزوج المرأة ولا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو

-
- (١) الكافي ٥: ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٥٩ ح ١٤٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٢ ح ٨٠٦. الوسائل الباب
المتقدم ح ٨.
(٢) الكافي ٥: ٣٨٣ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٥٩ ح ١٤٦١، الاستبصار ٣: ٢٢٢ ح ٨٠٧، الوسائل الباب
المتقدم ح ٤.
(٣) الكافي ٥: ٣٨٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٦٠ ح ١٤٦٢، الاستبصار ٣: ٢٢٣ ح ٨٠٨، الوسائل الباب
المتقدم ح ٦.
(٤) في هامش " و " وإحدى الحجريتين: " ممن أفتى بمضمونها أبو الصلاح الحلبي بخطه قدس سره ".
لاحظ الكافي (في الفقه): ٢٩٤.
(٥) النساء: ٤.
(٦) الكافي ٥: ٤١٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٥٨ ح ١٤٥٥، الاستبصار ٣: ٢٢١ ح ٨٠١، الوسائل ١٥: ١٣ ب
" ٨ " من أبواب المهور، ح ١.

والدخول الموجب للمهر هو الوطاء قبلا أو دبرا. ولا يجب بالخلوة.
وقيل: يجب. والأول أظهر.

زنا " (١). وغير ذلك من الأخبار الكثيرة.
والشيخ (٢) حمل الأخبار السابقة على دعوى الزوجة المهر بغير بينة، فإنها لا تسمع. واستشهد عليه برواية الحسن بن زياد عن الصادق عليه السلام قال: " إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر، وقال: قد أعطيتك، فعليها البينة وعليه اليمين " (٣). قال الشيخ: " ولو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا من أنه إذا دخل بها هدم الصداق لم يكن لقوله عليه السلام: " عليها البينة وعليه اليمين) معنى، لأن الدخول قد أسقط الحق، فلا وجه لإقامة البينة ولا اليمين " (٤).
وفي هذا الحمل نظر، لأن الخصم يستند إلى تلك الأخبار، وهي صريحة في إسقاط الدخول المهر " ولا يضره هذا الخبر، لأنها أصح منه سندا وأكثر. مع أن في هذا الخبر - مع تسليم سنده - إشكالا، من حيث إن المهر إذا تعين في ذمة الزوج فهو المدعي للأيفاء وهي المنكرة، فتكون البينة عليه لا عليها. نعم، لو كان النزاع في التسمية وعدمها مع عدم الدخول أمكن توجه ذلك. وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: " والدخول الموجب للمهر..... الخ ".
اتفق الأصحاب على أن الوطاء الموجب للغسل يوجب استقرار ملك جميع المهر للمرأة. واختلفوا في أنه هل يقوم غير الوطاء من مقدماته - كالخلوة - مقامه

(١) الكافي ٥: ٣٨٣ ح ٣، الوسائل ١٥: ٢١ ب (١١) من أبواب المهور، ح ١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٠.

(٣) الكافي ٥: ٣٨٦ ح ٤، التهذيب ٧: ٣٦٠ ح ١٤٦٣، الاستبصار ٣: ٢٢٣ ح ٨٠٩.

الوسائل ١٥: ١٥ ب " ٨ " من أبواب المهور ح ٧.

(٤) التهذيب ٧: ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٣.

في ذلك؟ على أقوال منشؤها اختلاف الأخبار أيضا، فذهب الأكثر إلى عدمه، وأن الخلوة وباقي المقدمات لا تكفي في إيجاب المهر. وذهب جماعة (١) من المتقدمين إلى أن الخلوة توجب المهر ظاهرا حيث لا يثبت شرعا عدم الدخول، وأما باطنا فلا يستقر المهر جميعه إلا بالدخول. وأطلق بعضهم كالصدوق (٢) وجوبه بمجرد الخلوة. وأضاف ابن الجنيد (٣) إلى الجماع إنزال الماء بغير إيلاج، ولمس العورة، والنظر إليها، والقبلة متلذذا بذلك.

والمعتمد الأول. لنا: قوله تعالى: (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " (٤). والمراد من المس هنا الجماع، للاجماع على أن مطلق المس غير موجب للجميع، فتنتفي إرادة مطلق المس، وهو منحصر في الأمرين إجماعا.

ويؤيده روايات كثيرة، كرواية محمد بن مسلم قال: " سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها " (٥). ورواية يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سمعته يقول: لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج " (٦). ورواية حفص بن البختری عنه عليه السلام في رجل دخل بامرأة، قال: (إذا التقى

(١) لاحظ النهاية: ٤٧١. والمهذب ٢: ٢٠٤. وإصباح الشيعة ضمن سلسلة الينابيع الفقهية ١٨: ٣٣٩.

(٢) المقنع: ١٠٩.

(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

(٤) البقرة ٢٣٧.

(٥) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ١٨، الوسائل ١٥: ٦٦ ب (٥٤) من أبواب المهور، ح ٧.

(٦) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٥٩، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ٨١٧ الوسائل الباب المتقدم ح ٦.

الختانان وجب المهر والعدة " (١). ورواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: " سألته عن الرجل والمرأة متى يجب عليهما الغسل؟ قال: إذا أدخله وجب الغسل والمهر والرجم " (٢). وروى زرارة في الصحيح قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج جارية لم تدرك لا يجامع مثلها، أو تزوج رتقاء، فأدخلت عليه، فطلقها ساعة أدخلت عليه، قال: هاتان ينظر إليهن من يوثق به من النساء، فإن كن كما دخلن عليه فإن لها نصف الصداق الذي فرض لها، ولا عدة عليهن منه " (٣).

ويؤيده الروايات (٤) الواردة في العنين وأنه ينظر سنة فإن واقع فيها وإلا فسخت نكاحها (٥)، ولها نصف المهر مع تحقق الخلوة في السنة وغيرها من المقدمات

واحتج الفريق الثاني بروايات كثيرة أيضا، منها رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: " إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها، فأغلق عليها بابا أو أرخى سترا، ثم طلقها فقد وجب الصداق، وخلاؤه بها دخول " (٦). ورواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام، عن أبيه أن عليا عليه السلام كان يقول: " (من

(١) الكافي ٦: ١٠٩ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦١، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ٨١٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.

(٢) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦٢، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ٨٢٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٩.

(٣) الكافي ٦: ١٠٧ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٦٥ ح ١٨٦٦، الوسائل ١٥: ٧٠ ب (٥٧) من أبواب المهور.

(٤) الوسائل ١٤: ٦١٣ ب (١٥) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.

(٥) في "س، ش": نكاحه.

(٦) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦٣، الاستبصار ٣: ٢٢٧ ح ٨٢١، الوسائل ١٥: ٦٧ ب (٥٥) من أبواب المهور، ح ٣.

أجاف من الرجال على أهله بابا أو أرخى سترًا فقد وجب عليه الصداق " (١).
ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: " سألته عن المهر متى يجب؟
قال: إذا أرخيت الستور وأجيف الباب " (٢) الحديث. وفي معناها غيرها.
والصدوق عبر في المقنع (٣) بمتن رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام
قال: " قلت له: الرجل يتزوج المرأة فيرخى عليه وعليها الستر أو يغلق الباب " ثم
يطلقها، فتسأل المرأة هل أتاك؟ فتقول: ما أتاني، ويسأل هو هل أتيتها؟ فيقول: لم
آتها. فقال: لا يصدقان، وذلك لأنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها، ويريد هو أن
يدفع المهر " (٤).

ونقل الشيخ - رحمه الله - عن الثقة الجليل محمد بن أبي عمير أنه كان يقول:
" إن الأحاديث قد اختلفت في ذلك، فالوجه في الجمع بينها أن على الحاكم أن يحكم
بالظاهر ويلزم الرجل المهر كله إذا أرخى الستر، غير أن المرأة لا يحل لها فيما بينها
وبين الله تعالى أن تأخذ إلا نصف المهر " (٥). وتبعه عليه الشيخ (٦) وأتباعه (٧).
والحق أنه ليس في الأخبار على كثرتها واختلافها خبر صحيح إلا خبر (٨)
زرارة الذي نبهنا على صحته، وهو دال على المذهب الأول، إلا أن فيه إشكالا، لأنه

-
- (١) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٧ ح ٨٢٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.
(٢) التهذيب ٧: ٤٦٥ ح ١٨٦٧، الاستبصار ٣: ٢٢٨ ح ٨٢٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.
(٣) المقنع: ١٠٩.
(٤) الكافي ٦: ١١٠ ح ٨، التهذيب ٧: ٤٦٥ ح ١٨٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٧ ح ٨٢٣.
الوسائل ١٥: ٦٩ ب " ١٥٦ " من أبواب المهور ح ١.
(٥) التهذيب ٧: ٤٦٧ ذيل ح ١٨٦٩.
(٦) النهاية: ٤٧١.
(٧) راجع المذهب ٢: ٢٠٤، والوسيلة: ٢٩٨.
(٨) المتقدم في الصفحة السابقة. هامش (٣).

الثانية: قيل: إذا لم يسم مهرا وقدم لها شيئا، ثم دخل بها كان ذلك مهرا، ولم يكن لها مطالبته بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره. وهو تعويل على تأويل رواية، واستناد إلى قول مشهور.

حكم في آخره أن موت الزوج يوجب تنصيف المهر كالطلاق، والأشهر خلافه. فبقي الاعتماد في القول الأول على الآية (١) والأصل. وأما الحاق ابن الجنيد (٢) بالوطء ما ذكره من مقدماته فلم نقف له على شاهد بخصوصه. قوله: " قيل: إذا لم يسم لها مهرا.... الخ "

هذا القول هو المشهور بين الأصحاب، خصوصا المتقدمين (٣) منهم، ولاشتهاره وافقهم ابن إدريس عليه مستندا إلى الاجماع. قال ابن إدريس: " دليل هذه المسألة الاجماع المنعقد منهم بغير خلاف، وفيه الحجة ولا وجه لذلك إلا الاجماع " (٤).

ومستندهم على ذلك الروايات السابقة (٥) الدالة على أن الدخول يوجب سقوط المطالبة بالمهر، كرواية الفضيل بن يسار الصحيحة عن الباقر عليه السلام، فإن الشيخ حملها على ما إذا لم يكن قد سمي مهرا معيناً، وساق إليها شيئا ودخل ولم يفرض (٦)، فيكون ذلك مهرا. قال الشيخ: " يدل على صحة التأويل قوله عليه السلام في رواية الفضيل: " الذي أخذته قبل أن يدخل بها فهو الذي حل له به

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) لاحظ المختلف: ٥٤٣.

(٣) راجع المقنعة: ٥٠٩، والنهاية: ٤٧٠، والمراسم: ١٥٢.

(٤) السرائر ٢: ٥٨١.

(٥) في ص: ٢٢٣ - ٢٢٤.

(٦) في " ش. و " : يعترض.

فرجها، وليس لما بعد ذلك شيء " (١).
ونبه المصنف بقوله: " وهو تعويل على تأويل رواية " على أن ذلك ليس مدلول الرواية، وإنما هو مجرد التأويل. ولا فرق في مخالفة القواعد الشرعية بين حملها على المعنى السابق من أن الدخول يهدم المهر وبين حملها على جعل ما يقدمه مهرا خاصة، سواء رضيت به أم لم ترض، لأن سكوتها والدخول بها لا يقتضي رضاها به مهرا، بل هو أعم منه، والعام لا يدل على الخاص.
والموافق للأصول الشرعية أنها إن رضيت به مهرا لم يكن لها غيره، وإلا فلها مع الدخول مهر المثل. ويحتسب ما وصل إليها منه إذا لم يكن على وجه التبرع كالهدية. ويمكن حمل الرواية على الشق الأول لثلاث تخالف غيرها من الأدلة.
وأما تعليل المفيد (٢) لها - بأنها لو لم ترض به مهرا ما مكنته من نفسها حتى تستوفي تمامه أو توافقه على ذلك، وتجعله ديناً عليه في ذمته - فمنعه ظاهر، إذ لا يلزم من عدم رضاها عدم تمكينها من نفسها، وجاز اعتمادها في ذلك على ما يلزم شرعا بالدخول، وهو مهر المثل.
وفي المختلف حملها على أنه قد كان في الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، فلعل منشأ الحكم العادة. قال: " والعادة الآن بخلاف ذلك، فإن فرض أن كانت العادة في بعض الأزمان أو الأصقاع كالعادة القديمة كان الحكم ما تقدم، وإلا كان القول قولها " (٣).
وأما دعوى ابن إدريس الاجماع على ذلك فمبني على جعل المشهور أو ما لا يظهر فيه المخالف اجماعا، وحجيته على هذا الوجه ممنوعة، خصوصا على قواعد ابن

(١) التهذيب ٧: ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٣.

(٢) المقنعة: ٥٠٩.

(٣) مختلف الشيعة: ٥٤٣.

الثالثة: إذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر. ولو كان دفعه استعداد نصفه إن كان باقيا، أو نصف مثله إن كان تالفا، ولو لم يكن له مثل فنصف قيمته. ولو اختلفت قيمته في وقت العقد ووقت القبض لزمها أقل الأمرين. ولو نقصت عينه أو صفته مثل عور الدابة أو نسيان الصنعة قيل: كان له نصف القيمة، ولا يجبر على أخذ نصف العين. وفيه تردد. أما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر كان له نصف العين قطعا. وكذا لو زادت قيمته لزيادة السوق، إذ لا نظر إلى القيمة مع بقاء العين. ولو زاد بكبر أو سمن كان له نصف قيمته من دون الزيادة، ولا تجبر المرأة على دفع العين على الأظهر. ولو حصل له نماء كاللبن والولد كان للزوجة خاصة، وله نصف ما وقع عليه العقد.

إدريس.

قوله: " إذا طلق قبل الدخول..... الخ "

إذا طلق الزوج قبل الدخول وكان قد سمي مهرا رجع إليه نصف المهر أو استقر ملكه عليه، على ما سيأتي (١) من الخلاف في أنه هل يخرج جميعه عن ملكه ثم يعود إليه النصف، أم لا يخرج سوى النصف؟ فإن ملكه حينئذ للنصف متحقق على القولين.

ثم لا يخلو: إما أن يكون ديناً، أو عينا. وعلى الثاني: إما أن يكون قد دفعه إليها قبل الطلاق، أم لا. وعلى التقديرين: إما أن يجد عينه باقية، أم تالفة. وعلى تقدير وجودها باقية: إما أن تكون بحالها، أو زائدة، أو ناقصة، أو هما، بأن تكون زائدة من وجه وناقصة من آخر. وعلى تقدير الزيادة: إما أن تكون في العين، أو

(١) في ص: ٢٤٣.

الصفة، أو المشوبة بهما، أولا ولا كزيادة السوق. وزيادة العين إما متصلة، أو منفصلة، والنقصان إما في العين، أو الصفة، أو في القيمة كنقصان السوق. والمصنف قد أشار إلى أقسام المسألة اجمالا، ونحن نشير إليها تفصيلا في مباحث: الأول: أن يكون دينا في ذمته، فإذا طلقها قبل الدخول برئ من نصفه، ووجب عليه دفع النصف، وهو واضح.

الثاني: أن يكون عينا ولم يسلمها، فإن كانت باقية إلى حين الطلاق بغير زيادة ولا نقصان استحق نصفها حينئذ، وصارا شريكين. وإن زادت فالزيادة لها إن كانت بفعل الله تعالى. وسيأتي بحثها. وإن زادت بفعله كما لو صبغ الثوب فهو بمنزلة الغاصب، إذ الأصح - كما سيأتي (١) - أنها تملك المهر بأجمعه بالعقد، فليس له حينئذ التصرف فيه بغير إذنها كغيره. ولم يقع البحث في ذلك هنا، لأن ذلك خارج عن الفرض، وإنما يرجع إلى تصرف الأجنبي في مال الغير، ومحلله باب الغصب. وإن نقصت كان النقص مضمونا عليه. وتد تقدم (٢). وإن تلفت رجعت عليه بقيمة النصف أو مثله. وقد تقدم (٣) أيضا ما يدل عليه.

الثالث: أن يكون قد سلمه، وهو موضع البحث هنا، فإن وجدته تالفا رجع بنصف مثله إن كان مثليا ونصف قيمته إن كان قيميا.

ثم إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا إشكال. وإن اختلفت رجع بأقل القيم، لأن قيمته يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضمونا عليه، فلا يضمنها ما هو في ضمانه، وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر فما زاد بعد العقد لها، فلا يضمنها ما هو ملكها.

(١) في ص: ٢٥٨.

(٢) في ص: ١٩٠.

(٣) في ص: ١٨٧.

وفي حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالا لازما كالعتق والبيع والهبة اللازمة، وإن عادت العين بعد أخذه العوض. ولو كان الانتقال غير لازم لها فالأقوى تخيرها بين الرجوع فيرجع في العين، وعدمه فينتقل إلى البدل. وحكمه لو عاد بعده كالسابق. ولو كان الانتقال غير منخرج عن الملك كالرهن والإجارة تخير بين الصبر إلى الفك وتعجيل أخذ البدل.

وحيث يرجع بالقيمة ففي رجوعه بنصف قيمته أو قيمة نصفه وجهان أجودهما الثاني، لأن حقه النصف فإذا فات قدر كذلك لا منضمًا إلى الجملة، إذ لا يلزمها تقويم ملكها معه، وربما كانت القيمة للمجموع أكثر من قيمة النصف منفردًا. واختار المصنف كالأكثر الثاني (١).

الرابع: أن يجد العين ناقصة، فإن كان نقصان عين كعور الدابة، أو صفة كنسيان الصنعة، ففي كيفية رجوعه أقوال:

أحدها - وهو الذي حكاه المصنف - أن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمة سليما وبين أخذ نصف العين من غير أرش. وهو اختيار الشيخ في المبسوط (٢). أما أخذ نصف العين فلقوله تعالى: " فنصف ما فرضتم " (٣) وهذه هي المفروضة وإن كانت قد نقصت. وأما عدم الأرش فلحدوث النقص في يدها والعين ملكها فلا يكون مضمونا عليها، بخلاف ما لو تعيبت العين في يده، فإنه حينئذ ملكها فيكون مضمونا عليه، فلها أن ترجع عليه بالأرش كما مر (٤). وأما

(١) الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف قدس سره، والصحيح: الأول، إذ المصنف صرح بلزوم نصف القيمة.

(٢) المبسوط ٤: ٢٧٧.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) في ص: ١٩٠.

الرجوع بالقيمة فلتنزيل العين بالتغيير منزلة التالفة، لأنها على هذه الحالة غير ما
فرض. وحينئذ يرجع عليها بأقل الأمرين من نصف قيمته يوم الصداق ويوم
القبض كما مره.

ويشكل بأن العين المفروضة إن كانت بهذه. الحالة قائمة فاللازم أخذها من
غير انتقال إلى القيمة. وإن كانت بهذا التغيير غير المفروضة - كما اعترفوا به - فلا
وجه للرجوع بالعين. وأيضا فالعين على تقدير تلفها مضمونة على الزوجة كما مر،
فتكون أجزاؤها وصفاتها كذلك. وكما أن ضمان أصل العين بالقيمة ضمان الصفة
والجزء بالأرش.

والحق أن العين لا تخرج عن حقيقتها بالتعيب، فيرجع بنصفها وبنصف
الأرش. وهذا هو القول الثاني في المسألة. ومما قررناه يظهر وجه تردد المصنف.
وثالثها: التفصيل بأن النقص إن كان من فعلها أو بفعل الله تخير بين أخذ
نصفه ناقصا وبين تضمينها نصف قيمته، وإن كان من قبل أجنبي لم يكن له سبيل
على المهر، وضمنها نصف القيمة يوم قبضه. وهو قول ابن البراج (١). وضعفه يظهر
مما تقدم.

وإن كان نقصان جزء، كما إذا أصدقها عبيد فتلف أحدهما في يدها، ففيه
أوجه أصحها أخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف. وسيأتي البحث فيه.
وإن وجدته ناقصا نقصان قيمة مع بقاء العين على حالها رجع بنصف العين
من غير شيء آخر قطعاً، لأنها عين ما فرض بغير إشكال.
الخامس: أن يجده زائداً، فإن كانت الزيادة بمجرد قيمة السوق أخذ نصف
العين كما لو نقصت كذلك.

(١) المهذب ٢: ٢٠٨.

وإن كانت منفصلة كالولد واللبن والكسب فهي للمرأة، لأنها نماء ملكها، سواء حدث في يدها أو يد الزوج، ويختص الرجوع بنصف الأصل. وإن كانت متصلة، سواء كانت الزيادة عينا كالسمن، أو صفة كتعليم الصنعة والسورة وقصارة الثوب، أم عينا من وجه وصفة من آخر كصبغ الثوب، لم يستقل الزوج بالرجوع إلى نصف عين الصداق، لأن الزيادة ملكها، ولا يمكن فصلها، ولا تجبر على بذلها مجانا ولا بالعوض، لكنها تتخير حينئذ بين دفع نصف العين المشتمل على الزيادة، وبين بذل نصف القيمة مجردة عنها. فإن سمحت ببذل العين أجبر على القبول، لأن النفع عائد إليه، وأصل حقه في العين، عملا بظاهر الآية (١)، وإنما منع تعلق حقه بها الذي لا يمكن فصله، فإذا سمحت ببذله زال المانع. ويحتمل عدم وجوب قبوله العين، لما فيه من المنة. وفيه: أن الصفة تابعة لا تفرد بالتصرف، فلا تعظم فيها المنة على وجه يمنع من قبول الحق.

ولا يمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع، أما في غيره، كما إذا أفلس المشتري بالثمن وأراد البائع الرجوع في المبيع مع الزيادة المتصلة، أو أراد الواهب الرجوع في العين مع الزيادة، أو رد المشتري المبيع بالعيب وأراد الرجوع في العوض المشتمل على الزيادة المتصلة، فلا منع في الجميع. والفرق: أن الملك في هذه المسائل يرجع بطريق الفسخ، والفسخ إما أن يرفع العقد من أصله أو من حينه. فعلى الأول يصير الأمر كأنه لا عقد وحدثت الزيادة على ملك الأول. وعلى الثاني فالفسوخ محمولة على العقود ومشبهة بها، والزيادة تتبع الأصل في العقود فكذلك في الفسوخ. وعود الملك في تشطير الطلاق ليس على سبيل الفسخ بل ملك مبتدأ. ألا ترى أنه لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم أعتق

(١) البقرة: ٢٣٧.

وطلق قبل الدخول يكون الشطر له لا للسيد؟ ولو كان سبيله سبيل الفسوخ لعاد إلى الذي خرج عن ملكه. وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقا قال الله تعالى: " فنصف ما فرضتم " (١) وليست الزيادة الحادثة مما فرض، فلا يعود إليه شئ منها.

ونبه المصنف بقوله: " ولا تجبر المرأة على الأظهر " على خلاف الشيخ في المبسوط حيث قال - بعد أن قوى تخيرها - : " ويقوى في نفسي أن له الرجوع بنصفه مع الزيادة التي لا تتميز، لقوله تعالى: " فنصف ما فرضتم " (٢) ولا يخفى ضعف هذا الدليل، لما ذكرناه من أن الزيادة ليست مما فرض، فلا تدخل في مدلول الآية.

السادس: أن يتغير بالزيادة والنقصان معا، إما بسبب واحد، كما إذا أصدقها عبدا صغيرا فكبر، فإنه نقصان من جهة نقصان القيمة، ومن جهة أن الصغير يصلح للقرب من الحرم، وأنه أبعد من الغوايل، وأشد تأثرا بالتأديب والرياضة، وزيادة من جهة أنه أقوى على الشدائد والأسفار، وأحفظ لما يستحفظ. وإما بسببين، كما إذا أصدقها عبدا فتعلم سورة ونسي أخرى، وتعلم واعور، أو كان يحفظه فنسيه وسمن واستوى. فالأمر موقوف هنا على تراضيهما، فإن تراضيا برد النصف فذاك، وأيهما امتنع لا يجبر الآخر عليه، للزيادة على تقدير طلب الزوج، والنقيصة على تقدير طلبها. وحينئذ فتتخير المرأة بين دفع قيمة النصف مجردا عن الزيادة والنقيصة، وبين دفع نصف العين مع أرش النقص. أما الأول فلأن فيه جمعا بين الحقين، حيث لم يمكن وصوله إلى العين إلا بأخذ حقها في الزيادة، ولا دفعها إليه إلا بالنقيصة التي

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) المبسوط ٤: ٢٧٨.

ولو أصدقها حيوانا حاملا كان له النصف منهما.

ليست العين معها نصف المفروض. وأما الثاني فلأنها إذا دفعت نصف العين كانت باذلة للزيادة، فيجبر على قبولها كما مر، وهي عين ما فرض فيجبر عليها، والنقصان يجبر بالأرش، لأنه قيمة الفات كالتالف. وليس لها جبر النقص بالزيادة بدون رضاه، لاختلاف الحقين.

قوله: " ولو أصدقها حيوانا..... الخ "

إذا أصدقها حيوانا حاملا وحكمنا بدخول الحمل في الصداق، إما بالشرط كمذهب المصنف (١)، وهو المراد هنا، أو مع الاطلاق كمذهب الشيخ (٢)، صارا معا مهرا. فإذا طلقها قبل الدخول، فإن كان قبل أن تضع رجعا إليه نصفهما بغير إشكال، لأن ذلك هو عين نصف ما فرض. وإن كان بعد الوضع فالأمر كذلك على قاعدة المصنف، لأنه دخل مع الأم مهرا بالشرط، فكان كما لو أصدق شيئين، فإنه يرجع بنصفهما. والشروط توزع عليها القيمة وتلحظ بالمالية. وهذا هو الذي جزم به المصنف.

وعلى قول الشيخ من دخوله تبعا يحتمل ذلك أيضا، لأن الحمل وإن دخل تبعا إلا أنه يفرد بالملك، كما لو أذن مولى الأمة في النكاح دون مولى العبد، فإنه يكون الولد لمولى الأب على القولين، فيرجع الزوج بنصف الأم ونصف الولد، لأنهما معا المهر المفروض، فيدخلان في عموم: " فنصف ما فرضتم، (٣). ويحتمل اختصاص الأم به، لأنه زيادة ظهرت بالانفصال على ملكها، فإنه قبل الوضع لا يفرد بالتقويم، ولم يقابله قسط من الثمن.

(١) لاحظ في ج ٣: ٣٧٩.

(٢) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

ولو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف
أجرة تعليمها. ولو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجرة.
ولو كان تعليم سورة قيل: يعلمها النصف من وراء الحجاب. وفيه
تردد.

وهذا هو الذي اختاره فخر الدين في شرحه (١). ويظهر منه جريانه على
القولين. وفي القواعد (٢) أطلق جعله احتمالا.
ويتفرع عليه رجوع الزوج بنصف الأم خاصة وأرث نقصانها بالولادة إن
قلنا بزمانها نقصان العين كما هو المختار. ثم إن كانت أمة وحرمتنا التفريق بينها وبين
الولد غرمت له نصف قيمتها وأخذت الأم والولد، وإلا فلا.
قوله: " ولو أصدقها تعليم صناعة..... الخ ".
وجه الرجوع بنصف الأجرة في الموضوعين أنه في الأول يتعذر تعليمها نصف
الصناعة خاصة، إذ ليس للنصف حد يوقف عليه، أو لا نصف لها مطلقا، فينزل ذلك
منزلة ما لو تلف الصداق في يده، فيرجع عليه بنصف الأجرة. ولأنه صار أجنبيا لا
يصلح تعلمها منه لو فرض إمكان التوصل إلى الحق. وأما في الثاني فلتعذر رجوعه
بعين ما فرض، إذ لا يمكن تخليص نصف الصناعة منها، فيكون المهر بمنزلة التالف في
يدها، فيرجع بنصف الأجرة. والحكم في الموضوعين مما لا إشكال فيه.
قوله: " ولو كان تعليم سورة..... الخ ".
إذا كان الصداق تعليم سورة وطلقها قبل الدخول، فإن كان قد علمها رجع
عليها بنصف الأجرة كالصناعة. وإن لم يكن علمها فليس الحكم فيها كالصناعة، لأن
تعليم نصف السورة حينئذ أمر ممكن في نفسه، ولكن الزوج صار أجنبيا منها، فإن

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٢٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٢.

الرابعة: لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه.
وكذا لو خلعها به أجمع.

حرمتنا على الأجنبي سماع صوت المرأة مطلقاً، أو جوزناه ولكن خيف الفتنة، أو لم يمكن ذلك إلا بالخلوة المحرمة، رجعت عليه بنصف الأجرة كالصنعة، لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض بمانع شرعي، فيكون كالمانع العقلي. وإن أمكن ذلك بدون محذور قيل جاز تعليمها النصف من وراء حجاب، لأنه موضع ضرورة، كمعاملة الأجنبية، أو لأنه تعليم واجب، أو لأن مطلق سماع صوتها ليس بمحرم. وهذا هو الوجه. وهو خيرة المبسوط (١).

وقيل: ترجع عليه بنصف الأجرة مطلقاً، لما ذكر من الموانع، ولأن النصف يعسر الوقوف عليه، لاختلاف الآيات في سهولة التعليم وصعوبته. وعلى الأول تقسم السورة بالحروف لا بالآيات.

ولو كان الطلاق بعد الدخول وقبل التعليم فالكلام في وجوب تعليم جميع السورة كما في النصف، وأولى بالصحة، لانتفاء المانع الأخير في النصف.

قوله: " لو أبرأته من الصداق..... الخ ".
هنا مسألتان:

إحدهما: إذا أبرأته من الصداق قبل الدخول ثم طلقها قبله فالمشهور بين الأصحاب - وهو الذي قطع به المصنف - أنه يرجع عليها بنصف المهر، لتصرفها فيه قبل الطلاق تصرفاً ناقلاً له عن ملكها بوجه لازم، فلزمها عوض النصف، كما لو نقلته إلى ملك غيره وأتلفته. وهذا هو المذهب.

(١) المبسوط ٤: ٢٧٥.

وحكى في القواعد (١) وجها بعدم الرجوع، وقبله الشيخ في المبسوط (٢)، وهو قول لبعض (٣) العامة. لأنها لم تأخذ منه مالا، ولا نقلت إليه الصداق، ولا أتلفته عليه، فلا تضمن. أما الأول فظاهر. وأما الثاني فلاستحالة أن يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئا، فلا يتحقق نقله إليه. وأما الثالث فلأنه لم يصدر منها إلا إزالة استحقاقها في ذمته، وهو ليس بإتلاف عليه. وينبئ عليه ما إذا رجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمره بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء، وكان قد أبرأ المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين، فلو كان الابراء اتلافا على من في ذمته غرما له.

وجوابه اختيار الأمر الثاني ومنع توقف نقله على استحقاقه شيئا في ذمة نفسه، لأن الصداق كان مستحقا لها في ذمته، وهو أمر ثبوتي فيها غايته أنه كلي، ومن ثم يضاف إلى مالك معين فيقال: لها في ذمته كذا، ولا تتحقق الإضافة بدون المضامين، فلما أبرأته منه انتقل عن ملكها إليه، لكن لما كان متعلقه الذمة لا فرد خاص من المال لم يتحقق استحقاقه شيئا في ذمته، بل سقوط ما كان فيها للمرأة. ويمكن على هذا اختيار الثالث أيضا، لأنها بإسقاطه من ذمته بعد أن كان ثابتا فيها قد أتلفته عليه بنقله عن ملكها، إذ لا شبهة في أنه كان ملكها ثم خرج عنه، فتغرم له البدل.

والفرق بين مسألة رجوع الشاهدين والمتنازع: أن حق المهر ثابت حال الابراء في ذمة الزوج ظاهرا وباطنا، فإسقاط الحق بعد ثبوته متحقق، بخلاف مسألة

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٣.

(٢) المبسوط ٤: ٣٠٨.

(٣) الاشراف على مذاهب العلماء ٤: ٦٨، المغني لابن قدامة ٨: ٧٤، روضة الطالبين ٥: ٦٣٣.

الرجوع، لأنه لا ثبوت فيها، فالبراءة مستمرة، ولا أثر للابراء. وفي الفرق نظر. الثانية: لو خلعها بمجموع المهر قبل الدخول، سواء كان عينا أم دينا، قال المصنف يكون حكمه حكم ما لو أبرأته منه قبل الطلاق، فيرجع عليها بنصفه مثلا أو قيمة، لأنه ملكه بالخلع فلم يصادف استحقاقه النصف بالطلاق وجوده على ملكها، فينتقل إلى عوض النصف. هذا هو الظاهر من عبارة المصنف وغيره. وعبارة القواعد (١) صريحة في ذلك، لأنه شرك في الحكم بين ما لو وهبته المهر المعين أو أبرأته منه إذا كان دينا أو خلعها به أجمع، وحكم بالرجوع بنصف القيمة. ولا يخلو الحكم هنا من إشكال، للفرق بين الهبة والابراء له قبل الطلاق وبين الخلع، لانتقال الملك فيهما قبله، فلم يصادف الطلاق الموجب لعود النصف إليه ملكا، فانتقل إلى العوض. وأما الخلع فانتقال ملك المهر به إلى الزوج لا يحصل بمجرد البذل من المرأة، بل به وبالخلع، لأنها جعلته عوضا عن البيونة، فلا يملك إلا بتمام السبب وهو الطلاق، وبه يحصل أيضا استحقاقه للنصف، فيتم (٢) السببان في حالة واحدة وإن تقدم جزء السبب في ملك عوض الخلع، فلا يتم ما قالوه من سبق ملكه له على استحقاقه النصف بالطلاق فضلا عن سبقه على الطلاق كالهبة. ويمكن ترجيح جانب الخلع، لسبق سببه وهو البذل وإن توقف تمام الملك على الطلاق، ويكون كما لو وهبته ولم يقبضه أو دبرته، فقد قيل بسقوط حقه عن العين بذلك وإن كان تمام الملك في الهبة يتوقف على القبض والعتق في التدبير على الوفاة. والحق أن هذا لا يحسم مادة الاشكال. والحكم في الأمرين ممنوع. والوجه

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٣.

(٢) في "س" وإحدى الحجريتين: فيقع.

الخامسة: إذا أعطها عوضاً عن المهر عبداً أبقا وشيئاً آخر، ثم طلقها قبل الدخول، كان له الرجوع بنصف المسمى دون العوض. وكذا لو أعطها متاعاً أو عقاراً فليس له إلا نصف ما سماه.

واحد، وهو عدم انتقاله عن ملكها بذلك، فلا مانع من أخذه العين. ويمكن توجيه رجوعه هنا بنصف القيمة بوجه آخر، وهو أن يجعل هذا الخلع بمنزلة ما لو خلعتها على عين لا تستحق سوى نصفها، فإن الخلع يصح مع جهله، ويرجع إلى قيمة النصف أو مثله كما سيأتي (١). وهنا لما كان انتقال مال الخلع لا يحصل إلا بالطلاق، وبه يتحقق انتقال النصف إليه به، نزل ذلك منزلة ما لو خلعتها على عين مشتركة بينهما. ويشكل الحكم مع علمه بالحال، إلا أن الأمر هنا أسهل من السابق، والاشكال فيه أقل. قوله: ("إذا أعطها عوضاً.... الخ").

المراد برجوعه بنصف المسمى هنا رجوعه بمثله أو قيمته، لأنه بالمعاوضة صار ملكه، والعائد إليه بالطلاق نصف ما جعله مهراً لقوله تعالى: "فنصف ما فرضتم" (٢) أي: لكم، على حد قوله: "ولكم نصف ما ترك أزواجكم" (٣) وقد وجد النصف المحكوم بعوده إليه قد انتقل عن ملكها بالمعاوضة الجديدة عليه فيرجع إلى مثله أو قيمته، كما لو انتقل عنها إلى غيره. ولا فرق في ذلك بين انتقاله بعوض يساوي قيمته أو ينقص أو يزيد، ولا بين أنواع الأعواض، لا اشتراك الجميع في المقتضي، وهو خروجه بذلك عن ملكها، كما لو خرج بغير عوض كالهبة.

(١) في النظر الثاني - مبحث الفدية - من كتاب الخلع.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) النساء: ١٢.

السادسة: إذا أمهرها مدبرة ثم طلقها صارت بينهما نصفين، فإذا ماتت تحررت. وقيل: بل يبطل التدبير بجعلها مهرا، كما لو كانت موصى بها. وهو أشبه.

قوله: " إذا أمهرها مدبرة.... الخ "

إذا دبر مملوكا ذكرا كان أم أنثى، ثم جعله مهرا، ثم طلق قبل الدخول ورجع إليه النصف، فهل يبقى التدبير في النصف العائد إليه فيتحرر بموته، أم يبطل من حين جعله مهرا؟ يبنى على أن المرأة هل تملك جميع المهر بالعقد، وإنما يعود إلى الزوج النصف بالطلاق، أم لا تملك إلا النصف بالعقد والنصف الآخر بالدخول؟ فعلى الثاني يتجه عدم البطلان في النصف، لأنه لم يوجد هناك عقد ناقل له عن حكم التدبير أو غيره، لأنه لم يخرج عن ملك المولى. ويحتمل البطلان، لوجود العقد الدال على الرجوع، كما لو وهب الموصى به قبل الاقباض. وأما على القول الآخر والنصف الآخر فلا وجه لبقاء التدبير فيه بناء على أنه وصية، فيبطل بخروج المدبر عن الملك. وكذا يقوى خروج النصف الآخر وإن لم نقل بخروجه عن ملكه، لأن ذلك يبطل الوصية كما مر، والتدبير كذلك. وهذا قول ابن (١) إدريس، واختاره المصنف والمتأخرون (٢).

والقول بعدم البطلان للشيخ في النهاية (٣)، وتبعه عليه القاضي في المهذب (٤)، استنادا إلى رواية المعلى بن خنيس قال: " سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة قد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك، فطلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة، يكون

(١) السرائر ٢: ٥٨٨.

(٢) انظر المختلف: ٥٤٥، وكشف الرموز ٢: ١٩٠، والتنقيح الرائع ٣: ٢٤٢، والمقتصر: ٢٦٠.

(٣) النهاية: ٤٧٣.

(٤) المهذب ٢: ٢٠٦.

للمرأة يوم في الخدمة، ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة. قيل: فإن ماتت المدبرة قبل المرأة والسيد لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ما تركته للمرأة، والنصف الآخر لسيدها الذي دبرها (١) .

وهذه الرواية - مع ضعف سندها - لا تدل على انعقادها بموت السيد كما ادعاه الشيخ، وإنما تضمنت صحة جعلها مهرا، وعود نصفها إلى المولى، وكونها مشتركة بينه وبين المرأة، وما تركته بينهما كذلك. وهذا كله لا كلام فيه. نعم، يظهر منها رائحة البقاء على التدبير من قوله: "وتقدمت على ذلك" وقوله: "فإن ماتت المدبرة" وشبه ذلك، ومثل هذا لا يكفي في إثبات الحكم المخالف للأصل. وحملها ابن إدريس (٢) على ما إذا كان التدبير واجبا بنذر وشبهه، فإنه حينئذ لا يصح رجوع المدبر فيه.

ورده في المختلف (٣) ببطلان جعلها مهرا حينئذ، وقيد بماء التدبير بما لو شرط بقاء التدبير، فإنه يكون لازما، لعموم: "المؤمنون عند شروطهم" (٤) ولأنه كشرط العتق في البيع ونحوه. ويظهر من قوله في الرواية: "قد عرفتها وتقدمت على ذلك" كونه قد شرط عليها بقاء التدبير. فعلى هذا تتم الرواية وفتوى الشيخ، لأنه عبر في النهاية بلفظ الرواية.

واعلم أن تعبير المصنف بالمدبرة مؤنثة تبع فيه الرواية وكلام الشيخ، والحكم في الذكر والأنثى واحد.

(١) الكافي ٥: ٣٨٠ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٦٧ ح ١٤٨٦، الوسائل ١٥: ٣٤ ب (٢٣) من أبواب المهور.

(٢) السرائر ٢: ٥٨٨.

(٣) مختلف الشيعة: ٥٤٥.

(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، قضاء حقوق المؤمنين: ١٨ ح ٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب "٢٠" من أبواب المهور ح ٤.

السابعة: إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع،
مثل أن لا يتزوج

عليها أو لا يتسرى، بطل الشرط وصح العقد والمهر. وكذا لو شرط
تسليم المهر في أجل فإن لم يسلمه كان العقد باطلا، لزم العقد والمهر
وبطل الشرط.

قوله: " إذا شرط في العقد..... الخ "

لا إشكال في فساد الشرط المخالف للمشروع لذلك، وإنما الكلام في صحة
العقد بدون الشرط، من حيث إنهما لم يقصدا إلى العقد إلا مقيدا بالشرط المذكور،
وقد سبق غير مرة (١) أن فساد الشرط يوجب فساد العقد عند المصنف والأكثر،
ولكن ظاهرهم هنا الاتفاق على صحة العقد، لأنهم لم ينقلوا فيه خلافا. وقال
الشيخ في المبسوط: " ولا يفسد المهر عندنا " (٢) وهو ظاهر في الاتفاق عليه، وصحة
المهر إنما تكون مع صحة العقد. والفرق بين النكاح وغيره من العقود المقتضي فساد
الشرط لفسادها: أن الشرط في النكاح يكون جزءا من العوض الذي هو المهر فيما
يعود إلى المرأة، كالمذكور هنا في عدم التزوج والتسري، وحق فساد الشرط على
هذا الوجه أن يفسد المهر لا العقد، لما عرفت من عدم التلازم بينهما.
ثم المشهور بينهم أن المهر أيضا لا يفسد، بناء على وجود المقتضي لصحته،
والمانع ليس إلا الشرط، وهو شيء آخر معه، وفساد أحد الشئيين لا يقتضي فساد
الآخر، لما علم من التوسع في حال عقد النكاح والمهر، واحتمالهما من الغرر ما لا
يحتمله غيرهما. "

والأصل في الحكم بصحة العقد والمهر مع هذين الشرطين رواية محمد بن
قيس عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج
عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق: " ففضى في ذلك أن شرط

(١) لاحظ ج ٤: ٣٤٥ و ٣٦٥ و ٣٦٧.

(٢) المبسوط ٤: ٣٠٣.

الله قبل شرطكم، فإن شاء وفي لها بالشرط، وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها " (١). وهذا يقتضي شرط عدم التزويج والتسري وزيادة، وهو شرط الطلاق بالفعل المساوي للشرط في الثاني، حيث شرط إن لم يسلم المهر في الأجل كان العقد باطلا. ويدل عليه أيضا بخصوصه رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: " قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته، وإن لم يجئ بالصداق فليس له عليها سبيل، شرطوا بينهم حيث أنكحوا، فقضى أن بيد الرجل بضع امرأته، وأحبط شرطهم " (٢)

وفي الروايتين ضعف السند، وكون الثانية أخص من الدعوى، لاشتمالها على كون العقد إلى أجل مسمى، إلا أنه لا قائل بالفرق، والمقتضي للصحة وعدمها واحد.

وفي المسألة وجه أو قول بصحة العقد دون المهر، لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق حيث يكون من المرأة، أو كجزء من العوض، والصداق مبذول في مقابلة الجميع، وبفساد الشرط يفوت بعض العوض أو المعوض، وقيمته مجهولة، فلا يعلم قدر الصداق في الأول، ولا نصيب الباقي في الثاني، فيثبت مهر المثل وهو متجه إلا أن يزيد المسمى عنه والشرط لها، أو ينقص والشرط عليها، فيجب المسمى، لأنه في الأول قد رضي ببذله مع التزام ترك حق، فمع انتفاء اللزوم يكون الرضا به أولى، ولأنها في الثاني قد رضيت به مع ترك حق لها، فبدونه أولى.

(١) التهذيب ٧: ٣٧٠ ح ١٥٠٠، وج ٨: ٥١ ح ١٦٤، الاستبصار ٣: ٢٣١ ح ٨٣٢، الوسائل ١٥: ٤٦ ب (٣٨) من أبواب المهور، ح ١.
(٢) الكافي ٥: ٤٠٢ ح ١، التهذيب ٧: ٣٧٠ ح ١٤٩٨، الوسائل ١٥: ٢٠ ب (١٠) من أبواب المهور، ح ٢.

ولو شرط أن لا يقتضها لزم الشرط. ولو أذنت بعد ذلك جاز، عملاً بإطلاق الرواية. وقيل: يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع. وهو تحكم.

ومع ذلك فينبغي احتساب المسمى من مهر المثل، وإكماله من غيره حيث يفتقر إليه، لاتفاقهما على تعيينه في العقد.

قوله: " ولو شرط أن لا يقتضها..... الخ "

ما اختاره المصنف من جواز العقد والشرط مطلقاً مذهب الشيخ في النهاية (١). ومستنده رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: " قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يقتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس (٢). ورواية سماعة عنه عليه السلام قال: " قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر والتماس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله، إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي، فإني أخاف الفضيحة، قال: ليس له منها إلا ما اشترط " (٣). وهذه الرواية تدل على جواز اشتراط عدم الوطاء مطلقاً وإن لم يكن بطريق الاقتضاض. وهما معا شاملتان بإطلاقهما للعقد الدائم والمنقطع.

ويؤيد الصحة عموم: " المؤمنون عند شروطهم " (٤) والأمر بالوفاء (٥) بالعقد. وجواز الوطاء مع الإذن لأنها زوجة في الجملة، وعدم جواز الوطاء لكونه

(١) النهاية: ٤٧٤.

(٢) الفقيه ٣: ٢٩٧ ح ١٤١٣، التهذيب ٧: ٣٦٩ ح ١٤٩٦، الرسائل ١٥: ٤٥ ب " ٣٦ " من أبواب المهور ح ٢.

(٣) التهذيب ٧: ٣٦٩ ح ١٤٩٥، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

(٤) مر ذكر مصادره في ص: ٢٤٤، هامش (٤).

(٥) المائدة: ١.

شرطها لا لمانع آخر، فإذا أذنت فيه جاز. والقول الذي حكاه المصنف من اختصاص لزوم الشرط بالنكاح المنقطع وبطلان العقد لو كان دائما للشيخ في المبسوط (١)، وتبعه عليه جماعة من المتقدمين والمتأخرين، منهم العلامة في المختلف (٢) وولده فخر الدين في الشرح (٣)، استنادا في بطلان الشرط إلى منافاته لمقتضى العقد، وفي بطلان العقد إلى عدم الرضا. به بدون الشرط ولم يحصل، وفي جوازهما في المتعة إلى عدم منافاة الشرط لها، لأن المقصود الأصلي منها التمتع والتلذذ وكسر الشهوة دون التوالد والتناسل المقصودين من الدائم، وذلك لا يستدعي الوطاء. وعليه نزلوا الروايتين. وهذا لا يخلو من تحكم كما قاله المصنف، لأن النص مطلق، والمقاصد في النكاح مطلقا مختلفة، وجاز أن يكون المطلوب من الدائم ما ادعوه في المنقطع وبالعكس. ولا يعتبر في صحة العقد تتبع غاياته ولا رعاية مقاصده الغالبة، بل يكفي قصد بعضها، وهو متحقق في المتنازع فيهما. ويمكن جعل الروايتين شاهديتين للجواز وإن لم يكونا مستندا، إذ يكفي في إثباته ما تقدم من عموم الآية والرواية المستفيضة.

ولابن إدريس (٤) قول ثالث ببطلان الشرط فيهما وصحة العقد. أما الشرط فلما تقدم من منافاته " لمقتضى العقد (٥). وأما العقد فلاصلة صحته وعدم بطلانه

(١) المبسوط ٤ : ٣٠٤.

(٢) مختلف الشيعة: ٥٤٥.

(٣) لم نجده فيه. بل الموجود ببطلان الشرط خاصة في الدائم والمنقطع دون العقد، لاحظ إيضاح

الفوائد ٣ : ٢٠٧ - ٢٠٨.

(٤) السرائر ٢ : ٥٨٩.

(٥) من الحجرتين فقط.

الثامنة: إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها، قيل: يلزم. وهو المروي.

بالشروط الفاسدة كما عرفت مما سبق، فأولى أن لا يبطل عند ابن إدريس حيث لا يبطل مطلق العقد ببطان الشرط.

وفي المسألة قول رابع لابن حمزة (١) كقول ابن إدريس في الدائم مع الحكم بصحتها في المنقطع. وما وقفت على قائل ببطانتهما فيهما مع كونه متوجها أيضا نظرا إلى منافاة الشرط لمقتضى عقد النكاح مطلقا، فإنه يقتضي حل الوطاء. وإن حصل التلذذ في المتعة بدونه، إلا أنه المقصد الأصلي، كما ادعوه من أن التوالد والتناسل هو المقصد الأصلي للدائم، ويتبعه العقد لما ذكر.

ولو اشترط ترك بعض مقدمات الوطاء ففي إلحاقه باشتراط تركه وجهان، من مساواته له في المقتضي، واختصاص الوطاء بالنص. وفي الأول قوة، لضعف المخصص.

قوله: " إذا شرط أن لا يخرجها..... الخ "

القول بلزوم الشرط للشيخ في النهاية (٢)، وتبعه عليه جماعة منهم العلامة في المختلف (٣) والإرشاد (٤) والشهيد في اللمعة (٥) والشرح (٦)، لصحيفة أبي العباس عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها قال: " يفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك " (٧). ودلالاتها على الثاني

(١) الوسيلة: ٢٩٧.

(٢) النهاية: ٤٧٤.

(٣) المختلف: ٥٤٦.

(٤) إرشاد الأذهان ٢: ١٧.

(٥) اللمعة الدمشقية: ١١٦.

(٦) غاية المراد: ٢٠٣.

(٧) الكافي ٥: ٤٠٢ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٧٢ ح ١٥٠٦، الوسائل ١٥: ٤٩ ب " ٤٠ " من

أبواب المهور ح ١.

ظاهرة. وعلى الأول من حيث إن الخبر فيه معناه (١) الأمر، والأصل فيه الوجوب المقتضي للزوم. ولعموم: "المؤمنون عند شروطهم" (٢). ولأن ذلك شرط مقصود للعقلاء، والأغراض تتعلق باللبث في المنازل، والاستيطان في البلدان التي حصل بها الإنس والنشو، وملازمة الأهل ورعايتهم مصلحتها، وذلك أمر مهم، فجاز شرطه في النكاح توصلاً إلى هذا الغرض المطلوب المشتمل على الحكمة الواضحة. ونسبة المصنف الحكم إلى القول والرواية تؤذن بتوقف فيه.

وصرح ابن إدريس (٣) ببطلان الشرط مع صحة العقد، وتبعه جماعة (٤) من المتأخرين. والشيخ في المبسوط (٥) والخلاف (٦) منع من اشتراط أن لا يسافر بها. وجعلوه من جملة القائلين بالمنع في المسألة. وليس كذلك، لأن السفر أمر آخر غير الخروج من البلد كما لا يخفى، والخروج من البلد قد يصدق من دون السفر. وحجة المانع: أن الاستمتاع بالزوجة في جميع الأزمنة والأمكنة حق للزوج بأصل الشرع، وكذا السلطنة عليها، فإذا شرط ما يخالفه وجب أن يكون باطلاً. وحملوا الرواية على الاستحباب.

ولا يخفى أن ذلك في مقابلة النص غير مسموع. ونمنع من كون الاستمتاع في جميع الأمكنة حقاً للزوج، لأن ذلك عين المتنازع. وكذلك سلطنته على إخراجها حيث شاء، فإنه لا يتم إلا مع عدم الشرط، ومعه عين المتنازع، فلا يؤخذ في

(١) في "س": معنى.

(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٢٤٤، هامش (٤).

(٣) السرائر ٢: ٥٩٠.

(٤) كما في الإيضاح ٣: ٢٠٩، جامع المقاصد ١٣: ٣٩٨.

(٥) المبسوط ٤: ٣٠٣.

(٦) الخلاف ٤: ٣٨٨، مسألة (٣٢).

ولو شرط لها مهرا إن أخرجها إلى بلاده، وأقل منه إن لم تخرج معه، فأخرجها إلى بلد الشرك لم تجب إجابته، ولزم الزائد. وإن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازما. وفيه تردد.

الدليل. ولأن ذلك آت في كل شرط، فإنه يمنع مباح الأصل، ومع ذلك ليس منافيا للكتاب والسنة. وحمل الرواية على الاستحباب بمجرد ذلك غير جائز، إذ لا معارض لها، والمعارضات العامة غير كافية في الحمل.

إذا تقرر ذلك فعلى القول بصحة الشرط هنا هل يتعدى إلى شرط أن لا يخرجها من منزلها أو محلها؟ وجهان، من مشاركته للمنصوص في الحكمة الباعثة على الحكم أو لاتحاد الطريق وعموم الأدلة الأخرى، ومن عدم النص وبطلان القياس. وقطع الشهيد (١) بإلحاق ذلك بالبلد. وفيه قوة. قوله: " ولو شرط لها مهرا..... الخ "

هذه المسألة متفرعة على السابقة، فإن منعنا من اشتراط عدم إخراجها من بلدها منعنا هنا بطريق أولى، وإن جوزنا الشرط ثم احتل الجواز هنا أيضا. وهو الذي اختاره المصنف في النافع (٢) والشيخ في النهاية (٣) وجماعة منهم العلامة (٤) في أكثر كتبه، عملا بعموم الأمر بالوفاء بالشرط.

ويدل على التفصيل المذكور بخصوصه حسنة علي بن رثاب عن الكاظم عليه السلام قال: " سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا، أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في

(١) اللعة الدمشقية: ١١٦.

(٢) المختصر النافع: ١٩٠.

(٣) النهاية: ٤٧٤.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٣٤، مختلف الشيعة: ٥٤٦، إرشاد الأذهان ٢: ١٧

ذلك، ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الاسلام ودار الاسلام فله ما اشترط عليها، والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أو ترضى من ذلك بما رضيت، وهو جائز له " (١).

والمراد بقوله: " إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك " أن بلاده كانت بلاد الشرك، ولا يجب عليها اتباعه في ذلك وإن كان داخلا في الشرط، لما في الإقامة ببلاد الشرك من الضرر بالمسلم في دينه المنفي شرعا. وبقوله: " وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الاسلام " أن بلاده كانت بلاد الاسلام، وطلبها إلى بلاده لا إلى مطلق بلاد الاسلام، بقريضة قوله: " فله ما اشترط عليها " لأنه لم يشترط عليها إلا الخروج إلى بلاده لا إلى مطلق بلاد الاسلام، وإن كان لفظ الرواية أعم من ذلك. وهذه الرواية - مع حسن سندها - مخالفة للأصل في مواضع: منها: عدم تعيين المهر، حيث جعله مائة على تقدير وخمسين على تقدير، وذلك يقتضي تجهيله في الجملة، حتى لو شرط ذلك على خلاف الجهة المنصوصة فلا شبهة في فساد المهر.

ومنها: حكمه بلزوم المائة على تقدير إرادته منها الخروج إلى بلاد الكفر وإن لم تخرج (٢)، وذلك مناف لمقتضى الشرط على تقدير صحته، فإنه اقتضى كون المهر خمسين مع عدم خروجها. ومنها: حكمه بعدم جواز إخراجها إلى بلاده مع كونها دار الاسلام إلا بعد أن

(١) قرب الإسناد: ١٢٤، الكافي ٥: ٤٠٤ ح ٩، التهذيب ٧: ٣٧٣ ح ١٥٠٧، الوسائل ١٥: ٤٩ ب (٤٠) من أبواب المهور، ح ٢.
(٢) في "ش، و": يخرج.

يعطيها مهرها، الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول وبعده، وقد تقدم (١) الحكم بأنه مع الدخول لا يجوز لها الامتناع، بل ولا يجب عليه إعطاء المهر مطلقاً من دون أن تطلبه، وقد حكم بعدم جواز خروجه من دون أن يعطيها مطلقاً. وهذا يصلح منشأ لتردد المصنف في الحكم مع عدم ترده في السابقة.

والذي يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور، لما ذكرناه، وبطلان المهر، لكونه غير معين، وصحة العقد، لعدم ارتباطه به كما سلف في نظائره، ولعدم القائل ببطلانه، وإن كان محتملاً. وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل، لكونه مجهولاً ابتداءً. لكن يشكل فيما لو زاد عن المفروض على التقديرين، لقدومها على الأقل. وكذا مع زيادته على الأقل إذا لم يخرجها من بلدها. وكذا يشكل بما لو نقص عن المقدر على التقديرين، لالتزامه بالأزيد منه مع الشرط عليه، فلزوم المقدر مع عدم لزوم الشرط عليه أولى. والقائلون بفساد الشرط اقتصروا في البحث عليه، وأهملوا البحث عن المهر. ولو عملنا بالرواية لجودة سندها كان حسناً، وسلمنا من هذا الاشكال.

ويمكن الاعتذار عن الخالفة الأولى بأن التعيين متحقق على التقديرين. ومثل هذا الاختلاف مغتفر في المهر، لاحتماله من الغرر ما لا يحتمله غيره من عقود المعاوضات. ومن ثم اكتفي بمشاهدته من دون معرفة مقدارها، بل جعله ظرف خل مثلاً مع عدم مشاهدة الخل أصلاً - كما سبق (٢) - حيث ظهر حمراً. ومثل هذا الاختلاف قد تقدم (٣) اغتفاره في عوض الإجارة، كما لو قال: إن خطته كذا فلك كذا أو كذا فلك كذا، أو: إن جئت به اليوم فلك كذا، مع أنها أضيقت دائرة منه، لكونها معاوضة محضنة.

(١) في ص: ١٩١.

(٢) في ص: ١٨٣.

(٣) في ج ٥: ١٨٢.

التاسعة: لو طلقها بائنا، ثم تزوجها في عدته، ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر.

وعن الثانية: بأن العقد وقع على مائة كما دل عليه أول الرواية، وشرط نقصان خمسين إن لم تخرج معه إلى بلده حيث يطلبها ويجب عليها الخروج معه، وذلك إذا كانت بلده في دار الاسلام، فأما إذا كانت في بلاد الشرك وأراد إخراجها إليها فالمهر باق على ما انعقد عليه، لأن ذلك ليس له، ولا عليها مطاوعته، فهو بمنزلة ما إذا لم يرد إخراجها، فإنه يلزمه المائة، فيصير شرط الخمسين منحصرًا في حال إقامتها ببلدها مع طلبه خروجها إلى بلده التي هي في دار الاسلام.

وعن الثالثة: بأنه مع طلبه خروجها إلى بلاده التي يجب عليها الخروج إليها يزيد المهر حينئذ، وتجب المائة كمالًا بعد أن كانت متزلزلة، فنبه عليه السلام على أنه لا يخرجها حتى يعطيها صداقها - وهو المائة - لئلا يتوهم عدم لزومها من حيث ترديدها. ومع ذلك فليس منافيًا لما سلف، لأنه لم يقل: إن لها الامتناع من الخروج معه قبل قبض المهر. ولو سلم فوجوب الجمع بين القاعدتين يوجب حمل هذه على ما إذا كان قبل الدخول، لو اضطررنا إليه.

قوله: " لو طلقها بائنا..... الخ "

وجهه: خروجها عن الزوجية بالطلاق البائن، ولا ينافيه جواز تزويجها في العدة، من حيث إن العدة حق للزوج لأجل حرمة مائه، فلا مانع من تزويجها فيها، وإنما يمنع غيره لحرمة مائه. فإذا تزوجها بمهر جديد ثبت المهر في ذمته كغيره من عقود النكاح، فإذا طلقها قبل الدخول بها عاد إليه نصف المهر عملاً بالعموم (١). ونبه به على خلاف بعض العامة (٢) حيث أوجب لها جميع المهر، تنزيلاً

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٦١ ب " ٥١ " من أبواب المهور.

(٢) راجع حلية العلماء ٦ : ٤٧٦.

العاشرة: لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي، ولم يرجع عليها بشيء، سواء كان المهر ديناً أو عينا صرفاً للهبه إلى حقها منه.

للعقد منزلة الرجعة المقتضي لصيرورتها مدخولاً بها، لوجوده قبل الطلاق، ومن ثم لا يحز تزويج غيره بها. وضعفه ظاهر.
قوله: " لو وهبته نصف مهرها..... الخ ".
وجه استحقاقه الباقي أنه استحق نصف بالطلاق وقد وجده فيأخذه، وتنحصر هبتها في نصيبها. ولأن الله تعالى جعل لها نصف ما فرض، وذلك يقتضي استحقاقه في العين ما لم يجدها تالفة أو يمنع مانع منها، وهما منتفیان هنا، فلا وجه للانتقال إلى البدل.
وفي المسألة وجه بأن له نصف الباقي - وهو الربع - مع ربع بدل الجملة، لأن الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع، وينزل هذا النصف منزلة التالف، فلم يبق من الذي فرض سوى نصفه، فيأخذ نصفه كما هو مقتضى الشركة وبدل الفاتت كما لو فات الجميع.
وفيه ما مر، فإن الانتقال إلى البدل مشروط بتعذر العين، وهو منتف. ووجه ثالث بتخيره بين أخذ نصف بدل الجملة وترك الباقي، وبين أخذ نصف الباقي - وهو الربع - مع ربع بدل الجملة، لافضاء الثاني إلى تبعض حقه، وهو ضرر عليه فيجبر بتخيره. هذا إذا كان المهر عينا. أما لو كان ديناً فليس فيه إلا الوجه الذي ذكره المصنف.
واحترز بقوله: " مشاعاً " عما لو وهبته نصفاً معيناً، فإن له نصف الباقي ونصف بدل ما وهبته وجهاً واحداً، لأن حقه بالطلاق مشاع في جميع العين، وقد ذهب منها جزء معين فينتقل إلى بدل ما يستحقه منه، بخلاف ما لو كان مشاعاً، فإن

الحادية عشرة: لو تزوجها بعبدین فمات أحدهما رجع عليها بنصف الموجود ونصف قيمة الميت.

الثانية عشرة: لو شرط الخيار في النكاح بطل. وفيه تردد منشؤه الالتفات إلى تحقق الزوجية، لوجود المقتضي وارتفاعه عن تطرق الخيار، أو الالتفات إلى عدم الرضا بالعقد، لترتبه على الشرط. ولو شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط.

حقه في الأول مشاع وفي الثاني كذلك فلا ترجيح، ويتجه استحقاقه حينئذ الجميع كما ذكر.

ويستفاد من قوله: " وهبته " مع قوله: " سواء كان المهر عينا أو دينا " جواز وقوع الإبراء بلفظ الهبة، وهو كذلك. وقد تقدم (١) بحثه في باب الهبة. قوله: " لو تزوجها بعبدین..... الخ ".

الحكم هنا كما لو وهبها نصفاً معيناً، لأن الانتقال عن ملكها والتلف حكمهما واحد في ذلك. ووجه ما ذكره ظاهر، لأن حقه بالطلاق نصف ما فرض مشاعاً، فما وجده من العين باقياً فله نصفه، وما ذهب ينتقل إلى بدله بناء على أنه مضمون عليها، سواء ذهب بالتلف أو بنقله عن ملكها إليه أو إلى غيره.

ولم يذكر المصنف هنا ولا غيره وجهها بانحصار حقه في الموجود مع تساويهما قيمة. وهو وجه في المسألة للشافعية (٢) كالمشاع، لأنه يصدق على الموجود المساوي للتالف قيمة أنه نصف ما فرض، فلا ينتقل إلى البدل مع إمكان العين. ولهم (٣) وجه بالتخيير كالسابقة. والأصح الأول.

قوله: " لو شرط الخيار..... الخ " المشهور بين الأصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار فيه، قطع بذلك الشيخ

(١) في ج ٦: ١٢ - ١٥.

(٢) راجع روضة الطالبين ٥: ٦١٤.

(٣) راجع روضة الطالبين ٥: ٦١٤.

في المبسوط (١) وغيره من المتأخرين (٢)، محتجين بأن النكاح ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط، بل فيه شائبة العبادة، فالشرط يخرج عنه وضعه.

وخالف في ذلك ابن إدريس (٣) فحكم بصحة العقد وفساد الشرط. ووجهه: ما أشار إليه من وجود المقتضي لصحة العقد، لاجتماع شرائط الصحة فيه، لأنه الفرض، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا اشتراط الخيار فيه، وإذا كان العقد غير قابل للخيار لغا شرطه وعمل بمقتضى العقد، لأصالة الصحة وعموم: * (أوفوا بالعقود) * (٤) كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسدة، فإن كل واحد من العقد والشرط أمر منفك عن الآخر، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر. وبالغ ابن إدريس في أنه لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا إجماع، بل الاجماع على الصحة، لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، وإنما هو تخريج المخالفين وفروعهم، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب.

ووجه البطلان: أن التراضي لم يقع على العقد إلا مقترنا بالشرط المذكور، فإذا لم يتم الشرط لم يصح العقد مجردا، لعدم القصد إليه كذلك، وصحة العقود مترتبة على القصد، فليس إلا الحكم ببطلانها معا أو صحتهما معا، لكن لا سبيل إلى الثاني، لمنافاته وضع النكاح، فتعين الأول. وهذا هو الأقوى. وأما اشتراطه في الصداق فلا مانع من صحته، لأن الصداق ليس ركنا في النكاح، بل هو عقد مستقل بنفسه، ومن ثم صح إخلاؤه عنه، فإدخاله فيه بشرط

(١) المبسوط ٤: ٣٠٤.

(٢) كما في الجامع للشرايع: ٤٤١، إرشاد الأذهان ٢: ١٧، اللمعة الدمشقية: ١١٠، جامع المقاصد ١٣: ٣٩٤ - ٣٩٥.

(٣) السرائر ٢: ٥٧٥.

(٤) المائدة: ١.

الثالثة عشرة: الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين.

أولى. وحينئذ فيصح الصداق والشرط معا. ويشترط ضبط مدة الخيار كغيره، ولا يتقيد بثلاثة وإن مثل بها الشيخ في المبسوط (١)، لعدم إفادته الحصر. ثم إن استمر عليه حتى انقضت مدته لزم. وإن فسخه ذو الخيار رجع إلى مهر المثل كما لو عرى العقد عن المهر، وإنما يجب بالدخول كما مر. وقد تقدم (٢) البحث في هذه المسألة في أول الكتاب. قوله: "الصداق يملك.... الخ".

اختلف الأصحاب في أن المرأة هل تملك الصداق جميعه بالعقد وإن لم يستقر الملك قبل الدخول، أو تملك نصفه خاصة والنصف الآخر يتوقف على الدخول؟ بسبب اختلاف الروايات في ذلك وظواهر الأدلة، فالمشهور بينهم الأول، لعموم قوله تعالى: * (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) * (٣) الشامل لما قبل الدخول وبعده. ولأنها إن ملكت نماء الصداق بنفس العقد وجب أن تملك الصداق به. والملازمة ظاهرة، لأن النماء تابع للأصل، فملكته تستلزم ملكية الأصل. ويدل على حقية المقدم موثقة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام في رجل ساق إلى زوجته غنما ورقيقا فولدت عندها، وطلقها قبل أن يدخل بها، فقال: "إن كن حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها، وإن كن حملن عندها فلا شيء له من الأولاد" (٤). ولأن الصداق عوض البضع، فإذا ملك البضع بالعقد وجب أن تملك المرأة عوضه به، لأن ذلك مقتضى المعاوضة كالبيع وغيره.

(١) المبسوط ٤: ٣٠٤.

(٢) في ج ٧: ١٠١.

(٣) النساء: ٤.

(٤) الكافي ٦: ١٠٦ ح ٤. التهذيب ٧: ٣٦٨ ح ١٤٩١، الوسائل ٥: ١: ٤٣ ب (٣٤) من أبواب المهور، ح ١.

ولها التصرف فيه قبل القبض على الأثبه.

وقال ابن الجنيد: " الذي يوجهه العقد من المهر المسمى النصف، والذي يوجب النصف الثاني من المهر - بعد الذي وجب بالعقد منه - هو الوقاع أو ما قام مقامه " (١).

وحجته رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: " لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج " (٢). ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: " سألته متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها " (٣). وهو يقتضي عدم الوجوب مع عدم الدخول.

والرواية من الجانبين من الموثق، ومع الأولى الترجيح بكونها أشهر بين الأصحاب، وباعتضادها بالآية (٤) والاعتبار المذكور، وبامكان الجمع بين الأخبار بحمل الوجوب في الروايتين على المستقر، إما لضرورة الجمع، أو لكونه أغلب في الاستعمال.

وتظهر الفائدة. في النماء المتخلل بين العقد والطلاق. وفي جواز تصرفها في الجميع وعدمه. وفيما لو حصلت الفرقة بغير الطلاق حيث لا نص على التنصيف كالفسخ بالرضاع والردة وغير ذلك.

قوله: " ولها التصرف.... الخ " .
هذا متفرع على القول بملكها له حينئذ بالعقد، فإن قلنا به جاز لها التصرف

(١) في هامش " و " قد مر في باب وجوبه بالخلوة أو بالدخول بيان ما يقوم مقامه في كلام ابن الجنيد. منه رحمه الله. لاحظ ص: ٢٢٥ - ٢٢٦.

(٢) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٥٩، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ٨١٧، الكافي ٦: ١٠٩ ح ٥، الوسائل ١٥، ٦٦ ب (٥٤) من أبواب المهور، ح ٦.

(٣) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ٨١٨ الوسائل الباب المتقدم ح ٧.

(٤) النساء: ٤.

فإذا طلق الزوج عاد إليه النصف وبقي للمرأة النصف، فلو عفت
عما لها كان الجميع للزوج.

فيه قبل القبض وبعده، لأنه مملوك لها فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وآله
وسلم: "الناس مسلطون على أموالهم" (١) ومقتضى التسلط جواز التصرف فيه
مطلقاً.

ونبه بالأشبهه على خلاف الشيخ في الخلاف (٢) حيث منع منه قبل القبض،
استناداً إلى ما روي (٣) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن بيع ما لم
يقبض، وبأن تصرفها بعد القبض جائز بالاجماع، ولا دليل على جوازه قبله.
والرواية بالنهي مطلقاً ممنوعة، وإنما وردت بالنهي عن بيع ما اشتراه قبل
قبضه لا مطلقاً. سلمنا لكن لا يلزم من النهي عن بيعه النهي عن مطلق التصرف
الذي ادعاه، لأن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم. ويمكن حمل النهي على الكراهة
جمعا بين الأدلة. ونفي الدلالة على جواز التصرف فيه قبل القبض ممنوع، وقد
بينها. والدليل لا ينحصر في الاجماع. ونفي الدلالة على الجواز لا يدل على عدمه،
لجواز الاستناد فيه حينئذ إلى الأصل.
قوله: "فإذا طلق الزوج..... الخ".

هذا أيضاً متفرع على ملكها للنصف، فإذا طلق الزوج قبل الدخول عاد إليه
النصف قهراً وبقي النصف الآخر للمرأة، إلا أن تعفو عنه أجمع فيصير الجميع للزوج،
لقوله تعالى: * (فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون) * (٤) أي: فلا يكون لكم النصف بل

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩، البحار ٢: ٢٧٢ ح ٧.

(٢) الخلاف ٤: ٣٧٠. مسألة (٧).

(٣) سنن الدارمي ٢: ٢٥٣، شرح معاني الآثار ٤: ٣٩. والوسائل ١٢: ٣٨٧ ب (١٦) من أبواب أحكام
العقود ح ١، ١١، ١٢، ١٥ وغيرها.

(٤) البقرة: ٢٣٧.

الجميع

ومقتضى إطلاق المصنف صيرورة الجميع له بالعمو عدم الفرق بين كون المهر عينا ودينا، فيصح انتقاله إليه بلفظ العمو عملا بظاهر الآية المتناول للأمرين. وبهذا صرح الشيخ في المبسوط (١) والأكثر، وجعلوا العمو بمعنى العطاء، فيتناول (٢) الأعيان. وهو قوي، لورود. بمعنى العطاء لغة كما سننبه (٣) عليه. وقيل: إن ذلك مختص بالدين، أما العين فلا تنتقل إلا بلفظ الهبة أو التملك ونحوه لا بالعمو، لأنه لا مجال فيه للأعيان كالإبراء، لأن ظاهره إسقاط الحق فلا يتناول إلا الذين كالإبراء. وأجابوا عن الآية بأن المراد من العمو معناه لا لفظه، بمعنى إرادة حصول الملك للعمو عنه بعبارة تفيده، ولو كان المراد لفظه لتعين في الموضوعين، وهو منفي بالاجماع. وسمي نقله منها عفوا تنبيها على حصول فضيلة العمو والمدح، وإن توقف الفعل (٤) له على صيغة شرعية، كما لو قال: ملكه هذا، فإنه يريد نقل ملكه إليه بلفظ شرعي يفيد به أي. لفظ أدى معناه وإن لم يكن بلفظ التملك. وهذا أولى.

إذا تقرر ذلك فالمهر لا يخلو: إما أن يكون عينا أو ديناً. فإن كان ديناً صح عفوها عنه بلفظ العمو والإبراء والهبة والترك والإسقاط، لإفادة كل واحد من هذه الألفاظ المعنى المراد، وهو إسقاط حقها عما في ذمته. وإن كان عينا، فإن كان في يده تأذى بلفظ التملك والهبة والعمو على قول، ولا يصح بلفظ الإبراء والإسقاط والترك قطعاً، لأن الألفاظ الثلاثة ظاهرة في إسقاط ما في الذمة. وكذا إن كان في

(١) المبسوط ٤: ٣٠٦ - ٣٠٧.

(٢) في "ش": ليتناول.

(٣) في ص: ٢٦٣.

(٤) في الحجريتين: النقل.

وكذا لو عفا الذي بيده عقدة النكاح، وهو الولي، كالأب أو الجد للأب. وقيل: أو من توليه المرأة عقدها.

يدها، إلا أنهما يفترقان في اشتراط القبض في الثاني دون الأول. ولا بد من القبول على التقديرين إذا كان عينا. وسيأتي (١) حكم ما لو عفا الزوج. قوله: " وكذا لو عفا.... الخ "

اتفق العلماء على أن الذي بيده عقدة النكاح له أن يعفو عن المهر في الجملة، لقوله تعالى: " إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح " (٢). واختلفوا فيه من هو؟ فذهب أصحابنا وجماعة (٣) من العامة إلى أنه ولي المرأة، كالأب والجد له، وذهب آخرون (٤) إلى أنه الزوج. ولكل واحد من الفريقين اعتبار من جهة الآية واستناد إلى الرواية.

واعتبار الأولين من الآية أنه صدرها بخطاب الأزواج فقال: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لمن فريضة فتصف ما فرضتم " (٥)، ثم قال تعالى: " إلا أن يعفون " وهو خطاب لغير الحاضر، والمراد به هنا النساء بغير خلاف، فكأنه قال: للزوج النصف مما فرض لها إذا طلقها قبل الدخول إلا أن تعفو عن النصف الباقي فيكون الكل للزوج، ثم قال: (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) فأتى به بلفظ الغيبة، فناسب كون المعطوف عليه هو الغائب، إذ لو أراد به الأزواج لما عدل من المخاطبة إلى المغايبية، بل قال: إلا أن يعفون أو تعفوا أنتم. ولأن العفو حقيقة في الاسقاط لا التزام ما سقط بالطلاق، إذ لا يسمى ذلك عفوا.

ولأن إقامة الظاهر مقام المضمحل مع الاستغناء بالمضمر خلاف الأصل " ولو

(١) في ص: ٢٧٠ - ٢٧٢.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) الاشراف على مذاهب العلماء ٤: ٦٣، الحاوي الكبير ٩: ٥١٣، المبسوط للسرخسي ٦: ٦٣،

المغني لابن قدامة ٨: ٧٠.

(٤) تقدم أنفا تحت رقم ٣.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

أريد الأزواج لقييل: أو تعفو عما استحق لكم.
ولأن المفهوم من قولنا " بيده كذا " تصرفه، والزوج لا يتصرف في عقدة
النكاح، وإنما كان تصرفه في الوطاء، وإنما يتصرف في العقد الولي.
ولأن المسند إليهن العفو أولاً الرشيدات، فيجب ذكر غير الرشيدات لتستوفى
القسمة.

ولأن قوله تعالى: * (إلا أن يعفون) * استثناء من الاثبات فيكون نفيًا، وحمله
على الولي يقتضي ذلك، ففيه طرد لقاعدة الاستثناء. ولو حمل على الزوج لكان
إثباتًا، فيستثنى من الاثبات اثبات، وهو خلاف القاعدة.
ولأن قضية العطف التشريك، وعلى ما قلناه يشترك المعطوف والمعطوف
عليه في النفي، ولو أريد الزوج لكان إثباتًا، فلا يقع الاشتراك.
وفي كل واحد من هذه الوجوه نظر:
أما الأول فلأن العدول من المخاطبة إلى المغايبه والمخبر عنه واحد جاء في
فصيح اللغة، وهو فن من فنون البلاغة يسمونه الالتفات، ومنه قوله تعالى: * (حتى
إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة) * (١).
وأما الثاني فالعفو كما يطلق على الاسقاط يطلق على الاعطاء، كما أشرنا إليه
سابقاً (٢). ومن الأول قوله تعالى: * (والعافين عن الناس) * (٣) أي: التاركين ما لهم
عندهم من مظلمة. ومن الثاني قوله تعالى: (يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو) (٤)
أي: الفضل من الأموال الذي يسهل إعطاؤه، وقوله تعالى: (خذ العفو) (٥) أي: خذ

(١) يونس: ٢٢.

(٢) في ص: ٢٦١.

(٣) آل عمران: ١٣٤.

(٤) البقرة: ٢١٩.

(٥) الأعراف: ١٩٩.

واحتج من جعل (الذي بيده عقدة النكاح) الزوج من الآية بأن عقدة النكاح بيد الزوج حقيقة لا بيد ولي الزوجة، لما تقرر من أن من بيده العقدة يقدر على حلها وعقدها، وهذا لا يكون لغير الزوج. وبأنه تعالى ذكر عفوها الموجب لخلوص الجميع له، ثم عقبه بعفوه الموجب لخلوص الجميع لها، وذلك يوجب المطابقة بين العفوين وتحققه من الجانبين، بخلاف ما إذا جعلناه وليها، فإنه يكون قد أهمل ذكر عفو الزوج رأسا. وبأنه تعالى قال بعد ذلك: (وأن تعفو أقرب للتقوى) وهو يدل على دخول الزوج في العفو من وجهين: أحدهما: وقوعه بصيغة الخطاب المطابق لخطاب الأزواج سابقا كما زعموه في دليلهم السابق (١)، والزوجات وردت بصيغة الغائب. والثاني: جعله العفو أقرب للتقوى، وعفو الولي لا يوصف بذلك، لأنه إسقاط لمال غيره، وغاية تكلفه أنه يقع جازيا لا موجبا للتقوى، بخلاف عفو الزوجين. والمناسب كون ذلك خطابا للزوجين، وتقديره: وعفو بعضكم عن بعض أقرب للتقوى. وهذا واضح. والالتفات من صيغة الغيبة إلى الخطاب على تقدير إرادة كل من الأزواج والزوجات حسن أيضا على حد " إياك نعبد " بعد قوله " الحمد لله..... الخ ".

وبأن العفو بجانب المستحق أولى منه بجانب الولي، لأنه منصوب لمصلحة المولى عليه وحفظ ما له لا لاسقاط حقه. والحق أن الآية محتملة للقولين، وإثبات الحكم بمجرد الاحتمال غير مناسب. والنقض مسلط على الأدلة من الجانبين، خصوصا حكم عفو الولي، فإنه مخالف

(١) لاحظته في ص: ٢٦٢.

للأصل والقياس، فلا يصح إثباته بمجرد اللفظ المحتمل إن لم يكن مرجوحاً من جانبه. والأولى الرجوع في تفسيره إلى دليل من خارج. وقد اختلفت الروايات أيضاً فيه بما يوافق القولين، وأصحها عندنا ما دل على الأول. فمنها: رواية عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: "الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها" (١) ورواية رفاعة في الصحيح قال: "سألت الصادق عليه السلام عن الذي بيده عقدة النكاح، فقال: الولي الذي يأخذ بعضاً ويترك بعضاً، وليس له أن يدع كله" (٢) وهذا يدل على ما اختاره المصنف من القولين. وهو مذهب أكثر أصحابنا، ومنهم الشيخ في الخلاف (٣) مدعياً فيه الاجماع.

والقول الثاني بتعديته إلى من توليه عقدها قول الشيخ أيضاً في النهاية (٤) وتلميذه القاضي (٥). ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم وأبي بصير قال: "سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذي بيده عقدة النكاح، قال: هو الأب، والأخ، والموصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فيبيع لها ويشترى. قال: فأبي هؤلاء عفا فغفوه جائز في المهر إذا عفا عنه" (٦). ومثله رواية أبي بصير (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام، إلا أنه لم يقيد من يجوز أمره في مالها بالقرابة. لكن هاتان الروايتان لا يقتصر فيهما على الولي والوكيل، بل يتعدى إلى الوصي، ويدل على جواز تزويجه

(١) التهذيب ٧: ٣٩٢ ح ١٥٧٠، الوسائل ١٤: ٢١٢ ب (٨) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٢.

(٢) التهذيب ٧: ٣٩٢ ح ١٥٧٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

(٣) الخلاف ٤: ٣٨٩ مسألة (٣٤).

(٤) النهاية: ٤٦٨.

(٥) المهذب ٢: ١٩٦.

(٦) التهذيب ٧: ٤٨٤ ح ١٩٤٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

(٧) التهذيب ٧: ٣٩٣ ح ١٥٧٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

المولى عليها وعفوه. وقد تقدم (١) الكلام في ولايته في بابها. وإدخاله الأخ في الرواية محمول على كونه وكيلا، كما حملة الشيخ، أو وصيا، ويكون تخصيصه على التقديرين تخصيصا مع تعميم، لأن الأخ لا ولاية له عندنا، فلا بد من حملة على أحد الأمرين.

وهذا القول متجه لصحة روايته، إلا أن الاقتصار بالعفو المخالف للأصل على الأب والجد أولى، وقوفا على موضع الوفاق، ولأن الوكيل ليس بيده عقدة النكاح حقيقة ولا أصالة، ومع ذلك فيده يد الموكل، فيده بالذات مرفوعة.

واعلم أن الشيخ عبر في النهاية (٢) عن الوكيل بقوله: "أو وكلته في أمرها" تبعا للرواية، والمصنف عدل عنه إلى قوله: "توليه المرأة عقدها" وهو أجود، لأن الوكيل في أمرها من البيع والشراء لا يسوغ له العفو عن المهر، لعدم دخوله في متعلق ولايته. والرواية وإن كان ظاهرها ذلك إلا أنها محمولة على الوكيل على العموم بحيث تدخل فيه وكالة العقد.

واعلم أيضا أن العلامة في المختلف (٣) اختار اختصاصه بالولي دون الوكيل كما ذكره المصنف، محتجا بأن رواية أبي بصير المتضمنة لادخال الوكيل مرسله. وهو يدل على حصره الدلالة في الرواية الثانية، وقد عرفت أن الأولى من روايته ورواية محمد بن مسلم تدل عليه، وهي صحيحة السند، ذكرها الشيخ في زوائد النكاح من التهذيب (٤)، وذكر الباقي (٥) في باب الأولياء، فلم يتفطن إليهما من لم يحتج بهما.

(١) في ج ٧: ١٤٨.

(٢) النهاية: ٤٦٨.

(٣) مختلف الشيعة: ٥٣٨.

(٤) التهذيب ٧: ٤٨٤ ح ١٩٤٦، و ٣٩٢ ح ١٥٧٠.

(٥) التهذيب ٧: ٤٨٤ ح ١٩٤٦، و ٣٩٢ ح ١٥٧٠.

ويجوز للأب والجد للأب أن يعفو عن البعض، وليس لهما العفو عن الكل.

ولا يجوز لولي الزوج أن يعفو عن حقه إن حصل الطلاق، لأنه منصوب لمصلحته، ولا غبطة له في العفو.

قوله: " ويجوز للأب..... (الخ).

الوجه في اختصاصه بالبعض - مع إطلاق تسويغ عفو في الآية، وجواز عفو المعطوف عليه وهو المرأة مطلقا - ما تقدم (١) في صحيحة رفاة الدالة صريحا على عدم جواز عفو عن الجميع، فكانت مقيدة لما أطلق في الآية. ولا فرق مع إبقاء بعضه بين القليل والكثير، لتحقق الامتثال بالجميع. وإطلاق الآية والرواية يقتضي عدم الفرق في جواز عفو بين كونه مصلحة للمولى عليه وعدمه. نعم، يشترط كونه بعد الطلاق الواقع قبل الدخول، وقوفا فيما خالف الأصل على موضع الدلالة. قوله: " ولا يجوز لولي الزوج..... (الخ).

لما كان العفو من غير مالك المال بغير إذن المالك على خلاف الأصل وجب الاقتصار فيه على مورد الإذن وهو ولي المرأة فلا يجوز لولي الزوج العفو عن حقه ولا عن شيء منه، لأنه لا غبطة له في ذلك، وتصرف الولي مقصور على المصلحة. وإنما خرج عنه ولي المرأة بالنص الخاص، ومن ثم منع بعضهم من عفوهم لذلك. وتتصور الولاية على الزوج مع وقوع طلاقه مولى عليه فيما إذا بلغ فاسد العقل، فإن للولي أن يطلق عنه مع المصلحة كما سيأتي (٢)، بخلاف الصبي. ولو فسرنا من بيده عقدة النكاح بما يشمل الوكيل دخل وكييل الزوج في الحكم المذكور هنا أيضا كما يدخل وليه.

(١) في ص: ٢٦٧، هامش (٢).

(٢) في الركن الأول من كتاب الطلاق.

وإذا عفت عن نصفها أو عفا الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو، لأنه هبة فلا ينتقل إلا بالقبض. نعم، لو كان ديناً على الزوج، أو تلف في يد الزوجة، كفى العفو عن الضامن له، لأنه يكون إبراءً، ولا يفترق إلى القبول على الأصح. أما الذي عليه المال فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه.

قوله: " وإذا عفت عن نصفها.... الخ "

فيه بذلك على أن العفو الموجب لبراءة كل من الزوجين من حق الآخر ليس المراد منه كونه سبباً تاماً بمجردة في نقل الملك أو البراءة منه، بل المراد كونه سبباً في ذلك أعم من كونه تاماً أو ناقصاً أو متوقفاً على شرط آخر، وإن كان قد أطلق في الآية (١) كون العفو موجباً لسقوط الحق أو نقله، لأن إطلاقه كذلك لا ينافي اعتبار أمر آخر. وهذا كما يقال: هذا الملك الفلاني لك أن تبيعه أو تملكه ونحو ذلك، فإنه لا يدل على أن البيع والتملك بأي وجه وقعاً يوجبان نقل ملكه عنه، بل مع مراعاة ما يعتبر في نقل الملك بهما.

إذا تقرر ذلك فنقول: المهر إما أن يكون عيناً، أو ديناً. وعلى الأول: إما أن يكون في يدها، أو في يده. والثاني إما أن يكون في ذمتها - بأن يكون قد قبضته وتلف في يدها - أو في ذمته. وعلى التقادير الأربعة: إما أن يكون العافي الزوج، أو الزوجة، ومن يقوم مقامهما في معناهما. فتحقيق حكم الملك وانتقاله وسقوطه عن الذمة يتم بثمان صور:

الأولى: أن يكون ديناً في ذمة الزوج والعافي المرأة، فتحصل براءة ذمته بمجرد عفوها، لأن العفو حينئذ منزل منزلة الإبراء، فلا يشترط فيه سوى اللفظ

(١) البقرة: ٢٣٧.

الدال عليه، وإن لا يقبل من عليه الحق على الأقوى. وقد تقدم (١) تحقيقه في باب الهبة. ويصح ذلك بلفظ العفو والابراء والاسقاط والتك والهبة والتملك، لاشتراك الجميع في الدلالة عليه.

الثانية: الصورة بحالها ويكون عينا في يده، فلا يكفي مجرد العفو، لأن ذلك بمنزلة الهبة لعين، بل لا بد من لفظ يدل عليها، كلفظ الهبة والتملك أو العفو على قول قوي، لا الابراء والاسقاط وما شاكلهما. ويشترط أيضا قبول المتهم. ولا يشترط قبض جديد، لأنه مقبوض بيده بالفعل. وتلحقه حينئذ أحكام الهبة من اللزوم والجواز على ما سبق تفصيله (٢).

الثالثة: الصورة بحالها بأن كان عينا في يده لكن كان هو العافي عن حقه، فيشترط فيه ما اشترط في السابقة من الايجاب والقبول. ويزيد اشتراط إقباضها إياه، لأنه خارج عن يدها.

الرابعة: الصورة بحالها بأن كان هو العافي ولكن كان دينا في ذمته. ولا ينتقل بالابراء وما في معناه قطعا، لاختصاصه بالدين في ذمة المعفو عنه لا العافي. وينتقل بلفظ الهبة لكن بشرط التسليم. وكذا بلفظ العفو على ما يظهر من المصنف وغيره (٣)، وهو أحد الوجهين، لتناول الآية له.

وظاهر العبارة كغيره أنه لو حصل العفو والتسليم كفي في نقل الملك. ويشكل بأن غاية العفو إلحاقه بلفظ الهبة، فلا بد من القبول. وأيضا فشرط الموهوب أن يكون عينا أو دينا في ذمة المتهم لينزل منزلة الابراء، وكلاهما منتف هنا.

(١) في ج ٦ : ١٥ .

(٢) في ج ٦ : ٣٢ .

(٣) راجع المبسوط ٤ : ٣٠٦ ، القواعد ٢ : ٤٢ .

والأظهر اشتراط تمييزه بعينه أولا ثم إيقاع صيغة الهبة والقبول بعدها والقبض. هذا إذا وقع بصيغة الهبة أو التملك. وإن وقع بلفظ العفو احتتمل الاجتزاء به. وإن كان دينا لم يفتقر إلى تعيينه وتسليمه بعد ذلك، عملا بإطلاق الآية. والوجه اشتراط القبول أيضا، تنزيلا للعفو منزلة الهبة وإن زاد عنها بوروده على الدين. الخامسة: أن يكون دينا في ذمتها، وتكون هي العافية عنه. والحكم فيه كالسابقة. والأقوى افتقاره إلى العقد بعد التعيين فيهما. لأن ذلك مقتضى الهبة، ولا وجه هنا سواها. وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط (١)، وإن كان مقتضى قول المصنف: "أما الذي عليه المال فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه" الاجتزاء بالتسليم مع العفو وما في معناه. ولأن العفو غايته هنا قيامه مقام الهبة، وهي لا تصح على الدين، فما قام مقامها أولى. وقد تقدم (٢) أن المراد بالعفو في هذا المقام ما يشمل نقل العين وإسقاط الحق لا نفس لفظه. السادسة: الصورة بحالها، وهو كونه دينا في ذمتها، لكن العافي هو الزوج. وهنا ينزل منزلة الأبراء كما مر في نظيره (٣). ويصح بجميع الألفاظ الستة. ولا يفتقر إلى القبول على الأقوى. السابعة: أن يكون عينا في يدها، وهي العافية أيضا فيشترط فيه ما يشترط في الهبة من العقد والاقباض. الثامنة: الصورة بحالها، والعافي الزوج، فيشترط فيه عقد الهبة. ولا يشترط تجديد الأقباض، لحصوله في يدها. واشترط الشيخ (٤) مضي مدة يمكن فيها

(١) المبسوط ٤: ٣٠٧.

(٢) في ص: ٢٦١.

(٣) وهي الصورة الأولى في ص: ٢٧٠.

(٤) المبسوط ٤: ٣٠٧ - ٣٠٨.

الرابعة عشرة: لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع.
فلو امتنعت
وحل هل لها أن تمتنع؟ قيل: نعم. وقيل: لا، لاستقرار وجوب التسليم
قبل الحلول. وهو أشبه.

قبض من هي في يده. والأقوى عدم اشتراطه. وقد تقدم (١) البحث فيه في
بابه

والقول في الاجتزاء في هاتين الصورتين بالعفو وقيامه مقام التملك ما
تقدم (٢) من الوجهين. وفي الاجتزاء به قوة، لما عرفت من وقوعه لغة بمعنى العطاء
وبمعنى الاسقاط، فهو حقيقة في كل منهما، وقرينة المقام في كل محل منهما تعين حمله
على ما يناسبه من المعنى، مضافا إلى ظاهر الاجتزاء به في الآية.
قوله: " لو كان المهر مؤجلا..... الخ "

هذه المسألة شعبة من مسألة جواز امتناع المرأة من تسليم نفسها قبل
قبض المهر. وقد تقدم (٣) البحث فيها، وكان ذكرها عندها أولى. ولا خلاف في
عدم جواز امتناعها قبل الحلول إذا كان مؤجلا، لعدم استحقاقها المطالبة به
حينئذ مع استحقاقه البضع حالا. لكن لو امتنعت وفعلت محرما وحل الأجل
فهل لها الامتناع حينئذ؟ الأظهر عدمه، لما أشار إليه المصنف من استقرار
وجوب التسليم قبل الحلول. والقول بجواز امتناعها حينئذ للشيخ في النهاية (٤)،
حيث أطلق جواز امتناعها حتى قبض المهر الشامل لمحل النزاع. أما بخصوص
المسألة فلا نعلم به قائلًا، ولا ذكره أحد ممن تعرض لنقل الأقوال. وقد سبق
البحث في ذلك.

(١) في ج ٦: ٢٢.

(٢) في ص: ٢٦١.

(٣) في ص: ١٩١.

(٤) النهاية: ٤٧٥.

الخامسة عشرة: لو أصدقها قطعة من فضة فصاغتها آنية ثم طلقها قبل الدخول كانت بالخيار في تسليم نصف العين أو نصف القيمة، لأنه لا يجب عليها بذل الصفة. ولو كان الصداق ثوبا فخاطته قميصا لم يجب على الزوج أخذه، وكان له إلزامها بنصف القيمة، لأن الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له، وليس كذلك الثوب.

قوله: " لو أصدقها قطعة..... الخ "

هذه المسألة من فروع زيادة العين في يدها، فإن الصنعة زيادة صفة، وهي في معنى الزيادة المتصلة. وقد تقدم (١) أن المرأة لا تجبر على دفعها كذلك، لمكان الزيادة. بل تتخير بين دفعها متبرعة بالزيادة وبين دفع القيمة. هذا إذا أمكن إعادة العين إلى أصلها كالفضة. أما لو لم يمكن أصلا كالخشب يعمل ألواحاً، أو أمكن بنقص في القيمة كالثوب يفصل قميصاً، فهو زيادة من وجه ونقص من آخر، فلا يجبر كل منهما على أخذ العين. وقد أشار المصنف إلى الفرق بين الأمرين بأن الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له، فهي زيادة محضة، وليس كذلك الثوب إذا فصلته وخاطته قميصاً. ويستفاد من الفرق أنها فصلت الثوب أيضاً وإن كان قد اقتصر على ذكر الخياطة، لأن الخياطة بمجرد زيادة أيضاً لا توجب النقصان غالباً، وإنما أوجبه التفصيل. واعلم أن المصنف مثل بصياغة الفضة آنية تبعا للشيخ في المبسوط (٢). وليس بجيد على مذهبهما (٣)، لأنهما لا يجوزان اتخاذ الآنية من الفضة، سواء اتخذها للاستعمال أم لا، فيكون عملها آنية غير محترم، فله أخذ العين، لأن الصياغة على

(١) في ص: ٢٣١.

(٢) المبسوط ٤: ٣٢٠.

(٣) لاحظهما في ج ١: ١٣٢، والمبسوط ١: ١٣ و ٣: ٦١.

السادسة عشرة: لو أصدقها تعليم سورة كان حده أن تستقل بالتلاوة، ولا يكفي تتبعها نطقه. نعم، لو استقلت بتلاوة الآية ثم لقنها غيرها فنسيت الأولى لم يجب عليه إعادة التعليم. ولو استفادت ذلك من غيره كان لها أجره التعليم، كما لو تزوجها بشئ وتعذر عليه تسليمه.

الوجه المحرم لا قيمة لها شرعا. وقد ذكر المصنف (١) وغيره (٢) أن الغاصب لا يضمن قيمة الصياغة المحرمة إذا كسرهما، فالزوج هنا أولى. نعم، هذا يجري على قول من جوز اتخاذ الآنية لغير الاستعمال كابن إدريس (٣). ولو مثل المصنف بعملها حليا كان حسنا.

قوله: " لو أصدقها تعليم سورة... الخ ".
قد تقدم (٤) جواز جعل تعليم القرآن مهرا وجملة من أحكامه، وذكر هنا منه مسألتين:

إحدهما: بيان ما يصدق به التعليم. وحده أن تستقل بتلاوته صحيحا بغير مرشد، فلا يكفي تتبعها لنطقه، لأن ذلك لا يعد تعلمًا عرفا. ثم المعتبر استقلالها بجملة منها يصدق عليها عرفا اسم التعلم للقرآن، فلا يكفي استقلالها بنحو الكلمة والكلمتين قطعاً، لأن ذلك لا يعد تعلمًا. ويظهر من المصنف وجماعة (٥) الاكتفاء بالآية، فلو استقلت بها برئت ذمته منها، فلو اشتغلت بغيرها فنسيتها لم يجب عليه إعادة التعليم. واعتبر بعضهم (٦) ثلاث آيات مراعاة لما

(١) الشرايع ٣: ٢٤٠.

(٢) راجع المبسوط ٣: ٦١، السرائر ٢: ٤٨٧، الارشاد ١: ٤٤٦.

(٣) يظهر ذلك من تحريمه الاستعمال فقط من دون تعرض للاتخاذ، أنظر السرائر ٣: ١٢٣.

(٤) في ص ج ١٨٠.

(٥) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ٢٧٤.

(٦) راجع إيضاح الفوائد ٣: ١٩٥ - ١٩٦.

يحصل به الاعجاز، وأقله (١) سورة قصيرة تشتمل على ثلاث آيات كالكوثر. والأجود الرجوع إلى العرف، لعدم تقديره شرعا. وكون الاعجاز يتعلق بثلاث آيات لا يستلزم نفي التعليم عما دونها. ولأن الآيات تختلف بالطول والقصر، ففيها ما يزيد على ثلاث آيات قصيرة ويحصل بها الاعجاز، وفيها ما لا يصدق معه التعلم عرفا كـ " مدهامتان " (٢) (وألقي السحرة ساجدين " (٣). ثم إن كان شرطها التعلم عن ظهر القلب اشترط ثبوته فيه وتكرره على وجه يصدق عليه اسم الحفظ عرفا، فلا يكفي قراءته عن ظهر القلب مرة ولا تكرار قدر يسير كذلك. وإن كان المراد التدرب على قراءته من المصحف اعتبر استقلالها به بنفسها كذلك. ثم إن كان العرف منضبطا حمل عليه وإلا وجب ضبطه على وجه يرفع الابهام. هذا إن كان المعقود عليه آيات متعددة " فلو كان آية أو آيتين فلا إشكال في الاكتفاء بالاستقلال به. الثانية: لو تعلمت السورة المعينة من غيره فعليه أجره مثل ذلك التعليم، لأنه عوض المهر حيث تعذر وفاؤه بعينه. ومثله ما لو مات أحدهما قبل التعليم وقد شرط تعليمها بنفسه، أو تعذر تعليمها لبلاذتها، أو أمكن بتكلف عظيم زيادة على المعتاد. ولا فرق مع تعلمها من غيره بين بذله لها التعليم وعدمه، لاشتراكهما في المقتضي. وليس هذا كوفاء دين الانسان بغير إذنه حيث حكم ببراءته منه، لأن تعليمه بنفسه لا يمكن إيفاؤه عنه بتعليم غيره، لأن ذلك غير التعليم المجعول مهرا، بخلاف الدين.

(١) في " ش " : وأفضله.

(٢) الرحمن: ٦٤.

(٣) الأعراف: ١٢٠.

السابعة عشرة: يجوز أن يجمع بين نكاح وبيع في عقد واحد، ويقسط العوض على الثمن ومهر المثل. ولو كان معها دينار فقالت: زوجتك نفسي وبعتك هذا الدينار بدينار، بطل البيع، لأنه ربا، وفسد المهر، وصح النكاح. أما لو اختلف الجنس صح الجميع.

قوله: "يجوز أن يجمع.... الخ".

نبه بذلك على خلاف بعض العامة (١) حيث منع من الجمع بين العقود المختلفة بعوض واحد، نظرا إلى جهالة ما يخص كل واحد من العوض. ومجوز ذلك ينظر إلى العلم بمقدار المجموع، ولا يعتبر معرفة ما يخص أجزاءه، كما لو باع أمتعة متعددة بثمن واحد مع الجهالة بما يقتضيه التقسيط لو وزع عليها، وإن احتيج إليه لتعدد المالك أو بتقدير ظهور بطلان البيع في بعضها. وكما يجوز الجمع بين البيع والنكاح يجوز إضافة غيرهما، كالإجارة وغيرها، ويوزع العوض المسمى على مهر مثل المرأة وثمن مثل المبيع وأجرة مثل العين المستأجرة، ونحو ذلك. فلو كان العوض مائة مثلا، وقيل مهر مثلها مائة، وثمن مثله خمسون، قسمت المائة بينهما أثلاثا، وهكذا. قوله: "ولو كان معها دينار.... الخ".

إذا تزوج امرأة واشترى منها دينارا بدينار فقد جمع بين نكاح وصرف بعوض واحد، فمن أبطل الجمع بين العقدين في السابق أبطلهما هنا، ومن صححهما كأصحابنا - اختلفوا هنا، فقال الشيخ في المبسوط: يبطل عقد الصداق والصرف، ويصح النكاح بغير مهر، فيثبت مهر المثل بالدخول (٢). واختاره المصنف.

(١) راجع المغني لابن قدامة ٨: ٨٦.

(٢) لاحظ المبسوط ٤: ٢٨٩.

ووجه فسادهما: باشتمال العقد على الربا، حيث إنه قد باع دينارا بدينار،
وضم إلى أحدهما النكاح، فتبطل المعاوضة. ولا يبطل النكاح، لأنه لا يتوقف على
ذكر العوض في العقد، كما علم غير مرة.

وفيه نظر، لأن الدينار في مقابلة الدينار والبضع، فيكون لكل منهما منه ما
يقتضيه التقسيط، كما هو شأن العقود المجتمعة في عقد واحد، واللازم من ذلك بطلان
الصرف خاصة وصحة النكاح بما يقتضيه تقسيط الدينار على مهر مثلها وعلى
الدينار. فلو فرض مهر مثلها دينارا كان ما يخص المهر منه نصف دينار، لاتفاقهما
على جعله في مقابلة دينارين، ويبطل البيع في نصف الدينار بالدينار الذي يقابله.
ولو فرض مهر مثلها عشرة دنانير قسم الدينار على أحد عشر جزءا، وكان المهر
عشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من الدينار، فيلزم فيه، وبطل البيع في جزء من
أحد عشر جزءا من دينار. ومثل هذا آت في كل مختلفين جمعا في عقد واحد
بعوض واحد. ولا يلزم من بطلان الربا بطلان الأمرين، لوجود المقتضي للصحة
وانتفاء المانع.

ولو اختلف الجنس بأن كان المنضم إليها درهما بالدينار صح الصرف
والنكاح، لانتفاء الربا حينئذ، لكن يعتبر التقابض في المجلس مراعاة لجانب
الصرف، فلو تفرقا قبله بطل فيما يقابل الدرهم من الدينار وصح فيما اقتضاه
المهر من التقسيط، لأن التقابض في المهر في المجلس غير معتبر. وذكر هاتين
المسألتين في هذا الباب وإن لم يكن من مسأله عندنا لأن العامة (١) عدوه من
مفسدات المهر.

(١) روضة الطالبين ٥: ٥٩١ - ٥٩٢.

فروع
الأول: لو أصدقها عبدا فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها
نصف قيمته. ولو دبرته (قيل) (١) كانت بالخيار في الرجوع والإقامة
على تدبيره. فإن رجعت أخذ نصفه، وإن أبت لم تجبر، وكان عليها
قيمة النصف.

قوله: " لو أصدقها عبدا..... الخ ".
لا إشكال في رجوعه إلى قيمة النصف على تقدير عتقها له قبل الطلاق،
لانتقاله عن ملكها انتقالا لازما، بل خروجه عن أهلية التملك، فنزل منزلة التالف،
فيلزمها قيمة نصفه.

وإنما الكلام فيما لو صادفها وقد دبرته، فإن التدبير ليس من الأسباب الناقلة
عن الملك قبل موت المدبر، ولا من اللازمة، وإنما هو بمنزلة الوصية بالعتق أو هو
وصية، فهو باق على ملكها بغير مانع، وقد وجدته الزوج فينتقل إلى ملكه، لعموم
قوله تعالى: " فنصف ما فرضتم " (٢). ولأن التدبير يبطل بزوال الملك اختيارا
فبالاضطراري أولى.

وقيل: ليس له الرجوع في العين إلا أن ترجع هي في التدبير، وهي مخيرة في
الرجوع فيه فتدفع نصف العين أو إبقائه فتدفع قيمة النصف، نظرا إلى أن التدبير
طاعة مقصودة قد تعلقت بالعبء فكانت كالزيادة المتصلة، فلا تجبر على دفع العين
بها. ولتعلق حق الحرية بالعين ولا عوض للعبء عنه، وللزوج عوض عنه، فيجمع
بين الحقين بتقديم الأول. والأصح الأول.

(١) لم ترد في النسخة الخطية المعتمدة.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

ولو دفعت نصف القيمة ثم رجعت في التدبير قيل كان له العود في العين، لأن القيمة أخذت لمكان الحيلولة. وفيه تردد منشؤه استقرار الملك بدفع القيمة.

قوله: (ولو دفعت نصف.... الخ ".

هذا متفرع على القول بسقوط حقه من العين لو لم ترجع في التدبير، فإذا دفعت إليه القيمة ثم رجعت هل يصح له الرجوع في العين إذا رد القيمة؟ قيل: نعم، لأن حقه في العين بالأصالة، لأنها المفروض، وإنما انتقل عنها إلى القيمة لمانع التدبير، فإذا زال المانع عاد إلى حقه، كما لو دفع الغاصب القيمة عن العين المغصوبة لتعذرهما ثم قدر عليها، فإن الدفع لم يقع على وجه المعاوضة، بل لمكان الحيلولة بينه وبين حقه، فإذا أمكن الوصول إلى حقه تعين.

والأقوى عدم الرجوع، لأن حقه بالطلاق يتعلق بالعين مع وجودها وعدم المانع من دفعها، وببديلها مع المانع، والفرض وجوده فيكون حقه في القيمة ويسقط من العين فيستصحب، كما لو وجدها قد باعته ثم عاد إلى ملكها بعد ذلك.

ويقوى الاشكال لو كان الرجوع بعد الطلاق وقبل دفع القيمة، من حيث إنه لم يقبض حقه حتى وجد عين ماله فيكون أحق به، ومن أن حقه وجب في القيمة حين الطلاق لوجود المانع فليس له نقله إلى غيرها. وقوى في المبسوط (١) تخييره هنا بين الرجوع إلى نصف العين أو نصف القيمة. وهذا كله بناء على أن التدبير يمنع من الرجوع في العين. والأقوى عدمه، فيسقط التفريع.

(١) المبسوط ٤: ٢٩٠.

الثاني: إذا زوجها الولي بدون مهر المثل قيل يبطل المهر ولها مهر المثل. وقيل: يصح المسمى. وهو أشبه.
الثالث: لو تزوجها على مال مشار إليه غير معلوم الوزن، فتلف قبل قبضه، فأبرأته منه، صح.

قوله: " إذا زوجها الولي..... الخ "

قد تقدم (١) البحث في هذه المسألة في باب الأولياء، وأن المختار صحة العقد ولزوم المسمى مع المصلحة، وثبوت الخيار لها فيه مع عدمها، فإن فسخت فلها مهر المثل مع الدخول كالمفوضة. والمصنف هنا اختار لزوم المسمى، وفي السابقة اختار أن لها الاعتراض فيه، بمعنى ثبوت الخيار.

ولو كان المولى عليه ذكرا وزوجه الولي بأكثر من مهر المثل فالأقوى وقوفه على الإجازة، كعقد الفضولي بالنسبة إلى المسمى. فإن أبطله ثبت مهر المثل كالسابق، ويتخير الآخر حينئذ في العقد. هذا إذا كان الصداق من مال الولد، فلو كان من مال الأب جاز، لأنه لا تخيير للولد حينئذ، وإن دخل في ملك الولد ضمنا.
قوله: " لو تزوجها على مال..... الخ "

المشهور بين أصحابنا جواز الإبراء من المجهول، لأنه إسقاط ما في الذمة لا معاوضة، فلا يعتبر فيه ما يعتبر فيها من المعاينة (٢). ومثله هبة المجهول الذي لا تمنع جهالته من تسليمه. وتردد الشيخ في المبسوط (٣)، ثم قوى الجواز لكن بشرط كون ما في الذمة مجهولا للمستحق ومن عليه الحق، فلو كان من عليه الحق عالما بقدره والمستحق غير عالم، بحيث لو علم منه ما يعلمه المديون لما أقدم على البراءة، لم

(١) في ج ٧: ١٥٤.

(٢) في "و": المغابنة.

(٣) راجع المبسوط ٤: ٣١٢، ولم نجد التفصيل فيه.

وكذا لو تزوجها بمهر فاسد، فاستقر لها مهر المثل، فأبرأتها منه أو من بعضه، صح ولو لم تعلم كميتها، لأنه إسقاط للحق فلم تقدر فيه الجهالة. ولو أبرأتها من مهر المثل قبل الدخول لم يصح، لعدم الاستحقاق.

يصح.

إذا تقرر ذلك فيتفرع عليه ما لو تزوجها على مهر غير معلوم القدر مع كونه مشاهدا ليصح جعله مهرا، فتلف قبل قبضه، فلا وسيلة إلى التخلص منه إلا بالصلح أو الإبراء منه إن اختارته. فعلى المختار من جواز الإبراء من المجهول يصح هنا، وإلا انحصر التخلص في الصلح. ولا فرق في هذه الصورة بين كون الإبراء قبل الدخول وبعده، لوجوب المهر بالعقد، والجهل بمقداره لا يمنع من ذلك. وكذا يجوز لها هبته إياه لو كانت عينه باقية على الأقوى. ولو طلقها قبل الدخول فالبحث في التخلص من النصف بالإبراء أو الصلح كالجميع.

قوله: " وكذا لو تزوجها..... الخ "

نبه بقوله: " فاستقر لها مهر المثل " على أن وجوب مهر المثل في العقد على مهر فاسد كالمجهول وما لا يملك لا يحصل بالعقد بل بالدخول، وقد صرح (١) به سابقا، فلا فرق في وجوب مهر المثل بين كون سببه ذلك أو بالتفويض، فقبل الدخول لا يكون لها في ذمة الزوج شيء. فلو أبرأتها من مهر المثل حيث يكون هو الواجب، فإن كان قبل الدخول لم يصح مطلقا، لأنه حينئذ إبراء مما لم يجب. ولا فرق في ذلك بين المفوضة وغيرها، فلذا أطلق قوله: " ولو أبرأتها من مهر المثل قبل الدخول لم يصح " الشامل للمفوضة ومن مهرها فاسد بعد أن أشار إلى القسم الثاني سابقا بقوله: " فاستقر " .

(١) في ص: ١٦٢.

وإن أبرأته منه أو من بعض منه مشاع كنصفه وثلثه بعد الدخول صح وإن لم يعلم كميته، بناء على ما سلف من جواز البراء من المجهول. ولو أبرأته من مقدار منه معين كعشرة دنانير مع جهلها بمجموعه صح أيضا، وهو جار على القولين إذا علمت اشتمال مهر المثل عليه فصاعدا. ويحتمل قويا عدم اشتراط ذلك، بل إن اتفق كونه بقدرها وأزيد صح البراء مما عينت، وإن كان أنقص لغا البراء من الزايد. ومثله ما لو كان مهرها معينا في العقد لكن نسيت مقداره. وكذا غير المهر.

واعلم أن الشيخ في المبسوط (١) أطلق القول بكون المهر الفاسد يوجب مهر المثل بالعقد، وأنه لو طلق قبل الدخول لزمه نصفه، وخص وجوبه بالدخول بالمفوضة، وفرع عليه جواز إبرائها له من مهر المثل من غير تقييد بالدخول، وقيده في المفوضة خاصة. والمصنف أطلق اشتراط الدخول بما يشمل الأمرين. وهو جيد على مذهبه. وكذلك صنع العلامة في التحرير (٢). وأما في القواعد (٣) فجمع بين عبارة الشيخ في الأولى وعبارة المصنف، فأطلق الحكم بصحة البراءة من مهر المثل في الممهورة فاسدا من غير تقييد بالدخول، ثم أطلق القول بأنها لو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول لم يصح، فجاءت العبارة متدافعة ظاهرا محتاجة إلى التنقيح، بحمل الأولى على وقوع البراء بعد الدخول ليوافق مذهبه في التحرير، أو تخصيص الثانية بالمفوضة ليوافق مذهب الشيخ.

(١) لاحظ المبسوط ٤: ٢٧٦، ٣١٢.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٣٩.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٣.

تتمة

إذا زوج ولده الصغير، فإن كان له مال فالمهر على الولد، وإن كان فقيراً فالمهر في عهدة الوالد. ولو مات الوالد أخرج المهر من أصل تركته، سواء بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك.

قوله: " إذا زوج ولده..... الخ "

هذا هو المشهور بين علمائنا لا نعلم فيه مخالفاً. وأخبارهم الصحيحة دالة عليه، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: " سألت عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات، من أين يحسب الصداق، من جملة المال أو من حصتهما؟ قال: من جميع المال، إنما هو بمنزلة الدين " (١).
وصحيحة (٢) الفضل بن عبد الملك قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير، قال: لا بأس. قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا. قلت: علي من الصداق؟ قال: علي الأب إن كان ضمنه لهم، وإن لم يكن ضمنه فهو علي الغلام، إلا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له وإن لم يكن ضمن " (٣). وموثقة عبيد بن زرارة قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير، قال: إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن " (٤).

- (١) الكافي ٥: ٤٠٠ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٨٩ ح ١٥٥٧ و ٩: ١٦٩ ح ٦٨٧، الوسائل ١٥: ٣٩ ب (٢٨) من أبواب المهور، ح ٣.
(٢) في هامش " و " : " الحديث الثاني وصفه في التذكرة بالصحة. وعندني فيه نظر، لأن في طريقه أبان وعلي بن الحكم، وفيهما بحث تقدم ذكره في هذا الكتاب. منه قدس سره " . لاحظ التذكرة ٢: ٦٠٨.
(٣) الكافي ٥: ٤٠٠ ح ١، التهذيب ٧: ٣٨٩ ح ١٥٥٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
(٤) الكافي ٥: ٤٠٠ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٨٩ ح ١٥٥٨، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

واستثنى في التذكرة (١) من الحكم بضمن الأب له على تقدير فقر الابن ما لو صرح الأب بنفي الضمان، فإنه لا يضمن. وحمل قوله في الرواية: "أو لم يضمن" على عدم اشتراط الضمان لا على اشتراط عدمه.

ولا يخلو من اشكال، لأن النص والفتوى متناول لما استثناءه، وحمله على غيره يحتاج إلى دليل نقلي يعارضه حتى يوجب حمله على ذلك. ولأن الصبي لا يحتاج إلى النكاح، فلاحظ له في التزام المهر في ذمته مع الاعسار عنه. وتزويج الولي له غير متوقف على وجود المصلحة، بل على انتفاء المفسدة. ولو قيد ذلك بما إذا كان في الزام الصبي بالمهر مصلحة له - بأن كانت الزوجة مناسبة له، وخاف فوتها بدون ذلك ونحوه - قرب من الصواب، إلا أن تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من اشكال.

ولو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعض لزمه منه بنسبة ما يملكه، ولزم الأب الباقي.

وإطلاق النصوص والفتاوى يقتضي عدم الفرق في مال الصبي بين كونه مما يصرف في الدين على تقديره وغيره، فيشمل ما لو كان له دار سكنى ودابة ركوب ونحو ذلك.

ووجه الاطلاق: أن الحكم بوجوب المهر في ذمته حينئذ لا يقتضي صرف ماله المذكور في الدين، وإنما تضمن ثبوته في ذمته على هذا الوجه، ويبقى الحكم بوفاء الدين من هذه الأشياء أمرا آخر. ومقتضى القواعد الشرعية أن لا يوفى منها وإن طلبته الزوجة، ويبقى في ذمة الولد إلى أن يقدر على الوفاء جمعا بين الأصلين. إذا تقرر ذلك فنقول: كل موضع لا يضمن الأب المهر فيه لو أدى تبرعا لم

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٩.

فلو دفع الأب المهر وبلغ الصبي فطلق قبل الدخول استعاد الولد النصف دون الوالد، لأن ذلك يجري مجرى الهبة له.

يرجع، كما لو أداه الأجنبي. ولو ضمنه صريحا تعلق المهر بدمته، فلو أدى بعد ذلك هل يرجع به أم لا؟ اختلف كلام العلامة في التذكرة، ففي موضع منها جوز رجوعه إذا قصد بالضمان الرجوع، محتجا بأن قصد الرجوع هنا يجري مجرى إذن المضمون عنه في الضمان (١)، وفي موضع آخر قطع بعدم الرجوع، محتجا بأنه أدى مالا وجب عليه بالشرع (٢).

وفي الفرق بين ضمانه كذلك وأدائه له ابتداء نظر، لأنه بالنظر إلى الطفل متبرع في الموضوعين، وبالنظر إلى كونه وليا منصوبا للنظر ورعاية المصلحة للابن ينبغي عدم الضمان في الموضوعين إذا أدى وضمن بطريق الولاية على قصد الرجوع على الطفل. ويتجه على هذا أن يتقيد بكون ذلك مصلحة للطفل، فإن مطلق وفاء الدين عن المعسر وانتقاله من مستحق إلى آخر لا يكون مصلحة مطلقا، بل قد يكون، كما لو كان المستحق الثاني أسهل من الأول وأرفق بالمديون، وقد ينعكس. فإذا انضم إلى كون الأداء والضمان مصلحة للطفل قصد الرجوع عليه اتجه جوازه، وإلا فلا. واعلم أن النصوص والفتوى مورد هما الأب إذا زوج ولده الصغير. وفي تعدي الحكم إلى الجد له وإن علا وجهان، من أنه في معنى الأب، أو هو أب حقيقة، ولهذا كانت ولايته عليه أقوى من ولاية الأب، ومن منع كونه أبا حقيقة، ولهذا صح سلبه عنه، فيقال: ما هو أبوه بل جده، ومطلق الاستعمال أعم من الحقيقة. والوجه الاقتصار في الحكم المخالف للأصل على موضع اليقين وهو الأب. قوله: " فلو دفع الأب... الخ "

إذا دفع الأب المهر عن الصغير مع يسار الولد تبرعا، أو مع إعساره لكونه ضامنا، ثم بلغ الصبي وطلق قبل الدخول، زال ملك المرأة عن نصفه. وهل يعود إلى

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٩.

الأب أو إلى الابن؟ الأقوى الثاني - وهو الذي قطع به المصنف وإن تردد فيه بعد (١) ذلك - لأن المرأة ملكته بقبضها إياه منه، سواء كان قد لزمه من قبل أم لا، ومن ثم كان النماء لها. وخروج النصف بالطلاق ثابت للزوج بالنص، لا مبطل لملكها السابق حتى يقال إنه يعود إلى مالكه، وإنما ملكه الابن بالطلاق عن غير أبيه، فأشبهه ما لو وهبه الأب لأجنبي ثم وهبه الأجنبي للابن. وقول المصنف: "لأن ذلك يجري مجرى الهبة له" يحتمل أن يريد به ما ذكرناه من أنه يجري مجرى هبة المرأة للابن، لأن الملك إنما انتقل عنها. وأن يريد به أن دفع الأب المهر عن الولد يجري مجرى هبته إياه، فلا يعود إلى ملك الأب، لأن الأب لا يرجع في هبة ولده. وعلى التقديرين فالتشبيه تقريب لا حاجة في الحكم إليه.

ووجه تردد المصنف في ذلك مما ذكرناه، ومن أن المهر عوض البضع، وهو ملك للولد قطعاً، فيكون عوضه عليه. ولزومه للأب من حيث إلزامه ذمة الصغير الذي لا يحتاج إلى النكاح لا يوجب كون دفعه هبة له وإن نزل منزلتها، فلا يلزم مساواتها في جميع الأحكام، وإنما القصد منه وفاء دين الولد، فإذا برئت ذمته من النصف بالطلاق ينبغي أن يعود إلى الأب. ولأن ظاهر قوله تعالى: (فنصف ما فرضتم " (٢) عوده إلى الفارض وهو الأب، وإن قيل: فلهن نصف ما فرضتم كان النصف الآخر باقياً على حكم الملك السابق. وجوابه: منع استلزام ملك الولد البضع كون عوضه عليه، وانتقاضه ظاهر

(١) في المسألة التالية في ص: ٢٨٩.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

بالمتنازع، فإن العوض على الأب إجماعاً، إنما الكلام في عودته بعد خروجه عن ملكه ووجوب وفائه. ثم لا نقول إن دفع الأب له هبة حتى يلزم ما ذكره، وإنما فرضناه منزلاً منزلتها لما بيناه من المناسبة، وإلا فهو دين وفاه المستحق عليه، وانتقاله من المستحق بالطلاق ملك آخر قهري إلى الزوج لا اختيار فيه لأحد. وأما الآية فمقتضاها كون الفارض المطلق، وأن العايد إليه نصف ما فرض، ومسألة النزاع خارجة عنه.

إذا عرفت ذلك فمقتضى قول المصنف: " فلو دفع الأب المهر.... الخ " أنه لو لم يكن دفعه لا يستحقه الولد، بل تبرأ ذمة الأب من النصف، ويلزمه دفع النصف إلى الزوجة. وبهذا قطع الشيخ في المبسوط (١) وبعده العلامة في القواعد (٢). ووجهه ما سبق من أن دفع الأب المهر بمنزلة الهبة للولد، فبعد قبضها لا رجوع فيها، وقبله غير متحققة، فتبرأ ذمته من النصف، ولا يملكه الولد لعدم القبض.

وهذا يتم لو كان الأب متبرعاً بالدفع عن الصغير، كما إذا كان الصغير موسراً أو معسراً وقد شرط الأب في العقد عدم الضمان على ذلك القول. وأما إذا لزمه ابتداءً، كما إذا كان الولد معسراً ولم يشترط عدم ضمانه، فإن المهر يلزمه بالعقد، سواء قبضته الزوجة أم لا، حتى لو كان عيناً ملكت نماءها كما سلف، فلا يظهر الفرق بين قبضها وعدمه هنا. والتعليل بالهبة لا يظهر إلا مع التبرع به لا مع لزومه ابتداءً.

(١) المبسوط ٤: ٢٩٣.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

فرع
لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعا، ثم طلق الولد، رجع
الولد بنصف المهر، ولم يكن للوالد انتزاعه، لعين ما ذكرناه في الصغير. وفي
المسألتين تردد.

قوله: " لو أدى الوالد..... الخ ".
ما تقدم من التعليل في الصغير آت في أدائه عن الكبير، بل هو به أولى، لأن
الأب متبرع محض عنه، فهو كإيفاء دين الغير بغير إذنه، وهو بمنزلة الهبة للولد،
وانتقاله إلى ملك الزوجة بالعقد بمنزلة تصرف المتهب في الموهوب.
والحق أن النصف يعود إلى الولد أيضا، لما ذكرناه من انتقاله عن ملك الأب،
وعوده إلى الولد المطلق بملك جديد. وفي معناه ما لو دفعه عنه أجنبي. وهنا يظهر
الفرق بين دفع الأب المهر إلى المرأة وعدمه، لأنه لما لم يكن المهر لازما له فهو متبرع
بالإيفاء، فلا يخرج عن ملكه إلا بدفعه، فإن دفع الجميع كان الحكم كما سبق. وإن
دفع النصف وطلق الولد قبل الدخول سقط النصف الآخر عن ذمة الزوج، فلم
يجب على الأب دفعه إلى الولد بغير إشكال، لانتفاء ما يقتضيه.
والمصنف تردد في حكم المسألتين، أعني دفعه عن الولد الصغير والكبير.
وقد سبق وجهه في الصغير. وأما وجهه في الكبير فلما عرفته من أن دفعه قضاء دين
عن الغير، وهو لا يستلزم أن يكون هبة حتى يقال: إن الولد ملكه ولا يصح للأب
الرجوع في هبة الولد. وعلى تقدير كونه أجنبيا لا يلزم تنزيل الهبة على هذا الوجه
منزلة الهبة المتصرف فيها، إذ ليس في إيفاء المهر ما يدل على الهبة بوجه، فلا يلزم
تعلق حكمها به. والأصل بقاء الملك على مالكه حيث لم يتحقق قصد التملك، بل
غايته إرادة إبراء ذمته من الدين، فإذا برئت بالطلاق عاد المال إلى أصله.
وجوابه ما سبق من الحكم بانتقال ملكه على تقدير الدفع إلى المرأة قطعاً

وإن لم نجعله تمليكاً للولد، والزوج يستحق النصف بالطلاق بحكم جديد لا بحكم الملك السابق، فعوده إلى ملك الأول بعد العلم بانتقاله عنه يحتاج إلى الدليل وإن لم نقل بكونه هبة.

وأما بناء الحكم على أن قضاء دين الغير هل يستلزم دخوله في ملكه ضمناً أم لا؟ وأنه على تقدير الملك يكون هبة أم لا؟ وأن تصرف الموهوب هل يفيد منع الواهب من الرجوع أم لا؟ وأن المدفوع هل هو الواجب بالعقد أم لا؟ فكله تكلف مستغنى عنه بالحكم بملك المرأة له قبل الطلاق، وكون الطلاق ناقلاً لملك النصف لا مبطلاً.

واعلم أن الشيخ في المبسوط (١) قطع في المسألتين بعدم عود النصف المدفوع إلى الوالد - كما ذكره المصنف - من غير تردد. واتفق كلام العلامة في كتبه في أن الحكم في الصغير كذلك. واختلف كلامه في الكبير، ففي التذكرة (٢) والإرشاد (٣) قطع بكون حكمه حكم الصغير في عود النصف إليه، وفي التحرير (٤) قوى رجوعه إلى الأب بعد أن حكم بكونه للولد، وفي القواعد (٥) استشكل بعد حكمه بكونه للولد أيضاً.

وبالجملة فلم يتحقق في الصغير خلاف، وإنما هو ظاهر في الكبير. وإنما تردد المصنف نظراً إلى ما يظهر من عدم إفادة تعليلهم المدعى، فإن الشيخ وغيره إنما عللوه بكونه هبة، وأن الهبة لا يرجع فيها بعد إقباضها للرحم أو بعد التصرف

(١) المبسوط ٤: ٢٩٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٩.

(٣) إرشاد الأذهان ٢: ١٨.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٣٧ - ٣٨.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

الطرف الرابع: في النزاع
وفيه مسائل:

الأولى: إذا اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج (مع يمينه) (١).
ولا إشكال قبل الدخول، لاحتمال تجرد العقد عن المهر. لكن الإشكال
لو كان بعد الدخول، والقول قوله أيضا، نظرا إلى البراءة الأصلية. ولا
إشكال لو قدر المهر ولو بأرزة واحدة، لأن الاحتمال متحقق، والزيادة
غير معلومة.

فيها. ولا يخفى قصور التعليل.

قوله: " إذا اختلفا في أصل..... الخ "

إذا اختلف الزوجان في أصل المهر، فإن ادعت الزوجة عليه المهر فقال: لا
مهر لك عندي أو ما أدى ذلك، من غير أن يتعرضا إلى القدر أو التسمية وعدمها،
فقد أطلق المصنف وجماعة (٢) من الأصحاب تقديم قول الزوج مطلقا. أما إذا كان
الاختلاف قبل الدخول فواضح، لأن مجرد العقد لا يستلزم المهر، لانفكاكه عنه مع
التفويض " ثم يمكن استمرار براءته إلى أن يموت أحدهما قبل الدخول. وأما إذا وقع
بعد الدخول ففي قبول قوله إشكال، لأن العقد إن اشتمل على مهر فهو اللازم به،
والأصل بقاؤه، وإلا فاللازم بالدخول مهر المثل.

والمصنف بعد أن استشكل الحكم أولا عقبه بقبول قوله أيضا، مستدلا
بالبراءة الأصلية. وتوجيهها: أن العقد لا يستلزم المهر على الزوج ولا الدخول، بل
هو أعم فلا يدل على الخاص. ووجه عمومته: أن الزوج قد يكون صغيرا معسرا
زوجه أبوه فكان المهر في ذمة الأب، أو كان عبدا زوجته مولاه فكان لازما للمولى،
فمجرد النكاح المشتمل على الدخول لا يقتضي وجوب المهر في ذمة الزوج،

(١) لم ترد في النسخة الخطية المعتمدة.

(٢) السرائر ٢: ٥٨٢.

فيتمسك عند الاختلاف بأصالة براءة ذمة الزوج، ويدخل في عموم: " اليمين على من أنكر " (١).

وهذا التوجيه حسن حيث يكون الزوج محتملا لكونه بأحد الوصفين، فلو علم انتفاؤهما قي حقه - بأن كانت حرите معلومة، ولم يتزوج المرأة المدعية إلا وهو بالغ، أو مات أبوه قبل أن يتزوجها، ونحو ذلك - لم يتم التمسك بالبراءة الأصلية، للقطع حينئذ باشتغال ذمته بعوض البضع، لانحصار أمره حينئذ في الأمرين على سبيل منع الخلو، لأنه إن كان لم يسم مهرا فقد استقر عليه مهر المثل، وإن كان قد سمى استقر المسمى، والأصل عدم دفعه إليها. واللازم من ذلك أن لا يلتفت إلى إنكاره، بل إما أن يحكم عليه بمهر المثل أو ما تدعيه المرأة إن كان أقل، نظرا إلى أصالة عدم التسمية الموجب لذلك، وإما أن يطالب بجواب آخر غير أصل الإنكار، فإن ادعى تسمية حكم عليه بالمسمى إلى أن تثبت براءته منه، أو عدمها فيثبت عليه مقتضى التفويض.

ومن الأصحاب (٢) من نظر إلى ندور الأمرين الموجبين لبراءة ذمته من المهر بعد الدخول، فلا يعارض بهما الأصل من إيجاب الوطاء المحترم عوضا، فأوجب عليه مهر المثل. وهو اختيار العلامة في الارشاد (٣). ولا بد من تقييده بعدم زيادته على ما تدعيه، لأن الزائد عنه منفي باقرار المدعى، فلا يجب دفعه إليه. فإن قيل: عوض البضع غير منحصر في مهر المثل، لأنه كما يجوز ثبوته بالتفويض مع الدخول، وبتسمية مقدار مطلقا، يحتمل تسمية أقل منه إلى أن يبلغ

(١) راجع الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣، وعوالي اللئالي ١: ٢٤٤ ح ١٧٢، والمستدرک ١٧: ٣٦٨ ب " ٣ " من أبواب كيفية الحكم ح ٤ و ٥.
(٢) كالشهيدي في غاية المراد: ٢٠٥.
(٣) إرشاد الأذهان ٢: ١٨.

في القلة حد المتمول، كما أشار إليه المصنف بقوله: " ولا إشكال لو قدره بأرزة، لأن الاحتمال متحقق، والزيادة غير معلومة " وإذا كان عوض البضع محتملا لجميع ذلك ومشتركا بينها لا يحكم بالقدر الزائد عن المحتمل، لأصالة البراءة منه. قلنا: ثبوت القدر الأقل موقوف على تسميته في العقد، ولم يدعه الزوج، والأصل عدمه، بل عدم التسمية مطلقا، وإن كان خلاف الظاهر إلا أن الأصل مقدم على الظاهر إلا في النادر. ومقتضى الأصل وجوب مهر المثل، لأنه المترتب على الدخول مع عدم التسمية.

ويمكن موافقة الظاهر له بوجه آخر، بأن يقال: إن الأصل عدم التسمية، والظاهر المعتاد التسمية، لكن مع هذا الظاهر فالظاهر أيضا أن التسمية لا تقع بدون مهر المثل، لأن ما دون ذلك في غاية الندور في ساير الأصقاع والأزمان، فالأصل والظاهر متطابقان على أن المرأة مع الدخول بها تكون مستحقة مهر المثل في ذمة الزوج عوض البضع، فلا مانع من الحكم به خصوصا مع فرض انتفاء ذينك الأمرين النادرين حتى لا يبقى في الأصل شبهة. وأما احتمال تقدير ما دون ذلك فمنفي بالأصل والظاهر، ولأنه لم يدعه الزوج، فلا يلتفت إليه. وللعلامة قول آخر في التحرير (١) أنه إذا وقع الاختلاف في أصل المهر بعد الدخول يستفسر هل سمي أم لا؟ فإن ذكر تسمية كان القول قوله مع اليمين، وإن ذكر عدمها لزم مهر المثل، وإن لم يجب بشئ حبس حتى يبين. وفيه نظر من وجوه:

أحدها: أن الاستفسار إنما يجب مع عدم إفادة الكلام فائدة بدونه، وقد عرفت أن مجرد الاعتراف بالنكاح مع الدخول له حكم يترتب عليه، فلا يجب

(١) تحرير الأحكام ٢: ٣٩.

الاستفسار وإن كان جائزا.

وثانيها: تقديم قوله لو ادعى التسمية. ولا يخفى ما فيه، لأن الأصل عدمها، فكيف يقدم قوله فيها؟ وإنما هو بالنسبة إليها مدع لا منكر، فلا يكون القول قوله. وفي القواعد (١) أطلق تقديم قول الزوج في التسمية أيضا، ولم يذكر ذلك غيره وعموم: "اليمين على من أنكر" (٢) ينفيه.

وثالثها: حبسه إذا لم يجب حتى يبين، فإنه تعجيل عقوبة لا سبب لها، لما ذكرناه من أن الدخول يقتضي حكما فيحكم بما يترتب عليه، لأن إقراره بالزوجية والدخول يستلزم إقراره بالحق حيث ينتفي عنه الاحتمالان النادران، فلا وجه لحبسه. ثم إن كان الواقع خلاف ما يحكم به عليه فعليه أن يبينه ويدعيه، وإلا (٣) فإننا نحكم بالظاهر وبما يطابق القواعد الشرعية، والله يتولى السرائر.

وفي القواعد حكم بتفصيل آخر أقل إشكالا من تفصيله في التحرير لكنه غير مستوف للأقسام، فقال: "التحقيق أنه إن أنكر التسمية صدق باليمين، لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة، ومع الدخول مهر المثل. والأقرب أن دعواها إن قصرت عنهما ثبت ما ادعته. ولو أنكر الاستحقاق عقيب دعواها إياه أو دعواها التسمية، فإن اعترف بالنكاح فالأقرب عدم سماعه" (٤) هذا لفظه.

والقسم الأول منه لا إشكال فيه. وأما الثاني وهو انكاره الاستحقاق فهو أصل المسألة، لأن القسم الأول وهو انكاره التسمية مسألة أخرى لا إشكال في قبول قوله فيه. ثم على تقدير عدم سماع دعوى عدم الاستحقاق لم يبين ما ينبغي من الحكم هل يثبت عليه شيء، أو يطالب بجواب آخر؟ وعلى تقدير المطالبة هل

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٢٩٢، هامش (١).

(٣) في "ش": وإلا فالحكم.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

يضيق عليه لو لم يجب أم لا؟

ومع ذلك بقي قسم آخر، وهو ما لو ادعى قدرا وإن قل، كما ذكره غيره (١)، وذكره هو في غيره (٢). ولا يغني عنه ذكر اختلافهما في القدر وأنه راجع إليه، لأن تلك مسألة أخرى غير هذه، إذ أصل هذه دعواها عليه أصل المهر فيقر منه بدرهم مثلا، وتلك فرضها دعواها قدرا واعترافه بأقل منه.

ويمكن أن يقال: إن دعوى أصل المهر غير مسموعة، بناء على عدم سماع الدعوى المجهولة، فلا بد من تحريرها بالقدر، فيرجع جوابه بالقدر إلى الاختلاف فيه. وعلى هذا فيكون تركه أجود من قوله في التحرير بعد ذلك: "ولا إشكال لو قدره بأقل ما يصلح أن يكون مهرا" (٣) وقول المصنف: "لو قدر المهر ولو بأرزة". وتحرير القول يتم بفرض المسألة على أربعة أوجه:

أحدها: أن تدعي عليه الزوجة بالمهر مطلقا، فيقول: ليس لك عندي مهر. وهذا أصل المسألة المفروضة.

الثاني: أن تدعي عليه المهر كذلك، فيقول: نعم، لك عندي درهم مثلا.

الثالث: أن تدعي عليه ألفا مهرا، فيقول: ليس لك عندي مهر.

الرابع: أن تدعي عليه كذلك، فيقول: مالك عندي سوى درهم مثلا.

وهذا الرابع هو مسألة اختلافهما في القدر. وسيأتي (٤). والثلاثة الأول ترجع إلى اختلافهما في أصل المهر.

والذي اعتمده في هذه المسألة أن جوابه عقيب دعواها المهر مطلقا أو مقدارا إذا وقع بنفيه مطلقا، وكان مما يمكن في حقه البراءة، بأن كان تزويجه مجهول الأصل

(١) كالمصنف في هذا الكتاب.

(٢) كما في تحرير الأحكام ٢: ٣٩.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٣٩.

(٤) في ص: ٢٩٨.

بدعوى تسميته وأنكرتها فالقول قولها بغير خلاف، ولأنها منكرة، والأصل عدم التسمية. وإن كان مع اتفاقهما على التسمية ودعواها أكثر من ذلك فهي مسألة الاختلاف في القدر، وسيأتي (١) الكلام فيها.

الثاني: لو وقع هذا الاختلاف بين ورثتهما أو من أحدهما مع ورثة الآخر فحكمه حكم ما لو وقع بينهما. ومثله ما لو ادعت الزوجة وقال وارث الزوج: لا أعلم الحال، أو كان صغيراً أو غائباً.

الثالث: الأرزة في كلام المصنف وقعت على وجه المبالغة في قبول قول الزوج لو ادعى قدراً قليلاً، وهي كناية عن قبول أقل متمول، لا على وجه الحقيقة، لأنها غير متمولة، إلا أن يعتبر قدراً من الوزن لأحد النقيدين، ومعه لا يحسن أيضاً " لزيادتها عن أقل متمول. والأولى جريانها على أصلها، وجعلها بطريق المبالغة في قبول القليل، لا قبول نفسها، من قبيل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " تصدقوا ولو بشق تمره " (٢) و" من بنى مسجداً كمفحص قطاة " (٣) فإن ذلك على طريق المبالغة والكناية في أن الله تعالى يقبل القليل والكثير.

الرابع: ربما توهم بعض القاصرين (٤) أن هذه المسألة إجماعية، وأن الأصحاب متفقون على قبول قول الزوج في المهر مطلقاً، نظراً إلى إطلاق المصنف وجماعة (٥) قليلين منحصرين الحكم كذلك، وأن قول العلامة بخلافه نادر لا يقدر

(١) في ص: ٢٩٨.

(٢) الوسائل ٦: ٢٦٥ ب (٧) من أبواب الصدقة ح ١ و ٥.

(٣) سنن ابن ماجه ١: ٢٤٤ ح ٧٣٨، عوالي اللثالي ٢: ٣٠، أمالي الشيخ الطوسي ١: ١٨٣ ح ٣٠٦، وفي

الوسائل ٣: ٤٨٦ ب (٨) من أبواب أحكام المساجد ح ٢ و ٦، عن الصادقين عليهما السلام.

(٤) في " س " : المعاصرين.

(٥) منهم ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٨٢.

ولو اختلفا في قدره أو وصفه فالقول قوله أيضا.

فيه. وهو ناشئ عن عدم تحرير حقيقة الإجماع على الوجه الذي يصير حجة عند الأصحاب. ومع ذلك فكلام أكثر المتقدمين - حتى الشيخ في المبسوط والنهاية - خال عن فرض المسألة، وإنما ذكروا مسألة الاختلاف في قدره خاصة تبعا للنص (١) الوارد فيه. والمتعرضون لهذه المسألة ذكروها بطريق الاجتهاد، واختلفت لذلك آراؤهم حتى من الواحد في أزمنة مختلفة، كما اتفق للعلامة (٢). والمرجع فيها إلى ما ساق إليه الدليل على الوجه الذي ذكروه أو غيره. قوله: ("ولو اختلفا في قدره... الخ). هنا مسألتان:

الأولى: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر، بأن ادعت أنها تستحق عنده من جهة المهر مائة دينار، سواء كان ذلك جميعه أو بعضه، وسواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده، فقال الزوج: بل خمسون، فالمشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا ظاهرا أن القول قول الزوج مع يمينه. والأصل فيه قبل الاتفاق ظاهرا صحيحة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها، فادعت أن صداقها مائة دينار، وذكر الرجل أنه أقل مما قالت، وليس لها بينة على ذلك، فقال: (القول قول الزوج مع يمينه) (٣). ويؤيده أصالة براءة ذمته من الزايد، وأنه فيه مدعى عليه، وهو منكر، فالقول قوله. ولا فرق بين كون مدعاه مما يبذل مهرا عادة لأمثالها وعدمه عندنا، لعموم

(١) لاحظ الهامش (٣) هنا.

(٢) ذكرت آراؤه في ص: ٢٩٢ - ٢٩٤.

(٣) الكافي ٥: ٣٨٦ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٦٤ ح ١٤٧٦، و ٣٧٦ ح ١٥٢٢، الوسائل ١٥: ٢٨ ب " ١٨ " من أبواب المهور.

الأدلة، وإليه يرجع قول المصنف: " ولا إشكال لو قدره بأرزة " وإن جعله من أقسام المسألة الأولى.

ومقتضى إطلاق الأصحاب والرواية أنه لا يستفسر هنا بكون ذلك تسمية أم من مهر المثل. وللبحث في ذلك مجال، لأنه لو كان بعد الدخول مع اتفاقهما على عدم التسمية فالواجب مهر المثل، فإذا كان القدر الذي يعترف به أقل منه فدعواه في قوة إيفاء الزائد أو التخلص منه بالإبراء ونحوه، ومثل ذلك لا يقبل قوله فيه. وكذا مع اتفاقهما على التسمية واعترافه بأنها أكثر ولكن يدعي التخلص من الزائد. والحق حمل الفتوى والنص على ما لو أطلقا الدعوى، أو ادعى تسمية هذا القدر وادعت هي تسمية الأزيد، بل الشيخ في المبسوط (١) فرض المسألة في هذا القسم الأخير. ومع ذلك ففيهما معا بحث، لأنه مع الإطلاق كما يحتمل. كونه بطريق التسمية يحتمل كونه بطريق عوض البضع المحترم، وعوضه مطلقا مهر المثل، وإنما يتعين غيره بالتسمية، والأصل عدمها. وهذا الأصل مقدم على أصالة البراءة، لوجود الناقل عنها. ومع اختلافهما في قدر التسمية يكون كل منهما منكرا لما يدعيه الآخر منها، فلو قيل بالتحالف ووجوب مهر المثل كان حسنا، إلا أن إطلاق الرواية الصحيحة المتناول لمحل النزاع يؤنس بترجيح ما أطلقه الأصحاب على ما فيه من الحزازة. ومن ثم قال العلامة في القواعد: " وليس بيعيد من الصواب تقديم من يدعي مهر المثل، فإن ادعى النقصان وادعت الزيادة تحالفا ورد إليه. ولو ادعى الزيادة المختلفة احتمل تقديم قوله، لأنه أكثر من مهر المثل، ومهر المثل. ولو ادعى

(١) المبسوط ٤: ٣٠٠.

النقصان احتمال تقديم قولها، ومهر المثل " (١). وعلى كل حال فلا خروج عما عليه الأصحاب وتناوله إطلاق النص الصحيح، وإن كان ما قربه العلامة في محل القرب. الثانية: إذا اختلفا في صفة المهر كالصحيح والمكسر والجيد والردي فالقول قول الزوج مع اليمين، سواء كان ما يدعيه بقدر مهر المثل أم أقل، وسواء كان قبل الدخول أم بعده، لأصالة براءة ذمته مما تدعيه المرأة من الوصف الزائد. وألحق به بعض الأصحاب (٢) ما لو اختلفا في الحلول والتأجيل، أو في تقدير الأجل، بل جعلهما من أفراد الاختلاف في الصفة. ويشكل بأن الأصل عدم التأجيل، وعدم زيادة الأجل عما تدعيه، فهي المنكرة وهو المدعي، فتقديم قوله فيهما ممنوع. ولو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف في الصفة - لأن كلا منهما ينكر ما يدعيه الآخر، خصوصاً مع تصريح كل منهما بكون ما يدعيه هو الذي وقع عليه العقد - كان وجهها، فيثبت مهر المثل، إلا أن يزيد عما تدعيه المرأة أو ينقص عما يدعيه الزوج.

وألحق جماعة من الأصحاب - منهم الشيخ في المبسوط (٣) وابن إدريس (٤) والعلامة في التحرير (٥) - اختلافهما في جنسه بالاختلاف في قدره، كما لو قالت: المهر مائة دينار، فقال: بل مائة درهم. واستدلوا عليه بأن الزوج منكر، فيكون القول قوله. والإشكال فيه أقوى، ووجه التحالف فيه أولى، إلا أن الأصحاب أعرضوا

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٢٤٢.

(٣) المبسوط ٤: ٣٠٠.

(٤) السرائر ٢: ٥٨٢.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٣٩.

أما لو اعترف بالمهر ثم ادعى تسليمه ولا بينة فالقول قول المرأة مع يمينها.

عنه رأسا. وجماعة (١) من العامة أثبتوه في أكثر هذه المسائل حتى في الاختلاف في أصل المهر. وما حققناه أظهر. ولم يتعرض المصنف لاختلافهما في الجنس، ولا العلامة في غير التحرير.

قوله: "أما لو اعترف بالمهر..... الخ".

لثبوتها في ذمته باعترافه وأصالة عدم التسليم، فيكون مدعيا له وهي المنكرة، فيقدم قولها. وهذا مما لا إشكال فيه، لكن في رواية الحسن بن زياد الموقوفة: "إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر، وقال الزوج: قد أعطيتك، فعليها البينة وعليه اليمين" (٢). وهي ضعيفة السند مقطوعة، لكن قد تقدم في معناها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام وفي آخرها: "إذا أهديت إليه ودخلت بيته وطالبته بعد ذلك فلا شيء لها، لأنه كثير لها أن يستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير" (٣). وعمل بمضمونها ابن الجنيد (٤)، فقدم قول الرجل في البراءة من المهر بعد الدخول، وقولها في ثبوتها قبله. والمذهب هو الأول، فإنه (٥) لا فرق بين وقوع الدعوى قبل الدخول وبعده.

- (١) الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٥٥٧، الوجيز ٢: ٣٥، حلية العلماء ٦: ٥٠١.
(٢) الكافي ٥: ٣٨٦ ح ٤، التهذيب ٧: ٣٦٠ ح ١٤٦٣، والاستبصار ٣: ٢٢٣ ح ٨٠٩، الوسائل ١٥: ١٥ ب (٨) من أبواب المهور، ح ٧. والرواية مسندة في المصادر في غير الموضوع الثاني من التهذيب.
(٣) الكافي ٥: ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٥٩ ح ١٤٦٠، والاستبصار ٣: ٢٢٢ ح ٨٠٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.
(٤) راجع مختلف الشيعة: ٥٤٨.
(٥) في "س، ش": وأنه.

تفريع: لو دفع قدر مهرها فقالت: دفعته هبة، فقال: بل صداقا،
فالقول قوله، لأنه أبصر بنيتها.

قوله: " لو دفع قدر مهرها..... الخ "

إذا دفع إليها شيئا، سواء كان بقدر مهرها أم أقل منه، واختلفا فقال: دفعته
صداقا أو من الصداق، وقالت: بل دفعته هبة، فإن كانت دعواها عليه أنه نوى
بالدفع الهبة من غير أن يتلفظ بما يدل عليها فالقول قوله بغير يمين، لأنه لو اعترف
لما بما تدعيه لم تتحقق الهبة إلا بانضمام لفظ يدل عليها، فلا يفتقر إلى اليمين. وإن
ادعت تلفظه بما يدل على الهبة فالقول قوله مع اليمين، لأصالة العدم، ولأنه منكر.
وتعليل المصنف بكونه أبصر بنية يدل على القسم الأول، لأن مرجعه إلى
دعوى النية، ومعه لا يحتاج إلى التعليل بكونه أبصر بنيتها، لأنه لو صرح بالنية لم
يكف في الحكم بكونه هبة، بل لا بد من انضمام اللفظ الدال عليه، كقوله: خذيه هبة
أو هدية ونحو ذلك. ولو أراد به القسم الثاني أو ما يشمل الأمرين - كما يقتضيه
إطلاق اللفظ لولا التعليل - لم يحسن التعليل أيضا، لأنه إن وقع منه لفظ يدل على
الهبة أو الصداق حكم عليه به ظاهرا وإن لم تعلم نيته، وإن لم يقع منه لفظ يدل عليه
لم تكف النية.

والظاهر أن المصنف حاول الجمع بين الحكمين، كما فعله في المبسوط (١)
والقواعد (٢)، لكن التعليل لا يجري عليهما " بل يمكن جريانه على قسم ثالث، بأن
يكون قد عبر بلفظ يحتمل الهبة وغيرها، كقوله: خذي هذا أو هذا لك أو أعطيتك
هذا ونحو ذلك من الألفاظ غير الصريحة في الهبة، فإنه لا يحكم بها إلا مع انضمام

(١) المبسوط ٤: ٣٠١ - ٣٠٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٥.

الثانية: إذا خلا (بها) فادعت المواقعة، فإن أمكن الزوج إقامة البينة - بأن ادعت هي أن المواقعة قبلا وكانت بكرًا - فلا كلام، وإلا كان القول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم المواقعة، وهو منكر لما تدعيه. وقيل: القول قول المرأة، عملاً بشاهد حال الصحيح في خلوته بالحلائل. والأول أشبه.

القصد، وإنما يعلم ذلك من قبله، فإذا ادعت قصد الهبة بمثل ذلك فالقول قوله، لأنه أبصر بنيته. أما مع التصريح بأحد القسمين، كقوله: خذيه هبة أو مهراً، فلا يفتقر في الحكم بمدلوله إلى العلم بنيته، لأنه صريح في مدلوله. ويمكن بناء كلام المصنف على أن المعاطاة تكفي في الهدية، وهي نوع من الهبة، فإذا اختلفا في قصدها قبل قوله بيمينه، لأنه أبصر بنيته. وهذا أقرب إلى مراده رحمه الله. وقد تقدم (١) البحث في ذلك في باب الهبة.

قوله: "إذا خلا بالزوجة..... الخ".

إذا ادعت بعد الخلوة التامة الخالية من موانع الوقاع الدخول وأنكر، فإن كانت بكرًا فلا إشكال، لإمكان الاطلاع على صدق أحدهما باطلاع الثقات من النساء عليها، وذلك جازٍ لمكان الحاجة، كنظر الشاهد والطبيب. وإن كانت ثيبًا تعارض الأصل والظاهر، لكن الأقوى تقديم الأصل، لأن وجود القدرة والداعي وانتفاء الصارف مضمون لا معلوم، ومعها لا بد لفعل القادر من ترجيح، والأصل عدمه. وقد تقدم (٢) البحث في هذه المسألة، وما يدل من الأخبار على الطرفين في أن الخلوة هل تكفي في استقرار المهر من دون الجماع أم لا؟

(١) في ج ٦: ١٠ - ١٢.

(٢) في ص: ٢٢٥.

الثالثة: لو أصدقها تعليم سورة أو صناعة، فقالت: علمني غيره، فالقول قولها، لأنها منكرة لما يدعيه.

الرابعة: إذا أقامت المرأة بينة أنه تزوجها في وقتين بعقدين، فادعى الزوج تكرار العقد الواحد، وزعمت المرأة أنهما عقدان، فالقول قولها، لأن الظاهر معها. وهل يجب عليه مهران؟ قيل: نعم، عملاً بمقتضى العقدين. وقيل: يلزمه مهر ونصف. والأول أشبه.

قوله: " لو أصدقها تعليم..... الخ "

المراد أنه ادعى تعليمها وأنكرت وزعمت أنه علمها غيره، واكتفى بدعواها ذلك لدلالة المقام على التنازع ودلالة التعليل. وأراد بقوله: " لأنها منكرة لما يدعيه) أنه بدعواه تعليمها يدعي إقباض المهر، وهي تنكره، فيرجع النزاع إلى الاختلاف في تسليمه، وقد علم أن القول قولها، لأصالة عدم الإقباض. وحينئذ فيلزمه أجره مثل التعليم، لتعذره كما سبق. ومثله ما لو ادعى تعليمها السورة المعينة، وادعت أنه علمها غيرها.

قوله: " إذا أقامت المرأة..... الخ "

إذا اختلف الزوجان المتفقان على وقوع عقدي نكاح بينهما في وقتين، أو مع إقامة البينة على العقدين، فادعى الزوج التكرار المحض، إما على وجه الاحتياط في تصحيحه، لاشهاده، أو مجرداً، وادعت المرأة أن كلا منهما عقد شرعي وإن لم يذكر سبب الفرقة من العقد الأول، لأن الدعوى تدل عليه، ولأن دعوى المشروط تستلزم وقوع الشرط، قدم قولها، عملاً بالحقيقة الشرعية، فإن العقد حقيقة شرعية في السبب المبيح للبضع، فاستعماله في نفس الإيجاب والقبول المجردين عن الأثر مجاز بحسب الصورة، كتسمية الصورة المنقوشة على الجدار فرساً. ومثله ما لو قال لغيره: بع هذا العبد مني ثم ادعى أنه ملكه، فإنه لا يلتفت إليه، وتجعل الاستباحة إقراراً له

بالمملك، ولا يعتد بقوله: إني طلبت منه صورة البيع. ولا يعتبر التعرض في الدعوى للوطء، لأن المهر المسمى يجب بالعقد على أصح القولين. والمراد بقول المصنف: "لأن الظاهر معها" أن الظاهر من إطلاق اللفظ حمله على حقيقته دون مجازه، وأراد بالظاهر معنى الأصل، من حيث إن استعمال العقد في غير حقيقته خلاف الظاهر في الاستعمال، وإن كان المجاز في نفسه كثيرا شايعا. إذا تقرر ذلك فالذي يلزمه بالعقدين فيه أوجه:

أحدها - وهو الذي اختاره المصنف - : أنه يجب عليه مهرا، لأن كل عقد سبب تام في وجوب المهر، والأصل استمراره. ولأنه لا ينتصف إلا بالطلاق، وفي سماع دعواه فيه (١) نظر "لأنها منافية للدعوى الأولى لو صرح بها. وثانيها: أنه مهر ونصف، وهو الذي حكاه المصنف ثانيا، اختاره الشيخ في المبسوط (٢)، ونقله في المختلف (٣) عن والده سيد الدين، لأن الفرقة متحققة ليصح فرض العقد الثاني، والوطء غير معلوم، والأصل عدمه. وثالثها: لزوم مهر واحد، لأن من أسباب الفرقة ما لا يوجب مهرا ولا نصفه، كردها، وإسلامها، وفسخه بعيها قبل الدخول، وفسخها بعيب غير العنة قبله. ويمكن فرضه أيضا بالطلاق في الأول قبل الدخول، وفي الثاني كذلك.

والأقوى وجوب المهرين، لأصالة بقائهما في ذمته إلى أن يحصل المزيل، وهو غير معلوم. ومجرد الفرقة أعم من كونها مسقطة وعدمه، إلا أن يدعي عدم الإصابة في الأول والطلاق فيلزمه مهر ونصف، أو يدعي الطلاق في الثاني أيضا قبل الدخول

(١) في "س" منه.

(٢) المبسوط ٤: ٢٩١.

(٣) مختلف الشيعة: ٥٥١.

النظر الثالث: في القسم والنشوز والشقاق
القول في القسم. والكلام فيه وفي لواحقه.
أما الأول فنقول:

فمهر واحد يجتمع منهما، أو يدعي الفسخ بأحد الأسباب الموجبة لعدم المهر مع
إمكانه فيجب المهر الثاني خاصة، أو يدعي الطلاق قبل الدخول في الثاني فنصفه لا
غير.

لكن يشكل قبول دعواه الفسخ بالعيب، لأصالة عدمه. ويظهر من الشهيد
في شرح الارشاد (١) قبوله، محتجا بأن تجويزه ينفي القطع بالزيادة على المهر الثاني.
وهذا بخلاف دعوى الطلاق، فإنه بفعله، ويرجع فيه إليه. وأما الدخول فالأصل
عدمه، كما أن الأصل استصحاب المهر كاملا (٢) إلى أن يدعي المزيل، فلو سكت عن
الدعوى ثبت المهران على الأقوى. وهذا كما يقال: إن المستودع بعد ثبوت الإيداع
مطالب بها ومحبوس عليها ما دام ساكتا، فإن ادعى تلفا أو ردا صدق بيمينه
وانقطعت الطلبة.

قوله: " في القسم..... الخ "

القسم بفتح القاف مصدر قسمت الشيء أقسمه، وبالكسر: الحظ والنصيب،
ويقال: هو التقدير، ويمكن اعتبار القسم بين الزوجات منهما. وهو حق واجب لمن
يجب الإنفاق عليه من الزوجات، لقوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف، (٣)
وللأنخبار (٤)، والتأسي (٥).

(١) غاية المراد: ٢٠٤.

(٢) في " و ": إلا.

(٣) النساء: ١٩.

(٤) الوسائل ١٥: ٨٠ ب " ١ " من أبواب القسم والنشوز والشقاق، وص ٨٧ ب " ٨ " .

(٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٨٤ ب (٥) من أبواب القسم والنشوز والشقاق ح ٢.

لكل واحد من الزوجين حق يجب على صاحبه القيام به، فكما يجب على الزوج النفقة من الكسوة والمأكل والمشرب والإسكان، فكذا يجب على الزوجة التمكين من الاستمتاع، وتجنب ما ينفر منه الزوج.

قوله: " لكل من الزوجين.... الخ "

لا خفاء في أن لكل من الزوجين حقا على الآخر، قال الله تعالى: قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم " (١) يعني من الحقوق التي لهن على الأزواج من النفقة والمهر وغيرهما، وقال تعالى: (وعاشروهن بالمعروف) (٢) وقال: (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) (٣) والمراد تشبيه أصل الحقوق بالحقوق لا في کیفیتها لاختلافها.

وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: " جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة؟ فقال: أن تطيعه ولا تعصيه، ولا تتصدق من بيته إلا بإذنه، ولا تصوم تطوعا إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسا وإن كانت على ظهر قتب، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء وملائكة الأرض وملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها. قالت فمن أعظم الناس حقا على الرجل؟ قال: والده. قالت: فمن أعظم الناس حقا على المرأة؟ قال: زوجها. قالت: فما لي عليه من الحق مثل ما له علي؟ قال: لا ولا من كل مائة واحدة. فقالت: والذي

(١) الأحزاب: ٥٠.

(٢) النساء: ١٩.

(٣) البقرة: ٢٢٨.

بعثك بالحق نبيا لا يملك رقبتى رجل أبدا (١).
وقال صلى الله عليه وآله: (لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، ولو صلح
لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها، والذي نفسي بيده لو كان من
قدمه إلى مفرق رأسه قرحة تنبجس بالقبيح والصدید ثم استقبلته تلحسه ما أدت
حقه) (٢). وقال صلى الله عليه وآله: "أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا" (٣)
" وخياركم خياركم لنسائهم " (٤).
وروى شهاب بن عبد ربه قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما حق
المرأة على زوجها؟ قال: يسد جوعتها، ويستر عورتها، ولا يقبح لها وجهها، وإذا
فعل ذلك فقد والله أدى حقها" (٥).
إذا تقرر ذلك فالواجب على كل منهما القيام للآخر بالحقوق التي عليه من
غير أن يحوج صاحبه إلى طلبها أو الاستعانة بغيره، وأن لا يظهر الكراهة في تأدية
الحق، بل يؤديه باستبشار وانطلاق وجهه، وأن يكف عما يكرهه صاحبه من قول أو
فعل بغير حق. ومنه تمكين الزوجة الزوج من الاستمتاع، وإزالة ما ينفر منه لأن
ذلك من مقدمات الواجب، وهو من جملة ما عليهن بالمعروف. ومنه عدم الخروج
من منزله بغير إذنه، ولو إلى بيت أهلها، حتى عيادة مرضاهم وحضور ميتهم
وتعزيتهم.

- (١) الكافي ٥: ٥٠٦، ٥٠٧ ح ١، الفقيه ٣: ٢٧٦ ح ١٣١٤، الوسائل ١٤: ١١١ ب (٧٩) من
أبواب مقدمات النكاح وآدابه ح ١.
(٢) مسند أحمد ٣: ١٥٩.
(٣) أمالي الطوسي: ١٣٩ ح ٢٢٧، جامع الأحاديث للقمي: ٦٠، الوسائل ٨: ٥٠٩
ب (١٠٤) من أبواب أحكام العشرة ح ٣٤ و ٣٥. وراجع أيضا سنن ابن ماجه ١: ٦٣٦
ح ١٩٧٨، سنن الترمذي ٣: ٤٦٦ ح ١١٦٢.
(٤) تقدم أنفا تحت رقم ٣.
(٥) الكافي ٥: ٥١١ ح ٥، الوسائل ١٥: ٢٢٦ ب " ٢ " من أبواب النفقات ح ١.

والقسمة بين الأزواج حق على الزوج، حرا كان أو عبدا، ولو كان
عينا أو خصيا. وكذا لو كان مجنونا، ويقسم عنه الولي.

قوله: " والقسمة بين الأزواج..... الخ "

لما كان الغرض من القسمة الإيناس والعدل بين الزوجات والتحرز عن
الإيذاء والإيحاء بترجيح بعضهن على بعض لم يفرق فيها بين الحر والعبد، ولا بين
العنين والفحل، ولا بين الخصي وغيره، لاشتراك الجميع في الفائدة المطلوبة منه،
والوقاع غير واجب.

وأما المجنون إذا كان له زوجات متعددة ويتصور (١) ذلك فيمن بلغ رشيدا
فتزوج أكثر من واحدة ثم عرض له الجنون، أو زوجه وليه صغيرا أكثر من واحدة
ثم بلغ مجنونا، لا في غير ذلك، لأن المجنون البالغ لا يجوز لوليه أن يزوجه أكثر من
واحدة، لانتفاء الحاجة بها.

ثم لا يخلو: إما أن يكون جنونه مطبقا أو أدوارا، فإن كان الثاني فهو في وقت
الإفاقة كغيره من المكلفين، وفي غيرها كالمطبق. ثم إن لم يؤمن منه فلا قسم في
حقه. وإن أمن فإن كان قد قسم لبعض نسائه ثم جن فعلى الولي أن يطوف به على
الباقيات قضاء لحقوقهن، كما يقضي ما عليه من الدين. وكذلك إذا طلبن إن جعلنا
حق القسمة مشتركا بينهما، وإن جعلناه مخصوصا بالزوج لم يجب على الولي
الإجابة. ولو أردن التأخر إلى أن يفيق ليتم المؤانسة فلهن ذلك.

وإن لم يكن عليه شيء من القسم، بأن كان معرضا عنهن جمع، أو جن بعد
التسوية بينهن، فإن رأى منه الميل إلى النساء، أو قال أهل الخبرة: إن غشيانهن
ينفعه، فعلى الولي أن يطوف به عليهن، أو يدعوهن إلى منزله، أو يطوف به على
بعضهن ويدعو بعضهن كما يرى. وليس له أن يجور، لأن الولي عاقل، وليس للعاقل

(١) كذا في النسخ. ولعل الصحيح: فيتصور، ليكون جواب (وأما).

وقيل: لا تجب القسمة حتى يتدئ بها. وهو أشبه.

البحر في قسم زوجاته، ولا تفضيل بعضهن على بعض. فإن جار وقسم لإحداهن أكثر أتم. فإذا أفاق المجنون فالمشهور أن عليه القضاء لمن نقص من حقها. ولو قيل بعدم وجوب القضاء على المجنون وبقاء الحق في ذمة الولي كان وجهاً لأن المجنون غير مكلف، والقضاء تابع للتكليف بالفعل أو ثابت بأمر جديد، وهو منتف هنا. ولو انتفى الميل والمصلحة (١) لم يجب على الولي أن يقسم به. ويظهر من العبارة وجوب القسم به مطلقاً. وهو يتم على القول باشتراك الحق بين الزوجين وطلب ذلك، لكن المصنف لا يقول به كما سيأتي (٢)، فعدم الوجوب هنا أجود. قوله: "وقيل: لا تجب..... الخ".

لا خلاف بين العلماء في وجوب القسم بين الزوجات في الجملة، لما فيه من العدل بينهن وتحسينهن والمعايشة بالمعروف المأمور بها. ولأن النبي صلى الله عليه وآله مات عن تسع " وكان يقسم لثمان منهن، لأن سودة بنت زمعة وهبت ليلتها لعائشة حين أراد النبي صلى الله عليه وآله طلاقها لما كان بها من الكبر، فسألته أن يتركها في بهلة أزواجه وهبت ليلتها لعائشة (٣). ومنه استفيد جواز هبة الليلة. والتأسي به صلى الله عليه وآله وسلم واجب.

وهل هي واجبة بنفس العقد والتمكين، أم يتوقف على الشروع فيها؟ قولان مباحهما على أنها هل هي حق للزوج ابتداءً أولهما؟ فذهب الشيخ في المبسوط (٤)

(١) في "س" والحجريتين: أو المصلحة.

(٢) في كلامه هنا، ولاحظ ص: ٣٣٨ توجيه الشارح لكلام المصنف حيث اختار الاشتراك هناك.

(٣) صحيح مسلم ٢: ١٠٨٥ ح ١٤٦٣، سنن أبي داود ٢: ٢٤٢ ح ٢١٣٥، سنن ابن ماجه ١:

٦٣٤ ح ١٩٧٢. وراجع أيضاً الأم ٥: ١٤٢، والحاوي الكبير ٩: ٥٧٠. وسنن البيهقي ٧: ٧٤.

(٤) المبسوط ٤: ٣٢٥ - ٣٢٦.

ومن تبعه (١) إلى الأول، فلا يجب إلا إذا شرع، لأنه بشروعه اقتضى تخصيص الأولى، والعدل واجب بين الزوجات. وهو الذي اختاره المصنف. ويدل عليه أن حق الاستمتاع ليس للزوجات، ومن ثم لم يجب على الزوج بذله لهن إذا طلبنه وإن بات عندهن. والجماع لا يجب إلا في كل أربعة أشهر كما مر، والمتيقن كونه حقا للزوج " فله طلبه متى شاء والاعراض عنه كذلك. وإنما وجب إكمال الدور مع الابتداء به مراعاة للعدل، ولظاهر قوله تعالى: (فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) (٢) فإنه يدل على أن الواحدة كالأمة لا حق لها في القسمة المعتبر فيها العدل، ولو وجبت لها ليله من الأربع لساوت غيرها، وكل من قال بعدم الوجوب لما قال بعدمه للأزيد إلا مع الابتداء بواحدة فتجب التسوية. ولأصالة براءة الذمة من وجوبها في محل النزاع. والمشهور بين الأصحاب وجوب القسمة ابتداء للتأسي بالنبي صل الله عليه وآله وسلم، فقد كان يقسم بينهم كذلك دائما، حتى كان يطاف (٣) به في مرضه محمولا فيبيت عند كل امرأة ليلة حتى حللنه أن يبيت عند عائشة، وكان يقول: " اللهم هذا قسمي فيما أملك وأنت أعلم بما لا أملك " (٤) يعني من جهة الميل القلبي. ولقوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف) (٥) والأمر للوجوب. وليس الأمر هنا للمرة بل هو للتكرار، وليس في كل الأوقات فبقي أن يكون بحسب ما تقتضيه

(١) رابع إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينايع الفقهية ١٨ : ٣٤٤.

(٢) النساء: ٣.

(٣) مجمع البيان ٣: ١٢١ ذيل آية ١٢٩ من سورة النساء الوسائل ١٥: ٨٤ ب " ٥ " من أبواب

القسم والنشوز ح ٢، والأم ٥: ١٩٠. سنن البيهقي ٧: ٢٩٨.

(٤) سنن الدارمي ٢: ١٤٤، سنن أبي داود ٢: ٢٤٢ ح ٢١٣٤، سنن البيهقي ٧: ٢٩٨.

(٥) النساء: ١٩.

القسمة، إذ لا قائل بثالث. ولإطلاق الأمر بها في قول الباقر عليه السلام: (قسم للحررة الثلثين من ماله ونفسه، وللأمة الثلث من ماله ونفسه " (١). وفي كل واحد من الأدلة نظر، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن يفعل ذلك على وجه الوجوب، لما تقدم (٢) من أن الأصح عدم وجوب القسمة عليه صلى الله عليه وآله وسلم، لقوله تعالى: (ترجي من تشاء منهمن وتؤي إليك من تشاء ومن ابتغيت ممن عزلت فلا جناح عليك) (٣). والتأسي به إنما يجب فيما يجب لا فيما يستحب. وأيضا فإنه صلى الله عليه وآله وسلم تركهن شهرا واعتزل في غرفة بسبب موجدة (٤) وجدها على بعضهن، ولم يكن الإيذاء والتقصير الموجب له صدر عن جميعهن، فلو كان واجبا عليه لاقتصر على هجر المستحقة له خاصة. والمعاشرة بالمعروف لا تدل على وجوب المبيت عندهن بإحدى الدلالات، بل يمكن تحققها بدون ذلك، كالأيناس، والانفاق، وتحسين الخلق، والاستمتاع في النهار، أو في الليل مع عدم استيعاب الليلة بالمبيت، بل مع عدم المبيت على الوجه الذي أوجبه القائل. بل يمكن تحصيل المعاشرة بالمعروف وزيادة في الأوقات مع عدم مبيته عندهن على ذلك الوجه، وفواتها أو أهمها مع المبيت حيث يقتصر على أقل الواجب. وبالجملة فدلالته على وجوب القسمة دائما بعيدة جدا. وأما الرواية ففيها أولا: ضعف (٥) السند. وثانيا: تضمنها ما ليس بواجب،

- (١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ١١٦ ح ٢٩٣، التهذيب ٧: ٤٢١ ح ١٦٨٤، الوسائل ١٥: ٨٧ ب (ما من أبواب القسم والنشوز والشقاق، ح ٢).
(٢) في ج ٧: ٨٢ و ٨٤.
(٣) الأحزاب: ٥١.
(٤) راجع تفسير علي بن إبراهيم القمي ٢: ١٩٢، مجمع البيان ٨: ٣٥٣، تفسير الطبري ٢١: ٩٩.
(٥) في هامش " و " : " في طريقها علي بن فضال ومحمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام، وهو مشترك بين الثقة والممدوح والضعيف. بخطه رحمه الله "

فمن له زوجة واحدة فلها ليلة من أربع، وله ثلاث يضعها حيث شاء، وللثنتين ليلتان، وللثلاث ثلاث، والفاضل له. ولو كان له أربع كان لكل واحدة ليلة بحيث لا يحل له الإخلال بالمبيت إلا مع العذر أو السفر أو إذهن أو إذن بعضهن فيما تختص الآذنة به.

وهو أنه يقسم للحررة الثلثين من ماله وللأمة الثلث منه، وهو قرينة إرادة عدم (١) الوجوب من الخبر. وعلى تقدير حمله على ظاهره يلزم منه ما هو خلاف الإجماع، وهو الأمر بإعطاء الحررة الثلثين من النفس الشامل ذلك لثلاثي الوقت، وذلك غير واجب إجماعاً. وهذا كله يدل على الاستحباب، ونحن نقول به. قوله: (فمن له زوجة.... الخ).

هذا تفريع على المشهور من وجوب القسمة ابتداءً مطلقاً. وتحرير الواجب من القسمة على هذا التقدير بفرض دور القسمة الواجبة أربع ليال، لأن الله تعالى أباح له أن ينكح أربع نسوة لا يزيد. فللزوجة من الأربع ليلة، ثم إن لم يكن له غيرها بقي له من الدور ثلاث ليال يبيتها حيث يشاء، فإذا انقضت الأربع وجب أن يبيت عندها ليلة ثم يفعل في لياليه الثلاث ما شاء، وهكذا. ومن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة يبقى له من الدور ليلتان يبيتها حيث يشاء، وله تخصيص واحدة منهما بهما، وإن كانت التسوية بينهما أفضل. ومن كان له ثلاث زوجات فلهن ثلاث ليال، وتبقى له من الدور ليلة بعضها حيث يشاء. ويخصها بمن شاء منهن، وقسمتها بينهن وبين بعضهن على التساوي والاختلاف. ومن كان له أربع كمل الدور لهن. ولم يكن له الإخلال بالمبيت عند صاحبة الليلة أبداً مع الاختيار وعدم إذهنها. وكلما فرغ الدور استأنف للأولى على الترتيب الذي فعله في الدور الأول.

(١) في إحدى الحجريتين: عدم إرادة.

وعلى ما اختاره المصنف من عدم وجوبها إلا إذا ابتدأ بها لا يجب القسم
للزوجة الواحدة مطلقا، بل له أن يبيت عندها متى شاء ويعتزلها متى شاء. وإن كان
له اثنتان جاز له ترك القسم بينهما ابتداء بحيث لا يبيت عند واحدة منهما، بل يبيت
وحده في بيت منعزل عنهما عند أمة أو نحوها ممن لا قسمة لها أو في المسجد أو عند
صديق. فإن بات عند واحدة منهما ليلة وجب عليه أن يبيت عند الأخرى ليلة
مراعاة للعدل بينهما، ولما فيه من المعاشرة لهن بالمعروف المأمور (١) بها، ولقوله
صلى الله عليه وآله وسلم: " من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة
وشقه مائل أو ساقط) (٢). فإذا ساوى بينهما في ذلك جاز له اعتزالهما وترك القسمة
إلى أن يريد المبيت عند إحداهما فيلزمه ذلك للأخرى، وهكذا. وكذا القول فيمن له
ثلاث أو أربع. ومتى ساوى بينهن جمع ثم أعرض عنهن جاز كما في الابتداء.
ومما يتفرع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا قسمة لهن كالإماء
فعلى الأول ليس له أن يبيت عندهن إلا في الفاضل له من دور القسمة، فلو كان
عنده أربع منكوحات بالعقد الدائم لم يكن له أن يبيت عند الأمة مطلقا إلا بإذن
صاحبة الليلة. وعلى القول الآخر يجوز أن يبيت ابتداء عند من لا تجب لها القسمة،
ويستمر على ذلك مع واحدة منهن أو يزيد أو عند الجميع مساويا أو مفاضلا إلى
أن يبيت عند مستحقة القسمة ليلة فيجب المبيت عند الباقيات من ذوات القسمة
إن كان عنده يزيد من واحدة. فإذا ساوى بينهن جاز له العدول إلى من لا يستحق
القسمة كما مر مستمرا إلى أن يرجع إلى ذوات القسمة، وهكذا.

(١) النساء: ١٩.

(٢) مسند أحمد ٢: ٤٧١، سنن ابن ماجه ١: ٦٣٣ ح ١٩٦٩. سنن أبي داود ٢: ٢٤٢ ح ٢١٣٣،
سنن البيهقي ٧: ٢٩٧، وأورده الصدوق (ره) بلفظ آخر في عقاب الأعمال: ٣٣٣، وعنه
الوسائل ١٥: ٨٤ ب (٤) من أبواب القسم والنشوز.

وهل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليلة لكل واحدة؟ قيل: نعم.
والوجه اشتراط رضاهن.

قوله: " وهل يجوز..... الخ "

إذا قلنا بوجوب القسمة ابتداء أو أرادها حيث يكون عنده أزيد من واحدة فأقل القسمة بينهن ليلة ليلة، ولا يجوز النقصان عنها، لأنه ينغص العيش ويبطل الاستيناس، ولأن أجزاء الليل يعسر ضبطها غالباً.

وهل يجوز أن يجعلها أزيد من ليلة؟ قيل: نعم، ذهب إليه الشيخ في المبسوط (١) وجماعة (٢)، للأصل، وحصول الغرض حيث تحصل التسوية بينهن في الزمان. ولأن الحق له، فتقديره إليه. وحقهن إنما هو في العدل والتسوية، وهو متحقق.

وقيل: لا تجوز الزيادة على ليلة تأسيا بالنبي صلى الله عليه وآله، ولما فيه من الإضرار والتغير، إذ قد يحصل لبعضهن القسم ويلحقه ما يقطعه عن القسم للباقيات. وهذا هو الذي اختاره المصنف والمتأخرون (٣).

وفيه نظر، لما تقدم من أن فعل النبي صلى الله عليه وآله كان على وجه الاستحباب، ولا شبهة في رجحان كونه ليلة، ولا يدل على المنع من الزايد. ولحوق الضرر بالزيادة عن الليلة مطلقاً ممنوع، بل ربما كانت الزيادة عنها بمثل الليلتين والثلاث أنسب بحالهن وأقرب إلى مطلوبهن. وحصول العارض المانع من إكمال القسمة مشترك بين الليلة والأزيد. ولو سلم أمكن تقييد الجواز بما لا يوجب الضرر عادة.

(١) المبسوط ٤ : ٣٢٨.

(٢) راجع القواعد ٢ : ٤٦، وكنز العرفان ٢ : ٢١٦.

(٣) التحرير ٢ : ٤١، التنقيح الرائع ٣ : ٢٥١ - ٢٥٢، حاشية المحقق الكركي على الشرايع: ٣٩٤ (مخطوط).

ولو تزوج أربعاً دفعة رتبهن بالقرعة. وقيل: يبدأ بمن شاء حتى يأتي عليهن، ثم تجب التسوية على الترتيب. وهو أشبه.

وعلى القول بجواز الزيادة هل يتقدر بقدر؟ ليس في الأدلة ما يقتضي الحصر في عدد، إلا أن المدة الطويلة كالسنة ممتنعة قطعاً، من حيث انتفاء المعاشرة بالمعروف معها، وبالاضرار بها غالباً. وفي المبسوط (١) قدرها بثلاث ليال، واعتبر في الزائد عنها رضاهن. ويظهر من ابن الجنيد (٢) جواز جعلها سبعة. وفي القواعد (٣) أطلق عدم تقديرها كثرة من غير تقييد برضاهن. وقد عرفت أنه لا دليل على الحصر إلا من جهة العموم كالأضرار ونحوه، وإن كان الاقتصار على الليلة أولى، للتأسي. وموضع الخلاف مع تساويهن في الاستحقاق، أما مع التفاضل فلا إشكال في جواز القسمة أزيد من ليلة، كما سيأتي (٤).

قوله: "ولو تزوج..... الخ"

إذا أراد الابتداء بالقسمة، سواء أوجبنها ابتداءً أو مع اختيارها، ففي كيفية البداية قولان:

أحدهما: أنه يحكم بالقرعة فمن خرج اسمها بدأ بها. فإن كانتا اثنتين اكتفى بالقرعة مرة واحدة، لأن الثانية تعينت ثانياً. وإن كن ثلاثاً أقرع بين الباقيتين في الليلة الثانية. وإن كن أربعاً أقرع بين الثلاث ثانياً ثم بين الاثنتين ثالثاً تحرزاً عن التفضيل والترجيح، ولأنه ليس واحدة منهن أولى بالتقديم من الأخرى، فالتقديم بالقرعة عدل. ولأن تقديم واحدة بغير قرعة يقتضي الميل إليها في الوعيد

(١) المبسوط ٤: ٣٢٨.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) القواعد ٢: ٤٦.

(٤) في ص: ٣٢٢ و ٣٢٦.

السابق من الخبر (١) النبوي: " من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل ". ولأن النبي (٢) صلى الله عليه وآله وسلم كان يقرع بين نسائه إذا أراد سفرا ويصحب من أخرجتها القرعة.

والثاني: أنه لا تجب القرعة، بل يجوز أن يبدأ بمن شاء منهن ثم يختار ثانيا وثالثا إلى أن يأتي عليهن، للأصل، ولأنه على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمة بسبيل من الإعراض عنهن جميعا، وما لم يبت عند بعضهن لا يلزمه شئ للباقيات، فلا يحتاج إلى القرعة ابتداء. وهذا أقوى، وهو الذي اختاره المصنف والأكثر. ويتخرج (٣) في المسألة وجه ثالث، وهو أنه لا تجب القرعة ابتداء ولكن تجب بين الباقيات إذا كن أزيد من واحدة. أما الأول فلما قلناه من عدم وجوب الابتداء بالقسمة، وأنه لا تجب إلا إذا ابتدأ بواحدة فيجب الإكمال للباقيات. فعند إرادة القسمة لم يتعلق به وجوب حتى يقرع بين أفرادهن المتعددة فيه، وإنما وجب للباقي بمبيته عند الأولى وقد كان بمجرد الاختيار، فإذا تمت نوبتها وجب حينئذ القسم للباقيات. فإذا تعدد اعتبار التقديم بالقرعة، لعدم الأولوية مع اشتراكهن في الوجوب.

إذا تقرر ذلك فنقول: إذا أقرع بينهن وتمت النوب فلا حاجة إلى إعادة القرعة بل يراعي ما اقتضته من الترتيب الأول وجوبا أو استحبابا. هذا إذا أوجبنا القسمة مطلقا أو أراد العود إليها على الاتصال. أما لو أعرض عنهن مدة طويلة ففي وجوب البناء على الترتيب السابق نظر، لأن القسمة الحاضرة حق جديد لا تعلق له بالسابق بل يحتمل سقوط اعتباره وإن عاد على الاتصال حيث لا

(١) مر ذكر مصادره في ص: ٣١٤، هامش (٢).

(٢) سنن أبي داود ٢: ٢٤٣ ح ٢١٣٨، مسند أحمد ٦: ١١٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٣٤ ح ١٩٧٠.

(٣) في "س" و يترجح.

يوجبها مطلقا، لأن كل دور على هذا التقدير له حكم برأسه. ولو بدأ بواحدة من غير قرعة على القول بوجوبها فقد أساء، ويقرر بين الباقيات. وهل يعود بعد تمام النوب إلى التي بدأ بها ظلما حيث يعتبر العود إلى الترتيب الأول؟ وجهان، من حصول الترتيب في نفسه وإن اقترن بالظلم، ومن سقوط اعتبار البداية شرعا فتعتبر القرعة كما لو ابتدأ بالقسم. وهذا أجود. بقي البحث في أمرين:

أحدهما: أن الخلاف في وجوب القرعة وعدمها واقع على القولين السابقين أعني: وجوب القسمة ابتداء أو مع البداية بها كما أشرنا إليه سابقا. وقد صرح بذلك الشيخ في المبسوط حيث لم يوجبها ابتداء وأوجب البداية بالقرعة، فقال: " إذا كان للرجل زوجات لا يجب عليه القسم ابتداء، لأنه حق له، فإذا أسقطه لا يجبر عليه " ثم قال: " فأما إن أراد أن يتدئ بواحدة منهن فيجب عليه القسم، لأنه ليس واحدة منهن أولى بالتقديم من الأخرى، فعليه أن يقسم بينهن بالقرعة فمن خرجت له القرعة قدمها. هذا هو الأحوط. وقال قوم: قدم من شاء منهن " (١) انتهى كلامه. وهو صريح في إيجابه القرعة على القول بعدم وجوب القسمة ابتداء وإن كان قد جعله أخيرا أحوط.

ولكن العلامة في القواعد بنى القول بوجوب القرعة على القول بوجوب القسمة ابتداء فقال: " وهل يتدئ بالقرعة أو الاختيار؟ يبنى على الوجوب وعدمه " (٢).

وهذا البناء ليس بجيد، لما عرفت من وقوع الخلاف على القولين. ويمكن

(١) المبسوط ٤: ٣٢٥ - ٣٢٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٦.

والواجب في القسمة المضاجعة لا المواقعة.

حمل كلامه على بناء الحكم بوجوب القرعة على القولين عنده لا بناؤه في نفسه، بمعنى أنه إن قال بوجوب القسمة مطلقا يقول بوجوب القرعة وإلا فلا. وله وجه حسن، لأنه مع وجوبها يشترك الجميع في استحقاق القسمة، فالبدء بواحدة دون أخرى ترجيح من غير مرجح وميل منهى عنه، بخلاف ما إذا لم يوجبها إلا مع الابتداء، فإنه عند الابتداء بالأولى لا استحقاق لواحدة منهن وإنما تعلق حقهن بتمام الليلة كما أشرنا إليه سابقا. وعلى هذا لا يتوجه عليه النقض بحكم الشيخ في المبسوط بوجوب القرعة مع عدم وجوب الابتداء بالقسمة، لأنه بنى الحكم عنده لا مطلقا والشارحان (١) فهما منه إرادة الإطلاق فأوردا عليه كلام الشيخ.

الثاني: فرض المصنف الحكم فيما لو تزوج أربعاً دفعة على وجه المثال لا الحصر، لأن الخلاف يجري وإن تزوجهن على الترتيب، أما على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمة فظاهر، إذ لو كان معرضاً عن تزوجهن أولاً ثم تزوج غيرهن وأراد القسمة جاء في البداية الخلاف. وكذا لو قسم لاثنتين وأكمل الدور لنفسه ثم تزوج ثالثة. وأما على القول بوجوب القسمة مطلقاً فيأتي الخلاف فيمن تزوج بها على رأس كل دور، بأن بات عند ثلاث ثلاث ليالٍ وتزوج رابعة، أو عند اثنتين ليلتين وتزوج ثالثة أو اثنتين.

قوله: " والواجب في القسمة..... الخ "

المراد بالمضاجعة أن ينام معها على الفراش قريباً منها عادة، معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرياً بحيث لا يعد هاجراً وإن لم يتلاصق الجسمان أو بعضهما. ولا تعتبر المواقعة، لما تقدم من أنها لا تجب إلا في كل أربعة أشهر مرة، ولأنها غير مقدورة في كل وقت، وإنما يناط بالنشاط والشهوة وهي لا تؤاتي حيث يريد، بل هو حق له فأمره بيده عدا ما استثني.

(١) راجع الإيضاح ٣: ٢٥١.

ويختص الوجوب بالليل دون النهار. وقيل: يكون عندها في ليلتها،
ويظل عندها في صبيحتها. وهو المروي.

قوله: " ويختص الوجوب..... الخ "

عماد القسم الليل، قال تعالى: (وهو الذي جعل الليل لتسكنوا فيه) (١)
وقال تعالى: (وجعلنا الليل لباسا) (٢) والنهار في ذلك تبع، لأنه وقت التردد
والانتشار في الحوائج فلا تجب فيه القسمة، لكن يستحب أن يجعل النهار لصاحبة
الليلة، مبتدئا بالليل لأنه المعتبر في التواريخ الشرعية، ويجوز العكس.
ويظهر من الشيخ في المبسوط وجوب الكون معها نهارا " لأنه قال: وكل
امرأة قسم لها ليلا فإن لها نهار تلك الليلة، ولكن حكمه ليس كالليل، فإنه يجوز
الدخول نهارا إلى الضرة لعيادة وزيارة وحاجة كإعطاء النفقة ونحوها على القولين.
وإنما تظهر فائدته في عدم جواز البث معها لغير حاجة ولا لجماع، بخلاف الليل،
فإنه لا يجوز إلا لضرورة كعيادة مريضة. هكذا قرره (٣) الشيخ، ولم ينقل المصنف
ولا غيره خلافه.

والقول الذي نقله بوجوب الكون في صبيحة الليلة عندها لابن الجنيد، فإنه
قال: " العدل بين النساء هو إذا كن حرائر مسلمات لم يفضل إحداهن على الأخرى
في الواجب لهن من مبيت بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة " (٤).
واستدل له المصنف (٥) وغيره (٦) برواية إبراهيم الكرخي قال: " سألت أبا

(١) يونس: ٦٧. ونص الآية " هو الذي جعل لكم الليل... "

(٢) النبأ: ١٠.

(٣) في " ش " : " علله. لاحظ المبسوط ٤ : ٣٢٧ و ٣٣٣.

(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٨٠.

(٥) المختصر النافع ١ : ١٩١.

(٦) راجع القواعد ٢ : ٤٦، الإيضاح ٣ : ٢٥٠، المهذب البارع ٣ : ٤١٩.

عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن، فإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسهما، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك " (١). وإلى هذه الرواية أشار المصنف بقوله: " وهو المروي "

وفي دلالة الرواية على مذهب ابن الجنيد نظر " لأن الصبيحة تطلق لغة على أول النهار، والقبيلة التي أوجبها ابن الجنيد تكون في وسط النهار، لأنها - لغة (٢) النوم نصف النهار. ومع ذلك ليس في كلام ابن الجنيد أن يكون معها في الصبيحة بل في القبيلة خاصة، وهذا بخلاف ما في الرواية. والأولى حمل الرواية على الاستحباب، لقصورها عن إفادة حكم الوجوب من حيث السند، والأمر في الاستحباب أسهل. وكذا الحكم في بقية النهار.

وهذا كله فيمن لا يكون كسبه ليلاً كالحارس والأتوني (٣)، وإلا فعماد القسمة في حقهما وأشباههما النهار، وحكم الليل عندهم كنهام غيرهم والنهار كالليل عند غيرهم في جميع ما ذكر. ولو اختلف عمله فكان يعمل تارة بالليل ويستريح بالنهار ويعمل أخرى بالنهار ويستريح بالليل وجب عليه مراعاة التسوية بين زوجته بحسب الإمكان، فإن شق عليه ذلك لزمه لكل واحدة ما يتفق في نوبتها من ليل أو نهار.

(١) الكافي ٥: ٥٦٤ ح ٣٤، الفقيه ٣: ٢٧٠ ح ١٢٨٢، التهذيب ٧: ٤٢٢ ح ١٦٨٩، الوسائل ١٥: ٨٤ ب

(٥)

من أبواب القسم والنشوز والشقاق، ح ١.

(٢) لسان العرب ١١: ٥٧٧.

(٣) الأتون: الموقد. لسان العرب ١٣: ٧.

وإذا كانت الأمة مع الحرة أو الحرائر فللحرة ليلتان وللأمة ليلة.

قوله: " وإذا كانت الأمة..... الخ "

إذا كان له زوجة أمة مع حرة حيث يجوز الجمع بينهما - بأن يكون عبدا، أو قد تزوج الأمة أولا لفقد شرط الحرة ثم وجده فتزوج الحرة - فالمشهور أن للأمة نصف حق الحرة. ولما كانت القسمة لا تصح من دون ليلة كاملة جعل للحرة ليلتان وللأمة ليلة، وليكن ذلك من ثمان جمعا بين حقهما وحق الزوج، فيكون له منها خمس ليال ولهما ثلاث. هكذا ذكره جماعة (١) من المتأخرين. ولا يخلو من نظره لأن تنصيف الليلة في القسمة يجوز لعوارض - كما سيأتي - وإن لم يجز التنصيف ابتداء، فلا مانع من كونه هنا كذلك. ولما كان الأصل في دور القسمة أربع ليال فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل، خصوصا إذا قيل بجواز جمع ليلتي الحرة من الثمان، لأن ذلك خلاف وضع القسمة شرعا. وهذا كله إذا أوجبنا القسمة ابتداء. أما لو لم نوجبها إلا مع الابتداء بها وفي الحرة والأمة بما ذكره ولاء (٢) سقط حقهن إلى أن يتدئ بإحداهن من غير اعتبار دور. وكذا القول في باقي الصور الآتية.

وذهب المفيد (٣) إلى أن الأمة لا قسمة لها مطلقا والأصح المشهور، لصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: " سألته عن الرجل يتزوج المملوكة على الحرة، قال: لا، فإذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة " (٤). وفي معناها (٥) غيرها.

(١) راجع القواعد ٢: ٤٦، والتنقيح الرائع ٣: ٢٥٤.

(٢) في (س): أولا.

(٣) المقنعة: ٥١٨.

(٤) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ١١٦ ح ٢٩٠ التهذيب ٧: ٤٢١ ح ١٦٨٦، الوسائل ج ١: ٨٧

ب ٨، من أبواب القسم والنشوز والشقاق ح ١.

(٥) لاحظ الوسائل الباب المتقدم ح ٢، ٣، ٤.

والكتابية كالأمة في القسمة، فلو كان عنده مسلمة وكتابية كان للمسلمة ليلتان وللكتابية ليلة. ولو كانتا أمة مسلمة وحررة ذمية كانتا سواء في القسمة.

قوله: " والكتابية كالأمة.... الخ "

مساواة الحرة الكتابية للأمة في القسمة لا نص عليه ظاهرا لكنه مشهور بين الأصحاب، وذكر ابن إدريس (١) أنه مروى. وربما استدل له باقتضاء الاسلام أن يعلو (٢) على غيره ولا يعلى عليه، فلو ساوت المسلمة لزم عدم العلو. وفيه نظر، لأن مثل ذلك لا يقاوم الأدلة (٣) العامة المتناولة لها. وعلو الإسلام يتحقق في غير أداء الحقوق الشرعية، فإن المسلم والكافر فيه سواء. وعلى المشهور لو كانت الزوجة أمة كتابية كانت على نصف الأمة المسلمة، فيكون لها مع الحررة المسلمة ربع القسمة، فيكون لها ليلة من ست عشرة، وللحررة المسلمة أربع، والباقي للزوج حيث لا يكون له غيرهما. واعلم أن اجتماع المختلفات يتشعب إلى صور كثيرة، وقد عرفت أصولها فلا يخفى عليك حكم باقي الفروع. وحيث يجتمع للزوجة بسبب مصاحبة من دونها أكثر من ليلة يصير الدور هو العدد الخارج منه ما يراد من القسمة كالثمان حيث يكون هناك حرة وأمة، فالليلتان للحررة منها بمنزلة الليلة من الأربع، ويتخير الزوج بين إيفائها إياهما مجتمعتين ومتفرقتين. ويحتمل وجوب جعلهما في كل أربع ليلة كما كان لها ذلك قبل دخول الأمة، إلا مع رضاها بالجمع. وكذا القول في الأربع من

(١) السرائر ٢: ٦٠٨. والرواية أخرجها في الكافي ٥: ٣٥٩ ح ٥، والوسائل ١٤: ٤١٩ ب " ٧ "

من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٣.

(٢) مضمون حديث أخرجه في الوسائل ١٧: ٣٧٦ ب " ١ " من أبواب موانع الإرث ح ١١.

(٣) كإطلاق نصوص القسم للحررة، لاحظ الوسائل ١٥: ٨٧ ب (٨) من أبواب القسم

والنشوز.

فروع: لو بات عند الحرة ليلتين فأعتقت الأمة ورضيت بالعقد كان لما ليلتان، لأنها صادفت محل الاستحقاق. ولو بات عند الحرة ليلتين، ثم بات عند الأمة ليلة، ثم أعتقت، لم يبت عندها أخرى، لأنها استوفت حقها. ولو بات عند الأمة ليلة، ثم أعتقت قبل استيفاء الحرة، قيل: يغضي للأمة ليلة، لأنها ساوت الحرة. وفيه تردد.

الست عشرة مع اجتماعها مع أمة كتابية. ومثله الليلتان منها للأمة المسلمة حيث تجامعها حرة مسلمة وأمة كتابية. وما قررناه من الإشكال السابق آت هنا وزيادة، ولا يحصل التخلص منه لذات العدد الزائد إلا مع تفريقه، بإعطائها ليلة من كل أربع إن كانت حرة، ثم يشكل في ليلة الأمة من الثمان، وأقوى منه ليلتها من ست عشرة.

قوله: " لو بات عند الحرة.... الخ "

إذا طرأ العتق على الأمة في أثناء الدور فلا يخلو: إما أن يكون قد ابتدأ في القسم بالحرة أو بها، فهنا قسمان:

الأول: أن يكون البداية بالحرة فإما أن تعتق الأمة في نوبة الحرة أو في نوبة نفسها. فإن أعتقت في نوبة الحرة نظر إن أعتقت في القدر المشترك بين الحرة والأمة - بأن أعتقت في الليلة الأولى - قسم الليلة، وبات الليلة الأخرى عند المعتقة وساوى بينهما. وإن عتقت في الليلة الثانية لم يلزمه الخروج " بل يكمل الليلة عند الحرة ثم يبيت عند المعتقة ليلتين أيضا. وإن عتقت في نوبة نفسها نظر إن عتقت قبل تمام ليلتها أكمل لما ليلتين، لأنها التحقت بالحرة قبل توفية حقها. وإن عتقت بعد تمام ليلتها لم تستحق إكمال الليلتين " واقتصر (١) في ذلك الدور على ليلة ثم يسوي بينهما بعد ذلك، لأن عتقها صادف تمام حقها وبراءة الذمة منه. وهذه الصورة قد

(١) في " ش " والحريتين: واقتصر.

وليس للموطوءة بالملك قسمة، واحدة كانت أو أكثر.

تقدم (١) البحث فيها في نكاح المشركات. وهل العتق في يومها كليتها؟ يبنى على أن القسم هل يختص بالليل، أم يضاف إليه النهار، أم الصبيحة؟ والأقوى أنه لا يلحق بالليلة مطلقاً.

الثاني: أن تكون البداية بالأمة، فإن أعتقت في ليلتها صارت كالحرّة وسوى بينهما. وإن أعتقت بعد تمام ليلتها ففي إلحاقها في هذا الدور بالحرّة قولان: أحدهما: اللحوق بها، فإن كان العتق قبل الشروع في نوبة الحرّة أو بعده إلى آخر الليلة الأولى اقتصر عليها. وإن كان بعد الشروع في الليلة الثانية قضى للأمة ليلة أخرى، لأنها ساوت الحرّة قبل تمام نوبتها، فيسوي بينهما. وهذا قول الشيخ في المبسوط (٢)

والثاني: أنه يبيت عند الحرّة ليلتين ولا شيء للمعتقة في هذا الدور سوى الليلة، لأنها استوفت حقها قبل أن تعتق فلا يجب لها شيء، بل يبتدئ بالقسمة بعد توفية الحرّة حقها. وهذا أقوى.

والضابط على هذا: أن الأمة متى أعتقت بعد استيفاء حقها من النوبة فلا شيء لها، وأعطيت الحرّة حقها كاملاً، سواء كانت نوبتها متقدمة أم متأخرة. ومتى أعتقت قبل تمام نوبتها أكمل لما نصيب الحرّة. قوله: " وليس للموطوءة..... الخ "

هذا الحكم محل وفاق. فله مع تعددهن تخصيص من شاء منهن بالمبيت إذا لم يكن له زوجة أو كان وفضل له من الدور شيء فصرفه إلى الأمة. وبالجملة فحكمهن في القسمة حكم المعدومات. فلو كان له زوجة واحدة ولم نوجب القسمة

(١) في ج ٧: ٣٨٠ و ٣٨٤.

(٢) المبسوط ٤: ٣٣٢.

وله أن يطوف على الزوجات في بيوتهن، وأن يستدعيهن إلى منزله، وأن يستدعي بعضا ويسعى إلى بعض. وتختص البكر عند الدخول بسبع ليال، والثيب ثلاث، ولا يقضى ذلك.

لها من كل أربع كان مبيتة عند الأمة دائما بمنزلة الإعراض عن الزوجة ومبيتة وحده.

قوله: " وله أن يطاف..... الخ "

إذا لم ينفرد الزوج بمسكن ودار عليهن في مساكنهن فذاك. وإن انفرد بمسكن تخير بين المضي إليهن وبين أن يدعوهن إلى مسكنه في نوبتهن، لأن تعيين المسكن يرجع إليه، كما له نقلهن من مسكن إلى آخر. والأول أفضل تأسيسا بالنبي (١) صلى الله عليه وآله وسلم، فقد كان يطوف على نساءه في مساكنهن. وله أن يدعو بعضهن ويمضي إلى مسكن بعضهن، لما ذكرناه من العلة. ومنع بعضهم (٢) من هذا القسم لما فيه من التخصيص والخروج عن العدل. ولو كان له عذر في ذلك جاز اتفاقا، كما إذا كان مسكن إحداهما أقرب إليه فمضى إليها، ودعا الأخرى ليخفف عن نفسه مؤنة السير إليها " أو حضر بيت الشابة كراهة لخروجها، ودعا العجوز. وحيث تمتنع المدعوة مع قدرتها على الإجابة فهي ناشزة تسقط نفقتها وقسمتها. قوله: " وتختص البكر..... الخ "

من أسباب تفضيل بعض الزوجات على بعض تجدد النكاح، فإنه يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف، وهي سبع ليال إن كانت بكرا وثلاث إن كانت ثيبا. والمقصود منه أن ترتفع الحشمة وتحصل الألفة والأنس، وخصت

(١) السنن الكبرى ٧: ٢٩٨ - ٢٩٩، البداية والنهاية ٥: ٢٩٢.

(٢) راجع حاشية المحقق الكركي: ٣٩٤ - ٣٩٥ (مخطوط).

البكر بزيادة لأن حياءها أكثر. والأصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال:، (للبكر سبعة أيام وللثيب ثلاث، ثم يعود إلى نسائه " (١) وأنه صلى الله عليه وآله وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثة (٢) أيام. ومن طريق الأصحاب رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة وعنده امرأة، فقال: " إذا كانت بكرا فليبت عندها سبعا، وإن كانت ثيبا فثلاثا " (٣). وذهب الشيخ في النهاية (٤) وكتابي (٥) الحديث إلى أن اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب، وأما الواجب لما فثلاث كالثيب، جمعا بين رواية محمد ورواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا تزوج الرجل بكرا وعنده ثيب فله أن يفضل البكر ثلاثة أيام " (٦). وفي معناها رواية الحسن بن زياد (٧) ومقطوعة سماعة (٨). وقال ابن الجنيد: " إذا دخل ببكر وعنده ثيب واحدة فله أن يقيم عند البكر

- (١) سنن الدارمي ٢: ١٤٤ سنن ابن ماجة ١: ٦١٧ ح ١٩١٦، " سنن الدارقطني ٣: ٢٨٣ ح ١٤٠. والزيادة من الأخير.
- (٢) سنن أبي داود ٢: ٢٤٠ ح ٢١٢٢، سنن ابن ماجة ١: ٦١٧ ح ١٩١٧، سنن البيهقي ٧: ٣٠١.
- (٣) التهذيب ٧: ٤٢٠ ح ١٦٨٢، الاستبصار ٣: ٢٤١ ح ٨٦٤ الوسائل ١٥: ٨٢ ب (٢) من أبواب القسم والنشوز ح ٥.
- (٤) النهاية: ٤٨٣، ولكن ظاهره جواز التفضيل بالثلاث والسبع.
- (٥) التهذيب ٧: ٤٢٠ ذيل ح ١٦٨٢، الاستبصار ٣: ٢٤١ ذيل ح ٨٦٤. ولكن ظاهرهما حمل السبع على الجواز والثلاث على الأفضل.
- (٦) التهذيب ٧: ٤٢٠ ذيل ح ١٦٨١، الإستبصار ٣: ٢٤٢ ذيل ح ٨٦٥ الوسائل ١٥: ٨٢ ب (٢) من أبواب القسم والنشوز والشقاق، ح ٦.
- (٧) التهذيب ٧: ٤١٩، ح ١٦٧٩، الاستبصار ٣: ٢٤٢ ح ٨٦٦ الوسائل الباب المتقدم ح ٧.
- (٨) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ١١٨ ح ٢٩٨، التهذيب ٧: ٤١٩ ح ١٦٨٠، الاستبصار ٣: ٢٤١ ح ٨٦٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.

أول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم. وإن كانت عنده ثلاث ثيب أقام عند البكر ثلاثا حق الدخول، فإن شاء أن يسلفها من يوم إلى أربعة تنمة سبعة، ويقوم عند كل واحدة من نسائه مثل ذلك، ثم يقسم لهن، جاز. والثيب إذا تزوجها فله أن يقوم عندها ثلاثا حق الدخول، ثم يقسم لها ولمن عنده واحدة كانت أو ثلاثا قسمة متساوية " (١). انتهى كلامه.

وهذا الحكم إشارة إلى جمع آخر بين الروايات غير ما ذكره الشيخ، بحمل خبر السبع للبكر على تقديمها بذلك من غير اختصاص، وأخبار الثلاث على التقديم والاختصاص، تريب مما ذكره (٢) العامة في ذلك إلا أنهم خصوا هذا الحكم بالثيب، استنادا إلى ما رووه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه لما أقام عند أم سلمة ثلاثا قال لها: " إنه ليس بك هوان على أهلك إن شئت أقمت عندك ثلاثا خالصة لك، وإن شئت سبعت لك وسبعت لنسائي. قالت: تقيم معي ثلاثا خالصة " (٣). والأشهر (٤) بين الأصحاب القول الأول، بل لم ينقلوا فيه خلافا. إذا تقرر ذلك فنقول: ظاهر النص والفتوى أن هذا الحق لهما على جهة القسمة لا على وجه الاستحقاق المطلق، فيأتي فيه الخلاف السابق في وجوبها ابتداء

(١) لم نعثر عليه.

(٢) الحاوي الكبير ٩: ٥٨٧ - ٥٨٨. حلية العلماء ٦: ٥٢٩، الكافي لابن قدامة المقدسي ٣: ٩٣.

(٣) الموطأ ٢: ٥٢٩ ح ٢٤، مسند الشافعي: ٢٦٠، صحيح مسلم ٢: ١٠٨٣ ح ١٤٦٠، مع اختلاف في بعض اللفظ.

(٤) في هامش (و) " : " إنما نسب القول الأول إلى الشهرة دون القوة تنبيها على ضعف مستند ه، إذ ليس فيه من طرقنا إلا رواية محمد بن مسلم وفي طريقها من لا يعلم عدالته، وطريق رواية الحلبي صحيح على الظاهر، وأما رواية سماعة فمقطوعة. والحسن بن زياد مجهول، والبواقي عامية. وفي المختلف لم يذكر المسألة من الخلافات مع ما قد عرفت من الخلاف فيها والإشكال. بخطه قدس سره "

أو مقيدا بالبداة بإحدى الزوجات، وفيما لو لم يكن عنده غير الجديدة، فلا يختص على الثاني، ويكتفي لها بداعي الطبع. وربما قيل بوجوب ذلك اختصاصا و. تقديمًا مطلقًا من غير اعتبار القسمة. والأظهر الأول. ومحل التخصيص الليل كأصل القسمة، وهو اللايح من تأنيث الثلاث والسبع في النصوص، وأما النهار فتابع الليل كما ذكر في القسمة.

وفي قوله: "ولا يقضى ذلك" تنبيه على خلاف ابن الجنيد (١) بقضائه على بعض الوجوه، وقول بعض (٢) العامة بقضائه مطلقًا أو على بعض الوجوه أيضًا، وقد أشرنا (٣) إلى بعضه.

وإطلاق النصوص يقتضي عدم الفرق في الثيب بين من ذهبت بكارتها بجماع وغيره، ولا بين كون الجماع محللا ومحرمًا، عملاً بالعموم. وللعمامة (٤) وجه بإلحاق من ذهبت بكارتها بغير الجماع بالبكر، لمساواتها لها في الحكم بعدم الاستنطاق في النكاح.

وبقي في المسألة مباحث:

الأول: يجب التوالي في الثلاث والسبع، لأن الغرض لا يتم إلا به. ويتحقق بعدم خروجه في الليل إلى عند واحدة من نسائه مطلقًا على حد ما يعتبر في القسمة، ولا إلى غيرها لغير ضرورة أو طاعة، كصلاة جماعة ونحوها مما لا يطول زمانه وإن كان طاعة، لأن المقام عندها واجب فهو أولى من المندوب. ولو فرق الليالي أساء، وفي الاحتساب به وجهان، من امتثال الأمر بالعدد فكان ذلك بمنزلة

(١) ذكره في ص: ٣٢٧.

(٢) المقنع لابن البناء ٣: ٩٤٩، الحاوي الكبير ٩: ٥٨٦ - ٥٨٨، حلية العلماء ٦: ٢٩ - ٥٣٠.

(٣) في الصفحة السابقة، هامش (٢).

(٤) روضة الطالبين ٥: ٦٦٦.

القضاء، ومن اشتمال التوالي على غاية لا تحصل بدونه، كالأنس وارتفاع الحشمة والحياء.

الثاني: لا فرق في الزوجة هنا بين الحرة والأمة المسلمة والكتابية حيث يجوز ابتداء تزويجها، عملاً بالعموم، ولأن المقصود من ذلك أمر يتعلق بالطبع، وهو لا يختلف بالرق والحرية ولا بالإسلام والكفر، كما يشترك الجميع في مدة العنة والإيلاء.

وقيل: يتشتر للأمة ما تستحق الحرة كالقسم في دوام النكاح. وقربه في التحرير (١). وعليه ففي كيفية التشطير وجهان أحدهما أن يكمل المنكسر، فيثبت للبكر أربع ليال وللثيب ليلتان. وأصحهما (٢) أن للبكر ثلاث ليال ونصفا وللثيب ليلة ونصفا، لأن المدة قابلة للتنصيف، فيخرج عند انتصاف الليل إلى بيت منفرد أو مسجد.

ويعتبر في الحرية والرقية بحالة الزفاف، فلو نكحها وهي أمة وزفت إليه وهي حرة فلها حق الحرائر على القولين. وإن أعتقت في أثناء المدة ففي اعتبار حق الإماء أو الحرائر وجهان أجودهما الثاني. وقد سبق (٣) نظيره في نكاح المشركات إذا تبدل الرق بالحرية.

الثالث: لو قضى حق الجديدة ثم طلقها ثم راجعها لم يعد حق الزفاف، لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفى حقها، ومن ثم لو طلقها بعد ذلك كان طلاق مدخول بها فتجب العدة وإن لم يدخل بعد الرجعة. ولو أبانها ثم جدد نكاحها ولو في العدة فالأصح تجدد الحق، لعود الجهة بالفراق المبين. ويحتمل عود الأول. ومثله

(١) التحرير ٢: ٤١.

(٢) في "س": وثانيهما.

(٣) في ج ٧: ٣٨٠.

ولو سيق إليه زوجتان أو زوجات في ليلة، قيل: يتدئ بمن شاء،
وقيل: يقرع. والأول أشبه، والثاني أفضل.

ما لو أعتق مستولده أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها. ولو كان قد أبانها قبل أن يوفيهما حقها ثم جدد نكاحها لزمه التوفية، لأنه ظلم بالطلاق. وعلى هذا فلو أقام عند البكر ثلاثا واقتضها ثم أبانها ثم نكحها وجب أن يبيت عندها ثلاثا حق زفاف الثيب. ولو قلنا بعود الأول وجب أن يبيت عندها أربعاً، لأن حق الزفاف في النكاح الثاني على هذا يبنى على النكاح الأول، وقد بقي منه هذا المقدار. الرابع: قد عرفت أن للجديدة حق الاختصاص بالعدد المذكور والتقدم به على غيرها، فإن زفت إليه بعد تمام الدور حصل لها الاختصاص خاصة. وكذا لو تزوجها على واحدة. ولو كان عنده امرأتان فزفت إليه جديدة بعد ما قسم لإحدهما دون الأخرى قضى حق الزفاف، وتحقق هنا الاختصاص والتقديم، ثم قسم للقديمة الأخرى، وأعطى الجديدة نصف ما وفي القديمة، لاستحقاقها حينئذ ثلث القسم. فإن كان قد قسم للأولى ليلة وفي الأخرى بعد حق الزفاف ليلة، وبات عند الجديدة نصف ليلة وخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه، ثم استأنف القسم بينهن على السوية. ولو قسم للأولى خمس عشرة وتزوج بكراً خصها بسبع، ثم قسم ثلاثاً للقديمة وواحدة للجديدة خمسة أدوار.

الخامس: لو تزوج في أثناء القسم ظلم من بقي بتأخير حقها بعد حضوره، ولا يؤثر في تقديم الجديدة. ويجب التخلص من مظلمة المتأخرة على الوجه الذي ذكرناه.

قوله: " ولو سيق إليه زوجتان..... الخ "

قد تقدم (١) البحث في هذه المسألة، وإنما أعادها لينبه هنا على اشتراك

(١) في ص: ٣١٦.

وتسقط القسمة بالسفر. وقيل: يقضي سفر النقلة والإقامة دون سفر الغيبة.

الجديدات في الاختصاص والتقديم على غيرهن من القديمات، والأولى تضمنت البداية بواحدة بالقرعة أو التخيير أعم من أن يكون معهن غيرهن أم لا. وإنما يتدئ بمن شاء أو يقرع حيث يتزوجهن ويزفنن إليه دفعة واحدة، فلو ترتبن بدأ بالسابقة. ويكره زفافهن دفعة. وحيث تخرج القرعة لإحداهن قدمها بجميع السبع أو الثلاث. ويحتمل تقديمها بليلة ثم يبيت عند الأخرى ليلة، وهكذا يفعل إلى تمام المدة. والأقوى الأول. ويحتمل تخييره بين الأمرين وما يتشعب منهما، كتخصيص الأولى بليتين أو ثلاث ثم الثانية إلى أن يكمل العدد. والحكم في استحباب القرعة وجواز التخيير كما سبق.

قوله: (" وتسقط القسمة.... الخ ").

إذا أراد الزوج السفر وأحب استصحاب بعض أزواجه دون بعض جاز، فقد كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم يفعل (١) ذلك، فإذا صحب بعضهن فلا قضاء للمتخلفات عن زمان صحبة المسافرة معه، لأن النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل أنه كان يقضي للمتخلفات، ولو وقع لا شبهة أن ينقل مع ذكر سفره بمن خرج اسمها، بل في بعض (٢) الروايات أنه لم يكن يقضي صريحا. ويؤيده أن المسافرة وإن حظيت بصحبة الزوج فقد تعبت بالسفر ومشاقه، ولم يحصل لها دعة الحضر، فلو قضى لهن كان حظهن أوفر، وهو خلاف العدل أو ميل (٣) كل الميل.

(١) مسند الشافعي: ٢٦١، مسند أحمد ٦: ١١٧، صحيح البخاري ٧: ٤٣، سنن أبي داود ٢: ٢٤٣ ح ٣٨ ١ ٢، مسند أبي يعلى ٧: ٣٦٢ ح ٤٣٩٧.
(٢) لم نجدتها في كتب الحديث وإنما أرسلها الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٥٩١، ووصف مضمونها في تلخيص الحبير ٣: ٢٠٣ بأنه لا يعرف.
(٣) اقتباس لطيف من الآية ١٢٩ من سورة النساء: " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة "

وشرط بعضهم (١) في عدم القضاء أن يصحب الخارجة بالقرعة، فلو أخرجها بمجرد التخير والميل قضى، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ما كان يخرج (٢) معه واحدة إلا بالقرعة، فمن ثم لم يقض، بخلاف ما لو أخرجها بالتشهي، لأنه ميل وظلم بالتفضيل. ولم يشترط ذلك المصنف، لأن السفر لا حق للنساء فيه، ومن ثم جاز انفراده. وفيه: الفرق بين الأمرين. وعلى تقدير عدم القضاء مطلقاً أو مقيداً بالقرعة هل يعم كل سفر، أو يختص بسفر الغيبة؟ قولان:

أحدها - واختاره المصنف - العموم، لما ذكرناه من أن السفر لا حق لهن فيه، ولا مزية لسفر على سفر. ولأن الاشتغال بمشقة السفر ووعثائه (٣) يمنع من حقوق القسمة وخلوص الصحبة والتفرد بالخلوة التي هي غاية القسمة.

والثاني: الاختصاص بسفر الغيبة، كالسفر لتجارة أو غيرها من الأغراض مع عزم العود عند قضاء الوطر، فيقضي سفر النقلة وهو الذي يخرج على نية الانتقال إلى بلد آخر. والفرق أن سفر النقلة لا يختص ببعضهن، بل يحتاج إلى نقلهن جميعاً، فلا يخصص واحدة بالاستصحاب كما في الحضر، فإن صحب بعضهن قضى، بخلاف غيره من الأسفار، إذ لا حق لهن فيه. وفي حكم سفر النقلة الإقامة في سفر الغيبة بحيث يخرج عن اسم المسافر

(١) راجع الخلاف ٤: ٤١٥ مسألة (٧) "الجامع للشرائع: ٤٥٧، وكذا حلية العلماء ٦: ٥٣٢، شرح السنة للبخاري ٩: ١٥٤، روضة الطالبين ٥: ٦٧١.
(٢) مسند الشافعي: ٢٦١، مسند أحمد ٦: ١١٧، صحيح البخاري ٧: ٤٣، سنن أبي داود ٢: ٢٤٣ ح ٢١٣٨، مسند أبي يعلى ٧: ٣٦٢ ح ٤٣٩٧.
(٣) في الحجريتين: وعثائه.

ويستحب أن يقرع بينهن إذا أراد استصحاب بعضهن. وهل يجوز العدول عن خرج اسمها إلى غيرها؟ قيل: لا، لأنها تعينت للسفر. وفيه تردد.

بالتمام أو ما في معناه، لأنه بالإقامة على ذلك الوجه يصير كالحاضر في التمتع بالزوجة والخروج عن مشقة السفر. وفيه قول آخر بالتفصيل والفرق بين إخراجها معه هنا بالقرعة وعدمها فيه، فيقضي في الثاني دون الأول كالأول. وفي المبسوط (١) اقتصر على نقل القولين ولم يرجح شيئاً، لكنه جزم بأن من أخرجها معه هنا بالقرعة لا قضاء عليه للباقيات، وتردد في الفرق بين سفر النقلة وغيره. والأقوى عدم قضاء أيام السفر مطلقاً، وقضاء أيام الإقامة مطلقاً. قوله: " ويستحب أن يقرع..... الخ ". وجه الاستحباب التأسى بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم، فإنه كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج اسمها أخرجها (٢). وكيفية القرعة أن يكتب أسماء النسوة في رقاع بعددهن ويخرجها في بندق متساوية، ويضعها على وجه لا يتميز ويخرج منها واحدة على السفر، فمن خرج اسمها صحبها. وإن أراد استصحاب اثنتين معه أخرج رقعة أخرى، وهكذا. ويجوز والحال هذه الاقتصار على رقتين " ويثبت في كل واحدة اسم اثنتين إذا رضي باستصحاب كل واحدة من اثنتين. والأول أعدل، لجواز أن يخرج اثنتان مفترقتين في الرقتين، وهو لا يحصل بهذه الصورة. وإن شاء أثبت الحضر في ثلاث رقاع والسفر في واحدة وأخرجها ثم يخرج رقعة على اسم واحدة " فإذا خرجت

(١) المبسوط ٤: ٣٣٥.

(٢) راجع الصفحة السابقة، هامش (٢).

ولا يتوقف قسم الأمة على إذن المالك، لأنه لاحظ له فيه.

رقعة السفر استصحابها، وإن خرجت رقعة من رقاع الحفر أخرج رقعة أخرى على اسم الأخرى، وهكذا حتى تبقى رقعة السفر فيتعين المتخلفة. ولو أراد السفر باثنتين أثبت السفر في رقتين والحضر في رقتين. إذا تقرر ذلك وأخرجت القرعة واحدة أو أكثر حيث يريد لم يجب عليه استصحاب الخارجة، بمعنى جواز أن يخلفها مع المتخلفات. ولكن هل يجوز تركها واستصحاب غيرها؟ قال الشيخ في المبسوط (١): لا وإلا لانتفت فائدتها. وقيل: يجوز، لأنها ليست من الملزمات، لأن الاستصحاب تبرع، إذ الزمان لا تستحق فيه الزوجات القسم. وفائدتها رفع المشقة عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبها بمجرد الميل والهوى، وذلك على وجه الأفضلية، إذ لم يثبت ما يدل على خلافه. والفرق بين تركها مع المتخلفات وتركها مع أخذ غيرها - حيث جاز الأول إجماعاً دون الثاني - أن القرعة لا توجب الصحبة وإنما تعين من يستحق التقديم على تقدير إرادته. ولا ريب أن مراعاة القرعة أولى. قوله: " ولا يتوقف قسم.... الخ "

إذا زوج المولى أمته فعليه تسليمها إلى الزوج ليلاً، وله منعها منه واستخدامها نهاراً. وليس له في حق القسمة أمر، لأن الغرض منه الاستمتاع والأنس ولا حظ له فيه. فإذا طلبت حقها ليس للمولى منعها منه، ولا منعها من إسقاطه لو أرادته أو وهبته لبعض ضرايرها، كما ليس له فسخ النكاح لو رضيت بعنه أو جنونه. لأن ذلك حظها فأمره إليها. وهذا لا كلام فيه. لكن هل يتوقف وجوب القسمة لها على وجوب نفقتها كالحرّة؟ وجهان، من أن حق القسمة من جملة الحقوق المترتبة على التمكين " ودورانه مع النفقة في الحرّة

(١) المبسوط ٤: ٣٣٤.

وتستحب التسوية بين الزوجات في الإنفاق وإطلاق الوجه والجماع.

وجودا وعدما، ومن أن وجوب نفقة الأمة على الزوج متوقف على تسليمها إليه نهارا، وهو غير واجب على المولى، فلا يكون حكمها كالناشر بل كالمسافرة في واجب. وقال الشيخ في المبسوط: " النفقة والقسم شئ واحد فكل امرأة لها النفقة فلها القسم، وكل من لا نفقة لها لا قسم لها " (١). وهذا يقتضي عدم وجوب القسم للأمة مع عدم تسليم المولى لها نهارا، لسقوط نفقتها حينئذ، وإن كان ذلك غير واجب على المولى. ولعله الوجه. قوله: " وتستحب التسوية.... الخ "

التسوية بينهن في القسم حيث لا مرجح، والإنفاق عليهن بقدر الكفاية على ما سيأتي. وأما التسوية بينهن في النفقة وحسن العشرة والجماع ومقدماته فليس بواجب. للأصل. ولقوله تعالى: (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل) (٢) ومثل هذا ميل وليس كل الميل، لكنه يستحب استحبابا مؤكدا، لما فيه من رعاية العدل وتمام الإنصاف. وروى عبد الملك بن عتبة الهاشمي قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون له امرأتان فيريد أن يؤثر إحداهما بالكسوة والعطية أيصلح ذلك؟ قال: لا بأس بذلك واجهد في العدل بينهما " (٣). وقد روي (٤) في عدل النبي صلى الله

(١) المبسوط ٤ : ٣٢٨.

(٢) النساء: ١٢٩.

(٣) التهذيب ٧ : ٤٢٢، ح ١٦٨٧، الاستبصار ٣ : ٢٤١ ح ٨٦١، الوسائل ٥ : ١٠٨٣ ب (٣) من أبواب القسم والنشوز والشقاق، ح ١.

(٤) في " ش " : رووا.

وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبته.
وأن يأذن لها في حضور موت أبيها وأمها. وله منعها عن عيادة
أبيها وأمها، وعن الخروج من منزله إلا لحق واجب.

عليه وآله وسلم بين أزواجه - مع عدم وجوبه كما سبق (١) - أنه كان إذا قسم بينهن
لا ينتهي إلى المرأة الأولى إلى تسع " لكن يجتمعن كل ليلة في بيت التي (٢) يأتيها.
وكان صلى الله عليه وآله وسلم يطوف عليهن فيدنو ويلمس من غير مسيس حتى
يفضي إلى التي هو يومها فيبيت (٣) عندها. وروي أن عليا عليه السلام قال: " من
كان له امرأتان فإذا كان يوم واحدة فلا يتوضأ عند الأخرى (٤).
قوله: " وأن يكون في صبيحة..... الخ "

قد تقدم (٥) في رواية إبراهيم الكرخي ما يدل عليه، وذهب بعض الأصحاب
إلى وجوبه، فلا أقل من الاستحباب.

قوله: " (وأن يأذن لما في حضور..... الخ).

قد عرفت أن حق الاستمتاع واجب عليها وهو غير مختص بزمان ولا
مكان، فليس لها فعل ما ينافيه إلا بإذنه، ومنه الخروج من بيته ولو إلى بيت أهلها
وعيادتهم وشهادة جنائزهم، لأن غاية ذلك الاستحباب أو الإباحة فتقديم الواجب
أولى.

وروى عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إن رجلا من

(١) في ج ٧: ٨٢ - ٨٤.

(٢) صحيح مسلم ٢: ١٠٨٤ ح ١٤٦٢.

(٣) سنن الدارقطني ٣: ٢٨٤ ح ١٤٥، المستدرک للحاكم ٢: ١٨٦.

(٤) التبيان ٣: ٣٥٠، مجمع البيان ٢: ١٢١، وسائل ١٥: ٨٥ ب (٥) من أبواب القسم والنشوز
والشقاق، ح ٣. وفي المصادر: " إن عليا عليه السلام كان له امرأتان..... "

(٥) في ص: ٣٢٠ - ٣٢١، هامش (١).

وأما اللواحق فمسائل:
الأولى: القسم حق مشترك بين الزوج والزوجة، لاشارك ثمرته.
فلو أسقطت حقها منه كان للزوج الخيار.

الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خرج في بعض حوائجه فعهد إلى امرأته عهداً أن لا تخرج من بيتها حتى يقدم. قال: وإن أباهما مرض فبعثت المرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم تستأذنه أن تعود، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا، اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك. قالت: فثقل فتأمرني أن أعوده، فقال: لا، اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك. قال: فمات أبوها فبعثت إليه إن أبي قد مات فتأمرني أن أصلي عليه، فقال: لا، اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك. قال: فدفن الرجل فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن الله قد غفر لك ولأبيك بطاعتك لزوجك " (١).

وروى العامة (٢) عن ثابت البناني عن أنس مثله. ومع ذلك فيستحب للرجل أن لا يضيق عليها في ذلك، ويأذن لها في زيارة أهلها وعبادة مرضاهم وحضور ميتهم ونحو ذلك، كيلا يؤدي إلى الوحشة وقطيعة الرحم.
قوله: " القسم حق مشترك..... الخ " .

الحكم باشتراك حق القسم بين الزوجين لا يوافق ما ذهب إليه المصنف سابقاً (٣) من عدم وجوب القسمة على الزوج إلا أن يتدى، بها، فإنه مبني على اختصاص حقه بالزوج. والقائل بوجوب القسمة مطلقاً ووجوبها للزوجة الواحدة من كل أربع احتج بهذه العبارة. ولعل المصنف يريد بالحق أعم من الواجب، إذ لا

(١) الكافي ٥: ٥١٣ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٠ ح ١٣٣٣، الوسائل ١٤: ١٢٥ ب " ٩١ " من أبواب مقدمات النكاح وآدابه ح ١.
(٢) مجمع الزوائد ٤: ٣١٣، وأورده الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٥٨٤.
(٣) في ص: ٣١٠.

ولها أن تهب ليلتها للزوج أو لبعضهن مع رضاه. فإن وهبت الزوج وضعها حيث شاء. وإن وهبتها لهن وجب قسمتها عليهن. وإن وهبتها لبعض اختصت بالموهوبة. وكذا لو وهبت ثلاث منهن ليلتهن للرابعة لزمه المبيت عندها من غير إخلال.

شبهة في اشتراك ثمرته، وإنما الكلام في اشتراك حقيقته (١) أو اختصاصها بالزوج. ولو أراد بالحق ما هو أعم من الواجب فلا بد من استعماله في معنييه، فليدخل حق الزوج فيه، فإنه واجب. ويمكن حينئذ أن يريد القدر المشترك بين الواجب وغيره، وهو الراجح مطلقاً. وقد كان يمكن تفريع قوله: "فلو أسقطت حقها منه) على الحكم بكونه حقاً للزوج، فليس لها حينئذ إسقاط نصيبها من القسم إلا برضاه، وتحصل المطابقة بين الحكمين. قوله: (ولها أن تهب ليلتها.... الخ).

إذا سامحت واحدة من زوجاته وتركت حقها من القسم لم يجب على الزوج القبول، سواء جعلنا الحق مختصاً به أم مشتركاً، لأن الاستمتاع بها حقه في الجملة، فله أن يبيت عندها في نوبتها. وإن رضي بالمسامحة ينظر إن وهبت من ضرة بعينها بات عند الموهوبة منها ليلتين ليلة لها واللييلة المنتقلة عن الواهبة. والأصل في ذلك ما روي أن سودة بنت زمعة لما كبرت وهبت نوبتها لعائشة، وكان النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقسم لها يومها ويوم سودة (٢).

ثم إن كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوبة بات عندها الليلتين على الولاء. وإن كانت منفصلة عنها فالأصح وجوب مراعاة النوبة فيهما، لأن حق من بين الليلتين سابق فلا يجوز تأخيرها، ولأن الواهبة على تقدير تأخر ليلتها قد ترجع

(١) في "س" وإحدى الحجريتين: حقيقته.

(٢) صحيح مسلم ٢: ١٠٨٥ ح ١٤٦٣، سنن ابن ماجه ١: ٦٣٤ ح ١٩٧٢، سنن البيهقي ٧: ٢٩٦.

بين الليلتين، والموالة تفوت حق الرجوع عليها. وإن وهبت حقها من الزوج فله وضعه حيث شاء. وعلى هذا فينظر في ليلة الواهبة وليلة التي يريد تخصيصها أهما متواليتان أم لا؟ ويكون الحكم على ما سبق وإن وهبت حقها من جميعهن وجبت القسمة بين الباقيات، وصارت الواهبة كالمعدومة. ومثله ما لو أسقطت حقها طلقا. هذا إذا لم نوجب القسمة ابتداء، وإلا لم يتم تنزيلها كالمعدومة على تقدير الهبة لهن، لاشتراكهن حينئذ في تمام الدور، وهو الأربع. ولو جعلناها معدومة فضل له ليلة. والواجب على هذا القول أن يرجع الدور إلى ثلاث دائما ما دامت الواهبة مستحقة للقسمة. ويتفرع على ذلك ما لو طلقها أو نشزت " فإن حكم ليلتها يسقط وتصير كالمعدومة محضا، فلو كانت الموهوبة معينة اقتصر على ليلتها، وعلى التقدير الآخر يفضل له ليلة.

واعلم أنه لا يشترط في هذه الهبة رضا الموهوبة وقبولها حيث تكون معينة، بل يكفي قبول الزوج، لأن الحق مختص به. ولو فرض هبة الجميع لواحدة انحصر الحق فيها، ولزمه مبيت الأربع عندها من غير إخلال على تقدير القول بوجوب القسمة دائما. ولا تنزل حينئذ منزلة الزوجة الواحدة، بل بمنزلة الأربع. وعلى القول الآخر يجب عليه إكمال الدور لها حيث ابتدأ به، وسقط عنه بعد ذلك إلى أن يبتدئ به فيجب عليه إكمال الأربع لها، وهكذا. ويجري عليه أيضا قوله: " لزمه المبيت عندها من غير إخلال " يعني بالدور الواجب (١).

(١) في هامش " و " : " فرع: لو بات في نوبة واحدة عند غيرها، وادعى أنها كانت وهبت نوبتها منها وأنكرت، فالقول قولها وعليه البينة. ولا يقبل فيه شهادة النساء منفردات ولا منضمات. لأن حق القسمة ليس مالا ولا يتضمن المال. بخطه قدس سره " .

الثانية: إذا وهبت ورضي الزوج صح ولو رجعت كان لها، لكن لا يصح في الماضي، بمعنى أنه لا يقضى، ويصح فيما يستقبل. ولو رجعت ولم يعلم لم يقض ما مضى قبل علمه.

الثالثة: لو التمسست عوضاً عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم؟ قيل: لا، لأنه حق لا يتقوم منفرداً، فلا تصح المعاوضة عليه.

قوله: " إذا وهبت ورضي..... الخ "

قد تقدم الحكم بأن رضا الزوج معتبر، لأن حق الاستمتاع له، وهذه الهبة في معنى إسقاط الحق والمسامحة فيه. وإنما يتصور لزومه فيما يمكن أن يكون في الذمة، كالماضي الذي يجب قضاؤه، أما المستقبل فلا يلزمها الهبة، لأنه متجدد لا يمكن قبضه فلها الرجوع فيه، حتى لو رجعت في أثناء الليل وعلم به خرج من عند الموهوبة إليها. وأما ما مضى فلا يؤثر الرجوع فيه، لأنه كالهبة المقبوضة. وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع لا يؤثر فيه الرجوع ولا يقضى، لأنه لم يظهر منه ميل ولا تقصير حيث لم يعلم. وفي المسألة وجه أنه يقضى كما قيل بانعزال الوكيل قبل العلم بالعزل. والحق الأول.

قوله: " لو التمسست عوضاً..... الخ "

القول بعدم جواز المعاوضة على هذا الحق من الزوج وغيره من الضرات للشيخ في المبسوط (١)، محتجاً بأن العوض يكون في مقابلة عين أو منفعة، وهذا الحق ليس بعين ولا منفعة، وإنما هو مأوى ومسكن، فلا تصح المعاوضة عليه بالمال.

ونقل المصنف له بالقييل يؤذن بضعفه أو ترده فيه. ووجهه: منع انحصار المعاوضة في الأمرين، لجواز المعاوضة بالصلح على حق الشفعة والتحجير ونحوهما

(١) المبسوط ٤: ٣٢٥.

الرابعة لا قسمة للصغيرة، ولا المجنونة المطبقة، ولا الناشز، ولا
المسافرة بغير إذنه، بمعنى أنه لا يقضي لهن عما سلف.

من الحقوق. مع أن في رواية علي بن جعفر ما يدل على جواز شرائه منها، لأنه
روى عن أخيه موسى عليه السلام قال: " سألته عن رجل له امرأتان قالت
إحدهما: ليلتي ويومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت
نفساً واشترى ذلك منها فلا بأس " (١). وإطلاق الشراء على مثل هذا الحق مجاز،
لأن متعلقه الأعيان المالية لا غيرها، فكأنه كناية عن المعاوضة عليه في الجملة.
وحيث لا تصح المعاوضة يجب عليها رد العوض إن كانت قبضته، ويجب
القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه لم يسلم لها العوض. هذا مع جهلها
بالفساد أو علمها وبقاء العين، وإلا أشكل الرجوع، لتسليطه لها على إتلافه بغير
عوض حيث يعلم أنه لا يسلم له، كما في البيع الفاسد مع علمها بالفساد.
قوله: " لا قسمة للصغيرة.... الخ ".
لما كانت القسمة من جملة حقوق الزوجية، وهي بمنزلة النفقة على الزوجة،
فمن لا تستحق النفقة لصغر أو نشوز فلا قسمة لها.
وأما المجنونة فإن كان جنونها مطبقاً فلا قسمة لها وإن استحقت النفقة، إذ لا
عقل لها يدعوها إلى الأُنس بالزوج والتمتع به. وإن كان يعترئها أدواراً كالتي تصرع
في بعض الأوقات فهي كالعاقلة في وجوب القسمة. كذا أطلقه المصنف وجماعة (٢).
والأولى تقييد المطبقة بما إذا خاف أذاها ولم يكن لها شعور بالأُنس به، وإلا لم يسقط
حقها منها.

(١) في هامش " و " : " في طريق الرواية محمد بن أحمد العلوي وهو مجهول، وباقي الطريق
صحيح. بخطه قدس سره ".
(٢) راجع إرشاد الأذهان ٢ : ٣٢.

الخامسة: لا يزور الزوج الضرة في ليلة ضررتها. ولو كانت مريضة جاز له عيادتها، فإن استوعب الليلة عندها هل يقضيها؟ قيل: نعم، لأنه لم يحصل المبيت لصاحبته. وقيل: لا، كما لو زار أجنبيا. وهو أشبه.

وأما المسافرة فإن كان سفرها بغير إذنه في غير واجب ولا ضروري فلا قسمة لها، لأنها ناشزة. وإن كان واجبا مضيقا كالحج الواجب بالأصل أو النذر المعين حيث يلزم، أو بإذنه في غرضه " لم يسقط حقها منها، فيجب القضاء لها بعد الرجوع. ولو كان بإذنه في غرضها غير الواجب أو الواجب الموسع فقولان، من الإذن في تفويت حقه فيبقى حقها، ومن فوات التمكين والاستمتاع المستحق عليها لأجل مصلحتها، والإذن إنما يؤثر في سقوط الإثم. وفوات التسليم المستحق وإن كان بسبب غير مآثم فيه يوجب سقوط ما يقابله " كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب تعذر فيه، فإنه يسقط تسليم الثمن. والأول خيرة العلامة في التحرير (١)، والثاني خيرته في القواعد (٢). وحيث نحكم بالوجوب فالمراد وجوب القضاء لفوات محله بالسفر. قوله: " لا يزور الزوج..... الخ "

حيث كان محل استحقاق القسمة هو الليل فلا يجوز صرف شيء منه إلى غيرها إلا بما جرت به العادة ودلت قرائن الأحوال على إذنها فيه، كالدخول على بعض أصدقائه من غير إطالة، دون الدخول على الضرة ولو لحاجة غير ضرورية، لما فيه من التخصيص المنافي للعدل، إلا أن تكون مريضة فيجوز عيادتها، لقضاء العادة به كما يجوز عيادة الأجنبي، ولعدم التهمة في زيارتها حينئذ لمكان المرض،

(١) تحرير الأحكام ٢: ٤١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٥.

ولو دخل فواقعها ثم عاد إلى صاحبة الليلة لم يقض المواقعة في حق الباقيات، لأن المواقعة ليست من لوازم القسمة.

بخلاف الصحة. وقيده في المبسوط (١) بكون المرض ثقيلًا وإلا لم يصح. ثم إن خرج من عندها في الحال لا يجب عليه قضاؤه وإن كان عاصيا به، لأنه قدر يسير لا يقدر في المقصود. وإن استوعب الليلة في غير العيادة فلا شبهة في القضاء، وفيها قولان، من عدم وصول حق صاحبة الليلة إليها، وليس من ضرورات الزيارة الإقامة طول الليل، فهو ظلم، وكل ظلم للزوجة في المبيت يقضى. واختار المصنف العدم، كما لو زار أجنبيًا والأول أقوى. والفرق بين الأمرين واضح. والأصل ممنوع، فإن زيارة الأجنبي مشروطة بعدم استيعاب الليلة. وعلى القولين لا تحتسب على المزورة، لأنها ليست حقها. ولو طال المكث ليلا عند غير صاحبة النوبة بغير عيادة، فإن كان عند الضرة وجب قضاؤه بمثله في نوبة المصحوبة فيه. وإن كان عند غيرها ففي ليلته إن فضل له فضل، وإلا بقيت المظلمة في ذمته إلى أن يتخلص منها بمسامحة أو قضاء. والأقوى مساواة زمان العيادة لغيره في ذلك. قوله: " ولو دخل فواقعها..... الخ "

لما كان الاعتبار في القسمة المضاجعة لا المواقعة فجامع غير ذات الليلة في ليلة الضرة لم يجب عليه قضاء الجماع لها، لأنه لم يدخل في حق القسم. وأما زمانه فإن طال وجب قضاؤه من ليلة المجامعة وإلا فالإثم خاصة. وخالف في ذلك بعض (٢) العامة فأوجب قضاء الجماع للمظلومة في ليلة المجامعة كما فعل بها، ثم يذهب إليها ليحصل العدل، وإن لم يكن الجماع واجبا في نفسه.

(١) المبسوط ٤: ٣٢٧.

(٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٧٧، حلية العلماء ٦: ٥٢٧، المغني لابن قدامة ٨: ١٤٧.

السادسة: لو خان (١) في القسمة قضى لمن أحل بليتها.

قوله: " لو جار قي القسمة..... الخ "

لا خلاف في وجوب القضاء لمن جار عليها في القسمة فأحل بليتها، ولكن القضاء مشروط ببقاء المظلوم بهن في حباله، وبأن (٢) يفضل له من الدور فضل يقضي به. فلو كان عنده أربع فظلم بعضهن في ليلتها، فإن كان ظلمها بترك المبيت عندها وعندهن لم يمكنه القضاء، لاستيعاب الوقت بالحق على القول بوجوب القسمة دائما، فيبقى في ذمته إلى أن يطلق واحدة منهن أو تنشر أو تموت ليرجع إليه من الزمان ما يمكنه فيه القضاء.

ولو كان ظلمه بالمبيت عندهن، فإن جعل ليلتها لواحدة معينة قضاها من دورها. وإن ساوى بينهن وأسقط المظلومة من رأس قضى لها من الزمان بقدر ما فاتها متواليا إلى أن يتم لها حقها، ثم يرجع إلى العدل. ولو لم يبق المظلوم بهن معه بأن فارقهن بموت أو غيره ثم تزوج ثلاثا لم يمكن القضاء، لتجدد حقهن وحقها الحاضر في جميع الأوقات، فلا يمكن دفع الظلم إلا بالظلم.

وإن بقين ووجد معهن أخرى حيث يمكن، أو بقي بعضهن كما لو فارق واحدة وتزوج أخرى، أمكن القضاء من دور المظلوم بهما دون الجديدة، فيعطيها من كل دور ثلاثا وللجديدة ليلة إلى أن يكمل حقها، ثم يرجع إلى العدل بينهن. مثاله: كان معه ثلاث نسوة فبات عند اثنتين عشرين ليلة مثلا، إما عشرا عند هذه وعشرا عند هذه ولاء، أو بات عندهما ليلة ليلة إلى تمام العشرة، فتستحق الثالثة عشر ليال، وعليه أن يوفيهما ولاء، وليس له أن يفرق فيبيت عندها ليلتين

(١) كذا في النسخة الخطية المعتمدة في وفي متن المسالك والجواهر: جار.

(٢) كذا في إحدى الحجريتين، وهو الصحيح، وفي النسخ الخطية: أو بأن.

وعند كل واحدة ليلة، لأنها قد اجتمعت في ذمته، وهو متمكن من وفائها، فلا يجوز أن يؤخر. فلو نكح جديدة عقيب العشرين لم يحز أن يقدم قضاء العشرة، لأنه ظلم على الجديدة، بل يوفيهما أولاً حق الزفاف من ثلاث أو سبع، ثم يقسم الدور بينها وبين المظلومة، فيجعل لها ليلة وللمظلومة ليلتها وليلتي اللتين ظلمها بسببهما، وهكذا ثلاث أدوار، فيوفيهما تسعاً ويبقى لها ليلة، فإن كان قد بدأ بالمظلومة بات بعد ذلك ليلة عند الجديدة بحق القسم، ثم ليلة عند المظلومة لتمام العشر، ويبيت للجديدة بهذه الليلة ثلاث ليالٍ، لأن حقها واحدة من أربع، فإذا أكمل لها ثلاث ليالٍ خرج في باقي الليل إلى مسجد أو بيت صديق أو مسكن خال عن زوجته، ثم يستأنف القسم للأربع بالعدل. وإن كان قد بدأ بالجديدة فإذا تمت التسع للمظلومة بات ثلاث ليالٍ عند الجديدة وخرج باقي الليل كما وصفناه، ثم بات ليلة عند المظلومة، ثم قسم بين الكل بالسوية.

وفي حكم الجديدة ما لو كانت واحدة من الأربع غايية فظلم واحدة من الحاضرات بالأخرين وحضرت الغايية، فيجب قضاء حق المظلومة مع رعاية جانب التي حضرت، فيقسم لها ليلة وللمظلومة ثلاثاً، وإن احتيج إلى تبعض الليلة فكما وصفناه.

وقد يحتاج إلى التبعض بغير الظلم، كما لو كان يقسم بين نسائه فيخرج في نوبة واحدة لضرورة ولم يعد أو عاد بعد وقت طويل، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ما خرج، ويخرج باقي الليل إلى المسجد أو نحوه كما قررناه. ويستثنى من الخروج ما إذا خاف اللص أو العسس لو خرج ولم (١) يكن له في داره مكان منفرد يصلح للإقامة بقية الليلة، فيعذر في الإقامة. والأولى أن لا يستمتع بها فيما وراء زمان القضاء.

(١) في "ش": أو لم.

السابعة: لو كان له أربع فنشزت واحدة، ثم قسم خمس عشرة فوفى اثنتين، ثم أطاعت الرابعة، وجب أن يوفى الثالثة خمس عشرة والتي كانت ناشزا خمسا. فيقسم للناشز ليلة وللثالثة ثلاثا، خمسة أدوار فتستوفى الثالثة خمس عشرة والناشز خمسا، ثم يستأنف.

قوله: " ولو كان له أربع..... الخ "

إذا كان للرجل أربع زوجات فنشزت واحدة منهن سقط حقها من القسم، ووجب عليه القسم للثلاث الباقيات على الطاعة، فإن قسم عليهن ليلة ليلة فضل له حينئذ ليلة، وهي حق الناشز، فيضعها حيث شاء. وإن جعل القسم أكثر من ليلة استوعب دور القسمة أو زاد عليه، لأن أقل النسوة المتعددات أن يكن اثنتين، فإذا جعل القسم بينهما ليلتين ليلتين استوعب حقهما الدور، فيسقط حقه من الزايد، لأنه أسقطه بيده حيث اختار الزيادة. ويحتمل بقاء حقه بنسبة ما يبقى له من الدور، ففي المسألة تبقى له ليلة من الأربع، فيكون له ربع القسمة بمنزلة واحدة منهن، فإذا قسم لكل واحدة عشرا كان له بعد قضاء حقوقهن عشر.

وظاهر مذهب الأصحاب في هذه المسألة ونظائرها هو الأول. ويدل عليه أن ثبوت حقه معهن وتفضيل بعضهن على بعض على خلاف الأصل، والدلائل العامة من وجوب العدل والتسوية بينهما تدل على خلافه، فيقتصر فيه على مورد النص (١)، وهو ثبوت حقه في الزائد عن عددهن في الأربع على تقدير أن يقسم بينهما ليلة ليلة، على ما في الرواية الدالة عليه من ضعف السند " ولولا ظهور اتفاق

(١) التهذيب ٧: ٤١٩ ح ١٦٧٩، الاستبصار ٣: ٢٤٢ ح ٨٦٦ الوسائل ١٥: ٨٠ ب (١) من أبواب القسم والنشوز ح ٢.

الأصحاب عليه أشكل إثباته بالنص. وعامة العلماء (١) من غير الأصحاب على خلافه، وأنه متى قسم لواحدة عدداً وجب أن يقسم للأخرى مثلها مطلقاً مع تساويهما في الحكم.

وإنما تظهر فائدة الخلاف على القول بوجود القسمة دائماً. أما على القول بوجودها مع الابتداء بها خاصة وجواز الإعراض بعد ذلك فالأمر سهل، لأنه إذا وفي لهن العدد الذي جعله لهن جاز له الإعراض عنهن على هذا القول، سواء كان له حق في المدة أم لا. ويحتمل تفريعا على الرواية أن يكون له من المدة بنسبة حقه من الأربع.

إذا تقرر ذلك فنقول في المسألة المفروضة: لو نشزت واحدة من الأربع، وأراد القسم بين الثلاث، واختار أن يقسم لكل واحدة خمس عشرة ليلة، أو اتفق (٢) معهن على ذلك، فوفى اثنتين العدد المذكور وبقيت واحدة، ثم أطاعت الرابعة، فليس لها حظ في حق من مضى، لأنها كانت عاصية لا تستحق القسمة، لكن لها حق القسمة في المستقبل. وعليه أن يوفى الثالثة المطيعة خمس عشرة مثل صاحبتيها، ولا يمكن جعلها ولاء بغير رضا الرابعة التي تجددت طاعتها، لمشاركتها لها في استحقاق القسم حينئذ، لكنها واحدة من أربع، فلها ربع القسم من حين الطاعة، وباقي الدور - وهو ثلاث ليال - يجب صرفه إلى الثالثة، وهي حقها وحق السابقتين كما أخذتا حقهما من الليالي التي اختصتا بها. وحينئذ فطريق التخلص من حق المتأخرتين أن يبيت عند الثالثة ثلاث ليال وعند الرابعة ليلة، وهكذا خمسة أدوار، فيتم للثالثة حقها وهو خمس عشرة ليلة، ويحصل للرابعة خمس ليال هي ربع الأدوار الخمسة.

(١) الكافي لابن عبد البر ٢: ٥٦١، المغني لابن قدامة ٨: ١٣٩، روضة الطالبين ٥: ٦٦٤.
(٢) في "ش" والحجريتين: واتفق.

وحصول الخمس لها بطريق الاتفاق تبعا لحصول الخمس عشرة للثالثة. وأما الخمس عشرة فهي المقصودة بالذات. ثم يستأنف القسمة للجميع على السوية. هكذا أطلق المصنف - رحمه الله - وقبله الشيخ في المبسوط (١) فرض المسألة، وبعده العلامة (٢) في كتبه. وظاهر إطلاقهم سقوط حق الزوج من القسمة كما بيناه. ولو قلنا بعدم سقوطه أمكن فرض حقه من المدة الماضية التي فضل له منها حصة، وهي الثلاثون التي قسمها للاثنتين قبل طاعة الرابعة، فيكون له منها سبع ليال ونصف، فيستوفيهما بعد انقضاء الدور للجميع إن قلنا بوجود القسمة دائما، وإلا فإعراضه حينئذ جائز مطلقا كما بيناه.

وهذا الاحتمال ينافي (٣) فرض المصنف، لأن قوله: " قسم خمس عشرة " يدل على إرادة ذلك العدد لكل زوجة بحيث لا يشركها فيها، بدليل قوله (قسم) إذ حقه في الدور لا يدخل في القسمة وإن خصه بواحدة. ويؤيد ذلك قوله: (وجب أن يوفي الثالثة خمس عشرة) فإنه لو كان له في الخمس عشرة شركة لما وجب أن يوفي الثالثة تمام الخمس عشرة، بل كان له أن يقول: لي في الخمس عشرة ربعها، فلا يجب للثالثة إلا مقدار ثلاثة الأرباع والزايد تبرع منه. فسقط بهذا احتمال أن يجعل الخمس عشرة مشتركة. وقوله بعد كمال ايفائهن الحق: " ثم يستأنف " يشعر أيضا بأنه لا حق له بعد الكمال وإلا لنبه عليه. وإحالاته على القاعدة السابقة بعيدة، إذ

(١) المبسوط ٤: ٣٣٠ - ٣٣١.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٤١ " قواعد الأحكام ٢: ٤٧، الارشاد ٢: ٣٣.

(٣) كذا في إحدى الحجريتين، وهو الصحيح ظاهرا، وفي النسخ الخطية: لا ينافي.

الثامنة: لو طاف على ثلاث وطلق الرابعة بعد دخول ليلتها ثم تزوجها قيل: يجب لها قضاء تلك الليلة. وفيه تردد ينشأ من سقوط حقها بخروجها عن الزوجية.

ليس فيها ما يدل على مثل ذلك.

وهذا البحث يجري في قضاء قسمة المظلومة في الأمثلة السابقة، وفي مواضع كثيرة يأتي بعضها في الكتاب (١) أيضا.
قوله: (لو طاف على ثلاث..... الخ).

حق القسم على الزوج من الأمور الواجبة في الجملة إما بعد الشروع فيه أو مطلقا، فإن كان له زوجتان فصاعدا وقسم لواحدة ثم دخلت نوبة الأخرى حرم عليه طلاقها قبل أن يوفها حقها من القسم، لاستلزام الطلاق تفويت الواجب فيكون محرما، لكنه محرم لأمر خارج عن حقيقة الطلاق فلا يبطل به، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة، ولأن النهي في غير العبادات لا يقتضي الفساد كما حقق في الأصول. واحتمال البطلان في البيع وقت النداء آت هنا.

ولا فرق في ذلك بين كون المطلقة بعد حضور نوبتها رابعة وغيرها " لاشارك الجميع في المقتضي. وذكر المصنف الرابعة تبعا للشيخ (٢) مجرد تمثيل. وربما قيل: إن السر في ذكر الرابعة أن نوبة غيرها لا تتحقق إلا بالقرعة، بخلاف الرابعة. وفيه: أنه مع تسليم التوقف على القرعة لا يتم إلا في الدور الأول، أما بعده فتتبعين نوبة كل واحدة بغير قرعة، ويتحقق الفرض في غير الرابعة. وعلى المختار من تخييره بغير قرعة تتحقق نوبة غير الرابعة بتعيينه لها ثم طلاقها بعد دخولها.

(١) كما في المسألة التالية.

(٢) راجع المبسوط ٤: ٣٣٢.

والمصنف لم يذكر تحريم الطلاق، وقد ذكره الشيخ (١) وغيره (٢). ولا فرق في التحريم بين وقوع الطلاق رجعياً وبارئاً، وإن كان في الرجعي يتمكن من الرجوع والتخلص، لأن الطلاق سبب في تعطيل الحق واشتغال الذمة به على التقديرين. ولكن لو كان رجعياً ورجع في العدة وجب قضاء حقها وتخلص منه بغير إشكال، لأن الرجعة أعادت الزوجية الأولى كما كانت.

وإن تركها حتى انقضت عدتها، أو كان الطلاق بارئاً ثم تزوجها، فهل يجب عليه القضاء؟ قال الشيخ في المبسوط (٣): نعم، لأنه حق استقر في ذمته وقد أمكنه التخلص منه فيجب. والمصنف تردد في الوجوب مما ذكرناه، ومن خروجها عن الزوجية فتسقط الحقوق المتعلقة بها. وفيه: منع الملازمة بين الأمرين، ومن ثم يبقى المهر وغيره من الحقوق المالية وإن طلق. وتخصيص بعض الحقوق بالسقوط دون بعض لا دليل عليه. فالقول بوجوب القضاء مطلقاً أقوى.

ويتفرع عليه وجوب التزويج لو توقفت البراءة عليه. ولو أمكن محالتها والتوصل إلى إسقاط حقها بوجه آخر تخير بينه وبين التزويج. وحينئذ فلا يمنع تزويج رابعة، لعدم انحصار البراءة في التزويج. ولو فرض توقفها عليه لم يقدر في صحة التزويج، لما قلناه من حكم النهي.

واعلم أن وجوب القضاء بل إمكانه على تقدير تزويجها مشروط بكون الزوجات أقل من أربع ليتمكن قضاؤه فيما يفضل له من الدور، أو كون الزوجات هن المظلوم بهن ليتمكن القضاء في دورهن. أما لو كان الظلم بتعطيل الليلة مع غيرهن أو كن جديداً لم يمكن القضاء، لأنه إنما يكون في نوبة إحداهن، والظلم لا يقضى

(١) المصدر المتقدم.

(٢) القواعد ٢: ٤٧، المقتصر: ٢٦٦. وفيه: فقد ظلمها.

(٣) المصدر المتقدم.

التاسعة: لو كان له زوجتان في بلدين فأقام عند واحدة عشرًا قيل:
كان عليه للأخرى مثلها.

بالظلم.

ولو نكح جديدة وبقيت في نكاحه التي ظلم بها، كما إذا كان له ثلاث زوجات وظلم واحدة بليال للأخريين ونكح رابعة ثم تزوج المظلومة، أمكن قضاء حقها من نوبة المظلوم بهما مع مراعاة حق الرابعة على نحو ما تقدم في المسألة السابقة.

ولو لم يفارق المظلومة وفارق اللواتي ظلم بهن ثم عدن إلى نكاحه، أو فارقها وفارقهن ثم عدن إلى نكاحه، اشتغل بالقضاء. ولا يحتسب عن القضاء ما بات عندها في زمان مفارقتهن. ويجيء في عودهن بالنكاح الجديد الخلاف السابق (١)

قوله: " لو كان له زوجتان..... الخ "

القائل بذلك الشيخ في المبسوط (٢). ووجهه: ما أشرنا إليه سابقا من أن المبيت عند واحدة من الزوجات زيادة على الليلة يوجب المبيت عند الأخرى مثلها مراعاة للعدل بينهما، وأن جواز المفاضلة بين الاثنتين أو الثلاث مشروط بجعل القسمة ليلة ليلة.

ونقل المصنف له بصيغة القيل يؤذن باستشكاله. ووجهه: ما علم من أن للزوج مع الاثنتين نصف الدور، فينبغي أن يكون له من العشر نصفها، ولكل واحدة منهن ربع، فلا يلزمه للثانية إلا ليلتان ونصف.

(١) لاحظته في ص: ٣٣٠، المبحث الثالث.

(٢) المبسوط ٤: ٣٣٢.

العاشرة: لو تزوج امرأة ولم يدخل بها، فأقرع للسفر فخرج اسمها،
جاز له مع العود توفيتها حصة التخصيص، لأن ذلك لا يدخل في السفر،
إذ ليس السفر داخلا في القسم.

وهذا الوجه لم يشر إليه في المسألة (١) المشتملة على القضاء للمظلومة مع
وروده فيها. ويمكن الفرق من جهة تصريحه في تلك بأن العدد المذكور فيها - وهو
الخمس عشرة - جعله لكل واحدة على وجه القسم كما ذكره في لفظها، بخلاف هذه،
فإنه لم يذكر فيها ما يدل على أنه قسم للأولى عشرا وإلا للزمه للثانية مثلها وإن بقي
حقه بعد ذلك " بل قال: " فأقام عند واحدة عشرا " والإقامة عندها كذلك أعم من
جعلها على وجه القسمة أو مع إضافة حقه إليها، فلما كان اللفظ أعم استشكل حمل
الإطلاق على القسمة، مع أصالة براءة الذمة من حق الثانية إذا أمكن صرف
الإقامة عما يوجب شغل ذمته بالثانية. وعلى هذا فيختلف الحكم باختلاف قصده.
والأقوى وجوب القسمة للأخرى بقدر الأولى مطلقا في غير موضع الوفاق.
والعلامة في كتبه (٢) جزم بالحكم كما ذكره الشيخ، ولم يتوقف غير المصنف.
واعلم أن الزوجتين في البلدين إنما يحتسب عليهما ما يقيمه عندهما، لا
الطريق إليهما ولا عنهما. ويتخير في قسمة الثانية بين الذهاب إليها واستدعائها إليه "
فإن امتنعت منه مع قدرتها سقط حقه للنشوز.
قوله: " لو تزوج امرأة..... الخ "

نبه بتعليل الحكم على خلاف الشيخ (٣) حيث اكتفى في تخصيصها بما يحصل
في أيام السفر، محتجا بأن الغرض المقصود من ذلك - وهو ارتفاع الحشمة وحصول

(١) لاحظها في ص: ٣٤٧.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٤١، قواعد الأحكام ٢: ٤٨، إرشاد الأذهان ٢: ٣٣.

(٣) المبسوط ٤: ٣٢٥.

القول في النشوز وهو الخروج عن الطاعة. وأصله الارتفاع. وقد يكون من الزوج، كما يكون من الزوجة.

الأنس - يحصل بأيام السفر وإن لم يحصل فيه تمام المقصود من القسم. والمصنف - رحمه الله - رد ذلك بأن الأيام المخصوصة من جملة القسم غايتها أنها تفضل فيه كما فضلت الحرة على الأمة، ومن ثم عدوا أسباب تفاوت القسم ثلاثة أو اثنتين. وحيث وقع الاتفاق على أن أيام السفر ليست داخلية في القسم - ومن ثم لا يقضى للمتخلفات ما فاتهن مع المصحوبة - فكذا لا تحتسب على الجديدة هنا. ولا نسلم انحصار الفائدة فيما ذكره، بل جاز أن يكون الاستمتاع بالجديدة في هذه المدة أهم مما ذكر. نعم، يجوز انضمام تلك العلة إلى ما ذكرنا لا استقلالها بالحكم، ومع ذلك فالعلة مستنبطة لا منصوصة. والمعلوم إنما هو اختصاصها بالعدد على وجه القسمة أو ما هو أقوى منها كما أشرنا إليه سابقاً (١)، لا كونه على وجه أضعف من حق القسمة. فما ذكره المصنف أجود. وفي حكمه ما لو تزوجها في السفر ولم تكن معه زوجاته، فلو كن معه خصص الجديدة بالعدد ثم قسم بينها وبين القديمة بحسبه. قوله: "النشوز..... الخ".

النشوز - لغة - الارتفاع (٢)، يقال: نشز الرجل ينشز وينشز إذا كان قاعداً فنهض قائماً، ومنه قوله تعالى: (وإذا قيل انشزوا فانشزوا) (٣) أي انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى. وسمي خروج أحد الزوجين عن طاعة الآخر نشوزاً لأنه بمعصيته قد ارتفع وتعالى عما أوجب الله عليه من ذلك، ولذلك خص النشوز بما إذا

(١) في ص: ٣٢٨ - ٣٢٩.

(٢) النهاية لابن الأثير ٥: ٥٥، القاموس المحيط ٢: ١٩٤.

(٣) المجادلة: ١١.

فمتى ظهر من الزوجة أمارته مثل أن تقطب في وجهه أو تبرم بحوائجه أو تغير عاداتها في أدبها جاز له هجرها في المضجع بعد عظتها. وصورة الهجر أن يحول إليها ظهره في الفراش. وقيل: أن يعتزل فراشها. والأول مروى. ولا يجوز له ضربها والحال هذه. أما لو وقع النشوز - وهو الامتناع عن طاعته فيما يجب له - جاز ضربها ولو بأول مرة. ويقتصر على ما يؤمل معه رجوعها، ما لم يكن مدميا ولا مبرحا.

كان الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر فلم يقم بحقه، أو عن الحق، ولو كان الخروج منهما معا خص باسم الشقاق - كما سيأتي (١) - لا النشوز، لاستوائهما معا في الارتفاع فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر. وقال بعضهم (٢): يجوز إطلاق النشوز على ذلك أيضا، نظرا إلى جعل الارتفاع عما يجب عليه من الطاعة لا على صاحبه، وهو متحقق فيهما. وبعض (٣) الفقهاء أطلق على الثلاثة اسم الشقاق. والكل جاز بحسب اللغة، لكن ما جرى عليه المصنف أوفق لقوله تعالى: (واللاتي تخافون نشوزهن) (٤) وقوله تعالى: (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا) (٥) وقوله: (خفتم شقاق بينهما) (٦) الآية. وأما تخصيص الشيخ في النهاية (٧) النشوز بخروج الزوج عن الحق فليس بجيد. قوله: " فمتى ظهر من الزوجة..... الخ ".
والوحشة الحاصلة بين الزوجين قد تعرف ويظهر سببها من الزوجة، وقد

-
- (١) في ص: ٣٦٤.
(٢) أطلق النشوز على ذلك القاضي في المهذب ٢: ٢٦٥، والعلامة في الارشاد ٢: ٣٣. وراجع أيضا تهذيب اللغة ١١: ٣٠٥.
(٣) كما في القواعد ٢: ٤٨، والروضة للنووي ٥: ٦٧٤.
(٤) النساء: ٣٤، ١٢٨، ٣٥.
(٥) النساء: ٣٤، ١٢٨، ٣٥.
(٦) النساء: ٣٤، ١٢٨، ٣٥.
(٧) النهاية: ٥٣٠.

يظهر من الزوج، وقد يظهر منهما، أو يشتهبه الحال. وقد ذكر المصنف حكم الثلاثة وابتدأ بالأول لدلالة الآية عليه، قال تعالى: (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن) (١). والمراد من الوعظ أن يخوفها بالله تعالى ويقول: اتقي الله في حقي الواجب واحذري عذاب الله تعالى ونكاله، ويذكر لها ما ورد من حقوق الزوج على الزوجة من الأخبار النبوية وكلام الأئمة، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة وحق السم، فقد تتأدب بذلك. وأما الهجران فالمعتبر منه هنا الهجران في المضجع، وله أثر ظاهر في تأديب النساء. وقد اختلف في معناه، فقليل: أن يحول إليها ظهره في الفراش، ذهب إليه ابنا بابويه (٢)، وهو الذي جعله المصنف مروياً. وقال الشيخ (٣) وابن إدريس (٤): أن يعتزل فراشها ويبيت على فراش آخر. وقيل: يبدأ بالأول، فإن لم ينجع فالثاني. وقيل: أن يترك وطأها. والأولى الرجوع فيه إلى العرف وما تستفيد المرأة منه الهجران. وأما هجرها في الكلام بأن يمتنع من كلامها في تلك الحالة فلا بأس به إذا رجا به النفع، ما لم يزد عن ثلاثة أيام، لنهي (٥) النبي صلى الله عليه وآله وسلم عنه فوق الثلاثة. وأما الضرب فهو ضرب تأديب وتعزير كما يضرب الصبيان على الذنب.

(١) النساء: ٣٤.

(٢) المقنع: ١١٨، وحكاها العلامة عن ابن بابويه في المختلف: ٥٩٦.

(٣) المبسوط ٤: ٣٣٨.

(٤) السرائر ٢: ٧٢٩.

(٥) الكافي ٢: ٣٤٤ ح ٢، الخصال ١: ١٨٣ ح ٢٥٠. أمالي الصدوق: ٣٤٧، أمالي الطوسي: ٣٩١ ح ٨٦٠ الوسائل ٨ ٥٨٤ ب " ١٤٤ " من أبواب أحكام العشرة، مسند أحمد ٢: ٣٩٢، صحيح مسلم ٤: ١٩٨٤ ح ٢٥٦٠، سنن أبي داود ٤: ٢٧٩ ح ٤٩١٤.

ويجب أن لا يكون مدميا ولا مبرحا أي: شديدا. وفي بعض (١) الأخبار أنه يضربها بالسواك. ولعل حكمته توهمها إرادة الملاعبة والأفراح وإلا فهذا الفعل بعيد عن التأديب والإصلاح. ونقل الشيخ في المبسوط (٢) عن قوم أن الضرب يكون بمنديل ملفوف أو درة، ولا يكون بسياط ولا خشب.

وإذا تمهد ذلك فنقول: اختلف العلماء في تنزيل هذه الأمور الثلاثة على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف إلى الأثقل كمراتب النهي عن المنكر. وعلى التقديرين هل هي مع تحقق النشوز، أو ظهور أمارته قبل وقوعه، أو معهما؟ ومنشأ الخلاف من دلالة ظاهر الآية (٣) على ذكر الثلاثة متعاطفة بالواو المفيد للتخيير أو الجمع، وتعليقها على خوف النشوز لا عليه نفسه إن جعل الخوف على ظاهره. فاعتبر المصنف في النافع (٤) في الأمور الثلاثة ظهور أمارة النشوز إجراء للخوف على ظاهره، لكنه جعل الثلاثة على الترتيب، فتقدم الموعظة، فإن لم تنجح فالهجر، فإن لم يفد انتقل إلى الضرب. ولم يذكر حكم النشوز بالفعل، لكن يمكن دلالة جوازها مع ظهور الأمارة على جوازها مع حصوله بالفعل بطريق أولى. وهذا القول يوافق ظاهر الآية في السبب، ويحوج إلى تأويل المسبب حيث عدل عن ظاهر التخيير أو الجمع إلى الترتيب، نظرا إلى أن مثل هذا من أفراد النهي عن المنكر فليكن بحكمه. والمراد من الآية جواز الجمع بين الثلاثة في الجملة لا مطلقا بل حيث يفتقر إليه، بأن لا ينجع الاقتصار على ما دون الثلاثة. وعكس الأمر ابن الجنيد فجعل الأمور الثلاثة مترتبة على النشوز بالفعل "

(١) التبيان ٣: ١٩١، ذيل الآية ٣٤ من سورة النساء، مجمع البيان ٣: ٤٤ ذيل الآية ٣٤ من سورة النساء.

(٢) المبسوط ٤: ٣٣٨.

(٣) النساء: ٣٤.

(٤) مختصر النافع: ١٩١.

ولم يذكر الحكم عند ظهور أماراته، وجوز الجمع بين الثلاثة ابتداء من غير تفصيل، فقال: (وللرجل إن كان النشوز من المرأة أن يعظها ويهجرها في مضجعها، وله أن يضربها غير مبرح " (٩). ويظهر منه جواز الجمع بين الثلاثة والاجتزاء بأحدها أو باثنين منها، لأن ذلك حقه فله فيه الخيار. والوجه فيه حمل الواو على الجمع أو التخيير، وجعل الخوف بمعنى العلم كقوله تعالى: (فمن خاف من موص جنفا) (٢) فأول الخوف واستغنى عن الإضمار الذي تكلفه غيره.

وجعل العلامة في الإرشاد (٣) الثلاثة مترتبة على النشوز بالفعل كما صنع ابن الحنيد، لكنه جعلها مترتبة مراتب الإنكار كما فعل المصنف في قوله الأول. ومن الأصحاب من جعل الأمور الثلاثة منزلة على الحالتين أعني ظهور أمارات النشوز وتحققه بالفعل. فالمصنف في الكتاب والشيخ في المبسوط (٤) والعلامة في القواعد (٥) جعلوا الوعظ والهجر معلقين على ظهور أماراته، والضرب مشروطا بحصوله بالفعل. ومع ذلك لم يشترطوا في جواز الضرب مع تحقق النشوز تقديم الوعظ ولا الهجر، بل جوزوا الضرب بأول مرة، وجعلوا الهجر في الأول مشروطا بعدم نجع الوعظ.

ووجه هذا القول حمل خوف النشوز على ظاهره وترتيب الأولين على مراتب النهي. وأما اشتراط الضرب بتحقيق النشوز مع أن ظاهر الآية جواز. مع الخوف أن (٦) الضرب عقوبة وتعزير، والأصل فيها أن تكون منوطة بالحاكم.

(١) لم نعر عليه.

(٢) البقرة: ١٨٢.

(٣) إرشاد الأذهان ٢: ٣٣.

(٤) المبسوط ٤: ٣٣٧، ولكن بتعليق الوعظ فقط على ظهور الأمارات ولم يصرح بالهجر.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٤٨.

(٦) كذا في النسخ الخطية. ولعل الصحيح: فلأن.

والمحرم عليها هو النشوز، وظهور أماراته لا يفيد اليقين به، فلا ينبغي العقوبة على الذنب قبل وقوعه، بخلاف الزجر بالوعظ والهجر، فإن أمرهما أوسع، وظهور أمارات المعصية كاف في التنبيه عليها والزجر عنها. ومرجع ذلك إلى الأخذ بظاهر الآية مع مراعاة الاحتياط في العقوبة، والوقوف على موضع اليقين حيث يحتمل إرادة النشوز بالفعل من الخوف منه. فالمتحقق الإذن في الضرب مع وقوعه. وقبله مشكوك فيه.

لكن قد يشكل هذا بالهجر، فإن تفويت حقها من اللطف وإعطاء الوجه في المضاجعة بمجرد الاحتمال لا يخلو من إشكال، إلا أن الأمر فيه أسهل كما قلناه، فجاز التعويل فيه على ظاهر الآية.

ووجه عدم توقف ضربها على الآخرين في هذه الحالة دلالة ظاهر الآية على التخيير بينه وبينهما أو الجمع من غير تقييد.

وفصل بعض العلماء (١) في الآية تفصيلاً آخر، ووافق العلامة في التحرير (٢)، فجعل الأمور الثلاثة مترتبة على مراتب ثلاث من حالها، فمع ظهور أمارات النشوز يقتصر على الوعظ، ومع تحققه قبل الإصرار ينتقل إلى الهجر، فإن لم ينجح وأصرت انتقل إلى الضرب. وجعلوا المعنى في الآية: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن.

والأظهر أنه متى احتمل انزجارها بالوعظ لا ينتقل إلى الهجر، وإن لم يجوزه جاز الهجر، ولا يجوز الضرب إلا مع العلم أنها لا تنزجر بهما، ومعه يجوز الضرب ولو في الابتداء كمراتب النهي، وذلك حيث تتحقق المعصية، وبدونه يقتصر على

(١) لم نظفر على قائل بالتفصيل من فقهاءنا. نعم، هو قول بعض العامة، راجع الأم للشافعي ٥: ١٩٤، والحاوي الكبير ٩: ٥٩٧.
(٢) تحرير الأحكام ٢: ٤٢.

الموعظة.

بقي في المسألة أمور ينبغي التنبيه عليها:

الأول: المراد بظهور أمارات النشوز تغيير عاداتها معه في القول والفعل، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو غير مقبلة بوجهها بعد أن كانت تقبل، أو تظهر عبوسا وإعراضا وتثاقلا ودمدمة بعد أن كانت تلتطف له وتبادر إليه وتقبل عليه، ونحو ذلك. واحترزنا بتغيير العادة عما لو كان ذلك من طبعها ابتداء، فإنه لا يعد أمانة للنشوز. والمصنف - رحمه الله - اقتصر في اعتبار العادة على أدبها وأطلق الباقي. والمعتبر ما ذكرناه. نعم، مثل التبرم بالحوائج لا يعتبر فيه العادة، لأن ذلك حقه فعلها المبادرة إليها ابتداء، ولا عبرة فيها بالعادة، بخلاف الأدب، فلذا خصه المصنف. وهذه الأمور ونحوها لا تعد نشوزا فلا تستحق ضربا عليه على الأقوى، بل يقتصر على الوعظ فلعلها تبدي عذرا أو ترجع عما وقع من غير عذر. ويظهر من مجوز الضرب بل الهجر أنها أمور محرمة وإن لم تكن نشوزا، والضرب لأجل فعل المحرم. وفيه نظر.

الثاني: ليس من النشوز ولا من مقدماته بذاءة اللسان والشتيم، ولكنها تأثم به وتستحق التأديب عليه. وهل يجوز للزوج تأديبها على ذلك ونحوه مما لا يتعلق بحق الاستمتاع " أم يرفع أمره إلى الحاكم؟ قولان تقدا في كتاب الأمر بالمعروف (١). والأقوى أن الزوج فيما وراء حق المساكنة والاستمتاع كالأجنبي وإن نعص ذلك عيشه وكدر الاستمتاع.

الثالث: المراد بحوائجه التي يكون التبرم بها أمانة النشوز ما يجب عليها فعلها من الاستمتاع ومقدماته، كالتنظيف المعتاد وإزالة المنفر والاستحداد، بأن تمتنع أو تتناقل إذا طلبها على وجه يحوج زواله إلى تكلف وتعب. ولا أثر لامتناع

(١) لاحظ ج ٣: ١٠٦.

الدلال، ولا للامتناع من حوائجه التي لا تتعلق بالاستمتاع، إذ لا يجب عليها ذلك. وفي بعض الفتاوى المنسوبة إلى فخر الدين (١) أن المراد بها نحو سقي الماء وتمهيد الفراش. وهو بعيد جدا، لأن ذلك غير واجب عليها فكيف يعد تركه نشوزا؟ وقد نبه المصنف على ذلك بقوله في تعريف النشوز: " وهو الامتناع عن طاعته فيما يجب له " فترك الأمور المذكورة إذا لم يعد نشوزا فكيف يعد التثاقل عنها من مقدمات النشوز؟! "

الرابع: المراد بالتبرم بحوائجه القيام إليها بتثاقل وتضجر وإن فعلتها. قال الجوهري: " تبرم به إذا سئمه وضجر منه، وأبرمه أمله وأضجره " (٢). وقال: " التبريح الشدة " (٣) والمراد هنا قوة الضرب عرفا لأن المعتبر من ضرب التأديب ما يسهل وقوعه، ومن ثم عبروا عن آله بمثل السواك والمنديل.

الخامس: يجب اتقاء المواضع المخوفة كالوجه والخاصرة ومراق النظر ونحوها. وأن لا يوالي الضرب على موضع واحد، بل يفرق على المواضع الصلبة، مراعيًا فيه الإصلاح لا التشفي والانتقام، فيحرم بقصده مطلقا، بل بدون قصد المأذون فيه لأجله.

السادس: لو حصل بالضرب تلف وجب الغرم، لأنه تبين بذلك أنه إتلاف لا إصلاح، بخلاف الولي إذا أدب الطفل. والفرق أن تأديب المرأة لحظ نفسه والولد لحظه لا لحظ الولي. وقيل: إنهما مشروطان بعدم التلف. وسيأتي (٤) البحث فيه (٥) إن شاء الله تعالى. وفرق بينهما أيضا بأن الأولى للزوج أن يعفو ويعرض عنه "

(١) لم نعثر عليه.

(٢) الصحاح ٥: ١٨٦٩.

(٣) الصحاح ١: ٣٥٥.

(٤) في المسألة الثامنة من الباب الثالث من بحث التعزيرات من كتاب الحدود.

(٥) في " ش " : فيهما.

وإذا ظهر من الزوج النشوز بمنع حقوقها، فلها المطالبة، وللحاكم إلزامه.
ولها ترك بعض حقوقها من قسمة ونفقة، استمالة له. ويحل للزوج قبول ذلك.

بخلاف الولي، فإن الأولى له أن لا يعرض عن ضرب التأديب عند الحاجة، لرجوع المصلحة إلى الصبي، وقد ورد الخبر (١) بالنهي عن ضرب الزوجة في الجملة. ويتفرع على هذا الفرق عدم ضمان الولي، لأنه محسن و (ما على المحسنين من سبيل) (٢). قوله: " وإذا ظهر من الزوج..... الخ "

هذا هو القسم الثاني من النشوز، وهو أن يتعدى الزوج ويمنعها بعض حقوقها الواجبة من نفقة وقسمة، أو يسئ خلقه معها ويؤذيها ويضربها بغير سبب مبيح له ذلك، فإن نجح فيه وعظها وإلا رفعت أمرها إلى الحاكم. وليس لها هجره ولا ضربه وإن رجي بهما عوده إلى الحق، لأنهما متوقفان على الإذن الشرعي، وفي الآيتين (٣) ما ينبه على تفويض ذلك إليه لا إليها، وهو اللائق بمقامه.

ثم الحاكم إن عرف الحال باطلاع أو إقرار الزوج أو بشهود مطلعين على حالهما وإلا تصب عليهما ثقة في جوارهما أو غيره يخبرهما يحكم بما يتبين، فإن ثبت تعدي الزوج نهاه عن فعل ما يحرم وأمره بفعل ما يجب، فإن عاد إليه عزره بما يراه. ولو امتنع من الإنفاق مع قدرته جاز للحاكم أن ينفق عليها من ماله ولو ببيع شيء من عقاره إذا توقف عليه.
ولو كان لا يمنعها شيئاً من حقها، ولا يؤذيها بضرب ولا كلام، ولكنه يكره

(١) راجع جامع الأخبار للشعيري: ١٥٤، والمستدرک للنوري ١٤: ٢٤٩ ب " ٦٦ " من أبواب مقدمات النكاح.

(٢) التوبة: ٩١.

(٣) النساء: ٣٤ و ١٢٨.

صحبتها لمرض أو كبر، ولا يدعوها إلى فراشه، أو يهمل بطلاقها، فلا شيء عليه، ويحسن أن تسترضيه بترك بعض حقها من القسم والنفقة، قال الله تعالى: (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) (١). وروي عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وآله هم بطلاق سودة فقالت: لا تطلقني وخلني مع نسائك، ولا تقسم لي واجعل يومي لعائشة، فنزلت الآية (٢). وروى الحلبي في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً) فقال: "هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل إني أكره أن يشمت بي، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي، فهو قوله تعالى: (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) وهو هذا الصلح" (٣).

وما ذكرناه حكم بذلها الحق مع عدم تقصيره. وظاهر الآية جواز قبوله ذلك وحقه له وإن كان آثماً في نشوزه، "وكذلك عبارة المصنف. والحكم فيه كذلك، لأن مثل ذلك لا يعد إكراها على بذل حقا وإن آثم في تقصيره. نعم، لو قهرها على بذله فلا شبهة في عدم حله. ويظهر من رواية الحلبي تفسير الآية بالمعنى الأول خاصة. وهو أولى.

(١) النساء: ١٢٨.

(٢) مجمع البيان ٣: ١٢٠ ذيل الآية ١٢٨ من سورة النساء، المعجم الكبير للطبراني ٤: ٢: ٣٢ ح ٨٥ سنن البيهقي ٧: ٢٩٧.

(٣) تفسير العياشي ١: ٢٧٩ ح ٢٨٤ "الكافي ٦: ١٤٥ ح ٢، التهذيب ٨: ١٠٣ ح ٣٤٨، الوسائل ١٥: ٩٠ ب (١١) من أبواب القسم والنشوز والشقاق، ح ١.

القول في الشقاق.
وهو فعال من الشق، كأن كل واحد منهما في شق.
فإذا كان النشوز منهما وخشي الشقاق بعث الحاكم حكما من أهل
الزوج وآخر من أهل المرأة على الأولى. ولو كانا من غير أهلها أو كان
أحدهما جاز أيضا.
وهل بعثهما على سبيل التحكيم أو التوكيل؟ الأظهر أنه تحكيم، فإن
اتفقا على الإصلاح فعلاه، وإن اتفقا على التفريق لم يصح إلا برضا الزوج
في الطلاق، ورضا المرأة في البذل إن كان خلعا.

قوله: (الشقاق..... الخ)،

لما كان ارتفاع أحدهما على الآخر دون صاحبه مختصا باسم النشوز ناسب
أن يخص التعدي من كل منهما باسم الشقاق، لأنهما تشاركا في التعدي والتباعد،
فكأن كلا منهما صار في شق أي جانب غير جانب الآخر. وحاصله الاختلاف
وعدم الاجتماع على رأي واحد.
قوله: " فإذا كان النشوز..... الخ "

إذا كان النشوز منهما كان هو الشقاق نفسه كما تقدم، فقوله: " وخشي
الشقاق " أي: خشي استمراره وإلا فهو حاصل من قبل. وعبر بذلك موافقة للآية
الدالة على حكمه قال تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما
من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما " (١). ويجوز أن يراد من خشية الشقاق
العلم به كما سلف (٢)، وهو أولى من إضمار الاستمرار.
ثم بيان حكم المسألة ينتظم في ستة أمور:

(١) النساء: ٣٥.

(٢) في ص: ٣٥٨.

الأول: جعل المصنف والأكثر الباعث للحكمين هو الحاكم، وجعلوا ضمير (فابعثوا) في الآية راجعا إلى الحكام. وهو المناسب بمقام البعث والتحكيم، واللايق بقطع التنازع، والمروي (١). وقال بعضهم (٢): إن الضمير عائد إلى أهل الزوجين. وقيل: إلى الزوجين (٣) أنفسهما. ويضعف بأن ضمير الزوجين في الآية وقع مثنى لغائب، والمأمور بالبعث هو الخائف من شقاقهما، وقد وقع الضمير عنه مخاطبا مجموعا، وظاهر دلالاته على المغايرة بينهما. ولو كان كما قيل لقال تعالى: فليبعث كل منهما حكما من أهله، أو نحو ذلك. ولأن الإنسان لا يبعث أحدا إلى نفسه.

ويظهر من المصنف في النافع اختيار هذا القول حيث قال: " فإذا خشي الاستمرار بعث كل منهما حكما من أهله. ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم " (٤). وقريب منه كلام ابن الجنيد (٥)، إلا أنه جعل الحاكم يأمر الزوجين بأن يبعثا من يختارانه من أهلتهما. وفيه جمع بين الفائدتين والقولين. وفي موثقة سماعة عن الصادق عليه السلام ما يرشد إلى كلام ابن الجنيد، لأنه قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: " فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها " أرأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرجل والمرأة: أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح والتفريق؟ فقال الرجل والمرأة: نعم، فأشهدوا بذلك شهودا عليهما، أيجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم " (٦) الحديث. ويمكن أن يستدل بها على أن المرسل الزوجان. وكيف كان فالأقوى الأول لما ذكرناه. وعليه، فلو تعذر الحاكم أو تعذر

(١) مجمع البيان ٢: ٤٤ ذيل الآية ٣٥ من سورة النساء، كنز العرفان ٢: ٢١٣.

(٢) مجمع البيان ٢: ٤٤ ذيل الآية ٣٥ من سورة النساء، كنز العرفان ٢: ٢١٣.

(٣) مجمع البيان ٢: ٤٤ ذيل الآية ٣٥ من سورة النساء، كنز العرفان ٢: ٢١٣.

(٤) المختصر النافع: ١٩١.

(٥) راجع المختلف: ٥٩٧.

(٦) الكافي ٦: ١٤٦ ح ٤، التهذيب ٨: ١٠٤ ح ٣٥١، الوسائل ١٥: ٩٣ ب (١٣) من أبواب

القسم والنشوز والشقاق، ح ١.

إرساله فبعث الزوجان كان المبعوث وكيلا محضا لا حكما فيفعل ما اقتضته الوكالة من عموم وخصوص، بخلاف ما لو جعلنا المأمور بالإرسال الزوجين أو أهلها " فإنه يأتي في المبعوث ما سنقرره في كونه وكيلا أو حكما.

الثاني: هل بعث الحكمين واجب أم مندوب؟ قولان، من دلالة ظاهر الأمر على الوجوب، وكون الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين أو أحدهما في المحرم فيجب تخليصهما منه حسبة، ومن إمكان الإصلاح بدون ذلك فلا يكون واجبا وإن كان راجحا نظرا إلى ظاهر الأمر. والوجه بناء على أن البعث من وظائف الحاكم الوجوب. ولو جعلنا متعلق الأمر الزوجين فالاستحباب أوجه، لإمكان رجوعهما إلى الحق بدون الحكمين. نعم، لو توقف الرجوع إلى الحق عليهما وجب بعثهما مطلقا من باب المقدمة.

الثالث: هل يشترط كون الحكمين من أهل الزوجين، بمعنى كون المبعوث من قبلها من أهلها والمبعوث من قبله من أهله؟ قولان منشؤها دلالة ظاهر الآية على كونهما من أهلها فلا يتحقق امتثال الأمر بدونها، مؤيدا بأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب، ومن أن القرابة غير معتبرة في الحكم ولا في التوكيل وأمرهما منحصر في الأمرين، ولحصول الغرض بهما أجنبيين " والآية مسوقة للإرشاد فلا يدل الأمر على الوجوب من قبيل: (وأشهدوا إذا تبايعتم) (١). وهذا هو الأشهر، وهو الذي قطع به المصنف والأكثر. ولو تعذر الأهل فلا كلام في جواز الأجانب.

الرابع: هل المبعوثان وكيلان من جهة الزوجين، أم حاكمان موليان من جهة الحاكم؟ فيه قولان مرتبان على كون الباعث الحاكم، إذ لو جعلنا بعثهما من الزوجين فلا شبهة في كونه توكيلا، لأنهما ليسا من أهل التفويض في الحكم الكلي وإن كان

(١) البقرة: ٢٨٢.

تناولت الفراق فعلاه وإلا فلا. وعلى الثاني في جواز الفراق أيضا قولان مبنيان على أن مقتضى التحكيم على الإطلاق تسويغهما فعل ما يريانه (١) صلاحا، فيتناول الطلاق والبذل حيث يكونان صلاحا، ومن أن أمر طلاق المكلف إلى الزوج، لقوله صلى الله عليه وآله: "الطلاق بيد من أخذ بالساق" (٢). وهذا هو الأشهر. ويدل عليه من الأخبار حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "سألته عن قول الله عز وجل: (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة، ويشترطا عليهما إن شئتما جمعتما وإن شئتما فرقتما، فإن جمعا فجائز وإن فرقا فجائز" (٣).

ويظهر من ابن الجنيد جواز طلاقهما بدون الإذن، لأنه قال: "ويشترط الوالي أو المرضي بحكمه على الزوجين أن للمختارين جميعا أن يفرقا بينهما أو يجمعا إن رأيا ذلك صوابا، وعلى كل واحد من الزوجين إنفاذ ذلك والرضا به، وأنهما قد وكلاهما في ذلك، ومهما فعلاه فهو جائز عليهما (٤).
وقد روي أن عليا عليه السلام بعث حكيمين وقال: "تدريان ما عليكما؟
عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما. فقالت المرأة رضيت بما في كتاب الله علي ولي. فقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال علي عليه السلام: كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به" (٥).

-
- (١) فيما لدينا من النسخ: يرياه والصحيح ما أثبتناه كما استظهره في هامش " و ".
(٢) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ ح ٢٠٨١ " سنن الدارقطني ٤: ٣٧ ح ١٠٢، المعجم الكبير للطبراني ١١: ٣٠٠ ح ١٨٠٠، الجامع الصغير ٢: ١٤٣ ح ٥٣٤٩.
(٣) الكافي ٦: ١٤٦ ح ٢، الفقيه ٣: ٣٣٧ ح ١٦٢٦، التهذيب ٨: ١٠٣ ح ٣٥٠، الوسائل ١٥: ٨٩ ب ١٠ من أبواب القسم والنشوز والشقاق، ح ١.
(٤) راجع المختلف: ٥٩٧.
(٥) تفسير العياشي ١: ٢٤١ ح ١٢٧، الوسائل ١٥: ٩٤ ب (١٣) من أبواب القسم والنشوز ح ٦.

وقد احتج بهذا الخبر الفريقان، فالأول من حيث إنه اعتبر رضاهما وإقرارهما، والثاني من حيث جعل الجمع والتفريق إلى الحكيمين. وقوله: " حتى تقر " أي: ليس عليك أن تمتنع بل عليك أن تنقاد لحكم الله كما انقادت. وهذا أشبه بمذهب ابن الجنييد.

ويتفرع عليه أن حكم الرجل إذا رأى أن يطلق بغير عوض طلق مستقلا به، لأن حكم المرأة لا صنع له في الطلاق. ولا يزيد على واحدة، لكن إن راجع الزوج وداما على الشقاق زاد إلى أن يستوفي الطلقات الثلاث. وإن رأى الخلع وساعده حكم المرأة تخالعا. وإن اختلفا وقف.

السادس: ينبغي أن يخلو حكم الرجل بالرجل وحكم المرأة بالمرأة خلوة غير محرمة ليتعرفا (١) ما عندهما وما فيه رغبتهما. وإذا اجتمعا لم يخف أحدهما على الآخر بما علم ليتمكن من الرأي الصواب، وينفذ حينئذ ما رآه صوابا بشرطه. فإن اختلف رأيهما بعث إليهما آخرين حتى يجتمعا على شيء. وينبغي للحكيمين إخلاص النية في السعي وقصد الإصلاح، فمن حسنت نيته فيما يتحراه أصلح الله مسعاه، وكان ذلك سببا لحصول مبتغاه، كما ينبه عليه قوله تعالى: (إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما) (٢) ومفهوم الشرط أن عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكيمين، وأنهما لم يجتمعا على قصد الإصلاح بل في نية أحدهما أو هما فساد، فلهذا لم يبلغا المراد.

(١) فيما لدينا من النسخ: ليتعرفان. والصحيح ما أثبتناه.

(٢) النساء: ٣٥.

تفريع: لو بعث الحكمان فغاب الزوجان أو أحدهما، قيل: لم يجز الحكم، لأنه حكم للغائب. ولو قيل بالجواز كان حسنا، لأن حكمهما مقصور على الإصلاح، أما التفرقة فموقوفة على الإذن.

قوله: " لو بعث الحكمان.... الخ "

هذا الحكم مبني على أن بعث الحكمين توكيل أو تحكيم، فعلى الأول ينفذ قطعا، لأن تصرف الوكيل فيما وكل فيه نافذ مع حضور الموكل وغيبته، ومع بقاءه على الخصومة والشقاق وعدمه " ولو قلنا إنه تحكيم - كما هو المتصور (١) - فقال الشيخ في المبسوط: لا يجوز الحكم مع غيبة أحدهما، لأن الحكم حينئذ مشروط ببقاء الشقاق والخصومة بينهما، ومع الغيبة لا يعرف بقاء ذلك. ولأن كل واحد منهما محكوم له وعليه، ولا يجوز القضاء للغائب وإنما يجوز عليه (٢). وجوز المصنف والمتأخرون الحكم مع الغيبة، لأنه مقصور على الإصلاح، وهو غير متوقف على الحضور. وإنما يمنع لو اشتمل على حكم له، كما لو حكما بالفرقة " وقد تقدم (٣) أنه لا يجوز. والأصل بقاء الشقاق استصحابا لما كان قبل الغيبة.

وفيه نظر، لجواز أن يشتمل الحكم مع الإصلاح على شرط (٤) لأحدهما فيكون حكما للغائب وإن حصل معه الإصلاح. وطرده بعضهم (٥) الوجهين فيما لو سكت أحدهما نظرا إلى العلة الأولى، إذ لا يعلم بقاء الشقاق مع السكوت. وهو ضعيف، لإمكان معرفة ذلك بالقرائن الحالية وإن كان ساكتا، بل يمكن ذلك مع الغيبة أيضا.

(١) في * س " وإحدى الحجريتين: المقصود.

(٢) المبسوط ٤: ٣٤١.

(٣) في ص: ٣٦٧ - ٣٦٨.

(٤) فيما لدينا من النسخ: شرطه. والاحتمالان ني نسخة الأصل كما في هامش " و "

(٥) لم نعر عليه.

مسألتان:

الأولى: ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائغا، وإلا كان لهما نقضه.

قوله: " ما يشترطه الحكمان..... الخ "

إذا شرط الحكمان شرطا نظر فيه، فإن كان مما يصلح لزومه شرعا لزم وإن لم يرض الزوجان، كما لو شرطا عليه أن يسكنها في البلد الفلاني أو المسكن المخصوص، أو لا يسكن معها في الدار أمة (١) ولو في بيت منفرد، أو لا يسكن معها الضرة في دار واحدة، أو شرطا عليها أن تؤجله بالمهر الحال إلى أجل، أو ترد عليه ما قبضته منه فرضا (٢)، ونحو ذلك " لعموم: " المؤمنون عند شروطهم) (٣) وقد جعل إليهما الحكم. وإن كان غير مشروع، كما لو شرطا عليها ترك بعض حقها من القسم أو النفقة أو المهر، أو عليه أن لا يتسرى أو لا يتزوج عليها أو لا يسافر بها، لم يلزم ذلك بلا خلاف.

ثم إن كان الشرط مما للزوجين فيه التصرف - كترك بعض الحق - فلهما نقضه والتزامه تبرعا. وإن كان غير مشروع أصلا - كعدم التزويج والتسري - فهو منقوض في نفسه. ويمكن أن يريد المصنف بقوله: " (كان لهما نقضه " مطلقا الشامل للجميع، الدال بمفهومه على أن لهما أيضا التزامه التزام مقتضاه، بأن لا يتزوج ولا يتسرى تبرعا بذلك وإن لم يكن لازما له بالشرط. وإلى هذا يشير كلام الشيخ في المبسوط حيث قال في هذا القسم: " فإن اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلا. وإن اختارا أن يطرحا فعلا " (٤) فإن ظاهر فعل الجميل كونه تبرعا وتفضلا بغير استحقاق.

(١) في " م " : أمه.

(٢) في " س " وإحدى الحجريتين: قرضا.

(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من

أبواب المهور ح ٤.

(٤١) المبسوط ٤: ٣٤١.

الثانية: لو منعها شيئاً من حقوقها، أو أغارها، فبذلت له بذلاً ليخلعها، صح، وليس ذلك إكراها.

قوله: " لو منعها شيئاً..... الخ "

المراد بالحق الذي منعها إياه فبذلت له الفدية لأجله الحق الواجب لها من القسمة والنفقة ونحوهما. وإنما لم يكن ذلك إكراها وإن كان محرماً لأنه أمر منفك عن طلب الخلع ولا يستلزمه، بل قد يجامع إرادة المقام معها، وإنما الباعث على تركه حقها ضعف دينه وحرصه على المال وميله إلى غيرها زيادة، ونحو ذلك مما لا يستلزم إرادة فراقها ولا يدل عليه بوجه.

ونبه بقوله: " أو أغارها " - أي: تزوج عليها - على أنه لا فرق في ذلك بين ترك حقوقها الواجبة وغيرها، لأن إغارتها غير محرمة وترك شيء من حقها الواجب محرّم، وكلاهما لا يقتضيان الإكراه. أما غير الحق الواجب - كالتزويج عليها، وترك بعض المستحبات كالجماع في غير الوقت الواجب، والتسوية بينها وبين ضراتها فيه وفي الإنفاق ونحوه - فظاهر، حتى لو قصد بذلك فراقها لتفدي نفسها لم يكن إكراها عليه، لأن ذلك أمر سائغ، واقتترانه بإرادة فراقها لا يقتضي الإكراه. وأما تركه الحق الواجب فلما ذكرناه من أنه بمجرد لا يدل على الإكراه بوجه. وكذا لو قصد بترك حقها ذلك ولم يظهره لما وإن كان آثماً. أما لو أظهر لها أن تركه لأجل البذل كان ذلك إكراها ". وأظهر منه ما لو أكرهها على نفس البذل. وما ذكره المصنف قول الشيخ في المبسوط (١). ووافقهما عليه العلامة في الارشاد (٢). وفي التحرير (٣) نسب القول إلى الشيخ ساكتاً عليه مؤذناً بتردده فيه أو

(١) المبسوط ٤ : ٣٤١.

(٢) إرشاد الأذهان ٢ : ٣٣.

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ٤٢.

النظر الرابع: في أحكام الأولاد

وهي قسمان:

الأول: في إلحاق الأولاد، والنظر في أولاد الزوجات، والموطوءات بالملك، والموطوءات بالشبهة.

أحكام ولد الموطوءة بالعقد الدائم:

وهم يلحقون بالزوج بشروط ثلاثة: الدخول... ومضي ستة أشهر من حين الوطء.. وأن لا يتجاوز أقصى الوضع، وهو تسعة أشهر على الأشهر. وقيل: عشرة أشهر. وهو حسن يعضده الوجدان في كثير. وقيل: سنة. وهو متروك.

ضعفه. وفي القواعد (١) قيد حقوقها بالمستحبة، ومفهومه أنه لو منع الواجبة كان إكراهها. وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط أولا عن بعض العامة (٢) ثم قال: (الذي يقتضيه مذهبنا أن هذا ليس بإكراه". وهو المعتمد. قوله: (ولد الموطوءة بالعقد... الخ".

أجمع علماء الإسلام على أن أقل المدة التي يمكن فيها تولد الانسان حيا كاملا ونشوه من حين الوطء إلى حين الولادة ستة أشهر. ويدل عليه - مع الإجماع - قوله تعالى: (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) (٣) مع قوله تعالى: (وفصاله في عامين) (٤) فتركب من الأمرين أن حمله يكون ستة أشهر، لأنها الباقية من الثلاثين شهرا عن العامين. وليست هذه المدة أقصى مدة الحمل بالإجماع والوجدان، وإنما هي أقل مدته. واختلفوا في أقصى مدته، فأطبق أصحابنا على أنها

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٨.

(٢) المبسوط ٤: ٣٤١.

(٣) الأحقاف: ١٥.

(٤) لقمان: ١٤.

لا تزيد عن سنة، ثم اختلفوا فالمشهور بينهم أنه تسعة أشهر، ذهب إليه الشيخان في النهاية (١) والمقنعة (٢)، وابن الجنيد (٣)، وسالار (٤)، وابن البراج (٥)، والمرتضى (٦) في أحد قولي، وجماعة آخرون (٧).

ومستندهم رواية وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " (قال أمير المؤمنين عليه السلام: الولد لسته أشهر، ولسبعة، ولتسعة، ولا يعيش لثمانية أشهر " (٨). ورواية عبد الرحمان بن سيابة، عمن حدثه، عن أبي جعفر عليه السلام قال: " سألته عن غاية الحمل بالولد في بطن أمه كم هو؟ فإن الناس يقولون: ربما بقي في بطنها سنتين. فقال: كذبوا أقصى مدة الحمل تسعة أشهر لا يزيد لحظة " لو زاد ساعة لقتل أمه قبل أن يخرج " (٩). ورواية عبد الرحمان بن الحجاج قال: " سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعة أشهر، فإن ولدت وإلا اعتدت بثلاثة أشهر ثم قد بانت " (١٠).

-
- (١) النهاية: ٥٠٥.
(٢) المقنعة: ٥٣٩.
(٣) المختلف: ٥٧٩.
(٤) المراسم: ١٥٥.
(٥) المهذب ٢: ٣٤١.
(٦) رسائل الشريف المرتضى ١: ١٩٢.
(٧) راجع السرائر ٢: ٦٤٨.
(٨) الكافي ٦: ٥٢ ح ٢، التهذيب ٨: ١١٥ ح ٣٩٨ و ١٦٦ ح ٥٧٧، الوسائل ١٥: ١١٥ ب (١٧) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.
(٩) الكافي ٦: ٥٢ ح ٣، التهذيب ١١٥٨ ح ٣٩٦ و ١٦٦ ح ٥٧٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
(١٠) الكافي ٦: ١٠١ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٠ ح ١٥٩٩ التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٤، الوسائل ١٥: ٤٤١ ب (٢٥) من أبواب العدد، ح ١.

ورواية محمد بن حكيم عنه عليه السلام قال: (" إنما الحمل تسعة أشهر " (١) الحديث.

وفي الاستدلال بهذه الأخبار مع كثرتها نظر، لأن وهب راوي الأولى مشترك بين الضعيف والثقة، وفي طريقه من فيه نظر أيضا. ومع ذلك لا دلالة فيه على نفي الزائد عن التسعة إلا من باب مفهوم العدد، وليس بحجة. والرواية الثانية مرسلة فلا يعتمد على ما فيها، مع مخالفتها للوجدان كما ذكره المصنف.

وأما الثالثة فلا تدل صريحا على أن التسعة أشهر أقصى الحمل، بل ربما دلت على أنه سنة، لأنه لو علم انتفاء الحمل بعد التسعة يقينا لم يحتج إلى الثلاثة أشهر بعدها، لأن المعتبر في غير الحامل أقرب الأمرين من ثلاثة أقراء وثلاثة أشهر، ومحصل هذه أمرها بالاعتداد بسنة، وذلك أعم من كون أقصى الحمل تسعة أشهر وسنة. ويمكن أن يكون الوجه في الأمر بانتظارها تسعة أشهر البناء على الغالب من كون الحمل بعد التسعة يوضع وإن لم يتعين.

وأما الرابعة فهي - مع كونها أظهر في الدلالة على أن أقصى الحمل تسعة أشهر من السابقة - دالة على أن الأقصى سنة، لأنه قال فيها: " قلت له: المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر - إلى أن قال - قلت: فإنها ارتابت. قال: عدتها تسعة أشهر قلت: فإنها ارتابت بعد تسعة أشهر. قال: إنما الحمل تسعة أشهر. قلت: فتزوج. قال: تحتاط بثلاثة أشهر. قلت: فإنها ارتابت بعد ثلاثة أشهر. قال: ليس عليها ريبة تزوج ". فهذه كما ترى دالة على جواز بلوغ الحمل سنة وإن كان الغالب التسعة، فلهذا أطلق التسعة ثم أمرها

(١) الكافي ٦: ١٠١ ح ٤، التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٧، الوسائل: الباب المتقدم ح ٢، ٤.

بالاحتياط ثلاثة لأجل احتمال الحمل لا لأن العدة بعده ثلاثة، كما أشرنا إليه سابقا". وهي أقوى الأدلة على أن أكثر الحمل سنة، وقد أوردها في الكافي (١) والتهذيب (٢) بأسانيد كثيرة ومتون متقاربة مشتركة في هذا المعنى، وأجود طرقها الحسن.

والقول بالسنة للمرئضى في الإنتصار (٣)، مدعيا عليه الإجماع. ووافقه عليه أبو الصلاح (٤)، ومال إليه في المختلف (٥). ويدل عليه من الأخبار - مضافا إلى ما تقدم - رواية ابن حكيم عن أبي إبراهيم موسى أو ابنه عليهما السلام أنه قال في المطلقة يطلقها زوجها "فتقول: أنا حبلى، فتمكث سنة، قال: "إن جاءت به لأكثر من سنة لم تصدق ولو ساعة واحدة في دعواها" (٦).

وهذا القول أقرب إلى الصواب وإن وصفه المصنف بالترك، إذ لم يرد دليل معتبر على كون أقصاه أقل من السنة، فاستصحاب حكمه وحكم الفراش أنسب وإن كان خلاف الغالب، وقد وقع في زماننا ما يدل عليه. مع أنه يمكن تنزيل تلك الأخبار على الغالب، كما يشعر به قوله عليه السلام: "إنما الحمل تسعة أشهر" ثم أمر بالاحتياط ثلاثة نظرا إلى النادر. ولكن مراعاة النادر أولى من الحكم بنفي النسب عن أهله، بل يترتب ما هو أعظم من ذلك على المرأة، مع قيام الاحتمال

(١) راجع الكافي ٦: ١٠١ ح ٢،

(٢) التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٥، ٤٤٧.

(٣) الإنتصار: ١٥٤.

(٤) الكافي في الفقه: ٣١٤.

(٥) المختلف: ٥٧٩.

(٦) الكافي ٦: ١٠١ ح ٣ "التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٦، وفيهما: أو أبيه، الوسائل ١٥: ٤٤٢ ب (٢٥) من أبواب

العدد، ح ٣.

فلو لم يدخل بها لم يلحقه.
وكذا لو دخل وجاءت به لأقل من ستة أشهر حيا كاملا.

معتزدا بقول ساير علماء الإسلام.
والقول بأن أقصاه عشرة للشيخ في موضع من المبسوط (١)، واستحسنه
المصنف هنا، والعلامة في أكثر (٢) كتبه. وذكر جماعة (٣) أن به رواية، ولكن لم أقف
عليها. وكيف كان فهو أقرب من القول بالتسعة.
قوله: " فلو لم يدخل..... الخ "

يتحقق الدخول الموجب لإلحاق الولد وغيره من الأحكام بغيوبة الحشفة
خاصة أو قدرها من مقطوعها في القبل وإن لم ينزل " على ما ذكره الأصحاب في
مواضع كثيرة. وسيأتي التنبيه عليه في باب (٤) العدد. وذكر الشهيد في قواعده (٥) أن
الوطء في الدبر على هذا الوجه يساوي القبل في هذا الحكم وغيره إلا في مواضع
قليلة استثنائها. وما وقفت في كلام أحد على ما يخالف ذلك.
قوله: " وكذا لو دخل..... الخ "

احترز بالحياة والكمالية عما لو ولدته في هذه المدة غير حي أو ناقص الخلقة،
فإنه يمكن لحوقه به إذا قضى أهل الخبرة بإمكان تولده منه على هذا الوجه من حين
الدخول. وتظهر فائدة لحوقه به في وجوب مؤنة تجهيزه عليه، وفي استحقاق ديته
لو جني عليه، ونحو ذلك.

(١) لم نعر عليه في المبسوط. نعم، نسبه إليه الفاضل المقداد في التنقيح ٣: ٢٦٣
(٢) إرشاد الأذهان ٢: ٣٨، قواعد الأحكام ٢: ٩٤، تحرير الأحكام ٢: ٤٤، تبصرة المتعلمين:
١٤٣.

(٣) راجع الوسيلة: ٣١٨، والإيضاح ٣: ٢٥٩.

(٤) لاحظ المقصد الخامس من النظر الثالث من كتاب الطلاق.

(٥) القواعد والفوائد ١: ١٧٧.

وكذا لو اتفقا على انقضاء ما زاد عن تسعة أشهر، أو عشرة من زمان الوطاء، أو ثبت ذلك بغيبة متحققة تزيد عن أقصى الحمل. ولا يجوز له إلحاقه بنفسه والحال هذه.

والحكم بعدم لحوق الكامل الحي به فما دون الستة هو المشهور بين الأصحاب، لما علم من أن أقل ما يمكن ولادته فيه حيا كاملا هو الستة. وخالف في ذلك الشيخان (١) فخيراه بين نفيه وبين الاعتراف به فيلحقه نسبه. وهو شاذ. والأصح وجوب نفيه، للعلم بانتفائه عنه، فاعترافه بنسبه وإلحاق أحكام النسب به محرم.

قوله: (وكذا لو اتفقا.... الخ " .

إذا ولدت الزوجة بعد أقصى زمان الحمل من حين الوطاء انتفى عن الزوج في نفس الأمر، ووجب عليه نفيه ظاهرا كما يجب عليه نفيه مع عدم الدخول أو ولادته لدون أقل الحمل. وقد ذكر المصنف وغيره هنا أن أقصى المدة المذكورة الموجب لنفي الولد يحصل بأمرين: أحدهما اتفاق الزوجين على عدم الوطاء في المدة المذكورة، والثاني ثبوت ذلك بغيبة أحدهما عن الآخر في جميع المدة. ولا إشكال في انتفائه عنه مع ثبوت ذلك بالبينة أو ما في حكمها.

وأما ثبوت الحكم بمجرد اتفاقهما على عدم الوطاء في المدة فوجهه أن الحق منحصر فيهما، والفعل لا يعلم إلا منهما، وإقامة البينة على ذلك متعذرة أو متعسرة، فلو لم نكتف باتفاقهما عليه وألحقنا به الولد حتما نظرا إلى الفراش لزم الحرج والإضرار به، حيث يعلم انتفائه عنه في الواقع ولا يمكنه نفيه ظاهرا. ولأن الشارع أوجب عليه نفيه عنه مع العلم بانتفائه وجعل له وسيلة إليه مع إنكار المرأة باللعان، فلا بد في الحكم من نصب وسيلة إلى نفيه مع تصادقهما ليثبت له الحكم

(١) المقنعة: ٥٣٨، النهاية: ٥٠٥.

اللازم له شرعا، ولا يمكن ذلك باللعان، لأنه مشروط بتكاذب الزوجين ليتمكنهما الشهادة بالألفاظ الدالة على صدق الشاهد وكذب المشهود عليه، وظاهر لزوم الضرر لو لم يثبت ذلك باتفاقهما، إذ لا وسيلة له سواه. وقد استشكل ذلك الشهيد في بعض حواشيه بأنهما لو اتفقا على الزنا لم ينتف الولد ولحق بالفراش، وهو قائم مع اتفاقهما هنا. ويمكن حل الإشكال بأن مجرد الزنا غير كافي في انتفاء الولد عن الفراش إذا كان قد وطئ وطئا يمكن إلحاقه به، لما ثبت شرعا من أن " الولد للفراش وللعاهر الحجر) (١). وهذا بخلاف ما إذا تصادقا على عدم الوطء في المدة المذكورة، لأن الولد لا يمكن لحوقه بالزوج من دون الوطء في مدة الحمل، ومن ثم اتفقوا على أنه لو ثبت عدم الوطء في المدة بالبينة - حيث يمكن اثباتها كما لو اتفقت الغيبة - انتفى عنه بغير إشكال، بخلاف ما إذا ثبت زناها بالبينة، فإنه لا يوجب نفيه عن الزوج ولا عن المرأة مع وجود الفراش الذي يمكن إلحاقه به، فافترق الأمران. نعم، يحصل الإشكال من وجه آخر، وهو منع انحصار الحق في الزوجين حتى يقبل تصادقهما على ذلك، بل للولد في النسب حق أيضا، وقد حكموا بأنه لو ادعى مدع مولودا على فراش غيره، بأن ادعى وطأه بالشبهة وصدقه الزوجان، فلا بد من البينة لحق الولد، ولا يكفي تصديق الزوجين له في دعوى الولد. ومثل هذا آت هنا إن وافق المصنف على هذا المدعى، إلا أنه يمكن منعه بما ذكرناه من الحرج والضرر، وكيف يجتمع الحكم بعدم جواز إلحاقه ووجوب نفيه مع الحكم بعدم انتفائه، عنه بوجه من الوجوه حيث يتعذر إقامة البينة.

(١) راجع الوسائل ١٤ : ٥٦٨ ب (٥٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢، ٣، ٤، ٧. و ١٧ : ٥٦٦ ب (ما من أبواب ميراث ولد الملائنة ح ١، ٤. وأيضا مسند أحمد ٢ : ٢٣٩. سنن ابن ماجه ١ : ٦٤٦ ح ٢٠٠٦، ٢٠٠٧.

ولو وطئها واطئ فجورا كان الولد لصاحب الفراش، لا ينتفي عنه إلا باللعان، لأن الزاني لا ولد له.
ولو اختلفا في الدخول، أو في ولادته، فالقول قول الزوج مع يمينه.
ومع الدخول وانقضاء أقل الحمل لا يجوز له نفي الولد، لمكان تهمة أمه بالفجور، ولا مع تيقنه. ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان.

قوله: " ولو وطئها واطئ.... الخ "

المراد بكونه لصاحب الفراش مع وطئه لها على وجه يمكن إلحاقه به، فلا يعارضه حينئذ وطئ الزاني، لأن الزاني لا يلحق به الولد وإن لم يكن هناك فراش، فيلحق الولد بالفراش على هذا الوجه، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر). ولا فرق في ذلك بين كون الولد مشبها للزاني في الخلق والخلق وعدمه، عملا بالإطلاق وتمسكا بالاتفاق.
واحترز بالوطئ فجورا عما لو وطئها بشبهة بحيث يمكن تولده من الزوج والواطئ بالشبهة، وذلك بأن تلده فيما بين أدنى الحمل وأقصاه من وطئها، فإنه يقرع بينهما ويلحق بمن تقع عليه القرعة، لأنها فراش لهما. ولا فرق بين وقوع الوطئ في طهر واحد وعدمه، بل المعتبر إمكان إلحاقه بهما كما ذكرناه. ولو أمكن إلحاقه بواطئ الشبهة دون الزوج تعين له من غير قرعة كالعكس.
قوله: " ولو اختلفا في الدخول - إلى قوله - مع يمينه " .
إذا اختلفا في الدخول فادعته المرأة ليلحق به الولد وأنكره، أو اتفقا عليه ولكن أنكر الزوج ولادتها للولد وادعى أنها أتت به من خارج، فالقول قوله في الموضوعين، لأصالة عدم الدخول وعدم ولادتها له. ولأن الأول من فعله فيقبل قوله فيه، والثاني يمكنها إقامة البينة عليه فلا يقبل قولها فيه بغير بينة.
قوله: (ومع الدخول وانقضاء..... الخ).
لا بد مع انقضاء أقل الحمل بعد الدخول من عدم تجاوزه أكثر الحمل.

ولو طلقها فاعتدت، ثم جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى مدة الحمل، لحق به، إذا لم توطأ بعقد ولا شبهة.

والحاصل: أنه متى أمكن انتساب الولد إلى الزوج يحكم به له، ولا يجوز له نفيه، سواء تحقق فجور أمه أم لا " وسواء ظن انتفائه عنه أم لا " عملاً بظاهر الشرع، وصونا للأعراض عما يشينها، وعملاً بقوله صلى الله عليه وآله: " الولد للفراش " ولا يستثنى من ذلك إلا مع وطئ الشبهة كما مر (١). ولو نفاه حيث يحكم بإلحاقه به ظاهراً لم ينتف إلا باللعان. وليس له اللعان بمجرد الشبهة، بل مع تيقن نفيه عنه. قوله: " ولو طلقها فاعتدت.... الخ ".

إذا طلق المدخول بها فأتت بعد الطلاق بولد لسته أشهر فصاعداً من حين وطئ المطلق، ولم يتجاوز أقصى الحمل، ولم توطأ بعده بعقد ولا شبهة، فهو للمطلق بغير إشكال، لأنها فراشه ولم يلحقها فراش آخر يشاركه في الولد. وإن كان لأزيد من مدة الحمل انتفى عنه مطلقاً.

وإن لحقها فراش في آخر بعقد أو شبهة، فإن لم يمكن لحوقه بالثاني، كما لو ولدته لأقل من ستة أشهر من وطئه ولأقصى الحمل فما دون من وطئ الأول، لحق بالأول أيضاً، وتبين بطلان نكاح الثاني، لوقوعه في عدة الأول، وحرمت عليه أبداً، لو طيه في العدة.

ولو انعكس، بأن ولدته لأزيد من أكثر الحمل من وطئ الأول ولأقل الحمل فصاعداً إلى الأقصى من وطئ الثاني، لحق بالثاني قطعاً.

وإن ولدته لأزيد من أكثر الحمل من وطئ الأول، ولدون ستة أشهر من وطئ الثاني، انتفى عنهما قطعاً.

وإن أمكن إلحاقه بهما، بأن ولدته فيما بين أقصى الحمل وأدناه من وطئهما،

(١) في الصفحة السابقة.

أمكن كونه منهما. ولا خلاف في عدم ترجيح الأول، لأن فراش الثاني إما أقوى - من حيث زوال الأول وحصول الثاني بالفعل - أو مساو له. وفي ترجيح الثاني أو اعتبار القرعة قولان منشؤهما من كونها حال الوطاء فراشا لكل منهما، والزمان صالح، لإلحاقه بهما، فلا ترجيح إلا بالقرعة، ومن أن فراش الثاني ثابت بالفعل حقيقة، بخلاف الزائل، فإنه مجاز عند جمع (١) من الأصوليين، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: "الولد للفراش". والقولان للشيخ في المبسوط (٢) والنهاية (٣) والعلامة في المختلف (٤) وغيره (٥). واختار المصنف إلحاقه بالثاني. ولعله أقوى.

ثم عد إلى العبارة. واعلم أن قوله: "ثم جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى الحمل" ليس بجيد، لأن الفراق قد يقع بعد زمان طويل من وقت الوطاء وأقله مدة الاستبراء، والمعتبر في مدة الحمل ما بين الوطاء والوضع، فكان الأصوب إبدال الفراق بالوطاء. وقوله: "إذا لم توطأ بعقد ولا شبهة" غاية لإلحاقه به على الإطلاق، فأما إذا حصل أحد الأمرين لم يبق الحكم بإلحاقه به على إطلاقه، بل فيه التفصيل الذي ذكرناه - وسننبه (٦) عليه في آخر الباب (٧) - وكان اتصاله به أولى.

(١) راجع الإحكام للآمدي ١: ٤٨، والبحر المحيط للزركشي ٢: ٩١.

(٢) المبسوط ٥: ٢٠٥.

(٣) النهاية: ٥٠٥.

(٤) المختلف: ٧٠٢.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٠، تحرير الأحكام ٢: ٤٤، إرشاد الأذهان ٢: ٣٨.

(٦) في "ش": وسننبه. وفي (و): وسينبه.

(٧) في ص: ٣٨٥.

ولو زنى بامرأة فأحبها، ثم تزوج بها، لم يجز إلحاقه به.. وكذا لو زنى بأمة فحملت، ثم ابتاعها. ويلزم الأب الإقرار بالولد، مع اعترافه بالدخول، وولادة زوجته له. فلو أنكروه والحال هذه لم ينتف إلا باللعان.

قوله: " ولو زنى بامرأة..... الخ "

إنما لم يجز إلحاقه به لأنه متولد من الزنا، والمتولد من الزنا لا يلحق بالزاني. وتجدد الفراش لا يقتضي إلحاق ما قد حكم بانتفائه، ولا يدخل في عموم " الولد للفراش " لأن المراد منه المنعقد في الفراش لا المتولد مطلقا، ولهذا انتفى عنه قبل الفراش ولم ينتف عن الفراش لو ولد بعد الطلاق والعدة.

ويدل عليه بخصوصه رواية علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن القمي قال: " كتب بعض أصحابنا على يدي إلى أبي جعفر عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في رجل فجر بامرأة فحملت، ثم إنه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد وهو أشبه خلق الله به؟ فكتب عليه السلام بخطه وخاتمه: الولد لغية لا يورث " (١).

قوله: " ويلزم الأب الإقرار..... الخ "

المراد ولادة زوجته له على وجه يوجب إلحاقه به، بأن تلده ما بين أقل مدة الحمل إلى أكثرها، وترك ذلك اعتمادا على ما سبق (٢). ولقد كان هذا العذر يوجب ترك ذكر هذه المسألة أيضا، لذكره لها عن قريب.

(١) الكافي ٧: ١٦٤ ح ٤، التهذيب ٨ ١٨٢ ح ٦٣٧، الوسائل ١٥: ٢١٤ ب (١٠ ١) من أبواب أحكام الأولاد.

(٢) في ص: ٣٧٣ و ٣٨١.

وكذا لو اختلفا في المدة.

قوله: " وكذا لو اختلفا في المدة " .

أي: اختلف الزوجان في مدة الحمل من حين الوطاء مع اتفاقهما عليه، فادعى ولادته لدون ستة أشهر أو لأزيد من أقصى الحمل، وادعت ولادته لدون الأقصى على وجه يلحق به، فإنه لا يلتفت إلى قوله، ويلزمه الاقرار . به، ولم ينتف عنه إلا باللعان كما يقتضيه تشبيهه حكم هذه المسألة بالسابقة تغليبا لجانب الفراش، ولأصالة عدم زيادة المدة في الثاني، فمعها فيه الأصل والظاهر.

أما الأول فيشكل تقديم قولها فيه، لأن الأصل عدم مضي المدة المتنازع فيها. ولأن مآل هذه الدعوى إلى دعوى الدخول، فإنه إذا قال: لم تمض ستة أشهر من حين الوطاء فعناه أنه لم يطاء قبل هذه المدة وإنما وطئ في أثنائها " وكما أن قوله مقدم في عدم الدخول لأصالة عدمه فكذا هنا لأصالة عدم تقدمه، لاشتراكهما في تعليل الأصل وإن اختلفا في أصل وقوع الفعل وعدمه، فإن تقديم قوله في عدم الوطاء ليس من حيث كونه وطيا بل من جهة موافقته للأصل، وهو مشترك بين الأمرين.

ولو نظر في تقديم قولها هنا إلى أنهما مع الاجتماع والخلوة يكون الظاهر الدخول، فيكون من باب ترجيح الظاهر على الأصل - كما قيل به في مواضع منها وجوب المهر مع الخلوة - لكان ذلك مشتركا بين المسألتين، لأنه مع إنكار أصل الدخول مع الاجتماع يكون مدعيا خلافا للظاهر، فالحكم بتقديم قولها في هذه الصورة مشكل. ولو خص الحكم بالصورة الأولى كان حسنا.

ولو طلق امرأته فاعتدت وتزوجت، أو باع أمته فوطئها المشتري،
ثم جاءت بولد لدون ستة أشهر كاملاً، فهو للأول. وإن كان لستة فصاعداً
فهو للثاني.

قوله: " ولو طلق امرأته..... الخ "

هذا بيان حكم ما أجمله سابقاً (١) في قوله: " إذا لم توطأ بعقد ولا
شبهة ". وقد فصلناه في محله، فهو به أليق. وزاد هنا أنه لا فرق بين الطلاق
وبيع الأمة، لاشتراكهما في المقتضي زوالاً وحدوثاً. وفي حكم بيع الأمة عتقها
ثم تزويجها.

ويدل على تقديم الثاني مع إمكان كونه منهما - مضافاً إلى ما تقدم (٢) -
رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: " سألته عن الرجل إذا طلق
امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة أشهر فهو للأول، وإن كان نقص
من ستة أشهر فلأمه وأبيه الأول " وإن ولدت لستة أشهر فهو للأخير " (٣).
وعلى حكم الأمة صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا كان
للرجل منكم الجارية يطؤها فيعتقها فاعتدت ونكحت، فإن وضعت لخمسة
أشهر فإنه لمولاه الذي أعتقها، وإن وضعت بعد ما تزوجت لستة أشهر فإنه
لزوجها الأخير " (٤).

(١) لاحظ ص: ٣٨١.

(٢) في ص: ٣٨١ - ٣٨٢.

(٣) التهذيب ٨: ١٦٧ ح ٥٨١، الوسائل ١٥: ١١٧ ب (١٧) من أبواب أحكام الأولاد،

ح ١١.

(٤) الكافي ٥: ٤٩١ ح ١، التهذيب ٨: ١٦٨ ح ٥٨٦، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

أحكام ولد الموطوءة بالملك:
إذا وطئ الأمة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا لزمه الإقرار به،
لكن لو نفاه لم يلاعن أمه، وحكم بنفيه ظاهرا. ولو اعترف به بعد ذلك
ألحق به.
ولو وطئ الأمة المولى وأجنبي حكم بالولد للمولى.

قوله: " إذا وطئ الأمة..... الخ ".
لا فرق في الحكم بذلك بين أن نقول بجعل الأمة فراشا بالوطء وعدمه،
لورود النصوص (١) بوجوب إلحاقه به حيث يمكن تولده منه. ولا يجوز له نفيه إلا
مع العلم بانتفائه عنه، فإن نفاه انتفى عنه ظاهرا بغير لعان، لأنه مختص بالزوجين كما
دل عليه قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهن) (٢) الآية. وحيث يعترف به في
وقت من الأوقات يلزمه نسبه، ولا يجوز له نفيه بعده وإن كان قد نفاه أولا، لأنه
بإقراره به لزمه حكم الإقرار، لعموم الخبر (٣). وفي رواية عن علي عليه السلام قال:
" إذا أقر الرجل بالولد ساعة ثم نفاه لم ينتف منه أبدا) (٤).
قوله: " ولو وطئ الأمة..... الخ ".

هذا إذا كان الواطئ زانيا، فلو كان واطيا لشبهة وأمكن إلحاقه بهما أقرع كما
مر (٥). وقد روى سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن
رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده، لقول
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش، وللعاهر الحجر " (٦).

- (١) الوسائل ١٤: ٥٦٥ ب " ٥٦ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ و ٥، و ب " ٥٩ " .
(٢) النور: ٦.
(٣) الوسائل ١٦: ١١١ ب (٣) من كتاب الإقرار ح ٢، وقد تقدم في ج ٤ " ٩٠ فراجع.
(٤) التهذيب ٨: ١٨٣ ح ٦٣٩، الوسائل ١٧: ٥٦٥ ب (٦) من أبواب ميراث ولد الملائنة ح ٤.
(٥) في ص: ٣٨٠.
(٦) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٣، التهذيب ٨: ١٦٩ ح ٥٨٩، الاستبصار ٣: ٣٦٨ ح ١٣١٧، الوسائل ١٤: ٥٦٨
ب (٥٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء " ح ٤.

ولو انتقلت إلى موال بعد وطاء كل واحد منهم لما حكم بالولد لمن هي عنده إن جاءت لسته أشهر فصاعدا منذ يوم وطئها، وإلا كان للذي قبله إن كان لوطئه ستة أشهر فصاعدا وإلا كان للذي قبله. وهكذا الحكم في كل واحد منهم.

قوله: " ولو انتقلت إلى موال..... الخ ".
إذا تعدد الموالى ووطئ كل واحد منهم فهي فراش للجميع أو في معنى الفراش، فيلحق الولد بالمالك بالفعل دون الزائل مع إمكان لحوقه به، وإلا فللسابق عليه، لأنه ناسخ لحكم الذي قبله مع إمكان لحوقه، وإلا فالسابق، وهكذا. ويجيء على القول بالقرعة في الفراش المتجدد بالزوجة بينه وبين المتقدم ورودها هنا، إلا أن الاحتمال هنا أضعف " لورود الأخبار بتقديم من هي في يده على السابق زيادة على ما ذكرناه (١) هناك من وجه التقديم.
ويدل على تقديم الحاضر رواية الصنفار عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
" سمعته وسئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها - إلى قوله - فإنه باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها، ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها، فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للفراش، وللعاهر الحجر " (٢). وروى الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام مثله، إلا أنه قال: " الولد للذي عنده الجارية، ويصبر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش، وللعاهر الحجر " (٣) وفي هاتين الروايتين دلالة على أن الأمة تصير

(١) في ص: ٣٨١ - ٣٨٢.

(٢) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٨٥ ح ١٣٥٨، التهذيب ٨: ١٦٨ ح ٥٨٧ و ٥٨٨، الاستبصار ٣: ٣٦٨ ح ١٣١٥ و ١٣١٦، الوسائل ١٤: ٥٦٨ ب (٥٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢ و ٣.
والرواية الأولى نقلت في المصادر عن الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام.
(٣) تقدم أنفا تحت رقم ٢.

ولو وطئها المشتركون فيها في طهر واحد فولدت فتداعوه أقرع بينهم، فمن خرج اسمه الحق به واغرم حصص الباقيين من قيمة أنه وقيمته يوم سقط حيا. وإن ادعاه واحد الحق به وألزم حصص الباقيين من قيمة الأم والولد.

فراشا للمولى بالوطء، وسيأتي (١) تحقيقه في اللعان. قوله: (ولو وطئها المشتركون.... الخ).

الأمة المشتركة لا يجوز لكل واحد من الشركاء وطؤها، لتعلق حق غيره بها. لكن لو وطئها بغير إذن لم يكن زانيا بل عاصيا يستحق التعزير، ويلحق به الولد، وتقوم عليه الأم والولد يوم سقط حيا، ويغرم حصص الباقيين. وقد تقدم (٢) الكلام في ذلك.

ولو فرض وطء الجميع لها في طهر واحد فعلوا محرما ولحق بهم الولد، لكن لا يمكن التحاقه بالجميع بل بواحد منهم بالقرعة، كما لو كانت فراشا لاثنيين فصاعدا، فمن خرجت له القرعة الحق به وغرم حصص الباقيين كما ذكرناه. هذا إذا أشكل عليهم الأمر ولم يعلم تولده من واحد بعينه، كما هو الظاهر من حال الواطئين في طهر واحد. وحكمهم عند الاشتباه مع الله تعالى أن لا يدعيه أحد منهم بخصومة، بل يرجعوا فيه إلى القرعة. لكن لو فرض ادعاء كل واحد له أقرع بينهم أيضا " والحق بمن خرج اسمه، واغرم حصص الباقيين من قيمته وقيمة أمه، لأنها صارت أم ولد بالنسبة إلى من ألحق به. والأصل في هذه المسألة حسنة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: " (بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليا عليه السلام إلى اليمن فقال له حين

(١) في الركن الثالث من كتاب اللعان.

(٢) في ج ٣: ٣٩٨.

قدم: حدثني بأعجب ما مر عليك. قال: يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطؤها جميعا في طهر واحد، فولدت غلاما فأصبحوا فيه يدعونه، فأسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه، وضمنته نصيبهم. فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق" (١). والأصحاب حكموا بمضمونها، وحملوا قوله " وضمنته نصيبهم " على النصيب من الولد والأم معا، كما لو كان الواطئ واحدا منهم ابتداء، فإنه يلحق به ويغرم نصيبهم منهما كذلك.

لكن يشكل الحكم بضمانه لهم نصيب الولد، لادعاء كل منهم أنه ولد. وأنه لا يلحق، بغيره، ولازم ذلك أنه لا قيمة له على غيره من الشركاء. وهذا بخلاف ما لو كان الواطئ واحدا فإن الولد محكوم بلحوقه به، ولما كان من نماء الأمة المشتركة جمع بين الحقين باغرامه قيمة الولد لهم وإلحاقه به " بخلاف ما هنا. والرواية ليست صريحة في ذلك، لأن قوله " وضمنته نصيبهم " يجوز إرادة النصيب من الأم، لأنه هو النصيب الواضح لهم باتفاق الجميع، بخلاف الولد.

ويمكن أن يكون الوجه في إغرامه نصيبهم من الولد أن ذلك ثابت عليه بزعمه أنه ولده، ودعواهم لم تثبت شرعا، فيؤخذ المدعي بإقراره بالنسبة إلى حقهم. والنصيب في الرواية يمكن شموله لهما معا، من حيث إن الولد نماء أمتهم) فلكل منهم فيه نصيب، سواء الحق به أم لا، ولهذا يغرم من لحق به نصيب الباقيين في موضع الوفاق. وعلى كل حال فالعمل بما ذكره الأصحاب متعين، ولا يسمع الشك فيه مع ورود النص به ظاهرا وإن احتمل غيره.

(١) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٢، الفقيه ٣: ٥٤ ح ١٨٣، التهذيب ٨: ١٧٠ ح ٥٩٢، الاستبصار ٣: ٣٦٩ ح ١٣٢٠، الوسائل ١٤: ٥٦٧ ب (٥٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء. ح ٤.

ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل.

ولو كان المدعي به بعضهم دون بعض، فإن اتحد لحق به وحده، وكان حكم الباقي حكم من نفي ولده من أمته الملحق به ظاهراً، فإنه ينتفي عنه بغير لعان، وإن كان نفيه محرماً عليه من دون أن يعلم انتفائه، وهنا أولى. وإن كان المدعي متعدداً - كائنين منهم - مع نفي الباقيين له أقرع بين المتداعيين كما لو انحصر الملك فيهما، والحق بمن أخرجته القرعة كما لو أقرع بين الجميع، ولحقه باقي الأحكام. ولو لم يدعه أحد منهم أقرع بينهم أيضاً، والحق بمن أخرجته كما ذكرناه.

ولا فرق في جميع هذه الأحكام بين وطئهم لها عالمين بالتحريم وجاهلين وبالتفريق. وإنما يفترق الجاهل والعالم في الحكم بالإثم وعدمه، وفي استحقاق التعزير وعدمه. وكما لا يصح لأحد منهم تصديق المدعي فيه بدون أن يعلم انتفائه عنه لا يصح لهم الاتفاق على نفيه عنهم إلا مع العلم كذلك.

وبالجملة فحكم كل واحد بالنسبة إلى هذا الولد كولد من الأمة الموطوءة المنفردة من حيث الحكم بالحق وتحریم النفي وانتفائه على تقديره بغير لعان. ويزيد هنا توقف لحوقه بأحدهم على القرعة، كما لو وطئ الأمة غير مالکها وطياً يمكن أن يلحق بكل منهما الولد.

قوله: " ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل " .

قد عرفت أن لحوق الولد بالواطئ بالملك والزوجية لا يتوقف على العلم بإنزال الماء، بل يكفي فيه تغييب الحشفة أو قدرها " فبالأولى أن يلحق الولد بالواطئ إذا عزل عنها، لإمكان أن يسبقه شيء من الماء من غير أن يشعر به. وقد يقع الإشكال ني الموضوعين بتقدير العلم بعدم نزول الماء، لكن الأصحاب أطلقوا الحكم كما وصفناه، وغيرهم من العامة (١) اختلفوا في ذلك، فمنهم من وافق

(١) راجع الوجيز ٢ : ٨٧ المغني لابن قدامة ٩ : ٤٥، روضة الطالبين ٦ : ٣٠٥، الانصاف ٩ : ٢٦٤.

ولو وطئ أمته ووطئها آخر فجورا لحق الولد بالمولى.
ولو حصل

مع ولادته أمانة يغلب معها الظن أنه ليس منه قيل: لم يجز له إلحاقه به
ولا نفيه، بل ينبغي أن يوصي له بشئ، ولا يورثه ميراث الأولاد. وفيه
تردد.

الأصحاب على ذلك، ومنهم من اشترط في حقوق الولد نزول الماء، ونفاه عنه مع
العزل فضلا عن تغييب الحشفة مجردا.

توله: " ولو وطئ أمته..... الخ "

القول المذكور للشيخ (١) وأتباعه (٢) وأكثر الأصحاب، استنادا إلى روايات (٣)
كثيرة دالة بظاهرها على ذلك، لكنها مختلفة الدلالة والأسناد، والواضح السند منها
ليس بصريح في المطلوب، والدال عليه ظاهرا ضعيف السند، ولكنها عرضنا عن
نقلها، مضافا إلى مخالفتها للقواعد الشرعية والأخبار الصحيحة المتفق عليها من أن
" الولد للفراش، وللعاهر الهجر " (٤). وأنه لا عبرة في الولد بمشابهة الأب أو غيره.
ولأن الولد المذكور إن كان لاحقا به فهو حر وارث، وإلا فهو رق، فجعله طبيعة
ثالثة وقسما آخر ليس بجيد. ومقتضى النصوص أن الولد يملك الوصية ولا يملكه
المولى (٥) ولا الوارث، وهي من خواص الحر، لكن عدم إلحاقه به ينافي ذلك.
والأقوى الإعراض عن مثل هذه الزوايات والأخذ بالمجمع عليه من أن " (الولد
للفراش " حيث تجتمع شرائط إلحاقه به.

(١) النهاية: ٥٠٦.

(٢) كالقاضي في المهذب ٢: ٣٤٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٣١٧ - ٣١٨.

(٣) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٦٣ ب " ٥٥ " من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ و ٢، و ب " ٥٦ "

ح ٣ و ٤.

(٤) راجع ص: ٣٧٩، هامش (١).

(٥) في " ش " و " م ": الولي.

أحكام ولد الشبهة:

الوطئ بالشبهة يلحق به النسب. فلو اشتبهت عليه أجنبية فظنها زوجته أو مملوكته فوطئها لحق به الولد. وكذا لو وطئ أمة غيره لشبهة، لكن في الأمة يلزمه قيمة الولد يوم سقط حيا لأنه وقت الحيلولة. ولو تزوج امرأة لظنها خالية، أو لظنها موت الزوج أو طلاقه، فبان أنه لم يمت ولم يطلق " ردت على الأول بعد الاعتداد من الثاني. واختص الثاني بالأولاد مع الشرائط، سواء استندت في ذلك إلى حكم الحاكم أو شهادة شهود أو إخبار مخبر.

قوله: " الوطاء بالشبهة..... الخ "

لا خلاف في أن وطئ الشبهة كالصحيح في لحوق أحكام النسب. وقد تقدم (١) تعريفه وبيان جملة من أحكامه في أول الكتاب. ويزيد عن النكاح الصحيح أن الشبهة لو تعلقت بأمة غيره فوطئها لحق به الولد، لكن يلزمه قيمته لمولاهها يوم ولد حيا، لأنه نماء مملوكته. وقد تقدم (٢) أن ولد الحر لا يكون رقا، فيجمع بين الحقين بإعطاء المولى قيمة الولد يوم ولد على تقدير ولادته حيا، وإلا فلا شيء له. وينعقد الولد حرا تبعا لأبيه، ولا ينافيه لزوم قيمته، لأن ذلك تقويم منفعة الأمة التي فأت المولى بسبب تصرف الغير فيها. فعلى هذا لو لم يعطه قيمته بقي في ذمة الأب، ولا يرجع الولد رقا. وقد تقدم (٣) البحث في نظائر ذلك.

قوله: " ولو تزوج امرأة..... الخ "

هذا الحكم ذكره الشيخ (٤) والأصحاب كذلك. والمستند أخبار (٥) كثيرة تدل

(١) في ج ٧: ٢٠٢.

(٢) في ص: ١٠ - ١٢.

(٣) في ص: ١٦ و ٢٢.

(٤) النهاية: ٥٠٦.

(٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٦٦ ب " ٣٧ " من أبواب العدد.

القسم الثاني في أحكام الولادة
والكلام في سنن الولادة، واللواحق.
أما سنن الولادة:

فالواجب منها: استبداد النساء بالمرأة عند الولادة دون الرجال، إلا
مع عدم النساء. ولا بأس بالزوج وإن وجدت النساء.

بإطلاقها عليه. ولا إشكال فيها على تقدير حكم الحاكم أو شهادة شاهدين يعتمد
على قولهما في ذلك شرعا وإن لم يحكم حاكم، إذ ليس هناك نزاع حتى يفتقر الحكم
إليه. وحينئذ فيكون ذلك شبهة مسوغة للوطء، وموجبة لإلحاق الأولاد، وثبوت
الاعتداد بعد ظهور الفساد، لأن وطئ الشبهة يوجب ذلك.
وأما على تقدير كون الخبر ممن لا يثبت ذلك به شرعا كالواحد فينبغي
تقييده بما لو ظنا جواز التعويل على خبره جهلا منهما بالحكم، فلو علما بعدم الجواز
كانا زانيين، فلا يلحق بهما الولد، ولا عدة عليها منه. ولو جهل أحدهما ثبتت العدة،
ولحق الولد به دون الآخر.

وفي التحرير (١) صرح بالاجتزاء بخبر الواحد. وهو محمول على ما ذكرناه
ليوافق القواعد الشرعية.

قوله: " فالواجب منها استبداد..... الخ "

وجه وجوب استبدادهن بها من دون الرجال أن مثل ذلك يوجب سماع
صوتها غالبا والاطلاع على ما يحرم عليهم. وهذا يتم مع لزوم ذلك لا مطلقا،
ويتخلف في الرجال المحارم حيث لا يستلزم الاطلاع على ما يحرم على المحرم
رؤيته، وينبغي تقديم الرجال المحارم على الأجانب لذلك، وبعضهم (٢) أوجبه. ولا

(١) التحرير ٢: ٤٥.

(٢) لاحظ حاشية المحقق الثاني على الشرايع: ٣٩٦. (مخطوط).

والندب ستة: غسل المولود، والأذان في أذنه اليمنى، والإقامة في اليسرى.

شبهة في جواز الرجال مطلقاً عند عدم النساء، وجواز الأجنبي عند عدم المحارم والزوج، لأن الضرورة تبيح من نظر المرأة وسماع صوتها مثل ذلك، كنظر الطبيب ولمسه في وقت الحاجة ولو إلى العورة. وهذا الوجوب في جميع المراتب كفائي يجب على من بلغه حالها من النساء إلى أن يحصل من فيه الكفاية فيسقط عن الباقيين. وكذا حكم الرجال حيث ينتقل إليهم. قوله: " والمندوب ستة: غسل المولود ".

إطلاق الغسل يقتضي اعتبار النية فله والترتيب وغيرهما من أحكامه، مع احتمال عدمه وأنه تنظيف محض له عن النجاسات العارضة له أو مطلقاً. قوله: " والأذان في أذنه... الخ ".

قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى أذان الصلاة، وليقم في أذنه اليسرى، فإنها عصمة من الشيطان الرجيم " (١). وقال الصادق عليه السلام لأبي يحيى الرازي: " إذا ولد لكم مولود أي شيء تصنعون؟ قلت: لا أدري ما يصنع به. قال: خذ عدسة جاوشير فدفه بالماء ثم قطر في أنفه في المنخر الأيمن قطرتين، وفي الأيسر قطرة، والأذن في أذنه اليمنى، وأقم في اليسرى، تفعل به ذلك قبل أن تقطع سرتة، فإنه لا يفرغ أبداً، ولا تصيبه أم الصبيان " (٢). وفي حديث آخر عنه عليه السلام: " مروا القابلة أو بعض من يليه أن تقيم الصلاة في أذنه اليمنى، فلا يصيبه لمم ولا تابعة أبداً " (٣).

-
- (١) الكافي ٦: ٢٤ ح ٦، التهذيب ٧: ٤٣٧ ح ١٧٤٢، الوسائل ١٥: ١٣٦ ب (٣٥) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١
(٢) الكافي ٦: ٢٣ ح ١، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٣٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
(٣) الكافي ٦: ٢٣ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

وتحنيكه بماء الفرات وبتربة الحسين عليه السلام، فإن لم يوجد ماء الفرات فاء فرات. وإن لم يوجد إلا ماء ملح جعل فيه شيء من التمر أو العسل.

قوله: " وتحنيكه بماء الفرات..... الخ "

المراد بالتحنيك إدخال ذلك إلى حنكه، وهو أعلى داخل الفم. قال الباقر عليه السلام: " يحنك المولود بماء الفرات، ويقام في أذنه " (١) في رواية أخرى: " حنكوا أولادكم بماء الفرات وبتربة قبر الحسين عليه السلام، فإن لم يكن فبماء السماء " (٢).

وكذا يستحب تحنيكه بالتمر، بأن يمضغ التمرة ويجعلها في فيه ويوصلها إلى حنكه بسببته حتى يتخلل في حلقه. قال أمير المؤمنين عليه السلام: " فكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالحسن والحسين عليهما السلام " (٣). ومثله روي عن أم سلمة رضي الله عنها لما ولدت غلاما، فأتى به أبو طلحة النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وأرسلت معه بتمرات فأخذها النبي صلى الله عليه وآله وسلم فمضغها، ثم أخذها من فيه فجعلها في فم الصبي وحنكه به، وسماه عبد الله (٤). قال الهروي: " يقال: حنكه وحنكه بتخفيف النون وتشديدها (٥). والفرات المضاف إليه الماء نهر الكوفة، والفرات الموصوف به الماء العذب وهو خلاف المالح.

- (١) الكافي ٦: ٢٤ ح ٣، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٣٩، الوسائل ١٥: ٣٨ ب (٣٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.
(٢) الكافي ٦: ٢٤ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٤٠، مكارم الأخلاق: ٢٢٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
(٣) الكافي ٦: ٢٤ ح ٥، الخصال ٢: ٦٣٧، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٤١، مكارم الأخلاق: ٢٢٩، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
(٤) صحيح البخاري ٧: ١٠٩، مسند أحمد ٣: ١٠٥، وفيهما: أم سليم.
(٥) غريب الحديث للهروي ١: ١٠٦.

ثم يسميه أحد الأسماء المستحسنة، وأفضلها ما يتضمن العبودية لله سبحانه وتعالى، وتليها أسماء الأنبياء والأئمة عليهم السلام.

قوله: " ثم يسميه أحد الأسماء..... الخ " .
عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: استحسنا أسماءكم. فإنكم تدعون بها يوم القيامة، قم يا فلان بن فلان إلى نورك، وقم يا فلان بن فلان لا نور لك " (١). وعن الكاظم عليه السلام قال: " جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يا رسول الله ما حق ابني هذا؟ قال: تحسن اسمه وأدبه " (٢). والأسماء الحسنة هي أسماء الأنبياء والأئمة عليهم السلام وما تضمن العبودية لله تعالى، ك: عبد الله وعبد الرحمن وعبد الرحيم وأشباه ذلك. والمصنف - رحمه الله - جعل أفضلها ما تضمن العبودية لله تعالى، ويليهما في الفضل أسماء الأنبياء والأئمة عليهم السلام. وتبعه عليه العلامة في كتبه (٣). ولم نقف على مستنده، والموجود في الأخبار أفضلية أسماء الأنبياء عليهم السلام، وأصدقها ما تضمن العبودية لله تعالى. قال الباقر عليه السلام: " أصدق الأسماء ما سمي بالعبودية وأفضلها أسماء الأنبياء عليهم السلام، إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: من ولد له أربعة أولاد ولم يسم أحدهم باسمي فقد جفاني " (٤). ولا يخفى أن كون الاسم أصدق من غيره لا يقتضي كونه أفضل منه، خصوصاً مع التصريح

-
- (١) الكافي ٦: ١٩ ح ١٠، الوسائل ١٥: ١٢٢ ب (٢٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.
(٢) الكافي ٦: ٤٨ ح ١، التهذيب ٨: ١١١ ح ٣٨٤، الوسائل ١٥: ١٩٨ ب (٨٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.
(٣) تحرير الأحكام ٢: ٤٢، قواعد الأحكام ٢: ٤٩.
(٤) الكافي ٦: ١٨ ح ١. معاني الأخبار: ١٤٦، التهذيب ٧: ٤٣٨ ح ١٧٤٧، الوسائل ١٥: ١٢٤ ب (٢٣) من أبواب أحكام الأولاد ح ١، والزيادة من التهذيب، وهي في الكافي ٦: ١٩ ح ٦، والوسائل ١٥: ١٢٦ ب " ٢٤ " ح ٢.

وأن يكنيه مخافة النبز.
وروى استحباب التسمية يوم السابع.

بكون الأفضل أسماء الأنبياء عليهم السلام في نفس الخبر، فإنه يدل على أن الصدق غير الفضلية. وبمضمون الخبر عبر الشهيد - رحمه الله - في اللمعة (١). وابن إدريس (٢) صرح بأن الأفضل أسماء الأنبياء والأئمة عليهم السلام، وأفضلها نبينا والأئمة عليهم السلام، وبعد العبودية لله تعالى دون خلقه. وهذا هو الأظهر. قوله: (وأن يكنيه مخافة النبز).

الكنية بضم الكاف ما صدر من الأعلام بأب أو أم، كأبي الحسن وأم كلثوم. وهي مستحبة مضافة إلى الاسم، حذرا، من لحوق النبز وهو ما يكره من اللقب. قال الباقر عليه السلام: (إنا لنكني أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم) (٣).

قوله: (وروى استحباب التسمية يوم السابع).
أكثر (٤) الأخبار تضمنت استحباب التسمية للمولود من غير توقيت، فيدخل وقته من حين الولادة. وفي رواية عن الكاظم عليه السلام: (إن أحب أن يسميه من يومه فليفعل) (٥). بل روي استحباب تسمية الحمل محمدا قبل أن يولد (٦). والمصنف - رحمه الله - مشى على ذلك، فجعل التسمية من سنن الولادة ثم

(١) اللمعة الدمشقية: ١١٩.

(٢) السرائر ٢: ٦٤٦.

(٣) الكافي ٦: ١٩ ح ١١، التهذيب ٧: ٤٣٨ ح ١٧٥٠، الوسائل ١٥: ١٢٩ ب (٢٧) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

(٤) أنظر الوسائل ١٥: ١٢٢ ب (٢٢) من أبواب أحكام الأولاد، و ١٩٨ ب (٨٦).

(٥) الكافي ٦: ٢٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٦، التهذيب ٧: ٤٤٠ ح ١٧٥٩، الوسائل ١٥: ١٤٤ ب (٣٨) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٥.

(٦) الوسائل ١٥: ١١١ ب (١٤) من أبواب أحكام الأولاد.

ويكره أن يكنيه أبا القاسم إذا كان اسمه محمدا... وأن يسميه حكما
أو حكيما أو خالدا أو حارثا أو مالكا أو ضرارا.

نقل استحباب كونه يوم السابع رواية. والرواية التي أشار إليها هي رواية أبي
الصباح الكناني قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصبي المولود متى يذبح
عنه ويحلق رأسه ويتصدق بوزن شعره ويسمى؟ فقال: كل ذلك في اليوم
السابع " (١). وبمعناها كثير (٢). وطريق الجمع بينها وبين ما أمر فيه بالتسمية مطلقا
بالحمل على الفضيلة والأفضلية، فتجعل التسمية يوم السابع أفضل من غيره غير ما
استثنى من اسم محمد، فقد روي استحباب تسميته للحمل وحين يولد، قال الصادق
عليه السلام: " لا يولد لنا مولود إلا سميناه محمدا، فإذا مضى سبعة أيام فإن شئنا
غيرنا وإن شئنا تركنا " (٣).

قوله: " ويكره أن يكنيه أبا القاسم إذا كان اسمه محمدا ".
وجه الكراهة ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام: (، إن النبي صلى الله عليه
 وآله نهى عن أربع كنى: عن أبي عيسى، وعن أبي الحكم، وعن أبي مالك، وعن أبي
القاسم إذا كان الاسم محمدا " (٤).
قوله: " وأن يسميه حكما.... الخ " .

مستند كراهة هذه الأسماء رواية حماد بن عثمان الحسنة عن أبي عبد الله عليه
السلام قال: " إن رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفة حين حفره الموت

(١) الكافي ٦: ٢٨ ح ٨ الوسائل ١٥: ١٥٠ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد ح ٣.

(٢) راجع الوسائل الباب المتقدم.

(٣) الكافي ٦: ١٨ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٣٧ ح ١٧٤٦، الوسائل ١٥: ١٢٥ ب (٢٤) من أبواب
أحكام الأولاد ح ١.

(٤) الكافي ٦: ٢١ ح ١٥، الخصال: ٢٥٠ ح ١١٧، التهذيب ٧: ٤٣٩ ح ١٧٥٢، الوسائل ١٥:
١٣١ ب (٢٩) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

وأما اللواحق فثلاثة:
سنن اليوم السابع، والرضاع، والحضانة.
وسنن اليوم السابع أربعة: الحلق، والنختان، وثقب الأذن، والعقيقة.

يريد أن ينهى عن أسماء يتسمى بها فقبض ولم يسمها، منها الحكم وحكيم وخالد ومالك، وذكر أنها ستة أو سبعة مما لا يجوز أن يتسمى بها " (١). وروى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إن أبغض الأسماء إلى الله تعالى حارث ومالك وخالد " (٢). وليس في الأخبار تصريح (٣) بالنهي عن ضرار بخصوصه، لكنه من الأسماء المنكرة، وقيل إنها من أسماء إبليس. وروى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: " إن رجلا كان يغشى علي بن الحسين عليه السلام وكان يكنى أبا مرة، فكان إذا استأذن عليه يقول: أبو مرة بالبواب، فقال له علي بن الحسين عليهما السلام: إذا جئت إلى بابنا فلا تقولن: أبو مرة " (٤). قوله: " وسنن اليوم السابع..... الخ ".

المشهور بين الأصحاب استحباب الأربعة، والروايات ناطقة به. قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه، ويسمى فيه ويحلق رأسه " (٥). وقال الصادق عليه السلام: " عق عنه واحلق رأسه

-
- (١) الكافي ٦: ٢٠ ح ١٤، التهذيب ٧: ٤٣٩ ح ١٧٥١، الوسائل ١٥: ١٣٠ ب (٢٨) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.
(٢) الكافي ٦: ٢١ ح ١٦، التهذيب ٧: ٤٣٩ ح ١٧٥٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
(٣) ورد ذم التسمية ب (ضرار) في الحديث، لاحظ الوسائل ١٥: ١٣١ ب " ٢٨ " من أبواب أحكام الأولاد ح ٥، والخصال ١: ٢٥٠ ح ١١٨.
(٤) الكافي ٦: ٢١ ح ١٧، الوسائل ١٥: ١٣١ ب (٢٩) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.
(٥) مسند أحمد ٥: ٧ - ٨، سنن ابن ماجه ٢: ١٠٥٦ ح ٣١٦٥، سنن أبي داود ٣: ١٠٦ ح ٢٨٣٨، سنن النسائي ٧: ١٦٦، المعجم الكبير للطبراني ٧: ٢٠١ ح ٦٨٣٠.

يوم السابع، وتصدق بوزن شعره فضة " (١). وعنه عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: طهروا أولادكم يوم السابع، فإنه أطهر وأطيب وأسرع لنبات اللحم، وإن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحا " (٢). وفي خبر آخر عنه عليه السلام: " إن الأرض تضج إلى الله عز وجل من بول الأغلف " (٣). وفي خبرين عنه عليه السلام - في طريق أحدهما مسعدة (٤) بن صدقة، وفي الآخر محمد بن عيسى (٥)، والظاهر أنه الأشعري لا اليقطيني فيكون صحيحا - قال: " ثقب أذن الغلام من السنة، وختان الغلام من السنة ".

وروى الكليني عن الحسين بن خالد قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام عن التهئة بالولد متى؟ قال: إنه لما ولد الحسن بن علي عليهما السلام هبط جبرئيل على النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالتهئة في اليوم السابع، وأمره أن يسميه ويكنيه ويحلق رأسه ويعق عنه ويثقب أذنه، وكذلك حين ولد الحسين عليه السلام أتاه في اليوم السابع. بمثل ذلك. قال: وكان لهما ذؤابتان في القرن الأيسر، وكان الثقب في الأذن اليمنى في شحمة الأذن، وفي اليسرى في أعلى الأذن، فالقرط في اليمنى، والشنف في اليسرى " (٦).

-
- (١) الكافي ٦: ٢٧ ح ١، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٦٦، الوسائل ١٥: ١٥١ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٨.
- (٢) الكافي ٦: ٣٥ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٤٥ ح ١٧٧٨، الوسائل ١٥: ١٦١ ب (٥٢) من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.
- (٣) الكافي ٦: ٣٥ ح ٣، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
- (٤) الكافي ٦: ٣٥ ح ١، الوسائل ١٥: ١٥٩ ب (٥١) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.
- (٥) الكافي ٦: ٣٦ ح ٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
- (٦) الكافي ٦: ٣٣ ح ٦، ورواه عنه في التهذيب ٧: ٤٤٤ ح ١٧٧٦ الوسائل ١٥: ١٥٩ ب " ٥١ " من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

أما الحلق: فمن السنة حلق رأسه يوم السابع مقدا على العقيقة،
والتصدق بوزن شعره ذهبا أو فضة.
ويكره أن يحلق من رأسه موضع ويترك موضع. وهي القنازع.

وحرمة بعض العامة (١) ثقب الأذن نظرا إلى أنه تأليم للولد وأذى لم يؤذن فيه
شرعا، فإن صح حديثنا أو جبرته الشهرة فهو الأذن، وإلا فما قاله موجه، إلا أن
يجعل مثل هذا الألم اليسير - مع ما يترتب عليه من زينة الصبي ونفعه - مما يكفي في
الأذن فيه أمثال هذه الأخبار.

قوله: " وأما الحلق فمن السنة..... الخ "

قد تقدم (٢) ما يدل على استحبابه. ويدل على تقديمه على العقيقة رواية
إسحاق بن عمار قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: بأي ذلك نبدأ؟ قال: تحلق
رأسه، وتعق عنه، وتتصدق بوزن شعره فضة، يكون ذلك في مكان واحد " (٣). وفي
رواية أبي بصير عنه عليه السلام: (بوزن شعر ذهبا أو فضة) (٤).
قوله: (" ويكره أن يحلق..... الخ "

روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا
تحلقوا للصبيان القزع. والقزع أن يحلق موضعا ويدع موضعا " (٥). وفي خبر آخر
عنه عليه السلام: " أنه كره القزع في رؤوس الصبيان. وذكر أن القزع أن يحلق

(١) لم نثر عليه.

(٢) في ص: ٣٩٩ - ٤٠٠.

(٣) الكافي ٦: ٢٧ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٦٧، الوسائل ١٥: ١٥١ ب (٤٤) من أبواب
أحكام الأولاد، ح ٩.

(٤) الكافي ٦: ٢٨ ح ٧، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٦٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.

(٥) الكافي ٦: ٤٠ ح ١، التهذيب ٧: ٤٤٧ ح ١٧٩٠، الوسائل ١٥: ١٧٣ ب (٦٦) من أبواب
أحكام الأولاد، ح ١.

وأما الختان فمستحب يوم السابع، ولو أخر جاز. ولو بلغ ولم يختن
وجب أن يختن نفسه. والختان واجب، وخفض الجوارح مستحب. ولو
أسلم كافر غير مختتن وجب أن يختن ولو كان مسناً. ولو أسلمت امرأة لم
يجب ختانها واستحب.

الرأس إلا قليلاً وسط الرأس تسمى القزعة " (١). وفي حديث آخر عنه عليه
السلام: " أن النبي صلى الله عليه وآله أتى بصبي يدعو له وله قنازع فأبى أن يدعو
له، وأمر أن يحلق رأسه " (٢).

واعلم أن تعريف المصنف والخبر الأول تضمن كراهة ترك موضع من
الرأس، سواء كان في وسطه أو غيره، وسواء تعدد أم اتحد، والخبر الثاني اقتضى
كون القزعة هو ترك الوسط لا غير. وكلام أهل اللغة يوافق المعنى الأول، قال
الهروي: في الحديث " نهى عن القزعة " وهو أن يحلق رأس الصبي ويترك منه مواضع
يكون الشعر فيه متفرقا، ومنه قزع السحاب وهي قطعه (٣).
قوله: " وأما الختان فمستحب.... الخ ".
هنا مسائل:

الأولى: لا خلاف بين العلماء في وجوب الختان في الجملة، وأنه من الفطرة
الحنيفية، وإنما الكلام في أول وقت وجوبه هل هو قبل التكليف، بحيث إذا بلغ الصبي
يكون قد اختتن قبله ولو بقليل، أم لا يجب إلا بعد البلوغ كغيره من التكليف
المتعلقة بالمكلف؟ يظهر من عبارة المصنف الأول، لإطلاق حكمه عليه بالوجوب،
ولا ينافيه حكمه باستحبابه يوم السابع، لأن الوجوب على هذا القول موسع من

(١) الكافي ٦: ٤٠ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

(٢) الكافي ٦: ٤٠ ح ٣، التهذيب ٧: ٤٤٧ ح ١٧٩١، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

(٣) غريب الحديث للهروي ١: ١١٤.

حين الولادة إلى أن يقرب التكليف. وعلى هذا فيكون فعله يوم السابع أفضل أفراده الواجبة، ولأجل ذلك أطلق عليه الاستحباب، كما يقال: يستحب صلاة الفريضة في أول وقتها. وعلى هذا فيكون الوجوب متعلقا بالولي، فإن لم يفعل إلى أن بلغ الصبي أتم وتعلق الوجوب حينئذ بالولد.

وبهذا القول صرح في التحرير فقال: " ولا يجوز تأخيرها إلى البلوغ " (١). ووجه هذا القول: إطلاق الأمر به للولي الدال على الوجوب. وقد تقدم (٢) بعضه. ووجه الثاني: أن الختان شرط في صحة الصلاة ونحوها من العبادات، فلا يجب إلا مع وجوب المشروط. ولو سلم أنه واجب لنفسه فمتعلقه المكلف، والأصل براءة ذمة الولي من فعله. والأمر قبل البلوغ محمول على الاستحباب، لأن في بعض الأخبار (٣) أنه من السنة مقرونا بثقب الأذن المتعين حمله على الاستحباب، وإن كانت السنة في نفسا أعم من الواجب. وفي الحديث: (" أن ابن عباس - رضي الله عنه - سئل: مثل من أنت حين قبض رسول الله صلى الله عليه وآله؟ قال: أنا يومئذ مختون " (٤). وكانوا لا يختنون الرجل حتى يدرك. وفي صحيحة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: " إنما السنة في الختان على الرجال " (٥).

وقول المصنف: " ولو أخر جاز " (جار) (٦) على القولين، إذ لا شبهة في جواز تأخيرها عن اليوم السابع، إنما الكلام في وجوب تقديمه على البلوغ. وفي صحيحة

(١) تحرير الأحكام ٢: ٤٣.

(٢) في ص: ٤٠٠، هامش (٢).

(٣) مر ذكر مصدره في ص: ٤٠٠، هامش (٤ و ٥).

(٤) صحيح البخاري ٨: ٨١.

(٥) الكافي ٦: ٣٧ ح ١، التهذيب ٧: ٤٤٦ ح ١٧٨٤، الوسائل ١٥: ١٦٦ ب (٥٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

(٦) من " ش " وهامش " و " فقط.

علي بن يقطين قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبي لسبعة أيام من السنة هو، أو يؤخر، فأيهما أفضل؟ قال: لسبعة أيام من السنة، وإن أخرج فلا بأس " (١). ويمكن تناوله بإطلاقه لتأخيره إلى البلوغ، فيكون دليلاً على الثاني. وهو اختيار ابن إدريس (٢).

وإنما يجب الختان أو يستحب على تقدير ولادته مستور الحشفة، فلو ولد مختوناً خلقة سقط الفرض. ولو مات غير مختن لم يجب ختنه مطلقاً. الثانية: الحكم مختص بالذكر كما تقتضيه ألفاظ النصوص " كقوله " ختان الغلام من السنة " (٣) فلا يجب على الأنثى إجماعاً. وأما الخنثى فإن لحق بأحدهما لحقه حكمه. وإن أشكل أمره ففي وجوبه في حقه وتوقف صحة صلاته عليه وجهان، من الشك في ذكوريته التي هي مناط الوجوب معتضداً بأصالة البراءة، ولاشتماله على تأليم من لا يعلم وجوبه عليه. ومن انحصار أمره فيهما، فلا يحصل اليقين بصحة العبادات بدونها، ولأنه مأخوذ بمراعاة الجانبين حيث يمكن، ولدخوله في عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " الختان من الفطرة " (٤) وقولهم عليهم السلام: (اختنوا أولادكم يوم السابع يطهروا " (٥) فإن لفظ الأولاد يشمل الجميع خرج منه الإناث بدليل من خارج فيبقى الباقي. ولا ريب أن هذا أولى.

- (١) الكافي ٦: ٣٦ ح ٧، التهذيب ٧: ٤٤٥ ح ١٧٨٠، الوسائل ١٥: ١٦٥ ب (٤ ٥) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.
(٢) السرائر ٢: ٦٤٧.
(٣) الكافي ٦: ٣٧ ح ٢، الوسائل ١٥: ١٦٧ ب (٥٦) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.
(٤) مسند أحمد ٢: ٤٨٩، صحيح البخاري ٨: ٨١ صحيح مسلم ١: ٢٢١ ح ٤٩. سنن ابن ماجه ١: ١٠٧ ح ٢٩٢ سنن أبي داود ٤: ٨٤ ح ٤١٩٨.
(٥) الكافي ٦: ٣٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٣١٤ ح ١٥٢٩، الوسائل ١٥: ١٦٠ ب (٥٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

الثالثة: لو أسلم الكافر غير مختون وجب عليه الختان وإن طعن في السن، لعموم الأدلة (١) المتناولة للصغير والكبير والمسلم وغيره، ولقوله صلى الله عليه وآله لرجل وقد أسلم: " ألق عنك شعر الكفر واختن " (٢) وقول أمير المؤمنين عليه السلام: " إذا أسلم الرجل اختن ولو بلغ ثمانين سنة " (٣).
الرابعة: يستحب خفض الجوارى والنساء، وليس بواجب إجماعاً. روى عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: " (ختان الغلام من السنة، وخفض الجارية من السنة " (٤). وفي خبر آخر عنه عليه السلام: " خفض الجوارى مكرمة، وليس من السنة ولا شيئاً واجباً، وأي شيء أفضل من المكرمة " (٥). وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " لما هاجرن النساء إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هاجرت فيهن امرأة يقال لها أم حبيب، وكانت خافضة تخفض الجوارى، فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لها: يا أم حبيب العمل الذي كان في يدك هو في يدك اليوم؟ قالت: نعم يا رسول الله إلا أن يكون حراماً ففتنهاني عنه. قال: لا، بل حلال، فادني مني حتى أعلمك " فدنت منه فقال: يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا تنهكي - أي: لا تستأصلي - وأشمي، فإنه أشرق للوجه وأحظى عند الزوج " (٦). ولو أسلمت المرأة استحب خفضها كغيرها.

- (١) أنظر الوسائل ١٥: ١٦٠ ب (٥٢) من أبواب أحكام الأولاد وغيره.
(٢) مسند أحمد ٣: ٤١٥، سنن أبي داود ١: ٩٨ ح ٣٥٦.
(٣) الكافي ٦: ٣٧ ح ١٠، التهذيب ٧: ٤٤٥ ح ١٧٨١، الوسائل ١٥: ١٦٦ ب (٥٥) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.
(٤) الكافي ٦: ٣٧ ح ٢، الوسائل ١٥: ١٦٧ ب (٥٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢. وفيهما: وخفض الجارية ليس من السنة.
(٥) الكافي ٦: ٣٧ ح ٣، التهذيب ٧: ٤٤٥ ح ١٧٨٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
(٦) الكافي ٥: ١١٨ ح ١، و ٦: ٣٨ ح ٦ " التهذيب ٦: ٣٦٠ ح ١٠٣٥، و ٧: ٤٤٦ ح ١٧٨٥ " الوسائل ٩٢: ١٢
ب (١٨) من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

وأما العقيقة: فيستحب أن يعق عن الذكر ذكر، وعن الأنثى أنثى.

قوله: "وأما العقيقة".

أصل العقيقة الشعر الذي يخرج المولود به من بطن أمه وهي عليه. وأصلها الشق، سمي الشعر المذكور بذلك لأنه يحلق عنه، ثم قيل للذبيحة التي تذبح يوم استحباب حلق شعره عقيقة، لأنها يشق حلقومها. كذا قاله الهروي (١) وغيره. أو لأنها تفعل لأجل العقيقة، فأطلق أم السبب على المسبب. والفعل منه عق يعق بفم العين.

قوله: (فيستحب أن يعق..... الخ).

استحباب مساواتها للولد في الذكورية والأنوثة رواه الكليني مرسلا عن الباقر عليه السلام قال: "إذا كان يوم السابع وقد ولد لأحدكم غلام أو جارية فليعق عنه كبشا عن الذكر ذكرا وعن الأنثى مثل ذلك" (٢). وروي أخبار كثيرة تدل على إجزاء الذكر والأنثى مطلقا، منها: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "العقيقة في الغلام والجارية سواء" (٣). وحسنة ابن مسكان عنه عليه السلام قال: "عقيقة الغلام والجارية كبش كبش" (٤). ورواية منهال القمطاط عنه عليه السلام: "إنما هي شاة لحم ليست بمنزلة الأضحية يجزي منها كل شيء" (٥). مع أن الرواية الأولى ليست صريحة في اعتبار المساواة، بل الظاهر

(١) غريب الحديث للهروي ١: ٣٦٣، جمهرة اللغة ١: ١٥٦، تهذيب اللغة ١: ٥٦.

(٢) الكافي ٦: ٢٧ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٦٩، الوسائل ١٥: ١٥١ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١١.

(٣) الكافي ٦: ٢٦ ح ٢ و ٣، الوسائل ١٥: ١٤٧ ب (٤٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١ و ٤.

(٤) الكافي ٦: ٢٦ ح ٢ و ٣، الوسائل ١٥: ١٤٧ ب (٤٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١ و ٤.

(٥) الكافي ٦: ٢٩ ح ١، التهذيب ٧: ٤٤٣ ح ١٧٧٣، الوسائل ١٥: ١٥٣ ب (٤٥) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

وهل تجب العقيقة؟ قيل: نعم. والوجه الاستحباب.

من قوله " والأنتى مثل ذلك " أن المستحب كونها ذكرا في الذكر والأنثى، فيكون موافقا لغيره من الأخبار الدالة على التسوية بينهما. ولا ريب في أجزاء الجميع، إنما الكلام في الأفضلية.

قوله: " وهل تجب العقيقة.... " .

القول بالوجوب للمرتضى (١) وابن الجنيد (٢). واحتج عليه السيد في الإنتصار بإجماع الإمامية، وابن الجنيد بالأخبار الدالة على الوجوب، كرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن العقيقة أواجبة هي؟ قال: نعم واجبة " (٣). ورواية أبي المغرا عن علي عنه عليه السلام قال: " العقيقة واجبة " (٤). ورواية علي بن أبي حمزة عن الكاظم عليه السلام قال: " العقيقة واجبة إذا ولد للرجل ولد " (٥).

والأشهر الاستحباب. وهذه الأخبار - مع قطع النظر عن سندها - محمولة على تأكيد الاستحباب أو ثبوته، لأنه معنى الوجوب لغة. ويؤيد الثاني قول الصادق عليه السلام في رواية عمر بن يزيد: " والعقيقة أوجب من الأضحية " (٦). وأما

(١) الإنتصار: ١٩١.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٧٦.

(٣) الكافي ٦: ٢٥ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٤٠ ح ١٧٦٠، الوسائل ١٥: ١٤٤ ب (٣٨) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.

(٤) الكافي ٦: ٢٥ ح ٧، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦١، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

(٥) الكافي ٦: ٢٤ ح ١، الفقيه ٣ ج ٣١٢ ح ١٥١٦، التهذيب ٧: ٤٤٠ ح ٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

(٦) الكافي ٦: ٢٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٣، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦٣، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

ولو تصدق بثمانها لم تجز في القيام بالسنة. ولو عجز عنها أخرها حتى يتمكن، ولا يسقط الاستحباب.

احتجاج السيد بالإجماع فلا يخفى حاله. واعلم أن العلامة قال في المختلف بعد نقله الوجوب عن المرتضى وابن الجنيد: "احتج المرتضى برواية علي بن أبي حمزة" (١) وذكر الأحاديث، وليس بجيد، لأن السيد - رحمه الله - لا يستند في مذهبه إلى الأخبار الصحيحة إذا كانت من طريق الآحاد فكيف يحتج برواية ابن أبي حمزة وهو مصرح بكفره وكفر أضرابه من الفرق؟! وإنما أوجبها لما توهمه من إجماع الإمامية عليه كما أشار إليه في الإنتصار، وجعل الاجماع مستنده في أكثر مسائله، وإن كان في تحقيق (٢) الإجماع نظراً، إلا أنه رأى ذلك حسب ما اتفق له. قوله: "ولو تصدق بثمانها... الخ".

يدل على ذلك رواية محمد بن مسلم قال: "ولد لأبي جعفر عليه السلام غلامان فأمر زيد بن علي أن يشتري له جزورين للعقيقة، وكان زمن غلاء، فاشترى له واحدة وعسرت الأخرى، فقال لأبي جعفر عليه السلام: قد عسرت الأخرى فتصدق بثمانها؟ فقال: لا، اطلبها حتى تقدر عليها، فإن الله عز وجل يحب إهراق الدماء وإطعام الطعام" (٣). ورواية عبد الله بن بكير قال: "كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاءه رسول عمه عبد الله بن علي فقال له: يقول لك عمك: إنا طلبنا العقيقة فلم نجدها فما ترى نتصدق بثمانها؟ فقال: لا، إن الله يحب إطعام الطعام وإراقة الدماء" (٤).

(١) مختلف الشيعة: ٥٧٧.

(٢) في الحجريتين: تحقق.

(٣) الكافي ٦: ٢٥ ح ٨ الوسائل ١٥: ١٤٦ ب (٤٠) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

(٤) الكافي ٦: ٢٥ ح ٦، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦٤، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

ويستحب أن يجتمع فيها شروط الأضحية.
وأن تخصص القابلة منها بالرجل والورك، ولو لم تكن قابلة أعطي
الأم تتصدق به.

قوله: " ويستحب.... الخ "

من كونها سليمة من العيوب سميئة. قال الصادق عليه السلام: (أجزأه ما
يجزي في الأضحية" (١). هذا مع الإمكان، ومع عدمه يجزي فاقد الصفات، لقوله
عليه السلام لما سئل عن العقيقة: " إنما هي شاة لحم ليست بمنزلة الأضحية يجزي
منها كل شيء " (٢) وقوله عليه السلام: " العقيقة ليست بمنزلة الهدى خيرها
أسمنها) (٣).

قوله: " وأن تخصص القابلة..... الخ "

في صحيحة الكاهلي (٤) وصحيحة أبي بصير (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام
وكثير من الأخبار (٦): " تعطى القابلة الرجل مع الورك " كما ذكره المصنف
والجماعة (٧). وفي رواية عمار عنه عليه السلام: " تعطى القابلة ربعها، وإن لم تكن
قابلة فلأمه تعطى من شاءت " (٨). والمراد أن الأب يعطيها حصة القابلة إن كان هو
الذابح للعقيقة فتصدق به، لأنه يكره لها أن تأكل منها. وفي قوله عليه السلام:
" تعطى من شاءت " إشارة إلى أن صدقتها به لا تختص بالفقراء، بل تتأدى السنة

- (١) الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٧، الوسائل ١٥: ١٤٦ ب (٤١) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.
- (٢) مر ذكر مصادره في ص: ٤٠٦، هامش (٥).
- (٣) الكافي ٦: ٣٠ ح ٢، الوسائل ١٥: ١٥٤ ب (٤٥) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.
- (٤) الكافي ٦: ٢٩ ح ١١ و ١٠، التهذيب ٧: ٤٤٣ ح ١٧٧٢، الوسائل ١٥: ١٥٠ ب (٤٤)
من أبواب أحكام الأولاد ح ٥، ١.
- (٥) تقدم تحت رقم ٤.
- (٦) لاحظ الوسائل الباب المتقدم ح ٦ و ١٢.
- (٧) لاحظ الكافي في الفقه: ٣١٤ " الوسيلة: ٣١٦، الجامع للشرائع: ٤٥٨، القواعد ٢: ٤٩.
- (٨) الكافي ٦: ٢٨ ح ٩، الفقيه ٣: ٣١٣ ح ١٥٢٢، الوسائل الباب للتقدم ح ٤.

ولو لم يعق الوالد استحب للولد أن يعق عن نفسه إذا بلغ.
ولو مات الصبي يوم السابع، فإن مات قبل الزوال سقطت، ولو
مات بعده لم يسقط الاستحباب.

بصدقها به على الغني والفقير.

ولو كانت القابلة يهودية لا تأكل من ذبائح المسلمين أعطيت ربع قيمة
العقيقة، روى (١) ذلك عمار عن أبي عبد الله عليه السلام.
قوله: " ولو لم يعق الوالد... الخ "

ولو لم يعق عند بلوغه بقي في عهدتها ما دام حيا، لقول النبي صلى الله عليه وآله: " الولد
مرتته بعقيقته، فكه أبواه أو تركاه " (٢). ولو شك هل عق عنه أبوه أم
لا؟ استحب له أن يعق عن نفسه، لأن الأصل عدم عقيقة غيره عنه، ولرواية عمر
بن يزيد قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني والله ما أدري كان أبي عاقني
أم لا؟ قال: فأمرني أبو عبد الله عليه السلام فعققت عن نفسي وأنا شيخ " (٣). وقال
عليه السلام: " كل امرء مرتته بعقيقته، والعقيقة أوجب من الأضحية " (٤).
قوله: (ولو مات الصبي - إلى قوله - الاستحباب " .
يدل على ذلك رواية إدريس بن عبد الله قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعق عنه؟ قال: إن مات قبل الظهر لم يعق
عنه، وإن مات بعد الظهر عاق عنه " (٥).

(١) الفقيه ٣: ٣١٣ ح ١٥٢١، الوسائل الباب المتقدم ح ١٤ .

(٢) لم نعثر عليه. نعم، ورد الحديث بدون الزيادة: فكه أبواه أو تركاه، لاحظ ص: ٣٩٩، هامش (٥) مع
اختلاف يسير.

(٣) الكافي ٦: ٢٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٥ و ١٥١٣، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦٣، الوسائل ١٥:
١٤٥ ب (٣٩) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١، و ١٤٣ ب (٣٨) ح ١ .

(٤) تقدم أنفا تحت رقم ٣ .

(٥) الكافي ٦: ٣٩ ح ١، الفقيه ٣: ٣١٤ ح ١٥٢٥، التهذيب ٧: ٤٤٧ ح ١٧٨٨، الوسائل ١٥: ١٧٠ ب
(٦١) من أبواب أحكام الأولاد.

ويكره للوالدين أن يأكلا منها.
وأن يكسر شئ من عظامها، بل تفصل أعضاء.

قوله: " ويكره للوالدين أن يأكلا منها ".
وكذا من في عيالتهما حتى القابلة لو كانت منهم، لقول الصادق عليه السلام:
" لا يأكل هو ولا أحد من عياله من العقيقة. وقال: للقابلة ثلث العقيقة، فإن
كانت القابلة أم الرجل أو في عياله فليس لها منها شئ، وتجعل أعضاء ثم
يطبخها ويقسمها، ولا يعطيها إلا أهل الولاية. وقال: يأكل كل أحد من العقيقة
إلا الأم " (١).
قوله: " وأن يكر... الخ ".

قد تقدم في الخبر السابق ما يدل عليه في قوله " (وتجعل أعضاء). وفي قوله
فيه " ثم يطبخها " إشارة إلى سنة أخرى لم ينبه عليها المصنف، وهي أن تطبخ بالماء
ولا تشوى على النار. ولا فرق حينئذ بين أن يقتصر على طبخها بالماء والملح، وبين
أن يضيف إليها شيئاً آخر من الحبوب وغيرها، لتحقيق الطبخ بالجميع.
ويستحب أن يدعى لما المؤمنون، وأقلهم عشرة، لرواية حفص الكناسي عن أبي عبد الله
عليه السلام قال: " " ويدعى نفر من المسلمين فيأكلون ويدعون
للغلام " (٢). وفي خبر آخر عنه عليه السلام: " يطعم منه عشرة من المسلمين، فإن
زاد فهو أفضل " (٣).

(١) الكافي ٦: ٣٢ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٤٤ ح ١٧٧٥، الوسائل ١٥: ١٥٦ ب (٤٧) من أبواب أحكام
الأولاد ح ١،
(٢) الكافي ٦: ٢٨ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٧٠، الوسائل ١٥: ١٥٢ ب (٤٤) من أبواب أحكام
الأولاد ح ١٢.
(٣) الكافي ٦: ٢٨ ضمن ح ٩، الفقيه ٣: ٣١٣ ح ١٥٢٢، التهذيب ٧: ٤٤٣ ح ١٧٧١ وفيه: عشرة
مساكين، الوسائل الباب المتقدم ح ١٥.

وأما الرضاع: فلا يجب على الأم إرضاع الولد، ولها المطالبة بأجرة رضاعه. وله استيجارها إذا كانت بائنا. وقيل: لا يصح ذلك وهي في حباله. والوجه الجواز.

قوله: "وأما الرضاع فلا يجب... الخ".

عدم وجوب إرضاع الولد على الأم مشروط بوجود الأب، أو وجود مال للولد، ووجود مرضعة سواها، وقدرته على دفع الأجرة إليها، أو تبرعها، وإلا وجب عليها إرضاعه كما يجب عليها الإنفاق عليه حيث يكون الأب مفقودا أو معسرا. فإذا اجتمعت هذه الشرائط لم يجب عليها، بل يتعلق التكليف بالأب كما يجب عليه الإنفاق (عليه) (١) إن لم يكن للولد مال، وإلا استأجر عليه من ماله. ويدل على عدم وجوبه عليها ظاهر قوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) (٢) وقوله: (فإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) (٣). ولو كان واجبا عليها لبينه، ولما قال "فإن أرضعن لكم" ولما حكم بإرضاع أخرى من غير تفصيل، لأنها إذا امتنعت فقد حصل التعاسر. وأما قوله تعالى: (والوالدات يرضعن أولادهن) (٤) فإنه وإن كان خبرا معناه الأمر إلا أن الأمر مقيد بمن أراد أن يتم الرضاعة بالنسبة إلى الحولين "فلا يدل على أن الأمر مطلق لو سلم حمله على الوجوب. ويدل عليه أيضا قول أبي عبد الله عليه السلام: "لا تجبر الحرة على رضاع الولد، وتجب أم الولد" (٥). ولأصالة عدم الوجوب.

(١) من "س" و "و" ش " فقط.

(٢) الطلاق: ٦. ونص الآية: "... وإن تعاسرتم....".

(٣) الطلاق: ٦. ونص الآية: "... وإن تعاسرتم....".

(٤) البقرة: ٢٣٣.

(٥) الكافي ٦: ٤٠ ح ٤، الفقيه ٣: ٨٣ ح ٢٩٧، و ٣٠٨ ح ١٤٨٦، التهذيب ٨ ١٠٧ ح ١٠٧٨، ٣٦٢،

الوسائل ١٥: ١٧٥ ب (٦٨) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

وشمل إطلاقه عدم وجوب الارضاع على الأم اللبأ وغيره، نظرا إلى عموم الأدلة. وهكذا أطلق الأكثر. وأوجب جماعة منهم العلامة في القواعد (١) والشهيد (٢) إرضاع اللبأ وهو الموجود عند الولادة، محتجين بأن الولد لا يعيش بدونه. وهو ممنوع بالوجدان. ولعلمهم أرادوا الغالب، أو أنه (٣) لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به. وعلى تقدير وجوبه هل تستحق أجرة عليه؟ قيل: لا، لأنه فعل واجب، ولا يجوز أخذ الأجرة على الواجب. وكليته ممنوعة، فإن مالك الطعام يلزمه بذله للمضطر ولكن بالعوض باعتراف هذا القائل، وإن كان فيه خلاف أيضا. إذا تقرر ذلك فلا خلاف في جواز استيجار الأب لها على إرضاعه على تقدير كونها مطلقة بائنا، لخروج منافها عن ملكه حينئذ. وهل يصح استيجاره لها وهي في حباله؟ الأشهر بين الأصحاب الجواز، لعموم قوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " (٤) الشامل للمطلقة وغيرها. وفيه نظر، لأن الآية مسوقة للمطلقات " وليس محل النزاع. ولأصالة الجواز، كما يجوز استيجارها لرضاع غيره. والقول بالمنع من استيجار الزوج لها وهي في حباله للشيخ في المبسوط (٥). وكذلك منع من استيجارها لخدمته ولخدمة غيره ولرضاع ولد غيره، مستدلا بأنها عقدت على منافع لا تقدر على إيفائها " فإن زوجها قد ملك الاستمتاع بها

(١) قواعد الأحكام ٢: ٥١.

(٢) اللعة: ١٢٠.

(٣) في " س، ش " : وأنه.

(٤) الطلاق: ٦.

(٥) المبسوط ٦: ٣٦، ٣٧.

ويجب على الأب بذل أجره الرضاع إذا لم يكن للولد مال.

في كل وقت إلا ما استثني من أوقات الصلاة والصيام، فإذا لم تقدر على إيفائها كان العقد باطلا، كما لو أجر نفسه شهرا ثم أجرها ذلك الشهر لغير المستأجر.

وأجيب بمنع ملك الزوج لجميع منافعها، وإنما ملك الاستمتاع، ولا يلزم من استحقاقه في جميع الأوقات ملك غيره من المنافع. وتظهر الفائدة في عدم استحقاقه استيفاء غير الاستمتاع، وإن لم يكن لها التصرف فيها حيث ينافي حق الزوج من الاستمتاع. فإذا استأجرها لمنفعة لا يملكها فقد أسقط حقه من الزمان الذي تصرفه في الإرضاع بالنسبة إلى ايقاع الاستمتاع المستحق فيه. ويظهر أثر ذلك أيضا فيما لو لم يستوف حق الاستمتاع لمرض أو غيبة ونحوهما، فإن لما التصرف في باقي منافعها لعدم المنافاة.

قوله: (ويجب على الأب... الخ).

لأن الرضاع من جملة النفقة الواجبة للولد على الأب مقدما على الأم مع فقر الولد كما سيأتي (١). ولقوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (٢) و"على" ظاهرة في الوجوب والاستحقاق كقولك: "على فلان دين" وهو كناية عن أجره الرضاع. وأطلق على الأب "المولود له" للتنبيه على أن الولد حقيقة للأب، ولهذا انتسب إليه دون أمه، ووجبت عليه النفقة ابتداء. ولو كان للولد مال لم يجب على الأب بذل الأجرة، لأنه غني فلا يجب عليه الإنفاق عليه.

(١) في ص: ٤٩١ - ٤٩٢.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

ولأمه أن ترضعه بنفسها وبغيرها، ولها الأجرة.
وللمولى إجبار أمته على الرضاع.

قوله: (ولأمه أن ترضعه... الخ).

إذا استأجرها للرضاعة، فإن صرح بإرادة تحصيل رضاعه بنفسها وبغيرها فلا شبهة في جواز الأمرين واستحقاقها الأجرة المسماة. وإن شرط إرضاعه بنفسها تعين، ولا يجوز لها حينئذ إرضاعه وبغيرها، فإن فعلت فلا أجرة لها. وإن أطلق بأن استأجرها لارضاعه فهي مسألة الكتاب. والمشهور حينئذ جواز إرضاعها له بنفسها وبغيرها، لأنها حينئذ أجير مطلق ومن شأنه جواز تحصيل المنفعة بنفسه وبغيره. وقيل: لا يجوز، لاختلاف المراضع في الحكم والخواص، ودلالة العرف على مباشرتها، حتى قيل إنه يجب تعيين المرضعة في العقد لذلك، فلا أقل من تعيينها (١) عند الإطلاق. والأقوى الرجوع إلى العرف " فإن لم يتفق أو اضطرب جاز أن ترضعه بنفسها وبغيرها. ولا فرق في الغير بين خادمها وبغيرها. وحيث جاز استحققت الأجرة وإلا فلا.

قوله: (وللمولى... الخ).

لأنها مملوكة للمولى، ومنافعها أجمع مستحقة له، سواء في ذلك منافع الاستمتاع وبغيرها، بخلاف الزوجة. ولا فرق في ذلك بين أم الولد وبغيرها، لاشتراكهما في المقتضي. وذكر أم الولد في الرواية السابقة (٢) لا يقتضي نفي الحكم عن غيرها.

(١) في " و "، والحجريتين: تعيينها.

(٢) في ص: ٤١٢، هامش (٥).

ونهاية الرضاع حولان. ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهرا، ولا يجوز نقصه عن ذلك. ولو نقص كان جورا. وتجوز الزيادة عن الحولين شهرا أو شهرين. ولا يجب على الوالد دفع أجرة ما زاد عن حولين.

قوله: " ونهاية الرضاع... الخ ".
لا خلاف بين أصحابنا في أن مدة الرضاع بالأصالة حولان كاملان، لقوله تعالى: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) (١). وظاهر الآية كون تمام الرضاعة حولين، وهو لا ينافي جواز النقص عنهما. وقد جوز أصحابنا الاقتصار على أحد وعشرين شهرا، لظاهر قوله تعالى: (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) (٢) فإذا حملت به تسعة أشهر - وهو الغالب - بقي فصاله - وهو مدة رضاعه - أحد وعشرين شهرا، ولرواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " الرضاع أحد وعشرون شهرا، فما نقص فهو جور على الصبي) (٣).

وظاهرهم الاتفاق على ذلك، وهو يتم على القول بأن أكثر الحمل تسعة أشهر لا يزيد، وإلا لم يتم التعليل إلا في ولد يولد للتسعة، فلو ولدته لستة أشهر أو سبعة كان ذلك حملة وما يبقى من الثلاثين فصاله، والآية لا تدل على مزيد من ذلك. والرواية ضعيفة السند. وقد روي (٤) عن ابن عباس أن من ولد لستة أشهر ففصاله

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) الأحقاف: ١٥.

(٣) الكافي ٦: ٤٠ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٠٥ ح ١٤٦٣، التهذيب ٨: ١٠٦ ح ٣٥٧، الوسائل ١٥: ١٧٧ ب (٧٠) من أبواب أحكام الأولاد ح ٥.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٤٦٢.

في عامين، ومن ولد لسبعة فمدة رضاعه ثلاثة وعشرون شهرا، ومن ولد لتسعة فأحد وعشرون. وهو قول موجه جامع بين الآيات. وعلى قول من جعل أكثر الحمل عشرة أشهر أو سنة من أصحابنا يشكل تعيين أحد وعشرين شهرا للرضاع إن لم يكن إجماعا مانعا من جواز خلافه. وكيف كان فالعمل على المشهورة ويكفي فيه البناء على الغالب في الحمل.

وأما الزيادة على الحولين فمقتضى الآية أنه ليس من الرضاعة، لتمامها بالحولين، لكن ليس فيها دلالة على المنع من الزائد. وفي صحيحة سعد بن سعد الأشعري عن الرضا عليه السلام قال: " سألته عن الصبي هل يرضع أكثر من سنتين؟ فقال: عامين. قلت: فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شيء؟ قال: لا " (١). والمصنف والجماعة (٢) قيدوه بشهر وشهرين، وذكروا أنه مروى (٣).

وعلى تقدير فعله لا تستحق الأم على أبيه أجره للزائد. ولا يخلو على إطلاقه من إشكال، وإنما يتم على تقدير عدم حاجة الولد إليه، أما لو احتاج إليه لمرض ونحوه بحيث لم يمكن غذاؤه بغير اللبن كان اللبن حينئذ بمنزلة النفقة الضرورية. فعدم استحقاق الأم عليه أجره مطلقا لا يخلو من نظر، إلا أن عمل الأصحاب وروايتهم على ذلك، فلا مجال لخلافه.

-
- (١) الكافي ٦: ٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ٣٠٥ ح ١٤٦٤، التهذيب ٨: ١٠٧ ح ٣٦٣، الوسائل ١٥: ١٧٧ ب (٧٠) من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.
(٢) راجع الوسيلة: ٣١٦، والسرائر ٢: ٦٤٨، والقواعد ٢: ٥١.
(٣) راجع السرائر ٢: ٦٤٨.

والأم أحق بإرضاعه إذا طلبت ما يطلب غيرها. ولو طلبت زيادة كان للأب نزعها وتسليمه إلى غيرها. ولو تبرعت أجنبية بإرضاعه، فرضيت الأم بالتبرع فهي أحق به. وإن لم ترض فللأب تسليمه إلى المتبرعة.

قوله: (والأم أحق بارضاعه... الخ).

كون الأم أحق بارضاع الولد إذا تبرعت به أو طلبت ما يطلب غيرها وإلا كان الأب أحق به هو المشهور بين الأصحاب، بناء على جواز استيجارها للإرضاع مطلقا. والشيخ على أصله السابق (١) من أنها إذا كانت في عصمة الزوج ليس لها أخذ الأجرة، فلا تكون في تلك الحال أحق إلا إذا تبرعت به، وإن كانت مطلقة فهي أحق به كما فصلوه. ويدل عليه قوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) (٢). ومع امتناع الأب لوجود المتبرعة أو من يأخذ أقل يتناوله قوله تعالى: (فإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) (٣) الدال على جواز أخذه منها وتسليمه للأخرى. والآية مسوقة للمطلقات كما أشرنا إليه سابقا، فإذا جاز للأم أخذ الأجرة على الإرضاع دخلت في الحكم بطريق أولى. ويدل على حكم المطلقة أيضا رواية أب الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، فإذا وضعت أعطاهما أجرها ولا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص منخها، فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تفتطمه" (٤).

(١) لاحظ ص: ٤١٣.

(٢) الطلاق: ٦. ونص الآية: "... وإن تعاسرتم....".

(٣) الطلاق: ٦. ونص الآية: "... وإن تعاسرتم....".

(٤) الكافي ٦: ٤٥ ح ٢، التهذيب ٨: ١٠٦ ح ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٣٢٠ ح ١١٤١، الوسائل

١٥: ١٩١ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

ونقل الشيخ في الخلاف (١) عن بعض العلماء أن الأم أحق بالولد متى طلبت
أجرة المثل وإن وجد الأب من يأخذ أقل أو يتبرع، لعموم قوله تعالى: (فإن
أرضعن لكم فآتوهن أجورهن، (٢) المتناول محل النزاع. وقواه ابن إدريس (٣).
واحتج الشيخ (٤) للقول الأول بقوله تعالى: (وإن تعاسرتم فسترضع له
أخرى) (٥) وهذه إذا طلبت الأجرة وغيرها يتطوع فقد تعاسرا. وأجاب عن الآية
الأخرى بأنها تفيد لزوم الأجرة إن أرضعت، وذلك لا خلاف فيه، وإنما الكلام في
أنه يجب دفع المولود إليها لترضعه أم لا، وليس ذلك في الآية.
وأجيب عنه بأن المراد من قوله: (فإن أرضعن لكم) أردن الإرضاع "
فيدل على كونها أحق بالأجرة مطلقا. وقوله تعالى: (وإن تعاسرتم) أي:
في الإرضاع وعدمه - بأن امتنعت منه - فسترضع له أخرى، لا أنها إذا طلبت
الأجرة.

وفيه نظر، لأن الإضمار على خلاف الأصل، والتعاسر أعم من وقوعه على
الإرضاع وعدمه وعلى الأجرة. ولا يرد أنه يلزم على القول الآخر الإضمار، لأن
الأجرة تملك بالعقد وقد علق الأمر بدفعها على الفعل. لأن الأجرة وإن ملكت
بالعقد على تقدير وقوع صيغة الإجارة إلا أن دفعها لا يستحق إلا بالعمل، والأمر
في الآية وقع بإيتائهن الأجر لا بأصل ملكه. على أن استحقاقها الأجرة غير
متوقف على عقد الإجارة، بل يكفي فيه الفعل مع قصد الأجرة أو عدم التبرع،
فيكون حكمها في استحقاق الأجرة وملكها كالجعالة لا تستحق إلا بالعمل. ولا
يشترط في لزومها تمام الرضاع، بل حصول مسماه المقابل لأجرة كما تقتضيه الآية.

(١) الخلات طبعة كوشانپور ٢: ٣٣٥، مسألة (٣٤).

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) السرائر ٢: ٦٥٠.

(٤) الخلات طبعة كوشانپور ٢: ٣٣٥، مسألة (٣٤).

(٥) الطلاق: ٦.

فرع: لو ادعى الأب وجود متبرعة، وأنكرت الأم، فالقول قول الأب، لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجرة، على تردد. ويستحب أن يرضع الصبي بلبن أمه، فهو أفضل.

قوله: (لو ادعى الأب... الخ).

منشأ التردد من كون الأم منكراً لما يدعيه من وجود المتبرعة، والأصل عدمه، فيكون القول قولها، لأنه المدعي " ولأن الحق ثابت لها وهو يدعي إسقاطه بوجود المتبرعة، والأصل عدم سقوطه إلى أن يثبت. ومما ذكره المصنف من أن الأم تدعي شغل ذمة الأب بالأجرة، وهو ينفي ذلك عن نفسه، والأصل براءة ذمته منها، ولأنه يعسر عليه إقامة البينة على ما يقوله فيصدق بيمينه. وهو قول الشيخ في المبسوط (١)، وهو أشهر.

قوله: " ويستحب أن يرضع... الخ "

وجه الأفضلية كونه أوفق بمزاجه، لتغذيته منه في بطنها حال كونه دماً، وباكتسابه (٢) صورة اللبن بعد الولادة فيبقى أقرب إلى مادته من غيره، ولقول أمير المؤمنين عليه السلام: " ما من لبن رضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أمه (٣). والمصنف تبع الرواية في التعبير بالصبي دون الولد الشامل للذكر والأنثى مع اشتراكهما في الحكم، وفي لفظ اللبن وقد قال أهل اللغة إنه لا يطلق إلا على لبن البهائم من الناقة والبقرة والشاة (٤)، قال ابن السكيت: (تقول: هو أخوه بلبان أمه - بكسر اللام - ولا تقول: بلبن أمه " (٥).

(١) المبسوط ٦: ٣٨.

(٢) في " م " وإحدى الحجريتين: وباكتسابه.

(٣) الكافي ٦: ٤٠ ح ١، الفقيه ٣: ٣٠٥ ح ١٤٦٥، التهذيب ٨: ١٠٨ ح ٣٦٥، الوسائل ١٥:

١٧٥ ب (٦٨) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

(٤) تهذيب اللغة ١٥: ٣٦٢، الصحاح ٦: ٢١٩٢.

(٥) تهذيب اللغة ١٥: ٣٦٢، الصحاح ٦: ٢١٩٢.

وأما الحضانة: فالأم أحق بالولد مدة الرضاع، وهي حولان، ذكرنا
كان أو أنثى، إذا كانت حرة مسلمة، ولا حضانة للأمة ولا للكافرة مع
المسلم. فإذا فصل فالوالد أحق بالذكر.

والأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، وقيل: تسعا. وقيل: الأم
أحق بها ما لم تنزوج. والأول أظهر. ثم يكون الأب أحق بها.

قوله: (وأما الحضانة... الخ).

هي - بفتح الحاء - ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من
مصلحته، من حفظه وجعله في سريره ورفعته وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه
وثيابه ونحو ذلك. وهي بالأنثى أليق منها بالرجل، لمزيد شفقتها وخلقها المعد لذلك
بالأصل.

قوله: (فالأم أحق بالولد.... الخ).

لا خلاف في أن الأم أحق بالولد مطلقا مدة الرضاع إذا كانت متبرعة أو
رضيت بما يأخذ غيرها من الأجرة، فيجتمع لها في الحولين حق الرضاع والحضانة،
ولها الأجرة على الرضاع - على ما فصل - دون الحضانة. نعم، لو احتاج الطفل إلى
نفقة زائدة على الرضاع والحضانة فهي على الأب الموسر أو مال الولد إن كان له
مال كأجرة الرضاع، ومنها ثمن الصابون لغسل ثيابه وخرقه، دون نفس الفعل فإنه
على الأم، لأنه من متعلقات الحضانة. وكذا القول في غيرها ممن تثبت له الحضانة.
وهذا لا كلام فيه، إنما الخلاف فيما بعد الحولين، فقد اختلف الأصحاب في
مستحق الحضانة حينئذ من الأبوين بسبب اختلاف الأخبار، ففي بعضها (١) أن الأم

(١) الكافي ٦: ٤٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٢٧٥ ح ١٣٠٣ " التهذيب ١٠٥٨ ٣٥٤، الاستبصار ٣: ٣٢٠
ح ١١٣٩، الوسائل ١٥: ١٩١ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.

أحق بالولد مطلقا ما لم تتزوج. وهو الذي رواه (١) العامة أيضا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم. وفي بعضها (٢) أنها أحق به إلى سبع سنين. وفي بعض (٣) آخر إلى تسع. وفي بعضها (٤) أن الأب أحق به. وليس في الجميع فرق بين الذكر والأنثى، ولكن من فصل جمع به بين الأخبار، فحمل ما دل على أولوية الأب على الذكر، لأنه أنسب بحاله وتأديبه وتعليمه، وما دل على أولوية الأم على الأنثى لذلك، ولأن فيه - مع المناسبة - الجمع بين الأخبار. ورجحوا الأخبار المحددة بالسبع لأنها أكثر وأشهر. ومع ذلك فليس في الباب خبر صحيح، بل هي بين ضعيف ومرسل وموقوف.

إذا تقرر ذلك فحضانة الأم حيث تثبت مشروطة بأمور: أحدها: أن تكون مسلمة إذا كان الولد مسلما. فالكافرة لا حضانة لها على الولد المسلم بإسلام أبيه، لأنه لاحظ له في تربية الكافرة، لأنها تفتنه عن دينه، وهو ينشأ على ما يألفه منها، ولأنه لا ولاية للكافر على المسلم للآية (٥). ولو كان الولد كافرا تبعا لأبويه فحضانته لها - على ما فصل - إن ترافعوا إلينا. نعم، لو وصف الولد الإسلام نزع من أهله، ولم يمكننا من كفالتة لثلا يفتنوه عن الإسلام الذي قد مال إليه، وإن لم نصحح إسلامه. وثانيها: أن تكون حرة. فلا حضانة للرقيقة، لأن منفعتها للسيد، وهي

-
- (١) مسند أحمد ٢: ٢٠٣، سنن أبي داود ٢: ٢٨٣، ح ٢٢٧٦.
(٢) الفقيه ٣: ٢٧٥ ح ١٣٠٥، مستطرفات السرائر: ٦٥ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٦، ٧.
(٣) أنظر كشف الرموز ٢: ٢٠١.
(٤) الكافي ٦: ٤٥ ح ٤، الفقيه ٣: ٢٧٤ ح ١٣٠٢، التهذيب ١٠٤٨ ح ٣٥٢، الاستبصار ٣: ٣٢٠ ح ١١٣٨، الوسائل الباب المتقدم، ح ١.
(٥) النساء: ١٤١.

مشغولة به غير متفرغة للحضانة. ولأنه نوع ولاية واحتكام (١) بالحفظ والتربية، والرقيق لا ولاية له وإن أذن السيد.

ثم ينظر إن كان الولد حراً فحضانته لمن له الحضانة بعد الأم من الأب أو غيره. وإن كان رقيقاً فحضانته على السيد. ولو كانت الأم حرة والولد رقيقاً، كما لو سبي الطفل وأسلمت الأم أو قبلت الذمة، فكذاك حضانته للسيد. والمدبرة والمكاتبة وأم الولد والمعتق بعضها كالقننة.

ولو كان نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً فنصف حضانته للسيد ونصفه للأم أو من يلي حضانة الحر من الأقارب، فإن اتفقا على المهياة أو على استيجار من يحضنه أو رضي أحدهما بالآخر فذاك، وإن تمانعا لم يضيع واستأجر الحاكم من يحضنه، وأوجب المؤنة على السيد ومن يقتضي الحال الإيجاب عليه. وليس هذا كتزاحم المتعددين في درجة واحدة على الحضانة كما سيأتي (٢)، لأنه لا استحقاق هنا لكل واحد في مجموع الحضانة، بخلاف ما يأتي " فلا تتوجه القرعة هنا. وثالثها: أن تكون عاقلة. فالمجنونة لا حضانة لها، لأن المجنون لا يتأتى منه الحفظ والتعهد بل هو في نفسه محتاج إلى من يحضنه. ولا فرق بين أن يكون الجنون مطبقاً أو منقطعاً، إلا إذا وقع نادراً ولا تطول مدته. فلا يبطل الحق، بل هو كمرض يطرأ ويزول. وفي إلحاق المرض المزمن الذي لا يرجى زواله كالسل والفالج بحيث يشغله الألم عن كفالاته وتدابير أمره به وجهان، من اشتراكهما في المعنى المانع من مباشرة الحفظ، وأصالة عدم سقوط الولاية، مع إمكان تحصيلها بالاستنابة، وبه يفرق بينه وبين الجنون. ولم يعتبر المصنف شرط العقل، ولا بد منه.

(١) في " ش " : وأحكام.

(٢) في ص: ٤٣٥.

ورابعها: أن تكون فارغة من حقوق الزوج. فلو نكحت سقط حقها من الحضانة، للأخبار الدالة عليه، ومنها أن امرأة قال: " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني " فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: أنت أحق ما لم تنكحي " (١). ولأن النكاح يشغلها بحق الزوج ويمنعها من الكفالة. ولا أثر لرضا الزوج كما لا أثر لرضا السيد بحضانة الأمة، لإطلاق النص (٢)، وقد يرجعان فيتشوش أمر المولود. ولا فرق عندنا بين تزويجها بقريب الزوج وغيره، عملاً بإطلاق النص (٣). وهذا الشرط ذكره المصنف فيما بعد (٤).

وخامسها: أن تكون أمينة. فلا حضانة للفاسقة، لأن الفاسق لا يلي. ولأنها لا تؤمن أن تخون في حفظه. ولأنه لاحظ له في حضانتها، لأنه ينشأ على طريقتها، فنفس الولد كالأرض الخالية ما ألقى فيها من شيء قبلته. وهذا الشرط لم يذكره المصنف، وقد اعتبره الشيخ في المبسوط (٥)، والشهيد في قواعده (٦)، والعلامة في التحرير (٧) في ولاية الأب، وفي القواعد (٨) استقرب عدم اشتراط العدالة عملاً بعموم الأدلة. ويمكن الجمع بين عدم اشتراط العدالة مع اشتراط عدم الفسق، لثبوت الوساطة عند الأكثر، ويجعل المانع ظهور الفسق، لما

-
- (١) مسند أحمد ٢: ١٨٢، أبي داود ٢: ٢٨٣ ح ٢٢٧٦، مصنف عبد الرزاق ٧: ١٥٣ ح ١٢٥٩٦، سنن الدارقطني ٣: ٣٠٥ ح ٢٢٠، سنن البيهقي ٨: ٤.
(٢) المذكور هنا في الهامش (١)، وكذا ما تقدم في ص: ٤٢١، هامش (١).
(٣) المذكور هنا في الهامش (١)، وكذا ما تقدم في ص: ٤٢١، هامش (١).
(٤) في ص: ٤٢٦.
(٥) المبسوط ٦: ٤٠.
(٦) القواعد والفوائد ١: ٣٩٥ - ٣٩٦.
(٧) تحرير الأحكام ٢: ٤٤.
(٨) قواعد الأحكام ٢: ٥١.

يترتب عليه من الأخطار السابقة، بخلاف غيره من المستورين وإن لم تظهر عدالته بالمعنى الذي اعتبره المتأخرون.

وسادها: أن تكون مقيمة. فلو انتقلت إلى محل تقصر فيه الصلاة بطل حقها من الحضانة عند الشيخ في المبسوط (١)، ثم نقل عن قوم أنه إن كان المنتقل هو الأب فالأم أحق به، وإن كانت الأم منتقلة، فإن انتقلت من قرية إلى بلد فهي أحق، وإن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق به، لأن في السواد يقل تعليمه وتخرجه. قال الشيخ بعد نقله ذلك: وهو قوي.

وقيل: لو سافر الأب جاز له استصحاب الولد وسقطت حضانتها أيضا، فيكون ذلك شرطا سابعاً. ذكره الشهيد في قواعده (٢). ونقل شرطا ثامنا أن لا يكون بها مرض يعدي من جذام أو برص، لما يترتب على حضانتها من خوف الضرر على الولد، وقد قال صلى الله عليه وآله: (فر من المجذوم فرارك من الأسد) (٣). ويحتمل عدم السقوط بذلك، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا عدوى ولا طيرة " (٤). وهذان الشرطان لم يذكرهما الأكثر.

فرع:

لو كان الولد خنثى فني إلحاقه بالذكر أو بالأنثى قولان منشؤهما استصحاب الأم حق الحضانة الثابت قبل تمام الحولين، للشك في المزيل، إذ هو الذكورية ولم

(١) المبسوط ٦: ٤٠.

(٢) القواعد والفوائد ١: ٣٩٦.

(٣) الفقيه ٤: ٢٥٨ ح ٤، الوسائل ٨: ٤٣٠ ب (٢٨) من أبواب أحكام العشرة، ح ٢، مسند أحمد ٢: ٤٤٣.

(٤) الوسائل ٨: ٣٧٠ ب " ٢٨ " من أبواب أحكام الدواب ح ١ " مسند أحمد ١: ١٧٤. صحيح البخاري ٧: ١٦٤، صحيح مسلم ٤: ١٧٤٣ ح ١٠٢ " سنن ابن ماجه ١: ٣٤ ح ٨٦.

ولو تزوجت الأم سقطت حضانتها عن الذكر والأنثى، وكان الأب أحق بهما.

يتحقق، وكون استحقاقها مشروطاً بالأنوثة ولم يعلم. والأقوى إلحاقه بالأنثى، لوجوب جريان أحكامها عليه من الستر ونحوه، ودخوله في عموم (١) الأخبار الدالة على استحقاقها الولد مطلقاً، خرج منه الذكر لمناسبة تربيته وتأديبه فيبقى الباقي.

قوله: " ولو تزوجت الأم..... الخ "

أي: تزوجت بغير الأب وإلا بقيت حضانتها، وإنما أطلق المصنف تبعاً لإطلاق الأخبار (٢)، لكنها منزلة على ذلك بقريئة المقام. ويحتمل عموم الحكم نظراً إلى الإطلاق. ولا فرق في سقوط حقها مع تزويجها بين دخول الزوج بها وعدمه، وإن كان المانع ظاهراً اشتغالها بالزوج، للعموم.

وحيث تسقط ولايتها عنه ينبغي أن لا يمنع الولد من زيارتها والاجتماع بها، لما في ذلك من قطع الرحم. ثم إن كان ذكراً ترك يذهب إلى أمه، وإن كان أنثى فأمرها تأتيها زائرة، لأن الجارية لا تصلح للخروج، بخلاف الأم، فإذا زارتها الأم خفت من غير انبساط في بيت المطلق. هذا في حال الصحة.

أما مع المرض، فإن كان المريض الولد لم تمنع أمه من مراعاته وتمريضه والإقامة عنده، لأنها أشفق عليه وأحنى (٣) وأرق وأرفق من غيرها. وإن مرضت الأم لم يمنع الولد من التردد إليها، ذكراً كان أو أنثى. ولو مات الولد حفرت أمه وتولت أمره وإخراجه، ولا تتبع جنازته، لنهي (٤) النبي صلى الله عليه وآله وسلم

(١) لاحظ الوسائل ١٥: ١٩١ ب " ٨١ " من أبواب أحكام الأولاد ح ٤، ٦، ٧.

(٢) لاحظ الوسائل ١٥: ١٩١ ب " ٨١ " من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.

(٣) في " س " وأحن.

(٤) مسند أحمد ٦: ٤٠٨، سنن ابن ماجه ١: ٥٠٢ ح ١٥٧٧، سنن أبي داود ٣: ٢٠٢ ح ٣١٦٧.

ولو ماتت كانت الأم أحق بهما من الوصي.

عن ذلك. وروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: " لعن الله زائرات القبور (١). وإن ماتت الأم حضرها الولد وجهازها وتولى أمرها إن كان من أهله، كل ذلك بإذن الزوج كما مر (٢) في باب القسم. قوله: " ولو ماتت كانت.... الخ ".
أي: إذا مات الأب وقد صارت الحضانة له، بأن كان الولد ذكرا بعد الحولين، أو أنثى بعد المدة " أو لفقد شرط الحضانة في الأم، انتقلت الحضانة إلى الأم، وكانت أحق بها من وصي الأب وغيره من الأقارب.
وظاهر العبارة عدم الفرق بين كون الأم حينئذ متزوجة وعدمه، وأن مانع التزويج إنما يؤثر مع وجود الأب كما يقتضيه النص (٣)، حيث إن المنازعة وقعت بينها وبين الأب فجعلها أحق به ما لم تتزوج. وبهذا المفهوم صرح العلامة في الإرشاد (٤). وباقي عبارات الأصحاب في ذلك مجملة - كعبارة المصنف - محتملة لتقيدها بكونها غير مزوجة نظرا إلى أنه شرط في الحضانة مطلقا " وإلى التعليل المذكور باشتغالها بحقوق الزوج فإنه آت هنا، لكن المحصل ما ذكرناه. والمتحقق من مانعية التزويج ما كان منها مع وجود الأب لا مطلقا. وسيأتي (٥) فيما لو كان الأب رقيقا - ما يدل على أولوية الأم وإن كانت متزوجة. والتعليل المذكور مناسب للنص لا منصوص.

-
- (١) مسند أحمد ٢: ٣٣٧، سنن ابن ماجة ١: ٥٠٢ ب " ٤٩ " سنن أبي داود ٣: ٢١٨ ح ٣٢٣٦، سنن الترمذي ٣: ٣٧١ ح ١٠٥٦. وفي المصادر: لعن رسول الله صل الله عليه وآله وسلم...
(٢) في ص: ٣٣٧.
(٣) لاحظ الوسائل ١٥: ١٩١ ب " ٨١ " من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.
(٤) إرشاد الأذهان ٢: ٤٠.
(٥) في الصفحة التالية.

وكذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا كانت الأم الحرة أحق بهما وإن تزوجت.

قوله: " وكذا لو كان الأب..... (الخ).

ما تقدم من الشرائط المعتبرة في الأم آت هنا غير التزويج، ومنها الحرية والاسلام، لما ذكر فيها من العلة. ويدل على كونها أحق من الأب المملوك وإن تزوجت صحيحة داود الرقي قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة نكحت عبدا فأولدها أولادا، ثم إنه طلقها فلم تقم مع ولدها وتزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ منها ولده وقال: أنا أحق بهم منك إن تزوجت. فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها وإن تزوجت حتى يعتق، هي أحق بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها " (١).

وهذه الرواية صريحة في استحقاق الأم الحضانة وإن كانت مزوجة مع وجود المانع للأب من الحضانة بالرقية. والمصنف وغيره حملوا مانع الكفر عليها، لأنه أقوى منها، ولم يصرحوا بحكم غيرهما من الموانع، وظاهر إطلاقهم الأول إلحاق موته بهما (٢). ويمكن استفادته من ذلك بطريق أولى، لأن مانع الرق يقبل الزوال بخلاف مانع الموت، ولذا أطلقوا الحكم في السابق على إجمال فيه. ويبقى الكلام في باقي الموانع، والظاهر المساواة، وإنما لم يذكروا حكمها لعدم تعرضهم لأصل الشرطية في غير الكفر والرق غالبا كما فعل المصنف، فلذا رتب الحكم عليهما. والضابط: أن الأب إنما يكون أولى من الأم مع اجتماع شرائط الحضانة فيه التي من جملتها الاسلام والحرية والعقل إجماعا، والأمانة والحضر والسلامة من

(١) في هامش " و " : طريق الرواية صحيح إلى داود الرقي. وهو ثقة عند الشيخ وضعيف عند غيره. فصحتها على الأول مطلقة وعلى الثاني إضافية. منه قدس سره. لاحظ الكافي ٦: ٤٥ ح ٥، التهذيب ٨: ١٠٧ ح ٣٦١، الوسائل ١٥: ١٨١ ب (٧٣) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

(٢) في " ش " و " م " والحجريتين: بها.

فلو أعتق كان حكمه حكم الحر.

الأمراض المعدية على الخلاف. فمتى اختل شرط من شروطها فيه فالأم أحق بالولد مطلقا إلى أن يبلغ. وكذا لو مات الأب. ومتى اختل شرط من شروطها فيها فالأب أحق به مطلقا كذلك. ومتى مات أحدهما انتقل الحق إلى الآخر مطلقا. واشتراط عدم تزويجها إنما يعتبر في ترجيحها على الأب مع اجتماع الشرائط فيه خاصة.

قوله: " ولو أعتق..... الخ "

ومثله ما لو أسلم الكافر، أو تعدل الفاسق، أو عقل المجنون، أو برئ المريض، أو حضر المسافر (١). وقد تقدم (٢) في الرواية ما يدل على حكم العبد إذا أعتق، فلذا اقتصر المصنف عليه، وعداه غيره (٣) إلى الباقي نظرا إلى الاشتراك في المعنى. ولأن الولاية ثابتة بالأصل وإنما تخلفت لفقد الشرط، فإذا حصل ثبت. أو أن هذه الأشياء موانع، فإذا زالت أثرت.

ويحتمل عدم العود في غير ما ثبت بالنص، لتحقق الزوال قبل زوال المانع أو حصول الشرط، فعودها يحتاج إلى دليل.

ويضعف بأن الدليل هو ما دل على أن الأم أحق بحضانة الولد ابتداء، فإنه متناول لمحل النزاع. وسيأتي (٤) الخلاف فيما لو طلقت هل تعود ولايتها أم لا؟ وهو ينه على توجه الاحتمال.

(١) سقطت الجملة تماما في الحجريتين، ووردت في النسخ الخطية.

(٢) في الصفحة السابقة.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥١.

(٤) في ص: ٤٣٧.

فإن فقد الأبوان فالحضانة لأب الأب، فإن عدم قيل: كانت الحضانة للأقارب، وترتبوا ترتب الإرث نظرا إلى الآية (١). وفيه تردد.

قوله: " فإن فقد الأبوان..... الخ "

اعلم أنه لا نص في مستحق الحضانة على الخصوص سوى الأبوين دون من عداهما من بقية الأجداد والجدات والأقارب، فلذلك اختلف الأصحاب في حكمهم اختلافا كثيرا، فمنهم من عدى الحكم (منهما) (٢) إلى باقي الأقارب والأرحام على ترتيب الإرث، لعموم قوله تعالى: (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) (٣) فإن الأولوية تشمل الإرث والحضانة وغيرها. ولأن الولد مضطر إلى التربية والحضانة، فلا بد في الحكمة من نصب قيم بها، والقريب أولى بها من البعيد. وعلى هذا فمع فقد الأبوين ينظر في الموجود من الأقارب، ويقدر لو كان وارثا ويحكم له بحق الحضانة. ثم إن اتحد اختصاص، وإن تعدد أقرع بينهم، لما في اشتراكها هن الإضرار بالولد. وهذا القول هو المعتمد. ووراءه أقوال آخر: منها: أنه مع فقد الأبوين تكون الحضانة لأب الأب مقدا على غيره من الإخوة والأجداد والجدات وإن شاركوه في الإرث. وهذا هو الذي قطع به المصنف، والعلامة في غير المختلف (٤)، وجماعة منهم الشيخ في موضع من المبسوط (٥)، حتى ابن إدريس (٦) مع اقتضاره في الحضانة على الأبوين. ووجهه: أن الجد للأب أب في الجملة، فيكون أولى من غيره من الأقارب. ولأنه أولى بالمال، فيكون أولى بالحضانة.

(١) الأنفال: ٧٥.

(٢) من "س" و "ش".

(٣) الأنفال: ٧٥.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥١.

(٥) المبسوط ٣: ٣٣٨.

(٦) السرائر ٢: ٦٥٤.

ويضعف بأن ذلك لو كان موجبا لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه، لأنها بمنزلة الأم، وهي مقدمة على الأب على ما فصل. وولاية المال لا مدخل لها في الحضانة وإلا لكان الأب أولى من الأم، وكذا الجد له، وليس كذلك إجماعا. والنصوص (١) خالية عن غير الأبوين من الأقارب، وإنما استنبط حكمه من آية أولي الأرحام، وهي لا تدل على تقديمه على غيره ممن هو في درجته. وإلى هذا مال في المختلف (٢).

ومنها: أنه مع عدم الأبوين ينتقل الحكم إلى الأجداد، ويقدمون على الإخوة وإن شاركوهم في الإرث، ولا يفرق بين الجد للأب وغيره " ومع فقدهم ينتقل إلى باقي مراتب الإرث. وهو خيرة العلامة في الإرشاد (٣)، ولم يفصل حكم الأجداد مع التعدد والعلو، ومن يتقرب منهم بالأم أو الأب.

ومنها: أنه مع موت الأب تقوم أمه مقامه في ذلك، فإن لم تكن له أم وكان له أب قام مقامه في ذلك، فإن لم يكن له أب ولا أم كانت الأم التي هي الجدة أحق به من البعيد. وهو قول المفيد (٤).

ومنها: قول ابن الجنيد (٥)، وهو أن من مات من الأبوين كان الباقي أحق به من قرابة الميت، إلا أن يكون المستحق له غير رشيد فيكون من قرب إليه أولى به، فإن تساوت القرابات قامت القرابة مقام من هي له قرابة في ولايته - إلى أن قال -:

(١) لاحظ الوسائل ١٥: ١٩٠ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد، ولكن هناك رواية بتقديم الخالة، لاحظها في الصفحة التالية.

(٢) مختلف الشيعة: ٥٧٩.

(٣) إرشاد الأذهان ٢: ٤٠.

(٤) المقنعة: ٥٥٣١.

(٥) حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة: ٥٧٨.

والأم أولى بها ما لم تتزوج، ثم قرابتها أحق من قرابة الأب، لحكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم بابنة حمزة لخالتها دون أمير المؤمنين عليه السلام وجعفر وقد طالبا بها لأنها ابنة عمهما جميعا، وقال أمير المؤمنين عليه السلام: إن عندي ابنة رسول الله صلى الله عليه وآله وهي أحق بها، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ادفعوها إلى خالتها فإن الخالة أم (١).

وابن إدريس (٢) نفى استحقاق من عدا الأبوين وأب الأب مطلقا. وفي المسألة أقوال أخر غير ما ذكرناه.

والحق: أن آية أولي الأرحام لا تدل على شيء مما ذكره، وإنما تفيد تنزيل حق الحضانة على مراتب الإرث كما أسلفناه، وهي تدل على تقديم الإخوة والأجداد على غيرهم من الأقارب، ولا تفيد تقديم الأجداد على الإخوة إلا إذا جعلنا الجد أبا والجددة أما حقيقة، فيتناولهما ما دل على أصل الحكم، ويقدم كل منهما حيث يقدم من يمت به، ويلزم منه حينئذ تقديم الجدة للأم على الأب، والجد للأب على الأم حيث يتلقى الحضانة عن الأب من غير أن يأخذها بالأصالة. ثم الجدة لأم كانت أم لأب أولى من العمة والخالة مطلقا، كما أن الجد مطلقا أولى من العم والخال، والأدنى من كل مرتبة أولى من العليا ذكورا وإناثا. ولا اعتبار بكثرة النصيب وقتله، ولا بالتقريب بأمرين مع تقرب الآخر بسبب واحد مع اشتراكهما في الإرث.

ولو اجتمع ذكر وأنثى ففي تقديم الأنثى قول مأخذه تقديم الأم على الأب، وكون الأنثى أوفق لتربية الولد وأقوم بمصالحه صغيرا سيما الأنثى. وإطلاق الدليل

(١) أمالي الطوسي: ٣٤٢ ح ٧٠٠، الوسائل ١٥: ١٨٢ ب (٧٣) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.
(٢) السرائر ٢: ٦٥٤.

فروع أربعة على هذا القول:
"الأول": قال الشيخ رحمه الله: إذا اجتمعت أخت لأب وأخت لأم " كانت الحضانة للأخت من الأب، نظرا إلى كثرة النصيب في الإرث. والإشكال في أصل الاستحقاق، وفي الترجيح، ومنشؤه تساويهما في الدرجة. وكذا قال في أم الأم مع أم الأب.

المستفاد من الآية (١) يقتضي التسوية بينهما كما يقتضي التسوية بين كثير النصيب وقليله، لاشتراك الجميع في القرب المقتضي للاشتراك في الإرث. نعم، لو صحت رواية تقديم الخالة - لمكان تعليلها بكون الخالة أما - ترد على إطلاق الآية، ويمكن حينئذ أن تستثنى من العموم كما استثني الأب والأم بتفضيلهما (٢) من الآية المقتضية للتسوية بينهما. وأما تقديمه عليه السلام للخالة على ابن العم و بنت العم فوافق للآية، لأنها أقرب منهما. قوله: " قال الشيخ رحمه الله..... الخ "

هذا القول ذكره الشيخ في الخلاف (٣) والمبسوط (٤)، محتجا على التقديم بآية أولي الأرحام وأن كثرة النصيب تدل على زيادة القرب، مع أنه

في المبسوط في موضع آخر قال: (وإن قلنا إنهما سواء ويقرع بينهما كان قويا) (٥).

والمصنف تردد في موضعين:

أحدهما: أمل استحقاق الأختين في الحضانة، نظرا إلى ما أسلفناه (٦) من

(١) الأنفال: ٧٥.

(٢) في " و " والحجريتين: بتفضيلهما.

(٣) الخلاف طبعة كوشانپور ٢: ٣٣٧، مسألة (١) (٤).

(٤) المبسوط ٦: ٤٢.

(٥) المبسوط ٦: ٤٢.

(٦) في ص: ٤٣٠.

الثاني: قال في جدة وأخوات: الجدة أولى، لأنها أم.

عدم النص عليها (١) بخصوصه في غير الأبوين، ومن عموم آية أولى الأرحام. والثاني: على تقدير استحقاقهما في أولوية من نصيبه أكثر على من يشاركه في الميراث، من أن الآية تقتضي تساويهما فيها من حيث اشتراكهما في الميراث وإن تفاضلا، ومن أن كثرة النصيب تدل على زيادة القرب، فكما أن زيادته توجب الترجيح في المراتب (٢) فكذا في المرتبة نفسها.

والأقوى تساويهما في الاستحقاق، لما قرناه من تناول الآية لهما، ومن ثم اشتركا في أصل الإرث. وكذا القول في أم الأم مع أم الأب، فإنه يحتمل تقديم أم الأب لزيادة النصيب، وعدمه لاشتراكهما في أصل الإرث. بل قيل بتقديم أم الأم، لأنها أم حيث تكون الأم مقدمة. قوله: " قال في جدة..... الخ "

هذا قوله - رحمه الله - في الخلاف (٣)، محتجا بأنها أم. وهو يتم لو قلنا إنها أم حقيقة لتدخل في النص السابق (٤)، وهو ممنوع، ومن ثم يصح سلبها عنها فيقال: إنها ليست أما بل أم أم.

وذهب في المبسوط (٥) إلى تساويهما في استحقاق الحضانة، لاشتراكهما في أصل الإرث، فيتناولهما آية أولى الأرحام. وهو أقوى. وحينئذ فيقرع بينهما.

(١) في " ش " : عليهما.

(٢) في الحجريتين: الميراث.

(٣) الخلاف طبعة كوشانپور ٢: ٣٣٧، مسألة (٢ ٤).

(٤) في ص: ٤٢١، هامش (١).

(٥) المبسوط ٦: ٤٣.

الثالث: قال (١): إذا اجتمعت عمه وخالة فهما سواء.
الرابع: قال (٢): إذا حصل جماعة متساوون في الدرجة، كالعمة
والخالة، أفرع بينهم.
ومن لواحق الحضانة ثلاث مسائل:
الأولى: إذا طلبت الأم للرضاعة أجره زائدة عن غيرها فله تسليمه
إلى الأجنبية.

قوله: " قال: إذا اجتمعت عمه وخالة فهما سواء ".
هذا القول مبني على الرجوع إلى أصل الإرث لا إلى مقداره. وقد تقدم (٣)
الكلام فيه واختلاف مذهبه في ذلك. وما اختاره هنا قوي، لما ذكر.
قوله: " قال: إذا حصل جماعة.... الخ ".
نسبة القول بالقرعة إلى الشيخ تؤذن بعدم ارتضاه أو ترده فيه. ووجهه: أن
الاشتراك يقتضي التسوية بين المستحقين في ذلك، فيتولى كل واحد أمر الولد دفعة
واحدة أو بالتناوب " والمهياة والقرعة تنافي ذلك، ومن حيث استلزام الاشتراك
والتناوب الإضرار بالولد واختلاف أمره وإفهامه، فالقرعة أوفق لمصلحته. وهذا هو
الأقوى. وحيث يتعين أحد بالقرعة يستمر له الاستحقاق إلى أن يموت أو يعرض
عن حقه فينتقل إلى غيره إن اتحد وإلا افتقر إلى القرعة أيضا، وهكذا.
قوله: (إذا طلبت الأم.... الخ).
منشأ التردد من أنهما حقان متغايران، فلا يلزم من سقوط حقه من أحدهما
سقوطه من الآخر، وحق الحضانة ليس مشروطا بذلك. ومن لزوم الحرج بتردد

(١) المبسوط ٦: ٤٢، الخلاف طبعة كوشانپور ٢: ٣٣٨، مسألة (٤٧).

(٢) المبسوط ٦: ٤٢.

(٣) في الصفحة السابقة.

الثانية: إذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولاية الأبوين عنه، وكان الخيار إليه في الانضمام إلى من شاء.

المرضعة إليها في كل وقت يحتاج الولد إلى الارضاع، ودلالة قول الصادق عليه السلام في رواية داود بن الحصين: (فإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فإن له أن ينزعه منها " (١) الحديث. وهذا هو الذي اختاره المصنف.

وفي الأول قوة. والضرر بذلك لا يبلغ حد اسقاط الحق الثابت. والخبر ضعيف السند. ويمكن حمله على نزعه من جهة الرضاع لا مطلقا. وعلى هذا فتأتي المرضعة إليه إن أمكن وإلا حمل الولد إليها وقت الحاجة، فإن تعذر جميع ذلك سقط حقها من الحضانة حينئذ إن لا تتبرع بالإرضاع إلى أن توجد مرضعة تأتي إليه أو يمكن نقله إليها كما مر، لأن حفظ الولد واجب ولا يتم إلا بذلك، والضرر يتحقق حينئذ.

قوله: (إذا بلغ الولد..... الخ).

لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى. وهو موضع وفاق. ولكن كرهوا للبنت مفارقة أمها إلى أن تتزوج. ونبه بإثبات التخيير بعد البلوغ والرشد على خلاف بعض العامة (٢) حيث أثبتوه بعد التمييز ويكون عند من اختار منهما. وروي (٣) أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه حين اختصما إليه فيه. وبعضهم (٤) خص التخيير بالذكر، ولم يثبت ذلك عندنا. وإلى عدم التخيير ذهب

-
- (١) الكافي ٦: ٤٥ ح ٤، الفقيه ٣: ٢٧٤ ح ١٣٠٢، التهذيب ٨: ١٠٤ ح ٣٥٢، الاستبصار ٣: ٣٢٠ ح ١١٣٨، الوسائل ١٥: ١٩٠ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.
(٢) حلية العلماء ٧: ٤٤٢، الوجيز ٢: ١١٨، روضة الطالبين ٦: ٥٠٩.
(٣) مسند أحمد ٢: ٢٤٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٧ ح ٢٣٥١. سنن أبي داود ٢: ٢٨٣ ح ٢٢٧٧.
(٤) حلية العلماء ٧: ٤٤٣.

الثالثة: إذا تزوجت سقطت حضانتها، فإن طلقها رجعية فالحكم باق. وإن بانت منه، قيل: لم ترجع حضانتها. والوجه الرجوع.

أبو حنيفة (١) ومالك (٢).

قوله: " إذا تزوجت سقطت.... الخ "

القول بالرجوع للشيخ (٣) والأكثر، لأن المانع من حضانتها متزوجة اشتغالها بحق الزوج عن الحضانة، فإذا زال المانع رجع الحق، فبقي المقتضي لاستحقاقها سليما عن المعارض، ولقوله صل الله عليه وآله وسلم في الخبر السابق (٤): " أنت أحق به ما لم تنكحي " و " ما " هنا ظرفية زمانية أي: مدة لم تنكحي فيها، فإذا زالت الزوجية بالطلاق البائن فهي في مدة لا تنكح فيها، فتكون أحق.

والقول بعدم الرجوع لابن إدريس (٥)، محتجا بأن الحق خرج عنها بالنكاح، فعوده يحتاج إلى دليل. والرسول صلى الله عليه وآله وسلم جعل غاية الاستحقاق للحضانة التي تستحقها الأم تزويجها، وهذه قد تزوجت فخرج الحق منها حينئذ.

وعلى المشهور لو نكحت ثانيا سقط حقها إلى أن تخرج من الزوجية فيعود إليها، وهكذا أبدا. والمعتدة رجعية بمنزلة الزوجة، ولهذا يجب الإنفاق عليها، فلا تستحق إلا بانقضاء العدة، بخلاف البائن. ومثله ما لو أسلمت الكافرة، أو أفاقت المجنونة، أو أعتقت الأمة، أو حسن حال الفاسقة، فتثبت لها الحضانة، لارتفاع المانع. وظاهرهم اختصاص الخلاف بالمطلقة.

(١) حلية العلماء ٧: ٤٤٣، الحاوي الكبير ١١: ٤٩٩، المدونة الكبرى ٢: ٣٥٦.

(٢) حلية العلماء ٧: ٤٤٣، الحاوي الكبير ١١: ٤٩٩، المدونة الكبرى ٢: ٣٥٦.

(٣) المبسوط ٦: ٤١.

(٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٢٤، هامش (١).

(٥) السرائر ٢: ٦٥١.

النظر الخامس في النفقات
لا تجب النفقة إلا بأحد أسباب ثلاثة: الزوجية، والقراية، والملك.
القول في نفقة الزوجة
والكلام في الشرط، وقدر النفقة، واللواحق. والشرط اثنان: الأول:
أن يكون العقد دائماً.

قوله: " لا تجب النفقة.... الخ ".
لوجوب النفقة أسباب ثلاثة: ملك النكاح، وملك اليمين، وقراية البعضية.
والأولان يوجبان النفقة للملوك على المالك دون العكس، لاشتغال المملوك وكونه
محبوساً بسببه فرفه ليتفرغ لمالكه، وجبر ما لحقه من التعب بالقيام بمؤنته. والثالث
يوجب النفقة لكل واحد من القربيين على الآخر، لشمول معنى البعضية والشفقة.
والأصل في السبب الأول - قبل الإجماع - قوله تعالى: (وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (١) وقوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته ومن
قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) (٢). ومن السنة ما روي " أن هند امرأة أبي
سفيان جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: إن أبا سفيان رجل
شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذ منه سرا وهو لا يعلم، فهل علي في
ذلك من شيء؟ فقال صل الله عليه وآله وسلم: خذي ما يكفيك وولدك
بالمعروف " (٣). ويستفاد من الخبر وراء وجوب نفقة الزوجة والولد فوائد:
الأولى: أنه يجوز للمرأة الخروج من بيتها لتستفتي.
الثانية: أن صوتها ليس بعورة وإلا لنبهها صلى الله عليه وآله وسلم على

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) الطلاق: ٧.

(٣) مسند أحمد ٦: ٥٠، صحيح البخاري ٧: ٨٥، صحيح مسلم ٣: ١٣٣٨ ح ٧، سنن الدارمي ٢: ١٥٩.

الثاني: التمكين الكامل، وهو التخلية بينها وبينه، بحيث لا تخصص موضعا ولا وقتا. فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان، أو مكان دون آخر، مما يسوغ فيه الاستمتاع، لم يحصل التمكين.

ذلك، لأن تقريره كقوله وفعله.

الثالثة: أنه يجوز لمن منع حقه أن يشكو ويتظلم، ولذلك لم ينهها عن الشكوى.

الرابعة: أنه يجوز ذكر الغائب بما يسوءه عند الحاجة، فإنها وصفته بالشح. الخامسة: أنه يجوز لمن له حق على غيره وهو ممتنع أن يأخذ من ماله بغير علمه.

السادسة: أنه لا فرق بين أن يكون من جنس حته أو من غير جنسه، ولذا أطلق لها الأخذ بقدر الكفاية.

السابعة: أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه.

الثامنة: أنه يجوز القضاء على الغائب. وقد يقال في هذين: إنه أفتى ولم يقض

التاسعة: أن الأم يجوز أن تكون قيمة الولد، فإنه صلى الله عليه وآله وسلم

جوز لها الأخذ والإنفاق في حياة الأب لامتناعه، لكن يشترط نصب الحاكم لها.

العاشرة: أن المرجع في نفقة الزوجة والولد إلى العرف (١)، ولا تقدير له

شرعا.

قوله: " التمكين الكامل..... الخ "

المراد تخلية الزوجة بين نفسها وبين الزوج بحيث لا تخصص بالتخلية موضعا -

كبيتها وبلدها - دون آخر، بل في كل مكان أرادته الزوج مما يصلح للاستمتاع

(١) في الحجريتين: المعروف.

وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد، أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين.

بحسب حالها. وكذلك الزمان. ويمكن أن يريد بالمكان ما يعم البدن كالقبل وغيره مما يسوغ فيه الاستمتاع. وكلاهما معتبر في التمكين وإن كان الأول أظهر في المراد. وهذا البحث يجري على القولين الآتين، لأن كل ما لا يعد تمكيناً كاملاً فهو نشوز، كما لو منعت نفسها في مكان أو زمان أو وصف يسوغ فيه الاستمتاع، فإن جعلنا التمكين شرطاً فظاهر، وإن جعلنا النشوز مانعاً كان ملحوظاً في تحقق معناه " فلذا بدأ به قبل تحقيق محل الخلاف.

واعلم أن الظاهر من كلام المصنف وغيره - بل صرح به بعضهم (١) - أن التمكين لا يكفي حصوله بالفعل، بل لا بد من لفظ يدل عليه من قبل المرأة، بأن تقول: سلمت نفسي إليك حيث شئت وأي زمان شئت ونحو ذلك، فلو استمرت ساكنة وإن مكنته من نفسها بالفعل لم يكف في وجوب النفقة. ولا يخلو ذلك من إشكال.

قوله: " وفي وجوب النفقة..... الخ "

إعلم أن الشيء قد يثبت في الذمة ويتأخر وجوب تسليمه كالدين المؤجل. ولا خلاف في أن وقت وجوب التسليم في النفقة صبيحة كل يوم، وفي الكسوة أول الصيف والشتاء، وذلك بعد حصول التمكين. والخلاف في وقت ثبوتها في الذمة. ولا ريب في أن للنفقة تعلقاً بالعقد والتمكين جميعاً، فإنها لا تجب قبل العقد، ولو نشزت بعد العقد لم تطالب بالنفقة. واختلف في أنها بم تجب؟ فقيل: بالعقد كالمهر، لا بالتمكين، لدلالة الأدلة (٢) السابقة على وجوبها للزوجة من غير تقييد، غايته أن

(١) راجع التحرير ٢: ٤٥.

(٢) لاحظ ص: ٤٣٨.

النشوز لما ثبت أنه مانع من وجوب الإنفاق كان الشرط عدم ظهور المانع، فما لم يوجد المانع يستمر الوجوب المعلق على الزوجية الحاصلة بالعقد، فالعقد مثبت، والنشوز مسقط. ولأنها تجب للمريضة والرتقاء.

وقيل: لا تجب بالعقد مجردا، بل بالتمكين، لأن المهر يجب به، والعقد لا يوجب عوضين مختلفين. ولأن النفقة مجهولة الحمل، والعقد لا يوجب مالا مجهولا. ولما روي (١) أن النبي صلى الله عليه وآله تزوج ودخل بعد سنتين، ولم ينفق إلا بعد دخوله. ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " اتقوا الله في النساء، فإنهن عوار عندكم، اتخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (٢) أوجب لهن إذا كن عند الرجال، وهو يدل على التمكين. ولأن الأصل براءة الذمة من وجوب النفقة، خرج منه حالة التمكين بالإجماع فيبقى الباقي على الأصل.

وفي جميع هذه الأدلة نظر، لأن عدم إيجاب العقد عوضين مختلفين وعدم إيجابه مالا مجهولا مجرد دعوى أو استبعاد قد دل الدليل على خلافهما، فإن الآيات (٣) الدالة على وجوب الإنفاق على الزوجة من غير تقييد تدل على أن العقد أوجب النفقة على ذلك الوجه. وأي مانع من إيجاب العقد أمرين مختلفين كما في شراء الدابة والمملوك؟ فإن العقد يوجب الثمن كالمهر، ويوجب الإنفاق المجهول من غير شرط إجماعا.

وعدم إنفاق النبي صلى الله عليه وآله وسلم قبل الدخول - لو سلم - لا يدل

(١) أنظر الحاوي الكبير ١١: ٤٣٧، والمغني لابن قدامة ٩: ٢٨٣.
(٢) مسند أحمد ٥: ٧٣. سنن ابن ماجة ٢: ١٠٢٥ ح ٣٠٧٤، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٠٤ مع اختلاف في بعض اللفظ.
(٣) البقرة: ٢٣٣، الطلاق: ٧.

ومن فروع التمكين أن لا تكون صغيرة، يحرم وطء مثلها، سواء كان زوجها صغيرا أو كبيرا، ولو أمكن الاستمتاع منها بما دون الوطء، لأنه استمتاع نادر لا يرغب إليه في الغالب.

على عدم الوجوب بإحدى الدلالات.
والخبر يدل على خلاف مطلوبكم، لأن الضمير في قوله صلى الله عليه وآله وسلم (ولهن عليكم رزقهن) يعود إلى النساء المصدر بذكرهن، وهن أعم من الممكنات. ووصفهن بالوصفين لا يدل على التمكين المدعى كونه شرطا أو سببا، لأن استحلال فروجهن يحصل مع التمكين التام وعدمه.
وأما أصالة البراءة فإنما تكون حجة مع عدم دليل ناقل عنه " لكنه موجود هنا بالعمومات الدالة على وجوب نفقة الأزواج، والأصل عدم التخصيص. وعلى كل حال فالأظهر بين الأصحاب هو القول الثاني كما أشار إليه المصنف. وتظهر فائدة القولين في مواضع يذكر المصنف بعضها: .
ومنها: ما لو اختلفا في التمكين، فقالت المرأة: سلمت نفسي إليك من وقت كذا وأنكر، فإن قلنا إن النفقة تجب بالتمكين فالقول قول الزوج، وعليها البينة، لأصالة عدم التمكين. وإن قلنا تجب بالعقد فالقول قولها، لأن الأصل استمرار ما وجب بالعقد، وهو يدعي السقوط فعليه بينة النشوز المسقط.
ومنها: ما لو لم يطالبها الزوج بالزفاف ولم تمتنع هي منه ولا عرضت نفسها عليه ومضت على ذلك مدة، فتجب النفقة على الأول دون الثاني. وسيأتي (١) الكلام فيه.

قوله: " ومن فروع التمكين..... الخ ".
الزوجان بالنسبة إلى وجوب الانفاق وعدمه إما أن يكونا صغيرين لا

(١) في ص: ٤٦٨.

أما لو كانت كبيرة، وزوجها صغيرا، قال الشيخ (١): لا نفقة لها.
وفيه اشكال، منشؤه تحقق التمكين من طرفها. والأشبه وجوب الإنفاق.

يصلحان للاستمتاع، أو كبيرين، أو الزوج صغيرا والزوجة كبيرة، أو بالعكس.
وقد أشار إلى حكم الأربعة.

والحاصل منها: أن تمكين الزوجة للزوج من الاستمتاع لما كان معتبرا في
وجوب النفقة - والمراد به ما كان مقصودا بالذات وهو الوطاء، إذ غيره من مقدماته
إنما يقصد بالتبع - لم يتحقق التمكين من الصغيرة التي هي دون التسع، سواء مكنت
منه أم لا، لتحريم وطئها شرعا، وعدم قبولها لذلك عادة، وبهذا يفرق بينها وبين
الحائض حيث شاركها في تحريم الوطاء. وأيضا فالاستمتاع بالحائض ممكن حتى
بالوطاء، على بعض الوجوه، بخلاف الصغيرة، لعدم صلاحيتها لذلك مطلقا، فلا يجب
على الزوج الإنفاق عليها ولا على وليه ولو كان صغيرا، لفقد الشرط.
والمعتبر في الصغير هاهنا من لا يصلح للجماع ولا يتأتى منه ولا يلتذ به،
والكبير من يتأتى منه ذلك، لا ما يتعلق بالتكليف وعدمه، فالمرهق كبير هنا.
ومحل الكلام فيما إذا عرضت الصغيرة عليه بنفسها أو وليها، أما بدونه فلا مجال
للبحث كالكبيرة، إلا إذا جعلنا الموجب العقد وحده.
قوله: "أما لو كانت كبيرة... الخ".

لما كان المعتبر في وجوب الإنفاق العقد مع التمكين أو هو مع عدم النشوز
فبالإلزام منه وجوبه للكبيرة إذا مكنت أو لم تنشز وإن كان الزوج صغيرا، لأن
الأصل عدم اشتراط أمر آخر في الوجوب وهو قبول الزوج للاستمتاع، كما يجب
الإنفاق عليها لو غاب أو هرب بعد أن سلمت نفسها.
ووجه ما ذهب إليه الشيخ عدم إمكان الاستمتاع بها بسبب هو معذور فيه،

(١) المبسوط ٦: ١٢ - ١٣.

ولو كانت مريضة أو رتقاء أو قرناء لم تسقط النفقة، لإمكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلاً " وظهور العذر فيه.

فلا يلزم غرماً. ولأنه بعدم أهليته لا أثر للتمكين في حقه، فإن التمكين شرطه الإمكان وإلا لم يتحقق. ولأن الامتناع من جهة الفاعل أقوى من جهة القابل، فإذا أسقط الثاني أسقط الأول.

وفيه نظر، لمنع تأثير العذر من جهته مع اجتماع شرائط الوجوب من قبلها، لما بيناه سابقاً. ولأن المعتبر في التمكين رفع المانع من جهتها، والأصل عدم اشتراط أمر آخر، وبه يفرق بين عجز الفاعل والقابل، لأن الشارع رتب إيجاب النفقة على أسباب فإذا حصلت وجب أن يثبت الوجوب، والمعلوم منه العقد مع بذل المرأة نفسها أو مع عدم المنع. فالقول بالوجوب أقوى. قوله: " ولو كانت مريضة.... الخ "

لما حكم بعدم وجوب الإنفاق على الصغيرة وإن مكنت من حيث تعذر الوطء ذكر ما يمكن أن يشاركها في الحكم وهو المريضة والرتقاء والقرناء. ونبه على الفرق بينها وبين الصغيرة بأن الاستمتاع بالرتقاء والقرناء ممكن فيما دون الفرج، وظهور العذر فيه من حيث كونهما مانعا دائما فلا يناسب إدامة الحبس عليها مع عدم النفقة، بخلاف الصغيرة، فإن لها أمدا يرتقب. وأما المريضة فإن الوطء وإن تعذر بها مطلقا إلا أن ذلك عارض متوقع الزوال كالحيض فلا يؤثر. ويمكن أن يكون قوله: " وظهور العذر " تعليلا لحكم المريضة على وجه الترتيب المشوش، لأن إمكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلاً مخصوص بالرتقاء والقرناء، وبقي حكم المريضة معللا بظهور العذر. والمراد منه أنه عذر طار ومتوقع الزوال كما ذكرناه، ويمكن جعل المجموع علة للمجموع، لأن المريضة لا يفوت منها الأنس وجميع الاستمتاع المقصودة عادة، بخلاف الصغيرة. والتول في الأخيرتين كما تقدم.

ولو اتفق الزوج عظيم الآلة. وهي ضعيفة، منع من وطئها، ولم تسقط النفقة، وكانت كالارتقاء.

ولو سافرت الزوجة بإذن الزوج لم تسقط نفقتها، سواء كان في واجب أو مندوب أو مباح. وكذا لو سافرت في واجب بغير إذنه، كالحج الواجب. أما لو سافرت بغير إذنه في مندوب أو مباح سقطت نفقتها.

قوله: " ولو اتفق الزوج..... الخ "

منعه من وطئها على وجه الوجوب لما يشتمل عليه الوطء من الضرر وخوف الجنابة بالافضاء وغيره " ولقوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف " (١) ومن المعروف أن يكون الجماع على صفة يلتذان به لا ما يحصل به الضرر. وإنما يتم تشبيهها على هذه الحالة بالارتقاء لو اكتفينا في تعليل وجوب نفقتها بظهور عذرها وقدمه على ذلك، أو اكتفينا بالاستمتاع بغير الوطء مطلقا، وإلا فالفرق بينها وبين الارتقاء قائم بإمكان وطء الارتقاء دبرا دون هذه، لأن ضعفها في القبل يقتضي ضعفها مطلقا، نظرا إلى الوصف المذكور. ومثله ما لو اتفق كونها ضئيلة وهو عبل وإن لم يكن عظيم الآلة زيادة على غيره. وطريق معرفة ذلك باعترافه أو بالمشاهدة لهما حال الجماع لو ادعته وأنكر. وجاز النظر لمكان الحاجة كنظر الطبيب، فينظر إليه من النساء، من يثبت بقوله ذلك. ويحتمل الاكتفاء بوحدة جعلها له من باب الإخبار.

قوله: (ولو سافرت الزوجة..... الخ "

ليس السفر من حيث هو سفر من مسقطات النفقة، وإنما يسقطها مع تضمينه للنشوز المتحقق بالخروج عن طاعته ومنعه من الاستمتاع حيث يجب، ويلزم من ذلك أن سفرها لو كان بإذنه لم يمنع من وجوب النفقة مطلقا، لأنه بالإذن أسقط حته من الاستمتاع مدة السفر ورضي بفواته، فلا يكون ذلك مسقطا. ولا فرق

(١) النساء: ١٩.

ولو صلت أو صامت أو اعتكفت بإذنه أو في واجب وإن لم يأذن لم تسقط نفقتها. وكذا لو بادرت إلى شيء من ذلك ندبا، لأن له فسخه. ولو استمرت مخالفة تحقق النشوز وسقطت النفقة.

حينئذ بين كون سفرها في مصلحته أو مصلحتها، ولا بين كونه في واجب وغيره. ولا إشكال في ذلك كله إلا في سفرها بإذنه في مصلحتها، ففيه وجه بالسقوط، لخروجها به عن قبضته وإقبالها على شأنها. ويضعف بأن ذلك غير قادح مع وقوعه بإذنه، كما لو أذن لها في الخروج إلى بيت أهلها على وجه لا يتمكن معه من الاستمتاع.

وربما بني الحكم على أن النفقة تجب بالعقد بشرط عدم النشوز أو بالتمكين، فعلى الأول تجب لأنها ليست ناشزة بذلك قطعا، وعلى الثاني يسقط لعدم التمكين. وضعفه يظهر مما قررناه.

وإن كان السفر بغير إذنه، فإن كان في غير واجب فلا شبهة في السقوط، لتحقق النشوز بذلك، سواء كان في مصلحتها أم مصلحته. وإن كان في واجب، فإن كان مضيقا كحج الإسلام لم تسقط، لأنها معذورة في ذلك، والمانع شرقي. وإن كان موسعا كالنذر المطلق - حيث انعقد بإذنه، أو قبل التزويج ولم يتضيق بظن العجز عنه لو أخرته - ففي توقفه على إذنه قولان ناشيان من أن حقه مضيق حيث يطلبه فيقدم على الموسع عند التعارض، ومن أن الواجب مستثنى بالأصل، وتعيينه منوط باختيارها شرعا وإلا لم يكن موسعا. ويظهر من إطلاق المصنف الواجب عدم توقفه على إذنه. وهو الوجه. وعلى القولين يترتب حكم النفقة، فإن لم نوقفه على إذنه لم تسقط وإلا سقطت.

قوله: " ولو صلت أو صامت..... الخ "

لا فرق في الصلاة الواجبة بين كون وقتها موسعا ومضيقا في جواز فعلها

بدون إذنه وعدم تأثيره في سقوط النفقة. أما الصوم فإن كان مضيقاً - كرمضان، والنذر المعين، وقضاء رمضان إذا لم يبق لرمضان الثاني إلا قدر فعله - فكالصلاة، لتعين ذلك عليها شرعاً فكان عذراً. وإن كان موسعاً - كقضاء رمضان مع سعة وقته، والنذر المطلق، والكفارة حيث قلنا بأنها موسعة - ففي توقف المبادرة به على إذنه قولان تقدم وجههما في المسألة السابقة. وإطلاق المصنف الواجب يقتضي عدم توقفه على إذنه كالسابق. وهو قوي.

واعتبر الشيخ (١) والعلامة في القواعد (٢) توقف المبادرة على إذنه، واتفقوا على جواز مبادرتها إلى الصلاة الواجبة مع سعة وقتها بغير إذنه. والفرق بينها وبين ما ذكر من الواجب الموسع: أن الوقت لها بالأصالة، بخلاف ما ثبت بالنذر. وبأن الأمر بها في قوله تعالى: (أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل) (٣) عام فصارت كالصوم المعين. وأن الصلاة قيل بوجوبها في أول الوقت، ولا يجوز التأخير إلا لعذر أو بدل وهو العزم، وعلى القول الآخر فأول الوقت أفضل، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " أول الوقت رضوان الله، وآخره عفو الله " (٤) وهو عام، بخلاف الصوم غير الموقت. وأن زمان الصلاة يسير لا يستوعب اليوم، بخلاف الصوم. وفي كل واحد من هذه الفروق نظر لا يخفى. وعلى ما اخترناه يسقط البحث عن طلب الفرق.

وأما الصوم المندوب ونحوه فلا يسقط بمجرد النفقة، لأنه غير مانع من

(١) المبسوط ٦: ١٤ - ٥١٥

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٤، ٥٥.

(٣) الإسراء: ٧٨.

(٤) سنن الترمذي ١: ٣٢١ ح ١٧٢، سنن الدارقطني ١: ٢٤٩ ح ٢١، سنن البيهقي ١: ٤٣٦.

التمكين. نعم، لو طلب الاستمتاع فمنعته سقطت لذلك لا لأجل العبادة. وقال الشيخ في المبسوط (١): تسقط النفقة وتكون ناشزا حيث يطالبها بالفطر فتمتنع.

ويضعف بأن مخالفتها في ترك الأكل والشرب لا تعد نشوزا، إذ لا يجب عليها طاعته فيهما. والوطء ممكن بدونهما.

ولو علل - بأن الصوم عبارة عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات، ومن جملتها الوطء، ونيته هي العزم على منع الزوج عن الوطء، وهو عين النشوز - لم يطابق مدعى الشيخ، لأنه علق نشوزها على المطالبة بالفطر فتمتنع، وهذا التعليل يقتضي تحقق النشوز بمجرد نية الصوم أو بدخول أول النهار وإن لم يطالب. ومع ذلك فدعوى أن نية النشوز تكون نشوزا فاسدة، لأن النشوز هو الخروج عن طاعة الزوج - كما تقدم - بمنعه من الاستمتاع أو الخروج بغير إذنه أو نحو ذلك لا نيته، حتى لو نوت أن تخرج عن طاعته ولم تفعل لم يكن نشوزا.

فهذا التعليل ضعيف، كما ضعف تعليل عدم منع الصوم باستلزامه الدور على لقيده، من حيث إن كونه مانعا يستلزم صحته المستلزمة لكونه عذرا، فلا تسقط به النفقة، فلا يكون مانعا، فيلزم من إسقاطه لها عدم إسقاطه. فإن مدعي إسقاطه للنفقة لا يتوقف على ثبوت كونه مانعا، لأن النشوز يتحقق بحصول الامتناع من جهة المرأة وإن قدر الزوج على قهرها عليه. وهكذا يقول الشيخ هنا إن الصوم ندبا نشوز من جانب المرأة من حيث امتناعها منه وإعراضها عنه بما ليس بواجب وإن قدر الزوج معه على الاستمتاع، وحكم بفساده.

(١) المبسوط ٦: ١٤.

وتثبت النفقة للمطلقة الرجعية كما تثبت للزوجة: وتسقط نفقة البائن وسكناها، سواء كانت عن طلاق أو فسخ. نعم، لو كانت مطلقة حاملا لزم الإنفاق عليها حتى تضع. وكذا السكنى. وهل النفقة للحمل أو لأمه؟ قال الشيخ رحمه الله: هي للحمل. وتظهر الفائدة في مسائل: منها في الحر إذا تزوج أمة، وشرط مولاه رق الولد.. وفي العبد إذا تزوج أمة أو حرة، وشرط مولاه الانفراد برق الولد.

قوله: " وتثبت النفقة.... الخ "

المعتدة إما رجعية أو بائنة. فالرجعية حكمها في النفقة حكم الزوجة، لبقاء حبس الزوج وسلطنته. واستثنى بعضهم من مؤنتها آلة التنظيف، لأن الزوج ممتنع عنها. وهو حسن.

واستثنى آخرون منها الموطوءة بالشبهة في أثناء العدة فحملت وتأخرت عدة الزوج، فإنها لا نفقة لها على الزوج زمن الحمل. وليس بجيد، لأنها في زمن الحمل ليست في عدة رجعية بل بائنة، لأن العدة لو طء الشبهة لا للزوج. ولا فرق بين أن تكون أمة وحر، حايلا وحاملا، ولا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقة الزوجات، لأن حكم الزوجية باق عليها في ذلك، ويستمر إلى انقضاء العدة بوضع الحمل أو غيره.

ولو ظهر بها أمارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الإنفاق عليها إلى أن تضع أو تبين الحال. فإن أنفق ثم بان أنه لم يكن حمل فله استرداد المدفوع إليها بعد انقضاء العدة. وتساءل عن قدر الأقران إن اتفق فإن عينت قدرا صدقت باليمين إن كذبها الزوج وبلا يمين إن صدقها. وإن قالت: لا أعلم متى انقضت عدتي، سئلت عن عادة حيضها وطهرها، فإن ذكرت عادة مضبوطة بنينا الأمر على قولها. وإن ذكرت أنها مختلفة أخذنا بأقل عاداتها ورجع الزوج فيما زاد، فإنه المتيقن وهي لا تدعي زيادة عليه. وإن قالت: نسيت عادتي، ففي البناء على أقل ما يمكن انقضاء

العدة به لأصالة البراءة من الزائد، أو على ثلاثة أشهر بناء على الغالب، وجهان منشؤهما تعارض الأصلين، إذ الأصل بقاء العدة أيضا إلى أن يثبت الانقضاء. ويعتضد الثاني بالظاهر، والمتيقن هو الأول.

وإن بانث حاملا وأتت به لمدة يمكن أن يكون منه فالولد له والنفقة عليه إلى حين الوضع. وإن أتت به لأكثر من أقصى الحمل من حين الطلاق ولأقل منه من حين انقضاء العدة لحق به في هذه المدة، لأن الطلاق رجعي، وهي في مدة العدة بمنزلة الزوجة. وإن أتت به لأكثر من ذلك انتفى عنه بغير لعان، ولا تنقضي عدتها به عنه، فتكون عدتها بالأقراء فإن نسبته إلى غير الزوج وادعت أنه وطئها بعد الأقراء استعيد الفاضل. وإن قالت: بعد قرأين، فلها نفقتهما، ولا شيء لها عن مدة الحمل، وعليها تنمة الاعتداد بالقرء الثالث بعد الوضع، ولها نفقته. وإن قالت: عقيب الطلاق، فعدتها بعد الوضع ثلاثة أقراء، ولا نفقة لها عن مدة الحمل. وإن نسبته إليه وأنكر فالقول قوله، وتسقط عنه نفقة ما زاد على ثلاثة أقراء. وأما البائن فلا نفقة لها ولا سكنى عندنا، إلا أن تكون حاملا على قول الشيخ (١)، أو مطلقة حاملا على الأشهر، لقوله تعالى: (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حق يضعن حملهن) (٢) الشامل بعمومه للباينات بالطلاق والرجعيات، وخرجت السكنى مع عدم الحمل - وإن دل عليها صدر الآية - بالسنة (٣)، وروي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة: " لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا " (٤).

(١) النهاية: ٥٣٥، المبسوط ٦: ٢٤.

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٢٣٢ ب " ٨ " من أبواب النفقات ح ٣، ٦، ٧.

(٤) مسند أحمد ٦: ٤١٤ - ٤١٥، سنن أبي داود ٢: ٢٨٧ ح ٢٢٩٠، سنن البيهقي ٧: ٤٧٣.

وهل النفقة للحمل أو للحامل لأجله؟ قال الشيخ في المبسوط (١) بالأول، وتبعه عليه جماعة (٢) منهم العلامة في المختلف (٣)، لدوران النفقة معه وجودا وعدما، فإنها لو كانت حائلا لا نفقة لها وإذا كانت حاملا وجبت النفقة، فلا وجبت بوجوده وسقطت بعدمه دل على أنها له كدورانها مع الزوجية وجودا وعدما. ولوجوبها له منفصلا فكذا متصلا. ولنص الأصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل.

وذهب آخرون منهم ابن زهرة (٤) إلى الثاني، لأنه لو كانت النفقة للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها، ولما كانت نفقتها مقدره بحال الزوج، لأن نفقة الأقارب غير مقدره بخلاف نفقة الزوجة. ولأنها لو كانت للحمل لوجبت على الجد كما لو كان منفصلا، وهي لا تجب عليه هنا. ولأنها لو كانت للولد لسقطت بيسار الولد، كما إذا ورث أو أوصي له بشئ فقبله أبوه. والشيخ (٥) التزم بعض هذه الإلزامات فحكم بسقوطها بيسار الولد وثبوتها على الجد.

إذا تقرر ذلك فتظهر فائدة الخلاف في مواضع:
منها: إذا تزوج حر بأمة، وشرط مولاه رق الولد وجوزناه، فأبانها وهي حامل، فعلى القول بأنها للحمل لا تجب على والده، بل على سيده، وهو سيد الأمة. وعلى القول الآخر فهي على الزوج.
ومنها: إذا تزوج عبد بأمة فأبانها حاملا، فمن قال النفقة للحمل كانت على

(١) المبسوط ٦: ٢٨.

(٢) راجع المهذب ٢: ٣٤٨.

(٣) مختلف الشيعة: ٦١٣.

(٤) الغنية (ضمن سلسلة الينايع الفقهية) ٢٠: ٢٥٧.

(٥) المبسوط ٦: ٢٩.

سيد الولد منفردا أو مشتركا دون والده، لأن العبد لا تجب عليه نفقة أقاربه. ومن قال إنها لها قال النفقة عليه في كسبه أو على سيده.
ومنها: إذا تزوج عبد بحرة، فإن شرط مولاه رقية الولد وجعلنا النفقة للحمل فهي على المولى، وإن جعلناها للحامل فهي عليه أو في كسب العبد على الخلاف. وإن لم يشترط رقيته فلا نفقة على المولى، لأنه ولد حر وأبوه مملوك، وعلى الثاني فهي على المولى أو في كسبه. وعلى هذه اقتصر المصنف تبعا للشيخ (١).
ومنها: لو لم ينفق عليها حتى مضت مدة أو مجموع العدة، فمن قال بوجوبها للحمل لا يجب قضاؤها، لأن نفقة الأقارب لا تقضى. ومن قال إنها لما وجب القضاء، لأن نفقة الزوجة تقضى.
وأورد على هذا بأن القضاء إنما هو للزوجة لكونها معاوضة، والزوجية هنا منفية قطعاً.

وأجيب بأن الوجوب لها على حد الوجوب للزوجة. وفيه منع.
ويمكن الجواب بأن النفقة حق مالي، والأصل فيه وجوب القضاء، خرج القريب من ذلك بدليل خارج، لأنها معونة لسد الخلة فيبقى الباقي على الأصل.
ومنها: لو كانت ناشزا حال الطلاق أو نشزت بعده، فعلى القول بأن النفقة لها تسقط، لما أسلفناه من أن المطلقة حيث تجب نفقتها كالزوجة تسقط نفقتها حيث تسقط وتجب حيث تجب. وعلى القول بأنها للحمل لا تسقط.
ومنها: لو ارتدت بعد الطلاق، فتسقط نفقتها على الثاني دون الأول.
ومنها: ضمان النفقة الماضية، فيصح على الثاني دون الأول.
ومنها: ما إذا مات الزوج وهي حامل، فعلى الأول تسقط، لأن نفقة القريب

(١) المصدر السابق.

وفي الحامل المتوفى عنها زوجها روايتان، أشهرهما أنه لا نفقة لها،
والأخرى ينفق عليها من نصيب ولدها.

تسقط بالموت. وعلى الثاني قولان يأتیان (١).
ومنها: لو أبرأته عن النفقة الحاضرة - كما بعد طلوع الفجر من نفقة اليوم -
سقطت على الثاني دون الأول، لما سيأتي (٢) من ثبوتها للزوجة بذلك دون القريب.
ومنها: لو سلم إليها نفقة ليومه فخرج الولد ميتا في أوله لم تسترد إن قلنا لها
وإلا استردت. ويحتمل استردادها على التقديرين.
ومنها: وجوب الفطرة إن قلنا إنها للحامل دون الحمل. ويحتمل الوجوب
مطلقا، لأنها منفق عليها حقيقة على القولين فكيف لا تجب فطرتها؟!
ومنها: لو أتلّفها متلف بعد قبضها وجب بدلها إن قلنا للحمل ولم تفرط. ولو
قلنا لها لم يجب. إلى غير ذلك من الفوائد المترتبة على القولين.
قوله: " وفي الحامل المتوفى..... الخ "

المراد بالرواية هنا الجنس، لأنه ورد بعدم الإنفاق عليها أربع روايات
معتبرات الأسناد، فمنها حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: " (أنه قال في
الحبلى المتوفى عنها زوجها: إنه لا نفقة لها)، (٣). ورواية أبي الصباح الكناني - وهي
قريبة إلى الصحة - عن أبي عبد الله عليه السلام: " في المرأة الحامل المتوفى عنها
زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا " (٤). ورواية زرارة (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) في كلام المصنف هنا.

(٢) في ص: ٤٦٢.

(٣) الكافي ٦: ١١٤ ح ٣، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٥٢٢، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٢٩، الوسائل ٥: ١٥
٢٣٤ ب (٩) من أبواب النفقات، ح ١.

(٤) الكافي ٦: ١١٥ ح ٨، التهذيب ٨: ١٥٠ ح ٥٢١، الاستبصار ٣: ٣٤٤ ح ١٢٢٨، الوسائل:
الباب المتقدم ح ٢.

(٥) الكافي ٦: ١١٥ ح ٩، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٥٢٣، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٠، الوسائل:
الباب المتقدم ح ٣.

وتثبت النفقة للزوجة، مسلمة كانت أو ذمية أو أمة.

مثلها

والرواية بالإئناق عليها رواها أبو الصباح الكناني أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (المرأة المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها " (١). وعمل بها الشيخ (٢) والأكثر (٣). والأول مختار ابن إدريس (٤) والمصنف بالعلامة (٥) وسائر (٦) المتأخرين. وهو الأقوى. قوله: " وتثبت النفقة... الخ "

لا إشكال في وجوب النفقة للزوجة، مسلمة كانت أم كافرة " حرة أم أمة، لا إشكال في المقتضي، لكن لما كان التمكين التام شرطا في وجوبها اشترط في الأمة أن يسلمها مولاهم ليلا ونهارا، وإلا لم تجب نفقتها، كما لو سلمت الحرة نفسها ليلا لا نهارا. ولا يجب على المولى تسليمها كذلك، بل إن أراد التخلص من النفقة فليسلمها تسليما تاما، وإلا فالواجب عليه تسليمها ليلا خاصة، لأنه يملك منها الانتفاع والاستمتاع، فإذا سقط (٧) حقه من أحدهما بقي الآخر، وصرف كل منهما إلى وقته المعتاد، فوق الانتفاع النهار، ووقت الاستمتاع الليل " كما أنه لو انعكس فأجرها للخدمة وجب عليه تسليمها لها نهارا، وجاز حبسها عنده ليلا، لبقاء حق

- (١) الكافي ٦: ١١٥ ح ١٠، التهذيب ٨: ١٥٢ ح ٥٢٦ " الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٣.
- الوسائل ١٥: ٢٣٦ ب (١٠) من أبواب النفقات. ح ١.
- (٢) النهاية: ٥٣٧.
- (٣) راجع الكافي في الفقه: ٣١٣، المهذب ٢: ٣١٩.
- (٤) السرائر ٢: ٧٣٨.
- (٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٥.
- (٦) راجع إيضاح الفوائد ٣: ٣٦٩، التنقيح الرائع ٣: ٢٨٠، المقتصر: ٢٦٨.
- (٧) في " و: أسقط.

وأما قدر النفقة فضابطه: القيام بما تحتاج المرأة إليه من طعام وإدام وكسوة واسكان واخدام وآلة الادهان، تبعا لعادة أمثالها من أهل البلد.

الاستمتاع له،

ثم الحكم في النفقة التي لم تتوقف على التمليك - كالإسكان والكسوة على القول بأنها إمتاع - واضح، لأن الأمة أهل للانتفاع المجرد عن الملك. وإن توقفت على الملك - كالمؤنة التي تملكها المرأة في صبيحة كل يوم - فيشكل الحكم بها للأمة إلا أن نقول: يملكها المولى وتتلقى الانتفاع بها عنه، ويتوقف تصرفها فيها على إذنه، إذ له إبدالها وإطعامها من غيرها. ويمكن أن يجعل تزويجها بنفسه مفيدا للإذن لها في تناول المؤنة وإن لم تكن مالكة، عملا بشاهد الحال والعرف. وهذا حسن. وعلى القولين للأمة أن تطالب بها الزوج كما لها أن تطالب السيد. وإذا أخذت فللسيد الإبدال، لحق (١) الملك.

والحاصل: أن له في النفقة حق الملك، ولها حق التوثق به. ويتفرع عليه أنه ليس للمولى الإبراء من نفقتها، ولا بيع المأخوذ إلا أن يسلمها بدله.

ولو اختلفت الأمة وزوجها في تسليم نفقة اليوم فالقول قولها مع يمينها، ولا أثر لتصديق السيد الزوج، مراعاة لحقها فيها. ولو اختلفا في النفقة الماضية اتجه ثبوت المدعى بتصديق السيد وكون الخصومة فيها إليه، لأنها صارت كالصداق، وحقها إنما يتعلق بالحاضر.

قوله: " وأما قدر النفقة..... الخ "

لما كانت الأوامر (٢) بالنفقة مطلقة رجع فيها إلى العرف، لأنه المحكم في أمثال ذلك حيث لا يقدره الشارع. وفي النصوص إيحاء إلى المتعارف أيضا، قال تعالى:

(١) في " س " : بحق.

(٢) البقرة: ٢٣٣، الطلاق: ٧. ولاحظ أيضا الوسائل ١٥: ٢٢٣ ب " ١ " من أبواب النفقات.

وفي تقدير الإطعام خلاف، فمنهم من قدره بمد للرفيعة والوضيعة من الموسر والمعسر، ومنهم من لم يقدر واقتصر على سد الخلة. وهو أشبه.

(وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (١) وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للمرأة: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " (٢) فيرجع فيما تحتاج إليه - من الطعام وجنسه من البر والشعير والتمر والزبيب والذرة وغيرها، والإدام الذي تأتدم به من السمن والزيت والشيرج واللحم واللبن وغيره، والكسوة من القميص والسراويل والمقنعة والجبّة وغيرها، وجنسها من الحرير والقطن والكتان، والإسكان في دار وبيت لا يقين بحالها، والإخدام إذا كانت من ذوي الحشمة والمناصب المقتضية له، وآلة الأدهان التي تدهن بها شعرها وترجله من زيت أو شيرج مطلق أو مطيب بالورد أو البنفسج أو غيرها هما يعتاد لأمثالها، والمشط وما يغسل به الرأس من السدر والطين والصابون على حسب عادة البلد، ونحو ذلك مما تحتاج إليه - إلى عادة أمثالها من أهل بلدها. وإن اختلفت العادة رجع إلى الأغلب، ومع التساوي فما يليق منه بحاله.

قوله: " وفي تقدير الإطعام..... الخ " .

المقدر له بمد مطلقا الشيخ في الخلاف (٣). وفصل في المبسوط (٤) فجعل على الموسر مدين كل يوم، وعلى المتوسط مدا ونصفا، وعلى المعسر مدا. والأصل في هذا التقدير أن المد قدره الشارع في الكفارات قوتا للمسكين فاعتبرت النفقة به، لأن كل واحد منهما مال يجب بالشرع لأجل القوت، ويستقر في

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٣٨، هامش (٣).

(٣) الخلاف ٢: ٣٢٦ (مسألة: ٣).

(٤) المبسوط ٦: ٦.

ويرجع في الإخدام إلى عاداتها، فإن كانت من ذوي الإخدام وجب،
وإلا خدمت نفسها. وإذا وجبت الخدمة فالزوج بالخيار بين الإنفاق على
خادمها إن كان لها خادم، وبين ابتياع خادم، أو استيجارها، أو الخدمة لها
بنفسه. وليس لها التخيير. ولا يلزمه أكثر من خادم واحد، ولو كانت من
ذوي الحشم، لأن الاكتفاء يحصل بها. ومن لا عادة لما بالإخدام يخدمها
مع المرض، نظرا إلى العرف.

الذمة. وربما أوجب الشارع في بعض الكفارات لكل مسكين مدين، فجمع في القول
الثاني بين الأمرين بجعل المدين على الموسر، والمد على المعسر، وجعل المتوسط
بينهما فألزم بمد ونصف.

والأقوى ما اختاره المصنف من عدم التقدير والرجوع إلى قدر الكفاية وسد
الخلة وهي الحاجة، وهو اختيار ابن إدريس (١) وسائر المتأخرين (٢)، لأن التقدير
رجوع إلى تخمين، وضرب من القياس لا يطابق أصول مذهبنا.
قوله: " ويرجع في الإخدام..... الخ ".
النساء صنفان:

أحدهما: اللواتي لا يخدمن أنفسهن في عادة البلد، بل يكون لهن من يخدمهن
وإن قدرن على الخدمة. فإن كانت الزوجة منهن وجب على الزوج إخدمها، لأنه
من المعاشرة بالمعروف المأمور (٣) بها. ولا فرق في وجوب الإخدام لهذه بين أن
يكون الزوج موسرا ومعسرا، حرا وعبدا. والاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها دون
أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها، ويليق بحالها بسبب الانتقال أن يكون لها

(١) السرائر ٢: ٦٥٥.

(٢) راجع القواعد ٢: ٥٢ التنقيح الرائع ٣: ٢٨٦، تلخيص الخلاف ٣: ١٥، ١١٦ (مسألة: ٣).

(٣) النساء: ١٩.

خادم.

ولا يجب أكثر من خادم واحد، لحصول الكفاية به. ويحتمل اعتبار عاداتها في بيت أبيها، فإن كانت ممن تخدم بخادمين وأكثر وجب إخدامها بذلك العدد، لأنه من المعاشرة بالمعروف. ولا يلزمه تمليك الخادم إياها، بل الواجب إخدامها بحرة، أو أمة مستأجرة، أو بنصب مملوكة له تخدمها، أو بالإئناق على التي حملتها معها من حرة أو أمة. ولا يجوز أن يكون الخادم إلا امرأة أو صبيا أو محرما لها. وفي مملوكها الخصي أو مطلقا وجهان مبنيان على جواز نظره إليها. وقد تقدم (١).

والصنف الثاني: اللواتي يخدمن أنفسهن في العادة، فلا يجب إخدامها إلا أن تحتاج إلى الخدمة لمرض أو زمانة، فعلى الزوج إقامة من يخدمها ويمرضها، ولا ينحصر هنا في واحد بل بحسب الحاجة. ولا فرق هاهنا بين أن تكون الزوجة حرة وأمة. وإن لم يكن لها عذر محوج إلى الخدمة فليس عليه الإخدام. ولو أرادت أن تتخذ خادما بمالها فله منعه من دخول داره. ثم هنا مسائل:

الأولى: إذا أخدمها بحرة أو أمة مستأجرة فليس عليه سوى الأجرة. وإن أخدمها بجاريته فنفتها تجب بحق الملك. وإن كان يخدمها بكفاية مؤنة خادمها فهذا موضع نفقة الخادمة. والقول في جنس طعامها وقدره كهو في جنس طعام المخدومة. والأصح اعتبار قدر كفايتها كما مر (٢). وكذا يجب لها الإدام المعتاد لأمثالها لا لجنس (٣) طعام المخدومة.

الثانية: لو قال الزوج: أنا أخدمها وأراد إسقاط مؤنة الخدمة فله ذلك، لأن الخدمة حق عليه فله أن يوفيه بنفسه وبغيره. وعلى هذا فالواجب إخدامها بإحدى

(١) في ج ٧: ٥١.

(٢) في ص: ٤٥٦ - ٤٥٧.

(٣) في "س" و"و" و": بجنس.

الطرق التي سبقت، أو أن يخدمها بنفسه. هذا فيما لا تستحيي منه كغسل الثوب، واستقاء الماء، وكنس البيت، وطبخ الطعام. أما ما تستحيي منه - كالذي يرجع إلى خدمة نفسها من صب الماء على يدها، وحمله إلى الخلاء، وغسل خرق الحيض، ونحو ذلك - فلها الامتناع من خدمته، لأنها تحتشمه وتستحيي منه فيضرب بحالها، وليس ذلك من المعاشرة بالمعروف. وأطلق المصنف وجماعة (١) تخييره في الخدمة بنفسه مطلقاً، لأن الحق عليه فالتخيير في جهاته إليه.

الثالثة: لو تنازعا في الخادمة التي يستأجرها الزوج لخدمتها أو الجارية التي تخدمها من جواريه، ففي تقديم مرادها أو مراده وجهان، من أن الخدمة لها وقد يكون الذي عينته أوفق لها وأسرع إلى الامتثال، ومن أن الواجب عليه أن يكفيها الخدمة دون أن يكتفي بتلك المعينة، كما لا يجوز تكليفه النفقة من طعام معين، ولأنه قد يدخله ريبة وتهمة فيمن تختارها. وهذا أصح. هذا في الابتداء، فأما إذا توافقا على خادمة وألفتها، أو كانت قد حملت خادمة مع نفسها فأراد إبدالها، ففي جوازه وجهان، من تخييره في الإخدام، وعسر قطع المألوف على النفس. والأول أقوى. ولو أرادت استخدام ثانية وثالثة من مالها فللزوجة أن لا يرضى بدخولهن داره. وكذا لو حملت معها أكثر من واحدة، فله أن يقتصر على واحدة ويخرج الباقيات من داره، كما له أن يكلفها بإخراج مالها من داره، ومنع أبويها من الدخول عليها، وإخراج ولدها من غيره إذا استصحبته معها.

الرابعة: لو كانت الزوجة أمة لكنها ذات جمال تخدم في العادة، ففي وجوب إخدامها وجهان، من النظر إلى العادة، والالتفات إلى نقصانها بالرق، وحقها أن تخدم دون أن تستخدم. والأول أقوى.

(١) راجع المبسوط ٦: ٥، المهذب ٢: ٣٤٣، القواعد ٢: ٥٣، التنقيح الرائع ٣: ٢٨٧ - ٢٨٨.

ويرجع في جنس المأدوم والملبوس إلى عادة أمثالها من أهل البلد. وكذا في المسكن. ولها المطالبة بالتفرد بالمسكن عن مشارك غير الزوج. ولا بد في الكسوة من زيادة في الشتاء للتدثر، كالمحشوة لليقظة، واللحاف للنوم. ويرجع في جنسه إلى عادة أمثال المرأة. وتزاد إذا كانت من ذوي التجمل - زيادة على ثياب البذلة - ما يتجمل أمثالها به.

قوله: " ويرجع في جنس..... الخ "

المرجع في جميع ذلك إلى عادة أمثالها من بلدها، ولا نظر إلى عادة الزوجة، لدلالة المعاشرة بالمعروف والإنفاق بالمعروف عليه. ويختلف المأدوم باختلاف الفصول. وقد تغلب الفواكه في أوقاتها فتجب. واعتبر الشيخ (١) في اللحم كل أسبوع مرة، محتجا بأنه المعروف، ويكون يوم الجمعة. وأوجب ابن الجنيد (٢) اللحم على المتوسط في كل ثلاثة أيام.

ولا يشترط في المسكن أن يكون ملكا له، بل يجوز إسكانها في المستعار والمستأجر اتفاقا، لأنه إمتاع لا تمليك. ولا يخفى أن لها المطالبة بالتفرد بالمسكن. والمراد به ما يليق بحالها من دار وحجرة وبيت فرد. فالتي يليق بها الدار والحجرة لا يسكن معها غيرها في دار واحدة بدون رضاها، لكن لو كان في الدار حجرة مفردة المرافق فله أن يسكن فيها. وكذا لو أسكن واحدة في العلو وواحدة في السفلى والمرافق متميزة. والتي يليق بها البيوت المفردة له أن يسكنها في بيت من دار واحدة. ولا يجمع بين الضرتين، ولا بين المرأة وغيرها في بيت واحدة مطلقا إلا بالرضا.

قوله: " ولا بد في الكسوة..... الخ).

لما كان المرجع في الكسوة إلى المتعارف وما يليق بحالها اختلف ذلك

(١) المبسوط ٦ : ٧.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٨٠.

وأما اللواحق فمسائل:
الأولى: لو قالت: أنا أخدم نفسي، ولي نفقة الخادم، لا تجب إجابتها.
ولو بادرت بالخدمة من غير إذن لم يكن لها المطالبة.

باختلاف البلاد في الحر والبرد وباختلاف الفصول، فيعتبر في الشتاء زيادة المحشو والفرو إن اعتيد لمثلها، ونحو ذلك. ويرجع في جنسه من القطن والكتان والحريز وغيرها إلى عادة أمثالها. وكذا يجب للصيف الثياب اللايقة بحالها من الكتان والحريز ونحوه مما يعتاد. ويعتبر مع ذلك ثياب التجمل زيادة على ثياب البذلة - وهي التي تلبس في أكثر الأوقات - إذا كانت من أهل التجمل. ولو لم تستغن بالثياب في البلاد الباردة عن الوقود وجب من الحطب والفحم بقدر الحاجة. ويجب أيضا مراعاة ما يفرش على الأرض من الحصر والبساط والملحفة والنطع واللبد والمنخدة واللحاف بما يليق بحالها عادة بحسب الفصول.

وقد عدد الفقهاء في هذا الباب أشياء كثيرة بحسب ما اتفق اعتياده عندهم. ولما كان المعتمد منه المعتاد لأمثالها في بلدها في كل وقت يعتبر فيه استغني عن تعداد أفراد ما يجب، لدخوله فيما ذكر من الضابط.
قوله: " لو قالت أنا أخدم.... الخ "

إنما لم يكن لها ذلك لأن تعيين الخادم إليه لا إليها، لأن الحق عليه فيرجع في تعيينه إليه. ولأن ذلك يسقط مرتبتها، وله أن لا يرضى به، لأنها تصير مبتدلة، وله في رفعها حق وغرض صحيح، فله أن لا يرضى به وإن رضيت بإسقاط حقها. وحينئذ فإن بادرت بالخدمة من غير إذنه كانت متبرعة، فلا أجر لها ولا نفقة زائدة بسبب الخدمة.

الثانية: الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين. فلو منعها وانقضى اليوم استقرت نفقة ذلك اليوم، وكذا نفقة الأيام، وإن لم يقدرها الحاكم ولم يحكم بها. ولو دفع لها نفقة لمدة، وانقضت تلك المدة ممكنة فقد ملكت النفقة. ولو استفضلت منها أو أنفقت على نفسها من غيرها كانت ملكا لها.

قوله: " الزوجة تملك نفقة... الخ "

لما كان المقصود من النفقة القيام بحاجتها وسد خلقتها - لكونها محبوسة لأجله - فالواجب منها أن يدفع إليها يوما فيوما، إذ لا وثوق باجتماع الشرائط في باقي الزمان، والحاجة تندفع بهذا المقدار، فيجب دفعها في صبيحة كل يوم إذا طلع الفجر. ولا يلزمها الصبر إلى الليل ليستقر الوجوب، لتحقق الحاجة قبله، ولأنها تحتاج إلى الطحن والخبز والطبخ، إذ الواجب عليه دفع الحب ونحوه ومؤنة إصلاحه، لا عين المأكل مهيا، عملا بالعادة، فلو لم يسلم إليها في أول النهار لم تنله عند الحاجة.

ولو منها من النفقة وانقضى اليوم ممكنة استقرت نفقة ذلك اليوم في ذمته، لأن نفقة الزوجة اعتياض في مقابلة الاستمتاع، فتصير بمنزلة الدين. وكذا نفقة الأيام المتعددة إذا مضت ولم ينفق عليها. ولا فرق عندنا بين تقدير الحاكم لها وعدمه، لأنها حق مالي في معنى المعاوضة، فيثبت منها ما يقتضيه التقدير شرعا وإن لم يكن مقدرًا ابتداءً، كما يثبت في ذمته عوض المتلفات المجهولة القيمة، وتستخرج القيمة حيث يحتاج إلى معرفتها.

ثم استحقاق الزوجة المؤنة على وجه التملك لا الإمتاع، لأن الانتفاع به لا يتم إلا مع ذهاب عينه. وكذا حكم كل ما يستهلك من آلة التنظيف والدهن والطين والصابون ونحو ذلك. فإذا دفعه إليها ملكت نفقة اليوم، وتخيرات بين التصرف فيه

ولو دفع إليها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها إليها صح. ولو أخلقتها قبل المدة لم يجب عليه بدلها. ولو انقضت المدة والكسوة باقية طالبت به بكسوة لما يستقبل.

وفي بعضه، واستفضال بعضه وجميعه، والإنفاق على نفسها من مالها، كما تتخير في جهات أموالها. وهذا في نفقة نفسها واضح. أما نفقة خادمها، فإن كان حرا فكذلك، لأن الحر يقبل الملك. ويتصور استحقاق الحر النفقة بالشرط، أو يجعلها أجرة الخدمة، بأن وعدت أن (١) تخدم بالنفقة، فتطالب كل يوم بها كالمرأة وإن لم يكن عقدا لازما. أما إذا أخذتها لخادمتها المملوكة لها فينبغي أن يكون الملك لمولاتها كما تملك نفقة نفسها. ثم يحتمل أن يكون ملكا تاما فتتخير بين إنفاقها عليها وإبدالها، وأن يكون ملكها له مقيدا بأن تدفعها إلى الخادمة..

وحيث كان أخذها على وجه الملك فلو سرقت منها أو تلفت بسبب آخر لم يلزم الزوج مرة أخرى وإن لم يكن بتفريط، بخلاف ما تأخذه على وجه الإمتاع.

قوله: " ولو دفع إليها كسوة... الخ "

لا بد قبل بيان وجه الحكم في المسألتين من تمهيد مقدمة تترتب عليها، وهي أن مما يجب للزوجة من النفقة وتوابعها ما تأخذه على وجه الملك وهو المؤنة على ما تقدم، لأنها مما يستهلكها الانتفاع، بل استهلاكها هو الانتفاع بها. ومنه ما تأخذه على وجه الإمتاع، وتستحقه على جهة الانتفاع خاصة، وهو المسكن والخادم، لأن

(١) في الحجريتين: وجدت من.

عينه لا يستهلكها الانتفاع ولا يدفع إليها.
ومنها ما هو متردد بين الأمرين، وهو
الكسوة، فإنها مما يبقى عينها مع الانتفاع كالمسكن، وتفنى به على طول المدة كما تفنى
النفقة به في الجملة بخلاف المسكن.
وقد اختلف العلماء لذلك في كونها تمليكا أو امتاعا، فذهب المصنف
والعلامة (١) في غير التحرير والإرشاد والشيخ في المبسوط (٢) إلى الأول، لما ذكر،
ولقوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) (٣) عطفها على الرزق فيكون
الواجب فيهما واحدا، لاقتضاء العطف التسوية في الحكم، وهو في الرزق التمليك
فيكون كذلك في الكسوة. ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " ولهن عليكم رزقهن
وكسوتهن بالمعروف " (٤) واللام للملك.
وفيه نظر، لمنع اقتضاء العطف التسوية في جميع الأحكام وجميع الوجوه.
سلمنا، لكن المعتبر الاشتراك في الحكم المذكور دون صفته وكيافته، فإن قولنا
" أكرم زيدا وعمرا " يقتضي اشتراكهما في أصل الإكرام لا التسوية فيه من كل وجه،
والظاهر من الحكم هنا كون الرزق مستحقا عليه فتكون الكسوة كذلك، وأما كيفية
الاستحقاق فأمر آخر خارج عن أصل الحكم، ومن الجائز أن يريد بقوله
" وكسوتهن " جعلهن مكسيات وهو يتم بالامتاع. وأما الخبر فمع قطع النظر عن
أسناده يجوز كون اللام للاستحقاق - لا للملك - أو الاختصاص، بل هو الأصل
فيها، كما حققه جماعة، وهما يتحققان بالإمتاع.
ويؤيد الثاني أن الغاية من الكسوة الستر، وهو يحصل بالإمتاع كالمسكن،

(١) قواعد الأحكام ٢: ٥٤.

(٢) المبسوط ٦: ٥٠.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

(٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٤١، هامش (٢).

وأصالة براءة الذمة من التملك. وهو خيرة العلامة في الإرشاد (١)، وتردد في التحرير (٢).

والكلام في آلة الفرش وظروف الطعام والشراب وآلة التنظيف - كالمشط - كالكسوة، بل الإمتاع فيها أظهر، خصوصا الآلات، لأنه لو جاء بالطعام معمولا لاستغنى عن الآلة.

إذا تقرر ذلك فتظهر فائدة الخلاف في مسائل:

منها: لو دفع إليها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها إليها، فتلفت في يدها قبل مضي المدة من غير تقصير. فعلى الأول لا يجب عليه إبدالها، وهو الذي قطع به المصنف، لأنه قد وفي ما عليه " فأشبهه ما إذا ملكها النفقة فتلفت في يدها. وعلى الثاني عليه الإبدال. ولو أتلفتها بنفسها فلا إبدال على القولين، لأنه على الإمتاع يلزمها ضمانها " فكأنها لم تلتف، مع احتمالها، لأن الواجب عليها القيمة وعليه المثل. ولو تحرقت قبل مجيء وقته - لكثرة تحاملها عليها زيادة على المعتاد، أو قصرت في حفظها ونشرها في الهواء حيث تفتقر إليه - فهو كما لو أتلفتها. ومنها: لو انقضت المدة والكسوة باقية لرفقها بها، فعليه كسوة أخرى على الأول، وهو الذي حكم به المصنف، لأن ملكها لها مترتب على المدة المعتادة لها كما لو استفضلت من طعام يومها. وعلى الثاني لا يلزمه حتى يبلى ما عندها، لكن لو كانت الأولى كسوة الصيف مثلا ولا تصلح للشتاء فعليه أن يعطيها ما يقصد (٣) للشتاء، أو يزيد عليها إن كانت تصلح له مع غيرها. وفي الإرشاد (٤) مع حكمه

(١) الإرشاد ٢: ٣٥.

(٢) التحرير ٢: ٤٨.

(٣) في الحجريتين: يصلح.

(٤) إرشاد الأذهان ٢: ٣٥، ٣٦.

بأنها إمتاع جوز لها المطالبة بأخرى بعد المدة وإن كانت باقية. وعليه، يمكن بناء حكم المصنف على ذلك، فلا يعلم من الحكم أن مذهبه التملك. ومنها: لو ماتت في أثناء المدة التي تصلح لها الكسوة، أو مات الزوج، أو طلقها. فعلى القول بالإمتاع تسترد مطلقاً". وعلى القول بالتمليك يحتمل قويا ذلك أيضا، لأنه أعطاها للمدة المستقبلية وهي غير واجبة عليه كما لو أعطاه نفقة أيام، وهو الذي جزم به المصنف فيما يأتي (١)، وعدمه، لأن تلك المدة بالنسبة إلى الكسوة كالיום بالنسبة إلى النفقة، وسيأتي (٢) أن النفقة لا تسترد لو وقع ذلك في أثناء النهار. نعم، لو لم تلبس أصلا أو لبستها دون المعتاد في ذلك البعض من المدة اتجه على التملك أن تملك منها بالنسبة.

ومنها: إذا لم يكسها مدة صارت الكسوة دينا عليه على الأول كالنفقة. وعلى الإمتاع لا تصير دينا، مع احتمالها، كما لو سكنت في منزلها ولم تطالب بالمسكن.

ومنها: أن له أن يأخذ المدفوع إليها ويعطيها غيره على وجه الإمتاع، ولا يجوز ذلك على وجه التملك إلا برضاها.

. ومنها: أنه لا يصح لها بيع المأخوذ ولا التصرف فيه بغير اللبس على وجه الإمتاع، ويصح على وجه التملك ما لم يناف غرض الزوج من التزين والتجمل وغيرهما. ومثله النفقة لو أدى تصرفها فيها بغير الأكل إلى الضعف وما لا يليق بالزوج من الأحوال.

ومنها: جواز إعطائها الكسوة بالإعارة والإجارة على الإمتاع دون التملك. ولو تلف المستعار وحكم بضمانه فالضمان على الزوج.

(١) في الصفحة التالية.

(٢) في الصفحة التالية.

ولو سلم إليها نفقة لمدة، ثم طلقها قبل انقضائها استعاد نفقة الزمان المتخلف إلا نصيب يوم الطلاق. وأما الكسوة فله استعادتها ما لم تنقض المدة المضروبة لها.

قوله: " ولو سلم إليها... الخ "

إذا سلم إليها نفقة لمدة - كشهرا مثلا - ثم طلقها قبل انقضائه وجب استرداد ما يخص بقية المدة بعد يوم الطلاق، لما تقدم من أنها لا تملك النفقة إلا يوما فيوما، ودفعه نفقة المدة كان على وجه التبرع نظرا إلى ما يلزمه ويستقر عليه في المستقبل، فإذا تبين خلافه استرد كالزكاة المعجلة. وفي حكم الطلاق ما لو مات أحدهما. وأولى بالاسترداد ما لو نشزت.

وإنما لم يجب رد بقية نصيب يوم الطلاق وما في معناه لما تقرر من أنها تملك نفقته في أول النهار، فلا يزول الملك.

واستثنى بعضهم (١) ما لو كان سقوطها بالنشوز، نظرا إلى استناد المنع إليها، بخلاف الموت والطلاق. وفي الفرق نظر، لاشتراك الجميع في فقد شرط الاستحقاق لبقية اليوم، والعذر وعدمه لا مدخل له في ذلك وإن كان له مدخل في الإثم وعدمه. وعلى القول بالاسترداد فهل هو لجميع نفقة اليوم أو للمتخلف منه بعد فقد الشرط؟ وجهان، من حصول لشرط الاستحقاق في الماضي منه، ومن جواز كونه مشروطا ببقائها على الطاعة إلى آخر النهار. هذا كله في النفقة.

أما الكسوة فحكم باستردادها ما لم تنقض المدة المضروبة لها عادة. وبناءؤه على القول بالإمتاع واضح. وأما على ما يظهر منه من كونها تمليكا فوجهه أن إعطاءها للمدة المستقبلية وقع تبرعا كالنفقة، غاية ما في الباب أن النفقة يتصور فصلها وتفريقها على الأيام، فجمعها بمجرد الاختيار، والكسوة لا تقبل الانفصال

(١) قواعد الأحكام: ٢: ٥٤.

الثالثة: إذا دخل بها واستمرت تأكل معه وتشرب على العادة لم تكن لها مطالبته بمدة مؤاكلته.

ولو تزوجها ولم يدخل بها وانقضت مدة لم تطالبه بنفقة لا تجب (لها) النفقة، على القول بأن التمكين موجب للنفقة أو شرط فيها، إذ لا وثوق بحصول التمكين لو طلبه.

لكل يوم، فدفعتها إليها لمدة يكون على وجه الاضطرار لا على وجه الاستحقاق، فإذا زال الاستحقاق استرجعت من حينئذ ولا تستثنى بقية اليوم كالنفقة. ويحتمل على القول بالتمليك عدم استردادها، لأن كسوة الصيف مثلا بالنسبة إليه كاليوم بالنسبة إلى نفقته. وهو أظهر وجهي الشافعية (١).
قوله: (إذا دخل - إلى قوله - بمدة مؤاكلته).

إنما لم يكن لها ذلك لحصول المقصود من النفقة، ولجريان الناس على ذلك في سائر الأعصار، واكتفاء الزوجات به، ولو طلبت المرأة النفقة للزمان الماضي والحال هذه لاستنكر. وللشافعية (٢) وجه بعدم سقوط نفقتها بذلك، لأنه لم يؤد الواجب الموظف عليه شرعا، وتطوع بما ليس بواجب. هذا إذا كانت المرأة بالغة رشيدة، أو كانت تأكل معه بإذن الولي. أما لو كانت مولى عليها ولم يأذن الولي فالزوج متطوع، ولا تسقط نفقتها بذلك، لتوقفها على قبضه أو إذنه.
قوله: "ولو تزوجها ولم يدخل بها... الخ".

إذا تزوجها ولا يطالبها بالزفاف، ولم تمتنع هي منه، ولا عرضت نفسها عليه، ومضت على ذلك مدة، ففي وجوب نفقتها تلك المدة قولان مبنيان على أن النفقة تجب بالعقد بشرط عدم النشوز أو به مع التمكين، فعلى الأول تجب، لوجود الموجب وعدم المسقط وهو النشوز. وعلى الثاني لا تجب، إذ لا تمكين، لأن المراد منه - على

(١) روضة الطالبين للنووي ٦: ٤٦٥.

(٢) روضة الطالبين ٦: ٤٦٢.

تفريع على التمكين: لو كان غائبا فحضرت عند الحاكم وبذلت التمكين لم تجب النفقة إلا بعد إعلامه ووصوله أو وكيله وتسليمها. ولو اعلم فلم يبادر ولم ينفذ وكيلا سقط عنه قدر وصوله وألزم بما زاد.

ما فسرته معتبره - أن تقول له باللفظ: سلمت نفسي إليك في أي وقت شئت ومكان ونحو ذلك، ولا يكفي السكوت وإن وثق ببذلها التمكين عادة على تقدير طلبه منها. وتعليل المصنف بعدم الوثوق بحصول التمكين يريد به ذلك، لكن العبارة عنه غير جيدة، بل الأولى التعليل بعدم التمكين بالفعل كما ذكرناه، سواء حصل وثوق به أم لا. وقد أجاد الشيخ في المبسوط حيث علل عدم الوجوب بقوله: " لأن النفقة إنما تجب بوجود التمكين لا بإمكان التمكين " (١). وفي القواعد (٢) جمع بين العلتين، وكان يستغني بإحدهما وهو عدم التمكين، وإن تكلف متكلف للجمع بينهما فائدة ما. قوله: " لو كان غائبا... الخ ".

إذا غاب الزوج، فإن كانت غيبته بعد أن مكنته الزوجة وجبت النفقة عليه، وجرت عليه مدة غيبته. وإن كانت غيبته قبل التمكين، فإن اكتفينا بالعقد بشرط عدم المانع فالحكم كذلك، وإن اعتبرنا التمكين في الوجوب شرطا أو سببا فلا نفقة لها. فإن حضرت عند الحاكم وبذلت له التسليم والطاعة كتب إلى حاكم البلد الذي فيه الزوج ليعلمه بالحال ويستدعيه إن شاء، فإن سار إليها وتسلمها أو بعث وكيلا فتسلمها وجبت النفقة حينئذ. وإن لم يفعل، فإذا مضى زمن إمكان الوصول إليها عادة فرض لها النفقة في ماله وجعل كالمسلم لها، لأن الامتناع منه. ولو اقتصر على الإرسال إليه بغير توسط (٣) الحاكم الذي هو في بلده جاز أيضا، لكن يشترط

(١) المبسوط ٦: ١١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٢.

(٣) في "س": توسيط.

ثبوت ذلك عنده بإخبار عدلين.

ولو لم يعرف موضعه كتب الحاكم إلى حكام البلاد التي تتوجه إليها القوافل من تلك البلد عادة ليطلب وينادى باسمه، فإن لم يظهر فرض الحاكم نفقتها في ماله الحاضر وأخذ منها كفيلا بما يصرفه إليها، لأنه لا يؤمن أن يظهر وفاته أو طلاقه. ولو لم يرسل الحاكم إليه ولكن بلغه تمكينها بقول من يثبت به، ومضى زمن يمكنه الوصول فلم يصل، فالأقوى جواز فرض الحاكم لها النفقة إذا ثبت عنده وصول الخبر إليه على ذلك الوجه.

ولو لم يظهر له خبر أو لم يتمكن الحاكم من الإرسال والبحث عنه وقفت النفقة على القول بتوقفها على التمكين.

هذا كله إذا كانت المرأة بالغة عاقلة، أما لو كانت مولى عليها فلا اعتبار بعرضها وبذلها الطاعة، وإنما الاعتبار بعرض الولي.

ولو كانت مراهقة تصلح للوطء وسلمت نفسها وتسلمها الزوج قال الشيخ (١): وجبت النفقة كالكبيرة إلا في فصل واحد، وهو أن الخطاب مع الكبيرة في موضع السكنى والتمكين الكامل، وها هنا إذا قام وليها مقامها في التسليم استحقت النفقة، ولو لم يكن لها ولغ أو كان غائبا أو منعها فسلمت هي نفسها وجبت النفقة وإن لم تكن ممن يصح تصرفها، لأن الزوج استحق القبض، ولا اعتبار في كون المقبوض منه من أهل الإقباض، كما لو (٢) دفع الثمن وقبض المبيع من صبي أو مجنون أو وجدته في الطريق صح.

وفي هذا الفرض على أصولنا نظر، لأن المراهقة هي المقاربة للبلوغ، وإذا كان

(١) المبسوط ٦: ١٢.

(٢) كذا في النسخ والحجريتين، ولعل الأولى: كما أنه لو...

ولو نشزت وعادت إلى الطاعة لم تجب النفقة حتى يعلم وينقضي زمان يمكنه الوصول إليها أو وكيله. ولو ارتدت سقطت النفقة. ولو غاب فأسلمت عادت نفقتها عند إسلامها، لأن الردة سبب السقوط وقد زالت. وليس كذلك الأولى، لأنها بالنشوز خرجت عن قبضته فلا تستحق النفقة إلا بعودها إلى قبضته.

بلوغ الأنثى عند الأصحاب بتسع فالمراهقة تكون قبل إكمالها، والوطء غير جائز في هذه الحالة، ولا يتحقق التمكين ولا التسليم معها مطلقاً، وبعد إكمالها يحصل البلوغ وتزول المراهقة. وإنما يجري هذا على أصول المخالفين الذين يعتبرون في الذكر والأنثى بلوغ خمس عشرة، فتتحقق المراهقة بعد التسع وقبل البلوغ في وقت يجوز فيه الوطء.

ولو انعكس الأمر فسلمت المرأة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الولي وجبت النفقة هنا، وسهل فرضه. وهذا بخلاف تسليم المبيع من المراهق، لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري، واليد في مال المراهق للولي لا له، بخلاف يد الاستمتاع. مع احتمال توقف ثبوتها على بذل التمكين للولي وإن كان متعلقه الصبي، نظراً إلى ولايته عليه وسلب تصرفه معه. والأول أفقه. قوله: "ولو نشزت وعادت... الخ".

هذه المسألة شعبة من السابقة، وتفارقها في أن عدم التمكين كان في الأولى مستمرا من حين العقد، وهنا متجدد بالنشوز.

وتحريرها: أن الزوجة إذا نشزت مع حضور الزوج فغاب عنها وهي كذلك ثم عادت إلى الطاعة في غيبته لم تجب نفقتها إلى أن يعلم بعودها وينقضي زمان يمكنه الوصول إليها أو وكيله إلى آخر ما قرر في السابقة، لخروجها بالنشوز عن قبضته فلا تعود إلى أن يحصل تسلم وتسليم مستأنفين، وهما لا يحصلان بمجرد

عودها بذلك، فإذا عاد إليها أو بعث وكيه واستأنف تسليمها عادت النفقة. وتفارق السابقة في جريان حكمها على القولين، بخلاف السابقة، فإنها مبنية على اعتبار التمكين كما مر (١).

ولو ارتدت المرأة في حضرة الزوج وهي في قبضته سقطت نفقتها، لتحريم وطئها بعد الردة " والمانع من قبلها. فإذا غاب الزوج وهي مرتدة وكانت مدخولا بها فعادت في العدة إلى الاسلام وهو غائب فالذي قطع به المصنف وقبله الشيخ في المبسوط (٢) أن نفقتها تعود بمجرد عودها وإن لم يبلغه الخبر ولم يحضر. وفرقوا بينها وبين الناشز بأن نفقة المرتدة قد سقطت بردتها، فإذا عادت إلى الاسلام ارتفع المسقط فعمل الموجب عمله، لأن الفرض كونها في قبضته من قبل السفر، بخلاف الناشز، فإن سقوط نفقتها لخروجها عن يد الزوج وطاعته، وإنما تعود إذا عادت إلى قبضته، وذلك لا يحصل في غيبته.

وهذا الفرق لا يخلو من نظر، لأن الارتداد مانع شرعي من الاستمتاع وقد حدث من جهتها، ومتى لم يعلم الزوج بزواله فالواجب عليه الامتناع منها وإن حضر. ولا يكفي مجرد كونها في قبضته مع عدم العلم بزوال المانع الذي جاء من قبلها فأسقط النفقة.

نعم، هذا الفرق يتم لو كان المانعان حصلا في غيبته ولم يعلم بهما، فإن نشوزها بخروجها من بيته إذا أسقط النفقة لم تعد برجوعها إلى بيته، لخروجها عن قبضته، فلا بد من عودها إليها، ولا يحصل ذلك حال الغيبة، بخلاف ما لو ارتدت ثم رجعت ولم يعلم، فإن التسليم حاصل مستصحب، والمانع حصل وزال وهو لا يعلم

(١) في ص: ٤٦٩.

(٢) المبسوط ٦: ١٨.

الرابعة: إذا ادعت البائن أنها حامل صرفت إليها النفقة يوماً فيوماً، فإن تبين الحمل وإلا استعيدت.

به، فلم يتحقق من جهته الامتناع منها لأجله، بخلاف ما لو علم. ويمكن الجواب عن الاشكال بأن العقد لما اقتضى وجوب النفقة إما مع التمكين أو بدونه وقد تحقق الشرط، فالأصل يقتضي وجوب النفقة إلى أن يختل الشرط، والارتداد لا يحصل معه الإخلال بالشرط، لأن التمكين من قبلها حاصل، وإنما كانت الردة مانعاً، فإذا زال المانع عمل المقتضي لوجوب النفقة عمله، كما أشرنا إليه، بخلاف النشوز، فإن الشرط أو السبب قد انتفى فلا بد للحكم بوجوب النفقة من عوده، ولا يحصل إلا بتسليم جديد. فإن قيل: الارتداد لما أسقط وجوبها توقف ثبوته على سبب جديد وإلا فحكم السقوط مستصحب.

قلنا: السبب موجود، وهو العقد السابق المصاحب للتمكين، لأنه الفرض. والردة ما رفعت حكم العقد، ولهذا لو أسلمت عادت إلى الزوجية بالعقد السابق. وعلى هذا فلا يفرق بين علمه بعودها وعدمه. قوله: (إذا ادعت البائن... الخ).

مقتضى كلام المصنف وجوب الإنفاق عليها بمجرد دعواها الحمل وإن لم يتبين أو يظن. ووجهه: أن الحمل في ابتدائه لا يظهر إلا لها، فيقبل قولها فيه كما يقبل في الحيض والعدة، لأنها من الأمور التي لا تظهر إلا من قبلها. ولأن فيه جمعا بين الحقين، وحق الزوج على تقدير تبين عدمه ينجر بالرجوع عليها. ولأنه لولا القبول لأدى إلى الاضرار بها مع حاجتها إلى النفقة، أو مطلقا لو قلنا إن النفقة للحمل، لأن نفقة الأقارب لا تقضى، فلو أخرج الدفع إليها إلى أن يتيقن نفوت مدة طويلة بغير نفقة ولا يجب قضاؤها.

ولا ينفق على بائن غير المطلقة الحامل. وقال الشيخ: ينفق، لأن النفقة للولد.

والشيخ في المبسوط (١) علق وجوب الإنفاق على ظهور الحمل. وفي التحرير (٢) على شهادة أربع من القوابل. ولعله أجود، لأن وجوب الإنفاق على الزوجة انقطع بالطلاق البائن، ووجوبه عليها مشروط بالحمل، والأصل عدمه إلى أن يتحقق. وحكم الزوجة به في الابتداء ظني، والظن قد يكذب. ولأنه تعالى قال: (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " (٣) شرط في الإنفاق عليهن كونهن أولات حمل، وهذا الوصف لا يتحقق بمجرد الدعوى. ثم على تقدير قبول قولها، أو وجوب البناء على الظن، أو على شهادة النساء المستندة إلى قرائن يجوز كذبها، لو تبين كونها غير حامل استعبدت، لظهور عدم استحقاتها لها في نفس الأمر، فأشبهه ما إذا ظن أن عليه ديناً فأداه ثم بان خلافه. ومثله ما لو أنفق على قريبه لظن إعساره فبان يساره. ثم على تقدير وجوب الإنفاق عليها هل تطالب بكفيل، لجواز ظهور خلاف ما ادعته؟ فيه وجهان منشؤهما أنها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت في نفس الأمر، وإنما حكم به الشارع لتعذر إثبات موجبها قطعاً، فلو أخرت إلى الوضع لزم الإضرار بها كما قررناه، فيجمع بين الحقين بالدفع إليها بكفيل، ومن حيث عدم ثبوت استحقات الرجوع عليها الآن. والأول لا يخلو من قوة. قوله: " ولا ينفق على بائن..... الخ ". قد عرفت أن أسباب النفقة منحصرة في ثلاثة أحدها الزوجية، فمع بينونة

(١) المبسوط ٦: ٢٦.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٤٦.

(٣) الطلاق: ٦.

الزوجة تخرج عن السببية، لكن وجبت النفقة للمطلقة باينا إذا كانت حاملا بالنص (١) والإجماع فبقي الباقي على الأصل. وألحق بعضهم (٢) البايئة بغير الطلاق إذا كانت حاملا بالمطلقة، نظرا إلى دعوى أن وجوب النفقة على المطلقة الحامل لأجل الحمل من حيث كونه ولدا للمنفق لا لأجلها، وهذه العلة موجودة في الحامل منه غير المطلقة. وبذلك أفتى الشيخ في المبسوط (٣) حتى في الحامل من نكاح فاسد كنكاح الشغار مع الجهل، محتجا بعموم الأخبار الدالة على وجوب الإنفاق على الحامل. ويضعف الأول بأنه مبني على العمل بالقياس وإلا فالآية صريحة في الحامل المطلقة. ومع ذلك فكون النفقة للحمل غير معلوم، وإنما المعلوم كونها للحامل وإن كان ذلك بسببه.

وأما الأخبار التي ادعى الشيخ عمومها فذكرها في التهذيب (٤)، وكلها مقيدة بالطلاق إلا رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: " (الحامل أجلها أن تضع حملها، وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها " (٥). فهذه متناولة بإطلاقها لغير المطلقة، لكنها ضعيفة السند بمحمد بن قيس، فإنه مشترك بين الثقة وغيره. ويمكن حملها على المطلقة حيث لا تستقل بنفسها. نعم، لو ثبت أنها للحمل اتجه ذلك، والذي دلت عليه النصوص وجوبها للمطلقة الحامل، فيقتصر عليه لكونه على خلاف الأصل.

(١) الطلاق: ٦، ولاحظ أيضا الوسائل ١٥: ٢٣٠ ب " ٧ " من أبواب النفقات ح ١، ٢، ٤، ٥.

(٢) راجع قواعد الأحكام ٢: ٥٥.

(٣) المبسوط ٦: ٢٤.

(٤) التهذيب ٨: ١٣٣ ح ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥.

(٥) الكافي ٦: ١٠٣ ح ١، التهذيب ٨: ١٣٣ ح ٤٦٣، الوسائل ١٥: ٢٣١ ب (٧) من أبواب النفقات، ح

٣.

فرع على قوله - رحمه الله - : إذا لاعنها فبانت منه وهي حامل فلا نفقة لها، لانتفاء الولد. وكذا لو طلقها ثم ظهر بها حمل فأنكره ولاعنها. ولو أكذب نفسه بعد اللعان واستلحقه لزمه الإنفاق، لأنه من حقوق الولد.

قوله: " فرع على قوله: إذا لاعنها..... الخ).

البائنة باللعان إن كان لعانها لنفي الولد فلا نفقة لها في العدة على القولين لأنها صارت أجنبية وانتفى الحمل عنه، فصارت كالحايل. وإن كان لعانها للكدف مع اعترافه بولدها فينبغي بناؤه على القولين، فإن قلنا إن النفقة للحمل وجبت هنا عند الشيخ، لوجوب الإنفاق على الولد. وإن قلنا إنه للحامل فلا، لأنها صارت أجنبية.

وكان على المصنف أن يقيّد اللعان بكونه لنفي الولد لتخرج الصورة الثانية، وكأنه اكتفى بالتعليل بانتفاء الولد. وكذا لو طلقها بائنا ثم ظهر بها حمل وأنكره ولاعنها، فإن النفقة تسقط عنه باللعان. وهنا صرح بكون اللعان لإنكاره. ولو أكذب نفسه في الصورتين واستلحق الولد بعد اللعان لحق به في الحقوق المتعلقة بالولد دون العكس، ومن جملتها النفقة، فيجب الإنفاق على أمه قبل الوضع إن جعلنا النفقة لأجل الحمل، وهو المقصود هنا. ولا يجب قضاء النفقة الماضية من حين اللعان إلى أن أقربه، لأننا لم نوجب النفقة إلا للحمل، ونفقته لا تقضى. وحكم في المبسوط (١) بجواز رجوعها عليه بما مضى، مع أن مذهبه أن النفقة للحمل. وكذا جوز رجوعها عليه لو أكذب نفسه بعد وضعه بنفقة زمان العدة وأجرة الحضانة، محتجا بأنه قد كان واجبا عليه، وإنما انقطع لانقطاع النسب (٢)، فإذا

(١) المبسوط ٦: ٢٥ - ٢٦.

(٢) كذا فيما استظهره في هامش نسخة (و) وفي المبسوط أيضا كذلك، وفيما لدينا من النسخ الخطية والحجريتين: السبب.

الخامسة: قال الشيخ رحمه الله: نفقة زوجة المملوك تتعلق برقبته إن لم يكن مكتسبا ويبيع منه في كل يوم بقدر ما يجب عليه. وقال آخرون: تجب في ذمته. ولو قيل: يلزم السيد لوقوع العقد بإذنه كان حسنا.

عاد عادت.

ولا يخفى ما فيه حيث بنى على أن النفقة للحمل، وهو قريب قد فاتت نفقته. وعلمه (١) بعضهم بأن النفقة وإن كانت للحمل فهي مصروفة إلى الحامل، وهي صاحبة حق فيه، فيصير دينا كنفقة الزوجة.

وفي هذا التعليل إضراب عن كونها للحمل خاصة والتزام أنها لهما، وإلا فالاشكال بحاله.

وعلم أيضا بأنه السبب في حكم الحاكم بوجوب النفقة عليها فيضمن، لقوة سببية (٢). وبأن اللعان شهادة، فمع تمامه قد حكم الحاكم بشهادته بوجوب النفقة عليها كالدين " ثم إكذابه نفسه كالرجوع في الشهادة بعد الحكم، والرجوع في الشهادة بعد الحكم موجب للضمان.

وفيه: منع كون اللعان شهادة محضة وإن كان الله تعالى قد أطلق (٣) عليه الشهادة. وإنفاقها على الولد قد لا يستند إلى حكم الحاكم عليها بخصوصها لو سلم كونه شهادة محضة.

قوله: (قال الشيخ..... الخ).

حاصل كلام الشيخ (٤) - رحمه الله - : أن العبد إن كان مكتسبا بقدر النفقة أو

(١) لم نعثر عليه.

(٢) في "ش": سببه.

(٣) النور: ٦ - ٩.

(٤) المبسوط ٦: ٢٠.

قال (١) رحمه الله: ولو كان مكاتبا لم تجب نفقة ولده من زوجته، وتلزمه نفقة الولد من أمته، لأنه ماله. ولو تحرر منه شيء كانت نفقته في ماله بقدر ما تحرر منه.

أزيد فنفقته في كسبه، وإن فضل شيء فلسيده. وإن قصر كسبه عنها أو لم يكن مكتسبا تعلق الفاضل أو المجموع برقبته، تنزيلا للوطء منزلة الجناية. ثم إن أمكن أن يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل، وإن لم يمكن بيع منه ما يمكن كالنصف والثلث، مقتصرًا على ما يتأدى به الغرض، ثم الأقرب إليه فالأقرب. فإن لم يمكن ذلك بيع جميعه كما قيل في الجناية، ووقف ثمنه ينفق عليها منه، وقد انتقل ملك سيده عنه إلى آخر.

وعلى القول بتعلقها بدمته يتبع بها إذا أعتق وأيسر، وكانت في زمن الرقية كزوجة المعسر.

والأقوى أن النفقة على مولاه كالمهر مطلقا. وقد تقدم البحث في هذه المسألة في باب أولياء العقد (٢).

قوله: " قال رحمه الله.... الخ).

الفرق بين الولدين أن الولد من زوجته إذا كانت حرة حر، والمكاتب معسر لا تجب عليه نفقة الأقارب، بخلاف ولده من أمته، فإنه ماله، وهو تابع له، فتكون نفقته عليه كما ينفق على حيوانه.

وإنما نسب القول إلى الشيخ مشعرا بتمريضه لما يشتمل عليه من الإجمال، فإن ولده من زوجته أعم من كون أمه حرة وأمة. وعلى تقدير كونها أمة فقد يشرط انفراد مولاها به، أو انفراد الأب به، أو يطلق بحيث يكون مشتركا بينهما.

(١) المبسوط ٦: ٦.

(٢) في ج ٧: ١٨٣.

السادسة: إذا طلق الحامل رجعية، فادعت أن الطلاق بعد الوضع وأنكر، فالقول قولها مع يمينها. ويحكم عليه بالبينونة تدينا له بإقراره. ولها النفقة استصحابا لدوام الزوجية.

فعلى تقدير حرите يتم ما قاله الشيخ، وعلى تقدير رقيته فالنفقة تابعة للملك. أما ولده من أمته فإنه يكون تابعا له في الكتابة، لأن فرض أمه أمة المكاتب يقتضي شراءها بعد الكتابة واستيلاها بعدها كذلك، لكن يشترط كونه بإذن المولى، لأنه ليس له شراء أمة يطؤها بدون إذنه. فمع إذنه يكون تابعا ومملوكا له لا ينعق عليه، إلا أن يؤدي مال الكتابة فيتبعه في الحرية، أو يعجز فيسترق معه. وسيأتي (١) تحريره إن شاء الله تعالى.

ولو تحرر من المكاتب شيء كانت نفقة ولده من زوجته في مال أبيه بقدر ما تحرر منه والباقي على أمه إن كانت حرة موسرة، كما أن جميعها عليها مع الشرطين. ولم يذكر المصنف حكم نفقة زوجة المكاتب، وكان البحث بها أنسب. وحكمها أنها في كسبه مطلقا، لكن لو أدى المطلق شيئا وتحرر منه بنسبته كانت نفقة نصيب الرقية نفقة المعسر ونفقة نصيب الحرية بحسب حاله إن فرقنا بين القسمين. قوله: " إذا طلق الحامل..... الخ "

المراد أن امرأته كانت حاملا وطلقها ووضع الحمل واختلفا، فقال الزوج: طلقتك قبل الوضع وانقضت عدتك بالوضع فلا نفقة لك الآن، وقالت: بل طلقنتي بعد الوضع وطلبت النفقة، فعليها العدة من الوقت الذي تزعم أنه طلقها فيه. ولها النفقة، لأن الأصل بقاء النكاح إلى الوقت الذي تدعيه، وكذلك الأصل بقاء العدة والنفقة. وليس له الرجعة، لأنها قد بانت بزعمه، ومن أقر بشيء قبل فيما يتعلق به

(١) في المسألة الأولى من أحكام المكاتب.

لا فيما يتعلق بغيره، كما لو أقر ببيع عبده ممن يعتق العبد عليه، فإنه يحكم عليه بعقد العبد، ولا يقبل قوله في لزوم الثمن على من زعم أنه اشترى. ولو فرض أن الزوج كان قد أصابها قبل الوضع في الوقت الذي زعم أنها مطلقة فيه لم يلزمه مهر المثل، لأنها تزعم أن الطلاق وقع بعد الولادة وأن الإصابة في النكاح، فلا شيء لها بإقرارها.

ولو انعكس الفرض فقال الزوج: طلقتك بعد الولادة وأنت في العدة ولي الرجعة، وقالت: بل قبلها وقد انقضت العدة، فالقول قول الزوج في بقاء العدة وثبوت الرجعة، ولا نفقة لها في العدة بتقريب ما سبق.

ولو قيل - بتخصيص هذا الحكم بما إذا لم يعينا زمانا لهما، أما لو اتفقا على زمان أحدهما واختلفا في تقدم الآخر وتأخره فالقول قول مدعي تأخره مطلقا، لأصالة عدم تقدمه واستقرار حال ما اتفقا عليه - كان حسنا. فلو فرض اتفاقهما على أن الطلاق وقع يوم الجمعة، واختلفا في زمان الوضع، فادعت أنه وقع يوم الخميس في المسألة الأولى، وادعى وقوعه يوم السبت مثلا، فالقول قوله، لأصالة عدم تقدم الوضع. ولو انعكست الدعوى فالقول قولها، لما ذكر. ولو اتفقا على وقوع الوضع يوم الجمعة، واختلفا في تقدم الطلاق وتأخره، فالقول قول مدعي التأخر في المسألتين.

وربما قيل (١) بأنه مع الاتفاق على وقت أحدهما والاختلاف في الآخر يقدم قول الزوج في الطلاق مطلقا، لأنه من فعله، وقولها في الوضع مطلقا لذلك.

(١) في هامش " و " : " هذا القول الآخر في القواعد في باب الرجعة نظيره يلزم ذلك هنا، ونقله بعضهم إلى هذه. منه رحمه الله. لاحظ القواعد ٢ : ٦٦ .

السابعة: إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها يوما فيوما إن كانت موسرة، ولا يجوز مع إعسارها، لأن قضاء الدين فيما يفضل عن القوت. ولو رضيت بذلك لم يكن له الامتناع.
الثامنة: نفقة الزوجة مقدمة على الأقارب، فما فضل عن قوته صرفه إليها، ثم لا يدفع إلى الأقارب إلا ما يفضل عن واجب نفقة الزوجة، لأنها نفقة معاوضة، وتثبت في الذمة.

قوله: " إذا كان له... الخ "

نفقة المرأة بعد وجوبها بمنزلة الدين على الزوج، فإذا كان له عليها دين وكانت ممتنعة من أدائه جاز له مقاصتها من النفقة بعد وجوبها عليه، بأن ينوي استيفاء نفقة كل يوم في صبيحته. ولو لم تكن ممتنعة من وفاء دينها لم يكن له المقاصة " لأن تعيين الدين من مالها موكول إليها، اللهم إلا أن يوافق دينه النفقة جنسا ووصفا، فيكون التهاثر حينئذ قهريا.

هذا كله إذا. كانت موسرة بحيث تملك قوتها من غيره قوة أو فعلا لتجوز مقاصتها وإلا لم يجز، لما أشار إليه المصنف من التعليل، بأن قضاء الدين إنما يجب فيما يفضل عن القوت، والمقاصة تابعة لوجوب الوفاء مع الامتناع منه أو ما في معناه. ولو رضيت بالمقاصة مع إعسارها لم يكن له الامتناع، لأن الحق لها في ذلك، فإذا رضيت بإسقاط حقها وآثرت وفاء دينها على القوت لم يكن له الامتناع. وربما قيد ذلك بما إذا لم يتوجه عليه ضرر بالقبول، بأن ضعفت عن حقه وإلا كان له الامتناع. وقد سبق (١) نظيره.

قوله: " نفقة الزوجة..... الخ "

إذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون يلزمه الإنفاق عليهم، فإن وفى

(١) في ص: ٤٦١.

ماله أو كسبه بنفقتهم فعليه نفقة الجميع، وإن لم يف بالكل ابتداءً بنفقة نفسه، لأن نفقته مقدمة على جميع الحقوق من الديون وغيرها من أموال المعاوضات، وغاية نفقة الزوجة إلحاقها بذلك، فإن فضل منه نفقة واحد قدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب.

والفرق بين نفقتهما - مع اشتراكهما في أصل الوجوب - ما أشار إليه المصنف من أن نفقة الزوجة تثبت على وجه المعاوضة على الاستمتاع، وتثبت في الذمة إذا فاتت، بخلاف نفقة القريب، فإنها تثبت لمجرد المواساة، والعيوض أولى بالرعاية من المواساة. ولأنها أقوى من نفقة القريب، ولهذا لا تسقط بغناها ولا بمضي الزمان، بخلاف نفقته.

واعترض بأن نفقتها إذا كانت كذلك كانت كالديون، ونفقة القريب مقدمة على الديون كما علم من باب المفلس. ويؤيده ما روي: " أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: معي دينار، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: أنفقه على نفسك. فقال: معي آخر، فقال: أنفقه على ولدك. فقال: معي آخر، فقال: أنفقه على أهلك " (١) فقدم نفقة الولد على نفقة الأهل كما قدم نفقة النفس على الولد. ولهذا الخبر ذهب بعض (٢) الشافعية إلى أن نفقة الطفل تقدم على نفقة الزوجة. ويمكن الجواب بأن نفقة الزوجة إنما تكون كالدين مع مضي وقتها، ويلتزم حينئذ بأن نفقة القريب مقدمة على قضائها كما تقدم على قضاء الدين. أما الحاضرة فإنها أقوى من الدين، ولذلك قدمت نفقة الزوجة عليه في مال المفلس، ويبقى معها المرجح على نفقة القريب بقوتها بسبب المعاوضة، وثبوتها مع الغنى والفقير، بخلاف

(١) مسند الحميدي ٢: ٤٩٥ ح ١١٧٦، سنن أبي داود ٢: ١٣٢ ح ١٦٩١، مسند الشافعي: ٢٦٦. مسند أحمد ٢: ٢٥١. السنن المأثورة للطحاوي: ٣٩٣ ح ٥٤٩. ولم ترد في المصادر: أنفقه في سبيل الله. (٢) روضة الطالبين ٦: ٥٠٠.

القول في نفقة الأقارب
والكلام فيمن ينفق عليه، وكيفية الإنفاق، واللواحق.
تجب النفقة على الأبوين والأولاد إجماعاً. وفي وجوب الإنفاق على
آباء الأبوين وأمهاتهم تردد، أظهره الوجوب.

نفقة القريب، فيقدم عليها.

والخبر - مع تسليمه - يحمل على الإنفاق على وجه التبرع توسعاً في النفقة.
ويؤيده قوله فيه بعد ذلك:، (معي آخر، قال: أنفقته على خادمك. قال: معي آخر،
قال: أنفقته في سبيل الله، وذلك أيسر) مع أن نفقة الخادم أعم من أن تكون واجبة
وغير واجبة، وكذلك الإنفاق في سبيل الله، فجرى الحديث على الأمر بالإنفاق على
ما فيه قرابة.

قوله: "تجب النفقة... الخ".

لا خلاف بين أصحابنا في وجوب نفقة كل من الأبوين والأولاد على الآخر،
قد سبق (١) ما يدل عليه. وموضع الدلالة بغير شبهة الأولاد والأبوان، فأما من
علا أو سفل ففي تناول النص لهم نظر، من الشك في صدق الآباء والأولاد عليهم
بطريق الحقيقة. والمصنف تردد في دخول آباء الأبوين وأمهاتهم لذلك، إذ قد أطلق
عليهم لفظ الآباء في قوله تعالى: (واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق
ويعقوب) (٢) وقوله تعالى: (ملة أبيكم إبراهيم) (٣) والأصل في الإطلاق
الحقيقة، ومن جواز السلب الدال على المجاز، ومطلق الاستعمال أعم من
الحقيقة.

(١) في ص: ٤٣٨.

(٢) يو سف: ٣٨.

(٣) الحج: ٧٨.

ولا تجب النفقة على غير العمودين من الأقارب، كالأخوة والأعمام والأخوال وغيرهم، لكن تستحب، وتتأكد في الوارث منهم.

ولا نعلم مخالفا من أصحابنا في دخولهم هنا، وإنما تردد المصنف لضعف الدليل، ومن أصوله - رحمه الله - أن لا يعتد بحجية الاجماع بهذا المعنى، كما نبه عليه في مقدمة المعتبر (١). وهو الحق الذي لا محيد عنه لمنصف.

وما ذكره - رحمه الله - من وجه التردد في الآباء يأتي مثله في الأولاد، للشك والخلاف في إطلاق اسم الولد على ولد الولد. وقد تقدم البحث فيه في الوقف (٢)، وأن المصنف اختار عدم دخوله في إطلاق الولد، فكان الأولى التعرض له هنا. وكيف كان فالمذهب وجوب الإنفاق على الجميع. قوله: " ولا تجب النفقة..... الخ "

هذا هو المعروف في المذهب. ويؤيده أصالة براءة الذمة من وجوب الإنفاق على غير من دل الدليل على وجوب الإنفاق عليه، وهو منفي هنا. ولم ينقل المصنف هنا خلافا ونقله العلامة في القواعد (٣)، وأسنده الشراح (٤) إلى الشيخ، وأنه ذهب إلى وجوبها على كل وارث. والشيخ في المبسوط (٥) قطع باختصاصها بالعمودين، ونقل وجوبها (٦) على الوارث إلى رواية، وحملها على الاستحباب.

(١) المعتبر ١ : ٣١.

(٢) في ج ٥ : ٣٩٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٥٧.

(٤) راجع لإيضاح ٣ : ٢٨٣.

(٥) المبسوط ٦ : ٣٥.

(٦) في هامش " و " : " نقل في التنقيح وجوبها على كل وارث عن ابن الجنيد، وكلامه صريح في خلافه. منه رحمه الله " . لاحظ التنقيح ٣ : ٢٨٣. ولكن نقله عن الشيخ لا ابن الجنيد.

ويشترط في وجوب الإنفاق الفقير. وهل يشترط العجز عن الاكتساب؟ الأظهر اشتراطه، لأن النفقة معونة على سد الخلة، والمكتسب قادر، فهو كالغني.
ولا عبرة بنقصان الخلقة، ولا نقصان الحكم، مع الفقر والعجز.

قوله: (ويشترط في وجوب.... الخ).

وجه عدم اشتراط القدرة على الاكتساب حصول الحاجة بالفعل. وهو ضعيف جدا، لأن المكتسب قادر، ومن ثم منع من الزكاة والكفارة المشروطة بالفقر، وقد ساوى النبي صل الله عليه وآله وسلم بين الغني والقوي المكتسب في ذلك، فقال للرجلين اللذين أتياه فسألاه من الصدقة: " أعطيكما بعد أن أعلمكما أن لاحظ فيها لغني ولا قوي مكتسب " (١).

نعم، يعتبر في الكسب كونه لائقا بحاله عادة، فلا يكلف الرفيع والعالم الكسب والدباغة. ولو أمكن المرأة الكسب بالتزويج ممن يليق بها تزويجه عادة فهي قادرة بالقوة، لأن ذلك مما لا يخرج عن العادة.
قوله: " ولا عبرة بنقصان..... الخ ".

أراد أنه مع تحقق العجز يجب الإنفاق عليه وإن كان في نفسه كاملا كالمكلف التام الخلقة. ونبه بذلك على خلاف الشيخ في المبسوط (٢) حيث اشترط فيه اجتماع الوصفين الإعسار ونقصان الخلقة، أو الحكم، أو هما، مع أنه قال في موضع آخر منه: إن الفقر كاف، كما قاله غيره. والمراد بناقص الخلقة: الأعمى والمقعّد، وبناقص الحكم: الصبي والمجنون، وبناقصهما: المجنون الأعمى.
واعلم أنه لا فرق في القدرة على الاكتساب بين ناقص الحكم وغيره، فلو

(١) مسند أحمد ٤: ٢٢٤، سنن أبي داود ٢: ١١٨ ح ١٦٣٣، سنن الدارقطني ٢: ١١٩ ح ٧.
(٢) المبسوط ٦: ٣٠ و ٣٤.

وتجب ولو كان فاسقا أو كافرا.
وتسقط إذا كان مملوكا، وتجب على
المولى.

بلغ الولد حدا يمكن أن يتعلم حرفة أو يحمل على الاكتساب فللولي حمله عليه
والإنفاق عليه من كسبه، لكن لو هرب عن الحرفة وترك الاكتساب في بعض الأيام
فعلى الأب الإنفاق عليه، بخلاف المكلف. وتعتبر الحرفة والكسب اللایقان بحاله
كالمكلف. وأطلق ابن الجنيد (١) وجوب النفقة على الولد الصغير إلى أن يبلغ الحلم
أو الحيض.

قوله: " وتجب ولو كان..... الخ "

أي: يجب الإنفاق على القريب البعضي وإن كان فاسقا أو كافرا، لعموم (٢)
الأدلة الشاملة له، ولقوله تعالى: (وصاحبهما في الدنيا معروف) (٣) ومن المعروف
الإنفاق عليهما مع حاجتهما ويساره. والمراد كونهما كافرين، وأولى منه لو كانا
فاسقين. ولا يقدر كونهما غير وارثين، لعدم الملازمة بينهما. وبهذا صرح الأصحاب
وأكثر العلماء من غيرهم. قال الشيخ في المبسوط: " كل سبب يجب به الإنفاق من
زوجية ونسب وملك يمين فإننا نوجبها مع اختلاف الدين كما نوجبها مع اتفائه، لأن
وجوبها بالقرابة، وتفارق الميراث، لأنه يستحق بالقرابة في الموالاة، واختلاف الدين
يقطع الموالاة " (٤). وإنما شرط الاتفاق في الدين أبو حنيفة (٥) مع إيجابه النفقة لكل
ذي رحم.

(١) لم نعثر عليه.

(٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٢٣٦ ب " ١١ " من أبواب النفقات.

(٣) لقمان: ١٥.

(٤) المبسوط ٦ : ٣٥.

(٥) راجع الحاوي الكبير ١١ : ٤٩١، حلية العلماء ٧ : ٤١٧، شرح فتح القدير ٤، ٢٢١ و ٢٢٦، ولكنه
اشترط الاتفاق في الدين بالنسبة إلى مطلق القرابة، وأوجب النفقة للعمودين الولد مع الاختلاف
والاتفاق.

ويشترط في المنفق القدرة، فلو حصل له قدر كفايته اقتصر على نفسه، فإن فضل شيء فلزوجته، فإن فضل للأبوين والأولاد.

وقد أغرب الفاضل فخر الدين في شرحه (١) حيث جعل المانع من الإرث - كالرق والكفر والقتل - مانعا من وجوب الإنفاق. وربما نقل عنه أن ذلك إجماعي. والأمر بخلافه، لتصريح الأصحاب بنحو ما قلناه (٢)، ولم نقف على مخالف منهم فيه. مع أن هذا وإن تم في الرق، حيث إن نفقة المملوك لا تجب على قريبه، إلا أن ذلك لا من حيث إن الرق مانع من الإرث، بل من حيث استغنائه بإنفاق السيد عليه المقدم في الوجوب على القريب، لاشتغاله بخدمته فكان أولى بالإنفاق عليه. ولو فرض تقصيره في النفقة ولم يتفق من يجبره على بيعه أو الإنفاق عليه فالأقوى وجوبها على قريبه، عملا بالعموم (٣) الخالي عن المعارض هنا. وقيدهم (٤) الكافر بكونه معصوم الدم، فلو كان حربيا لم يجب الإنفاق عليه، لجواز إتلافه فترك الإنفاق عليه لا يزيد عنه. ولا بأس به، وإن كان للعموم (٥) أيضا وجه، لما فيه من المصاحبة بالمعروف المأمور بها للأبوين على العموم، إلا أن يفرق بينهما وبين الأولاد. قوله " ويشترط في المنفق.... الخ ".

المعتبر من كفايته قوت يومه بالنسبة إلى المؤنة، وكسوته اللايقة بحاله في الفصل الذي هو فيه، ولا يعتبر غيره في الوقت الحاضر. والآلات المضطر إليها للطعام والفرش كالكسوة. فهذا هو الذي يعتبر مقدا على نفقة الزوجة. ثم تعتبر نفقة الزوجة ليومها أيضا. ونفقة خادمها تابع لنفقتها. والقول في كسوتها وبقية

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٨٤.

(٢) في "س" و"و" و"و": نقلناه.

(٣) لاحظ الهامش (٢ و ٣) في الصفحة السابقة.

(٤) لم نعثر عليه.

(٥) لاحظ الهامش (٢ و ٣) في الصفحة السابقة.

ولا تقدير في النفقة، بل الواجب قدر الكفاية من الإطعام والكسوة والمسكن، وما يحتاج إليه من زيادة الكسوة في الشتاء للتدثر يقطعة ونوما.

الآلات كالقول في الرجل. فإن فضل من ماله بالفعل أو القوة شيء وجب صرفه إلى الأبوين والأولاد كما شرحناه. فإن قام بكفائتهم ومؤنة يومهم عمل في اليوم الثاني مثل ذلك، وإن قصر عنهم حيث كانوا متعددين فسيأتي (١) البحث فيه.

ولو لم تكن له زوجة وكان يفضل من ماله أو كسبه ما يقوم بكفاية قريبه جاز له التزويج وإن أدى إلى عدم الإنفاق عليهما، لأن نفقتهما مواساة تجب حيث يمكن، والتزويج أمر سائغ له، بل مأمور به. قوله: " ولا تقدير في النفقة... الخ ".

لما كان المعبر من نفقة القريب المواساة له ودفع حاجته لم يتقدر بقدر، بل يعتبر فيها الكفاية بحسب حال المنفق لا المنفق عليه، بخلاف نفقة الزوجة، فيعتبر فيه الحاجة وقدرها، حتى لو استغنى في بعض الأيام بضيافة وغيرها لم تجب. ويعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته " بخلاف الزوجة. فالرضيع تندفع حاجته بمؤنة الإرضاع في الحولين، والفطيم وما بعده على ما يليق بهما. ولا يعتبر بلوغ المنفق عليه حد الضرورة، كما لا يكتفى بسد رمقه، بل الكفاية. ويجب الأدم، كما يجب القوت عندنا. وكذا الكسوة والسكنى. ولو احتاج إلى الخدمة وجبت مؤنة الخادم أيضا. والظاهر أن مؤنة القريب إمتاع لا تمليك، بخلاف نفقة الزوجة، لما تقرر من أن الغرض منها دفع الحاجة، بخلاف ما وقع معاوضة، فلو تلفت في يده بغير تفريط وجب إبدالها، وكذا لو أتلفها بنفسه، لكن هنا يجب عليه مع إبدالها ضمان ما أتلفه إذا أيسر.

(١) في ص: ٤٩٣.

ولا يجب إعفاف من تجب النفقة له.

قوله: " ولا يجب إعفاف.... الخ "

. المراد بالإعفاف أن يصيره ذا عفة، بأن يهيئ له مستمتعا، بأن يزوجه، أو يعطيه مهرا ليتزوج، أو يملكه جارية محللة له، أو يعطيه ثمن جارية صالحة له عرفا كالنفقة. وقد قال بوجوبه بعض (١) الأصحاب وجماعة (٢) من العلماء للأب وإن علا، لأن ذلك من أهم المصاحبة بالمعروف، ولأنه من وجوه حاجاته المهمة، فيجب على الابن القيام به كالنفقة والكسوة. والأشهر الاستحباب. ولو كان قادرا على التزويج مالكا للمهر لم يجب على القولين، وإن وجبت نفقته بعد ذلك.

ويشترط حاجته إلى النكاح، ويقبل قوله في الرغبة من غير يمين، لكن لا يحل له طلبه حيث نقول بوجوبه إلا إذا صدقت لشهوته وشق عليه الصبر. ولا تتأدى الوظيفة وجوبا واستحبابا بالعجز التي لا تليق بحاله، ولا الشوهاء، كما ليس له أن يطعمه طعاما فاسدا لا ينساغ برغبة. ونفقة الزوجة حينئذ تابعة للإعفاف، فإن وجب وجبت وإلا استجبت. وكذا القول في نفقة زوجة الأب التي يتزوجها بغير واسطة الابن. وأوجب الشيخ في المبسوط (٣) نفقة زوجته وإن لم يجب إعفافه، لأنها من جملة مؤنته وضرورته، كنفقة خادمه حيث يحتاج إليه.

ولو ماتت الزوجة أو الأمة تجدد حكم الإعفاف بغيرها وجوبا أو استحبابا. وكذا لو طلقها لنشوز ونحوه، أو باع الأمة لذلك. ولو كان تشهيا لم يعد الحكم، لأنه المقصر والمفوت على نفسه..

(١) لم نعثر عليه.

(٢) الحاوي الكبير ١ : ٤٨٩، حلية العلماء ٧ : ٤٢٦ - ٤٢٧، الوجيز ٢ : ١١٦، روضة الطالبين ٥ : ٥٤٥.

(٣) المبسوط ٦ : ٤٩.

وينفق على أبيه دون أولاده، لأنهم إخوة المنفق. وينفق على ولده وأولاده، لأنهم أولاد. ولا تقضى نفقة الأقارب، لأنها مواساة لسد الخلة، فلا تستقر في الذمة ولو قدرها الحاكم. نعم، لو أمره بالاستدانة عليه فاستدان وجب القضاء له.

قوله؟ " وينفق على أبيه.... الخ "

لما كان وجوب الإنفاق مختصا بالأب وإن علا وبالولد وإن نزل دون غيرهم من الأقارب فاللازم منه أنه لو كان له أب ولأبيه أولاد وهو عاجز عن نفقته ونفقتهم وجب على الابن الإنفاق عليه دون أولاده، لفقد محل الواجب فيهم من حيث إنهم إخوة. ولو كان له ولد ولولده أولاد محتاجون وجب عليه الإنفاق على الجميع، لصدق الأولاد على الجميع الموجب للنفقة وإن لم يصدق ذلك مطلقا كما مر (١)

وكما لا يجب الإنفاق على زوجة الأب إذا لم تكن أما - إن لا نقل بوجوب الإعفاف على الابن - فكذا لا يجب على زوجة الولد، وقوفا على موضع اليقين، ولأنه لا يجب إعفاف الابن اتفاقا إلا مع حاجته إلى الزوجة بحيث تؤدي مؤدى الخادم حيث يكون محتاجا إليه، فيجب الإنفاق عليها لذلك وإن لم يجب لكونها زوجة.

قوله: " ولا تقضى نفقة..... الخ "

أشار بالتعليل إلى الفرق بين نفقة القريب ونفقة الزوجة - حيث وجب قضاء نفقتها دون نفقة القريب - بأن الغرض من نفقة القريب مواساته وسد خلته،

(١) في ص: ٤٨٣ - ٤٨٤، وانظر أيضا ج ٥: ٣٩٢.

وتشتمل اللوائح على مسائل:
الأولى: تجب نفقة الولد على أبيه، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب
وإن علا، لأنه أب. ولو عدت الآباء فعلى أم الولد، ومع عدمها أو فقرها
فعلى أبيها وأمها وإن علوا، الأقرب فالأقرب. ومع التساوي يشتركون في
الإنفاق.

فوجبها لدفع الحاجة لا عوض (١)، فإذا أخل بها أثم ولم تستقر في الذمة، فلا يجب
قضاؤها، كما لو أخل بقضاء حاجة المحتاج الذي يجب عليه إعانته، بخلاف نفقة
الزوجة، فإنها وجبت عوض الاستمتاع فكانت كالمعاوضة المالية، فإذا لم يؤدها
استقرت في ذمته، وتفرغ عليه وجوب قضائها. ولا فرق في ذلك عندنا بين تقدير
الحاكم لها وعدمه، لأن تقديرها لم يخرجها عن حالها الأصلي من كونها مواساة
ودفع ضرورة، خلافا لبعض الشافعية (٢) حيث ذهب إلى أنها مع فرض الحاكم لها
تصير دينا في الذمة. نعم، لو أمره (٣) الحاكم بالاستدانة على قريبه الواجب عليه
الإنفاق لغيبته أو امتناعه واستدان استقرت في ذمته بذلك، ووجب عليه قضاؤها،
لأنها صارت بذلك دينا محضا.
قوله: " تجب نفقة الولد..... الخ "

أشار بهذه المسائل إلى بيان مراتب المنفق والمنفق عليه وحكمهما عند
الاجتماع، فإذا وجد للمحتاج قريبان من أصوله لو انفرد أحدهما لوجبت النفقة
عليه نظر إن اجتمع أبوه وأمه فالنفقة على الأب دونها، لقوله تعالى: (فإن أرضعن

(١) في الحجريتين: لعوض.

(٢) الوجيز للغزالي ٢: ١١٦.

(٣) في هامش " و ": " مسألة أمر الحاكم لم يذكرها الأصحاب، وإنما اقتصرنا على أمره بالاستدانة. منه
رحمه الله "

لكم فاتوهن أجورهن) (١) أوجب أجره الرضاع على الأب فكذا غيرها من النفقات، استصحابا لحكم الوجوب، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم لهند: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " (٢) من غير أن يستفصل هل هي موسرة بنفقة الولد أم لا؟ وترك الاستفصال يفيد العموم.

وإن فقد الأب أو كان معسرا ووجد أحد من آباءه قام مقامه في الوجوب مقدما على الأم لمشاركته له في المعنى والاسم. وهكذا الحكم فيه وإن علا. ولا يفرض تعدده، لأن المراد به ولي المال، وهو مختص بجانب الأبوة دون الأمهات وإن كن لأب.

فإن فقد الجميع أو كانوا معسرين وجبت حينئذ على الأم الموسرة. فإن فقدت أو كانت معسرة فعلى أبيها وأمها بالسوية وإن علوا، مقدما في الوجوب الأقرب إليها فالأقرب.

ولم يتعرض لحكم الآباء والأمهات من قبل أم الأب وإن علا، وقد ذكر الشيخ (٣) وغيره (٤) من الأصحاب أن حكمهم حكم آباء الأم من الطرفين، فيشاركونهم مع التساوي في الدرجة بالسوية، ويختص الأقرب من الجانبين إلى المحتاج بوجوب الإنفاق. فلو كان له أب أم وأم أب وجبت عليهما على السوية. وكذا لو اجتمع أب أم أب وأم أب أم، أو أب أم وأم أم أب. ومتى قرب أحدهما بدرجة فهو أولى. وعلى هذا حكم باقي الفروض المتعددة من الجانبين أو أحدهما. فهذا ما يتعلق بحكم الأصول منفردين عن الفروع.

(١) الطلاق: ٦.

(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٣٨، هامش (٣).

(٣) المبسوط ٦: ٣٢، الخلاف طبعة كوشانيور ٢: ٣٣١ (مسألة: ٢٢).

(٤) راجع السرائر ٢: ٦٥٧.

الثانية: إذا كان له أبوان وفضل له ما يكفي أحدهما كانا فيه سواء. وكذا لو كان ابنا وأبا. ولو كان أبا وجدا، أو أما وجدة، خص به الأقرب.

ولو انعكس بأن وجد الفروع دون الأصول، فإن اتحد الفرع وجبت عليه بشرطه. وإن تعدد في درجة واحدة كالأولاد المتعددين وجبت عليهم بالسوية، سواء في ذلك الذكر والأنثى. ولو اختلفت درجاتهم - كابن وابن ابن، أو ابن ابن وابن ابن - وجبت على الأقرب إلى المنفق عليه فالأقرب. ولا فرق في ذلك كله بين الذكر والأنثى، ولا بين الموسر بالقوة والفعل على الأقوى فيهما. وفي المسألة قول آخر بوجوبها على الذكر والأنثى على حسب الميراث، وآخر باختصاصها بالذكر. وهما ضعيفان.

وبقي من الأقسام ما لو اجتمع العمودان. وسيأتي (١) في كلام المصنف الإشارة إلى بعض مسائله، وهناك تفصيلها إن شاء الله تعالى. قوله: " إذا كان له أبوان... الخ "

أشار بهذه المسألة إلى شيء من أحكام ما إذا تعدد المنفق عليه. وجملة أقسامه أنه إن وجد من جهة واحدة كالآباء والأجداد المتعددين أو الأولاد المتعددين يجب الإنفاق على الجميع، القريب منهم والبعيد، إن وسع ماله أو كسبه لذلك، وإن قصر بدأ بالأقرب إليه فالأقرب. فالأب أولى من الجد، فإن فضل عنه فضل صرف إلى الجد، وكان أولى ممن بعد عنه بمرتبة، وهكذا. ولا فرق في كل مرتبة بين الذكر والأنثى، ولا بين المتقرب بالأب من الأب والأم والمتقرب بالأم كذلك. فالأبوان يتساويان، وكذا أبواهما. فلو اجتمع أب الأب مع أم الأم كانا

(١) في المسألة الثانية.

الثالثة: لو كان له أب وجد موسران فنفقته على أبيه دون جده.
ولو
كان له ابن وأب موسران، كانت نفقته عليهما بالسوية.

قوله: " لو كان له أب.... الخ ".
قد تقدم (١) أن الأب مقدم في وجوب الإنفاق على الجد " وليس في إعادتها
كثير فائدة إلا التقييد باليسار، وقد علم اشتراطه في كل من تجب عليه النفقة.
وأما قوله: " ولو كان له أب وابن موسران كانت النفقة عليهما " فهو تتمه
أقسام تعدد المنفقين، وهو ما لو اجتمع العمودان معا. ووجه تساوي الأب والابن
في الوجوب ظاهر، لتساويهما في الرتبة، فإن المنفق عليه أب لأحدهما وابن للآخر،
فلا فارق بينهما إلا الأبوة والبنوة، وكلاهما علة لوجوب الإنفاق. وحيث كان الأب
مقدما على الجد فمساويه في المرتبة - وهو الابن - يكون مقدما عليه كذلك. وهكذا
القول في الأب مع ولد الولد، فإن الأب أولى بالوجوب، لأنه أقرب.
بقي الكلام في حكم الولد لو كان أنثى، وحكم الأم مع الولد مطلقا. والمصنف
لم يتعرض لحكمهما. ولا يخلو من إشكال من حيث المرتبة، فإن الابن مساو للأم في
المرتبة كما قلناه في الأب، وكذلك البنت، وكذلك هي مساوية للأب كالابن.
فيحتمل اشتراك الجميع في الوجوب عدا الأم، فإنها مع وجود الأب متأخرة.
وتقديم الابن على الأم، لأنه في مرتبة الأب المتقدم على الجد المتقدم عليها. بل
تقديم الأولاد مطلقا عليها لذلك، فإن البنت في مرتبة الابن المتقدم عليها بمراتب.
وتقديم الابن على البنت كما قدم الأب على الأم. واشتراك البنت والأم خاصة مع
تقدم الابن عليهما، لاشتراكهما في الأنوثة الموجبة لتأخر الرتبة، وتساويهما في
المرتبة بالنسبة إلى المنفق عليه. وليس في الباب دليل واضح، وقل من تعرض من
أصحابنا للبحث عن ذلك. والوجه استواء الابن والبنت والأم مع الولد مطلقا، وبه

(١) في ص: ٤٩١.

الرابعة: إذا دافع بالنفقة الواجبة أجبره الحاكم، فإن امتنع حبسه. وإن كان له مال ظاهر جاز أن يأخذ من ماله ما يصرف في النفقة. وإن كان له عروض أو عقار أو متاع جاز بيعه، لأن حق النفقة كالدين.

قطع قي التحرير (١)، وتردد قي القواعد (٢).
تنبيهات:

الأول: لو كان الأقرب مصرا وأوجبناها على الأبعد فأنفق ثم أيسر الأقرب تعلق به الوجوب حينئذ، ولا يرجع الأبعد عليه بما أنفق، لأنه كان مخاطبا بالوجوب قبل يسار الأقرب لا نائبا عنه.

الثاني: لو كان له ولدان ولم يقدر إلا على نفقة أحدهما وله أب وجب على الأب نفقة الأخرى. فإن اختلفا في قدر النفقة وكان مال الأب يسع أحدهما بعينه كالأقل نفقة اختصاص به " ووجب نفقة الآخر على جده. وإن تساويا في النفقة واتفقا على الإنفاق بالشركة أو على أن يختص كل واحد منهما بواحد فذاك، وإن اختلفا عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك. وكذا يحكم بالاشتراك لو أراد كل منهما الاختصاص بواحد. ويحتمل قويا القرعة.

الثالث: لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقة أحدهما، وللابن ابن موسر، فعلى ابن الابن باقي نفقتهم. وحكمهما في الاختلاف والاتفاق كالسابق. قوله: " إذا دافع بالنفقة..... الخ "

لا فرق في هذا الحكم بين نفقة الزوجة والأقارب، لاشتراكهما في الوجوب وإن اختلفا بالقوة والضعف. وللحاكم إجبار من يقصر في دفع الواجب، فإن امتنع من الدفع مع أمره تخير الحاكم بين حبسه وتأديبه لينفق بنفسه، وبين أن يدفع من

(١) تحرير الأحكام ٢: ٥٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٨.

القول في نفقة المملوك
تجب النفقة على ما يملكه الانسان من رقيق وبهيمة. أما العبد
والأمة فمولاهما بالخيار في الإنفاق عليهما من خاصه أو من كسبهما.

ماله مقدار النفقة إن كان له مال ظاهر. ولو توقف على بيع شئ من عقاره أو ماله
جاز، لأن حق النفقة واجب فكانت في ذلك كالدين، وإن فارقتة نفقة القريب بعد
مضي الوقت، لأن الكلام هنا في حكمها في الوقت.
ولو كان المنفق غائبا تولى الحاكم النفقة من ماله كالحاضر الممتنع. وله أن
يأذن للمنفق عليه في الاستدانة والإنفاق نم يرجع عليه به كما مر (١). وقد تقدم (٢)
الكلام في أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم هنداً في أخذ قدر كفايتها وولدها من
مال الزوج.

ولو لم يقدر على الوصول إلى الحاكم ففي جواز استقلاله بالاستقراض عليه
أو البيع من ماله مع امتناعه أو غيبته وجهان أجودهما الجواز، لأن ذلك من
ضروب المقاصة حيث يقع أخذ القريب في الوقت والزوجة مطلقاً.
ولو تعدد المنفق وامتنع أحدهم أو غاب دون الباقي أنفق الحاكم من مال
الممتنع أو الغائب بحسب ما يخصه، وأنفق البازل ما يخصه منها. ولو لم يجد الحاكم
مالاً ولا مقرضاً أمر الحاضر بالإنفاق بعضها مما عليه وبعضها قرضاً على شريكه
فيه.

قوله: " تجب النفقة على ما... الخ ".
مما يجب على الانسان الإنفاق عليه ما يملكه من الحيوان إنساناً أم بهيمة،
لحرمة الروح، ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: " للمملوك

(١) في ص: ٤٩١.

(٢) في ص: ٤٣٨.

ولا تقدير لنفقتهما، بل الواجب قدر الكفاية من إطعام وإدام وكسوة. ويرجع في جنس ذلك كله إلى عادة ممالك أمثال السيد من أهل بلده.

طعامه وكسوته بالمعروف (١) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: "عذبت امرأة في هرة أمسكتها حتى ماتت من الجوع، فلم تكن تطعمها ولا ترسلها لتأكل من خشاش الأرض" (٢). والخشاش - بفتح الخاء وكسرهما - هوامها. (٣) ولا فرق في المملوك بين الصغير والكبير والصحيح والأعمى والزمن والمرهون والمستأجر وغيرها، ولا بين الكسوب وغيره، لكن في الكسوب يتخير المولى بين الإنفاق عليه من ماله وأخذ كسبه، وبين إيكال نفقته إلى الكسب، فإن لم يف فالباقى على السيد. ولو تعدد المالك فالنفقة عليهم موزعة بحسب الملك. قوله: "ولا تقدير لنفقتهما... الخ".

المعتبر من هذه النفقة قدر الكفاية، ولا تتقدر بقدر كنفقة القريب. وهل المعتبر كفاية مثله في الغالب أو كفاية نفسه؟ وجهان أجودهما الثاني، فتراعى رغبته وزهاده وكثرة أكله بحيث لا يقوم به دون ذلك وقلته، فلو كان أكله زائداً عن أمثاله وفقد الزيادة يؤثر في قوته وبدنه لزمتم السيد. ومثله نفقة القريب.

وأما الجنس فيعتبر غالب القوت الذي يطعم منه الممالك في البلد لأمثال السيد من الحنطة والشعير وغيرهما. وكذا الإدام الغالب، والكسوة الغالبة من القطن والكتان والصوف. ويراعى حال السيد في اليسار والإعسار والمقام، فيجب ما

-
- (١) موطأ مالك ٢: ٩٨٠ ح ٤٠، مسند الشافعي: ٣٠٥. أخبار أصفهان لأبي نعيم ١: ٧٣. ١
(٢) صحيح مسلم ٤: ٢٠٢٢ ح ١٣٣، صحيح البخاري ٣: ٧٧، سنن البيهقي ٨: ١٣. ١
(٣) لسان العرب ٦: ٩٦. ٢

يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه. ولا يجوز الاقتصار في الكسوة عن ذلك وإن لم يتأذ بحر ولا برد، لأن ذلك يعد تحقيرا وإذلالا. ولو كان السيد يتنعم في الطعام والإدام والكسوة استحب إن يدفع إليه مثله ولا يجب، بل يجوز الاقتصار على ما دونه إذا كان هو الغالب. وما روي أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: (إخوانكم حولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبس) (١) محمول على الاستحباب، أو على أن الخطاب للعرب الذين مطاعمهم وملابسهم متقاربة، أو على أنه جواب سائل علم حاله فأجاب على ما اقتضاه الحال، كما وقع في كثير من أجوبته صلى الله عليه وآله وسلم.

ولو كان السيد يطعم ويلبس دون المعتاد غالبا - بخلا أو رياضة - لزمته رعاية الغالب للرفيق، فليس له الاقتصار على ما الاقتصار عليه. ولو كان له ممالك فالأولى التسوية بينهم مع اتفاقهم في الجنس وإن اختلفوا في النفاسة والخسة. وله تفضيل ذوات الجمال من الإماء والسراري مطلقا، حملا على الغالب

ويستحب أن يجلس رقيقة معه على المائدة ويطعمهم، خصوصا إذا كان هو الذي يعالج طعامه. فإن لم يفعل فينبغي له أن يعطيه منه ولو لقممة، روي أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: (إذا جاء أحدكم خادمه بطعامه وقد كفاه حره وعمله فليقعه فليأكل معه، وإلا فليناوله أكلة من طعام) (٢) وفي رواية أخرى (إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليجلسه معه، فإن أبي فليروغ له اللقمة

(١) مسند أحمد ٥: ١٦١ صحيح البخاري ١: ١٣، صحيح مسلم ٣: ١٢٨٣ ح ١٦٦١.
(٢) مسند أحمد ٢: ٤٠٦، صحيح البخاري ٦: ٢١٤، صحيح المسلم ٣: ١٢٨٤ ح ١٦٦٣، سنن أبي داود ٣: ٣٦٥ ح ٣٨٤٦.

ولو امتنع عن الإنفاق أجبر على بيعه أو الإنفاق. ويستوي في ذلك
القن والمدبر وأم الولد.

واللقتين " (١) والأكلة - بالضم - اللقمة (٢)، وروغها: إذا رواها دسما (٣).
وربما ذهب بعضهم (٤) إلى وجوب أحد الأمرين تخييراً، عملاً بظاهر الأمر،
مع كون الإجماع أفضل. والوجه أن ذلك على وجه الاستحباب ندباً إلى التواضع
ومكارم الأخلاق. والاستحباب فيمن عالج الطعام أكد، ورعاية هذا الخلق في حق
الحاضرين أهم. وليكن ما يناوله من اللقمة كبيرة تسد مسداً، دون الصغيرة التي
تهيج الشهوة ولا تقضي النهمة.

واعلم أن نفقة الحيوان كنفقة القريب في أنها امتناع لا تمليك، بل هنا أولى،
لعدم قبوله الملك مطلقاً على أصح الأقوال، فلا تصير ديناً بتأخيرها، بل تسقط
بمضي الزمان وإن فعل حراماً، ولو دفع إليه الطعام ثم أراد إبداله فله ذلك ما لم
يتضمن تأخير الأكل عن المعتاد.

قوله: " ولو امتنع عن الإنفاق..... الخ "

إذا امتنع المولى من الإنفاق على المملوك مع قدرته عليه أجبره الحاكم على
الإنفاق أو البيع. وإن لم يكن له مال وكان ذا كسب خيره بين البيع والتكسب
والإنفاق عليه إن وفى الكسب. ومع التعذر يتعين البيع إن لم يمكن الإنفاق عليه من
بيت المال أو تبرع به متبرع أو من الزكاة ونحوها. ولو تعذر البيع لعدم الراغب
أجبر على الإنفاق عليه، لأن الواجب المخير إذا تعذر بعض أفرادها تعين الباقي، فلو لم
يبق منه إلا فرد صار كالواجب المعين.

(١) مسند الشافعي: ٣٠٥، مسند الحميدي ٢: ٤٦٠ ح ١٠٧٠، مسند أحمد ٢: ٢٩٩، سنن البيهقي ٨: ٨.

(٢) لسان العرب ١١: ١٩.

(٣) لسان العرب ٨: ٤٣١.

(٤) روضة الطالبين ٦: ٥٢١.

ويجوز أن يخارج المملوك، بأن يضرب عليه ضريبة، ويجعل
الفاضل له إذا رضي. فإن فضل قدر كفايته وكله إليه، وإلا كان على المولى
التمام. ولا يجوز أن يضرب عليه ما يقصر كسبه عنه، ولا ما لا يفضل
معه قدر نفقته، إلا إذا قام بها المولى.

ولا فرق في ذلك بين القن والمدبر وأم الولد، لاشتراك الجميع في المملوكية،
إلا أن أم الولد لاتباع، بل يجبر على الإنفاق عليها خاصة. ومع تعذره - لفقره وتعذر
الإنفاق عليها من بيت المال ونحوه - لا يجب تعجيل عتقها، كما لا يجب عتق غيرها
من الرقيق. وهل يجوز بيعها حينئذ؟ وجهان من عموم النهي (١) عن بيع أم الولد
المتناول لذلك، ومن جواز بيعها فيما هو أقل ضررا من هذا، فإن فيه حفظ النفس
من الهلاك. ولعله أقوى، وبه قطع الشهيد في اللمعة (٢).

وخرج بمن عدد من أنواع المماليك المكاتب، فإن نفقته تسقط عن المالك
وتثبت في كسبه. وكذا لو اشترى المكاتب مملوكا، أو اتهب، أو أوصي له - حيث
جوزناها - ولو بابنه وأبيه، فيجب عليه الإنفاق عليه ما دام مملوكا له، فإذا أعتق
سقطت ما دام مكاتبا، لأن نفقة القرابة غير واجبة عليه.

قوله: " ويجوز أن يخارج... الخ "

الخارجة هي ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو مدة مما
يكتسبه. وليس للعبد أن يجبر السيد عليها إجماعا، ولا للسيد إجبار العبد على
أصح القولين، لأنه يملك استخدامه المعتاد لا تحصيل ذلك القدر المطلوب منه
بالكسب. واختار في التحرير (٣) جواز إجباره عليها إذا لم يتجاوز بذل المجهود، لأنه

(١) لاحظ الوسائل ٣ : ١٣ : ٥١ ب " ٢٤ " من أبواب بيع الحيوان ح ١ .

(٢) اللمعة الدمشقية: ١٢٢ .

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ٥٠ .

وأما نفقة البهائم المملوكة فواجبة، سواء كانت مأكولة أو لم تكن. والواجب القيام بما تحتاج إليه، فإن اجتزأت بالرعي وإلا علفها. فإن امتنع أجبر على بيعها، أو ذبحها إن كانت تقصد بالذبح، أو الإنفاق. وإن كان لها ولد وفر عليه من لبنها قدر كفايته. ولو اجتزأ بغيره من رعي أو علف جاز أخذ اللب.

يملك منافعه فله نقلها إلى غيره بالعوض على كره منه، والخارجة مثله. وإذا تراضيا فليكن له كسب دائم يفني بذلك الخراج فاضلا عن نفقته وكسوته إن جعلهما المولى في كسبه. وإذا وفي وزاد ما يكتسبه فالزيادة مبرة من السيد إلى عبده وتوسيع عليه. وإن ضرب عليه أكثر مما يليق بحاله منعه منه الحاكم، وقد ورد: " لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق، ولا الأمة غير ذات الصنعة فتكتسب بفرجها " (١). ويجبر النقصان في بعض الأيام بالزيادة في بعضها حيث شرطها لمدة تسع ذلك. ولا يخفى أن الخارجة لا تلزم استدامة كما لا تجب ابتداء. واعلم أنه لا يجوز للمولى أن يكلف رقيقه العمل إلا ما يطيقه ويعتاد لمثله. ولا يكلفه الأعمال الشاقة إلا في بعض الأوقات المعتادة لها، ولا ما إذا قام به يوما أو يومين ضعف بعدها شهرا أو شهرين. وإذا عمل بالنهار أراحه بالليل، وبالعكس. ويريحه في أيام الصيف في وقت القيلولة. ويتبع في جميع ذلك العادة الغالبة. قوله: " وأما نفقة البهائم..... الخ "

من ملك دابة لزمه علفها وسقيها، لحرمة الروح. ويقوم مقام السقي والعلف تخليتها لترعى وترد الماء إن كانت مما ترعى وتجتزئ به، لخصب الأرض، ولم يكن مانع من ثلج وغيره. وإن أجذبت الأرض وكانت لا تجتزئ بما ترعى فعليه أن

(١) الموطأ ٢: ٩٨١ ح ٤٢، المصنف لابن أبي شيبة الكوفي ٧: ٣٦ ح ٢٢٩١، ذكر أخبار إصفهان لأبي نعيم ١: ١٧٣.