





GENERAL
LIBRARY

فصل الصافي

في شرح النبوة للإمام المحقق ابن الله العلامي
الحلي

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مد ظله العالی

الجزء السابع عشر من كتاب

فوائد الصَّادِقِ

في شرح النِّبْطَةِ لِلْإِمَامِ الْمُحَقِّقِ أَيْدَادِ اللَّهِ الْعِلَامَةِ
الْحَلِيقَةِ

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مد ظله العالی

KBL

. H89
1953

val. 17

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف
بريته صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله العلماء بالله .
و بعد فهذا هو الجزء السابع عشر من كتابنا فقه
الصادق وقد وفقنا لطبعه والمرجو من الله تعالى التوفيق
لنشر بقية الأجزاء فانه ولي التوفيق .

كتاب النكاح

وقد اختلفت كلماتهم في انه حقيقة في الوطء - او العقد - اوفيهما - او مجاز فيهما - على اقوال - فمن جماعة من اللغويين والفقهاء اختيار الاول بل عن المختلف الاجماع عليه - وعن الراغب وجمع آخريين وفي المستند اختيار الثاني وذهب جمع من الفقهاء الى انه للعقد شرعا بل عن الحلبي نفى الخلاف فيه وعن ابن فهد والشيخ والفخر الاجماع عليه - وعن الزجاج اختيار الثالث وفي الرياض وهو الظاهر من غير - وعن المصباح المنير اختيار الرابع - بدعوى ان اصله الضم والاختلاط والغلبة - (اقول) الظاهر عدم تمامية شيء مما افادوه في المقام بل الحق انه اسم للمعنى الاعتباري المنشأ باللفظ او الفعل - نظير سائر اسام المعاملات - توضيح ذلك - انه لا اشكال في ان النكاح من مقولة المعنى لا اللفظ والالم يعقل انشائه باللفظ - كما لا اشكال في انه ليس اسما للوطء ولذا لا يستقيم ذكره ومنشأ باللفظ وغير ذلك من القرائن - فهو اسم لذلك الامر الاعتباري الثابت قبل الشرع وقد امضاه الشارع و اضاف اليه قيودا - وحيث ان كل امر اعتباري لا بد وان يكون اصله امر مقوليا حقيقيا ليعتبر ذلك الامر - فنقول ان الظاهر كون اصل النكاح اي المعنى المقولي الذي يعتبر هو الضم - يقال تناكحت الاشجار اذا انضم بعضها الى بعض - فكان كل واحد من الرجل والمرأة فرد فاذا تزوج

احد هما بالآخر صار زوجا بضم الآخر اليه - ولعل استعماله في الوطاء من قبيل الكناية وبهذا الاعتبار كما في لفظ الجماع - بل قيل ان اسماء الجماع كلها كنايةات لاستقباحم تعاطيه وكيف كان ففيه فصول الفصل الاول في اقسام النكاح وهي اى اقسام النكاح ثلاثة - دائم - و منقطع - وملك يمين - اما الاول فتنتقيح القول فيه يقتضى البحث في مطالب

استحباب النكاح في نفسه

الاول النكاح في حد نفسه مع قطع النظر عن الطوارئ مستحب بالكتاب والسنة المتواترة والاجماع (١) قال الله تعالى «وانكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم» و المأمور به في هذه الآية الكريمة وان كان هوا نكاح الاولياء والسادات - الايامي اى العزاب من الاحرار مطلقا وخصوص الصالحين من العبيد والاماء ولكن من المعلوم انه ليس الترغيب فيه الا لافضيلة النكاح ورجحانه في نفسه وكون الانكاح سببا لوجوده ومؤديا الى حصوله و في النبوى (٢) المروى بين الفريقين من سنتى التزويج فمن رغب عن سنتى فليس منى وفي نبوى (٣) آخر ما بنى بناء في الاسلام احب الى الله عز وجل من التزويج - وفي ثالث (٤) من تزوج احرز نصف دينه فليتق في النصف الاخر - وفي العلوى (٥) تزوجوا فان رسول الله (ص) قال من احب ان يتبع سنتى فان من سنتى التزويج - وعن (٦) امير المؤمنين (ع) في حديث الاربع مائة تزوجوا فان التزويج سنة رسول الله (ص) ونحوها غير هاهو في الجواهر بعد حكمه باستحباب النكاح - اجماعا من المسلمين فضلا عن المؤمنين وضرورة من المذهب بل الدين

١- سورة النور - آية - ٣٢

٢- المستدرك باب ١- من ابواب مقدمات النكاح حديث ١٥

٣- ٤- ٥- ٦- الوسائل - باب ١- من ابواب مقدمات النكاح حديث ٤- ١٢- ١٤- ٦

ثم ان المستفاد من جملة من النصوص استحباب حب النساء لاحظ خبر عمر (١)
ابن يزيد عن الصادق (ع) ما اظن رجلا يزاد في الايمان خيرا الا زاد احبا للنساء وهو موثق (٢)
اسحاق بن عمار عنه (ع) من اخلاق الانبياء حب النساء - وخبر (٣) ابي العباس عنه (ع)
العبد كلما ازداد للنساء حبا ازداد في الايمان فضلا - الى غير ذلك من الاخبار
ثم انه يظهر من جملة من النصوص كراهة العزوبة - ففي الخبر (٤) عن الصادق (ع)
قال رسول الله (ص) رذال موتاكم العزاب ونحوه غيره

ثم ان المستفاد من جملة من الاخبار افضلية النكاح عن التفرغ للعبادة كما هو
الاشهر ففي خبر (٥) ابن القداح قال ابو عبد الله (ع) ركعتان يصليهما المتزوج افضل من
سبعين ركعة يصليهما اعزب - ورواه (٦) الصدوق باسناده عن عبد الله بن ميمون مثله
وزاد وقال قال النبي (ص) ركعتان يصليهما متزوج افضل من رجل عزب يقوم ليله و
يصوم نهاره - وفي خبر (٧) عبد الله بن ميمون عنه (ع) عن ابائه (ع) قال رسول الله (ص)
ما استفاد امرأ مسلم فائدة بعد الاسلام افضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها الحديث
وفيما رواه (٨) الصدوق في محكي الهداية عن النبي (ص) ما بنى في الاسلام بناء احب
الى الله عز وجل واعز من التزويج الى غير ذلك من الاخبار - اضاف الى ذلك انه ايضا في
نفسه عبادة وما يتبعه من اداء حقوق الزوجة وهو المزاحم للتفرغ للعبادة عبادات
اخر شاقة - مع - انه يزيد من ساير العبادات بمزيد التاكيدات والترغيبات.

١-٢-٣- الوسائل - باب ١ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١-٢-١٠-

٤- الوسائل - باب ٢ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ٣-

٥-٦- الوسائل - باب ٢ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١-٢-

٧- الوسائل - باب ٩ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١٠-

٨- المستدرك - باب ١ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١٦-

وهل يختص استحباب النكاح بمن اشتاقت نفسه اليه - كما عن جماعة منهم الشيخ في المبسوط بل حكم باستحباب تركه لمن اشتق - ام يعم غير المشتاق - كما هو الاشهر - وجهان - اقواهما الاول - لاطلاق الآية والنصوص - ولان فائدته لا تنحصر في كسر الشهوة بل له فوائد اخر مذكورة في الاخبار منها زيادة النسل و كثرة قائل لاله الله - لاحظ خبر جابر (١) عن الباقر (ع) قال رسول الله (ص) ما يمنع المؤمن ان يتخذ اهلا لعل الله يرزقه نسمة تثقل الارض بلا اله الا الله - ومنها زيادة الرزق - ففي خبر هشام (٢) بن سالم عن الصادق (ع) جاء رجل الى النبي (ص) فشكا اليه الحاجة فقال له تزوج فتزوج ووسع عليه - ونحوه غيره - مضافا الى الآية الكريمة ومنها غير ذلك - فالأظهر هو استحبابه مطلقا .

وهل هو مستحب تعبدى او توصلى الظاهر هو الثاني لعدم الدليل على اعتبار قصد القرية فيه والاصل يقتضى عدمه - نعم عباديته وترتب الثواب عليه متوقف على قصد القرية . ثم ان ما ذكرناه من استحباب النكاح انما هو بالنظر الى نفسه وطبيعته - واما بلحاظ الطوارئ فهو ينقسم بانقسام الاحكام الخمسة - فقد يجب - كما اذا كان في تركه مظنة الضرر او الوقوع في الزنا او محرم آخر او تعلق النذرية او العهد او الحلف - وقد يحرم - كما اذا افضى الى ترك حق من الحقوق الواجبة او الاخلال بواجب آخر وكالزيادة على الرابع - وقد يكره - كما اذا كان فعله موجبا للوقوع في مكروه - وقد يكون مباحا - كما اذا عارضه مستحب آخر مساومعه في المصلحة .

و بالنسبة الى المنكوحة ايضاً ينقسم الى الاقسام الخمسة - فالمحرم نكاح المحرمات - والواجب نكاح من يتلى بالزنا معها لولا التزويج - والمستحب المستجمع للصفات المحمودة في النساء - والمكروه النكاح المستجمع للاوصاف المذمومة في النساء ونكاح القابلة المريية ونحوها - والمباح ما عدا ذلك - هكذا افاده جمع من الفقهاء وان كان للتأمل والنظر في بعض ما ذكره مجالا واسعا -

١- الوسائل - باب ١- من ابواب مقدمات النكاح

٢- الوسائل - باب ١١- من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١-

هو

فى العقد واحكامه

فى اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين

المطلب الثانى فى العقد واحكامه - لاكلام ولاشبهة فى ان النكاح كساير المعاملات من الانشائيات ويحتاج فى تحقيقه الى الانشاء والابرار فلا يكفى التراضى النفسانى ولا يكون من الايقاعات فما افاده بقوله ويفتقر الاول اى النكاح الدائم الى العقد من الواضحات التى لاكلام فيها وايضاً من الواضحات انه هو الايجاب والقبول انما الكلام فى انه فعل هو كساير مضامين العقود يجوز انشاءه بالفعل فيصح النكاح معاطاة كما عن بعض معاصرى المحققين الزيدى ره - ام يعتبر ان يكون الانشاء باللفظ كما هو المشهور - وفى رسالة الشيخ الاعظم ره اجمع علماء الاسلام كما صرح به غير واحد على اعتبار اصل الصيغة فى عقد النكاح وان النكاح لا يباح بالاباحة ولا المعاطاة انتهى - وفى المستند ولا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين بالاجماع انتهى - قال صاحب الحدائق اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الايجاب والقبول اللفظيين انتهى - واستدل الثانى بوجوه .

- ١- ما افاده المحقق النائینی ره وهو ان الفعل فیہ مصداق لضده وهو الزنا و السفاح فان مقابل النکاح لیس الا الفعل المجرد عن الانشاء القولی وعما جعله الشارع سببا للحلیة (وفیه) اولا ان هذا الوجه مختص بانشاءه بالوطء ولا یشمل انشاءه بفعل آخر کتمکین الزوجة ونحوه وهذا الجواب یدجى فی جمیع الوجوه الاتیة - وثانیاً ان مورد الکلام ما اذا وطء بقصد انشاء الزوجية لامجرد اذن القصد ومعه وان کان سفاحا وزنا لكنه لامانع من کونه مبرزا للزوجية ولیست الزوجية والزنا متقابلتين ومتضادتين فان الاولى من الاعتباریات والثانی من عناوین الفعل الخارجی فلامانع من مبرزته لها
- ٢- ان النکاح عقد لازم للنص والاجماع والمعاطاة جائزة بالاجماع (وفیه) ما حقق فی محله من ان الاصل فی المعاطاة هو اللزوم مع انه یمکن ان یقال ان الاجماع علی جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي تجتمع الصحة فیها مع الجواز ولا یشمل ما لا تجتمع معه - و بعبارة اخرى المجمع علیه عدم اللزوم مع الصحة و اما عدم اللزوم غیر المجمع معها فلا یمکن مشموله - مضافا الى انه یمکن ان یجعل هذا بنفسه دلیل اللزوم فیہ فیقال ان المعاطاة تفیذ اصل النکاح واما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدلیل الخاص الدال علی ان کل نکاح صحیح لازم .
- ٣- ان لازم جریانها فی النکاح حصر الزناء بصورة الاکراه والزناء بذات البعل ونحوهما وهذا کما ترى (وفیه) ان الوطء مع الرضا تارة یمکن مع قصد الزوجية واخرى بدونه ومحل الکلام هو الاول کما فی نکاح بعض اهل الشرايع الباطلة - واما الثانی فلا ریب انه زناء وسفاح .
- ٤- ان الوطء یحتاج الى سبب محل فلو کان سببا لحلیة نفسه لزم اتحاد السبب و المسبب فی مرتبة واحدة مع امتناع تاثير الشئ فی نفسه (وفیه) ان اول الوطء الاول سبب للزوجية وهى سبب لحلیة الوطء فی الآتات المتاخرة والوطء اللاحق فلا یلزم اتحاد السبب والمسبب .

٥- ان السبب المبعوض لا يؤثر فالوطء المؤثر فى الزوجية مشروط بالحلية والمفروض انها من مقتضيات الزوجية فتتوقف حلية الوطء على تأثيره ويتوقف تأثيره على حليته وهذا دور واضح (وفيه) ما تقدم من ان النهى عن المعاملات لاسيما الاسباب منها لا يدل على الفساد - مع ان ترتب الحلية على الزوجية والزوجية على الوطء الذى هو سبب لها انما يكون ترتبا رتبيا واما فى الزمان فالجميع فى زمان واحد فالوطء حين تحققه متصف بالجواز (فتحصل) انه لا مانع عقلا ولا شرعاً من جريان المعاطاة فى النكاح - ومقتضى العمومات والاطلاقات جريانها فيه كساير مضامين العقود - ولكن قام الاجماع على عدم الجريان وهو المستند لو كان وكان تعديلا لمستندا الى الوجود المتقدمة - وهو الفارق بين النكاح وغيره من مضامين العقود - فانه يجوز انثائها بالفعل - بخلافه.

وقد يستدل على صحة النكاح معاطاة - بخبر نوح (١) بن شعيب عن على بن حسان عن عمه عن الصادق (ع) جاءت امرئة الى عمر فقالت انى زيت فطهرنى فامر بها ان ترجم فاخبر بذلك امير المؤمنين (ع) فقال كيف زيت قال مررت فى البادية فاصابنى عطش شديد فاستقيت اعرابيا فابى ان يسقيني الا ان امكنه من نفسى فلما اجهدنى العطش وخفت على نفسى سقانى فامكنته من نفسى فقال امير المؤمنين (ع) - تزويج ورب الكعبة (وفيه) - اولا - ان الخبر ضعيف السند لضعف على بن حسان ابن كثير - وضعف عمه عبد الرحمن بن كثير - وثانياً - ان الخبر (٢) مروي بطريق آخر قال فيه (ع) هذه التى قال الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد و هذه غير باغية ولا عادية - وثالثاً - انه ظاهر فى انها لم يقصد بفعلها التزويج لقولها زيت .. وامكنته من نفسى -

١- الوسائل باب ٢١ من ابواب المتعة حديث ٧

٢- الوسائل - باب ١٨ - من ابواب حد الزنا - حديث ٨

ولاشك في كون ذلك غير كاف في تحقق النكاح فان محل الكلام ما لو قصد بالوطء تحقق الزوجية .

عدم اعتبار الماضي

تم انه قد اختلفوا في اللفظ المنعقد به النكاح من وجوه كثيرة وتنقيح القول في طي مسائل (الاولى) المشهور بين الاصحاب على ما عن المسالك انه لا بد من وقوع الايجاب والقبول (بلفظ الماضي)

واستدل له بوجوه - ١ - الاجماع - وهو كما ترى - ٢ - ما ذكره غير واحد من الاساطين و هو ان الماضي صريح في الانشاء بخلاف المضارع والامر فان الاول اشبه بالوعد - والثاني استدعاء لايجاب (وفيه) انه ان اريد بصراحة الماضي في الانشاء عدم احتياج ظهوره في الانشاء الى قرينة - فيرد عليه ان هذه الهيئة اى هيئة الفعل الماضي مشتركة بين الانشاء والاخبار - فانها موضوعة للنسبة المتحققة بين المسند وهو في المقام الاعتبار النفساني - والمسند اليه وهو المتكلم وانما يفتقران في الداعي كما حقق في محله فلا بد في افادتها الانشاء الى القرينة - وان اريد به ان الماضي المستعمل في مقام الانشاء لا يكون من قبيل الكناية او المجاز - فهو وان كان متينا الان الفعل المضارع المستعمل في الانشاء ايضا كك فان هيئة الفعل المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدأ في حال التكلم او بعده فاذا استعملت في مقام الانشاء فقد استعملت فيما وضعت له (وما) افاده المحقق النائيني ره من انها تدل على تلبس الفاعل بالمبدأ وهذا ملازم للتحقق لانه صريح فيه بل لازمه (برد) عليه ان التلبس عين التحقق لانه لازمه وان شئت قلت انها موضوعة للتحقق ايضا وتام الكلام في محله (وبذلك) يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية نحو قول المرتبة انا ناكحة

نفسى لك فى مقام الانشاء فان هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب النكاح مثلا الى الموجب فيصح استعمالها فى مقام انشاء النكاح - فظهر ان الحكم فى باب الطلاق بوقوعه - بان طالق - ليس على خلاف القاعدة (واما) الامر فهو موضوع للدلالة على ان صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم - و عليه فصحة الانشاء به تتوقف على صحة الانشاء بالكناية لان انشاء النكاح مثلا باظهار كون وقوعه متعلقا للشوق من قبيل الاستعمال الكنائى - وتستعرف صحة الانشاء بالكناية ٣- ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف (وفيه) ان التطرف لا يوجب تقييد اطلاق الادلة ٤- ان تحقق الزوجية بهامتين ومع غيرهما مشكوك فيه فيجب الاقتصار فى الفروج المبنى امرها على الاحتياط على المتيقن (وفيه) ان الاقتصار على المتيقن غير لازم مع وجود الدليل فى المشكوك فيه وسيمر عليك ذلك (فلا تخش) صحة الانشاء بغير الماضى - لاطلاق الادلة للعمومات وبناء العقلاء مع عدم ردع الماربع - والنصوص الواردة فى بيان عقد الانقطاع المتضمنة جواز الانشاء بمثل - اقروك متعة على كتاب الله تعالى - لعدم الفرق بين الانقطاع والدوام - لالعدم القول بالفصل - فان جماعة من اصحابنا على مانسب اليهم ذهبوا الى الفرق بل للنصوص (٢) الدالة على ان المتعة اذا اخل فيها بذكر الاجل انقلبت دائما وايضا يدل على جواز الانشاء بغير الماضى خبر (٣) عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) عن الزوبج بغير خطبة فقال (ع) اوليس عامة ما تزوج فتيتنا ونحن نغرق الطعام على الخوان نقول يا فلان زوج فلانا فلانة فيقول قد فعلت فانه يدل على جواز الانشاء بصيغة الامر (واما) الاستدلال له بخبر (٤) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) فى امرأة جاءت الى رسول الله (ص) فقالت تزوجنى فقام رجل فقال يا رسول الله (ص)

١- الوسائل - باب ١٨ - من ابواب المتعة

٢- الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المتعة

٣- الوسائل - باب ٤١ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

٤- الوسائل - باب ٢ - من ابواب المهور حديث ١

زوجنيها قال رسول الله (ص) زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه (فغير تام) لعدم كون قول الرجل قبولا بل هو طلب للنكاح ولذا طلب (ص) منه المهر - اصف اليه - الفصل الطويل بين ذلك وإيجاب النبي (ص) راجع الخبر.

ثم انه على القول باعتبار الماضوية (لوقيل) مستفهما للولي (زوجت بنتك فلانة من فلان) فقال الزلي في مقام الانشاء للعقد لا بقصد جواب الاستفهام (نعم كفى في الإيجاب) فلو قال الزوج قبلت صبح العقد - عند المصنف رهنا قطعاً وعن القواعد مستشكلاً - وكذا عن الشيخ وابن حمزة والمحقق في بعض كتبه (وعله) المحقق بان نعم يتضمن إعادة السؤال - ومزاده انه قال زوجتها منه (ولكنه) يرده عليه - أولاً - انه لم يدل دليل على كون حكم الصريح في الشيء حكمه شرعاً - وثانياً - انه غير صريح في الانشاء بل هو ظاهر في الاخبار بناء على تضمن السؤال الاستخبار عن وقوع المسئول في الماضي ومراعاة التطبيق بينه وبين الجواب يستلزم كونه اخباراً عن الوقوع لانشاء للتزويج - وثالثاً - انه لو سلم ظهوره في الانشاء فلا ريب انه اضعف من ظهور المضارع الذي منع المصنف ره من وقوع الإيجاب به - وربما يستدل به بخبر (١) بان بن تغلب قلت لابي عبد الله (ع) كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه - الى ان قال فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك الحديث وكون مورده المتعة لا يضر لعدم الفرق بين الانقطاع والدوام كما مر.

في اعتبار العربية

الثانية المشهور بين الاصحاب اعتبار وقوع الصيغة بالعربية مع القدرة وعن المبسوط والتذكرة دعوى الاجماع عليه - واستدل به (بالتاسي) فان المعصومين عليهم السلام كانوا يزوجون بالعربية (وبان) اعتبار الماضوية في العقد يستلزم اعتبار الوسائل - باب ١٨ - من ابواب المتعة حديث ١

العربية بالاولوية (وبان) مقتضى اصاله الفساد ذلك اذا امتيقن مما خرج عن هذا الاصل هو العقد بالعربية (وبعدم) صدق العقد على غير العربي مع التمكن منه (وباصالة) الاحتياط في الفروج - وفي الكل نظر (اما الاول) فلعدم لزوم التاسي او محبوبيته في كل ما كانوا عليهم السلام يفعلونه الا ترى انهم كانوا يتكلمون بالعربي ولم يتوهم احد محبوبية ذلك - ولعل انشاء النكاح به من هذا القبيل - مع - ان المطلوبة لا تستلزم فساد الانشاء بغيره بعد شمول العومات والاطلاقات له (واما الثاني) فلان الماضوية غير معتبرة كما مر - مع - ان الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال ان اعتبارها يستلزم اعتبار العربية بل هي خصوصية في كل لغة - فهما خصوصيتان في عرض واحد (واما الثالث) فلان الاصل لا يرجع اليه مع الدليل وانصراف الاطلاق الى المتعارف ممنوع - وبعبارة اخرى - ان هذا الوجه يتم ان لم يكن هناك اطلاق - او كان وكان منصرفا الى غيره - اولم يجوز التمسك بالاطلاق لدفع احتمال اعتبار شيء في الاسباب - والكل كما ترى - لوجود الاطلاق - ومنع الانصراف وقد حقق في الجزء الثاني عشر من هذا الشرح انه يتمسك بالاطلاق لدفع احتمال اعتبار شيء في الاسباب في باب العقود والايقاعات (واما الرابع) فلانه لا يرجع الى اصاله الاحتياط مع الدليل - فاذا لا دليل على اعتبار ذلك سوى الاجماع ان ثبت وثبت كونه تعبديا لا مستندا الى هذه الوجوه.

ثم انه على القول باعتبار العربية هل يجب التوكيل مع القدرة عليه ان عجز الزوج والزوجة عنها وعن تعلمها ام لا يجب بل (و) يجوز مع العجز الترجمة) بالفارسية او غيرها من اللغات و جهان - المشهور بين الاصحاب هو الثاني وعن العلامة ره في التذكرة وصاحب الحقائق وغيرهما دعوى ظهور الانفاق على ذلك - لالفحوى اجتزاء الاخرس بالاشارة - بل لان عمدة المدرك لاعتبارها الاجماع فيختص بصورة التمكن

لاختصاصه بها (ولافرق) فى ذلك بين المعجزة عن الركنين اواحدهما ولكن تختص الرخصة بالعاجز ويلزم غيره بالعريية - ولايضراختلاف الايجاب والقبول من حيث اللغة - بشرط فهم كل منهما كلام الاخر - اواخبار الثقة بدولون غوالمتمكلم به.

(و) كذا تنجزى (الاشارة) المغنمة للآخر المراد الاخرس مطلقا موجباً كان او قابلاً او هما معا صلياً كان او طارئاً - بلا خلاف ظاهر - ويشهد به ما تقدم من انه لا دليل على اعتبار اللفظ فى النكاح سوى الاجماع المختص بغيره - ويؤيده تتبع احكام الشرع من قيام الاشارة مقام اللفظ فى العبادات والمعاملات - وفجوى ماورد (١) من ان طلاق الاخرس الاشارة.

فى تقديم القبول على الايجاب

الثالثة المنسوب الى اكثر الاصحاب عدم اشتراط تقديم الايجاب على القبول هنا بل عن المبسوط والبرائى دعوى الاجماع عليه - وربما يفصل بين مالوكان القبول بلفظ قبلت وماشاكل المتضمنة لمعنى المطاوعة فلايجوز - وفى رسالة الشيخ الاعظم دعوى الاتفاق على عدم جوازه - و بين مالوكان بلفظ تزوجت وماشاكل فيجوز وهنا اقوال اخر .

ونخبة القول فى المقام - انه ان كان القبول بلفظ قبلت وماشاكل - فقد استدل لعدم جواز تقديمه بوجهين (الاول) ما افاده الشيخ الاعظم فى كتاب البيع وحاصله ان القبول انما يتضمن امرين - الرضا بالايجاب - ونقل ماله من حين القبول فى البيع والمهر فى المقام - فاذا كان القبول متاخرا كان الامر ان موجودين واما ان كان مقدما بلفظ قبلت فالامر الاول موجود ولكن الثانى غير متحقق لان القبول بهذا اللفظ انما يتضمن تمليك المهر بالالتزام من جهة ان ذلك لازم رضاه بالتزويج فهو يكون نقلا من حين

تحقق الإيجاب من الموجب لا من حين القبول - وفي رسالة النكاح حكمه بعدم معنوية الحكم بالصحة إذا لم يسبق تزويج من المرأة حتى يقبله الرجل (وفيه أولاً) أنه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بتزويج المرأة نفسها إياه على المهر بل وظيفة القابل ذلك - فإن المرأة تعتبر زوجتها للرجل بإزاء مهر معين وهذا الاعتبار النفساني المظهر بالإيجاب وحده لا يصير موضوعاً لاعتبار العقلاء والشارع الأمع رضا الرجل بذلك وإبرازه له (وثانياً) أنه لو سلم اعتبار النقل فيه - لكن لم يدل دليل على اعتبار النقل في الحال (وثالثاً) أن المراد بالنقل في الحال أن كان هو النقل في اعتباره فهو ممكن في القبول المتقدم من حين القبول لأنه فعله الاختياري وأن كان هو النقل في اعتبار العقلاء والشارع فهو مما لا يتصور في الإيجاب المقدم أيضاً كما هو واضح (الثاني) ما أفاده المحقق النائيني أنه وهو أن هذا اللفظ أي قبلت ظاهر في مطاوعة شيء وانفاذاً من أوجده وهذا المعنى يتفرع على وقوع إيجاب من الآخر كتنفرع الانكسار على الكسر فإن مطاوعة الأمر المتأخر والاضعاف والتأثر من الإيجاب فعلاً تمتنع عقلاً (وفيه) أن المطاوعة الماخوذة في القبول إنما هي مطاوعة انشائية لاحقية فلا مانع عن تقدم قبلت على الإيجاب.

وإن كان القبول بلفظ تزويجتك وما شاكل - فتارة يقصده إنشاء التزويج - وأخرى يقصد به قبول تزويج المرأة نفسها - أما إذا قصد به إنشاء التزويج فهو ليس قبولا مقدماً بل هو إيجاب من جانب الزوج وسيأتي الكلام في جوازه وعدمه - وأما إذا قصد به القبول ففي رسالة الشيخ الأعظم أنه لا يعقل تقديمه - واستدل للامتناع بوجوده - ١ - ما أفاده المحقق النائيني رد وهو أنه يعتبر في القبول بأي لفظ كان مطاوعة الإيجاب والانفعال والتأثر منه والاكثار غير مرتبط بالإيجاب بل هو إيجاب مستقل وتضمنه للمطاوعة يستدعي تأخره عن الإيجاب (وفيه أولاً) أنه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بالإيجاب وهذا لا يمنع عن جواز التقديم كما مر - ولا يلزم منه عدم الارتباط بالإيجاب كما لا يخفى (وثانياً) ما تقدم

من ان المطاوعة الانشائية قابلة للتقدم وليست كالمطاوعة الحقيقية - ٢ - الاجماع على اعتبار القبول في العقد وهو متضمن لمعنى المطاوعة ويرد عليه ما اورده على سابقه - ٣ - ان الزوج بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدأ فان كان بعنوان اتخاذ المبدأ من الغير فهو مطاوعة قصدية وان كان بعنوان اتخاذ المبدأ ابتداء فيكون من انشاء تزويج المرثة فضولا لانشاء الزوجية قبولا (وفيه اولا) ان المطاوعة الانشائية لاتمنع من التقديم كما تقدم (وثانياً) ان صيغة التفعّل ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاوعة دائماً - ٤ - ان تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة (وفيه) ان التعارف لا يوجب تفهيد المطلقات وانصرافها (فلاظهر) هو جواز تقديم القبول مطلقا ويؤيده النصوص الواردة في باب كيفية المتعة المتقدمة المتضمنة انه تقول لها اتزوجك على كتاب الله سنة نبه (ص) فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك - فان هذه النصوص وان كانت قابلة للحمل على الإيجاب من جانب الزوج ولكن لعدم الاستفصال بين ما لو قصد به القبول او الإيجاب تدل على الجواز في المقام .

وان كان القبول المقدم بلفظ الامر كان يقول زوجني فلانة فقال زوجتكها - فقد استدل لعدم جوازه بما ذكر في سابقه - وبانه يعتبر الماضية في صيغ العقود وقد مرافي الجميع - ثم انه قد استدل على جوازه ذلك في الشرايع بخبر سهل (١) الساعدي المزوي عند الخاصة والعامة وهن المسالك انه المشهور بين العامة والخاصة ورواه كل منهما في الصحيح - وهوان امرأة اتت الرسول (ص) فقالت يا رسول الله (ص) وهبت نفسي لك وقامت قياما طويلا لافقام رجل وقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة - الى ان قال فقال رسول الله (ص) زوجتك بما معك من القرآن - اقول لم يرو هذا الخبر من اصحابنا غير الاحسائي في غوالي اللئالي - نعم - في صحيح (٢) محمد بن مسلم ما يقرب هذا المضمون - وتقريب الاستدلال به انه ليس في الحديث ان الرجل اعاد القبول فيكون امره قبولا مقدما على الإيجاب - وقدم ما في هذا الاستدلال .

١ - المستدرك - باب ٢١ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ٢
٢ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب المهور - حديث ١

فى جواز كون الايجاب من الزوج

الرابعة فى جواز كون الايجاب من الزوج وجوه واقوال - ثالثها التفصيل بين مالوانشأ الرجل تزويج نفسه للمرأة مثل ان يقول للمرأة زوجتك نفسى فلا يجوز و بين مالوانشأ زوجية المرأة لنفسه فيقول تزوجتك فيجوز (اقول) يشهد للجواز مطلقا مضافا الى النصوص (١) المتقدمة الواردة فى بيان كيفية المتعة - والاقتصار على موردتها قد عرفت انه ينافيه ما فى بعض تلكم النصوص (٢) من انه اذا لم يذكر الاجل انقلب دائما (انه) فى النكاح يزوج كل من الرجل والمرأة نفسه من صاحبه وينكح صاحبه فان لفظ النكاح والتزويج يصح ان يستعمل كل منهما مستندا الى كل من الرجل والمرأة قال الله تعالى (٣) ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم ، وقال تعالى (٤) حتى تنكح زوجا غيره ، وقال سبحانه (٥) فوانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ، وبالجمله كل منهما فى عقد النكاح يصير زوجا للآخر ومنضمما به ويخرج من الفردية فلكل منهما ايجاب ذلك (فان قيل) ان المرأة تنشأ تسليط الرجل على بعضها فى مقابل المهر فمقتضى المقابلة ان يصدر من الرجل اما انشاء القبول للتسليط المذكور بالمهر المزبور واما انشاء تمليك المهر بازاء البضع ابتداء وقبل الزوجة - ولما لم يجز العقد بالطريق الثانى اتفاقا تعين الاول - وانشاء زوجيته لها لا قبول تزويجها امر لا ينطبق على انشاء المرأة (قلنا) اولان المهر ليس عوضا حقيقيا فى النكاح حتى يقابل انشاء المرأة للتسليط على بعضها بازاء المهر بانشاء الرجل لقبول ذلك التسليط او بانشاءه ابتداء بل

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب المتعة .

(٢) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المتعة .

(٣) النساء آية ٢٣

(٤) البقرة آية ٢٣١

(٥) النور آية ٢٣

كل منهما ينشأ زوجيته لصاحبه الملازمة لزوجة صاحبه له - فلكل منهما الايجاب وثانيا انه لا يصح الايجاب من الزوجة بالنحو المذكور بان تقول سلطنتك على بضعى بازاء المهر ولو بنى على جواز ذلك فمنع عدم جواز ابتداء الرجل تمليك المهر بازاء البضع .

فى اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول

الرابعة اختلف الاصحاب فى اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول على قولين واستدلوا لاعتبارها بوجوده .

الاول ما عن الشهيد ره وحاصله ان كل امرين أو امور يجمعها عنوان واحد كالصلاة والاذان وما شاكل يعتبر فى تحقق ذلك العنوان وانطباقه على تلك الامور عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تحقق الصورة الاتصالية وصيرورة كل واحد منها معنونا بعنوان مستقل - ومن هذا القبيل العقد فانه عبارة عن ربط انشاء احدا المتعاقدين بانشاء الاخر فلو انفصل القبول عن الايجاب بزمان معتدبه عرفا اما صدق عليهما العقد فلا يترتب عليهما الاثر المترقب منه (وفيه) ان العقد من مقولة المعنى لا اللفظ وهو عبارة عن ربط احد الالتزامين بالاخر باعتبار ورودهما على امر واحد وهو فى المقام زوجية كل من الرجل والمرأة للاخر - وهذا لا يقتضى ابقاء الالتزام الاول على حاله وان تخلص زمان طويل - نعم - اذا لم يكن الالتزام الاول باقيا فى نفس الموجب بان اعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثانى به وهذا ايضا لا فرق فيه بين تخلص زمان قصير او طويل .

الثانى ما افاده المحقق النائينى ره وهو ان فى العقود المعاوضة خلعا ولبسا أو ايجاد علقه فلا بد وان يكون مقارنا للخلع لبس وهكذا عقارنا لايجاد العلقه قبول والاتقع الاضافة او العلقه بالامحل ومضاف اليه - وفيه (اولا) النقض بالزمان القصير الفاصل بين الايجاب والقبول قهرا فى جميع الموارد فانه لا فرق فى هذا المحذور بين الزمان القصير والطويل (وثانيا) ان الخلع او ايجاد العلقه فى اعتبار الموجب

وان تحقق من حين الايجاب الا ان اللبس وحصول العلقه فى اعتباره ايضا ككـ واما فى اعتبار العقلاء والشارع فكما ليس لبس الا بعد القبول وكذا لعلقه الابعده - ليس خلع ولا ايجاد علقه فتدبر فانه دقيق .

الثالث ما افاده بعض المحققين وهو انه يلزم من الفصل الطويل المخل بالموالاته عدم تطابق الايجاب والقبول اذا لايجاب ايجاد للزوجيه من حينه فاذا تاخر القبول فاما ان يكون قبولا لتمام مضمون الايجاب فيلزم حصول الزوجيه قبل حصول تمام العقد وذلك باطل - او يكون قبولا لبعض مضمونه اعنى الزوجيه من حين تحقق القبول فيلزم عدم المطابقة بين الايجاب والقبول (وفيه) انه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق - مع ان النقل فى اعتبار العقلاء والشارع لا يقع الابعد تمامية العقد فى جميع الموارد - فالأظهر عدم اعتبار الموالاته بين الايجاب والقبول - ويؤيده خبر سهل وما به مضمونه المتقدمان المتضمنان لانشاء الرجل ثم بعد مضى زمان طويل انشائه ~~تأخره~~ الزوجيه وكاله عن المرثه .

حكم الانشاء بالكناية او المجاز

الخامسة بعدما لا كلام فى صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلا عناية قرينة ولو صارفة - وبالمجاز المشهور الذى يحتاج ارادة المعنى الحقيقى منه الى قيام القرينة وقع الخلاف فى موارد - الاول - فى انشاء النكاح بالكنيات - الثانى - فى انشائه بالمجازات .. الثالث - فى انشائه بالمشارك اللفظى - الرابع - فى انشائه بالمشارك المعنوى .

اما الاول فالمشهور بين الاصحاب عدم وقوع العقد بالكنيات - والمراد بالكناية فى المقام ليس هو استعمال اللفظ فى معناه الحقيقى وهو اللازم للانتقال الى الملزوم (وقد استدل) المحقق النائنى ره لعدم وقوع العقد بها بان انشاء اللازم وايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزوم عرفا وكون الملزوم مقصودا وداعيا من ايجاد اللازم

لا اثر له لان الدواعى لا اثر لها في باب العقود والايقاعات - ثم اورد على نفسه بان المازوم وان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعاً وفي المرتبة الثانية - واجاب عنه بان الایجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود فينصرف الاطلاق عنه ولا تشمل المعومات ايضاً لخروجه عن الاسباب المتعارفة (اقول) يرد عليه - اولاً - انه لا يعتبر في الانشاء سوى كون اللفظ مما له ظهور عرفي في المراد - ولا اشكال في ان اظهار اللزوم اظهر للملزم ودعوى انصراف الاطلاق عنه لا تسمع - وثانياً - انه لا فرق بين الانشاء والاخبار الا في الداعي كما حقق في محله فكما يصح الاخبار بالكناية كك يصح الانشاء بها.

واما المورد الثاني فقد فصل الشيخ الاعظم ره بين كون القرينة حالية او مقالية واختار الانعقاد في الثانية دون الاولى - وبذلك جمع بين كلمات القوم (و استدله) بانه ان كانت القرينة لفظية فيرجع الافادة بالآخرة الى الوضع ولا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين افادة اللفظ للمطلب بحكم الوضع او افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ وهذا بخلاف ما اذا كانت القرينة حالية فان الافادة ح لا تكون باللفظ والمفروض عدم العبرة بغير الاقوال في انشاء المعاملات (وفيه) ان الدال على المعنى في الاستعمال المجازي انما هو اللفظ وذو القرينة والقرينة انما تدل على تلك اى ارادة المعنى من ذى القرينة لان جزء من المعنى يستفاد من ذى القرينة و جزء منه من القرينة - مثلاً في قولنا رأيت اسدا يرمى يكون يرمى - قرينة على ارادة الرجل الشجاع من الاسد - وعليه ففي جميع المجازات يكون الدال على المعنى والمعاملة هو اللفظ - فلا ظهر صحة الانشاء بالمجاز وان كان بعيداً.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المشترك اللفظي اذا كانت افادة اللفظ فيه للمعنى المراد مع القرينة وكذا في المشترك المعنوي.

و يترتب على ما ذكرناه انه يصح انشاء الذكاج الدائم بلفظ المتعة مع الاتيان

بما يدل على ارادة الدوام كما عن الشرايع والمختصر النافع والقواعد والارشاد- ويؤيد ذلك ما دل على انقلاب المنقطع دائما اذا لم يذكر فيه الاجل نسيانا (وعن) التذكرة والمختلف عدم الاكتفاء به ونسبه في محكي كشف اللثام الى الاكثر- وعن ظاهر السيد في الطبريات الاجماع عليه - و استدل له الشهيد الثاني ره باصالة عدم ترتب الاثر عليه للشك في جوازه لانه حقيقة في المنقطع مجاز في الدائم والعقود اللازمة لاتقع بالمجاز - وقد ظهر مما ذكرناه عدم تمامية المقدمة الثانية - واصالة عدم ترتب الاثر لا يرجع اليها مع عمومات النفوذ والصحة .

كما انه يترتب على ما ذكرناه صحة القبول بلفظ - امضيت - واجزت- وانفذت وما شاكل لان الانفاذ والامضاء والاجازة وان كانت تتعلق بماله مضى وجواز ونفوذ وما يترقب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد لا الايجاب خاصة - الا ان هذه العناوين من لوازم تحقق العقد للحقوق القبول الايجاب ويكون القبول ملزوما لها فانشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائبي وقد عرفت صحة الانشاء بالكنايات .
واما الانشاء بالملحون فان كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفا في ارادة النكاح فيصح - والا فلا يصح ويظهر وجهه مما قدمناه .

في اعتبار التنجيز وعدمه

السادسة المشهور بين الاصحاب اعتبار التنجيز في عقد النكاح كساير العقود فلو علقه على شرط او مجيء زمان بطل - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه .
وملخص القول في المقام ان محل الكلام ليس هو التعليق في الانشاء فانه غير معقول سواء اكان المراد به آلة الانشاء وهو اللفظ مثلا ام نفس الاعتبار النفساني اما الاول فلان الانشاء وجه من وجوه استعمال اللفظ في المعنى فلا يعقل فيه التعليق واما الثاني فلان الاعتبار فعل نفساني تكويني فكما لا يعقل التعليق في وقوع الضرب على احد وكذا غيره من الافعال التكوينية - كذلك لا يعقل التعليق في الاعتبار- كما انه ليس

هو التعليق في متعلق المنشأ فان متعلق الزوجية هو الرجل والمرأة ولا يعقل التعليق في الجواهر لعدم تعدد الوجود الجوهرى بتعدد الزمان والزمانى (بل) المراد ومحل الكلام هو التعليق في المنشأ وهو في المقام الزوجية .

ثم ان المعلق عليه ان كان امرا حاليا فقد يكون معلوم التحقق وقد يكون مشكوكا وعلى التقديرين فتارة يكون مماله دخل في صحة العقد واخرى لا يكون دخلا فيه وان كان امرا مستقباليا فهذه التقادير الاربعة تتصور فيه باضافة انه على اى تقدير ربما يكون القيد مأخوذا فيه على فرض تحقق ذلك الامر في المستقبل وربما يكون بنحو الشرط المقارن بمعنى انه ينشأ الزوجية على تقدير تحققه بعد تحققه - فصور التعليق اثنتا عشرة .

فان كان المعلق عليه امر المستقبليا مشكوك الحصول ولم يكن صحة العقد متوقفة عليه وكان التعليق بنحو الشرط المقارن - فالظاهر انه مورد اتفاق الاصحاب القائلين بمبطلية التعليق - فلو كان الاجماع تعديدا كان هو الحجة في المقام ولادليل عليه سوى ذلك . فانه استدلل للبطلان بوجوده (١) ما عن جماعة وهو انه يعتبر في العقد الجزم وهو منافي للتعليق (وفيه) انه ان اريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح - وان اريد به الجزم بالمنشأ في نظره اى تحقق الزوجية الاعتبارية جزما مثلا فهو محل الكلام (٢) ان الاسباب الشرعية توقيفية لا بد فيها من الاقتصار على المتيقن وهو العقد الخالى عن التعليق (وفيه) ان هذا لو تم فانما هو في ظرف عدم وجود عموم أو اطلاق والمفروض وجوده (٣) انه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء وهو غير معقول (وفيه) ان المنشأ هو الزوجية على تقدير تحقق الشرط فلا يلزم التخلف - مع انه ادل الدليل على امكان شيء وقوعه وقدره - لاحظ الوصية - والتدبير - والواجب المشروط (٤) ما عن المحقق النائنى ره وهو انصراف العقود الى العقود غير المعلقة المتعارفة بين الناس فلا يشمل ادلة العقود العقد المعلق (وفيه) مضافا الى ان التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق - ان التعليق في العقد واقع كثيرا كما تقدم (٥) ان ظاهر خطاب (١) اوفوا بالعقود كظاهر سائر الحظابات ان الحكم معلق غير مشروط بشيء

فيكون ظاهره ترتب الأثر على العقد - وعليه - فإن التزم بترتب الأثر فعلا قبل تحقق ماعلق عليه كان ذلك منافيا لإنشاء المعلق ولاسبيل اليه - وإن التزم بعدم ترتب الأثر فعلا لم يرد عليه - وهو الأول - أن العقد ليس هو اللفظ كما مر - بل هو ربط أحد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالآخر - والوفاء عبارة عن إتمامه - ومعنى ذلك فيما إذا كان متعلقه النتيجة هو عدم حله ونقضه لا ترتيب الأثر عليه ومن الواضح أنه في هذا الذي ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق والمنجز - وثانياً - أن دليل الصحة لا ينحصر به بل هناك أدلة أخرى لا فرق فيها بين المعلق والمنجز (فتحصل) مما ذكرناه أنه ليس في مقابل إطلاق الأدلة الدال على الصحة ما يبدل على بطلان العقد المعلق سوى الإجماع .

وفي مقابل هذه الصورة صورتان (أحدهما) ما إذا كان المعلق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول مع كونه مما يتوقف صحة العقد عليه (ثانيتهما) ما إذا كان المعلق عليه استقبالياً كك مع كون القيد مأخوذاً على نحو الشرط المتأخر - فإنه لا يجري فيهما شيء من المحاذير المتقدمة حتى الإجماع بل لعل الإجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما .

وأما أن كان المعلق أمراً حالياً معلوم الحصول مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد - أو كان أمراً استقبالياً كك مع كون الشرط بنحو الشرط المتأخر - فلا يجري فيهما شيء من الوجوه المتقدمة سوى ما أفاده المحقق النائيني ره من دعوى الانصراف التي عرفت ما فيها والظاهر إنهما غير داخلين في معقد الإجماع فلا ينبغي التوقف في عدم البطلان فيهما .

وأما أن كان المعلق عليه أمراً استقبالياً معلوم الحصول مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن - فمقتضى الوجه الثاني والثالث والخامس بطلانه - وكذا مقتضى الوجه الرابع هو ذلك لو كان المعلق عليه مما لا يتوقف صحة العقد عليه - وقد عرفت عدم تمامية شيء منها - وأما الإجماع فالمتيقن من معقده غيرهما - فلا وجد للبطلان

(وما ذكره) الشهيد ره في محكي قواعده من الحكم بالبطلان في السورتين معلل بان
الجزم ينافي التعليق لانه بعرضه عدم الحصول واوقدر العلم بحصوله كالتعليق على
الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات
الافراد (يرد عليه) انه يتم لو كان بطلان العقد المعلق مفاد آية أو رواية ولم يحرز
كون الجهل بحصول الشرط هو العلة لذلك لا فيما اذا كان البطلان من جهة الوجوه
المتقدمة التي عرفتها و ما يرد عليها فراجع .

واما ان كان المعلق عليه امرا حاليا مشكوك الحصول - او كان استقباليا كك
مع كونه بنحو الشرط المقارن او المتاخر كان المعلق عليه مما يتوقف صحة العقد
عليه ام لا - فالظاهر شمول معقد الاجماع له - اللهم الا ان يقال ان الشيخ الاكبر ره
في محكي المبسوط استدلل لعدم بطلان العقد المعلق على ما يتوقف صحته عليه
مطلقا بان التعليق عليه ليس الا شرطا لما يقتضيه اطلاق العقد فاذا اقتضاء الاطلاق
لم يضر اظهاره ولا شرطه - واستدل المحقق النائيني ره له بالانصراف (وهذان) الوجهان
وان لم يتما - اما الثاني فلما مر - واما الاول فلان المعلق على ذلك الشرط في الواقع
هو ترتيب الاثر الشرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام - فالمعلق في كلام المتكلم
غير معلق على شيء - الا انه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع فامثال
هذه الكلمات توجب التردد في شمول معقد الاجماع للتعليق على ما يتوقف صحة
العقد عليه فيتعين البناء على الصحة فيه للعمومات والمطلقات .

في اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء

السابعة المشهوريين الاصحاب اعتبار بقاء المتعاقدين على الاهلية الى تمام العقد
فلوجن الموجب او اغمى عليه قبل تحقق القبول لم يصح - و في الجواهر بلا خلاف
اجده فيه كما اعترف به بعضهم وحكى صاحب الحقائق عن بعضهم دعوى الاجماع عليه .
و الكلام في موضعين - الاول - في عدم الاهلية المانع عن تحقق التعاقد و التعاقد

الثاني في عدم الأهلية الموجب لعدم كون العقد عن رضا معتبر.

أما الأول - ففيه أقوال - ١- ما مر من أنه المشهور وهو اعتبار واجدية كل منهما لجميع القيود المعتبرة في تحقيقه في حال انشاء الآخر - ٢- ما اختاره بعض الاجلة وهو عدم اعتبارها فيهما - ٣- اعتبار واجدية القابل لها في حال الإيجاب وعدم اعتبارها بالنسبة إلى الموجب اختاره السيد في حاشية المكاسب في بعض الفروض - ٤- عكس ذلك اختاره الشهيد الثاني في خصوص النوم وظاهره المفروغية عن صحة العقد مع عروض النوم بعد الإيجاب ثم الاتفاق على القبول - فالكلام في موارد - ١- في الإيجاب - ٢- في القبول - ٣- في ما بينهما .

أما المورد الأول - فقد استدل الشيخ الأعظم لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود بأن المعاقد و المعاهدة لا تتحقق بدونها - و أيدى المحقق الأصفهانى ره بأن مناط المعاهدة مع الغير يقتضى كونها كك معافى حال الإيجاب اذ معية المتعاقدين انما هي معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم الغير له والافلا ينقذح القصد الجدى في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار او كالحمار وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلا (وفيه) أولا ان عنوان العقد انما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد وليس منطبقا على الإيجاب فقط وانما شأن الموجب هو الالتزام النفساني و ابرازه وهو انما يكون باقيا ما لم يرفع اليد عنه - فاذا كان باقيا إلى حين القبول والتزم القابل الأهل لذلك حين القبول فقد ارتبط الالتزامان لا محالة وتحقق عنوان العقد - ودعوى - عدم تحقق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة إلى من هو كالجدار - كما ترى - اذا العاقل الملتفت إلى زوجية من يفرض كالجدار كيف لا ينقذح في نفسه القصد الجدى - وثانيا - انه لا ينحصر دليل النفوذ - باوفوا بالعقود (واستدل) صاحب الجواهر ره لذلك بان ظاهر ادلة شرعية القصد ونحوه في العقد اعتبار ذلك في تمام العقد المركب من الإيجاب والقبول لا اعتبار قصد الموجب في الإيجاب فقط وقصد القابل في القبول خاصة فاذا ارتفعت القابلية حال الإيجاب وبعده قبل القبول - لم يحصل الشرط في تمام العقد (وفيه) ان دليل

اعتبار القصد لا يدل على ازيد من اعتبار قصد الموجب في الايجاب خاصة وقصد القابل في القبول فقط (واستدل) له في محكي المسالك بان العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائز يجوز لكل منهما فسخه ويبطل بما يبطل به الجائز ومن جملة الجنون والاعماء (وفيه) انه لم يدل دليل على ان الايجاب قبل القبول بمنزلة العقد الجائز في الاحكام (فالاولى) ان يستدل له بانه بعد ما لا ريب في انه يعتبر في ترتيب العقلاء والشارع الاثر على الالتزام النفساني - ان يظهره لمن هو طرفه في المعاملة - فاذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فالإظهار له كالأظهار - فلاجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الايجاب فتدبر فانه حقيق به .

واما المورد الثاني فيشهد لاعتبار بقاء الموجب لتلك القيود حال القبول الوجه المشار اليه ويمكن ان يقال في هذا المورد بانه بما انه في حال القبول يتم العقد وتتحقق زوجية كل منهما للاخر فلا بد وان يكون الموجب ايضا ممن يكون اهلا لذلك كي يترتب الاثر على التزامه النفساني (واما) ما ذكر في وجهه من عدم تحقق المعاقدة والمعاودة من جهة انتفاء الالتزام النفساني بالاعماء والجنون مثلا (فيرد عليه) ان الالتزامات النفسانية لا تزول بذلك ولذا لا شك لاحد في ان المهود والالتزامات لا تبطل بالموت فضلا عن النوم والاعماء ولا فرق بين الموت قبل لحوق القبول وبعده انضم التزام آخر اليها لا يوجب بقائها ان كانت تزول بالموت.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المورد الثالث وانه لا يعتبر الاهلية بينهما - فلو اوجب احدهما في حال اهلية كل منهما ثم خرجا عن الاهلية وعادا اليها و قبل الاخر صرح (فان قيل) ان الحكم بالبطلان في المورد الثاني ينافي صحة القبول من الموصى له بعدموت الموصى - فمن صحة القبول يستكشف ان موت الموجب وخرجه عن الاهلية لا يكون مانعا عن صحة العقد (قلنا) ان حقيقة الوصية ليست الا الايضاء ولا يعتبر في تحققها القبول بل هي من الايقاعات وقبولها قبول الوصية وردها ردها لانه جزء للوصية - نعم - في الوصية التمليلية يعتبر القبول - الا انه شرط لتنفيذ الوصية لانه جزء

للعقد وتمام الكلام في محله

واما الموضع الثاني - فقد استدل صاحب الجهره لاعتبار واجدية كل منهما للرضا في حال انشاء الاخر بما ذكره في الموضع الاول من انه ظاهر ادلة اعتبار الرضا - والجواب عنه ما تقدم (واستدل) له الشيخ الاعظم ره بعدم تحقق معنى المعاهدة والمعاهدة ح - وذكر في وجهه انه لا ريب في فساد الايجاب بفسخ الموجب وعدم رضا المقابل به فيعلم من ذلك مدخلية رضا كل منهما حال انشاء الاخر في تحقق معنى المعاهدة (وفيه) ان الفسخ غير عدم الرضا فانه يوجب حل الالتزام حقيقة فلا يكون الايجاب باقيا كي يلحقه القبول و يرتبط به وهذا غير مانحن فيه الذي يكون الالتزام و الايجاب باقيا (والحق) ان يقال ان حقيقة العقد هي ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد كان ذلك مع رضاهما بذلك او بدونه فالرضا بالعقد لا يعتبر في تحققه وعدمه لا يخل به من غير فرق بين عدم الرضا اصلا - او عدم الاعتبار به شرعا - وانما هو شرط في تاثير انشاء كل منهما نفسه ولاجل ذلك نلتزم بان صحة عقد المكره اذا لحقه الرضا انما تكون على القاعدة - اضاف اليه انه لو سلم توقف تحقق العقد على الرضا الا ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقد كما تقدم - فاعتبار رضا كل منهما حال انشاء الاخر مما لا اصل له.

عقد الصبي

الثامنة - المشهور بين الاصحاب انه يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل - سواء كان عاقدا لنفسه او لغيره وكالة او ولاية او فضولا فلا اعتبار بعقد الصبي ولا المجنون - بل نفى الخلاف في ذلك غير واحد واستظهر الشيخ الاعظم من تذكرة المصنف ره دعوى الاجماع على ذلك في الصبي (والحق) ان يقال ان عقد الصبي يتصور على وجوه - احدها - كونه مستقلا فيه ولم ياذن الولي فيه - ثانيها - ما اذا اذن الولي ولكن كان العقد مستندا الى الصبي ويكون من قبيل الوكيل المفوض - ثالثها - كونه آلة محضة بمعنى ان العقد مستند الى الولي ان كان العقد لنفسه - ومستند الى

الموكل ان كان لغيره - والاطهر هو بطلان في الوجهين الاولين والصحة في الاخير - كما عن عارية الشرايع - وايضاح الفخر - والمحقق الاردبيلي ره - وذلك لان عمدة دليل المنع عن تصرفات الصبي - ثلاثة .

الاول - حديث رفع القلم عن الصبي الذي رواه (١) في محكي الخصال عن ابن الطبيان عن امير المؤمنين (ع) في سقوط الرجم عن الصبي - اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم - الحديث - وروى (٢) عن قرب الاسناد عن علي (ع) في سقوط القصاص والدية في ماله - وقد رفع عنهما القلم - وفي موثق (٣) عمار عن الصادق (ع) عن الغلام متى يجب عليه الصلاة قال (ع) اذا اتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ونحوها غيرها - قال الشيخ في محكي المبسوط في مسألة الاقرار ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم (والايراد) عليه بان الظاهر منه قلم المؤاخذة - او ان الاجماع قام على عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين - او ان الحديث يرفع السببية التامة عن العقد الصادر منه ولا يرفع السببية الناقصة كما عن الشيخ الاعظم ره (في غير محله) - ان مقتضى الاطلاق المؤيد بان مورد بعض هذه الاخبار القصاص والدية هو رفع جميع الاحكام - والاجماع - قام على ثبوت الاحكام الوضعية في حقه في الجملة لا مطلقا كيف وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبي - وكون عقد الصبي جزءا للسبب ايضا مشمول للحديث (ولكن) يرد على الاستدلال - ان الحديث يدل على رفع قلم الوضع والتكليف عن الصبي - ولازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين - واما على الوجه الثالث فلاذ العقد الصادر عنه وكالة عن الغير او باذن الولي - له نسبتان نسبة الى الصبي ونسبة الى الولي او الموكل - فلا مانع من كونه صحيحا من حيث كونه مستقندا الى البالغ - (مع) انه يمكن منع استناد العقد الى الصبي في هذه الصورة فتدبر .

١-٣-الوسائل - باب ٢- من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١-١٢

٢-الوسائل - باب ٣٦ من ابواب القصاص في النفس حديث ٢

الثاني النصوص (١) الدالة على عدم جواز امر الصبي في البيع والشراء واستدل بها في المقام بتقريب انها تدل بالاطلاق على عدم نفوذ بيعه وشرائه حتى مع اذن الولي - ويتم في النكاح بعدم القول بالفصل (اقول) ان دلالتها على بطلان عقده مع الاستقلال لا تنكر - ولا تدل على بطلانه مع كونه آلة محضة لانه لا يستند العقد اليه وعلى هذا بنوعه على عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه فالعقد على هذا الوجه عقد الولي او الموكل - ولو تنزلنا عن ذلك فلا قل من ان له نسبتين نسبة الى الصبي - ونسبة الى الولي او الموكل - فلا مانع من نفوذه ومضيه بالاعتبار الثاني .

الثالث النصوص المتضمنة لكون عقد الصبي خطأ - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الصادق (ع) عقد الصبي وخطائه واحد - وتقريب الاستدلال بها - انها تدل على ان الاحكام المترتبة على الافعال مع القصد والعمد لا يترتب على افعال الصبي وان اعماله عن قصد كالاعمال الصادرة عن غيره بلا قصد فعقده كمقد الهازل والنائم (وفيه) ان هذه الاخبار مختصة بباب الجنائيات لان العمد والخطاء انما يتصوران في الامور التي لها واقع محفوظ وذلك الامر قد يترتب على سببه قهرا - وقد يترتب عليه عن قصد - واما الامور المتوقف تحققها على القصد كالعمود والايقاعات حيث انها لا تتحقق بدون القصد فلا يتصور فيها الخطاء اذ لو قصدها تقع والا فلا لانها تقع خطأ مع انه انما يصح تنزيل شيء منزلة آخر لو كان للمنزل عليه اثر ليكون التنزيل بلحاظه كما في القتل فان للخطائي منه اثر - واما ما لاحكم لخطائه كباب العمود على فرض تسليم الخطاء فيها فلا يصح فيها هذا التنزيل - فالأظهر انه لا دليل على بطلان عقد الصبي اذا كان آلة محضة لاجراء الصيغة .

وقد استدل على جواز عقده على هذا النحو بوجوده - ١ - خبر (٣) ابراهيم

١- الوسائل - باب ١٤ - من ابواب عقد البيع وشروطه - باب ٢ من ابواب كتاب الخجر

٢- الوسائل - باب ١١ - من ابواب العاقلة .

٣- الوسائل - باب ١٦ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد -

ابن ابي يحيى عن الصادق (ع) تزوج رسول الله (ص) ام سلمة زوجها اياه عمر بن ابي سلمه وهو صغير لم يبلغ الحلم - ٢ - السيرة التى ادعاها سيد الرياض وغيره - على المعاملة مع الصبيان قبل البلوغ فى بلاد الاسلام و فى جميع الاعصار وحملها على كونها صادرة من غير المباليين بالدين - مقطوع الفساد - بل على ذلك سيرة العقلاء - ولم يردع الشارع الا قدس عنها و انما ردع عن الاستقلال كما عرفت - ٣ - الآية الكريمة (١) «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم» فان ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى - وقوله تعالى - حتى - سواء كانت للفاية ام للابتداء - والظاهر من الابتلاء باليتامى بالمعاملات على الاموال بان ياذنوا لهم فى البيع والشراء قبل البلوغ وذلك يقتضى صحة تصرفاتهم مع الاذن - (فالمتحصل) مما ذكرناه صحة عقد الصبي اذا كان باذن الولى - او وكىلا فى اجراء الصيغة خاصة - وبما ذكرناه ظهر حكم المجنون الذى يعرف ما يقول ويقصد ولكن الظاهر تسالمهم على بطلان عقده راساً.

عقد السكرى اذا اجازت بعد الافاقة

ومما مر ظهر انه لا اعتبار بعقد السكران فلا يصح ولومع الاجازة بعد الافاقة كما هو المشهور لا تنفائ القصد المقوم للانشاء - او كون قصده بنظر العرف كالا قصد - نعم - ان كان السكر بحد يتحقق معه القصد عرفاً وان لم يعرف المصلحة والمفسدة فيما يفعله - صح عقده لوافقوا اجاز - واعتبار الاجازة انما هو لاعتبار الرضا - فتدبر - واما عقد السكرى ففيه قولان - احدهما - ماعن الصدوق فى الفقيه والمقنع والشيخ فى النهاية ومن تبعه والقاضى والكفاية والحدائق والوسائل وهو الصحة ان اجازت بعد الافاقة - ثانيهما - ماعن الاكثر بل المشهور وهو البطلان - والظاهر ان

اكثر المتقدمين لم يتعرضوا لهذه المسألة وكيف كان فقد استدل للاول بصحيح (١) ابن بريم قال سالت ابا الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم افافت فانكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها ففزعته منه فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج احوال هولها ام التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها فقال (ع) اذا اقامت بعدما افافت فهو رضا منها قلت ويجوز ذلك التزويج عليها فقال (ع) نعم واورد عليه اصحاب القول الثاني بايرادات (منها) ان الخبر ضعيف لاعراض المشهور عنه (وفيه) ان الشهرة الموجبة للوهن هي ما كان مخالفا شاذا وهو في المقام غير ثابت اذ جماعة اقتوا بمضمون الخبر كما مر وقتوى اكثر القدماء غير معلومة (ومنها) انه يمكن ان يكون الحكم بالجواز لاجل رضاها و تمكينها لالاجل ما فعلت في حال السكر فتدل على جريان المعاطاة في النكاح (وفيه) انه يرده قوله (ع) نعم في جواب قول السائل ويجوز ذلك التزويج عليها (ومنها) ما في الجواهر وهو انه يمكن تنزيل الصحيح على توكيلها في التزويج كما هو الغالب والمتعارف فهو ح فصولي (وفيه) انه خلاف ظاهر قوله فزوجت نفسها الظاهر في المباشرة - و خلاف ظاهر قوله ام التزويج فاسد لمكان السكر فان الظاهر منه صدور ذلك منها في حال السكر (ومنها) ما عن كشف اللثام وهو حمل على ما اذا كان الزوج جاهلا بسكرها فانه لا يسمع في حقه قول المرنئوت تجري عليهما احكام الزوجية ظاهرا - فالخبر في مقام بيان الحكم في مقام الالبات لا الثبوت (و فيه) انه ينافيه قوله (ع) فهو رضا منها - وقوله (ع) نعم في جواب قوله ويجوز ذلك التزويج عليها (ومنها) ما عن المختلف وهو ان الخبر محمول على سكر لم يبلغ حد التحصيل فانه اذا كان كك صح العقد مع تقريرها اياه (واورد عليه) في المسالك - بانه اذا لم يبلغ ذلك الحد فمعهها صحيح وان لم تقرره ولم ترض به بعد ذلك فالجمع بين اعتبار رضاها مع السكر مطلقا غير مستقيم (وفيه) انه اذا لم يبلغ السكر ذلك الحد وكان بحد غطى عقلها ولم تفرق بين ذى المصلحة وذى المفسدة فهي وان

كانت قاصدة للعقدح الا انها فاقدة للرشد وعليه فاذا تعقبه الاجازة صح - فلا يكون العقد عن غير قصد كمقد النائم حتى يبطل راسا ولا من قبيل الصادر عن الرشيد الملتفت فيصح بدون الاجازة - نعم- يبقى الكلام في وجه هذا الحمل في مقابل اطلاق الدليل ولعل وجهه - قول السائل فزوجت نفسها الظاهر في حصول مضمون العقد - فانها اذا لم تكن قاصدة لماتحقق الزوجية- وقوله (ع) فهو رضا منها - الكاشف ذلك عن ان ما فعلت ناقص من حيث الرضا خاصة - ولا يتم ذلك الا في الصورة المفروضة (ويترتب) على ذلك ان هذا الحكم يكون على وفق القاعدة فالحاق السكران بهافي محله.

لوتعلق الاكراه بالعقد

ثم انه بعد ما اريب في ان الاكراه اذا تعلق بالتزويج بطل بمعنى انه يتوقف على الرضا بالعقد - وقع الكلام في انه اذا اكراه على خصوص اجراء الصيغة كمالو اكراه الزوج العاقد في اجراء الصيغة هل يصح العقد ام لا- وفيه قولان - واستدل للفساد بانه مقتضى حديث (١) رفع الاكراه - (وفيه) ان لفعل الوكيل المكره جهتين احدهما جهة العقدية - ثانيهما - جهة قيامه بالوكيل والاكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العرية ونحوها بعد كونه مستجمعا لها - والجهة الثانية غير دخلية في ترتب الاثر وحصول النقل والانتقال لكون الوكيل اجنبيا بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى الزوج الموكل والمفروض عدم كونه مكرها فمأهوم موضوع الاثر لم يتعلق الاكراه به وما تعلق الاكراه به لا اثر له (وربما يستدل) له بان العقد الى المعنى شرط في صحة العقد ومع الشك في ذلك لا اصل يحرز به كون المكره قاصدا له اذ اصالة القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكره عليها - وفيه (اولا) ان الكلام انما هو بعد احراز القصد (وثانيا) ان اصالة القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية

١- الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس وباب ١٢ - ١٦٢ - من ابواب كتاب الايمان

كحركة يد المرتعش - فلا تظهر صحة العقد .

ثم ان الكلام في ان الاكراه اذا تعلق بالتزويج لا يترتب عليه الاثر - الا اذا تعقبه الرضا يحتاج الى بسط وتفصيل وقد اشبعنا الكلام في ذلك في الجزء الثاني عشر من هذا الشرح فراجع .

(و) لا يشترط في العاقد الذكورية (فلو تزوجت المرأة نفسها صح) العقد بلا خلاف بل في المستند بالاجماع المحقق والمحكى - ويشهد به مضافا الى اطلاق الأدلة - خصوص كيفية المتعة - وخالفنا الشافعية ولا يهمننا التعرض لما دعاهم الى ذلك .
(و) ايضاً (لا يشترط الولي مع البلوغ والرشد) كما سيأتي مفصلاً في الفصل الثاني (ولا الشهود) كما نتعرض له في مبحث الاداب .

اشتراط الخيار في عقد النكاح

الثامنة المشهور بين الاصحاب عدم صحة اشتراط الخيار في النكاح - وقد استدلوا لذلك بوجوده (احدها) ما ذكره المصنف ره في كتاب التجارة وهو توقف ارتفاعه على الطلاق (وفيه) انه لو كان دليل الطلاق دالاً على عدم ارتفاعه ولو بنحو رفع علقه النكاح من دون انشاء البينونة والفرقة بغير الطلاق اما بالمنطوق او بالمفهوم - كان ما افاده متينا جداً - ولكن حيث انه لا يدل على ذلك فلا يصح هذا الاستدلال (ثانيها) ما افاده المصنف ره ايضاً وهو ان دليل نفوذ شرط الخيار هو دليل (١) امضاء الشرط انما يدل على ايجاب ما هو سائغ في نفسه ومشروعية الفسخ لا بد لها من دليل وقد وجد في البيع من جهة مشروعية الاقالق وثبوت خيار المجلس والحيوان فيه ولم تثبت مشروعيته في النكاح (وفيه) انه لم يثبت مشروعية الفسخ في البيع اى الفسخ الذي يجعل للمشروط له بل الثابت عدمها قبل الشرط ومشروعية الاقالة والفسخ بسبب خيار المجلس او الحيوان لا توجب مشروعية الفسخ بسبب آخر مع انها غير ثابتة بالاضافة الى الاجنبى ويصح جعل الخيار له (ثالثها) ما افاده صاحب ١ - الوسائل باب - ٦ من ابواب الخيا - وباب ٤ من ابواب كتاب المكاتبه .

الجواهر وهو ان فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار (وفيه) ان مجرد ذلك لا يكفي لكونه عبادة لايجرى فيها الخيار فانه لا يعتبر فيه قصد القرية قطعاً (رابعها) ماعنه ايضا وهو ان اشتراط الخيار فيه يقضى الى ابتذال المرثة وهو ضررها (وفيه) انه مع اقامها عليه لا يوجب دليل (١) نفى الضرر فيه (خامسها) ان شرط الخيار مناف للدوام المعتبر في النكاح الدائم فهو شرط مخالف لمقتضى العقد (وفيه) ان الخيار لا ينافي الدوام فانه رفع للموجود لا توقيت له ولذا في البيع لا اشكال في صحة شرطه مع انه ايضا انشاء للملكية الدائمة (سادسها) انه شرط مخالف للسنة لان لزوم النكاح حكمي لاحق ولا اقل من الشك في ذلك فلا يجوز التمسك بالعام (وفيه) انه لم يثبت كونه كك وقد مر ان الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام لاصالة عدم المخالفة (فلا تظهر) انه لا دليل على المنع سوى الاجماع المدعى في كلمات غير واحد ولا باس به .

لوادعى رجل زوجية امرأة

ثم ان المناسب للمقام التكلم في مسائل متفرقة (احدها) انه لو ادعى رجل زوجية امرأة فهي اما تصدقه - او تكذبه - او تقول لا ادري وهو انما يكون اذا ادعى الزوج تزويجها بانذ الولي حين ولايته عليها .

فان صدقته يحكم بتلك في ظاهر الشرع بالاخلاف ظاهر (واستدل له) في الجواهر وغيرها بان الحق ينحصر فيهما وقد اقرابه فيدخلان في عموم (٢) اقرار العقلاء على انفسهم جائز لانه الفرض (ولكن) القاعدة تختص بما يكون على نفسه فلا تشمل ما يتعلق بغيره كارت احدهما من الاخر فانه يتعلق بوارثه - بل لا تشمل القاعدة الاثار التي لهما كالوطء - مع ان ظاهر كلمات الاصحاب البناء على ترتيب جميع آثار الزوجية - وقد يستدل له بان ذلك من قبيل الدعوى بالامعاض - ولكن دليلها وهو النص (٣) - مضافا الى

١- الوسائل باب ١٧- من ابواب الخيار

٢- الوسائل باب ٣- من ابواب كتاب الاقرار حديث ٢

٣- الوسائل باب ١٧- من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى.

ضعفه - لا يشمل المقام - وبذلك يظهر ما في الاستدلال بأنه يرجع الى الاخبار عن نفسه او ماتحت يده كما لو اخبر بطهارة بدنه - فانه لاعموم لادلته بنحو يشمل المقام (فالاولى) ان يستدل به بقاعدة - من ملك شيئاً ملك الاقارب به الثابتة بالاجماع القولي والعملي كما يظهر من بناء الاصحاب على احكام لا تنطبق الاعلى ذلك - و بيناء العقلاء ولم يردع الشارع عنها - فان مفاد القاعدة ان من كان له السلطنة على شيء يكون اخباره عنه حجة سواء اثبتته على نفسه او على غيره - ويؤيده الادلة المتقدمة - وان كان ثقة يشمل ما دل على حجية خبر الثقة حتى في الموضوعات (وليس) لاحد مزاحمتها الا للمدعى الحسى اذا ادعى حرمة احدهما على الاخر لرضاع او نكاح في عدة او ماشا كل فيسمع ادعائه ان كانت له بينة والا فلا ولا يمين على المنكر لعدم كونه حقا للمدعى.

ان ادعى الرجل زوجية امرأة وكذبت - فيجرى عليهما قواعد الدعوى كما عن القواعد وغيرها - فيطلب من الرجل البينة فان كان له البينة يحكم بزوجيتها له فيجب عليهما مراعاة حقوق الزوجية ظاهرا - وان لم يكن له البينة يحلف المرءة لعموم قولهم (ع) (١) في نصوص كثيرة البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه - فان حلفت يحكم بعدم الزوجية وترتيب آثاره في الظاهر - لكن المرءة في الفرض السابق والرجل في هذا الفرض ما خوذان باقرارهما المستفاد من الدعوى والانكار فليس للرجل في هذا الفرض تزويج الخامسة ولا ام المنكرة ولا بنتهما مع الدخول - ويجب عليه اصال المهر اليها وان كان لا يجوز لها اخذه - وايضاً في الظاهر لا يجب ذلك ولذا ليس لاحد الزامه به وليس للمرءة في الفرض السابق ترتيب آثار الزوجية (وقالوا) انه قبل التحليف يحكم عليه بمقتضى اعترافه ولها بمقتضى انكارها - فيمنع الرجل من تزويج الخامسة ومن اختها - وما شاكل - و باشتغال نعمته بالمهر ولكن ليس لها مطالبة لانكارها - ولا لغيرها لانه لو كان فهو حقها فليس للغير المطالبة بدون اذنها - نعم لوراثتها المطالبة لو ماتت لانهم لم ينكروه (ولكن) الاظهر عدم ثبوت الاشتغال - اذ كما ان الرجل بادعائه

الزوجية يقر باشتغال نعمته لها بالمهر كك المهرثة بانكارها الزوجية تقر بعدم اشتغال ذمته به فكل من الاقرارين الضمينين يوجب شيئاً غير الآخر فلاوجه لتقديم اقرار الزوج - مع ان الاشتغال لازمه وجوب الاداء وهو يناقض حرمة الاخذ - فيسقطان .

وان ردت المهرثة الحلف - فحلف الرجل - او نكحت المهرثة يحكم بالزوجية و ترتيب اثارها في ظاهر الشرع لعموم ادلة (١) اليمين المردودة والنكول وفي المتن (ولا يلتفت الى دعوى الزوجية بغير بينة او تصديق) وظاهر عدم تسلطه على تحليفها ولاوجه له كما صرح به المحقق الثاني .

وان قالت لا ادري فلا تسلط له عليها بالزوجية الا بعد قيام البينة - فلولم يكن له بينة سقطت دعواه وليس له تحليفها المادل من النصوص (٢) على ان الحلف لا بد وان يكون على البت فيرجع الى الاصل المقتضى لعدم تحقق الزوجية فيحكم به .

و مما ذكر يظهر حكم ما لو ادعت امرأة زوجية رجل فيجوز فيه الصور المتقدمة في المسألة السابقة - ونظير ما اذا كان الدعوى على الزوجة ما اذا كان الزوج مزوجاً بما لا يجتمع مع زوجية هذه كاختها او بنتها وكالا ربع ويظهر حكم الجميع مما ذكر .

لو اجتمعت دعويان غير ممكن الاجتماع صدقهما في الزوجية

المسألة الثانية (و) لو اجتمعت دعويان غير ممكن الاجتماع صدقهما في الزوجية

كما (لو ادعى رجل زوجية امرأة وادعت اخت الزوجة) او بنتها (زوجيته)

وكانت المهرثة الاولى منكراً لزوجية الرجل - فهناك دعويان - احداهما - من الرجل على المهرثة - والثانية - من المرأة الاخرى على ذلك الرجل - وح - فاما ان لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين - او تكون لاحدهما دون الآخر - اول كليهما . اما في الصورة الاولى - فيتوجه اليقين على المنكر في كلتا الدعويين - فان حلفاً سقطت الدعويان - ولوردت الاولى عليه اليمين مثلاً فحلف هو وثبت دعواه -

١- الوسائل باب ٧- ٣- من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى .

٢- الوسائل باب ٢٢ من كتاب الايمان .

فهل لمرءة اليمين على المدعية - وجهان - من ان نتيجة الرد وحلفها سقوط الدعويين للتكاذب - ومن ان التساقط ليس اثر الرد الثانى بل من آثار الردين واجتماع البينتين المرودتين - فعلى الاول - اذا حلفت سقطت الدعويان للتكاذب - وان ردت وحلف الرجل ثبتت دعواه وسقطت دعواها - هذا فيما اذا لم يدخل الرجل بالثانية - والا - ففى كون اليمين عليه لانه المنكر لموافقة قوله للاصل - او عليها لموافقة قولها للظاهر وجهان اقواهما الاول.

واما فى الصورة الثانية وهى ما اذا كان لاحد هما يمينه - فيثبت مدعى من له البينة - وهل تسقط دعوى الآخر - ام يجرى عليها قواعد الدعوى من حلف المنكر او رده - قولان (قد استدل) للاول بان البينة حجة شرعية واذا ثبت بها زوجية احدى الامرتين لا يمكن معه زوجية الاخرى كان لازم ثبوتها عدم زوجية الاخرى (واورد عليه) بان البينة والشهادة بزوجة احدهما وان كانت حجة على نفى زوجية الاخرى لكنها ليست شهادة بالنفى (وفيه) انه يتم اذا كان مستند البينة وقوع العقد المبنى على ظاهر الصحة - فانه ح يمكن الغفلة عن ذلك او عدم اعتقاد الملازمة - واما اذا كان المستند العلم بالبينة كما تشهد بالزوجية المدعاة للرجل مثلا تدل على كذب دعوى الآخر (فالاولى) ان يقال ان هذا يتم بناء على قبول بينة المنكر - وتكون بدلا عن يمينه كما عليه جماعة - واما على المشهور من عدم قبولها فلا بد من اجراء قواعد الدعوى من حلف المنكر او رده ولذلك قال الشهيد ره انه لا بد له ح من اليمين على ما ادعته الاخ - اللهم الا ان يستفاد من فحوى الخبر الاتى عدمه هنا بناء على العمل به فى مورد - ويمكن ان يقال ان البينة على دعوى تقتضى فساد دعوى المدعى ليست هى بينة منكر فالأظهر هو الاول.

واما فى الصورة الثالثة - فتارة تكون البينتان مطلقتين - واخرى تكونان مؤرختين - وثالثة يكون احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة - والمؤرختان تارة يتفق تاريخهما واخرى يختلف - ومع الاختلاف تارة يتقدم تاريخ بيئته - واخرى يتقدم

تاريخ بينتها - وعلى جميع التقادير تارة يكون كل منهما مع الدخولي واخرى بدونه.
ثم ان الكلام في موردين - الاول - فيما يقتضيه القواعد - الثاني - في النص الخاص
اما المورد الاول فمحصل القول فيه - انه تارة يكون مستند احدى البينتين
العلم ومستند الاخرى الظهور او الاصل كما اذا كان مستند بينة الرجل استصحاب
بقاء العقد او ظهور وقوع العقد في كونه صحيحا او دخول الرجل و مستند بينة المرأة
العلم - ففي هذه الصورة يقدم ما مستنده العلم - فان العلم الذي هو مستند احداهما
مقدم على مستند الاخرى عند المشهود عنده فتكون البينة الاخرى باطلة المستند
فلاتكون حجة - واخرى - يكون مستند احداهما الظهور ومستند الاخرى الاصل
فالحكم كما في سابقه فان الظهور مقدم على الاصل - وثالثة - يكون مستند كل منهما
العلم ففي هذه الصورة تتساقطان من غير فرق بين اطلاق البينتين - او كونهما مؤرختين
متفارتين او مختلفتين او كون احداهما مؤرخة والاخرى مطلقة - للتعارض بينهما
في جميع الفروض والتساقط.

واما المورد الثاني - فالنص هو خبر (١) الزهري عن علي بن الحسين (ع) في -
رجل ادعى على امرأة انه تزوجها بولي وشهود وانكرت المرأة ذلك فاقامت اخت
هذه المرأة على هذا الرجل البينة انه تزوجها بولي وشهود ولم يوقتا وقتنا فكتب (ع)
ان البينة بينة الرجل ولا تقبل بينة المرأة لان الزوج قد استحق بضع هذه المرأة وتريد
اختها فساد النكاح فلا تصدق ولا تقبل بينتها الا بوقت قبل وقتها او بدخول بها - وهو يدل
على انه (يحكم لبينية الامع تقديم تاريخها) اي تاريخ بينتها - (او دخوله بها) وعمل
الاصحاب به - وعن جامع المقاصد كان هذا الحكم مجمع عليه بين الاصحاب وعن
المسالك لا يظهر فيه خلاف بينهم وانه ربما ادعى عليه الاجماع - وقريب منهما كلمات
غيرهما من الاساطين (او رد عليه) بانه مخالف للقواعد من جهتين احداهما - ان الرجل
منكرو يقدم قوله مع عدم البينة ومن كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه - وقد دل

الخبر على ان البينة بينته ذكره الشهيد والمحقق الثانيان - ثانيتهما - انه يدل على تقديم احدى البنتين على الاخرى من غير مرجح وربما (يجاب) عن الاولى بان الرجل منكر بالنسبة الى دعوى الاخت - لابلانسة الى دعواه على اختها فانه ح مدع (وفيه) ان النص يدل على تقديم بينته حتى بالاضافة الى دعوى الاخت عليه التى يكون هو فيها منكرا (واجاب) الشيخ الاعظم ره عن الثانية بان كلا من البنتين مستنداهما العقد فها متساويتان فى الاعتماد والاستناد - الا ان الرجل والاخت يختلفان فى الاعتماد فان اعتماد الاخت فى دعواها على ظاهر العقد كبينتها - واعتماد الرجل فى دعواه على العلم بصحة ما يدعيه وفساد ما تدعيه الاخت فان مناط صحة ما تدعيه الاخت انما يعرف من قبل الرجل وهو اعرف به (وفيه) ان النص مطلق يدل على تقديم بينة الرجل حتى فى مورد اعتماد الاخت على العلم وكذا بينتها (ولكن) الذى يرد على الايراد انه لامانع من العمل بالنص فى مقابل القواعد وان خالفها - واما دعوى - ان مورد السؤال قضية خاصة لاكمية - فمند فعة - بانه ينافيه مافيه من التفصيل - كما ان دعوى ان السؤال فى الخبر لعله كان مشتملا على بعض القيود الدالة على لزوم تقديم بينة الرجل وصحة دعواه وان ما كان من الاخت كان مناصرة منها لاختها - تندفع - بان هذا ينافى الامانة فى النقل ولو فتح هذا الباب لايصح الاستدلال بكثير من الاخبار وان شئت قلت ان اصاله عدم الزيادة اصل عقلاى متبع فى المحاورات - فالظاهر هو العمل بالنص - ولكن المتعين الاقتصار على موردده وهو خصوص - الاختين - وما - فى الجواهر من ضرورة عدم مدخلة الاخوة فيه بل انما هو لتحريمه وهو مشترك بين الجميع - غير ظاهر الوجه - فالظاهر - عدم انسحاب الحكم فى مثل الام والبنت كما عن جامع المقاصد الجزم به (ثم ان) ظاهر النص عدم الاحتياج الى اليمين - وعن قواعد المصنف ره والمسالك الاقتدار اليه - وعلل بانه مع التعارض يتساقط البينتان فلا بد من مرجح للحكم باحداهما - وفيه - انه لا وجه له بعد كون النص ظاهرا فى عدم الاقتدار

لوقصد احدى بناته ولم يسمها

الثالثة - اذا كان لرجل عدة بنات فتزوج واحدة ولم يسمها عند العقد ولا عينها بغير الاسم لكنه قصد ما معينة واختلف الاب والزوج فيها - ففي المتن (و القول قول الاب في تعيين المعقود عليها بغير تسمية مع رؤية الزوج للجميع والابطال العقد) و نسب ذلك الى الشيخ في النهاية والقاضي ابن البراج والمحقق والشهيد في اللمعة وغيرهم - وعن الشهيد الثاني نسبه الى اكثر الاصحاب وعن الحلبي والمسالك والروضة وشرح النافع وجامع المقاصد انه لا بد من الرجوع الى التحالف - وفي العروة نسبة ذلك الى المشهور.

والكلام في موردين - الاول - فيما يقتضيه القواعد - الثاني في النص الخاص - اما الاول فقد يكون العاقد هو الاب وحده بان وكله الزوج ويكون متوليا للايجاب و القبول - وقد يكون هو الاب مع وكيل الزوج - او مع نفسه - ففي الصورة الاولى - ان كان الزوج فوض الامر الى الاب حتى في تعيين الزوجة فالقول قول الاب يمينه لانه وكيل على العمل فيقبل قوله ويكون خصمه مدعيا - وان لم يفوض امر التعيين اليه بل عينوا واحدة ثم وكله في العقد - فالقول قول الزوج يمينه لصالحة عدم توكيله فيما يدعيه - وفي الصورة الثانية - يكون قول الوكيل حجة على الزوج دون الاب - وفي الصورة الثالثة - ان كان القبول من الزوج وقع على ما قصد الاب فوقع الاختلاف في قصده فالقول قول الاب يمينه لانه اعرف بفعله .

واما المورد الثاني ففي صحيح (١) ابي عبيدة قال سالت ابا جعفر (ع) عن رجل كثر له ثلاث بنات ابكار فزوج احدهن رجلا ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقا فلما بلغها ادخلها على الزوج بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة فقال الزوج لا يبيها انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك قال فقال ابو جعفر (ع) ان

كان الزوج رآه من كلهن ولم يسم له واحدة فالقول في ذلك قول الاب وعلى الاب فيما بينه وبين الله تعالى ان يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى ان يزوجها اياه عند عقد النكاح وان كان الزوج لم يره من كلهن ولم يسم له واحدة منهم عند عقد النكاح فالنكاح باطل - وهو يدل على القول الاول .

واورد اصحاب القول الثاني عليه بوجوه (١) اعراض المشهور عنه (وفيه) ان الاكثر افتوا بمضمونه كما مر ومن لم يفت به ما بين من لا يعمل باخبار الاحاد كالحنابلة وبين من خرجه وحمله على ما لا ينافي القواعد - وعليه فلا اعراض عنه (٢) انه مخالف للقواعد (وفيه) انه اخص منها فيقدم - و ان شئت قلت ان القواعد كما تؤسس بالدلالة الشرعية والروايات كك تخصيص بها (٣) انه يمكن حمله على بعض المحامل ففي شرايع ان كان الزوج رآه من القول قول الاب لان الظاهر انه او كل التعيين اليه وعليه ان يسم اليه التي نواها وان لم يكن رآه من كان العقد باطلا ونحوه ما عن المختلف - وعن كشف اللثام لا بعد في ان يكون التفويض الى الولي جائزا في النساء اللاتي رآه من لانهن تعين عنده دون من لم يره من لكثرة الجهالة لان الرؤية دليل على التفويض وان التفويض جائز مطلقا (ولكن) يرد على ما افاده المحقق والمصنف - ان التفويض الى الاب ان كفى مع تولية القبول من غير ان يقصد معينة فلا فرق بين الرؤية وعدمها فيلزم الصحة على التقديرين وان لم يكف بطل على التقديرين ولا دلالة في الرؤية ولا عدمها على شيء من الامرين كذا في الجواهر - وتبع في ذلك الشهيد الثاني ره حيث قال دعوى ان رؤيتهن دلت على الرضا بما عينه الاب وعدمها على عدمه في موضع المنع لان كل واحدة من الحالين اعم من الرضا بتعين الاب وعدمه وليس في الرواية على تقدير الاعتناء بها دليل على ذلك بل في هذا التنزيل تخصيص لها في الحالين انتهى - ويرد على ما افاده كاشف اللثام ان الرؤية ليست شرطا لصحة التفويض - ضرورة انه يجوز للانسان ان يفوض تزويجه الى غيره و ان لم يكن قد رآى امرأة من النساء - مع - ان مورد الخبر النزاع في التفويض وعدمه ولو سلم انه يشترط في صحة التفويض رؤية الجميع لم يكف ذلك لتقديم قول الاب - فالانصاف انه لا يمكن تنزيل الرواية على القواعد ولا ملزم لذلك فيعمل بها ومقتضى

اطلاقها ذلك في جميع الصور الثلاث المتقدمة - كما ان ظاهرها عدم الاحتياج الى
اليمين فيلتزم به ايضا .

لزوم تعيين الزوج والروجة

الرابعة طفت كل ماتهم بانه يشترط تعيين الزوج والروجة على وجه يمتاز كل منهما
عن غيره بالاسم او الوصف او الاشارة فلو قال زوجتك احدى بناتي بطل - وكذا لو قال
زوجت بنتي احدى بنيتك او احدى بنيتك وفي رسالة الشيخ الاعظم بالاخلاق ظاهر وفي الكفاية
لا عرف فيه خلافا وعن الكشف انه اتفقي - والمراد بذلك ليس تعيينهما حال العقد
بل المراد التعيين في الواقع وان لم يعلم بذلك حين العقد - كما ان المراد به ليس لزوم
ذكرهما حال العقد فلا يكفي اتفاقهما في النية والقصد المعلوم عند كل واحد منهما
فان الظاهر القطع بصحة ذلك .

ثم ان المراد بذلك ان كان ما يقابل المردد فوجهه ان المردد من حيث هو لا ماهية له
ولا وجود ولا تحقق فلا يكون موضوعا للاحكام - وان كان ما يقابل الكلى الذمى - فوجهه
ظاهر لعدم تصوره في الانسان - وان كان ما يقابل التخيير فهو ايضا ظاهر اذ التخيير المتصور في
الواجبات مثلا وهو وجوب كل منهما عند ترك الاخر لا يتصور في المقام - وان كان ما يقابل
الكلى في المعين - فوجهه . ان الزوجية بحسب المرتكزات العرفية ليست من قبيل
الملكية الصالحة للقيام بالكلى ما لا ومملوكا - بل هي من قبيل الاخوة والبنوة وما شاكل
من الاضافات التي لا تقوم بغير المتعنين فلا يصح اعتبارها بين غير المتعنين - وامام افاده
المصنف ره في وجه ذلك من ان الاستمتاع يقتضي فاعلا ومنفعلا معينين لتعيينه - فيرده
ان الانتفاع المقصود من البيع ايضا يتوقف على التعيين والحل انه يكفي في ذلك
التعيين بعد العقد - فالعمدة هو الاجماع المعتضد بما ذكرناه .

ولو عين الزوجة ولكن سماها بغير اسمها - كما لو قال زوجتك بنتي فلانة وسماها بغير
اسمها ولا بنت له سوى واحدة او قال زوجتك بنتي الكبرى فاطمة وتبين ان اسمها

خديجة - اوقال زوجتك هذه التي تراها وهي فاطمة - اوهى الكبرى فالظاهر هو الصحة ووقوع العقد على المقصود ويلغى ما وقع غلطاً - ووجهه واضح .

ثم انه رتب على ذلك اى لزوم تعيين الزوجة فى الشرايع - انه لا يصح نكاح الحمل - والظاهر انه لا خلاف بينهم فى عدم صحته (واستدله) باحتمال كونه واحداً وازيد فلا تعيين هناك - باحتمال كونه غير قابل للنكاح بان يكون ذكراً او خنثى مشكلاً - وبانه قبل ولوج الروح فيه لا يكون انساناً وبعده لا دليل على ولاية الاب او غير على الحمل - فيكون المنع لقصور فى المتصرف لافى موضوع التصرف - وبانصراف الادلة (والكل) قابلة للخدشة اذا تعدد لا ينافى التمييز والتعيين - واحتمال كونه غير قابل للنكاح يجتمع مع البناء على الصحة مراعاة بقابلية النكاح - وان شئت قلت انه لا دليل على اعتبار التعيين فى مقابل احتمال الذكورية والانثوية - كما لا دليل على لزوم التعيين المقابل للجهالة بالوحدة والتعدد - وعدم ثبوت الولاية عليه لا ينافى صحة العقد فضولياً - والانصراف ممنوع - فالعمدة فيه الاجماع ان ثبت والظاهر ثبوته .

ثم انه لا يشترط فى النكاح علم كل من الزوج والزوجة باوصاف الاخر مما يختلف به الرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر او قلته فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل باوصافها بالاخلاف وادعى صاحب الجواهر انه على ذلك الضرورة - ويشهد به مضافا الى عمومات الصحة بعد فقد الدليل على اعتبار ذلك السيرة القطعية - وقاعدة الفرر لا تجرى فى المقام للسيرة - والافقى بعض كتب (١) المصنف ره رواية نهى النبى (ص) عن الفرر - وعمل بها الاصحاب فى كثير من المعاملات وظاهرهم الاعتماد عليها.

تزويج امرأة تدعى انها خلية عن الزوج

الخامسة يجوز تزويج امرأة تدعى انها خلية من الزوج من غير فحص بالاخلاف

ولا كلام و يشهد به قصص - كخبر (١) ميسرقلت لابي عبدالله (ع) القى المروة بالغلاة التي ليس فيها احد فاقول لها لك زوج فتقول لا فأتزوجها قال (ع) نعم هي المصدقة على نفسها - وخبر (٢) يونس قال سألته عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها لك زوج فقالت لا فتزوجها ثم ان رجلا اتاه فقال هي امرأتى فأتكرت المروة ذلك ما يلزم الزوج فقال (ع) هي امرأته الا ان يقيم البيئة - وخبر ابان (٣) بن تغلب عن الصادق (ع) في المروة الحسنة ترى في الطريق ولا يعرف ان تكون ذات بعل او عاهرة فقال (ع) ليس هذا عليك انما عليك ان تصدقها ونحوها غيرها - بل الظاهر جواز تزويجها اذا لم تدع ذلك ولكن دعت الرجل الى تزويجها واجابت اذا دعيت الى ذلك لخبر (٤) محمد بن عبدالله الاشعري قال قلت للرضا (ع) الرجل يتزوج بالمروة فيقع في قلبه ان لها زوجا فقال وما عليه اذ اُبت لوسألها البيئة كان يجد من يشهد ان ليس لها زوج - ونحوه خبر (٥) الفضل مولى محمد بن راشد (ودعوى) ان الظاهر من الخبرين ترك السؤال بعد التزويج (مندفعة) بانهما ظاهران في انه لم يسألها قبل التزويج وحكم (ع) بالصحة - اضاف اليه عموم العلة .

ولو كانت متهمة في دعواها فهل يجب الفحص - ام لا - وجهان يظهر من الحدائق وغيرها ان عدم وجوب الفحص اجماعى - ومقتضى صحيح (٦) ابى مريم عن الباقر (ع) انه سئل عن المتعة - فقال ان المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم انهن كن يومئذ يؤمن و اليوم لا يؤمن فاسئلوا عنهن - لزوم الفحص - ولكن للاجماع المدعى على عدم وجوبه ولخبر الاشعري المتقدم ونحوه غيره يحمل الامر على الاستحباب .

١- الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

٢- الوسائل - باب ٢٣ - من ابواب عقد النكاح حديث ٣

٣- المستدرک باب ٩ - من ابواب المتعة حديث ١

٤- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب المتعة حديث ٥-٣

٥- الوسائل باب ٦ - من ابواب المتعة حديث ١

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص جواز تزويج امرئة يعلم كونها ذات بعل سابقا وادعت طلاقها او موته - وبذلك يظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته ولا حياته اذا ادعت حصول العلم لها بموته من القرائن او باخبار المخبرين وان لم يحصل العلم بقولها .

اقامة البينة على من ادعى زوجية امرأة

السادسة اذا تزوج امرئة تدعى كونها خلية عن الزوج - فادعى زوجيتها رجل آخر لم تسمع دعواه الا بالبينة كما في الشرايع وعن القواعد وغيرهما - ويشهد به خبر يونس المتقدم في المسألة السابقة - ونحوه مكاتبة (١) الحسين بن سعيد - وحسن (٢) عبد العزيز بن المهتدي عن الرضا (ع) قلت جعلت فداك ان اخي مات وتزوجت امرئته فبخاء عمي فادعى انه كان تزوجها سرا فاسالتها عن ذلك فانكرت اشد الانكار وقالت ما بيني وبينه شيء قط فقال (ع) يلزمك اقرارها ويلزمه انكارها - وعدم التعرض فيه للبينة انما هو لفرض دعوى التزويج سرا - واما موقوف (٣) سماعة قال سألته عن رجل تزوج امرأة (جارية) او تمتع بها فحدثه رجل ثقة او غير ثقة فقال ان هذا امرأتى وليست لى بينة فقال (ع) ان كان ثقة فلا يقربها و ان كان غير ثقة فلا يقبل منه - فلعدم العامل به - و تضمنه خصوص المقاربة ولم يحكم فيه بزواجيتها للاول - وعدم ترتيب ساير آثار زوجيتها للثاني - يحمل على الاستحباب .

ثم ان هذا النصوص انما تتضمن لبيان تكليف الزوج - ومقتضى اطلاقها انه مع وجود البينة يحكم بانها زوجة الاول وبدونها يحكم بانها امرأته كان ذلك قبل مراجعة القاضى و الحاكم ام بعد تلك - وليس للمدعى تحليف الزوج لحكمه (ع) بانها امرأته - (فما) في العروة من قوله فيبقى النزاع بينه وبين الزوج فان حلف سقط دعواه الخ في غير محله - لان ظاهر النصوص قطع الدعوى باقامة البينة وعدمها هذا بالنسبة

الى الزوج - واما بالنسبة الى الزوجة فهل له تحليفها مع عدم البيئة ام لا - ففي الجواهر بل قيل والاكثر انه لو فرض عدمها كانت دعواه عليها باطلة لا يتوجه عليها اليمين وان كانت هي منكرة - ولكنه قدم يختاران لذلك (والاظهر) هو الاول - لا - لما استدل به في محكي المسالك وغيرها بان اليمين انما تتوجه على المنكر اذا كان بحيث لو اعترف لزمه الحق ونفع المدعى والامر هنا ليس كذلك لان المرئة لو صاقت المدعى على دعواه لم تثبت الزوجية لان اقرارها واقع في حق الغير وهو الزوج وكذا الحال لو ردت اليمين على المدعى فانها لا تصلح حجة في منع الزوج عن حقه الثابت شرعا - فانه يمكن دفعه بانه يكفي في صحة سماع الدعوى وتحليفها ترتب الاثر في الجملة و لو عند فراق الزوج الثاني اللهم الا ان يقال ان المتبادر من مادل (١) على ان اليمين على من انكر - لزوم الحلف لقطع اصل الدعوى المعلوم عدمه هنا المكان حق الزوج لا اللوازم - وما في بعض الموارد من سماع الدعوى بالنسبة الى اللوازم - كما قالوا - فيما لو باع عينا في يده على آخر فادعى ثالث انها له لم تسمع دعواه وان كان البائع عاجزا عن دفع الغرامة فيكفي في سماع الدعوى ترتب الاستحقاق اذا كان في معرض ان يترتب عليه فعلية الاستيفاء - انما هو لاجل الاجماع وليس في المقام لظهور اطلاق عبارة الاكثر في عدم السماع مطلقا - بل لظاهر النصوص لاحظ قوله (ع) في حسن عبدالعزيز المتقدم يلزمك اقرارها ويلزمه انكارها هذا كله فيما اذا انكرت - واما اذا صدقته و اقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة الى حق الزوج لكنها ماخوذة باقرارها - فترد على المدعى بعد موت الزوج او طلاقه - ولا تستحق النفقة على الزوج ولا المهر اذا دخل بها لانها بغية بمقتضى اقرارها.

مستحبات التزويج

(و) المطلب الثالث - فيما (يستحب) عند ارادة التزويج وهي كثيرة ذكر المصنف ره جملة منها - احدها - (ان يتخير البكر العفيفة الكريمة الاصل) بان لا تكون من زنا او حيض او شبهة او ممن تنال احدا من آبائها وامهاتها الالسن - وقيل المراد من كرم الاصل من لم يكن مس ابائها رق - وقيل بان يكون ابواها صالحين - ويمكن ارادة ما يشمل جميع ذلك منه - يشهد لاستحباب اختيار البكر خير (١) عبد الاعلى بن اعين عن الصادق (ع) قال رسول الله (ص) تزوجوا البكر فانهن اطيب شىء افواها قال وفي حديث آخر وانشفه ارحاما وادرشىء اخلافا وافتح شىء ارحاما - ونحوه غيره و يشهد لاستحباب اختيار العفيفة النبوى (٢) ان خير نساءكم الولود الودود العفيفة العزيزة فى اهلها الذليلة مع بعلمها الحديث وبمعناه غيره - ويشهد لاستحباب اختيار كريمة الاصل - النبوى (٣) ايها الناس اياكم وخضراء الدمن قيل يا رسول الله وما خضراء الدمن قال المرأة الحسناء فى منبت السوء - وقال (٤) (ص) ايضا انكحوا الاكفاء و انكحوا فيهم واختاروا النطفكم ومثلهم ما غيرهما.

ثانيها (صلوة ركعتين) عند ارادة التزويج قبل تعيين المرأة و خطبتها والدعاء بالمأثور - ويشهد بذلك - خبر (٥) ابي بصير قال ابو عبد الله (ع) اذا تزوج احدكم كيف يصنع قلت له ما ادرى جعلت فداك قال (ع) اذا هم بذلك فليصل ركعتين ويحمد الله ويقول اللهم انى اريد ان اتزوج اللهم فاقد رلى من النساء اعفن فرجا واحفظهن لى فى نفسها فى مالى واوسعهن رزقا واعظمن بركة واقدرلى منها ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا فى حيلتى وبعد مما تلى.

١- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

٢- الوسائل باب ٦ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٢

٣- ٤- الوسائل - باب ١٣ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣-٤

٥- الوسائل - باب ٥٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

(٩) ثالثها (الاشهاد) - لمكاتبة (١) المهلب الدلال الى ابي الحسن (ع) ان امرأة كانت معي في الدار ثم انها زوجتني نفسها الى ان قال فكتب (ع) التزويج الدائم لا يكون الا بولي وشاهدين الحديث - وصحيح (٢) زرارة عن الصادق (ع) عن الرجل يتزوج المرفة بغير شهود فقال (ع) لا بأس بتزويج البتة فيما بينه وبين الله انما جعل الشهود في التزويج البتة من اجل الولد - وصحيح (٣) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) انما جعلت البينة في النكاح من اجل الموارث - وبمعنى الاخيرين نصوص اخر - فان قيل ان ظاهر هذه النصوص ان الامر بالاشهاد انما هو للارشاد الى تحقق النسب والميراث وما شاكل - فلا تدل على الاستحباب - قلنا ان ما ذكر في هذه النصوص انما هو من قبيل الحكمة و ظاهر قوله انما جعل هو المطلوبية .

وعن العماني القول بوجوبه لظاهر المكاتبة (وفيه) مضافا الى ضعفها - يشهد لعدم وجوبه جملة من النصوص كصحيح زرارة المتقدم وحسن (٤) حفص بن البختري عن الصادق (ع) في الرجل يتزوج بغير بينة قال (ع) لا بأس ونحوهما غيرهما - وهل يختص استحباب الاشهاد بالدائم كما عن الروضة وفي الجواهر وغيرهما - ام يكون مطلقا كما يقتضيه اطلاق النافع والقواعد واللمعة وغيرها - وجهان - اظهرهما الثاني لاطلاق صحيح محمد ومماثلة من الاخبار - اذ الميراث لا يختص بآثر الزوجة بل يرث ولد المتعة ايضا والنصوص المختصة بالدائم لا مفهوم لها كي تدل على عدم استحبابه في غيره في قيد بها اطلاق هذه الاخبار .

(٩) رابعها (الاعلان) الذي هو ابلغ من الاشهاد - ففي النبوي (٥) لانكاح في السر حتى يرى دخان او يسمع حس دف ومثله غيره .

(٩) خامسها (الخطبة امام العقد) للناسي واستفاضة النصوص في خطبة المعصومين (ع)

١- الوسائل - باب ١١ من ابواب المتعة حديث ١١

٢-٣-٤- الوسائل - باب ٤٣ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣-٤-٥

٥- المستدرك باب ٣٤ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٢

امام الاثكحة وخطبهم في ذلك مشهورة - وليست بواجبة اجماعا وصرح به
 خبر عبيد بن زرارة (١) عن الصادق (ع) عن التزويج بغير خطبة فقال (ع) اوليس عامة ما تزوج
 فتياننا ونحن تنعرق الطعام على الخوان نقول يا فلان زوج فلانا فلانة فيقول قد فعلت.
 وهل يختص الاستحباب بخطبة الزوج او وليه او وكيله - ام يعم خطبة الزوجة
 او وكيلها او وليها - ظاهر المستند الاول ولكن ملاحظة الاحاديث (٢) المتضمنة لخطبة
 النبي (ص) امام تزويج فاطمة عليها السلام وخبر (٣) جا بر عن الباقر (ع) قال زوج
 امير المؤمنين امرأة من بنى عبدالمطلب وكان يلى امرها فقال الحمد لله ثم ذكر الخطبة
 واطلاق (٤) النبي كل تكاح لاخطبة فيه فهو كاليد الجذاء - توجب البناء على الثاني
 بل الظاهر من خبر (٥) على بن رثاب عن ابي عبدالله (ع) في حديث ان جماعة
 قالوا امير المؤمنين عليه السلام اننا نريد ان تزوج فلانا فلانة ونحن نريد ان نخطب فقال
 وذكر خطبة تشتمل على حمد الله والثناء عليه والوصية بتقوى الله الحديث - انه اذا خطب
 الاجنبى من العقد يكفى في الامتثال - و تتحقق بالحمد - ففى خبر (٦) القداح
 عن الصادق (ع) في حديث ثم قال على بن الحسين اذا حمد الله فقد خطب - والاولى اضافة
 الصلاة على النبي والاستغفار ففى خبر القداح (٧) عن الصادق (ع) ان على بن الحسين كان
 يتزوج وهو يتعرق عرقاً ياكل ما يزيدان يقول الحمد لله صلى الله على محمد وآله
 يستغفر الله وقد زوجناك على شرط الله وعن المسالك اكملها اضافة الشهادتين والصلاة على النبي
 والائمة بعده والوصية بتقوى الله والدعاء للزوجين - وفي المستند اكملها الخطب
 المروية عنهم عليهم السلام وهي كثيرة.

- ١- الوسائل باب ٤١ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١
- ٢- المستدرک باب ٣٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-١٠٠
- ٣- الوسائل باب ١٠ من ابواب عقد النكاح واوليائه
- ٥- الوسائل باب ٤٢ من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١
- ٦- ٧- الوسائل باب ٤١ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٢

(و) سادسها (إيقاعه) أي العقد (ليلاً) لصحيح الحسن (١) بن علي الوشاء عن أبي الحسن الرضا (ع) - من السنة التزويج بالليل - وخبر (٢) ميسر بن عبد العزيز عن الإمام الباقر (ع) يا ميسر تزوج بالليل ونحوهما غيرهما.

(و) سابعها (صلاة ركعتين عند الدخول والدعاء) لصحيح (٣) أبي بصير قال سمعت رجلاً وهو يقول لابي جعفر (ع) اني رجل قد اسننت وقد تزوجت امرأة بكر صغيرة ولم ادخل بها وانا اخاف اذا دخلت على فراغتني ان تكرهني لخصامي و كبرى فقال ابو جعفر (ع) اذا دخلت فمرهم ان يأمروها قبل ان تصل اليك ان تكون متوضأة ثم ات لتصل اليها حتى توضعاً وصل ركعتين ثم مجد الله وصل على محمد وآل محمد ثم ادع الله وهر من معها ان يؤمنوا على دعائك وقل اللهم ارزقني الفها وودها ورضاها وارضىني بها واجمع بيننا باحسن اجتماع وانس ايتلاف فانك تحب العلال و تكره الحرام ثم قال واعلم ان الالف من الله والفرك من الشيطان ليكره ما احل الله - وفي صحيحه (٤) الاخر دعاء آخر كما ان في الاخبار (٥) الاخر ادعية اخرى - ويستكشف من ذلك ومن الامر بالدعاء بقول مطلق في الخبر وان ذكر بعده الماثور - ان المأمور به مطلق الدعاء وان لم يكن بالماثور واما حافي المتن (وامرهما بمثله) وحق ذلك ما عن الروضة والقواعد وغيرهما فلم اعثر على مدركه - وهل المأمور به ذلك عند الدخول بها - كما هو صريح الجواهر وغيرها - ام عند الوصول واللقاء كما صرح به جماعة - ظاهر الصحيح هو الثاني بل ذلك صريحه - كما لا يخفى.

(و) ثامنها (سؤال الله تعالى الولد الذكر) لخبر (٦) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) اذا اردت الجماع فقل اللهم ارزقني ولداً واجعله نقياليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته الى خير.

١-٢- الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣-١

٣-٤-٥- الوسائل - باب ٥٥ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-٢-٠

٦- الوسائل - باب ٨ - من ابواب احكام الاولاد حديث ٣

مكروهات التزويج

(و) المطلب الرابع - فيما (يكسره) عند ارادة التزويج وهي امور - منها (ايقاع العقد والقمر في العقر) اي في برجها لا المنازل المنسوبة اليها وهي القلب والاكيل والزبانا والشولة - ويشهد به خبر (١) حمران عن الصادق (ع) من تزوج امرأة والقمر في العقر لم ير الحسنى.

(و) منها (تزويج العقيم) التي لا تلد - بل يستحب الولود - لخبر (٢) محمد ابن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال رسول الله (ص) تزوجوا بكر اولودا ولا تزوجوا حسناء جميلة عاقر أفاني اباهي بكم الامم يوم القيمة - ونحوه غيره.

ومنها ايقاع العقد في محاق الشهر - وهي الليلتان او الثلاث من آخر الشهر - قال (٣) الصدوق وروى انه يكسره التزويج في محاق الشهر - وفي خبر (٤) عبد العظيم من تزوج في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد - ومنها - ايقاعه في ساعة حارة - ومنها غير ذلك مما يدل عليه النصوص ومذكور في المفصلات.

آداب الخلوة بالمرأة

(و) المطلب الرابع - في آداب الخلوة بالمرأة - وهي كثيرة تعرض لما ذكره المصنف رحمه الله من ذكر جملة من مكروهاتها ومنها (الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف) لصحيح (٥) سالم عن الباقر (ع) قال قلت له هل يكسره الجماع في وقت من الاوقات وان كان حالاً - قال (ع) نعم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس - ومن مغيب الشمس الى مغيب الشفق - وفي اليوم الذي تنكس فيه الشمس وفي الليلة التي

١-٣-٤ - الوسائل - باب ٥٤ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-٢-٣

٢- الوسائل باب ١٦ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

٥- الوسائل - باب ٦٢ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

ينكشف فيه القمر وفي الليلة وفي اليوم الذين يكون فيهما الريح السوداء أو الريح الحمراء أو الريح الصفراء - واليوم واللييلة الذين يكون فيهما الزلزلة - ولقد بات رسول الله (ص) عند بعض أزواجه في ليلة انكشف فيها القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما كان منه في غيرها حتى أصبح فقالت له يا رسول الله البغض كان هذا منك في هذه الليلة قال (ص) لا ولكن هذه الآية ظهرت في هذه الليلة فكرهت ان اتملذنو الهو فيها وقد غير الله في كتابه اقواما الحديث.

(٩) منها الجماع (عند الزوال) بعده كما في (١) وصية النبي (ص) لعلي (ع) معللا فيها بانه ان قضى بينكما ولد في ذلك الوقت يكون احوال والسيطان يفرح بالحوال في الانسان - الا زوال يوم الخميس كما فيها - (٩) منها الجماع (عند الغروب وقبل ذهاب الشفق) اي من مغيب الشمس حتى يذهب الشفق - كما صرح به في صحيح سالم المتقدم (٩) منها الجماع (في المحاق) وهي ليلتان او ثلث آخر الشهر - كما في وصية (٢) النبي (ص) لعلي (ع) - يا علي لا تجماع اهلك في آخر درجة اذا بقي يومان فانه ان قضى بينكما ولديكون عشرا وعونا للظالمين ويكون هلاك فيام من الناس على يدك وفي خبر (٣) الجعفرى عن ابي الحسن (ع) من اتى اهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد.

(٩) منها الجماع (بعد الفجر حتى تطلع الشمس) كما في صحيح سالم المتقدم (٩) منها الجماع - (في اول ليلة من كل شهر) ففي وصية (٤) النبي (ص) لعلي (ع) لا تجماع امرأتك في اول الشهر ووسطه وآخره وفيها ايضا يا علي لا تجماع اهلك في اول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في آخر ليلة - (الا) في الليلة الاولى من شهر (رمضان) فلا كراهة فيها بل تستحب ففي المرسل (٥) قال الصادق (ع) يستحب

١- الوسائل - باب ١٤٨ - من ابواب مقدمات النكاح حديث

٢- ٣- الوسائل - باب ٦٣ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-٢

٣- ٥- الوسائل - باب ٦٤ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-٣

ان يأتي الرجل اهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عز وجل - احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم والرفث المجامعة.

(٩) منها الجماع (ليلة النصف) من كل شهر - ففي خبر (١) مسمع - عن الصادق (ع) قال رسول الله (ص) اكره لامتي ان يغشى الرجل اهله في النصف من الشهر او في غرة الهلال - وفي وصيته (ص) يا علي لا تجماع اهلك في اول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في آخر ليلة فانه يتخوف على ولد من يفعل ذلك الخبل.

(٩) منها الجماع (عند الزلزلة - والريح الصفراء - والسوداء) كل تلكم لصحيح سالم المتقدم - بل عن سلال وابن سعيد وكل آية مخوفة وربما يؤمى اليه الصحيح.

(٩) منها الجماع (مستقبل القبلة ومستدبرها) لخبر (٢) محمد بن العيص انه سئل باعبد الله (ع) فقال اجماع وانا عريان فقال (ع) لا ولا مستقبل القبلة ولا تستدبرها ونحوه غيره.

(٩) منها الجماع (في السفينة) ففي خبر (٣) ابن العيص وقال (ع) لا تجماع في السفينة (وعاريا) كما في خبر محمد.

(٩) منها الجماع (عقيب الاحتلام قبل الغسل او الوضوء) للنبوي (٤) يكره ان يغشى الرجل امرئته وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى فان فعل فخرج الولد مجنوناً فلا يلومن الانفسه - وليس فيه الاجتزاء بالوضوء عن الغسل في رفع الكراهة كما في المتن وعن النهاية والتهذيب والمهذب والوسيلة والقواعد واللمعة وغيرها - واظن ان مدرك هؤلاء بعد التعدي عن المورد وهو الاحتلام الى الجماع - مرسل (٥) عثمان بن عيسى عن الصادق (ع) اذا أتى الرجل جاريته ثم اراد ان يأتي الاخوي

١- الوسائل- باب ٦٤- من ابواب مقدمات النكاح حديث ٢

٢- ٣ الوسائل- باب ٦٩- من ابواب مقدمات النكاح حديث ١- ٢

٣- الوسائل- باب ٧٠- من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣

٥- الوسائل- باب ١٥٥- من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

توضاً - ولكن التعدى غير ظاهر الوجه واستحباب الوضوء غير كراهة الجماع بغير وضوء فتأمل .

(و) منها- (النظر الى فرج المرأة) كما فى وصية (١) النبى (ص) لعلى (ع) ولا ينظر الرجل الى فرج امرئته وليغض بصره عند الجماع فان النظر الى الفرج يورث العمى فى الولد الممول مافيه من النهى على الكراهة لخبر (٢) ابي حمزة قال سالت ابا عبد الله (ع) اينظر الرجل الى فرج امرئته وهو يجامعها قال (ع) لا بأس - ونحوه غيره - فمعان ابن حمزة من القول بالحرمة ضعيف - والمستفاد من بعض النصوص كراهة النظر الى فرجها مطلقا لاحظ النبوى (٣) وكره النظر الى فروج النساء وقال انه يورث العمى - ونحوه غيره .

(و) منها (الكلام بغير الذكر) لخبر (٤) عبد الله بن سنان قال ابو عبد الله (ع) اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فانه يورث الخرس - ووصية (٥) النبى (ص) يا على لا تتكلم عند الجماع فانه ان قضى بينكما ولد لا يؤمن ان يكون اخرس - ونحوهما غيرهما - فان قيل - ان النصوص عامة شاملة لذكر الله فما الوجه فى استثناء ذكر الله فى المتن وغيره - قلنا - ان الوجه فيها اصراف الكلام الى كلام الادمى - وما دل (٦) على استحباب البسمللة وادعية خاصة عند الجماع - وما دل على ان ذكر الله حسن على كل حال .

حكم وطء الزوجة دبورا

المطلب الخامس فى بعض اللواحق - (و) فيه مسائل - الاولى - المشهور بين الاصحاب انه يكره (الوطء فى الدبر) للجائز وطئها ولا يكون ذاك حراما وعن السيد فى الانتصار والشيخ فى الخلاف وابن زهرة فى الغنية والحلى فى السرائر دعوى الاجماع

١-٢-٣- الوسائل - باب ٥٩ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٥-٢-٦

٤-٥- الوسائل - باب ٦٠ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-٣

٦- الوسائل - باب ٦٨ - من ابواب مقدمات النكاح

عليه وعن التذكرة ذهب علمائنا الى كراهة اتيان النساء في ادبارهن وانه ليس بمحرم (وعن) القميين وابن حمزة والشيخ الرازي والراوندي في اللباب والسيد امي المكارم صاحب بلابل القلاقل القول بالحرمة - وادعى بعض الفضلاء سماع ذلك ممن قوله حجة - يشهد للجواز عدة من النصوص - كصحيح (١) صفوان قال قلت للرضا (ع) ان رجلاً من مواليك امرني ان اسئلك عن مسألة فيها بك واستحيى منك ان يسألك عنها قال ما هي قال قلت الرجل ياتي امرأته في دبرها قال (ع) نعم ذلك له قلت وانت تفعل قال (ع) انا لا نفعل ذلك (وما) عن المسالك من المناقشة في سنده بان فيه على بن الحكم وهو مشترك بين الثقة وغيره (فيه) ان الظاهر اتحاده وعلى تقدير الاشتراك الظن بكونه الثقة من جهة ان احمد بن محمد كثير ايروى عنه يكفي في تعيينه كما في غيره من الاسماء المشتركة وموثق (٢) ابن ابي يعفور كالصحيح عن الصادق (ع) عن الرجل ياتي المرثة في دبرها قال (ع) لا بأس (وايراد) ثاني الشهيد بن عليه بان في سند معاوية بن حكيم وهو وان كان ثقة جليلاً الا ان الكشي قال انه فطحى (في غير محله) فان الحجة لا تنحصر في الصحيح بل الموثق حجة بلا كلام (مع) ان ما افاده الكشي غير ثابت - وخبر (٣) يونس بن عمار قلت لابي عبدالله اولابي الحسن (ع) اني ربما اتيت الجارية من خلفها يعني دبرها ونذرت فجعلت على نفسي ان عدت الى امرأة هكذا فعلى صدقة درهم وقد ثقل ذلك على فقال (ع) ليس عليك شيء وذلك لك - وصحيح (٤) ابن ابي يعفور عن ابي عبدالله (ع) عن الرجل ياتي المرثة في دبرها قال (ع) لا بأس اذا رضيت قلت فابن قول الله عز وجل فاتوهن من حيث امركم الله قال هذا في طلب الولد فاطلبوا الولد من حيث امركم الله ان الله عز وجل يقول نسائكم حرث لكم فاتوا حركم اني شئتم ونحوها غيرهما من النصوص - ولكن صحيح ابن ابي يعفور يقيد الجواز بالرضا - وهو يصلح ان يكون مقيد بالاطلاق ساير النصوص - سيما مع كونه موافقاً للاعتبار نظراً الى عدم كون ذلك من حقوق الزوجية وعليه فيتوقف جوازه على رضاه الا ان الظاهر

١- الوسائل- باب ٧٣- من ابواب مقدمات النكاح- حديث ١

٢-٣-٤- الوسائل باب ٧٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٥-٨-٢

كما افاده في الجواهراته لم يرقائل بهذا التفصيل بل على خلافه الاجماع المركب.
وقد استدلل للقول الاخر بجملته من النصوص - كمصحح (١) معمر بن دخلا قال
قال لي ابو الحسن (ع) اى شىء يقولون في اتيان النساء في اعجازهن قلت انه بلغنى ان
اهل المدينة لا يرون به باساق قال ان اليهود كانت تقول اذا اتى الرجل المرأة من خلفها خرج
ولده احوال فاتر الله عز وجل فسائكم حرث لكم فاقوا حرثكم ائى شئتم من خلف او قدام
خلافاً للقول اليهودي لم يمن في ادبارهن - وخبر (٢) سدير عن الباقر (ع) قال رسول الله (ص)
محاش النساء على امتى حرام - ومرسل (٣) الصدوق قال رسول الله (ص)
محاش نساء امتى على رجال امتى حرام - وخبر هاشم (٤) وابن بكير عن ابي عبد الله (ع)
قال هاشم لا تعزى ولا تفرث وابن بكير قال لا تفرى اى لا ياتي من غير هذا الموضع - وخبر
زيد (٥) بن ثابت قال سئل رجل امير المؤمنين (ع) اتوتى النساء في ادبارهن فقال سفلت سفل الله
بك اما سمعت يقول الله انا تون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين - وخبر الفتح (ع)
ابن زبير الجرجاني كتبت الى الرضا (ع) في مسئلة فورد الجواب سئلت عمن اتى جارية في
دبرها والمرأة لعبة الرجل فلا تؤذى هو حرث كما قال الله وخبر (٦) ابي بصير عن الصادق (ع)
عن الرجل ياتي اهله في دبرها فكره ذلك وقال واياكم ومحاش النساء - ومرسل (٨)
ابان عن بعض اصحابه عن ابي عبد الله (ع) عن اتيان النساء في اعجازهن قال (ع) هي
لمبتك فلا تؤذيها .

اقول ير دعليه (اولاً) ان المصحح لا يدل على الحرمة وانما يدل على قصور الاية عن
الدلالة على الجواز ولعل اهل المدينة كانوا يستدلون بالاية على الجواز فاراد (ع) بيان
بطلان استدلالهم - وفي دلالة خبر سدير ومرسل الصدق تأمل اذا المحاش ليس بمعنى
الدبر بل هو في اللغة بمعنى المتاع والاثاث وكذا في دلالة مرسل ابان وخبر الجرجاني

بل قوله لعبتك فلا تؤذيها مشعر بالجواز فإنه يدل على أنه لا منشا للنهي سوى ايذاؤها -
 اضع الى ذلك ضعف سند اكثر تلك النصوص (و ثانياً) انه لو تم سندها ودالتها -
 الجمع بينها وبين ما تقدم يقتضى حملها على صورة عدم رضاها - من جهة ان صحيح ابن
 ابي يعقور اخص منها - او حملها على الكراهة بناء على عدم اختصاص الجواز بصورة الرضا
 (وثالثاً) انه لو سلم تمامية سندها و دلالتها ولم يتم احد الجمعين المشار اليهما و وقع
 التعارض بين الطائفتين لا بد من تقديم الاولى - للشهرة - ومخالفة العامة - وموافقة الكتاب
 (فتحصل) انه بحسب الاخبار لا ينبغي التوقف في الجواز على كراهية في صورة الرضا و اما مع
 عدم رضاها فلا يترك الاحتياط بالترك وان كان القول بالجواز قريبا.

واما بحسب الايات فقد استدلل للجواز بآيات ١- قوله (١) تعالى «نساءكم حرث
 لكم فاتوا حرثكم اني شئتم» وتقريب الاستدلال به بنحو يندفع جملة من الايرادات
 عليه - ان كلمة (اني) اما لخصوص المكان كما عن ائمة اللغة اولاً لعم منه و من الكيف
 وعلى التقديرين يثبت المطلوب اما على الاول فواضح واما على الثاني فلا لاطلاق - وكونها
 حرثاً لا يستلزم تقييد الايتان بموضع الحرث بل المرثة نفسها شبهت بالحرث و رخص في
 ايتانها - ولذا يستفاد منها جواز التفخيذ ونحوه - وبهذا البيان يندفع ما اورده بعض
 المعاصرين على الاستدلال بها بان المنصرف من المكان مكان الفعل لا الموضع من المرثة
 - فان المرثة بعدما شبهت بالارض قال الله تعالى فاتوا حرثكم اني شئتم فهذه القرينة ظاهرة
 في ارادة الموضع من المرثة - هذا مع قطع النظر عن النصوص المفسرة واما بلحاظها
 فالنصوص متعارضة فان صحيح ابن ابي يعفور - يقتضى تفسير الاية بما يدل على جواز وطئها
 دبراً - ومصحح معمر - ظاهر في تفسيرها بغير ذلك ولا يمكن الجمع بينهما ٢- قوله
 تعالى (٢) «اتاتون الذكر ان من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من ازواجكم» بتقريب ان
 المراد بالجملة الثانية بقرينة المقابلة هو ايتان النساء في ادبارهن - ففي خبر (٣) على بن

١- سورة البقرة آية ٢٢٣

٢- سورة الشعراء آية ١٦٦

٣- المستدرك. باب ٥٤ من ابواب مقدمات النكاح - الحديث ٢

يقطين عن الرضا (ع) عن اتيان النساء في ادبارهن فقال (ع) ما ذكر الله ذلك في الكتاب الا في موضع واحد ثم تلا الآية وفيه تأمل والخبر ضعيف -٣- قوله (١) تعالى «الاعلى ازواجهم الخ».

واستدل للمنع بالاية الكريمة (٢) «فاتوهن من حيث امركم الله» (وفيه) ان المراد بمن حيث امركم الله من الجهة التي اباحها الله وهي القبل والدبر.

ثم انه قد تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مبحث الحيض انه على فرض القول بجواز وطء الزوجة دبرا لافرق في ذلك بين حال الحيض وغيرها -فراجع-

وهل الدبر كالقبل في جميع الاحكام حتى ثبوت النسب وتقرير المسمى والحد و مهر المثل مع فساد العقد والعدة وتحريم المصاهرة وما شاكل كما عن الشيخ وكثير مع استثناء التحليل والاحضان واستنطاقها في النكاح نظر الى صدق الوطء والمس والدخول والابتداء ونحوها من العناوين التي اخذت موضوعا للاحكام المذكورة - ام لا - ام هناك فرق بين الاحكام - وجوه - والحق انه لا بد من البحث عن ذلك في كل مسألة متضمنة لواحد من تلك الاحكام مستقلا وهو موكول الى محالها .

ثم انه ذكر بعض الفقهاء ممن قال بالجواز انه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبرا - ولكن يرد عليه انه لم يدل دليل على وجوب تمكينها في كل ما هو جائز من انواع الاستمتاع حتى يكون تركه نشوزا - بل صحيح ابن ابي يعفور المتقدم - المعلق للجواز على رضاها - يدل على انه ليس من حقوق الزوجية وان مع عدم رضاها لا يجوز الوطء فلا يجب عليها التمكين ح .

حكم العزل عند الوطء

(و) الثانية ذهب المشهور الى كراهة (العزل عن الحرية بغير اذنها) و عدم اشتراط ذلك عليها حين التزويج - وخالفهم جمع من الفقهاء منهم الشيخان في المقنعة والخلاف والمبسوط وبنوا على حرمة وعن الخلاف دعوى الاجماع عليها وقد اتفقوا على جوازها في الامة وان كانت منكوحة بعقد الدوام - والحرية المتمتع بها - ومع اذنها - ومع اشتراط ذلك عليها في العقد - وفي الدبر - وفي حال الضرورة - فالكلام في موردین - الاول فيما هو محل الخلاف - الثاني في الموارد المتفق عليه فيها.

اما الاول فيشهد للجزاز نصوص - كصحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق (ع) عن العزل فقال (ع) ذاك الى الرجل يصرفه حيث شاء - وموثق (٢) عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله (ع) عن العزل فقال (ع) ذاك الى الرجل - والصحيح (٣) عن عبد الرحمن الحذاء عنه (ع) قال كان علي بن الحسين (ع) لا يرى بالعزل بأساً يقرأ هذه الآية واذ أخذ بك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم فكُل شيء اخذ الله منه الميثاق فهو خارج وان كان على صخرة صماء - وموثق (٤) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) لا بأس بالعزل عن المرأة الحرية ان احب صاحبها وان كرهت وليس لها من الامر شيء - وصحيحه (٥) قلت لابي جعفر (ع) الرجل يكون تحته الحرية يعزل عنها قال (ع) ذاك اليه ان شاء عزل وان شاء لم يعزل - ونحوها غيرها.

واستدل لعدم الجواز بوجوه - الاول - النبويان (٦) العاميان في احدهما - انه (ص) نهى ان يعزل عن الحرية الابادتها - وفي الاخر انه الواد الخفي اى قتل الولد - الثاني - خبر (٧) دعائم الاسلام عن جعفر بن محمد عليهما السلام انه قال العار الخفي ان

١-٢-٣- الوسائل- باب ٧٥- من ابواب مقدمات النكاح وآدابه - حديث ١-٢-٣

٤-٥- الوسائل باب ٧٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٤-٥

٦- التذكرة ج ٢ ص ٥٧٦

٧- المستدرك باب ٥٦- من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

يجامع الرجل المراءة فاذا احس الماء نزرعه منها فانزاعه فيما سواها فلا تفعلوا ذلك فقد نهى رسول الله (ص) ان يعزل عن الحرية الا باذنها - الثالث - صحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام عن العزل فقال (ع) اما الامة فلا لباس فاما الحرية فاني اكره ذلك الا ان يشترط عليها حين يتزوجها - وصحيحه (٢) الاخر عن الباقر (ع) مثل ذلك وقال في حديثه الا ان ترضى او يشترط ذلك عليها حين يتزوجها - الرابع - مفهوم خبر (٣) الجعفي قال سمعت ابا الحسن (ع) يقول لا لباس بالعزل في ستة وجوه المراءة التي تيقنت انها لا تلد والمسنة والمراءة السليطة والبذية والمراءة التي لا ترضع ولدها والامة - الخامس - ان فيه فوائد للغرض من النكاح وهو الاستيلاء - السادس - ان ذلك مناف لحق الزوجية وهو الالتذاذ بل ربما كان فيه ايذاء لها - السابع - انه يجب فيه الدية وثبوتها يقتضى الحرمة.

وفي الكل مناقشة - اما الاولان - فلضعف السند - مع - ان نصوص الجواز ما بين ما هو صريح في الجواز بلارضاهما واذنهما كموثق ابن مسلم - وبين ما هو كالصريح في ذلك كتحقيق النصوص فان قوله ذاك الى الرجل - او ذاك اليه ان شاء عزل - كالصريح في ذلك فتحمل هذه النصوص على الكراهة - واما الثالث - فلان الكراهة اعم من الحرمة - مع - ان نصوص الجواز كما عرفت صريحة او كالصريحة في الجواز بدون رضاها واذنها فيجمل الصحيحان على الكراهة المصطلحة - واما الرابع - فلانه من قبيل مفهوم الوصف ولا نقول به - مع - انه قابل للحمل على الكراهة جمعائنه وبين ما تقدم - واما الخامس - فلان الغرض من النكاح ليس واجب التحصيل - واما السادس - فلمع عدم الدليل على وجوب كل ما يوجب التذاذ المراءة - مع - انه انما يكون بازالها لا بالانزال فيها - واما السابع - فلان ثبوت الدية اعم من الحرمة - مع - انه ستعرف عدم ثبوتها - فالظاهر هو جواز العزل تكليفا - على كراهية في المورد المفروض وظاهر خبر الجعفي عدم الكراهة في المعجزة والعقمة والسليطة والبذية والتي لا ترضع - ولدها .

واما المورد الثاني وهو ما اتفقوا على جوازم فيه بلا كراهية - فهو موارد - ١ -
 الامة - وقد تكرر منهم دعوى الاجماع عليه - ويشهد به صحيحا محمد وخبر الجعفي
 المتقدمة ونحوها غيرها - ٢ - الحرية المتمتع بها - وفي الجواهر يجوز العزل عنها
 وان لم تاذن قولاً واحداً كما في جامع المقاصد واجماعاً كما في غيره - ولكن ليس
 في الاخبار تعرض لها بالخصوص - بل في المستند وظاهر اطلاق بعض ادلة المنع
 شموله للمتمتع بها ايضاً ولا بأس به - فعلى القول بحرمة العزل يكون المعتمد في
 التخصيص الاجماع وعلى القول بالكراهية لادليل على التخصيص - ٣ - ما لو اذنت بذلك
 واشترط ذلك عليها - ويشهد به صحيحا ابن مسلم المتقدمان - ٤ - في حال الضرورة
 لمعومها دل (١) على حليتها اضطراراً اليه - ٥ - الوطء في الدبر - ويقتضيه بعض ادلة المنع
 المتقدمة بل قد يستفاد من خبر الجعفي .

حكم الدية لو تحقق العزل

ثم انه ذهب جماعة منهم الشيخ والقاضي وابو الصلاح وابنا حمزة وزهرة
 والكيدري الى ثبوت دية النطفة لو تحقق العزل (وعن) المعظم منهم الحلبي والمصنف وثاني
 المحققين والشهيد بن عدم وجوبها عليه وان قلنا بالحرمة.

واستدل للاول - بما ادعاه الشيخ ره من الاجماع على ذلك - وبالصحيح (٢)
 المروى عن امير المؤمنين (ع) انه اُفتي في منى الرجل يفرع عن عرسه فيعزل عنها
 الماء ولم يرد ذلك نصف خمس المائة عشرة دنانير - بدعوى ظهور في كونه في الدية كائناً
 ما كان السبب ولا ينافي اختصاصه بغير المتنازع بعد ظهور ان المنشأ هو التفتوت المطلق
 (ولكن) يرد على الاول انه موهون بمصير المعظم الى خلافه بل عن نهايته ذلك ايضاً -
 مع انه ليس تعدياً كاشفاً عن رأى المعصوم (ع) ويرد على الثاني عدم كونه ظاهراً فيما

١- الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس

٢- الوسائل - باب ١٩ من ابواب ديات الاعضاء من كتاب الديات حديث ١

ذكر - وقياس الوالد بالاجنبى مع الفارق - مع ان النصوص المجوزة المصرحة بانه مائه يضعه حيث يشاء الدالة على انه لاحق للمرأة على الرجل في مائه تعارضه على فرض الدلالة وتقدم عليه فالأظهر عدم ثبوت الدية.

بقي في المقام فروع - احدها - انه هل يجوز للمرأة ان يمنع من الاتزال في فرجها ام لا - ففي الجواهر لا ينبغي التامل في الحرمة - ولعل وجهه منافاة ذلك للتمكن الواجب عليها .

ثانيها - انه على فرض الحرمة هل يثبت عليها الدية ام لا - ذهب صاحب الجواهر ره الى الاول - قال ضرورة كونها كالمفزع او اعظم في التقويت اذا كان قد نحت نفسها عنه عند اتزاله (وفيه) ان الجنابة في الصحيح من الاجنبى وفي المورد من الأم ومن المعلوم ان قياس الأم بالاجنبى مع الفارق - فالأظهر عدم ثبوتها .

ثالثها - هل يجوز للمرأة اراقة مائها من فرجها قبل اراقة مائه فيها على فرض تصور ذلك ام لا - وجهان - اظهرهما الاول - للاصل وفحوى ما سمعته في الرجل .

رابعها - هل يجوز للمرأة عدم اقرار النطفة في رحمها بعد فراغ الرجل - ام لا - وجهان - من عموم العلة في خبر (١) اسحاق بن عمار قلت لابي الحسن (ع) المرأة تخاف الحبل فتشرب الدواء فتلقى ما في بطنها قال (ع) لا - فقلت انما هو نطفة - فقال (ع) ان اول ما يخلق نطفة - ومن عدم كونه علة ومورد الخبر غير المقام والاصل يقتضى الجواز - وهذا هو الاظهر .

خامسها - انه هل هناك فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب خصوصا فيما يجب في كل اربعة اشهر وغيره فلا يجوز في الاول - ام لا - قد استدل للاول باصراف دليل وجوبه الى المتعارف بملاحظة كونه ارفاقا بالزوجة والارفاق انما يحصل مع الاتزال فيها (وفيه) منع الاصراف لان التعارف لا يصلح منشأ للاصراف المقيد للاطلاق - مع - ان الارفاق بها انما هو باتزالها لا الاتزال فيها فالأظهر انه لا فرق في الجواز بين الجماع الواجب وغيره

المسألة الثالثة (و) يكره (ان يطرق المسافر اهله ليلاً). لخبر (١) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله (ع) يكره للرجل اذا قدم من سفره ان يطرق اهله ليلاً حتى يصبح - ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين ان يعلم بذلك قبل الليل وعدمه كما صرح به في محكي المسالك - وفي الجواهر فقد يقال ان المنساق من يطرق ولو بواسطة حكمة الحكم حال عدم الاعلام المستلزم لعدم الاستعداد - وايداه بعضهم بما عن ابن الاثير اصل الطروق من الطرق وهو الدق سمي الاتي بالليل طارفاً لاحتياجه الى دق الباب - ولكن يرد على ما في الجواهر منع الانسباق - وعلى التأييد انه لا يلزم الاطراد في علة التسمية مع ان غلق الباب لا ينحصر بوقت المبيت .

الدخول بالمرأة قبل اكمالها تسع سنين

(و) المسألة الرابعة (يحرم الدخول بالمرأة قبل بلوغ تسع سنين) اي اكمالها بالاجماع المحقق والمحكي مستفيضا كذا في المستند - وفي الجواهر اجماعاً بقسميه - ويشهد به جملة من النصوص كصحيح (٢) الحلبي عن الصادق (ع) قال اذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى ياتي لها تسع سنين - وخبر (٣) زرارة عن الباقر (ع) لا يدخل بالجارية حتى ياتي لها تسع سنين او عشر سنين ونحوه خبر (٤) ابي بصير عنه (ع) والتخير فيهما بين الاقل والاكثر موجب لحمل الاكثر على الاستحباب - واما خبر (٥) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام لا توطأ جارية لاقل من عشر سنين فان فعل فعيبت فقد ضمن فلهجره ومخالفته لما تقدم يحمل صدره على الكراهة ان امكن والا فيطرح ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين النكاح الدائم والمتعة. وهل يجوز الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللمس بشهوة والضم والتفخيذ

١- الوسائل باب ٦٥- من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

٢-٣-٤-٥- الوسائل باب ٤٥- من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-٢-٣-٤-٥

- الظاهر ذلك ولو في الرضعة - للأصل السالم عن المعارض - فما - عن الرضعة من استجواد
تحريم الاستمتاع بغير الوطء أيضا - في غير محله - نعم الظاهر عدم جواز الوطء
في الدبر - لإطلاق النصوص ولاشتراك الدبر والقبل غالبا في الأحكام - وهو الذي يقتضيه
إطلاق كلمات الأصحاب - ولو شك في بلوغ امرأة يحكم بعدم جواز وطئها - لا - لأن
الحل علق على بلوغ التسع فالشك فيمنك في المعلق كما أفيد - فإن الشك في الحرمة
مورد لاصالة البرائة - بل - لاستصحاب بقاء الصغر وعدم البلوغ .

ولو أتم ودخل بها - فهل تحرم بذلك عليه أبدا مطلقا - أوفي خصوص صورة
الافضاء - أم لا تحرم عليه - وجوه وأقوال سيأتي التعرض لها عند ذكر المصنف ره هذه
المسألة في المحرمات - أما الكلام في المقام في أنها هل تخرج بذلك عن زوجيته - أم لا
كما عن السرائر والجامع والشرائع وكشف اللثام وغيرها .

والأظهر هو الثاني - لصحيح (١) حمران عن الصادق (ع) عن رجل تزوج جارية
بكر لم تدرك فلما دخل بها اقتضاها فافضاها - فقال (ع) أن كان دخل بها حين دخل بها ولها
تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل
حين اقتضاها فانه قد أفسدها وعطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرم ديبتها - وإن
أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه - ونحوه في ذلك خبر يزيد (٢)

واستدل للقول الأول بمرسل (٣) يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عنه (ع)
إذا خطب الرجل المرءة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين ففرق بينهما ولم تحل له أبدا -
وبأن التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح إذ ثمرته حل الاستمتاع (ولكن) يرد على الأول
أنه ضعيف السند وشموله لصورة عدم الافضاء ولم يفت الأصحاب بالحرمة في غير
صورة الافضاء الا قليل منهم - فان قيل - أنه يقيد إطلاقه بالاجماع المدعى على عدم
التحريم بدون الافضاء فهو بعد التقييد معمول به ويجب زعفه بذلك - قلنا - إن ظاهر
الفتاوى استناد التحريم إلى الافضاء - وظاهر الخبر استناده إلى الدخول فتكون الفتوى

١- الوسائل - باب ٤٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٩

٢-٣- الوسائل - باب ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٣-٢

اجنبية عن الخبر - لامن مقيداته - اصف - الى ذلك كله معارضته مع الخبرين المتقدمين الذين افتى الاصحاب بما تضمنناه فهم مقدمان واما الثاني - فيرد عليه انه مع بقاء الزوجية يجوز سائر الاستمتاع غير الوطء - فالظاهر عدم الخروج عن الزوجية .

النظر الى المرأة التي يريد تزويجها

(و) المسألة الخامسة (يجوز النظر الى من يريد التزويج بها) بلا خلاف فيه في الجملة وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ويشهد به النصوص المتواترة الاتية جملة منها وتنقيح القول بالتكلم في موارد :

الاول في بيان ما ينظر اليه من الجسد - وفيه اقوال ووجوه ١- ما عن الشرايع والارشاد والقواعد وغيرها من انه الوجه والكفان بل ربما نسب الى المشهور ٢- ما عن المقنعة من انه الوجه واليدان وانه يجوز النظر اليها ماشية في ثيابها ٣- ما عن المشايخ الثلاثة وجمع من الاساطين من انه الشعر والمحاسن ٤- انه جميع الجسد ما عدى العورة وفي الجواهر فلا محيص للفقهاء الذي كشف الله عن بصيرته عن القول بجواز النظر الى جميع جسدها انتهى - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص - فانها على طوائف (منها) ما دل على جواز النظر اليها مطلقا - كمصحح (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) عن الرجل يريد ان يتزوج المرأة ينظر اليها قال (ع) نعم انما يشتريها باغلي الثمن (ونسب) الى المحقق الزدى ره انكار دلالة على جواز النظر الى جميع جسدها - لوجهين - الاول - ان السؤال فيه بقوله اينظر اليها انما هو عن اصل جواز النظر فالجواب بقوله نعم يكون ايضا في مقام تجويزه وليس بصدد بيان ما ينظر اليه - الثاني - احتمال وروده مورد الغالب من النظر الى الوجه واليدين لانهما موقع النظر غالباً وغيرهما مستور كك بالثياب ومع هذا الاحتمال لا ينعقد له ظهور في الاطلاق - ولهذا الوجه الثاني منع الشيخ الاعظم ره اطلاقه (ولكن) يرد على الوجه الاول ان السؤال ليس عن امر مجمل

مبهم فانه في مقام استعمال الوظيفة فلامحالة يكون السؤال عن النظر الى جميع الجسد من جهة حذف المتعلق - فجوابه (ع) يدل على العموم - ويرد على الوجه الثاني ان الغلبة لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق - مع - انها ممنوعة فان الغالب عدم ستر مقدار من الشعر والرقبة والصدر والساقين فهو مطلق ويؤكد اطلاقه ما فيه من التعليل للجواز بانه يشترىها باغلى الثمن (ودعوى) ان المراد به ما يندفع به معظم الغرر الحاصل من جهة حسن الخلقة واللون وقبحهما - وان ذلك يندفع بالنظر الى الوجه والكفين اذ يستدل بهما غالبا على حسن ساير الاعضاء وقبحها من حيث الخلقة واللون - كما افاده الشيخ الاعظم وتبعه المحقق الزدى (مندفعة) بان الاستدلال بالوجه على غيره لا يصح مع ما يرى من التفاوت - وموثق (١) بونس قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يريد ان يتزوج المرأة بجوزله ان ينظر اليها قال (ع) نعم وترقق له الثياب لانه يريد ان يشترىها باغلى الثمن - فان ترقيق الثياب ليس الا لئتمكن من النظر الى ما خلف الثياب من ساير البدن (ومنها) ما دل على الجواز في الوجه والمعصم كصح (٢) الفضلاء عن الصادق (ع) لا بأس بان ينظر الى وجهها ومعاصمها اذا اراد ان يتزوجها - والمعاصم جمع معصم - وهو موضع السوار من الساعد والسوار حلقة كالطوق تلبسها المرأة في زندها او معصمها الذي هو فوق الزند - وقد استدل به القائلون باختصاص الجواز بالوجه والكفين بحمل المعاصم على الكفين وهو كما ترى غير ظاهر الوجه اذ المعصم كما عرفت غير الكف والعمل بالنصر لامانع منه بعد اعتماد جماعة عليه (ومنها) ما دل على جواز النظر الى خلفها ووجهها - كصح (٣) الحسن بن السرى قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يريد ان يتزوج المرأة بتأملها وينظر الى خلفها والى وجهها قال (ع) نعم لا بأس ان ينظر الرجل الى المرأة اذا اراد ان يتزوجها ينظر الى خلفها والى وجهها (ومنها) ما دل على جواز النظر الى الشعر كصح (٤) عبدالله بن سنان قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يريد ان يتزوج المرأة ينظر الى شعرها فقال (ع) نعم انما يريد ان يشترىها باغلى الثمن (ومنها) ما دل على الجواز في

المعاصن كخبر (١) غياث بن ابراهيم عن جعفر (ع) عن ابيه (ع) عن علي (ع) في رجل ينظر الى معاصن امرأة يريد ان يتزوجها قال (ع) لا بأس انما هو مستام فان يقض امر يكون ونحوه خبر الباهلي (٢) هذه هي نصوص الباب وحيث انه لا تعارض بينها فانها باجمعهام مثبتات فلا وجه لحمل مطلقها على مقيداتها (وعن) المحقق اليزدي البناء على تعارضها الوجهين الاول ان المقيدات في مقام التحديد لموضوع حكم واحد - فتدل بالمفهوم على عدم الجواز في غير الموارد المذكورة فيها - الثاني انه في حسن الفضلاء علق الجواز على ارادة التزويج الدال على عليه ارادته لجواز النظر الى خصوص الوجه والمعصم الابي عن حملهما على مجرد التمثيل لعدم صحة تعليل الخاص بما يكون علة للعام - فمفهومه عدم الجواز في غيرهما (ولكن) يرد على الوجه الاول - انه لا قرينة تشهد بكونها في مقام التحديد ومجرد تضمنها لبيان حكم ما فيها لو اقتضى ذلك لزوم البناء على ثبوت المفهوم للوصف بل اللقب - ويرد على الثاني - ان مفهوم الحسن عدم جواز النظر عند عدم ارادة التزويج لعدم جواز النظر الى غير الوجه والمعصم - فان المفهوم عبارة عن انتفاء الحكم المذكور عند انتفاء الشرط لا انتفاء حكم آخر عند وجوده فتدبر (وعن) الشيخ الاعظم ره البناء على ثبوت المفهوم للمقيدات من جهة ان تخصيص النظر في مصحح الفضلاء بالوجه والمعاصم لا يظهر له وجه الاختصاصهما بجواز النظر قال ووضح من ذلك صحيح السري فانه (ع) بعد ان قال ينظر اليها قال (ع) ينظر الى خلفها والى وجهها (وفيه) ان ما ذكر في وجه اختصاص المصحح انما هو ما ذكر في ثبوت المفهوم للوصف واللقب وقد اجيب عنه في محله واما التخصيص في صحيح السري فانما هو لذكره في السؤال - مع - ان غايته سقوط الاطلاق المذكور فيه لا سقوط اطلاق غيره (فتحصل) ان الاظهر جواز النظر الى جميع بدنها - نعم قام الاجماع على خروج خصوص العورة ولا بأس باستثنائها .

ثم انه على فرض التنزل وتسلیم ثبوت المفهوم للمقيدات الجمع بين النصوص انما يكون بحمل المطلق على المقيدات وتقييد اطلاق مفهوم كل منها بمنطوق غيرها فتكون

النتيجة جواز النظر الى ما ذكر في المقيدات من المعاصم والخلف والشعر والمحاسن

شروط جواز النظر الى من يريد تزويجها

المورد الثاني في بيان امور دخيلة او توهم دخلها في هذا الحكم اى جواز النظر الى من يريد تزويجها وهي ستة:

احدها - انه قد يقال باعتبار ان يكون باذنها ورضاها ولكن المشهور بين الاصحاب عدم اعتبار ذلك بل الظاهر عدم الخلاف فيه وهذا هو الاظهر لعموم النص وليس النظر من الحقوق حتى يتوهم توقيفه على اذنها .

ثانيها اعتبار ان لا يكون النظر بقصد التلذذ كما صرح به جماعة واستدل له باختصاص النصوص المتقدمة بالنظر للاطلاع فيرجع في غيره الى عموم المنع - وبمرسل (١) عبد الله ابن الفضل عن ابيه عن رجل عن الصادق (ع) قال قلت اينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها قال (ع) لا بأس بذلك اذا لم يكن متلذذاً (ولكن) يرد على الاول ان النصوص مطلقة - بل قد يقال ان التقييد بذلك في المقام غير ممكن - فان النظر الى جسد المرأة ليطلع على انها صبيحة حسنة خلقه ولو تابحيت تصلح لان يتزوجها ويعاشرها ويقضى بها شهوته لا ينفك غالباً عن الريبه - واما الخبر فلا رساله لا يعتمد عليه فلا يظهر عدم اعتبار ذلك .

ثالثها - عدم تكرار النظر ذهب الى اعتباره بعض والاظهر عدم اعتباره وجواب تكرار النظر اذا لم يكن قد تعمق في الاول واحتمل ان يفيد الثاني ما لا يفيد الاول - لاطلاق النصوص والتعليل .

رابعها ان لا يكون مسبوقاً بحالها - والوجه فيه انصراف النصوص الى النظر للاطلاع فالفرض خارج عنها فيرجع فيه الى عموم المنع .

خامسها ان يكون يريد التزويجها وتفصيل القول في هذا الشرط - انه تارك لا يريد

التزويج اصلا - واخرى - لا يكون مريدا له الا انه يحتمل انه لو صادف امرأة تكون على اوصاف كذائية ان تحصل له ارادة تزويجها - وثالثة - يريد التزويج ولا نظر له الى امرأة خاصة وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار - ورابعة - يريد تزويج امرأة خاصة بارادة قريبة من الفعلية كما اذا كانت جميع المقضيات موجودة الا انه لا يعلم انها حسنة خلقه ولو نام لا بحيث لو كانت حسنة لصارت ارادته فعلية - وخامسة - يريد تزويج امرأة خاصة على جميع التقادير - لا اشكال في عدم شمول النصوص للقسمين الاولين والاخير - اما الاولان - فملتقيديهما بمريد التزويج - واما الاخير - فلا تصرف النص سيما بملاحظة التعليل الى مورد النظر لياخذ التصميم في التزويج فمع ارادته على كل تقدير يرجع الى عموم المنع - كما لا اشكال في الشمول للقسم الرابع - اما الكلام في القسم الثالث والظاهر فيه هو الشمول فان مورد السؤال وان كان هو ارادة تزويج امرأة خاصة الا ان المدار على عموم الجواب وهو يشمل هذا القسم ايضا (فتحصل) انه يجوز النظر الى امرأة يريد تزويجها بالخصوص او يكون قاصدا المطلق التزويج وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار.

سادسها ان ينظر الى جسدها من فوق الثياب الرقيقة ويشهد له الامر بترقيق الثياب في موقئ يونس المتقدم - ولا بأس به مع فرض قضاء الفرض به - ولكن الظاهر عدم قضائه به - وذلك بضميمة عدم افتاء الاصحاب به - وان الامر بترقيق الثياب انما هو للاطلاع - تصلح لرفع اليد عن ظهوره في اللزوم.

حكم نظر المرأة الى الرجل المرید تزويجها

المورد الثالث في انه هل يجوز للمرأة ان تنظر الى من يريد تزويجها كما عن القواعد وغيرها - ام لا كما في الجواهر - وفي كشف اللثام لا عرف من الاصحاب من قال به اي بالجواز غيره اى العلامة والحلي وابن سديد وجها - واستدل الاول - باستفادته من التعليل في النصوص فان الرجل اذا جاز له النظر لثلا يضع ماله الذي يعطيه على وجه الصداق وغيره فجوازه للمرأة لثلا يضع بضعها اولى و بماورد (١) في بعض

النصوص انه (ص) قال للرجل من اصحابه وقد خطب امرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما - بدعوى ان مقتضى عموم العلة هو جواز نظرها اليه - ولكن يرد على الاول ان لمرة تملك بضعها بازاء المال الذى يعطيها فاللازم معرفته لامرفة الرجل - ويرد على الثانى انه ضعيف السند - فالأظهر عدم جواز نظرها اليه - اللهم الا ان يقال ان السيد الرضى ينسب الخبر الى رسول الله (ص) جز ما فهو من اقسام الخبر الحجة .

حكم النظر الى نساء اهل الذمة

(و) المسألة السادسة المشهورين الاصحاب انه يجوز النظر (الى) نساء (اهل الذمة بغير قلند) وتنقيح القول في هذه المسألة بالبحث في جهتين - الاولى - يجوز النظر الى شعور نساء اهل الذمة وايديهن - ويشهد به خبر (١) السكونى عن الصادق (ع) قال رسول الله (ص) لحرمة لنساء اهل الذمة ان ينظر الى شعورهن وايديهن - والخدشة في سنده - في غير محلها اذ ليس في السند من يتوهم الاشكال من ناحيته غير النوفلى والسكونى - والاظهر انهما تقتان - وان صار الاول غالبا في آخر عمره - والثاني عامى ويؤيده خبر (٢) ابي البخترى عن جعفر عن ابيه عن على بن ابي طالب عليهم السلام لابس بالنظر الى رؤوس نساء اهل الذمة الحديث.

ويمكن الاستدلال له بمادل من النصوص على انهن ممالك الامام (ع) كصحيح (٣) ابي بصير عن الباقر (ع) ان اهل الكتاب ممالك الامام ونحوه غير ما من تحليلهم (ع) لشيعتهم والاذن في ذلك ورضاهم به اذا التحليل في مثل المقام غير ثابت - ومجرد الرضا لا يكفي في الجواز - بل لمادل على جواز النظر الى امة الغير - وحيث ان المتيقن مما ثبت من جواز النظر الى امة الغير من السيرة والنصوص الواردة في مملوكة الابن وغيرها هو النظر الى الرأس واليدين - فالثابت بذلك هو جواز النظر الى شعورهن وايديهن - واما الاستدلال له بانهن بمنزلة الاماء للمسلمين لان الكفار فيء لهم وانما

٢-١- الوسائل - باب ١١٢ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١-٢

٣- الوسائل باب ٨ من ابواب ما يحرم بالكفر ونحوه حديث ١

يحرّمهم الذمة فتكون نساء اهل الذمة بمنزلة الامة المزوجة بالعبد - فيرد عليه - ان الملك انما يكون بالاسترقاق - فالمتحصل من الادلة هو جواز النظر الى رؤوسهن وشعورهن وايديهن - ومقتضى اطلاق الايدي هو جواز النظر الى جميع اليد - وعليه فلا بد في دعوى ان ذكر المهور والايدي من باب ان المتعارف كشفهما لالخصوصية فيهما - فالقول بجواز النظر الى المقدار الذي جرت عادتتهن في تلك الازمنة على عدم ستره قوى. الثانية - في انه هل يقيد الجواز بعدم التلذذ والريبة فلا يجوز النظر مع التلذذ والريبة - اى خوف الوقوع في الحرام - وهو المعبر عنه بخوف الفتنة والوقوع في الحرام مع المنظور اليه وان كان عالما بعدم وقوعه كما هو المشهور بين الاصحاب - ام لا - واستدل للاول (بان) النصوص المجوزة مختصة بغير ذلك فيرجع فيه الى عموم المنع - (وبما) في رسالة الشيخ الاعظم رحمه وضوح حرمة النظر مع خوف الوقوع في الحرام واما حرمة مع احد الامرين فلان فيهما الفساد المنهى عنه (وبما) في الجواهر من اشعار النصوص بل ظهورها بل صريح بعضها فيه (ولكن) يرد على الاول ان النصوص مطلقة - وعلى الثاني انه لا دليل على حرمة قتل يخاف معه الوقوع في الحرام وكون التلذذ من الفساد اول الكلام - وعلى الثالث انهم نعر على خبر يكون ظاهرا في ذلك فضلا عن الصراحة - فاذاً لا دليل على اعتبار ذلك سوى الاجماع لو ثبت والظاهر ذلك.

الحاق نساء اهل البوادي والقرى بنساء اهل الذمة

ثم انه قد يلحق بنساء اهل الذمة - نساء اهل البوادي والقرى - لخبر (١) عباد بن صهيب سمعت ابا عبد الله (ع) يقول لابن بالنظر الى رؤوس نساء اهل تهامة والاعراب واهل السواد والعلوج - لانهم اذا نهوا لا ينتهون - وعن الفقيه روايته - ولكن مكان اهل السواد والعلوج ذكر اهل البوادي من اهل الذمة - والخدشة فيه بضعفه - في غير محلها - لان عباد ثقة وقد صرح العلامة المجلسي ره في مرآت العقول بان الخبر

موثق - مع - ان الراوى عن عباد حسن بن محبوب وهو من اصحاب الاجماع - اصف اليه ان الراوى عنه احمد بن محمد بن عيسى - وهو اخرج البرقى عن قم لروايته عن الضعفاء - فلا اشكال فيه سندا - ثم ان - تهام اسم بلد - والعلوج جمع عالج وهو الرجل الضخم من كفار العجم - او مطلق الكافر - وتذكير الضمير في التعليل اما للتجاوز - اولان المراد ان رجالهم اذا نهوا عن ذلك وامروا بان يستروهن لا ينتهون - وفي الجواهر احتمال ان يكون المراد بالتعليل عدم وجوب الغض وعدم حرمة التردد في الاسواق والزقاق من هذه الجهة لما في ذلك من العسر والحرج بعد فرض عدم الانتهاء بالنهي - وعلى هذا فما قيل من انه يطرح الخبر لعدم عمل المشهور به لعدم تعرضهم لمضمونه - يكون مندفعاً - فالمتيقن هو عدم حرمة التردد في الاسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر اليهن ولا يجب غض البصر وترتب على ذلك انه يؤخذ بعموم العلة ويتعدى الى التردد في الاسواق وما شاكل في هذا الزمان - الذي قال (١) امير المؤمنين (ع) في وصفه يظهر في آخر الزمان واقترب الساعة وهو شر الأزمنة نسوة كاشفات عاريات متبرجات وهو زمان حرية النساء من جميع القيود الدينية والاخلاقية والانسانية - ويحكم بجواز ذلك و عدم حرمة التردد فيها وعدم وجوب الغض (ثم انه) في ذيل الخبر على ما رواه في الكافي - قال - والمجنونة المغلوبة على عقلها لابس بالنظر الى شعرها وجسدها ما لم يتعظ ذلك - والمراد بالتعمد القصد الى النظر الملازم للنظر بشهوة ويمكن ان يكون المراد بهذه الجملة ما ذكره صاحب الجواهر في التعليل والله تعالى العالم -

نظر كل من الرجل والمرأة الى مماثله

بقي في المقام مسائل لم يتعرض المصنف ردها - وهي سبعة (الاولى) يجوز لكل من الرجل والمرأة النظر الى مماثله بالاخلاق فيه في الجملة - ويشهد له - النصوص (٢)

١ الوسائل - باب ٧ - من ابواب مقدمات النكاح -

٢ - الوسائل - باب ٣١ و ٣٢ - من ابواب آداب الحمام كتاب الطهارة

الواردة في آداب الحمام - والاختبار (١) الواردة في تفصيل الاموات المتضمنة للامربان يلقي على عورته خرقه - بضيمه - ما دل على عدم الفرق بين الاحياء والاموات من الاجماع وماورد (٢) من ان حرمة المؤمن ميتا كحرمة حيا - ومقتضى هذه النصوص جواز النظر الى ما عدى العورة وهذا الكلام فيه .

انما الكلام في مواضع - الاول ان جملة من النصوص ظاهرة في عدم جواز النظر الى الفخذ بل من السرة الى الركبة - كخبر (٣) بشير النبال عن ابي جعفر (ع) عن الحمام قال تريد الحمام قلت نعم فامر باسخان الماء ثم دخل فاتزر بازار وغطى ركبتيه وسرته ثم امر صاحب الحمام فطلى ما كان خارجا من الازار ثم قال اخرج عنى ثم طلى هو ماتحته يده ثم قال هكذا فافعل - وخبر (٤) الحسين بن علوان عن جعفر (ع) عن ابيه (ع) اذا زوج الرجل امته فلا ينظر الى عورتها - والعورة ما بين السرة والركبة - وخبر (٥) النصال عن امير المؤمنين (ع) ليس للرجل ان يكشف ثيابه عن فخذه ويجلس بين قوم (ولكن) خبر الحسين مضافا الى ضعف سنده لان ابن علوان على ما قيل عامي لا يعتمد عليه واعراض الاصحاب عنه لانهم حددوا العورة بالقبل والدبر - معارض بما هو اقوى منه لاحظ مرسل (٦) الواسطي عن ابي الحسن (ع) - العورة عورتان القبل والدبر - والدبر مستور باليتين فاذا سترت القضيبي والبيضتين فقد سترت العورة - وقريب منه مرسل (٧) الكافي وخبر (٨) محمد بن حكيم قال الميثمي قال لا اعلمه الا قال رأيت ابا عبد الله (ع) او من رآه متجردا وعلى عورته ثوب فقال ان الفخذ ليست من العورة - واما الخبر ان الاخران فلا جماع على عدم وجوب ستر شيء سوى العورة - ولخبر الميثمي المتقدم - ولمرسل (٩) الفقيه انه (ع) كان يطلى عاتيه وما يليها ثم يلف ازاره على

١- الوسائل باب ٢ من ابواب غسل الميت

٢- الوسائل - باب ٢٣ - من ابواب ديات الاعضاء - من كتاب الديات

٣- ٩- الوسائل باب ٣١ - من ابواب آداب الحمام حديث ١- ٣

٤- الوسائل باب ٤٤ من ابواب نكاح المييد والاماء حديث ٧

٥- الوسائل باب ١٠ من ابواب احكام الملايين حديث ٣ كتاب الصلاة

٦- ٧- ٨- الوسائل باب ٤ من ابواب آداب الحمام حديث ٢- ٣- ١

طرف احليله ويدعوقم الحمام فيطلى ساير جسده وقريب منه غيره - يتعين حملهما على الاستحباب .

الثاني الظاهر انه لاختلاف بينهم في حرمة النظر الى شاب حسن الصورة لريبة او تملنؤو تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه وكفى به مدد كاضميمة خبر (١) السكوني عن الصادق (ع) قال رسول الله (ص) اياكم واولاد الاغنياء والملوك المردفان فتننتهم اشد من فتنه العذارى في خدورهن و ظاهره وان كان عدم جواز النظر اليهم مطلقا - الا انه للاجماع والسيرة وماورد (٢) من ان وفدا قدموا على رسول الله (ص) وفيهم غلام حسن الوجه فاجلسه من ورائه وكان ذلك بمرئى من الحاضرين ولم يامر به بالاحتجاب عنهم لانهاهم عن النظر اليه - بقيد اطلاقه بصورة التلنؤو الريبة .

حكم نظر المشركة والكتائية الى المسلمة

الثالث المشهور بين الاصحاب جواز نظر المرأة الى مثلها وان كانت الناظر من اهل الكتاب او مشركة - وعن الشيخ والطبرسى في تفسيرهما والراوندى في فقه القرآن المنع من نظر المشركة الى المسلمة قال الشيخ والراوندى الان تكون امة ووافقهم صاحب الحقائق رموعن الشيخ في احد قوله ان النمة لا تنظر الى المسلمة حتى الوجه والكفين (واستدل) لعدم الجواز بالنسبة الى الكافرة مطلقا - بالاية الكريمة (٣) «ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن الى قوله تعالى او نسائهن» بتقريب ان النمة ليست من نسائهن (وفيه) ان المراد من كلمة نسائهن في الاية - يحتمل ان يكون هي المسلمات ويكون وجه اضافتها الى الضمير العائد الى المؤمنات اشتراكهما في الايمان - ويحتمل ان يكون المراد منها النساء الاقارب واللاتى يرادونهن - ويحتمل ان يكون المراد منها مطلق

(١) الوسائل - باب ٢١ - من ابواب النكاح المحرم - حديث ٢

(٢) التذكرة ج ٢ - ص ٥٧٣

(٣) سورة النور - آية ٣٢

النساء ويكون وجهه اضافتها حاشا لاشترائك في الانوثة - ويحتمل ان يكون المراد منها من في صحبتهم من المتوادم اعم من الاماء والحرائر - ولا يخفى بعد الاخيرين - اما الاخير فلانه يلزم فيه لغوية قوله تعالى - او ما ملكت ايمانهن - بناء على اختصاصه بالاماء لرواية الاصحاب بذلك - واما ما قبله فلان ظاهر الاضافة ارادة التقييد فلا يحسن التعبير بها في مقام افادة الاطلاق فيدور الامر بين الاولين والاستدلال يتوقف على ظهور الآية في ارادة الاول اذ لو كانت ظاهرة في الثاني او حكم بالاجمال لا يتم الاستدلال - اما على الاول فواضح واما على الثاني فلان اجمال المستثنى يسرى الى المستثنى منه ويوجب اجماله ولكل منهما جهة توجب احتمال ارادته - اما الجهة الموجبة لارادة الاول فهي اضافة النساء الى المؤمنات بما هن مؤمنات واخذ الوصف العنوانى في الموضوع مشعر بدخاله فالمراد من شاركن في هذا الوصف واما الجهة الموجبة لاحتمال ارادة الثاني فهي قرينة السياق - وعليه فالاية مجملة من هذه الجهة فلا مورد للاستدلال بها (واستدل) لعدم الجواز بالنسبة الى اهل الكتاب صحيح (١) حفص بن البختري عن ابي عبد الله (ع) لا ينبغي للمرأة ان تنكشف بين يدي اليهودية والنصرانية فانهن يصفن ذلك لازواجهن (وفيه) انه لا يستفاد منه ازيد من الكراهة لما فيه من التعليل الدال على كراهة اطلاع رجال اهل الذمة على خصوصيات نساء المؤمنين (ثم ان) مقتضى التعليل اختصاص الحكم بمن لها صفات يحسن نقلها لامطلقا وبمن تصف أزواجهن من تراها من المسلمات وتعميم الحكم الى غير اليهودية والنصرانية من الكافرات .

في جواز النظر الى المحرم عاريا ماعدى العورة

المسألة الثانية يجوز النظر الى المحارم بلا خلاف فيه في الجملة - وتنقيح الكلام بالتكلم في موارد الاول - المشهور بين الاصحاب جواز النظر الى الجسد عاريا ماعدى العورة - وعن القواعد في آخر حد المحارب ليس للمحرم التطلع على العورة

(١) الوسائل - باب ٩٨ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١

والجسد عاريا - ونحوه ماعن التحرير (ويشهد) للمشهور - مضاف الى الاجماع بل في
الجواهر عنه من الضروريات - والى الاصل - الآية الكريمة (١) «ولا يبدن زينتهن
الابعلوثهن الخ» فانها وان وردت في بعض المعام الا انه يتم في غيره بعدم الفصل والزينة تتم
الظاهرة والباطنة ومنها الذراعان ومستور الخمار - كما في الصحيح (٢) - والنصوص (٣)
الواردة في تفصيل المعام مجردات الا انه يلقي على عوداتهن خرقة - بضميمة ما دل على
ان حرمة الميت كحرمة الحي من الاجماع والاعبار (٤) (وما) في بعض النصوص من
تفصيلهم من وراء الثياب وان ائتم به المشهور - محمول على الاستحباب كما حققناه في
الجزء الثاني من هذا الشرح (واستدل) لعدم جواز النظر الى ما عدى الامور المتفق عليها
من الوجه والكفين والقدمين ونحوها - بما دل (٥) على ان النساء عورة خرجت تلك
الامور وبقي الباقي - وبخبر (٦) ابي الجارود عن ابي جعفر (ع) في قوله تعالى - ولا يبدن
زينتهن - فهو الثياب والكحل والخاتم وخضاب الكف والسوار والزينة ثلاث زينة للناس و
زينة للمحرم وزينة للزوج واما زينة الناس فقد ذكرنا ما اما زينة المحرم فموضع القلادة
فما فوقها والدمليج وما دونه والخلخال وما اسفل منه واما زينة الزوج فالجسد كله (والكن)
يرد على الاول انه لا دليل على عدم جواز النظر الى العورة بالمعنى المذكور - وبعبارة اخرى
ان كونهن عورة بالنسبة الى المعام ايضا غير ثابت لاحتمال كونهن كك بالاضافة الى
الاجنبى ولذا لم يتوهم احد كونهن كك بالاضافة الى المماثل - ويرد على الثاني انه ضعيف
السند والاصحاب اعرضوا عنه فالأظهر جواز النظر الى الجسد ما عدى العورة (ثم ان)
المعام على اقسام - الاول - المحرم النسبى وهى التى يحرم نكاحها نسباً - الثاني -

١- سورة النور آية ٣٢

٢- الوسائل- باب ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح- حديث ١

٣- الواسئل- باب ٢٠ من ابواب غسل الميت

٤- الوسائل- باب ٢٣ من ابواب بدييات الاعضاء

٥- الوسائل- باب ٢٤ من ابواب مقدمات النكاح

٦- المستدرك- باب ٨٤ من ابواب مقدمات النكاح- حديث ٣

المحرم الرضاعي - الثالث - المحرم بالمصاهرة - اما الاول - فقد تقدم حكمه - واما الثاني - فما كان دليله من قبيل ما دل على انه بمنزلة السبب يستفاد حكمه مما تقدم - واما ما كان حكمه مستفاد من قبيل ما دل على انه لا ينكح ابوالمر تضع في اولاد المروضة فلا مخرج له عن عموم ما دل على حرمة النظر وجوب السر - واما القسم الثالث فالمصاهرة المجوزة للنظر هي ما كانت بمعلقة الزوجية واما غير ما كالتحریم الحاصل بالواط فلا مخرج له عن عموم ما دل على حرمة النظر.

اشتباه من يجوز النظر اليه بمن لا يجوز

المسألة الثالثة اذا اشتبه من يجوز النظر اليه بمن لا يجوز على وجه الامتزاج وجب الاجتناب عن الجميع مع الحصر للعلم الاجمالي الموجب للاحتياط عقلا وكذا لو اشتبه من يجب التسرع عنه ومن لا يجب

وان كانت الشبهة غير محصورة او بدوية ففيه فروض .

الاول - ما اذا شك في كونه مما تلازم لا - فقد استدل على وجوب الاجتناب بوجوده . احدها ما عن العلامة وغيره من ان مقتضى عموم الادلة من الابه وغيرها حرمة النظر الى كل احد خرج عنه المماثل فمع الشك في كون المنظور اليه مما تلازم بما انه شك في مصداق الخاص يكون المرجع هو العموم (وفيه) ان التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لا يجوز كما حقق في محله .

ثانيها ما في العروة وهو ان التخصيص في المقام بما انه ليس من قبيل التنويع بل المستفاد من المنخص شرعية الجواز بالمماثلة او المحرمية - فيكون النظر مقتضيا للحرمة والمماثلة من قبيل المانع فمع الشك في المانع يرجع الى اصاله عدمه فيبنى على تحقق المقتضى بالفتح (وفيه) ان تمييز المقتضى عن المانع في باب الشرعيات - بعدم ورود الدليل لبيان ذلك لا يمكن فلعله لا مقتضى للحرمة في النظر الى المماثل - مع - انه لو سلم احراز المقتضى - قاعدة المقتضى والمانع ليست بحجة كما حقق في محله .

ثالثها معن المحقق النائيني ره وهو ان تعليق الرخصة والجواز على عنوان خاص وجودى يدل بالدلالة الالتزامية العرفية على انها منوطة باحراز ذلك العنوان فلا يجوز الاقتحام عند الشك فيه (وفيه) ان اناطة حكم ترخيصى بامرو وجودى كاناطة المنع به لا يراد بها الاجعل حكم واقعى لموضوع واقعى.

الرابع الاصل المتفق عليه فى النفوس والفروج والاموال وهو اصاله الاحتياط (وفيه) ان اصاله الاحتياط ليست اصلا مستقلا بل المراد بها اما اصاله العموم بناء على جواز التمسك بالعلم فى الشبهة المصداقية - او الاموال الموضوعية كاصالة عدم الزوجية وعدم تحقق الرضاع وما شاكل - وعلى فرض تسليم كونها اصلا مستقلا فانما هو بالنسبة الى الوطاء لا النظر.

الخامس - استصحاب عدم المماثلة بناء على ما هو الحق من جريان الاصل فى الاعداد الازلية (وما افاده) بعض الاعاظم من ان الانوثة والذكورة من قبيل الذاتيات عرفا فلا يصح ان يقال الاصل عدم ذكورية من يشك فى ذكوريته وانوثيته - ولا اصاله عدم انوثيته (يرد عليه) انها عند العرف ايضا من الاوصاف العنوانية الزائدة على الذاتيات نظير القرشية (ودعوى) ان حرمة النظر مشروطة بامرو وجودى وهو المخالف وباستصحاب عدم المماثل لا يحزر ذلك الاعلى القول بالاصل المثبت (مندفعة) بان مقتضى عموم الاية الشريفة غير المنصرف الى خصوص المخالف بقرينة استثناء نسائين او ما ملكت ايمانهن وان كان استثناء عن ابداء الزينة حرمة النظر الى المخالف والمماثل خرج عن ذلك المماثل وبقي الباقي فالأظهر حرمة النظر اليه.

الثانى ما لو شك فى انها زوجة اولا - والأظهر فيه ايضا حرمة النظر لاصالة عدم حدوث الزوجية - اذا كانت الحالة السابقة عدم الزوجية وان كانت الحالة السابقة الزوجية يجرى استصحاب بقائها ويحكم بجواز النظر ومع توارد العاليتين والشك فى المتأخر يتساقط الاصلان فيرجع الى اصاله البرائة المقضية للجواز - ثم ان مقتضى الوجوه المتقدمة فى الفرض السابق عدم جواز النظر فى هذا المورد ايضا ولكن عرفت ما فيها .

وبما ذكرناه ظهر حكم مالوشك في المحرمية من باب الرضاع فان مقتضى اصاله عدم تحققه الحرمة وعدم الجواز.

الثالث لو شك في ان المنظور اليه حيوان او انسان - يجوز النظر اليه لاختصاص دليل المنع بالانسان فيشك في المورد في الجواز ولا اصل يحزر به موضوع عدم الجواز فيرجع الى اصاله البرائة المقتضية للجواز.

الرابع لو شك في انه بالغ او صبي ففي العروة استظهر وجوب الاجتناب للعموم على الوجه المتقدم منه في الفرض الاول - ولكن الاظهر عدم الوجوب لاستصحاب بقاء السبا وعدم التمييز.

النظر الى الاجنبية

المسألة الرابعة لايجوز النظر الى الاجنبية اجماعا بل ضرورة من المذهب بل الدين - ويجب على النساء التستر من الرجال - ويشهدلها الاية الكريمة (١) «قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك اذكى لهم ان الله خبير بما يصنعون وقل للمؤمنات يغضن من ابصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن او آباء بعولتهن او ابنائهن او ابناء بعولتهن او اخوانهن او بنى اخوانهن او بنى اخواتهن او نساكنهن او ما ملكت ايماهن او التابعين غير اولى الاربة من الرجال او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولا يضربن بارجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن وتوبوا الى الله جميعا ايها المؤمنون لعلكم تفلحون» وغض البصر وان كان غير ترك النظر الا انه يكفي مستندا لتعيين المراد الاجماع فانهم اجمعوا على التمسك بالاية لحرمة النظر - والنصوص الكثيرة الاية جملة منها -

النظر الى الوجه والكفين من الاجنبية

ثم ان جماعة منهم الشيخ وصاحب الحقائق والمحقق التراقي والشيخ الاعظم استثنوا من حرمة النظر الى الاجنبية الوجه والكفين فقالوا بالجواز فيها وعن المصنف رده في التذكرة والارشاد وكشف اللثام وصاحب الجواهر وغيرهم القول بعدم الجواز وعن جمع منهم المحقق في الشرايع والمصنف في القواعد انه يجوز فيها مرة ولا يجوز تكرار النظر.

واستدل للاول - بالاية الكريمة المتقدمة ولا يبدن زينتها الا ما ظهر منها وهو مفسر بالوجه والكفين - اقول ان كان الاستدلال بالنص المفسر للزينة الظاهرة بهما فسيأتي الكلام فيه - وان كان بالاية نفسها فيرد عليه ان الزينة الظاهرة فسرت بتفسير منها ما عن ابن مسعود من تفسيرها بالثياب ومنها غير ذلك.

واستدلوا به ايضا بجملة من النصوص منها (١) صحيح الفضيل بن يسار عن امي عبدالله عن الذراعين من المروة هما من الزينة التي قال الله تبارك وتعالى ولا يبدن زينتها الا ما بعولتهن قال نعم وما دون الخمار من الزينة وما دون السوارين - بدعوى ان ما يستره الخمار هو الرأس والرقبة والوجه خارج عنه وان الكف فوق السوار لا بد منه فيكونان خارجين عن الزينة (وفيه) اولاً - انه لولد على الجواز فانما يدل على جواز الابداء وعدم وجوب سترهما وهو اعم من جواز النظر لانه من الممكن ان يرفع الشارع الاقدس وجوب الستر عليها بالنسبة الى الوجه والكفين للعسر والحرج اول غير ذلك بخلاف ما ير البدن وان وجب على الناظر الغض كما عساه يقال في بدن الرجل بالنسبة الى المرأة - وثانياً - ان الصحيح سؤالاً وجواباً ناظر الى العقد الايجابي وهو كون الذراعين من الزينة ولا نظر له الى العقد السلبي ولا مفهوم له فتأمل.

ومنها خبر (٢) زرارة عن الصادق (ع) في قول الله عز وجل الا ما ظهر منها - قال (ع) الزينة الظاهرة الكحل والخاتم (وفيه) اولاً ان الخبر مجهول كما صرح به العلامة

المجلسي ره لان في طريقه القاسم بن عروة - وثانياً - ان جواز النظر الى الكحل والخاتم ولو الى مواضعهما اعم من النظر الى الوجه والكفين - وثالثاً - انه في مقام بيان ما يجوز للمرئثة اظهاره - وهو اعم من جواز النظر كما مر .

ومنها خبر (١) ابي بصير عن الصادق (ع) عن قول الله عز وجل ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها - قال (ع) الخاتم والمسكة وهي القلب (والقلب بالضم السوار) وقد مر ما هو المجلسي ره بالجهالة ولكن الاظهر انه موثق لانه يرويه الكليني ره عن محمد بن الحسين شيخه الذي قال النجاشي انه ثقة - عن احمد بن اسحاق الذي لاشبهة في وثاقته عن سعدان بن مسلم الذي روى روايته القميون والاعاظم وفيهم الصفوان وقد قال المولى الوحيد ولنعم ما قال ان في رواية هؤلاء الاعاظم شهادة على كونه ثقة - عن ابي بصير الثقة ولكن يرد عليه (اولاً) انه يدل على جواز الابداء دون جواز النظر (وثانياً) انه مختص باليد ولا يكون متمراً للوجه (وثالثاً) انه لودل على الجواز للدل على جواز النظر الى موضع السوار وهو ما فوق الكف وهو لا يجوز بالاجماع .

ومنها صحيح (٢) مسعدة بن زياد سمعت جعفر (ع) وسئل عما تظهر المرئثة من زينتها قال (ع) الوجه والكفين (وفيه) انه دال على جواز الابداء وهو اعم من جواز النظر . ومنها (٣) مرسل مروك بن عبيد عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله (ع) قال قلت له ما يحل للرجل ان يرى من المرئثة اذا لم يكن محرماً قال (ع) الوجه والكفان والقدمان (وفيه) اولاً انه مرسل وثانياً انه مشتمل على جواز النظر الى القدمين ولا قائل به . ومنها خبر ابي الجارود المتقدم في مسألة جواز النظر الى المحارم وقد عرفت انه ضعيف السند معرض عنه عند الاصحاب .

ومنها صحيح (٤) ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر (ع) قال سألت عن المرئثة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها ما كسر واما جرح في مكان لا يصلح النظر اليه يكون الرجل ارفق بعلاجهم النساء يصلح له النظر اليها - قال (ع) اذا اضطرت فليعالجها ان شئت - بتقريب

١-٢-٣- الوسائل- باب ١٠٩- من ابواب مقدمات النكاح- حديث ٤-٥-٢

٤- الوسائل- باب ١٣٠- من ابواب مقدمات النكاح- حديث ١

ان الخبر - كالصريح في ان من جسد المرئمة يصلح النظر اليه وما لا يصلح - والمتيقن من الاول هو الوجه والكفان (وفيه) انه لا مفهوم له سيما وهو وارد في مقام بيان حكم آخر.

ومنها خبر (١) على بن جعفر عن اخيه (ع) عن الرجل ما يصلح له ان ينظر اليه من المرئمة التي لا تحل له قال (ع) الوجه والكف وموضع السوار (وفيه) مضافا الى عدم ثبوت اعتباره انه يحتمل ان يكون المراد المحارم بان يكون المراد من لا تحل له - لا تحل له نكاحها - وحصر المحلل في الثلاثة لا يدل على ارادة غيرها من الاجانب انعدم العمل بخبر لا يوجب حمله على معنى آخر (مع) ان ما في ذيله من استثناء موضع السوار لم يفت به احد بالنسبة الى الاجنبية.

ومنها ما ورد (٢) في المرئمة تموت وليس معها الا الرجال (اقول) لم افهم وجه دلالة تلك النصوص على هذا الحكم - فانها على اختلاف معانيها ليس فيها ما ينافي عدم النظر فراجعها. ومنها ما ورد (٣) في باب الحج في باب ما يجوز ان تلبسه المرئمة المحرمة من الثياب وهو متضمن للامر بالاسفار والنهي عن النقاب والبرقع فيدل على عدم وجوب ستر الوجه وجواز النظر اليه (وفيه) ان الاسفار لم يؤمر به اتمانى عن النقاب والبرقع في احرام المرئمة خاصة وقدام في بعض (٤) النصوص بارخاء الثوب عن الرأس الى الذقن او الانف فما تضمنه تلك النصوص لا ينافي وجوب ستر الوجه عليها - سيما بما لا يمس الوجه (مع) انه لو دل على شيء فانما هو عدم وجوب الستر لا جواز النظر.

ومنها خبر (٥) جابر عن الباقر (ع) المتضمن لدخول جابر الانصاري مع رسول الله (ص) بيت فاطمة (ع) ورؤيته وجهها اصفر - ثم رؤيته بعد دعاء النبي (ص) وجهها كان الدم ينحدر من قصاصها حتى عاد وجهها احمر (وفيه) انه من البديهي ان فاطمة (ع) التي (٦) قالت

١- قرب الاسناد ص ١٠٢ - بحار الانوار ج ٢٤ ص ٣٣ الطبع الحديث

٢- الوسائل باب ٢٢ - من ابواب غسل الميت كتاب الطهارة

٣- ٤- الوسائل باب ٣٨ - من ابواب ترك الاحرام كتاب الحج حديث ٧-٦-٢-٨-١٠

٥- الوسائل - باب ١٢٠ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣

٦- الوسائل باب ١٢٧ من ابواب مقدمات النكاح

للمنى (س) خير النساء ان لا يرين الرجال ولا يراهن الرجال لم تكن كاشفة عن وجهها بمحض من رسول الله (ص) وجابر ينظر اليها فيتمين طرح الخبر او تاويله - مع انه ضعيف السند لمرو بن شمر (فتحصل) انه لا دليل على جواز النظر الى الوجوه الكفين (نعم) بعض ما تقدم يدل على عدم وجوب ستر الوجوه الكفين عليها.

وقد استدل للمنع بوجوه (احدها) اطلاق آية (١) الفض (وفيه) تأمل ينظر وجهه مما قدمناه (ثانيها) اطلاق قوله تعالى (٢) ولا يبدن زينتهن (وفيه) انه يقيد بمادل على جواز ابداء الوجه والكفين (ثالثها) ما عن كنز العرفان من اطباق الفقهاء على ان بدن المرأة عودة الاعلى الزوج والمحارم (وفيه) انه مع هذا الخلاف العظيم كيف يعتمد على هذه الدعوى (رابعها) سيرة المتدينين على الستر (وفيه) انه اعم من الوجوب مع انه قد مر مادل على جواز الابداء (خامسها) النصوص (٤) المتضمنة للذم على النظر وانه سهم من سهام ابليس وان ذناب العين النظر ونحو ذلك من التعميرات (وفيه) ان هذه النصوص ناظرة الى ما يترتب على النظر من الاثر المحرم ولا تكون متعوضة لما يجوز النظر اليه وما لا يجوز - فيختص بالنظر بشهوة (سادسها) (٤) مكاتبة الصغار الى امي محمد (ع) في رجل اراد ان يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له ان يشهد عليها وهو من وراء الستر - سمع كلامها اذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التي شهدك وهذا كلامها او لا يجوز له الشهادة حتى تبرز ويشتها بعينها فوق (ع) تنقب وتظهر للشهود (وفيه) ان الامر بالتنقب يحمل على الاستحباب بقريظة ما هو صريح في عدم وجوب الستر المتقدم (مع) انه يعارضه صحيح (٥) على بن يقطين عن امي الحسن الاول (ع) لا لباس بالشهادة على افراد المرأة وليست بمسفرة اذا عرفت بعينها وحضر من يعرفها فاما اذا كانت لا تعرف بعينها ولا يحضر من يعرفها فلا يجوز

١-٢ - سورة النور آية ٣٢

٣ - الوسائل - باب ١٠٤ - من ابواب مقدمات النكاح

٤ - التهذيب ج ٦ ص ٢٥٥ - باب البينات حديث ٧١

٥ - الوسائل - باب ٤٣ من ابواب الشهادات

للسهود ان يشهدوا عليها وعلى اقرارها دون ان تسفر وينظرون اليها (سابمها) (١) ما تضمن ان المرأة الخشعية امت النبي (ص) بمنى في حجة الوداع تستفتيه وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله (ص) فاخذ ينظر اليها وتنظر اليه فصر فصر رسول الله (ص) وجه الفضل عنها وقال رجل شاب وامرأة شابة اخاف ان يدخل الشيطان بينهما (وفيه) انه لو كان الفضل ينظر الى وجه المرأة وكانت مكشوفة الوجه فهو يدل على جواز النظر من جهة عدم نهيه اياهما عن النظر وانما صرف وجه الفضل معللا بخوف دخول الشيطان بالناسي من التلذذ الحاصل من النظر - ومن جهة نظره (ص) اليها فراء آها تنظر الى الفضل ولو كان ينظر اليها عن وراء الستر فهو اجنبى عن المقام - فشيء مما استدل به على المنع لا يدل عليه

واستدل للثالث بما تضمن النهى عن النظرة الثانية كالنبوى (٢) لا تتبع النظرة النظرة وليس لك يا على الا اول نظرة وفي آخر (٣) اول نظرة لك والثانية عليك ولا لك والثالثة فيها الهلاك وخبر (٤) الكاهلى عن الصادق (ع) النظرة بعد النظرة تزرع في القلب الشهوة وكفى بها صاحبا فتنته ونحوها غيرها (وفيه) ان هذه النصوص ما بين ما هو ضعيف السند وما يكون متضمنا لترتب الاثر المحرم على النظرة الثانية (فتحصل) انه لا دليل على شيء من الاقوال فيرجع الى الاصل المقضى للجواز المؤيد بما دل على جواز ابداء الوجه والكفين للمرأة لولا ما عليه مرتكرات المتشعبة من المنع على وجه يعد ارتكاب النظر عندهم من المنكرات وربما يقال - ان مقتضى عموم الآية بعد الاجماع على ان المراد من الغض ترك النظر هو المنع - وفيه تأمل - فانه من المحتمل ان يكون المراد الفروج بقرينة السياق لا العموم - مع - ان ارادة العموم تقتضى حملها على غض النظر عن كل شيء فيلزم التخصيص الاكثر فالأظهر عدم وجوب سترها عليها - وجواز النظر لولا مرتكرات المتشعبة فتدبر.

ثم ان ما ذكرناه انما هو فيما اذا لم يكن النظر للرؤية والتلذذ - والا فلا اشكال

١- التذكرة ج ٢ ص ٥٧٣ - والمبسوط كتاب النكاح

٢- ٣- ٤- الوسائل باب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١١٨-١٦٠-١٦١-١٦٢

فى الحرمة للاجماع والنصوص المتقدم بعضها - بل يحرم النظر وان لم يكن للتذنب لغاية اخرى وحصل التلذذ فى حال النظر (و دعوى) ان النظر الى حسان الوجوه لا ينفك عن التلذذ غالباً بمقتضى الطبيعة البشرية المجبولة على ملائمة الحسان ولو حرم النظر مع حصول التلذذ لوجب استثناء النظر الى حسان الوجوه مع انه لا قائل بالفصل بينهم وبين غيرهم (مندفعة) بان ما يقتضيه الطبيعة البشرية هو التلذذ غير الشهوى والمحرم هو الشهوى منه وامام صحيح (١) على بن سويد قلت لابي الحسن (ع) انى مبتلى بالنظر الى المرأة الجميلة فيعجبني النظر اليها فقال (ع) لا بأس يا على اذا عرف الله من نيتك الصدق واياك والزنا فانه يمحى البركة وبهلك الدين - فلا ينافى ما ذكرناه فان الظاهر منه الاضرار الى النظر للعلاج ونحوه فقله اذا عرف الله من نيتك الصدق اى اذا كان النظر للعلاج ونحوه لا بأس .

و تتحد المرأة مع الرجل فى المستثنى منه اجماعاً لعموم الاية الشريفة بعد الاجماع على ان المراد من الغض ترك النظر وعدم الامر بالاحتجاب لعدم وجوب الستر عليه لا ينافى حرمة النظر - وامامى المستثنى وهو الوجه والكفان لوقلنا به فلا دليل على الاتحاد وان ادعى سيد الرياض الاجماع عليه - نعم - لوقلنا بان الغض غير ترك النظر لادليل على حرمة النظر الى وجهه وكفيه والاصل يقتضى الجواز ويشهد به السيرة القطعية

حرمة مس كل ما يحرم النظر اليه

بقى فى المقام فروع مناسبة - الاول - هل يجوز لمس ما يحرم النظر اليه - ام لا - وجهان - فمن الشيخ الاعظم انه اذا حرم النظر حرم المس قطعاً - وفى الجواهر عدم حرمة لمس الاجنبية مما لا خلاف فيه - ويشهد للاول - جملة من النصوص (منها) ما ورد فى كيفية بيعه النساء مع رسول الله (ص) كخبر (٢) المفضل قلت لابي عبدالله (ع) كيف ماسح

١- التذكرة ج ٢ ص ٥٧٣ - والمبسوط كتاب النكاح

٢- الوسائل - باب ١١٥ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ٣

رسول الله (ص) النساء حين بايعهن فقال (ع) دعا بمركنه الذي كان يتوضاء فيه فصب فيه ماء ثم غمس فيه يده اليمنى فكلما بايع واحدة منهن قال اغمس يديك فتغمس كما غمس رسول الله (ص) فكان هذا مما سحته اياهن ونحوه غيره (ومنها) ما ورد في مصافحة الاجنبية - كمصحح (١) ابي بصير عنه (ع) قال قلت له هل يصافح الرجل المرأة ليست بذات محرم فقال (ع) لا الامن وراء الثوب - و موثق (٢) سماعة عنه (ع) عن مصافحة الرجل المرأة قال (ع) لا يحل للرجل ان يصافح المرأة الا امرأة يحرم عليه ان يتزوجها اخت او بنت او عمة او خالة او بنت اخت او نحوها - واما المرأة التي يحل له ان يتزوجها فلا يصافحها الا من وراء الثوب ولا يغمز كفها ونحوهما غيرهما - ومورد هذه النصوص وان كان المماساة في الكفين الا انه يثبت الحكم في سائر الموارد للاجماع وعدم القول بالفصل

حكم ابتداء النساء بالسلام

الثاني - حكم جماعة بکراهة ابتداء النساء بالسلام - واستدل له - بموثق (٣) مسعدة بن صدقة عن الصادق (ع) قال امير المؤمنين (ع) لا تبدأوا النساء بالسلام ولا تدعوهن الى الطعام فان النبي (ص) قال النساء عى وعودة فاستروا عيهن بالسكوت واستروا عوراتهن بالبيوت وبخبر (٤) غياث عنه (ع) لا تسلم على المرأة (ولكن) يعارضهما مصحح (٥) اربعي عن ابي عبدالله (ع) قال كان رسول الله (ص) يسلم على النساء ويرددن عليه وكان امير المؤمنين (ع) يسلم على النساء ويكره ان يسلم على الشابة منهن ويقول اتخوف ان يعجبني صوتها فيدخل على اكثر مما طلبت من الاجر ودعوى - انه يحمل المصحح على مختصاته (ص) - خلاف الظاهر سيما وهو متضمن لسلام على (ع) ايضا (فان قلت) الجمع بينهما يقتضى البناء على الكراهة كما افتى بها المشهور (قلت) ان خبر الجواز ظاهر في الاستمرار وان دأبه (ص) كان ذلك هو هذا ينافي الحمل على الكراهة ولعل الجمع بالبناء على المرجوحية في الشابة غير

١-٢-الوسائل-باب ١١٥-من ابواب مقدمات النكاح-حديث ١-٢

٣-٤-٥-الوسائل-باب ١٣١-من ابواب مقدمات النكاح-حديث ١-٢-٣

بعبارة ان لم يكن ذلك جمعاً عرفياً يتعين تقديم المصحح لارجحية سنده.

حكم النظر الى العضو المبان من الاجنبى

الثالث هل يجوز النظر الى العضو المبان من الاجنبى - ام لا يجوز - ام يفصل بين مثل اليد والاف و اللسان ونحوها - وبين مثل السن والظفر والشعر وما شاكل - فلا يجوز فى القسم الاول - و يجوز فى الثانى وجوه (وجه) الاول - ان الادلة مختصة بالنظر الى الاجنبى غير الشامل للعضو المبان منه - واستصحاب المنع الثابت حال الاتصال لايجزى لتبديل الموضوع (ووجه) الثانى انه بعد ملاحظة ما دل على عدم جواز النظر الى الاجنبى بعد الموت وان الممنوع هو النظر الى الاعضاء ولولم يكن فيها الروح وان الممنوع هو النظر الى كل عضو من الاعضاء - احتمال دخول الاتصال فى غاية البعد - فنفس ما دل على حرمة النظر الى الاجنبى يدل على حرمة فى المقام (ووجه) الثالث ان ما دل على حرمة النظر الى الاجنبى وان شمل العضو المبان منه الا انه يختص بما يكون من اجزاء الجسم ولا يشمل ما يكون ثابتاً فى الجسم الذى يحكم فى حال الاتصال بعدم جواز النظر اليه بالتبعية - وعليه فيجوز النظر اليه بعد الانفصال والخروج عن التبعية (والاقوى) بحسب الادلة هو الاول فان الموضوع فيها هو الاجنبى غير الشامل لعضومنه والاتصال من حيث هو لا يكون دخيلاً فى الحكم بل من حيث انه يوجب صدق الانسان على المنظور اليه - والاستصحاب لايجزى - لا - من جهة تبديل الموضوع حتى يقال بان الاتصال والانفصال من الحالات لا من مقومات الموضوع - بل لما حققناه فى محله من عدم جريانه فى الاحكام ولكن مع ذلك الاحتياط بترك النظر لاسيما الى مثل اليد لا ينبغي ان يترك

حكم القواعد من النساء

المسألة الخامسة يستثنى من عدم جواز النظر فى الاجنبى والاجنبية مواضع .
منها القواعد من النساء - اللاتى لا يرجون نكاحاً - اى قعدن من المحيض والولد

ولا يطمعن في الزواج ويشهد به - الآية (١) الشريفة والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً فليس عليهن خناح ان يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة ، ومقتضى اطلاق الآية جواز النظر الى جميع جسدها كما هو الظاهر من عبارة الشهيد والتذكرة وغيرهما الا انه فسرت ثيابهن في النصوص بالثياب الظاهرة كالجلباب وجملة من النصوص كمصحح (٢) الحلبي عن الصادق (ع) انه قرأ ان يضعن ثيابهن قال (ع) الخمار والجلباب قلت بين يدي من كان فقال بين يدي من كان غير متبرجة بزينة ونحوه حسن (٣) حرير وفي حسن (٤) محمد بن ابي حمزة عنه (ع) تضع الجلباب وحده وفي صحيح (٥) محمد بن مسلم عنه (ع) ما الذي يصلح لهن ان يضعن من ثيابهن قال الجلباب (ثم ان) الجمع بين الاولين والاخيرين يقتضي البناء على كون الحصر في الاخيرين اضافيا بالنسبة الى بواطن البدن او حملهما على الاستحباب فالمستفاد من هذه النصوص جواز النظر الى ما يستره الخمار والجلباب وهو الشعر والرقبة وبعض الصدر والذراع - ويشهد لجواز النظر الى الشعر والذراع منهن - صحيح (٦) البرزنجي عن الرضا (ع) عن الرجل يحل له ان ينظر الى شعراخت امرأته فقال (ع) لا الا ان تكون من القواعد قلت له اخت امرأته والغريبة سواء قال (ع) نعم قلت فما لي من النظر اليه منها فقال (ع) شعرها وذراعها ولعل الاختصاص بالشعر والذراع لمزيد الاهتمام بهما فلا ينافي مع جواز النظر الى الرقبة وبعض الصدر ويؤيده خبر (٧) علي بن احمد بن يونس قال ذكر الحسين انه كتب اليه يسأله عن حد القواعد من النساء التي اذا بلغت جازلها ان تكشف رأسها وذراعها فكتب (ع) من قعدن عن النكاح

النظر الى الصبي والصبية

ومنها - الصبي والصبية - وهذا في الجملة من القطعيات وتنقيح القول بالبحث في

موارد .

١- سورة النور آية ٦١

٢-٣-٤-٥-٧- الوسائل - باب ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح - حديث ٢-٤-٣-١-٥

٦- الوسائل - باب ١٠٧ من ابواب مقدمات النكاح

الاول لاشكال فى عدم حرمة نظر الصبي والصبية الى البالغين وعدم وجوب التستر عليهما - لعموم حديث (١) رفع القلم - ولبعض النصوص الاتي.

الثاني يجوز النظر الى غير المميز منهما ولا يجب التستر عنهما اجماعا للاية (٢) الكريمة «او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء» والمتيقن منه غير المميز - و للسيرة القطعية ولجملة من النصوص الواردة فى الموارد المتفرقة.

الثالث - اذا كان الصبي مميزا - فان كان بالغامبلغا يترتب على نظره ثوران الشهوة فالظاهر انه لاختلاف فى كونه كالبالغ فى النظر فيجب على الولي منعه منه وعلى الاجنبية التستر منه بل عن جامع المقاصد نفى الخلاف فيه بين اهل الاسلام - وكفى به بضميمة ارتكاز المتشريعة مدركا - وان لم يبلغ ذلك فمقتضى صحيح (٣) البرزطى عن الرضا (ع) يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين ولا تغطي العرثة شعرها منه حتى يحتلم - و نحوه صحيحه (٤) الاخر - عدم وجوب التستر منه - وكذا مقتضى الاية الشريفة (٥) «واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا» فان مفهومه عدم وجوب الاستيذان لغير من بلغ الحلم وان كان مميزا بل صدر الاية «يا ايها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت ايمانكم والذين لم يبلغ الحلم منكم ثلاث مرات» من جهة تخصيص الاستيذان بالافاق الثلاثة - يشعر بعدم حرمة النظر والتطلع فى غير تلك الافاق وعدم وجوب التحفظ والتستر (و استدلل) لوجوب التستر منه بالاية الشريفة (٦) «او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء» بدعوى ان جواز ابداء الزينة لهن علق على الطفل الذى لا يظهر على العورة اى يكون غير مميز - فالمميز داخل فى النهى عن ابداء الزينة له (وفيه) ان الظهور على عورات النساء يمكن ان يراد به القوة على تكاثرهن و يكون

١- الوسائل باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس و ٣ من ابواب مقدمة العبادات

٢- سورة النور آية ٣٢

٣- ٤- الوسائل - باب ١٢٦ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣- ٤

(٥) سورة النور - آية ٥٩

كناية عن البلوغ وعليه فيحمل الآية على ذلك للصحيح المتقدم السريع في عدم وجوب التستر منه ما لم يحتلم .

الرابع اذا كانت الصبية مميزة فلا يجوز النظر اليها مع ثوران الشهوة كما هو المعروف لما تقدم - وبدونه يجوز النظر اليها لصحيح (١) عبد الرحمان بن الحجاج قال سألت ابا ابراهيم (ع) عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها ان تغطي رأسها ممن ليس بينها وبينه محرم ومتى يجب عليها ان ترفع رأسها للصلاة قال (ع) لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة وهو وان دل على عدم وجوب تغطي رأسها الا ان ذلك في جواب السؤال عما ينبغي لها ان تغطي رأسها ممن ليس بينها وبينه محرم يدل بالدلالة الالتزامية على جواز نظره اليها - ومورده وان كان الرأس الا انه يتعدى الى غيره لعدم القول بالفصل - ثم انه يتعدى عن الصبية الى الصبي للاولوية ويحكم بجواز نظر المرأة اليه قبل البلوغ .

تقبيل الرجل الصبية

فرع - لا بأس بتقبيل الرجل الصبية التي ليست له بمحرم قبل يأتي عليها ست سنين للاصل - والسيرة - وجملة من النصوص كصحيح (٢) الكاهلي قال سال احمد بن النعمان ابا عبد الله (ع) عن جارية ليس بيني وبينها رحم تفشاني فاحملها و اقبلها قال اذا اتى لها ست سنين فلا تضعها على حجرك - وخبر (٣) زرارة عنه (ع) اذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك ان تقبلها - ومرفوع (٤) ذكرى المؤمن عن الصادق (ع) اذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها الغلام والغلام لا يقبل المرأة اذا جاز سبع سنين و قريب منها مراسلا (٥) عقبة وهارون بن مسلم .

وان بلغت ست سنين فمقتضى خبري زرارة و زكريا والمرسلين - عدم جواز

١- الوسائل - باب ٢٦ من ابواب مقدمات النكاح - حديث ٢

٢- ٣- ٤- ٥- الوسائل - باب ٢٧ من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١- ٢- ٣- ٤- ٥

تقبيلها - لكنها ضعيفة السند - اما الاول فللعبد الرحمان بن يحيى - واما الثانى فلزكريا مضافا الى رفعه - واما الاخيران فللارسل - وصحيح الكاهلى لولم يكن ظاهرا فى الجواز من جهة اقتضائه (ع) على النهى عن الوضع على الحجر - مع ان السؤال كان عنه وعن التقبيل - لا يكون دالا على المنع - فالظاهر هو الجواز - نعم لا يجوز الوضع فى الحجر للصحيح هذا اذا لم تكن القبلة عن شهوة والا فلا تجوز وان لم تبلغ ست سنين كما يظهر وجهه مما سلفناه .

النظر عند الضرورة

ومنها ما اذا كان النظر اليها للضرورة وحاجة مضطر اليها كالعلاج سواء اكانت الضرورة مما يلزم رفعه شرعا كما اذا كان المرض مما يؤدى الى الهلاكه لو تركت المعالجة - ام كانت مما لا يلزم رفعه كما لولم يكن مؤديا اليها وكان تحمله شاقا عليها والوجه فى ذلك فى خصوص المعالجة صحيح (١) الثمالى عن الباقر (ع) عن المروثة المسلمة يصيبها البلاء فى جسدها اما كسر واما جرح فى مكان لا يصلح النظر اليه ويكون الرجل ارفق بعلاجه من النساء ا يصلح له النظر اليها قال (ع) اذا اضطرت اليه فليعالجها ان شئت (ثم ان) ظاهرا عبارات الاكثر كفاية الحاجة فى جواز النظر - ولكن صريح الخبر اعتبار الضرورة التى هى اخص من الحاجة - وعليه - فيجوز اذا لم يكن المماثل لعدم صدق الضرورة مع وجوده - واما فى غير مقام العلاج فان كان النظر مما يتوقف عليه واجب اهم كحفظ النفس المحترمة من الحرام جاز النظر بل وجب و الا فلا دليل على جوازه (ودعوى) انه اذا اضطرت المرأة الى الرجل وان لم تكن الضرورة واجب الدفع يشمل ادلة (٢) رفع ما اضطرا اليه من حديث الرفع وما دل على ان الضرورات تبيح المحذورات المرأة وتوجب رفع الحكم عنه وحيث انه متوقف عقلا على رفعه عن الغير فيكون دليل رفعه عن المضطر دالا بدلالة الاقتضاء على رفعه عن ذلك الغير صونا للكلام الحكيم عن اللغوية كما عن المحقق

١- الوسائل - باب ١٣٠ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ١

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس

الحائري اليزدي (مندفعة) بان دلالة الاقتضاء تامة اذا كان الدليل دالا على رفع حكم هذا المضطر بالخصوص والا فيحكم بعدم رفع الحكم عنه ولا يلزم من ذلك محذور فالحق عدم الجواز -

النظر لتحمل الشهادة

ومنها النظر اليها لاداء الشهادة او تحملها .
ومنها - النظر الى فرج الزانيين ليشهد عليهما بالزنا .
ومنها - النظر الى فرجها للشهادة على الولادة .
ومنها - النظر الى الثدي للشهادة على الولادة ولادليل على جواز النظر في شيء من هذه الموارد مالم يكن مضطرا الى النظر - وقد استدل على الجواز بوجوه - بعضها عام لجميع الفروض - وبعضها استدله في بعض تلك الفروض .
احدها (١) الآية الشريفة « ولا يأتى الشهداء اذا مادعوا » بدعوى ان الآية الشريفة كما يظهر من الاخبار الواردة في تفسيرها تدل على وجوب تحمل الشهادة مع استدعاء من له الحق كزوج الزانية - فاذا وجب تحمل الشهادة وجب النظر تحصيلها لما يتوقف عليه تحمل الشهادة الواجب (وفيه اولا) ان وجوب تحمل الشهادة محل الكلام ولعل مفاد الآية بعد ملاحظة مجموع النصوص ان اداء الشهادة يكون واجبا فيما اذا دعى الشاهد الى تحمل الشهادة (وثانيا) انه وان كان واجبا الا انه اذا توقف واجب على مقدمة محرمة لا يصير تلك جائزة او واجبة مالم ثبت اهمية الواجب بل يسقط الوجوب وفي المقام بما انه لم يثبت اهميته يسقط وجوبه (ولكن) الانصاف ان منع دلالة الآية على وجوب تحمل الشهادة بعد ملاحظة النصوص كصحیح (٢) هشام المتضمن ان هذه الآية قبل الشهادة وآية ولا تكتموا بعدها - في غير محله - كما ان منع سقوط الحرمة

١- سورة البقرة آية ٢٨٣

٢- الوسائل - باب ١- من ابواب الشهادات حديث ١

فاسد ادلوسلم عدم اهمية الواجب لاشكال في عدم ثبوت اهمية حرمة النظر وعليه
فيتساقتان معا فيكون جائزا بل يمكن دعوى اهمية الوجوب من جهة الوجوه الاتية
فاتنظر .

الثاني ان ذلك وسيلة الى اقامة حدود الله (وفيه) ان وجوب اقامة الحدود بمعنى
وجوب ما يثبت به موضوعها معالم يدل عليه دليل - بل الثابت هو وجوبها عند اجتماع
الشرائط التي منها ثبوت ما يجب عنده اقامة الحد من الزناء ونحوه .

الثالث ان في المنع من الفساد واجترأ النفوس على هذا المحرم و انسداد باب
ركن من اركان الشرع (وفيه) ان جعل ذلك كاشفا عن اهمية وجوب تحمل الشهادة من
حرمة النظر متين واما جعله دليلا مستقلا فلا يتم كما يظهر مما اسلفناه .

الرابع انه لو اجاز النظر لم تسمع الشهادة بالزنا لتوقف تحملها على الاقدام
على النظر المحرم في نفسه وادامته لاستعلام الحال بحيث يشاهد الميل في المكحلة
وايقاف الشهادة على التوبة يحتاج الى زمان يعلم منه العزم على عدم المعاودة فيعود
المحذور السابق .

الخامس استقرار السيرة على عدم استنكار ذلك على الشاهد فتدبر والله العالم .

نظر الخصى الى الاجنبية

المسألة السادسة المشهور بين الاصحاب - عدم جواز نظر الخصى الى غير مالكته
وفي الشرايع - قيل نعم - ولكن صاحب الجواهر رد صرح بعدم العثور على قائله - وكيف
كان فقد استدلل للجواز - بالاية الشريفة (١) «او التابعين غير اولى الاربة من الرجال»
وفي الجواهر وقد ظهر من ذلك ان المراد بغير اولى الاربة من لا يشتهى النكاح لكبر سن
ونحوه شبه القواعد من النساء التي لا تزوجن كما ولا تطمع فيه (اقول) اختلفت كلماتهم
في تفسير غير اولى الاربة - فقيل هو التابع الذي يتبعك لينال من طعامك ولا حاجة له

في النساء وهو الابله المولى عليه عن ابن عباس وقتادة وغيرهما - وقيل هو العنين الذي لا اوب له في النساء لعجزه عن عكرمة و الشعبي - وقيل انه الخصى المجبوب الذي لا رغبة له في النساء عن الشافعي - وقيل انه الشيخ اللهم لذهاب اربه عن يريد بن ابي حبيب - وقيل العبد الصغير عن ابي حنيفة - وقيل غير ذلك - والذي يظهر من الابة الشريفة بعد ملاحظة ما في ذيلها - او الطفل الذين لم يظهر واعلى عورات النساء - اعتبار امور ثلاثة - كونه تابعا - وغير محتاج الى النساء - وعدم الظهور على عورات النساء - اى غير المميز لذلك - وهذا ينطبق على الاباه المولى عليه الذي لا تعلق له ولا توجه له الى النساء وقد وردت النصوص (١) عن الامام الصادق (ع) التي هي ما بين صحيح و موثق تفسيره بالاحق المولى عليه الذي لا ياتى النساء - وعليه فهو لا يشمل الخصى ولا الشيخ الكبير ولا العنين ولا المجبوب - واما ما رسله (٢) في كنز العرفان عن الكاظم (ع) من تفسيره بالشيخ الذي سقطت شهوته - فلا رساله لا يعتمد عليه - وربما يستدل للجواز بصحيح (٣) محمد بن اسماعيل بن بزيع قال سألت ابا الحسن الرضا (ع) عن قناع الحرائر من الخصيات فقال (ع) كانوا يدخلون على بنات ابي الحسن (ع) ولا يتقنعن قلت فكانوا احرارا قال (ع) لا قلت فالاحرار يتقنع منهم قال (ع) لا - ولكن يعارضه موثق (٤) - او حسن محمد بن اسحاق قال سألت ابا الحسن موسى (ع) قلت يكون للرجل الخصى يدخل على نسائه فينا ولهن الوضوء فيرى شعورهن قال (ع) لا - و قريب منه غيره (ودعوى) ان الجمع العرفي بين الطائفتين يقتضى حمل الاخيرة على الكراهة (مندفعة) بان الضابط في كون الجمع عرفيا فرض الخبرين صادرين من شخص واحد في مجلس واحد فان رأى اهل العرف احدهما قرين على الاخر كافعل ولا باس بتركه فالجمع عرفي وان رأوهما متهافتين فلا يكون الجمع عرفيا - وفي المقام لو جمعنا قوله (ع) و في جواب لزوم القناع لا - مع قوله في جواز النظر لا - يرى اهل العرف التهافت بينهما

١- الوسائل - باب ١١١ - من ابواب مقدمات النكاح

٢- ج ٢ - ص ٢٢٣

٣- الوسائل باب ١٢٥ من ابواب احكام الملابس حديث ٣-٢

ولا يرون احدهما قرينة على الآخر فهذا الجمع ليس عرفيا (نعم) يمكن ان يقال ان الاولى تدل على عدم وجوب التستر - والثانية تدل على عدم جواز النظر فلا تعارض بينهما (ولكن) لاعراض الاصحاب عن الاولى لا يمكن العمل بها ويتعين طرحها او حملها على التقية وبشير الى الثاني - خبر (١) صالح بن عبدالله الخنمى عن ابي الحسن (ع) قال كتبت اليه اساله عن خصي لى فى سن رجل مدرك يحل للمرأة ان يراها وتكشف بين يديه قال فلم يجبنى فيها فالأظهر عدم جواز النظر وجوب تسترهن منه .

سماع صوت الاجنبية

المسألة السابعة ذهب جماعة منهم المصنف وهو المحقق الى حرمة سماع صوت الاجنبية وان لم يكن تلمذ ولا ريبة بل نسب ذلك الى المشهور - واستدل به بما ورد ان صوتها عورة - وعن كشف اللثام وغيره الاتفاق على ذلك - وبموقوف (٢) مسعدة بن صدقة عن الصادق (ع) قال امير المؤمنين (ع) لا تبدأوا النساء بالسلام ولا تدعوهن الى الطعام فان النبي (ص) قال النساء عى وعورة فاستروا عيهن بالسكوت واستروا عورتهن بالبيوت وبما تضمن النهي عن السلام على المرأة كخبر (٣) غياث عن الصادق (ع) لا تسلم على المرأة - وبما يظهر منه المفروغية من حرمة الجهر عليها بالقراءة مع سماع الاجانب وبدونه مخيرة فى ذلك - وبما دل على (٤) النهي عن جهرها بالتلبية - وفى الكل نظر - اما الاول - فلعدم ثبوته - ففى كشف اللثام لا يحضر نى الخبر يكون صوتها عورة مسندا وانما رواه المصنف فى المدييات الاولى مرسلات ونفقات المبسوط تعطى عدم انتهى مع ان حرمة سماعه على فرض كونه عورة غير ظاهر الدليل - واما الثانى - فلانه يدل على ان النساء عاجزات عن التكلم بما ينبغى فى اكثر المواطن فينبغى السعى فى سكوتهن فهو اجنبى عن المقام - واما الثالث - فلما تقدم من عدم حرمة ابتداء النساء بالسلام واما الرابع - فلانه لا دليل على

١- الوسائل - باب ١٢٥ - من ابواب مقدمات النكاح حديث ٨

٢- ٣- الوسائل باب ١٣١ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١-٢

٤- الوسائل باب ٣٨ - من ابواب الاحرام من كتاب الحج

حرمة الجهر عليها سوى بعض هذه الوجوه التي عرفت حالها - وأما الخامس - فلا نه يدل على أن الأجهار بالتلبية الواجب أو المندوب على الرجال على اختلاف القولين مرفوع عن النساء ولا يدل على حرمة فاذاً لأدليل على حرمة .

والأصل يقتضي الجواز - أضاف إليه - ما دل على تكلم الرجال مع النساء في مجالس المعصومين (ع) بل تكلمهم (ع) مع النساء وتكلم الصديقة الطاهرة (ع) مع جملة من الأصحاب وخروجها للمخاض في فذلك في المسجد لجملة من فيه من الصحابة وخطبتها (١) الطويلة مشهورة عند الفريقين وسلام (٢) رسول الله (ص) وأمير المؤمنين (ع) للنساء وجوابهن لهما - إلى غير ذلك مما يقطع معه الإنسان بجواز ذلك .

وفي الجواهر بل ينبغي ترك ما زاد على خمس كلمات لخبر (٣) المناهي قال ونهى أن تتكلم المرأة عند غير زوجها أو غير ذي محرم منها أكثر من خمس كلمات مما لا بد لها منه المحمول على الكراهة (وفيه) أنه ضعيف السند لا يعتمد عليه سيما مع التقييد فيه بالضرورة فإنه معها لا كراهة في التكلم قطعاً كما يظهر من ملاحظة خطب الصديقة (ع) وبناتها .

وفي العروة ويحرم عليها سماع الصوت الذي فيه تهيج للسامع بتحسينه وترقيقه قال (٤) تعالى « فلا تخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض » (وفيه) أن الآية الشريفة صدرت بلامختصة بنساء النبي (ص) ولا تشمل غيرهن - نعم - مقتضى الارتكاز بالتقريب المتقدم الحرمة في هذا الفرع .

أولياء العقد

(الفصل الثاني في الأولياء أما الولاية للاب وان علا والوصى والحاكم)

والمولى ولا ولاية لغير هؤلاء وتنقيح القول بالبحث في مواضع .

١- زاجع ابن أبي الحديد ج ١٦ ص ٢١١ - والنس والاجتهاد ص ١١٧ - والاحتجاج - والشافى - وكشف الغمة وغيرها .

٢- الوسائل باب ١٣١ من أبواب مقدمات النكاح - والمستدرک باب ١٠١ منها

٣- الوسائل باب ١١٧ من أبواب مقدمات النكاح .

٤- سورة الأحزاب آية ٣٣

الاول لولاية لغير من ذكر على المشهور شهرة عظيمة وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه في غير الام وآبائها ويشهد له مضافا الى الاصل صحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان فقال اذا كان ابواهما للذنان زوجاهما فنعم فان مفهومه نفى الولاية عن غير الاب (واما) صحيح (٢) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستأمرها كل احدهما عند الابوين ونحوه غيره - التي استدل بها سيد الرياض - فهي مختصة بالبالغة واجنبية عن المقام - ويشهد له في بعض الموارد - صحيح (٣) محمد بن الحسن الاشعري قال كتب بعض بنى عمى الى ابي جعفر الثاني (ع) ما تقول في صبية زوجها عمها فلما كبرت ابت التزويج قال فكتب (ع) الى لا تكره على ذلك والامر امرها - واما صحيح (٤) ابي بصير عن الصادق (ع) عن الذي بيده عقدة النكاح قال (ع) هو الابو والاخ والرجل يوصى اليه فلا عراض الاصحاب عنه لا يعتمد عليه .

وعن ابن الجنيد ثبوت الولاية للاموآبائها واستدل له بان (٥) رسول الله امر نعيم بن النجاشي ان يستأمر ابنه في امرها وقال وامر وهن في بناتهن - وموثق (٦) ابراهيم بن ميمون عن ابي عبدالله (ع) قال اذا كانت الجارية بين ابويها فليس لها مع ابويها امر واذا كانت قد تزوجت لم يزوها الا برضا منها (ولكن) يرد على الاول مضافا الى ضعف ما تضمنه و الى مخالفته للاجماع واختصاصه عن المدعى لاختصاصه بالام - انه لا يدل على الولاية - ويرد على الموثق انه لا يدل على ثبوت الولاية للابوين بل ينفي الولاية عن نفسها مع ابويها وهذا يلائم كون الولاية لخصوص الاب كما في الصحيح (٧) عن احدهما (ع) لا تستأمر الجارية

١- الوسائل باب ١٢- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

٢- ٧- الوسائل - باب ٤- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

٣- الوسائل - باب ٤- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٢

٤- الوسائل باب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٤

٥- الخبر غير موجود في كتب الحديث من طرقنا وانما ذكره في الحقائق والجواهر وغيرهما من كتب العامة مرسل

٦- الوسائل - باب ٩- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

إنكأنت بين ابويها ليس لها مع الأب امر وقال يستأمرها كل أحد ماعدى الأب - مع
أنه من المحتمل أن يكون المراد بالأبوين الأب والجدة

وقد يستدل على ولاية الجد الأمي أي أب الأم بما تضمن من النصوص (١) لولاية الجد
بدعوى شموله له (ولكن) أكثر تلك النصوص واردة لبيان حكم تراحم الأب والجدة جملة
منها مختصة بالجد للأب لما فيها من التمسك بقول النبي (ص) أنت ومالك لأبيك - و
بعضها الوارد في بيان هذا الحكم غير المذيل بقوله (ص) - لا يبعد دعوى أخرافه إلى الجد
الأمي وسباني زيادة توضيح لذلك

ولاية الأب والجدة على الصغيرين

الموضع الثاني - بعد ما عرفت من انحصار الولاية في من ذكر (ف) اعلم أن (الأب) و
المراد به من يعم الجد له الولاية على (الصغيرين) أي الصبي والصبية - بلا خلاف فيه في
الجملة بل هو من القطعيات - وبشهادة ذلك نصوص مستفيضة كصحيح (٢) الفضل بن
عبد الملك قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال (ع) لا بأس قلت
يجوز طلاق الأب قال (ع) لا وصحيح (٣) عبد الله بن الصلت قال سألت أبا عبد الله (ع) عن
الجارية الصغيرة يزوجه أبوها لما إذا بلغت قال (ع) لا ليس لها مع أبيها امر وصحيح (٤)
محمد بن مسلم عن أحدهما قال (ع) إذا زوج الرجل ابنه فهو جائز على ابنه وصحيح (٥)
هشام بن سالم عن أبي عبد الله (ع) إذا زوج الأب والجدة كان التزويج للأول فإن كانا جميعاً في
حال واحدة فالجدة أولى ونحوها غيرها (فما) عن ابن أبي عقيل من عدم الولاية للجد مستنداً
إلى بعض النصوص المشتمل على الحصر بالإضافة إلى الأب ضعيف لانه يقدم مفهومه بما دل

١- الوسائل - باب ٦ - ١٠٩ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد

٢- الوسائل - باب ٣٣ - من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه حديث ١

٣- الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣

٤- الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ١ - ٣ -

على ثبوت الولاية للجد.

ثم إن الظاهر أنه لا خلاف في أن الجد وإن عاين الأب في الولاية - وقد استدلت لذلك بما في نصوص (١) ولاية الجد من التعليل بأن الجارية وأباها للجد وقد استشهد به الإمام أبو عبد الله (ع) على ما في حسن (٢) عبيد بن زرارة لمضى نكاح الجد بدون إذن الأب ردا على من أنكر ذلك وحكم بطلانه من العامة في مجلس بعض الأمراء (وفيه) أن الولاية لا تستفاد من هذه الجملة كي يتعدى إلى الجد إلا إذا كان في التعليل ليست للملك لعدم مملوكية رقبة الولد لأحد - كما أن هذا التعليل موجود في الأموال أيضا وليس ماله المفروض مملوكا له ملكا لايه (وكذا) لا ينبغي التوقف في عدم كونها للاختصاص بعنوان كونها أيتها تحت ولايته فإنه لا ولاية للجد على الأب بل المراد بها أن الولد موهوب تكميلا للأب ومنتسب إليه بكونه مولد ويؤيده المكاتب (٣) الواردة عن الرضا (ع) حيث قال رعدة تحليل مال الولد لو أنه بغير إذن وليس ذاك للولد لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز وجل النخ - وعليه فهي حكمة التشريع وبعبارة أخرى إنها علة التحليل في مقام الثبوت لا الإثبات وتدل على أن منشأ جعل تلك الآثار ذلك لا تكون هي متكفلة لحكم جعلي فلا يتمسك باطلاقها .

وربما يستدل له باطلاق نصوص ولاية الجد - أقول - أن أكثرها واردة في مزاحمة الأب للجد وجملة منها صريحة أو ظاهرة في الجد الأدنى - نعم - موثق - (٤) عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) عن الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر فقال (ع) الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا أن لم يكن الأب يزوجه قبله ويجوز عليها تزويج الأب والجد - مطلق - ولا يبعد دعوى أنصرفه إلى الأدنى والمسألة محتاجة إلى تأمل أزيد.

١- الوسائل - باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد

٢- قرب الإسناد ص ١٩

٣- الوسائل باب ٧٨ من أبواب ما يكتب به حديث ٩ - كتاب التجارة

٤- الوسائل - باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٢ -

لا يشترط ولاية الجد بحياة الاب ولا بموته

ثم ان المنسوب الى المشهور بين القدماء ان ولاية الجد مشروطة بحياة الاب فلو فقد الاب وبقي الجد ولاية له - واستدل له بوجهين (الاول) ما عن المحقق الاصبهاني في كشف اللثام هو ان الادلة من الطرفين ضعيفة والاصل عدم الولاية الا فيما اجمع عليه وهو عند حياة الاب (وفيه) ما تقدم من ان بعض نصوص ولاية الجد مطلق وسنده قوى (الثاني) موثق (١) الفضل بن عبد الملك عن ابي عبد الله (ع) ان الجدا اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حيا وكان الجد مرضيا جاز - بدعى ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة ايها (وفيه) ان الشرط الذي فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع والوصف لا مفهوم له لعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الاب (فالحق) عدم اشتراطها بتلك لاطلاق الخبر (واما) ما في الجواهر من حمل القيد على ارادة بيان الجواز في هذه الحال فضلا عن حال موت الاب مع تسليم كون الشرط معماله مفهوم في نفسه - فغير وجه.

وربما يستدل على ثبوت الولاية له مع فقد الاب - بوجهين آخرين - احدهما الاستصحاب في بعض الافراد (وفيه) ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الاحكام فانهما - ان الجد له ولاية المال اجماعا فيثبت له ولاية النكاح كلاب للخبر (٢) في تفسير من بيده عقدة النكاح - حيث عدم من افراده من يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى لصحيح (٣) ابن سنان عن الصادق (ع) فيه ايضا قال هو ولي امرها ولا خلاف في ان الجد ولي امر الصغيرة في الجملة (اقول) ان كان الاستدلال باطلاق هذه الادلة فميتين - والا فلا صراحة في شيء منها في ثبوت الولاية مع فقد الاب.

ثم انهم مع فقد الاب هل الولاية مختصة بالجد الادنى ام تكون ثابتة لايه ايضا قولان استدلل للاول - بآية (٤) «اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض» بتقريب انها تدل على ان القريب

١- الوسائل- باب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد- حديث ٣

٢- ٣- الوسائل- باب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد- حديث ٣- ٢

٣- سورة الانفال آية ٦٦

اولى بقربه من البعيد فنفت ولاية البعيد وخرج منها الجدمع الاب وبقي الباقي (وفيه) اولان هذه الاية مختصة بباب الارث - وثانيا - انها تدل على اولوية بعض الارحام من بعض ولا تدل على تعيين البعض الاولى - ولعله البعض البعيد بل احتمال كونه اولى ارجح من جهة ما في النصوص من التعليقات (واستدل) للثاني باطلاق الادلة وبالاستصحاب (ويرد) على الاول ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجدمع الاعلاو على الثاني ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية.

يعتبر عدم المفسدة في تزويج الصغيرين

ثم ان المشهور بين الاصحاب على ما نسب اليهم اعتبار عدم المفسدة في صحة تزويج الاب والجدمع استدله بوجود (احدها) الاية الكريمة (١) «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن» بتقريب انها تشمل الجد ويتم في الاب بعدم الفصل - وهي وان كانت في الاموال الا انه يتعدى عن موردها الى المقام لعدم القول بالفصل (وفيه) اولان شمولها للجدمع محل تأمل - لان من له الجد لا يصدق عليه اليتيم - وثانيا - ان عدم الفصل من الجهتين غير ثابت (ثانيها) ان جملة من النصوص تفيد تصرف الولي الاجباري في المال بصورة الحاجة كخبر (٢) الحسين بن ابي العلاء لو بان لا يكون فيه سرف كصحيح (٣) محمد بن مسلم او كونه ممالا بدعنه معللا بان الله لا يحب الفساد كصحيح (٤) الثمالى ويتعدى عنه الى المقام (وفيه) انها في مقام بيان مورد جواز اخذ الاب لنفسه مع الحاجة وهذا غير مربوط بتصرفه فيه بمنوان الولاية الذي هو محل الكلام في المقام (ثالثها) موثق (٥) عبيد بن زرارة قال قلت لابي عبد الله (ع) الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل ويريد جدها ان يزوجه من رجل آخر فقال (ع) الجد اولى بذلك مالم يكن مضارا ان لم يكن الاب زوجها قبله

١- سورة الانعام - آية ١٥٣

٢- ٣- ٤- الوسائل - باب ٢٨ من ابواب ما يكتب به حديث - ١- ٢- كتاب التجاره

٥- الوسائل - باب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء - العقد حديث ٢

ويجوز عليها تزويج الأب والجدة وهو وإن كان في الجدة إلا أنه يتعدى عنه إلى الأب لعدم القول بالفصل - وبه يقيد إطلاق النصوص الذي استدل به لعدم الاعتبار - فلا ظهر اعتبار ذلك.

وهل يعتبر وجود المصلحة - ظاهر المسالك أن المشهور بين الأصحاب عدم اعتباره (واستدل للاعتبار - بالاية الشريفة المتقدمة بدعوى أن الأحسن ما فيه المصلحة وهي وإن لم تشمل الأب ولكنها تشمل الجدة ويثبت في الأب لعدم القول بالفصل - ثم أنه إذا ثبت ذلك في الأموال يتعدى عنها إلى المقام وبالاصل - فإنه إذا لم يكن لادلة الولاية إطلاق لا بمن الاقتصاد على المتيقن وهو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة والرجوع في غير ذلك إلى أصالة عدم ثبوت الولاية أو عدم نفوذ التصرف (ولكن) يرد على الأول - أولاً - أنه لا يصدق التيمم على من له الجدة - وثانياً - أن المراد بأحسن الحسن والفعل الذي لا مفسدة فيه حسن - وثالثاً - أن الآية منصرفة إلى الأجانب والخطاب فيها لا يشمل الجدة - ورابعاً - أن عدم الفصل غير محرز - وخامساً - أنه لو ثبت ذلك في التصرف في المال لا وجه للتعدى إلى المقام مع أن الأكثر على الفصل - ويرد على الثاني - أن مقتضى الإطلاق عدم الاعتبار - أضف إليه - بناء العقلاء فإن بنائهم على ثبوت الولاية مع عدم المفسدة ولم يردع الشارع الأقدس عنه.

عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب

ثم أنه هل يعتبر في ولاية الأب والجدة العدالة - أم لا كما هو المشهور بين الأصحاب وجهان قد استدل للاول بوجوده (الاول) أنه ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق أميناً يقبل أقراراته وأخباراته عن الغير (وفيه) أن المنافي للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة ولياً مطلقاً فإن أقرضنا تحديد الولاية بالنكاح الذي لا مفسدة فيه لا منافاة هناك مع أن الأب مأمون من ذلك بملاحظة شفقتة

ورأفته (الثاني) آية الركون الى الظالم قال الله عز وجل (١) « ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » وتقريب الاستدلال بها احد وجهين - احدهما - ان جعله تعالى الفاسق امينا ووليا ركون منه الى الظالم مع انه نهى عنه - ثانيهما - ان العقد مع الاب بعنوان انه ولي الطفل ركون اليه وهو منهي عنه (وفي كليهما نظر) اما الاول فلان مجرد جعله امينا ووليا يجعل شخص وكيلا ليس ركونا اليه - مع - ان الملاك غير معلوم ولعله لركون العبد مفسدة ليست في ركون المولى - واما الثاني - فلان العقد مع الاب بعنوان ان الله تعالى جعله وليا ليس ركونا من العبد اليه - فانه كالعقد معه بما انه مالك أو وكيل - مع - ان الظالم اخس من الفاسق - اضف الى ذلك كله ما قيل من ورود الآية في سلاطين الجور وان المراد بالركون الدعاء عليهم بالبقاء (الثالث) آية النبأ (٢) - وفيه ان قبول اخبار الفاسق ح وافراره انما يكون من جهة كونه وليا حيث انه من ملك شيئا ملك الافراره ولا ينافي مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو الآية متضمنة للثاني - مع - ان عدم قبول اخباره لا ينافي ثبوت الولاية - مع - ان قبول اخباره بعد ثبوت الولاية بما انه بلسان انه لا ييه غير قبول اخباره عن غيره بل هو في حكم قبول اقراره على نفسه. ويمكن ان يستدل لعدم اعتبار العدالة بوجهين غير الاجماع - احدهما - الاصل تمسك به الشيخ الاعظم ره في مقابل الاطلاق وعليه فليس المراد به القاعدة المستفادة منه كما توهم - بل - المراد به الاصل العملي - ولذا اورد عليه جمع من المتأخرين عنه منهم المحقق النائيني ره بان الاصل بالعكس لان نفوذ نكاح شخص على آخر يتوقف على دليل ومع عدمه فالاصل يقتضي عدم نفوذه (اقول) الظاهر ان مراده بالاصل استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند المقلد وعدم ثبوت ردع من الشازع الاقدس عنه فلا ايراد عليه - ثانيهما اطلاق النصوص - فالمتحصل - مما ذكرناه عدم اعتبار العدالة .

ولاية الأب والجد على المجنون

(و) الموضوع الثالث في انه هل للأب والجد ولاية على (المجنونين) أي الذكور والاثني مطلقا كما في المتن وعن التذكرة والتحرير وكشف اللثام واختاره الشيخ الاعظم ره وصاحب الجواهر وغيرهما - ام لهما الولاية عليهما اذا كان الجنون متصلا بالبلوغ ومع الانفصال لولاية لهما - ام لا ولاية لهما عليهما مطلقا .
وتنقيح القول بالبحث في موردين - الاول - في الجنون المتصل بالبلوغ - الثاني في المنفصل عنه .

اما الاول - ففي الجواهر - بعد الافتاء بثبوت ولايتهما عليهما في هذا المورد - بلا خلاف اجمعه فيه بل في المسالك انه موضع وفاق بل في غيرها الاجماع عليه انتهى - وفي المستند - ثم ولاية الأب والجد مع وجودهما عليه مع اتصال الفساد بالصغر ثابتة عند الاصحاب كما في بعض العبارات وبلا خلاف كما في بعض آخر - واجماعا كما في كلام جماعة بل هو اجماع محققا انتهى - ويمكن ان يستدل له بوجوه - ١ - خبر (١) على بن جعفر عن اخيه (ع) قال سألته عن الرجل هل يصلح له ان يزوج ابنته بغير اذنها قال (ع) نعم ليس يكون للولد امر الا ان تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فذلك لا يجوز نكاحها الا ان تستامر - فان مقتضى عموم المستثنى منه ثبوت الولاية للأب في ما هو محل الكلام - ٢ - مفهوم مرسل (٢) ابن بكير - عن رجل عن ابي عبد الله (ع) لا باس ان تزوج المرأة نفسها اذا كانت ثيبا بغير اذن ايها اذا كان لا باس بما صنعت - فان مفهومه ثبوت الباس بدون اذن ايها اذا كان باس بما صنعت اي كانت فاسدا العقل - فيتم في الصغير بعدم القول بالفصل - ٣ - عموم خبر (٣) زرارة عن ابي جعفر (ع) اذا كانت المرأة مالكة امرها تباع وتشتري وتمتق وتشهد وتعطى من مالها ما شئت فان امرها جائز تزوج ان شئت بغير

١- ٣- الوسائل- باب ٩ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٨- ٦

٢- الوسائل- باب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١٢

أذن وليها وان لم تكن كك فلا يجوز تزويجها الابا مر وليها - وليس معنى الولاية التوقف على اذنه - وتقريب الاستدلال به - انه يدل على ان ولاية التزويج لولى من لا تكون مالكة لامرها كالمجنونة - والمراد من الولي هو الاب والجد - لانهما المتبادران لولى العرفى الذى هو المراد منه فى الخبر واردة الحاكم منه فى غاية البعد - ولان اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض - وللإجماع على ولايتهما فى مالها كما عن التذكرة وغيرها - ومعلوم ان ظاهر الخبر هو اثبات الولاية على التزويج لمن له ولاية على مالها ولان الاب يئده عقدة النكاح كما فى صحيح (١) ابى بصير وغيره والذى يئده ذلك ولى الامر كما فى صحيح (٢) ابن سنان - وهو وان كان فى المجنونة الى انه يثبت فى المجنون بعدم القول بالفصل (وبهذا) البيان يظهر صحة الاستدلال له بكل ما دل على ان المرءة اذا لم تكن مالكة لامرها لا تزوج بغير ولى - فان قيل - لازم ما ذكر من الوجهين الاولين ثبوت الولاية للام والاخ وما شاكل مع عدم وجود الاب والجد - مع انه لا ريب فى عدمه - قلنا - انه يقيد اطلاق النص بما تقدم من عدم ثبوت الولاية لغير الاربعة المشار اليهم - ٤ - ما دل على ثبوت ولاية التزويج للاب مطلقاً كصحيح (٣) ابى بصير المتقدم ويقيد اطلاقه بما دل على عدم ثبوتها فى موارد خاصة ويبقى الباقي - وبذلك يظهر صحة الاستدلال له بما دل (٤) على ثبوت الولاية على التزويج لمن يجوز امره فى مال المرءة - فانه يجوز امر الاب فى مالها اذا كانت مجنونة - ويثبت فى المجنون بعدم الفصل .
واما المورد الثانى - وهو ما اذا كان الجنون - منفصلاً عن البلوغ - فالظاهر ثبوت الولاية لهما - كما يقتضيه اكثر الأدلة المتقدمة فى المورد الاول .

تزويج الاب أو الجد للصغيرة نافذ عليها

الموضع الرابع من مواضع البحث فيما افاده المصنف (ولا خيل لهما بعد ذوال الوصفين) اى الصغير والجنون - وتنقيح القول بالبحث فى موارد .
١-٢-٣-٤ - الوسائل باب ٨ - من ابواب عقد النكاح واولياها المقدم

احدها في الصغيرة - والظاهر انه لا خلاف في عدم الخيار لها بعد بلوغها اذا زوجها الاب او الجد قبله - وفي الحدائق ظاهر الاصحاب الاتفاق عليه والكلام فيه تارة في ثبوت الخيار لها بمعنى ان لها اجازة العقد ورده بحيث يكون تمامية العقد ونفوذه موقوفة على الاجازة كما في عقد الفضولي - واخرى - في ثبوت الخيارين الفسخ وابقاء العقد بحيث يكون العقد صحيحا وانما يكون لها حق حله .

اما الخيار بالمعنى الاول فيشهد لعدمه جملة من النصوص كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) عن الصبي يتزوج الصبية قال (ع) ان كان ابواهما للذان زوجها فتم جائز ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضى بعد ذلك فالمر على الاب الحديث فانه كالسريع في صحة العقد وانما لها حق الحل - واحتمال كون المراد بالجواز الجواز التكليفى لا الوضعى بمعنى الصحة - يرده ظهور الجواز في المعاملات في الوضعى مع ان الجواز التكليفى لا يختص بما اذا كان العاقدان الابوين - وصحيح (٢) ابن بزيع عن ابي الحسن (ع) عن الصبية يزوجه ابوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل ان يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج او الامر اليها قال (ع) يجوز عليها تزويج ايها - وصحيح (٣) محمد عن الباقر (ع) في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان فقال (ع) اذا كان ابواهما للذان زوجها فتم الحديث اذا العقد قبل البلوغ لو كان فضوليا لم يكن وجه للتوارث ونحوها غيرها .

واما الخيار بالمعنى الثانى فمادل من النصوص المتقدم بعضها على التوارث وعلى ان التزويج جائز نافذ عليها لا ينفى الخيار ولو لکن - يشهد لعدم الخيار لها بهذا المعنى مضافا الى انه الاصل - الى خبر (٤) دعائم الاسلام عن علي (ع) تزويج الاباء على البنين والبنات جائز اذا كانوا صغار وليس لهم خيار اذا كبروا - مادل من النصوص (٥) على انه

١-٢-٥- الوسائل- باب ٦ من ابواب عقد النكاح حديث ٨-١-٣-

٢- الوسائل- باب ١٢ من ابواب عقد النكاح حديث ١

٣- المستندك باب ١١ من ابواب عقد النكاح حديث ١

لامر لها بعد البلوغ لظهوره في انه ليس له اختيار وسلطنة على العقد الصادر عن ايها - وحمله على ارادة انه لا يكون العقد عليها موقوفا على اجازتها خاصة خلاف الظاهر (وبعارضه) صحيح محمد بن مسلم المتقدم المصحح بان لها الخيار وخبر يزيد (١) الكناسي عن ابي جعفر (ع) متى يجوز للاب ان يزوج ابنته ولا يستأمرها قال (ع) اذا جازت تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها اذا بلغت تسع سنين (ولكن) لعدم العمل بهما ومعارضتهما لما هو اظهر منهما بل المتفق عليه يتعين طرحهما

تزيوج الاب والجد للصغير نافذعليه

الثاني في الصغير ويشهد لعدم الخيار بالمعنى الاول له - ما ذكر (٢) من النصوص على ثوارتهما اذا تزوجهما الابوان وصحيح (٣) الحلبي قلت لابي عبدالله (ع) الغلام لعشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ايجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين - فقال (ع) اما تزوجه فهو صحيح واما طلاقه فينبغي ان تجلس عليه امرته حتى يدرك .

واما الخيار بالمعنى الثاني - فاستدل لعدم ثبوته له بعد البلوغ صاحب الحقائق بهذين الخبرين - ولكن قد مر انهما لا ينافيان الخيار بهذا المعنى (فالاولى) الاستدلال له - باصالة اللزوم وبخبر الدعائم المتقدم - بما تضمن ان العقد جائز على السبي المتقدم - بالتقريب المتقدم .

وعن الشيخ وبنى البراج وحزمة وادريس - ان له الخيار بهذا المعنى - واستدل له - بتطرق الضرر اليه من جهة اثبات المهر في نعمته والنفقة من غير ضرورة - وصحيح محمد بن مسلم المتقدم وبخبر (٤) يزيد الكناسي - ان الغلام اذا تزوجه ابوه لم يدرك كان الخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر في وجهه او ينبت في عاتقه - وبصريح صحيح (٥) الحذاء عن

١-٤- الوسائل - باب ٦ - من ابواب عقد النكاح واولياء المتد حديث ٩

٢- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب عقد النكاح وباب ١١ من ابواب ميراث الزوج

٣-٥- الوسائل - باب ١١ - من ابواب ميراث الزوج حديث ٤-١

أبي جعفر (ع) عن غلام وجاريته زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين فقال النكاح جائز
 أيهما أدرك كان له الخيار - (وفي الكل نظر) أما الأول فلأنه لا ضرر ينفي مع كون المهر في
 نعمة الأب بل وبدونه - وأما الثاني - فلا شمله على ما يخالف الإجماع والنصوص المعتمدة
 من ثبوت الخيار للصغيرة - والتبعض في حجية الخبر لو كان مشتملاً على حكيم أحدهما
 مما لا يمكن البناء عليه - أما يكون فيما لو كان الخبر مشتملاً على فقرات وكان مستجمعاً
 لشرائط الحجية بالنسبة إلى بعضها دون بعض - لا مثل المقام الذي بين الحكيم بفقرة
 واحدة كما لا يخفى - وأما الثالث - فلأنه مضافاً إلى ضعفه لجهاً له حال يريد الكفاية اللهم إلا
 أن يقال إن في السند أحمد بن محمد بن عيسى والحسن بن محبوب وأبيوب الخزاز -
 وهذا يشعر بالوثاقة - مشتمل على أحكام مخالفة للإجماع - منها ثبوت الخيار للصغيرة -
 ومنها - تحقق البلوغ لو اشعر في وجهه - ومنها غير ذلك - وأما الرابع - فلأنه في ذيله حكم
 بأنه إذا كان العاقدان الأبوين جاز العقد فيعلم من ذلك أن المراد بالصدر عقد غير الولي
 الشرعي (وأما) خبر ابن (١) وموثق (٢) الفضل - عن الصادق (ع) إذا زوج الرجل ابنه
 فذاك إلى ابنه وإذا زوج الابنة جاز - فهما مختصان بالبالغ أو محمولان عليه - فلا يظهر
 عدم ثبوت الخيار .

عدم ولاية الأب والجد على البكر الرشيدة

الرابع (والبالغ الرشيد لا ولاية عليه ذكر أكان أو أنثى) بلا خلاف ولا إشكال
 في الأول وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه - وعن كشف الثام إجماعاً منا ومن العامة
 - وبعض نصوص الباب شاهد به لاحظ خبر (٣) ابن أبي يعفور عن الصادق (ع) قال قلت له أني
 أريد أن أتزوج امرأة وإن أبواي أراد أن يزوجاني غيرهما فقال (ع) تزوج التي هويت ودع
 التي يهوى أبواك (٤) وموثق زرارة عن أبي جعفر (ع) أنه أراد أن يتزوج امرأة قال فكره
 ذلك أبي فمضيت فتزوجتها ونحوهما غيرهما - مضافاً إلى عموم دليل السلطنة .

١-٣-٤ الوسائل - باب ١٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣-١-٢

٢- الوسائل - باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٤

واما الثاني فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية للأب والجد على البالغة الرشيدة الباكرة في خصوص امر تزويجها وعدمه على اقوال ستة (الاول) ماعن الشيخ في اكثر كتبه والصدوق والعماني والقاضي وكشف اللثام صاحب الحقائق - وهو ثبوت الولاية لهما عليها مستقلا مطلقا بل هو المنسوب الى المشهور بين القدماء (الثاني) مافي المتن والشرابع وعن القواعد وغيرهما - وهو استقلالها وعدم الولاية لهما عليها مطلقا - بل هو المنسوب الى المشهور بين القدماء والمتأخرين وفي الرياض دعوى الشهرة العظيمة عليه وعن السيد في الانتصار والناصرات الاجماع عليه (الثالث) ثبوت الولاية لهما عليها على نحو التشريك - بمعنى اعتبار اذنهما واذن احدهما معانيس ذلك الى المفيد الحلبيين وظاهر الوسائل (الرابع) التفصيل بين الدوام والانقطاع و ثبوت الولاية لهما في الاول دون الثاني نسب ذلك في الشرايع الى قائل ولم نعرفه وعن الشهيد في شرح نكت الارشاد ان المحقق سئل عن قائله فلم يجب (الخامس) عكس الرابع وهو المحكى عن الشيخ في كتابي الاخبار (السادس) ثبوت التشريك بين المرأة وابيها خاصة دون غيره من الاولياء ونسب ذلك الى المفيد ايضا ههنا في الاقوال في المسألة .

ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها على طوائف

الاولى ما يدل على ثبوت الولاية للولي بنحو الاستقلال كصحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) لاستمرار الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستامرهما كل احدهما عد الأب - ونحوه صحيحا (٢) عبدالله بن الصلت والحلي (٣) وغيرهما وقد استقصاها الشيخ الاعظم ره وقال بعد ذلك هذه ثلاث وعشرون رواية تدل على استمرار ولاية الأب على البالغة البكر .

الثانية ما دل على جواز تزويج الأب على بنته كموثق (٤) عبيد بن زرارة قال

١- الوسائل- باب ٤- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

٢- الوسائل- باب ٤- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

٣- الوسائل- باب ٣- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١١

٤- الوسائل- باب ١١- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٢

قلت لابي عبدالله (ع) الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل ويريد جدها ان يزوجه من رجل فقال (ع) الجد اولى بذلك مالم يكن مضارا ان لم يكن الاب زوجها قبله - ويجوز عليها تزويج الاب والجد - فان اطلاقه يعم ما اذا كانت الجارية بالغة رشيدة.

الثالثة ما دل على ان الجارية التي لها اب لاتزوج الاباذن ايها كخبر (١) ابي مريم عن الصادق (ع) الجارية البكر التي لها اب لاتزوج الاباذن ايها وصحيح (٢) ابن ابي يعفور عنه (ع) لاتنكح ذوات الالباء من الابكار الاباذن آباءهن (وما) عن الشهيد الثاني ره من احتمال كون من للتبعيض فلا يندل على محل النزاع فان الصغيرة من الابكار لاتزوج الاباذن ايها (بدفعه) مضافا الى بعده ان لازم ذلك لغوية التقييد بالابكار فان الثيب يضاكك الرابعة ما يندل على اعتبار اذن ايها في المتعة كصحيح (٣) ابي مريم عن الصادق (ع) العذراء التي لها اب لاتزوج متعة الاباذن ايها - صحيح (٤) البنظي عن الرضا (ع) البكر لاتزوج متعة الاباذن ايها.

الخامسة ما يندل على استقلال الباكرة في امرها كصحيح (٥) الفضلاء - الفضيل ابن يسار - وزرارة - ومحمد بن مسلم - و بريد بن معاوية - كلهم عن ابي جعفر (ع) - المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز - والمراد بكونها مالكة نفسها وغير مولى عليها كونها كك في سائر العقود والايقاعات وعبارة اخرى فيما يرجع الى نظام معاشها من العقود والايقاعات والعطيات وغيرها ما عدا النكاح - والشاهد على ارادة ذلك دون ما يشمل النكاح امران (الاول) ان لازم ارادة مالكية نفسها حتى في النكاح وعدم كونها مولى عليها حتى فيه لغوية هذه الجملة وكون الحمل ضروريا عقليا واخذ الحكم في الموضوع - اذ لا معنى لعدم كونها مولى عليها - في النكاح وكونها مالكة نفسها فيه الاجواز تزويجها بغير ولي (الثاني) تفسير مالكية الامر في خبر زرارة (٦) بذلك - فانه روى عن الباقر (ع) انه قال اذا

١-٥- الوسائل باب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١-٧

٢- الوسائل - باب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٥

٣-٤- الوسائل - باب ١١ من ابواب المتعة حديث ١٢-٥

٤- الوسائل باب ٩ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٦

كانت المرأة مالكة امرها تباع وتشتري وتعق وتشهد وتعطي مالها ماشاءت فان امرها جائز تزوج ان شئت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بامر وليها فما عن كشف اللثام من منع كون البكر مالكة امرها غير مولى عليها اذ هو اول المسألة ضعيف - وخبر (١) سعدان بن مسلم عن الصادق (ع) لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن وليها - هكذا في جملة من الكتب - وعن نسخ التهذيب المعتمدة وجامع المقاصد والوسائل والحدائق روايته بابدال - وليها - بايها - والايراد عليه بعدم توثيق الرجالين راوى الخبر - في غير محله فان ملاحظة حال الرجل المسطورة في كتب الرجالين توجب الوثوق بخبره واعتبار حديثه واحتمال كون هذا الخبر يعينه مرسله (٢) عن رجل عنه (ع) لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابويها - يدفعه - ان الشيخ رواهما معا - اضاف اليه اختلاف متنيهما - فان الاب افرد في المسند وثني في المرسل مع ان المرسل اذا روى بنحو الاستناد الى من روى عنه الوسطة يكون ذلك كاشفا عن كونه موثقا لدى المرسل والالم يصح روايته بنحو الاستناد وهو واضح ونحوها غيرها. السادسة ما دل على اعتبار اذن البكر ورضاها كصحيح (٣) منصور بن حازم عن الصادق (ع) تستامر البكر وغيرها ولا تنكح الا بامرها - واحتمال ان يقرأ تستامر بالبناء للفاعل - اى البكرة تستامر غيرها فيدل على الخلاف كما عن كشف اللثام - يدفعه عدم انسجام الكلام وعدم صحته في غير البكر.

السابعة ما يدل على جواز تزويج البكر متمعة بغير اذن ايها كخبر (٤) امي سعيد قال سئل ابو عبد الله (ع) عن التمتع من الابكار اللواتي بين الابوين فقال (ع) لا بأس ولا قول كما يقول هؤلاء الاقشاب - وخبر (٥) الحلبي قال سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا اذن ابويها قال (ع) لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتمف بذلك ونحوهما غيرهما - ههنا خصوص الباب وقد استدلل كل قوم بطائفة او اكثر من هذه النصوص.

١-٣-الوسائل باب ٩ من ابواب عقد النكاح واولياء لمقد حديث ١-٤

٢-٤-٥-الوسائل باب ١١ من ابواب المتعة حديث ٨-٦-٩

وقد ذكروا في وجه القول الاول - الطوائف الثلاث الاول من هذه الطوائف - بل الرابعة أيضاً بإلغاء خصوصية المتعة وعدم الفصل بينها وبين الدائم .
واستدل للقول الثاني بالطائفة الخامسة والسادسة بل السابعة أيضاً .
واستدل للثالث بأنه مقتضى الجمع بين ما دل على اعتبار اذن الاب وبين ما دل على اعتبار اذنها .

واستدل للرابع بانصراف ما دل على استقلال الولي الى الدائم - وبالطائفة الخامسة .

وذكروا في وجه الخامس انه مقتضى الاخذ بنصوص استقلال الولي بعد تقييدها بالدوام واخراج المتعة بالطائفة السابعة والاشكال في كل تلكم ظاهر .

ما يقتضيه الجمع بين نصوص الباب

والحق ان يقال - انه لا تعارض بين الطوائف الاربع الاولى حتى الرابعة بناء على عدم المفهوم للقب - كما لا تعارض بين الطوائف الثلاث الاخيرة - ولا بين الثانية والخامسة - ولا بين الثانية والسابعة (بل) التنافي يكون بين الاولى والخامسة - وبينها وبين السادسة - وبينها وبين السابعة - وبين الثانية والسادسة - وبين الرابعة والسابعة - فلا بد من البحث في موارد .

الاول في الجمع بين الطائفة الاولى والخامسة - وقد يقال كما عن الشيخ الاعظم ره انه يحمل الطائفة الاولى على الاستحباب بمعنى انه يستحب للبكر ايكال امرها الى ايها - بتقريب انه وان امكن الجمع بحمل الخامسة على غير الاب الا انه يلزم من التقييد طرح الاخبار (١) الواردة في جواز التمتع بالبكر بدون اذن ايها - وطرح مرسل (٢) سعدان عن رجل عن الصادق (ع) لا باس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابويها - وخبر (٣) ابن عباس الذي هو نحو المرسل في ذلك (وفيه) ان الخبرين ضعيفان

١-٢- الوسائل باب ١١ من ابواب المتعة حديث ٨٠

٣- التذكرة ج ٢ ص ٥٨٥

واستناد القوم اليهما غير ثابت واخبار التمتع بالبكر متعارضة سيأتي الكلام فيها - و عليه - فحيث ان الجمع الموضوعي ان امكن مقدم على الجمع الحكمي فيتعين ذلك ولا يصح الحمل على الاستحباب - اصف الى ذلك انه لا يصح حمل جملة من نصوص الطائفة الاولى على الاستحباب لاحظ قوله (ع) ليس لها مع ايها امر - كما في صحيح (١) عبدالله بن الصلت - و قوله (ع) ليس لها مع ايها امر اذا انكحها جازئناحه وان كانت كارهة - كما في خبر (٢) الحلبي - وان شئت قلت ان اهل العرف لا يجمعون بين قوله لاستمرار الجارية ليس لها مع الاب امر - وبين قوله (ع) تزويجها بغير ولي جائز - بحمل الاول على الاستحباب بل يرونهما متهافتين (وافاد) المحقق اليزدي في الجمع بينهما انه يقتضي تقييد الاول بما اذا زوجها الاب فتدل على انه لو زوجها الاب ليس لها امر - وحمل الخامسة على صورة عدم تزويج الاب فتكون النتيجة ولاية كل منهما على التزويج مستقلا مع تقديم اختيار الاب على اختيارها الوسبق اختيار الاب او تقارن الاختياران (وفيه) ان الطائفة الاولى كالنص في انه لا امر لها مع ايها وان لم يزوها الاب لاحظ قوله (ع) في صحيح (٣) محمد لاستمرار الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر (وربما يقال) كما عن بعض المعاصرين بان الطائفة الخامسة مطلقة شاملة للاب وغيره و الاولى مختصة بالاب فيقيد اطلاق الخامسة بالاولى فتكون النتيجة ولاية الاب عليها خاصة (وفيه) ان خبر سعدان الذي هو من الطائفة الخامسة صريح في جواز تزويجها بغير اذن ايها بناء على ما عن نسخ التهذيب المعتبرة ولا مورد للاعتماد على النقل الاخر فهاتان الطائفتان متعارضتان لا يمكن الجمع بينهما بوجه و سيأتي بيان ما يقتضيه قاعدة الترجيح .

المورد الثاني في الجمع بين الطائفة الاولى والسادسة وقد ذكر في مقام الجمع بينهما

١- الوسائل - باب ٦ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

٢- الوسائل - باب ٩ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٧

٣- الوسائل - باب ٤ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

الوجوه المتقدمة - ولا بأس بالثالث منها .

الثالث في الجمع بين الاولى والسابعة والحقانه يقتضى تقييد الاولى بالسابعة لولا معارضتها بطائفة اخرى كما سيأتى الكلام فيه .

الرابع في الجمع بين الثانية و السادسة - وهو انما يكون بتقييد اطلاق الثانية الشامل للبالغة وغيرها بالسادسة .

الخامس في الجمع بين الرابعة والسابعة وهو يقتضى البناء على جواز التمتع بهابدون اذن الاب مع اتقاء موضع الفرج - لان هناك طوائف من النصوص - منها نصوص المنع وهي الطائفة الرابعة - ومنها نصوص الجواز وهي الطائفة السابعة - ومنها نصوص الجواز مع اتقاء موضع الفرج - كخبر (١) الحلبي قال سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا اذن ابويها قال (ع) لا بأس ما لم يقتض ما هناك ونحوه غيره - والطائفة الاخيرة تفيد اطلاق الاولتين فالنتيجة ما ذكرناه (اللهم) الا ان يقال ان صحيح (٢) ابي مريم المتقدم عن الصادق (ع) العذراء التي لها اب لا تزوج متعة الابا اذن ابوها ونحوه صحيح (٣) البرزقي لتضمنهما ثبوت لباس في التزويج لافي الاستمتاع بآيانه عن هذا الجمع - فيتمتع الجمع بتقديم الطائفة المجوزة لصراحتها في الجواز وظهور المانعة في المنع فيرفع البدع ظهورها بالنص .

ثم انه بعد ما عرفت من عدم امكان الجمع العرفي بين الطائفة الاولى والخامسة يقع الكلام فيما يقتضيه ادلة الترجيح والتخيروهي تقتضى تقديم الخامسة لوجهين (الاول) انها اشهر لما تقدم من نسبة القول بمضمونها الى المشهور بين القدماء والمتأخرين بل في الرياض دعوى الشهرة العظيمة عليه و عن السيد دعوى الاجماع عليه - اللهم - الا ان يقال ان المرجح هي الشهرة الفتوائية بين القدماء دون الروائية او الشهرة بين المتأخرين - وحيث ان القول بمضمون كل من الطائفتين نسب الى المشهورين القدماء فهذا المرجح ليس مع شيء منهما فتأمل (الثاني) انه لو اغمض عما ذكر اولاً - وحيث ان المرجح من حيث السند مفقود لما عرفت من وجود الاخبار

الصحيحة في كلتا الطائفتين وكك المرجح من حيث الصدور لاختلاف العامة في هذه المسألة - فيتعين الرجوع الى المرجح المضموني وهو يقتضي تقديم الخامسة ايضا لانها موافقة للكتاب والسنة - اما الكتاب فأيات منه توافقها نصوص استقلال البكر الاولى قوله تعالى (١) «او فوا بالعقود» والابرار عليه بعدم صدق العقد الذي هو بمعنى العهد على المزوجة عرفا لاقل من الشك في الصدق كما عن المحقق الحائري اليزدي ره - في غير محله لما حقق في محله من ان العقد غير العهد اذ العهد هو الجعل والقرار - واما العقد فهو ربط شيء بشيء وهو يصدق على المزوجة باعتبار ارتباط اعتبار كل من الزوجين باعتبار الآخر - الثانية قوله (٢) تعالى «فاذا بلغن اجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف» الثالثة - قوله تعالى (٣) «واحل لكم ما وراء ذلكم» واما السنة - فدليل استقلال البكر موافق لقاعدة تسلط الناس على انفسهم - المنعقد عليها الاجماع الكاشف عن السنة القطعية (والابرار عليه) بان غاية ماتدل عليه هذه القاعدة هي عدم ولاية الاب عليها - واما استقلالها في امرها بحيث لا يعتبر في جواز تزويجها انن ايها ورضاء فلا - كما عن المحقق اليزدي (غريب) فان مفاد القاعدة سلطنة الانسان على نفسه سلطنة تامة مطلقة - ولازم ذلك عدم اعتبار اذن الغير ورضاء (فتحصل) ان الاظهر هو تقديم الطائفة الخامسة الدالة على استقلال البكر وعدم ثبوت الولاية للاب عليها - ولكن الاحوط استحبابا هو الاستيذان منه.

لا ولاية للولي اذا عضل المرأة

تنبيهان - الاول انه بناء على ثبوت الولاية للاب والبجد على البكر لو عضلها الولي اى منعها من التزويج بالكفو مع رغبتها بمهر المثل او بدونه تسقط ولا يتهرب جواز

١- سورة المائدة آية ٢

٢- سورة البقرة آية ٢٣٥

٣- سورة النساء آية ٢٥

لها ان تزوج نفسها بلاخلاف وفي الجواهر اجماعا منابسميه - واستدل له بوجوه:
 احدها قوله (١) تعالى «فلا تفضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا نسا ضوايينهم
 بالمعروف» بتقريب ان المراد نهى الناس اجمع ويدخل فيهم الاولياء على معنى انه
 لا يكون عضل منكم - او المراد خطاب الاولياء وعلى كل حال فالمراد بازواجهن من
 رضىن بهم ان يكونوا ازواجا (وفيه) اولا ان الاية تدل على حرمة العضل وهى لا تستلزم
 سقوط الولاية - اللهم - الا ان يقال بظهورها فى الارشاد - وثانيا - انه من المحتمل
 لو لم يكن هو الظاهر كون المخاطب الازواج السابقة فان صدر الاية هكذا «واذا طلقتم
 النساء فبلغن اجلهن فلا تفضلوهن الخ» عليه فتدل على عدم جواز عضل الازواج
 السابقة النساء ان يتزوجن بعد خلائهن.

ثانيها كونه خيانة (وفيه) ان الخيانة لو اثرت لاثرت فى سقوط الولاية فى شخص
 الفعل الذى تحققت الخيانة به لا سقوطها بالمرة وثبوت الولاية للمولى عليه.

ثالثها عموم (٢) نفى الحرج والضرر (وفيه) مضافا الى كونه اخص من المدعى -
 انهما نافيان لامبتنان فلا يثبت بهما استقلال البكر فاذا العمدة هو الاجماع.

ثم انه - لومنها من التزويج بغير الكفو لا يكون ذلك عضلا - اما اذا كان عدم
 الكفاية شرعا فلفساد العقد فلا مورد للولاية عليها حتى من نفسها بناء على ما استعرفه
 من اشتراط الكفاية فى صحة النكاح - واما اذا كان عدمها عرفيا - كما لو اذنت التزويج
 ممن فى تزويجه غشاة وعار عليهم فلا طلاق الكفو فى كلامهم - مع - ان مدرك سقوط
 الولاية الاجماع واليتقن منه غير ذلك - وبذلك يظهر انه لومنها من التزويج بكفو
 معين مع وجود كفوا آخر لا تسقط ولا يته على فرض ثبوتها.

وفى حكم العضل الغيبة المنقطعة التى يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار
 الاستيذان من الولي حكما صرح بذلك الشيخ فى الخلاف والسيد فى الرياض وصاحب

١- سورة البقرة آية ٢٣٣

٢- الحج آية ٧٧ - المائدة آية ٩ - الوسائل باب ١٧ - من ابواب الخیار

الحدائق والشيخ الأعظم وغيرهم وارتضاء كثير من الاصحاب على ما نسب اليهم - وعن بعضهم نفى الخلاف فيه ومدركه الوجهان الاخير ان اللذان ذكرناهما في العضل .

حكم ذهاب البكارة بغير الوطاء

الثاني - لاخلاف يعتد به في انه لا ولاية للاب والجد على البالغة الرشيدة اذا كانت نيبا - وفي رسالة الشيخ الاعظم دعوى اتفاق النص والفتوى عليه - و عن جامع المقاصد دعوى اتفاق علمائنا عليه - ويشهد به نصوص كثيرة كصحيح (١) العلبي عن الصادق (ع) في المروثة الثيب تخطب الى نفسها قال هي املك بنفسها تولى امرها من شئت اذا كان كفوا بعد ان تكون قد نكحت رجلا قبله - و خبر (٢) عبدالرحمان بن ابي عبدالله عنه (ع) عن الثيب تخطب الى نفسها قال (ع) نعم هي املك بنفسها تولى امرها من شئت اذا كانت قد تزوجت زوجا قبله ونحوهما غيرهما (فما) عن العماني من بقاء الولاية عليها - شاذ ضعيف لا مدرك له - وعن المسالك انه ليس ما يمكن الاستناد اليه في هذه الفتوى الا رواية عامة عامية ورواياتنا خاصة خاصة وهي مقدمة عند التعارض - انما الكلام في انه على القول بشبوت ولايتهما على البكر - لو ذهبت بكارتها بغير الوطاء من وثبة ونحوها - او ذهبت بالزنا او الشبهة - او تزوجت ومات زوجها او طلقها قبل الدخول - هل الولاية باقية ام لا .

اما في المورد الاول فقد صرح جماعة منهم الشهيد الثاني و صاحب الجواهر والمحقق النراقي وغيرهم بالبقاء - واستدل له بالاستصحاب - وبصدق البكارة عليها لانها من لم تمس - و بعدم صدق الثيب عليها لانها من تزوجت - ولكن يرد - على الاول ان المختار عندنا عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية - وعلى الثاني ان البكارة هي العذراء - وهي من عليها خاتم من الله تعالى - وعلى الثالث ان الثيب هي غير البكارة (فالحق) ان يستدل به باختصاص نصوص الثيب بمن تزوجت بل ما فيها

من الشرط بان تكون قد تكحت رجلا قبله او تزوجت كك - يدل بمفهومه على ذلك .

واما المورد الثاني - ففي المستند - اختار الحاقها بالبكر - وفي الجواهر - الحققها بالثيب - واستدل له بصدق الثيب عليها لان الثيبوبة هي زوال البكارة بالوطء وما في بعض النصوص من ظهور اعتبار النكاح في الثيب محمول على الغالب ونحوه بعد قصوره عن تقييد غيره من المطلق للشهرة (وفيه) ان بعض نصوص استقلال الثيب بتقييد باعتبار النكاح وبما فيه من الشرط يدل على عدم الاستقلال بدونه وبه يقيد اطلاق سائر النصوص - ولا وجه لحمل القيد على الغالب والشهرة لاتصلح لذلك - فالظاهر انها في المورد ملحقه بالبكر .

واما المورد الثالث - ففي المستند لم يسقط الولاية للاجماع وصدق الباكارة و الجارية - واورد عليه بان الثيب اذا كانت هي من تزوجت كما صرح بذلك فيصدق عليها الثيب فيشملها نصوصها - فيقع التعارض بين نصوص الباكارة ونصوصها - ولكن يمكن دفعه بان مراده مما صرح به - ان الثيبوبة هي زوال البكارة بوطء الزوج - فلا تصدق في المورد - وكيف كان فلا اشكال في اعتبار زوال البكارة في صدقها - فهي في المورد باكرة يلحقها حكمها .

ولاية الحاكم على المجنون والصبي

(و) الخامس في ولاية (الحاكم) على التزويج - والكلام فيها في موردين الاول في الولاية على المجنون الثاني في الولاية على الصبي .

اما الاول - فان كان للمجنون ولي من الاب والجد - او الوصي على القول بشبوت الولاية له - لا يكون للحاكم الشرعي ولاية عليه - وان لم يكن له ولي فالظاهر انه لا خلاف بينهم في ولاية الحاكم على تزويجه وفي الجواهر لا خلاف اجده فيه بل الظاهر كونه مجمعا عليه وفي المستند لا خلاف بين علمائنا يعلم كافي التذكرة بل بالاجماع

كما قيل - وقد ذكره جمع من الفقهاء على نحو يظهر أنه من المسلمات راجع الشرايع والقواعد وغيرها - ويمكن أن يستدل له بوجوه - ١ - كون ذلك من الأمور الحسبية أي الأمور التي يعلم أن الشارع الأقدس يريد تحقيقها وتولي ذلك في الجملة والقدر المتيقن منه أن يكون من الحاكم أو بأذنه مع الامكان - وبالجملة - لا إشكال في أن للحاكم ولاية الحسبة وكون ذلك من الأمور الحسبية ولكن الثابت بذلك هو الولاية على التزويج في صورة الحاجة الشديدة والضرورة كما لا يخفى - ٢ - النبوى (١) المروى في كتب أصحابنا المنعبر ضعفه بالاشتهار - السلطان ولي من لاولي له - وفي الجواهر أن هذه القاعدة استغنت عن الجابر في خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد - وتقريب الاستدلال به أنه يدل على ثبوت الولاية على من لاولي له في التصرفات المتوقف نفوذها على إذن الولي لمن له السلطنة - والنايب العام في زمان الغيبة كك - ولكن يمكن أن يقال أن النايب العام وهو المجتهد الجامع للشرائط - بناء على المختار من عدم ثبوت السلطنة له على نحو ما للامام (ع) وإنما هو مرجع في الأحكام والقضاة وولي الحسبة كما حقق في محله - لا يصدق عليه السلطان بل الظاهر ولا أقل من المحتمل أن المراد بالسلطان هو الامام - فلا يصح الاستدلال به وادلة نيابة الفقيه قد حقق في محله أنها لا تندل على ثبوت جميع مناصب الامام له - ٣ - أن الحاكم ولي المجنون في ماله بلا خلاف فيشملة صحيح (٢) أبي بصير عن الصادق (ع) عن الذي بيده عقدة النكاح قال هو الأب والابن والابن والرجل بوصى اليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى الحديث - ولا يضر اختصاصه بالمرأة لعدم القول بالفصل بينها وبين الرجل - وما دل على أن من بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها - كصحيح (٣) عبدالله بن سنان - فإن الحاكم ولي أمر المجنون والمجنونة - ٤ - أن الظاهر كون ذلك أي تزويج المجنون والمجنونة للذين لاولي لهما سيما مع الحاجة الشديدة من مناصب القضاة - وعليه فمقتضى قوله (ع)

١ - التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢ - رواه أبو داود في سننه ج ١ ص ٤٨١ وابن ماجه تحت رقم ١٨٧٩

٢ - الوسائل - باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد - حديث ٢ - ٤

في خبر (١) ابي خديجة - فاني قد جعلته قاضيا - ثبوت هذا المنصب كغيره من مناصب القضاة للفقهاء - وكذا قوله في مقبولة (٢) ابن حنظلة فاني قد جعلته عليكم حاكما فالظاهر - ثبوت الولاية له عليه - والاحوط اشتراط الحاجة اليه او قضاء المصلحة اللازمة للمراعاة واما الثاني - فان كان للصبي اب اوجد فلا كلام ولا اشكال في عدم ولاية الحاكم على تزويجه وان لم يكن له اب ولا جد - فالمشهور بين الاصحاب انه ليس للحاكم ولاية على نكاحه - بل قال الشيخ الاعظم ره انه لا يبعد كونه اجماعيا - والظاهر انه كك مع عدم الحاجة اليه للاصل بعد عدم الدليل - انما الكلام في ولايته مع الحاجة اليه بغير الوطاء - ولا يظهر من الاصحاب افتائهم بعدم ثبوت الولاية حتى في هذا الفرض النادر ولذا استدللوا به بعدم الحاجة - وكيف كان فمع الحاجة الشديدة مقتضى خبري ابي خديجة وابن حنظلة ثبوتها لانه من وظائف القضاة - كما ان مقتضى كونها ح من الامور الحسبية ذلك فان الحاكم ولى الحسبة - وايضا مقتضى ما دل على ان النكاح بيد الولي في المال المتقدم ذلك فان الحاكم ولىه في ذلك - نعم بازاء جميع ذلك - صحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان فقال اذا كان ابواهما اللذان زوجها فمعهما - يدل على عدم ثبوتها له - فان مفهومه نفى التوارث اذا كان المتولي للتزويج غير الاب ويعضد هذا المفهوم كونه في مقام التفصيل وهو قاطع للشركة - وكذا يدل على العدم صحيح (٤) الحذاء الدال على انه اذا زوج الصغير غير الاب توقف التوارث بعد موت احدهما على بلوغ الآخر اجازته - وما في الجواهر من ان المراد بهذه الاخبار ان العقدان كان ممن له الولاية مضي والا كان فضولا و لهذا اقتصر فيه على الاب - يرد عليه - ان حمل القيد على كونه من باب المثال خلاف الظاهر لا يصار اليه الامع القرينة وعدم ذكر الجد لا يصلح لذلك - لاحتمال ارادته من

١- الوسائل - باب ١- من ابواب صفات القاضي - حديث ٥

٢- الوسائل - باب ١١- من ابواب صفات القاضي - حديث ١

٣- الوسائل - باب ١٢- من ابواب عقد النكاح واولياء المقد

٤- الوسائل - باب ١١- من ابواب ميراث الازواج - حديث ١

الاب - مع انه يقيد اطلاق مضمونهما من عدم الولاية لغير الاب بالاجماع والنصوص الخاصة - وبهذين الخبرين يخرج عن الادلة المثبتة فلا يظهر هو عدم ثبوت الولاية للحاكم على نكاح الصبي - اللهم الا ان يقال انه من المقطوع به من مذاق الشارع صحة العقد للصبي مع الضرورة ولا يكون ذلك مستثنى من ولاية الحسبة - وليس ذلك ببعيد فتدبر.

للوصى ان يزوج المجنون

(و) السادس في ولاية الوصى - ففي المتن حكم بثبوت الولاية (للوصى على المجنون ذكر اركان او انثى مع المصلحة) - وهو المنسوب الى المشهور في صورة ما اذا بلغ فاسد العقل - وفي الجواهر بل نفى بعضهم الخلاف عن ثبوتها في ذلك بل عن ظاهر الكفاية الاجماع عليه بل عن القطيقي دعواه صريحا انتهى - وقد استدلت بثبوت الولاية له عليه - بوجوه (١) الضرورة وعجز المحتاج عن المباشرة - وعدم زوال العذر وخوف الوقوع في الزنا والمرض (و فيه) ان ما ذكر يثبت ولاية الحسبة على الحاكم الشرعي لولاية الوصى (٢) استصحاب الولاية الى ما بعد البلوغ اذا بلغ فاسد العقل (وفيه) اولان الاستصحاب في الاحكام الكلية غير جار كما حقق في محله وثانيا سيأتي الكلام في ولايته على الصغير (٣) عمومات الوصية - وسيجيء الكلام فيها في ولايته على الصبي - فلا يظهر انه على القول بعدم ولايته على الصبي يتعين القول بذلك في المجنون .

واما الصبي - ففيه اقوال - الاول نفى الولاية مطلقا - اختاره في المبسوط و الشرايع والنافع والقواعد والتذكرة واللمعة والكفاية بل هو المشهور كما في المسالك والروضة - الثاني ثبوتها كك وهو للمبسوط ايضا وعن المختلف وشرح الارشاد للشهيد والروضة - الثالث ثبوتها اذا نكح الوصى على النكاح وعدمه بدونه وهو المحكى عن الخلاف والجامع والمحقق الثاني وغيرهم - كذا في المستند (ويشهد) للاول اصالة

عدم الولاية - وصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان فقال اذا كان ابواهما للذان زوجها فنع - فان مفهومه نفى التوارث اذا كان المتواي للتزويج غير الاب وان كان هو الوصي - اصف الى كون ذلك من قبيل مفهوم الشرط الذي نقول به - استفصال المعصوم (ع) لاطلاق كلام السائل و التفصيل قاطع للشركة - ففي الحقيقة دلالة بحسب المنطوق ايضا وبذلك ظهر دلالة صحيح (٢) الحذاء الدال على انه اذا زوج الصغير غير الاب وقف التوارث بعد موت احدهما على بلوغ الباقي واجازته للنكاح - وصحيح (٣) محمد بن اسماعيل بن بزيع سئل رجل عن رجل مات وترك اخوين وابنة - والبنت صغيرة - فعمد احدا لآخرين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابن المزوج فلما ان مات قال الآخر اخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية اي الزوجين احب اليك الاول او الآخر قالت الآخر - ثم ان الاخ الثاني مات وللاخ الاول ابن اكبر من ابن المزوج فقال للجارية اختاري ابهما احب اليك الزوج الاول والزوج الآخر فقال (ع) الرواية فيها - انها للزوج الاخير وذلك انها قد كانت ادركت حين زوجها وليس لها ان تنقض ما عقدته بعد ادراكها (وايراد) صاحب الجواهره تارة بانه مضمهر - واخرى بان نسبة ذلك الى الرواية مشعرة بالتقية لو فرض كونه من الامام (ع) - وثالثة بان التعليل عليل - ورابعة بعدم ثبوت كون الاخ وصيا على نكاح البنت (غير تام) اذا قطع من مثل ابن بزيع الذي هو من اجلاء الاصحاب ولا يروى عن غير المعصوم قطعا لا يقدح في الحجية - والاشعار بالتقية لا يوجب وهنا في الخبر مع ان التقية في خلاف الخبر لافي مضمونه - والتعليل متين فان مفهومه ان العقد كان بامضاءها في حال كبرها - وعدم الاستفصال يكفي في شمول الخبر لما اذا كان وصيا على النكاح - ويشهد به ايضا النصوص الظاهرة في نفى الولاية على المرأة عن غير الاب كصحيح (٤) محمد بن احمد عن احدهما (ع) يستامر هاكل احدهما عد الاب - وصحيح (٥)

١- الوسائل - باب ١٢ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١

٢- الوسائل - باب ١١ من ابواب ميراث الازواج حديث ١

٣- الوسائل - باب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١

٤- الوسائل - باب ٤ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

٥- الوسائل باب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١٠

ابن حازم عن الصادق (ع) تستامر البكر - وغيرها ولا تنكح الابامرها - ونحوهما غيرهما . وقد استدلل الثاني - بصحيح (١) ابي بصير ومحمد بن مسلم عن الباقر (ع) عن الذي بيده عقدة النكاح قال (ع) هو الاب والاخ والرجل يوصى اليه والذي يجوز امره في مال المرثة فيبتاع لها ويشترى فای هؤلاء عفا فقد جاز - ونحوه صحيح (٢) الحلبي وابي بصير وسماعة جميعا عن الصادق (ع) - وحسن الحلبي (٣) او صحيحه - وتقريب الاستدلال بها - ان الظاهر كون المراد بمن بيده عقدة النكاح من له الولاية عليه مستقلا - والذي يجوز امره في مال المرثة من له الولاية في غير النكاح من العقود والايقاعات والعطيات وما شاكل - فتدل هذه الاخبار على ثبوت الولاية للوصى (والايراد) عليها بان مقتضى اطلاقها ان المراد بالمعقود عليها اعم من الكبيرة والصغيرة ولا ريب في عدم ولاية الوصى على الكبيرة (يندفع) بانه يقيد الاطلاق بالنصوص الدالة على انه لا ولاية لغير الاب على الكبيرة المتقدمة كما ان (الايراد) عليها بان ذكر الاخ في تلك النصوص مما يستوجب القصور في الدلالة لاحتمال ارادة الوكيل من الاخ والموصى اليه لا مطلقا (مندفع) بان الظاهر منها ارادة من بيده عقدة النكاح باصل الشرع - وكون ذلك على وجه اللزوم والتعين - غاية الامر في خصوص الاخ دلت الادلة على عدم ثبوت الولاية له فتحتمل بالنسبة اليه خاصة على ارادة الاحقية والاولوية (ولعله) الى هذا نظر صاحب الجواهر رده حيث قال ان الاشتغال على ذكر الاخ لا يسقط النص عن الحجية في غيره - ويمكن ان يكون نظره الشريف الى ان هذه الجملة من النص غير معمول بها وهذا لا يضر بحجتيه في غيرها - فتدبر (ولكن) يرد على الاستدلال بها انها وان كانت اخص من جميع ما تقدم من النصوص الدالة على القول الاول - غير صحيح ابن بزيع ولكنها معارضة معه - وهو يقدم للاشهرية - بصحيح (٤) عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) قال الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها - بتقريب ان المراد ولي امرها في غير

١- الوسائل - باب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٤-٥

٢-٣- الوسائل - باب ٥٢ - من ابواب المهور حديث ١

٣- الوسائل - باب ٨ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٢

النكاح والالزم التفسير بما يساوى المفسر فى الاجمال - ولا ريب أن الوصى على الصغيرة ولى امرها فى غير النكاح فيكون عقده بيده (ولكن) النسبة بينه - وبين النصوص المستدل بها للقول الاول غير صحيح ابن بزيع عموم من وجه والترجيح معها للشهرة والنسبة بينه وبين صحيح ابن بزيع عموم مطلق - فيقيد اطلاق صحيح ابن سنان به فتدبر.

واستدل للقول الثالث لعدم الجواز مع عدم نص الوصى عليه بما تقدم - وبجوازه مع نصه عليه بوجوه (الاول) قوله (١) تعالى «فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه» فان حرمة تبديل الوصية مستلزمة لتحقيق الولاية بتولية الوصى (واورد) عليه سيدالرياض و المحقق النراقي بان الضمير فى بدله راجع الى الايضاء للوالدين والاقرين بما ترك من الخير المتقدم ذكرهما فى آية الوصية فلا يعم مطلق التبديل (واجيب) عنه بانه فى كثير من النصوص استدل بهذه الآية المعصوم (ع) فى احكام كثيرة من الوصاية وهو آية عدم الاختصاص بالموارد فلا بد من ارجاع ضمير بدله اما الى مطلق الايضاء واما الى خصوص الايضاء لهذا الايضاء بان يجعل المورد خاصا والمناط عاما - ولذا قال الشيخ الاعظم - الانصاف ان الآية ظاهرة فى المدعى ولو بمعونة الاخبار المشتملة على الاستدلال بها (اقول) ان الآية بحسب ظهورها الاولى خاص من جهتين من جهة الاختصاص بالوالدين والاقرين ومن جهة الاختصاص بكون الموصى به ما ترك من الخير - والاخبار تصلح شاهدة للتعميم من الجهة الاولى - واما من الجهة الثانية فلا قرينة لصرف الآية عن ظاهرها (ودعوى) ان ولاية الاب نفسها من الخير وهى مع التفويض تنتقل فلا تنقطع بالموت (فيها) ان تلك الولاية لا تكون باقية قطعاً ولو ثبتت فانما هى فرد آخر من الولاية - مع ان بقائها بالوصية اول الكلام - وهو مفروض التحقق فى الآية فلا يمكن اثباته بها.

الثانى قوله (٢) تعالى «ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير» بدعى ان

١- سورة البقرة - آية ١٨٢

٢- سورة البقرة - آية ٢٢١

التزويج مع المصلحة اصلاح (وفيه) اولائه غير مختص بالوصى بل هو شامل لجميع المكلفين - وثانيا - انه يدل على ان ماهو اصلاح لهم خير - واما كون شيء اصلاحا فهو لا يدل عليه - والكلام في ان تزويج الوصى الصبي هل هو نافذ فيكون اصلاحا ام لا فلا يكون اصلاحا فتدبر .

الثالث ان الوصية بالمال نافذة بالنسبة اليه فكك في النكاح (وفيه) ان التلازم غير ثابت والقياس باطل .

الرابع - عموم ما دل من النصوص على نفوذ الوصية لاحظ مكاتبة (١) الصفار الى العسكرى (ع) رجل اوصى بثلث ماله في مواليه و مولياته الذكر والانثى فيه سواء اول للذكر مثل حظ الانثيين من الوصية - فوقع (ع) جائز للميت ما اوصى به على ما اوصى انشاء الله وخبر (٢) محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل اوصى الى رجل بولده و بمال لهم و اذن له عند الوصية ان يعمل بالمال وان يكون الربح بينه وبينهم فقال لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي - دل بمقتضى عموم العلة على ان كل ما اذن فيه ابو الصغير في حال حياته فهو نافذ ماض بعد مماته ومنه اذنه للوصى في تزويج صغيره و توليته له فيه (اقول) يرد على الاول - ان الظاهر منها اختصاصها بالقيود المقومة للوصية الراجعة الى انحاء الوصية نظير قوله (ع) الوقوف على حسب ما يقفها اهلها - فلا تدل على نفوذ الوصية بكل ما تعلقت - مع - انه دلت الآية الكريمة (٣) على عدم نفوذ الوصية لو كان من الجنف المتعلق بالصغير - و يمكن دعوى كون الايصاء بتزويج صغيره - كالايصاء بتزويج غيره من الاجانب من الجنف - ففي صحيح (٤) ابي ايوب عن محمد بن سوفة عن الباقر (ع) عن قول الله تعالى «فمن بدله الخ» قال (ع)

١- الوسائل - باب ٦٣ من ابواب احكام الوسايا حديث ١

٢- الوسائل باب ٩٢ من ابواب الوسايا حديث ١

٣- سورة البقرة آية ١٨٣ «قال الله تعالى فمن خاف من موص جنتا او اثما فاسلح بينهم فلاثم عليه»

٤- الوسائل باب ٣٨ من ابواب الوسايا حديث ١

نسختها الآية التي بعدها - قوله عز وجل «فمن خاف من موص جنفاً الى ان قال يعنى الموصى اليه ان خاف جنفاً من الموصى فيما اوصى به اليه مما لا يرضى الله عز ذكره من خلاف الحق فلاثم عليه الحديث - ويرد على الثانى مضافا الى ذلك - انه مختص بالوصية بالمال الذى ثبت بالدليل ان له الايضاء به لقوله فى ذلك فلاوجه التعدى (فتحصل) ان الاظهر النفى مطلقا كما هو المشهور بين الاصحاب .

نكاح الفضولى

و يلحق بهذا الفصل مسائل - الاولى اذا عقد احد من الاولياء الثابت ولايتهم صح العقد (ويقف عقد غيرهم على الاجازة) و يصح بها فى الحر والعبد - كما عن المفيد والسيد والشيخ فى جملة من كتبه والديلمى والقاضى والحلبى والحلى والمحقق والمصنف وجميع من تاخر عنه - و فى الجواهر بل المشهور شهرة عظيمة بين القدماء والمتأخرين بل فى الناصريات الاجماع عليه - بل من انكر الفضولى فى غير النكاح اثبتته هنا للاجماع والنصوص .

ويشهد به مضافا الى ان صحة عقد الفضولى ولزومه مطلقا مما يقتضيه العمومات مثل قوله تعالى « او فوا بالعقود » (١) و غيره على ما مر الكلام فيه مفصلا فى الجزء الثالث عشر من هذا الشرح - طوائف من النصوص - منها ما هو مختص بالحر - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) عن رجل زوجته امه وهو غائب قال (ع) النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه - وصحيح (٣) ابن بزيع المتقدم فى تزويج الوصى - وصحيح (٤) الحذاء المتقدم الدال على انه اذا

١- المائدة آية ٢

٢- الوسائل باب ٧- من ابواب عقد النكاح حديث ٣

٣- الوسائل باب ٨- من ابواب عقد النكاح حديث ١

٤- الوسائل باب ١١ من ابواب ميراث الازواج حديث ١-

زوج الصغيرين غير اييهما وقف التوارث بعد موت احدهما على بلوغ الباقي واجازته للنكاح - ونحوها غيرها - ومنها ماورد في العبيد والاماء - كمصحح (١) زرارة عن الامام الباقر (ع) عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال (ع) ذاك الى سيده ان شاء اجازمه وان شاء فرق بينهما قلت اصلحك الله ان الحكم بن عيينة و ابراهيم النخعي و اصحابهما يقولون ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له فقال ابو جعفر (ع) انه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا اجازمه فهو له جائز ونحوه خبره (٢) الاخر - وصحيح (٣) معاوية بن وهب قال جاء رجل الى ابي عبدالله (ع) فقال اني كنت مملوكا لقوم واني تزوجت امرئة حرة بغير اذن موالى ثم اعتقوني بعد ذلك فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت فقال له اكانوا علموا انك تزوجت امرئة و انت مملوك لهم فقال نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي قال فقال (ع) سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت علي نكاحك الاول - ونحوه خبر (٤) الحسن بن زياد الطائي عنه (ع) - وخبر (٥) علي بن جعفر عن اخيه (ع) عن آباءه عن علي عليهم السلام - انه قال لعبد تزوج بغير اذن سيده وقال له السيد طلق - اما الان فان شئت فطلق وان شئت فامسك - فقال السيد يا امير المؤمنين (ع) امر كان يبدى فجعلته بيد غيري قال (ع) ذلك لانك حين قلت له طلق اقررت له بالنكاح .

وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط بطلان نكاح الفضولي مطلقا وعن فخر المحققين فساد عقد الفضولي في جميع العقود التي منها النكاح (واستدل له مضافا الى الوجوه التي ذكرها لبيان فساد عقد الفضولي مطلقا وقد ذكرناها مع اجوبتها في كتابنا منهاج الفقاهة المطبوع - بجملة من النصوص المتضمنة لفساد النكاح بغير اذن الولي او المولى

١-٢- الوسائل باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١-٢

٢-٣- الوسائل باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١-٣

٢٧- من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

او اذنها كخبر (١) البقباق قلت لابي عبد الله (ع) يتزوج الرجل بالامة بغير علم اهلها قال (ع) هو زنا ان الله تعالى يقول فانكحوهن باذن اهلهن ونحوه خبره (٢) الاخر وخبر فضل (٣) بن عبد الملك وخبر (٤) ابي بصير وصحيح (٥) ابن ابي يعفور عن الصادق (ع) لا تنكح ذوات الالباء من الابكار الاباذن آباءهن - ونحوه غيره وصحيح (٦) منصور بن حازم عنه (ع) تستامر البكر وغيرها و لا تنكح الابامرها ونحوه غيره (اقول) يرد على الطائفة الاولى - ان الظاهر من الاسئلة فيها السؤال عن صحة العقد بدون الاذن والاجازة فلا تشمل صورة وقوع الاجازة - مع - انه لو سلم عمومها يتعين حملها على ذلك جمعا بينها وبين ما تقدم - ويرد على الطائفتين الاخيرتين انهما تدلان على اعتبار الاذن ولا تدلان على لزوم سبقه على النكاح - مع - ان نكاح الفضولي انما ينتسب الى المجيز من حين اجازته اياه وبها بصير العقد عقده وفي ذلك الحين يكون النكاح عن الاذن فلا يظهر هو صحة نكاح الفضولي مع الاجازة.

ثم انه على المشهور المختار هل يصح نكاح الفضولي مطلقا اى من كل من كان غير الولي والوكيل سواء كان قريبا او اجنبيا بل الصادر منهما على غير الوجه المأذون فيه من الله تعالى كما لو تعدى الوكيل عما عينه الموكل او وقع الولي العقد الذي فيه المفسدة - او يختص ببعض - المشهور بين الاصحاب هو الاول (وعن) ابن حمزة اختصاصه بموضع - عقد البكر الرشيدة مع حضور وليها - وعقد الابوين على الابن الصغير - وعقد الجد مع عدم الاب - وعقد الاخ والاموال عم على الصبية - وتزويج الرجل عبد غيره بغير اذن سيده - وتزويجه من نفسه بغير اذن سيده - لتوقيفية العقود واختصاص الاخبار بهذه المواضع ولادليل فى غيرها - ومال اليه المحقق النراقي ره (وفيه) اولا ما اشرنا اليه من ان صحة عقد الفضولي مما تقتضيه العمومات - وفي تلك لافرق بين

١-٢-٣-٤ - الوسائل باب ٢٩ - من ابواب نكاح العبد والاماء حديث ١-٢-٣-٤

٥ - الوسائل باب ٦ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٥

٦ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١٠

التسعة وغيرها - وثانيا - انه يتعدى عرفا عن مورد النصوص لعدم الخصوصية عرفا -
وثالثا ان مقتضى عموم العلة في مصحح زرارة وخبره الواردين في نكاح المبدع غير اذن
سيدم - انه لم يعص الله وانما عصي سيده فاذا اجاز جاز - هو صحة نكاح الفضولي مطلقا -
ثم انه لا يعتبر في الاجازة لفظ خاص بل تقع بكل ما دل على انشاء الرضا بذلك
العقد لاطلاق ادلة الصحة بل تقع بالفعل الدال عليها للاطلاق و لصحيح ابن وهب
المتقدم في ادلة صحة عقد الفضولي .

ثم انه وقع الكلام في ان الاجازة في المقام كما في البيع هل تكون كاشفة عن
صحة العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الآثار من حينه - او تكون ناقلة - على اقوال
اربعة (احدها) الكشف الحقيقي بان يكون العقد تمام السبب المؤثر ولا دخل
للاجازة في سببته وانما لها الدخول في الكشف عن ثبوت الاثر حينه كما عن جامع
المقاصد - او يكون الشرط هو الرضا التقديرى وهو حاصل كما عن المحقق الرشتى -
او يكون الشرط هو الوصف الانتزاعى وهو تعقب الاجازة ولحوقها كما عن جماعة -
او يكون الاجازة شرطا بنحو الشرط المتأخر كما عن صاحب الجواهر (ثانيا) الكشف
الحكمى يجعل العقد نافذا من حينه حكما لا حقيقة (ثالثا) الكشف الانقلايى
بمعنى ان العقد غير مؤثر الى حين الاجازة فاذا لحق الاجازة انقلب واثر من حينه
وترتب عليه مضمونه من حينه (رابعا) النقل وقد اشبعنا الكلام في بطلان الكشف
الحقيقى بجميع معانيه والكشف الحكمى والنقل في الجزء الثالث عشر من هذا الشرح
واثبتنا الكشف الانقلايى - وهو الذى يقتضيه ظاهر الادلة والارتكاز العرفى ويشهد لكونها
كاشفة في المقام صحيح (١) الحذاء الحاكم بالتواثر مع لحوق الاجازة .

سكوت البكر رضاها

(و) الثانية (يكفى فيها) أى فى الاجازة (سكوت البكر) كما يكفى فى الاذن ابتداء كما هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل الظاهر انه لاخلاف فيه الاعن الحلّى قدّم - وعن المبسوط انه احتاط فى استنطاقها والاصل فى هذا الحكم نصوص خاصة كصحيح (١) البرزطلى قال قال ابو الحسن (ع) فى المروثة البكر اذنها صماتها - والتيب امرها اليها - وصحيح (٢) داود بن سرحان عن الصادق (ع) فى رجل يريد ان يزوج اخته قال (ع) يؤامرها فان سكنت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجه - ونحوه مصحح (٣) الحلبي - وخبر (٤) الضحاك بن مزاحم قال سمعت على بن ابي طالب يقول وذكر حديث تزويج فاطمة (ع) وانه طلبها من رسول الله (ص) الى ان قال فقام يعنى رسول الله - وهو يقول الله اكبر سكوتها اقرارها (والمناقشة) فيها بانها فى الاذن السابق والمناط غير منقح (فيها) انه لاخلاف فى عدم الفرق بينه وبين الاجازة اللاحقة مع - ان الصحيح الاول مطلق.

ثم انه تارة يكون السكوت دالاً قطعاً على الرضا - واخرى يكون مقروناً بقرائن توجب الظن بالرضا - وثالثة لا تكون هناك قرينة على شيء من الرضا وعدمه - ورابعة يكون مقروناً بقرائن موجبة للقطع بعدم الرضا - وخامسة يكون مقروناً بما يوجب الظن بعدمه - وسادسة تتعارض فيه الامارات - وقد اختار صاحب الجواهر ره حجية السكوت فى الصور الثلاث الاول - وظاهر سيد العروة الاختصاص بالصورتين الاولتين وظاهر سيد الرياض حجية ما عدا المقترن بما يدل على عدم الرضا قطعاً (اقول) بعد بيان امور - احدها - ان المستفاد من جملة من النصوص الاكتفاء بالسكوت فى الاجازة ولو فى غير الباكورة - لاحظ صحيح ابن وهب المتقدم فى ادلة صحة نكاح الفضولى -

١-٢-٤ الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد النكاح حديث ١-٢-٣

٢- الوسائل باب ٤ من ابواب عقد النكاح حديث ٢

المتضمن لصحة عقد العبد بدون اذن مواليه بسكوتهم وان سكوتهم اقرارهم - ونحوه
 مادل على ان المولى الذى قال لعبد المزوج لنفسه فضولا - طلق يكون ذلك اقراراً
 بالنكاح وقدمر - وقد تقدم فى تلك المسألة كون ذلك على وفق القاعدة - ثانيها - انه فى هذه
 النصوص لم ينزل السكوت منزلة الرضا بل نزل منزلة الاقرار والاذن الكاشفين عنه -
 فالاوجه لتوهم كونه بمنزلة الرضا موضوعا للصحة واقعا - بل الظاهر كونه موضوعا
 للمحجية - ثالثها - ان السكوت من الامارات العرفية وعند اهل العرف يكون حجة
 فى الصورتين الاوليتين فعلى هذا يدور الامر فى هذه النصوص بين كونها امضاء لما
 عند العرف فتختص بحجته بالصورتين الاوليتين - وبين كونها تاسيسا فى مقابل ما
 عند العرف - فيعم الحجية جميع الصور غير الرابعة - والظاهر من كلام الشارع وان
 كان هو التأسيس - ولكن فى باب العقود والايقاعات لا يبعد دعوى الظهور فى الامضاء
 ولا اقل من الاجمال - فالمتيقن هو حجته فى الصورتين الاوليتين.

(و) الثالثة - للمولى الولاية على مملوكه ذكر اكان او انثى مطلقا اجماعا
 على الظاهر للاخبار الكثيرة - وحيث انه لاموضوع لهذه المسألة فى هذا المعصر فالانغماض
 عن التعرض لها وفروعها الاولى .

عدم ولاية الام على الصغير

الرابعة - (و) قد تقدم انه (لا ولاية للام) وايضا على الولد مطلقا فلوزوجت
 الولد فاجازصح مطلقا لكونه فضوليا فيشملة عموم ادلته - مضافا الى خبر محمد الاثني
 ولو انكر بطل مطلقا اجماعا و تبعه المهر كك لو كان المعقود عليه فضولا انثى - انما
 الكلام فيما لو كان المعقود عليه ولدا كبيرا - فعن الشيخ فى النهاية واتباعه انه ان رده
 لزم الام المهر للمعقود عليها تماما - و تردد فيه فى الشرايع - و مدرك الشيخ فى
 مقابل الاصول و القواعد المقتضية لعدم لزومه عليها خبر (١) محمد بن مسلم عن ابي

جعفر (ع) انه سأل عن رجل زوجته امه وهو غائب قال (ع) النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك - فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه (وفيه) اولا - ان الخبر ضعيف لاسماعيل بن سهل - وثانيا - ان الاصحاب اعرضوا عنه - وثالثا - انه يحتمل فيه ما افاده سيد الرضا قال بانه يدل على خلافه للتصريح فيه بان المهر لازم لامه وهو غير لزومه عليها فالمعنى ح انه لامهر عليها بل لها استعادته مع الدفع والامتناع منه مع عدمه فعلى اى تقدير هولها الاعليها انتهى - وقد حمل الخبر على ما اذا دعت الوكالة عنه ولم تثبت - وعلل لزوم المهر عليها بانها قد فوتت البضع على المرأة - ولكن يرد التعليل ما افاده المحقق والشهيد الثانيان - بان ضمان البضع بالتفويت مطلقا ممنوع وانما المعلوم ضمانه بالاستيفاء على بعض الوجوه لامطلقا - وعلى الحمل المزبور - انه يابى عنه مادل من النصوص على ضمان نصف المهر بدعوى الوكالة - وتامم الكلام فى مسألة الوكالة موكل الى محله من ذلك الكتاب .

(و) الخامسة - (يستحب للبالغة ان تستاذن اباه) كما عن جماعة - واستدل له فى الرياض بما تقدم من الاخبار المحمولة عليه - ولان الاب فى الغلب اخبر بمن هو من الرجال انب - ولكن يرد على الاول ما تقدم عند الجمع بين النصوص من عدم صحة حملها على الاستحباب - مع انها مختصة بالبكر غير شاملة للثيب - ويرد على الثانى انه لا يصلح مدركا لاثبات حكم شرعى .

قيل (و) يستحب (ان توكل اخاه مع فقده) اى الاب - وعلل بعدمه فى جملة من بيده عقدة النكاح فيما تقدم من الاخبار المحمولة على التوكيل - ولكنها غير مفيدة بفقد الاب .

توزيع الوكيل موكلته من نفسه

(و) السادسة - لاشكال ولا خلاف فى انه (ليس للوكيل ان يزوجه من نفسه بغير اذنها) بالعموم او الخصوص - اما الكلام فى موردين - الاول - فى انه اذا وكلت المرأة رجلا فى تزويجها من نفسه فهل يصح تزويجها منه ام لا - الثانى فيما

لو كانت الوكالة عامة ولم يصرح فيها بنفسه .

اما الاول ففيه قولان (احدهما) الجواز كما عن الاسكافي والمحقق في الشرايع والمصنف ره في القواعد والمختلف والتذكرة والشهيد في اللمعة والروضة والمسالك وسيدالرياض وصاحب الجواهر والمحقق النراقي وغيرهم - وفي الرياض والمستند نسب ذلك الى الاشهر - بل ظاهر قول السيد في آخر كلامه ولولا الشهرة لتعين المصير اليها كونه مشهورا بين الاصحاب (ثانيهما) المنع ويظهر من كشف اللثام انه المشهور فانه نسب الجواز الى ابي علي والمحقق لا غير .

يشهد للمنع ما رواه (١) الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن احمد - ابن الحسن عن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمار الساباطي قال سألت ابا الحسن (ع) عن امرأة تكون في اهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها ايحل لها ان توكل رجلا يريدان يتزوجها تقول له قدوكلتك فاشهد علي تزويجي قال (ع) لا - قلت جعلت فداك وان كانت ايما قال (ع) وان كانت ايما - قلت فان وكلت غيره بتزويجها منه قال (ع) نعم .

واورد عليه بايرادات - ١ - مافي المسالك قال والرواية ضعيفة السند (وفيه) انه لو كانت الحجية مختصة بالخبر الصحيح ثم ما افاده ولكن لما اثبتنا في محله حجية الموقوف ايضا والخبر منه فلا يتم ما قيد - ٢ - مافي المسالك ايضا وهو قصور الدلالة لجواز كون المنفى هو قولها وكلتك فاشهد - فان مجرد الاشهاد غير كاف (وفيه) اولاً - ان الظاهر من الخبر سيما بقرينة السياق مع ما بعده كون النفي راجعا الى الحل - وثانياً - انه ان اريد من احتمال كون المنفى قولها وكلتك فاشهد - مافهمه المحقق النراقي وهو احتمال كون النفي راجعا الى حلية التوكيل في الاشهاد خاصة دون التزيوج - فيرد عليه - ان الظاهر منه بقرينة ما قبله وما بعده كون التوكيل توكيلا في التزيوج دون الاشهاد خاصة - وان اريد به مافهمه غيره وهو عدم كفاية الاشهاد فقط - فيرد عليه

مضافا الى كونه خلاف الظاهر كما يظهر من ملاحظة ما بعده ان الاشهاد لا بد وان يكون مع وجود المشهود به ومعه لا محالة يكون عدم الكفاية لعدم الصحة -٣- مافي الجواهر وهو احتمال ارادة الكراهة من النهي باعتبار تطرق التهمة الموجبة للفتنة و مخالفة التقية ونحو ذلك (وفيه) ان رفع اليد عن ظهور النهي في المنع وحمله على الكراهة او الاجمال بلا قرينة لوجه له وما ذكر لا يصلح قرينة على ذلك كما لا يخفى -٤- مافي المستند وهو انه لعل عدم الحلية بتزويجها من نفسه لاطلاق قولها قد وكلتك من غير نصريح او نصب قرينة على توكيله في التزويج لنفسه ايضا (وفيه) ان الظاهر من السؤال هو السؤال عن توكيل المرأة الرجل المريد تزويجها - لاعتن خصوص توكيلها اياه باللفظ الخاص كما يشهد به قوله فان وكلت غيره بتزويجها منه - ولو كان النفي راجعا الى ما قيد لزم عدم انطباق الجواب على السؤال .

فالاضاف انه لا تصور في سند الرواية ولا في دلالتها ولم يثبت اعراض المشهور عنها فالعمل بها متعين (ودعوى) اختصاص الخبر بمورده وهو ما كان بحيث يتطرق التهمة الموجبة للفتنة - فلو وكلته بمرئي من الناس وكانوا شاهدين ذلك لاوجه لعدم الجواز (مندفعة) بان قوله فاشهد يدفع ذلك فانه حكم بالمنع حتى مع الاشهاد فالظاهر هو المنع مطلقا .

واما المورد الثاني - فعن المسالك لاخلاف في انه لايجوز له تزويجها من نفسه مع تعيين الزوج ومع الاطلاق انتهى وعن التذكرة احتمال جواز ان يزوجه من نفسه مع الاطلاق لاطلاق الاذن (واستدل) للاول بالانصراف ولذا صرحوا بانه لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه ايضا بالعموم او الاطلاق المقرون بما يمنع الانصراف عن نفسه جاز (ويرد عليه) منع الانصراف المقيد للاطلاق - فانه بدوى ناش من تغاير الفاعل والمفعول غالبا - يزول بالتأمل - اذ لو سلم ذلك في الافعال الخارجية القائمة بين الاثنين كما لو اعطاهما لافعال له اعطاه الفقير مع ان للمنع عنه مجالا - لا سلم في الامور الاعتبارية كالتزويج فعلى القول بالجواز مع التصريح لا بد من القول به مع الاطلاق

او العموم - ولكن قد عرفت ان الاظهر هو المنع مع التصريح فكذا مع الاطلاق .
فلو وكل المرئىة من يريد تزويجها - ووكل الرجل من يقبل له فهل يصح نظراً
الى عدم اتحاد القابل و الموجب - ام لا من جهة اطلاق الموثق ومن جهة ان الوكيل
قائم مقام الموكل فكلما جازله فعله جاز لموكله وجهان - اظهرهما الثانى .

حكم تولى طرفى العقد

ثم انه هل يختص المنع بمورد الخبر وهو تزويج الوكيل من نفسه فيجوز فى غيره
- كما فى الوكيل من الطرفين - والولى على شخصين - والوكيل عن احد الطرفين و
الولى على الاخر - تولى طرفى العقد كما عن المحقق والمصنف والشهيدى وغيرهم بل
هو الاشهر كما قيل بل عن المسالك نفى الخلاف فيه وفى الجواهر لا جد فيه خلافاً -
ام يعم المنع جميع صور الاتحاد كما ذهب اليه بعض علمائنا على ما صرح به فى الايضاح
واختاره المحقق النراقى فى المستند - وجهان (قد استدل) للثانى بانه يلزم من القول
بالجواز ان يكون شخص واحد موجبا وقابلا - واجيب عنه بان اتحاد الموجب والقابل
بعد التغاير الاعتبارى الكافى لتناول العمومات والاطلاقات له غير قاذح (واستدل)
للاول بعموم ادلتى الوكالة والولاية فان المستفاد من الاولى جواز توكيل كل احد لو كان
وكيلاً للاخر او ولياً عليه - ومن الثانية جواز تزويج الولى مطلقاً - واورد عليه فى المستند
بان تلك الادلة انما تفيد ان الولى او الوكيل ولو كان وكيلاً للاخر او ولياً عليه
اذا تزوج من له الولاية عليه او الوكالة منه يصح ولم يثبت كون العقد الصادر طرفاه من
واحد تزويجا اذ ثبته فرع صحته ولم تثبت بعد وعليه فحيث لا دليل على الصحة ولا على
الفساد فيتعين الرجوع الى اصالة الفساد (وفيه) ان دليل كون ذلك تزويجا صحيحا
هو عموم ادلة النكاح والزواج - وانما المانع المتوهم هو عدم قابلية هذا الشخص لعدم
ثبوت ولايته - او وكالته على هذا الوجه - وهو يندفع بعموم ادلتهما - فلا يظهر هي الصحة
مطلقاً .

حكم تزويج غير الولي الصغيرين

السابعة (ولو زوج الصغيرين الابوان) فقد مر ان العقد لازم عليهما ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده اوفسخه - و(توارثا) قيل بلاخلاف يعرف حتى ممن خير الصبي عند الادراك لتصريحه به مع ذلك ووجهه انه عقد صحيح شرعا فيشملهما اطلاق دليل توارث الزوجين ويشهد به مع ذلك خبر (١) عبيد بن زرارة عن ابي عبدالله (ع) في الصبي يزوج الصبية هل يتوارثان فقال (ع) ان كان ابواهما المذان زوجاهما ف نعم و نحوه غيره .

(ولو كان) العاقد (غيرهما) اي غير الابوين (وقف على الاجازة) اي اجازتهما بعد البلوغ لعدم الولاية لهما على انفسهما قبله - واجازة وليهما قبله - اذ لولاية له بعده (فان) بلغا واجازت الزوجة و ترتب عليها احكامها من حين العقد لما تقدم من كون الاجازة كاشفة ولصحيح الحذاء الاتي - وان ردا اوردا حدهما - او ماتا - او مات احدهما قبل البلوغ (بطل) العقد وكشف عن عدم صحته من حين الصدور (وان بلغ احدهما واجازتم مات) قبل بلوغ الاخر يعزل ميراث الاخر على تقدير الزوجية فان بلغ واجاز (احلف الثاني بعد بلوغه) واجازته (على انتفاء الطمع) وانه لم تكن اجازته للطمع في الارث فان حلف (ورث والا فلا) بلاخلاف ظاهر في الجملة والاصل في هذا الحكم صحيح (٢) ابي عبيدة الحذاء قال سالت ابا جعفر (ع) عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين قال فقال (ع) النكاح جائز ايهما ادرك كان له الخيار فان ماتا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر الا ان يكونا قد ادركا ورضيا قلت فان ادرك احدهما قبل الاخر قال (ع) يجوز ذلك عليه ان هو رضى قلت فان كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضى النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية اترثه قال (ع) نعم يعزل ميراثهما منه حتى تدرك وتحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث الارضاها بالتزويج ثم يدفع اليه الميراث ونصف المهر - قلت فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت

ايرثها الزوج المدرك قال (ع) لالان لها الخيار اذا ادركت - قلت فان كان ابوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك قال (ع) يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية - والايراد على الخبر بتضمنه ثبوت الخيار وهذه الاحكام فى فرض تزويج الولي - يندفع بان المراد بالولي فى الصدر بقرينة المقابلة للاب فى الذيل هو الولي العرفى كالعم والاخ واما ما فيه من تنصيف المهر بالموت قبل الدخول فلا يتوجه من اجله الاشكال على الخبر لان جماعة ذهبوا الى ذلك ويرونه مقتضى الجمع بين النصوص .

ثم ان مورد الخبر هو موت الزوج - لكن الظاهر تسالمهم على عدم الفرق بينه وبين موت الزوجة - ويمكن ان يستدل له فى موت الزوجة بصحيح (١) الحلبي قال قلت لابي عبدالله (ع) الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه فى صغره ايجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال اما تزويجه فصحيح واما طلاقه فينبغى ان تجلس عليه امرته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فان اقر بذلك وامضاء فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وان انكر ذلك وادى ان يمضيه فهي امرأته قلت فان ماتت او مات قال (ع) بوقف الميراث حتى يدرك ايها بقى ثم يحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث الا الرضا بالنكاح ويدفع اليه الميراث - فانه وان كان فى طلاق الفضولي ولكن اذا انضم ذلك الى صحيح الحذاء يفهم اهل العرف عدم الخصوصية - والتعدى الى نكاح الفضولي .

ثم انه اذا كان الباقي غير متهم بان اجازته للرغبة فى الارث كما اذا اجاز قبل ان يعلم بالموت - او كان المهر اللازم عليه ازيد مما يرث او نحو ذلك فهل يحتاج الى الحلف ام لا قولان ذهب الشهيد الثانى وصاحب الحقائق الى الاول نظر الى عدم كون التهمة علة تامة لاعتباره بل هي حكمة لا يجب اطرادها - فيتعين الاخذ باطلاق النص ولكن الظاهر من قوله تحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث الا رضاها بالتزويج - كون الاحتياج الى الحلف فيما لم يحرز من طريق آخر انه مادعاها اليه الا الرضا

بالتزويج - وبعبارة اخرى الظاهر كونه طريق اثبات ذلك ومع ثبوته بطريق آخر
لا حاجة الى الاثبات فلاظهر عدم الاحتياج اليه .

ثم انه هل يترتب الاحكام الاخر المترتبة على الزوجية كحرمة الام والبنب و
ماشاكل - ام لا - والحق ان يقال ان في المقام صورتين الاولى مالو اجاز الباقي وحلف
الثانية مالو اجاز ولم يحلف (اما) في الاولى فلاشكل في ترتبها لان بهما يتحقق العقد
الكامل والزوجية فيترتب عليها احكامها - وقدلت الصحيحة على ذلك (واما) في
الثانية فان قلنا بان صحة عقد الفضولي الذي مات احد طرفيه بعد اللزوم من قبله
باجازة الباقي تكون على مقتضى القاعدة كما هو الحق لان الاجازة تكشف عن
الزوجية قبل الموت فلامحل للقول بان الموت مانع عن ثبوت الزوجية بها وليست
الاجازة من قبيل القبول الذي هو جزء العقد ولذا لومات الموجب قبل قبول القابل
لم يتحقق العقد بل هي آلة استناد العقد المتحقق الى المجيز وعليه فلامانع من
اجازة العقد مع موت الطرف الاخر - لزم منه البناء على ترتب جميع الاحكام بالاجازة
وفي خصوص المهر والميراث دل الدليل الخاص على توقفهما على الحلف ايضا فيقتصر
على مورديه فلو كانت الاجازة طمعا للمهر والميراث ترتب عليها تلك الاحكام - وان
قلنا بان صحته في المورد على خلاف القاعدة فالمتيقن هو صورة الاجازة مع الحلف
فبدونه لا يترتب تلك الاحكام .

حكم مالو زوج البالغان بغير اذنهما فمات احدهما بعد اجازته

ثم انه هل يختص الحكم بمورد النص وهو تزويج الصغيرين - ام يتعدى عنه
الى غيره - كما لو زوج المجنونان وافاق احدهما واجاز العقد ومات ثم افاق الاخر
واجاز او كان احد الطرفين الولي والطرف الاخر الفضولي - او كان احد الطرفين
المجنون والطرف الاخر الصغير - او كانا بالغين كاملين او احدهما بالغاً والاخر صغيراً
او نحو ذلك - ففيه اقوال (احدها) ما عن شرح النافع وجامع المقاصد وهو عدم التعدى

الى شئ من الموارد - وعن جامع المقاصد انه المفتى به وعن الحدائق انه المشهور بين الاصحاب (ثانيها) التعدى الى جميع تلك الموارد بلا احتياج الى الحلف - او معه - اختاره جماعة منهم المحقق النراقي والسيد في العروة (ثالثها) التعدى الى خصوص ما اذا كان احدا الطرفين صغيرا - وكان الطرف الاخر مجنونا عقد له وليه او الفضولي او بالغا كاملا عقد له الفضولي او الوكيل - او كان بنفسه الطرف للعقد - نسب ذلك الى القواعد والمسالك والروضة .

والحق ان يقال اولا - انه في بعض الموارد غير مورد تزويج الصغيرين فضولا دل النص على جريان هذا الحكم فيه لاحظ خبر (١) عباد بن كثير عن الصادق (ع) عن رجل زوج ابنه مدركا من يتيمة في حجره قال (ع) ترثه ان مات ولا يرثها لان لها الخيار ولا خيار عليها - وخبر (٢) عبيد بن زرارة في الرجل يزوج ابنه يتيمة في حجره وابنه مدرك واليتيمة غير مدركة قال (ع) نكاحه جائز على ابنه فان مات عزل ميراثها منه حتى تدرك فاذا ادركت حلفت بالله مادعا الى اخذ الميراث الارضاها ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر - قال وان ماتت هي قبل ان تدرك وقبل ان يموت الزوج لا يرثها الزوج لان لها الخيار عليه اذا ادركت ولا خيار له عليها - وصحيح (٣) الحلبي المتقدم في مسألة التعدى عن مورد صحيح الحذاء وهو موت الزوج الى صورة موت الزوجة - وثانيا - انه بتنقيح المناط يتعدى الى جميع الموارد حيث يعلم انه لامدخلية لشئ من الخصوصيات في تأثير الاجازة - وعن القواعد والمسالك والروضة الاستدلال للتعدى الى ما كان العقد لازما من الطرف الاخر - بانه اقرب الى الثبوت واولى منه مما هو جائز من الطرفين كما في الصغيرين - وثالثا - انه يمكن الاخذ بعموم العلة المنصوصة في خبري عباد وعبيد - لان لها الخيار ولا خيار عليها - واثبات هذا الحكم في جميع تلك الموارد فانها تدل على تورث كل من كان له الخيار بعدموت

١-٣-الوسائل - باب ١١ - من ابواب ميراث الازواج حديث ٢-٤

٢-ذكر صدره في الوسائل - في باب ٥٨ - من ابواب المهور حديث ١٤ - وذيله في الهامش

ورواه بقلمه في الفقيه ج ٤ ص ٣٢٧

من لاختياره ومعلوم انه لا يكون الا بعد الاجازة - ورابعا - ما تقدم من ان صحة عقد الفضولي بعد موت احد الطرفين اللزم عليه العقد واجازة الطرف الاخر - تكون على وفق القاعدة بناء على المختار من الكشف الانقلابي - وعلى ذلك - فالظاهر هي الصحة في جميع الفروض .

بقي الكلام في الاحتياج الى الحلف في غير الموارد المنصوصة - والتحقيق ان التعدي الى غير المنصوص ان كان لاجل القاعدة - او العلة المنصوصة لم يحتج الى الحلف - اما على الاول فواضح - واما على الثاني فلان العلة تدل على ان الخيار وعدم الخيار علتان للتوريث وعدمه غاية الامر انه ضم اليه الاجازة ايضا بالاجماع ولادليل على ضم غيرها - وان كان لاجل تنقيح المناط خاصة احتاج اليه (وقد استدل) المحقق الثاني للصحة اذا كان الزوجان بالغين بان عقد الفضولي اذا كان له مجيز في الحال فلا اشكال في صحته وان لم يكن له مجيز في الحال فهو محل اشكال وعقد الكبيرين فضولا من القسم الاول دون عقد الصغيرين فاذا ثبت الحكم في الاضعف ثبت في الاقوى بطريق اولي وهذا متجه لم يتنبه عليه احد انتهى (و فيه) اولا - ان عقد الصغيرين ايضا من القسم الاول لان لهما ولي نكاح كان الاب موجودا ام لا - اما على الاول فواضح واما على الثاني فلولاية الحاكم على القول بها - و ثانيا - ان الاشكال في الصحة في المقام ليس من ناحية صحة عقد الفضولي في نفسه وعدمه - بل من ناحية موت احد الطرفين قبل الاجازة و من هذه الجهة لافرق بين الكبيرين و الصغيرين .

وقد استدل للبطلان وعدم التعدي عن مورد النص - بوجوه (الاول) ان الحكم بالصحة على خلاف القاعدة فيقتصر على مورد - وقد ظهر الجواب عن ذلك مما ذكرناه في وجه الصحة والتعدي (الثاني) ما عن المسالك قال فيحكم ببطلان العقد اذا مات احد المعقود عليهما بعد اجازته وقبل اجازة الاخر سواء قلنا ان الاجازة جزء السبب ام كاشفة عن سبق النكاح من حين العقد - اما على الاول فظاهر لان موت احد المتعاقدين قبل تمام السبب مبطل كما لو مات احدهما قبل تمام القبول - واما على الثاني فلان

الاجازة وحدها لا تكفى فى ثبوت هذا العقد بل لابد معها من اليمين وقد حصل الموت قبل تمام السبب خرج منه ماورد فيه النص وهو العقد على الصغيرين فيبقى الباقي - (وفيه) اولا ان اليمين كما عرفت لا مدخلة لها فى الثبوت وانما هى طريق لاثبات كون الاجازة لغير الطمع فى الارث - وثانيا - انه لو سلم كونها جزءا لسبب فعالها حال الاجازة فى ان الاثر يثبت من حين العقد - وقياسها بالقبول الذى هو ركن العقد وبدونه لا يتم العقد مع الفارق لعدم دخالتها فى تحقق العقد (الثالث) ما عن جامع المقاصد - وهو ان الارث لا يثبت باليمين (وفيه) ان المثبت للارث الاجازة واليمين من طرق اثبات كون الاجازة على النحو الذى لابد وان تكون على ذلك النحو كى تؤثر فى الارث .

اذا لزم العقد على احد الطرفين فهل يلزم باحكامه

الثامنة - اذا زوج الصغيران فضولا فاجازا احدهما بعد بلوغه - او زوج البالغان فضولا فاجاز احدهما صار العقد لازما من جهته وليس له الرد بعد ذلك كما يشهد به مضافا الى كون ذلك على وفق القاعدة قوله (ع) فى صحيح الحذاء المتقدم - يجوز ذلك عليه ان هو رضى - فهل يثبت على الطرف اللازم من طرفه مالم يجزا الاخر تحرير المصاهرات فلو كان زوجا يحرم عليه نكاح ام المروثة وبناتها والخامسة - واذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره - وبعبارة اخرى اذا لزم العقد من احد الطرفين ولم يتحقق اجازة ولا رد من الطرف الاخر هل يجرى على الطرف اللازم آثار الزوجية وان لم تجر على الطرف الاخر - ام لا - قولان - فمن القواعد اختيار الاول وعن كشف اللثام فى الاشكال فيه (واستدل) له فى كشف اللثام بانه مع العقد على اخت المعقود عليها يصدق الجمع بين الاختين وهكذا فى بقية الموارد ولا يجدى التزلزل (وفيه) ان المفروض كون العقد فضوليا ولم يتحقق مضمونه فلا يلزم الجمع بين الاختين لانه حين العقد على اخت المعقود عليها لا تكون المعقودة زوجته الا على بعض وجوه الكشف وربما يستدل به بان النكاح فى حق من لزم عليه العقد ثابت غاية الامر للطرف

الآخر فسخ ذلك فيحرم عليه المحرمات بالمصاهرة - لأنه يصدق على أم من زوجت فضولا واختها مثلا أم المعقود عليها بالعقد الصحيح اللازم من طرف الزوج واختها - و بمباراة أخرى أنه صرح في الروايات بأنه نكاح صحيح وأنه نكاحه وأنه تزويج ونحو تلكم فيشملة اخبار حرمة نكاح اخت المنكوحة وأمها وبنتها وخامستها ونكاح المتزوجة ونحو تلكم - (وفيه) أولا النقص بأنه يلزم من ذلك ثبوت تحريم المصاهرة في حق غير اللازم أي الطرف الفضولي لصدق النكاح غاية الأمر له رده وفسخه ومجرد اللزوم من أحد الطرفين وعدمه من الطرف الآخر لا يصلح فارقا - وثانيا الحل وهو أن المنسب إلى الذهن من النصوص وأدلة تحريم المصاهرات - حرمتها بعد تحقق الزوجية لا بعد تحقق العقد وإن شئت قلت إن المحرم اخت الزوجة وأمها وبنتها وما شاكل لا اخت المعقود عليها وأمها وبنتها .

واستدل له الشيخ الأعظم ره - بأن من لزم عليه العقد مخاطب بوجوب الوفاء بالعقد كما يبدل عليه مضافا إلى العمومات قوله (ع) في صحيح الحذاء المتقدم يجوز ذلك عليه ومن جملة آثار هذا العقد التي يجب ترتيبها هو عدم التزويج باختها وأمها والخامسة وليس جريان أحكام المصاهرة من جهة دخول المعقود عليها في أفراد الزوجة حتى يقال أنها منصرفة إلى غيرها بل من جهة حكم أوفوا بالعقود وخصوص الفقرة المذكورة في الصحيحة بوجوب ترتيب آثار الزوجية المتحققة المنجزة على هذه المعقود عليها وإن لم تكن زوجيتها متحققة منجزة انتهى (وفيه) أن غاية ما يبدل عليه أدلة اللزوم عموما وخصوصا أنه ليس له فسخه - لآثار الزوجية - ولذا لا يجوز للزوج اللازم عليه العقد طء المعقود عليها قبل أن تجيز - وعدم التزويج باختها وأمها والخامسة من آثار الزوجية لأن آثار العقد فتدبر (فالظاهر) عدم حرمة المصاهرات - فيجوز للزوج اللازم عليه تزويج امرئ آخر دائما إن كانت هذه رابعة وتزويج اخت هذه المرأة وبنتها وأمها - وإن كان اللزوم من جانب الزوجة يجوز لها التزويج بغيره .

وعلى هذا فإذا تزوج الأم أو البنت مثلًا ثم حصلت الإجازة من الزوجة - فهل

تكشف الاجازة عن بطلان ذلك - ام تبطل الاجازة و جهان - والتحقيق ان يقال انه بناء على الكشف الحقيقي يبطل تلك العقود - وبناء على النقل او الكشف الانقلابي المختار تبطل الاجازة - و ذلك لانه على الكشف الحقيقي بالاجازة ينكشف تحقق الزوجية من الاول فالعقد على الثانية عقد على اخت الزوجة او امها او ماشاكل - وبناء على النقل الاجازة مؤثرة في تحقق الزوجية من حينها والمفروض ان اختها او امها صارت زوجة له قبل ذلك فلا تصلح الاجازة للتاثير في تحقق الزوجية لها - واما بناء على الكشف الانقلابي فالاجازة مؤثرة في حصول الزوجية السابقة من حين الاجازة - فحصول الزوجية انما يكون في الزمان المتاخر والمفروض حصول زوجية اختها او امها قبل ذلك وهو مانع عن حصول هذه - وبعبارة اخرى الاجازة منها لعقد الفضولي تزويج فلا يجوز لها لانها زوجت قبل ذلك اختها وامها - وتام الكلام في محله .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه حكم فرع آخر - وهو انه اذا رد المعقود او المعقودة فضولا للعقد ولم يجزه لا يترتب عليه شيء من احكام المصاهرة سواء اجاز الطرف الاخر و كان اصيلا ام لا - لعدم حصول الزوجية بهذا العقد غير المجاز وقد اختار المحقق التراخي حرمة ام المعقود عليها نظرا الى ان حرمة ام الزوجة ليست مشروطة بالدخول بينتها على الاصح ولا ببقاء زوجية البنت بل هي محرمة ابدا و يصدق عليها انها ام زوجتها بالعقد الصحيح - و بالفسخ وان انكشف فساد العقد من اصله - الا انه ينكشف به عدم تحقق الزوجية اللازمة من الطرفين او عدم تحقق ما يترتب عليه جميع الاثار لانه لم يتحقق نكاح وزوجية اصلا (وفيه) ان الدليل دل على حرمة ام المنكوحة او الزوجة وما شاكل لاعلى حرمة ام المعقودة ولو بالعقد غير المؤثر في تحقق مضمونه - وفي الفرض وان لزم العقد من احد الطرفين لكن لاشكال في عدم ثبوت الزوجية وهي العلاقة المتحققة بين الزوجين حتى على القول بالكشف الحقيقي - فلا وجه لحرمة ام المعقودة - وربما يستدل له بان العقد اذا صار لازما من احد الطرفين يكون فسخه الاخر رافعا له من حينه فالمرثئة مزوجة قبله فيحرم امها - وفيه مضافا الى ما تقدم ما

افاده صاحب الجواهر انه من ان احتمال كون الفسخ رافعا من حينه لا يقتضيه اصل و
لا قاعدة ولا فتوى بل يمكن تحصيل الاجماع بل الضرورة بخلافه - فالظاهر عدم
حرمتها - .

استقلال الاب والجد في الولاية

التاسعة كل من الاب والجد مستقل في الولاية فلا يلزم الاشتراك ولا الاستيذان
من الاخر بلا اشكال ولا خلاف ويقتضيه اطلاق نصوص الولاية - وبعض النصوص الخاصة
الانثى (فان) زوج كل منهما من عليه الولاية لهما بشخصين فان اختلفا زمانا - فان
علم السابق منهما فهو المقدم وان كان ابا - سواء علم كل منهما بعقد الاخرام لا - كما
هو المشهور بينهم - وفي الجواهر لم نعرف فيه خلافا بينهم بل يمكن دعوى الاجماع
عليه انتهى وعن الغنية والسرائر والتذكرة الاجماع عليه ويشهد له مضافا الى اطلاق
الدلالة فانه يقتضي صحة العقد السابق فلا يبقى مورد للملاحق - صحيح (١) هشام ومحمد بن
حكيم عن الصادق (ع) اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول فان كانا جميعا في حال
واحدة فالجد اولى - (٢) وموثق عبيد بن زرارة قال قلت لابي عبدالله (ع) الجارية
يريد ابوها ان يزوجه من رجل ويريد جددها ان يزوجه من رجل آخر فقال (ع) الجد
اولى بذلك مالم يكن مضارا ان لم يكن الاب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب
والجد .

وان علم التقارن قدم عقد الجد اجماعا كما عن السرائر والغنية والتذكرة وعن
الروضة لانعلم فيه خلافا لصحيح هشام المتقدم - واما الموثق فهو يدل على اولوية الجد
في صورة التشاح قبل العقد - ثم ان المذكور في الصحيح اولوية الجد ولذا قديتهم انه
غير صريح في التعيين - ولكن يمكن ان يقال - انه مع اقتران العقدين حيث انه لا يمكن
الحكم بصحتهما معا وهو واضح - ولا بصحة احدهما على نحو التخيير بمعنى تخيير

المعقود عليه في التعيين لعدم الدليل - ولا احدهما لاعلى التعيين لعدم تحقق غير المعين فلا بدوان يحكم بصحة احدهما المعين - او بطلانها معا - والاول يتوقف على ثبوت المرجح والالزام الترجيح بالمرجح وهو محال - فاذا حكم الشارع بوجود الترجيح في عقد الجد تعين البناء على انه الصحيح معينادون عقد الاب فتدبر.

ولو نشأحا قبل العقد قالوا يقدم اختيار الجد بل عليه الاجماع عن الانتصار والخلاف والمبسوط والتذكرة ويشهد به موثق عبيد المتقدم - وصحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه ايضا ان يزوجه فقلت فان هوى ابوها رجلا وجدها رجلا - فقال (ع) الجد اولى بنكاحها - وليس المراد باولوية الجد سقوط ولاية الاب للاتفاق على صحة عقده لوسبق و صرح به في الموثق - بل المراد بها اما وجوب تقديمه الجد او استحباب ذلك - والظاهر هو الثاني اي يستحب للاب ترك التشاح وتفويض الامر الى الجد - لعدم استفادة اكثر من الاستحباب من النصوص ولموثق (٢) البقاي عن الصادق (ع) قال قلنا فان هوى ابو الجارية هوى موى الجد هوى وهما سواء في العدل والرضا قال (ع) احب الى ان نرضى بقول الجد.

إذا عقد الاب والجد ولم يعلم السابق منهما

ولو جهل سبق والاقتران - ففيه اقوال - ١- ماعن المبسوط والتحرير وهو إيقاف النكاح حتى يتبين مع رجاء زوال الاشتباه وبدونه فهو باطل - ٢- الرجوع الى لفرقة جوزه في القواعد والتذكرة على ما حكى ولكن قال في الاول ويؤمر من لم تقع له الفرقة بالطلاق ويجدد من وقعت له النكاح - ٣ - انه يفسخ الحاكم النكاحين اختاره في محكي القواعد - ٤- انهما يجبران على الطلاق قواه المصنف في التذكرة على ما حكى - ٥- انه يصح عقد الجد اختاره السيد في العروة - ٦- ما في الجواهر وهو انه ان علم تاريخ احدهما وجهل الآخر حكم بصحة المعلوم وان جهلا معا قدم عقد

الجد - ثم احتمل الرجوع الى القرعة .

واستدل سيد العروة لما اختاره بان المستفاد من النصوص ان شرط تقديم عقد الجدة عدم سبق عقد الاب وهذا امر عديم يحرز بالاصل - واما شرط تقديم عقد الاب فهو كونه سابقا وهذا لا يمكن احرازه بالاصل (وفيه) ان المستفاد من النصوص سيما بعد ضم ما دل (١) على ان المزوجة لا تزوج - انه يعتبر في صحة عقد الجدة كون المرثة خلية غير مزوجة قبل ان يعقد عليها الجدة - او انه يعتبر في صحة عقد الاب كون المرثة غير مزوجة حتى في حال العقد - فالشرط لصحة عقد كل منهما وجودى - ولكن حيث ان لكل من الامرين الوجوديين حالة سابقة فيجرى فيه الاصل فمقتضى استصحاب كون المرثة خلية قبل عقد الجدة صحة عقده - كما ان مقتضى استصحاب بقاء ذلك في حال عقد الاب صحته ايضا فيتعارض الاستصحابان - ولا يعتبر في صحة عقد الاب امر وجودى آخر وهو كونه سابقا على عقد الجدة لعدم اعتبار هذا العنوان في صحة عقده قطعا ولذا لو عقد الاب عليها خاصة صح العقد بالكلية - ويمكن ان يقال ان الشرط لصحة عقد كل منهما امر عديم وهو عدم سبق عقد الاب بالنسبة الى عقد الجدة - وعدم سبق عقد الجدة وعدم مقارنته مع الاخر بالنسبة الى عقد الاب - و كل منهما مورد للاصل فيتعارض الاصلان - نعم - لو قلنا بان الاقتران ليس امرا وجوديا لم يجر فيه الاصل فالاصل بالنسبة الى عقد الجدة بلامعارض - كما - انه لو قلنا بعدم جريان الاصل في مجهول التاريخ لو علم تاريخ احدهما جرى فيه الاصل بلامعارض - لكن المبنين فاسدان . وبما ذكرناه يظهر ما في القول السادس الذى اختاره صاحب الجواهره .

واما القول الثالث وهو فسخ الحاكم النكاحين فقد استدلل له بالاية الكريمة (٢)

الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ، وبما دل على (٣) نفى الضرر والخرج فان بقاء الزوجة على زوجيتها ضرر عليها وخرج بعد علمها بانها محرمة على احد

١- الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

٢- البقرة آية ٢٣٠

٣- الحج آية ٧٧ البقرة آية ٢٣٢- الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة - وباب ٣٤ من ابواب اقسام الطلاق .

الرجلين ان كان العقد على الابنة وعلم الزوج بحرمة احدى المرأتين اللتين زوجتاه
ان كان العقد على الابن وكان له قبل ذلك ثلاث زوجات (ولكن) يرد على الاول ان
المراد بالتسريح على ما يظهر من صدر الاية وذيلها هو ترك الرجوع بها فى العدة حتى
ينتهى العدة - ويرد على الثانى انه اخصر من المدعى اذ قد لا يكون الصبر حرجيا ولا ضرريا
- مع ان ادلة نفي الضرر والحرج نافية للحكم لامثبته فلا تصلح لاثبات جواز الاجبار
على الطلاق او وجوبه - اضاف اليه انه ان كان العقد على الابن لا يكون الطلاق بيد الولي
ولا بيده كما لا يخفى .

واما طلاق الحاكم - فقد استدل له فى محكى القواعد وجامع المقاصد بان فيه
دفع الضرر مع السلامة من ارتكاب الاجبار فى الطلاق - ويرد عليه ان هذا المقدار
لا يكفى فى اثبات ولاية الحاكم على الطلاق والتحقيق ان يقال انه ان لم يلزم من الصبر
ضرر ولا حرج يتعين ذلك - وان لزم احدهما - فان كان العقد على الابنة فان طلقها
فلا كلام والا فلها او وليها او الحاكم القرعة فيعامل مع من اصابتها القرعة معاملة
الزوجة لانها لكل امر مشكل - ولكن هذه القرعة لا تكفى بالنسبة الى الرجل
الذى لا يكون الامر بالنسبة اليه مشكلا لتمكنه من ان يطلقها - وان كان العقد على
الابن يتعين الرجوع الى القرعة لكون الامر مشكلا بالنسبة الى الطرفين ولا يمكن
رفع الاشكال بوجه لفرض عدم وجوب الاحتياط لقاعدة الضرر والحرج - اللهم الا ان
يقال انه مع امكان الاحتياط وعدم امتناعه لا يكون الامر مشكلا وعليه فلا مورد للقرعة
والمسألة محتاجة الى تأمل زائد - فالمتمعين هو الصبر الى ان يبلغ .

عدم ثبوت الولاية للكافر

العاشرة - يعتبر فى ولاية الاب والجد - كونهما عاقلين - فلا ولاية للمجنون -
بلا خلاف ولا اشكال لان من لاسلطنة له على نفسه كيف يكون مسلطا على الغير و
بعبارة اخرى ان قوام الولاية بالنظر والرأى والمجنون قاصر عن ذلك - فهل يعتبر

كون الولي مسلماً اذا كان المولى عليه مسلماً تبعاً لامه اوجده اوبوصفه الاسلام قبل البلوغ بناء على اعتباره - ام لا - وجهان - المشهور بين الاصحاب هو الاول - بل عليه الاجماع كما عن المسالك وكشف اللثام والحقائق والجواهر - وقد استدل له - بالاية الكريمة (١) «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» اضمن المعلوم - ان الولاية سبيل على المؤمن - وبالنبوى (٢) المرسل المنجبر بعمل الاصحاب و استدلالهم به في موارد متعددة - وهو قوله (ص) الاسلام يعلم ولا يعلم عليه - بل الصدوق حيث نسب ذلك الى المعصوم جزماً فيكون حجة في نفسه - ولكن يرد على الاستدلال بالاية ان الظاهر من الجعل فيها بقرينة ما قبلها وهو قوله تعالى «فالله يحكم بينكم يوم القيامة» هو الجعل في الآخرة - مع انه فسرت الآية في بعض الاخبار بنفى الحجة للكفار على المؤمنين اضاف اليه ان جواز نكاح الابن - اذا كان ذاملاً لصلحة اولم يكن فيه مفسدة لا يصدق عليه السبيل - واما النبوى فيرد على الاستدلال به ان ولاية الاب الكافر على ابنه المسلم ليس لازماً كون الاسلام غير عال - فان الظاهر من العلوه هو الظهور فهو نظير قوله تعالى (٣) «ليظهره على الدين كله» - فالعمدة هو الاجماع و نسأل الاصحاب عليه .

ولو كان الابن كافراً فهل لابه الكافر الولاية عليه ام لا - نسب الاول الى المصنف ره في القواعد - وظاهر الشرايع والتحرير اختيار الثاني - والاول اظهر لعموم ادلة الولاية - وما ذكر في وجه عدم ولاية الاب الكافر على الولد المسلم لا يجري في المقام واما ما ذكره صاحب الجواهر ره في وجه ثبوت الولاية - وهو قوله تعالى (٤) «والذين كفروا بعضهم اولياء بعض» فهو غير مربوط بالمقام - كما يظهر من دلالة على ثبوت الولاية من الطرفين وشموله للكبير ايضاً - واضعف من ذلك استدلال الشيخ ره على ما

١- سورة النساء آية ١٤٢

٢- الوسائل - باب ١ - من ابواب موانع الارث حديث ١٢

٣- سورة التوبة آية ٣٤

٤- سورة الانفال آية ٧٣

عن المبسوط بهذه الآية - لانه اذا كان للكافر وليان مسلم وكافر تختص الولاية بالكافر اذ مع قطع النظر عن عدم ارتباط الآية بالمقام - الاستدلال بها متوقف على القول بمفهوم الوصف واللقب كما هو واضح .

تزويج المولى عليه من المعيب

ثم ان في المقام فروعا مناسبة - الاول - في جواز تزويج الولي المولى عليه ممن به عيب من احد العيوب المجوزة للفسخ اقوال - بطلان النكاح - صحته بلا خيار - صحته معه - والتحقيق ان يقال - انه في التزويج ممن به عيب في نفسه المفسدة والضرر ولو الغضاضة العرفية والاستنكار - وحيث ان وجود المفسدة والضرر يمنع عن صحة تصرف الولي فيكون العقد باطلا - ولكن اذا كان هناك مصلحة ارجح من تلك المفسدة والضرر جاز - فاذا عقد فان لم يكن عالما بالعيب كان له الخيار - لثبوته بمقتضى عموم ادلته للمولى عليه فقبل البلوغ ينوب عنه فيه الولي وبعد البلوغ يقوم به بنفسه او بوكيله - اللهم الا ان يقال انه لم يدل دليل على ثبوت ولايته في الفسخ - وعليه فينحصر ثبوت الخيار له بعد الكمال - وان كان عالما به فلا يظهر كما في الجواهر تبعاً للمسالك ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه لاطلاق ادلة تلك العيوب الدالة على ثبوت الخيار مع عدم علم الزوج او الزوجة - وحيث ان المولى عليه قاصر لا يتمكن من الفسخ بنفسه فعلمه كالجهل - واما علم الولي فلا يوجب سقوط الخيار - فهل للولي الفسخ ام لا فيه و جهان سابقان وقد مر ان الاظهر انه ليس له كما افاده الشهيد الثاني - وبما ذكرناه ظهر حكم ما لو تزوجه ممن به عيب غير العيوب المجوزة للفسخ - و انه مع عدم المصلحة الراجعة يكون العقد باطلا - ومعها يصح بلا خيار .

تزويج المولى عليه من غير الكفو - اوبدون مهر المثل

الثاني لزوجها الولي من غير الكفو فان كان عدم الكفاية من قبيل الاعسار الموجب للخيار - كان حكمه حكم من زوجها الولي ممن به عيب - وان كان مما يمنع عن التزويج بطل العقد وهو واضح .

الثالث - في تزويج المولى عليها بدون مهر المثل - اقول - ١ - بطلان العقد - ٢ - صحته مع ثبوت خيار الفسخ لها - ٣ - صحة العقد و بطلان المهر نقله في محكي المبسوط قولا - ٤ - صحة العقد والمهر مع ثبوت الخيار فيه لافي العقد نسب الى المصنف ره في القواعد والمحقق في الشرايع - ٥ - صحة العقد والمهر مع اللزوم في المسمى لوراعى المصلحة و مع الخيار فيه لولم يراعها ذهب اليه في الروضة على ما حكى واستوجهه في محكي المفاتيح وشرحه - ٦ - صحة العقد والمهر و لزومهما اختاره المحقق النراقي ره - ٧ - صحة العقد والمهر و لزومهما غاية الامر للمزوجة التسلط على مطالبة الزوج بما يزيد على المسمى بحيث يكون المجموع بقدر مهر المثل - ويظهر الثمرة بين هذا القول وبين القول الرابع فيما اذا كان الصداق المسمى عينيا فانه على القول الرابع بالفسخ ترجع هي الى الزوج وتشغل ذمته بمهر المثل - وعلى هذا القول تكون باقية في ملك الزوجة ولها مطالبة الزايد .

وجه الاول انه عقد جرى على خلاف المصلحة فيبطل للزوم رعايتها - مع - ان اطلاق ادلة الولاية منصرف الى التزويج بمهر المثل فالتزويج بدونه غير مشمول لادلتها (ولكن) يرد الاول انه لايجب مراعاة المصلحة في عقد الاب والجد - مع ان عدم رعاية المصلحة غير كونه خلاف المصلحة - وان شئت قلت ان التزويج بدون مهر المثل اذا كان واجد المقدار من المصلحة ومعه واجد المقدار ازيد لادليل على لزوم رعاية الازيد - ويرد الثاني منع الانصراف سيما وان ولاية الاب والجد ولاية سلطنة وقهر لا ولاية غبطة وحسبة كولاية الحاكم .

ووجه الثاني ان المهر الذى جرى عليه العقد فاسد لعدم رضاها به فلها خيار فسخ العقد (وفيه) اولا - منع فساد المهر لعدم اعتبار رضاها - وقد صرح فى النصوص المتقدمة فى ادلة الولاية بان عقد الولي نافذ عليها وان كانت كارهة - وثانيا - ان فساد المهر لا يوجب ثبوت الخيار فى العقد بل هو موجب للانتقال الى مهر المثل . وبما ذكرناه ظهر وجه القول الثالث والجواب عنه .

ووجه الرابع ان المهر عوض لها فى بعضها فالتقص فيه ضرر منفي فى الشرع فينجبر بتخييرها فى فسخ المسمى والرجوع الى مهر المثل (وفيه) ان للاب والجد التصرف فى مالها كلما كان لها فيه مصلحة فاذا جاز اسقاط مالها عن ذمة الغير لمصلحتها جاز تقليل مهرها بطريق اولي .

وبهذا الذى ذكرناه مع جوابه يظهر وجه القول الخامس - ولكن يمكن ان يقال ان تصرفات الولي فى مالها نافذة وان لم يكن فيها مصلحة كما يشهد به اطلاق ادلة الولاية - ولذلك بنينا على عدم اعتبار وجود المصلحة فى تصرفه - ويؤيده بل يدل عليه عمومات (١) لزوم المهر المسمى كاملا او نصفا المذكورة فى ابواب ما يوجب المهر وما اذا ماتت المرءة او طلقت قبل الدخول المعتضدة كلها - بقوله تعالى (٢) «او يعفو الذى بيده عقدة النكاح» فاذا ساغ له العفو فنقصه ابتداء اولي .

ووجه السابع ان الجمع بين ادلة لزوم تزويج الولي - وبين دليل نفى (٣) الضرر يقتضى ذلك فان فى صبر المزوجة على اقل من مهر المثل بازاء بعضها ضررا فى كثير من المواضع كما اذا زوجها بعشر مهر المثل فان الصبر على ذلك مشقة عظيمة سيما على ما نشاهد من ان فى تقليل المهر عند النساء غضاة وعارا لا يتحملنه وحيث ان الضرر والخرج منفيان فى الشريعة وجب تداركه بثبوت الاعتراض للمرءة (فان قيل) ان التزويج بدون مهر المثل انشأ بائناش واحد فاما ان يكون هذا لازما فلا اعتراض

١-الوسائل باب ٥٤-٥٥ وغيرهما من ابواب المهور

٢-سورة البقرة آية ٢٣٨

٣-الوسائل باب ١٢ من ابواب احياء الموات

على المهر او يكون غير لازم فيثبت الخيار في التزويج - فلا وجه للزوم العقد والخيار في المهر (قلنا) ان الضرورات تنقدر بقدرها فاذا رأينا ان الشارع الاقدس فكك بين التزويج والمهر المسمى في موارد - فالمتيقن من ما يقتضيه ادلة الضرر والحرَج هو الخيار في المهر خاصة ولا موجب لرفع اليد عن دليل لزوم العقد (فان قيل) انه يلزم من ذلك انه لو عقد على كبيرة فضولا بمهر معين ان يكون لها ان يجيز العقد دون المهر فيرجع في المهر الى مهر المثل (قلنا) فرق بين اجازة الفضولي وحكم الشارع وفي الاجازة بما ان المنشأ واحد لا يجوز ذلك بخلاف حكم الشارع - ونظير ذلك انه لا اشكال في انه اذا بيع شيء مركب فضولا بثمن ليس للمجيز ان يجيز نصفه بنصف الثمن مع انه اذا بيع الكل ثم ظهر كون النصف مستحقا للغير كان العقد بالنسبة الى النصف لازما (ولكن) يرد على ذلك ان هذا الضرر حيث اقدم عليه من يده العقد و تعيين المهر لا يوجب ثبوت الخيار - فالأظهر هو لزوم العقد والمهر وهو القول السادس

لو عقد الاخوان على امرأة

الحادية عشر - لو زوج الاخوان اختهما من رجلين - فان لم يكونا وكيلين - فالعقدان فضوليان اختارت ايهما شئت سواء تقارنا او اختلفا والاولى لها اجازة عقد الاخ الأكبر لخبر (١) وليدبياع الاسقاط قال سئل ابو عبد الله (ع) وانا عنده عن جارية كان له اخوان زوجها الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بارض اخرى قال (ع) الاول بها اولى الا ان يكون الآخر قد دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز وما في الخبر من الاستثناء يكون على القاعدة فان الاولوية انما تكون مع عدم اجازتها للعقد الآخر ومن المعلوم ان الرضا بالدخول والتمكين منه من اقوى الاجازات الفعلية .

وان كانا وكيلين فهل هما كالوكيلين الاجنبيين - او الوليين (وقد مر حكمهما)

ام يقدم عقد الاكبر مطلقا اقترنا زمانا ام اختلفا الامع دخول من عقد عليه الاصغر لامع سبق عقد الاكبر فيقدم عقد الاصغر كما عن النهاية والقاضي - ام يقدم عقد الاكبر مع التقارن مطلقا كما عن ابي حمزة - ام يقدم عقد الاكبر مع التقارن الامع دخول من عقد عليه الاصغر كما عن التهذيبين والمختلف وابن سعيد - وجوه (مدرك) الاقوال غير الاول - خبر وليد المتقدم - ومبنى الاستدلال به كون الاخوين فيه وكيلين مع انه غير ظاهر في ذلك بل الظاهر منه بقرينة عدم التعرض للوكالة هو الفضولية - ومفاده ح منطبق على القواعد - فالأظهر كونهما كالأجنبيين - .

اسباب التحريم

(الفصل الثالث في المحرمات وهي قسمان نسب وسبب) وجميع اسباب التحريم احد وعشرون - النسب - والرضاع - والمصاهرة - والنظر - واللمس - والزنا بغيرها - والايقاب - والاقضاء - والكفر - وعدم الكفاية - والرق - وتبعيض السبب - واستيفاء العدد - والاحصان - و اللعان - وقذف الصماء و الخرساء - والطلاق - والاعتداد - والاحرام - والتعظيم كزوجات النبي (ص).

و كيف كان (ف) يحرم (النسب) سبعة اصناف من النساء - المذكورات في الآية الكريمة (١) حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ - وبنات الاخت - الاولى (الام وان علت) وهي كل امرئ تقول ذلك - او انتهى نسبك اليها من العلو بالولادة لاب كانت اولام (و) الثانية (البنات وان سفلت) وهي كل انثى ينتهي نسبها اليك بالتولد بواسطة او غيرها (و) الثالثة (الاخت) وهي الانثى التي ولدها واباك شخص واحد من غير واسطة - ولا يدخل في اسمها غيرها - ولذا لم يكن فيها علو ولا سفل (و) الرابعة (بناتها) اي بنات الاخت (وان نزلن) وهي كل امرأة ولدها اختك بواسطة او غيرها (و) الخامسة (العمة) وان ارتفعت وهي كل انثى هي اخت ذكر ولدت له

بواسطة اوغيرها من جهة الاب او الام او منهما - اوكل انثى ولدها واحداً بآئك شخص من غير واسطة - فالمراد بالمرتفع فيها عمة الاب والام وعمة الجد والجدة وهكذا - لاعمة العمة فانها قد لا تكون محرمة كما لو كانت العمة القريبة عمة للام خاصة اى اخت ابيه من امه - فان عمتها ح تكون اخت زوج جدته ام ابيه واخت زوج الام لا تحرم فاخت زوج الجدة اولى (و) السادسة (الخالة وان علتنا) و الضمير ترجع اليها و الى العمة والمراد بهامن تشمل الخالات العاليات اى خالة الاب والام والجد والجدة وهكذا فضايط الخالة كل انثى هى اخت انثى ولدتك بواسطة اوغيرها اوكل انثى ولدها واحد اى امهاتك شخص من غير واسطة - فالخالة العليا هى اخت الجدة وان علت - لاخالة الخالة فانها قد لا تحرم كما لو كانت الخالة القريبة خالة لاب خاصة اى اخت امه من ابيها فان خالتها تكون اخت امرأة الجد واخت امرأة الاب لا تحرم فاخت امرأة الجد اولى - (و) السابعة (بنات الاخ وان نزلن) سواء كان الاخ لاب او لام اولهما - وسواء كانت بنته لصلبه او بنت بنته او بنت ابنه وبناتهن وان سفلن و ضابطها - كل امرأة ولدها اخوه بواسطة اوغيرها .

وتحريم هؤلاء مجمع عليه بين الامة بل عليه الضرورة الدينية و مصرح به فى الجملة فى الكتاب والسنة - فلا يهمننا النزاع فى انه هل تشمل الاية الكريمة جميعهن نظر الى صدق الاسماء حقيقة على العاليات والسافلات - وانها وان كانت حقيقة فيما لو لم يكن واسطة - ولكن اتفق المفسرون مناعلى ارادة هؤلاء منها - وان المقصود منها تفصيل المحرمات كما يقتضيه المقام ويدل عليه قوله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم » و لا ريب ان الحمل على العموم انسب بالفرض المذكور لانه لا يحصر المحرمات النسبية فى السبع على ذلك التقدير بخلاف ما لو اريد منها الثانى فانه يخرج عنها ح كثير ممن تحرم بالنسب - وان المعنى الحقيقى للام على هذا التقدير ليس فيه تعدد يصح معه استعمال صيغة الجمع فيجب حمله على ما يطلق عليه اللفظ ولو مجازا تحقيقا لمقتضى الحجية و ارادة هذا المعنى من لفظ الام تقتضى ارادته من غيره لان الظاهر كون الجمعية

في الجميع على نسق واحد كما افاده صاحب الجواهر ره - ام الاية الشريفة مختصة بمن لا واسطة فيه واستفادة تحريم غير هانما تكون من السنة والاجماع كما ذهب اليه سيد الرياض وان كان الاول اظهر.

وكيف كان فيستفاد من الاية مضافا الى ذلك ان مثلن من الرجال يحرم على النساء - فيحرم الاب وان علا على البنت - والولد وان سفل على الام - والاخ وابنه - وابن الاخت على الاخت والعمة والخالة - والعم وان علا - وكك الخال على بنت الاخ وبنت الاخت - والضابط من لو كان امرئة وهي رجل كان محرما مع بقاء النسب بعينه - والوجه في ذلك امران - احدهما - ان التحريم من احدا الطرفين هنا يستلزم التحريم من الطرف الآخر - ثانيهما - ان المراد من تحريم النساء المذكورات في الاية امان تحريم تزويجهن او تحريم وطئهن وعلى التقديرين تدل على فساد العقد - كما حقق في محله وفساد العقد يستدعي التحريم من الطرفين .

ثم ان المصنف ره ذكر عبارة مختصرة جامعة لجميع من يحرم بالنسب من الطرفين - وهي - انه يحرم على الانسان اصوله وفصوله - وفصول اول اصوله - واول فصل من كل اصل بعد اول الاصول - ويدخل في الاول الاباء والامهات - وفي الثاني البنون والبنات - وفي الثالث الاخوة والاخوات واولادهم سافلون وسافلات - وفي الرابع الاعمام والعمات والاخوال والخالات دون اولادهم من بنين او بنات . واخصر منها - قولهم يحرم على الانسان كل قريب عدا اولاد العمومة والخؤولة .

في بيان ما يثبت به النسب

فرعان - الاول - لاختلاف ولا اشكال في ان النسب يثبت مع النكاح الصحيح في نفس الامر - والمراد به هنا على ما ذكره غير واحد الوطاء المستحق في نفس الامر باصل الشرع كان سبب الاستحقاق النكاح - او التحليل - او الملك - وان عرضه الحرمة بحيض او صيام او احرام او نحوها مالم يخرج عن اصل الحلية - فيدخل فيه ح وطء الجاهل

بالاستحقاق كمن وطء حليته باعتقاد انها اجنبية لعدم علمه بالسبب كما لو زوجه الولي
او الوكيل .

كما - لاختلاف ولا كلام في ثبوت النسب مع الشبهة وفي الجواهر اجماعا بقسميه
والنصوص تدل عليه - والمراد بوطء الشبهة الوطء الذي ليس بمستحق في نفس الامر مع
عدم علم فاعله بالتحريم فيدخل فيه ما لو اعتقد الاستحقاق - او كان جائزا عليه بحسب ظاهر
الشرع كما لو زوج امرأة تدعى انها خلية عن الزوج مع عدم حصول العلم من قولها ثم
تبين انها مزوجة - او صدر ممن هو غير مكلف كالنائم والمجنون والسكران بسبب
محلل ونحوهم .

ولا إشكال في انه لا يثبت بالزنا - وفي الجواهر اجماعا بقسميه بل يمكن دعوى
ضروريته فضلا عن دعوى معلوميته من النصوص او تواترها فيه انتهى (وعن الصدوق و
ابي علي وابي الصلاح - الحاق ولد الزنا بامه - واستدل له بخبر (١) اسحاق بن عمار
عن جعفر عن ابيه (ع) ان عليا (ع) كان يقول ولد الزنا وابن الملاعنة ترثه امه و
اخواله واخواته لامه أو عصبتها - وبما (٢) عن يونس انه قال ميراث ولد الزنا لقرابته
من قبل امه على ميراث ابن الملاعنة (وفيه) او لا ان خبر اسحاق ضعيف السند لان
في طريقه غياث بن كلوب وغيره - وما عن يونس موقوف لم يسنده الى احد من الائمة (ع)
وثانيا - انه يعارضهما نصوص كثيرة لاحظ - صحيح (٣) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله (ع)
في حديث في ولد الزنا قال - قلت فانه مات وله مال من يرثه قال (ع) الامام - وخبر (٤)
محمد بن الحسن الاشعري كتب بعض اصحابنا الى ابي جعفر الثاني (ع) معي يسأله
عن رجل فجر بامرأة ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد هو شبه خلق الله به
فكتب (ع) بخط وخاتمته الولد لفيه لا يورث فان اطلاقهما كعموم التعليل في الاخير
يشمل الام - و صحيح (٥) الحلبي عن الصادق (ع) ايما رجل وقع على وليدة قوم

١-٢-٣-٤-٥-الوسائل - باب ٨- من ابواب ميراث ولد الملاعنة وما اشبهه حديث ٩-٦-

حراما ثم اشتراها وادعى ولدها فانه لا يورث منه شيء فان رسول الله (ص) قال - الولد للفراش وللعاهر الحجر - ولا يورث ولد الزنا الا رجل يدعى ابن وليدته ونحوها غيرها اللهم الا ان يقال انهما اخص منها - فيرد عليهما احراض الاصحاب - مضافا الى موافقتهما للعامة فليحتملا على التقية او على كون الام زانية فانها واقاربها يرثونه ح لثبوت النسب الشرعى بينهم فيكون كولد الملاعنة .

انما الكلام فيما اذا كان مبدأ انخلاق الولد وتكونه غير الثلاثة المتقدمة - كما لو جامع الرجل زوجته وساحقت هي جارية فحبلت الجارية من ماء الرجل المنتقل اليها - او كان الحمل بواسطة تلقيح ماء غير الزوج بالمرثة - وماشابه ذلك فلا يظهر هو ثبوت النسب بذلك و لحوق الولد بابويه - اما لحوقه بامه فلتكونه في رحمها ويسمى ولد الغة و عرفا ولم يدل دليل شرعى على خلافه - لاختصاص ما دل على نفى الولد بالزنا بل مقتضى عموم الاية (١) الكريمة «ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم» حيث جعل المولدة مطلقا اما كون المتولد ابنا او بنتا شرعا على حسب القانون اللغوى - واما لحوقه بصاحب الماء فلا نخلافه من مائه ويسمى ولدا واصل عدم النقل - وقوله (ص) للعاهر الحجر - مختص بالزاني - وقوله (ص) الولد للفراش - جعل لقاعدة في ظرف الشك ولا مفهوم له كى يدل على انتفاء النسب بانتفاء الفراش - ويمكن ان يستشهد به بما ورد في المسابقة - كصحيح (٢) محمد بن مسلم قال سمعت ابا جعفر واباعبد الله عليهما السلام يقولان بينا الحسن بن على عليهما السلام فى مجلس على امير المؤمنين (ع) اذا قبل قوم فقالوا يا ابا محمد اردنا امير المؤمنين (ع) قال وما حاجتكم قالوا اردنا ان نأله عن مسألة قال وماهى تخبرو نابها - قالوا امرئة جامعها زوجها فلما قام عنها قامت بحموتها فوقعت على جارية بكر فساحقتها فوقعت النطفة فيها فحملت فما تقول فى هذا فقال الحسن (ع) معضلة و ابو الحسن لها واقول فان اصب فعن الله ومن امير المؤمنين وان اخطأت فمن نفسى فارجوان لا اخطى انشاء الله - يعمد الى المرثة

١- سورة المجادلة آية ٣

٢- الوسائل باب ٣ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ١-

فيؤخذ منها مهر الجارية البكر في اول وهلة لان الولد لا يخرج منها حتى تشق فتذهب عندها ثم ترجم المرأة لانها محصنة وينتظر بالجارية حتى تضع ما في بطنها ويرد الولد الى ابيه صاحب النطفة ثم تجلد الجارية الحد قال فاصرف القوم من عند الحسن (ع) فلقوا امير المؤمنين (ع) فقال ما قلتم لابي محمد وما قال لكم فاخبروه فقال لوانى المسئول ما كان عندى فيها اكثر مما قال ابنى - وقريب منه اخبار (١) اسحاق بن عمار وعمر بن عثمان والمعلى بن خنيس عن الصادق (ع) - واورد على الاستدلال بها للحقوق الولد بصاحب الماء بوجهين (احدهما) ان الولد غير مولود على فراش الرجل فكيف يلتحق به (وفيه) ما تقدم من انها قاعدة ظاهرية مضروبة لحال الشك ولا تدل على نفى الولد بائتفاع الفرائض - مع - انه لو كان لدليلها مفهوم وكان دال على ائتفائه بائتفائه كانت هذه الاخبار اخص منه في قيد اطلاقه بها (ثانيهما) ان اصحابنا لا يرجعون المساحقة - ولا يرون مهر البغى وهذه الاخبار بما انها متضمنة لرجم المساحقة والزام المهر على الفاعلة مع انها لم تذكره المفعولة ولذا تجلد - لا تكون معمولا بها (وفيه) اولا ان المساحقة اذا كانت محصنة ترجم عند الشيخ والقاضى وابن حمزة ومال اليه فى المسالك - واما المهر فالوجه فيه كونه سببا فى زهاب العذرة وديتها مهر نساها - وليست هى كالزانية فى سقوط دية العذرة - لان الزانية اذنت فى الاقتراض بخلاف هذه - وثانيا عدم العمل ببعض الخبر جمعا بينه وبين اخبار اخر لا يوجب عدم العمل ببعضه الاخر الذى لامعارض له (فالمتحصل) مما ذكرناه ثبوت النسب بغير الزنا - وعدم ثبوته به - .

النسب الحاصل من الزنا من اسباب التحريم

الثانى - ان ما ذكرناه تبعا للاصحاب والدليل من عدم ثبوت النسب بالزنا انما هو فى غير تحريم النكاح اى نكاح النسبىات السبع - واما بالنسبة اليه فالظاهر ثبوته بمعنى حرمة نكاحهن ولو كان الوطاء الموجب لتحقيقها حراما وزنا - فيحرم على

الزاني لو كان بنتا وعلى الزانية لو كان ولدا - وعن المسالك انه يظهر من جماعة من علمائنا منهم العلامة في التذكرة وولده في الشرح وغيرهما ان التحريم اجماعي - وفي الجواهر بل الظاهر اتفاق المسلمين كافة على تحريم الولد على امه - وفي المستند اجماعا محكما حكاها الشيخ في الخلاف والفاضل في التذكرة والمحقق الثاني في شرح القواعد والهندي فيه ايضا .

وقد استدلل له بوجوه - ١ - ان التحريم ذاتي لامدخلية النسب الشرعي فيه والعقل مستقل به - وفي الخبر (١) الوارد في بدو النسل من ذرية آدم عن الامام الصادق (ع) التصريح بذلك - وبالملازمة بين حكم العقل والشرع يستكشف الحرمة الشرعية - ٢ - ان الانسان لا ينكح بعضه بعضا كما في بعض (٢) النصوص النافية لخلق حواء من آدم - ٣ - ان مدار تحريم النسببات السبع على اللغة و يصدق النسبة عرفا و لغة والاصل عدم النقل - ٤ - ان ولد الزنا كافر ولا يحل على المسلم نكاح الكافر لاشرط الكفائة كما سيجيء - ٥ - ان الاصل في هذا الباب هو الاحتياط فالثبوت في الجواز مع عدم دليل عليه يكفي في الحكم بالحرمة - ٦ - قيام الاجماع عليه .

ولكن لو كان دليل يدل على نفي النسب لكان اكثر هذه الادلة وهي الثلاثة الاولى باطلة اذا المنفى شرعا كالمنفى عقلا وما يبقی واضح الدفع - اذا لجماع لا يستند اليه مع معلومية مدرك المجمعين - وولد الزنا لا يكون كافرا - واصالة الاحتياط لا يرجع اليها في مقابل العمومات (الا انه) حيث لا اطلاق لدليل نفي السبب بحيث يشمل جميع الاحكام فالرجوع الى عموم ما دل على تحريم النسببات السبع هو المتعين .

ومع ذلك فقد استشكل في الحكم جمع من المتأخرين منهم الشهيد الثاني في محكي المسالك - وسيدالرياض وغيرهما وذكر وافى وجه الاشكال (انه) لا يكتفى بصدق النسبة بمجرد ما في الشريعة - وقال الحلبي ان عرف الشرع طار على اللغة (وباستلزامها) ثبوت الاحكام الباقية كحل النظر والانتفاء بملك الفرع او الاصل و تحريم الحليلة و غير تلکم من توابع النسب (وبانتفاء) النسب معه شرعا ولكن (يرد) الاول انه لو كان

للنسب - او الفاظ النسبة من الاب والام وغيرهما حقيقة شرعية ثم ما فيد وللزم الاقتصار على النسب الحاصل من الوطاء الصحيح ويلزمه عدم ثبوت تحريم النكاح ايضا ولكنها غير ثابتة بل ثابتة العدم و عليه فهي كسائر العناوين محمولة على ماهو المتفاهم منها عرفا (ويسرد) على الثاني ان عدم ثبوت بقية الاحكام انما هو لادلة خاصة (ويرد) الثالث ما تقدم من عدم الدليل على انتفاء النسب بقول مطلق وعلى ذلك فلا وجه للتوقف في التحريم (وفي الجواهر) بل قد يتوقف في جواز النظر بالنسبة الى من حرم نكاحه فيما عرفت لكن الانصاف عدم خلو الحل من قوة بدعوى ظهور التلازم بين الحكمين هنا خصوصا بعد اتحادهما في المناط انتهى - فتأمل - هذا كله في النسب .

في المحرمات بالمصاهرة

(واما السبب فامور - الاول ما يحرم بالمصاهرة) وقد اختلفت كلمات القوم في حقيقة المصاهرة فعن الاكثر تعريفها بانها علاقة تحدث بين كل من الزوجين واقرباء الاخر توجب حرمة النكاح - وهو المعروف من معناها لغة وعرفا - قال المحقق في الشرايع وهي تتحقق مع الوطاء الصحيح ويشكل مع الزنا والوطاء بالشبهة و النظر و اللبس - وقال الشهيد الثاني في المسالك بعد تقييد حصول العلاقة بالنكاح ويلحق بالنكاح النظر والوطاء واللمس على وجه مخصوص هذا هو المعروف من معناها لغة و عرفا - و المصنف ره تحت عنوان ما يحرم بالمصاهرة ذكر ما يحرم بالزنا و ظاهر ذلك اختياره ما في المسالك - وكيف كان فالامر سهل لعدم كون هذا العنوان بنفسه موضوعا للحكم فلامورد لاطالة الكلام في بيان مفهومها (ف) الاولى البحث في الموارد التي دلت الادلة من الكتاب السنة و الاجماع على ثبوت الحرمة فيها كانت تلكم داخله تحت مفهوم المصاهرة ام خارجه عنه - وتنقيح القول بالبحث في مسائل .

حرمة ام الموطوءة بالوطء الصحيح وبناتها

مسألة (من وطء امرأة بالعقد والملك حرمت عليه امها وان علت) لابن اؤلام
 بلاخلاف فيه بين المسلمين بل هو اجماع منهم - ويشهده مضافا الى ذلك قوله تعالى (١)
 وحرمت عليكم امهاتكم الى قوله عز وجل وامهات نسائكم « ونصوص كثيرة (٢) ستمر
 عليك في طي المباحث الانية (ثم انه) قال الفاضل النراقي في المستند صرح الاكثريان
 بالحكم ثابت لام الام وجدانها من الطرفين والظاهر ان المستند فيه الاجماع المركب
 والافائبات المطلب من غير جهة الاجماع مشكل انتهى - ويرد عليه ما تقدم في مبحث
 ما يحرم بالنسب - ان الام تصدق على كل من ولدته كان ذلك مع الواسطة او بلا واسطة.
 (و) كذا يحرم عليه (بناتها وان نزلت تحريما مؤبدا سواء سبقن على الوطء
 او تاخرن عنه) بلاخلاف بل اجماعا محكما ومحققا - للاية الشريفة (٣) «وربائبكم
 اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم»
 ونصوص كثيرة لاحظ صحيح (٤) البزطلى عن ابي الحسن (ع) عن الرجل يتزوج المرأة متعة
 ايحل له ان يتزوج ابنتها قال (ع) لا وصحيح (٥) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن رجل كانت
 له جارية فاعتقت فزوجت فولدت ابنة - يصلح لمولاها الاول ان يتزوج ابنتها قال (ع)
 هي عليه حرام وهي ابنته والحرمة والمملوكة في هذا سواء ونحوهما غيرهما (ثم انه)
 صرح في كثير من الكتب بحرمة البنت وان نزلت - وفي بعضها التصريح بعدم الفرق
 بين بنت الابن وبنت البنت وافاد المحقق النراقي ان حكم بنت البنت وبنت الابن فنانزلا
 حكم البنت بالاجماع وان لم يستنبط من الاخبار - ولكن يرد عليه عموم البنت
 والابنته الموجودتين في الاخبار للبنت بواسطة - نعم - استفادة ذلك من الآية الكريمة

١- سورة البقرة آية ٢٣

٢- الوسائل باب ٢٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها

٣- سورة النساء آية ٢٤

٤- الوسائل باب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١-٢-

مشكلة - لعدم ثبوت شمول الريبة لها (فما) عن المصنف، ره في التذكرة من الاستدلال له بعموم الآية غير تام .

ولافرق بين كون البنت في حجره ام لا بالاخلاف فيه وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه وعن التذكرة والمسالك دعوى اجماع علماء الاسلام الامن شذمنهم عليه و يشهد به خبر (١) اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه ان عليا (ع) كان يقول الربائب عليكم حرام من الامهات اللاتي قد دخل بهن هن في الحجور وغير الحجور سواء والامهات مبهمات ونحوه خبر (٢) غياث - ومرسل (٣) الفقيه - وما في خبر (٤) محمد بن عبدالله بن جعفر عن صاحب الزمان (ع) من عدم الحرمة اذا لم تكن ريبت في الحجر - لضعف سنده واضطراب متنه وعدم عمل الاصحاب به ومعارضته بما تقدم لا بد من رد علمه الى اهله .

(و) كذا (تحريم الموطوءة بالملك او العقد على اب الواطى وان علا وعلى اولاده وان نزلوا) نصا واجماعا من المسلمين فضلا عن المؤمنين كذا في الجواهر - تلاية الكريمة (٥) «ولاتنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء» وقوله تعالى (٦) «وحلائل ابناءكم الذين من اصلا بكم» وللكتير من النصوص الاتى طرف منها - .

التزويج بالمرأة التي زنى بامها او بنتها

هذا كله في الوطء بالعقد والملك - واما الوطء المحرم اى الزنا - فان كان طارئا على التزويج لا يوجب الحرمة اجماعا اذا كان بعد الوطء وعلى المشهور شهرة عظيمة اذا كان قبله - يشهد لعدم كونه موجبا للحرمة مطلقا - نصوص - كحسن (٧) زرارة عن ابي جعفر (ع) انه قال في رجل زنا بام امرئته او بنتها او باختها - فقال (ع) لا يحرم

١-٢-٣-٤-الوسائل- باب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣-٤-٥-٦-٧

٥- سورة النساء آية ٢٣

٦- سورة النساء آية ٢٣

٧- الوسائل - باب ٨ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٣

ذلك امرئته ثم قال ما حرم حرام حلالا قط و صحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) انه سئل عن الرجل يفجر بامرئة يتزوج بابنتها قال (ع) لا - ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها او اختها لم يحرم عليه امرأته ان الحرام لا يفسد الحلال و نحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة .

وعن الاسكافي ان كان ذلك قبل الوطء اوجب الحرمة - ونسب ذلك الى ظاهر الاستبصار ومال اليه صاحب الحقائق واستدل له بموثق (٢) عمار عن الصادق (ع) في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل ان يطأها الجد او الرجل يزني بالمرئة هل يجوز لايه ان يتزوجها قال (ع) لا انما ذلك اذا تزوجها فوطأها ثم زنا بها ابنه لم يضره لان الحرام لا يفسد الحلال وكذلك الجارية وخبر (٣) ابي الصباح الكناني عنه (ع) اذا فجر الرجل بالمرئة لم تحل له ابنتها ابدا وان كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه وان هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بامها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح ابنتها اذا هو دخل بها وهو قوله لا يفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا - وهما من اقسام الموثق ودلالتهما ظاهرة فلا مجال للمناقشة فيهما - ولكن لاعراض الاصحاب عنهما لا يعتمد عليهما .

واما اذا كان الزنا سابقا على التزويج ففيه قولان (احدهما) انه يوجب الحرمة وهو المحكى عن النهاية والخلاف والقاضي وبنى البراج وحمزة وزهرة وسعيد والمصنف في التذكرة والمختلف وولده في الايضاح والشهيد في اللمعة وظاهر النكت والسيورى في الكنز والتنقيح وابن فهد والصيمرى والمحقق فى كنز الفوائد والشهيد الثانى فى الروضة والمسالك والسيد فى شرح النافع والفاضل الهندى والعلامة الطباطبائى والمقدس البغدادى ونسبه فى محكى المختلف الى اكثر اصحابنا وفى التذكرة الينا الظاهر فى الاجماع (الثانى) انه لا يوجب الحرمة وهو المنسوب الى الفقيه والمقنع والمقنعة والمسائل الناصرية والمراسم والسرائر والنافع والارشاد وكشف الرموز

١-٣- الوسائل - باب ٨- من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٨-١

٢- الوسائل باب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣

في الرياض ظاهر التذكرة كون القول به مشهورا بين الاصحاب وعن طبريات المرفضى
ره الاجماع عليه .

واما النصوص فمن حيث الدلالة على الحرمة والجواز طائفتان - ومن حيث
تطبيق النبوى (الحرام لا يفسد الحلال - ولا يحرّم الحلال) على المورد اربع طوائف .
اما من الجهة الاولى - فتدل على الحرمة روايات - لاحظ صحيح (١) محمد

ابن مسلم عن احدهما (ع) انه سئل عن الرجل يفجر بامرأة أيتزوج بابتها قال (ع)
لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها او اختها لم تحرم عليه امرأته ان الحرام
لا يفسد الحلال - وصحيح (٢) عيص بن القاسم قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل باشر
امرأة وقبل غير انه لم يفز اليها ثم تزوج ابنتها فقال (ع) ان لم يكن افضى الى الام فلا
باس وان كان افضى فلا يتزوج ابنتها - وصحيح (٣) منصور بن حازم عنه (ع) في رجل
كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها فقال (ع) ان كان من قبله او شبهها فليتزوج
ابنتها وليتزوجها هي ان شاء - وصحيح (٤) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن رجل فجر
بامرأة أيتزوج امها من الرضاة او ابنتها قال (ع) لا ونحوها غير هذا ويشهد للجواز نصوص كثيرة
لاحظ صحيح (٥) سعيد بن يسار قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل فجر بامرأة يتزوج ابنتها
قال (ع) نعم يا سعيد ان الحرام لا يفسد الحلال - وصحيح (٦) هشام بن المثنى عنه (ع)
قال انه سئل عن الرجل ياتى المراءة حراما أيتزوجها - قال (ع) نعم و امها و بنتها - و
موثق (٧) حنان بن سدير قال كنت عند ابي عبد الله (ع) اذ سألته سعيد عن رجل تزوج
امرأة سفاحا هل تحل له ابنتها قال (ع) نعم ان الحرام لا يحرّم الحلال - وصحيح (٨)
صفوان قال سألته المرزبان عن رجل يفجر بالمراءة وهي جارية قوم اخرين ثم اشترى
ابنتها اتحل له ذلك قال (ع) لا يحرّم الحرام الحلال - ورجل فجر بامرأة حراما

١-الوسائل-باب ٨-من ابواب ما يحرّم بالمصاهرة حديث ١

٢-٣-٥-٦-الوسائل-باب ٦-من ابواب ما يحرّم بالمصاهرة حديث ٢-٣-٦-٧-

٤-الوسائل - باب ٧-من ابواب ما يحرّم بالمصاهرة حديث ١

٧-٨-الوسائل - باب ٦-من ابواب ما يحرّم بالمصاهرة حديث ١١-١٢-

أيتزوج بابنتها قال (ع) لا يحرم الحرام الحلال - ونحوها غيرها .
واما من الجهة الثانية - فالطائفة الاولى ما لا تعرض له لبيان المراد من الحديث
من حيث الشمول للحلال التقديرى وعدمه كحسن (١) زارة المتقدم فى صدر المسألة
وبمضمونه مصحح (٢) الحلبي - والطائفة الثانية ما يدل على ان المراد بالحلال الحلال
الفعلى بشرط الوطاء كموتق عمار (٣) وخبر (٤) الكنانى المتقدمين فى اوائل هذه
المسألة - والثالثة ما يدل على ان المراد به الحلال الفعلى بعقد او ملك كصحيح (٥)
محمد بن مسلم المتقدم هناك - والرابعة ما يدل على ان المراد به ما يعم الحلال
التقديرى كصحيح سعيد وهشام وصفوان وموتق حنان المقدمة آنفا .

واما الجمع بين النصوص - فبالنسبة الى الجهة الاولى (ربما يقال) كما عن التهذيب
وارتضاه الشيخ الاعظم واحتمله صاحب الجواهر ره بانه يحمل نصوص الجواز وعدم
الحرمة على الفجور بغير الجماع مثل اللبس والقبلة ونحوهما (وفيه) اولاه بغيره
نفسه ولا يكون جمعا مرضيا عند العرف ولا قرينة عليه - وثانيا - ان صحيح هشام و
موتق حنان كالصريحين بل هما صريحان فى ارادة الجماع (وقد يقال) كما احتمله ايضا
صاحب الجواهر بانه تحمل نصوص عدم النشر على ارادة الفجور بعد التزويج (وفيه) ان
اكثر نصوص الجواز صريحة فى السؤال عن التزويج بعد الفجور - واما الحمل على
التقية اى حمل نصوص عدم النشر عليها الذى استحسنته صاحب الجواهر ره فمضافا
الى ان القول بالحرمة مشهور بين المخالفين - انه انما يحمل الخبر عليها فى صورة
التعارض بعد عدم امكان الجمع العرفى وفقد جملة من المرجحات وستعرف امكان
الجمع .

والحق ان يقال ان الجمع العرفى بين الطائفتين يقتضى حمل نصوص المنع على
الكراهة - اللهم الا ان يقال ان صحيح محمد بن مسلم - من جهة ما فيه بعد النهى عن

١-٢-٤-٥- الوسائل باب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١-٢-٣-٨-١

٣- الوسائل باب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣

التزويج - ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها او اختها لم تحرم - المؤيد بالتعليل بان الحرام لا يفسد الحلال يكون كالصريح في الحرمة في الابعاء عن الحمل على الكراهة وعليه فيتعين الرجوع الى المرجحات - وحيث - ان كلا من الطائفتين مشهورة بين الاصحاب ومشملة على الصحيح وغيره وليست مخالفة للعامة - فالمتعين هو الرجوع الى المرجح المضموني وهو موافقة الكتاب وهي تقتضي تقديم نصوص الجواز لموافقتها لقوله تعالى (١) «واحل لكم ما وراء ذلكم» فالأخذ بها متعين .

واما بالنسبة الى الجهة الثانية - فالاولى من الطوائف - لاعتراض مع غيرها - والثانية منها قد مر انها مهجورة - فالتعارض انما هو بين الطائفتين الاخيرتين - وقد يقال - انه لا ينبغي التأمل في ترجيح الثانية لكثرة العدد وانفراد الثالثة بالصحيح المذكور - كما عن بعض المعاصرين - ولكن يرد ان الشهرة المرجحة هي الشهرة الفتوائية مع انه لو كان المراد بها الشهرة الروائية ليس المراد بها كثرة عدد الرواية . بل اشتهاه نقل الرواية في كتب الاصحاب ومن المعلوم ان الصحيح المذكور مشترك مع معارضة في ذلك - فالمتعين حيث انه لا يمكن الجمع العرفي بينهما - ولا الرجوع الى الشهرة وصفات الراوى - الرجوع الى موافقة الكتاب وهي تقتضي تقديم الثانية - كما مر - اللهم الا ان يقال ان التعارض بينهما انما هو في ان المراد بالحلال - هل هو ما يعم التقدير او ما يختص بالفعل - ومن هذه الجهة لا يكون الثانية موافقة للكتاب فتدبر فانه دقيق - وعليه - فلا ترجيح لشيء منهما - فيحكم بالتخيير - فلنا ان نأخذ بالطائفة الثانية ونحكم بالجواز - وعلى فرض البناء على التساقط في تعارض الخبرين عند فقد الترجيح - يتساقطان فيرجع الى عموم آية الحل المتقدمة (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الاظهر هو الجواز وعدم نشر الحرمة بالزنا السابق على التزويج .

تزويج الرجل المرأة التي وطأ أمها أو بنتها شبهة

ثم انه بعدما عرفت من ان الوطء بالعقد او الملك ينشر الحرمة - والزنا لا ينشرها كان سابقا على التزويج ام طارئا عليه - يقع الكلام في الوطء بالشبهة - وانه هل يكون ملحقا بالنكاح فينشر الحرمة - ام يكون ملحقا بالزنا فلا ينشرها - وفيه اقوال (الاول) انه لا ينشر الحرمة مطلقا ذهب اليه الحلبي والمحقق في الشرايع والنافع والمصنف رد في الارشاد والشيخ الاعظم - ونسبه الشيخ الى جماعة وفي القواعد وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف (الثاني) انه ينشر الحرمة مطلقا اختاره جماعة (الثالث) انه ينشر الحرمة ان كان سابقا على التزويج وان كان طارئا فلا نسب ذلك الى الاكثر .

واستدل للنشر مطلقا اوفى صورة السبق (بكونه) اولى من الزنا المحرم - لانه وطء محترم شرعا فيكون الحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة اولى من الزنا (وبان) معظم احكام الوطء الصحيح لاحقة به كالنسب و المهر و ماشاكل وتختلف المحرمية لا يضر فانها متعلقة بكمال حرمة الوطء (وبالاجماع) الذي ادعاه في التذكرة وحكى فيها عن ابن المنذر دعوى الاجماع عليه من كل من يحفظ من علماء الامصار وعدمهم اصحاب النص وهم الامامية (و بحديث) لا يحرم الحرام الحلال المتقدم بناء على ان المراد بالحلال الاعم من التقديرى بدعوى ان تعليل انتفاء المصاهرة بالوطء من جهة الحرمة يقتضى ثبوت المصاهرة مع انتفاء الحرمة كما في الشبهة .

وفي الجميع نظر (اما الاول) فلما مر من عدم نشر الحرمة بالزنا مع ان الاولوية ممنوعة لعدم احراز المناط (واما الثاني) فلان الاستقراء المزبور غاية كونه سببا للحصول الظن وهو لا يغنى عن الحق شيئا (واما الثالث) فلم يثبت ثبوته وقد مر افتاء جماعة بعدم النشر مع ان كونه تعبديا كاشفان رأى المعصوم غير ثابت ولعلمهم استندوا الى بعض ما تقدم (واما الرابع) فلان المراد من الحرام ليس هو الزنا خاصة بل ظاهره ارادة الحرام ولومع

المعذر في شمل الشبهة - مع - ان الاخذ بعموم العلة والتعمد عن موردها معناه البناء على ثبوت ذلك الحكم في كل مورد ثبت العلة - لاثبوت ضد الحكم مع انتفاء العلة - مثلاً - قولنا لا تشرب الخمر لانه مسكر يدل على حرمة كل مسكر ولو لم يكن خمرًا ولا يدل على اباحة كل غير مسكر - ففي المقام مقتضى عموم العلة ان الحرام ولو كان هو غير الزنا لا يوجب نشر الحرمة - ولا يدل على ان غير الحرام يوجب النشر فتدبر فانه دقيق - فلا يظهر عدم كونه موجباً للنشر مطلقاً (ثم ان) ادلة النشر مختلفة المفاد - اذا اجماع - يقتضى الاقتصار على الوطء السابق لانه المتيقن منه - وكذا الاولوية من الزنا بناء على القول بالتحريم به لاختصاصه بالزنا السابق - والاستقراء وعموم العلة - يقتضيان العموم كما لا يخفى - ثم ان الكلام في ان زنا الاب هل يوجب حرمة المزني بها على الاب وكذا العكس ام لا - ام هناك تفصيل بين الزنا السابق والطارى هو الكلام في التزويج بمن زنا بامها او بنتها قولاً ودليلاً ومختاراً - وكذا بالنسبة الى الوطء بالشبهة .

هل يقوم النظر واللمس مقام الوطء

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه تحرم مملوكة الاب على الابن وبالعكس مع اللبس او النظر اذا كان عن شهوة ويشهد به نصوص وبازائها ايضاً اخبار وحيث لا موضوع لهذه المسألة فالاغماض عن التعرض لها ولفروعها اولى .

انما الكلام في ان النظر واللمس هل يقومان مقام الوطء في كل مورد يكون الوطء ناشراً للحرمة - فتحرم الاجنبية الملموسة او المنظورة شبهة او حراماً على الابن والاب وتحرم امها وبنتها - على القول بحرمتها بالوطء ام لا - قال في المسالك اختلف القائلون بان الزنا ينشر حرمة المصاهرة في ان النظر المحرم الى الاجنبية واللمس هل ينشر الحرمة فتحرم به الام وان علت والبنت وان نزلت - ام لا - هكذا نقله فخر الدين في شرحه ولم نقف على القائل بالتحريم الى ان قال وهو قول ضعيف جداً لا دليل عليه انتهى - وما ذكره متين فان ما دل على النشر بهما مختص بما اذا وقع على الوجه الحلال

بالامة - اومع اضافة الزوجة فلاوجه للتعدى الى وقوعها على الوجه الحرام فى الامة
فضلا عن الاجنبية - مع انه يدل على عدم النشر فى الاجنبية النصوص المتقدمة المتضمنة
لان مباشرة المرأة ان كانت بدون الجماع لا توجب نشر الحرمة لاحظ صحيح (١) الميصر
عن الصادق (ع) عن رجل باشر امرأة وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها فقال
ان لم يكن افضى الى الام فلا لباس وان كان افضى فلا يتزوج ابنتها ونحوه غيره - واما
النبيوان - فى احدهما (٢) لا ينظر الله تعالى الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها -
وفى الاخر - (٣) من كشف قناع امرأة حرمت عليه امها وبنتها - فلكونهما عاميين
ضعيفين والاول قد انكره المحدثون منهم كما قيل - ومورده النظر الى الموضع
الخاص - لا يعتمد عليهما - وفى نشر الحرمة بهما فى الريبة كلام سيأتى - .

حرمة ام المعقودة على الزوج

هذا كله فى الوطاء (و) اما فى العقد (ز) من عقد على امرأة ولم يدخل بها
حرمت عليه امها ابداً) على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة وعن الروضة كاد
يكون اجماعا - وعن الغنية والناصريات الاجماع عليه - وفى المستند بل يمكن ان
يقال انه اجماع محقق - وعن العماني والصدوق والكليني وشرح النافع وآيات
الاحكام للاردبيلي اشتراط الدخول بالبنت فى تحريم الام وعن المختلف التوقف فيه .
ويشهد للاول من الكتاب (٤) قوله تعالى « وامهات نساكم » فان مقتضى
اطلاقه من جهة اضافة الجمع الى الضمير من دون تقدم معهود حرمة ام المعقودة و
ان لم يدخل بها (واورد) على الاستدلال به ان الآية هكذا « وامهات نساكم و

١- الوسائل - باب ٦- من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢

٢- المستدرك باب ١٨- من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٨

٣- المستدرك باب ٢٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦

٤- سورة النساء - آية ٢٢

ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، ومن المحتمل رجوع القيد الى الجملتين معا - ومع هذا الاحتمال لا ينعقد له ظهور في العموم لاكتنافه بما يصلح ان يكون قرينة مانعة (وفيه) اولا - ان الظاهر من الجمل المتعددة المتعقبة بقيد رجوعه الى خصوص الاخيرة كما حقق في محله - وثانيا - ان القيد الذي يدعى رجوعه الى الجملتين - اما ان يكون مجرد قوله تعالى «اللاتي دخلتم بهن» او المجموع من قوله «من نسائكم اللاتي دخلتم بهن» وعلى الاول يلزم الفصل بين الصفة والموصوف بالاجنبي وهو غير جائز - وعلى الثاني يلزم مضافا الى ذلك استعمال المشترك في معنييه ان القيد ان رجع الى الربائب كانت من ابتدائية - وان رجع الى نسائكم كانت نشوية - فارجاعه اليهما يلزم منه الاستعمال في معنيين هكذا ذكره جماعة من المفسرين والفقهاء (فان قيل) انها تستعمل في الجامع بينهما وهو مطلق الاتصال ويجعل المجموع حالا عن امهات النساء والربائب (قلنا) اولا انه خلاف الظاهر لظهورها في النشوية - وثانيا انه مستلزم لاختلاف العامل في الحال - هذا كله مضافا الى ما في النصوص من الرجوع الى الاخيرة خاصة كالمروى (١) عن تفسير المياشي عن ابي حمزة انه سئل مولانا الباقر (ع) عن رجل تزوج امرأة وطلقها قبل ان يدخل بها تحل له ابنتها - فقال (ع) قد فضي في ذلك امير المؤمنين (ع) لا بأس به ان الله تعالى يقول: «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» ولو تزوج الابنة ثم طلقها قبل ان يدخل بها لم تحل له امها قال قلت له اليس هما سواء قال فقال (ع) ليس هذه مثل هذه ان الله تعالى يقول وامهات نسائكم لم يستثن في هذه كما اشترط في تلك هذه هنا مبهمة ليس فيها شرط وتلك فيها شرط - ومثله ذيل صحيح منصور الاتي (فتحصل) مما ذكرناه ان دلالة الآية الكريمة على حرمة ام الزوجة مطلقا غير قابلة للانكار .

ويشهد له من السنة نصوص - كخبير (٢) اسحاق بن عماد عن جعفر (ع) عن

ايه (ع) عن علي (ع) في حديث قال - والامهات مبهمات دخل بالبنات اولم يدخل بهن فحرموا وابهم موا ما بهم الله تعالى - وخبر (١) غياث بن ابراهيم عن جعفر (ع) عن ابيه (ع) ان عليا (ع) قال اذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالام فاذا لم يدخل بالام فلا بأس ان يتزوج بالابنة واذا تزوج بالابنة فدخل بها اولم يدخل بها فقد حرمت عليه الام - وقال الربائب عليكم حرام كن في الحجر اولم يكن - وموثق (٢) ابي بصير قال سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل ان يدخلها فقال (ع) يحل له ابنتها ولا تحل له امها وخبر العياشي المتقدم آنفا .

واستدل للقول الآخر - تارة بالكتاب بالتقريب المتقدم وقد عرفت الجواب عنه - واخرى بالنصوص كصحيح (٣) جميل بن دراج وحماد بن عثمان عن ابي عبد الله (ع) قال - الام والبنات سواء اذا لم يدخل بها - يعني اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل ان يدخلها فانه ان شاء تزوج امها وان شاء ابنتها - وعن (٤) الفقيه هكذا عن جميل بن دراج انه سئل ابو عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها هل تحل له ابنتها قال (ع) الام والبنات في هذا سواء اذا لم يدخل باحدهما حلت له الاخرى وصحيح (٥) منصور بن حازم قال كنت عند ابي عبد الله (ع) فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل ان يدخلها ايتزوج بامها فقال ابو عبد الله (ع) قد فعله رجل منا فلم نر به بأسا - فقلت له جعلت فداك ما تفخر الشيعة بالقبضاء على (ع) في هذه الشمخية (السجدة خ ل) التي افتاها ابن مسعود انه لا بأس بذلك ثم انى عليا (ع) فسأله فقال له علي (ع) من اين اخذتها - قال من قول الله عز وجل وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فقال علي (ع) ان هذه مستثناة وهذه مرسلة وامهات نسائكم - فقال ابو عبد الله (ع) اما تسمع ما يروى هذا عن علي (ع) فلما قممت ندمت وقلت اى شيء صنعت يقول هو قد فعله

١-٢- الوسائل - باب ١٨ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٥-٣-

٣-٤-٥- الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١-٦-٣-

رجل منافلم نربه بأسا واقول قضى على (ع) فلقيته بعد ذلك فقلت جمعت فدا المسألة الرجل انما كان الذى كنت تقول كان زلة منى فما تقول فيها فقال ياشيخ تخبرنى ان عليا (ع) قضى فيها وتسالنى ماتقول فيها - وخبر (١) محمد بن اسحاق بن عمار قال قلت له رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت ايحل له ان يتزوج امها قال سبحان الله كيف تحل له امها وقد دخل بها - قال قلت له فرجل تزوج امرأة فهلك قبل ان يدخل بها تحل له امها قال (ع) وما الذى يحرم عليه منها ولم يدخل بها .

ولكن الصحيح الاول مجمل اذ من الممكن ان يكون المراد انه اذا تزوج الام ولم يدخل بها فالام والبنت سواء فى الاباحة ان شاء دخل بالام وان شاء فارقتها وتزوج بالبنت ويؤيده افراد الضمير الراجع الى الام - وما فيه من التفسير غير المعلوم كونه من الامام أو من الراوى غير حجة - وقوله يعنى - يشعر بكونه من الراوى اذ لو كان من الامام كان المناسب ان يقول اعنى - وهذا يوجب الوهن فيما حكى عن الفقيه - اذ يحتمل قويا كون قوله اذا لم يدخل باحدهما الخ من كلام الصدوق ذكره تفسيرا - تبعا لما فسره فى تلك الرواية - واما الصحيح الثانى فهو على خلاف مدعاهم ادل فانه مشتمل لقضاء على (ع) ويظهر منه ان ذلك كان معلوما عند الشيعة بحيث كانوا يفتخرون فيه على غيرهم - ونقله منصور بمحضر منه (ع) وقرره - وهذه قرينة قطعية على ان قوله (ع) قد فعله رجل منافلم نربه بأسا - صدر على وجه التقية ويشعر به فتوى ابن مسعود بعدم البأس بذلك - واما الصحيح الثالث فمع الاغماض عن اضماره - انه غير ظاهر الدلالة فانه يمكن ان يكون الاستفهام للاثبات والتقرير فكانه قال لو حلت امها فما الذى يحرم عليه من جهة المهرمة مع عدم الدخول مع ان خصوص الحرمة فى الجملة لاجلها ظاهر (اضف) الى ذلك انه لو سلم دلالة هذه النصوص على اشتراط الدخول فى الحرمة الابدية - واغمضنا عما ذكرناه - يقع التعارض بينها وبين ما تقدم الدال على ان العقد يكون محرما وان لم يدخل بها - ودلالة تلك النصوص

على الحرمة مع عدم الدخول ليس بالظهور حتى يقال كما افاده بعض الاعاظم من المعاصرين بان الجمع بين النصوص يقتضى حمل نصوص المنع مع عدم الدخول على الكراهة بل انما هي بالنصوصية للتصريح فيها بالحرمة سيما مع التصريح فيها بانه لا فرق في الحرمة بين الدخول و عدمه المعتضد بالتصريح باعتبار الدخول في تحريم الريبة وعدم اعتباره في تحريم الام - وعليه فيتعين الرجوع الى المرجحات كما افاده شيخ الطائفة وهي تقتضى تقديم الاولى لكونها اشهر - و لموافقها للكتاب ومخالفة هذه له (واما) ما افاده بعض الاجلة من ان هذه النصوص لمخالفتها للكتاب في انفسها لا بد من ضربها على الجدار - فيرده ان ذلك في المخالفة بنحو التباين - لافى المخالفة بنحو العموم والخصوص كما في المقام فان الآية الكريمة مطلقة تدل على ثبوت الحرمة مع الدخول وبدونه وذكر قيد الدخول في الرائب دون امهات النساء لا يوجب صراحتها في العموم (فتمحصل) مما ذكرناه ان ما افاده المشهور من عدم اعتبار الدخول في الحرمة الابدية هو الصحيح.

في حرمة الريبة جمع مع عدم الدخول بامها ومؤبدامعه

(و) لو عقد على امرأة حرمت عليه (بنيتها مادامت الام في عقده فان طلقها قبل الدخول جاز له العقد على بنتها ولو دخل حرمت ابدا) فها هنا احكام .

احدها انه تحرم بنت المعقودة غير المدخول بها جمعا و الظاهر انه اجماعى و يمكن ان يستدل له بوجوه ١ - انه يستفاد ذلك من النصوص الاتية المتضمنة لحرمتها ابد بشرط الدخول - فانها تتضمن جواز التزويج عليها مع عدم الدخول في صورة موت الام او طلاقها - ٢ - صحيح (١) البزطى عن ابى الحسن عليه السلام عن الرجل يتزوج العرثة متعة ايحل له ان يتزوج ابنتها قال عليه السلام لا - فان مقتضى اطلاقه حرمة التزويج ولو لم يدخل بها - و قد خرج عنه صورة عدم الدخول مع فراقها وبقي الباقي - ٣ - انه

لو تزوج امرأة ولم يدخل بها ثم تزوج بنتها فإن كان التزويجان صحيحين كان ذلك مخالفا لما قدمناه من حرمة أم المعقودة ولو لم يدخل بها - وإن صار الأول باطلا كان ذلك بلاوجه فيتعين بطلان الثاني - وكيف كان فالمسألة من المسلمات.

ثانيها أن الريبة لا تحرم أبدا مع عدم الدخول بالأم ويشهد به مضافا إلى الإجماع الآية الكريمة (١) «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» والنصوص الكثيرة المتقدمة طرف منها في المسألة السابقة

ثالثها أن الريبة تحرم عينا مع الدخول بأمها بعد التزويج - وقد تقدم الكلام في ذلك مفصلا - وتقدم أيضا عدم لحوق الزنا ووطء الشبهه بالدخول بالعقد والملك - إنما الكلام في المقام في موارد

١ - أن النظر واللمس بشهوة هل يقومان مقام الوطء فلو عقد على امرأة وقبلها - أولا مسها - أو نظر إليها بشهوة - أو نظر إلى فرجها - فهل تحرم عليه بنتها أم لا - ظاهر الأصحاب حيث اشترطوا في تحريم الريبة الدخول هو الأول - ولكن صاحب الجواهر ره قوى الثاني - يشهد للأول - الآية الكريمة (٢) «فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» وصحيح (٣) العيص عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأته وقبل غير أنه لم يفيض إليها ثم تزوج ابنتها قال عليه السلام إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس وإن كان أفضى فلا يتمزوج ابنتها - واستدل للثاني بالنبويين العاميين المتقدمين - في أحدهما (٤) - لا ينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها - وفي الآخر (٥)

(١) سورة النساء آية ٢٣

(٢) سورة النساء آية ٢٤

(٣) الوسائل باب ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣

(٤) المستدرک باب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٨

(٥) المستدرک باب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦

من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها وبنتها - وصحيح (١) محمد بن مسلم سئل أحدهما عليهما السلام عن رجل تزوج امرأة فنظر إلى رأسها وإلى بعض جسدها أيتزوج ابنتها قال عليهما السلام لا إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها - ونحوه خبر (٢) أبي الربيع قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فمكث أياما معها لا يستطيعها غير أنه قدر أي منها ما يحرم على غيره ثم يطلقها يصلح له أن يتزوج ابنتها قال عليه السلام يصلح له وقد رأى من أمها ما رأى ومثله (٣) موقوف محمد بن مسلم - ونوقش في صحيح العيص بأن الموجود في النسخة الصحيحة (بأشرا امرأة) بدل (بأشرا امراته) فهو أعم من الزوجة والأجنبية - فيحمل على الأجنبية بقراءة هذه النصوص - ولكن يراد على ما أفيد - أولا - أن هذه النصوص أخص من المدعى من وجه وأعم منه كك - لاختصاصها بالنظر ولا تعرض فيها للمس - وليست مختصة بالنظر عن شهوة - والتخصيص بذلك ليس أولى من حملها على الكراهة - وثانيا - أنها معارضة بنظر العرف مع الكتاب والنصوص الدالة على انحصار سببية التحريم بالدخول - لا - من جهة دلالتها على الانحصار فإن غاية تلك دلالتها بالعموم على عدم سببية غير الدخول فيقيد إطلاقهما بهذه النصوص - بل - من جهة أنه لو كان المس والنظر موجبين للمحرمة لزم من ذلك لغوية الدخول - لسبقه بأحدهما غالبا أو دائما - فالبناء على كونهما من أسباب التحريم مستلزم لالغاء سببية الدخول - فهذه النصوص معارضة مع الكتاب والنصوص المعمول بها فتضرب على الجدار لأمهم عليهم السلام بذلك - وثالثا - أن الأصحاب اعرضوا عنها - فالأظهر عدم كونهما من أسباب الحرمة كالوطء.

٢ - صرح غير واحد بأنه لا فرق في الدخول الموجب للمحرمة بين القبل والدبر وظاهره كونه من المسلميات - ولكن عن القواعد الأقرب مساواة الوطء في الفرجين ويشعر بذلك بوجود الخلاف وكيف كان فيشهد للحكم إطلاق الكتاب والنصوص - ودعوى تبادر القبل ممنوعة

٣ - يكفى فى الحرمة مسمى الدخول ولو ببعض الحشفة - ولكن ربما يدعى الاجماع على اعتبار دخول تمام الحشفة - وكفى به مدركا - ويؤيده الاستقراء فان معظم احكام الدخول - كالعدة - والمهر - والغسل مترتبة على دخول الحشفة - وهذا يوجب الظن باعتباره فى المقام

٤ - اذا كان الدخول بغير اختيار - فهل يوجب الحرمة ام لا - وجهان - من اطلاق الادلة - ومن ان ظاهر الكتاب و النصوص كون المحرم هو الدخول المستند الى الفاعل عن اختيار - و الاظهر هو الاول - فان دعوى ظهورهما فى اعتبار الاختيار - اما ان يكون منشأها - انصراف مادة الافعال الى خصوص ما اذا صدرت عن ارادة واختيار - كما قد يقال - او انصراف هيئاتها الى ذلك ، وكلاهما باطلان ، اما الاول فلان المادة ان لم تكن بنفسها قصدية تصدق على جميع مصاديقها بالتواطى ، مثلا ، الدخول كما يصدق على ما كان عن اختيار يصدق على ما اذا كان بغير اختيار بلافات فى الصدق ، واما الثانى ، فلان الهيئة موضوعة للمحاكاة بها عن تحقق المادة فى الخارج ونفس الامر و هذا امر يشترك فيه جميع الموارد على اختلافها - ولذا ترى ان الفقهاء افتوا بضمان المثلث اختيارا - او غفلة او فى حال النوم او ما شاكل تمسكا بعموم (١) من اتلف مال الغير فهو له ضامن .

٥ - لو اكره على الدخول ، فقد يتوهم ان مقتضى حديث (٢) رفع ما استكرهوا عليه عدم كون ذلك موجبا للحرمة - و لكن يرد - ان الظاهر من الحديث كون المرفوع هو الاحكام المترتبة على افعال المكلفين واما الحكم المترتب على الموضوع النفس الامرى الواقعى بلادخل لفعل المكلف فيه فلا يرفع الحديث ولذا لو اكره على ان يلاقى ببعض جسده النجاسة يحكم بنجاسة ذلك الموضوع وتفصيل ذلك فى محله . وفى المقام بما ان الحكم مترتب على الدخول فالحديث لا يرفع ذلك .

(١) قاعدة مصطادة من ماورد فى الموارد الخاصة

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس

حرمة الجمع بين الاختين

مسألة (وتحرم اخت الزوجة جمعا لعينا) كتابا و سنة مستفيضة او متواترة

واجماعا بقسميه كذافي الجواهر - وفي الرياض باجماع علماء الاسلام كافة - وفي المستند باجماع جميع المسلمين له - ويشهد به صريح الآية الكريمة (١) «وان تجمعوا بين الاختين» ونصوص كثيرة ستأتي جملة منها - وتنقيح القول بالبحث في جهات .

١ - لافرق في ذلك بين العقد الدائم والمنقطع اجماعا محققا ومحكما -

ويشهد به صحيح (٢) البزطي عن الرضا عليه السلام عن رجل تكون عند امرأة يحل له ان يتزوج اختها متعة قال عليه السلام لا - ومصحح (٣) يونس قال قرأت كتاب رجل الى ابي الحسن عليه السلام الرجل يتزوج المرأة متعة الى اجل مسمى فينقض الاجل بينهما هل يحل له ان ينكح اختها من قبل ان تنقض عدتها فكتب عليه السلام لا يحل ان يتزوجها حتى تنقض عدتها - ومثله - اخبار (٤) - علي بن ابي حمزة - والحسين بن سعيد واحمد بن محمد بن عيسى فتأمل فان في النصوص الاخيرة كلاما سيئا - واما خبر (٥) منصور الصيقل عن ابي عبدالله عليه السلام لباس بالرجل ان يتمتع اختين - فمضافا الى ضعفه في نفسه لجهالة منصور - ومخالفته لقنوى الاصحاب - انه ليس ظاهره ان له ان يتمتع بالاختين في حالة واحدة فيحمل على انه يجوز له العقد على كل واحدة بعد الاخرى لما تقدم - كما افاده شيخ الطائفة .

٢ - لافرق في هذا الحكم بين كون الاختين لاب - اولام - اولهما - لا طلاق

الادلة - كما لافرق فيه بين ما اذا كانتا نسبيتين اورضاعيتين بالاخلاف ولا كلام - ويشهد له مضافا الى عموم قوله ص (٦) يحرم من الرضا (ع) ما يحرم من النسب - صحيح

(١) سورة النساء آية ٢٢

(٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

(٦) الوسائل - باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضا (ع)

(١) الحذاء عن أبي عبدالله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها ولا على أختها من الرضاعة.

حرمة نكاح المرأة في عدة أختها

٣ - إذا تزوج باحدى الاختين ثم طلقها - فاما ان يكون الطلاق رجعيا او يكون بائنا بان كان قبل الدخول أو ثالثا او بالخلع او بالمباراة وما شاكل - فعلى الاول لا يجوز له نكاح الاخت الاخرى مادام لم تخرج الاولى عن العدة - و على الثانى يجوز بلا فصل - بلا خلاف فى الحكمين - ويشهد لهما منطوقا ومفهوما - صحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام فى رجل طلق امرأة او اختلعت او بانت اليه ان يتزوج باختها فقال عليه السلام اذا برأت عصمتها و لم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب أختها ومثله صحيح (٣) أبى بصير - وخبر (٤) أبى الصباح الكنانى وخبر (٥) أبى اسامة و بها يقيد اطلاق ما دل على عدم جواز نكاح احدى الاختين فى عدة الاخرى - كصحيح (٦) محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى اختين نكح احداهما رجل ثم طلقها وهى حبلى ثم خطب أختها فجمعهما قبل ان تضع أختها المطلقة ولدها فامر به ان يفارق الأخيرة حتى تضع أختها المطلقة ولدها ثم يخطبها ويصدقها صداقا مرتين - وموثق (٧) زرارة عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل طلق امرأته وهى حبلى يتزوج أختها قبل ان تضع قال عليه السلام لا يتزوجها حتى يخلوا جلها (بطنها خل) ونحوهما غيرهما .

ويلحق بالطلاق البائن ما اذا فسخ نكاح الاخت لعيب يوجبها او ظهر فساد نكاحها

(١-٦) الوسائل باب ٢٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢ - ١

(٢-٥) الوسائل باب ٤٨ من ابواب العدد حديث ٢ - ١ - ٥

(٣-٧) الوسائل باب ٢٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢

لعدم صدق الجمع ح - وأما صحيح (١) زرارة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بالعراق ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى فإذا هي اخت امرأته التي بالعراق قال عليه السلام يفرق بينهما وبين المرأة التي تزوجها بالشام ولا يقرب المرنفة العراقية حتى تنقضي عدة الشامية الحديث - فهو في وطء الزوجة قبل خروج اختها الموطوءة شبهة من عدتها وهو غير ما نحن فيه - إلا أن يستفاد حكم ما نحن فيه بعدم الفرق ويضاف إلى ذلك أعراض الأصحاب عنه وقد حمل المصنفه في محكي القواعد على الكراهة .

ولو طلقها رجعيًا واسقط الزوج حق الرجوع بوجه لازم شرعي وقلنا بعدم جواز الرجوع ح فهل يجوز تزويج اختها قبل انقضاء العدة أم لا وجهان - من إطلاق صحيح ابن قيس وموثق زرارة - ومن أن مقتضى صحيح الحلبي وما شاكلة أنه مع انتفاء الرجعة يجوز تزويج اختها - أظهرهما الأول - فإن جواز التزويج في صحيح الحلبي وأمثاله علق على أمرين براءة العصمة وانتفاء الرجعة فمفهومها ح أنه مع عدم البرائة - أو نبوت الرجعة لا يجوز التزويج وفي الفرض الرجعة وإن انتفت إلا أن الظاهر عدم براءة العصمة ولذا يتوارثان ويكون لها النفقة ونحوها .

ولو ماتت الزوجة جازله نكاح اختها من ساعته للأصل - وخبر (٢) على بن أبي حمزة عن أبي إبراهيم عليه السلام قال وسألت عن رجل كانت له امرأة فهل كنت أيتزوج اختها قال عليه السلام من ساعته إن أحب .

ولو كان عنده إحدى الأختين بعقد الا نقطاع وانقضت المدة - فهل يجوز له نكاح اختها - لعدم صدق الجمع في شملها عموم أدلة الحل - أم لا يجوز - لاخبار يونس - والحسين بن سعيد - وأحمد بن محمد بن عيسى - وعلى بن أبي حمزة - المتقدم في أول هذه المسألة - الدالة على عدم الجواز وجهان - ربما يقال بأن الأول أظهر لأعراض المشهور عن هذه النصوص وعدم اقتنائهم بمضمونها مع أنه لا معارض لها

(١) الوسائل باب ٢٦ - من أبواب ما يحرم بالمساهرة حديث ١ -

(٢) الوسائل باب ٣٨ من أبواب العدد حديث ٣

(ثم انه) على القول بعدم الجواز هل يبنى عليه اذا وهب مدتها - ام لا - قد يقال بذلك من جهة ان موردا الاخبار وان كان هو انقضاء المدة الا ان المفهوم عرفان موضوع الحكم العدة الموجبة للعلاقة وليس لانقضاء الاجل خصوصية في ذلك -

لا يوجب الزنا باحدى الاختين حرمة نكاح الاخرى

٥- من زنا باحدى الاختين جازله نكاح الاخرى في مدة استبراء الاولى لعموم ادلة الحل بعد عدم صدق الجمع بين الاختين - وقد تقدم ان الحرام لا يحرم المحلل وكذا اذا وطئها شبهة - ولكن في المقام رواية ربما يستدل بها على عدم جواز نكاح اخت من وطئت شبهة مالم تخرج عن العدة - وهي - صحيح (١) - بريد العجلي قال سالت ابا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فزففتها اليه اختها وكانت اكبر منها فادخلت منزل زوجها ليلا فعمدت الى ثياب امرأته فزعمتها منها وابستها ثم قعدت في حجلة اختها ونحت امرأته واطفئت المصباح واستحييت الجارية ان تتكلم فدخل الزوج الحجلة فواقعها وهو يظن انها امرأته التي تزوجها فلما ان اصبح الرجل قامت اليه امرأته فقالت انا امرأتك فلانة التي تزوجت وان اختي مكرت بي فاخذت ثيابي فلبستها وقعدت في الحجلة ونحتني فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر - فقال عليه السلام ارى ان لامهر للتي دلست نفسها وارى ان عليها الحد لما فعلت حدا لزانى غير محصن ولا يقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضى عدة التي دلست نفسها فاذا انقضت عدتها ضم اليه امرأته (ولكن) يرد على الاستدلال به - اولا - ان عمل الاصحاب به في مورده غير ظاهر - وثانيا - ان مورده وطء الزوجة قبل خروج اختها الموطوءة شبهة من العدة - وهو غير ما نحن فيه وعدم الفرق غير ثابت - مع - ان مورده الشبهة من طرفه خاصة فالتعدي يحتاج الى العلم بعدم الخصوصية -

حكم اقتران العقد على الاختين

٦ - لو تزوج الاختين (فتارة) ينزوج احدهما ثم يتزوج الاخرى (واخرى) يتزوجهما بعقد واحد (وثالثة) يتزوجهما بعقدين مقترنين كما لو عقد على احدهما وعقد وكيله على الاخرى في زمان واحد (ورابعة) يتزوجهما ويشك في السابق والاقتران (وخامسة) يتزوجهما تدريجا ولكن لا يعلم السابق واللاحق .

اما في الصورة الاولى فلا خلاف ولا اشكال في بطلان عقد الثانية كما في الجواهر وعن الكشف انه قطعي (لا) لاستصحاب صحة عقد السابقة (ولا) لان الجمع حصل بعقد اللاحقة - فانهما قبالان للمناقشة (بل) الصحيح (١) زرارة قال سالت ابا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة في العراق ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة اخرى فاذا هي اخت امرأته التي بالعراق قال عليه السلام يفرق بينهما وبين المرثة التي تزوجها بالشام ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضى عدة الشامية قلت فان تزوج امرأة ثم تزوج امها وهو لا يعلم انها امها - قال عليه السلام قد وضع الله تعالى عنه جهالته بذلك ثم قال ان علم انها امها فلا يقربها ولا يقرب الابنة حتى تنقضى عدة الام منه فاذا انقضت عدة الام حل له نكاح الابنة - واما صحيح (٢) ابن مسكان عن ابي بكر الحضرمي عن ابي جعفر عليه السلام عن رجل نكح امرأة ثم اتى ارضا فنكح اختها ولا يعلم قال عليه السلام يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى - فلعدم العمل بما هو ظاهره في بادى الامر ومعارضته لما تقدم لا بد من طرحه او حمله على التخيير بين امساك الاولى بالعقد الاول - وبين طلاقها وامساك الثانية بعقد جديد - ولا فرق في ذلك بين كون عقد الثانية بعدوطة الاولى او قبله - لا طلاق الصحيح - ولو ووطء الثانية فان كان بعد العلم بانها اخت الاولى لا يحرم ووطء الاولى بذلك لان الحرام لا يحرم الحلال - وان كان مع الجهل بذلك فعن ظاهر نهاية

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢

الشيخ وابنى حمزه والبراج انه يحرم وطئها قبل خروج الثانية عن العدة - ويشهد لذلك صحيح زرارة المتقدم - لكن المعظم اعرضوا عنه و مع ذلك فهو احوط .
واما فى الصورة الثانية - فعن النهاية والمهذب والجامع والمختلف انه يكون مخيرا فى اختيار ايتهما شاء - وعن المبسوط وابن حمزة والحلى واكثر المتأخرين بطلان العقد - يشهد للاول مارواه (١) الصدوق باسناده عن ابن ابي عمير عن جميل ابن دراج عن ابي عبدالله عليه السلام فى رجل تزوج أختين فى عقد واحد قال عليه السلام يمسك ايتهما شاء ويخلى سبيل الاخرى وقال فى رجل تزوج خمساً فى عقد واحد قال عليه السلام يخلى سبيل ايتهن شاء - وورد عليه (تارة) بما فى الشرايع من ان فى الرواية ضعفا (اخرى) بما عن كشف اللثام - من ان الخبر ليس نصافى المدعى لاحتمال ان يراد يمسك ايتهما شاء بعقد جديد (وثالثة) بانه مخالف للقواعد - وفى الكل نظر (اما الاول) فلان الخبر على ما رواه الصدوق صحيح - وان كان على رواية الشيخ اياه ضعيفا فعلى ابن السدى (- واما الثانى) فلعدم اعتبار النصوية فى الجحفة بل يكفى الظهور ايضا هو غير قابل للانكار (واما الثالث) فلان القواعد العامة تخصص بالسنة ولا مانع عنه - فالأظهر هو الاول .

واما الصورة الثالثة - فقد حكى فيها القولان المذكوران فى الصورة الثانية - واستدل للقول بالصحة والتخير فى اختيار ايتهما شاء - بصحيح جميل المتقدم بدعوى ان المفهوم عرفا منه كون الموضوع هو اقتران العقدين لا وحدثهما - فان تم فلا كلام والافتصل النوبة الى ملاحظة القواعد العامة (فقد يقال) انها تقتضى بطلان العقدين لان صحتهما معا لا تنهيهما عن الجمع بين الأختين فى الكتاب والسنة والبناء على صحة احدهما معينا دون الاخر ترجيح بلا مرجح ونكاح احدهما لا بعينها لا يكون موضوعا للصحة لعدم تعلق العقد بهذا العنوان فيتعين البناء على بطلان العقدين (اقول) يمكن البناء على صحة احد العقدين وكون الزوج مخيرا فى اختيار ايتهما شاء ثبتا واثباتا - اما

في مقام الثبوت فلان الزوجية ليست من قبيل الاعراض الخارجية كى تحتاج فى تشخيصها الى موضوع شخصى خارجى بل هى من الامور الاعتبارية كالملكية - فكما يصح اعتبار ملكية احد الشئتين والاشياء فى الوصية - واعتبار ملكية الكلى فى الذمة أو فى المعين - كك يصح اعتبار زوجية احدى الأختين لابعينها كيف وقد وقع نظيره فى الشرع كما فى الصورة السابقة وكما فى من اسلم عن خمس زوجات وغيرهما - واما فى مقام الاثبات فلان مقتضى اطلاق الادلة صحة كلا العقدين غاية الامر دل الدليل على عدم جواز الجمع وانه لا يمكن الحكم بصحة العقدين وحيث ان الضرورات تنقدر بقدرها وان هذا المحذور يرتفع بالبناء على بطلان احد العقدين فلاوجه للبناء على بطلانها معا والالزم التخصيص بلاوجه - وحيث ان نسبة الدليل المخصص اليهما على حد سواء فلاوجه للبناء على بطلان احدهما تعيينا - فيتعين البناء على بطلان احدهما بنحو التخيير وصحة احد هما كك - فالأظهر هو البناء على صحة احدهما وكونه مخيرا فى اختيار ايتهما شاء .

واما الصورة الرابعة فان كان الشك فى السبق والاقتران بالنسبة الى كل منهما فيعلم بصحة احد العقدين اما تعيينا او تخييرا . وبطلان الآخر كك - فلاوجه للحكم ببطلانها معا - ويترتب على ذلك انه ان دخل بهما يضع تمام المهر بين يديهما وان لم يدخل بهما يضع نصف المهر كك على القول بعدم استحقاق التمام الا بالدخول ويقول هذا ما ثبت لاحدا كما على من المهر ويجرى عليه حكم المال المردد بين الشخصين من الصلح الاجبارى او التنصيف أو القرعة كل على مذاقه وليس له تزويج اختهما ولا الخامسة ولا امهما (واما) الاحكام الاخر المترتبة على الزوجية كجواز الوطء والنظر فليس له ترتيبها للعلم الاجمالى بحرمة وطء احدهما مثلا وهكذا غيرها - وكذا الاحكام المترتبة على الزوجية ليس لهما اجرائها وهو واضح .

وهل يجب عليه نفقة احدهما يصنع بهما يصنع بالمهر - ام لا - وجهان من انها لا تجب الامع تمكين الزوجة - ومن ان الدليل دل على وجوب نفقة الزوجة غير الناشزة - والنشوز لا يصدق على عدم التمكين فى المقام كما لا يخفى وهذا هو الأظهر .

وعلى كل من الاختين ان تزوج الظاهر ذلك لعدم احراز صحة العقد عليها فترجع الى الاصل المقتضى للمعدم ولا يعارض بالاصل الجارى بالنسبة الى الاخرى كما هو واضح - نعم - ليس لها ان تزوج بهذا الذى عقد عليهما - للعلم بطلان هذا التزويج اما الوقوع السابق عليها فالمزوجة لا تزوج اولوقوعه على اختها ولا يجوز الجمع بين الاختين و ان كان الشك فى السبق والاقتران بالنسبة الى واحدة منهما بعينها دون الاخرى بان تردد فى العقد على الاخت الكبرى بين كونه سابقا ومقارنا - و فى العقد على الصغرى بين كونه لاحقا او مقارنا - فيعلم بصحة العقد على الكبرى اما تعيينا او تخييرا فيمنى عليها - وعلى بطلان الآخر للعلم به - اما للملحق او لاختيار العقد على الكبرى .

واما فى الصورة الخامسة فيجرى ما ذكرناه فى الفصل السابق فيما لو عقد الوالان على الصبية فراجع - .

تزويج بنت الاخ والاخت على العممة والخالة

مسألة - (وكذا تحرم) جمعا (بنت اختها) اى الزوجة (واخيها) الامع اذن العممة والخالة ولو عقد من دون اذنها بطل) كما هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة وفى الجواهر بالاخلاف معتد به اجده فى شىء من ذلك بل الاجماع مستفيضا ومتواترا عليه انتهى - وعن القديمين الجواز مطلقا اى مع الاذن وبدونه وناقش الشهيد الثانى فى صحة النسبة و عن الكفاية نفى البعد عنه - وعن الصدوق فى المقنع المنع مطلقا - والنصوص الواردة فى المسألة على طوائف (الاولى) ما يدل على المنع مطلقا - كصحيح (١) الحذاء قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول لا تنكح المرأة على عمتها - ولا على اختها من الرضاة ونحوه غيره (الثانية) ما يدل على الجواز كك كخبر (٢) على بن جعفر عن اخيه (ع) قال سألته عن امرأة تزوج على عمتها او خالتها قال (ع) لا بأس (الثالثة)

ما يدل على المنع بدون الاذن والرضا والاجواز معه - كموثق (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) لا تزوج ابنة الاخ و ابنة الاخت على العمة ولا على الخالة الا باذنها وتزوج العمة والخالة على ابنة الاخ و ابنة الاخت بغير اذنها - و خبر (٢) الحذاء عن الباقر عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها الا باذن العمة والخالة و نحوهما غيرهما .

و قد استدل القديمان بالطائفة الاولى - و استدل الصدوق بالثانية - ومقتضى قاعدة الجمع هو تقييد الاولتين بالثالثة وتكون النتيجة هو ما ذهب اليه المشهور - وقد استدل للصدوق بعمومات الحل - لكن يجب الخروج عنها بالنصوص المقيدة - كما انه ربما يستدل للمقديمين بما عن العامة حيث انهم قائلون بالمنع مطلقا - بانهم من مصاديق الكبرى الكلية التي بنائهم عليها - و هي انه يحرم الجمع بين امرأتين لو كانت احدهما رجلا لكان يحرم عليه تزويج الاخرى - فان العمة او الخالة لو كانت رجلا كان يحرم عايتها بنت اخيها و بنت اختها - لكونه ح عما لها او خالا - و العم يحرم عليه تزويج بنت اخيه - والخال يحرم عليه تزويج بنت اخته - ولكن يرد على هذه الضابطة و ان كانت حسنة انه لا مدرك لها - مع - انها ايضا قابلة للتقييد فتقيد بالنصوص المتقدمة - ثم ان تمام الكلام في هذه المسئلة بالبحث في جهات .

الاولى انه لو عقد على بنت اخت زوجته او على بنت اخيها بغير اذنها ففيه اقوال خمسة (الاول) ما عن الشيخين ومن تبعها بل عن غير واحد نسبته الى الاكثر وهو ان للعمة او الخالة الخيار في فسخ العقد الواقع على بنت الاخ والاخت وبين فسخ عقدهما بلاطلاق (الثاني) ما عن الحلبي وهو بطلان عقد البنت وتزاول عقد العمة او الخالة فيكون للمدخول عليها فسخ عقد نفسها (الثالث) ما ذهب اليه المحقق في الشرايع و محكي النافع وهو بطلان العقد الثاني منجزا - (الرابع) ما عن المصنف في جملة من كتبه وكثير من المتأخرين وهو تزاول العقد الواقع على بنت الاخ والاخت ووقوفه على

رضا العمة والخالة وتخيران بين الفسخ والامضاء (الخامس) ما عن القاضي وابن حمزة وهو تزلزل العقدين وعدم خيار المدخول عليها في فسخ عقد الداخلة بل للزوج سلطنة فسخ عقدها من غير طلاق فان فسخ اورضيت المدخول عليها والا فللمدخول عليها الخيار بين الرضا وبين فسخ عقد نفسها من دون طلاق .

وقد استدلل للاول - بوقوع العقد بين صحيحين و حيث انه لا يمكن الجمع بينهما الا باذن فهما مخيران في رفع الجمع بينهما بين رفع الاول ورفع الثاني - (وفيه) ان الدليل دل على اعتبار اذنيهما في العقد الثاني ولا زمه السلطنة على رفعه ولا دليل على السلطنة على رفع الاول بل مقتضى اصاله اللزوم عدم السلطنة على ذلك - ويرد القول الثاني انه مع البناء على بطلان العقد الثاني لوجه البناء على تزلزل الاول واما القول الثالث فقد استدلل له بوجود - ١ - ان النهي عنه في النصوص بنفسه يدل على الفساد لكونه ارشادا اليه كما هو الظاهر من النواهي الواردة في سائر ابواب المعاملات (وفيه) ان متعلق النهي العقد بدون رضا العمة والخالة فالعقد معه غير مشمول للنهي فاذا تعقبه الرضا والاذن لا بد من البناء على صحته (فان قيل) ان ظاهر الاخبار اعتبار وجود الاذن والرضا حال العقد فان الظاهر ان البناء في قوله الا باذنيهما او برضا منهما للمقارنة فالمعنى الا مقارنا باذنيهما و برضا منهما وعليه فالعقد المتعقب بالرضا والاذن مشمول للنهي الدال على الفساد (قلنا) ان ظهور لفظة - في المقارنة ممنوع بل الظاهر منها المصاحبة والمعنية فالعقد المتعقب بالرضا والاذن داخل في المستثنى منه - ٢ - ان الصحة في مثل هذا العقد المنهى عنه تحتاج الى دليل خاص غير قوله تعالى (١) «او قوا بالعقود» و (٢) «احل لكم ما وراء ذلكم» لعدم ثبوت وجوب الوفاء والحلية مع الحكم بالحرمة اما الحكم بالحلية فواضح - واما وجوب الوفاء فلان ما كان ابتدائه واحداً مبغوضاً يكون البقاء عليه كذلك (وفيه) اولاً - ان البناء على تحريم العقد بحيث يوجب الاثم غير ظاهر فانه بعد حمل

النهي عنه على الارشاد الى الفساد لا يبقى دليل على الحرمة التكليفية - وثانيا - ان الحلية التي تدل عليها الآية الكريمة هي الحلية الوضعية وهي تجتمع مع الحرمة التكليفية - وثالثا - ان بقاء العقد ولزومه ليس فعل المكلف حتى يقال ان ما كان احدانه ميقوضا يكون البقاء عليه كك - ٣ - ان العقد على بنت الاخ والاخت بدون اذن العمة او الخالة معصية لله تعالى فيكون فاسدا لعموم العلة التي في اخبار (١) نكاح العبد بدون اذن مولاه - من انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز - فانها تدل على انه لو عصى الله لكان نكاحه باطلا فتدل على ان معصية الله تعالى كلية موجبة للفساد (وفيه) اولا - ما تقدم من عدم الدليل على الحرمة التكليفية فالعلة تدل ح على الصحة لا الفساد - وثانيا - ان المراد بالعلة ان كل نكاح لا يكون غير مشروع بذاته كشكاح المحرمات من النساء بل انما يكون غير نافذ رعاية حق الغير يصح باجازة من اعتبر رضاه فان كونه معصية لذلك الغير قابل للزوال بسبب تبدل كراهته بالرضا والافعصيان العبد سيده عصيان لله تعالى ايضا . وعليه فالعلة تدل على صحة النكاح في المقام فانه انما لا يكون نافذ الرعاية حق العمة والخالة - ٤ - خبر (٢) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الارضا منهما فمن فعل ذلك فنكاحه باطل (وفيه) ان الخبر لا يشمل العقد في المقام بعد الاذن ولاتنا في بين كونه باطلا اى غير صحيح قبل الاذن لفقد الشرط وصحته بعده لوجود المقتضى وعدم المانع - واما ما ذكره الشيخ الاعظم من ضعف الخبر - فيرد عليه انه ليس في سند الخبر من يتوهم التوقف فيه الا بنان بن محمد وهو لو لم يكن ثقة - يكون حسنا قطعاً - فلا اشكال في الخبر سنداً - وقد ظهر مما ذكرناه مدرك القول الرابع وانه الحق .

واما القول الخامس فلم اظفر بما يمكن ان يستدل به له - فما افاده المصنف رحمه الله وكثير من المتأخرين من الوقوف على رضا العمة والخالة هو الصحيح.

حكم ما لو اقترن العقدان

الثانية - اواقترن العقدان اما بان تزوج العمة وبنت الاخ او الخالة وبنت الاخت بصيغة واحدة - او عقد هو على احدهما ووكيله على الاخرى فى زمان واحد - فهل يتوقف صحة عقد البنت على اذن العمة او الخالة ام لا - وجهان - اكثر نصوص الباب الدالة على اعتبار الاذن مختصة بصورة ادخالها على العمة او الخالة فلا تشمل الفرض . وقد استدلل اعتبار الاذن فى المقام بوجوه ١- خبر (١) ابى الصباح الكنانى عن ابى عبدالله عليه السلام لا يحل للرجل ان يجمع بين المروثة وعمتها ولا بين المروثة وخالتها (وفيه) اولان الخبر قاصر من حيث السند لان فى طريقه محمد بن الفضيل وهو مشترك بين الضعيف والثقة - فان قيل - ان الراوى عن ابى الصباح هو محمد بن القاسم بن الفضيل وهو ثقة - توجه عليه - ان ظاهر العنوان من جهة عدم ذكر القاسم هو الازدى وهو ضعيف - وقد ضعف المحقق فى بحث العدد من نكت النهاية محمد ابن الفضيل الذى يروى عن ابى الصباح والظاهر ان نظره الى ما ذكرناه - وثانيا - انه قاصر من حيث الدلالة فان اطلاقه موهون بكثرة التقييد فانه يجوز الجمع مع سبق عقد البنت كما سيأتى ويجوز ايضا فى صورة الحقوق مع اذن العمة او الخالة ٢- خبر (٢) دعائم الاسلام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى ان يجمع الرجل بين المروثة وعمتها وبين المروثة وخالتها - ويرد عليه اولاً ضعف السند - وثانياً وهن الاطلاق ٣- ما افاده صاحب الجواهر وهى انه يمكن استفادة حكم ذلك مما تسمعه فى الجمع بين الحرة والامة بعقد واحد بناء على اتحادهما فى كيفية دلالة الدليل وقدره الخبر الصحيح (٣) هناك بصحة عقد الحرة دون الامة اى مع عدم الاذن فاذا كان

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٧

(٢) المستدرک باب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٤

(٣) الوسائل - باب ٤٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

مقتضى احترام الحرية عدم جواز الجمع بينهما وبين الامة في عقد واحد الا باذنها كان مقتضى احترام العمة والخالة ايضا عدم جواز الجمع بينهما وبين بنت الاخ والاخت الا باذنها (وفيه) ان هذا ليس الا القياس - فالمتحصل - انه لا دليل على البطلان - فالأظهر هو الصحة بدون التوقف على الاذن .

جواز تزويج العمة والخالة على بنت الاخ

والاخت بدون اذنها

الثالثة المشهور بين الاصحاب انه يجوز العقد على عمة الزوجة وخالتها ولو مع كراهة الزوجة - وفي الجواهر بالاخلاف معتد به اجده فيه بل عن التذكرة الاجماع عليه - وعن المقنع المنع مطلقا كالعكس - ونقل في الجواهر عن بعض ان القول بالجواز حتى مع الكراهة منافي لخبر (١) ابن مسلم عن الباقر عليه السلام لا تزوج الخالة والعمة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنها - وهذا يشعر بوجود القول باعتبار اذنها في الجواز - وكيف كان فيشهد للاول كثير من النصوص تقدمت جملة منها لاحظ صحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام لا تنكح ابنة الاخت على خالتها وتنكح الخالة على ابنة اختها ولا تنكح ابنة الاخ على عمته وتنكح العمة على ابنة اخيها - وخبره (٣) الاخر عنه عليه السلام تزوج الخالة والعمة على بنت الاخ وابنة الاخت بغير اذنها - وموثق (٤) على بن جعفر او حسنه عن اخيه عليه السلام في حديث تزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضا منهما الحديث ونحوها غيرها من الاخبار المفصلة وغيرها - واستدل اما ذهب اليه الصدوق بخبر (٥) ابي الصباح عن الصادق عليه السلام لا يحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها

(١) رواء في المسالك كك والظاهر انه وهم منه والذي عثرنا عليه في الاصول من خبر

ابن مسلم تزوج الخالة الخ من دون نهى كذا في الجواهر.

(٢) (٥-٤-٣) الوسائل باب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١٢-٥-٣-٧

ولا بين المرئوخة وخالتها. لكنه قد مر انه ضعيف السند. مع انه مطلق بقيد اطلاقه بالنصوص المتقدمة. واستدل للقول الثالث بخبر ابن مسلم المتقدم. ولكن يرد عليه اولان المضبوط روايته من دون كلمة النفي فينطبق مفاده على سائر النصوص. وثانيا. انه لو كانت الرواية كما رويت كانت معارضة مع النصوص الاخر والجمع العرفي يقتضى حملها على الكراهة.

ثم ان المشهورين الاصحاب انهم لا يفرق بين علم العمة والخالة بالحال وجهلها بها. وعن المسالك - اشترط علم الداخلية بكون المدخول عليها زوجته والالم يصح. وعن القواعد الاقرب ان للعمة والخالة فسخ عقدهما الوجهلنا لا المدخول عليها ونسبه في المستند الى المشهور. وقد ذكرنا في المقام احتمالات اخر - ١ - بطلان عقد الداخلية منجزا - ٢ - تخييرها في فسخ عقد المدخول عليها - ٣ - تخييرها في فسخ احد العقدین - ٤ - بطلان عقد المدخول عليها - ٥ - بطلان العقدین (و الاظهر) هو القول الاول المشهورين الاصحاب للاصل - واطلاق النصوص (واستدل) لاشتراط العلم بخبر ابن مسلم المتقدم الذي استدل به لاعتبار اذ منهما بناء على رجوع الضمير الى العمة والخالة وقد تقدم ما فيه. اضافة الى ان رجوع الضمير اليهما خلاف الظاهر بل الظاهر رجوعه الى المدخول عليها وفي الجواهر بعد نقل عبارة المسالك ولعله اخذه مما سمعه في تكاح الحرة على الامة بناء على اشتراك المسألتين في كيفية دلالة الدليل وفي حكمة الحكم وهي الاحترام الا انه ستعرف هناك عدم اعتبار الاذن في الجواز والصحة وانما تسلط هي على الخيار اللهم الا ان يريدوا ذلك هنا ايضا انتهى - ويرد عليه ما افاده قد مر انه بعد التسليم لا يخرج عن القياس.

واستدل لما ذهب اليه المصنف في القواعد - بخبر ابي الصباح المتقدم - وبان ملاك هذا الحكم اى عدم تزويج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الاحترام. كما صرح بذلك في خبر (١) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) انما نهى رسول الله ﷺ عن تزويج

المرئاة على عمتها وخالتها اجلال المعمة والخالاة فاذا اذنت في ذلك فلا باس - ولا فرق في الاحترام بين التقدم والتاخر (ولكن) يرد على الاول ما تقدم من ضعفه و تقييد اطلاقه بمامر - ويرد على الثاني - ان كون ذلك علة يتعدى عن موردها غير ثابت - مع ان غاية الاطلاق فيقيد بمامر - اصف الى ذلك ظهور الفرق بين الداخلة والمدخول عليها في الاحترام وعدمه واما الاحتمالات الاخر فلا مدرك معتمده لشيء منها فالظاهر هو صحة العقدين وازومهما - .

في كفاية الرضا الباطني

الرابعة - هل يعتبر اظهار الرضا بالاذن - ام يكفى الرضا الباطني - وجهان - الموجود في اكثر النصوص هو الاذن ومقتضى ذلك عدم كفاية الرضا الباطني - وفي خبر على بن جعفر المتقدم - اعتبار الرضا وكفايته فيدور الامر بين امور (الاول) كون الشرط هو الجامع بين الامرين فكل واحد منهما مصداق له فيكفى الرضا ايضا (الثاني) كون الشرط في الحقيقة مركبا من الامرين فكل من الرضا والاذن جزء للشرط وهو انما يكون بتقييد كل من الشرطين المذكورين بانضمامه الى الشرط الاخر (الثالث) كون كل منهما شرطا مستقلا وهذا انما يكون بتقييد اطلاق كل من الشرطين باثبات العدل له فيكون وجود احدهما كافيا (الرابع) جعل الاذن طريقا الى الرضا فيكون الشرط الرضا لا غير.

اقول لا ريب في كون الرابع خلاف الظاهر فان ظاهراخذ كل عنوان في الموضوع دخله في الحكم بنفسه لا بما انه طريق الى امر اخر - كما لا ريب في كون الاول خلاف الظاهر فانه ايضا مرجعه الى الغاء خصوصية كل منهما - فيدور الامر بين الثاني والثالث - والظاهر منهما هو الثالث وذلك لان كلاما من القضيتين مركبة من منطوق ومفهوم فمنطوق احدهما عدم جواز التزويج بدون الاذن - ومفهومها جوازه معه ومنطوق الاخرى عدم جواز التزويج بدون الرضا ومفهومها جوازه معه - لاشكال في انه لا تعارض بين المنطوقين ولا بين المفهومين بل التنافي انما هو بين مفهوم كل منهما

مع منطوق الاخرى فان عدم جوازى التزويج بدون الاذن اعم من وجود الرضا وعدمه - وجوازه مع الرضا الذى هو مفهوم الاخرى اعم من وجود الاذن وعدمه - وكذا العكس والنسبة بين المتنافيين عموم من وجه - فاما ان يحكم فى المجمع وهو وجود الاذن بدون الرضا - والرضا بدون الاذن بالتسايط والرجوع الى عموم دليل الجدل - او يحكم بالتخير وعلى التقديرين تكون النتيجة كفاية كل منهما وان لم يقرن بالآخر (ودعوى) انه لا يمكن فى المقام البناء على كفاية الرضا الباطنى من جهة ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود والايقاعات (مندفعة) بان ذلك انما هو فى المؤثر وهو العقد دون الشروط (ويمكن) ان يقال ان مفهوم القضيتين ليس هو جواز التزويج مع الرضا - او الاذن بل اعتبار الرضا والاذن فى صحة التزويج وعليه فلا يصلح المفهوم ان معارضة المنطوقين بل الجمع العرفى يقتضى البناء على اعتبارهما معا وهذا هو الاظهر - فلاظهر عدم كفاية الرضا .

الخامسة - هل يختص هذا الحكم بالعمة الدنيا - ام يعم العمة العليا قولان فعن المبسوط وجماعة اختيار الثانى وقواه صاحب الجواهر - واستشكل فيه المصنف ربه فى محكى القواعد و التعميم اظهر لاطلاق النصوص لصدق العمة والخالة - وبنت الاخ والاخت .

لو اشترط على الخالة والعمة الاذن فى تزويج

بنت الاخ والاخت

السادسة اذا اشترط فى عقد العمة او الخالة اذنها فى تزويج بنت الاخ والاخت ثم لم تاذن اعضانا منها فى العمل بالشرط لم يصح العقد على احدى البنتين لاطلاق النصوص وهل له اجبارهما فى الاذن فان تعذر قام الحاكم الشرعى مقامه فى استيفاء الحق باعمال ولايته - ام ليس له ذلك الامن باب الامر بالمعروف ولا يقوم الحاكم الشرعى مقامه اذ لا ولاية له على تحصيل الواجبات الشرعية على الناس - وجهان مبنيان على ان الشرط هل يوجب حقا للمشروط له على المشروط عليه ام لا يوجب ذلك - اذ على الاول يكون

الزوج ما لكا على العمّة أو الخالة الآن في العقد فيكون له المطالبة به ومع الامتناع يكون له إجبارها عليه - وعلى الثاني لا يكون ما لكا عليها وحيث ان المختار على ما حقق في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح - هو ثبوت الحق بالشرط - فالاول اظهر - ولو اشترط في ضمن عقدهما ان يكون له العقد على ابنة الاخ أو الاخت ففي العروة الظاهر الصحة وان اظهرنا الكراهة بعد هذا (اقول) ان كان الشرط هو العقد عليها بدون الاذن والوكالة فهو شرط مخالف للكتاب والسنة فيبطل. فان قيل ان مرجع ذلك الى اسقاط حق الاذن - قلنا - لم يثبت كون ذلك من قبيل الحقوق القابلة للاسقاط - بل مقتضى اطلاق الادلة الموجبة لاعتباره ولو بعد الاسقاط كونه من قبيل الحكم غير القابل لذلك وان كان الشرط هو الوكالة عنها في الاذن - فالظاهر صحة الشرط وازومه ولكن بعد ما عرفت من اعتبار الرضا ايضا وهو غير قابل للوكالة فلا ينفع ذلك فالأظهر عدم صحة العقد -

عدم حرمة بنت العمّة أو الخالة المزني بهما

مسألة - (ومن زنى بعمته أو خالته حرمت عليه بناتهما ابداً) ان كان

سابقا على التزويج على المشهور شهرة عظيمة وعن المرتضى والتذكرة الاجماع عليه وعن الحلي والمصنف في المختلف التوقف في الحكم وفي المستند بعد نسبة عدم الحرمة الى الحلي والكفاية تقوية ذلك (وقد استدل) للحرمة مضافا الى الاجماعات المنقولة بمصحيح (١) محمد بن مسلم قال سال رجلا باعده الله عليه السلام وانا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع تزوج ابنتها قال عليه السلام لا - قلت انه لم يكن افضى اليها انما كان شىء دون شىء فقال لا يصدق ولا كرامة - وموثق (٢) ابي ايوب عن ابي عبد الله عليه السلام قال ساله محمد بن مسلم وانا جالس عن رجل نال من خالته و هو شاب ثم ارتدع أيتزوج ابنتها قال عليه السلام

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٢ -

لا قال انه لم يكن افضى اليها انما كان شيء دون ذلك قال عليه السلام كذب وبما (١) عن ابن ادریس وقدروی ان من فجر بعمته او خالته لم تحل له ابتناهما ابدا وبما (٢) عن فقه الرضا فان زنى رجل بعمته أو خالته حرمت عليه ابتناهما ان يتزوجهما وبالنصوص المتقدمة الدالة على ان من زنى بامرأة حرمت عليه بنتها (ولكن) يرد على الاول عدم حجية الاجماع المنقول سيما مع معلومية المستند - ويرد على المصحح والموثق - ما افاده الشهيد الثانى ره بان السائل لم يصرح فيهما بوقوع الوطء اولا وصرح بعدمه ثانيا وكذبه الامام عليه السلام وهذا غير لائق بمقامه وهو قرينة الفساد - اضف اليه ان الظاهر كون الخبرين حاكيين عن واقعة واحدة و فى خبر محمد ان السائل رجل و هو جالس - وفى خبر ابى ايوب ان السائل محمد - وهذا موهن آخر - مع اختصاصهما بالخالة اللهم الا ان يدعى عدم الفصل - و يرد على مرسل الحلّى وما عن فقه الرضا ضعف السند - واما الاخير فقد مر ما فيه وعرفت ان الزنا لا يوجب نشر الحرمة - فاذاً لادليل على حرمة تزويج بنت العمّة أو الخالة المزنيّ بهما (فان قيل) ان تسالم الاصحاب على هذا الحكم وعدم حكاية الخلاف فيه من احد يوجب الاطمینان بثبوته وان منشأ التسالم عند اصحاب الائمة عليهم السلام عليه (قلنا) كلا فان جمعا كثيرا من الاصحاب بنائهم على حرمة بنت المزنيّ بهما مطلقا ولعل افتائهم بهافى المقام لكونه من مصاديق تلك وجمعا منهم توقفوا فى الحكم او اقتصروا بعدم الحرمة وقتوى جماعة منهم غير معلومة والباقون استندوا الى الاخبار المتقدمة وما كان شأنه ذلك لا يكون كاشفا عن تسالم اصحاب الائمة عليهم السلام عليه - فالأظهر عدم الحرمة .

الجمع بين الاختين بالملك

مسألة (ولو ملك الاختين فوطئ احدهما حرمت الاخرى جمعا) باختلاف

(١) الوسائل باب ١٠ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٢ - ٣

(٢) المستدرک باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ١

كما عن المسالك و اتفاقاً كما عن كشف اللثام - و ادعى صاحب الجواهر رد ان عليه
الاجماع بقسميه - ولا يخفى ان بنائنا في هذا الشرح وفي ساير المؤلفات على عدم
التعرض لاحكام العبيد والاماء لعدم الموضوع لها في هذا الزمان و لذلك لا نتعرض
لهذه المسألة وما في هذا الفصل من احكامها - كما انه لا نتعرض لمسائل الفصل الخامس

حرمة الزيادة على الأربع في العقد الدائم

مسألة (ويحرم على الحر في الدائم ما زاد على أربع حرائر) اجماعاً - بل عن
غير واحد حكاية اجماع المسلمين عليه - وفي الجواهر اجماعاً من المسلمين بل ضرورة
من الدين وما عن طائفة من الزيدية من جواز نكاح تسع لم يثبت بل المحكى عن مشائخهم
البرائة من ذلك انتهى .

واستدل له في الجواهر تبعاً للمسالك وتبعه جماعة بالاية الكريمة (١) وان خفتم
الاتسوطا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، بتقريب ان
الامر فيها للإباحة ومقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحريم ما زاد عليها اذ لو كان مباحاً
لما خص الجواز بها لمنافاته الامتنان وقصد التوسيع على العيال - ولان مفهوم إباحة
الأربع حصر ما دون الأربع او ما زاد عليها - و الاول باطل بتجوز الثلاث فيها صريحاً
فيتمين الثاني (وفيه) ان هذا هو الذى ذكر وجه الدلالة الوصف والعدد على المفهوم فهو
تمسك بمفهوم العدد - وقد حقق في محله انه لا مفهوم له .

ثم انه ربما يورد على الاستدلال بها (بان) ما فيها من الالفاظ الفاظ معدولة عن اعداد
مكررة هي اثنتين اثنتين - ثلاثة ثلاثة - اربعة اربعة - يقال اتوا رباع اى اربعة اربعة فالاية
بظاهرها تدل على جواز الأربع والست والثمان (وبان) العطف بالواو يقتضى الجمع
فمعنى الآية لو اقيمت على ظاهرها جواز نكاح الثمانية عشر كما افاده المحقق والشهيد
الثانيان (ولكن) يمكن دفع الاول بانها بمنزلة اعداد مكررة ذكر او هو اعم من كونه كك

على وجه التغاير الا ترى انه يقال جائئني القوم اربعا اربعا - وخمسا وخمسا - وهكذا يراد به ان القوم انقسموا الى جماعات - كل واحدة منها مركبة من اربع او خمس وهذا استعمال شائع مع ان عن بعض اهل اللغة انها معدولة عن تلك الاعداد المكررة لفظا عن صيغها ومعنى عن تكررها فمعنى مثني اثنين وهكذا - ويمكن دفع الثاني بان مقتضى العطف بالواو جمع المتعاطفة في الجواز لاجواز الجمع بينها نظير اكرم زيدا وعمر وافان نصب الاعداد اما انه يكون على البدلية من المفعول على الحال من فاعل طاب - ومعنى الحالية فيها مثلها في قولك جئت فارسا وراجلا - فان المراد به المجيء في كل حال من العالين لا المجيء في حال ثبوتهم جميعا - وكذا الحال في الآية فان المراد جواز النكاح في كل حال من الاحوال الثلاث دون مجمعوعها - بل ربما يقال ان المراد من الآية الاذن لكل ناكح يريد الجمع ان ينكح ما شاء من العدد المذكور متفقين فيه ومختلفين ولو ذكرت بالولذهب تجوز الاختلاف في العدد - وان كان ذلك لا يخلو عن النظر - لان الآية تجوز الاعداد لكل واحد من المكلفين لا للمجموع من حيث المجموع فلو اختلفوا لم يفعلوا الا ما هو الجائز كما لو اتفقوا (نعم) يمكن ان يقال انه لو كان العطف باو ازم منه عدم جواز الاربع لو اوجد الثلاث وكذا العكس لا ستيفاء العدد - وهذا بخلاف العطف بواو - فانه تدل الآية ح على جواز الثلاث حتى لو اوجد الاربع بالنقص - وكذا لو اوجد الثلاث الاربع بالتكميل .

ويمكن الاستدلال لاصل الحكم بطوائف من النصوص - منها - ماورد (١) فيمن تزوج خمسا بعقد واحد فانه يدل على انه لا بد وان يخلى سبيلا واحدة ويمسك الاربع - ومنها - ماورد (٢) فيمن كان عنده ثلاث نسوة فتزوج عليهن اثنتين في عقد واحد - ومنها ماورد (٣) في الكافر اذا اسلم وعنده اكثر من اربع الدال على انه يجب

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد

عليه ان يفارق ما زاد على الاربع - ومنها - ماورد فيمن كان عنده اربع نسوة فطلق واحدة ثم نكح اخرى - كصحيح (١) زرارة و محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام اذا جمع الرجل اربعا وطلق احداهن فلايتزوج الخامسة حتى تنقضى عدة المرأة التي طلق وقال لايجمع مائه في خمس - ونحوه غيره من النصوص (٢) الكثيرة - فلاشكل في الحكم .

تزويج الخامسة بعد طلاق الرابعة

انما الكلام في موارد - الاول - اذا كان عنده اربع فطلق واحدة منهن واراد نكاح الخامسة - فان كان الطلاق رجعيا لايجوز له ذلك الا بعد خروجها عن العدة بالاخلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه كذا في الجواهر - و يشهد به مضافا الى ان المطلقة رجعيا بحكم الزوجة تصاو فتوى فيشملة ما دل على عدم جواز تزويج الخامسة - نصوص مستفيضة كصحيح (٣) زرارة و محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام اذا جمع الرجل اربعا فطلق احداهن فلايتزوج الخامسة حتى تنقضى عدة المرأة التي طلقت وقال لايجمع مائه في خمس - وموثق (٤) على بن ابي حمزة عن ابي ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له اربع نسوة فيطلق احداهن ايتزوج مكانها اخرى قال عليه السلام لاحتى تنقضى عدتها - وخبر (٥) محمد بن قيس قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول في رجل كانت تحته اربع نسوة فطلق واحدة ثم نكح اخرى قبل ان تستكمل المطلقة العدة قال عليه السلام قليل حقه باهلها حتى تستكمل المطلقة اجلها الحديث ونحوها غيرها . وان كان الطلاق بائنا ففي الجواز قبل الخروج عن العدة قولان - المشهور

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد

(٣) الوسائل - باب ٢ ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١

(٤-٥) الوسائل باب ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١-٢

على الجواز - وعن ظاهر التهذيب الحرمة قبل الانقضاء و مال اليه كاشف اللثام - مقتضى اطلاق النصوص المانعة هو الثاني - وقد قيل في وجه عدم شمول اطلاقها للمورد اوتعين حملها بالنسبة اليه على الكراهة - امور :

١- مافى الجواهر وهو - انه لا بدوان يرفع اليد عن اطلاقها لمافى النصوص الواردة فى الاخت المفصلة بين الرجعى والبائن من التعليل لاحظ حسن (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام فى رجل طلق امرأته او اختلعت منه او بانث أله ان يتزوج باختها - فقال عليه السلام اذا برئت عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب اختها - ونحوه صحيح (٢) ابي بصير وخبر (٣) الكذائى - فانه علل عدم جواز تزوج الاخت فى عدة الرجعى - وجوازه فى عدة البائن - ببقاء العصمة وملك الرجوع - وانقطاعها وعدم ملكه - فيتعدى عن مورده الى المقام (وفيه) انه لم يذكر ذلك علة للحكم حتى يتعدى عن موردها بل بين الحكم فى ذلك المورد بهذه الجملة - ولعل اخصوصية المورد دخلا فى الحكم فلاوجه للتعدى .

٢- مافى الجواهر ايضا - وهوانه فى النصوص ما يتضمن (٤) انه لا يجوز له تزويج الخامسة حتى يعتد هو مثل عدة المطلقة وما يتضمن (٥) من انه اذا مات احدى الاربع لم يجز له ان يتزوج حتى يعتد اربعة اشهر وعشرا بل فيه انه يعتد وان كان متعة - وهذا يشعر بكون الحكم على ضرب من الكراهة والندب (وفيه) انه ان اراد بذلك ما افاده المحقق اليزدى من انه يمكن ان يكون المراد من العدة التى حكم فى الاخبار بعدم جواز الخامسة فيها على نحو الاطلاق هى عدة الرجل لا المطلقة - فلا بدح من حملها على الكراهة (فيدفعه) ان هذا خلاف صريح النصوص - لاحظ قوله فى صحيح زرارة حتى تنقض عدة المرأة - وكذا فى غيره وان اراد انه كما يكون الاعتداد فى هذه النصوص

(٢-١) الوسائل باب ٤٨ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٢-١

(٣) الوسائل باب ٢٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١

(٥-٤) الوسائل باب ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٥-٤

على وجه الاستحباب فليكن في نصوص المقام ايضا كك (فيرد عليه) ان ثبوت الاعتداد على وجه الاستحباب في بعض الموارد لا يقتضى مقايضة غيره عليه . .

٣ - ما افاده المحقق اليزدى ره وهو ان الظاهر من التعبير بالطلاق على نحو الاطلاق هو الرجعى - كما يدل عليه جعل الطلاق في مقابل الخلع والمباراة في حسن الحلبي المتقدم ولاقل من اجماله وعدم ظهوره في الاعم - فالمتيقن من النصوص عدة الطلاق الرجعى - وفي عدة البائن يرجع الى عموم دليل الحل بعد عدم كون نكاح الخامسة ح جمعا بين الخمس (وفيه) ان الطلاق ظاهر في العموم - وجعله في مقابل الخلع والمباراة انما هو من جهة ان الطلاق ربما يكون مجردا وربما يكون مع بذل المهر وما شاكل لان المراد به الرجعى خاصة .

٤ - انه في موثق عمار الاتى - نهى (ع) عن تزويج الخامسة في عدة طلاق الرابعة وفي عدة موثقا - وحيث انه في المورد الثانى يكون الحكم تدبيرا فكذا في المورد الاول لوحدة السياق (وفيه) ان الوجوب والاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه كما حقق في محله - فليس المقام من موارد وحدة السياق كما لا يخفى .

٥ - ان المنع عن تزويج الخامسة بعد طلاق الرابعة انما هو من باب حرمة الجمع بين الخمس فاذا كان الطلاق بائنا لاجمع (وفيه) انه يمكن ان يكون الوجه فيه بقاء بعض العلائق او غير ذلك (فتحصل) انه في مقابل اطلاق النصوص ليس شيء يتمسك به لهذا التفصيل - سوى تسالم الاصحاب عليه وكفى به مقيد الاطلاق النصوص وان ماتت الرابعة - فهل يجوز تزويج الخامسة من ساعته ام يجب الصبر الى اربعة اشهر وعشرا - وجهان يشهد الاول خبر (١) على بن جعفر عن اخيه موسى (ع) عن رجل كانت له اربع نسوة فماتت احدا هن هل يصلح له ان يتزوج في عدتها اخرى قبل ان تنقضى عدة المتوفاة قال (ع) اذا ماتت فليتزوج متى احب . وللثاني موثق (٢) عمار قال سئل ابو عبد الله (ع) عن رجل يكون له اربع نسوة فتموت احدا هن فهل يحل

لأن يتزوج أخرى مكانها قال (ع) لا حتى تأتي عليها عدة المطلقة - والجمع بينهما يقتضى حمل الموثق على الكراهة - اللهم إلا أن يقال أنه ليس جمعا عرفيا - إذ لو جمعنا بين قوله (ع) في خبر على - فليتزوج متى أحب - وبين قوله (ع) في الموثق لا حتى تأتي عليها الخ - بإهما أهل العرف متها فتين ويكونا من قبيل - أفعل ولا تفعل - لامن قبيل أفعل ولا باس بتركه - وعليه فيتعين الأخذ بالخبر وطرح الموثق لكونه أشهر .

و لو كان العدة لغير الطلاق و الموت كالفسخ بعيب أو نحوه - فلا إشكال في الجواز أي جواز تزويج الخامسة في عدة الرابعة - لأن الفسخ يوجب انتفاء الزوجية فلا يكون جمع بين خمس نساء و نصوص الصبر في العدة إنما هي في الطلاق - أو فيه و في الموت (و أولى) من ذلك في الجواز ما لو كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فإنه لأعدة هناك أضف إليه خبر (١) سنان بن طريف عن أبي عبد الله (ع) قال سئل عن رجل كن له ثلاث نسوة ثم تزوج امرأة أخرى فلم يدخل بها ثم أراد أن يعتق أمة و يتزوجها فقال (ع) أن هو طلق التي لم يدخل بها فلا باس أن يتزوج أخرى من يوم ذلك -

تزويج ذات البعل يوجب الحرمة الأبدية

مسألة (ويحرم العقد على ذات البعل) أجماعا أما وضعها فلما يأتي - وأما تكليفها فلاستلزام تحريم التعريض بالخطبة في العدة الرجعية كما يأتي تحريمه بطريق أولى ولقوله (٢) تعالى «والمحصنات من النساء» ففي الحديث هن ذوات الأزواج . وهل تحرم عليه به مؤبدا - أم لافيه صور - إذ تارة يعلم الزوج بأنها ذات بعل وأخرى لا يعلم وكك المرأة - وعلى التقديرين أو الأربعة - تارة يدخل بها وأخرى لا يدخل - أما صورة

(١) الوسائل - باب ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٦

(٢) سورة النساء آية ٢٥

عدم الدخول مع الجهل اى جهل الزوج فعن المسالك لاشكال فى الحل وفى الرياض دعوى الاجماع عليه من غير فرق فى ذلك بين علمها وجهلها - اما صورة العلم والدخول فالظاهر انه لا كلام بينهم فى التحريم وفى الرياض فلا خلاف فى التحريم واما فى صورة العلم وعدم الدخول - والجهل مع عدم الدخول فخلافاً نسب الحكم بالحل الى الاكثر فى الرياض .

واما النصوص فهى طوائف (احداها) ما يدل على الحرمة مطلقا مع العلم والجهل مع الدخول وعدمه كمؤثق (١) اديم بن الحر قال ابو عبدالله عليه السلام التى تتزوج ولها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان ابدا ونحوه (٢) مؤثقه الاخر (ثانيتهما) ما دل على الحرمة مع الجهل والدخول كمؤثق (٣) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام اذا نعى الرجل الى اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فبجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول ام لم يدخل بها وليس للآخر ان يتزوجها ابدا ولها المهر بما استحل من فرجها - ومؤثقه (٤) الاخر عنه عليه السلام فى امرئة فقد زوجها او نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال عليه السلام تعتد منهما جميعا ثلاثه اشهر عدة واحدة وليس للآخر يتزوجها ابدا - وهما صريحان فى صورة الجهل وظاهران فى صورة الدخول بقريضة الاعتداد من الاخير فى احدهما - واستحقاق المهر فى الثانى (ثالثتهما) ما يدل على الحرمة مع العلم دون الجهل كمرفوع (٥) احمد بن محمد بن الرجل اذا تزوج امرأة وعلم ان لها زوجا فرق بينهما ولم تحل له ابدا (رابعتهما) ما يدل على عدم التحريم فى صورة الجهل كصحيح (٦) عبد الرحمن بن الحجاج قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولها زوج وهو لا يعلم فطلقها الاول او مات عنها ثم علم الاخير ابراجعها قال عليه السلام لا حتى تنقضى عدتها - وهذا يختص بصورة الجهل واعم من الدخول وعدمه (خامستها) ما يدل على عدم التحريم فى صورة الجهل والدخول كصحيح (٧) عبد الرحمن

(١ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ - ٧) الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها .

حديث ١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ - ٧

(٢) الوسائل باب ١٥ من ابواب ترك الاحر ام حديث ٢ - كتاب الحج

عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم استتبأن له بعد ما دخل بها ان لها زوجا غائبا فتركها ثم ان الزوج قد دم فطلقها او مات عنها ايتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها ولم يعلم ان لها زوجا - قال عليه السلام ما احب لهما ان يتزوجا حتى تنكح زوجا غيره - هذه جميع ما وصل اليها من الاخبار .

واما الجمع بينها - فالطائفة الثانية معارضة مع الخامسة - فان الاولى تدل على الحرمة في صورة الجهل والدخول و الثانية تدل على عدم الحرمة في تلك الصورة والجمع العرفي بينهما يقتضى حمل الاولى على الكراهة - ويقيد اطلاق الطائفة الاولى بهما - وهما لا تعارضان الطائفة الرابعة والثالثة الدالتين على عدم الحرمة في صورة الجهل مطلقا لتوافق مفاد الجميع - وهما ايضا اخضان من الاولى في قيد اطلاقها بهما فنختص الاولى بصورة العلم - فالمتحصل - من النصوص هو الحرمة في صورة العلم دخل بهام لم يدخل - ومن الغريب ما عن القواعد قال ولو تزوج بذات البعل ففي الحاقه بالمعتدة اشكال ينشأ من عدم التنصيص ومن اولوية التحريم ونحوه ما عن الروضة والايضاح - وعن كشف اللثام ان مقتضى اطلاق الاخبار عموم التحريم .

ثم انه ربما يقال بانه لا بد من البناء على الحرمة في صورة الدخول والجهل الحاقا لذات البعل بذات العدة الثابت فيها هذا الحكم كما سيأتي (بدعوى) ان الحكمة في ذلك هي احترام الزوج ومعلوم تحقق هذه الحكمة في ذات البعل بنحو آكد واشد فيكون هذا الحكم ثابتا فيها بالاولوية القطعية (او بدعوى) شمول اطلاق نصوص ذات العدة لذات العدة الرجعية بل قد صرح بهافي بعض تلك النصوص وقد اتفق النص والفتوى على ان ذات العدة الرجعية بحكم الزوجة فيعلم منه ان حكم الزوجة مثل حكمها - ولكن يرد على الدعوى الاولى انه لم يعلم كون العلة في ثبوته هو احترام الزوج ولعله من الاحكام التعبدية للعدة وان كان للعلاقة الزوجية دخل فيه في الجملة لكن لا بنحو الاستقلال - ويرد على الثانية ان الدليل دل على ان ذات العدة الرجعية بحكم الزوجة - لا على ان الزوجة بحكمها - ولازم ذلك ثبوت احكام الزوجة لها - لا ثبوت احكامها للزوجة - فتدبر - .

تزويج المعتدة يوجب الحرمة الابدية

(و) كذا يحرم العقد على (المعتدة) كانت العدة بائة أو رجعية أو عدة وفات أو عدة شبهة كان العقد دواما أو متعة (مادامت كك) أى ما دامت فى العدة بلا خلاف اجدد فيه بل الاجماع بقسميه عليه كذا فى الجواهر - واستدل له بالاية الكريمة (١) «ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله» بتقريب ان المراد من عزم العقدة نفس العقدة لأنها المفهوم منه عرف الشيوخ التعبير عن تحريم الفعل بالنهى عن مقدماته لقصد المبالغة وهذا العرف بيباك فهل ترى يشك احد منهم فى انه لو قال المولى لعبده اعزم على هذا الامر ولا تعزم عليه - فى ان الاول ما موربه والثانى منهى عنه - وان ابيت عن ذلك يمكن ان يقال ان تحريم العزم نفسه على النكاح مستلزم لتحريم النكاح المعزوم عليه اذ لو كان جائز الكسان العزم عليه جائز اقطاعا اذ لا حكم للعزم بالنظر الى ذاته وانما يثبت له الحرمة والجواز بواسطة ما اضيف اليه من الفعل المعزوم عليه والمراد من بلوغ الكتاب اجله انتهاء العدة بلا خلاف كما عن مجمع البيان - فالاية تدل على حرمة العقد على المعتدة - ولكن موردها عدة الوفاة فيتعدى عنه بالاجماع وعدم القول بالفصل .

(ولو تزوجها فى عدتها) فان كان كل من الزوج والزوجة (جاهلا) بالعدة او التحريم او بهما معا (بطل العقد) بالضرورة وصرح به فى بعض النصوص الاتية - لكن لا تحرم عليه ما لم يدخل بها (فان دخل حرمت ابدا) اجماعا فيهما كما فى الرياض - وفى الجواهر بلا خلاف اجدد فى شىء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه - وان كان عالما حرمت عليه ابدا بمجرد العقد اجماعا - واما النصوص فهى على طوائف - منها - ما يدل على كون العقد موجبا للحرمة الابدية مطلقا كخبر (٢) محمد بن مسلم عن

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٢٢

الصادق عليه السلام عن الرجل يتزوج المراءة في عدتها - قال عليه السلام يفرق بينهما ولا تحل له ابدا ومنها - ما يدل على انه لا يوجب الحرمة الابدية مطلقا كخبر (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام قال سألته عن امرأة تزوجت قبل ان تنقضى عدتها قال عليه السلام يفرق بينهما وبينه ويكونا خطيبا من الخطاب - ومنها - ما يفصل بين العلم والجهل ويدل على ثبوت الحرمة الابدية مع العلم دون الجهل كمصحح (٢) اسحاق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام بلغنا عن ابيك ان الرجل اذا تزوج المراءة في عدتها لم تحل له ابدا - فقال عليه السلام هذا اذا كان عالما فاذا كان جاهلا فارقه او يعمد ثم يتزوجها نكاحاً جديداً - وصحيح (٣) عبد الرحمن بن الحجاج عنه (ع) قال سألته عن الرجل يتزوج المراءة في عدتها بجهالة أهي ممن لا تحل له ابدا - فقال (ع) لا - اما اذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضى عدتها - وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو اعظم من ذلك - قلت باي الجهالتين يعذر بجهالته ان ذلك محرم عليه ام بجهالته انها في عدة - فقال (ع) احدى الجهالتين اهون من الاخرى الجهالة بان الله تعالى حرم ذلك عليه وذلك بانه لا يقدر على الاحتياط معها - فقلت فهو في الاخرى معذور قال (ع) نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور في ان يتزوجها - فقلت فان كان احدهما متعمدا والاخر يجهل فقال (ع) الذي تعمدا لا يحل له ان يرجع الى صاحبه ابدا - ومنها - ما يفصل بين الدخول وعدمه ويدل على ثبوت الحرمة به وعدم الحرمة بدونه كمصحح (٤) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن المراءة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل ان يمضي لها اربعة اشهر وعشرا فقال عليه السلام ان كان دخل بها ففرق بينهما ولم تحل له ابدا واعتدت ما بقى عليها من الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروء وان لم يكن دخل بها ففرق بينهما واعتدت بما بقى عليها من الاول وهو خاطب من الخطاب ونحوه او قريب منه موثق (٥) محمد بن

مسلم. ومصحح (١) - سايमान - وموثق (٢) - ابي بصير - ومنهما ما يدل على ثبوت الحرمة مع العلم او الدخول وعدمها مع عدمهما - كمصحح (٣) - الحلبي - عن الصادق عليه السلام اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له ابدا عالما كان او جاهلا - وان لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر .

ومقتضى الجمع العرفي بين النصوص حمل الطوائف الاربع الاول على الاخيرة حملا للمطلق على المقيد - مع - ان الجمع العرفي بين الطوائف الاربع مع قطع النظر عن الاخيرة يقتضى البناء على ما تضمنه الاخيرة وهو كفاية الدخول او العلم في الحرمة فان الاوليتين مطلقتان - والاخيرتين مقيدتان فيحمل المطلق على المقيد - واما الطائفتان الاخيرتان - فكل منهما متضمنة لقضيتين - الحرمة مع الدخول - وعدم الحرمة بدونه - الحرمة مع العلم - وعدم الحرمة مع الجهل - ومورد التعارض هو القضية الاولى من كل منهما مع القضية الثانية من الاخرى - اذ تعارض بين الاوليتين منهما - وكذا بين الاخيرتين كما لا يخفى - والنسبة بين المتعارضتين عموم من وجه - فان الاولى من الثالثة تدل على الحرمة مع العلم دخل بها ام لا - والثانية من الرابعة تدل على عدم الحرمة مع عدم الدخول كان جاهلا او عالما - وكذا بالنسبة الى الاولى من الرابعة مع الثانية من الثالثة وحيث ان المختار في تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى المرجحات فيرجع اليها - ويقدم الاولى من كل منهما على الثانية من الاخرى للشهرة - فتكون النتيجة حرمتها مع الدخول - او العلم (ويمكن) ان يقال ان الاولى من كل منهما متضمنة لحكم اقتضائي - وهو اقتضاء الدخول او العلم للحرمة - والثانية من كل منهما متضمنة لحكم لا اقتضائي وهو عدم الحرمة لعدم مقتضى - وعند التعارض يقدم ماله الاقتضاء على ما لا اقتضاء فيه - فتأمل - فان ذلك ليس من مرجحات باب التعارض وانما هو في باب التزام - (فالمتحصل) مما ذكرناه انه ان عقد على المعتدة فمع العلم تحرم عليه - وكذلك مع الدخول ولو لم يكن علم ولا دخول لا تحرم عليه -

المدار على علم أحدهما

ثم انه ينبغي التنبيه على امور - الاول - ان العلم الموجب للحرمة هل هو علم الزوج او الزوجة او علمهما معا - واحدهما - وجوه اظهرها الاخير - اما كفاية علم الزوج فيشهد بهما صحيح اسحاق وصحيح ابن الحجاج - ومنه يستفاد الاكتفاء بعلم الزوجة - اما في ذيله فقالت فان كان احدهما متعمدا والاخر بجهل - فقال **الشيخ** الذي تعمدا لايجل له ان يرجع الى صاحبه ابدا - فانه وان دل على الحرمة على العالم خاصة الا انه حيث تكون الزوجية من قبيل الاضافات القائمة بين الاثنين كالاخوة والبنوة والابوة والتقدم والتأخر غير القابلة للتبعض - فالحكم بعدم الصحة والحرمة من احد الطرفين مستلزم للحكم بهما من الطرف الاخر - والصحيح لا مفهوم له كي يدل على عدم الحرمة على الاخر - ولعل سر التعبير بالحرمة على العالم التنبيه على انه اذا كان الطرف الاخر عالما بانه كان عالما ثبت الحرمة في حقه ايضا للتلازم وان لم يكن عالما بذلك لم يحرم بالنسبة اليه ظاهرا كما لو ادعت المروءة مثلا بعد تجديد العقد عليها انها كانت عالمة بالحكم والموضوع حال العقد وانكر الزوج علمها بذلك وادعى انها معا كانا جاهلين حال العقد الاول - فانه يحكم بترتيب آثار الصحة على العقد الثاني بالنسبة الى الزوج و بترتيب آثار الفساد بالنسبة الى المروءة - ثم ان المستفاد من الصحيح تعميم الجهل المانع عن الحرمة الابدية - الى الجهل بالموضوع والحكم (نعم) يبقى حاشكال على الصحيح وهو ان المراد بالجهالة ان كان خصوص الغفلة والجهل المركب لما استقام ما فيه من التعليل بانه مع الجهل بالحكم لا يقدر على الاحتياط - انح لا يقدر على الاحتياط مع الجهل بالموضوع ايضا وان كان المراد بها الجهل البسيط والشك فهو يقدر على الاحتياط مع الجهل بالحكم - والتفكيك بين الجهالتين بان يجعل الجهل بالحكم بمعنى الغفلة والجهل المركب والجهل بالموضوع بمعنى الشك - خلاف الظاهر جدا واردة الاعم منهما في الموضوعين لا تصحح التعليل كما لا يخفى (والجواب) عن ذلك ما افاده المحقق الخراساني ره بان المتعين استعماله في كلا

الموضعين في المعنى العام الشامل للغفلة و الشك لكن لما كان الغالب في الجهل بالحكم هو الغفلة اذ قلما يتفق مع الالتفات اليه الشك فيه بخلاف الجهل بكونها في العدة فانه يتحقق غالباً مع الالتفات بكثرة اسبابه اذ المتعارف بحيث قل ان تخلف التفتيش من حال المرأة التي يريد ان يتزوجها ومعه من المستحيل عادة ان لا يصادف بما يورث التفتاته الى انها في العدة ام لا كما لا يخفى خص الامام عليه السلام الجاهل بالتحريم بالاعذرية معللاً بكونه غير قادر على الاحتياط نظراً الى ان الغالب فيه الغفلة بخلاف الجاهل بالعدة من دون التفتات منه مما يتفق نادراً في الموضوعين فاذاً لانفكيك بحسب المعنى بين الموضوعين انتهى (والايراد) عليه بان غلبة التفتيش عن حال المرأة توجب عدم بقاء الشك بحاله غالباً فالتعرض لحكم الشك في العدة تعرض للفرد النادر كما عن بعض الاعاظم - يندفع بان المستهجن حمل المطلق على الفرد النادر واما التعرض لحكم الفرد النادر فلا قبح فيه

ثم ان صاحب الجواهر ره استدلى على الاكتفاء بعلم الزوجة بصحيح (١) على بن رثاب عن حمران قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن امرأة تزوجت في عدتها بجهالة منها بذلك فقال عليه السلام لا ارى عليها شيئاً ويفرق بينها وبين الذي تزوج بها ولا تحل له ابداً قلت فان كانت قد عرفت ان ذلك محرم عليها ثم تقدمت على ذلك فقال عليه السلام ان كانت تزوجته في عدة لزوجها الذي طلقها عليها الرجعة فاني ارى ان عليها الرجم فان كانت تزوجته في عدة ليس ازوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة فاني ارى ان عليها حد الزاني ويفرق بينها وبين الذي تزوجها ولا تحل له ابداً (ولكن) يرد عليه انه وان حكم فيه بالحرمة مع علم الزوجة الا ان المفروض فيه الدخول بقرينة التعرض للرجم والحد - ولذا حكم بها مع جهلها ايضاً -

الدخول بعد العدة موجب للحرمة الابدية

الثاني لا فرق في الدخول الموجب للحرمة بين القبل و الدبر كما صرح به جماعة لاطلاق النصوص وهل هناك فرق بين الدخول في العدة والدخول بعدها فيكون الموجب للحرمة الابدية هو الاول دون الثاني كما في الجواهر والمسالك - أم لا فرق بينهما فالدخول بها بعد العدة ايضا موجب للحرمة كما ذهب اليه سيد الرياض و جها ن قد استدل الاول (بان) المنسب الى الذهن من النصوص هو اعتبار الدخول في العدة في الحرمة فيما يعتبر فيه ذلك (وبان) مصحح الحلبي الاول وموثق محمد بن مسلم وحسن حمران المتقدمة مختصة بالدخول في العدة فيقيد بها اطلاق سائر النصوص (وبان) المطلق من الاخبار محفوف بما يصلح للقريظة و هو ذكر الظرف في الكلام فانه اذا ذكر قيد في الكلام مع جمل متعددة كان القيد في اول الكلام مثل اذا جاء يوم الجمعة و جاء زيد و اكرمك - او في الوسط مثل اذا جاء زيد في يوم الجمعة و اكرمك - او في الاخر مثل اذا جاءك زيد و اكرمك يوم الجمعة - يكون ذلك مانعا عن ظهور شيء من تلكم الجمل في الاطلاق - وفي المقام ذكر جملتان و هما التزويج - و الدخول - و ذكر بينهما قيد و هو في العدة صالح لرجوعه الى كليهما فيكون مانعا عن انعقاد الاطلاق و ح فيتمين الرجوع الى عمومات الحل (وبهذه) الوجوه يجب عن استدلال سيد الرياض لما اختاره من اطلاق النصوص والفتاوى (لكن) يرد على الوجه الاول - منع الانصراف الى الدخول في العدة وعلى الثاني - ان تلك النصوص لا تصلح للتقييد لعدم التنافي في الحكم بينهما و بين المطلقات - وعلى الثالث ان الكبرى الكلية المذكورة لو تمت مع ان للمنع عنها مجالا و اسعاسيما في صورة ذكر القيد في الانشاء لا تنطبق على المقام فان القيد في المقام ذكر في كلام السائل والجملة الثانية مذكورة في كلام الامام عليه السلام فتدبر فالأظهر هو ما افاده سيدنا لرياض لاطلاق النصوص.

حكم تزويج من شك في أنها في العدة

الثالث - اذا شك في أنها في العدة ام لا (فان) اخبرت بانها في العدة أو بعدم العدة او انقضائها صدقت - لمصحح (١) زرارة عن ابي جعفر (ع) قال العدة والحيض للنساء اذا ادعت صدقت - مضافا الى ما دل على حجية قول ذي اليد على ما في يده فضلا عن نفسه - كما عليه سيرة العقلاء والمتشرعة (وان) لم تخبر بشيء - فان علم كونها في العدة سابقا وشك في بقائها لم يجز تزويجها للاستصحاب ولو تزوجها مع ذلك حرمت عليه ابدا لما حقق في محله من قيام الاستصحاب مقام العلم المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقية وان لم يعلم ذلك مقتضى الاصل جواز التزويج وعدم الحرمة الابدية لو تزوجها - .

وان علم اجمالا بكون احدي الامرأتين المعينتين في العدة ولم يعلمها بعينها ولا اخبرت احدهما بشيء ولم يكن موردا للاستصحاب - وجب عليه ترك تزويجهما للعلم الاجمالي الموجب لتنجز المعلوم فيجب فيه الاحتياط ولو تزوج احدهما بطل - للعلم ببطالان تزويج احدهما - فالاصول المحرزة للصحة لا تجري فيرجع الى اصاله الفساد اى اصاله عدم تحقق الزوجية - وهل يوجب الحرمة الابدية - ام لا - وجهان اظهرهما الثاني لعدم احراز العقد في العدة - اللهم الا ان يقال انه يحصل علم اجمالي آخر وهو انه اما ان يحرم تزويج هذه ولا يجوز تزويج الاخرى وهذا العلم موجب للاحتياط ولكنه يندفع بان احد طرفي هذا العلم وهو حرمة تزويج الاخرى لا يجري فيه الاصل - للمعلم الا جمالي السابق فيجري في طرفه الاخر بالامعاض - نعم - اذا تزوج الاخرى ايضا يحصل له علم اجمالي بحرمة احدي الامرأتين فيجب عليه الاحتياط .

ولو علم بان هذه المرأة المعينة في العدة لكن لا يدري أنها في عدة نفسها فيجوز

تزويجها لأنها إنما شرعت لل منع عن التزويج بغير ذى العدة احتراماً لذى العدة فلا تمنع من تزويجها أوفى عدة لغيره - جازاه تزويجها لأصالة عدم كونها فى عدة الغير ولا يعارضها أصالة عدم كونها فى عدة نفسه لعدم الاثر له - اللهم الا ان يقال انه فى كثير من الموارد يترتب الاثر للزوى على كونها فى عدة نفسه كوجوب النفقة والمسكن بل وجواز الرجوع فى عدة الطلاق الرجعى وما شاكل وعليه فيعلم اجمالاً بأنه اما توجه اليه تلك الخطابات او حرمة تزويجها و كما انه يترتب على أصالة عدم كونها فى عدة الغير جواز التزويج كك يترتب على أصالة عدم كونها فى عدة نفسه عدم تلك الاحكام فيتمارض الاصلان - فلا يجوز تزويجها - .

حكم التزويج فى العدة بالعقد الفاسد

الرابع لا اشكال فى انه لا يباحق بالتزويج فى العدة وطء المعتدة شبهة لخروجه عن مورد النصوص فيشملها ما دل على الحل - وكذا الزنا الا اذا كانت العدة رجعية على ماسياتى .

واما لو تزوجها فى العدة بالعقد الفاسد - فان كان الفساد لعدم تمامية اركانها عند العرف فكك لا يوجب التحريم لان الموضوع هو تزويج من فى العدة ولا يصدق على ذلك التزويج عند العرف فلا يشملها النصوص وان كان الفساد لفقد قيد من القيود الشرعية كالعربية وما شاكل ففيه اقوال - الاول - ما اختاره المصنف فى التحرير على ما حكى وهو ان الموجب للحرمة هو العقد الصحيح الذى لولا المانع ترتب عليه اثره فلا يكون الفاسد موجبا للحرمة ثم انه قد ذهب اخيراً فى ذلك الكتاب الى التفصيل بين علم العاقد بالفساد و عدمه فعلى الاول لا يحرم وعلى الثانى يوجب الحرمة - الثالث - ما اختاره صاحب الجواهر وذكره فى عقد المحرم - وهو ان الفساد ان كان من جهة المهر كنكاح الشغار أو من جهة اللفظ كالصيغة الفاقدة لما يعتبر فيها فلا يوجب الحرمة - وان كان من جهة المحل كما فى العقد عليها وهى محرمة مثلاً فيوجب الحرمة - الرابع - عدم كونه موجبا لها مطلقاً - الخامس - كونه موجبا

للحرمة كك - ولا يبعد دعوى اظهرية الرابع - لان الظاهر من الاخبار بقرينة كون الموضوع المذكور فى الاسئلة ومن المعلوم انهم كانوا يسألون عن حكم التزويج الصحيح لولا وقوعه فى العدة و الجواب لا يكون مطلقا كى يقال انه لاعبرة بخصوص المورد بل هو جواب عما سئل - ومن جهة ان التزويج الواقع فى كلام الشارع محمول على ما يراه تزويجا - هو التزويج الصحيح مع قطع النظر عن وقوعه فى العدة .

حكم العقد على امرأة توفي زوجها قبل علمها بوفاة

الخامس اذا تزوج امرأة بعد وفاة زوجها وقبل علمها بالوفاة التى هى غير ذات البعل وغير المعتمدة فان عدتها من حين بلوغ الخبر فهل يوجب الحرمة الابدية ام لا قولان ذهب الى الثانى جماعة منهم المصنف فى القواعد وثانى الشهيد فى المسالك وكاشف اللثام وصاحب الجواهر وقوى الاول سيد الرياض .

واستدل له بأنه لو تزوجها بعد هذا الزمان فى زمان العدة لاقتضى التحريم البتة ففيه اولى لانه اقرب الى زمان الزوجية - و المناقشة فى هذه الاولوية ممنوعة انتهى (وفيه) ما تقدم من عدم دليل على كون التحريم مع التزويج فى العدة من جهة علقه الزوجية واحترام الزوج لانه من الممكن بل هو ظاهر الدليل ان للعدة خصوصية مقتضية لذلك - والاستدلال له بان المستفاد من الادلة انها فى المدة المتخللة بين الوفاة وعلمها بها تكون بحكم الزوجية المعتمدة . يندفع - بان المراد من الادلة ان كان هو الاخبار فاستفادة ذلك منها مشكلة الا ان يرجع الى ما سنذكره عند بيان المختار - وان كان المراد الاصل العملى وهو الاستصحاب - فهو انما يفيد الحكم الظاهرى وقد انكشف خلافه وان العقد لم يكن على ذات البعل واقعا فلا وجده لتحريمها .

واستدل للثانى بانها ليست زوجة ولا معتمدة لعدم الاعتداد عليها قبل العلم بالوفاة فيرجع فيها الى اصالة الحل .

و يمكن ان يستدل للاول بوجهين (احدهما) ان نصوص ذات البعل وان لم تشملها عدم كونها ذات البعل ولكن بعض نصوص ذات العدة الآتية يشملها وهو ما تضمن

المنع عن تزويج امرأة قبل ان تنقضى عدتها - فان مقتضى اطلاقه شمول المنع للتزويج بعد خروجها عن كونها ذات بعل وصيرورتها معتدة المهر الا ان يقال مضافا الى منع الاطلاق لعدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة - ان التعبير بقبل انقضاء العدة في مورد عدم الشروع فيها غير متعارف فهو ظاهر في التزويج في العدة (ثانيهما) ان نصوص المنع عن التزويج في العدة وانه يوجب الحرمة الابدية انما تدل على ان ايجاد العلقة الزوجية فيها وجعل المرئة زوجة موجب لذلك - وعليه - فهذه المرئة بعدما علمت بالوفاة يكون بقاء زوجيتها بايجابها قبل ذلك فهي امرأة ذات عدة زوجت فشملها النصوص لعدم الفرق بين الحدوث والبقاء - المهر الا ان يقال ان النصوص ظاهرة في الاحداث - وعليه فالظاهر عدم التحريم الابدى .

وهل يكون العقد عليها باطلا من الاول - او يبطل من حين علمها بالوفاة - ام يصح وجوه (قد استدل) للاول - بان المفهوم من الادلة ان ذات العدة لا يصح تزويجها الا بعد انقضاء العدة فمادامت العدة غير منتهية فعلاقة الزوجية للاول باقية وهي تنافي التزويج للآخر ذكره بعض الا عاظم من المعاصرين - وبمنافاة صحته لما عليها من استحقاق الزوج عليها العدة والحداد الذي هو ترك الزينة في نفس الامر لان وجوب العدة والحداد عليهما من حين بلوغ خبر الوفاة انما هو لاحترام الزوج ومن المعلوم منافاة صحة العقد عليها مع وجوب العدة والحداد عليها لاحترام الزوج المتوفى - وبعدم تمشى القصد الجدى منهما الى الانشاء الذي لا بد منه في صحة كل عقد مع احرار كونها ذات بعل ولو بالاصل - نسب هذان الوجهان الى المحقق اليزدى (ولكن) يرد على الاول انه لو منعنا كون علة حرمة التزويج في العدة ومجرمته احترام الزوج كما منعه ولذلك اختار هو عدم كونه محرما ابديا لما كان وجه لذلك اذا هل العرف لا يفهمون ملاك هذا الحكم ومناطه حبل هو حكم تعبدى - ودعوى انهم يفهمون ان المناط هو التمانع عندهم بين الزوجيتين - مندفعة بانه مع قطع علاقة الزوجية للاول اى تمناع بينهما - ويرد على الثانى - ان غاية ما يلزم من ما افيد التراحم بين وجوب العدة والحداد وما يستحق عليها الزوج الثانى - لافساد العقد - ويرد على الثالث

ان المعتبر هو القصد الجدى الى ايجاد الزوجية فى اعتبارهما - لا الى تحقيقها عند العقلاء والشارع الاقدس . ومن المعلوم ان ذلك ممكن - وبالجمله لا ارى مانعا من صحة العقد وكونها زوجة للثانى ومع ذلك يجب عليها الاعتداد - فتكون من قبيل الزوجة المفقودة زوجها اذا اطمئنت بموته ثم تزوجت و دخل بها الثانى - فانه اذا جاء الاول تكون هى زوجته ومع ذلك يجب عليها الاعتداد من الثانى - ولكن ظاهر الا ساطين كون بطلان العقد فى المقام من المسلمات وكفى به مدركا - وطريق الاحتياط معلوم.

حكم ما لو تزوج المعتدة ودخل بها ثم ولدت ولدا

السادس - اذا تزوج امرأة فى العدة جاهلا ووطئها فحملت - وجائت بولد . فان مضى من وطء الثانى اقل من ستة اشهر ولم يمض من وطء الزوج الاول اقصى مدة الحمل لحق الولد بالاول قطعا كما فى الجواهر - لقاعدة الفراش وانتفائه عن الثانى قطعا فلا يعارضها شيء - ولمرسل (١) جميل عن بعض اصحابه عن احدهما عليه السلام فى المرأة تزوج فى عدتها قال عليه السلام يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما جميعا واذا جائت بولد لستة اشهر او اكثر فهو للاخير وان جائت بولد اقل من ستة اشهر فهو للاول . وان مضى من وطء الاول اقصى المدة ومن وطء الثانى ستة اشهر او ازيد الى ما قبل الاقصى لحق الولد بالثانى بلاشكل كما فى الرياض وقطعا كما فى الجواهر - وبشهاد به مضافا الى قاعدة الفراش بناء على ان الفراش ما يقابل العاهر والواطء شبهة ليس بعاهر - ولا يعارضه فراش الاول لانتفائه عنه قطعا - مرسل جميل المتقدم . وان مضى من وطء الاول اقصى المدة - ومن وطء الثانى اقل من ستة اشهر فلا يلحق باحدهما للعلم بانتفائه عنهما .

وان مضى من وطء الاول ستة اشهر فما فوق الى اقصى المدة - وكذا من وطء الثانى (فعن) القواعد والشرائع فى بعض فروع السبب الاول والمسالك وغيرها انه

(١) الوسائل باب ١٧ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ١٤

ملحق بالثاني ونسبه الشهيد الثاني الى الاكثر واستدل له بوجوه - ١ - ما عن المسالك وهو ان كلامهما وان كان فراشا وتعارض قاعدة الفرائض فيهما - الا ان الترجيح مع تطبيقها على الثاني لان الثابت اولى من الزائل (وفيه) ان بقاء الفرائض لادخل لدفعي الحكم وانما الميزان هو الفرائض حال الانعقاد - ونسبته اليهما على حد سواء - ٢ - ما في الرياض وهو مرسل جميل المتقدم - واورد عليه بضعف السند - وفيه - انه مروي في (١) الفقيه على ما في الوسائل عن جميل بن دراج - وظاهر انه بلا ارسال مع انه من اصحاب الاجماع فلا يضر ارساله - ٣ - ان جملة من النصوص تدل على ذلك في غير المقام من موارد الوطء بالاشبهة وبعدم الفصل بين الموارد بحكم به في المقام لاحظ صحيح (٢) الحلبي عن الصادق (ع) اذا كان للرجل منك الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت فان وضعت لخمسة اشهر فانه لم يولها الذي اعتقها وان وضعت بعد ما تزوجت لستة اشهر فانه لزوجها الاخير - وصحيح (٣) الزبطي عن رواء عن زرارة قال سالت ابا جعفر (ع) عن الرجل اذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة اشهر فهو للاول وان كان ولدا نقص من ستة اشهر فلامه ولابيه الاول وان ولدت لستة اشهر فهو للاخير ونحوهما غيرهما (وعن) المبسوط وفخر الاسلام انه يقرع بينهما لان كلامهما فرائض فتعارض قاعدة الفرائض فيهما ولا ترجيح لاحدهما على الاخر فيكون المقام من المشكل فيرجع فيه الى القرعة لانها لكل امر مشكل - (٤) ويرد عليه ما تقدم - فالمتحصل مما ذكرناه - ان ما ذكره المصنف ره بقوله (والولد له) هو الصحيح -

ثبوت المهر المسمى في وطء الشبهة

السابع لا اشكال في انه لو تزوج الرجل المعتدة ولم يدخل بها لامهر عليه لفساد

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث ١٣-١١-١٢

(٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

العقد - وخبر (١) عبدالله ابن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة المطلقة قبل ان تنقضى عدتها قال عليه السلام يفرق بينهما ولا تحل لها ابداء ويكون له صداقها بما استحل من فرجها أو نصفه ان لم يكن دخل بها - لاعراض الاصحاب عندومعارضته مع النصوص الاخر لا يعتنى به - كما انه لا اشكال في ثبوت مهر المثل في الوطء بالشبهة المجردة عن التزويج اذا كانت الموطوءة مشتبهة للنصوص .

واما اذا كان الوطء بالتزويج ففي ثبوت المسمى او مهر المثل - قولان - ظاهر المتن حيث قال (والمهر للمرأة) هو الاول وحكى عن الشيخ في المبسوط - وهو الاظهر - لالما قيل من ان العقد هو السبب في ثبوت المهر لانه الوجه في الشبهة فكان كالصحيح المقتضى ضمان ما وقع عليه التراضي - فانه يدفعه - ان كون العقد سببا للشبهة لا يوجب ضمان المسمى - والرضا به انما كان مبنيا على العقد فيفسد بفساده - وبالجمله استحقاق المسمى - انما يكون بالعقد والمفروض فساد - بل لجمله من النصوص كمؤثق (٢) سليمان بن خالد - قال سألته عن رجل تزوج امرأة في عدتها قال فقال عليه السلام يفرق بينهما وان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل لها ابداء وان لم يكن دخل بها فلا شيء لها من مهرها - ومؤثق (٣) ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما وان لم يكن دخل بها فلا شيء لها (ودعوى) انه لا يبعد ان يكون المراد منه جنس المهر (مندفعة) بانه ليس المراد جنس المهر قطعا والالزم الاكتفا باقل ما يمكن ان يكون مهر اللاتلاق بل المراد به - اما المسمى او مهر المثل وظهورها في الاول من جهة ذكر التزويج غير قابل للانكار - واما ما فيها من التعليل فلا ينافي ذلك فانه يدل على ان الموجب لضمان المهر هو الدخول ومع عدمه لا شيء عليه وهذا كما يلائم مع ضمان مهر المثل يلائم مع ضمان المسمى - هذا كله اذا لم يكن المرأة عالة والا فلا تستحق شيئا اذ لا مهر لبغى -

حكم مالو اجتمعت العدتان

الثامن ولو تزوج في العدة ودخل بها - فهل يكفي في صحة تزويجها من شخص ثالث ان تعتد عدة واحده عن الزوج الاول و الثاني - ام لا بد (و) ان (تقيم عدة الاولى وتستأنف للثاني) قولان - المشهور بين الاصحاب هو الثاني وفي الجواهر بل يمكن دعوى الاجماع عليه بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه - وعن الصدوق في المقنع وابن الجنييد اختيار الاول واستظهره صاحب الحقائق ومال اليه سيد العروة ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص - منها ما يدل على التداخل - كصحيح (١) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل ان تنقضي عدتها قال عليه السلام يفرق بينهما و تعتد عدة واحدة منهما جميعا - ونحوه موثق (٢) ابي العباس ومرسل (٣) جميل المتقدمان - وموثق (٤) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن امرأة نعى اليها زوجها فاعتدت وتزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها وفارقها الاخر كرم تعتد للثاني قال عليه السلام ثلاثة قروء وانما يستبرء رحمها بثلاثة قروء وتحل للناس كلهم قال زرارة وذلك ان اناس قالوا تعتد عدتين من كل واحد عدة فابي ابو جعفر عليه السلام وقال تعتد ثلاثة قروء ويحل للرجل ونحوه مرسل (٥) يونس لكن الاخيرين في ذات البعل و دلالتهم على المقام مبينة على كون المسألتين من باب واحد - ومنها ما يدل على التعدد - كموثق (٦) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها - قال ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل لها ابدا وانمت عدتها من الاول و عدة اخرى من الاخر - ونحوه صحيح (٧) علي بن رثاب عن علي بن بشير النبال وصحيح (٨) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في من مات عنها زوجها فوضعت و تزوجت قبل تمام الاربعة اشهر وعشرة ايام قال عليه السلام

(١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ - ٧ - ٨) الوسائل باب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

ونحوها حديث ١١ - ١٢ - ١٣ - ١٤ - ١٥ - ١٦ - ١٧ - ١٨ - ١٩ - ٢٠

(٢) (٤) (٥) الوسائل باب ٣٨ من ابواب العدد حديث ١ - ٢

ان كان الذى تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل لها ابدا واعتدت بما بقى عليها من عدة الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروء - ونحوه مصحح (١) الحلبي - وخبر (٢) على بن جعفر .

وقد قيل فى الجمع بين الطائفتين وجوه (احدها) ما عن الشيخ ره وهو حمل نصوص التداخل على عدم دخول الثانى لعدم صراحتها فى الدخول و صراحة نصوص التعدد فيه (وفيه) انه مع عدم الدخول لا معنى للاعتداد من الثانى فالحكم بالاعتداد منه قرينة على ان مورد تلك النصوص ايضا الدخول (ثانيها) حمل نصوص التداخل على التقية ذكره جماعة (وفيه) ان موثق زرارة و مرسل يونس دالان على ان تلك النصوص مخالفة للعامة (ثالثها) حمل نصوص التعدد على التقية بقرينة موثق زرارة و مرسل يونس استظهره صاحب الحدائق ره و مال اليه سيد العروة (وفيه) انه يتم ذلك اذا لم يمكن الجمع العرفى - ولم يكن مرجحات اخر لاحد الطرفين التى هى مقدمة على هذا المرجح (رابعها) تقديم نصوص التعدد لموافقتها لاصالة عدم التداخل (وفيه) اولا ان الاصل هو التداخل على ما حققناه فى محله - وثانيا - ان موافقة الاصل ليست من المرجحات (خامسها) حمل نصوص التعدد على الاستحباب لانه ابرأ للرحم واحفظ للحقوق (وفيه) ان الاصحاب اعرضوا عن نصوص التداخل ولم يقتوا به وهذا يوجب سقوطها عن الحجية - والحاصل انه اما ان يمكن الجمع العرفى بين الطائفتين - فنصوص التداخل ساقطة عن الحجية بالاعراض - واما لا يمكن ويقع التعارض بينهما فيقدم نصوص التعدد للشهرة كما افاده المحقق ره، فالأظهر هو وجوب التعدد - (و) قد ظهر مما ذكرناه انه (لو عقد) على ذات العدة (عالمًا حرمت ابدا بالعقد)

حرمة ام الغلام الموطوء واخته وبنته

بقى فى المقام (مسائل) مناسبة (الاولى) من لاط بغلام فاوقبه حرمت عليه ام الغلام

و اخته و بنته ابدا) اجماعا كما عن الانتصار والخلاف والغنية والتذكرة و المسالك و شرح النافع للسيد وغيرهم - وفي الجواهر وهو في اعلال درجات الاستفاضة او التواتر - ويشهد به نصوص كصحيح (١) ابن ابي عمير عن بعض اصحابه عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل يعبت بالغلام قال عليه السلام اذا اوقب حرمت عليه ابنته واخته و موثق (٢) ابراهيم بن عمر عنه عليه السلام في رجل لعب بغلام هل تحل له امه قال عليه السلام ان كان ثقب فلا - ونحوهما غيرهما فاصل الحكم في الجملة مما لا اشكال فيه - انما الكلام في امور .

الاول هل الحرمة شاملة لبنات الاولاد و ان تزلن وللمجدات وان علون ام لا - بل تختص بالبنت بلا واسطة وكذا الام - و جهان صرح بالاول المصنف ره في بعض كتبه والحلى و عن جماعة دعوى الاتفاق عليه و تنظر فيه كاشف اللثام وقوى بعضهم الثاني - والظاهر هو الاول لصدق الام على الجدة والبنت على بنت البنت وبنت الابن كما صرح به بعض اللغويين ونفس فتوى الفقهاء الذين هم اهل اللسان بذلك من دون ان يكون هناك نص خاص من اقوى الشواهد على انها للاعم .

الثاني اذا وطء الغلام شبهة فهل يشمل هذا الحكم له نظرا الى صدق الايقاب والثقب معه - ام لا - من جهة ان الظاهر ان الموضوع هو اللواط وهو عبارة عن العمل القبيح المحرم كالزنا ولا حرمة مع الشبهة - او ان وطء الغلام بشبهة نادر جدا فيكون الاطلاق منصرفا عنه - و جهان - اظهرهما الاول - لانه لم يؤخذ اللواط موضوعا في النصوص وانصراف المطلق عن الفرد النادر ممنوع .

الثالث هل يشمل الحكم ما لو كان الموطء رجلا - ام يختص بالغلام - ذهب الى الاول المصنف ره والمحقق الثاني وغيرهما وعن جامع المقاصد دعوى اطلاق الاصحاب عليه وعن الروضة الاجماع عليه واستشكل فيه جماعة منهم صاحب الجواهر ره ومنشأ الاشكال ان المأخوذ في النصوص موضوعا لهذا الحكم هو الغلام وهو لا يشمل الشيخ - فثبت

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١

(٢) الوسائل - باب ١٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٧

الحكم للرجل يتوقف على فهم المثالية من الغلام وان المراد به مطلق الذكر -
او القطع بالمساواة - او الاجماع على عدم الفصل - وشيء من تلكم لم يثبت اما الاولان
فواضح واما الاخير فلانه يحتمل رجوع الاجماع في الروضة الى النسب مقابل الرضاع
و رجوع الاطباق في جامع المقاصد الى اصل الحكم .

الرابع لو كان الواطء صغيرا فهل تحرم عليه ام الموطوء واخته وبنته كما عن
المحقق والشهيد الثانيين ام لا كما في الجواهر وعن القواعد وغيرها - وجه الثاني ان
النصوص مختصة بالرجل - وهو لا يشمل الصغير (واستدل) للاول - بانه لا فرق في
في احكام المصاهرة بين البالغ وغيره وبانه - بعد البلوغ يصدق عليه انه رجل او قب
وان كان ايقابه سابقا - وبان - التحريم في النص خارج مخرج الغالب - وبان - الماخوذ موضوعا
في مرسل ابن سعدان الاثني الشاب وهو يصدق على الصغير القريب من البلوغ (وفي
الكل نظر) اما الاول فلان ثبوت الحكم في المصاهرة لا يستلزم ثبوته له في اللواط
واما الثاني - فلان الظاهر من العنواين الماخوذ في الموضوع هو اعتبار التقارن بينهما -
مثلا لو قال قلدا لعلم العادل - يفهم العرف اعتبار تقارن الوصفين في التقليد فلو كان شخص
عادلا سابقا - وهو في الحال اعلم غير عادل لا يجوز تقليده - فظاهر قولنا رجلا او قب
انه او قب حال كونه رجلا - اما الثالث - فلان حمل القيد على الغالب سيما فيما
اخذ القيد عنواناً وموضوعاً بالاذكر المقيد خلاف الظاهر جدا - اما الرابع - فلانه
مرسل لم يعمل به في مورده كما ستعرف - فلا ظهر هو عدم الشمول .

الخامس المشهور بين الاصحاب انه لا تحرم على الموطوء ام الواطء وبنته واخته - وعن
صريح التذكرة وظاهر الروضة دعوى الاجماع عليه - ويشهد به عمومات الحل وحكى
عن بعض التحريم عليه (واستدل له) بان الضمير في قوله **لا يحل** في النصوص حرمت
عليه يحتمل رجوعه الى كل من الفاعل والمفعول فتكون الاخبار من هذه الجهة مجملة
مرددة بين المتباينين واجمال المخصص المردد بين المتباينين يسرى الى العام فلا يصح
الاستدلال بعمومات الحل - واما استصحاب الحل فلتما رضه في طرف الفاعل والمفعول
لا يجري وكذا اصاله الحل والبراءة (وفيه) اولا ان المسؤول عن حكمه الواطء فانه

المذكور في السئوال ركنا للجعلة - واما الموطوء فهو المذكور في المتعلقات فالحكم وهو التحريم يكون عليه و ضمير المخاطب بالحكم راجع اليه - وبالجعلة - ظهور الاخبار في رجوع الضمير الى الفاعل لا ينكر - نعم الضمير الاخر راجع الى الموطوء - وثانيا - ان ما ذكر من تعارض الاصول لا وجه له فانه انما تتعارض الاصول وتتساقط في التكليفين المتوجهين الى شخص واحد - واما التكليف الواحد المردد بين شخصين كوجوب الاغتسال على واحد من واجدى المني في الثوب المشترك فلا تتعارض ولا تتساقط بل تجرى الجميع والمقام من قبيل الثاني كما لا يخفى - فالمتحصل ان الاظهر هو عدم الحرمة .

السادس ان اللعب بالغلام والاستمتاع به بما دون الايقاب لا يوجب الحرمة للاصل وتعليق الحرمة عليه - وهل ادخال بعض الحشفة يوجب الحرمة كما عن القواعد والمسالك وجامع المقاصد والروضة وفي الرياض بل فيه الاتفاق في الظاهر عليه - ام لا يوجب الحرمة ما لم يدخل تمام الحشفة - وقد توقف صاحب الجواهر ره في الحكم بعد الاعتراف بان مقتضى اطلاق النصوص في بادى النظر هو الاول لان الايقاب لغة ادخال القضيب فيصدق بمسماء - ومنشأ توقفه ره انسباق ما يحصل به المصاهرة في غير المقام مع اعلق على الدخول والوطء ونحوهما من الايقاب - وهو كما ترى لعدم المنشأله وادعاء الاستقراء يندفع بانه لا يوجب الا الظن فلا يغنى - فالاول اظهر .

الايقاب المتأخر عن العقد لا يوجب الحرمة

(و) السابع المشهور بين الاصحاب انه (لو سبق عقدهن) اى عقدا لام والابنت والاخت على الايقاب (لم تعهر من عليه) وعن بعضهم دعوى الاتفاق عليه - وعن ابن سعيد في الجامع التحريم - وربما يستظهر ذلك مما ذكره جماعة من اطلاق التحريم للمذكورات - ويشهد للثاني مضافا الى اطلاق النصوص - خصوص صحيح (١) ابن ابي

عمير عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام في رجل باتى اخا امرأته فقال عليه السلام اذا اوقبه فقد حرمت عليه المرأة - وحمله على ارادة كونها امرأته في الحال دون زمان الايمان بعيد مخالف للظاهر (ولكن) اعراض المشهور عن المرسل يسقطه عن الحجية (واما) اطلاق النصوص - فيعارضه ما دل من (١) النصوص على ان الحرام لا يحرم الحلال وحيث ان النسبة عموم من وجه بناء على ان المراد من الحلال الحلال الفعلى والمختار في تعارض العامين من وجه الرجوع الى المرجحات السندية فيقدم نصوص عدم التحريم لكونها المشهورة بين الاصحاب - ولكن قد تقدم ان المراد به اعم من الفعلى والتقديرى فنصوص التحريم اخص منها فتقدم - وعليه فليس في مقابل اطلاق النصوص سوى تسالم الاصحاب على عدم الحرمة - فالمتعين هو الاحتياط اذ كما ان مخالفة القوم مشكلة كك مخالفة الادلة مشكلة .

ولو كان الايقاب بعد التزويج - وطلق امرأته واراد تزويجها جديدا فعلى القول بعدم محرمية الايقاب المتأخر - هل يجوز التزويج الثانى - ام لا - ذهب صاحب الجواهر الى الجواز لو كان الطلاق بعد الايقاب واختار سيد الرياض التحريم وفى رسالة الشيخ الاعظم ره البناء على التحريم اذا كان الايقاب بعد الطلاق - وقد استدل للجواز فى مقابل اطلاق النصوص الموجب للحرمة بالاستصحاب - واشكاله ظاهر اذ استصحاب الحل الفعلى لا يجرى للحرمة بالطلاق واستصحاب التعليق لا يكون جاريا كما حقق فى محله - نعم - فى صورة كون الايقاب بعد الطلاق لامانع من استصحاب جواز التزويج تكليفا ووضع الا انه لا مورد له مع اطلاق الادلة - ونصوص عدم محرمية الحرام للحلال على فرض كون المراد به الحلال الفعلى لا تشمل بعد الطلاق والاجماع على عدم الحرمة غير ثابت فالأظهر هو البناء على التحريم فى الفرضين .

الثامن اذا كان الوطء عن غير اختيار او كان مكرها عليه - فهل يوجب الحرمة ام لا - وجهان من اطلاق النصوص - ومن ان المنساق الى الذهن من النصوص ان الموضوع

هو اللواط وهو عبارة عن العمل القبيح المحرم كالزنا فلا تشمل النصوص الايقاب غير المحرم لعدم الاختيار او الاكراه - وعموم حديث (١) رفع ما استكرهوا عليه - (و لكن) الاظهر هو الاول لمنع الانسباق اذ لامنشأه سوى ندرة وجود الايقاب غير المحرم وهي لا تصلح للانصراف المقيد للاطلاق - وعموم حديث الرفع لا يشمل الاحكام المترتبة على الموضوعات الخارجية - فكما انه لا يرفع وجوب الغسل عليه - كذلك لا يصلح لرفع هذا الحكم وتامم الكلام في محله .

التاسع لا يحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة بالاخلاف - فلا باس بنكاح ولد الواطئة ابنة الموطوء او اخته او امه - نعم في خصوص ابنته دل خبر ضعيف على الحرمة وهو مرسل (٢) موسى بن سعدان عن بعض رجاله قال كنت عند ابي عبدالله عليه السلام فقال له رجل ما ترى في شابين كانا مصطحبين فولد لهذا غلام وللآخر جارية يتزوج ابن هذا ابنة هذا فقال عليه السلام نعم سبحان الله لم لا يحل فقال انه كان صديقاله قال وان كان فلا باس قال فانه كان يفعل به قال فاعرض بوجهه ثم اجابه وهو مستتر بذراعه فقال ان كان الذي كان منه دون الايقاب فلا باس ان يتزوج وان كان قداوقب فلا يحل له ان يتزوج - ولكن لارساله و عدم العمل به لا يعتمد عليه -

افضاء من لم تبلغ تسع سنين يوجب الحرمة الابدية

(الثانية ولو دخل بصبية) عقد عليها التي (لم تبلغ تسعاً فافضاها حرمت عليه ابداً)

على المشهور وفي الجواهر اجماعاً محكياً صريحاً عن الايضاح والتنقيح وكنز الفوائد وغاية المراد. وظاهراً في المسالك و محكي كشف الرموز والمقتصر والمهذب البارع بل والسرائر - ان لم يكن محصلاً بل لعلمه كك انتهى (وعن) الشيخين في المقنعة والنهاية والحلي ان الدخول بها موجب للحرمة الابدية وان لم يقضها ونقله بعضهم عن المفيد

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس.

(٢) الوسائل باب ١٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٣.

ايضا وعن الكفاية نسبتها الى جماعته عن ظاهر المفاتيح وشرح نوع ميل اليه و اختاره في المستند (وعن) ابن سعيد في النزهة والفاضل الهندي في كشف اللثام انه لا يوجب الحرمة حتى مع الافضاء - وفي الجواهر ربما لاح من المفيد وابن الجنيد والصدوق ذلك و فيها ايضا الانصاف مع ذلك كله عدم خلوه عن القوة واختاره سيد العروة وجمع من محشيها .

واستدل للقول بالحرمة - بمرسل (١) يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل لها بدا (ولكن) يراد عليه ولا ضعف السند للارسال ولو وجد سهل في الطريق وثانيا انه يدل على الحرمة بالدخول وان لم يفض و المشهور لم يقتوا بذلك . و ثالثا - انه يدل على انتفاء الزوجية بمجرد الوطء و تدل النصوص الصحيحة على بقاء الزوجية حتى في صورة الافضاء فضلا عن عدمه وستجىء هذه النصوص (و دعوى) ان ضعفه ينجر بالعمل و اطلاقه الشامل لفرض عدم الافضاء يقيد بالاجماع على اعتباره - والنصوص الدالة على بقاء الزوجية مع الافضاء لا يعمل بها كما سيجىء (مندفعة) بان ظاهر المرسل كون الدخول محرما و ظاهر فتوى المشهور كون الافضاء محرما فالفتوى اجنبية عن المرسل فلا انجبار لاقل من عدم احرار استناد الاصحاب اليه فلا يكون الانجبار ثابتا فالقول بعدم التحريم لا يخلو من قوة - ولكن من جهة افتاء الاصحاب به لا ينبغي ترك الاحتياط - بل لا يترك فتأمل ولو دخل بها و لم يفضها لا تحرم وان كان احوط - وتمام الكلام بالبحث في فروع:

(و) الاول ان الصبية المدخول بها المفوضة وغيرها (ثم تخرج من حبالته) وان قلنا بالحرمة - كما في المتن والشرائع والنافع والرياض والجواهر وعن السرائر والروضة وجامع المقاصد وغيرها للاصل والنصوص لاحظ صحيح (٢) حمران عن الصادق عليه السلام قال سئل عن رجل تزوج بكرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضاها فافضاها فقال عليه السلام ان كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شىء عليه وان كانت لم تبلغ تسع سنين

(١) الوسائل باب ٣٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٢.

(١) الوسائل باب ٣٤ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ١

او كان لها اقل من ذلك بقليل حين افترضها فانه قد افسدها وعطلها على الازواج فعلى الامام ان يغرمه ديته وان امسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه - وخبر (١) بر يد بن معاوية عن الباقر عليه السلام في رجل افترض جارية يعنى امرأته فافضاها قال عليه السلام عليه الدية ان كان دخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين قال و ان امسكها و لم يطلقها فلا شيء عليه ان شاء امسك و ان شاء طلق ،

وعن ابن حمزة انها تبين منه بغير طلاق - وايدى - الشهيد الثاني بان التحريم المؤبد ينافى النكاح اذ امرته حل الاستمتاع - ولانه - يمنع النكاح سابقا فيقطع لاحقا كالرضاع واللعان والقذف للزوجة الصماء والخرساء (ولكن) يمكن ان يقال ان ثمرة النكاح لا تنحصر في حل الاستمتاع بل له آثار اخر كحلية النظر اليها والى امها و بنتها و حرمة تزويج اختها وما شاكل - و على فرضه فانما يوجب عدم جواز النكاح ابتداء على من يحرم الاستمتاع منه لابقائه و اما حرمة النكاح بالرضاع السابق الموجب لانفساخ اللاحق فوجود الدليل فلا يظهر انها لا تخرج عن حبالته .

الثانى - يجب على الوطاء دية الافضاء اجماعا وهى دية النفس على ما ذكره فى كتاب الديات ، انما الكلام فى انه هل يجب عليه الدية مطلقا وان امسكها و لم يطلقها كما هو المشهور بين الاصحاب - ام يسقط الدية عنه لو امسكها و لم يطلقها كما عن ابن الجنيد و جهان من اطلاق النصوص الدالة على ثبوت الدية مع الافضاء مثل ما رواه (٢) الصدوق باسناده الى قضايا امير المؤمنين عليه السلام انه قضى فى امرأة افضيت بالدية و نحوه غيره - و المتضمنة للضمان مع العيب كخبر (٣) غياث عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام لا توطأ جارية لاقل من عشر سنين فان فعل فعيبت فقد ضمن - و صحيح (٤) الحلبي عن الصادق عليه السلام من وطء امرئته قبل ان تبلغ تسع سنين فاصابها عيب فهو ضامن و نحوه

(١) الوسائل باب ٣٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ .

(٢) الوسائل باب ٢٤ من ابواب ديات لاعضاء حديث ١ .

(٣) (٤) الوسائل باب ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح و دآبه حديث ٧ - ٥ .

غيرها - و في هذه النصوص وان لم يصرح بالدية لكنها تدل عليها كما لا يخفى - و من ان مقتضى صحيح حمران وخبر يريد سقوطها مع الامساك ، مقتضى القاعدة هو البناء على الثاني حملا للمطلق على المقيد (و ما) في الجواهر من انه يجب حملها على سقوطها صلحا بان تختار المقام معه بدلا عن الدية فان الدية قد ازمته بالأفضاء بدلالة النص والفتوى فلا تسقط مجانا من غير عوض لانه لو لم يحمل على الصلح فاما ان يكون المراد سقوط الدية بالعزم على الامساك - او بنفس الامساك المستمر الى الموت بان تسقط الدية به او يبقى الحكم بالسقوط مراعى بالموت فان امسكها حتى مات تبين السقوط من حين الامساك او عدم ثبوت الدية بالأفضاء و اللوازم خصوصا بعضها في غاية البعد انتهى (يندفع) بان مقتضى حمل المطلق على المقيد هو عدم ثبوت الدية بالأفضاء مع الامساك لانها تثبت به وتسقط - والنص دل على انه ان امسكها ولم يطلقها حتى تموت لادية عليه - و لازم ذلك بقاء الحكم بالسقوط مراعى بالموت ولا محذور في الالتزام بذلك وما افاده ليس الاجتهاد في مقابل النص.

ثم انه لو مات قبل موتها فقد يقال بثبوت الدية نظرا الى ان المقتضى لثبوتها هو الأفضاء وانما منع عن تأثيره الامساك المستمر الى الموت والمفروض عدم تحققه في الفرض فيؤثر المقتضى اثره كما عن المحقق اليزدى ره (و لكن) يرد عليه ان تشخيص المقتضى ومعرفة في باب الشرعيات لا يمكن لعدم ورود الأدلة لبيانها وانما هي في مقام بيان الحكم - فلا بد من ملاحظه المخصص وهو انما تضمن انه ان لم يطلقها او لم يطلقها حتى تموت تسقط الدية وهذا العنوانان صادقان في الفرض فالأظهر عدم ثبوتها في الفرض ومع ذلك كله الافتاء بسقوط الدية مع الامساك مشكل - لكون اخبار السقوط مهجورة عند اصحاب وطريق الاحتياط معلوم.

الثالث - المشهور بين الاصحاب انه يجب عليه نفقتها مادامت حية وان طلقها بل وان تزوجت بعد الطلاق (وعن) الاسكافي سقوطها بالطلاق (وعن) ابن فهد والصيمري و ابن قطان والايضاح والروضة تقييد الحكم بما اذا لم يتزوج بغيره و اخباره الشيخ

الاعظم وعن القواعد على اشكال - ويشهد الاول صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام قال سألت عن رجل تزوج جارية فوقع بها فافضاها قال عليه السلام عليه الاجراء عليها مادامت حية (وعن) الشيخ في الاستبصار حملها على الكبيرة جمعاً بينهما وبين خبري حميران و يريد المتضمنين انه مع الامساك لاشيء عليه بدعوى ان عموم الشيء المنفى يشمل النفقة (ولكن) يرد عليه اولاً انهما مختصان بصورة الامساك وفي تلك الصورة لا ريب في وجوب النفقة لانها زوجته - وثانياً - ان تعرضه (ع) في صدرهما لخصوص الدية قرينة على ان المراد بالشيء هو الدية فليكن ما ذكرناه اولاً قرينة عليه ايضاً فالمتعين حملها على ذلك فلا موجب لحمل الصحيح على خصوص الكبيرة وعدم التعرض للدية لا يصلح قرينة على ذلك لعدم كونه في مقام بيان جميع احكام المفضاة.

واستدل للثاني بزوال الزوجية التي هي علة الوجوب وفيه ان ظاهر الصحيح كون العلة لوجوبها الافضاء لا الزوجية.

واستدل للثالث الشيخ الاعظم - بانصراف الصحيح الى صورة عدم التزويج حيث ان الغالب عدم رغبة الأزواج فيها بعد الافضاء كما تدل عليه الرواية القائلة بانه قد افسدها وعطلها على الأزواج - ولعل هذا هو مراد من علل التقييد بزوال التعطيل على الأزواج - وبانه يجب على الزوج الثاني نفقتها عيناً لاطلاق الأدلة في تعارض ان لا تجب نفقة واحدة على شخصين ويترجح تلك الأدلة باعتبار نفقتها للقواعد الشرعية من كون النفقة في مقابل التمكين - والى ذلك نظر من استدله بانها تجب على الثاني فلا تجب على الاول (ولكن) يرد على الاول منع الانصراف وما في الخبر من التعليل بالتعطيل انما هو الوجوب الدية لا وجوب النفقة ودليل وجوبها خال عن هذا التعليل ويرد على الثاني ان وجوب النفقة على الاول انما هو الافضاء وعلى الثاني للزوجية فلا مانع من وجوبها على كل منهما فلا تعارض بين الأدلة نعم لو كان وجوب نفقة الزوجة بمعنى انها تستحق على الزوج ان يشبعها وقع التعارض بينهما ولكنه خلاف

التحقيق بل هي تستحق عين النفقة كما سيأتى - مع انه اذا دل دليلان على وجوب شيء واحد على شخصين يجمع بينهما بالبناء على كون الوجوب كفاثيا - اذف الى ذلك انه لو سلم التعارض وعدم امكان الجمع بينهما لا بد من تقديم دليل الوجوب على الاول لكونه اشهر.

ثم انه لو مات الزوج قبل ان تموت المفضاة - فهل تسقط النفقة كما فى الجواهر قال الظاهر سقوطها بموته كما هو واضح وفى العروة نسبتة الى المشهور - ام لا تسقط بل تستحق من تركته كسائر ديونه كما اختاره المحقق اليزدى ره و جهان - مبنيا على انه بالافضاء هل تشتغل ذمة الزوج بتمام النفقة مدة العمر فتكون كسائر الديون متعلقة بتركته - ام يكون اشتغال الذمة بها تدريجيا كما فى النفقة الواجبة بالزوجة فيختص بحال الحياة - والظاهر هو الثانى فان التعبير فى الصحيح بالاجراء ظاهر فى ذلك - وان شئت فقل ان الظاهر ان الواجب هو ما وجب بالزوجة غاية الامر بواسطة الافضاء يستمر ذلك وان طلقها فليحقه احكامها ولذلك ترى ان احدا لم يتوهم ثبوت امرين عليه نفقة الزوجية تدريجا ونفقة الافضاء دفعة - كما انه لا شك فى انه ليس لها مطالبة نفقة مادام العمر دفعة - ولا فرق فى ذلك بين كون وجوب ذلك بمعنى استحقاقها عين النفقة او انها تستحق عليه ان يشبعها كما لا يخفى - فالظاهر هو السقوط .

ثم ان الظاهر من النص وجوبها عليه وان صارت ناشزة - وكونها من قبيل نفقة الزوجية لا يمنع من ذلك اذ لا مانع من كون الافضاء موجبا لاستمرارها حتى فى حال المنشوز - فالمتعين هو العمل باطلاق النص .

ثم انه اذا كانت المفضاة كبيرة لم تحرم ولم تثبت الدية كما مر - وهل يجب الانفاق عليها مادامت حية - ام لا فى الجواهر المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا على اختصاص الصغيرة بذلك - لكنه غير ظاهر الوجه لا طلاق صحيح الحلبي وعدم المقيد له - ونفى الشيء عليه فى صحيح حمز ان قد مر انه مختص بالدية - فالظاهر هو الاول .

الرابع ان الاحكام المذكورة لافضاء الصغيرة المعقود عليها بالدخول غير الدية

حيث تكون على خلاف القاعدة فلا تثبت في غير ذلك فلو زنى بالصغيرة فافضاءها -
او افضاءها بالاصبع - او وطئها شبهة - او كانت المفضة كبيرة لا تثبت شيء منها - واما الدية
ففي الكبيرة المعقود عليها المفضة بالدخول لا تثبت لصحيح حمز ان وخبر يريد المتقدمين
وفي غيرها تثبت لا طلاق نصوصها .

الخامس انه قد اختلفت كلمات القوم في تفسير الافضاء على اقوال - الاول -
ما هو المشهور بينهم وهو جعل مسلكى البول والحيض واحدا بل يظهر من محكي
الخلاف الاجماع عليه - الثاني - ما عن ابن سعيد وهو رفع الحاجز ما بين مدخل
الذكر والغائط ولعله ظاهر القواعد و عن بعضهم انه اشهر القولين - الثالث - انه
جعل مسلک البول والغائط واحدا وهو المحكى عن كشف الرموز ومجمع البحرين
وعن الابي تفسير ما في النافع حيث قال هو ان يصير المسلكين واحدا بذلك - الرابع
جعل مسلكى الحيض والغائط واحدا - الى غير تلکم من الاقوال (والحق) ان يقال
ان مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الاحكام في جميع هذه الموارد وما في الجواهر من
ان كلام الفقهاء واهل اللغة متفق على ان افضاء المراءة شيء خاص لان المراد به مطلق
الوصل او التوسعة او الشق او الخلط كي تترتب احكامه على كل فرد من افراد ذلك كما هو
مبنى كلام العلامة ومن تابعه - يندفع بانه لا ريب في ان الافضاء ليس له حقيقة شرعية ومعناه
اللغوي في افضاء المراءة وغيره شيء واحد وما في كلمات اللغويين انما هو مصاديق ذلك المفهوم
العام كما هو ديدنهم - وعلى ذلك فمقتضى الاطلاق ما افاده المصنفه - الا ان الظاهر ان من البعيد
جدا والممتنع رفع الحاجز بين مسلک البول والغائط بالوطء فان مسلک الحيض متوسط
بين المسلكين فلا يتحدان الا باتحاد الجميع - اضافة اليه ان ما بينهما حاجز قوى عرض
لا يرفع بالوطء - و عليه فينحصر الموضوع بجعل مسلكى البول والحيض واحدا او جعل
مسلكى الحيض والغائط كذلك وتترتب على كل منهما الاحكام المذكورة كما عن القواعد
و المسالك والروضة وغيرها والظاهر ان الشايخ هو الاول - ولذا خصه الفقهاء بالذكر
والله العالم .

عدم حرمة تزويج الزاني المرأة التي زناها

المسألة (الثالثة - لوزني بامرأة) خلية عن زوج (لم يحرم) عليه (نكاحها)

وان لم تنب - كما هو المشهور بين الاصحاب وعن الخلاف والمبسوط الاجماع عليه لعمومات الحل مثل قوله تعالى (١) « و احل لكم ماوراء ذلكم » وعموم ما دل (٢) على ان الحرام لا يحرم الحلال - ولجملة من النصوص الخاصة الواردة في الباب كصحيح (٣) عبيد الله بن علي الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام ايما رجل فجر بامرأة ثم بداله ان يتزوجها حلالا قال عليه السلام اوله سفاح وآخره نكاح ومثله مثل النخلة اصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا - وصحيح (٤) ابي بصير عنه عليه السلام قال سألته عن رجل فجر بامرأة ثم بداله ان يتزوجها فقال عليه السلام حلال اوله سفاح وآخره نكاح اوله حرام وآخره حلال ونحوهما غيرهما.

وعن الشيخين وجماعة عدم الجواز الا مع التوبة - واستدلوا له باخبار كثيرة منها موقوف (٥) عمار بن موسى عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يحل له ان يتزوج امرأة كان يفجر بها قال عليه السلام ان آنس منها رشدا فتعم والا فليس اودها على الحرام فان تابعته فهي عليه حرام وان ابت فليتزوجها - ومنها موقوف (٦) اسحاق بن حريز عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله في تزويجها هل يحل لذلك قال عليه السلام نعم اذا هو اجتمعت بها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان يتزوجها - وانما يجوز له ان يتزوجها بعد ان يقف على توبتها ونحوهما غيرهما من النصوص .

والجمع بين الطائفتين يقتضي تقييد الاولى بالثانية - ولكن اورد على ذلك في

(١) سورة النساء آية ٢٤ .

(٢) الوسائل باب ٨ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٣) (٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ١١ - من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها حديث ٣-١-٢-٤

الجواهر بان الطائفة الثانية قاصرة عن ذلك بالشهرة على خلافها و بموافقتها لابن حنبل وقتادة - وفيه - عدم ثبوت الشهرة المسقط للمحجية على خلافها بعد افتاء الشيخين و جماعة بما تضمنته ومجرد الموافقة لمن ذكر لانسقط الخبر عن الحجية فان مخالفة العامة من مرجحات احدى الحجتين على الاخرى بعد فقد جملة من المرجحات لامن مميزات الحجية عن اللاحقة - مع ان نصوص اشراط التوبة مروية عن الصادقين عليه السلام وزمانهما متقدم على زمان ابن حنبل.

وربما يقال كما عن المحقق اليزدي ره بان الطائفة الاولى من جهة تضمنها لحكم غير الزامى تكون نصا فى الاطلاق اذ بيان الحكم غير الازامى فى مورد بنحو الاطلاق مع كون بعض الافراد خارجا واقعا عن حكم المطلق وكونه محكوما بحكم الزامى يازم منه تفويت المصلحة او الالقاء فى المفسدة الملزمتين وهما قبيحان وصدورهما من الحكيم محال فلامحالة تكون صريحة فى الاطلاق فيقع التعارض بينهما وبين النصوص المقيدة وحيث انه لا يمكن الجمع العرفى بينهما فيرجع الى المرجحات والترجيح مع النصوص المطلقة (وفيه) ان ذلك يتم اذا لم يكن هناك مصلحة فى تاخير البيان اولم يكن مفسده فى التقديم وحيث ان الاحكام الشرعية بينت تدريجا لمصلحة اقتضت ذلك اولمانع فى البيان دفعة فلا مانع من التقييد من الناحية المذكورة ولا يكون المطلق صريحا فى الاطلاق (واما) ما ذكره بعض فى وجه حمل المقيدة على الحكم غير اللزومى - بان ذلك مما تقتضيه مناسبة الحكم والموضوع - وما فى صحيح الحلبي المتقدم من التمثيل وما ورد من جواز تزويج الزانية كما سياتى - فتحمل المقيدة على التنزيه مخافة اختلاط المياه واشتباها الانسان (فهو) كما ترى لا يصلح ان يعتمد عليه فى طرح النصوص وحملها على خلاف ظاهرها .

والحق ان يقال ان عدم افتاء المشهور باشتراط التوبة مع ان نصوصها بمرء منهم ومسمع وحمل المطلق على المقيد من الواضحات يوجب الوهن فى نصوص التوبة فالمتعين العمل بالمطلقات - والاحوط مراعاة التوبة .

ثم انه فى محكى المسالك عن التحرير لزوم العدة على الزانية مع عدم العمل .

ونفى هوالباس عنه ونسب اختيار ذلك الى صاحبى الوسائل والحدائق - ويشهد له موثق اسحاق المتقدم ومارواه (١) فى تحف العقول عن جواد الائمة عليهم السلام عن رجل نكح امرأة على زنا ابخل لمان يتزوجها فقال عليه السلام يدعها حتى يستبرئها من نطفته و نقطة غيره اذ لا يؤمن منها ان تكون قد احدثت مع غيره حدثا كما احدثت معه ثم يتزوج بها ان اراد الحديث - و لم يستبعد صاحب الجواهر ره حمل الخبرين على ضرب من النذب ولعله من جهة مخالفتهم للمشهور وما فى الثانى من التعليل المناسب للحكم التنزيهى و ارسال الثانى . فلا باس به -

حكم تزويج الزانية لغير الزانى

هذا كله فى تزويج الزانية للزانى - واما تزويجها لغيره فالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة جوازه مطلقا - وعن الحلبي و ظاهر المقنع الحرمة - و قد عرفت نسبة اشتراط التوبة الى الشيخين - و عن المفيد و تلميذه سلال حرمة تزويج المشهورة بانزنا الابد ظهور توبتها - والكلام تارة فيما يستفاد من الاية الكريمة (٢) « الزانى لا ينكح الا زانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك و حرم ذلك على المؤمنين » و اخرى فيما يقتضيه النصوص .

اما الاية فقد استدلبها للقول بالحرمة مطلقا بدعوى ظهورها فى حرمة تزويج الزانية لغير الزانى والمشرك - و حرمة التزويج من الزانى لغير الزانية والمشرقة (وفيه) اولائه لو تم الاستدلال لاختص بالزانية المشهورة بالزنا لماسياتى من النصوص الدالة على ان المراد منها تلك - و ثانيا - انه لو حملت الاية على كونها فى مقام تشريع التحليل والتحريم كما هو الظاهر منها فى نفسها لزم البناء على انه يباح للمسلم الزانى نكاح المشركة والمسلمة الزانية نكاح المشرك و هو معلوم البطلان لعدم

(١) ص ٤٥٤ (ط ٢) و الوسائل باب ٤٤ - من ابواب العدد حديث ٢ .

(٢) سورة النور - آية ٣ .

جوازه اجماعا - وايضا لزم منه عدم جواز مناكحة الزانى الا اذا كانت الزوجة زانية - والمعروف من مذهب الاصحاب جوازها على كراهية فلا مناص عن حملها على كونها فى مقام الاخبار و يكون المراد من النكاح الوطء فالاية نظير قوله (١) تعالى «الغيبثات للخبثين - والخبثون للخبثات - الخ» اريد بها ان الزانى اى الفاسق الخبيث الذى من شأنه الزنا لا يرغب فى نكاح الصالحات من النساء اللاتى على خلاف صفته و انما يميل الى خبيثة من شكله او مشرقة تقرب منه فى الخبائث و كك الزانية - و اذا كان المراد بما فى صدرها ذلك لزم ان يكون المراد من التحريم فى آخرها ان المؤمنين يمتنعون عما يرتكبه غيرهم من المشركين و الفاسق من الميل الى الزوانى و عدم المبالاة من نكاحهن لعدم المناسبة بين نهى المؤمنين و عدم امتناع الفاسق عنه حتى يجمع بينهما بالوصف ان شئت قلت ان المراد بالنكاح فى الاية هو الوطء بقرينة ما تقدم فالمعنى ان الزانى لا يزنى الا بالزانية او بالمشرقة و كك العكس و اما المؤمن فهو ممتنع عن ذلك لان الزنا محرم و هو لا يرتكب ما حرم .

عليه و عن سعيد بن المسيب ان الاية منسوخة باية (٢) « و انكحوا اليبامى منكم الخ » و لكنه يتوقف على انه اذا ورد خاص مقدم على العام و دار الامر بين تخصيص العام و نسخ الخاص يبنى على النسخ و هو خلاف التحقيق بل التخصيص اولى من النسخ .

و عن سعيد بن جبير و الضحاك بن مزاحم - ان المراد بالنكاح الوطء و ان المراد بالاية ما روى عن ابن عباس من انه ان جامعها مستحلا فهو مشرك و الالفو زان و كذا الزانى و سيدا لرياض سلم كونها فى مقام التشريع واجب بانها تحمل على الكراهة بقرينة وحدة السياق للاجماع على عدم حرمة تزويج الزانى (وفيه) ما تكرر منا من انه لا وجه لحمل النهى على الكراهة بالقرينة و وحدة السياق لا تصلح لذلك لعدم كون الحرمة و الكراهة داخلتين فى الموضوع له و المستعمل فيه - نعم لو سلم ظهور

الاية فى الحرمة لابد وان تحمل على الكراهة للنصوص الدالة على الجواز التى ستمر عليك.

واما النصوص فهى طوائف (الاولى) ما يدل على الجواز مطلقا - كصحيح (١) على ابن رثاب قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم قال عليه السلام نعم وما يمنعه ولكن اذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد وخبر (٢) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال سئل عن رجل اعجبته امرأة فسال عنها فاذا الثناء عليها فى شىء من الفجور فقال عليه السلام لا بأس بان يتزوجها ويحصنها - وخبر (٣) على بن يقطين قلت لابي الحسن عليه السلام نساء اهل المدينة قال (ع) فواسق قلت فأتزوج منهن قال (ع) نعم - ونحوها غيرها فى التزويج مطلقا اوفى المتعة (الثانية) ما يدل على حرمة تزويج المعلنة بالزنا والتمتع بها - كصحيح (٤) الحلبي قال ابو عبد الله عليه السلام لا تتزوج المرأة المعلنة بالزنا ولا يتزوج الرجل المعلن بالزنا الا بعد ان تعرف منهما التوبة - وصحيح (٥) زرارة قالت سالت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل الزانى لا ينكح الا زانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك قال هن نساء مشهورات بالزنا ورجال مشهورون بالزنا قد شهر و ابا زنا و عرفوا به والناس اليوم بذلك المنزل فمن اقيم عليه حد الزنا او شهر (منهم خ) بالزنا لم ينسح لاحد ان يناكحه حتى يعرف منه توبة ونحوه خبر (٦) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام وخبر (٧) حكيم بن حكيم عن ابي عبد الله عليه السلام وما (٨) عن تفسير النعماني عن امير المؤمنين (ع) - وصحيح (٩) الفضيل سالت ابا الحسن (ع) عن المرأة الحسناء الفاجرة هل تحب للرجل ان يتمتع منها يوما او اكثر فقال (ع) اذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع منها ولا ينكحها - وخبر (١٠) محمد بن

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢-٢٠٦

(٤ - ٥ - ٦ - ٧ - ٨) الوسائل باب ١٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

حديث ١-٢-٣-٤-٥

(٩)(١٠) الوسائل باب ٨ من ابواب العمقة حديث ٣-٤

الفيض عن ابي عبدالله (ع) عن المتعة قال نعم اذا كانت عارفة الى ان قال - واياكم والكواشف والدواعى والبغايا وذوات الازواج قلت ما الكواشف قال الموائى يكاشفن ويوتهن معلومة ويؤتين - الى ان قال قلت فالبغايا قال المعروفات بالزنا ونحوهما غيرهما (الثالثة) ما يدل على جواز التمتع بالمشهورة بالزنا كموثق (١) اسحاق بن جرير قال قلت لابي عبدالله (ع) ان عندنا بالكوفة امرأة معروفة بالفجور ايحل ان تزوجها متعة قال فقال رفعت راية قلت لا اورفعت راية اخذها السلطان قال **لا** نعم تزوجها متعة قال ثم اصغى الى بعض مواليه فاسر اليه شيئا فلقيت مولاه فقلت له ما قال لك فقال انما قال لى و لو رفعت راية ما كان عليه فى تزويجها شىء انما يخرجها من حرام الى حلال - وخبر (٢) الحسن بن ظريف المتضمن اتوقيع ابي محمد **عليه السلام** فى التمتع - انما تحبى سنة وتميت بدعة فلا باس واياك وجارتك المعروفة بالمهر وان حدثتك نفسك ان ابائى قالوا تمتع بالفاجرة فانك تخرجها من حرام الى حلال فان هذه امرأة معروفة بالهتك وهى جارة و اخاف عليك استفاضة الخبر الحديث .

والجمع بين النصوص فى بادى الامر يقتضى ان يبنى على جواز نكاح الزانية غير المشهورة بالزنا - و اما المشهورة فالتمتع بها جائز و نكاحها بالنكاح الدائم لا يجوز قبل التوبة حملا لمطلق النصوص على مقيدتها وظاهرها على نهيها فان الطائفة الثالثة نص فى الجواز فى خصوص المتعة فى المشهورة بالزنا - فنصوص المنع عنها محمولة على الكراهة و نصوص المنع عن تزويجها مطلقا يقيد اطلاقها بها - والطائفة الثانية تقيده الاولى - ولكن لاجل عدم القول بالفصل بين المتعة والدوام - وان المشهور بين الاصحاب جواز نكاح المشهورة مطلقا - وان نصوص المنع عنها اكثرها ظاهرة فى الحكم التنزيهى للتعبير بلم ينبغ و ما فى الطائفة الثالثة من عموم التعليل - و غير تلكم من القرائن يتعين حمل الطائفة الثانية على الكراهة مع ان هناك رواية تدل على جواز نكاح المعروفة بالزنا لم تنقلها عند ذكر نصوص الباب وهى (٣) مارواه احمد

(٢-١) الوسائل باب ٩- من ابواب ما يحرم المتعة ونحوها حديث ٣- ٤

٣- المستدرک باب ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة. حديث ٣

ابن محمد بن عيسى في نوادره عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي قال اخبرني من سمع ابا جعفر عليه السلام قال في المرئة الفاجرة التي قد عرف فجورها ابتزوجه الرجل قال وما يمنعه ولكن اذا فعل فليحصن بابه - والجمع بينها وبين نصوص المنع عن تزويج المشهورة يقتضي البناء على الكراهة - فلا اشكال في الجواز مطلقا - نعم يكره تزويج المشهورة بالزنا الا بعد التوبة - ثم ان الكلام في انه هل يجب عليها ان تعتدما لاهو الكلام في الفرع السابق.

لا تحرم الزوجة على الزوج بالزنا

ثم انه لو زنت امرأة الرجل وهي في حباله لم تحرم عليه ولا يجب عليه ان يطلقها وان اصرت كما هو المشهور شهيرة عظيمة وعن المبسوط الاجماع عليه ويشهد به مضافا الى ما دل (١) على ان الحرام لا يحرم الحلال موق (٢) عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليه السلام لا بأس ان يمسك الرجل امرأته ان رآها تزني اذا كانت تزني وان لم يقم عليها الحد فليس عليه من انمها شيء - وخبر (٣) زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه فقال يا رسول الله ان امرأتى لا تدفع يد لامس قال طلقها قال يا رسول الله انى احبها قال فامسكها - وبازائها نصوص - كخبر (٤) الفضل بن يونس عن الكاظم عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت قال عليه السلام يفرق بينهما وتحد الحد ولا صداق لها - وخبر (٥) اسماعيل بن ابي زياد عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال على (ع) في المرئة اذا زنت قبل ان يدخل بها زوجها يفرق بينهما ولا صداق لها لان الحدث كان من قبلها ونحوهما غيرهما (لكنهما) مختصة بالزنا قبل الدخول وحيث

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

(٢) الوسائل - باب ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١

(٣) المستدرک باب ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢٠

(٤-٥) الوسائل - باب ٦ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٢-٣

لم يعمل بها احد لان المفيد والديلمي و ان افتيا بالحرمة الا انهما لم يفرقا بين ما قبل الدخول وما بعده فلا بد من طرحها او تاويلها بحملها على استحباب الطلاق او على مدة النفى كما فى الوسائل

وقد يستدل على الحرمة مضافا الى ذلك بالاية الشريفة (١). وبفوات فائدة التناسل معه لاختلاط النسب - ولكن الاية قد مر عدم دلالتها على الحرمة و اختلاط النسب يرد بان النسب لاحق بالفراش والزانى لا نسب له ولا حرمة لعائنه .

ثم انه نظير ما ورد فى زنا الزوجة موجود فى زنا الزوج لاحظ خبر (٢) على ابن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل تزوج بامرأة فلم يدخل بها فزنا ما عليه قال عليه السلام يجلد الحد ويحلق رأسه ويفرق بينه وبين اهله وينفى سنة - وخبر (٣) طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال قرأت فى كتاب على عليه السلام ان الرجل اذا تزوج المرأة فزنا قبل ان يدخل بها لم تحل له لانه زان و يفرق بينهما و يعطها نصف المهر و نحوهما غيرهما (و لكنها) محمولة على الاستحباب بقريضة ما هو صريح فى عدم المنع - كخبر (٤) رفاعه بن موسى عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يزنى قبل ان يدخل بها لم يبرح عليه السلام قال لا قلت هل يفرق بينهما اذا زنا قبل ان يدخل بها قال عليه السلام لا وان ابنت عن كون هذا الجمع عرفيا فالمتعين طرح الاولى لمخالفتها للمشهور .

حكم الزنا بذات البعل

(و لو زنى بذات بعل او فى عدة رجعية حرمت ابدا) فى قول مشهور كما فى الشرايع - وفى الجواهر بل لا جد فيه خلافا كما عن جماعة الاعتراف به بل فى كشف اللثام نسبتته الى قطع الاصحاب عدا المحقق فى الشرايع - و عن الانتصار الاجماع عليه فى ذات العدة وعن الغنية والحلى وفخر المحققين الاجماع عليه مطلقا

وفى رسالة الشيخ الاعظم بالاخلاف فيه ظاهر او حكى فى الرياض الاجماع عليه عن جماعة وفى الحقائق عن غير واحد - وكيف كان فقد (استدل) له - بانه اذا كان العقد عالما بدون الدخول محرما وكذا الدخول مع الجهل فالزنا اولى ذكره الشهيد الثانى وتبعه غيره - وبما (١) فى الرضى و من زنا بذات بعل محصنا كان او غير محصن ثم طلقها زوجها او مات عنها و اراد الذى زنا بها ان يتزوج بها لم تحل له ابدا - وهذان الوجهان يدلان على حكم المعتدة بالعدة الرجعية بانضمام ما دل (٢) على انها بمنزلة الزوجة - وبما عن بعض المتأخرين من انه قال و روى ان من زنا بامرأة لها بعل او فى عدة رجعية حرمت عليه ولم تحل له ابدا (ولكن) الاولوية ممنوعة لعدم احراز المناط - والرضوى لم يثبت كونه كتاب رواية - والاخير يحتمل ان يكون ناظرا الى الرضى - فالعمدة هو الاجماع وكفى به مدركا فى مثل هذا الحكم الذى يكون على خلاف القاعدة ثم انه لافرق فى هذا الحكم بين كونه عالما حين الزنا بانها ذات بعل او فى عدة رجعية ام لا - ولا بين كونها مدخولا بها من زوجها اولا - ولا بين اجراء العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم بعدم صحة العقد - ولا بين ان تكون الزوجة مشتبهة او زانية او مكروهة كل تلكم لاطلاق معقد الاجماع - نعم - لانحرم لو كان الوطء مشتبه او هى زانية لاختصاص كلامهم بالزنا - (وما افاده) صاحب الجواهر انه يمكن استفادة الحرمة من حكم العقد على ذات البعل بناء على الاولوية المزبورة وان حكمها الحرمة ابدا مع علمها بانه بمجرد العقد - يندفع - بعدم كون الاولوية قطعية كما مر (ثم انه) لا يكون الزنا بذات العدة البائنة وفى عدة الوفاة وعدة المتعة والوطء بالشبهة والفسخ موجبا للحرمة الابدية للاصل بعد خروجهما عن معقد الاجماع - وقد تنظر فى الرياض فى بعض ذلك قال لجريان بعض ما تقدم هنا كالاولوية الواضحة الدلالة فى ذات العدة المزبورة بناء على ما ياتى من حصول التحريم بالعقد عليها فيها انتهى - و لكن قدم ما فى الاولوية -

(١) المستدرك باب ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٨ .

(٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٦

التزويج في الاحرام

(الرابعة) لو عقد المحرم عالها بالتحريم حرمت ابدا ولو كان جاهلا بطل العقد ولم تحرم (كما هو المشهور شهرة عظيمة وقد تقدم الكلام في هذه المسألة في الجزء الثامن من هذا الشرح في مبحث نكاح الحج - وقد كتبت كتاب الحج في ثلاثة اجزاء في بلدة بزد حين ما اخرجت من بلادى ظلما بجرم الدفاع عن الدين واحكام الاسلام واجبروني على المقام بها - والان ايضا انافى ميكون قرية من قرى طهران - وعلى ما خبروني اخيرا - ان بناء الحكومة على ان ينتقلوني من هذا المكان الى مكان ابعد وعلى الجملة - انى قريب من سنتين لا ازال انتقل من سجن الى سجن وسيعلم الذين ظلموا اى منقلب ينقلبون -

لا تنحصر المتعة في عدد

(الخامسة) قد عرفت انه لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الاربع . ولكن ذلك مختص به و (لا تنحصر المتعة وملك اليمين في عدد) بخلاف بين المسلمين في الثاني - وبلا خلاف معتد به فيه بيننا في المتعة - كما في الجواهر - والمهم البحث في المتعة - ويشهد لعدم انحصارها في عدد - روايات كصحيح (١) زرارة قلت ما يحل من المتعة قال عليه السلام كم شئت - وموثقه (٢) عن الصادق عليه السلام قال ذكرت له المتعة اهي من الاربع فقال عليه السلام تزوج منهن الفا فانهن مستاجرات - الى غير ذينك من الروايات (٣) الكثيرة ومع ذلك فعن القاضي انها احدى الاربع وعن المسالك ميله الى ذلك مناقشا في اسانيد بعض اخبار الجواز حاكيا عن المختلف انه اقتصر في الحكم على مجرد الشهرة ولم يصرح بمختاره ثم قال وعذره واضح ودعوى الاجماع في ذلك غير سديد - وفي الجواهر بعد نقل ذلك عن المسالك قلت لا باس بدعوى ضرورة المذهب على ذلك

فضلا عن الاجماع - اقول ان المصنف في المختلف لم يقتصر على مجرد الشهرة بل ذكر بعد ذلك دليل المشهور بقوله (لنا الاصل وما رواه زرارة في الصحيح) ثم ذكر باقي النصوص ثم ذكر مدرك ابن البراج وجواب الشيخ عنه - وكيف كان فقد روى (١) عمار الساباطي في الموثق عن الصادق عليه السلام عن المتعة فقال عليه السلام هي احدا الاربع - ومثله صحيح (٢) البزنطي عن الرضا عليه السلام قال سألته عن المتعة - الى ان قال - وسألته عن الاربع هي قال عليه السلام اجعلوها من الاربع على الاحتياط قال وقلت ان زرارة حكى عن ابي جعفر عليه السلام انما هي مثل الاماء يتزوج منهن ماشاء فقال عليه السلام هي من الاربع - وصحيحه (٣) الاخر عنه عليه السلام قال ابو جعفر اجعلوها من الاربع فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط فقال عليه السلام نعم - والمراد بالاحتياط في هذه النصوص هو الاحتياط من المخالفين لا الاحتياط في الحكم اذ لا يتصور من الامام الامر به بالنسبة الى الحكم - وعليه فهذه الصحاح تدل بانفسها على ان الامر بجعلها من الاربع انما هو لاجل التقية والاحتياط من المخالفين نظرا الى انه لو اطلع المخالفون عليها واعترضوا بان هذا ان كان نكاحا فلم جعلتموه زايदा على الاربع مع دلالة الكتاب على عدم جواز الزائد على الاربع و ان كان من السفاح فلم ارتكبتموه - ولا يكفي لهم الجواب بان ائمتنا عليهم السلام قالوا بجواز الزايد على الاربع فيقيد به اطلاق الكتاب و تكون هي حاكمة على الموثق - وعلى ذلك فالنصوص محمولة على التقية فلا تعارض لما تقدم - ومع الاغماض عن ذلك حيث انه لا يمكن الجمع العرفي بين الطائفتين لعدم كون حمل هذه على الاستحباب منه يتعين الرجوع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم الاولى لانها اشهر واصح سندواكثر عدداً - ومخالفة المعامة -

حرمة نكاح المطلقة ثلاثا على الزوج الابعد التحليل

(السادسة لوطقت الحرة ثلاثا) لم ينكحها بينهما زوج آخر (حرمت)

على المطلق (حتى تنكح) دواما (زوجها غيره) بلا خلاف اجدته في شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه كذا في الجواهر - ويشهد به الكتاب والسنة - اما الكتاب (١) فقوله تعالى والطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ثم قال فان (٢) طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما ان يتراجعا ، الاية - وتقريب الاستدلال بانها صريحة في ان المراجعة المطلقة تحرم على زوجها المطلق وان حلها موقوف على ان تنكح زوجا غيره - واما ان الطلاق المحرم هو الطلاق الثالث فيستفاد من تعقيب ذلك بقوله الطلاق مرتان - فان معناه ح فان طلقها بعد المراتين اى التطليقتين الاولتين لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره والطلاق الواقع بعدهما ليس الا الثالث اذ غيره لا يقال انه بعد المراتين بل بعد الثالث وما زاد - ثم ان الظاهر ان المراد بالطلاق في قوله الطلاق مرتان هو الرجعى بمعنى ان الطلاق الرجعى الذى يجوز للزوج الرجوع فيه مرتان اى تطليقتان فالثالث بائن لارجعى - ومعنى قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان هو ان الزوج بعد التطليقتين مخير بين ان يمسك المرأة بالرجوع فى العدة او بعقد جديد وحسن المعاشرة معها - وبين ان يسرحها باحسان بان يطلقها التطليقة الثالثة - ومعنى قوله فان طلقها الخ هو انه لو اختار بعد التطليقتين التسريح بالطلاق فلا تحل له - وقد صرح فى كثير من (٣) النصوص بان المراد بالتسريح باحسان هو التطليقة الثالثة .

ثم ان مقتضى اطلاق الاية حرمة التزويج بعد الطلاق الثالث دواما او متعة - واما السنة فهى (٥) متواترة دالة على جميع ما ذكرناه - كما انها تدل (٤) على ان المحلل يهدم الطلقة والثنتين كما يهدم الثلاث وايضا تدل (٤) النصوص على اعتبار

(١-٢) سورة البقرة آية ٢٣٠ و ٢٣١

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب اقسام طلاق

(٤) الوسائل باب ٣-٤ من ابواب اقسام الطلاق

(٥) الوسائل باب ٦ من ابواب اقسام الطلاق

(٦) الوسائل باب ٩ من ابواب اقسام الطلاق

كون نكاح المحلل دواما ولا يكفي المنة وتدل ايضا على عدم الفرق بين كون الطلاقات طلاق عدة او سنة - و ما في بعض النصوص من اعتبار كونه للعدة شاذ مخالف للنصوص و القتاوى .

ثم ان تمام الكلام في ذلك وفي شرائط المحلل سيا في انشاء الله تعالى في كتاب الطلاق .
ثم ان هذا الحكم انما هو في الحرية (وان كانت تحت عبد) اجماعا والنصوص (١) المتواترة تدل على ان العبرة بعدد الطلاقات الرجال دون النساء (و) انه (لو طلقت الامة طلقين حرمت حتى تنكح زوجا غيره وان كان تحت حر) خلافا للمحكي عن العامة فعكسوا القضية فجعلوا الاعتبار في عددها بالزوج .

حرمة المطلقة تسعا على المطلق

المسألة (السابعة - المطلقة تسعا للعدة ينكح بينها رجالان) بان طلقها فراجعها في العدة و وطئها ثم طلقها ثم راجعها و وطئها ثم طلقها فتزوجها المحلل ثم بعد فراقه تزوجها فطلقها ثلاثا بينها رجعتان مع الوطء ثم تزوجها المحلل ثم بعد فراقها تزوجها الاول فطلقها ثلاثا بينها رجعتان مع الوطء (**تحرر على المطلق ابدا**)
بلا خلاف معتد فيه بيننا وفي الجواهر بل اجماع بقسميه عليه - واطلاق طلاق العدة وهو الذي يتعقبه الرجوع والوطء كما نص على ذلك في صحيح (٢) زرارة عن الباقر **عليه السلام** الوارد في تفسير طلاق السنة والعدة واما طلاق العدة الذي قال الله تعالى فطلقوهن النخ فاذا اراد الرجل منكم ان يطلق امرأته طلاق العدة فليمتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقة من غير جماع وبشهادة شاهدين عدلين ويراجعها من يومه ذلك ان احب او بعد ذلك بايام قبل ان تحيض ويشهد على رجعتها ووافقها حتى تحيض الحديث و نحوه غيره - على الطلاقات التسع مجاز من باب تسمية الكل

(١) الوسائل باب ٢٤ - و ٢٥ من ابواب اقسام الطلاق

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١

باسم الجزء لان طلاق العدة ليس الاسمة منها - ضرورة ان المأثمة من كل ثلاثة ليست للعدة بل للسنة - وكيف كان فالنصوص الدالة على هذا الحكم مستفيضة ومتواترة ستتم عليك جملة منها.

انما الخلاف و الكلام في امور - الاول - انه هل يعتبر ان يكون الطلقات التسع للعدة بالمعنى المتقدم كما نسب الى المشهور ام يكفي في التحريم المؤبد كونها للسنة او المركب من العدة والسنة - و منشأ الخلاف اختلاف الاخبار .

منها ما يدل على الاكتفاء بالسنة و عدم اعتبار العدة كموقوف (١) زرارة وداود بن سرحان عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث و الذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثلاث مرات و تزوج ثلاث مرات لا تحل له ابدا . فانه يدل على ان الموضوع للحرمة ما لم تنكح زوجا آخر و الموضوع للحرمة ابدا واحدا غاية الامر الاولى الطلقات الثلاث و الثانية الطلقات التسع - و قد مر ان الموضوع للحرمة قبل النكاح مطلق الطلقات الثلاث عدية كانت ام غيرها - و لازم ذلك الاكتفاء بالسنة في المقام . و منها ما يدل على انحصار الطلقات التسع الموجبة للحرمة الابدية بما اذا كانت الثلاث الاخيرة للسنة - كخبر (٢) ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال سألته عن الذي يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق - قال عليه السلام لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيزوجها رجل آخر فيطلقها على السنة ثم ترجع الى زوجها الاول فيطلقها ثلاث مرات تنكح زوجها غيره فيطلقها ثلاث مرات على السنة ثم تنكح فتلك التي لا تحل له ابدا .

و منها ما يدل على اعتبار كون الطلقات للعدة - لاحظ خبر (٣) ابراهيم عن عبد الرحمن عن موسى بن جعفر عن ابيه جعفر بن محمد عليهم السلام سئل ابي عليه السلام عما حرم الله عز وجل من الفروج في القرآن و عما حرم رسول الله ﷺ في سنته قال

(٢-١) الوسائل باب ٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢-٣

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١

الذى حرم الله عز وجل .. الى ان قال واما التى فى السنة فالموافقة فى شهر رمضان الى ان قال و تزويج الرجل امرأة قدطلقها للعدة تسع تطليقات الحديث و قدعمل به الاصحاب و يؤيده ما عن (١) الفقه الرضوى - و فتوى على بن ابراهيم الكاشفة عن وجود النص بل الظاهر ان من هذه الطائفة معتبر (٢) المعلى بن خنيس عن ابي عبدالله عليه السلام فى رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها من غير ان يراجع ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض قال له ان يتزوجها ابدا مالم يراجع ويمس - فان لفظ التأييد صريح فى العموم كما لوطلقت كك ولو تجاوزت التسع وانها لا تحرم بذلك الى حصول الامر من من الرجوع والوقاع - واطلاقه وان شمل الطلقات الثلاث الاول الموجبة للحرمة حتى تنكح زوجا غيره ويدل على اعتبار كونها للعدة - الا انه يقيد بما لو حصل المحلل بعد كل ثلاث لما تقدم و مقتضاه حل التزويج له ابدا بعد حصول المحلل بعد كل ثلاث لا مطلقا .

ومنها ما يكون مطلقا - كصحيح (٣) جميل بن دراج عن ابي عبدالله عليه السلام اذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ثم طلقها فتزوجها الاول ثم طلقها - فتزوجت رجلا ثم طلقها فاذا طلقها على هذا ثلاثا لم تحل ابدا - ونحوه صحيح (٤) ابراهيم بن عبد الحميد عن ابي عبدالله عليه السلام و ابي الحسن عليهما السلام المحمولين على ما لو كان تزويج الغير ليكون محلا فالمراد بهما الطلقات التسع - وعليه فالظاهر رجوع هذه الطائفة الى الطائفة الاولى .

و الجمع بين النصوص يقتضى ان يقال ان الطائفة الثالثة - اخص مطلق من

(١) المستدرک باب ٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٦

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١٣

(٣-٤) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٢

الطائفة الاولى و الرابعة فيقيد اطلاقهما بها - و الطائفة الثانية غير صريحة في اعتبار كون الطلقات الثلاث الاخيرة للسنة بالمعنى الاخص بل هي قابلة للحمل على ارادة السنة بالمعنى الاعم المقابل للبدعة فلا تصلح لمعارضة الطائفة الثالثة بل يحمل ظاهرها على نص هذه - فالمتحصل من النصوص اعتبار كون الطلقات التسع للعدة كما هو المشهور . و المنسوب الى المحقق اليزدى في مقام الجمع بينها - ان الطائفة الاولى بضميمة القطع بان الطلاق الذي لا تحل له معه حتى تنكح هو مطلق الطلقات الثلاث عديدة كانت ام غيرها - كالصريحة في الاطلاق فلا تصلح الطائفة الثانية لمعارضتها لقابليتها للحمل على السنة بالمعنى الاعم - والنسبة بينهما وبين الثالثة وان كانت عموما مطلقا - الا انه يلزم من حمل مطلقهما على المقيّد، حمل المطلق على الفرد النادر - ولا يصح الرجوع الى المرجحات السندية لان الرجوع اليها انما هو اذا كان المتعارضان متنافيين بتمام مدلوليهما - فلا بد من الاخذ بالمتيقن منهما - وهو كون التسع للعدة موجبة للحرمة الابدية والرجوع في غيرهما الى مقتضى عموم قوله تعالى «واحد لكم ما وراء ذلكم» (١) (وفيه) اولاً - انه كما يمكن حمل السنة في الثانية على ارادة السنة بالمعنى الاعم يمكن حمل اطلاق الاولى على المقيّد فلا اولوية للاول - وثانياً ان حمل الاولى على ارادة الطلقات للعدة بقراءة الثالثة لا يكون مستلزماً لحمل المطلق على الفرد النادر - مع ان ورود المطلق لبيان حكم الفرد النادر في امثال المقام لا محذور فيه فان الفرد الاخر منه ايضا نادر - وثالثاً انه على فرض تسليم التعارض عدم الرجوع الى المرجحات السندية لوجه له لعدم الدليل على اعتبار كون التنافي بين الدليلين في تمام مدلوليهما ولذا بنيينا على الرجوع اليها في تعارض العامين من وجه ايضا .

وربما يقال في الجمع بينها ان الطائفتين الاخيرتين تعارضان وتتساقطان فيرجع الى الطائفة الاولى (وفيه) اولاً انها من قبيل النص والظاهر فلا تتساقطان - وثانياً انه لو سلم عدم امكان الجمع بينهما لاتساقطان بل يرجع الى المرجحات و ايتيها قدمت

يقيد بها الطلاق الطائفة الاولى - فالحق ما ذكرناه

ثم ان المستفاد من النصوص اعتبار امرين آخرين - احدهما وقوع نكاح رجلين خاصة بينهما - الثاني - توالي الطلقات التسع العديدة اما الاول - فواضح - واما الثاني فلو جهين الاول انه لو طلقها تسعا للمعدة مع التفرق كما في الصورة الالية ازم عدم الحكم بالحرمة بعد الطلاق التاسع وهو خلاف صريح النصوص او ظاهرها - الثاني ان النصوص بعد حمل مطلقها على مقيدها وظاهرها على نصها وارادة في مورد خاص وهو توالي الطلقات التسع العديدة والتعدي يحتاج الى دليل خاص وهو مفقود - وعلى هذا فلو طلقها خمسة وعشرين مرة وكان في كل ثلاثة منها واحدة عدية من اول الدور لا يوجب تحريمها عليه مؤبدا لا تنقضاء الشرطين - اما الاول فلانه ح لابد ان يقع بعد كل ثلاثة منها نكاح رجل فيقع بينهما نكاح ثمانية رجال - واما الثاني فواضح - وعليه فما عن الشهيد الثاني ره من الحكم بالتحريم المؤبد في هذه الصورة تمسكا باطلاق ما دل على التحريم كك بالتسع للمعدة الظاهر في كون جميعها للمعدة حقيقة خرج منه ما اذا كان الثالثة من كل ثلاثة منها سنية بالنص وبقى الباقي - لا وجه له..

حكم ما لو عقد ذو الثلاث على اثنتين دفعة

(الثامنة لو طلقت احدى الاربع رجعا لم يجز ان ينكح بدلها حتى

تخرج من العدة ويجوز في البائن) وقد تقدم تفصيل القول في ذلك في ذيل مسألة حرمة تزويج ما زاد على الاربع .

(ولو عقد ذو الثلاث على اثنتين دفعة بطلا) على المشهور وفي الشرايع وروى

انه يتخير و في الرواية ضعف - فالكلام في موردين الاول فيما يقتضيه القاعدة مع قطع النظر عن النص الخاص - الثاني في الخبر .

اما الاول فقد استدل في الجواهر للبطلان باستلزام صحة كل منهما بطلان

الاخر و لا ترجيح و صحة احدهما دون الاخر غير معقولة والصحة في احدى الامرأتين على جهة الاطلاق الذي مرجعه الى تخيير الزوج في تعيينها غير مفادها ولو فرض قصد

ذلك فهو غير صحيح للاجماع على اعتبار تعيين الزوجة في عقد النكاح على وجه التشخيص انتهى (اقول) يمكن البناء على صحة احدا العقدين ان كان التزويج بعقدين دفعة كما لو عقد على احدهما وعقد وكيله على الاخرى. وصحة العقد على احدهما ان عقد عليهما بعقد واحد ثبوتا واثباتا

اما في مقام الثبوت فلان الزوجية ليست من قبيل الاعراض الخارجية كي تحتاج في تشخيصها الى موضوع شخصي خارجي بل هي من الامور الاعتبارية كالملكية - فكما يصح اعتبار ملكية احد الشئيين او الاشياء كما في الوصية - واعتبار ملكية الكلي في الزمة او في المعين كما في الخمس و الزكاة - كذلك يصح اعتبار زوجية احدي الامرأتين لا بعينها كيف وقد وقع نظيره في الشرع كما فيمن تزوج الاختين بعقد واحد - وكما في من اسلم عن خمس زوجات - وغيرهما - و ادل الدليل على امكان الشيء وقوعه.

واما في مقام الاثبات فلان مقتضى الادلة صحة كل واحد من العقد و صحة العقد على كل منهما غاية الامر دل الدليل على عدم جواز تزويج اكثر من اربع ولذا لا يمكن الحكم بصحتهما معا وحيث ان الضرورات تنقذ بقدرها وان هذا المحذور يرتفع بالبناء على بطلان احد العقدين او العقد على احدهما فلا وجه للبناء على بطلانهما والا لزم التخصيص بلا وجه و حيث ان نسبة الدليل المخصص اليهما على حد سواء فلا وجه للبناء على بطلان احدهما تعيينا - فيتعين البناء على بطلان احدهما بنحو التخيير و صحة احدهما كك و لعله الى ذلك نظر المصنف ره في محكي المختلف - حيث احتج لصحة احدهما بنحو التخيير بوجود المقتضى وانتفاء المانع اذ ليس الانضمام العقد على الاخرى وهو لا يقتضى تحريم المباح كما لو جمع بين محرمة عينا ومحللة عينا في عقد و كما لو جمع بين المحلل والمحرّم في البيع ولا اثر للاطلاق والتعيين اذ في التعيين تحرم واحدة معينة فيبطل العقد عليها و تحل اخرى معينة وفي الاطلاق تحل واحدة مطلقة و تحرم اخرى و قد علمهما معا فيدّخلان في العقد اذ لا وجود للملكي الا في جزئياته انتهى (والايراد) عليه كما عن الشهيد الثاني بان كل واحدة

صالحة للصحة منفردة و منهي عنها مع الانضمام ولا اولوية و تعلق العقد بتغير معينة غير كاف في الصحة بل لابد من تعيينها قبل العقد (في غير محله) اذ الفرض تعيين كل منهما. ولادليل على اعتبار ازيد من ذلك - فالظاهر هو البناء على صحة عقد احدهما وكونه مخيرا في اختيار ايهما شاء.

و اما النص - فيمكن ان يكون نظر المحقق الى احد الخبرين - احدهما خبر (١) عنبة بن مصعب قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل كان له ثلاث نسوة فزوج عليهن امرأتين في عقدة فدخل على واحدة منهما ثم مات قال عليه السلام ان كان دخل بالمرأة التي بدأ باسمها وذكرها عند عقدة النكاح فان نكاحها جائز ولها الميراث وعليها العدة - وان كان دخل بالمرأة التي سميت وذكرت بعد ذكر المرأة الاولى فان نكاحها باطل ولا ميراث لها و عليها العدة - ثانيهما - خبر (٢) جميل عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقدة واحدة قال عليه السلام يخلو سبيل ايتهن شاء - فان كان نظره الى الاول فهو لا يدل على التخيير و خارج عما هو محل الكلام - وان كان نظره الى الثاني فقوله وفي الرواية ضعف في غير محله لان الخبر صحيح وهو وان كان في تزويج الخمس في عقدة واحدة - الا انه يمكن استفادة الحكم منه في المقام بالغاء الخصوصية - وقد تقدم ان الخبر في مورده معمول به عمل به جماعة كالشيخ واتباعه والمصنف في المختلف وغيرهم - وحمله على ارادة الامساك بعقد جديد خلاف الظاهر لا وجه للمصير اليه - فالظاهر هو الصحة والتخيير في اختيار ايهما شاء (ولورتب) المقدان (بطل الثاني) بلا خلاف ولا اشكال (وكذا الحكم في الاختين) وقد تقدم في مسألة الجمع بين الاختين تفصيل القول في شقوق المسألة فراجع،

الرضاع من اسباب التحريم

(الثاني في الرضاع) وكونه سببا لتحريم النكاح اجماعا بل هو من ضروريات

(١) الوسائل باب ٥ - من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤ - من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١

المذهب أو الدين - والكتاب والسنة شاهدان به - وتنقيح القول فيه بالبحث في مطالب - الأول - فيما يحرم به - (و) قد طفت كلماتهم بأنه (يحرم منه ما يحرم بالنسب) والنصوص المستفيضة شاهدة به لاحظ - صحيح (١) العجلي عن الباقر عليه السلام في حديث أن رسول الله ﷺ قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب - ونحوه أخبار (٢) داود ابن سرحان وأبي الصباح والحلي - و صحيح (٣) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال سمعته يقول يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة - ونحوه صحيحه (٤) الآخر عنه عليه السلام إلى غير تلكم من النصوص الكثيرة - وملخص القول في المقام إنما يكون ببيان أمور.

الأول فيما يستفاد من النبوى الذى رواه الفريقان وما بمضمونه - أقول لا إشكال ولا خلاف بين علماء الاسلام فى حصول نظائر القرابات الحاصلة بالنسبة والقرابة - بالرضاع أيضا ونص عليه فى الجملة فى الكتاب العزيز - قال الله تعالى (٥) و أمهاتكم اللاتى أرضعنكم واخوانكم من الرضاعة ونظافت النصوص على إثبات النظائر النسبية بالرضاع - من الام والبنت والاخت والعمة والخالة وما شاكل كما لا يخفى على المتتبع وعلى ذلك فلا إشكال فى حصول القرابات السبع النسبية الانائية - أى - الامهات - البنات والاخوات - وبنات الاخ - وبنات الاخت - والعمات - والخالات بسبب الرضاع.

فالقرابة الاولى - وهى الام من الرضاعة - وهى امرئة أرضعتك او ولدت من أرضعتك - او أرضعت من ولدتك - او أرضعت من ولدك - فلها سبع شعب (الاولى) من أرضعتك (الثانية) الام النسبية للام الرضاعية (الثالثة) الام الرضاعية للام الرضاعية بلا واسطة او وسائط احدى من امهاتها النسبية او الرضاعية (الرابعة) الام النسبية للاب الرضاعى (الخامسة) الام الرضاعية للاب الرضاعى بلا واسطة او بواسطة احدى من امهاته النسبية او الرضاعية (السادسة) الام الرضاعية للام النسبية بلا واسطة او بواسطة احدى من امهاتها

النسبية او الرضاعية (السابعة) الام الرضاعية للاب النسبى كك.

والقربة الثانية هي البنات الرضاعية وهى كل امرأة ارتضعت من لبنك ولو كان المرتضع رجلا فهو ابنه الرضاعى. وبنات الاولاد - وهن بنات بناته او بنات ابنائه بلا واسطة او مع واسطة او وسائط - وحيث ان لكل من الابن والبنت قسمين نسبيا ورضاعيا والبنية لكل من الاربعة ايضا على قسمين النسبية والرضاعية فيحصل لبنات الاولاد ايضا الشعيب الثمان - ولما كان صدق الرضاعية ووقوفها على توسط رضاع - يخرج شعبتان منها وهما شعبة البنت النسبية للبنت النسبية - وشعبة البنت النسبية للاب النسبى - ويبقى الست الباقية نظير مامر فى الجدات - فبضميمة البنت الرضاعية بلا واسطة تكون سبع شعب القرابة الثالثة هي الاخوات الرضاعية وهن بنات ابويها و احداهما و لها شعب ثلاث. البنات الرضاعية للابوين النسبيين - والبنات النسبية للابوين الرضاعيين - والبنات الرضاعية للابوين الرضاعيين ولو كان المرتضع رجلا فهو اخوه الرضاعى: والرابعة بنات الاخ وهن بنات اخته من النسب او الرضاع بلا واسطة او بواسطة او وسائط - وحيث ان الاخ قسمان و البنت ايضا قسمان فيحصل لبنات الاخ اربع شعب يخرج منها شعبة واحدة هي البنت النسبية للاخ النسبى ويبقى ثلاث شعب . والخامسة بنات الاخت يعلم شعبها بالقياس الى بنات الاخ .

السادسة العمات وهن اخوات ابيه - وحيث عرفت ان الاب على قسمين و الاخوات ايضا كك فيحصل للعمات اربع شعب شعبة واحدة نسبية والثلاث الباقية رضاعية ويدخل فى هذه القرابة اخوات ابي ابيه .

و السابعة الخالات وهى اخوات امه و يعلم اقسامها وشعبها بالقياس الى العمات فهؤلاء هن القرابات الرضاعية من الاناث و يعلم بالقياس اليهن القرابات الذكورية للرجال وللنساء ايضا.

فى عموم المنزلة

الثانى فى انه هل تختص الحرمة بالحاصلة بالرضاع بما اذا تحقق احد تلكم

العناوين المحرمة كما هو المشهور بين الاصحاب ام يعم ما اذا حصل عنوان ملازم لعنوان محرم - كام الاخ من الابوين الملازمة لكونها اما - فلوارضعت امرأة ابنا تحرم هى على اخيه كما ذهب اليه جمع من المتأخرين كالمحقق الداماد وغيره و بعبارة اخرى هل مقتضى عموم الموصول فى قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هو عموم المنزلة وانه يحرم من جهة الرضاع كل عنوان يحرم من جهة النسب سواء كان اتصاف ذلك العنوان بالمحرمة لذاته او لملازمته لعنوان محرم - ام مقتضاه اعتبار اتحاد العنوان الحاصل بالرضاع مع احد العناوين النسبية المحرمة لذاته - مثلا - الام محرمة من جهة النسب فاذا حصل بالرضاع نفس هذا العنوان ثبت التحريم ولو حصل بالرضاع ما يلازمه مثل امومة اخيه لم تحرم - اقول بعدما لا ريب فى ان المراد من الموصول ليس هو نفس ما يحرم بالنسب كما هو واضح - يدور الامر بين ان يراد به خصوص العناوين النسبية المحرمة شرعا والاعم منها ومن العناوين الملازمة لاحد تلكم العناوين - والقول بعموم المنزلة يتوقف على اثبات الثانى - وغاية ما قيل فى وجهه - امور .

احدها - ان مقتضى عموم الموصول ان كل عنوان محرم فى الانساب اذا حصل نظيره بسبب الرضاع يكون حكمه حكمه فكما ان اخت الاخ النسبى حرام على الانسان كاخت الاخ الرضاعى والتخصيص بخصوص العناوين المحرمة لذاتها بلاوجه (وفيه) اولان العناوين الملازمة للعناوين المحرمة بذاتها كاخت الاخ ليست محرمة بالنسب بل هى ملازمة لعنوان محرم - فان قيل انها محرمة بالعرض لا بالذات - قلنا ان ظاهر النسبة هو كون الوصف بحال نفسه فقوله ما يحرم اى العنوان المتصف بالمحرمة وتكون المحرمة وصفاله وعارضة عليه نفسه فلا يشمل المحرم بالعرض - وثانيا - ان العناوين الملازمة فى النسب انما تحرم لاجل ملازمتها للعناوين المحرمة وبقيدها اتصافها بها - مثلا اخت الاخ انما تحرم من جهة النسب بعنوان كونها اختاله - وام ولد بنت الشخص تحرم عليه بعنوان كونها بنتاله لا بعنوان كونها اخت الاخ - وام ولد بنته - لانه لا نسب بينهما وبين الشخص من حيث هذين العنوانين بل النسب بينهما - وبين اخيه وولد بنته فالمحرم فى النسب ام ولد البنت المقيدة بكونها بنتا - واخت الاخ المقيدة بكونها اختا ومن

المعلوم ان هذه العناوين المقيدة لا تحصل بسبب الرضاع حتى تحرم من جهته كما تحرم بالنسب وانما الحاصل به نفس العناوين غير المقيدة - ضرورة ان اخت الاخ الرضاعية لا يصير اختاله ومرضعة ولد بنت الشخص لا تنصف بالبنية وان اقتصت بام ولد البنت . ثانياً ان المراد بالموصول ليس هو العناوين بل الاشخاص الخارجية المعنونة بالعناوين المحرمة - و كما ان الشخص الخارجي المعنون بالعنوان المحرم بالذات انما يحرم بذاته - كك الشخص الخارجي المعنون بالعنوان الملازم للعنوان المحرم مثلاً في النسب تحرم المراءة الخارجية المعنونة بكونها ام ولد بنت الشخص - فاذا حصل نظيرها في الرضاع كان حكمها حكمها - وهذا الوجه وان سلم عن الابرار الاول الوارد على الوجه الاول لكنه يرد عليه الابرار الثاني بنحو اوضح - فان الشخص الخارجي لا يحرم بواسطة تعنونه بعنوان ملازم لعنوان محرم - بل لتعنونه بعنوان محرم بذاته اضعف اليه - ان القضايا الشرعية ظاهرة في كونها بنحو القضايا الحقيقية لا الخارجية . ثالثاً ترتيب قياسين تكون النتيجة في احديهما صغرى للآخر - بان يقال لاشك في ان ام ولد البنت بنت - وكل بنت حرام فينتج ان ام ولد البنت محرمة من جهة النسب وتجعل هذه النتيجة صغرى اكبرى اخرى - وهي كل ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع فيستنتج ان ام ولد البنت تحرم من جهة الرضاع (وفيه) ما عرفت من منع الكبرى في القياس الثاني لان ما يحرم من النسب لا بذاته بل لملازمته لعنوان محرم لا يحرم اذا حصل نظيره في الرضاع . ولان العناوين الملازمة للعناوين المحرمة انما تحرم بقيد تصاقها بالعناوين المحرمة كما مر .

رابعاً صحيح (١) ايوب بن نوح قال كتب علي بن شعيب الى ابي الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي ان اتزوج بعض ولدها فكتب عليه السلام لا يجوز ذلك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك - ونحوه صحيح (٢) علي بن مهزيار - وتقريب

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ .

(٢) الوسائل باب ١٤ - من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١

لاستدلال بهمن وجوه - ١ - انه يدل على حرمة اخت ولد الشخص عليه وهى ليست من العناوين المحرمة بذاتها وانما تحرم هى فى النسب لكونها بنتا له اورية فيعلم من ذلك حرمة العنوان الملازم لعنوان محرم - مع انه اذا انضم الى ذلك قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب تكون النتيجة انه كما تحرم اذا تحقق احد العناوين المحرمة بالرضاع - كك يحصل الحرمة اذا تحقق احد العناوين الملازمة لتلك العناوين - ٢ - انه علل الحرمة بالمنزلة فيدل على انها علة للحرمة - ٣ - انه نزل ولد المرضعة منزلة واد الشخص ومقتضى عموم التنزيل ترتب جميع آثار الولد لمن هو بمنزلته - فيحرم كل من كان حراما عليه وعلى اولاده واخوانه واخواته لو كان او لاد المرضعة او لاداله حقيقة لانه كما تحرم عليه بناتها لانهن صرن بناتاله كك يحرم من على جميع اولاده لانهن صرن اخوات لهم ويحرم من على اخوانه لانهم صاروا اعماما لهمن وهكذا (ولكن) يرد على ما افيد اولا فى التقريب الاول انه قياس لانقول به وعلى ما افيد ثانيا ان قوله عليه السلام يحرم من الرضاع الخ لا مفهوم له كى يدل على عدم حرمة غير ذلك بالرضاع مع انه لو كان دالا على ذلك غايته الاطلاق فيقيده اطلاقه بالخبر - ويرد على الثانى - ان تعليل المنزلة لا يثبت به عليه مطلق المنزلة حتى منزلة غير الولد ايضا لا باستنباط العلة وليس هو الا القياس - و يرد على الثالث ان مقتضى عموم التنزيل ترتيب جميع آثار الولد عليه - واما حرمتها على اخوانه مثلافهى ليست من آثار كونها ولداله بل من آثار كونها بنت اخ لهم وهكذا - مع ان التنزيل فى الخبرين ظاهر فى كونه بلحاظ التزويج عليه خاصة ولا اقل من الاجمال - فهو المتيقن - وبما ذكرناه ظهر كيفية الاستدلال لعموم المنزلة بما دل على حرمة تكاح ابى المرتضع فى اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا وفى اولاد المرضعة ولادة والجواب عنه - وسياقنا لهذا زيادة توضيح انشاء الله تعالى .

فالمحصل مما ذكرناه ان المستفاد من النبوى المشهور بين الفريقين وما شابهه من النصوص ان كل عنوان محرم بذاته فى النسب اذا حصل نظيره بالرضاع يوجب الحرمة وفى غير ذلك لا دليل على الحرمة والاصل يقتضى الجواز الا ما خرج بدليل خاص

وسياتى موارد - وبعبارة اخرى كل عنوان له اسم فى الانساب وحكم فى السنة والكتاب بحرمته اذا حصل بالرضاع بحكم بحرمته و الافلا - الا الموارد الخارجة بالدليل من الطرفين .

القرابة المنضمة بالمصاهرة

الثالث لا يخفى ان العناوين المحرمة قسمان - الاول - ما يكون تحريره منتسبا الى النسب وحده و يكون النسب كالعلة التامة لتحريره - كالام و الاخت و البنت وما شاكل - الثانى ما يكون تحريره مستندا الى العنوان المتحصل من النسب وغيره كالمصاهرة فيكون النسب كجزء العلة للتحرير - مثل ام الزوجة فان حرمتها مستندة الى عنوان المصاهرة المتحصلة من ثبوت الزوجية بين الرجل والمرأة وثبوت النسب بين المرأة ومرتة اخرى - لا اشكال فى ثبوت الحرمة بالرضاع ان كان العنوان الحاصل من قبيل القسم الاول - وانما الكلام فيما اذا كان من قبيل القسم الثانى كما فى الام الرضاعية - للزوجة الحقيقية واختها الرضاعية (ولا يخفى انه فى خصوص ام الزوجة وردت نصوص وفيها كلام سياتى عند تعرض المصنف له) فالمشهور بين الاصحاب سببية الرضاع لنشر الحرمة فى هذا القسم ايضا و فى المستند الحكم بتحرير هذا الصنف مصرح به فى كلمات الاصحاب بل ظاهر الكفاية اتفاق الاصحاب عليه بل صرح بعضهم باتفاق الطائفة عليه وصرح آخر بنفى الخلاف وفى شرح المفاتيح الاجماع عليه انتهى ومع ذلك كله فقد اختار هو قدمه تبعا للكفاية عدم النشر لولا الاجماع .

يشهد الاول - اطلاق قوله **فانما** ما يحرم من النسب فانه يصح استناد حرمة ام الزوجة واختها على الزوج الى النسب فيقال تحرم ام الزوجة واختها على الزوج لاجل النسب الذى بينهما وبين زوجته - ويؤيده الاجماع والنصوص الاتية الواردة فى خصوص ام الزوجة بضميمة الاجماع المركب .

وقد استدلل للقول الآخر بوجوه - الاول - انه قد اشتهر بينهم على وجه ام يشك احد فيه - ان المحرم من جهة المصاهرة لا يحرم من جهة الرضاع فلو ارضعت امرأة

ولدرج لا تحرم ام المرضعة على الرجل من حيث انها جدة ولده لانه الرضاعية وليس ذلك الا من جهة عدم قيام الرضاع مقام المصاهرة فلا تصير المرضعة بمنزلة الزوجة حتى تصير امها ام الزوجة - و عليه ففي المقام حيث ان تحريم الزوجة على الزوج من جهة المصاهرة فلا تحرم من جهة الرضاع (و فيه) ان الذي يحصل في المقام بالرضاع هو العنوان النسبي وهي الامومة - واما عنوان المصاهرة وهي الزوجية فهي وجدانية حقيقية فدليل التنزيل ينزل الام الرضاعية منزلة الام النسبية - وهذا بخلاف المثال المذكور فان العنوان النسبي حقيقي - وعنوان المصاهرة تنزيلي متوقف على تنزيل مرضعة الولد بمنزلة الزوجة وادلة التنزيل لاتصلح لذلك - وعلى الجملة - بدليل التنزيل ينزل الام الرضاعية منزلة الام النسبية لقيام الرضاع مقام النسب في اناطة التحريم به فتحرم لذلك .

الثاني ان الظاهر من دليل التنزيل ترتيب آثار العنوان النسبي على العنوان الرضاعي فاذا كان الاثر للعنوان النسبي مع المصاهرة فلا يشمل ادلة التنزيل (وفيه) انه حيث لامانع من تنزيل جزء الموضوع اذا كان الجزء الاخر محرزا بالوجدان او بتنزيل اخر و المفروض في المقام احراز عنوان المصاهرة وجدانا - فلا مانع من تنزيل الرضاع منزلة النسب الذي هو جزء الموضوع و مقتضى اطلاق الدليل ذلك .
الثالث ان المراد بلفظ النسب في النبوى هو النسب الحاصل بين المحرم والمحرّم عليه على حد قولهم سبب التحريم - اما نسب اورضاع او مصاهرة والنسب في المقام بين شخصين آخرين (وفيه) انه تقييد للمطلق من غير تقييد بل المراد به هو مطلق النسب الموجب للتحريم - سواء كان بين نفس المحرم والمحرّم عليه ام بين احدهما وزوج الاخر او غيره مثل الغلام الموطوء ولهذا يصح التمسك بالنبوى في تحريم مرضعة الغلام الموقب واخته و بنته الرضاعيتين على الموقب .

الرابع - ان التحريم في غير المحرمات النسبية السبع ليس من جهة النسب بل هو مستند الى المصاهرة حيث ان الشيء يستند عرفا الى الجزء الاخير من العلة التامة ففي المقام تكون الحرمة مستندة الى الزوجية فلا يعمها دليل تنزيل الرضاع

منزلة النسب (وفيه) ان التحريم في الكتاب والسنة لم يتعلق بعلاقة المصاهرة التي بينها وبين الزوج وانما علق على الرابطة النسبية التي بينها وبين زوجة الزوج وهي الامومة وما شاكل فحرمة ام الزوجة على الزوج انما هي من جهة النسب الحاصل بين المحرم وزوجة المحرم عليه - فاذا ورد الدليل على حرمة ام الزوجة نقول ان التحريم تعلق بالمرأة المتصفة بالامومة للزوجة وهي رابطة نسبية علق عليها التحريم - فاذا حصل نظيرها بالرضاع يحصل الحرمة للنسب - وبالجمله فكما يصدق على ام الرجل انها محرمة عليه من جهة النسب فكذلك يصدق على ام زوجته انها محرمة عليه من جهة النسب لانها حرمت عليه من جهة كونها ام لزوجته فال موضوع في كل منهما هي الام - الا انه في الاول ام المحرم عليه وفي الثاني ام زوجته (فتمحصل) مما ذكرناه ضعف استشكال صاحب الكفاية والمحقق النراقي في نشر الحرمة في هذا القسم من العناوين المحرمة -

لو شك في دخل شيء في نشر الحرمة

المطلب الثاني يعتبر في انتشار الحرمة بالرضاع امور بلا خلاف فيه في الجمله وان وقع الخلاف في بعض تلك الامور - وقبل التعرض لها ينبغي تاسيس الاصل ليكون هو المستند مع عدم الدليل على اعتبار امر - وبعبارة اخرى - يستند اليه في صورة الشك في دخل شيء في نشر الحرمة مع عدم الدليل عليه - والحق ان يقال ان مقتضى اطلاق قوله فإن الرضاع يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هو عدم دخل شيء من القيود فكل ما دل الدليل على اعتباره يقيد به اطلاق النبوي و ما لم يدل عليه دليل يدفع احتمال دخله بالاطلاق (ودعوى) انه انما يكون مسوقا لبيان ان الرضاع كالنسب في السببية لنشر الحرمة واما ان السبب منه ما هو فليس بصدد بيانه كي يؤخذ باطلاقه - كما عن المحقق اليزدي (مندفعة) بانه في مقام بيان السبب منه وان الرضاع بما هو رضاع سبب فكل ما دل على دخله فيه يقيد اطلاقه به ويبقى الباقي - والشاهد على ذلك مضافا الى ظهوره ولا اقل من الشك ومقتضى القاعدة هو البناء على كونه

فى مقام البيان. النصوص الواردة فى تفسيره وتطبيقه على موارد - لاحظ (١) صحيح العجلى فى حديث قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فسر لى ذلك - فقال عليه السلام كل امرأة ارضعت من لبن فحلبها ولد امرأة اخرى من جارية او غلام فذلك الذى قال رسول الله ﷺ الحديث - ويمكن الا استدلال له باطلاق هذا الصحيح وما شاكله ايضا وعلى هذا فمقتضى الاصل الملفى عدم دخل قيد شك فى دخله مع عدم الدليل عليه نعم لو لم يكن الاطلاق كان مقتضى الاصل العملى عدم وجود سبب التحريم المانع عن تأثير عقد النكاح حدوثا وبقاا بدون ذلك القيد فتدبر.

اعتبار كون اللبن عن نكاح صحيح

اذا عرفت هذا فاعلم - ان للرضاع الشرعى الموجب للتحريم شروطا - الاول انما يحرم الرضاع (اذا كان) حاصل (عن) وطء صحيح شرعى بـ (نكاح) دوام ومتمعة او تحليل او ملك يمين - فلو كان عن وطء زنا لا ينشر العرمة اجماعا بقسميه كما فى الجواهر - اجماعا محققا ومحكما فى السرائر والتذكرة وشرحى القواعد للمحقق الثانى والهندي وشرح النافع للسيد والمفاتيح وشرحه وظاهر المسالك والكفاية وغير ذلك كما فى المستند وكذا لا ينشر او درمن المرأة من دون نكاح فضلا عن غيرها من الذكر والبهيمة - بالاخلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كذا فى الجواهر وفى نكاح الشبهة تردد كما عن السرائر - و ان كان المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة تنزيله على الوطء بالعقد الصحيح .

فالكلام فى موارد (١) ما لو كان اللبن عن وطء زنا - فقد استدلل لعدم النشر الشيخ الاعظم ره بانصراف اطلاقات التحريم بالرضاع الى غير ذلك - وبصحيح (٢) ابن سنان

(١) الوسائل باب ٦ - من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٤.

عن الصادق عليه السلام عن ابن الفحل قال هو ما ارضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك ولد امرأة اخرى لا من حرام - ونحوه حسنه (١) بابراهيم بن هاشم (ولكن) الانصراف ممنوع والاستدلال بالصحيح ان كان بما نقله فى ذيله بقوله - لا من حرام - فيرد عليه ان الموجود فى كتب الحديث - فهو حرام - بدل ذلك - وان كان بقوله ما ارضعت امرأتك الخ كما استدل به غيره - فيرد عليه انه فى مقام تفسير لبن الفحل الموجب للمحرمة عليه ولا يدل على حصر الرضاع الموجب لنشر الحرمة بذلك بل قوله عليه السلام فى خبر (٢) محمد بن عبيدة الهمداني عن الرضا عليه السلام فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الامهات وانما الرضاع من قبل الامهات و ان كان لبن الفحل ايضا يحرم - ومثله العلوى (٣) يؤكد عدم المفهوم له من هذه الجهة - واما الابرار عليه بانه لا يعتبر كون المرضعة زوجة لصاحب اللبن بل يكفى كونها مملوكة او متعة مع عدم تبادل هما من لفظ امرأتك - فيمكن الجواب عنه بانه يلتزم فيهما بالتخصيص للدليل .

وربما يستدل له بصحيح (٣) بريد العجلي عن الباقر عليه السلام الوارد فى تفسير النبوى - كل امرأة ارضعت من لبن فحلها ولد امرأة اخرى من جارية أو غلام فذلك الذى قال رسول الله ﷺ وكل امرأة ارضعت من لبن فحلين كاناله واحدا بعد واحد من جارية أو غلام فان ذلك رضاع ليس بالرضاع الذى قال رسول الله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وانما هو من نسب ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئا و ليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة فيحرم (وفيه) انه يدل على ان الرضاع الواحد من لبن فحلين لا يحرم - وعلى ان العبرة فى الاخوة بالرضاع بالاخوة من قبل الاب الرضاعى وهو الفحل ولا عبرة بالام الرضاعى - وسيأتى تحقيق الكلام فى الفرعين .

فالاولى الاستدلال له كما في الجواهر بخبر (١) دعائم الاسلام عن جعفر بن محمد عليه السلام انه قال لبن الحرام لا يحرم الحلال ومثل ذلك امرأة ارضعت بلبن زوجها ثم ارضعت بلبن فجور قال ومن ارضع من فجور بلبن صبية لم يحرم من نكاحها لان اللبن الحرام لا يحرم الحلال المنجبر ضعفه بالعمل - والمعتضد بالاجماع والمؤيد بما تقدم و بعدم تحقق النسب بالزنا .

٢- لو در اللبن من المرأة من دون نكاح - يشهد اعدم نشر الحرمة به موثق (٢) يونس بن يعقوب عن ابي عبدالله عليه السلام قال سالت عن امرأة در لبنها من غير ولادة فارضعت جارية و غلاما من ذلك اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع - قال عليه السلام لا يخبر (٣) يعقوب بن شعيب قلت لابي عبدالله عليه السلام امرأة در لبنها من غير ولادة فارضعت ذكرانا و اناثا ما يحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع فقال لي لا:

٣ - ما لو كان اللبن عن وطء الشبهة و قد عرفت ان المشهور بين الاصحاب الحاقه في النشر بالنكاح واخويه وعن العلوي الجزم بعدم النشر - وتردد سيد المدارك فيه و استحسنه الشيخ الاعظم الا انه قوى اخيرا ما هو المشهور - ولا يخفى انه على ما ذكرناه في المورد الاول - يكون الحاقه بالنكاح واضح لا طلاق دليل مجرمة الرضاع - وما دل على خروج المورد الاول و الثاني مختص بهما لا يشمل المقام - اصف الى ذلك كون وطء الشبهة ملحقا بالنكاح في النسب - فانه يؤيد ذلك واما على ما سلكه الشيخ الاعظم فقد اشكل عليه الامر فان مقتضى صحيح ابن سنان وحسنه على فرض الدلالة على عدم النشر بالزنا كما استدلل بهم - انه عدم النشر في وطء الشبهة ايضا و لذلك ادعى انه ان دلالة المطلقات على الاطلاق اقوى من دلالة المقيد على الاختصاص - وانه لا بد من حمل ما فيهما من تخصيص اللبن بالمرأة على التمثيل بالفرد الغالب للاتفاق على النشر بالارتضاع من المملوكة والمحللة - فلا مقيد لا طلاق الادلة (ولكن)

(١) المستدرک باب ١١ من ابواب ما يحرم بالرضاع

(٢) (٣-٢) الوسائل باب ٩ من ابواب ما يحرم بالرضاع

يرد على ما افاده اولا ان دلالة المطلق على حكم فردان كانت بنحو النصوصية يصلح المطلق معارضة المقيد الدال على حكم ذلك الفرد - و الا فيقدم المقيد على المطلق مطلقا و ضرورى ان نصوص محرمية الرضاع ليست نصافى حصول الحرمة بوطء الشبهة - ويرد على ما افاده ثانيا ان الاتفاق على النشر بالارتضاع من المملوكة و المحللة بضميمة ما فيهما من النص يقيد الخبرين على فرض ظهورهما فى اعتبار كون المرضعة امرأته و لا يصلح قرينة لحمل القيد على الغالب - مع - انه على هذا لا يبقى له دليل على عدم النشر بالزنا سوى الاجماع المعلوم مدركه - فالصحيح ما ذكرناه

هل يعتبر انفصال الوالدان لا

ثم ان المستفاد من النصوص المتقدمة سيما موثق يونس و خبر يعقوب اعتبار حصول اللبن من الحمل فاودر اللبن عن الخالية عنه وان كانت منكوحة نكاحا صحيحا لا ينشر الحرمة كما هو المشهور شهرة عظيمة و عن التذكرة و فى المستند و عن غيرهما دعوى الاجماع عليه انما الخلاف فى موارد.

الاول انه اذا حصل الحمل لامن الوطء كما لو حملت المرأة من ماء زوجها السابق الى فرجها من غير دخول ثم ولدت فهل ينتشر الحرمة كما هو مقتضى اطلاق الاخبار - ام لا تنتشر كما هو ظاهر الاصحاب حيث اعتبروا الوطء فى ترتيب حكم الرضاع و صريح المحكى عن ثنائى الشهيدين حيث اعتبر الدخول و جهان - اظهرهما الاول فالمدار على تكون الولد من مائه على وجه ينسب اليه الولد الذى يتبعه اللبن - و لا يبعد ان يكون تعبير الاصحاب بالوطء باعتبار الغلبة لان المراد اشتراط ذلك على وجه يخرج به الفرض.

الثانى انه هل يعتبر انفصال الولد كما فى الجواهر و عن الخلاف و الغنية و السرائر و التذكرة و التحرير و النهاية و شرح القواعد للمحقق الثانى و شرح النافع للسيد بل قيل انه الاشهر بل عن الثلاثة الاول الاجماع عليه - ام يكفى الحمل كما عن موضع من المبسوط و المحقق و القواعد و المسالك و الروضة و اختاره الشيخ الاعظم و جهان.

مقتضى اطلاق النصوص الدالة على اناطة الحرمة بلبن الفحل - كصحيح (١) يريد المتقدم - وصحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام يجل له ان يتزوج اختها لامها من الرضاعة فقال عليه السلام ان كانت المرثتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يجل - ونحوهما غيرهما هو الثاني وكذا مقتضى اطلاق ادلة محرمة الرضاع.

وقد استدلل للاول بقوله عليه السلام في صحيح ابن سنان المتقدم ما رضعت امرأة من ابنتك ولبن ولدك بدعوى عدم صدق الولد مضافا الى الاب على الحمل - وبه وثق بونس وخبر يعقوب المتقدمين الدالين على ان در اللبن من غير ولادة لا يوجب النشر و هما اخصان من المطلقات فتقيد بهما (وما) عن المحقق الزدى من الجواب عنهما بانهما يعارضان مع المطلقات المتقدمة حيث انها لو رودها في مقام التخيير وبيان الحد تكون كالنص الصريح في الاطلاق (في غير محله) اذ كونها في مقام التحديد والتفسير لا يجعلها نصا في الاطلاق بل يوجب انعقاد الاطلاق (ولكن) يرد على الوجه الاول ان الولد يصدق على الحمل - مع ان وجود الوالد بالفعل لا يعتبر في اضافة اللبن اليه - ولذا لو مات الولد فارضعت امه يوجب ذلك نشر الحرمة - ويرد على الثاني انه ليس فيهما ان در اللبن قبل الولادة لا يوجب النشر بل در اللبن من غير ولادة - وظاهر ادارة الدر من غير ولادة رأسا حتى في المستقبل بان يكون الدر لاعن حمل فلا ينهضان لتقييد المطلقات فالأظهر هو الاكتفاء بالحمل .

الثالث لو در اللبن قبل الحمل واستمر ذلك الى ما بعد الحمل فهل يكفي ذلك في نشر الحرمة نظر الى صدق كون اللبن عن الحمل . وان السبب يضاف الى اقوى السببين - ام لا من جهة انه انما يصدق كون اللبن دارا بنفسه وعن الحمل ويكون منتسبا اليهما و يكون كل منهما جزء العلة او لم نقل بان الاصل عدم حدوث اللبن عن الحمل وانه استمرار لما كان قبله - وبه يظهر ما في الوجه الثاني وجهان - اقواهما الثاني

الرابع ان اللبن الموجود بعد السقط هل حكمه حكم اللبن بعد الولادة ام لا
الظاهر هو الفرق بين كون الساقط تام الخلقة وقد ولج فيه الروح وبين عدم كونه كذلك
فان كان من قبيل الاول حيث انه يصدق عليه الولد وعلى وضعه الولادة فحكمه حكم
اللبن بعد الولادة وان كان من قبيل الثانى فلا يترتب عليه حكمه نعم فيما اذا تمت
خلقته ولم يولج الروح أشكال.

الخامس لا يعتبر بقاء المرأة على الحباله فلو طلقها او مات عنها وهى حامل منه
فارضعت من لبنه ولدا ينشر الحرمة فى العدة ام بعدها طال الزمان ام قصر تزوجت
بغيره ام لا - و لو استمر اللبن من الاول الى بعد التزويج من الثانى والحمل منه
فهل اللبن للثانى او الاول - اولهما - وجوه لا يبعد اظهارية الثانى للاستصحاب وربما
يقدر بمضى اربعين يوما من الحمل فيكون اللبن ح للثانى فينتشر الحرمة له -
ولو استمر الى زمان الوضع فما قبل الوضع الاول وما بعده للثانى لاجماع اهل العلم
كما قيل وكفى به مستندا -

يعتبر بلوغ الرضاع حدا خاصا

الشرط الثانى الكمية اى بلوغ الرضاع حدا خاصا فان المشهور بين الاصحاب
بل لاخلاف فيه انه لا يكفى مسمى الرضاع و مطلقه فى نشر الحرمة وفى الجواهر
اجماعا بقسميه ونصوصا مستفيضة او متواترة وفى المستند وهو مجمع عليه بين الطائفة
اجماعا محققا ومحكما مستفيضا - وخالف فى المسألة بعض العامة فاكتفى بالمسمى
وادعى ان عليه اجماع اهل العلم - ووافقه من اصحابنا ابن الجنييد والمصرى فى الدعائم
- ويشهد لعدم كفاية المسمى نصوص كثيرة ياتى اكثرها فى المباحث الاتية عند بيان
التقديرات (وبازائها) نصوص - كصحيح (١) على بن مهزيار على بن الحسن عليه السلام انه
كتب اليه يسأله عما يحرّم من الرضاع فكتب عليه السلام قليله وكثيره حرام - والعلاوى (٢)

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرّم بالرضاع حديث ١٠ -

(٢) المستدرک باب ٢ من ابواب ما يحرّم بالرضاع حديث ٤ -

يحرم من الرضاع قليله وكثيره المصاة الواحدة تحرم - ونحوه العلويان (١) الاخران -
 وخبر (٢) زيد بن على عن آباءه عن على عليه السلام الرضعة الواحدة كالمائة رضعة لا تحل له
 ابدا (ولكن) يرد عليها اولا ان غير الاول منها ضعيف السند - و الاول مجمل اذا المسئول
 عنه فيه غير معلوم و لعله تحريم اصل الارتضاع كما بعد الفطام - و ثانيا ان الاصحاب
 اعرضوا عنها - وثالثا انها معارضة مع هواكثر عددا واصح سندا واشهر عملا وفتوى ورواية
 فلا ينبغي التوقف فى عدم كفاية المسمى (ثم ان) اصحابنا قدروا المقدار الخاص الذى
 اعتبروه بثلاثة تقديرات - الاثر والعدد والزمان - خلافا للمحكى عن المفيد وسائر فخصا
 الحكم بالعدد - وللصدوق حيث قصره فيما حكى من هدايته على الزمان والمقنع على الاثر
 - وللمحكى عن ابن سعيده من تخصيص التأثير بماعدا الاثر

فى التقدير بالزمان

احدها - التقدير بالزمان، والمعروف بينهم اعتبار كون الرضاع (يو ماوليلة)
 وعن ظاهر التبيان و مجمع البيان والغنية والايضاح و غيرها عدم الخلاف فيه وعن
 الخلاف دعوى الاجماع عليه وعن التذكرة نسبته الى علمائنا وعن كشف اللثام الاتفاق
 عليه - وبذلك يظهر ما (٣) فى فقه الرضا والحد الذى يحرم به الرضاع مما عليه عمل العصاة
 دون كل ما روى فانه مختلف ما اثبت اللحم وقوى العظم وهو رضاع ثلاثة ايام متواليات
 و عشرة رضعات الخ - لانه لم يعرف ولا حكى عن احده من عصاة الحق العمل بذلك بل
 لا يوجد رواية ولو شاذة توافقه مع كثرة اخبار الباب - ولنعم ما افاده فقيه الامة صاحب
 الجواهر - ان هذا احد المقامات التى تشهد بعدم صحة نسبة هذا الكتاب مضافا
 الى ما اشتمل عليه مما لا يليق بمنصب الامامة ومما هو مخالف للمتواتر عن الائمة او
 مائت بطلانه باجماع الامامية بل الاماة انتهى .

(١-٣) - المستدرک باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢-٣

(٢) - الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٢

واما نصوص الباب فهي مختلفة - فمنها ما يدل على المشهور وهو موثق (١)
 زياد بن سودة قال قلت لابي جعفر عليه السلام هل للرضاع حديق عنه به فقال عليه السلام لا يحرم
 الرضاع اقل من يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن
 فحل واحد لم يفصل بينهما رضعة امرأة غيرها فلو ان امرأة ارضعت غلاما او جارية
 عشر رضعات من لبن فحل واحد وارضعتها امرأة اخرى من فحل آخر عشر رضعات
 لم يحرم نكاحهما - و الايراد عليه تارة بضعف السند - واخرى بما في المستند من
 ان دلالة بمفهوم الوصف الذي في اعتباره نظر - و ثالثة بمعارضته بما دل على حصر
 الرضاع المحرم فيما اثبت اللحم وشد العظم الاثني - في غير محله اذ ليس في سنده
 من يتوقف فيه سوى عمار الذي نقل الشيخ عمل الاصحاب برواياته ووثقه الرجاليون -
 مع ان في السند ابن محبوب وهو من اصحاب الاجماع - اضاف الى ذلك عمل الاصحاب
 به - و دلالة على الاكتفاء برضاع يوم و ليلة ليست بمفهوم الوصف اوروده في مقام
 التحديد فلا اشكال في ثبوت المفهوم له - ومعارضته بما دل على الحصر غير ظاهرة لفقد
 العلم بعدم كونه منه ولو فرض صورة علم بذلك ستعرف حكمها .

ومنها ما يدل على ان المدار على الرضاع خمسة عشر يوما ولياليهن وهو
 مرسل (٢) الصدوق في الهداية - قال النبي صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم من
 النسب ولا يحرم من الرضاع الارضاع خمسة عشر يوما ولياليهن وليس بينهما رضاع
 وفي المستدرك الاقوى ما دل عليه خبر الهداية و عليه المعظم - و يمكن ان يكون
 ذلك كلام صاحب غوالي اللثالي - ومرسل (٣) المقنع وروى لا يحرم من الرضاع
 الارضاع خمسة عشر يوما ولياليهن ليس بينهما رضاع وبه كان يقتضى شيخنا محمد بن
 الحسن - لكن صاحب الجواهر ره لم يجده في المقنع - بل وجد فيه و سئل (٤)
 عن الصادق عليه السلام هل لذلك حد فقال عليه السلام لا يحرم من الرضاع الارضاع يوم وليلة وخمس عشرة

(١) (٢٠٣ - ١) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٥ - ١٤

(٢) المستدرك باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١

رضعة متواليات لا يفصل بينهما .

ومنها - ما يدل على التقدير بسنة كصحيح (١) العلابن رزين عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الرضاع فقال عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدى واحد سنة . و مرسل (٢) المقنع وروى لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدى واحد سنة .

ومنها ما يدل على اعتبار الحولين - كخبر (٣) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا ما كان حولين كاملين - ونحوه خبر (٤) زرارة وعبيد بن زرارة . اقول امام مرسل الصدوق من الطائفة الثانية فهو وان كان واجدا لشرائط الحجية لنسبة ذلك الى النبي صلى الله عليه وآله جزما الا انه من المحتمل انقطاع الحديث على النسب ويكون الباقي فتوى الصدوق - ويؤيده ان المروى عن النبي صلى الله عليه وآله متواتر الجملة الاولى خاصة - و مرسل المقنع منها ضعيف للارسال وقد مر انكار صاحب الجواهر له وجوده - واما الطائفة الثالثة - فلم يوجد عامل بها ويتعين طرحها لذلك - وقد صرح بعض متأخري المتأخرين ما فيها من كلمة (سنة) بالضم والتشديد او بالكسر مع الاضافة الى ضمير الارضاع على ان المراد الرضاع فى الحولين الذين هما سن الرضاع والسنة فيه - و اما الطائفة الرابعة وان مال بعض متأخري المتأخرين الى مضمونها لتعدد رواياتها وتأييدها بالاصل والمخالفة لمذاهب المجهور فقابلة للحمل على ارادة الظرفية من الحولين ولا ينافية وصف الكاملين بل يتعين ذلك بعد فرض مخالفتها لاجماع المسلمين وفى الجواهر بل يمكن ان يكون مخالفا للضرورة من الدين - و بعده عن التقديرين الآخرين - اصف الى جميع ذلك ان هذه الطوائف معارضة مع الطائفة الاولى المعمول بها بين الاصحاب فهى تقدم عند التعارض لو لم تكن هذه ساقطة عن الحجية بانفسها بالاعراض - فالمتحصل - ان الميزان هو رضاع

(١-٢) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٣ - ١٧

(٣-٤) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠ - ٨ .

يوم وليلة .

ثم انه بنفى التنبيه على امور -الاول- ان المشهور بين الاصحاب فى هذا التقدير انه ينشر الحرمة مطلقا - و عن المبسوط و النهاية و التذكرة انه يشترط عدم انضباط العدد و يعلم من ذلك ان الشيخ والمصنف يرون ان هذا التحديد لوحظ فيه الوسط فانه كما اعترف به الشهيد الثانى ياتى على العدد تقريبا فيكون تحقيقا فى تقريب كما هو عادة الشارع فى ضبط قوانين الشرع فى مقامات عديدة - و يظهر الثمرة او نقص العدد فى اليوم و الليلة كان رضع فيهما سبعة او ثمانية فينشر على المشهور ولا ينشر على مذهبنا اليه - ولكن الاول اظهر لاطلاق الموثق والفتوى - سيما مع معلومية اختلاف الاطفال فى ذلك اختلافا بينا .

الثانى - انه هل يعتبر ابتداء الرضاع فى ابتداء اليوم وانتهائه فى اخر الليلة او العكس - ام يكفى الملقق - لو ابتداء فى اثناء احدهما - قولان - فعن الروضة اعتبار وقوع اول الرضاع فى اول اليوم - و استظهر سيد الرياض عدم الاكتفا بالملقق وقواه فى المستند و احتمله فى الجواهر - و الاقوى هو الثانى لان الظاهر من التحديد باليوم والليلة ارادة مقدارهما الا ترى انه يقال لمن سار مقدار اليوم والليلة بحسب الزمان انه سار يوما و ليلة و لذا يحمل على ذلك فى الازمنة المأخوذة بموضوعات للاحكام الشرعية كاقامة عشر ايام - و سير يوم - و اكثر ايام الحيض -- و اقلها - و ماشا كل والى هذا نظر الشيخ الاعظم ره حيث قال لصدق رضاع يوم و ليلة عرفا على رضاع الملقق - واستدل للقول الاخر - بمنع صدق القيد المأخوذ فى الرواية على صورة التلقيق - ويكون غيرها هو المتيقن منه فيجب الافتصار عليه فى مخالفة الاصل - و لكن يندفع الاول بمابر - والثانى بانه لا وجه للاقتصار على المتيقن مع وجود الاطلاق .

الثالث انه هل يعتبر فى رضاع هذا الزمان حال متعارف اوساط الاطفال او حال شخص ذلك الرضيع وجهان . و يظهر الثمرة فيما اذا كان الطفل عرضه ما يحتاج معه الى الاقل مما يحتاج اليه الصحيح او كان مرضا يحتاج الى ازيد مما يحتاج اليه الصحيح كقلبة القىء عليه لعارض - اقواما الثانى لاطلاق الرواية و ظاهرها و على القول بان

هذا التقدير من قبيل التحقيق فى التقريب- الاول اظهر ولكنه عرفت فسادة ومخالفته لظاهر دليل التعديد.

الرابع ان مقتضى اطلاق الموثق هو الاكتفاء بما هو المتعارف من الرضاع فى اليوم و الليلة فلا يعتبر اكمال الرضعة فى كل مرة بل يكفى الاكمال بمرة اخرى فلو ارتضع الصبى بعض الرضعة واشتغل بلعب ونحوه حتى تحقق الفصل الطويل ثم ارتضع رضعة كاملة لم يقدح وكفى- وعن كشف اللثام وفى المستند اعتبار الاكمال فى كل رضعة- بدعوى- انه المتبادر من رضاع يوم و ليلة بل هو معناه- ولكنه غير تام فى جميع الافراد كما فى المثال المذكور- وما شا بهه

الرابع اذا تخلل بين رضعاته يسير من الطعام بحيث لا يغنيه عن شرب ما اعتاده من اللبن- هل تكفى تلك الرضعات فى نشر الحرمة كما صرح به بعض المحققين ام لا- وجهان وفى رسالة الشيخ الاعظم ره ويشكل فيما اعتاده من يسير من طعام بحيث لا يغنيه عما اعتاد شربه من اللبن انتهى- و منشأ الاشكال اما عدم صدق رضاع يوم و ليلة بدعوى ان الظاهر منه هو كون تغذية الطفل فى تمام هذه المدة باللبن - أو قوله **لا يحد** فى الموثق متواليات بدعوى رجوعه الى الجملةتين- ويندفع الاول بان الظاهر منه هو الرضاع فى تلك المدة بما هو المتعارف فى رضاع الطفل فلا يقدح اليسير من الطعام - ويندفع الثانى بان الظاهر من القيد بقريئة الجمع هو الرجوع الى الجملة الثانية كما لا يخفى- فالظاهر هو الاكتفاء بها- واولى من ذلك ما لو شرب الماء للعطش- وكذا لو اكل أو شرب الدواء .

التقدير بالاثـر

الثانى-التقدير بالاثـر - قال فده (او ما انبت اللحم و شد العظم) و حصول النشر مع تحقق هذا الاثر مما لا خلاف فيه بين علماء الاسلام - كما فى رسالة الشيخ الاعظم ره واعتباره متفق عليه بل صرح جماعة بالاجماع عليه و فى الايضاح ان عليه

اجماع علماء الاسلام- ويشهد به نصوص كثيرة- كصحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم وحسن (٢) ابن ابي عمير اوصيحيه عن زياد القندى عن عبدالله بن سنان عن ابي الحسن عليه السلام قال قلت يحرم من الرضاع الرضعة والرضعتان و الثلاثة قال عليه السلام لا الا ما اشتد عليه العظم ونبت اللحم وصحيح (٣) على بن رثاب عن ابي عبدالله عليه السلام قال قلت ما يحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم وشد العظم ، قلت فيحرم عشر رضعات- قال عليه السلام لا لانه لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات- ونحوها غيرها.

ثم انه وقع التحديد فى غير واحد من النصوص بانبات اللحم والدم كصحيح (٤) حماد عن الصادق عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم والدم وصحيح (٥) عبيد بن زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرضاع ما ادنى ما يحرم منه قال ما انبت اللحم والدم- وفى كشف اللثام ان المراد بالدم فيهما الغريزى وهو الذى ينسب اليه الانبات لالذى يستحيل اليه الغذاء فى الكبد قبل الانتشار منه الى الاعضاء انتهى و على ذلك فلا يبعد تلازم التقديرين و يؤيده عدم تعرض الاصحاب لتحقيق الحكم به نفياً واثباتاً وعليه فان علم بنبات اللحم و الدم ولم يعلم باشتداد العظم يحكم بالنشر - لاطلاق النص (ونسب) الى المحقق الزدى ره انه قال يمكن احراز حصول الاشتداد بذلك الاطلاق لثلا يلزم التقييد اذ مع حفظ الاطلاق و اعتبار الاشتداد فى الانتشار يستكشف الملازمة بين التقديرين والالزم رفع اليد عن الاطلاق (وفيه) ان اصالة الاطلاق كاصالة الحقيقة و ما شاكل انما يرجع اليها عند الشك فى المراد مع احراز الموضوع لاثبات الحكم - واما مع معلومية الحكم فلاوجه للرجوع اليها لاحراز

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢ .

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢٣-٢٠ .

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ .

(٥) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٨ .

الموضوع المشكوك فيه ولو احرز عدم الملازمة فيقيد اطلاق مفهوم كل منهما بمنطوق
 الاخر وتكون النتيجة الاكتفاء بكل واحد من التقديرين .
 ثم ان مقتضى الاخبار اعتبار الاثرين معا كما عن الاكثر فلا يكفي ح احدهما - وعن
 الشهيد في اللمعة الاكتفاء به بل حكاه السيد في محكي نهاية المرام عن جماعة وقواه
 وعلمه بالتلازم واحتمل التعليل به في الروضة ولكن رجح اعتبار الجمع وقطع به في
 المسالك على ما حكى ورد القول بالاكتفاء به بالشذوذ ومخالفة النصوص والقوى ويظهر
 من هذه الكلمات انه لاختلاف في اصل الحكم وهو اعتبار الاثرين معا وانما الاختلاف
 في التلازم بين الاثرين فلو احرز احدهما يحرز الاخر قهرا فيثبت الحكم على القول
 به - وعلى فرض البناء على عدم التلازم لا ينشر الحرمة - وفي المستند الاستدلال
 للاكتفاء باحدهما - بالنصوص الدالة على انه يحرم بالرضاع ما انبت اللحم والدم وفيه
 انها لا تدل على الاكتفاء باحدهما وانما تدل على الاكتفاء بانبات الدم مع انبات اللحم عن
 شدا لعظم .

ثم ان المشهور بين الاصحاب ان هذه العلامة علامة مستقلة مقابلة للزمان والعدد
 وفي الجواهر وبه قال الشيخ في النهاية والخلاف والقاضى والحليين الثلاثة والشهيدان
 والمحقق والكركي وعامة المتأخرين وهو الاصح انتهى - وعن الحليين والطبرسي
 وظاهر كتابي الشيخ في الاخبار ومحتمل المفيد وسائر وابن سعيد سقوط الفائدة في
 هذه العلامة والاستغناء عنها بالزمان والعدد وقواه الشيخ الاعظم ره .

اقول ظاهر النصوص الدالة على الحرمة معها سواء وافق احدهما او خالف هو
 الاول ولكن من جهة ان الاطلاع عليه بنحو يظهر للحس عند الحاجة اليه لا يمكن
 الالبعض اهل الخبرة ومع ذلك حصص في النصوص (١) الكثيرة الرضاع المحرم بما
 انبت اللحم وشدا العظم واشير في بعضها (٢) الى ان العدد انما يحرم لكونه محصلا

فهو يتعين البناء على الثاني ويشير اليه صحيح (١) على بن رثاب عن الصادق (ع) قال قلت ما يحرم من الرضاع قل (ع) انثى اللحم وشدة العظم قلت فيحرم عشر رضعات قال (ع) لانه لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات المأم - الا ان يقال ان هذا في خصوص العدد دون الزمان - مع ان لازم ذلك ان لا يحصر علامته فيهما بحيث لو تحقق عند اهل الخبرة بل وعند غيرهم بدونهما لا يحكم بالحرمة - بل لازمه كونهما علامتين له فيبني عليه مع وجود احدهما و ان شك فيه ولم يظهر لاهل الخبرة وعليه فلا يسقط هذه العلامة - اضاف اليه ان الجمع بين ما في صحيح ابن رثاب الذي اشير اليه في بعض النصوص الاخر - واطلاق ما دل على ان العدد بنفسه يوجب التحريم - يمكن بالبناء على ان ذلك هي الحكمة لمحرمية العدد لا العلة - بل يتعين ذلك بملاحظة ما في صحيح محمد بن مسلم من جعل العدد مقابل الاثر رواه (٢) عن ابي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام قالا اذا رضع الغلام من نساء شتى وكان ذلك عدة او نبت لحمه ودمه عليه يحرم عليه بناتهن كلهن - فالظاهر ان كلا من التقديرات الثلاثة مستقل في التأثير في الحرمة - وسياتي انشاء الله تعالى ما يقتضيه الجمع بين ادلتها في موارد الاختلاف.

فهو يعتبر في التحريم بالانثى استمالة الرضاع في حصوله على وجه ينسب اليه فلو فرض تركيب غذاء الصبي منه ومن غيره وكان الانثى والاشداد منسوبين اليهما لا يكفي - ام لا يعتبر ذلك وجهان - اظهرهما الاول - لان ذلك هو الظاهر من ما دل على ان المحرم هو ما انبت اللحم وشدة العظم - فانه في صورة التركيب لا يكون ذلك منتسبا الى الرضاع ويشير اليه (٣) مرسل ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام - الرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يتضلع ويتعلم وينتهي نفسه وخبر (٤) ابن ابي يعفور قال سألته عما يحرم من الرضاع قال عليه السلام اذا رضع

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث - ٢

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث - ٣ .

(٣-٤) الوسائل باب ٤ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث - ٢-١ .

حتى يمتلى بطنه فان ذلك ينبت اللحم والدم. فانهما يدلان على ان الانبات المجعول موضوعا للمحرمة هو ما انتسب الى الرضاع خاصة وخبر (١) مسعدة بن زياد عن الصادق عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا ما شد العظم وانبت اللحم فاما الرضعة والثنتان والثلاث حتى بلغ العشر اذا كن متفرقات فلا بأس فانه يشعر بانه في صورة التفرق لا يكفى لعدم انتساب شد العظم وانبات اللحم اليها وعليه فلا يصغى الى ما قيل ان اللبن والغذاء وان امتزجا في المعدة الا ان لكل منهما اثرا مستقلا فيصدق على كل منهما انه انبت لحما وشد عظما. مع انه فاسد في نفسه لان المعلول انما ينسب الى مجموع العلتين لو اشتركتا لا الى كل منهما.

ثم ان المعتبر في الاثرين هو حصولهما بنحو يظهر لدى حس اهل الخبرة فلا يتحققان بالمسمى كما يشير اليه النصوص الدالة على انهما لا يحصلان بالرضعة والثنتين والثلاث وقد تقدم بعضها - ولو كان مطلق التأثير كافيا كان ذلك حاصلًا بالرضعة الواحدة مع انه ازم منه فساد التحديد لانه لا يزيد على اعتبار اصل الرضاع - فما عن ظاهر ابن الجنييد ومن قال بالمسمى من اصحابنا من الاكتفاء بما يحصل من الرضعة الواحدة غير تام.

ثم ان المرجع في حصول الاثرين فيما لا يكون بينا هو قول اهل الخبرة كما نص عليه جماعة - وفي الجواهر نعم يعتبر فيه شروط الشهادة من الايمان والعدالة والعدد فلا حكم للواحد - وقريب منه في المستند - ولكن الاظهر هو ما عن السيد الداماد - من الاكتفاء بخبر الواحد - وذلك لما حققناه في محله من حجية خبر الواحد في الموضوعات.

ولا يعتبر الايمان والعدالة بل يكفي بخبر الثقة لما حقق في محله من حجية الخبر الموثق في الموضوعات.

التقدير بالعدد

الثالث من التقديرات تقديره بالعدد - و اعتباره في التقدير اجماعى ونقل الاجماع عليه مستفيض وقد تقدم ما نسب الى ابن الجنيد من الاكتفاء برضة واحدة وما يمكن ان يستدل به له والجواب عنه - وانما المعركة العظمى في ان العدد المحرم هو ما كان عشر رضعات - كما عن العماني - والمفيد والسيد والحلي والقاضي والديلمي والحلي في اول كتاب النكاح وابنى زهرة وحمزة والمصنف في المختلف وولده في الايضاح والشهيد في الممعة والسيد الداماد وابن فهد بل هو الاشهر كما صرح به الشهيد الثاني (او ما كان خمس عشرة رضة) كما عن الشيخ في النهاية والمبسوط وكتايب الاخبار والحلي في اول الرضاع والمحقق والمصنف في غير المختلف والمحقق الثاني في شرح القواعد والشهيد الثاني - ولعله المشهور بين المتأخرين - بل نسب ذلك الى المشهور بقول مطلق.

و استدلل للاول بالاطلاقات من الكتاب والسنة و لكنها لاتصلح للمقاومة مع النصوص الاتية بل يقيد الاطلاقات بها.

وبخبر (١) الفضيل عن ابي جعفر عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا المخبورة او خادم او ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبي ويضام. واورد عليه - تارة بضعف السند لان في طريقه محمد بن سنان وقد ضعفه المشايخ غير المفيد. واخرى باضطراب المتن لخلو الفقيه من زيادة رواها الشيخ في ذيله اعنى قوله - ثم يرضع عشر رضعات مع سبق الصدوق عن الشيخ زهانا وصبط الاخبار كتابة فكيف يتصور في حقه اوفى الكتب التي اخذ الحديث منها اهمال شطر من كلام المعصوم عليه السلام مربوط بما قبله غاية الارتباط و يحتاج اليه نهاية الاحتياج - و ثالثة بالمخالفة للاجماع من جهة حصرها الرضاع المحرم في المخبورة ولكن يمكن دفع الاول بان الاظهر و ثاقته فقد وثقه المفيد

فى الارشاد فى باب النص على مولينا الرضا عليه السلام والفاضل المجلسى فى الوجيزة والشيخ الحر والحسن بن ابي شعبة فى تحف العقول وابن طاووس فى كتاب التتمات والمهمات والمصنف رة فى رضاع المختلف ومسئلة التكبير للركوع من المنتهى على ما حكى - وقد تبعه فى وصف حديثه هذا بالصحة ولده الفخر والمحقق الكركى و حكى القول بوثاقته عن السيد الداماد والميرزا فى الوسيط والعلامة الطباطبائى - اصف الى ذلك ورود جملة من النصوص فى مدحه - ورواية كثير من الاجلاء عنه و لهذا لا يعتنى بتضعيف جماعة اياه سيما وان منشأ تضعيف جمع منهم رمية بالغلو و هو غير ظاهر واصطلاح جمع آخر منهم فى الضعف غير ما يضر بحجية الخبر - مع ان اعتماد القدماء من الاصحاب عليه واقتنائهم بما تضمنه يوجب جبر الضعف لو كان - واما الثانى فيدفعه ان الظاهر كون ما رواه الشيخ غير ما روى فى الفقيه - لان احدهما عن الصادق عليه السلام والاخر عن الباقر عليه السلام و فى طريق رواية الفقيه ليس محمد بن سنان و متن الخبرين ايضا مختلف فلا شك فى التعدد ومجرد كون الراوى فيهما الفضيل لا يوجب كونهما خبرا واحدا - مع انه لو سلم و حديثهما مقتضى اصالة عدم الزيادة عند دوران الامر بينهما وبين النقيصة و البناء على الثانى على ما حقق فى محله - واما الثالث فيندفع بان الحصر فى الخبر يمكن ان يكون لاشتراط التوالى الذى لا يتحقق غالبا الا فى تلكم النسوة - ويؤيده ما فى الخبر (١) الاخر - او ظر تستاجر او خادم تشتري او ما كان مثل ذلك موقوفا عليه - مع ان الحكم المخالف للاجماع لو كان فانما هو فى الجملة الاولى بالنسبة الى منطوقها لا المفهوم الذى هو المقيد لاطلاق الادلة - فتحصل انه لا اشكال فى الخبر سند او لادالة .

كما ان موثق (٢) عمر بن يزيد قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن الغلام يرضع الرضعة والفتنين فقال عليه السلام لا يحرم فعددت عليه حتى اكملت عشر رضعات فقال عليه السلام اذا كانت متفرقة فلا .

و استدلل له ايضا بحصول الاثرين اى النبات و الاشتداد بهما كما يدل عليه صحيح (١) عبيد عن الصادق عليه السلام عن الرضاع ما ادنى ما يحرم منه قال عليه السلام ما ينبت اللحم والدم ثم قال انرى واحدة تنبته فقلت ائنتان اصلحك الله فقال عليه السلام لا فلم ازل اعد عليه حتى بلغت عشر رضعات - وبخبر (٢) مسعدة عنه عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا ما شد العظم و انبت اللحم فاما الرضعة والرضعتان والثلاث حتى بلغ عشراً اذا كن متفرقات فلا بأس.

ولكن بازاء هذه النصوص ما يدل على القول الثانى وهو موثق (٣) زياد بن سوفة قلت لابي جعفر عليه السلام هل للرضاع حديث يؤخذ به فقال (ع) لا يحرم الرضاع اقل من يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعة امرأة اخرى فلو ان امرأة ارضعت غلاما او جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وارضعتها امرأة اخرى من فحل اخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما و نحوه مرسل (٤) المقنع وما دل على ان عشر رضعات لا يحرم شيئا كصحيح (٥) على بن رثاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له ما يحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم وشد العظم قلت فيحرم عشر رضعات قال عليه السلام لا لانه لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات - وموثق (٦) عبيد بن زرارة قال سمعته يقول عشر رضعات لا تحرم شيئا - ومثله خبر (٧) ابن بكير وقد قيل فى مقام الجمع بين الطائفتين وجوه.

احدها ما فى المستند وهو ان الطائفة الثانية اعم من الاولى فانها تدل على عدم حصول الرضاع المحرم بالعشر اعم من المتواليات والمتفرقات والاولى تدل على حصوله بها اذا كانت متواليات فيقيد اطلاقها بها (وفيه) ان قوله عليه السلام فى موثق زياد عشر رضعات بقرينة تفريعه على اعتبار خمس عشرة رضعة متواليات ظاهر فى العشر المتواليات دون الاعم منها ومن المتفرقات.

ثانيها ان الطائفة الاولى دلالتها على الاكتفاء بالعشر انما هى بالمفهوم و دلالة

الثانية على عدم الاكتفاء بها بالمنطوق فهذه اصرح دلالة - مع احتمال مفهومها الحمل على ما اذا وقعت العشر المتواليات في يوم وليلة فان مفهومها بهذا الاعتبار اعم من منطوق الطائفة الثانية (وفيه) ان مجرد الاصرحية لا يصلح قرينة على التقديم بعد فرض دلالة كل منهما على خلاف ما يدل عليه الاخر - الا اذا كانا من قبيل النص والظاهر او ما شاكل واما اعمية مفهوم الاولى بالاعتبار المذكور فقد اعترف قائلها في ذيل كلامه بان التخصيص بها بعيد ومع ذلك فهي غير تامة ان لم يتعرض في تلك النصوص للزمان الذي يقع فيه العدد بل هي متعرضة لحكم العدد من حيث هو .

ثالثها تقديم الاولى لموافقتهما للكتاب - واجاب عنه الشيخ الاعظم رد بان الترجيح بموافقة الكتاب يتوقف على عدم جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد والاف موافقة الكتاب لتلك الروايات بعد تخصيصه بالطائفة الثانية غير حاصلة الا بعد ترجيح تلك الروايات وهو اول الكلام ويلزم الدور ايضا كما لا يخفى (ويرد عليه) ان موافقة الكتاب من المرجحات بنص الاخبار فلا سبيل الى ما افيد - و لكن الترجيح بها يتوقف على عدم امكان الجمع العرفي بينهما وفقد جملة من المرجحات .

و الحق ان يقال ان الطائفتين متعارضتان لا يمكن الجمع بينهما - فلا بد من الرجوع الى نصوص الترجيح وهي تقتضي تقديم نصوص حصول الرضاع المحرم بالعرض فان اول المرجحات هو الشهرة وهي غير ثابتة في شيء عنهما - و الثاني صفات الراوى ولا شبهة في انها اصح سنداً فتقدم واذ اثبت عدم النشر بالعرض بعين القول بالنشر بالخمسة عشرة لعدم القائل باعتبار ازيد منهما من حيث العدد - ولمفهوم صدر موثق سوقه الوارد في مقام التحديد - واما خبر (١) عمر بن يزيد قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول خمس عشرة رضة لا تحرم - فمحمول على صورة عدم التوالي للاجماع ظاهراً على النشر بهذا العدد مع التوالي (فتحصل) ان الاظهر هو كون الرضاع المحرم خمس عشرة رضة ولا يحرم الاقل منها ،

ثم انه يعتبر في الرضعات المحرمة ان تكون كل رضة (كاملة) فالرضعة الناقصة لا تعد من العدد ما لم تكمل على وجه لا يقدح في الاتحاد لان المتبادر من اضافة الرضعة الى العدد ذلك ولا يقال عشر رضعات الامع كون كل واحدة كاملة ولو نقص بعضها يصح السلب، وللتقييد في خبر الفضل المتقدم باثني روي الصبي اى كل واحدة منها ولا ينافيه اشتماله على النوم ايضا لان ارضاع الطفل بمثل ذلك يكون منوما. أو المعنى يكون من شأنه ذلك. واخبر (١) ابن ابي يعفور سألته عما يحرم من الرضاع قال **الرضع** اذا رضع حتى يمتلى بطنه الحديث فتامل (ثم ان) المرجع في الكمال هو العرف وعن بعض تحديده بان يروي الصبي ويصدر من قبل نفسه. وفي مرسل ابن ابي عمير (٣) عن بعض اصحابه عن ابي عبد الله **رضع** الرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يتضلع ويمتلى وينتهي من نفسه والظاهر من نظر العرف ايضا ذلك - كما ان المرجع في معنى الاتحاد هو العرف فلو لفظ الصبي الثدي للنفس او السعال او الانتقال من ثدى الى اخرى او الالتفات الى ملاعب ونحوه ثم عاد في الحال فالجموع رضة ولو لم يعد الا بعد مدة فالظاهر عدم احتساب مجموعها من العدد .

اعتبار كون شرب اللبن على وجه الامتناع من الثدي

الثالث من الشرائط كون شرب اللبن على وجه الامتناع (من الثدي) فلا ينشأ الحرمة بوجود اللبن في حلق الصبي على المعروف بين معظم الاصحاب - وعن المسالك لا تعلم فيه خلافا لاحد من اصحابنا الا ابن الجنيد - وعن ظاهر التذكرة الاجماع عليه - وعن الاسكافي الاكتفاء بالوجود وفي المستند وهو مختار مواضع من المبسوط مدعيا في بعضها ما يظهر منه الاجماع وان وافق المشهور في موضع آخر منه وقواه في المفاتيح وشرحه .

واستدل للاول - بانه المتبادر من الرضاع والارضاع والارتضاع وانه يصح سلب هذا العنوان عما اوشر به من غير الثدي فكيف بمن احتقن به او اكله جبا وصرح بذلك

الغويون ايضا .

اقول لاشكال في ان الرضاع من الموضوعات ولا يعتبر في صدقه عند العرف بعض ما اعتبره الشارع الاقدس ومع ذلك ترى انه لا يصدق ذلك عندهم لو شرب الطفل لبن الحيوان بخلاف ما اذا مص من ثديه - و بالجملة - لا ينبغي التوقف في التبادر وصحة السلب المذكورين - ولا قل من الشك فحيث انه ح من قبيل الشك في صدق الموضوع فلا مورد للنمسك بالاطلاق الذي قدمنا انه لو شك في دخل قيد في الرضاع المحرم يبنى على عدم الدخل فان ذلك بعد فرض صدق الموضوع عرفا و في المقام يكون ذلك مشكوكا فيه (ويؤيده) ماورد في الصحيحين - في احدهما (١) لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدى و احد سنة وفي الاخر (٢) لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضا من ثدى واحد حولين كاملين - بناء على ما تقدم في توجيه الخبرين بما لا ينافي المجمع عليه - بجعل - حولين كاملين في الثاني ظرفا - و قرائة سنة في الاول بتشديد النون والاضافة الى ضمير راجع الى الارضاع - وانما جعلناهما مؤيدين نظرا الى امكان ان يقال ان قوله من ثدى لا يكون ظاهرا في الامتصاص لصدقه مع كون اللبن منه كيف ما شرب سيما اذا كان بنحو الوجور وان كان بعيدا جدا - و ايضا ان الظاهر من الثاني اعتبار اتحاد المرضعة في نشر الحرمة بين المرضعين وعدم كفاية اتحاد الفحل في ذلك و هو مخالف للاجماع على ما قيل و لما دل على كفاية اتحاد الفحل - وان كان يمكن ان يقال انه عام يدل على عدم الاكتفاء باتحاد الفحل بالعموم فيقيد اطلاقه بما دل على كفايته وبالاجماع - مع انه من المحتمل بعيدا كون لفظ واحد صفة للرجل المحذوف اقيمت مقامه للثدي فيكون المعنى ح - الا ما ارتضا من ثدى يكون مختصا بجل واحد - ويمكن ان يكون المراد دفع احتمال الاكتفاء بالارتضاع من امرأتين بان يرتضع بعض الرضاع المحرم من احدهما والباقي من الاخرى

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٣

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٨

و ايضا يؤيد اصل الحكم - الصحيحان احدهما (١) عن الصادق عليه السلام جاء رجل الى امير المؤمنين عليه السلام فقال يا امير المؤمنين ان امرأتى حلبت من لبنها فى مكوك فاسقته جاريتى فقال اوجع امرأتك و عليك بجاريتك وفى الثانى (٢) - عن امرأة حلبت من لبنها فاسقت زوجها لتحرم عليه قال عليه السلام امسكها و اوجع ظهرها - فانهما بترك الاستفصال امان للرجل و الجارية الصغيرين دون الحولين و لو نشر الوجور لخص بقاء الزوجية فيهما بما اذا وقع الوجور بعدهما - و يؤيد اطلاقهما ان ظاهر السؤال هو السؤال عن ان هذا القسم من شرب اللبن هل يحرم ام لا - و لا نظره الى ساير الجهات .

و استدلل للقول الثانى - بصدق الرضاع على الوجور - و بتنقيح المناط فان العلة الموجبة للتحريم هى انبات اللحم و شد العظم كما يظهر من غير واحد من الاخبار و هما يتحققان بغير الامتصاص ايضا - و مرسل (٣) الصدوق عن ابى عبدالله عليه السلام قال وجور الصبى بمنزلة الرضاع. و بخبر (٤) الجعفرىات عن على عليه السلام اذا وجر الصبى او اسعط باللبن - فهو رضاع - و نحوه خبر (٥) دعائم الاسلام عنه عليه السلام - ولكن الاول يندفع بما مر - و برد الثانى منع كون العلة التامة هو الانبات فكما ان للولادة والحمل و ماشاكل مدخلية فى الحكم يمكن ان يكون للامتصاص من الثدي ايضا دخل فيه و عليه الانبات ليست منصوصة و تعليل عدم التحريم فى بعض النصوص بعدم الانبات لا يدل على تعليل التحريم بالانبات و اما الثالث فاورد عليه بضعف السند و معارضته مع النصوص المتقدمة - و يمكن الجواب عن الاول بان الصدوق ينسب الى المعصوم عليه السلام ذلك جزما و قد مر غير مرة ان هذا النحو من المرسل ان كان مرسله ثقة حجة - والجواب عن الثانى بحكومة المرسل عليها - ولكنه غير ظاهر فى عموم المنزلة بل من الممكن

(٣-١) الوسائل باب ٧ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٣-١

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٤

(٤-٥) المستدرك باب ٥ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٣-٢

ان يكون التنزيل بلحاظ الحرمة بعد الفطام - فلاحكومة له على ماخذ فى الموضوع من الارتضاع من ثدى واحد كما فى ما تقدم من النصوص فتامل - اصف اليه اعراض المشهور عنه - واما الرابع فيرده ان الخبرين ضعيفان سنداً والاصحاب اعرضوا عنهما ومشمئلان على ما يخالف الاجماع وهو الحاق الشرب من الانف بالرضاع - فالمتحصل مما ذكرناه انه يعتبر فى الرضاع المحرم الامتناع من الثدي - ومع ذلك الاحتياط فى خصوص الوجور لا ينبغي تركه .

فى اعتبار توالى الرضعات

(و) الشرط الرابع (ان لا يفصل بينها) اى بين الرضعات (برضاع) من امرأة (اخرى) اجماعاً فى التقدير العددي كما عن التذكرة والخلاف والغنية والمسالك وصرح به الاكثر فى الزماني - وعلى الاظهر فى التقدير الاثرى - فالكلام فى موارد الاول - فى التقدير العددي - يشهد لاعتبار عدم الفصل فيه - موثق (١) زياد بن سوقة المتقدم قال قلت لابي جعفر عليه السلام هل للرضاع حد يؤخذ به فقال عليه السلام لا يحرم الرضاع اقل من يوم وليلة او خمس عشرة رضة متواليات من امرأة واحدة من فحل واحد لم يفصل بينها رضعه امرأة غيرها - الحديث ويؤيده (٢) موثق عمر بن يزيد المتقدم المتضمن لان الرضعات اذا كانت متفرقات لا تحرم - ونحوه خبر (٣) مسعدة فلورضع من واحدة بعض العدد ثم رضع من اخرى بطل حكم الاولى وان اكملته بعد ذلك وكذا لو تناوب عليه عدة نساء لم تنشر الحرمة وان كن لرجل واحد مالم يكمل من واحدة خمس عشرة رضة ولاء .

ثم ان القادح فى التوالى هل هو مسمى رضاع امرأة اخرى كما هو صريح القواعد وظاهر المتن والشرائع والمحكى من عبارة المبسوط بل عن كشف اللثام نسبته الى اطلاق الاصحاب وعن المسالك ينبغي ان يكون العمل عليه - أو الرضة

الكاملة فلا يقدح فيه ح الناقصة - كما هو صريح التذكرة والجواهر والرياض وقواء الشيخ الاعظم ره - وجهان .

يشهد للثاني ظهور لفظ (رضعة) في موثق زياد الذي هو الاصل في هذا الحكم في ذلك .. خصوصا بعد ملاحظة ارادة الكاملة منها في ضمن الخمس عشرة - اظهروا اتحاد المراد منها فيهما .

و استدلل الاول بانه لا يصدق التوالى التى قيدت الرضعات به في الموثق عرفا لامع عدم فصل مسمى الرضاع - وبصدق التفرق الذى جعل قادحا مانعا في الخبرين الآخرين مع تخلل الرضعة الناقصة (ولكن) يرد الاول ان التوالى قد فسر في الموثق بان لا يفصل بين الرضعات رضعة امرأة اخرى - الظاهرة في الكاملة - ومن الواضح ان ظهور الشرح مقدم على ظهور المشروح لكونه قرينة عليه و منع كونه تفسيرا له كما في المستند خلاف الظاهر - و يرد الثاني ان الخبرين يدلان على ان عشر رضعات اذا كانت متفرقة لا تحرم و مفهومهما انها اذا لم تكن متفرقة تحرم اما المفهوم فقدم عدم العمل به وان نصوص التحريم بالعشر لا بدوان تطرح و المنطوق لا يدل على ان الخمس عشرة اذا كانت متفرقة كك فتدبر فانه دقيق - فالظاهر ان فصل الرضعة الناقصة لا يقدح .

واما تخلل غير الرضاع من المأكول والمشروب فلا يقدح ولا يكون مانعا عن نشر الحرمة كما عن المقنعة والسرائر والقواعد وشرح النافع لسيد المدارك وغيرها - بل عن السرائر والحداثق دعوى الاجماع عليه - وفي رسالة الشيخ الاعظم ره ينبغي القطع بعدم قطع تخلل غير الرضاع في التوالى لان التوالى المعتبر قد فسر في الموثق بان لا يفصل بين الرضعات رضاع امرأة اخرى فلا دليل على قدحه .

و استدلل للمقدح به تارة بان العدد كاشف عن الانبات فلو تخلل الاكل على وجه يعلم عدم الانبات بالخمس عشرة المتخللة كما لو اتفق الفصل بين كل رضعتين مثلا لا يكون كاشفا فلا يحرم - واخرى بان التخلل به ينافي التوالى المعتبر في الرضعات - وثالثة بصدق التفرق معه وقد جعل مانعا عن النشر في الخبرين المتقدمين (وفي الكل)

مناقشة - اما الاول فلان ظاهر الدليل كما تقدم كون العدد سبباً مستقلاً لا كاشفاً - مع - ان العدد المزبور كاشف شرعاً ويمكن ان يكون الشارع قد لاحظ الكشف فى اغلب افراد وجعله علامة دائماً محافظة على ضبط الشرع كما فى الجواهر - واما الثانى فلما مر من تفسير التوالى بعدم تخلل رضاع آخر - واما الثالث فلما تقدم من ان مفهوم الخبرين ساقط و منطوقهما لا يدل على الحقام - مع ان التفرقة انما يصدق اذا تخلل بينهما من جنسها و الا فيتوقف حصول التعدد على تخلل شيء ظاهر - فالأظهر عدم قدح تخلله .

المورد الثانى فى التقدير الزمانى - وقد تقدم ان الظاهر من دليل اعتباره هو موثق زياد المتقدم - هو كون تعذية الطفل فى المدة المذكورة بلبن امرأة معينة - غاية الامر بما يتعارف فى رضاع الطفل فلا يقدح اليه من الطعام وعلى هذا فلو تخلل رضعة اخرى او اكل او شرب غير الماء يكون مانعاً عن تحقق ما هو الموضوع للحرمه - فالمتحصل - انه يعتبر فى نشر الحرمة فى التقدير الزمانى التوالى و عدم التخلل .

المورد الثالث فى التقدير بالاثار وقدم عند بيان اصل التقدير اعتبار عدم التخلل فيه ايضا فراجع .

فى اعتبار كون الرضاع فى الحولين

(و) الخامس من الشرائط (ان يكون) الرضاع (فى) اثناء (الحولين) بالنسبة الى (المر ترضع) قبل استكما لهما فلا عبرة برضاعه بعدهما - اجماعاً محققاً و محكياً عن الخلاف والغنية وفى التذكرة والمختلف والقواعد وشرح الايضاح ونكت الشهيد والمسالك و شرح الصيمرى وغيرهما كذا فى المستند - وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - وفى الرياض و اعتباره مقطوع به فى كلام الاصحاب مدعى عليه الاجماع .

واستدل له - بالنبوى المردى مستفيضاً (لارضاع بعد فطام) لاحظ - صحيح (١)

منصور بن حازم - وخبر (١) انس بن محمد عن ابيه - ومرسل (٢) المفيد وغيرها وعين هذه الجملة مروية عن الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي - وخبر (٣) حماد ابن عثمان - ومعنى هذه على ما عن الفقيه انه اذا رضع حولين كاملين ثم شرب من امرأة اخرى ما شرب لم يحرم الرضاع لانه رضاع بعد فطام - اى بعد بلوغ سن الفطام قال حماد بن (٤) عثمان سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول لا رضاع بعد فطام - قلت وما الفطام قال عليه السلام الحولين الذين قال الله عز وجل (واورد) على الاستدلال بذلك في المستند بان هذه الجملة مجملة من وجهين - احدهما - باعتبار الحولين حيث انه يحتمل ان يكون بالنسبة الى المرتضع ويحتمل ان يكون بالنسبة الى ولد المرتضة ولا يفيد تفسيره بالاول في الكافي والفقيه لعدم حجية قولهما مع احتمال غيره بحسب اللغة سيما مع معارضته بتفسيره بالثاني في كلام ابن بكير كما نقله في التهذيبين بسند (٥) معتبر ويظهر منهما ارضاءه ايضا - لذلك التفسير - وحمل جمع من الاصحاب على ذلك بعض الاخبار المشترط لعدم الفطام ايضا ثانيهما - باعتبار الرضاع النفثى بعدهما او المثبت قبلهما ان بعد ان ليس المراد بالنفى نفية حقيقة ولا حقيقة شرعية فمن الممكن ان يكون المراد نفى الرضاع المجوز او الوارد في الكتاب او غير ذلك من المجازات وكك في الاثبات (اقول) يرد على ما افاده ولا ان ظاهر قوله لا رضاع بعد فطام هو كونهما وصفين او احداى لا رضاع بالنسبة الى صبي بعد فطامه لا بعد فطام صبي آخر - وكلام ابن بكير - ككلام الكليني والصدوق لا يكون حجة في تعيين المفاهيم العرفية - ويرد على ما افاده ثانيا - ان قوله لا رضاع من قبيل نفى الحكم بلسان نفى الموضوع وعبارة اخرى نفى الرضاع حقيقة عن عالم التشريع ولا مجاز ولا خلاف الواقع - ووح مقتضى اطلاقه وظهوره نفى محرمية الرضاع - فالمتحصل من النبوى وما شاكلة ان الرضاع الواقع بعد زمان الفطام اعنى الحولين لا يحرم وما يقع قبله يحرم فلا عبرة بنفس الفطام حتى

انه لو لم يفطم الصبي الى ان تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدها قبل الفطام لم يثبت التحريم كما انه لو فطم قبل الحولين ثم ارتضع قبلهما ثبت التحريم

و عن ابن الجنيدي انه لو رضع بعد الحولين قبل ان يفطم يثبت التحريم فهو مخالف في الحكم الاول . ويشهد له خبر (١) داود بن الحصين عن ابي عبدالله عليه السلام قال عليه السلام الرضاع بعد الحولين قبل ان يفطم محرّم - (بحرم - خ ل) ولكن رماه الشيخ في التهذيب بالشذوذ وحمله فيه وفي الاستبصار على التقية على ما حكى - و عن الشهيد ان هذه الفتوى مسبوقه بالاجماع و ملحوقه به - و على الجملة الخبر على فرض تسليم صحة سنده لاعراض الاصحاب عنه ومعارضته بالنصوص الاخر لا يعتمد عليه وعن الحسن بن ابي عقيل - البناء على عدم التحريم اذا ارتضع قبل الحولين و بعد الفطام - و في صحة النسبة تأمل اذ لم يفت الا بمضمون النبوى قال الرضاع الذي يحرم قبل الفطام - وقريب منه عبارة الكافي - وكيف كان فقد استدل المصنف به في محكي المختلف بصحيح (٢) البقباق عن ابي عبدالله عليه السلام الرضاع قبل الحولين قبل ان يفطم (واجاب) عنه بان المراد قبل ان يستحق الفطم واستحسنه الشيخ الاعظم - لكنه خلاف الظاهر - اذ ظاهر اخذ كل عنوان في الموضوع دخله فيه في نفسه (واجاب) عنه المحقق اليزدي - بانه يقع التعارض بين ظهور خبر حماد في ان المراد بالفطام هو الحولين وظهور خبر البقباق في ان المراد نفسه في مقابل الحولين فيجب الرجوع ح الى اطلاق صحيح بريد القاضى بنفى اعتبار الفطام بنفسه في نشر الحرمة (و فيه) انه لا تعارض بينهما فان خبر حماد يفسر الفطام بالحولين و هذا الخبر متضمن لاعتبار ان يكون الرضاع قبل ان يفطم زائدا على اعتبار كونه في الحولين (فما) في الجواهر فالانصاف عدم خلوا اعتبار ذلك عن قوة ان لم يقم اجماع ضرورة هو مقتضى قواعد الجمع بين الاطلاق والتقييد واصله التأسيس وظهور الفطام في الفعل

منه لاسنه انتهى هو الصحيح

عدم اعتبار كون الرضاع قبل فطام ولد المرضعة

ثم ان المحكى عن جماعة منهم الحلبي وابنا زهرة وحمزة اعتبار ان يكون الرضاع قبل فطام ولد المرضعة ايضا فاذا ارتضع قبل فطام المرتضع وبعد فطام ولد المرضعة لا يحرم - وعن الحلبي والمصنف في غير المختلف والمحقق في الشرايع والشهيدين وفخر الاسلام وغيرهم عدم اعتبار ذلك بل ربما نسب الى الاكثر - وظاهر المصنف رد هنا حيث قال **(وفي ولد المرضعة قولان)** التردد في الحكم وكيف كان فمستند القول الثاني اطلاق الادلة والاصل

واستدل للاول - باطلاق قوله **وَالرَّضَاعُ** - لارضاع بعد فطام - واخبار الحولين - وبقول ابن بكير في تفسير النبوي انه اذا تم للغلام سنتان او الجارية فقد خرج من حد اللبن ولا يفسد بينه وبين من شرب من لبنه قال واصحابنا يقولون انها لا تفسد الا ان يكون الصبي والصبية يشربان شربة شربة - وبما عن الغنية من الاجماع عليه - والاول مردود بما مر من ان الظاهر من النبوي ان المراد من الفطام فيه - هو فطام من لارضاع له وهو المرتضع - واما ارادة فطام غيره خاصة او بالاطلاق فهي خلاف الظاهر - و لو فرض الشك فيما ذكرناه فعليه الاجمال والتميقن هو فطام خصوص المرتضع - و به يظهر ما في اخبار الحولين - اصف اليه انه قد وقع الحولان في الاخبار تفسيراً للمفطام الذي عرفت ظهوره في فطام المرتضع فالمراد منه لا محالة حولا رضاع المرتضع - ومع الشك في ذلك - حيث ان ارادة حولى المرتضع متيقنة للاجماع وغيره و ارادة حولى ولد المرضعة مشكوك فيها فلا بد من الرجوع بالنسبة اليه الى ادلة اخر - واما الثالث فيرده عدم حجية فهم ابن بكير علينا ومعارضته بفهم الكليني والصدوق كما مر - واما الرابع فالمنقول منه غير حجة سيما مع ذهاب جمع كثير من الاساطين الى خلافة بل نسب الى الاكثر - اصف اليه معلومية مدرك المجمعين ولا اقل من احتماله - فالظاهر عدم اعتبار كون الرضاع في حولى ولد المرضعة فلو مضى لولدها اكثر من حولين ثم ارضعت من له دون الحولين نشر الحرمه

(ولو) رضع العدد الارضعة فتم الحولان للمرضع ثم اكمله بعدهما لم ينشر الحرمة لتحقق الفطام. وكذا لو كمل الحولان ولم يرومن الاخيرة لعدم صدق تمام العددي الحولين (ولو) تمت الرضعة مع تمام الحولين المرضع فهل يحرم لان المنفى في النصوص الرضاع بعد الفطام. ام لا يحرم لان في صحيح البقباق المتقدم الرضاع قبل الحولين. وجهان اظهرهما الاول. لانه يمكن ان يكون المراد من الصحيح قبل تجاوز الحولين لا قبل تمامهما فلا صارف عن ظهور الاخر.

ولو شك في كونه في الحولين فعن القواعد وجامع المقاصد الحكم بالحل لان الشك في الشرط شك في المشروط فيبقى اصل الاباحة بحاله (وفيهِ) ان مقتضى استصحاب بقاء كونه في الحولين وعدم تجاوزهما البناء على تحقق الشرط. ودعوى - انه يعارضه استصحاب عدم الرضاع في الحولين - مندفة. بانه ان اريد به عدم تحقق موضوع الحرمة فهو محكوم بالتحقق بضم الوجدان الى الاصل اذ الرضاع وجداني وعدم تمامية حولي المرضع محرز بالاصل. و ان اريد به عدم اقتران الرضاع بالحولين فيرده انه ليس الاقتران والاجتماع موضوع الحكم بل تمام الموضوع هو ذوات القيدان اى الرضاع وكون المرضع في حولى رضاعه. فالأظهر هو الحكم بالحرمة (ثم ان) المراد بالحول هو القمري لا الشمسى لانه المتداول عند العرب في عصرهم عليهم السلام ويستمر الى يومنا هذا فالمعتبر في الحولين الاهلة. ولو انكسر الشهر الاول بان كان الشروع في الارتضاع من يوم العاشر من الشهر مثلا اعتبر ثلاثة وعشرون شهرا بعد المنكسر بالاهلة واكمال المنكسر من الشهر الخامس والعشرين كغيره من الاجال على ما تقدم في التقدير الزماني للرضاع.

في اعتبار اتحاد الفحل

(و) السادس من شرائط نشر الحرمة بالرضاع (ان يكون اللبن) الذى يرضع المرضعتان منه (لفحل واحد فلو ارضعت امرأتان صبيين بلبن فحل واحد نشر الحرمة بينهما و لو ارضعت امرأة صبيين بلبن فحلين لم ينشر الحرمة)

فالمرء بالاخوة الرضاعية من جهة الاب وهو الفحل ولا يكفى الاخوة من جهة الام خاصة هذا هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل الاكتفاء بالاخوة من ناحية الاب خاصة اجماعى لم يخالف فيه احد- واما عدم الاكتفاء بها من ناحية الام خاصة فعن التذكرة والمسالك دعوى الاجماع عليه ولكن الشيخ الطبرسى صاحب التفسير خالف فى ذلك فاعتبر الاخوة الرضاعية من جهة الام وحكى عن الراوندى فى فقه القرآن وقواعد اب المفاتيح و شارحه واستجوده الشهيد الثانى فى محكى المسالك - فها هنا مطلبان - الاول- فى اعتبار اتحاد الفحل وان لا تكفى الاخوة الرضاعية من جهة الام وقد عرفت ان المشهور بين الاصحاب اعتباره- ويشهد له جملة من النصوص لاحظ- صحيح (١) العجلي عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحل له ان يتزوج اختها لامها من الرضاة فقال عليه السلام ان كانت المرثتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل وان كانت المرثتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلن فلا بأس بذلك. وموافق (٢) الساباطى قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة أيحل له ان يتزوج اختها لايبها من الرضاة - فقال عليه السلام لا فقد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأة واحدة قال فيتزوج اختها لامها من الرضاة قال فقال عليه السلام لا بأس ان اختها التى لم ترضعه كان فحلها غير فحل التى ارضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس - ولا يضر ظهورهما فى اعتبار اتحاد المرضة الذى ليس معتبرا بالاجماع لما يأتى.

وقد يستدل له بصحيح (٣) العجلي عن الباقر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب- فسر لى ذلك فقال عليه السلام كل امرأة ارضعت من لبن فحلها ولد امرأة اخرى من جارية او غلام فذلك الذى قال رسول الله صلى الله عليه وآله وكل امرأة ارضعت من لبن فحلين كانا لها واحدا بعد واحد من جارية او غلام فان ذلك

رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وإنما هو نسب من ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئاً وليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة فيحرم - بدعوى أن قوله واحداً بعد واحد ليس حالاً للفحلين بل هو مفعول لارضعت ومن جارية أو غلام بيان له (ولكنه) غير ظاهر لاحتمال كونه حالاً من فحلين والمفعول مقدراً يدل عليه ذكره سابقاً - وقوله من جارية أو غلام بياناً له - فيكون مفاده ح أنه يعتبر أن يكون القدر المحرم من اللبن لفحل واحد - فلو ارضعت المرأة من لبن فحل نصف المقدار المحرم وارضعت من لبن فحل آخر نصفه الآخر لم يحرم - وهو غير مربوط بما نحن فيه - ويؤيد هذا الاحتمال قوله ولا يحرم شيئاً - وليس هو سبب رضاع من ناحية الفحولة - إذ على الاحتمال المذكور في وجه الاستدلال لا يصح النفي بقوله مطلق كما لا يخفى.

وأيضاً قد يستدل له بصحيح (١) مالك بن عطية عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فتلد منه ثم ترضع من ابنه جارية يصلح لولده من غيرها أن يتزوج تلك الجارية التي ارضعتها قال عليه السلام لا هي بمنزلة الاخت من الرضاعة لأن اللبن لفحل واحد - وما في معناه من الأخبار (ولكن) فيه نظراً، لأنها تدل على أن الاشتراك في لبن الفحل الواحد يوجب التحريم وهو المطلوب الثاني ولا تدل على انحصار جهة التحريم فيه وأنه لا يكفي الأخوة من ناحية الأم.

واستدل للقول الآخر بعموم (٢) قوله تعالى «وأخوانكم من الرضاعة». وبالنبوي (٣) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا ريب في كفاية الأخوة من أحد الأبوين في الحرمة من ناحية النسب فكذلك من ناحية الرضاع - وبخبر (٤) محمد بن عبيدة

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث - ١٣

(٢) سورة النساء آية ٢٤

(٣) الوسائل باب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع

(٤) الوسائل باب ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث - ٩

الهمداني قال الرضا عليه السلام ما يقول اصحابك في الرضاع قال قلت كانوا يقولون اللبن للفحل حتى جائهم الرواية عنك انك تحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فرجعوا الى قولك قال فقال عليه السلام و ذلك ان امير المؤمنين سألني عنها البارحة فقال لي اشرح لي اللبن للفحل وانا اكره الكلام فقال كما انت حتى اسألك عنهما قلت في رجل كانت له امهات اولاد شتى فارضت واحدة منهن بلبنها غلاما غريبا اليس كل شيء من ولد ذلك الرجل من امهات الاولاد الشتى محرما على ذلك الغلام قال قلت بلى قال فقال ابو الحسن فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الامهات و انما الرضاع من قبل الامهات و ان كان لبن الفحل ايضا يحرم (ولكن) الاولين مطلقان يقيد اطلاقهما بما تقدم - واما الخبر فضعيف السند لان محمد بن عبيد ليس له ذكر في الرجال فهو مجهول - مع انه ايضا اعم من النصوص المتقدمة من جهة شموله لاولاد المرضعة نسبا ولا خلاف في تحريمهم على المراضع و ان تعدد الفحل كما سيبيح في قيد اطلاقه بها - اضاف الى ذلك انه لو سلم معارضته مع ما تقدم لامجال لما توهمه المحدث الكاشاني من تقديمه عليها بمخالفتها للكتاب واحتمال حملها على التقية اذا ترجيح بموافقة الكتاب ومخالفة العامة انما يكون بعد فقد جملة من المراجعات من الشهرة وصفات الراوي وهي تقتضي تقديم تلك النصوص كما لا يخفى.

المطلب الثاني في الاكتفاء في نشر الحرمة باتحاد الفحل ولا يعتبر وحدة المرضعة فيكفي الاخوة من جانب الاب خاصة في ثبوت التحريم. وقد عرفت انه اجماعي واستدل له بصحيح مالك المتقدم - وصحيح (١) البرنطى عن الرضا عليه السلام عن امرأة ارضعت جارية وازوجها ابن من غيرها ايحل للغلام ابن زوجها ان يتزوج الجارية التي ارضعت فقال عليه السلام اللبن للفحل - وهو ثاقب (٢) - سماعة قال سألته عن رجل كان له امرأتان فولدت كل واحدة منهما غلاما فانطلقت احدي امرأتيه فارضت جارية من عرض الناس ينبغي لابنه ان يتزوج بهذه الجارية فقال عليه السلام لا لانها ارضعت بلبن الشيخ - الى غير تلکم

من النصوص.

ولولا كون الحكم مجمعا عليه لامكن الخدشة في هذه النصوص لانها باجماعها واردة فيما كان احدهما ولدا نسبيا و تدل على عدم اعتبار وحدة المرضعة وام الولد الاخر في اخوة ولده الرضاعي لولده النسبي - ومحل الكلام هو الاخوة بين المرتضعين الذين يكونان كلاهما ولدين رضاعين للفحل - ولو سلم اطلاقها ولو بواسطة ما فيها من عموم العلة - يقيد بموثق الساباطي المتقدم في المطلب الاول الا ان الظاهر منهم كون الحكم بنحو لا يمكن الخدشة فيه بوجه والله تعالى اعلم - واما خبر (١) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة فولدت منه جارية ثم ماتت المرءة فتزوج اخرى فولدت منه ولدا ثم انها ارضعت من لبنها غلاما ايحل لذلك الغلام الذي ارضعته ان يتزوج ابنة المرءة التي كانت تحت الرجل قبل المرءة الاخيرة فقال عليه السلام ما احب ان يتزوج ابنة فحل قدرضع من لبنه - فلا ينافي النصوص المتقدمة لعدم ظهور نفي المحبة في عدم الحرمة فيمكن ان يراد منه ما لا ينافيها.

لا يعتبر اتحاد الفحل اذا كان احدا الوالدين نسبيا لها

بقي في المقام فروع - احدهما ان ما ذكرناه من عدم اعتبار اتحاد المرضعة انما هو في حرمة احد المرتضعين على الاخر بعد حصول الحرمة لاحدهما مع المرضعة وصاحب لبنه - واما في ثبوت الحرمة بين الرضيع والمرضعة وصاحب اللبن فلا ريب ولا خلاف في اعتبار وحدة المرضعة وعن التذكرة دعوى الاجماع عليه - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به موثق زياد بن سوقة المتقدم وغيره.

ثانيها ان ما ذكرناه تبعا للمشهور من اعتبار وحدة الفحل وانه لا يكتفى باتحاد المرضعة في حصول الاخوة بين المرتضعين انما هو فيما اذا كانا كلاهما ولدين رضاعين للمرضعة واما اذا كان احدهما ولدا نسبيا لها فلا يعتبر في اخوة ولدها الرضاعي لولدها

النسبى اتحاد الفحل فلو ارضعت ولدا حرم عليه اولادها النسبية كلهم وان كانوا من غير صاحب لبن المرتضع و ذلك لاطلاق الكتاب والسنة بعد اختصاص دليل اعتبار وحدة الفحل بالولدين الرضاعين- ولموثق (١) جميل عن الصادق عليه السلام اذا رضع الرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شيء من ولدها وان كان الولد من غير الرجل الذى كانت ارضعته بلبنه- وصحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر او ابي عبدالله عليهما السلام اذا رضع الغلام من نساء شتى فكان ذلك عدة او نبت لحمه و دمه عليه حرم عليه بناتهم كلهن.

وظاهر كلام الشيخ الاعظم ره التوقف فى المسألة فانه قال- لكن يظهر من بعض الاخبار اتحاد الفحل هنا ايضا مثل صحيحة (٣) صفوان عن ابي الحسن عليه السلام وفيها قلت له فارضعت امى جارية بلبنى فقال عليه السلام هى اختك من الرضاعة قلت فتحل لاه لى من امى لم ترضعها امى بلبنه قال (ع) والفحل واحد قلت نعم هو اخى لاهى وامى قال عليه السلام اللبن للفحل صار ابوك او هو وامك امها- فان استفصال الامام عليه السلام عن اتحاد الفحل مع تصريح السائل بكون الاخ ولد المرضعة نسباً يدل على تغاير حكمه مع حكم صورة تعدد الفحل انتهى (و فيه) انه لم يصرح بكون الاخ ولدا نسبياً فان قوله لاه لى من امى بقرينة لم ترضعها امى بلبنه ظاهر فى الاخ الرضاعى ولا اقل من المحتمل اذا لو كان المراد الاخ النسبى لكان القيد لغوا مستغنى عنه لعدم اعتبار الرضاع فى تحققه و يؤيد ما ذكرناه قوله فى الخبر بعد لم ترضعها امى بلبنه (يعنى ليس لهذا البطن ولكن لبطن آخر) فلا يدل الخبر على اتحاد الفحل فى هذه الصورة- مع انه لو سلم دلالة على ذلك لاعراض الاصحاب عنه ساقط عن الحجية - اصف اليه معارجه لما هو اشهر منه- هذا كله مضافا الى اضطراب المتن فان فى بعض النسخ بدل هو اخى لاهى وامى- هى اختى ويناسبه جواب الامام عليه السلام والا فعلى ما ذكره الشيخ لا يكون

(٢-١) الوسائل باب ٥١ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٣-٢.

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٣

الجواب مرتباً بالسؤال الثاني بل هو جواب عن السؤال الاول كما لا يخفى على المتدبر

عدم اعتبار اتحاد الفحل في غير الاخوة

ثالثها انه قد حكي عن المصنف ره في القواعد ان ام المرضعة من الرضاع واختها منه او بنات اخيها منه لا تحرم على المرتضع لان الرضاع الحاصل بين المرضعة والمرتضع بلبن فحل والحاصل بينها وبين امها او اختها او اخيها بلبن فحل آخر فلم يتحد الفحل فلا نشر - ومثله عن المحقق الثاني في شرح القواعد - وزاد على فروض القواعد عدم تحريم عمه المرضعة وخالتها من الرضاع على المرتضع .

واستدل على ذلك في شرح القواعد بما ملخصه - ان الاجماع قائم على اعتبار اتحاد الفحل في محرمية الرضاع فلو كان لمن ارضعت صبيا ام من الرضاع لم تحرم تلك الام لان نسبتها اليه بالجدودة انما تتحصل من رضاعه من مرضعته و رضاع مرضعته منها و معلوم ان اللبن في الرضاع ليس لفحل واحد فلا تثبت الجدودة بين المرتضع والام المذكورة لانتفاء الشرط فينتفي التحريم - فان قيل انه يدل على التحريم عموم ما يدل على انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب - قلنا الدليل الدال على اعتبار اتحاد الفحل خاص فلا حجة في العام ح (وفيه) اولا ان دليل اعتبار اتحاد الفحل المخصص لعموم الكتاب والسنة مختص بالرضاع الموجب لاخوة المرتضعين ولا إطلاق له يشمل المقام - و ثانيا - انه في صحيح الحلبي وموثق عمار المتقدمين الذين هم ادليل اعتبار اتحاد الفحل كما مر صرح بحرمة اخت المرضعة من الرضاع على المرتضع مع انه من المعلوم مغايره فحل المرتضع لفحل اخت المرضعة وهو احد الموارد التي حكم في الكتابين بعدم التحريم تفريعا على تعدد الفحل - و ثالثا - انه علل حرمة اخت المرضعة على المرتضع في الموثق بان الاختين ارضعتا بلبن فحل واحد - فمفاد التعليل انه اذا تحققت الاخوة بينهما بان اتحاد الفحل كفى ذلك في حرمة كل منهما على فروع الاخر و لو من الرضاع

فى اعتبار حياة المرضعة فى نشر الحرمة

بقى من شرائط نشر الحرمة بالرضاع امر واحد لم يتعرض له المصنف وهو حياة المرضعة. والمشهور بين الاصحاب اعتبارها. وفى رسالة الشيخ الاعظم ره بل لم اعثر على حكاية خلاف صريح وعن ظاهر التذكرة والصيمرى ان عليه الاجماع. واستدل له بوجوه .

(١) انصراف الادلة الى الافراد المعهودة المتعارفة (و فيه) ان ذلك لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق .

(٢) ان الحكم علق فى الاخبار على المرأة وهى لاتصدق على الميتة (وفيه) منع عدم الصدق .

(٣) ان موضوع الحكم هو الارضاع وظاهره كونه عن الاختيار والقصد المتوقف على الحياة اذ لو لاهما لم يصح الاسناد اليها بوجه فالادلة بانفسها تدل على اعتبارها (و فيه) انه قام الاجماع كما ادعاه الشهيد الثانى على عدم اعتبار الاختيار روا لقصد فى الانتشار ولذا لو سعى اليها الولد وهى نائمة - او التقم ثديها وهى غافلة يتحقق النشر فيستكشف من ذلك عدم دخل الاختيار فى الحكم (ودعوى) ان الادلة الدالة على ان الموضوع هو الارضاع تدل بالدلالة المطابقة على اعتبار الاختيار وبالدلالة الالتزامية على اعتبار الحياة والاجماع على عدم اعتبار الاختيار حيث يكون من قبيل القرينة المنفصلة فهو يمنع عن حجية ظهورها فى اعتبار الاختيار لاعن اصل ظهورها فى اعتباره وحيث ان الدلالة الالتزامية تابعة للمطابقة فى الدلالة والظهور لافى الحجية فيبقى حجية الادلة فى اعتبار الحياة بحالها (مندفعة) اولا بمنع ظهور الادلة فى اعتبار الاختيار لعدم دخله فى مادة الافعال ولا فى هيئاتها - ولذا جرى بنائهم على التمسك بعموم من اتلف فى موارد الاتلاف غير الاختيارى - وثانيا - بان غاية ما يدل عليه الادلة على فرض التسليم اعتبار الاختيار ولا دلالة له بوجه على اعتبار الحياة - والاجماع دال على عدم اعتباره - وثالثا - بما حقق فى محله من تبعية الدلالة الالتزامية

للمطابقة حجبية كتبعينها لها دلالة.

(٤) ما في رسالة الشيخ الاعظم ره قال ان بعض فروض الارتضاع من الميعة خارج عن اطلاق مثل قوله تعالى (١) «واخوانكم من الرضاغة» لانصراف المطلق الى غيره فيدخل تحت قوله تعالى (٢) «واحل لكم ما وراء ذلكم» فيثبت عدم النشر في هذا الفرد بالاية ويجب الحاق غيره من الفروض الداخلة تحت اطلاق آية التحريم به لعدم القول بالفصل وقلب هذا الدليل بان يثبت التحريم في الفروض الداخلة تحت آية التحريم بها والحاق الفرض الخارج منها بعدم القول بالفصل وان كان ممكنا الا ان غاية الامر ح وقوع التعارض ب واسطه عدم القول بالفصل بين آيتي التحريم والتحليل فيجب الرجوع الى ادلة الاباحة من العمومات و الاصول المعتضدة بفتوى معظم الفحول (وفيه) اولا - منع انصراف آية التحريم عما لو كانت جمبع الرضعات في حال الموت اذ لامنشأه سوى ندرة الوجود وقد حقق في محله انها لا تصح منشأ لانصراف المقيد للاطلاق - وثانيا - مانبه عليه المحقق الخراساني ره وهو ان آية التحليل ناظرة الى آية التحريم لانها تدل على حلية ما عدا ما حرم في آية التحريم فعلى فرض استفادة التحريم بالارتضاع من الميعة مطلقا من آية التحريم ولو بضميمة عدم القول بالفصل كيف يمكن ان يستفاد التحليل من آيته بضميمة ما عرفت (ولكن) يمكن دفع الثاني بان آية التحليل تدل على حلية غير ما حرم بآية التحريم ولا نظر لها الى ما ثبت حرمة بدايل آخر - و عليه فاية التحريم تدل على نشر الحرمة في بعض الفروض - وآية التحليل تدل على حلية غير ذلك الفرض - وعدم القول بالفصل وان كان صالحا لتسرية الحكم الى الفروض الاخر لكنه لا يصلح للحكومة على آية التحليل - فهو ايضا صالح لتسرية الحلية الى ساير الفروض فيقع التعارض بين الايتين فالعمدة هو الاول - فتحصل - انه لا دليل على اعتبارها سوى الاجماع ان ثبت وكان تعبديا .

فى ما يحرم من الرضاع

المطلب الثالث فى احكام الرضاع - وفيه - مسائل - الاولى اذا حصل الرضاع المحرم (و) هو ما كان (مع الشرائط) السابقة (يصير المرضعة اما) يصير (ذو اللبن) وهو الفحل (ابا) وابائهما من الذكور والاناث اجدادا و جدات (واخوتهما) اى المرضعة والفحل (اخوالا) و خالات (و اعماما) و عمات اى اخوة المرضعة تصير اخوالا و خالات واخوة الفحل اعماما وعمات (و اولاد) كل من (هما اخوة) و اخوات و تحرم هؤلاء القرابات كلا بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بل الظاهر اتفاق اهل الاسلام جميعا عليه الامن لا يعتد به من العامة كذا فى الجواهر .

ويشهد للحرمة النبوى (١) المشهور يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب - و ما ماثله من النصوص (٢) المروية عن الامام الصادق عليه السلام بالتقريب المتقدم فى اول المطلب الاول وقد عرفت انه يدل على ان كل عنوان محرم بذاته فى النسب اذا حصل نظيره بالرضاع يوجب الحرمة - اضعف اليه التصريح بجملة من تلك القرابات فى الكتاب والسنة - قال الله تعالى (٣) ووامهاتكم اللاتي ارضعنكم و اخوانكم من الرضاعة و الامهات شاملة للمجدات ايضا - و مثل الآية الكريمة نصوص مستفيضة فى صحيح (٤) ابن سنان عن الصادق عليه السلام لا يصلح للمرأة ان ينكحها عمها ولا خالها من الرضاعة و فى صحيحه (٥) الاخر عنه عليه السلام عن ابن الفحل قال عليه السلام هو ما ارضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة اخرى فهو حرام - و فى خبر (٦) مسعدة بن زياد قال ابو عبدالله عليه السلام يحرم من الاماء عشر لانجمع بين الام والابنة الى ان قال ولا امك وهى عمتك من الرضاعة ولا امك وهى خالتك من الرضاعة ولا امك وهى اختك من الرضاعة ولا امك وهى ابنته اخيك من الرضاعة - الى غير تلكم من النصوص فلا اشكال فى حرمة العناوين المحرمة

(٢-١) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع

(٢) سورة النساء آية ٢٤

(٣-٤) الوسائل باب ٨ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٩-٥

(٥) الوسائل باب ٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ٤

النسبية اذا تحقق نظائرها بالرضاع.

ثم ان الركن في التحريم بهذه القرابات - المرتضع - والمرضعة - والفحل - فيحرم على الاول المرضعة ومن يحرم بسببها من الامهات و الاخوات و العمات و الخالات - ومن يحرم بسبب الفحل ممن ذكر - واولاد المرضعة والفحل - ويحرم على الفحل والمرضعة المرتضع او المرتضعة. واولادهما فالموارد التي يكون الحكم بالحرمة على طبق هذا الضابط كثيرة لا يهمننا التعرض لها تفصيلا .

ثم انه لا يستثنى من الكبرى الكلية شيء (وما) عن المصنف ره في التذكرة من انه يحرم في النسب اربع نسوة قد لا يحرم في الرضاع (الاولى) ام الاخ في النسب حرام لانها امام او زوجة اب وفي الرضاع قد لا تحرم كما لو ارضعت اجنبية اخاك او اختك (الثانية) ام ولد الولد حرام لانها ام بنته او زوجة ابنه وفي الرضاع قد لا تكون احداهما - مثل ان ترضع الاجنبية ابن الابن فانها ام ولد الولد وليست حراما (الثالثة) جدة الولد في النسب حرام - لانها اما بنت اوربيبة - وفي الرضاع قد لا تكون كك كما اذا ارضعت الاجنبية ولدك فان امها جدته وليست بامك ولا ام زوجتك (الرابعة) اخت ولدك في النسب حرام عليك لانها اما بنتك اوربيبتك - فاذا ارضعت اجنبية ولدك فبنتها اخت ولدك وليست ببنت ولا ربيبة (لا يكون) استثناء عن الضابط ضرورة ان شيئا من العناوين الحاصلة من الرضاع في هذه الصور لا يكون موضوعا للحرمة في النسب بل الموضوع امور اخر مة مفودة فيها فهي خارجة عن القاعدة - وفي الصورة الاخيرة بالخصوص كلام من ناحية اخرى سيأتي .

ثم انه قد عرفت في الامر الثاني من المطلب الاول ان القرابة المنضمة بالمصاهرة - اذا كانت القرابة رضاعية والمصاهرة حقيقية - توجب نشر الحرمة - وفي خصوص ام الزوجة نصوص ستأتي عند تعرض المصنفه لها -

حرمة المنسوب الى الفحل

(و) المسألة الثانية (يحرم اولاد صاحب اللبن) اي الفحل (ولادة ورضاعا على المرتضع)

لانهم اخوة من الاب والام. او من الاب والاختوة من العناوين المحرمة فى النسب فيحرم مثلها فى الرضاع (و) كذا (اولاد المرضة ولادة لارضاعا) وقد تقدم تفصيل القول فى الحكمين فى مسألة اشتراط اتحاد الفحل وعرفت هناك ان اعتبار اتحاد الفحل انما هو فى خصوص الاختوة بين المر ترضعين ولا يعتبر فى سائر العناوين. وعليه فيحرم نسل الاختوة من الام نسباً ورضاعاً بمعنى المر ترضع بلبن الاخ من الام .

حرمة نكاح ابى المر ترضع فى اولاد صاحب اللبن

(و) المسألة الثالثة (لا ينكح ابو المر ترضع فى اولاد صاحب اللبن ولادة)

كما فى هو المشهور بين الاصحاب على خلاف الضابط المتقدم ضرورة ان اولاد الفحل لم يزدوا على ان صاروا اخوة لولد ابى المر ترضع، ومن المعلوم ان اخوة الولد ليست من العناوين المحرمة فى النسب مستقلة ولذا حكى عن الشيخ فى المبسوط والقاضى وابن فهد البناء على الحل وعدم الحرمة (ولكن) الاول اظهر الصحيح (١) على بن مهزيار قال سئل عيسى بن جعفر بن عيسى اباجعفر الثانى عليه السلام ان امرأة ارضعت لى صبياً فهل يحل لى ان تزوج ابنة زوجها فقال عليه السلام لى ما اجود ما سئلت من هيهنا يؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غيره فقلت له الجارية ليست ابنة المرأة التى ارضعت لى هى ابنة غيرها فقال عليه السلام لو كن عشرين متفرقات ما حل لك شيء منهن وكن فى موضع بناتك. وبه يخرج عن القاعدة فلا اشكال فى اصل الحكم.

انما الكلام فى فروع (و) الاول انه كما يحرم على ابى المر ترضع اولاد الفحل ولادة هل تحرم عليه اولاده (رضاعاً) كما هو المشهور وعن التذكرة الاجماع عليه ام لا . وعن ظاهر الكفاية نوع تردد وكذا ظاهر المستند حيث تأمل فى شمول الصحيحة للاولاد الرضاعية . واستدل فى المستند لعدم شمول الصحيح لهن . بعدم صدق الابنة

حقيقة الاعلى الابنة النسبية - و الشيخ الاعظم ره يسلم ذلك حيث قال و ظاهر الرواية كما ترى مختص بفروع الفحل نسبا - و لكنه استدل للاحاق الاولاد الرضاعية بهن بوجهين (ا حدهما) قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فاذا حرم ولد الفحل نسبا على اصول المرضع حرم ولده رضاعا (و اورد عليه) المحقق اليزدى ره بان المراد بالموصول هي العناوين النسبية التي نشأت حرمتها من النسب فلا يعم لعنوان نسبي نشأت حرمة من الرضاع كولد الفحل نسبا حيث ان حرمة على اصول المرضع انما هي من قبل الرضاع لا النسب (و فيه) ان التحريم في السنة لم يتعلق بالعلقة الحاصلة بالرضاع و انما علق على الرابطة النسبية التي بين الاولاد وبين صاحب لبن المرضع - فلا مانع من شمول النبوى له (ثانيهما) ان منشأ صيرورتهن اولاد الاصول المرضع اخوته لولدهم و لا فرق بين الاخوة النسبية و الرضاعية (و فيه) ان صيرورة اولاد الفحل اولادا تنزليا لابي المرضع لم يعلم كونها بواسطة كونهن اخوة للمرضع بل هو تنزيل مستقل و لامانع من التفكيك بين المتلازمين في التنزيل - اصف اليه ان المنزل انما هو الولد النسبي على الفرض و هذا لا يلزم تنزيل الولد الرضاعي ايضا فالعمدة هو الوجه الاول - مضافا الى امكان منع الاختصاص فان مقتضى اطلاق الصحيح حرمة اولاد صاحب اللبن مطلقا رضاعية كن ام نسبية على ابي المرضع و منع صدق الابنة على الرضاعية مكابرة واضحة - فالظاهر ماهو المشهور.

الثاني انه يختص هذا الحكم باولاد الفحل فلا يتعدى الى ام الفحل ولا الى اخواته فلا تحرم على ابي المرضع - (و دعوى) ان تنزيل اولاد الفحل منزلة اولاد ابي المرضع يستلزم كون ام الفحل جدة للمرضع و اخته عمه له و هما اى الجدة والعمه من العناوين المحرمة في النسب فكذلك في الرضاع (مندفعة) بان جدة الولد ليست بنفسها من العناوين المحرمة في النسب اما لكونها اما لابي الولد او لكونها اما لزوجته - وكذا عمه الولد فانها لا تحرم بعنوانها و حرمتها ليست لانها عمه لولده بل تحرم من جهة انها اخته - والامر ان مفقودان في المقام - و تنزيل اولاد الفحل منزلة اولاده لا يستلزم التنزيل المذكور اذ لامانع من التفكيك بين المتلازمين

الثالث - انه هل تحرم ام المرتضع على اولاد صاحب اللبن - لانهم اذا صاروا اولاد لآب المرتضع صاروا اولاد لأمه ايضا والام تحرم على اولاده - ام لا - قولان ظاهر الجواهر اختيار الثاني - وصرح الشيخ الاعظم بالاول - واستدل له باستلزام كون اولاد الفحل بمنزلة اولاد ابي المرتضع كونهم اولاد لأمه - وبالأجماع المركب (ولكن) يرد على الاول انه بعد فرض عدم كونهم اولاد للآب لانسبا ولا رضاعا وانهم نزولوا بمنزلة اولاده تعبدًا - والتفكيك بين المتلازمين في التنزيل التعبدى ممكن وواقع الاستلزام المذكور ممنوع - ويرد على الثاني عدم ثبوته - فمافى الجواهر اظهر:

جواز تزويج اولاد الفحل مع اخوة المرتضع

الرابع لا تحرم اولاد الفحل على اخوة المرتضع وفاقا للحلى والقاضى والمصنف والمحقق وفخر المحققين والشهيدين و صاحب الجواهر و المحقق النراقى بل نسب الى الاكثر - لانهم لم يزدوا على ان صاروا بالرضاع اخوة لآخى اولئك - و اخوة اظح ليست موجبة للتحريم - ان قد يتزوج اخو الرجل لآبيه اخته لأمه ولو قيد الاخ من الابوين فلا يوجب التحريم لان اخت الاخ للابوين تحرم من جهة كونها اختا له ولم يحصل بالرضاع هذا العنوان - فمأحصل بالرضاع غير موجب للمحرمة وما هو موجب للمحرمة لم يحصل بالرضاع - وامام وثق (١) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج اخت اخيه من الرضاة فقال ما احب ان اتزوج اخت اخي من الرضاة - فلو لم يكن دالا على الحل لا ريب فى اشعاره به كما لا يخفى (و خلافا) للشيخ فى محكى الخلاف والمبسوط والنهاية وابن حمزة وقواه فى محكى الكفاية فقالوا بالتحريم - واستدلوا له (بان) اولاد الفحل اخوة المرتضع فيحرم على اخوان المرتضع و كذلك العكس (وبانهم) اولاد لآبى المرتضع لصحيح على بن مهزيار المتقدم - وهو يقتضى كونهم بمنزلة الاخوة لآخوة المرتضع فيحرم بعضهم على بعض (وبان) اخت الاخ من النسب محرمة

فكذا من الرضاع للعموم المتقدم (و بان) كونهم بمنزلة الولد يقتضى ان يثبت لهم جميع الاحكام الثابتة للولد من حيث الولدية ومن جملة احكامه تحريم اولاد الاب عليه. وفي الكل نظر (اما) الاول فلما مر (واما الثانى) فلمنع اقتضاء كونهم بمنزلة الاخوة لاولاده اذ لا مستند له سوى تلازم عنوانى البنوة للابوين مع الاخوة لاولادهما وهو مسلم اذا كانت البنوة نسبية اورضاعية - لافى مثل المقام مما تكون البنوة تعبدية شرعية تنزيلية (واما الثالث) فلان اخت الاخ من النسب ليست محرمة بهذا العنوان وانما هو عنوان ملازم لعنوان محرم وهو الاخت (واما الرابع) فلان تحريم اولاد الاب على الولد ليس من حيث الولدية للاب بل من حيث اخوته الاولاد.

ثم ان الشبخ الاعظم قوى هذا الوجه و ذكر فى وجه صحته ان الاخوة التى انيطت بها الحرمة فى آية التحريم ليس مفهومها العرفى بل الحقيقى الاكون الشخصين ولدين او احدهما كونهم اولاد الابيه اولامه عين كونهم اخوة له لانه عنوان آخر ملازم له ثم قال فالقول بالتحريم فى المسألة لا يخلو عن قوة (وفيه) ان الاخوة اضافة بين الولدين والولدية اضافة بين الاب والابن - فالاخوة قرابة خاصة مغايرة للوادة ناشئة عنها لانها عينها - مع انه لو سلم كونها عينها نقول ان الظاهر من الصحيح كون التنزيل بلحاظ حرمة تزويج ابى المرتضع فى اولاد صاحب الماين بلحاظ جميع الاثار التى منها حرمة بعضهم على بعض - فالأظهر عدم الحرمة .

عدم حرمة جدة المرتضع و اخوته على الفحل

الخامس - لا اشكال فى انه يحرم المرتضع لو كان انثى على الفحل و عليه الاجماع لانها بنته من الرضاع - وكذا لا اشكال ولا خلاف فى حرمة فروع المرتضع اى اولاده عليه وان نزولوا - لانهم احفاده من غير فرق بين فروعه النسبية او الرضاعية و كذا لا اشكال فى انه لا تحرم ام المرتضع على الفحل كما هو واضح - انما الكلام فى هذا الفرع فى موردين - الاول - انه هل تحرم ام المرتضع اى جدته على الفحل كما عن الحلى والمصنف ره فى التذكرة والمختلف والفخر فى الايضاح والشهيد فى غاية

المراد وصاحب التفتيح والسيد الداماد ام لا يحرم - كما عن الشيخ في المبسوط
والمحقق وصاحب الحواهر والشيخ الاعظم والمحقق النراقي بل الظاهر انه المشهور بين
الاصحاب - وجهان (واستدل) للاول - بانها بمنزلة جدة الولد النسبي فتكون محرمة
- و بان الامام عليه السلام حكم في صحيح ابن مهزيار المتقدم بتحريم اخت الابن من الرضاع
وجعلها بمنزلة البنت ولا ريب ان اخت الابن انما تحرم بالنسب لو كانت بنتا والسبب
لو كانت ربيبة فالتحريم هنا باعتبار المصاهرة وجعل الرضاع كالنسب فيكون
في ام الام كك - وقال الشهيد ره في تاييد الوجه الثاني الذي ذكره المصنف ره بان
هذا ليس قياسا بل هو تنبيه لجزئ من كلى على حكم الكلى (ولكن) يرد على الوجه
الاول - ان جدة الولد النسبي ليست بنفسها من العناوين المحرمة بل هي ملازمة -
للأم - او ام الزوجة - وقد مر عدم محرمة الرضاع في امثال ذلك الاعلى القول بعموم
المنزلة - ويرد على الوجه الثاني - ان تنزيل اولاد اللبن في الصحيح منزلة اولاد ابي
المرتضع لا يستلزم تنزيلهم منزلة اولاد امه وجدته لانه تنزيل تعبدى يقتصر فيه على مقدار
الدليل - والتعبدى لا يكون الا قياسا منها عنه فالظاهر عدم الحرمة.

المورد الثاني في انه هل تحرم اخوة المرتضع على الفحل كما عن الشيخ في الخلاف
والنهاية والحلى والمحقق في الرسالة - ام لا كما علمه المشهور بين الاصحاب - قد استدل
للاول - بانهن اخوات ولده فيحر من عليه - و باستلزام تنزيل اولاد الفحل منزلة
اولاد ابي المرتضع لتنزيل اولاد ابي المرتضع منزلة اولاد الفحل (ولكن) يرد على الاول
ان اخت الولد انما تحرم اذا كانت بنتا - اوربيبة دخل بامها والرضاع لا يوجب حصول احد
هذين العنوانين واخت الولد بنفسها ليست من العناوين المحرمة - نعم يتم ذلك
على القول بعموم المنزلة وقد عرفت اننا لا نقول به. ويرد على الثاني منع التلازم كما مر
فالاظهر عدم الحرمة.

حرمة نكاح ابي المرتضع في اولاد المرتضعة

(و) المسألة الرابعة (لا) ينكح ابو المرتضع (في اولاد زوجته المرتضعة ولادة لارضاعا)

على الاشهر على خلاف الضابط المتقدم - لان فروع المرتضة لا تزيد و اعلى ان تكونوا اخوة
 لولدا بى المرتضع واخت الولد لادليل على تحريمهما من حيث هذا العنوان بل انما تحرم لكونها
 بنتا له و ربيبة دخل بامها و شىء من العنوانين لا يحصل بالرضاع - ولذا ذهب جماعة منهم
 الشيخ فى المبسوط على ما حكى والقاضى الى عدم التحريم .

الا ان القول بالحرمة اظهر - لدلالة جملة من النصوص الخاصة عليه كصحيح (١)
 ايو ب بن نوح قال كتب على بن شعيب الى ابى الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدى هل يجوز لى
 ان تزوج بعض ولدها فكتب عليه السلام لا يجوز ذلك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك
 وصحيح (٢) عبدالله بن جعفر قال كتبت الى ابى محمد عليه السلام امرأة ارضعت ولدا لرجل هل يحل
 لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرتضة ام لا فوقع عليه السلام لا تحل له فلا اشكال فى اصل
 الحكم - انما الكلام فى فروع .

الاول . قالوا باختصاص هذا الحكم باولادها نسبا ولا تحرم اولادها الرضاعية -
 لاصل بعد اختصاص النصوص بالاول - و اورد عليه - مضافا الى اطلاق الصحيحين
 انه اذا ثبت التحريم فى الولد بالنسبة المرتضة ثبت فى الولد الرضاعى لانه يحرم
 من الرضاع ما يحرم من النسب . والجواب عن ذلك باختصاصه بالنسب الذى لم ينشأ
 من الرضاع قد عرفت فى المسألة السابقة رده - واجاب الشيخ الاعظم رده عن ذلك بوجهين
 (احدهما) ان الامام عليه السلام حكم بتحريم ولدا المرتضة على ابى المرتضع لامن حيث
 هو ولدها حتى يحرم ولدها الرضاعى بل لاجل كونه بمنزلة ولد ابى المرتضع وهذا
 المعنى غير معلوم فى ولدها الرضاعى (وفيه) ان التنزيل المذكور لم يذكر فى احد
 الصحيحين وذكر فى الاخر تعليلا للحكم بحرمة ولد المرتضة فالمحرم بحسب الخبرين
 هو ولدها من حيث هو - لامن حيث انه ولد تنزىلى لابى المرتضع فيشمله يحرم من
 الرضاع ما يحرم من النسب - مع انه لو سلم دلالتهما على انها تحرم لاجل كونها
 ولدا تنزىليا لابى المرتضع - لكنها لا تخرج عن كونها شيئا حرم من النسب فيشمله

دليل حرمة الرضاعى منه ايضا (ثانيهما) ان هذا الكلام لا يصح فى ولدها الرضاعى الذى ارتضع بلبين فحل غير فحل المرتضع الذى يكون الكلام فى اصوله - لعدم الاخوة بين ذلك الولد و بين المرتضع و من الظاهر بل المقطوع به ان كون ولد المرضعة بمنزلة ولد ابي المرتضع فرع الاخوة الرضاعية للمرتضع المفقودة مع تعدد الفحل وانما يصح هذا الكلام لو صح فى صورة اتحاد الفحل وحدوث الاخوة بين ذلك الولد وبين المرتضع وح فيكون هذا الولد من اولاد صاحب الفحل رضاعا (وفيه) انه لم يظهر ان يكون ولد المرضعة بمنزلة ولد ابي المرتضع بواسطة الاخوة الرضاعية للمرتضع المفقودة فان التنزيل المذكور تنزيل تعبدى والا فليس ولدها ولدا له نسبيا ورضاعا - والتفكيك فى التنزيل بين المتلازمين لامانع منه اصلا - فالظاهر هو شمول الحكم لاولادها الرضاعية ايضا والاجماع على عدم الحرمة فيهم .

هل تحرم ام المرتضع على اولاد المرضعة

الثانى المشهور بينهم على ما قيل انه تحرم ام المرتضع على اولاد المرجعة وان كانت القاعدة لا تقتضى ذلك بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه وقد نفى البعد صاحب الجواهر عن عدم الحرمة بل ظاهر ذيل كلامه الافتاء بعدم الحرمة (و استدل) الشيخ الاعظم ره للاول بان كونهم بمنزلة ولد ابيه يستلزم كونهم بمنزلة ولد اُمه (وفيه) منع الملازمة العرفية بين التنزيلين كما مر - بل التفكيك واقع فى نظائر المقام لاحظ الاخوة فانها ثابتة مع اتحاد الفحل وغير ثابتة مع تعدده فليكن البنوة فى المقام كك (وربما يستدل) له بان مقتضى عموم تنزيل اولاد المرضعة منزلة اولاد ابي المرتضع ترتب جميع احكام اولاده ومن الاحكام حرمة ام اخيهم عليهم (وفيه) ان التنزيل انما هو فى خصوص الاحكام المترتبة على كونهم اولادا لا بيهم وهذه ليست منها - وام الاخ ليست من العناوين المحرمة بنفسها وزوجة الاب وان تحرم الا ان المحرم زوجة الاب الحقيقى لا الاب التنزيلى و كون التنزيل بلحاظ هذا الاثر ايضا غير ظاهر فان الظاهر من الدليل كونه بلحاظ خصوص التحريم على ابي المرتضع - واما الاجماع -

الذى ادعى فى المقام فعلى فرض ثبوته حيث ان الحكم فى كلماتهم علل بما ذكر فلا يصلح مدركا فتحصل ان الاظهر عدم الحرمة.

الثالث انه يتفرع على القول بعدم جواز نكاح ابي المرتضع فى اولاد المرضعة انه لو ارضعت ولدا انسان جدته لامة بلبن جده او غيره حرمت ام المرتضع على ابيه لان امه من اولاد المرضعة فتحرم على ابي المرتضع - كما انه يتفرع على المسألة السابقة- انه لو ارضعت ولدا احدى نسوة جده بلبن جده الرضاع المعتبر حرمت على ابيه- لان امه ح من اولاد صاحب اللبن فتحرم على ابي المرتضع .

الرابع لا اشكال فى انه تحرم المرضعة على المرتضع لو كان ذكرا- لانها امه وكذا لا اشكال فى حرمتها على اولاده لانهم احفادها - وهل تحرم على اخ المرتضع نظرا الى انها بالرضاع تصير ام الاخ وهى حرام فى النسب ام لا وجهان اظهرهما الثانى لان ام الاخ ليست بنفسها من العناوين المحرمة فى النسب وانما تحرم من جهة كونها اما أزوجة الاب ولا يحصل شىء منهما بالرضاع- وحكم فروع حواشى المرتضع حكم نفس الحواشى فى عدم التحريم على المرضعة كما لا يخفى.

الخامس لا تحرم على ابي المرتضع- المرضعة- ولا امها- ولا اختها- اما المرضعة فلانها لا تصير بالرضاع ازيد من كونها ام ولده و ام الولد اولى بالتحليل من كل احد واما امها فلانها بالرضاع تصير جدة اولده وجدة الولد لا تكون من العناوين المحرمة وانما تحرم اذا كانت اما لزوجته و بالرضاع لا يحصل ذلك وحكى عن الحللى القول بحرمتها- و يظهر ضعفه مما ذكرناه.

السادس هل يجوز (لاولاده الذين لم يرتضعو امن هذا اللبن) وهم اخوة المرتضع (النكاح فى اولاد المرضعة) كما عن الحللى والقاضى والمصنف فى اكثر كتبه وفخر المحققين والمحقق والشهيدى وغيرهم بل حكى عن الاكثر- ام لا يجوز كما عن جماعة منهم الشيخ فى الخلاف والنهاية بل عن الاول منهما الاجماع عليه وجهان (و) الكلام فى هذه المسألة هو الكلام فى حرمة اولاد (الفحل) على اخوة المرتضع وعدمها المتقدم فى الفرع الرابع من المسألة الثالثة قولا ومدركا ومختارا وقد عرفت

ان الاظهر هو عدم الحرمة فلا يغيد .

الرضاع اللاحق موجب للحرمه كالسابق

المسألة الخامسة - الظاهر انه لا خلاف في عدم الفرق في سببية الرضاع الحرمة بين سبقه على النكاح و لحوقه به فكما ان الرضاع المحرم سابقا يمنع من النكاح كذلك يبطله لاحقا - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - وفي الجواهر المقطع بعدم الفرق بين الابتداء والاستدامة في ذلك وبشهاد به مضافا الى عموم دليل (١) محرمة الرضاع كقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب خصوص النصوص الواردة في تحريم الزوجتين المرضعتين احديهما من الاخرى كصحيح (٢) محمد بن مسام عن ابي جعفر عليه السلام لو ان رجلا تزوج جارية رضيعه فارضعها امرأته فسد النكاح وصحيح (٣) الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج جارية صغيرة فارضعها امرأته وام ولده قال عليه السلام تحرم عليه - ونحوهما غيرهما - فانها بضميمة عدم القول بالفصل تدل على هذه الكلية و يترتب عليها فروع كثيرة - منها ما ذكره المصنف ره بقوله .

حكم الزوجتين المرضعتين احداهما من الاخرى

(ولو ارضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما حرمتا ان كان دخل بالمرضعة والا فالمرضعة) وتفصيل القول فيه - انه اذا تزوج رضيعه فارضعها امرأته فتارة يكون بلبنه - واخرى يكون بلبن غيره كانت في حبالته كما اذا استمر لبن الاول الى ان تخرجت به ام لا - وعلى التقديرين قد يفرض الدخول بالمرضعة وقد يفرض عدم الدخول ثم الكلام يقع اولا فيما يستفاد من القاعدة - وثانيا فيما يدل عليه النصوص الخاصة اما المقام الاول فقد يقال ان مقتضى القاعدة بطلان نكاح الزوجتين بالرضاع

(١) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع

(٢-٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١-٢ .

فانه بمجرد تحقق الرضاع يتحقق الامية والبنمية بينهما فتبطل زوجيتهما معا لعدم امكان الجمع بين الام والبنث في الزوجية في زمان واحد واولبقاء فلا محالة ترتفعان معا لعدم المرجح في البين - وهذا الوجه وان كان لا يرد عليه ما ذكره صاحب الكفاية من احتمال الرجوع الى القرعة - فانه يرجع اليها فيما اذا كان هناك واقع معين عند الله مشتبهنا عندنا لافى مثل المقام - و لكن يمكن ان يورد عليه بانه في صورة الدخول بالكبيرة يبطل نكاح الرضعية لان بنت الزوجة المدخول بها محرمة ابدأ حتى الثبوت التي توجد بعد خروجها عن حبالته (ودعوى) انه لا دليل على حرمة بنت الزوجة الرضعية (مندفعة) بورود النص (١) بها مضافا الى ما تقدم في الامر الثاني من المطلب الاول من ان العنوان المتولد من النسب والمصاهرة يوجب التحريم اذا كان الحاصل بالرضاع العنوان النسبي كما في المقام (مع) انه في صورة كون اللبن له تكون الرضعية بنتا رضاعية له فتحرم .

و اما الكبيرة فلا ادى وجهها لبطلان نكاحها فانه عند تحقق الرضاع تخرج الصغيرة عن حبالته وفي ذلك الان تتحقق الامومة فليس هناك زمان خارجي تنصف فيه الكبيرة بانها ام الزوجة - وغاية ما قيل في وجه خروجها (ان) ام الزوجة كبنث الزوجة كما ان الثانية تحرم وان وجدت بعد خروج الام عن الزوجية كك الاولى فالكبيرة ام من كانت زوجته (او) ان المشتق اعم من المتلبس ومن انقضى عنه المبدأ فيصدق عليها ام الزوجة بهذا الاعتبار (او) انه لمكان اتصال آخر زمان زوجية الصغيرة باول زمان امية الكبيرة تكون كالمجتمع معها زمانا فيصدق على الكبيرة بعد هذه المسامحة العرفية انها صارت ام الزوجة حقيقة (او) ان بطلان الزوجية في طول حصول الامية والبنمية ففي تلك المرتبة يصدق عليها ام الزوجة فتحرم - والكل باطلة (اما) الاول فلان ظاهر الاية الكريمة والنصوص ان المحرم هي ام الزوجة وفي النسب لا يتصور تحقق الامية بعد الخروج عن الزوجية - بخلاف بنت الزوجة. فدليل

محرمية الرضاع لا يصلح لاثبات حرمة من اتصفت بالامية بعد خروج البنت عن الزوجية (واما) الثاني فلما حقق في محله من كون المشتق حقيقة في خصوص المتلبس (واما) الثالث فلان المسامحات العرفية في تطبيق المفاهيم على المصاديق تضرب على الجدار (و اما) الرابع فلان الاحكام الشرعية مترتبة على الموجودات الزمانية دون الربمية - فالأظهر انها لا تخرج عن الزوجية ولا يبطل نكاحها - ولا يلزم منه الترجيح بلامرجح هذا كله في صورة الدخول بالكبيرة .

واما مع عدم الدخول بها وكون اللبن لغيره - فما ذكر في وجه عدم بقائهما على الزوجية متين ولكن ليس لازم ذلك بطلان نكاحهما بل هو التخيير فان الضرورات تنقذ بقدرها فبالرضاع لا يمكن بقاء زوجيتهما ولا مانع من بقاء زوجية احدهما بنحو التخيير لا يمكن ذلك ثبوت كما تقدم في مسألة الجمع بين الاختين وانه المتعين في مقام الاثبات فراجع ما حققناه هناك هذا كله في بطلان الزوجية .

وبه يظهر الحال في الحرمة الابدية - فان الصغيرة تحرم ابدا مع الدخول بالكبيرة والكبيرة لا تحرم مطلقا - وقد استدلل فخر المحققين لحرمتها بوجهين (احدهما) ما تقدم من ان ام الزوجة كبنت الزوجة تحرم وان اتصفت بالامية بعد خروج البنت عن الزوجية وظاهر المحقق النائيني ارتضائه - وقد عرفت ما فيه (ثانيهما) انه يكفي في الحرمة صدق المشتق و تحقق الزوجية في زمان ما فتدخل في عموم قوله تعالى (١) و امهات نسائكم) (وفيه) انه ان اريد به كون المشتق حقيقة في الاعم - فيرد عليه ما تقدمت الاشارة اليه - و ان اريد به ان صدق الزوجة على البنت في زمان ما كاف في حرمة امها ابدا اذ لم تقيد حرمة ام الزوجة في الآية بكونها ام الزوجة الفعلية فيكفي في الحرمة كونها ام الزوجة السابقة - فيرد عليه ان ذلك خلاف ظاهر الدليل فان ظاهر كل عنوان مأخوذ في الموضوع دخله في فعلية الحكم ودوران الحكم بقاء وارتفاع مدار فائده وارتفاعه فالأظهر عدم الحرمة الابدية - كما ان الرضيعة مع عدم الدخول بالمرضعة

لا تحرم أبدا إلا إذا كان لبن الموضوعة من الزوج ولم يدخل بها. كما لو فرض حملها منه مع سبق المنى إلى فرجها بدون الدخول فأنها حرام بنته هذا ما تقتضيه القاعدة وأما المقام الثاني وهو ما يستفاد من النصوص الخاصة - ففي أحد النصوص المتقدمة فساد النكاح، وهو مجمل قابل للحمل على إرادة فساد نكاح كل منهما - اللهم إلا أن يقال أن المراد به نكاحه لكل منهما - ولكن في بعض النسخ فساد نكاحها - وفي الآخر تحريم عليه وهو أيضا مجمل - اللهم إلا أن يقال أن ظاهر السؤال كون السؤال عن حكم تزويج الصغيرة فالضمير في الجواب يرجع إليها - وحرمتها على وفق القاعدة لأن المفروض في السؤال إرضاع أمه وام ولدها بها والغالب كونها مدخولة وكون اللبن منه - وعلى هذا فلا يستفاد من تلك النصوص حكم مخالف للقاعدة - نعم خبر (١) على بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام قال قيل له إن رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها أمه أمه ثم أرضعتها امرأة له أخرى - فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وأمراه فقال أبو جعفر عليه السلام أخطأ ابن شبرمة تحريم عليه الجارية وأمراه التي أرضعتها أولا فاما الأخيرة فلم تحرم عليه لأنها كانت أرضعت ابنته - يدل على حرمتها معا - والإيراد عليه - بضعف السند لصالح ابن حماد - يدفعه ما في الرياض قال وهو أن ضعف في المشهور إلا أن القرائن على مدحه كثيرة فهو حسن (وتوهم) الإرسال فيه من جهة أن المراد بابي جعفر هو الباقر عليه السلام لأنه المراد عند إطلاقه سيما بقرينة ابن شبرمة كان في زمانه عليه السلام و ابن مهزيار لم يدرك الإمام الباقر عليه السلام - بل لو كان المراد به هو الجواد عليه السلام كان الخبر مرسلًا وليس فيه أنه سمع ذلك بلا واسطة فالإرسال متحقق على التقديرين (يُدفع) بأن الظاهر منه سماعه عن أبي جعفر فلو أريد به الجواد عليه السلام لا يكون هناك إرسال وكثرة إطلاقه على الباقر عليه السلام لا ينافي حمله على الجواد خصوصا بالقرينة - فلا إشكال في الخبر سندًا ودلالة - غاية الأمر هو مختص بصورة الدخول - إذ كون الأمر أثنى له كلفهما غير مدخول بهما وكونهما ذات لبن بعيد غايته - مع أن قوله - عليه السلام في ذيله

كانها ارضعت ابنته صريح في كون لبن المرضعة الاولى منه - فالمتحصل - انه ان كان دخل
بالكبيرة او كان اللبن له حرمتاى الكبيرة والصغيرة عليه - وفسد نكاحهما - والا - لم
تحرمها عليه - اما الصغيرة فلانها بنت الزوجة غير المدخول بها - واما الكبيرة فلمع
انطباق عنوان ام الزوجة عليها في زمان - وتساالمهم على حرمتها لو ثبت لا يضر بعد
معلومية مدرتهم واما بطلان نكاحهما فالأظهر فيه ايضا التخيير - مع عدم الدخول وعدم
كون اللبن من الزوج - و بطلان نكاح خصوص الصغيرة لو كان اللبن من الزوج -
و بطلانها معامع الدخول -

لو ارضعت زوجته الكبيرتان زوجها الصغيرة

و بما ذكرناه ظهر حكم مسألتين اخريين - احدهما - انه لو كان له زوجتان كبيرتان
وزوجة رضية - فارضعتها احدى الزوجتين اولا - ثم ارضعتها الاخرى - فانها تحرم المرضعة
الاولى والصغيرة في فرض الدخول بالمرضة الاولى - اما الصغيرة فلصيرورتها بنته او
ربيته التي دخل بها - واما الكبيرة فلخبر على بن مهزيار - ومع عدم الدخول لا يحرم
شيء منهما واما المرضعة الثانية - فعن الاسكافي والشيخ في النهاية وظاهر الكليني
حليتها - وهو خيرة الرياض والجواهر وسيد المدارك حاكيا لدع جماعة - وعن جماعة حرمتها
ايضا نسبها الشهيد الثاني الى الحلى والمحقق في النافع و اكثر المتأخرين (والحق)
ان يقال ان كان دخل بالمرضة الاولى فلا تحرم الثانية قاعدة ونصا - لان المرضعة الاولى
والصغيرة خرجتا عن حبالته بالرضاع الاول وحرمتا عليه فالثانية ارضعت بنته او ربيته
لازواجه كما صرح بذلك في النص - واستدل الشهيد الثاني وغيره احرمتها ايضا بصدق ام -
الزوجة عليها لعدم اشتراط بقاء المعنى في صدق المشتق - وبمساواة الرضاع للنسب وهو
يحرم سابقا ولاحقا - ويندفع الاول بما حقق في محله من كون المشتق حقيقة في خصوص
التمليس - والثاني بان ظاهر الآية الكريمة (١) «وامهات نسائكم» كون الموضوع هو ام الزوجة

ولا تشمل ام من كانت زوجته وايضا لانظير لها في النسب كى يحرم مثلها في الرضاع وام الزوجة المطلقة انما تحرم لصدق ام الزوجة الفعلية قبل الطلاق عليها فتحرم ابدا - فالظاهر عدم حرمتها - واما في صورة عدم الدخول بالمرضة الاولى ففي فرض خروج الصغيرة عن الزوجية لا تحرم ايضا لما مر ومع بقاءها على زوجيتها تكون حكم المرضعة الثانية ح حكم المرضعة الاولى المتقدم في المسألة السابقة.

ثانيتهما انه لو ارضعت الكبيرة له زوجتين صغيرتين فانه مع فرض الدخول بالكبيرة او كون الارضاع بلبنه حرمت الصغيرتان من غير فرق بين التعاقب و الدفعة - اما لكونهما ربيبتين دخل بامهما او لكونهما بنيتيه - وحرمت الكبيرة اخبر ابن مهزيار و مع عدم الدخول بها لا تحرم واحدة منهن كما يظهر مما ذكرناه .

حكم مهر الصغيرة اذا فسد نكاحها

ثم انه كلما فسد عقد الصغيرة بالرضاع فهل يغرم الزوج مهرها بتمامه مطلقا ام لا - ام هناك تفصيل وجوه واقرار - و نخبة القول في المقام انه ان كان الرضاع بسبب مختص بالرضيعة - مثل ان سعت اليها فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة ففي الشرايع والجواهر وعن التذكرة والتحرير والمسالك وغيرها سقط مهرها وظاهر الجواهر انه لاختلاف في المسألة

واستدل له بان استدامة استحقاق المهر باعتبار استدامة العقد فاذا بطل العقد سقط المهر كما في كل عقد يتعقبه الفسخ أو الانفساخ من طرف او طرفين بطلت بمبيد ومنه الاقالة والخيار المقتضيان رد الثمن الى المشتري والمبيع الى البائع بل ذلك زوج البطلان - و الايراد عليه بان لازمه سقوط المهر في صورة الموت او الطلاق قبل الدخول - مندفع بانه يلزم هناك بعدم السقوط للنص الخاص (وفيه) انه في باب المنكاح زوجية الزوجة انما هي مقابل زوجية الزوج والمهر ليس مقابل الزوجية ولا يكون عوضا عن شيء وانما هو تقديم من الزوج بالنسبة الى الزوجة ولذا يصح مع خلوه عنه

واطلق عليه النحلة في قوله (١) تعالى «وآتوا النساء صدقاتهن نحلة» فيكون من قبيل الشرط في ضمن العقد - وعليه فان كان بطلان العقد بما يوجب حله من اصله سقط المهر ايضا لبطلان الشرط ببطلان العقد و ان كان بما يوجب رفع استمراره كما في المقام فان عقد النكاح لا يبطل من اصله بل يبطل من حين تحقق الرضاع فلا وجه لسقوط المهر اصلا - والظاهر انه الى هذا نظر الشهيد الثاني ره حيث وجه ما استظهره من التذكرة من احتمال عدم السقوط - بان المهر وجب بالعقد والاصل يقتضى استمراره وربما يستدل للسقوط - بان الصغيرة بفعلها فوتت البضع الذى هو عوض المهر و اجاب عنه الشيخ الاعظم بانه لادليل على سقوطه بفعل الصغيرة الذى حصل منهما من غير قصد وتمييز و تبع فى ذلك الشهيد الثاني حيث قال و الرضعة لا قصد لها فكان فعلها بمنزلة عدمه و لكن يرد عليهما انه فى باب الضمان لا يعتبر القصد والتمييز فلو ائلف مال الغير فهو نائم يكون ضامنا - و يرد على الاستدلال ان المهر عوض عن استحقاق الانتفاع بالبضع و ساير الاستمتاعات و لو آنا ما ضرورة عدم مدة معلومة له كى يوزع المهر عليها.

و الحق ان يقال انه بناء على ضمان المنافع غير المستوفاة حيث ان الصغيرة فوتت بضعها على الزوج فتكون ضامنة لما بازاؤها وهو مهر المثل فالمسمى لا يسقط وتشتغل ذمة الرضعة بمهر المثل فتأمل

و ان كان الرضاع بسبب مختص بالكبيرة بان تولت ارضاعها فعن الشيخ فى المبسوط و جماعة ان للصغيرة نصف المهر المسمى - وعن جماعة وجوب الجميع عليه واختار صاحب الجواهر ره سقوط الجميع - واستدل للاخير بما تقدم مع جوابه والاول بانه فسخ حصل قبل الدخول ولم يسقط المهر لانه ليس من قبل الزوجة فاشبهه الطلاق ح - وهو ليس الاقياسا ممنوعا عنه شرعا - فالظاهر استحقاقها للجميع فح ان كان الارضاع باهر من الزوج لاشئ على المرضعة والا فهى ضامنة لمهر المثل للزوج

لأنها فوتت عليه منفعة البضع وقد حقق في محله ضمان المنافع غير المستوفاة .
ثم انه في رسالة الشيخ الأعظم ولا يبعد عدم الرجوع فيها اذا كان الارضاع
واجبا عليها لفقد من يرضعها بما يسد رمقها لانه حرام ماور به فلا يتعقبه ضرر الضمان
(وفيه) اولا النقص بما اذا وجب اكل مال الغير حفظا للنفس أو وجب عليه اطعام
من في معرض التلف فانه لا شبهة في ضمانه في صورتين و كك في المقام - وثانيا -
بالحل وهو ان الوجوب التكليفي لاينا في الضمان وان شئت قلت انه مأمور بالانفاق
بعوض وقد عرفت ان مدرك ضمانها لمهر المثل ليس قاعدة الضرر حتى يقال كما عن
المحقق الزيدى ره بان ضمانها مع وجوب الارضاع عليها كك خلاف الامتنان فلا يمكن
اثباته بقاعدة نفى الضرر التي تكون في مقام الامتنان .

(و) مما يتفرع على الكبرى الكلية انه (لو) تزوج مثلا رضية (ارضعت)
من يفسد نكاح الصغيرة برضاعها ك (الام من النسب) او (من الرضاعة الزوجة حرمت)
لأنها تصبح اخته .

(و) لو تزوج كبيرة فارضعت بنتها ولده من غيرها - لم تحرم عليه لانه (لا تحرم
ام ام الولد من الرضاع وان حرمت من النسب) لان جدة الولد اذا كانت نسيبة اما
ام او ام زوجة - ولا يحصل شيء من العنواين بالرضاع وجدة الولد من حيث هي
ليست عنوانا مستقلا للتحريم

كما انه لو ارضعت زوجته ولد ولده لا تحرم عليه - لان ام ولد الولد في النسب تحرم
لكونها بنتا وزوجة الابن - وشي من العنواين لا يحصل بالرضاع

ثم انه لا يخفى ان المسائل المتصورة في هذا الباب كثيرة لا تنحصر - و لكن مع الضوابط
التي ذكرناها يظهر الحكم في الجميع بعد التأمل فلا حاجة الى ذكر الممكن منها

في اختيار الظئر

المسألة السادسة (ويستحب) لمن استرضع وليا كان او غيره (اختيار المسلمة

الوضيعة العفيفة العاقلة للرضاع (١) لخبر (١) محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام لا تسترضعوا الحمقاء فان اللبن يعدى و ان الغلام ينزع الى اللبن يعنى الى الظئر في الرعونة والحق وخبر (٢) مسدد بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لا تسترضعوا الحمقاء فان اللبن يغلب الطباع قال قال رسول الله ﷺ لا تسترضعوا الحمقاء فان اللبن يشب عليه. وخبر (٣) غياث بن ابراهيم عن الصادق (ع) قال امير المؤمنين عليه السلام انظروا من ترضع اولادكم فان الولد يشب عليه. و ما رواه (٤) الصدوق باسناده عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال رسول الله ﷺ لا تسترضعوا الحمقاء ولا العمشاء فان اللبن يعدى. وخبر (٥) الحسين بن علوان عن جعفر عن ابيه ان عليا عليه السلام كان يقول تخيروا للرضاع كما تخيرون للنكاح فان الرضاع يغير الطباع وقد تقدم استحباب اختيار العفيفة للنكاح. وخبر (٦) زرارة عن أبي جعفر عليه السلام عليكم بالوضاء من الظؤرة فان اللبن يعدى. وخبر (٧) محمد بن مسلم عنه عليه السلام لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية احب الى من لبن ولد الزنا و هو بالفحوى يدل على ان الاولى عدم اختيار اليهودية واختيها . الى غير تلكم من النصوص المستفاد منها رجحان اختيار المتصفة بالزاياد من الاوصاف الحسنة المذكورة و مرجوحية اختيار المتصفة باضدادها في الخلق والخلق ولو اضطر الى اختيار غير المسلمة استرضعت الذمية وانتفتح الكراهة. لاحظ حسن (٨) عبد الله بن هلال عن الصادق عليه السلام عن مضائرة المجوسية قال عليه السلام لا ولكن اهل الكتاب - و نحوه غيره .

و يمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير لو استرضعها الصحيح (٩) الحلبي قال سألته عن رجل دفع ولده الى ظئر يهودية او نصرانية او مجوسية ترضعه في بيتها او ترضعه في بيته قال

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٧٨ من ابواب احكام الاولاد حديث ٢-٣-١٠-٦-٤

(٦) الوسائل باب ٧٩ من ابواب احكام الاولاد حديث ٢

(٧-٨-٩) الوسائل باب ٧٦ من ابواب احكام الاولاد حديث ٢-٣-٦

ﷺ ترضعه لك اليهودية والنصرانية في بيتك وتمنعها من شرب الخمر وما يلحل مثل لحم الخنزير ولا يذهبن بولدك الى بيوتهن و الزانية لا ترضع ولدك فانه لا يحل لك والمجوسية لا ترضع لك ولدك الا ان تضطر اليها ونحوه غيره - و به يظهر كراهة تمكينها من حمل الولد الى منزلها - و اشدية كراهة استرضاع المجوسية - و ولد الزنا -

ما يثبت به الرضاع

المسألة السابعة يثبت الرضاع بالعلم - لانه حجة ذاتا - وبالاطمينان الذي هو حجة عقلائية - وبشهادة العدلين لمادل على حجيتها في الموضوعات عموما - بلو بشهادة العدل الواحد بل الثقة بناء على ما هو المختار من حجية خبر الثقة في الموضوعات .

ولا تقبل شهادة المرضعة وحدها بالرضاع - لجملة من النصوص لاحظ المرسل (١) كالموثق بابن بكير المجمع على تصحيح ما يصح عنه عن الصادق ﷺ في امرأة ارضعت غلاما وجارية قال ﷺ يعلم ذلك غير هاتفت لا فقال ﷺ لا تصدق ان لم يكن غيرها - وخبر (٢) صالح بن عبدالله الخثعمي عن ابي الحسن موسى ﷺ عن ام ولد لي صدوق زعمت انها ارضعت جارية لي اصدقها قال ﷺ لا - وصحيح (٣) الحلبي عن الصادق ﷺ قال سالت عن امرأة تزعم انها ارضعت المربعة والغلام ثم تنكر بعد ذلك فقال ﷺ تصدق اذا انكرت ذلك قلت فانه قالت و ادعت بعد بائي قد ارضتها قال ﷺ لا تصدق ولا تنعم انما الكلام في انه هل تقبل شهادة غيرها من النساء كما عن المفيدو العماني والاسكافي والديلمي وابن حمزة والشيخ في موضع من المبسوط والمصنفه والمحقق والشهيدين وفخر الاسلام والصيمري وغيرهم من ساير المتأخرين بل عليه عامتهم ام لا تقبل كما عن الشيخ في الخلاف وموضع آخر من المبسوط والحلي وابن سعيده والمصنف في التحرير و عن الشهيد الثاني نسبته الى الاكثر وعن كشف الرموز نسبته الى الشيخ

واكثر اتباعه وجهان اظهرهما الاول - لكثير من (١) النصوص الدالة على قبول شهادة النساء فيما لا يجوز للرجال النظر اليه - ولمفهوم مرسل ابن بكير فان مقتضى اطلاقه الشمول لما اذا كان الغير انثى لولم يكن ظاهرا في ارادة الانثى نظرا الى ان الرجل ان لم ينظر اليها والى ثديها لا يقدر ان يشهد بالرضاع - و ان نظر اليها لا تقبل شهادته للفسق فتأمل .

واستدل للقول الاخر - بالاجماع المحكى عن الخلاف وظاهر المبسوط - وبما في الثاني من نسبته الى روايات الاصحاب وارسالها بالنسبة اليها ينجر بالشهرة المنقولة بالنصوص المتقدمة الدالة على عدم قبول شهادة المرضعة بالغاء الخصوصية (ولكن) الاول موهون بذهاب المعظم الى خلافه حتى مدعيه في كتابه الاخر - و اما الثاني - فمن المحتمل ان يكون نظره الشريف الى النصوص المتقدمة وستعرف ما في الاستدلال بها - اذ من المستبعد جدا غوره على روايات لم يعثر عليها احد قبله ولا بعده ولا نقلت في كتاب - و اما الثالث فلا وجه لالغاء الخصوصية بعد احتمال خصوصية المورد وعدم العلم بالمناط - سيما مع قوله في المرسل ان لم يكن غيرها - فالمتحصل ان الاظهر هو القبول .

من اسباب التحريم اللعان

السبب (الثالث) من اسباب التحريم - (اللعان) وهو مصدر لاعن وربما استعمل جمعا - ولغة الطردو الأبعاد من الخير - والاسم اللعنة - و شرعا المباحلة بين الزوجين على وجه مخصوص - والاصل فيه - الكتاب الكريم - قال الله تعالى (٢) والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادا الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين و يدرو عنها العذاب ان تشهد اربع

(١) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات

(٢) النور آية ٨ و ٧ و ٦

شهادات بالله انه لمن الكاذبين و الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين»
والنصوص (١) الواردة في بيان مورد نزول الآية الكريمة وغيرها - والاجماع - وسيأتي
تنقيح القول فيه وفي اركانه واحكامه في الفصل السابع من كتاب الفراق عند تعرض
المصنف له لها مفصلا (و) المقصود في المقام بيان انه اذا تحقق اللعان الواجد
للأجزاء والشرائط (يثبت به التحريم المؤبد) أي تحريم الملاعة على الملاعن تحريما
مؤبدا - والظاهر انه لا خلاف في ذلك ولا اشكال بل عليه الاجماع في كلمات جماعة
- ويشهد به نصوص لاحظ - صحيح (٢) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن
الرجل يقذف امرأته قال عليه السلام يلاعنها ثم يفرق بينهما فلا تحل له ابدًا - ونحوه غيره
(وكذا) (يثبت التحريم المؤبد) (قذف الزوج امرأته الصماء او الخرساء)
بان يرميها بالزنا لا خلاف وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ويشهد به - صحيح (٣)
ابي بصير او موثق عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء
لا تسمع ما قال - قال عليه السلام ان كان لها بينة تشهد له عند الامام جلد الحد وفرق بينهما
وبينه ثم لا تحل له ابدًا - وان لم يكن لها بينة فهي حرام عليه ما اقام معها ولا اثم عليها
منه - وصحيح (٤) الحلبي ومحمد بن مسلم او حسنهما عنه عليه السلام في رجل قذف امرأته و
هي خرساء قال عليه السلام يفرق بينهما - وخبر (٥) محمد بن مروان عن ابي عبد الله
عليه السلام في المراءة الخرساء كيف يلاعنها زوجها قال عليه السلام يفرق بينهما ولا تحل له ابدًا
انما الكلام في امور الاول ان ظاهر المتن ومثله كلام الاكثر من جهة التعبير
باو الاكتفاء باحد الوصفين في ثبوت الحكم بل هو في معقد اجماعي محكي الفنية
والسرائر - وعن المصنف ره في التحرير الاشكال في الصماء (اقول) لا اشكال في
الاكتفاء بالخرس وحده لا طلاق الخيرين الاخيرين - و اما الاول فمضافا الى انه

(١) راجع الوسائل ابواب كتاب اللعان

(٢) الوسائل باب ٣٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٨ من كتاب اللعان حديث ٢-١-٤

مروى تارة مع كلمة أو - واخرى بدونها - لا ينافي الاطلاق لعدم حمل المطلق على المقيد في غير المتنافيين - واما الصمم - فلا دليل على الاكتفاء به وحده الاعلى تقدير ارجحية ثبوت كلمة أو في خبر ابي بصير على تركها و الظاهر انه كك فانه اذا دار الامر بين الزيادة والنقصه يبنى على الثانية - وفي المقام بدور الامر بين زيادة كلمة أو ونقصها فيبنى على وجودها - ويمكن ان يقال أن مقتضى اطلاق الاخيرين سببية الخرس وحده لثبوت الحكم - وعليه فذكر الصمم في خبر ابي بصير - لا بد وان يكون اما لكونه ايضا سببا له .. او لغوا - ولا ثالث ان احتمال الاطلاق في سببية الخرس و نقييد سببية الصمم به لا يرجع الى محصل - والثاني خلاف ظاهر السؤال سيما مع قوله لا تسمع ما قال فانه ظاهر في مدخليته في الحكم فيتعين الاول - فالظاهر الاكتفاء بكل واحد من الوصفين - ومما ذكرناه ظهر وجه اشكال المصنف ره في التحريم في الصماء - وضعفه - كما ظهر ان وجهه ليس ما عن المسالك وهو اعتبار الامر بين الثاني مقتضى اطلاق النصوص عدم اختصاص الحكم بالخرس والصمم الخلقين و ثبوته الحكم في العارضى منهما - وغاية ما قيل في وجه الاختصاص ان ظاهر خبر ابي بصير اعتبار الامر بين وظاهر الاخيرين سببية الخرس وحده والجمع بينهما انما يكون باختصاص بالخلقين للتلازم بين الخرس والخلقى والصمم وقد عرفت ما فيه - و به يظهر ما في الجواهر حيث استجود القول بالاختصاص ان لم يكن اجماع على خلافه.

الثالث صرح غير واحد بان القذف الموجب للحرمة الابدية هو ما يوجب اللعان لولا الافة بان يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة فلا حرمة مع عدمهما - وفي الرياض لولا اجماع المحكى على القيد لكان اطلاق التحريم متجها تبعا لاطلاق النصوص (وقد استدلل) صاحب الجواهر على الاختصاص بهذا اجماع المدعى وباشعار الخبر الثالث بان التفرقة المزبورة هي اللعان بينهما بل لعل السؤال في الخبرين الاولين مبنى على ذلك بمعنى ان الخرساء والصماء التي لالعان معها باعتبار الخرس والصمم اذا فدفا زوجها كيف الحكم فاجاب بما عرفت - ثم قال وهذا هو المناسب لقاعدة الاقتصاد على المتيقن فيما خالف الاصل والعمومات (وفيه) ان اجماع المنقول

ليس بحجة اضيف اليه معارضته بخلو معقدا جماع الغنية عن ذلك - وذكره متصلا بحكم الملاعة لا يدل على اعتبار ما يعتبر فيها فيه - و اشعار الخبر الثالث لو سلم لا يكون حجة موجبا لتقييد الاطلاق - مع ان للمنع عنه مجالا لان قوله كيف يلاعنها زوجها في كلام السائل لا المعصوم عليه السلام - اضيف اليه انه مروي بطريق آخر هكذا في المرأة الخرساء يقذفها زوجها - وقاعدة الاقتصار على المتيقن انما هي في صورة عدم وجود الاطلاق - فما افاده سيد الرياض اشبه - و يترتب على ما ذكرناه انه يختص الحكم بالقذف فلا يلحق به نفى الولد (و استدل) في الجواهر لللاحاق بان قوله في الخبر الثالث كيف يلاعنها يدل عليه لان معناه انه اذا حصل سبب اللعان في غير هاتين كيف يلاعنها (وفيه) اولان الخبر ضعيف لمحمد بن مروان وثانيا - انه مروي بنحو آخر تقدم والظاهر انه الصحيح - فانه على هذا النحو المذكور لا يربط الجواب بالسؤال.

الخامس نسب الى الصدوق ره القول بثبوت هذا الحكم لو قذفت الزوجة الزوج الاخرس او الاصم - واستدل له بالمرسل (١) كالصحيح لكون المرسل ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه عن الصادق عليه السلام في امرأة قذفت زوجها وهو اصم قال عليه السلام لا يفارق بينها وبينه ولا يحل له ابدا واورد عليه صاحب الجواهر - بان هذا الحكم من احكام اللعان بين الزوجة و الزوج و انما هو في قذف الزوج للزوجة لا العكس - ولكنه كما ترى اجتهاد في مقابل النص - مع انه قد عرفت عدم كونه منها - والخبر وان اختص بالاصم الا انه يلحق به الاخرس بعدم القول بالفصل (والصحيح) ان يورد على هذا الدليل باعراض المشهور عنه - و لنعم ما افاده سيد الرياض قال ان الاصل المعتضد بالشهرة العظيمة بين الاصحاب التي كادت تكون اجماعا اوجب المصير الى طرحه مضافا الى ان الموجب لاعتبار السند هو اجماع العصابة المحكي وفيه وهن بالنظر الى المقام لمصير المعظم الى الخلاف الا ان العمل به احوط انتهى .

فى نكاح الكتائبة

السبب (الرابع) من اسباب التحريم (الكفرو) فيه مسائل الاولى (لايجوز) لمسلم ان ينكح غير الكتائبة اجماعاً) من المسلمين فضلاء عن المؤمنين والكتاب والسنة الاثيان شاهدان به (و) اما (فيها) اى فى الكتائبة فاقوال ستة - ١- التحريم مطلقاً وهو مذهب المرتضى والشيخ فى احد قوليه والمفيدك والحلى - ٢- الجواز مطلقاً وهو المنسوب الى الصدوقين و ابن ابى عقيل و قواء صاحب الجواهر - ٣ - جواز نكاحها مئة اختيار اودائماً اضطراراً وهو مذهب الشيخ فى النهاية وابن حمزة وابن البراج - ٤- عدم جواز العقد بحال وجواز ملك اليمين نقل عن الشيخ فى احد قوليه و نسب الى المفيد ره - ٥ - جواز المنة وملك اليمين وتحريم الدوام و هو المشهور بين المتأخرين واختاره ابو الاصلاح وهو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط - ٦- تحريم نكاحها مطلقاً اختياراً او تجويزه مطلقاً اضطراراً و تجويز الوطء بملك اليمين نسبة المصنف ره فى محكى المختلف الى ابن الجنييد - والمشهور بين الاصحاب من هذه الاقوال (قولان) الاول والخامس .

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى موارد - الاول- فيما يستفاد من الكتاب نفسه مع قطع النظر عن النصوص - وقد استدلل للمنع تارة وللجواز اخرى بآيات .
الاولى قوله تعالى (١) «ولا تنكحوا المشركات» وتقرىب الاستدلال بهذه الآية على المنع اما انها تدل على عدم جواز نكاح المشركه مطلقاً والكتائبة مشركه وقد قال الله (٢) تعالى حكاية موقات اليهود عزير بن الله وقات النصارى المسيح بن الله وقال (٣) «اتخذوا حبارهم ورجالهم ارباباً من دون الله الى قوله تعالى عما يشركون» - اوان تعليق المنع على الغاية التى هى الايمان يدل على اشتراطه فى النكاح - اوان تعقيب النهى بقوله تعالى اولئك

(١) البقرة آية ٢٢١

(٢-٣) التوبة - آية ٣٠ و ٣١

يدعون الى الباروا لله يدعون الى الجنة « يقتضى كونه علة للمنع لان الزوجين ربما اخذ احدهما من دين صاحبه فيدعوا ذلك الى دخول النار وهذا المعنى مطرد فى جميع اقسام الكفر ولا اختصاص له بالشرك (وفيه) ان المتبادر من الشرك فى اطلاق الشرع غير اهل الكتاب كما يؤيده عطف المشركين على اهل الكتاب وبالعكس فى كثير من الايات - قال الله (١) تعالى « لتجدن اشد الناس عداوة للذين امنوا اليهود و الذين اشركووا لتجدن اقربهم مودة للذين آمنوا الذين قالوا انا نصارى » وقال سبحانه (٢) « ما يود الذين كفروا من اهل الكتاب ولا المشركين » وهذا لا ينافى اعتقادهم ما يوجب الشرك - كما لا ينافى عدم كون المؤمن الموحد العامل لغير الله مشركا (٣) ما دل على ان من اشرك مع الله غيره فى عمل لم يقبله - وكذا كون غير المؤمن من اصناف المسلمين غير مشرك ما تضمن (٤) ان من نصب ديناً غير دين المؤمنين فهو مشرك - وبالجمله المتبادر من لفظ المشرك غير الكتابى - والايمان الذى جعل غاية لم يثبت كون المراد به الاسلام بل الظاهر منه ارادة الايمان بالله تعالى - وكون قوله اولئك يدعون الخ علة للمنع غير ظاهر فالاية لا تدل على المنع من نكاح الكتابية .

الثانية قوله (٥) تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » فاستدل به للمنع عن نكاحها بتقريب ان العصم جمع عصمة و هى ما يعتم به من عقد او ملك فان المرتبة بالنكاح تعصم من غير زوجها - والكوا فر جمع كافرة - فالمراد نهى المؤمنين على المقام على نكاح الكافرات ومتى ثبت انقطاع العصمة السابقة بالنكاح السابق لزم منه عدم تأثير اللاحق بل لعله اولى - والكافرة تشمل الكتابية - (وفيه) انه بالاجماع يبقى النكاح اذا اسلم زوج الذمية دونها - وان اختلفوا فى جواز نكاحها ابتداء

(١) سورة المائدة آية ٨٣ (٢) سورة البقرة آية ١٠٦

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمة العبادات حديث ٩

(٤) الوسائل باب ٢ من ابواب مقدمة العبادات حديث ٣

(٥) سورة الممتحنة آية ١١

ومع انتفاء حكم الاصل وتعين حمل الآية على الحكم التزمي في مورد لا تجدى او لوية المنع عن الابتداء .

الثالثة - قوله عز وجل (١) - «اليوم احل لكم - الى ان يقول والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن اجورهن محصنين غير مسافحين» وهذه الآية الكريمة تدل على جواز نكاح الكتابية مطلقا - فان قيل - لفظ الاجر ظاهر في العوض للمؤجل فانه يسمى في النكاح الدائم صداقا ونحلة وفرضا - فتختص الآية الكريمة بالمؤجل - قلنا - لا ظهور له في ذلك وقد اطلق الاجر عليه في مطلق النكاح (٢) قال الله تعالى «لا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتموهن اجورهن» وقال (٣) «فانكحوهن باذن اهلهن وآتوهن اجورهن» وقد استدل في المقام بآيات اخر لاجل عدم ظهورها في الجواز ولا في المنع اغمضا عن ذكرها .

ثم انه لو اغمضا عما ذكرناه من عدم دلالة الايتين الاوليتين على المنع وسلمنا دالتهما عليه حيث انهما شاملتان للكتابية وغيرها والاية الاخيرة مختصة بالكتابية فمقتضى قاعدة حمل المطلق على المقيد تقييدا طلاقهما بهما فانه في صورة تقدم الخاص على العام بنيينا على الالتزام بالتخصيص لا بالنسخ فضلا عن صورة التاخر كما في المقام فان الآية الاخيرة في سورة المائدة وهي آخر سورة نزلت على رسول الله ﷺ - ففي النبوى (٤) ان سورة المائدة آخر القران نزولا فاحلوا حلالها وحرّموا حرامها - وفي العلوى (٥) - وكان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة التي نسخت ما قبلها ولم ينسخها شيء - فالمتحصل من الايات بانفسها جواز نكاح الكتابية مطلقا - .

(١) سورة المائدة آية ٥

(٢) سورة الممتحنة آية ١١ (٣) سورة النساء آية ٢٦

(٤) أخرجه احمد - والنسائي - وابن المنذر - والحاكم وصححه والبيهقي في سننه

وتفسير الشوكاني ج ٢ ص ٢٠

(٥) تفسير البرهان ج ١ - ص ٢٦٣ - مع اختلاف يسير

المورد الثانى فى النصوص الواردة فى تفسير الايات - فقد يقال انها تقتضى المنع - لدلالة جملة من النصوص على نسخ آية الحل بالاولتين - لاحظ موثق (١) ابن الجهم قال قال لى ابو الحسن الرضا عليه السلام يا ابا محمد ما تقول فى رجل تزوج نصرانية على مسلمة قال قلت جعلت فداك وما قولى بين يديك قال لتقولن فان ذلك يعلم به قولى قلت لا يجوز تزويج النصرانية على مسلمة ولا غير مسلمة قال عليه السلام ولم قلت لقول الله عز وجل ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن قال فما تقول فى هذه الآية والمحصنات من الذين اتوا الكتاب من قبلكم قلت فقوله ولا تنكحوا المشركات نسخت هذه الآية فتبسم ثم سكت - وصحيح زرارة قال سالت ابا جعفر عليه السلام عن قوله عز وجل والمحصنات من الذين اتوا الكتاب من قبلكم فقال عليه السلام هى منسوخة بقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر - وخبره (٣) الاخر عنه عليه السلام لا ينبغي نكاح اهل الكتاب قلت جعلت فداك واين تحريمه قال قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر - والمروى (٤) عن تفسير العياشى عن مسعدة بن صدقة قال سئل ابو جعفر عليه السلام عن قول الله والمحصنات من الذين اتوا الكتاب قال عليه السلام نسختها ولا تمسكوا بعصم الكوافر وعن (٥) الطبرسى فى مجمع البيان عند قوله والمحصنات من الذين اتوا الكتاب قال روى ابو الجارود عن ابي جعفر عليه السلام انه منسوخ بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وبقوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر - وخبر (٦) ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام فى قوله تعالى والمحصنات الخ قال هى منسوخة نسختها قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وخبر (٧) دعائم الاسلام عن على عليه السلام انما احل الله نساء اهل الكتاب للمسلمين اذا كان فى نساء المسلمين قلة فلما كثرت المسلمات قال الله عز وجل ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وقال لا تمسكوا بعصم الكوافر .

(١-٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ونحوه حديث ٣-١-٤

(٤-٥-٦) المستدرک باب ١ من ابواب ما يحرم بالكفر - حديث ١-٥-٢

(٥) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ونحوه حديث ٧ .

اقول هذه النصوص ضعيفة سوى الاولى منها - اما خبر زرارة فلدرست الواسطى
واما ما عن تفسير العياشى فللارسال وكذا خبر الطبرسى مضافا الى ضعف ابى الجارود
واما خبر ابى بصير فلاحمد بن محمد السيارى الذى ضعفه الاكثر - و اما خبر دعائم
فللارسال - اما الاولان فهما متعارضان من جهة ان الاول يدل على ان الناسخ ولا تنكحوا
المشركات - والثانى يدل على ان الناسخ آية النهى عن الامساك وضرورى ان النسخ باحداهما
لا يجتمع مع النسخ بالآخرى لاستحالة نسخ الشيء ورفع بعد زواله وارتفاعه - مع انه
يمكن ان يقال انه ليس فى خبر ابن الجهم سوى تبسمة (ع) ويمكن ان يكون ذلك على اشتباهه
خصوصا وانه عليه السلام سئل عن تزويج النصرانية على المسلمة الظاهر فى ان جواز تزويجها
لاعلى المسلمة مفروغ عنه - واما صحيح زرارة - فيعارضه اولا جملة من النصوص
الدالة على ان سورة المائدة محكمة لم ينسخ شيء منها - كصحيحه (٥) عن الباقر
عليه السلام قال سمعته يقول جمع عمر بن الخطاب اصحاب رسول الله وفيهم على (ع) فقال ما تقولون
فى المسح على الخفين الى ان قال فقال على عليه السلام سبق الكتاب الخفين انما انزلت المائدة قبل
ان يقبض (اى رسول الله صلى الله عليه وسلم) بشهرين او ثلاثة - والنبوى والعلوى المتقدمان الصريحان
فى ذلك والترجيح مع هذه النصوص لموافقتهما لظاهر الكتاب - فان صدر آية المائدة
اليوم احل الخ الظاهر فى تجدد الحال ورفع الحرمة السابقة - فهى ظاهرة فى كون
هذه الآية ناسخة لا منسوخة - مع انه لو سلم التعارض والتساقط يرجع الى القاعدة
التى تقدمت وهى تقدم التخصيص على النسخ - وثانيا. ان آية النهى عن الامساك قد مر ان
الاجماع والنصوص على خلاف ظاهرها فهى محمولة على ارادة الحكم التنزيهية - فهى اما
لاصلح لان تنسخ آية الحل - واما توجب البناء على المرجوحية - فتحصل انه ليس
فى النصوص المفسرة ما ينافى ظاهر الايات .

المورد الثالث فيما يستفاد من النصوص الخاصة - و ملخص الكلام انها على

طوائف - الاولى - ما يدل على المنع مطلقا اوقيل بدلالته عليه كحسن (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال سالت عن نصارى العرب اتوكل ذبايحهم فقال كان على عليه السلام ينهى عن ذبايحهم وعن صيدهم وعن مناكحتهم - وموثق (٢) ابن الجهم المتقدم وفيه قول ابن الجهم لا يجوز تزويج النصرانية على مسلمة وعلى غير مسلمة بحضور من الرضا عليه السلام وتقريره اياه - وصحيح (٣) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث قال وما احب للرجل المسلم ان يتزوج اليهودية ولا النصرانية مخافة ان يتهود ولده او يتنصر - وخبر (٤) زرارة عنه عليه السلام لا ينبغي نكاح اهل الكتاب. وخبر (٥) ابي بصير قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن تزويج اليهودية والنصرانية قال لا. لا الحديث الثانية - ما يدل على الجواز مطلقا كموثق (٦) سماعة بن مهران قال سالت عن اليهودية والنصرانية أيتزوجها الرجل على المسلمة قال عليه السلام لا - ويتزوج المسلمة على اليهودية والنصرانية فتدبر - وصحيح (٧) هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج ذمية على مسلمة قال لا يفرق بينهما ويضرب ثمن حد الزاني اثنا عشر سوطا ونصفا فان رضيت المسلمة ضرب ثمن الحد ولم يفرق بينهما الحديث ونحوه خبر (٨) منصور بن حازم - ودلالتهما على جواز تزويجها على المسلمة في صورة رضاها واضحة ولولا جوازه لاعلى المسلمة لما كان جائزا عليها مع رضاها. وصحيح (٩) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال سالت عن نكاح اليهودية والنصرانية - فقال عليه السلام لا بأس اما علمت انه كانت تحت طلحة بن عبدالله يهودية على عهد النبي ﷺ - وصحيح (١٠) ابي بصير عن الباقر عليه السلام قال سالت عن رجل له امرأة نصرانية أله ان يتزوج عليها يهودية

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ونحوه حديث ٢-٣-٤-٥

(٥) المستدرک باب ١ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٥

(٦-٧-٨) الوسائل باب ٧ من ابواب ما يحرم بالكفر ونحوه حديث ٢-٤

(٩) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٤

(١٠) الوسائل باب ٨ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ١

فقال عليه السلام ان اهل الكتاب مما يليك للإمام عليه السلام وذلك موسع منا عليكم خاصة فلا بأس ان يتزوج قلت فانه تزوج عليهما امة قال عليه السلام لا يصلح ان يتزوج ثلاث اماء الحديث وصحيح (١) معاوية بن وهب وغيره جميعا عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية فقال عليه السلام اذا اصاب المسلمة فمسا يصنع باليهودية والنصرانية فقلت له يكون له فيها الهوى قال عليه السلام ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير واعلم ان عليه في دينه غصاصة - وما في الوسائل من انه مخصوص بالهوى الغالب غير ظاهر ومخالف لاطلاقه - وخبر (٢) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام عن ذبيحة اهل الكتاب ونسائهم فقال عليه السلام لا بأس به - ونحوها غيرها من النصوص الكثيرة .

الثالثة - ما يدل على جواز التزويج في حال الضرورة كخبر (٣) حفص بن غياث عن ابي عبدالله عليه السلام عن الاسير هل يتزوج في دار الحرب فقال عليه السلام اكره ذلك فان فعل في بلاد الروم فليس هو بحرام هو نكاح واما في الترك والديلم والخزر فلا يحل له ذلك - وخبر (٤) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في حديث قال لا ينبغي للمسلم ان يتزوج يهودية ولا نصرانية وهو يجد مسلمة حرة او امة ونحوه خبر (٥) يونس عنهم عليهم السلام .

الرابعة - ما يدل على جواز المتعة - وكموثق (٦) الاشعري سئلته عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية قال عليه السلام لا ارى بذلك بأسا (٧) ومرسل الحسن بن علي بن فضال - الذي هو كالموثق عن الصادق عليه السلام لا بأس ان يتمتع الرجل باليهودية والنصرانية وعنده حرة - ونحوهما غيرهما .

الخامسة ما يدل على اختصاص الجواز بالبله منهن -- وهن المستضعفات من

(١-٣-٥) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ١-٤-٢-٣-

(٢) الوسائل باب ٢٧ من ابواب الذبائح حديث ٣٤

(٣-٦) الوسائل باب ١٣ من ابواب المتعة حديث ١-٢-

اللاتى لا ينصبن ولا يعرفن مانحن عليه - كما في الخبر (١) - كصحيح (٢) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية والصراية فقال عليه السلام لا يصلح للمسلم ان ينكح يهودية ولا نصرانية انما يحل منهن نكاح البله ونحوه غيره .

وفي المقام طائفة سادسة استدل بها على المنع في المتعة - ولكن لظهورها في الكراهة اغمضنا عن ذكرها .

واما الجمع بين النصوص فقد يقال انه يقيد اطلاق الطائفة الاولى المانعة - اما بالثالثة فتختص بحال الاختيار او بالارابعة فتختص بالدائم - او بهما معا فتختص بالدائم في حال الاختيار - ثم بعد ذلك يخص الطائفة الثانية بالاولى لصيرورتها اخص منها - وعلى الاول يثبت القول الرابع وعلى الثاني القول الثالث - وعلى الثالث القول الخامس (وفيه) اولا انه يتبنى على القول بانقلاب النسبة ولا نقول به فالتعارض بين الاولين بحاله - وثانيا - انه ليس في نصوص الطائفة الثالثة ما يدل على اختصاص الجواز بحال الضرورة بل هي ظاهرة في الجواز في الحالين .

والحق ان يقال ان نصوص المنع بعضها ضعيف السند كخبر ابي بصير للسيارى - وبعضها اولم يكن ظاهرا في الجواز لا يكون ظاهرا في المنع كصحيح عبدالله لقوله ما احب فان نفى المحبة اولم يكن ظاهرا في الجواز يكون اعم من الحرمة والكراهة قطعا - وبعضها غير حجة كمؤثق ابن الجهم - كما مر في المورد الثاني - وبعضها اعم من نصوص الجواز كحسن محمد بن مسلم - فانه يدل على النهي عن المناكحة - وهي اعم من ان يزوجه المسلمة او يتزوج من نسائهم - ونصوص الجواز مختصة بالثاني فيقيد اطلاقه بها - مع - انه لو سلم تعارضهما الجمع العرفي بينهما يقتضى حمل المانعة على الكراهة - واما الطائفة الثالثة فقد عرفت حالها والطائفة الرابعة لاتنا في نصوص الجواز بل هما مثبتتان فلا وجه لحمل مطلقتهم على المقيدة واما الطائفة الخامسة فهي اولا لم يعمل بها المشهور اذ لم يفت احد بهضمونها سوى

سلار وثانيا ان اكثرها تدل على جواز نكاح البله ولا تدل على المنع عن تزويج غيرها - واما صحيح زرارة المتضمن لقوله عليه السلام انما يحل نكاح البله فهو بالمفهوم يدل على المنع عن نكاح غيرها - ولكن قوله في صدره لا يصلح مشعر بالكرهه وارادة الحرمة منه بقرينة انما يحل ليس باولى من ارادة ضعف الكراهة او عدمها من الثاني بقرينة قوله لا يصلح مع ان تقييد نصوص الجواز بها مستلزم لحملها على الفرد النادر فالمتعين حملها على الكراهة - اصف الى ذلك ان البله فسرت في صحيح (١) زرارة باللاتي لا ينصب ولا يعرفن ما انتم عليه وفي خبره (٢) الاخر فسرت باللاتي لا تنصب وجعلت في مقابل المستضعفات وعليه فلودل على المنع كان دالا على المنع من تزويج الناصبة منهن - ولو تنزلنا عن ذلك وسلمنا دلالة على المنع وخصصنا نصوص الجواز به - يقع التعارض بينه وبين الطائفة المجوزة للتمتع بهن والنسبة عموم من وجه والترجيح معها كما لا يخفى .

فالمتحصل - مما ذكرناه ان القول بالجواز مطلقا كما عن الصدوقين والعماني وقواه صاحب الجواهر ره واصر عليه هو الاظهر قال في الجواهر بعد اختيار الجواز مطلقا فلم يبق بحمد الله سبحانه في المسئلة بعد اليوم من اشكال ومع الاغماض عنه لا بد من اختيار القول السادس الذي اختاره سلار .

ثم ان نصوص المنع على فرض دلالتها عليه لا تشمل ملك اليمين - وعلى فرض الشمول تخصص بقوله تعالى (٣) « الا ما ملكت ايما نكح » فان النسبة عموم من وجه والترجيح مع الكتاب - وبالاجماع المدعى عليه - وبفحوى اخبار جواز التمتع ووطء المجوسية بملك اليمين الاتية - وخبر (٤) الدينوري - ثم انه - ربما يستدل على المنع بآيات لوضوح عدم دلالتها عليه اغمضنا عن ذكرها مضافا الى ان نصوص الجواز

(٢-١) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم الكفر حديث ٣-١٠

(٣) سورة النساء آية ٢٤

(٤) الوسائل باب ٦ من ابواب ما يحرم الكفر حديث ٢

اخص منها .

ثم انه قال الشهيد الثاني ره لافرق في الكتابية بين الذمية وهي القائمة بشرائط الذمة منهم والحربية وهي الناقضة لها لعموم الادلة - واورد عليه الشيخ الاعظم ره بان الموضوع في الروايات اليهودية والنصرانية وعما منصرفتان الى الذمية - وهو كما ترى اذ لا منشأ للانصراف حتى الغلبة التي توهم كونها من المناشي - وما في خبر (١) ابي البختري عن جعفر عن ابيه عليه السلام انه كره مناكحة اهل الحرب لولم يدل على الجواز لا يكون ظاهرا في المنع كما لا يخفى - فما افاده الشهيد اظهر .

في نكاح المجوسية

ثم ان تمام الكلام بالبحث في مسائل - الاولى - في تزويج المجوسية والصابئة والسامرة - اما المجوسية - فعن النهاية وفي الشرايع - وفي رسالة الشيخ الاعظم وعن غيرها ان حكمها حكم الكتابية - وحيث ان المختار عندهم جواز التمتع والوطء بملك اليمين فيها فقد اختاروا في المجوسية ذلك - وفي الرياض والجواهر المنع فيها مطلقا بل نسب ذلك الى المشهور وعن السرائر والبيان الاجماع عليه .

واستدل للاول - بمادل على ان المجوس محكومون بحكم الكتابيين اوانهم منهم - لاحظ مرسل (١) الواسطي عن الصادق عليه السلام عن المجوس اكان لهم نبي فقال نعم اما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله الى اهل مكة الى ان قال فكذب اليهم رسول الله صلى الله عليه وآله ان المجوس كان لهم نبي فقتلوه وكتاب احرقوه - ونحوه خبر (٢) الاصبع عن علي عليه السلام - ومرسل (٣) المفيد عنه عليه السلام - والنبوي (٤) سنوا بهم سنة اهل الكتاب ونحوها غيرها - وبمادل على جواز التمتع بهن ووطئهن بملك اليمين

(١) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٦

(٢) (٥-٣-٣) الوسائل باب ٤٩ من ابواب جهاد العدو حديث ١-٧-٨-٩-٥

كخبر (١) محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال لا بأس
فقلت فمَجُوسِيَّةٌ فقال عليه السلام لا بأس يعني متمعة - وخبر (٢) منصور الصيقل عن ابي عبد الله
عليه السلام لا بأس ان يتمتع بالمجوسية - ونحوه مرسل (٣) حماد بن عيسى - وصحيح (٤)
محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) عن الرجل المسلم أيتزوج المجوسية قال (ع)
لا ولكن ان كانت له امة مجوسية فلا بأس ان يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها .
ونخبة القول ان يقال - ان ما دل على انهم كتابيون أو بحكمهم فضعيف السند
للإرسال وغيره - مع انه في الثاني من تلكم الاخبار غير ناكح نسائهم ولا آكلى ذبائحهم
فالمراد بها غير مانحن فيه كالدية والجزية اللتين دلت النصوص (٥) الكثيرة على
انهم فيهما كاليهود والنصارى بل في مرسل (٦) المقنعة عن امير المؤمنين عليه السلام
المجوس انما الحقوا باليهود والنصارى في الجزية والديات - فانه بمفهوم الحصر
يدل على اللاحق في خصوص الموردين دون غيرهما - واما ما دل على جواز الوطاء
بملك اليمين فالظاهر انه لاشكال فيه سنداً ودلالة - واما ما دل على جواز التمتع
بهن فاورد سيد الرياض وصاحب الجواهر عليه بضعف السند - ولا وجه له في خبر بن
منهاسوى وجود محمد بن سنان وقدمان الاظهر الاعتماد على روايته - ولكن يعارضه
موثق (٧) الاشعري سألته عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية قال عليه السلام
لا ارى بذلك بأساً قال قلت فالمجوسية قال (ع) اما المجوسية فلا - والجمع بينهما يقتضى
البناء على الكراهة - بل خبر محمد بن سنان يدل على جواز نكاحهن مطلقاً فيعارضه
صحيح محمد بن مسلم - وموثق الاشعري اذ لو لم يجز التمتع لم يجز الدائم قطعاً
والجمع بين الطائفتين يقتضى البناء على الكراهة (فالمحصل) من مجموع ما

(١-٢-٣-٧) الوسائل باب ١٣ من ابواب المتمعة حديث ٤-٥-١

(٤) الوسائل باب ٦ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ١

(٥) الوسائل باب ٤٩ من ابواب جهاد العدو - وباب ١٣ من ابواب ديات النفس

(٦) الوسائل باب ٤٩ من ابواب جهاد العدو حديث ٨

ذكرناه جواز نكاحهن مطلقا على كراهية في غير الوطء بملك اليمين لولا الاجماع على المنع .

في نكاح الصابئة

واما الصابئة - فقد وقع الخلاف في انهم من النصارى ام لا - وعن المحقق الثاني انهم فرقان فرقة توافق النصارى في اصول الدين - والاخرى تخالفهم ويعبدون الكواكب وتستند الاثار اليها وتنفي الصانع المختار قال وكلام المقيد قريب من هذا وقال ان جمهور الصابئين توحدا الصانع في الازل ومنهم من يجعل معه هيلولى في القدم صنع منها العالم فكانت عندهم الاصل و يعتقدون في الفلك وما فيه الحياة والنطق وانهم المدبر لما في هذا العالم الدائر عليه وعظموا الكواكب وعبدوها من دون الله وسماها بعضهم ملائكة وبعضهم آلهة وبنوا لها بيوتا للعبادات انتهى - وعن تفسير القمى الصابئون قوم لاهجوس ولا يهود ولا نصارى ولا مسلمون ولكنهم يعبدون الكواكب والنجوم .. وعن التبيان والمجمع للطوسى والطبرسى انه لا يجوز عندنا اخذ الجزية من الصابئة لانهم ليسوا من اهل الكتاب .

وعلى هذا فان ثبت كونهم من النصارى فحكمهم حكمهم - وما في رسالة الشيخ الاعظم ره من ان المتبادر من النصارى هو ما يقابل الصابئة غير ظاهر - وان ثبت كونهم غيرهم كما يشهد به عطفهم عليهم في الكتاب قال الله تعالى (١) وان الذين آمنوا والذين هادوا والصابئون والنصارى لا يجوز تزويجهم - وان شك في انهم من النصارى ام لا فحيث انه يشك ح في صدق العنوان الخارج عن تحت ما دل على المنع - فلا يصح التمسك بعموم دليل المنع لكونه من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصادقية وهل يجوز التمسك بعموم (٢) واصل لكم ما دراء ذلكم ، كما هو ظاهر الشيخ الاعظم ره حيث قال مع الشك في شمول عموم المنع يبقى على اصل الاباحة - ام لا - الظاهر ذلك فان هذه الاية قيد اطلاقها على الفرض بغير المسلمة وقيد اطلاق المقيد باليهودية

والنصرانية والمجوسية فكما انه لا يصح التمسك باطلاق المقيد الاول لا يصح التمسك باطلاق المطلق ايضاً لعين ذلك المحذوفين الرجوع الى الاصل - وهو في المقام اصالة الفساد لاصالة الاباحة كما لا يخفى وبما ذكرناه ظهر حكم السامرة فانهم بالنسبة الى اليهود كاصابة بالنسبة الى النصارى .

لا يجوز للمسلمة ان تنكح غير المسلم

الثانية (ولا) يجوز (للمسلمة ان تنكح غير المسلم) بخلاف بل اجماعاً محققاً ومحكياً عن المبسوط والمسائل الناصرية للمرضى وغيرهما وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه - وفي الرياض ولا يجوز للمسلمة تزويج الكافر نكاحاً جماعاً - وبشهادته مضافاً الى ذلك من الكتاب آيتان قال الله تعالى (١) «وان يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» وقال (٢) سبحانه «فان علمتموهن مؤمنات فلا تزوجوهن الى الكفار لانهن حل لهن ولا هم يحلون لهن» - ومن السنة نصوص كثيرة - لاحظ خبر (٣) الفضيل ابن يسار المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده - قلت لابي عبد الله عليه السلام ان لامرأتى اختاً عارفة على رأينا وليس على رأيها بالبصرة الا قليل فازوجها ممن لا يرى رأيها قال عليه السلام لا ولا نعمة ولا كرامة ان الله عز وجل يقول فلا تزوجوهن الخ - وخبره (٤) الاخر عنه عليه السلام العارفة لا توضع الا عند عارف - وخبره (٥) الثالث عن ابي جعفر عليه السلام عن المرثية العارفة هل ازوجها الناصب قال عليه السلام لا لان الناصب كافر دل بعموم العلة على عدم تزويجها الكافر - - وخبر (٦) عبدالله بن سنان قال سالت ابا عبد الله (ع) بم يكون الرجل مسلماً تحل مناكحته وموارثته وبم يحرم دمه - قال (ع) يحرم دمه بالاسلام اذا ظهر وتحل مناكحته وموارثته وخبر (٧) زرارة عنه (ع) تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهن فان المرثية تاخذ من ادب

(١) سورة النساء آية ١٢٢ (٢) سورة الممتحنة آية ١٠

(٣-٤-٥) الوسائل - باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٤ - ٥ - ١٥ - ١٧

(٧) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٢

زوجها الى غير تلكم من النصوص وقد تقدم ايضاً ان الجمع بين نصوص تزويج الكتابية يقتضى حمل النص المانع على تزويج المسلمة الكتابية - فالحكم مما لا ريب فيه ولا اشكال .

حكم ارتداد احد الزوجين

المسألة الثالثة (ولو ارتد احد الزوجين) عن الاسلام (قبل الدخول انفسخ) العقد (فى الحال) مطلقاً سواء كان الارتداد عن فطرة او ملة بالاخلاق اجدد فيه بينما بل الاجماع بقسميه عليه بل من اهل العلم كافة على ما عن التذكرة كذا فى الجواهر - ونحوه فى الرياض - والوجه فيه انه ان كان المرتد هو الزوج د فلن (١) يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً وان كان هى الزوجة فلعدم جواز البقاء على نكاح غير الكتابية والمجوسية اجماعاً وهما ملحقان به فى المقام بالاجماع المركب - اضاف اليه المعتمدة فى المرتد الفطرى الشاملة لصورتى الدخول وعدمه كما تسمعهما - وخبر (٢) مسمع بن عبد الملك عن ابي عبد الله (ع) قال امير المؤمنين (ع) المرتد عن الاسلام تعزل عنه امرأته ولا تؤكل ذبيحته ويستتاب ثلاثة ايام فان تاب والاقتل يوم الرابع - وهو وان اختص بارتداد الرجل - - ولكن فى الرياض ان ارتداد المرأة ملحق به بالاجماع المركب - - وفى الجواهر . قد يناقش بظهوره فيما بعد الدخول ولعله لظاهر العزل . وفيه نظر .

ولو ارتدا معادفة فالظاهر ان حكمه حكم ارتداد احدهما - لاطلاق النص ومعقد الاجماع .

ولو ارتد المسلم المتزوج كتابية فالظاهر ايضاً الانفساخ لاطلاق الدليل . وهل الارتداد مانع عن التزويج ابتداء فلوارتدت المرأة لا يجوز تزويجها ام لا . وجهان (استدل) صاحب الجواهر الاول بان المرتدة حكمها السجن والضرب اوقات

(١) سورة النساء - آية ١٢٢

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب حد المرتد - من كتاب الحدود حديث ٥

الصلاة حتى يتوب أو تموت فهي بحكم العدم التي لا يصبح نكاحها (وفيه) ان مجرد كونها بحكم العدم لا يمنع عن صحة التزويج مادامت حية وفي محكي الدروس لا يصح تزويج المرتد والمرتدة على الإطلاق لاندون المسلمة وفوق الكافرة ولانه لا يقر على دينه والمرتدة فوقه لانها لا تقتل - وهو كما ترى. وقدر الكلام في ذلك في الجزء الاول من هذا الشرح وعرفت ان الاظهر عدم المانع عن التزويج من حيث الردة .

واو اردت الزوجة وانفسخ العقد فهل يسقط المهر كما هو المشهور بل في الجواهر بالاخلاف اجده فيه - ام لا وجهان (واستدل) الاول بان الحدث جاء من قبلها . وبان المعاوضة انفسخت قبل التقابض (ويرد) الثاني ما تقدم من الفرق بين انفساخ العقد من الاول وبين انفساخه من حين الحدث وفي الاول يسقط المهر على القاعدة وفي الثاني لا يسقط كك والمقام من قبيل الثاني - واما الوجه الاول فظاهرهم كونه من المسلمات ويمكن ان يكون مدركه خبر (١) اسماعيل بن زياد عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي عليه السلام في المروءة اذا زنت قبل ان يدخل بها زوجها قال (ع) يفرق بينهما ولا صداق لها لان الحدث كان من قبلها - وقصور سنده منجبر بالعمل بالتعليل - ويمكن ان يستدل له بفحوى النصوص الاتية المتضمنة لسقوط مهر النصرانية باسلامها .

واو اردت الزوج قبل الدخول ففيه قولان - احدهما ما في الشرايع وغيرها . وهو سقوط نصف المهر - واستدل له بتميزيل الفسخ بارتداده منزلة طلاقه المنصف للمهر قبل الدخول . . فان كليهما من قبله - وفيه انه لا يخرج عن القياس - ثانيهما وجوب جميع المهر عليه - وهو الاظهر وقد تقدم الكلام فيه في الرضاع مفصلاً وبيننا انه بالعقد تملك المروءة المهر وبفسخه لا يعود لعدم كونه ركن النكاح فراجع .

حكم ارتداد واحد الزوجين بعد الدخول

(و) لو ارتد واحد الزوجين (يقف) الفسخ - ان كان الارتداد (بعده) اي بعد الدخول (على انقضاء العدة) من غير فرق في وقوعه من ايهما - ومن غير فرق في ارتداد الزوجة بين الفطرى والحلى - نعم يعتبر في الزوج ان يكون عن ملة لما استعرف انه لا انتظار للفطرى - وح ان رجع او رجعت قبل انقضاء العدة كانت زوجته والا انكشف انها بانت من اول الارتداد كما هو المشهور بين الاصحاب - وفي الرياض وظاهر الاصحاب الاتفاق على الحكم واستدل له بفحوى المعتمدة (١) الدالة على انقضاء العدة في البيئونة المحضة في اسلام احدا الوثنيين لضعفية الكفر الارتدادى عن الاصل لبقاء حرمة فيه دونه فنبوت الحكم - في الاقوى ملازم لثبوته في الاضعف بطريق اولى - وهو كما ترى لا يخرج عن القياس - بل القياس مع الفارق - فانه في الوثنى الزوجية ثابتة في حال الكفر وانما تبين بالاسلام - وفي المقام البيئونة تكون بالكفر (فالاولى) الاعتراف بعدم الدليل - بل يدل على خلافه حسن (٢) الحضرى عن ابي عبدالله (ع) ان ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثا وتعتمد منه كما تعتمد المطلقة فان رجع الى الاسلام وتاب قبل ان تتزوج فهو خاطب ولا عدة عليها منه له وانما عليها العدة لغيره فان قتل او مات قبل انقضاء العدة اعتدت منه عدة المتوفى عنها زوجها وهى ترثه فى العدة ولا يرثها ان مات وهو مرتد عن الاسلام ومثل هذا الاجماع يكون حجة قطعاً وكاشفاً عن الحجة كما حقق فى محله - ولا يسقط شىء من المهر لاستقراره بالدخول .

ولارىب فى الاحكام المذكورة (الا ان يرتد الزوج عن فطرة) انه (يفسخ) النكاح (فى الحال) ، بالاخلاف وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه .. ويشهد به

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب ما يحرم بالكفر

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب موانع الارث من كتاب الفرائض والمواريث حديث ٥

موثق (١) عمار الساباطى قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام وجحد محمدا نبوته وكذبه فان دمه مباح لمن سمع ذلك منه وامراته بائنة منه يوم ارتد ويقسم ماله على ورثته وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها وعلى الامام ان يقتله ولا يستتبه ونحوه غيره .

(و) يظهر من الموثق - ان (عدة المرتد عن فطرة عدة الوفاة و) عدة المرتد (عن غير هاءة الطلاق) بالاخلاف وفي الرياض ظاهر الاصحاب الاتفاق عليه بل صرح به جماعة - وهو الحجة - ويشهد به حسن الحضرمى المتقدم .

حكم مالو اسلم زوج الكتابية

المسألة الرابعة (ولو اسلم زوج الكتابية ثبت عقده) سواء كان قبل الدخول او بعده دائما كان التزويج او منقطعاً كتابيا كان الزوج او وثنيا بلا خلاف وفي الرياض وعن المسالك وغيرهما دعوى الاجماع عليه - اما على المختار من جواز نكاح المسلم الكتابية ابتداء فواضح - واما على القول الاخر فللاجماع - ولما سياتى فى من اسلم على اكثر من الاربع فانه يدل على بقاء نكاح الاربع وانفساخ الزايد خاصة - ولاطلاق - صحيح (٢) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام فى حديث قال سألته عن رجل هاجر وترك امراته مع المشركين ثم لحقت به بعد ذلك ايمسكها بالنكاح الاول وتنقطع عصمتها قال (ع) بل يمسكها وهى امراته ونحوه صحيح (٣) الحلبي عنه (ع) - وينبغي تقييدهما بالكتابية للمعتبرة الاتية - ويشهد به فى بعض الفروض خبر (٤) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) ان اهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما الحديث - وخبر (٥) يونس قال الذى تكون عنده المرأة الذمية فتسلم

(١) الوسائل باب ١ من ابواب حد المرتد حديث ٣

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ١-٢

(٥) الوسائل باب ٩ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٨

امراته قال هي امرأته يكون عندها بالنهار ولا يكون عندها بالليل - قال فان اسلم الرجل ولم تسلم المراءة يكون الرجل عندها بالليل والنهار - وهل تلحق المجوسية بالكتابية كما عن الشيخ ره - و صريح رسالة الشيخ الاعظم نفى الخلاف فيه لاطلاق صحيح ابن سنان وخبر ابن مسلم - ام لا - لخبر (١) منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل مجوسي كانت تحتها امرأة على دينه فاسلم او اسلمت قال (ع) ينتظر بذلك انقضاء عدتها فان هو اسلم او اسلمت قبل ان تنقضى عدتها فهما على نكاحهما الاول وان هي لم تسلم حتى تنقضى العدة فقد بائت منه ونحوه خبره (٢) الاخر وجهان اظهرهما الاول لضعف الخبرين باعراض المشهور عنهما - واختصاص البيئونة فيهما بما اذا اسلمت دونها فانه الذي نص عليه آخرا ولا ينافيه التعميم اولا - اضاف اليهما تقدم من ان الاظهر بحسب الروايات جواز نكاح المجوسية ابتداء وانما منعنا عن الافتاء به الاجماع المدعى على المنع - وفي المقام لو لم يكن الاجماع على الجواز لا يكون على المنع .

حكم مالو اسلمت زوجة الكتابي

(ولو اسلمت) زوجة الكتابي (دونه قبل الدخول انفسخ العقد في الحال)

بلا خلاف لحرمة نكاح الكافر المسلمة كما تقدم - وصحيح (٣) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام اذا اسلمت امرأة و زوجها على غير الاسلام فرق بينهما ونحوه غيره وبها يقيد اطلاق خبر محمد بن مسلم المتقدم - واما خبر يونس المتقدم فمضافا الى ضعف سنده وعدم ثبوت كونه من المعصوم لاعراض الاصحاب عنه ومعارضته مع ما هو اظهر واصح سنداً منه لا يعتمد عليه - ولا عدة عليها منه لعدم الدخول - ولا مهر لان الحدث جاء من قبلها ويدل على ذلك كله مضافا الى انه المعروف من مذهب الاصحاب - صحيح (٤) عبدالرحمان ابن الحجاج عن ابي الحسن في نكاح نصراني تزوج نصرانية فاسلمت قبل ان يدخل بها قال عليه السلام قد انقطعت عصمتها ولا مهر لها ولا عدة عليها منه - ولكن في مصحح (٥) السكوني عن ابي

عبد الله عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام في مجوسية اسلمت قبل ان يدخل بها لزوجها اسلم فابي زوجها ان يسلم ففضى لها عليه نصف اصداق وقال عليه السلام لم يزد لها الاسلام الاعزا وهو وان اختص باسلام المجوسية . و صحيح عبد الرحمن في النصرانية و لكن لعدم العامل به يطرح اذا المعروف بين الاصحاب عدم الفرق في من اسلمت بين كونها نصرانية او مجوسية او غيرهما من اقسام الكافر .

(و) ان اسلمت (بعده) اى بعد الدخول (يقف) الفسخ (على) انقضاء (العدة فان اسلم فيها كان املك بها) وهى امرأته والابانت منه باسلامها - كما عن المشهور ويشهده مضافا الى ما تقدم - صحيح (١) البرزنجي سئلت الرضا (ع) عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل تحل لها ان تقب معه قال (ع) اذا اسلمت لم تحل له قلت فان الزوج اسلم بعد ذلك ايكونان على النكاح قال (ع) لا يتزوج بتزويج جديد - و مقتضى اطلاقه وكذا اطلاق صحيح عبد الله بن سنان المتقدم وان كان حصول التفريق وعدم الحلية بالاسلام الا انه يقيد اطلاقهما بما بعد انقضاء العدة اجماعا - و الخبر (٢) السكوني المعتبر عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام ان امرأة مجوسية اسلمت قبل زوجها فقال علي عليه السلام لا يفرق بينهما ثم قال ان اسلمت قبل انقضاء عدتها فهى امرأتك و ان انقضت عدتها قبل ان تسلم ثم اسلمت فانت خاطب من الخطاب - ولخبري منصور بن حازم المتقدم فلا اشكال في الحكم - وعن الشيخ في النهاية والتهذيبين لم ينفسخ النكاح بانقضاء العدة ان كان الزوج قائما بشرائط الزمة بل نكاحه باق غير انه لا يمكن من الدخول عليها ليلا ولا من الخلوة بها نهارا ولا من اخراجها الى دار الحرب - ومدركه مرسل (٣) جميل عن بعض اصحابه عن احدهما عليه السلام انه قال في اليهودى والنصراني والمجوسى اذا اسلمت امرأتها يسلم قال عليه السلام هما على نكاحهما ولا يفرق بينهما ولا يترك ان يخرج بها من دار الاسلام الى الهجرة - والمرسل (٤) عن محمد بن مسلم عن الباقر (ع)

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٥

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٩ من ابواب ما يحرم بالكفر - حديث ١-٢-٥

ان اهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له ان يخرجهما من دار الاسلام الى غيرها ولا يبيت معها ولكن ياتيها بالنهار واما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم الى انقضاء العدة فان اسلمت المرأة ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرئته وان لم يسلم الا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها - والاول وان كان ضعيفا العلي بن الحديد - الا ان الثاني لا ضعف فيه بناء على ما في الجواهر روايته عن ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابن مسلم واليه نظر سيد الرياض حيث قال المرسل كالصحيح - واما بناء على ما في الوسائل الموجودة عندى فهو ايضا ضعيف لان المرسل فيها هو ابراهيم بن هاشم وحيث انى الان محبوس في قرية ميكون من قرى عاصمة ايران بجرم الدفاع عن حريم الاسلام واحكامه السماوية ولا اتمكن من التمتع التام لارى ان الصحيح ما في هذه الوسائل او ما في الكتابين لعدم وجود الكتب عندى فلا احكم باعتبارده في نفسه وعدمه - ولكن لاعراض المشهور عن الخبرين حتى الشيخ نفسه في كتبه الاستدلالية و معارضتهما بما هو اشهر واصح سنداً منهما لا يعتمد عليهما (ثم انه) لافرق على قول الشيخ رده بين حالى الدخول وعدمه لاطلاق دليله كما عن المسالك وغيرها - اللهم الا ان يكون نظر الشيخ رده الى تقييد اطلاقهما بصحيح ابن الحجاج المتقدم .

ثم انه لا فرق فيما ذكرناه من الاحكام بين ما اذا كان الكتابيان ذميين - (و) ما (لو كان الزوجان حربيين) وفي المتن اختصاصه بما اذا كان الكتابيان ذميين وهو المنقول عن الشيخ والحقا الحربيين با لوثنيين وسياتي حكمهما - وقد استدلل له الشيخ الاعظم رده بقوله لعدم جواز نكاح المسلم غير الكتابية ابتداء ولا استدامة اجماعا - وهو غريب فان الحربى قد يكون كتابيا وقد يكون غير كتابى ومحل الكلام هو الكتابى - ولعل نظره الشريف الى ما ذكره قبل اسطر - بانصراف اليهود والنصارى الى الذمى وقد عرفت ما فيه - وربما يستدل له بان خبرى محمد بن يونس مختصان بالذميين فيقيد بهما اطلاق بقية النصوص - ولكن يرده انها لا ينافيان مع النصوص المطلقة كى يقيد انها لكونهما من قبيل المثبتين فالأظهر عدم الفرق فى الحكم المذكور بين الحربى والذمى - هذا كله فى اسلام زوج الكتابية وان لم يكن هو كتابيا وفى اسلام

زوجة الكتابي وان لم تكن هي كتابية.

(و) اما لو كان الزوجان وثنيين عابدين للوثن وهو الصنم، وكانا بحكمهما من الكفار غير الكتابيين : (اسلم احدهما قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال) اذ لو كان المسلم هو الزوج - ازم من بقاء نكاحه بقاء نكاح الكافرة غير الكتابية. وقد اتفقوا على عدم جواز نكاحها ابتداء واستدامة - وعليه تمام المهر لثبوته بالعقد وقياس الاسلام بالطلاق فيجب النصف - باطل - وان كانت الزوجة هي التي اسلمت فبطلان النكاح اظهر لما مر - ويسقط المهر لان الحدث جاء من قبلها.

(ولو كان) الاسلام (بعده) اي بعد الدخول (وقف) الانساخ (على انقضاء العدة)

فان انقضت فلم يسلم الاخر تبين انفساخه من حين الاسلام وان اسلم فيها استمر النكاح بلا خلاف وفي الجواهر بل لعل الاتفاق نقلا وتحصيلا عليه وفي الرياض بل حكى عليه الاجماع - ويشهد به خبر ابن مسلم المتقدم وخبر (١) منصور بن حازم قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجل مجوسى او مشرك من غير اهل الكتاب كانت تحته امرأة فاسلم او اسلمت قال ينتظر بذلك انقضاء عدتها فان هو اسلم او اسلمت قبل ان تنقضى عدتها فهما على نكاحهما الاول وان هي لم تسلم حتى تنقضى العدة فقد بانت منه.

لو اسلم كافر وله ازيد من اربع منكم وحات

المسألة الخامسة (و لو اسلم الزوج) الوثني و مـ من بحكمه - كالكتابي (الحربي) عند المصنف ره او الكتابي الذمي - وعنده اربع فما دون كتابيات او وثنيات اسلمن معه او في العدة بقي نكاح الجميع كما يظهر مما اسلفناه - ولو اسلم (على اكثر من اربع) وثنيات او من بحكمهن كالا (حربيات) عند المصنف - ولم يسلمن معه ولا في العدة انفسخ نكاح الجميع (و) ان (اسلمن) منه (فاختار اربعا انفسخ نكاح البواقي) بلا خلاف وعن ظاهر المبسوط والتذكرة الاجماع عليه - ويشهد به

في الجملة - نصوص مثل ما رواه (١) العامة عن ابن عمران غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامر به النبي ﷺ ان يتخير اربعا منهن - وخبر (٢) دعائم الاسلام عن علي عليه السلام انه قال في المشرك يسلم وعنده اختان حرتان او اكثر من اربع نسوة حرائر قال عليه السلام يترك التي نكح اولا من الاختين والاربع الحرائر الاولى وتزرع منه الاخت الثانية وما زاد على اربع حرائر ونحوه خبر (٣) الجعفریات وضعف اسنادها منجبر بعمل الطائفة - وكذا ضعف دلالتها فان الاول قضية في واقعة فلا يكون له اطلاق من حيث كون الاكثر على الاربع كتابيات او وثنيات او مختلفات والتميقن ما اذا كان الاكثر كتابيات - و الاخيرين دالان على تعين اختيار الاربع الاولى فالاولى ولم يفت احدهما - و يمكن ان يقال بان اجمال الاول يبين بالآخرين - والامر باختيار الاربع الاولى فيهما يحمل على التخيير او الافضيلة بقرينة الاول و بقرينة ما ياتي في الكتابيات فلا اشكال في الحكم .

(و لو اسلم) الكتابي اعم من (الذمي) وغيره (و عنده اربع) كتابيات (ثبت عقده عليهن) لاسم - (ولو كن ازيد تخير اربعا وبطل نكاح البواقي) بالاخلاق - ويشهد به معضاف الى ما مر خبر (٤) عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام في مجوس اسلم وله سبع نسوة واسلمن معه كيف يصنع قال عليه السلام يمسك اربعا ويطلق ثلاثا . وضعف سنده غير قادح في الحجية بعد انجباره بعمل الاصحاب - و ما فيه من الامر بتطبيق الثلاث مناف لاتفاق الاصحاب على حصول الفسخ بالاختيار خاصة وعليه فيحمل على على كونه مخففة من الاطلاق اي يفارق ثلاثا ويخلى سبيلهن -

(١) الجامع الصحيح ج ٣ ص ٤٣٥ - التذكرة ج ٢ ص ٦٥٢

(٢) المستدرک باب ٤ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٢

(٣) المستدرک باب ٤ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١

(٤) الوسائل باب ٦ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١

فيما يتحقق به الاختيار

ثم انه ينبغي التنبيه على امور- الاول فيما يتحقق به الاختيار- ولقد اطلوا البحث فيما يتحقق به مفهومه ولاوجه له اصلا بعد عدم كونه في شيء من النصوص سوى ما في النبوى وقد روى في كتب احاديث العامة التي هي المصدر فيه - بنحو آخر وهو امسك اربعا وارق سائرهن- وكيف كان فلاشكل في تحقيقه بالقول الدال على الامساك صريحا او كناية او مجازا من اى لغة كان - كان اللفظ بالماضى او غيره لاطلاق الدليل- وقدمر ان مقتضى القاعدة عدم اعتبار الصراحة والحقيقة والماضوية والعربية في العقود والايقاعات الا ما خرج بالاجماع فلا يعتبر في المقام بالاولوية - وكذا يتحقق بالفعل كالوطء والتقبيل واللمس مع قصد الاختيار بل لولا الاجماع المدعى على اعتبار الكاشف لقلنا بكفاية مجرد الارادة والرضا النفساني في تحقيقه .

ولو قال لماذا زاد على الاربع اخترت فراقكن فلاشك في اندفاعهن لاطلاق الادلة وهل يثبت به نكاح البواقي كما في الشرايع والجواهر وغيرهما ام يحتاج الى انشاء اختيار امساكهن وجهان - واستدل للاول- بان العقد مقتضى للبقاء والزيادة في العدد مانعة فاذا اندفعت الزيادة اثر المقتضى اثره- واورد عليه- بان نكاح اشخاصهن يبطل بالاسلام والباقي هو نكاح الاربع الكلى فلا عقد في خصوص الاربع الباقيات كى يؤثر بعد دفع المانع - وفيه- انه بالاسلام لا يبطل نكاح الجميع بل يبطل نكاح الزايد على الاربع ويبقى الاربع على الصحة غاية الامر كل منهما بنحو التخيير- وقدمر في مسألة تزويج الاختين معقولة ذلك - وضرورى انه مع فرض انعدام احد اطراف التخيير يتعين الحكم - ففي المقام يتعين بعد بطلان نكاح الزايد بقاء الاربع على نكاحهن وان شئت قلت انه لو سلم ما ذكر من ان الباقي هو نكاح الاربع الكلى - فالكلى ايضا بعد انحصار افراده في الاربع الباقيات يتعين فيها - نظير من ملك صاعا من صبرة فانه اذا لم يبق منها الاصاعا يتعين فيه.

و لو طلق اربعا ففي الشرايع اندفع البواقي و ثبت نكاح المطلقات ثم طلقن

بالطلاق لانه لا يواجه به الا الزوجة اذ موضوعه ازالة قيد النكاح انتهى - توضيحه .
 ان حقيقة الطلاق هي ازالة النكاح فالنكاح جزء من مفهومه فقصد الطلاق يستلزم
 قصد اختيار النكاح اذ لا طلاق بدونه ولذا لا يصح توجيهه الا الى الزوجة (وفيه)
 ان المطلق تارة لا يقصد النكاح وانما غرضه فراق المطلقة نظرا الى حصوله بكل
 ما يدل عليه وبديهي ان الطلاق بماله من المفهوم العرفي من الدوال عليه - واخرى
 يقصد اختيار النكاح قبل ان يطلق ثم يجري صيغة الطلاق - وثالثة يقصد اختيار
 النكاح بنفس صيغة الطلاق - ورابعة يقصد الطلاق الشرعي من دون قصد اختيار النكاح
 فعلى الاول يتحقق الفراق ولا يثبت نكاح المطلقات كما لا يخفى - وعلى الثاني يتوقف
 ثبوت نكاحهن وصحة الطلاق على كفاية الارادة النفسانية خاصة في ثبوت النكاح
 وقدم ان ظاهرهم الاتفاق على عدمه - وعلى الثالث يثبت النكاح ولا يقع الطلاق
 اما ثبوت النكاح فلما مر من كفاية كل مظهر لاختياره - واما عدم وقوع الطلاق فلتوقفه
 على ثبوت النكاح والمفروض عدم ثبوته الابه فيلزم من وقوعه الدور - وعلى الرابع
 لا يثبت النكاح ولا يقع الطلاق - اما عدم ثبوت النكاح فلعدم قصد اختياره وليس
 ذلك من الامور القهرية الواقعة ولو مع عدم القصد - واما عدم وقوع الطلاق فلعدم
 ثبوت النكاح .

ثم انه في صورة عدم وقوع الفراق وثبوت نكاح البواقي لا كلام - كما انه في
 صورة ثبوت نكاحهن فكك - واما في صورة عدم وقوع الطلاق وعدم ثبوت النكاح
 فلا اشكال في بقاء الاختيار وعليه فلو اختار بعد ذلك المطلقات - فديقال بتأثير الطلاق
 في ازالة نكاحهن من جهة كشف الاختيار عن الزوجية حال وقوع الطلاق كما في
 الجواهر - ولكنه غير تام من جهة ان الاختيار لا يكون كاشفا عن ثبوت زوجية المختارة
 تعيينا بل الاختيار موجب لتعين الكلى في المختارة فحين الطلاق لم يكن المطلقة
 زوجة تعيينا كي يقع طلاقها مؤثرا - وقياس الاختيار باجازه النكاح الواقع فصولا قبل
 الطلاق على القول بالكشف كما في الجواهر مع الفارق - فانه بالاجازة ينكشف ان
 المرأة المعينة المطلقة كانت زوجة حين الطلاق - وبما ذكرناه ظهر انه لا فرق بين الطلاق وبين

الظهار والإيلاء - لا كما عن المبسوط من كونهما اختياراً كالإطلاق بل في عدم كونهما اختياراً كالإطلاق إلا في بعض الفروض (فما) في الشرايع وعن غيرهما من الفرق بينهما وبينه من جهة أن الإطلاق لا يواجه به غير الزوجة - وهما قد يواجه بهما غير الزوجة بل الأجنبية اليق بهما من الزوجة (غير تام) فإنه يرد عليه مضافاً إلى ما مر - أنه كما لا يقع الإطلاق خارجاً إلا في الزوجة كك لا يقع الظهار والإيلاء الشرعيين إلا فيها وكما أن مفهومهما العرفي يمكن تحقيقه في غيرها - كك مفهوم الإطلاق عرفاً قابل لوقوعه في غيرها.

لو أسلم الزوج عن أكثر من أربع وثلاثين وأسلمن في العدة

التنبيه الثاني لو أسلم الزوج وكان عنده أكثر من أربع وثلاثين ولم يسلمن معه - بل أسلمن في العدة فهل يحكم بالتخيير أم لا - قد يقال بالثاني - من جهة اختصاص النص بما لو أسلمن معه وفي الفرض لا بد من الرجوع إلى ما يقتضيه القاعدة وهو بطلان نكاح الجميع لعدم إمكان صحة الجميع وبقاء البعض ترجيح (بلا مرجح) (ودعوى) أن النص وإن اختص بما لو أسلمن معه - إلا أن الظاهر من السؤال كون السائل بصدد السؤال عما إذا لم يكن هناك مانع عن صحة النكاح إلا زيادة العدد فيستفاد من الحكم بالتخيير في الجواب كبرى كلية وهي أنه كلما لم يكن هناك مانع عن صحة النكاح إلا زيادة العدد فلزوج التخيير في أمساك الأربع وفراق ما زاد فيدل على ثبوت التخيير في المسألة أيضاً إذ بعد إسلامهن في العدة لا مانع عن صحة نكاحهن إلا الزيادة في العدد كما عن المحقق الزردى (فيها) أن الميزان في استفادة الحكم هو ظواهر الأدلة سؤالاً وجواباً ولا عبرة بقصد السائل - وعليه فظاهر السؤال في النص هو السؤال عن خصوص ما لو أسلمن معه والجواب مختص به فالتعدي يحتاج إلى دليل مفقود - وتنقيح المناط غير ظاهر لاحتمال خصوصية إسلامهن معه - فإن قيل أنه يمكن إثبات التخيير باستصحابه التعليق بأن يقال إنهن لو أسلمن سابقاً معه كان له التخيير والآن كما كان - قلنا مضافاً إلى منع جريان الاستصحاب التعليق مطلقاً - وإلى عدم جريانه في الأحكام الكلية - أن الموضوع غير باق فإن الموضوع هو إسلامهن مع إسلامه.

وهذا غير اسلامهن بعد فلا يجرى استصحاب الحكم.

ولكن يمكن اثبات التخيير على القاعدة - بان يقال انه بعد ما لامانع ثبوتهن بقاء نكاح الاربع لاعلى التعيين ولذا في صورة اسلامهن معه يحكم به ولو كان مممتعا لما كان واقعا مقتضى الادلة الاولى بقاء نكاح الجميع ولكن لا يمكن الحكم بذلك لما دل على عدم جواز نكاح ازيد من الاربع وهذا المانع لا يصلح ان يكون منشأ لفساد نكاح الجميع لان الضرورات تنقذ بقدرها - فهو مانع عن بقاء نكاح الازيد من الاربع وحيث ان نسبته الى الجميع على حد سواء فلا يمكن الحكم ببقاء نكاح الاربع المعينة - فيتعين البناء على بقاء نكاح الاربع لاعلى التعيين فتدبر فانه دقيق - فلا يظهر هو الحكم بالتخيير في هذه الصورة ايضا .

لو اسلم الكافر واسلمت معه اربع منهن

الثالث - لو اسلم الكافر الذى عنده اكثر من اربع نسوة - فاسلمت معه اربع منهن - فتارة تكون الجميع كتابيات او وثنيات مع اسلام البواقي في العدة واخرى تكون الجميع وثنيات ولا تسلم البواقي في العدة اما في الصورة الثانية فلا اشكال في بقاء نكاح المسلمات لبطلان نكاح البواقي في نفسه فلا محل للتخيير .

واما في الصورة الاولى فقد يقال بانتفاء التخيير وتعين المسلمات للزوجة من جهة انهن باسلامهن صرن مشموله لما دل على انه ان اسلم واسلمت معه امرأته الشامل لاسلام الاربع ايضا فهو يكون على نكاحه النسبة اليهن - فاذا ثبت نكاحهن سقط نكاح البواقي عن قابلية البقاء فلا يشملها ما دل على التخيير فان الحكم به انما هو مع صلاحية الكل البقاء على الزوجية - فيكون هذا الدليل واردا على دليل التخيير وفيه (اولا) انه لا يتم في الكتابيات فانه يجوز نكاح الكتابية اما مطلقا كما هو المختار واستدماه خاصة كما هو المشهور فكما ان الاربع المسلمات مشمولة لما دل على بقاء نكاحهن في انفسهن فكذلك الكتابيات الباقيات مشمولة لما دل على بقاء نكاح الكتابية لو اسلم زوجها - فيقع التعارض فيرجع

الى ما تقتضيه القاعدة من التخيير وما دل عليه - واما الوثنيات اللاتي اسلمن في العدة فهن ايضا مشمولة لما دل على بقاء نكاحهن فالمرجع ادلة التخيير (وثانيا) ان الموضوع لادلة التخيير هو ما اذا كان الكل سالحة من جميع الجهات للمبقاء على الزوجية من غير ناحية العدد ومن المعلوم ان البواقي غير المسلمات سالحة للمبقاء عليها مع قطع النظر عن العدد. فلا ورود بل يقع التعارض بين الدليلين - مع قطع النظر عما ذكرناه والمرجع هي القاعدة المقتضية للتخيير.

لو اسلم الكافر بعد تزويج الام وبنتها

الرابع - اذا اسلم الكافر بعد تزويجه امرأة وبنتها الكتابيتين - فتارة يكون ذلك بعد الدخول بالام - واخرى بعد الدخول بالبنت - وثالثة - بعد الدخول بهما - ورابعة قبل ذلك .

ربما يقال انه لا بد من البناء على بطلان نكاحهما لو وقعا دفعة وبطلان نكاح اللاحقة لو كان ترتيبيا في جميع الصور وتحرم البنت خاصة لو كان العقد السابق هو ما وقع على الام و دخل بها وتحرم الام خاصة لو كان السابق هو ما وقع على البنت دخل بها ام لا - والوجه في ذلك ان الكفار مكلفون بالفروع كما هم مكلفون بالاصول من غير فرق بين الاحكام الوضعية والتكليفية - ولكن يرد عليه ان الكفار وان كانوا مكلفين بالفروع ولكن في خصوص باب النكاح دل الدليل على صحة نكاحهم وان كان باطلا في الاسلام وهو دليل التقرير (١) وانه لكل قوم نكاح.

وعليه فقديتوهم ان يصح نكاحهما ولا تحرم شي عنهما في شيء من الصور - لانه بعد تزويجهما ياهما في حال الكفر وحكم الشارع الا قدس بصحة النكاحين وعدم حرمة شيء عنهما عليه في شيء من صور الدخول لانه لا محالة تكون المرثعة وبنتها خارجتين عن تحت ما دل على

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء وباب ١ من ابواب حد القذف

حديث ٣ و باب ١-٢ من ابواب ميراث المجوس ، وباب ٧٣ من ابواب جهاد النفس

حرم مقام الزوجة والريبة وعدم صحة نكاحهما معا وبعد ما اسلم لادوجه للتمسك بعموم ادلة التحريم والبطالان اذ لا عموم ازمانى لها كى يتمسك به بعد زمان التخصيص - هذا على فرض تسليم كون خطاب التحريم متوجها الى المسلمين والكفار وخرج الكفار بادلة التقرير واما على القول بكون المخاطب خصوص المسلمين فالامر اوضح اذ الظاهر منهاج كون العنوانين اى ام الزوجة والريبة حادثين حين الخطاب لاقبله و هو ايضا (فاسد) واما على القول بكون الخطاب للاعم كما هو الظاهر وخرج الكفار بالدليل الخاص - فلان المختار عندنا جواز التمسك بعموم العام بعد مضي زمان التخصيص مطلقا كان للعام عموم ازمانى ام لم يكن - اضع اليه انه يكون المخصص فى المقام يخرج من الاول - وفى مثل ذلك لا بد من التمسك بعموم العام وان سلم ان الفرد الخارج فى الائناء لا يتمسك فيه بعموم العام بعد مضي زمان التخصيص الا اذا كان للعام عموم ازمانى - مع ان الخارج فى المقام عن تحت العموم هو العنوان العام لا خصوص الفرد و مع ارتفاع العنوان يتمسك بالعموم بلا كلام مثلا اذا قال صل خلف المسلم ثم قال لاتصل خلف الفاسق وكان زيد فاسقا ثم صار عادلا لا اشكال فى جواز الاقتداء به للعموم فان الخارج عنه هو الفاسق والمفروض ارتفاع الفسق ولا سبيل الى ان يقال ان هذا الشخص كان خارجا عن تحت ما دل على جواز الاقتداء وبعد ما صار عادلا يشك فى جوازه فلا سبيل الى التمسك بعموم العام لعدم العموم الازمانى له. والمقام من هذا القبيل فان الخارج هو عنوان الكافر لا هذا الشخص - و اما على القول بكون الخطاب لخصوص المسلمين فمقتضى اطلاق الادلة شموله لمن اسلم بعد تحقق العنوانين ايضا.

و على هذا فالحق ان يقال انه فى صورة الدخول بهما تحرمان معا اما الام فلكونها ام الزوجة - واما البنت فلكونها ربيبة دخل بامها - وكذا فى صورة الدخول بالام خاصة - وفى صورة الدخول بالنبت خاصة او عدم الدخول بهما تحرم الام خاصة لكونها ام الزوجة ولا يعتبر فى حرمتها الابدية الدخول بالزوجة ولا تحرم البنت ابدا لكونها ربيبة لم يدخل بامها - وعليه فالعقد ان يبطلان فى الصورتين الاولتين و يبطل عقد الام خاصة فى الصورتين الاخيرتين فلا وجه لبطالان نكاح البنت

بل تبقى هي على حبالته - وعن الشيخ في الخلاف الحكم بالتخيير في امساك ايتهما شاء وفراق الاخرى - وعن مبسوطه الحكم بذلك في خصوص صورة الدخول بهما (واستدل) له المصنف ره في محكي المختلف بما نقله عنه واصله ان الكافر اذا جمع بين من لا يجوز له الجمع بينهما او بينهما كما لو تزوج اختين وما شاكل انما يحكم بصحة نكاح من يختارها لا عقدها فلاختياره بمنزلة العقد ابتداء وكان كانه الان تزوج بها وحدها - وعليه اختيار ايتهما شاء في المقام - كما انه مخير في ابتداء الامر ان يعقد على كل منهما شاء (ولكن) يرد عليه انه يتم فيما لو كان العقد على كل منهما باقيا في نفسه فبالاختيار ثبت احدهما ويرفع غيره - وفي المقام بمجرد الاسلام يبطل نكاح الام فلا قابلية له للبقاء كي يختاره - نعم لو قلنا بعدم شمول اطلاقات الأدلة لما اذا كان العنوانان ثابتين ومحكومين بالحلية قبل توجه الخطاب كان ما افاده الشيخ ره متينا غايته - ولكنه عرفت انه غير صحيح - على انه يتم لو قطع بذلك ولو شك فيه لما كان ما افيد تاما للشك في قابلية نكاح الام للبقاء بخلاف نكاح البنت والاستصحاب لا يجري لتبدل الموضوع ولعدم جريانه في الاحكام ثم انه ظهر مما ذكرناه حكم فرعين آخرين .

احدهما ما لو أسلم عن اختين تزوجهما دفعة او مرتبا فانه ان كان لم يدخل بهما تخير في امساك ايتهما شاء وفراق الاخرى وان دخل بهما ليس له امساك شيء منهما لانه لو اختار احدهما يكون ذلك موجبا لكون احدهما في حبالته مع كون الاخرى في العدة - وقد مر انه كما لا يجوز الجمع بين الاختين لا يجوز تزويج احدهما في عدة الاخرى - وان كان دخل باحدهما كان نكاحها خاصة باقيا لان اختيار الاخرى يلزم منه المحذور المذكور - ولكن الظاهر من الاصحاب كون التخيير في اختيار ايتهما شاء مطلقا مفر وغاينه ويشهد به خبر (١) الدعائم - والجعفریات المتقدمان المنجبر ضعفهما بالعمل - ولكن فيهما انه يختار الاولى وتنزع منه الاخت الثانية -

اللهم الا ان يقال انهم لم يعملوا بهذه الجملة والتفكيك في الحجية بين جملات الخبر لامانع منه والله تعالى هو العالم .

الفرع الثاني ما لو اسلم وكان عنده امرأة وعمتها او خالتها . فان رضى صح الجمع بلا اشكال بل الظاهر كفاية رضاها حال الكفر لاطلاق الادلة .. وان لم تجز تخير احدهما كما لو عرض ذلك لمسلم برضاع مثلا - اللهم الا ان يقال انه يبطل عقد بنت الاخ والاخت ولا وجه لبطلان عقد العمة او الخالة فيبقى عقدها ولا نص خاص في المسئلة - واستفادة حكمها من ماورد في نظائر غير تامة وهذا هو الاظهر ان لم يقم الاجماع على خلافه .

حكم تزويج المؤمنة من المخالف

بقي الكلام في المقام في (مسائل) لابد من التعرض لها (الاولى) قدم الكلام في اعتبار الكفائة بمعنى التساوى في الاسلام - وهل الكفائة بمعنى الايمان بالمعنى الاخص شرط في صحة النكاح ام لا فيد وجوه واقوال - فالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة انه (لا يجوز للمؤمنة ان تتزوج بالمخالف و يجوز العكس) وحق القول في المقام انه لا خلاف يعتد به بينهم في جواز العكس بل عن كشف اللثام وغيره نفى الخلاف فيه وفي الجواهر بل لم يحك احدنا الخلاف في ذلك عن علم ان مذهبه كفر المخالفين كالمرضى وابن ادريس وغيرهما .

واما تزويج المؤمنة بالمخالف ففيه قولان - ذهب جماعة منهم المصنف رد الى اعتبار النساي وانه لا يجوز تزويج المؤمنة بالمخالف وفي الجواهر نسبته الى المشهور بين المتأخرين ومتأخر بهم وفي الرياض انه حكى عليه الاجماع المستفيضة عن الخلاف والمبسوط والسرائر وسلاسل والغنية - والقول الاخر ما عن المفيد وابن سعيد والمحقق وصاحب الجواهر وغيرهم و هو عدم اعتباره وجواز تزويجها اياه واستدل الاول بوجوده .

الاول الاجماع قال في الرياض بعد نقل الاجماع عن الكتب المتقدمة وهي الحجة فيه (وفيه) اولاً انه غير ثابت كيف وقد ذهب جمع من الاساطين الى الجواز وثانياً - ان الظاهر من مادعى عليه الاجماع في الخلاف والمبسوط والغنية والمسائل الناصرية هو اعتبار التساوى في الاسلام وعرادهم من الايمان فيها ما يرادف الاسلام ويشهد به استدلالهم فيها على نفى الزيادة عن اعتبار الايمان واليسار في مقابل الشافعي وغيره من العامة ممن اعتبر في الكفاية ازيد من ذلك بكون المجمع عليه ذلك والاصل عدم الزيادة ولا شبهة في ان الايمان المعتبر عند الجميع هو الاسلام اذ لا معنى اخص للايمان عند العامة - وتفريع بعضهم على اعتبار ذلك انه لا يجوز تزويج المسلمة غير المسلم - وغير ذلك من الفرائن تظهر لمن راجع كلماتهم - وثالثاً انه مع معلومية مدرك المجمعين لا يكون الاجماع حجة.

الثاني - النصوص (١) المستفيضة او المتواترة الدالة على كفر المخالفين - بمقرب انه ان اريد منه الحقيقة كانت دلالتها واضحة والا كان المراد المشاركة في الاحكام التي منها ما نحن فيه (وفيه) ان المراد بها انهم يحكم الكفار في الآخرة لا في الدنيا كي يعمل اموالهم ودمائهم ويحرم مناكحتهم وموارثتهم لمعلومية عدم كون المخالف من حيث كونه مخالفاً لك كما صرح به النصوص و تواترت في الفرق بين الاسلام والايمان لاحظ - خبر (٢) سماعة قلت لابي عبدالله عليه السلام اخبرني عن الاسلام والايمان اهما مختلفان فقال عليه السلام ان الايمان يشارك الاسلام والايمان لا يشارك الايمان فقلت تصفهما لي فقال عليه السلام شهادة ان لا اله الا الله والتصديق برسول الله ﷺ وبه حققت الدماء وعليه جرت المناكح وعلى ظاهر جماعة الناس والايمان الهدى وما يثبت في القلوب من صفة الاسلام وما ظهر من العمل به والايمان ارفع من الاسلام بدرجة الحديث - وخبر (٣) حمران بن اعين قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول الايمان ما

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد المرء

(٢) اصول الكافي ج ٢ ص ٥٢ طبعة طهران

(٣) اصول الكافي ج ٢ ص ٢٦ طبعة طهران

ما استقر فى القلب و افضى به الى الله تعالى و صدقه العمل بالطاعة لله تعالى و التسليم لامره و الاسلام ما ظهر من قول او فعل وهو الذى عليه جماعة الناس من الفرق جميعها وبه حققت الدماء و عليه جرت الموارث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج فخرجوا بذلك من الكفر و اضيفوا الى الايمان الى ان قال فقلت هل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الاحكام و الحدود و غير ذلك فقال عليه السلام لا هما يجريان فى ذلك مجرى واحد ولكن للمؤمن فضل على المسلم فى اعمالهما و ما يتقربان به الى الله تعالى - و صحيح (١) عبدالله بن سنان قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام بم يكون الرجل مسلما تحل مناكحته و موارثته - و بم يحرم دمه قال عليه السلام يحرم دمه بالاسلام اذا ظهر و يحل مناكحته و موارثته - و خبر (٢) الفضيل بن يسار عنه عليه السلام الايمان يشارك الاسلام ولا يشاركه الاسلام ان الايمان ما وقر فى القلوب و الاسلام ما عليه المناكح و الموارث و حقن الدماء - و خبر (٣) القاسم الصيرفى شريك المفضل عنه عليه السلام الاسلام يحقن به الدم و يؤدى به الامانة و تستحل به الفروج و الثواب على الايمان الى غير تلکم من النصوص الدالة على اشتراك المسلم و المؤمن بالمعنى الاخص فى الاحكام الدنيوية فى هذا الزمان الذى هو زمان الهدنة و هو الزمان الذى لم تقم فيه يد الشرع كما يشير اليه صحيح (٤) العلاء بن زرین لما سئل ابا جعفر عليه السلام عن جمهور الناس فقال هم اليوم اهل هدنة ترد ضالتهم و تؤدى امامتهم و تحقن دمائهم و تجوز مناكتهم و موارثتهم فى هذه الحال.

الثالث النصوص الدالة على ان المؤمنين بعضهم اكفاء بعض - مثل ما رواه (٥) الكليني ربه ان النبى ﷺ صعد المنبر ذات يوم فحمد الله و انشأ عليه ثم قال ايها الناس ان

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ١٧

(٢) اصول الكافي ج ٥ ص ٢٦

(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٤

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ١

(٥) الوسائل باب ٢٣ من ابواب مقدمات النكاح و آدابه حديث ٢

جبرئيل اثنى على اللطيف الخبير فقال ان الابكار بمنزلة الثمر على الشجر - الى ان قال فقام اليه رجل فقال يا رسول الله ﷺ فمن تزوج فقال الاكفاء فقال و من الاكفاء فقال صلى الله عليه وآله المؤمنون بعضهم اكفاء بعض - ونحوه غيره (وفيه) ان المؤمن كان فى السابق خصوصا فى زمانه ﷺ مراد بالمسلم - والايمان بالمعنى الاخص اصطلاح جديد.

الرابع النصوص الدالة على تزويج البنات من برضى خلقه ودينه - كخبير (١) على بن مهزيار كتب على بن اسباط الى ابي جعفر عليه السلام فى امر بناته فكتب اليه ابو جعفر فهمت ما ذكرت الى ان قال فان رسوله ﷺ قال اذا جائكم من ترضون خلقه ودينه فروجوه الا تفعلوه تكن فتنة فى الارض وفساد كبير و نحوه غيره (وفيه) انها فى مقام بيان اشتراط وجوب التعجيل او استحبابه او وجوب الاجابها او استحبابها ، عند الخطبة بما اذا كان الخاطب مرضى الخلق والدين والامانة فلا يربط لها بما هو محل الكلام - وبعبارة اخرى انها لا مفهوم لها كى تدل على عدم صحة التزويج - من لا يرضى خلقه ودينه - مع - ان المراد من الدين هو الاسلام - قال الله تعالى (٢) و ان الدين عند الله الاسلام ، لا الايمان بالمعنى الاخص - اصف اليه ان ازوم تزويج مرضى الدين لا يدل على بطلان تزويج غيره .

الخامس مادل على النهى عن تزويج الشكك معللا بان المرثة تاخذ من ادب زوجها - كخبير (٣) عن الصادق عليه السلام تزوجوا فى الشكك ولا تزوجوهم فان المرثة تاخذ من ادب زوجها ويقهرها على دينه ونحوه غيره - فان مقتضى عموم العلة عدم جواز تزويج المؤمنة كل مخالف - مع - ان حرمة تزويج الشكك مستلزم لحرمة تزويج غيرهم من المعتقدين للخلاف بالاولوية (وفيه) ان ما فيها من التعليل قرينة على عدم كون النهى ارشادا الى الفساد

(١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ١

(٢) سورة آل عمران آية ٢٠

(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٢

بل النهي تعلق به لأمر خارج لابعنوان التزويج نفسه فلا يدل على الفساد .

السادس النصوص (١) المتواترة الدالة على عدم جواز نكاح الناصب الاثني بعضها - بناءً على ان المراد بالناصب كل مخالف لقول (٢) الامام الهادي عليه السلام في جواب محمد بن علي بن عيسى حيث سئله من الناصب بقوله هل احتاج في امتحانه الى اكثر من تقديمه الجبت و الطاغوت واعتقاد امامتهما - من كان على هذا فهو ناصب - واقول (٣) الصادق عليه السلام في خبر المعلى بن خنيس ليس الناصب من نصب اهل البيت لانك لاتجد احدا يقول انا بغض محمدا وال محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تقولون انا وانكم من شيعتنا (وفيه ان تلزم النصوص المختصة بالناصب اهل البيت الذي هو انجس من الكلب ويكون كافرا - لما في خبر (٤) الفضيل بن يسار قال سالت ابا جعفر عليه السلام عن المرأة العارفة هل ازوجها الناصب قال عليه السلام لا لان الناصب كافر - قلت فازوجها غير الناصب ولا العارف فقال غيره احب الى منه فانه يدل بما فيه من العلة على اختصاص الحكم بالناصب الكافر و قد مر عدم كون مطلق المخالف كافرا - مع ان ذيله صريح في الاختصاص .

السابع النصوص الخاصة الناهية عن ذلك كالمرسل (٥) كالموثق بل الموثق لارساله عن غير واحد الملحق مثله عند جماعة بالمسند عن ابان عن الفضيل بن يسار قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن نكاح الناصب فقال لا والله ما يحل قال فضيل ثم سألته مرة اخرى فقلت جعلت فداك ما تقول في نكاحهم قال والمرأة عارفة قلت عارفة فقال عليه السلام ان العارفة لاتوضع الا عند العارف والمعتبر (٦) بوجود المجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده عنه عليه السلام قلت له ان لأمرني اختا عارفة على رأينا وليس على رأيها بالبصرة الاقليل

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالكفر

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب ما يجب فيه الخمس حديث ١٤-٣

(٤) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث - ١١ .

(٥-٦) الوسائل - باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٤-٥

فازوجها ممن لا يرى رايها قال (ع) لا ولا نعمة ولا كرامة ان الله تعالى يقول فلا تر جمعوهن الى الكفار لانهن حل لهم ولا هم يحلون لهن. وخبر (١) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث ولا يتزوج الناصب المؤمنة ولا يتزوج المستضعف مؤمنة. وفيه (اولا) ان المراد بالعارفين في الخبر الاول يمكن ان يكون غير الناصب كما يؤيده صدر الخبر. كما ان المراد به في الخبر الثاني يمكن ان يكون هو الخارجي المبغض لامير المؤمنين واولاده عليه السلام الذي قام الاجماع على كفره وعدم جواز مناهجته كما يشهد به استدلاله عليه السلام بالاية الكريمة (وثانيا) انه لو سلم ظهورها في المنع لا بد من حملها على الكراهة للنصوص الصريحة في الجواز كخبر الفضيل المتقدم. وصحيح عبدالله بن سنان المتقدم الوارد في الرجل بم يكون مسلما يحل مناهجته. وخبر (٢) هشام بن الحكم عن الباقر (ع) قال منكراً أتتكافي دمائكم ولا تتكافي فروجكم - هذا كله مضافا الى ما وقع من تزويج عبدالله بن عمر بن عثمان فاطمة بنت الحسين (ع) وتزويج مصعب بن الزبير اختها سكيمة وغير ذلك فلا ينبغي التوقف في جواز التزويج - هذا كله في غير الناصب والناصبية.

لا يصح نكاح المؤمنة بالناصب ولا العكس

واما نكاح المؤمنة بالناصب المعلن لعداوة اهل البيت (ع) او احدهم. وكك العكس فالظاهر انه لا خلاف في عدم جوازه وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به نصوص كثيرة قد تقدمت جملة منها لاحظ. صحيح (٣) الفضيل بن يسار عن ابي عبدالله (ع) لا يتزوج المؤمن الناصبة المعروفة بذلك. وصحيحه (٤) الاخر عنه عليه السلام قال قلت له ازوج الناصب قال (ع) لا ولا كرامة. وصحيح (٥) عبدالله بن سنان قال سألت ابا عبدالله (ع) عن الناصب الذي قد عرف نصبه وعداوته هل يزوجه المؤمنة وهو قادر على رده وهو لا يعلم برده قال (ع)

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٣-

(٢) الوسائل باب ٢٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣

(٣-٤-٥) الوسائل باب ١٠ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ١-٢-٣-

لا يتزوج المؤمن الناسبة ولا يتزوج الناصب المؤمنة ولا يتزوج المستضعف المؤمنة - ونحوها غير ها .

ثم ان الظاهر اختصاص الناصب بمن يظهر العداوة والنصب ولا يتحقق به مجرد البغض والعداوة الباطنية واما خبر (١) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال دخل رجل على علي بن الحسين عليه السلام فقال ان امرأتك الشيبانية خارجية تشتم عليا عليه السلام فان سرك ان اسمك ذلك منها اسمعتك قال عليه السلام نعم قال فاذا كان حين تريد ان تخرج كما كنت تخرج فعدوا كمن في جانب الدار قال فلما كان من الغد كمن عليه السلام في جانب الدار وجاء الرجل فكلماها فتبين ذلك منها فخلى سبيلها وكانت تعجبه - الذي استدل به صاحب الجواهر وتبعه المحقق اليزدي لتحقق النصب بمجرد البغض الباطني فلا يدل عليه - بل يشهد بخلافه قول الرجل خارجية تشتم عليا فانه يظهر منه كونها معلنة بذلك غاية الامر ان تكن مظهرة عنده عليه السلام والمعتبر هو اعلانه بذلك لا الاعلان عند من يريد التزويج .

وعلى ذلك فلا اشكال في تزويجه عليه السلام عايشة ولا في تزويجه ابنته من عثمان وتزويج الامير (ع) ابنته من عمرو وتزويج مصعب بن الزبير سكيمة بنت الحسين عليه السلام وتزويج عبيد الله بن عمر بن عثمان اختها فاطمة وغير ذلك - بل هذا كله تدل على ما اخترناه من جواز تزويج المؤمنة بالمخالف - فانهم لم يكونوا معلنين ببغض علي (ع) واولاده المعصومين في زمان التزويج وان كانت عايشة اظهرت ذلك بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وآله وعن الشهيد الثاني وفي الجواهر الظاهر ندرة ذلك اى الناصب المعلن بالعداوة في هذا الزمان او عدمه - فلا بهمننا ح تفصيل القول في ذلك - وفي سائر فرق الامامية اكثر من ذلك .

في اعتبار اليسار في الكفاة وعدمه

ثم انه وقع الخلاف في انه هل يشترط في الكفو زائدا على ما امر تمكنه من النفقة ام لا وفيه اقوال - ١ - الاشتراط نسب ذلك الى الشيخين في المقنعة والمبسوط والخلاف وابن زهرة والمصنف ره في التذكرة - ٢ - عدم الاشتراط وهو المشهور بين الاصحاب وعن الشهيد ره الاجماع عليه - وصاحب الجواهر ره نظره الى ذلك ولذا يؤول كلمات القائلين بالاشتراط الى ان مرادهم بذلك وجوب اعتبار ذلك من الولي والوكيل باعتبار المفسدة على المرأة بذلك - او وجوب الاجابة على القول به فيما لو خطب القادر على النفقة - ٣ - ان لها الخيار اذا تبين لها عدم كما عن ابني ادريس وسعيد والمصنف ره في المختلف .

وقد استدل الاول بوجوه (احدها) الآية الكريمة (١) دومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات فمما ملكت ايمانكم (وفيه) انه ليس في الآية النهي عن نكاح المحصنة مع عدم الطول بل ظاهرها الارشاد الى ان من لم يتمكن من نكاح المحصنات عليه بالامة - مع ان المراد بالطول المهر لا النفقة (ثانيها) قول النبي (٢) ^{صلى الله عليه وآله} لفاطمة بنت قيس لما استشارته وارادت النصيحة منه ان معاوية صعلوك لامال له (وفيه) ان ظهوره في الارشاد وعدم دلالة على عدم جواز التزويج واضح (ثالثها) النصوص المتضمنة ان الكفو ان يكون عفيفا وعنده يسار كخبري (٣) الهاشمي - ومحمد بن الفضل - ومرسلي (٤) ابان - والصدوق (وفيه) ان المراد بالكفو فيها هو العرفي منه كما يشهد به ذكر العفة مع انه لم يدل دليل على اعتبار هذا العنوان في صحة النكاح - وانما دل الدليل على وجوب اجابة الخاطب او استحبابها ان كان كفوا - وعلى استحباب تعجيل

(١) سورة النساء آية ٢٩

(٢) المستدرک باب ١٣٤ من ابواب احكام العشرة في السفر والحضر من كتاب الحج

حديث ٥ .

(٣-٤) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ٧-٥-٤

البنات من الاكفاء- وعلى اعتبار التساوى في الاسلام (رابعها) قاعدة (١) لاضرر حيث ان في ذلك اضرارا بالمؤونة (وفيه) ان صحة النكاح لا تكون ضريبة كي ترتفع بالقاعدة - وانما هي مستلزمة لعدم وجوب الانفاق عليها على الزوج لاعساره وهو ضررى- اضاف اليه ان وجوب الانفاق عليها لا يسقط بل يجب على وليها او المسلمين او من بيت مال المسلمين (خامسها) انه يعد نقصا عرفا لفاضل الناس في اليسار تفاضلهم في النسب (وفيه) اولا انه لانقص في عدم المال خصوصا بعد كون اولياء الله كك، وثانيا- انه لا دليل على اعتبار التساوى من هذه الجهة كما لا دليل على اعتباره من ناحية النسب بل الدليل على خلافه (سادسها) ان بالنفقة قوام النكاح ودوام الازدواج- وهو كما ترى اجتهد في مقابل النص- فاذا لا دليل على اعتبار اليسار فمقتضى العمومات عدم اعتباره وصحة نكاح من لا مال له .

ويشهد لها مضافا الى ذلك قوله (١) تعالى «ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله» والنصوص المستفيضة الامرة لذوى الحاجة بالمناكحة كصحيح (٢) هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فشكا اليه الحاجة فقال له تزوج فتزوج ووسع عليه- وخبر (٣) معاوية بن وهب عنه عليه السلام في قوله عز وجل وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله قال عليه السلام تتزوجوا حتى يغنيهم الله من فضله ونحوه ما غيرهما - والنصوص (٤) الامرة بتزويج من يرضى دينه وخلقه الدالة على عدم اعتبار غير ذلك لورود جملة منها في بيان من يزوج وما ورد في خصوص تزويج الفقراء كالصحيح (٥) الطويل المتضمن لامر النبي صلى الله عليه وسلم زياد بن لبيد الذي كان من

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب البيع

(٢) سورة النور آية ٣٣

(٣-٤) الوسائل باب ١١ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ٢-١

(٥) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه

(٦) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ١

الأشراف والموسرين تزويج ابنته الدلفاء من جويبر - وكان رجلا قصيرا دميما محتاجا عاريا وكان من قباح السودان فضمه رسول الله ﷺ لحال غربته وعريته وكان يعجز عليه طعامه صاعا من تمر وكساه شملتين - فلا ينبغي التوقف فى عدم اعتبار اليسار من النفقة ومن المهر فعلا بالفعل

واستدل لعدم لزوم النكاح اذا تبين لها عدم اليسار وان لها الخيار - بان الفقر نقص وعيب - وبان الصبر على ذلك ضرر عليها - ولكن يندفع الاول بما مر من عدم كونه عيبا - وعدم كون مطلق العيب موجبا للتسلط على الفسخ - ويرد الثانى ما تقدم من ان لزوم النكاح ليس ضروريا سيما بعد وجوب الانفاق عليها على غيره - فالأظهر عدم ثبوت الخيار لها.

وكذا لو تجدد عجز الزوج عن النفقة كما هو المشهور بين الاصحاب على ما عن المسالك وعن جماعة ثبوت خيار الفسخ لها ابتداء - او مع عدم الحاكم والافله الخيار منهم الاسكافى والفضل الهندى والمحقق الزدى ره وغيرهم (واستدل) لثبوت الفسخ بذلك - بقوله (١) تعالى «فامساك بمعروف او تسريح باحسان» وتقرىب الاستدلال به ان الخطاب بالامساك بالمعروف وان كان متوجها الى القادر عليه كما فى سائر التكاليف ولكن باطلاق المادة يستكشف عدم اختصاصه بالقادر وان كل احد مخير بين الامرين - وعليه فاذا عذر الامساك بالمعروف تعين التسريح باحسان وهذا التكليف حيث يكون لمراعاة حال المرأة يستفاد منه ثبوت حق احدا من امرين من الانفاق والطلاق لها على الزوج كما هو الشأن فى جميع التكاليف المجعولة رعاية لحق الغير كحرمة الغيبة ولذا الوصى واغتتاب لا يكفى مجرد التوبة فى رفع العقوبة عنه بل لابد من استرضاء ذلك الغير فاذا تعذر الانفاق - تعين ثبوت حق الطلاق لها عليه (وفيه) اولا نمنع كون الامساك بلا نفقة مع عدم القدرة عليها وكونها دينيا عليه من غير المعروف - وثانيا - كونه حقا بمعنى انه مع امتناعه عن الطلاق للمحاكم او لنفسها التصدى للطلاق و الفسخ لا يستفاد من

الاية - وثالثا - ان الاية الشريفة بقريئة ما قبلها وما بعدها وما ورد (١) في تفسير هامن ان المراد بالتسريح باحسان الطلاق الثالث تدل على ان الزوج بعدما طلقها مرتين مخير بين امساك المرأة بالرجوع وحسن المعاشرة على الوجه المعروف شرعا وعرفا وبين ان يطلقها بالتطليقة الثالثة ولا يراجعها حتى تنقضى عدتها وتبين عنه بانقضاء العدة - وعليه فلا ربط لها بالمقام .

وربما يستدل له بصحيح (٢) ابي بصير عن الصادق عليه السلام من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما - وصحيح (٣) ربهى و الفضيل عنه عليه السلام ان اتفق عليها ما يقيم صلبها مع كسوة والافرق بينهما - ونحوهما غيرهما - والاول يدل على ان للحاكم ذلك ويحمل غيره عليه اذ لا مفرق غيره بالاجماع فتأمل - ولكنها لا تدل على ان لها الفسخ والطلاق ولو مع عدم الحاكم - وورد صاحب الحقائق على الاستدلال بها - انها مطلقة تدل على انه على الامام ان يطلق المرأة التي لا تنفق عليها زوجها اما لعدم تمكنه او لعدم ارادة الاتفاق عليها مع تمكنه فيقيد اطلاقها - بما (٤) روى من ان امرأة استعدت الى امير المؤمنين عليه السلام على زوجها انه لا ينفق عليها زوجها وكان زوجها معسرا فابى (ع) ان يجسه وقال ان مع العسر يسرا ولو كان له الفسخ لفرقها به (وفيه) ان المرأة لم تطالبه بالطلاق او باحدا الاخرين من الطلاق او النفقة بل طالبت به بخصوص النفقة وحيث كان الزوج معسرا غير متمكن منها فابى عليه السلام ان يجسه (ولكن) ير عليها انها بعمومها تدل على عدم الفرق بين تجدد الاعسار مع الرضا به وعدمه وفي سورة سبق الفقر بين الرضا به وعدمه ومحل الكلام هو صورة التجدد مع عدم الرضا به - اللهم الا ان يقال ان الامر فيها بالتفريق لا يدل الاعلى جواز ذلك لاعلى لزومه لكونه واردا موردهم الحظر وعليه فليس في مقابل تلکم النصوص سوى دعوى الشهرة على خلافها وكونها في مثل هذه

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق

(٢-٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب النفقات حديث ١-٢

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٤ باب الزيادات في فقه النكاح حديث ٢٥

المسألة موهنة غير ظاهر - فما افاده الفاضل الهندي من ان للحاكم ان يطلقها ومع عدمه يطلقها غيره هو الاظهر بحسب الدليل لولا مخالفة الاصحاب.

فی کراهة تزویج الفاسق وعدمها

(ويكره تزويج الفاسق) كما في الشرايع والنافع والرياض و عن القواعد وغيرها بل عن المسالك لاشبهة في كراهة تزويجه حتى منع منه بعض العلماء - واستدل له بالاية الشريفة (١) « افمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستورون » وبمفهوم قوله عليه السلام (٢) اذا جئكم من ترضون خلقه ودينه فروجوه الدال على ان من لا يرضى دينه لا يزوج والفاسق كك - وبان الفاسق لفسقه حرى بالاعراض والاهانة والتزويج اكرام ومودة - وبانه لا يؤمن من الاضرار بها وقهرها على الفسق لا اقل من ميلها اليه اوسقوط محله من الحرمة عنده - وبما دل على عدم تزويج شارب الخمر ففي صحيح (٣) ابن ابي عمير عن بعض اصحابه عن ابي عبدالله عليه السلام قال رسول الله ﷺ شارب الخمر لا يزوج اذا خطب ونحوه غيره - وبالتعليل في نصوص تزويج المؤمنة بالمخالف بان المروءة تاخذ من ادب زوجها (وفي الكل نظر) اما الاية فلان نفى الاستواء لا يدل على كراهة تزويج الفاسق فليكن تزويج غيره راجحاً وتزويجه غير راجح ولا مرجوح - مع ان المراد بالفسق فيها هو الكفر بقرينة المقابلة بالايمان ولذا استدلل بها جمع على عدم جواز تزويج المؤمن الكافرة مطلقاً - واما الثاني فلان مطلق الفاسق لا يكون داخلاً فيمن لا يرضى دينه وخلقه لعدم خروجه بالفسق عن الدين وعدم كونه منافياً لحسن السجايا - مع ان تلكم النصوص في مقام بيان وجوب الاجابة أو استحبابها لو خطب فليس مفهومه الا عدم وجوبها وعدم استحبابها لا كراهة

(١) سورة السجدة، آية ١٨

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ١

(٣) الوسائل باب ٢٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ١

التزويج - واما الثالث فلانه ليس كل فاسق حرياً بالاهانة والاعراض على وجه ينافية التزويج - واما الرابع فلانه ليس كل فاسق يخاف منه الاضرار بها ومن قهرها عليه بل ربما يكون الفاسق ببعض انواعه اشد مواطبة على حليلته من غيره لثلاث تقع في ذلك الفسق - وبه يظهر ما في السادس - واما الخامس فلانه مختص بشارب الخمر والتعدي يحتاج الى دليل مفقود (فلا يظهر) ما في الجواهر من انه لا يكون مكروهاً مطلقاً - نعم - لا ريب في كراهة تزويج شارب الخمر والمخنث وما شاكل لما فيها من النصوص . ثم انه في الرياض وعن المسالك انه ذهب بعض الى المنع من تزويج الفاسق ولم يعرف صاحب الجواهر من نسب اليه المنع - وعن كشف اللثام لا يحرم اتفاقاً منا ولعلمنا العامة الا انه يمكن ان يكون من انكار الضروريات .

في نكاح الشغار

(الثانية نكاح الشغار) بكسر الشين والعين المعجمتين (باطل) بخلاف وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به جملة من النصوص كخبر (١) غياث ابن ابراهيم قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول قال رسول الله ﷺ لا جلب ولا شغار في الاسلام والشغاران يزوج الرجل الرجل ابنته واخته ويتزوج هو ابنة المتزوج واخته ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا وهذا وهذا (٢) - ومرسل ابن بكير عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام والباقر عليه السلام قال نهى عن نكاح الميراثين ليس لواحدة منهما صداق الا بضع صاحبها قال ولا يحل ان تنكح واحدة منهما الا بصداق او نكاح المسلمين - ومرفوع الجمهور عنه (ع) نهى رسول الله ﷺ عن نكاح الشغار وهي الممانحة وهو ان يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك حتى ازوجك ابنتي على ان لا مهر بينهما وحديث (٤) المناهي قال رسول الله ﷺ ونهى ان يقول الرجل للرجل زوجني

اخذك حتى ازوجك اختى فاصل الحكم فى الجملة مما لاشكال فيه و تمام الكلام بالبحث فى امور.

الاول ان هذه النصوص هل تدل على الحرمة أو البطلان أو هما معا - ام تدل على فساد المهر دون اصل النكاح - اقول غير المرسل منها ظاهر فى البطلان فان قوله لاشغار نفى للحكم بلسان نفى الموضوع فيدل على عدم صحته وقوله نهى رسول الله ﷺ عن نكاح الشغار - ايضا دال عليه لان النهى فى المعاملات بالمعنى الاعم ظاهر فى الارشاد الى الفساد لا الحرمة التكميلية - ودعوى رجوع النهى الى المهر لا الى اصل النكاح فلا يدل الا على فساد المهر - فيها - انه تعلق بالشغار وهو النكاح المخصوص - واما المرسل - فصدره ايضا يدل على الفساد واما ذيله ولا يحل الخ فالظاهر منه بقرينة الصدر الحلية الوضعية - فاذا لا دليل على حرمة سوى ما فى الجواهر من دعوى الاجماع بقسميه عليها .

الثانى هل هناك وجه آخر لفساد النكاح غير النصوص ام لا - ظاهر جمع من الاصحاب الاول - حيث استدلوا له - بانه - تعليق عقد على عقد على وجه الدور - وبانه اشتراط عقد فى عقد - وباشتراك البضع بين الامراة المجهول فى مهرها و بين الرجل الذى وقع له عقد النكاح فاشبهه نكاح الامراة من رجلين مضافا الى عدم قابلية البضع مهر (ولكن) يرد على الاول انه ليس هناك تعليق بل انما هو الزام كل منهما الآخر بالتزويج بلا مهر غير البضع الا ترى انه لو جعل المهر فى نكاح عمل خاص كتعليم القرآن لا يكون ذلك من قبيل التعليق فى العقد - و يرد على الثانى انه لا يقتضى الفساد كيف وقد صرحوا بصحة اشتراط النكاح فى النكاح بمهر معلوم - ويرد على الثالث - ان غاية ما يلزم منه فساد المهر لا النكاح - مع ان كون الانتفاع بالبضع حقا للمرأة ايضا لا ارى فيه محذورا ولا يكون شبيها بنكاح الامراة من رجلين الذى دل الدليل على عدم جوازه - فالظاهر انه لا وجه للفساد سوى النصوص الخاصة الثالث فى معنى نكاح الشغار - فى المتن (وهو جعل نكاح امرأة مهر الاخرى) ونحوه ما فى

الشرايع والمنافع والرباض والجواهر وعن القواعد وغيرها - بل هو المحكى عن الفقهاء اجمع - ويشهد به خبر غياث ومرفوع الجمهور وروايت المناهى - وفى المنجد فى تفسير مزوج كل واحد صاحبه امرأة بشرطان يزوجه اخرى بلامهر فماعن الصحاح والقاموس والمجمع من تفسيره يجعل بضع امرأة مهر اخرى يكون من قبيل تعريف الشىء بلازمة كما هو طريقة اهل الادب، ويشير اليه ما عن الجوهرى قال الشغار نكاح كان فى الجاهلية وهو ان يقول الرجل لآخر زوجنى بنتك او اختك على ان ازوجك ابنتى او اختى على ان صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى (فما) عن كشف اللثام قال والضابط ان كل نكاح جعل البضع فيه مهرا او جزئه او شرطه فهو باطل وان جعل النكاح مهرا او جزئه او شرطه فى نكاح بطل المسمى دون النكاح - غير تام - واما مرسل ابن بكير فالمراد به ان البضع هو المهر فى الواقع باعتبار كونه نتيجة العقد وثمرته وعلى اى تقدير لا ينأى فى النصوص المتقدمة فيكون كل منهما باطلا .

الرابع اذا انضم الى البضع والنكاح مال فى الجانبين كان يزوج ابنته من آخر على ان يكون مهرها نكاح الاخرى مع الف درهم مثلا - فعن القواعد وكشف اللثام بطلانه ومال صاحب الجواهر الى الصحة قال ولعل عدم كونه شغارا لا يخلو من قوة - اقول ان اكثر النصوص وان صرح فيها بان لا يكون بينهما مهر غير تزويج الاخرى الا ان حديث المناهى مطلق - فالظاهر هو البطلان .

الخامس هل الشغار اسم لنكاح الامرأتين على الوجه المزبور فالماخوذ فيه هو الدور، ام هو النكاح الذى يكون المهر فيه نكاح الامرأة الاخرى ولو بمهر غير نكاح الاولى فيتحقق ح فى واحدة دون الثانية - ظاهر الاصحاب هو الثانى - ومال صاحب الجواهر الى الاول فلا يبطل مع عدم الدور - وان قال فى آخر كلامه نعم قد يشعر ذيل مرسل ابن بكير بتحقيقه فى طرف واحد - اقول يشهد لما عليه الاصحاب مضافا الى ذيل المرسل اطلاق حديث المناهى فلو قال زوجتك بنتى على ان تزوجنى بنتك على ان يكون نكاح بنتى مهر البنتك صح نكاح بنته التى لم يجعل نكاح بنت المخاطب مهر لها وبطل نكاح بنت المخاطب اذا زوجها كك لتحقق الشغار بالنسبة اليها خاصة وكك العكس .

السادس لا يختص الحكم بالنت والاخت - كما هو مقتضى اطلاق كلمات الاصحاب وما في النصوص من قبيل التمثيل كما لا يخفى .

يجوز للرجل ان يتزوج من دونه نسبا

(الثالثة يجوز تزويج الحرة بالعبد والهاشمية بغيره والعربية بالعجمي

وبالعكس) وكذا ارباب الصنایع الدنية كالكناس بذوات الدين من العلم والصلاح والميونات وغيرهم اتفاقا الا عن الاسكافي فاعتبر فيمن يحرم عليهم الصدقة الا يتزوج فيهم الا منهم كذا في الرياض - ويشهد بذلك كله مضافا الى عموم الادلة - خصوص ما دل على ذلك كصحيح (١) الحضرمي عن ابي عبدالله عليه السلام قال ان رسول الله ﷺ زوج المقداد ابن الاسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب وانما زوجه لتضع المناكح وليتاسوا برسول الله ﷺ وليعلموا ان اكرمهم عند الله اتقاهم - وخبر (٢) على بن بلال قال لقي هشام بن الحكم بعض الخوارج فقال يا هشام ما تقول في العجم يجوز ان يتزوجوا في العرب قال نعم قال فالعرب يتزوجوا من قريش قال نعم - قال فقريش يتزوج في بني هاشم قال نعم - قال من اخذت قال عن جعفر بن محمد عليه السلام سمعته يقول اتكافي دماءكم ولا تتكافي فروجكم - وقد مر الصحيح (٣) المتضمن لتزويج جويبر الدلفاء بنت زياد بن لبيد وفيه قال رسول الله ﷺ يا زياد جويبر مؤمن والمؤمن كفو المؤمنة الى غير ذلك من النصوص الكثيرة - واما ما عن ابن الجنيد المسبوق بالاجماع والملحوق به فاستدل له بمرسل (٤) الصدوق قال ونظر النبي (ص) الى اولاد علي عليه السلام وجعفر فقال بناتنا لبنيننا وبنو البناتنا - وبما في ذيل (٥) خبر ابن شهر آشوب ان الخارجي

(١-٢) الوسائل باب ٢٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٣-١

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

(٤) الوسائل باب ٢٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٧

(٥) المستدرک باب ٢٢ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٤

خطب بنت ابي عبدالله فقال له افك لكفوفي دينك و حسبك في قومك و لكن الله تعالى صاننا عن الصدقات وهى اوساخ ايدى الناس فنكره ان نشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله له مثل ما جعل لنا - ولكن ليس فى شىء منهما ما يشهد بالحرمة - وعلى فرض لا يصلحان لمعارضة ما تضمن نكاح ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب من مقدار (١) ونكاح زينب بنت عم النبي ﷺ من زيد - سيما مع ما فى تلکم النصوص من التعليل فلا اشكال فى الحكم.

حكم اجابة خطبة المؤمن

قالوا (و يجب اجابة) خطبة (المؤمن القادر على النفقة)

وان كان اخفض نسبا - وقيد بعضهم بما اذا لم يكن ممن يكره مناكرته وعن كشف اللثام زيادة ولم يعلم فيه شىء من المسلمات على الفسخ ولم ياب المولى عليها و اضاف الشهيد الثانى عدم قصد العدول الى الاعلى مع وجوده بالفعل او القوة - واستدل لاصل الحكم - بالنصوص (٢) الدالة على انه اذا جائكم من ترضون خلقه ودينه فزوجه الا تفعلوه تكن فتنة فى الارض وفساد كبير - وبما (٣) عن الحلبي روى انه اذا خطب المؤمن الى غيره بنته وكان عنده يسار بقدر نفقتها وكان ممن يرضى افعاله وامانتها ولا يكون مرتكباً لشيء ما يدخل به فى جملة الفساق وان كان حقيراً فى نسبه قليل المال فلم يزوجه اباه اكان عاصياً لله تعالى مخالفا لسنة نبيه - اقول لا اشكال فى اختصاص النصوص بالبالغة بقرينة قوله ﷺ الا تفعلوه الخ و حيث لا ريب فى اعتبار رضاها وعدم كون الاختيار بيد الولي العرفي فالتكليف بالتزويج ان كان متوجها اليه يكون تكليفاً بما لا يطاق - فلا محالة يكون المراد - بالامر بالتزويج فيها عدم امتناع الولي العرفي

(١) الوسائل باب ٢٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث - ١٠

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه

(٣) السرائر ص ٢٩٥ باب الكفاية فى النكاح

بعد فرض رضا المخطوبة وعلى ذلك يحمل مرسل الحل - فان قيل - انه تجب الاجابة على المخطوبة نفسها - قلنا انه خلاف ظاهر النصوص فان المأمور فيها الاولياء مع انه مناف للسيرة المستمرة وللنصوص الدالة على اعتبار رضاها - و بالجملة - المستفاد من النصوص انه لا يجوز امتناع الاولياء عن تزويج البنات اذا جائهم خاطب يرضى دينه وافعاله من حيث عدم الكفاية في الحسب والنسب والشرف والعظمة كما كان معمولاً في الجاهلية ثم انه ليس في شيء من النصوص غير المرسل اعتبار اليسار - والاصحاب قيدوه به - وعلى ما ذكرناه في معنى الاحاديث لا يعتبر اليسار ايضا اذ لا وجه له سوى نفى الضرر وتزويج البنت بالمعسر لا يكون ضرراً على الولي كى يرفع وجوبه بدليل نفى الضرر فتدبر فانه يمكن ان يكون التقييد لاجل المرسل.

التعريض بالخطبة لذات البعل وذات العدة

الرابعة صرح الاصحاب بانه لا يجوز التعريض بالخطبة بالكسر - لذات البعل والذات العدة الرجعية من غير الزوج - ويجوز التعريض للمطلقة ثلاثاً في العدة من الزوج وغيره ولا يجوز فيها التصريح لها منه ولا من غيره - اما المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان فلا يجوز التعريض لها من الزوج في غير العدة فضايعها ولا يجوز التصريح في العدة منه ولا من غيره - واما المعتدة البائدة فيجوز التعريض من الزوج ومن غيره - والتصريح من الزوج في العدة دون غيره .

اقول اما عدم جواز التعريض بها لذات البعل وبحكمها ذات العدة الرجعية فيشهد به الاجماع الذي حكاها جماعة مضافاً الى منافاته لاحترام العرض المحترم كالمال والدم - ومن افساد المرثية على زوجها الذي ربما ادى الى سعيها بالتخلص منه ولو بقتله كما وقع لعدة زوجة الامام الحسن بن علي عليهما الصلاة والسلام لما اعداها معاوية بان يزوجه من يزيد لعنهما الله .

واما بقية الاحكام فقد استدلت لها بالاية الكريمة (١) ولا جناح عليكم

فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكنتم في انفسكم علم الله انكم ستذكر ونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ، وهى وان كانت فى ذيل آية . عدة الوفاة الا انها لا تختص بها فهى تدل على عدم جواز التصريح بالخطبة ممن يجوز له التزويج بعد العدة اذ لو جاز لقال ولا جناح عليكم فى خطبة النساء فالتخصيص بخصوص التعريض يستكشف منه عدم جواز التصريح . واما التعريض بها وهو ما يفهم السامع المراد من غير تصريح فان كان من قبيل المواعدة سرا فلا يجوز وان كان من قبيل القول المعروف وهو الخطبة بعد انقضاء العدة فيجوز ثم ان الآية وان اختصت بذات العدة ولكن يفهم منها حكم ذات البعل بالاولوية فان النهى عنها انما هو لاحترام الزوج .

ولكن يرد عليه اولا - انها لا تدل على حكم التصريح الاعلى القول بثبوت المفهوم للوصف وما شاكل ولا نقول به مع ان كون التعريض بمعنى التلويح المقابل للتصريح غير معلوم بل قد يقال ان استعماله فى هذا المعنى حادث من علماء اللسان - وثانيا - ان كونه لاحترام الزوج غير ثابت فلا يفهم منها حكم ذات البعل - وثالثا - ان الآية تدل على جواز التعريض بالخطبة بالقول المعروف والمنهى عنه خصوص المواعدة السرية - وهى على ما يظهر من مقابلتها بالقول المعروف ومن النصوص المفسرة للآية ان يقول لها موعدك بيت فلان ويعرض لها بالرفث وما يستهجن ويعمد من الفحش ويكون منافيا للحياء كان يقول لها انا كثير الجماع وامثال ذلك مما تنزجر عنها العقائف وعبر عنها بالسر لانه مما يسره قال الفرزدق - مواعع للاسرار الامن اهلها - و يخلفن ما ظن الغيور التفشف - يعنى انهن عقائف يمنعن عن الجماع الامن ازواجهن وح يكون سرا - مفعولاه - وهو المنهى عنه دون القول المعروف وهو التعريض للخطبة على وجهها وحلها ففى خبر (١) على بن ابي حمزة سئلت ابا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل ولكن لا تواعدوهن سرا قال يقول الرجل او اعدك بيت آل فلان يعرض لها بالرفث ويرفث

يقول الله عز وجل الا ان تقولوا قولاً معروفاً والقول المعروف التعريض بالخطبة على وجهها وحلها ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله - وفي خبر (١) العياشي عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام في هذه الآية المروءة في عدتها تقول لها قولاً جميلاً ترغبها في نفسك ولا تقول اني اصنع كذا واصنع كذا القبيح من الامر في البضع وكل امر قبيح - وفي خبر (٢) مسعدة بن صدقة عنه عليه السلام في قوله تعالى الا ان تقولوا قولاً معروفاً - يقول الرجل للمروءة وهي في عدتها يا هذه ما احب الي ماسرك ولو قد مضى عدتك لاتفتويني ان شاء الله فلا تسبقيني بنفسك وهذا كله من غير ان تعزموا عقدة النكاح - وفي صحيح (٣) الحلبي عنه عليه السلام و يعنى بقوله الا ان تقولوا قولاً معروفاً التعريض بالخطبة ولا يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله - وفي خبر (٤) ابن سنان عنه عليه السلام قال فقلت فقوله الا ان تقولوا قولاً معروفاً قال عليه السلام هو طلب الحلال من غير ان يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله .

فالمتحصل مما ذكرناه ان المستفاد من الآية والنصوص جواز التعريض بالخطبة والتصريح بها في العدة من الزوج وغيره بالقول المعروف الحسن - و عدم جواز التعريض بها بما ينافي في الحياء وبعد من الفحش - فاذاً لادليل على تلکم الاحكام سوى الاجماع و ثبوته غير معلوم وعلى فرضه كونه تعبدية غير ثابت فلا دليل على المنع - والاحتياط سبيل النجاة (ثم انه) على القول بالمنع لو عصى وصرح بالخطبة لا يحرم نكاحها بعد انقضاء العدة لان عصيان ذلك لا يوجب حرمة النكاح كما لا يخفى.

ثم ان المحكى عن الشيخ ره في بعض كتبه والشهيد في الممعة - انه اذا خطب منها فاجابته هي او وليها او وكيلها حرم على غيره خطبتها - واستدل له بقوله (٥) (مر) ولا يخطب احدكم على خطبة اخيه وبحرمة - الدخول في سوم المؤمن الذي منه ذلك

(١) ٢-٣-٤ الوسائل باب ٣٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦-٧-٢-١

(٥) التذكرة ج ٢ ص ٤٧٠ - الجامع الصحيح ج ٣ ص ٢٢٠

لقولهم عليه السلام فى جملة من النصوص (١) الواردة فى جواز النظر الى من يريد تزويجها انما هو مستام - وبان - فيه ايداء المؤمن واثارة الشحنة - وبوجوب الاجابة عليها (ولكن) الخبر ضعيف - ومنع كونه مستاماً حقيقة لعدم شراء المرأة - ومنع حرمة الدخول فى السوم - وعدم كونه ايداء للمؤمن واثارة الشحنة مطلقاً - نعم - ان حصل لاباس بالقول بالحرمة - وقد مر عدم وجوب الاجابة - مع انه لا يمنع من اجابة الاخر خصوصاً اذا رجع على الاول بزيادة ركونها اليه - فاذاً لادليل على الحرمة.

وفى الرياض دعوى الاجماع على كراهتها واستدلاله بالخبر - لقاعدة (٢) التسامح ولكنها مختصة بالمستحبات ولا تشمل المكروهات فان ثبت الاجماع ولم يكن مستند المجمعين ما ذكر يلتزم بها والا فلا - وعلى فرض القول بالمنع لو خطب وتزوج كان العقد صحيحاً لان النهى لم يتعلق بالعقد بل بالخطبة. وان قيل - ان الموجب لازية المؤمن واثارة الشحنة هو العقد لا الخطبة المجردة فلو كان المدرك ذلك لازم البناء على البطالان - قلنا - ان النهى التحريمى النفسى عن المعاملة بالمعنى اعم لا يدل على الفساد كما حقق فى محله - وانما الدال عليه هو النهى الارشادى - وفى المقام لا يكون ارشادياً قطعاً كما هو واضح - فالأظهر عدم الفساد.

فى المتعة

(الفصل الرابع فى المتعة) ولا خلاف بين المسلمين كافة فى انها شرعت فى صدر الاسلام وقد افقت الشيعة على بقاء حلية المتعة - ووافقهم جمع من الصحابة كابن مسعود وابن عباس وابى سعيد وابى بن كعب وجابر - بل عن جابر عن جميع الصحابة مدة رسول الله ﷺ وابى بكر وعمر الى قرب آخر خلافة عمر - والتابعين كطاوس وسعيد بن جبيرة وعطاء وسائر فقهاء مكة وغيرهم ونسب شيخ الاسلام المرغيانى القول

(٢) الوسائل باب ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح

(٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمة العبادات

بجواز المتعة الى مالك. ونسب ابن كثير ذلك الى احمد بن حنبل عند الضرورة.
و كيف كان فيشهد لمشروعيتها.. الاية الشريفة (١) «فما استمتعتم به منهن
فأتوهن أجورهن» وقد توارثت النصوص عن الطريقتين على ان المراد بها - هو
التمتع بالنساء بنكاح المتعة - كما ان علماء الفريقين متفقون على ذلك الا ما عن
الحسن - وعليه فلا يهملنا البحث في دلالة الاية على ذلك وعدمها - وقد استدلوا على
رفع اباحتها بوجوده.

الاول- ان قوله تعالى (٢) «والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او
او ما ملكت ايما نهم» يكون ناسخا لاية الحل- نظرا الى ان المتعة ليست ملك يمين
ولا زوجية لان المتمتع بها لا ترث ولا تورث ولانها تبين بغير طلاق ولا لعان ولاظهار
ولا ايلاء ولا نفقة ولا قسم وانتفاء لوازم الزوجية عنها يقتضى انتفاء الملزوم فاذا لم تكن
زوجة كانت من العدوان المحرم بمقتضى الاية (و فيه) اولا ان دلالة الاية لو تمت
لكانت بالعموم فيخصص بالاية المتقدمة عمومها - لان الخاص يقدم على العام لان
العام ينسخه- وثانيا- منع كون الامور المذكورة من اللوازم التى لاتنفك عن الملزوم
للزوجية وقد ثبت ان الكافر لا يرث المسلم وان القاتل لا يرث المقتول - والابانة
تحصل بغير الطلاق فى المرتدة والامة المبيعة وما لو كان الزوج فيه عيب من احد
العيوب المنصوصة - وثبت ان النفقة تسقط بالنشوز والزوجية باقية وعدم اللعان والظهار
والايلاء من جهة اشتراطها بالدوام لان تمام موضوعها الزوجية.

وبذلك ظهر اندفاع كون الناسخ قوله تعالى (٣) «ولكم نصف ما ترك ازواجكم،
نظرا الى ان المتمتع بها لا ترث ولا تورث- وجه الاندفاع- ان ما دل على نفى التوارث
فى نكاح المتعة يكون مخصصا لاية الارث.

الثالث انها منسوخة بقوله تعالى (٤) «يا ايها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدنهن»

نسب النحاس ذلك الى ابن عباس (وفيه) انه ان كان منشأ توهم النسخ انه لاطلاق في نكاح المتعة فيرد عليه انه ليس في الآية تعرض لبيان مورد الطلاق - وان كان من جهة كون عدة المتعة اقل فيرد عليه ان الآية لا تدل على ازوم كون عدة النساء على نحو واحد.

الرابع انه قد نسخت الآية الشريفة في زمان رسول الله ﷺ ورووا في ذلك روايات (وفيه) اولاً ان تلکم النصوص معارضة بروايات اهل البيت ﷺ المتواترة الدالة على اباحتها وانه لم ينف عنها النبي ﷺ - وثانياً - انها - معارضة بنصوص كثيرة مروية في كتب اهل السنة من صحيحى المسام والبخارى و مسند احمد وسنن البيهقي وغيرها الدالة على حلية المتعة في الازمنة الاخيرة من حياة رسول الله ﷺ الى زمان من خلافة عمر - واليك بعض تلکم الاخبار - في مسند احمد ج ٤ - ص ٣٣٦ روى عمران ابن حصين قال نزلت آية المتعة في كتاب الله تبارك وتعالى وعملنا بها مع رسول الله ﷺ فلم تنزل آية تنسخها ولم ينف عنها النبي ﷺ حتى مات - وذكر هذه الرواية في صحيح مسلم ج ٤ - باب جواز التمتع ص ٤٨ مع زيادة - ثم قال رجل برأيه ماشاء - و رواها مع هذه الزيادة الرازي في تفسيره الآية الكريمة - وفي صحيح البخارى ج ٦ باب ما يكره من التبتل والخصاء ص ١١٩ - روى عبدالله بن مسعود قال كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس معنا نساء قلنا الاستخصى فيها ناعن ذلك ثم رخص لنا ان نسلخ المرثة بالشوب الى اجل ثم قرأ عبدالله يا ايها الذين امنوا لا تحرموا ما احل الله لكم ولا تمتدوا ان الله لا يحب المعتدين - وقراءة هذه الآية منه صريحة في ان تحريم المتعة لم يكن من الله و رسوله الى غير تلکم من الاخبار - وثالثاً - انه لو كان رسول الله ﷺ نهى عن المتعة لما نسبته عمر الى نفسه - وقد روى ابو نضرة عن جابر في حديث قال تمتعنا مع رسول الله ﷺ ومع ابي بكر فلما ولي عمر خطب الناس فقال ان رسول الله ﷺ هذا الرسول وان القرآن هذا القرآن و انهما كانتا متعتان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وانا انهى عنهما و اعاقب عليهما احدهما متعة النساء راجع سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٦ - و رواه ابو صالح كاتب الليث في نسخته والطحاوى - وقال البيهقي اخرجه مسلم من وجه آخر

عن همام - فالمتحصل - ان النبي ﷺ لم ينه عنها - ولا نزل بحرمتها الكتاب الخامس - ان عمر كان مجتهدا فنهى عنها لما رأى في ذلك من المصالح (وفيه) ان الاجتهاد في مقابل النص لا يجوز ويضرب على الجدار - فان قيل انه نهى عنه بعنوان الولاية والحكومة - قلنا اولا - لان سلم حكومته وولايته - وثانيا - انه لو كان مفيدا فانما هو في زمان حياته لافي هذه الازمنة وثالثا - انه لا ولاية له في تغيير الاحكام فقد قال الله تعالى (١) «يا ايها الذين امنوا لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم» وقال ايضا (٢) «وما كان امؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله امرا ان يكون لهم الخيرة من امرهم».

فالمتحصل انه لا اشكال في حلية المتعة - بل هي من المستحبات لمادل عليه من النصوص الكثيرة راجع الوسائل باب ٢ - و٣ - من ابواب المتعة - نعم يكره ذلك مع الغنى عنها واستلزامها الشنعة او فساد النساء راجع الوسائل - باب ٥ من ابواب المتعة -

في صيغة عقد الانقطاع

وكيف كان فالنظر فيه يستدعي بيان اركانه واحكامه - اما اركانه فاربعة - الاول الصيغة واعتبارها مما لا خلاف فيه بل عليه الاجماع وقد تقدم في عقد النكاح تنقيح القول في ذلك وانه هل يكفي في انشائه الفعل ام لا - وقد مر هناك استدلال بعضهم على تحققه بالفعل - برواية وبينا ما فيها .

(و يشترط فيها الايجاب و القبول من اهله) لانها من المتعود وما ذكرناه

(١) المائدة آية ٨٨

(٢) الاحزاب آية ٣٣

في تلك المسألة من ما يعتبر في الصيغة وما لا يعتبر فيها من الماضوية والعربية وتقدم الایجاب على القبول وما شاكل - يظهر حكم المقام فلا حاجة الى الاعداء - نعم - في المقام ذهب جمع من من منع من الایجاب والقبول بغير الماضى - الى جواز الانشاء بالاستقبال في المقام لدلالة طائفة من النصوص عليه - كخبر (١) ابان بن تغلب قلت لابی عبد الله عليه السلام كيف اقول لها اذا خلوت بها قال عليه السلام تقول اتزوجك متعة على كتاب الله سنة نبیه - الى ان قال فاذا قالت نعم فقد رضيت وهى امراتك وانت اولى الناس بها ونحوه غير موهى تدل على جواز تقدم القبول على الایجاب .

وقد يقال كما عن المحقق الزيدى بان النكاح المنقطع ليس كالدائم في كونه من الموضوعات العرفية بل هو من المستنبطة ولذا كثر السؤال عن كيفية تنه عن الاثمة عليها السلام ولم يستل عن كيفية الدائم فلا اطلاق لادلتها كى يرجع اليه عند الشك في اعتبار شى عشط او شرط فى سببینه لحصول الزوجية فاذا شك فى دخل شى فى الصيغة ولم يدل دليل على عدم اعتباره لابد من البناء على اعتباره اخذاً بالقدر المتيقن (وفيه) اولاً انه لا يعتبر فى التمسك بالاطلاق كون الموضوع من الموضوعات العرفية - بل حيث يكون المتعة وسائر المعاملات بالمعنى الاعم من مقولة المعنى لا اللفظ وهى اسم لاعتبار الزوجية الموقنة فيتمسك باطلاق دليل المشروعية وهى الاية الشريفة المتقدمة والنصوص الكثيرة - كصحيح (٢) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام فى جواب من قال له ما تقول فى متعة النساء - احلها الله فى كتابه وعلى سنة نبیه فهى حلال الى يوم القيامة ونحوه غيره - بتقريب ان لادلة المشروعية كما يكون اطلاقاً افرادياً وتدل على مشروعية كل فرد من افراد المتعة فى كل زمان كانت الزوجة كفوا للزوج نسباً مثلاً لم يكن وغير ذلك من الخصوصيات كك لها اطلاق احوالى - تدل على امضاء كل فرد من افراد المتعة فى جميع حالاتهاى سواء ابرزت بالعربى او بالفارسى او بغيرهما وكذا بالنسبة الى سائر الخصوصيات ولازم ذلك امضاء كل مظهر - ويمكن التمسك

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب المتعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب المتعة حديث ٤

بالاطلاق المقامى لها بتقريب ان اشارة الاقدس شرع المتعة والمعاملات منها هذه عند
العرف مظهرات ولو كان المعتمد فيها مظهر خاص كان عليه البيان وحيث لم يبين فيستكشف
ايكالا ذلك الى العرف. وثانيا - ان النكاح المنقطع ليس شيئا وراء النكاح غاية الامر دل
الدليل على ان هذا ايضا من احاد اقسام النكاح فيتمسك باطلاق ادلة امضاء النكاح لدفع
ما يشك في دخله فيه - وعليه - فكل ماشك في دخله في الصيغة يبنى على عدم اعتباره فيها
الامادل الدليل عليه وعلى هذا فجميع ما ذكرناه في صيغه عقد الدائم تجرى في المقام .

بيان محل المتعة

الركن الثاني المحل - ويشترط فيه اذا كان الزوج مسلما ان تكون الزوجة
مسلمة او كتابية كاليهودية والنصرانية والمجوسية - واما المسلمة مؤمنة كانت او غير
مؤمنة فلا تتمتع الا بالمسلم وقد تقدم الكلام في ذلك كله في مسألة نكاح الكتابية
فراجع .

انما الكلام في المقام في انه قديتهم عدم جواز التمتع بغير المؤمنة بالمعنى
الاخص - ومن غير المؤمن - وبعبارة اخرى يعتبر هنا الكفاية في الايمان لما دوى (١)
في الفقيه مرسل عن الرضا عليه السلام - المتعة لا تحل الا لمن عرفها وهي حرام على من
جهلها - بدعوى ان المراد بالعرفان بالمتعة والجهل بها هو العرفان والجهل بمشروعيتها
فيكون المراد بالعارف المؤمن وبالجاهل المخالف فيدل الخبر على انه لا يجوز تمتع
المؤمن بالمخالفة والمخالف بالمؤمنة - لان الحرمة والفساد من طرف يستلزم الحرمة
والفساد من الطرف الاخر لان العقد لا يتبع بعض صحة وفساد بالنسبة الى المتعاقدين (وفيه)
اولا - ان كون المراد من المحلية والحرمة الوضعيتين غير معلوم ولعل المراد بهما
التكليفيتين والتفكيك في الحرمة التكليفية بين المتعاقدين لامانع عنه - وثانيا - ان
كون المراد بالعرفان والجهل بها - العرفان بمشروعيتها والجهل بها الملازمين للمؤمن

و المخالف غير معلوم - ولعل المراد بهما العرفان بحقيقتها وانها نوع من النكاح والجهل بها فتدلح على عدم جواز تمتع العالم بها بالجاهلة بها وكذا العكس من غير فرق بين كونهما مؤمنين او مخالفين او مختلفين - ولعل السرفيه ح عدم انشاء الزوجية من احد الطرفين - وثالثا - ان الاصحاب اعرضوا عنه - ورابعا انه يعارضها نصوص كخبر (١) محمد بن العيص عن ابي عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال عليه السلام نعم اذا كانت عارفة قلنا فان لم تكن عارفة قال فاعرض عليها وقل لها فان قبلت فتزوجها وان ابت ان ترضى بقولك فدعها - وخبر (٢) محمد بن اسماعيل عن الرضا عليه السلام عن المتعة فقال لا ينبغي لك ان تتزوج الا بمؤمنة او مسلمة - ونحوهما غيرهما فتأمل - وكيف كان فلا اشكال في جواز التمتع بالمخالفة بل وفي جواز تمتع المخالف بالمؤمنة على ما مر .

وقد يتوهم عدم جواز التمتع بالمؤمنة - لقول الصادق عليه السلام (٣) في المرسل المرفوع لا تمتع بالمؤمنة فتدلها - وهو فاقد لشرائط الحجية ومعرض عنه عند الاصحاب قال الشيخ ره بعد ذكر الخبر هذا شاذ ويحتمل ان يكون المراد به اذا كانت المرثة اهل بيت الشرف يلحق اهلها العار ويلحقها الذل ويكون ذلك مكروها .

في اعتبار ذكر المهر في عقد المتعة

الركن الثالث - المهر (و) يشترط في صحة عقد المتعة خاصة (ذكر المهر) بلاخلاف - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - واستدل له في الرياض بالاجماع - ويشهد به نصوص مستفيضة كصحيح (٤) زرارة عن الصادق عليه السلام لا تكون متعة الا بامر من اجل مسمى واجرمسمى - وصحيح (٥) الهاشمي عنه عليه السلام عن المتعة فقال عليه السلام مهر معلوم الى اجل معلوم ونحوهما غيرهما - ثم ان تمام الكلام في المقام بالبحث في فروع .

(١-٢-٣) الوسائل باب ٧ من ابواب المتعة حديث ١-٢-٣

(٤-٥) الوسائل باب ١٧ من ابواب المتعة حديث ١-٢

الاول قالوا يشترط فى المهر اذا كان عيناً ان يكون مملوكا المتمتع فلو كان مملوكا غيره لم يصح العقد (واستدل) لذلك بان المهر عوض البضع ولا بد ان يخرج العوض عن ملك من يدخل فى ملكه المعوض لاعتن ملك غيره والا لم يتحقق المعاوضة وتوضيحه على ما عن القواعد ان المعاوضة من المعانى النسبية المتعلقة فلا بد وان تكون العوضية فى شىء فاذا كانت المعاوضة فى الملكية فلا بد من قيام كل من العوضين مقام الاخر فى الاضافة الملكية لصاحبها ومقتضى ذلك انتقال كل منهما الى مالك الاخر وعليه فيمتنع ان يملك البضع بمال غيره كما صرح فى الجواهر بالنتيجة (واورد) عليه المحقق اليزدى ره بان المتعة ليست من العقود المعاوضة لعدم مساعدة العرف والاعتبار عليه اذ لا يعد البضع الا عندهم (وفيه) انه فى المتعة وان لم يملك المتمتع البضع ولا يصير مملوكا له ولكن يملك منفعته وانكار كونه مالا غريب اذ ليس المال الا ما يبذل بازائه الشىء لمافيه من المنفعة العائدة الى الانسان ويحتاج اليه بحسب فطرته من الماكول والمشروب والملبوس وما شاكل او ما يعتبر له العالمة كالتقود ولا ريب فى كون البضع من هذا القبيل - نعم - لا يجعل العوض والمهر بازاء ملكية البضع بل بازاء تملك منفعته - ولذلك قال (١) ابو جعفر (ع) - وانما هى مستاجرة - وفى خبر آخر (٢) وهذه مستاجرة - وايضاً فى الآية الكريمة فاتوهن اجورهن (والحق) ان يورد عليه بان عنوان المعاوضة ليس موضوعا للاثرو لم يؤخذ فى الدليل بل الماخوذ فيه عنوان الاجر كما فى النصوص المتقدمة و عليه فلا مانع من جعل الاجر من كيس غير المتمتع المالك لمنفعة البضع اذا نازن - وعليه فلا يعتبر كونه مملوكا للمتمتع ويترتب عليه جواز كونه كلياً فى ذمة شخص وان لم يكن المتمتع مالكا لمافى ذمته .

(١) الوسائل باب ٤٣ من ابواب المتعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢٦ - من ابواب المتعة حديث ١

في جعل الحق مهرا

الثاني هل يصح جعل الحق القابل للنقل عوضا ومهرا ام لا وجهان - اظهرهما الاول لاطلاق الأدلة بل يصح جعل عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه مهرا فانه وان لم يكن ملكا لكنه مال لكونه مما يرغب اليه ويعمل النوع اليه (ودعوى) ان المالية صفة وجودية لا بد لها من محل والعمل المعدوم لا يكون محلها - وايضا لو كان مالا وصاحبه زامال لتعلق به الاستطاعة اذا كان قادرا على عمل يكون عوضه مما يتحقق به الاستطاعة وخرج عن كونه فقيرا - وايضا لو كان مالا لكان حابسه ضامنا (مندفعة) بان المالية من الامور الاعتبارية وهي تقوم بمحل يكون موجودا تقديرا بتبع وجود الحر العامل القادر عليه - والاستطاعة تتوقف على الملكية وهو حيث لا يكون ملكا وان كان مالا لا يتحقق به الاستطاعة - نعم - يخرج صاحبه عن كونه فقيرا التسلمه على تملكه للغير - ولذلك بنينا على عدم جواز اعطاء الزكاة والخمس لمن يقدر على الاكتساب - وعدم الحكم بضمان حابسه انما هو من جهة ان الضمان يتوقف على سبب وهو - اما الاتلاف - أو اليد أو الاستيفاء وشيء منها لا يكون في المقام - اما الاول فلعدم كون عمل الحر مالا له كى يشمل من اتلف مال الغير - واما الثاني فلعدم كونه تحت الاستيلاء واليد لا بنفسه ولا بتبع الاستيلاء على الحر - واما الثالث فواضح - فالأظهر كونه مالا ويصح جعله مهرا - ودعوى - ان النصوص منصفة عن ذلك لعدم تعارف جعله عوضا - مندفعة - بان الانصراف الناشئ عن قلة وجود فرد لا يصلح مقيدا لاطلاق الأدلة .

وهل يصح جعل اسقاط الحق القابل له دون النقل - كحق الشفعة والخيار - مهرا - الظاهر ذلك لاطلاق الأدلة (فان قيل) ان الاسقاط بما انه فعل من الافعال نظير الخياطة ويكون معنى حرفيا غير قابل لان يتمول الا باعتبار اثره واثره في المقام هو السقوط وهو غير قابل للمملوكية لعدم كونه من الافعال (قلنا) ان نفس الاسقاط وان كان معنى حرفيا لا يتمول الا انه لامانع من صيرورة الحق الذي يسقط سببا

وواسطة فى قابلية اسقاطه للممول وللملكية ونظير ذلك ان العلم بنفسه لا يملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به (فان قيل) ان الاسقاط وان كان هالا - الا انه لا ينتقل الى المتمتع بها ويعتبر فى المتعة صيرورتها مالكة اما يجعل عوض بضعها (قلنا) لم يدل دليل على ذلك بل غاية ما يدل على الدليل انه لا بد وان يكون للبضع عوض فليكن الاسقاط والسقوط بنفسه عوضا - نظير بيع الدين على من هو عليه حيث ان البيع هناك لا يفيد الاسقاط فكك فى المقام .

فى اعتبار كون المهر معلوما

الثالث قالوا ويشترط فى المهر ان يكون معلوما اما بالكيل للمكيل او الوزن للموزون او العدد للمعدود. وهذا ما لا كلام فيه اذ يشهد به مضافا الى اتفاقهم قوله ^(١) فى صحيح الهاشمى المتقدم مهر معلوم الى اجل معلوم - انما الكلام فيما ذكره من انه تكفى المشاهدة فى جميع الموارد حتى فى الموارد التى لا يكتفى بها من المعاملات الاخر واذن الى بعضهم من كفاية التوصيف بل اللمس أو الذوق أو ما شاكل - واورد عليهم سيد المدارك وصاحب الحقائق ره بانه لا وجه له - اقول ليس فى النصوص سوى اعتبار كون المهر معلوما وهذا يصدق على ما لو كان معلوما بالمشاهدة ونحوها - ولا دليل على اعتبار كون المكيل كيله معلوما وكذا الموزون والمعدود وانما نلتزم بذلك فى البيع للنصوص الخاصة بالدالة عليه المفقودة فى المقام (فان قيل) انه يلزم من عدم العلم بالكيل او الوزن او العدد - الغرر، وقد نهى عنه (قلنا) اولا انه لا يلزم الغرر مع المشاهدة. وثانيا ان دليل نفي الغرر مختص بالبيع - وما عن (١) المصنف ره من انه نهى (ص) عن الغرر - غير ثابت فتأمل (وبالجملة) فكما ان عدم معرفة كيل الموزون ووزن المكيل والمعدود لا ينافى كونه معلوما من جهة معلومية الكيل او الوزن او العدد كك لا ينافى عدم معرفة شىء منهما مع كونه معلوما من حيث المشاهدة - ويؤيد ما ذكرناه النصوص (٢) الدالة على الاكتفاء

بنحو الكف من البر او السويق ونحو ذلك فانه يستكشف منها عدم اعتبار معلومية الكيل او الوزن.

يعتبر ذكر الاجل في عقد المتعة

الركن الرابع - الاجل (ولا بد فيه من ذكر الاجل) والابطل - اى لم يكن عقد متعة - بلا خلاف بل في الجواهر اجماعا بقسميه وفي الحدائق اجمع الاصحاب على ان ذكر الاجل شرط في صحة نكاح المتعة - ويشهد به النصوص منها ما تقدم في المهر ومنها ما سيحى في طى الفروع الاتية.

ثم انه يعتبر ان يذكر الاجل (المعين) المحروس من الزيادة والنقصان فلا يجوز ان يكون كليا كشهرك من الشهور ولا غير محروس من الزيادة والنقصان كقدوم الحاج بلا خلاف بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه - ويشهد به مضافا الى ذلك - والى اعتبار كونه معلوما كما في صحيح الهاشمي المتقدم - واعتبار التسمية كما في صحيح زراة المتقدم - جملة من النصوص - كخبر (١) ابان بن تغلب قلت لابي عبدالله عليه السلام كيف اقول لها اذا خلوت بها قال عليه السلام تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوما وان شئت كذا وكذا سنة الحديث - وخبر (٢) هشام بن سالم قلت كيف يتزوج المتعة قال يقول اتزوجك كذا وكذا يوما بكذا وكذا درهما - وخبر (٣) محمد بن اسماعيل عن الرضا عليه السلام قال قلت له الرجل يتزوج المرأة متعة سنة او اقل او اكثر قال عليه السلام اذا كان شيئا معلوما الى اجل معلوم - قال قلت وتبين بغير طلاق قال عليه السلام نعم - وخبر (٤) هشام عن الصادق عليه السلام في حديث قلت اصلحك الله فكيف اتزوجها قال (ع) ايا ما معدودة بشيء مسمى مقدار ما تراضيتم

(١-٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب المتعة حديث ١-٣

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب المتعة حديث ١

(٤) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المتعة حديث ٣

به الحديث - وحسن (١) بكار بن كردم قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يلقي المرثة فيقول لها زوجينى نفسك شهرا ولا يسمى الشهر بعينه ثم يمضى فيلقاها بعد سنين فقال له شهره ان كان سماه فان لم يكن سماه فلا سبيل له عليها - ومضمر (٢) زرارة قلت له هل يجوز ان يتمتع الرجل من المرثة ساعة او ساعتين - فقال الساعة والساعتان لا يوقف على حدهما - اى العرفية لالنجومية - وبعبارة اخرى الساعة لا يراد بها المقدار من الزمان المحدود بحد خاص يعلم بالالة المعدة لذلك بل هو مقدار قليل من الزمان وهو غير محدود .

وهل يكون له تقدير فى جانب القلة والكثرة ام لا - المشهور بين الاصحاب انه لا تقدير له فى شىء من الجانبين وقد صرح غير واحد بالتعليق على ما شاء امن الاجل وراضيا عليه وعن الشهيد الثانى والفاضل الهندى وغيرهما التصريح بجواز تقدير الاجل فى الكثرة بوقت طويل يعلم بعدم بقائهما اليه - وبتقديره فى القلة بلحظة وعن الوسيلة تقدير الاقل بما بين طلوع الشمس والزوال - يشهد لما هو المشهور مضافا الى العمومات التصريح به فى بعض النصوص كخبير (٣) محمد بن مسلم عن ابي عبدالله (عليه السلام) عن المهر فقال (عليه السلام) ما راضيا عليه الى ما شاء من الاجل - وخبر ابان المتقدم وتسمى من الاجل ما راضيتما عليه قليلا كان او كثيرا ونحوهما غيرهما (واورد) فى الجواهر على ما فى المسالك و كشف اللثام من جوار تقدير الاجل بوقت يعلم بعدم بقائهما اليه - بان المنساق من النصوص الواردة فى المشروعية وفى اعتبار الاجل فيها غير ذلك خصوصا بعد عدم جواز مثله فى الاجارة المشبه بها المتعة - ضرورة عدم قابليتها للاستمتاع فلا وجه لانشاء تملكه و تملكه بالعوض بل هو شبه المعاملة السفهائية بل لا ريب فى عدم مراعاة مثله فى التوزيع لعدم تحقق حبس المنفعة فيه المقضى للتوزيع

(١) الوسائل باب ٣٥ من ابواب المتعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب المتعة حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب المتعة حديث ٣

(وفيه) انه لا يعتبر القابلية للاستمتاع فى جميع الزمان الذى ثبتت المتعة فيه وليس هناك تملك وتملك بالعوض انشاءً بل المنشأ هو الزوجية وانها مالكية المتمتع للانتفاع ببضع المتمتع بها - وعدم جواز مثله فى الاجارة التى هناك تملك للمنفعة لا يلزم عدم جوازه فى المقام - وعدم التوزيع لعدم تحقق حبس المنفعة غير مستلزم لعدم تحقق الزوجية فالاصح انه ليس فى مقابل اطلاق الاداة ما يركن اليه (واضعف) منه ما اورده عليهما بان التحديد من طرف الاقل بلحظة لا يتم لاعتبار زمان يتحقق ماهية الاستمتاع فانه وان كان المقصد الاصلى فى تشريع المتعة الاستمتاع ولكن كما لا يعتبر فى حصول الزوجية بها الاستمتاع الخارجى - لا يعتبر القابلية لذلك من جهة ان المنشأ فيها الزوجية ولها آثار اخر غير الجماع كتحريم المصاهرة وجواز النظر الى امها وماشا كل وعليه فما افاده العلم ان هو الصحيح .

ويترتب عليه جواز العقد متعة على الصغيرة التى لا يجوز وطئها والمصغير الذى لا قابلية له للوطء والاستمتاع الاخر - بل الامر فى الصغيرة اوضح فانه يمكن الاستمتاع الاخر بها .

لا يعتبر فى المدة الاتصال بالعقد

ثم ان المشهور فى كلام الاصحاب على ما فى الحدائق انه يجوز ان يعين شهراً متصلاً بالعقد ومتاخراً عنه - نعم مع الاطلاق يقتضى الاتصال - وعن جماعة منهم السيد فى شرح النافع لا يجوز الا المتصل واختاره صاحب الجواهر - وانكر نسبة القول الاول الى المشهور واكثر بل احتمل ان لا يكون قائل به الا نادراً - وكيف كان فقد استدلل للاول بوجهين .

الاول العمومات فانه عقد مشتمل على اجل مضبوط فيلزم الوفاء به لعموم الامر . و اورد عليه (تارة) بانصراف العقود الى العقود المتعارفة بين عامة الناس فلا تشمل الادلة مثل هذا العقد - وايد صاحب الجواهره هذا الوجه بما دل (١) على عدم

جواز عقد الزوج عليها فضلا عن غيره قبل انقضاء اجلها باجل آخر او مهر كضرورة اولويته بجواز المنفصل (واخرى) بما فى الجواهر وهو ان ما ورد من النصوص بلفظة الى اجل - نحو فما استمتعتم به منهن الى اجل وشبهه ظاهر فى اعتبار اتصال الاجل وانه المراد من النكاح المنقطع فى مقابلة الدائم بمعنى ان غيره يبقى على دوامه والمتعة يقطع فيها الدوام (وثالثة) بانه يلزم منه تخلف المنشأ عن الانشاء وهو غير معقول (ورابعة) بان ظاهر خطاب (١) اوفوا بالعقود كظاهر ساير الخطابات ان الحكم مطلق غير مشروط فيكون ظاهره ترتب الاثر على العقد وعليه فان التزم فى ما جعل الاجل فيه منفصلا بترتب الاثر فعلا كان ذلك منافيا للانشاء وان التزم بعدم ترتب الاثر فعلا لزم عدم كونه مشمولاً لهذا الخطاب فلا دليل على ترتب الاثر ولزوم الوفاء (و خامسة) بمنافاة ذلك للتمنيز المجمع على اعتباره (وسادسة) بانه لو جاز ذلك لزم جواز ان يتمتع بها غيره فى القطعة الواقعة من الزمان بين العقد ومبدأ الاجل المنفصل وفى الكل نظر (اما الاول) فلانه لا وجه لدعوى الانصراف سوى عدم التعارف وقد مر انه لا يصلح منشأ للانصراف المقيد للاطلاق وان الانسباق المذكور بدوى يزول بادنى تأمل ومادل على عدم جواز عقد الزوج عليها قبل انقضاء اجلها انما هو فيما لو عقد عليها فى المدة المتصلة بالعقد فيلزم الجمع بين الاجلين كما يؤمى اليه تعليل الفساد فى بعض نصوصه بانهما شرطان فى شرط (و اما الثانى) فلان النصوص المشار اليها لا مفهوم لها كى تدل على عدم مشروعية غير ما تضمنته فغاية ما تدل عليه مشروعية ما كان الاجل فيه متصلاً بالعقد وعدم التعرض للمنفصل ويرجع فيه الى العمومات - وهى لا تقيد اطلاقها لكونهما مثبتتين (واما الثالث) فهو شبهة اوردها على الواجب المشروط وقد اجبنا عنها فى حاشيتنا على الكفاية مفصلاً ونقتصر فى المقام على الاشارة على وقوع ذلك الذى هو ادل دليل على امكانه لاحظ الوصية والنذروالتدبير والواجب المشروط واجارة الشخص للحج وغيره وما شاكل (واما الرابع) فلعدم انحصار

دليل المشروعية باؤفوا بالعقود بل هناك أدلة أخرى وهي التي استندوا في الجواز في المقام إليها. مع أن أثر العقد فيما إذا كان الاجل منفصلا هو إجراء أحكام المتعة في تلك المدة المسماة فتخلفه عن العقدح إنما هو بحسب مقتضى العقد ومن آثاره (وإما الخامس) فلعدم اعتبار التنجيز المقابل لمثل ذلك بل المعتبر منه أن لا يكون الإنشاء معلقا على أمر مشكوك الحصول (وإما السادس) فلأنه لإماتع من جواز استمتاع الغير بها في تلك المدة أن لم يصدق عليها ذات البعل والأفلا يجوز لذلك كما أفاده الشهيد الثاني - فالأصح تمامية هذا الوجه.

الوجه الثاني حسن بكار المتقدم (وأورد) عليه تارة بضعف السند. وأخرى - بإمكان حملها على ما إذا قصد تحقق الزوجية على وجه يحصل بها حرمة المصاهرة وغيرها من استحقاق المهر بالموت ويكون الاجل المتأخر ح لتأخير الاستمتاع. وحمل على هذا صاحب الجواهر عبارات الأكثر القائلين بالجواز (ولكن) يرد الأول أنه لا وجه لضعف سنده سوى وجود بكار - والأفقد روى الخبر الصدوق به بسنده إليه وسنده إليه صحيح وإما بكار فالأظهر كونه حسنا قال في محكي التعليقة عنه خالي ممدوحا لأن للصدوق طريقا إليه وروى عنه ابن أبي عمير ويونس بن عبد الرحمن وفيه إشعار بوثاقته انتهى - أضف إليه كون أحمد بن محمد بن عيسى في الطريق - واستناد الأصحاب إليه في المقام فلا إشكال في سنده. ويرد الثاني أنه خلاف ظاهره ولا وجه له فإنه يصرح في السؤال بوقوع العقد على شهر واحد - فالأظهر صحة مثل هذا العقد الذي جعل الاجل فيه منفصلا - ويؤيده النصوص المتقدمة المنزلة للمتمتع بها منزلة المستأجرة فإنه يجوز ذلك في الإجارة بلا شبهة فكذا فيما نزل منزلتها.

ولو أطلق بمعنى شرط العاقد اجلا مطلقا لم يعينه بكونه متصلا بالعقد أو منفصلا فالمشهور صحة العقد وحمله على الاتصال لأنه الظاهر عرفا كما في نظائره من الإجارة وغيرها مما هو محمول على الاتصال بالعقد فلا يعتبر ذكر اولى الاجل - ويشير إليه قوله (ع) في خبر بكار المتقدم وإن لم يكن سماه فلا سبيل له عليها فإن الحكم بنفي السبيل عليها مع عدم تسمية الشهر بعد مضي الشهر المتصل بالعقد ظاهر في ذلك كما هو

ظاهر عبارة الشيخ في محكي النهاية - وجعل نفى السبيل فيه كناية عن بطلان العقد لاستلزامه نفى السبيل ايضا خلافا لظاهر لوجه له - فما عن الحل من البطلان للمجهل بالاجل باعتبار احتماله الاتصال والانفصال - واضح الضعف.

حكم الاقتصار على ذكر العدد

ثم انه لو اقتصر على ذكر العددة او مرتين او ازيد على وجه مضبوط من غير تقييد بالزمان. فعن الاكثر البناء على البطلان. وعن الشيخ في النهاية والتهذيب والمحقق في الشرايع الحكم بالصحة وانقلابه دائما - واستدل الاول بالنصوص المتقدمة الدالة على اعتبار تعيين الاجل والابطال العقد اذا لاجل الواقع على هذا الوجه غير معلوم اذ يمكن وقوع العرة او المرات في الزمان القصير والطويل - ولكن يرد عليه انه لو تم فانما هو فيما لو عقد عليها الى آخر زمان المرة او المرات واما لو عقد عليها واشترط المرة او المرات فهو في حكم ترك ذكر الاجل غير المعلوم فيلحقه حكمه الاتي.

ولكن في المقام طائفتين من النصوص احدهما تدل على صحته وانقلابه دائما لاحظ خبر (١) هشام بن سالم قلت لابي عبد الله عليه السلام اتزوج المرأة متعة مرة مبهمه قال فقال عليه السلام ذاك اشد عليك ترتها وترتك ولا يجوز لك ان تطلقها الا على طهر وشاهدين قلت اصلحك الله فكيف اتزوجها قال يا امام معدودة بشي مسمى مقدار ما تراضيتم به فاذا مضت ايامها كان طلاقها في شرطها ولا نفقة ولا عدة لها عليك الحديث. واطلاقه يشمل الصورتين ثانيتهما ما يدل على الصحة ووقوعه متعة لاحظ ، (٢) موثق زرارة قلت هل يجوز ان يتمتع الرجل من المرأة ساعة او ساعتين فقال عليه السلام الساعة والساعتان لا يوقف على حدهما - ولكن العرد والعردين واليوم واليومين واللييلة واشباه ذلك - وعن القاموس العرد الصلب الشديد المنتصب والذكر المنتشر المنتصب وهو هنا كناية عن

(١) الوسائل - باب ٢٠ من ابواب المتعة حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب المتعة حديث ٢ -

المرء والمرتين وخبر (١) القاسم بن محمد عن رجل سماء عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد فقال عليه السلام لا بأس ولكن اذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر - وخبر (٢) خلف بن حماد قال ارسلت الى ابي الحسن عليه السلام كم ادنى اجل المتعة هل يجوز ان يتمتع الرجل بشرط مرة واحدة قال عليه السلام نعم - ولكن خبر هشام ضعيف السند لموسى بن سعدان - واما الطائفة الثانية فلا عراض الاصحاب عنها لا يعمل بها - ولا بأس بحملها على الصورة الاتية كما في الرياض والجواهر فانه اولى من الطرح.

وفي المقام صورتان اخريتان - احدهما - ان يشترط العدد في زمان معين بحيث يكون الزمان اجلا مضبوطا كيوم وشهر ولكن ذكر العدد شرطاً زائداً على ذلك - لا خلاف ولا اشكال في صحة المتعة الى الاجل وازوم انوفاء بالشرط لاستجماع العقد شرائط الصحة وليس فيه الا اشتراط العدد وهو شرط سائغ يشمله دليل (٣) ازوم الوفاء بالشرط وخصوص ما دل (٤) على صحة اشتراط عدم الوطء في المتعة - وعليه فلو بقي المدة واستوفى العدد تكون الزوجية باقية ولا يجوز الوطء ويجوز ساير الاستمتاعات (وج) لو اذنت في الوطء فهل يجوز الوطء نظرا الى ان ذلك حقها - ام لا - من جهة ان العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد - وجهان ذكرهما الشهيد الثاني ره وفي الرياض اجودهما الاول وفاقا للاشهر (وهو الاظهر) لما حقق في محله من ان للمشروط له اسقاط الشرط لكونه من الحقوق القابلة للاسقاط - ودعوى - ان العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد - يدفعها - ان ذكر العدد انما هو من قبيل الشرط في ضمن العقد والعقد يقتضى جواز الوطء الى اى عدد تمكّن منه وانما بنينا على عدم جواز الزايد على العدد المذكور من جهة ما دل على ازوم الوفاء بالشرط والقرض سقوطه - ويشهد للجواز مضافا الى ذلك - ما دل (٥) على جواز

(١-٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب المتعة حديث ٤-٥

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٤) الوسائل باب ٣٦ من ابواب المتعة

(٥) الوسائل باب ١١ من ابواب المتعة

الوطء أو عقد على امرئة و شرط ان لا يقتضها ثم اذنت له في ذلك.

الصورة الثانية ان يشترط العدد في وقت معين بحيث يكون ظرفا له كالיום مثلا ولا مدخل له في التأجيل والمراد ان لا يقع خارج ذلك اليوم منه شيء وتبين بانتهاء العدد المشروط كما انها تبين بانقضاء ذلك الوقت وان لم يفعل - فمن الشيخ في النهاية الحكم بالصحة - و عن المصنف ره في المختلف البناء على البطلان قال الشهيد الثاني في محكي المسالك و في صحته قولان اصحهما البطلان و هو الاظهر لجهالة الاجل اذ يحتمل الزيادة والنقصان حيث يكون مقيدا بانقضاء العدد وفي محكي المختلف ويحیی على قول الشيخ بان عقدا للشرط بالعدد المبهم صحته دائما ان يصح هذا ك لان الاجل المجهول باطل فيساوى غير المذكور وجوابه الفرق ومنع الاصل انتهى - والظاهر ان نظره في الفرق الى ان العقد يبطل بذكر الاجل المجهول فيه الذي هو شرط الباطل بخلاف ما اذا لم يذكر الاجل فيه اصلا.

حكم مالولم يذكر الاجل

و اما احكامه زايدا على ما مر - فنذكرها في طي مسائل - الاولى - (و لو لم يذكر المهر بطل العقد) لما مر من اشتراط ذكر المهر والمشروط ينتفى بانقضاء شرطه.

الثانية (و لو لم يذكر الاجل) ففيه اقوال - ١- ما في المتن قال - (فالاقرب البطلان) و هو مختار والده وولده والشهيد الثاني وسبطه سيد المدارك و صاحب الرياض و جماعة - ٢- انه يتعقد دائما - وهو المنسوب الى المشهور و في الجواهر بل لعله مجمع عليه - ٣- ما عن الحلبي - قال ان كان الايجاب بلفظ التزويج او النكاح انقلب دائما وان كان بلفظ التمتع بطل العقد - ٤- ما في الرياض من حكايته وهو ان الاخلال بالاجل ان كان جهلا او نسيانا بطل وان كان عمدا بالدوام انقلب - ٥- ما في عنه البعد صاحب الجواهر ره و هو البطلان مع فرض قصد العاقد الانقطاع من نفس الصيغة و وان الاجل انما يذكره كاشفا لما اراده من اللفظ وانقلابه دائما في غير ذلك.

والحق ان يقال - ان من اخل بذكر الاجل تارة لا يقصده ايضا بل يقصد الزوجية خاصة - و اخرى يقصده ولا يذكر الاجل جهلا او نسيانا - وثالثة يقصده ولا يذكر الاجل عمدا - فان لم يقصد الاجل وقصد الزوجية فمقتضى القاعدة وقوع النكاح دائما اذ ليس النكاح الدائم الا ما قصد به النكاح ولا يعتبر قصد الدوام وان شئت قلت ان التقابل بين الدوام والانقطاع ليس تقابل المتغايرين بل تقابل المطلق والمشروط بشيء فاذا لم يتحقق الخصوصية والقيد يقع المطلق لقصده وانشائه - وان قصده ولم يذكر الاجل نسيانا او جهلا فقد يقال ان النكاح حيث يكون حقيقة واحدة والفرق بين الدوام والانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط بشيء والنكاح من الانشائيات فاذا ترك الاجل لا يتحقق الخصوصية الزائدة لعدم انشائها وانما يقع المطلق لقصده وانشائه - ولكنه يتم على مسلك المشهور من الالتزام في الانشائيات بانها ايجاديات واما على مذهب الحق من انه في باب الانشائيات انما يعتبر المتعاقدان المنشأ وهو يوجد باعتبارهما واللفظ كاشف ومبرز عن ذلك الاعتبار فلا يتم فان المفروض انهما اعتبرا الزوجية الموقته فالوجه لوقوع الدائمة - وبه يظهر حكم ما لو ترك ذكر الاجل عمدا - فمقتضى القاعدة هو الصحة ووقوع النكاح دائما فيما اذا لم يقصد والبطالان فيما اذا قصده وترك ذكر الاجل عمدا او نسيانا او جهلا (ثم ان) هذا فيما اذا كان الانشاء بلفظ النكاح والتزويج - وان كان بلفظ تمتع بطل حتى فيما اذا لم يقصد الاجل - فان لفظه يكون بحسب اصطلاح المشرعة متضمنا لزمان ما لانه موضوع عندهم تعيينا او تعينا لخصوص النكاح المنقطع فعليه فالمنشأ وهو الزوجية بلا قيد لم يبرز بما يكون مبرزاله عرفا ويعتبر ذلك في ترتيب الاثر في باب الانشائيات .

واما النصوص الخاصة - فقد استدل بنصوص للمقول بانقلابه دائما - ١ - خبر (١) ابان بن تغلب قال قلت لابي عبدالله كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب ١٨ - وذيله فيها - في الباب ٢٠ من ابواب

متعة - الى ان قال - قلت فاني استحيي ان اذكر شرط الايام قال عليه السلام هو اضر عليك قلت وكيف قال لانك ان لم تشتط كان تزويج مقام وازمتك النفقة في العدة وكانت وارثة ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنة ٢ - خبر (١) هشام قلت لابي عبدالله عليه السلام اتزوج المرثة متعة مرة مبهمة قل فقال ذاك اشد عليك ترثها وترثك ولا يجوز لك ان تطلقها الاعلى طهر وشاهد بن النخ ٣ - موثق (٢) عبدالله بن بكير قال ابو عبدالله عليه السلام في حديث ان سمي الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح بات (ولكن) الاخير يرد عليه مضافا الى ما في الرياض من ان في بعض نسخ الرواية بدل بات - بان - وعليه فهو صريح في البطلان - انه ليس فيه انهما ارادا المتعة واخلا بذكر الاجل بل ظاهره ان النكاح مع الاجل متعة وبدونه الدوام وهو مما لا نزاع فيه - وبعبارة اخرى انه لا يدل على انه لا عبرة بالقصد وانما الاعتبار بذكر الاجل وعدمه كما لا يدل على عدم اعتبار قيود اخر فيها - واما خبر هشام مضافا الى ضعف سنده كامر - ان مورده ذكر المرة المبهمة فقد مر انه في مورده لم يعمل به المشهور - واما خبرا بان فهو ضعيف السند لابراهيم بن المفضل وغيره - واستناد المشهور اليه غير ثابت مع انه ليس صريحا ولا ظاهر في المقام لاحتمال ان يكون المراد من الاستحياء من ذكر الاجل الحياء من التمتع بها ويجابه العدول الى الدوام فكانه قال اتزوج دائما لمتعة لحيائي منها - ولعل هذا اظهر فان الحياء يمنع عن تبانيهما على المتعة او على الدوام والافلو كانا بانيين على المتعة وقاصدين لها فاي حياء في ذكر لفظ الاجل - ولعله الى هذا نظر سيد المدارك حيث انه اجاب عن هذه الرواية بانه لا دلالة فيها على انه اذا قصد متعة و لم يذكر الشرط ينعقد دائما فلا مورد لتعجب صاحب الحقائق ره منه بدعوى صراحته في المقام وايضا يحتمل فيه ارادة ثبات اضرته بحسب ظاهر الشرع بمعنى ان المرثة لو ادعت الدوام واثبت ذكر الالفاظ بدون ذكر الاجل اخذ الرجل في ظاهر الشرع باحكام الدائمة ولا يلزم ذلك نبوت الزوجية الدائمة في الواقع حتى يجوز له الاستمتاع بها وعلى

هذا فلا يصح الاستدلال بشئ من هذه النصوص .

وقد عرفت ان مقتضى القاعدة هو البطلان اذا قصدوا المتعة واخلا بذكر الاجل من غير فرق بين الفاظ الصيغة ويؤيده مضمرة (١) سماعة قال سالت عن رجل ادخل جارية يتمتع بها ثم نسي حتى واقعها يجب عليه حد الزاني قال عليه السلام لا ولكن يتمتع بها بعد النكاح ويستغفر ربه مما اتى - بل يدل عليه - وما في الجواهر من انه يمكن ارادة اصل العقد من الاشتراط فيه - غير صحيح لانه يدفعه قوله عليه السلام يتمتع بها بعد النكاح اللهم الا ان يريد بالنكاح الوطء لاقعد النكاح - فتمحصل ان الاقوى هو البطلان .

الثالثة (ويحرم غير الكتابية) والمجوسية (من الكفار) كما مر الكلام فيه في اعتبار الكفاية في الفصل المتقدم (و) يحرم ايضا التمتع بـ (الامة على الحرية من دون اذنها) لدلالة النصوص عليه . (و) كذا يحرم التمتع (ببنت الاخ وبنت الاخت من دون اذن العمة والخالة) كما تقدم في مسائل المصاهرة .

الرابعة (ويكره) التزويج بـ (الزانية) المشهورة بالزنا - الا بعد التوبة - من غير فرق بين المتعة والدوام . كما تقدم الكلام فيه مفصلا (و) تقدم ايضا في مبحث الاولياء حكم التمتع والتزويج بـ (البكر من غير اذن الاب)

بيان حد المهر

الخامسة في بيان احكام المهر (و) تمام الكلام فيها في طى فروع - ١ - انه (لا حد للمهر) ويتقدر بالمرضاة قل او كثر بالاخلاف الاعن الصدوقين حيث حددا القلة بدرهم - ويشهد لما هو المشهور جملة من النصوص كحسن (٢) محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام كم المهر يعني في المتعة قال عليه السلام ما ارضاها عليه الى ما شاء من الاجل - وخبر (٣) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في المتعة قال عليه السلام لا بد من ان يصدقها شيئا قل او كثر والصدق كل

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢ - ٣) الوسائل - باب ٢١ من ابواب المتعة حديث ٣ - ٩

شئ تراضيا عليه في تمتع او تزويج بغير متعة . واما النصوص (١) المتضمنة ان ادنى ما يجل او يتزوج به المتعة كف من ير او طعام دقيق او تمر فهي ظاهرة في ارادة ان المهر كل ما تراضيا من ناحية القلة صالح للمعوضية كما لا يخفى .

واما ما عن الصدوق في شهادته خبر (٢) ابي بصير عن ابي جعفر (ع) عن متعة النساء قال حلال وانما يجزى فيه الدرهم فما فوقه ونحوه خبر (٣) علي بن رئاب - فدالتهماعلى ما اختاره وان كانت ظاهرة فان التعبير بان المجزى ذلك فما فوقه يدل على انه اقل المجزى (ولكن) لمراحة النصوص المتقدمة في اجزاء الاقل منه وعدم عمل الاصحاب بهما لا يعتمد على ظاهرهما .

وجوب دفع المهر بالعقد

٢- هل يجب دفع المهر بالعقد كما صرح به المفيد والمرضى والقاضى والمحقق في الشرايع والمصنف فى القواعد وغيرهم - ام لا يجب كما عن جماعة وجهان يمكن ان يستدل للاول - بان - المتمتع بها كالمستأجرة فكما ان المستأجرة تملك الاجرة بعقد الاجارة وتستحق مطالبتها كك المتمتع بها - و بانه - كالمهر المستحق دفعه عقيب العقد وان كان استقراره هنا مراعى بالدخول والوفاء بالتمكين فى المدة - وبظاهر الاية المباركة (٤) «فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن» وبخبر (٥) عمر بن حفص قال للصادق عليه السلام اتزوج المرأة شهرا فتريد المهر كملا واتخوف ان تخلفنى فقال عليه السلام لا يجوز ان تحبس ما قدرت عليه فان هى اخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك والايراد على الخبر باضطراب المتن لان المحكى عن بعض النسخ يجوز ان تحبس

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب المتعة - .

(٢-٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب المتعة حديث ١-١٠

(٤) سورة النساء آية ٢٤

(٥) الوسائل باب ٢٧ من ابواب المتعة حديث ١-

بدل لا يجوز ان تحبس - في غير محله اذ مضاف الى ان قوله فخذ منها يشهد بان الصحيح لا يجوز - انه عند دوران الامر بين الزيادة والنقيصة يبنى على الزيادة - كما عليه بناء العقلاء على ما حقق في محله - كما ان الايراد على الاول بالفرق بين البابين من جهة انه في الاجارة يتسلم المنفعة بتسلم الدابة المستاجرة مثلاً بخلاف المقام الذي يمكن ان يمنع عليه في الاستيفاء - في غير محله - فانه في ذلك الباب ايضا يمكن للمؤجر ان يمنع من الاستيفاء.

وربما يستدل على وجوب دفع المهر بالعقد - بالنصوص الدالة على جواز حبس المهر عنها بقدر ما تخلف من المدة الايام حيضها - كما صحيح (١) الى عمر بن حنظلة عن ابي عبدالله عليه السلام قال قلت له اتزوج المرأة شهراً فاحبس عنها شيئاً قال عليه السلام نعم خذ منها بقدر ما تخلفك ان كان نصف شهر فالنصف وان كان ثلثاً فالثلث - وموثق (٢) اسحاق بن عمار قلت لابي الحسن عليه السلام الرجل يتزوج المرأة متعة بشرط ان تاتي به كل يوم حتى توفيه شرطه او يشترط اياماً معلومة تاتي به فيها فتعذر به فلا تاتي به على ما شرطه عليها فهل يصلح ان يحاسبها على ما لم تاتي من الايام فيحبس عنها بحسب ذلك قال عليه السلام نعم ينظر الى ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها مقدار ما لم تف له ما خلا ايام الطمث فانها لها ولا يكون لها الا ما احل له من فرجها - ونحوهما غيرهما واستدل بهما في الحقائق وتبعه المحقق اليزدي به بتقريب ان حبسه عنها يقتضي بقائه في ذمة الزوج وعدم دفعه لها (ولكن) يرد على ذلك انها ليست في مقام بيان جواز حبس تمام المهر وعدمه كي يؤخذ باطلاقها - بل في مقام بيان انه ينقص من المهر بمقدار ما تخلف المرأة - فلا تدل على ازيد من جواز عدم الدفع في الجملة وهو مما لا كلام فيه اذ لو لم تطالب لا يجب الدفع - مع ان التعبير بقوله عليه السلام خذ منها في جواب قول السائل فاحبس عنها يشعر بوجوب الدفع وانه يسترد في صورة التخلف فالظاهر وجوب الدفع بعد العقد.

حكم ما لو هب الزوج المدة وما لو اخلت الزوجة ببعضها

٣ - (ولو وهبها المدة) فتارة يكون ذلك (قبل الدخول) و اخرى يكون بعده وعلى الاول تارة يهب تمام المدة و اخرى يهب بعضها - فان هب تمام المدة وكان قبل الدخول (ثبت نصفه) اى نصف المهر كما عن المشهور وعن جامع المقاصد والسرائر الاجماع عليه - وعن كشف اللثام هو مقطوع به فى كلام الاصحاب - ويشهد به (١) مقطوع زرة عن سماعة سئلته عن رجل تزوج جارية او تمتع بها ثم جعلته من صداقها فى حل يجوز ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئاً قال نعم اذا جعلته فى حل فقد قبضته منه فان خلاها قبل ان يدخل به اردت المهر على الرجل نصف الصداق - والقدر فى الخبر بكونه مقطوعاً فى غير محله بعد استناد الاصحاب اليه والظن القوى بكون مرجع الضمير هو الامام عليه السلام والايراد عليه بامكان ارادة خصوص الطلاق من التولية مناف لاطلاقه ، فلا اشكال فى ثبوت نصف المهر هذا اذا وهبها تمام المدة واما ان لم يهب تمام المدة الباقية بل بعضها كما لو بقى من مدتها شهران فوهبها شهراً منهما ما لم يدخل بها الى حين حصول الفرقة - فهل يثبت نصف المهر - ام تمامه وجهان بل قولان - مقتضى اطلاق النص هو الاول فانه دال على ان الفرقة الحاصلة من هبة المدة قبل الدخول موجبة لنصف المهر ولو وهبها بعد الدخول استقر المهر بشرط الوفاء بالمدة اى التمكين من نفسها فى تمام مدته التى لم يهبها.

(و لو اخلت هى ببعض المدة سقط من المهر بنسبته) ان نصفاً فنصف وان ثلثاً فنثلث بلا خلاف اجدد فيه كما فى الجواهر - ويشهد به صحيح ابن حنظلة و موثق اسحاق المتقدمان و نحوه ما غيرهما (ثم انه) قد استثنى فى النصوص ايام الحيض و تدل على عدم حبس المهر بتخلفها فى تلك الايام - فهل ذكرها من قبيل التمثيل ويكون المراد عدم الحبس بالنسبة الى المدة التى تخلف فيها العذر شرعى او يجب عليها عدم

المجىء ام لخصوصية فى الحيض فلا يستثنى غيره - ظاهر النصوص هو الثانى فالأظهر عدم الحاق العذر الآخر بالحيض ، بل الظاهر انه ينقص من المهر بالنسبة لو كان تخلفها لعذر عقلى فان الماخوذ موضوعا فى الموثق هو عدم الوفاء وهو يشمل الاخلال لمانع عقلى وان كان لا يشمل ما فى الصحيح من التخلف - و لكنها مثبتان لا يحمل المطلق فيهما على المقيد (ثم ان) الظاهر اختصاص النصوص بالتخلف فى تمام اليوم و الليلة فلو جاءت فى اليوم و لم تجيء بالليل لا يشملها نصوص الباب (كما) ان الظاهر وجوب المهر اجمع بموتها كما جزم به الشهيد الثانى لعدم شمول النصوص لهذا الفرض و بالجملة - مقتضى القاعدة استحقاق تمام المهر بالدخول خرج الاخلال منها بالمدة لالحيض وبقى غيره - فلو منع العذر من الاستمتاع الآخر غير الجماع كل المدة او بعضها لا يسقط من المهر شيء - بل لو منع العذر من الجماع فى تمام المدة لا يسقط من المهر شيء ان كانت هى مسلمة نفسها وانما عرض المانع من الخارج.

حكم مالوظهر بطلان العقد

٥ - (و لو ظهر بطلان العقد) اما بظهور زوج أو عدة أو كونها محرمة عليه جمعا أو عينا أو غير ذلك من موجبات البطلان (فلا مهر قبل الدخول) و ان استمتع بها بتقبيل ونحوه لا المسمى لبطلان العقد ولا مهر المثل لانه يثبت بالدخول والمفروض عدمه (و) اما اذا تبين فساد العقد (بعده) اى بعد الدخول ففيه اقوال ١ - ما عن الشيخين فى المقنعة والنهاية والتهذيب والمهذب وهو ان لها ما اخذت ولا يلزمه ان يعطيها ما بقى ولم يفصلا بين كونها عالمة او جاهلة بل قديقال ان مرادهم ان لها ما اخذت ولو جميع المهر وله حبس الجميع لو كان عنده ٢ - ان كانت عالمة فلا شيء لها وان كانت جاهلة فلها ما جمده المسمى اختاره المحقق فى الشرايع و جماعة و هو ظاهر عبارة المتن قال (لها المهر مع جهلها) ٣ - انه لا شيء لها مع العلم مطلقا ومع الجهل لها مهر المثل وهو مختار المحقق فى النافع والشهيد الثانى وسيد المدارك وصاحب الجواهر و غيره ٤ - انه لا شيء لها مع العلم ومع الجهل يستحق اقل الامرين من المسمى

ومهر المثل .

اقول مقتضى القاعدة هو سقوط المهر مع علمها بالفساد اذ لا مهر ابغى - واما مع الجهل فقد تقدم فى المسألة السابعة من مسائل التزويج فى العدة - ان الوطاء بالشبهة ان كان مجردا عن التزويج فبالدخول يثبت مهر المثل - وان كان الوطاء بالتزويج فلا يظهر ثبوت المسمى لدلالة جملة من النصوص عليه - وفى المقام حيث يكون الوطاء بالشبهة مع التزويج فيثبت المسمى (وما) فى الرياض من انه لو قيل بلزوم اقل الامرين تمسكا باصالة البرائة عن الزايد لم يكن بعيدا (بعيد) اذ لا مجرى لاصالة البرائة مع الدليل - فالقول الثانى بحسب القاعدة اظهر .

و فى المقام روايتان توهم انهما دالتان على خلاف ذلك احدهما حسنة (١) حفص بن البختري عن ابي عبد الله عليه السلام اذا بقى عليه شىء من المهر وعلم ان لها زوجا فما اخذته فلها بما استحل من فرجها ويحبس عليها ما بقى عنده - تمسك بها الشيخ ره فى محكى التهذيب لما اختاره - ثانيتهما - مكاتبة (٢) ابن الريان الى ابي الحسن عليه السلام الرجل يتزوج المثلة متمعة بمهر الى اجل معلوم واعطاها بعض مهرها واخرته بالباقي ثم دخل بها وعلم بعد دخوله بها قبل ان يوفيهها باقى مهرها انها زوجته نفسها ولها زوج مقيم معها ايجوز له حبس باقى مهرها ام لا يجوز فكتب عليه السلام لا يعطها شيئا لانها عصت الله عز وجل - استدلل بها على ما اختاره الشيخ ره ايضا (ولكن) الثانية المختصة بصورة العلم لا تدل على ما استدلل بهاله فان قوله لا يعطها شيئا خصوصا مع التعليل بانها عصت الله ظاهر فى عدم استحقاقها شيئا وان له استرجاع ما اخذته ولكن لما كان سؤال السائل عن جواز حبس الباقي وعدمه اجابه بذلك فكانه فهم منه الاعراض عما دفعه اليها وعدم ارادته ولا اقل من السكوت عن حكم ما دفع اليها فيرجع فيه الى مقتضى القاعدة وهو جواز الاسترجاع - واما الاولى فهي وان كانت مطلقة من حيث العلم والجهل الا انه يقيد اطلاقها بالثانية وتختص بما اذا كانت

جاهلة - بل يمكن ان يقال ان قوله فلها بما استحل من فرجها - دال على الاختصاص بصورة الجهل اذ مع فرض كونها عالمة يكون بغيا ولا مهر لبغى فلا يناسب مع التعليل - وحملها صاحب الجواهر ره على كون المدفوع اليها مساويا لمهر المثل اورضاها به او نحو ذلك - وهذا مما لا وجه له سوى كونها مخالفة للقاعدة ولا محذور في ذلك اذكم خبر يخالف القاعدة - اللهم الا ان يقال انه لم يعمل الاصحاب بها فتطرح ح لذلك والله العالم

حكم ما لو عزل المتمتع عن المتمتع بها وحملت

السادسة - قد مر سابقا انه يجوز العزل للمتمتع وان لم تاذن المتمتع بها - نعم الاولى الاشتراط عليها لتضمن الاخبار له كما مر (و) لكن (يلحق به الولد وان عزل) بالاخلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كذا في الجواهر - لاحتمال سبق المني من غير تنبيه - والولد للفراش - وللنصوص الآتية وكذا في كل طء صحيح او شبهة . (ولو نفاه) انتفى ظاهرا (فلا لعان) كما هو المشهور بين الاصحاب بل في الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - وفي الحدائق احتمال الاحاق به قوى - اقول ان طائفة من النصوص تدل على لحوق الولد به وان عزل - ومقتضى اطلاقها للحقوق وان نفاه لاحظ صحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث في المتعة قال قلت ارايت ان حبلت قال هو ولده - وصحيح (٢) ابن بزيع قال سأل رجل الرضا (ع) عن الرجل يتزوج المرأة متعة ويشترط عليها ان لا يطلب ولدها (اي يعزل عنها) فتاتي بعد ذلك بولد فينكر الوالد فشد في ذلك فقال عليه السلام يجحدو كيف يجحدوا عظاما لذلك قال الرجل فان اتهمها قال (ع) لا ينبغي لك ان تتزوج الامامونة - ونحوهما غيرهما ويؤكددها قاعدة الفراش فان المراد بالفراش ما يعم عقد الانقطاع ايضا بقرينة مقابلته بقوله عليه السلام وللعاهر الحجر .

و بازاء تلكم روايات كصحيح (١) ابن ابي يعفور عن الصادق (ع) لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها - وصحيح (٢) ابن سنان عنه (ع) لا يلاعن الحر الامة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها ونحوهما غيرهما استدلالها بانتفاء الولد عنه بلالاعان لو نفاه - وتقريب الاستدلال بهامن وجوه - ١ - انها تدل على انه لا لعان في المتمتع بها فالامر يدور بين امرين - اما انسداد باب نفى الولد - او انتفائه بلالاعان - والاول يلزم منه كونه اقوى من ولد الزوجة الدائمة ومن المعلوم كون المتمتع بها انقص وادون فراشا من الدائمة كما يؤمى اليه عطف المتمتع بها بالامة فيتعين الثاني - ٢ - ان هذه النصوص ناظرة الى الادلة الدالة على ان انتفاء الولد يتوقف على اللعان في الدائمة فتدل على ان انتفاء الولد لا يتوقف في المنقطة على اللعان - ٣ - ان الظاهر من نفى اللعان كنفى الضرر نفى آثاره منها اشتراطه في انتفاء الولد عنه بنفيه (وفي الكل نظر) - اما الاخير - فلان النصوص تنهى عن اللعان ولا تكون بلسان نفى اللعان والفرق بين التعبيرين ظاهر - مع انه لو كان بلسان النفي غاية ما يثبت به اعدم ثبوت حكم اللعان وهو انتفاء الولد به لا ثبوت الانتفاء بدونه كما لا يخفى - واما ما قبله فلانه كون هذه النصوص ناظرة الى نصوص انتفاء الولد في الدائمة باللعان غير ظاهر - مع انه يرد عليه الوجه الثاني الذي اوردناه على الاول - واما التقريب الاول فيرده انه لعدم العلم بمناطات الاحكام الشرعية لامانع من الالتزام بانه لا ينتفى الولد في المنقطة بنفيه مطلقا فالحق انه ليس في مقابل اطلاق تلكم النصوص سوى الاجماع والتسالم ولعله بضميمة الوجه الاول كافيان في اثبات الحكم فتأمل .

في عدم وقوع الطلاق والظهار واللعان بالمتمتع.

السابعة لا اشكال (و) لاختلاف فتوى ونصافي ان المتمتع (لا يقع بها طلاق) وانها تبين بانقضاء المدة أو هبتها على وجه ليس له الرجوع في العدة.

(و) ايضا الخلاف فى انه (لا) يقع بها (لعان) لنفى الولد و قد مر الكلام فيه واما اللعان للقفذ فالمشهور بين الاصحاب انه لا يقع بها للصحيحين المتقدمين - وعن الشيخ المفيد والسيد المرتضى وقوعه بها لعموم الاية والنصوص الدالة على وقوع اللعان فى الزوجة - واورد عليهما بان النسبة عموم مطلق والكتاب فضلا عن النصوص يقيد اطلاقه بالسنة - ويمكن ان يوجه كلامهما بان النسبة بين الاية المتضمنة لللعان بالقذف - وكذا ما مثلها من النصوص وبين الصحيحين عموم من وجه وفى العامين من وجه ان كان احد الطرفين الكتاب يقدم الكتاب بناء على ما هو الاظهر من انه يرجع فيهما الى المرجحات السندية ولا معنى لذلك فيما اذا كان احدهما الكتاب و حيث انه من المرجحات موافقة الكتاب فنفس الكتاب اولى بالتقديم - فما افاده قوى بحسب الدليل - ولكن لعدم افتاء الاصحاب به يتوقف فى الفتوى

(و) المشهور بين الاصحاب وقوع الظهار بها - وعن جماعة منهم الصدوق والحلى و المصنف ره انه (لا) يقع بها (ظهار) يشهد الاول اطلاق الاية - والروايات الاية فى محلها - الدالة على تشريع الظهار فان الموضوع له فى الكتاب والسنة نسائهم ولا ريب فى شمولها للمنقطعة (واستدل) للثانى - بان احكامه على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين - وبالصالة بقاء الحلية والاباحة - وبان - من احكامه الزام المظاهر بالرجوع بالوطء او الطلاق وليس للمتمتع بها حق فى الوطء ولا يقع بها طلاق وقيام هبة المدة مقامه قياس لانقول به وبان - امره باحد الامرين موقوف على المرافعة المتوقفة على وجوب الوطء - وبمرسل (١) ابن فضال عن اخبره عن ابي عبد الله عليه السلام قال عليه السلام لا يكون الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق (وفى الكل) نظر - اما الاولان فلانه لا وجه للاقتصار على المتيقن ولا الرجوع الى الاصل مع اطلاق الادلة - واما الثالث فلعدم الدليل على ملازمة هذا الحكم للظهار اذ من الجائز اختصاصه بمن يمكن معه احدا الامرين وهو الدائمة - ودعوى ان مقتضى اطلاق دليله ثبوته فى كل ظهار فمن عدم ثبوته فى

مورد يستكشف عدم الظهار هناك. مندفعة بان اصاله الاطلاق يرجع اليها لتعيين المحكم ولا يرجع اليها بعد معلوميته لتعيين الموضوع. وبه يظهر ما في الرابع. واما الخامس فلانه ضعيف بالارسال والاصحاب لم يستند واليه كى ينجبر ضعفه بالشهرة - مع انه يمكن ان يكون المراد به ما في سائر النصوص من اعتبار وقوع الظهار على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين - فالمتحصل ان الاظهر وقوع الظهار بها.

عدم ثبوت التوارث في المتعة

الثامنة اختلف الاصحاب في ثبوت التوارث بالمتعة على اقوال (احدها) ما في المتن (و) هو انه (لاميراث لها وان شرط) فلا توارث فيها من الجانبين سواء شرطا التوارث او عدمه اولم يشترطا وهو الذي اختاره ابو الصلاح والحلى وابن المصنف فخر المحققين والمحقق الثاني وفي الحداثق والظاهر انه مذهب اكثر المتأخرين (ثانيها) عكس هذا القول وهو انها تقتضى التوارث كالدائم حتى لو شرطا سقوطه بطل الشرط كما لو شرطا عدمه في الدائم اختاره ابن البراج (ثالثها) ان اصل العقد لا يقتضى التوارث ولكن باشرطه يثبت ذهب اليه الشيخ واتباعه الا القاضي - وبه قطع المحقق والشهيد الثاني - وقيل كاد ان يكون هذا القول مشهورا (رابعها) انها يتوارثان مالم يشترطا سقوطه ذهب اليه السيد المرتضى وابن ابي عقيل.

ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص والافقه تقتضى عموم الآية الكريمة (١) ثبوت التوارث مطلقا - وهى على طوائف (الاولى) ما يدل على عدم ثبوت التوارث مطلقا كصحيح (٢) ابن ابي عمير او حسنه عن بعض اصحابه عن ابي عبدالله عليه السلام - فى حديث فى المتعة فان حدث به حدث لم يكن لها ميراث - وصحيح (٣) عمر بن حفص عنه عليه السلام فى حديث فى المتعة. وليس بينهما ميراث. وصحيح (٤) سعيد بن يسار عنه عليه السلام عن الرجل يتزوج

المرثة متعة ولم يشترط الميراث قال عليه السلام ليس بينهما ميراث اشترط او لم يشترط - ونحوها غيرها (الثانية) ما يدل على ثبوت الميراث الامع اشترط سقوطه - لاحظ موقوف (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر في الرجل يتزوج المرثة متعة انهما يتوارثان اذا لم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح (الثالثة) ما يدل على ثبوت الميراث في صورة اشتراطه خاصة كصحيح (٢) البرزقي عن ابي الحسن الرضا عليه السلام تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ان اشترطت الميراث كان وان لم تشترط لم يكن - ونحوه صحيح (٣) محمد بن مسلم وغيره.

واستدل للقول الاول بالطائفة الاولى بدعوى انها تدل على انه لا ميراث بينهما مطلقا وشرط الارث يكون الشرط مخالفا للكتاب. والسنة ولا يكون نافذا وصحيفا وللقول الثاني بعموم الآية - وللقول الثالث بالطائفة الثالثة - وللقول الرابع بالطائفة الثانية .

ولكن الحق ان يقال ان اطلاق الآية الكريمة والطائفة الاولى من النصوص يقيد بالطائفة الثالثة فانها اخص منهما - فان قيل - ان صحيح سعيد نص في عدم الارث حتى مع اشتراطه فيعارض مع الطائفة الثالثة - قلنا ان محتملات قوله عليه السلام اشترط في صحيح سعيد ثلاثة - ١ - ان يكون راجعا الى قول السائل مع ارادة اشتراط الارث من قوله ولم يشترط الميراث فيدل على عدم الارث حتى مع اشتراط ثبوته - ٢ - ان يكون راجعا الى قوله - ولكن المراد من قول السائل لم يشترط الميراث انه لم يشترط النفي فانه المتعارف اشتراطه في نكاح الانقطاع دونه في الزمان السابق كما يفصح عنه المستفيضة (٤) المتضمنة لعدم اشتراطه في الشروط المذكورة في العبارة المنعقدة ببيع المتعة فيدل على عدم الارث مع اشتراط عدمه - ٣ - ان يكون راجعا الى قوله عليه السلام ليس بينهما - فيدل على ان عدم الارث لا يتوقف على الاشتراط بل

اشترط عدمه اولم يشترط لا يكون هناك ارث - وعلى الاخيرين لا يعارض مع الطائفة الثالثة كما لا يخفى - وحيث انه مجمل قابل المحمل على كل من المعانى فلا يصلح للمعارضة بل يبين اجمالها بالطائفة الثالثة - مع انه لو سلم ظهوره فى المعنى الاول حيث يكون قابلا للمحمل على احد الاخيرين فيحمل عليه بقرينة الطائفة الثالثة الصريحة فى ثبوت الارث مع اشتراطه - لان حمل الظاهر على النص من الجمع العرفى المقبول - واما الطائفة الثانية فقوله **فان** يتوارثان اذا لم يشترط حيث يكون ظاهرا ثبوت الارث ان لم يشترط ثبوته وهذا مما لا يمكن الالتزام به - فيدور الامر بين حمله على ارادة اشتراط عدمه فيدل على ثبوت الارث مالم يشترط عدمه وبين حمله على ارادة اشتراط الاجل فيدل على انه اذا لم يشترط الاجل ينقلب العقد دائما فيتوارثان وحيث لا مرجح لاحد الاحتمالين فيكون الخبر مجمولا وساقطاعن الاستدلال به - مع انه لو سلم ظهوره فى الاول تكون النسبة بينه وبين الطائفة الثالثة عموما من وجه وهى تقدم للاشهر بقرينة واضحة السند وغيرهما .

فالمحصل مما ذكرناه ان الجمع بين النصوص يقتضى البناء على ان النكاح المنقطع بنفسه لا يقتضى التوارث - وانما يثبت التوارث بالاشتراط - ودعوى - ان الشرط ح مخالف للكتاب والسنة فلا يكون نافذا - مندفعة بانه يخص مادل على ان الشرط مخالف للكتاب والسنة غير نافذ بالنصوص المتقدمة - بل تقدم بها عليه انما هو بالتخصيص لا بالتخصيص كما لا يخفى .

فى عدة المتمتع بها

التاسعة - اذا انقضت مدة المتمتع بها بعد الدخول او وهبت - ففي مدة عدتها خلاف بين الاصحاب - ففى المتن (وتعتد بعد الاجل بحضمتين او بخمسة واربعين يوما) والمراد انها حضمتان وان كانت فى سن من تحيض ولا تحيض فخمسة واربعون يوما وهو مختار الشيخ فى محكى النهاية وابن البراج وسلا والمحقق فى الشرايع والشهيد فى اللمعة وغيرهم - والظاهر ان الخلاف بينهم انما هو فى الشق الاول - والا فالثانى متفق

عليه وفي الجواهر دعوى الاجماع بقسميه عليه - وكيف كان فالقول الاول ما عرفت -
 الثاني - انها حيضة واحدة ذهب اليه ابن ابي عقيل - الثالث - ما عن الصدوق في المقنع من انها
 حيضة ونصف - الرابع - ما عن الشيخ المفيد وابن ادريس والمصنف في المختلف وظاهر
 الشهيد الثاني في المسالك وهو انها طهران .

ومعنى الاختلاف اختلاف النصوص - فانها على طوائف - الاولى - ما يدل على
 القول الاول كصحيح (١) اسماعيل بن الفضل او حسنه عن ابي عبدالله عليه السلام عن المتعة
 فقال عليه السلام القى عبد الملك بن جريح فاسأله عنها فان عنده منها علما فاتيت فاعلمى على
 شيئا كثيرا في استحلالها وكان فيما روى ابن جريح قال ليس فيها وقت - الى ان قال -
 وعدتها حيضتان وان كانت لانهيض فخمسة واربعون يوما قال فاتيت بالكتاب باعبدالله
عليه السلام فقال صدق واقربه ونحوه في ذلك خبر (٢) ابي بصير المروى عن تفسير
 العياشي وخبره (٣) الاخر - واماما استدلل به في محكي المسالك والروضة له من
 صحيح (٤) زرارة عن الباقر عليه السلام ان على المتمتع ما على الامة بدعوى انه بضميمة ما دل
 على ان عدة الامة حيضتان يدل على المطلوب - فغير تام فان هذا الكلام من الامام عليه السلام في
 الصحيح بعد قوله وعدة المطلقة ثلاثة اشهر والامة المطلقة نصف ما على الحرة -
 فهو ظاهر في ارادة المماثلة بالاشهر .

الثانية ما يدل على القول الثالث كصحيح (٥) زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام عدة المتمتع ان
 كانت تحيض فحيضة وان كان لانهيض فشهر ونصف - والابرار عليه - بانه مروى في
 الكافي مع اسقاط عدة المتمتع فما في اوله اجتهاد من راويه كك كما هي عادته غالبا -
 في غير محله - لما مر من انه عند دوران الامر بين الزيادة والنقصان يبني على وجود الزيادة

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب المتعة حديث ٨

(٢) الوسائل باب ٢٣ من ابواب المتعة حديث ٦

(٣) المستدرک باب ١٨ من ابواب المتعة حديث ٣

(٤) الوسائل باب ٥٢ من ابواب العدد حديث ٢

(٥) الوسائل - باب ٢٢ من ابواب المتعة حديث ١

وانه نقص عن النقل الاخر سهوا - مع ان في ذيل خبر اسماعيل المتقدم انه كان يقول (يعنى زراة) ان كانت تحيض فحيضة - وخبر (١) البرنطى عن الرضا عليه السلام قال ابو جعفر عليه السلام عدة المتعة حيضة و قال خمسة واربعون يوما لبعض اصحابه.

الثالثة ما يدل على القول الثاني لاحظ صحيح (٢) عبد الرحمان بن الحجاج قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة فقال عليه السلام تعدد اربعة اشهر وعشرا اذا انقضت ايامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الامة .

الرابعة ما يدل على القول الرابع - وهو حسن (٣) زراة عن الباقر عليه السلام و ان كان حر تحتامة فطالقة تطليقتان وعدت قرءان - بدعوى ان المراد بالقرء فى العدد الطهر نسا وفتوى كما سيجىء فى محله هذه هى نصوص الباب .

وقد نسب الى بعض المحققين ان خبر (٤) الحميرى عن صاحب الامر ارواحنا فداء - فى المرأة المتمتع بها التى وهب الزوج مدتها فى اثناء الطمث و اراد غيره ان يزوجها يستقبل بها حيضة غير تلك الحيضة لان اقل العدة حيضة وطهرة تامة - يصلح للجمع بين النصوص بتقريب انه يدل على اعتبار الحيضة التامة - والطهرة التامة - اما الثانى فواضح و اما الاول فلقوله يستقبل بها حيضة - ان لو كان الحيضة الناقصة كافية لم يكن وجه اقوله يستقبل بها حيضة - وعليه فحيث ان وقوع الهبة فى الان المتصل بزمان حيضها والان المتصل بزمان طهرها فى غاية الندرة بل الغالب وقوعها فى اثناء الحيض او الطهر فالحيضة والطهرة التامتان لا تنفكان عن الطهرين او الحيضة والنصف فان كان فى اثناء الطهر فتقع الحيضة التامة من عدتها بين الطهرين احدهما الطهر الذى وهب مدتها فيه والاخر الطهر التام الذى يكون من عدتها وان وقع فى

(١-٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب المتعة حديث ٥-٦

(١) الوسائل باب ٤٠ من ابواب العدد حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢٢ - من ابواب المتعة حديث ٧

اثناء حيضها فيقع الطهر التام من عدتها بين الحيضتين احدهما الحيضة التى وهب مدتها فيها والاخرى الحيضة التامة التى تكون من عدتها ولا يبعدان يكون نظر صاحب الجواهر رده الى ذلك راجع الجواهر وان كانت عبارتها قاصرة عن افادة ذلك. ولكن يبقى ح نصوص الحيضة على حالها وهى لاعراض المشهور عنها تطرح. وما ذكر من الجمع ان كان تاما والا فلا بد من الرجوع الى المرجحات وهى تقتضى تقديم نصوص الحيضتين للاشهرية سيما بعد كون الطائفة الرابعة مجملة من جهة ان كون المراد بالقرء فى العدد الطهر غير ملازم لارادته منه فى المقام .

وعلى المراد بالحيضتين التامتان فلا يجوز ح انقضاء اجلها فى اثناء حيضتها والدخول فى حيضة اخرى. او انه يكفى فيها بعض الحيضة الاولى ولو اخطئ والحيضة الثانية ولو لحظة. وانه لابد من تمام الحيضة الثانية خاصة - والعكس - او لابد من حيضة كاملة و لحظة من حيضة اخرى من غير فرق بين السابقة واللاحقة وجوه ظاهر النصوص هو الاول - وصريح خبر الاحتجاج هو الثالث ولكنه غير نقى السند ثم ان جماعة من الاصحاب منهم سيد المدارك والمحدث الكاشانى والفاضل الخراسانى رده - نوقفوا فى المسألة - (وان جعل السيد الجمع الاثنى اولى) وجماعة اخرين منهم المجلسى قد جمعوا بين الاخبار بحمل ما زاد على الحيضة على الاستحباب وجعله السيد اولى - وصاحب الحقائق رده قدم نصوص الحيضتين لموافقتهما للاحتياط - والكل كما ترى - اذ التوقف لوجه له لانه ان امكن الجمع العرفى فهو المتعين والا فلا بد من الرجوع الى اخبار الترجيح وقد عرفت انها تقتضى تقديم نصوص الحيضتين - وحمل ما زاد على الحيضة على الاستحباب جمع تبرعى لاعرفى اذ لو عرض قوله **فلا بد** عدتها حيضتان - مع قوله **فلا بد** عدتها حيضة واحدة - او حيضة ونصف الى اهل العرف يرونهما متباينين ولا يرون احدهما قرينة على الاخر - والموافقة للاحتياط ليست من المرجحات - وعلى فرض كونها منها فالمرجحات التى قبلها موجودة - فالصحيح ما ذكرناه - .

عدة المتمتع بها من الوفاة

هذا كله في عدة الفراق (و) اما (في الموت) فاما مشهور بين الاصحاب انها تمتد (باربعة اشهر و عشرة ايام) ان لم تكن حاملا - وعن المفيد والمرضى والعماني وسالار ان عدتها شهران وخمسة ايام. يشهد الاول مضافا الى عموم الآية الكريمة (١) جملة من النصوص - ففي صحيح (٢) ابن الحجاج المتقدم. تعتد باربعة اشهر وعشرا - وكذا في صحيح (٣) زرارة الذي تقدم - وبازائهما خبران احدهما - مرسل (٤) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ماعدتها قال خمسة وستون يوما. استدله للقول الثاني - لكنه ضعيف مرسل و في طريقه الطاطري الواقفي الذي قيل فيه انه شديد العناد في مذهبه صعب العصبية على من خالفه من الامامية - ومعارض مع ما هو اشهر واضح سنداً منه فيتعين طرحه - ثانيهما (٥) خبر علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام عدة المرأة اذا تمتع بها فمات عنها خمسة واربعون يوماً - ولكنه لعدم عمل احدهم الاصحاب به حمل على ما اذا كان الموت بعد انقضاء الاجل - ولعله يشعر به عطف الموت بقاء فيكون المراد من تمتع بها استيفاء التمتع بها في تمام المدة للاحداث التمتع. ثم انه ربما يستدل للقول الثاني مضافا الى ما مر بانها كالامة في الحياة فكذلك في الموت و تقريب الدليل بوجه يخرج عن القياس ان ذلك مقتضى عموم المنزلة المستفادة من قوله عليه السلام في صحيح زرارة المتقدم وكك المتعة عليها مثل ما على الامة ولكن يرد عليه - ان التنزيل في الخبر بلحاظ خصوص عدة الفراق لا الموت للتصريح في صدره بكون عدة الوفاة في الجميع اربعة اشهر وعشرا مع انه لو سلم عموم المنزلة يمين تقييد اطلاقه بالصحيحين المتقدمين فما افاده المشهور اظهر هذا كله اذا

(١) البقرة آية ٢٣٤

(٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٥٢ من ابواب العدد حديث ١-٢-٣-٤

كانت حائلا.

و اما اذا كانت حاملا - فلا خلاف بينهم في ان عدتها ابعد الاجلين من وضع الحمل وعدة الوفاة - ويشهد به اطلاق النصوص الدالة على ان عدة الحبل المتوفى عنها زوجها ابعد الاجلين لاحظ صحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام قال في الحامل المتوفى عنها زوجها تنقض عدتها آخر الاجلين - وموثق (٢) سماعة قال المتوفى عنها زوجها الحامل اجلها آخر الاجلين ان كانت حبل فتتم لها اربعة اشهر وعشرا ولم تضع فان عدتها الى ان تضع وان كانت تضع حملها قبل ان يتم لها اربعة اشهر وعشرا تعتد بعد ما تضع تمام اربعة اشهر وعشرو ذلك ابعد الاجلين ونحوهما غيرهما - ومع هذه النصوص لا حاجة الى التمسك بالاستصحاب ولا مورد له - كى يعارض بالاستصحاب التعليق فتدبر.

تجديد العقد على المتمتع بها قبل انقضاء الاجل

العاشرة - المشهور بين الاصحاب انه لا يصح له تجديد العقد على المتمتع بها دائما او منقطعا قبل انقضاء الاجل واهيته.

و استدلو له بانه يلزم من صحة العقد احد المعذورين اما تحصيل الحاصل لوقلنا بتأثير العقد الجديد من حينه او تاخر اثره لوقلنا بتأثيره بعد انقضاء اجل العقد الاول وبمفهوم صحيح (٣) ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام في المتعة لا باس بان تزيدك وتزيدها اذا انقطع الاجل فيما بينكما تقول لها استحللتك باجل آخر برضاها ولا يحل ذلك لغيرك حتى تنقض عدتها - وبخبر (٤) ابا بن تغلب قلت لابي عبدالله عليه السلام جعلت فداك الرجل يتزوج المراءة متعة فيزوجها على شهر ثم انها تقع في قلبه فيحب ان

(٢-١) الوسائل باب ٣١ من ابواب العدد حديث ١-٢

(٣) الوسائل - باب ٢٣ من ابواب المتعة حديث ٢

(٤) الوسائل باب ٢٤ من ابواب المتعة حديث ١

يكون شرطه اكثر من شهر فهل يجوز ان يزيد بها في اجراها ويزداد في الايام قبل ان ينقضى ايامه التي شرط عليها فقال عليه السلام لا يجوز شرطان في شرط قلت كيف يصنع قال عليه السلام يتصدق عليها بما بقى من الايام ثم يستأنف شرطاً جديداً.

ولكن يرد على الوجه العقلي - اولاً انه لو تم لاختص بما اذا عقد عليها ثانياً باجل من حين العقد واما لو عقد عليها باجل من حين انقضاء الاجل الاول - فلا يلزم ذلك المحذور وقد مر عدم لزوم اتصال المدة بالعقد وثانياً ان الزوجية من الامور الاعتبارية والاعتبار خفيف المؤونة فلا مانع من اعتبار زوجيتها من حين العقد غاية الامر قبل انقضاء الاجل الاول يلتزم بالتأكد نظير التأكد في الاحكام التكليفية - واما خبر ابان فمضافاً الى ضعف سنده لابراهيم بن المفضل انه محتمل لان يراد به زيادة الاجل والمهر في اثناء المدة تعويلاً على العقد السابق من غير تجديد فيكون بمنزلة اشتراط اجلين ومهرين في عقد واحد ويكون هذا هو المراد من قوله عليه السلام لا يجوز شرطان في شرط اي اجلان في عقد واحد - ولا نظر له الى اجلين في عقدين وان تدخل الاجلان فانه ليس ح اجلان في عقد واحد - واما الصحيح فقد يمنع كون مفهومه ذلك باعتبار وروده في تفسير قوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة - ولما في ذيله ولا يحل ذلك لغيرك فيكون المراد به ح ان العقد المستأنف بعد مضي الاجل بالافضل يختص بالزوج - واما غيره فلا بد وان لا يعتدق عليها حتى ينقضى عدتها ويؤيده خبر (١) عبد السلام عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية قلت ان اراد ان يزيد بها ويزداد قبل انقضاء الاجل الذي اجل قال عليه السلام لا بأس بان يكون ذلك برضا منه ومنها بالاجل والوقت.

وعلى هذا فيقوى ما عن العماني وابن حمزة والمصنف ره في المختلف من الصحة. ولكن الانصاف ان يمنع ثبوت المفهوم للصحيح في غير محله - وبه يقيد اطلاق خبر عبد السلام بان يتصدق عليها بما بقى من المدة ثم يستأنف العقد الجديد (ثم ان) الظاهر

اختصاص الصحيح بالعقد بالاجل من حين العقد ولا يشمل ما لو عقد عليها باجل من حين انقضاء الاجل الاول فانه من قبيل العقد بعد انقطاع الاجل فان عقد الزوجية انما يكون من ذلك الحين وان كان ابرازه وانشائه قبل الانقضاء والخبر ظاهر في المنع ع-ن نفس التزويج قبل الانقضاء لا ع-ن انشائه - كما ان صريح الخبرين الاختصاص بالمنقطع - ولا يعمان ما لو كان العقد الثاني عقد دوام ومقتضى القاعدة كما عرفت صحته .

حكم الشرط المذكور قبل العقد

الحادية عشر لاشكال ولا خلاف في انه يعتبر في لزوم الوفاء بما يشترط في عقد الانقطاع من الشروط السائغة ذكرها في ضمن العقد بان تكون مقترنة بالايجاب والقبول - لما حقق في محله من ان الشرط غير المذكور في العقد لا يجب الوفاء به اما لعدم صدق الشرط عليه الذي هو بمعنى الربط او للاجماع - وانما الكلام في المقام في موردين .

الاول ان المشهور انه لا يجب الوفاء بالشرط المذكور قبل العقد وان كان من قبيل الشروط المضرة المبني عليها العقد ووقع العقد مبني عليه الذي هو من قبيل الذكر في العقد في سائر العقود بل في الرابض دعوى الاجماع عليه وقد استدلل له بنصوص كموتق (١) ابن بكير قال ابو عبد الله عليه السلام اذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به واوجب التزويج فارد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز وان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح - وموتقه (٢) الاخر عنه عليه السلام ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز - وموتق (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في الرجل يتزوج المرأة متعة انهما يتوارثان اذا لم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح ونحوها غيرها (واورد) على ذلك في الجواهر بانه يحمل النصوص

المزبورة على ما كان من الشروط سابقا ولم يكن مضرا حال العقد على وجه يكون مبنيا عليه لعدم صدق الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده في الائتاء مداولا عليه بالقرائن الحالية والاستبعاد اختصاص المقام عن غيره بذلك (وفيه) انه ينأ فيه قوله **لا يبرأ** في الموثق فاردد عليها شرطك الاول بعد النكاح فانه كالصريح في ازوم ان يذكر ثانيا ولا يكتفى بالمقدر والاستبعاد المذكور بعدم العلم بمناطات الاحكام في غير محله - وعن المحقق يزدي اختصاص النصوص بالشروط المعتبرة في المتعة من الاجل والمهر - ويرده موثق محمد بن مسلم فالأظهر ما هو المشهور ولا مانع من الالتزام به في المقام.

المورد الثاني ان المنسوب الى الشيخ في النهاية ازوم ذكر الشروط في عقدا لا تقطع بعد العقد ثانيا - و عن تهذيبه الاكتفاء بذكرها بعد العقد - و الوجه في اختصاص شروط هذا العقد بذلك ما في النصوص السابقة من اعتبار كون الشرط بعد النكاح وانه جائز دون غيره - ولكن الظاهر منها كما فهمه الاصحاب اعتبار ذكر الشرط بعد الايجاب والقبول بلا فصل بحيث يكون من متعلقاتهما لا بذكره بعد ولومع فصل طويل.

نكاح الاماء

(الفصل الخامس في نكاح الاماء) ولا يخفى انه حيث لاموضوع للاحكام المتعلقة بالعبيد والاماء في زماننا هذا - فلذا عادتنا في مؤلفاتنا اعم من هذا الشرح وكتاب منهاج الفقاهة على الغاء ما يتعلق بهما من الابحاث للاشتغال بما هو اهم - وعلى هذا فلا نتعرض لمباحث هذا الفصل .

الجنون من العيوب الموجبة لحق الفسخ

(الفصل السادس في العيوب) الموجبة لحق الفسخ - (وهي اربعة في الرجل) على المشهور وسياتي الكلام في انه هل يرد العقد بغير الاربعة ام لا - احدهما -

(الجنون) بالاخلاف فيه في الجملة بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به خبر (١) على بن ابي حمزة قال سئل ابو ابراهيم (ع) عن امرأة يكون لها زوج وقد اصاب في عقله بعدما تزوجها او عرض له جنون قل ^{لها} ^{لها} ان تنزع نفسها منه ان شئت ومرسل (٢) الفقيه وروى انه ان بلغ به الجنون مبلغا لا يعرف اوقات الصلاة فرق بينهما فان عرف اوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد بليت - وضعفها منجبر بالعمل .

وربما يستدل به بصحيح (٣) الحلبي عن ابي عبد الله (ع) قال انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل - وورد عليه صاحب الجواهر ره بان الشيخ ره وان روى الخبر في موضع من التهذيب هكذا . ولكنه مروي (٤) في الكافي مع سبق جملة اخرى وهي سئلته عن رجل يتزوج الى قوم فاذا امرته عوراء ولم يبينوا له قال لا يرد وانما يرد النكاح... الخ - وايضا روى في (٥) موضع آخر مع اضافة جملة لاحقة وهي قلت ارايت ان كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها قال المهر لها بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذي انكحها ومعلوم ان ذلك من تقطيع الشيخ لانه خبر مستقل للحلبي كما يؤمى اليه اتحاد السند - وعليه فحيث يحتمل ان يكون قوله برد بصيغة المعلوم لا المجهول والضمير يرجع الى الزوج فالخبر مختص بجنون المرأة ولا يشمل الرجل - ودعوى - اولوية ثبوته للمرأة في الرجل من العكس الثابت نصا وفتوى كما ستعرف لكون الرجل له التخلص بالطلاق دونها - ممنوعة - لعدم القطع بالاولوية .

اقول يرد عليه - اولاه لانه لا مانع من كون ذلك الذي رواه الشيخ خبرا مستقلا اذ اى مانع من بيان المعصوم (ع) ذلك مرتين تارة مع جملة اخرى واخرى بدونها والحلبي ايضا يروي الخبرين وكذا من يروي عنه - وحيث ان الظاهر من نقله كونه تمام المروي فلا وجه لعدم الالتزام به - وثانيا - ان الخبر روى في الكافي والفقيه

(١-٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١ - ٣

(٣-٤) الوسائل باب ١ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١٠ - ٦

(٥) الوسائل باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٥

مع اضافة الجملة السابقة و ايضا روى نظيره محمد بن مسلم فى الصحيح عن ابي جعفر (ع) - ولكن مع الفصل بين تلك الجملة والجملة التى تكون مورد الاستدلال بقوله - وقال - انما يرد النخ - كما عن الفقيه - وقال يرد النخ باسقاط لفظ انما كما عن الكافى وهذا - اى تكرر اللفظ قال يدل على تعدد الخبر - وان الصادر من المعصوم (ع) جملتان غير مرتبطتين اى غير متصلتين - وعليه فللفظ يرد يكون بصيغة المجهول فالخبر يعم جنون الرجل ايضا (ودعوى) ان النكاح انما يستند الى الزوجة فالمتبادر من قوله **يُفسخ** يرد النكاح ان الرجل يرد النكاح اذ رده كقبوله من قبل الزوج - مع انه مشتمل على الفعل المختص بالمرأة (مندفعة) بان المراد من النكاح ليس هو خصوص ما هو فعل الزوجة بل المتحصل منه ومن فعل الزوج وهو يصح رده من كل منهما واختصاص الفعل بها لا يضر بعد كون الخبر فى مقام بيان موجبات الفسخ من غير نظر الى الفاسخ (وما) عن المحقق الزدى من الاشكال عليه بانه غير مشتمل على العيوب المختصة بالرجل وهو يوهن كونه فى مقام بيان موجبات الفسخ كلية (فيه) ان غاية ما يلزم من ما قيد عدم ثبوت المفهوم له لاعدى التمسك باطلاق منطوقه فالأظهر تمامية دلالة الخبر على ذلك فلا اشكال فى الحكم فى الجملة انما الكلام فى موارد .

الاول - انه ربما نسب الى بعض متأخرى المتأخرين التوقف فى الحكم بالنسبة الى الجنون السابق - بدعوى ان النص مختص باللاحق والاووية ليست قطعية - مع انه لو فرض الجنون قبل العقد لا يكون العقد صحيحا فى نفسه لانه يعتبر فى العاقد و الموكل العقل - ولكن يرد الاول ما تقدم من عدم اختصاص المدرك بخبر على بن ابي حمزة - وصحيح الحلبي مطلق شامل له - ويرد الثانى انه يمكن فرض صحة العقد من الولي حال كونه صغيرا او مجنونا - وفى الجنون المتصل بالصغر ولو كان العقد فى حال البلوغ او كان المتصدى للعقد الحاكم الشرعى او كان الجنون ادواريا وعقد فى حال الصحة .

الثانى - انه لاختلاف فى انه تفسخ المروءة نكاحها بالجنون الحاصل للرجل وان كان ادوارا سواء كان سابقا على العقد او تجدد بعده قبل الوطء او بعده اذا كان

لا يعقل اوقات الصلاة - واما ان كان يعقل فان كان قبل العقد او مقارناله فالعقد معروف
 عماعدا ابن حمزة الفسخ ايضا - وان تجدد بعد العقد فعن اكثر المتقدمين عدم الفسخ -
 وعن كثير من المتأخرين الفسخ - يشهد لما اختاره المتأخرون اطلاق خبر علي بن
 ابي حمزة وصحيح الحلبي المتقدمين - واستدل لما اختاره القدماء - بمرسل الفقيه المتقدم -
 ونحوه ما (١) عن الفقه الرضوي - ولكن المرسل ضعيف - والفقه الرضوي لم يثبت لنا
 كونه كتاب رواية فضلا عن اعتباره - مع ان مرسل الفقيه غير مختص بالمتجدد بل هو
 نعم السابق - نعم الرضوي مختص به وهذا يوجب الظن بما اصر عليه صاحب الجواهر
 ره من ان المتقدمين لم يفصلوا في الجنون الموجب للفسخ بين عرفانه اوقات الصلاة
 وعدمه بل مرادهم اختصاص الجنون بالقسم الاول - وعليه - فلا يبقى مورد لدعوى
 انجبار ضعف السند بالعمل - اللهم - الا ان يقال ان الصدوق بنى في عبارته التي نقلها
 في الرواية على ما تضمنه الخبر الذي قبلها من فرض الجنون بعد ما تزوجها فاطلق
 اعتمادا عليه - لكنه محتمل ان يكون من نقل المعنى فلا يكون متن الخبر بايدينا كما نتمسك
 به - مع انه مع الاحتمال الذي ذكره صاحب الجواهر بضميمة احتمال ان يكون نظر الصدوق
 الى الرضوي لا يصح دعوى انجبار ضعف السند بالعمل .

الثالث في الموضوع و الظاهر انه اعم من غلبة المرض على العقل المقتضى
 لفساده وتعطيله عن افعاله واحكامه ولو في بعض الاوقات - ومن ضعف العقل في نفسه
 من غير حدوث مرض الذي افاد الشيخ انه اكثر - وكيف كان فالجنون فنون ومفهومه
 مبين عند العرف و اي قسم منه تحقق ترتب عليه الحكم .

من العيوب الموجبة لحق الفسخ للمرأة العنة

(و) الثاني - من العيوب الموجبة لحق الفسخ للمرأة (العنة) بالاخلاف
 فيه - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - وفي الحدائق اجمع الاصحاب على

ان العنن من العيوب الموجبة لتسلط المروثة على الفسخ - ويشهد به نصوص مستفيضة كصحيح (١) ابي بصير سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن امرئة ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع انفارقه قال عليه السلام نعم ان شئت - وصحيح الكناي عليه السلام عن امرئة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع ابدا انفارقه قال (ع) نعم ان شئت - وخبر (٣) غياث عنه (ع) في العنين اذا علم انه عنين لا ياتى النساء فرق بينهما واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لا يرد من عيب - وصحيح (٤) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) العنين يقربص به سنة ثم ان شئت امرئته تزوجت وان شئت اقامت - وموثق (٥) عمار بن موسى عن ابي عبد الله (ع) عن رجل اخذ عن امرأته فلا يقدر على اتيانها فقال (ع) ان كان لا يقدر على اتيان غيرها من النساء فلا يمسكها الا برضاها بذلك وان كان يقدر على غيرها فلا بأس بما ساكها ونحوها غيرها وتمام الكلام بالبحث في جهات.

الاولى - ان ظاهر كلام اللغويين انه يعتبر في صدق العنين امران - احدهما العجز عن اتيان النساء اضعف العضو وعدم قدرته على الانتشار - وثانيهما عدم اشتهاء النساء صريح كلام جمع من الفقهاء كفاية الامر الاول في صدق العنين ولا يهمنا البحث في ذلك بعدكون الما خوذ في جملة من النصوص عدم القدرة على النساء ومقتضى اطلاقها ثبوت هذا الحكم وان كان يشتهى النساء ، بل يشمل اطلاق النصوص ما كان عن سحر كما عن كشف اللثام وغيره ولعله المراد من قوله في الموثق اخذ عن امرأته وهو على ما قيل رقية كالسحر - فماعن بعض من اعتبار عدم شهوة النساء في غير محله.

الثانية المعروف بين الاصحاب بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه ان العنن الحادث بعد العقد كالموجود قبله موجب لثبوت حق الفسخ لاطلاق النصوص بل لعله الفرد الظاهر من النصوص - وما عن المحقق الثاني من انه يلوح من عبارة المبسوط عدم ثبوت الخيار به في غير محله .

الثالثة ان العنن الموجب للخيار هو ما لو يتمكن من اتيان النساء مطلقا - واما

لو كان قادراً على اتيان غير زوجته ولا يقدر على اتيانها خاصة فهو ليس بعنن ولا يكون موجبا لثبوت حق الفسخ كما هو المشهور بين الاصحاب. ويشهد به عدم صدق العنن على من يقدر على اتيان النساء الاخر. وقوله في صحيح ابى بصير فلم يقدر على الجماع ونحوه ما في صحيح الكنائى وغيرهما. وخبر (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن عنين دلس نفسه لامرأة ما حاله قال (ع) عليه المهر و يفرق بينهما اذا علم انه لا ياتي النساء - وقوله عليه السلام في خبر غياث المتقدم اذا علم انه عنين لا ياتي النساء فرق بينهما (وعن) ابن زهرة وظاهر المفيد ان المعتبر في صدق العنن وعدمه بالنسبة الى الزوجة ولا عبرة بغيرها - وظاهر الرياض حيث حكم بان القول الاول اشهر كونه مشهوراً ايضاً. وعن المختلف التوقف في الحكم. واستدل لهذا القول بصحيح (٢) على بن رثاب عن ابى حمزة عن ابى جعفر (ع) في حديث فاذا ذكرت انها عذراء فعلى الامام ان يؤجله سنة فان وصل اليها والافرق بينهما اذ مقتضاه الاكتفاء في الفسخ بعجزه عن وطئها وان لم يعلم عجزه عن وطء غيرها - وفيه - ان الخبر وارد في مورد ادعاء الزوجة انه لم يقربها وانكار الزوج ذلك فالمفروض فيه انه لو لم يقربها فهو عنين لا يقدر على اتيان النساء وما افاده (ع) انما هو لتشخيص انه اناها ام لا ولا نظر له الى ما يتحقق به العنن وبعبارة اخرى ان المفروض فيه ان اتيانها وعدمها امارتان لقدرته على اتيان النساء وعدمه فلا اشكال في الحكم .

الرابعة انه لا اشكال في ان عدم التمكن من اتيان النساء في زمان قصير كشهر مثلاً لا يوجب الفسخ بل المعتبر هو كونه بنحو لا يتمكن من اتيانها في زمان معتد به. وقد حدد ذلك في النصوص وكلمات الاصحاب بالسنة لاحظ صحيح محمد بن مسلم وصحيح على بن رثاب المتقدمان. وفي خبر (٣) الكنائى اجل سنة حتى يعالج نفسه.

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١٣

(٢) الوسائل باب ١٥ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٧

وهل التحديد بذلك مطلق حتى فيما علم بانه عنين لا يقدر على اتيان النساء ابدأوان
عالج نفسه فلا فسخ لها الا بعد السنة - ام يكون ذلك فيما احتمل التممكن ولو مع
المعالجة ظاهر الاخبار هو الثاني فان صحيح ابن رثاب وارد في مورد ادعاء الرجل
تمكنه منه و في خبر الكنانى قيد بقوله حتى بعالج نفسه و عبر في صحيح محمد
بقوله يتربص به سنة والتربص هو انتظار امر يقال تربص بغلته الغلاء اى ابقاها لان
تغلى - فما - عن المختلف من ان العلم انما يحصل بعد السنة ولو قدر حصوله قبلها
فالا قوى عدم التاجيل - هو الصحيح - واما النصوص (١) المتضمنة ان علياً عليه السلام كان يؤخر
العنين سنة من يوم ترافعه امرأته فان خلس اليها و الا فرق بينهما فهى ايضا تؤكد
ما ذكرناه ولا تنافيه - وعلى هذا ف- ان ابتلى الزوج بمرض مانع عن الجماع ويعلم بانه
يزول ولكن بعد مضي سنة أو أكثر - فلا يظهر عدم ثبوت الخيار فان الظاهر كون تاجيل
السنة انما هو طريقى ولا موضوعية له - و مع ذلك كله فبالاحتياط فى غير مورد
الوفاق لا يترك .

الخامسة انه يعتبر فى ثبوت الخيار لها ان لا يكون ذلك بعد الوطاء واومرة
فلو وطأها ثم عن لم يثبت لها الخيار بالاخلاف كما عن المبسوط والخلاف - ويشهد به
خبر غياث المتقدم - وخبر (٢) السكونى عن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام
من اتى امرأة مرة واحدة ثم اخذ عنها فلا خيار لها .

السادسة اذا علمت انه عنين قبل النكاح فالظاهر عدم ثبوت الخيار لها - لانه
انما جعل الخيار لها لاجل ان تتمكن من التخلص عما ابتليت به من جهة لزوم العقد
فمع علمها واقدامها عليه لوجه لثبوت الخيار لها - ولانه لاخلاف فى انها اذا علمت
بعد العقد بالعنن ورضيت سقط خيارها فكذلك الرضا السابق - وقد يقال انه يتفرع
على الوجه الاول - انه لو كان العنن حاصلًا بسبب المرأة لاخيار لها فان البلية ح
ليست مستندة الى لزوم العقد بل اليها ولا بأس به :

من العيوب الموجبة للتسلط على الفسخ الخصاص

(و) الثالث من العيوب الموجبة لتسلط المرأة على الفسخ (الخصاء) بالكسر والمد وهو سل الأنثيين واخراجهما - كما هو المشهور بين الاصحاب - وبشهادة جملة من النصوص - كصحيح (١) ابن مسكان قال بعثت بمسئلة مع ابن اعين قلت سلمه عن خصي دلس نفسه لامرأة فدخل بها فوجدته خصيا قال عليه السلام يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر بدخوله عليها - وصحيح (٢) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن خصي دلس نفسه لامرأة ما عليه فقال عليه السلام يوجع ظهره ويفرق بينهما وعليه المهر كاملا ان دخل بها وان لم يدخل فعليه نصف المهر - وموثق (٣) بكير عن احدهما (ع) في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها فقال عليه السلام يفرق بينهما ان شئت المرأة ويوجع رأسه وان رضيت به واقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به ان قاباه ونحوها غيرها . وتمام الكلام في ضمن فروع .

١ - هل الموجب اثبوت الخيار كون الخصاص من العيوب كما هو المشهور - ام يكون الموجب تدليس الرجل بذلك والا فهو ليس بعيب كما عن المبسوط والخلاف وجهان - تظهر الثمرة فيما اذا لم يدلس نفسه لها بان اعتقد انها تعلم بالحال - او جهل بكونه خصيا فانه على الاول يثبت الخيار وعلى الثاني لا يثبت - ظاهر النصوص هو الثاني لاشتمال جميعها على التدليس وظاهر ذلك كون خيارها من جهته لا من حيث كونه عيبا - بل هو ليس بعيب كما عن المبسوط والخلاف لانه يواجب بل ربما كان ابلاغ من الفحل لعدم قبوره الا انه لا ينزل وهو ليس بعيب اما العيب عدم الوطاء فتأمل - وما في الجواهر من ان عدم اخباره بنفسه تدليس بل لو لم يكن الخصاص عيباً لم يتحقق الخيار بتدليسه ايضا - يرد عليه - انه يمكن تصوير عدم الاخبار مع عدم التدليس كما مر وتوقف صدق التدليس على كونه عيبا ممنوع - مع انه لا يرد النكاح من كل عيب كما

صرح بذلك في بعض اخبار العنين قال **الشيخ** والرجل لا يرد من عيب اى من كل عيب بل من عيوب خاصة ولعله لذا امر بالتأمل. وما افاده بعض الاجلة من ان الظاهر من قولهم في غير واحد من الاخبار - ويوجع ظهره كما داس نفسه - هو ان الخيار من جهة الخصاء واجاع الظهر بالضرب بازاء التدليس لان الخيار والايجاع كليهما من جهة التدليس يرد ان الظاهر من ذلك ان الايجاع انما هو للتدليس - واما عدم دخل التدليس في الحكم الاخر وكون الخصاء تمام الموضوع للخيار فلا يدل عليه - فالأظهر عدم ثبوت الخيار بدون التدليس وعلى هذا يحمل كلام الشيخ في الخلاف والمبسوط لاما افاده الفاضل الهندي رحمه من حمل الاخبار على من لا يتمكن من الايلاج - ونفى هو عنه البعد ٢ - هل يلحق بالخصاء الوجاء بالكسر والمد وهو مرض الانثيين بحيث تبطل قوتها ام لا وجهان بل قولان. لا يبعد الاول لما قيل انه من افراد الخصاء - ولمناسبة الحكم والموضوع فان من المعلوم عدم دخل خروج الانثيين في الحكم بل تمام الموضوع عدم وجودهما - ولكن مع ذلك الافتاء به مشكل - وكذا في فقد الانثيين خلقه ونحوه ممن هو كالخصي .

٣ - ان مورد النصوص ما اذا كان ذلك قبل العقد فاقول بثبوت الخيار بهذا العيب لو كان مقارنا للعقد فضلا عما اذا كان متجددا بعده - او بعد الوطء لوجه له كما ان التفصيل بين المتجدد بعد العقد قبل الوطء والثبوت والمتجدد بعد الوطء فالعدم لوجه له.

في الجب

(و) الرابع (الجب) والمشهور بين الاصحاب على وجه لم اجد فيه خلافا هو كون الجب من العيوب الموجبة للفسخ - وقد ترد المحقق في الشرايع في ذلك وان اختار ما هو المشهور والظاهر ان منشأ التردد عدم ورود نص خاص فيه ومقتضى القاعدة لزوم النكاح - وكيف كان فيمكن ان يستدل له - بوجوده.

الاول اطلاق صحيحى ابي بصير والكنائى المتقدمين في العنن الدالين على ثبوت

الخيار لها بعدم قدرته على الجماع اذ عدم القدرة قد يكون لاجل عدم انتشار العضو وعدم نهوضه اضعف القوة الناشرة الناهضة - وقد يكون لاجل انتفاء العضو كما في المجبوب - فانه بمعنى عديم الالة (ودعوى) ان عدم القدرة على الجماع من قبيل عدم الملكة - فهو عبارة عن عدم القدرة عليه ممن من شأنه القدرة عليه والمجبوب ليس من شأنه القدرة عليه فلا يشملها الصحيحان (فيها) ان عدم الملكة ليس عبارة عن خصوص انتفاء الوصف عن موضوع قابل للاتصاف به شخصاً بل هو اعم من ذلك ومن انتفائه عن موضوع قابل له نوعاً او جنساً واذا يصح اطلاق الاعمى على الاكمه وهو من تولد اعمى ولا يكون قابلاً لان يبصر شخصاً وعلى العقب ومن المعلوم ان المجبوب بنوعه قابل للاتصاف بالقدرة على الجماع وان لم يكن بشخصه قابلاً له - مع - ان كون عدم القدرة على الجماع من قبيل عدم الملكة غير ظاهر .

الثاني فهو ما دل على ثبوت الخيار في العن لمشاركته له في المعنى وزيادة لان العنين يمكن برئه والمجبوب يستحيل برئه والمراد بهذا الوجه ليس هو مفهوم الموافقة - حتى يقال باختصاصه بما تكون القضية مسوقة لبيان المفهوم و كان هو المقصود بالاصالة منها وكان المنطوق مقصوداً بالتبع كما في قوله تعالى (١) «فلا تقل لهما اف» فلا يطله بالمقام - بل المراد منها الاولوية القطعية او الاطمئنانية .

الثالث فهو ما دل من النصوص على حكم الخصاص فانه اقوى عيباً منه لقدرة الخصى على الجماع في الجملة بخلاف المجبوب - لكن يرد عليه ما تقدم من ان ثبوت الخيار في الخصاص ليس لكونه عيباً بل للمتدليس - فالعمدة الوجهان الاولان .

والاستدلال له بقاعدة (٢) نفى الضرر كما عن الشهيد الثاني وغيره - غير تام - لعمامنا في محله . من ان قاعدة لا ضرر لا تصلح لاثبات الخيار وغيره من الاحكام وانما هي قاعدة نافية للحكم لا مثبتة - وسياتي زيادة توضيح لذلك في بعض المسائل الاتية

(١) الاسراء آية ٢٣

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة

ثم انه وقع الخلاف فيما لو حدث الجب بعد الوطاء او قبله و بعد العقد - فعن جماعة منهم الشيخ فى موضع من المبسوط والخلاف والمصنف ره فى المقام والارشاد وموضع من التحرير والحلى والمحقق فى الشرايع انه لا يفسخ به - وعن القاضى والشيخ فى موضع من المبسوط والخلاف والمصنف ره فى التلخيص وفى موضع من التحرير ثبوت الفسخ به - وفى الحقائق و الجواهر التفصيل بين المتجدد قبل الوطاء او بعده والبناء على ثبوت الخيار فى الاول دون الثانى :

والحق ان يقال انه لو كان المدرك فحوى ما دل على ثبوت الخيار فى العنن فاللازم هو البناء على القول الثالث لانه بالفحوى لا يثبت ازبد من الحكم الثابت فى الاصل وقد مر ان العنن ان وطء مرة واحدة لا خيار لها والاقلها الخيار وان تجدد بعد العقد وان كان المدرك هو اطلاق الصحيحين فمقتضى ذلك هو القول الثانى لان مقتضى اطلاقهما ثبوت الخيار حتى فى الحادث بعد الوطاء (ودعوى) انه يقيد اطلاقهما بالفحوى بتقريب انها تقتضى مشاركة المجهوب مع العنن فى عدم الخيار بعد الوطاء كاشتراكه معه فى ثبوته قبله (فيها) ان غاية ما يثبت بالفحوى الاشتراك فى الثبوت لا العدم فلا تنافى ثبوت الخيار فى الفرع بالنص فى محل ينقضى فيه فى الاصل وهو ما بعد الوطاء - وان كان المدرك فحوى ما ورد فى الخصاء - فالمتعين البناء على القول الاول - فتحصل ان الاظهر هو الثبوت مطلقا .

ثم انه ان بقى له ما يمكن معه الوطاء ولو بقدر الحشفة لا خيار لها قولا واحدا كما فى الجواهر واجماعا كما فى الرياض لا اختصاص ادلة الثبوت بغير هذا الفرض كما لا يخفى .

ثم انه قال المصنف ره فى محكى القواعد الاقرب عدم فسخها لو كان قد صدر منها ذلك عمدا انتهى - وفى الجواهر ولعله لانها ح هى التى فوتت على نفسها الانتفاع كما لا خيار للمشتري لو اتلف المبيع او عيبه - ولكن لو كان مدرك ثبوت هذا الخيار قاعدة الضرر ثم ما افيد - وحيث ان مدركه اطلاق الصحيحين و هو يشمل ما لو صدر منها ذلك عمدا - فالأظهر الفسخ - اللهم الا ان يقال ان المتبادر الى

الذهن من قواه ابتلى زوجها في الصحيحين هو ما لو لم يكن ذلك بتسبيب منها - وبفعلها وهذا غير بعيد والاحتياط طريق النجاة .

في الجدام والبرص

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لا يرد الرجل بعيب غير الاربعة - وعن ابن الجنييد والقاضى والشهيد الثانى وجماعة من المتأخرين - انه يرد بالجدام والبرص واستدل للاول بالخبر (١) المعتبر بوجود جمع مجمع على تصحيح ما يصح عنهم كصفوان وابان المانع من اضرار جهالة الراوى المزوى عن عباد الضبى عن الصادق عليه السلام فى العنين اذا علم انه عنين لا يأتى النساء فرق بينهما واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لا يرد من عيب - ولكن يرد عليه اولا انه لو تمت دلالة حيث تكون تلك بالعموم فيخصص بصحيح الحلبي المتقدم فى الجنون - انما يرد النكاح من البرص والجدام والجنون والعفل وقدم عدم اختصاصه بعيوب المرثة - اللهم الا ان يقال ان النسبة ح بين الخبرين عموم من وجه والترجيح مع النافى لكونه المشهور بين الاصحاب - ويمكن دفعه بان هذه الشهرة الفتوائية غير المستندة الى طرح الخبر بل الى توهم اختصاصه بعيوب المرثة لاتصلح ان تكون مرجحة فيرجع الى المرجح الثانى وهو صفات الراوى وهى تقضى تقديم الصحيح - وثانيا انه حيث لا يمكن الجمع بين قوله فى الخبر والرجل لا يرد من عيب وحكمه فى صدر الخبر برد العنين - فيحمل الخبر على ان المراد به ان الرجل لا يرد من كل عيب بل من عيوب خاصة وذكر لدفع توهم السائل - ان عدم القدرة على الجماع ازيد من مرة واحدة ايضا عيب فلم لا يحكم معه بالتفريق - اوعلى ان المراد ان الرجل لا يرد من العيوب الحادثة بعد العقد والجماع - وعلى التقديرين لا يدل على عدم الفسخ بالجدام والبرص كما لا يخفى وقد استدلت لثبوت الخيار لها بهما (بانهما) من الامراض المعدية باتفاق

الاطباء وروى (١) انه عليه السلام قال فر من المجذوم فرارك من الاسد فلا بد من طريق الى التخلص ولا طريق للمرثة الا الخيار (وبان) النص والفتوى متفقان على انهما عيبان فى المرثة مع وجود وسيلة الرجل الى الفراق بالطلاق وهذا يقتضى كونهما من العيوب الموجبة للفسخ لهما فى الرجل بطريق اولى (و باداء) عدم الخيار الى الضرر المنفى (ولكن يرد) الاول انه يمكن التخلص مع الضرر باجبار الحاكم له بالطلاق او انتزاعها منه الى حصول العلاج مع انه مستلزم لثبوت الفسخ بجميع الامراض المعدية و لم يقل بها حد - ويرد الثانى منع الاولوية القطعية - و يرد الثالث ما تقدم من ان قاعدة نفى الضرر لاتصلح لاثبات الخيار - فالصحيح ما ذكرناه نعم لا بأس بذكر الوجه الثانى مؤيدا له .

فى العمى والعرج والزنا

ثم ان المنسوب الى القاضي والاسكافى - ان العمى من العيوب الموجبة لثبوت الخيار للمرثة - وعن الاسكافى اضافة العرج والزنا - واستدل للاول منها بان العمى من العيوب الموجبة للخيار للرجل فيثبت به الخيار للمرثة للاولوية فان للرجل التخلص بالطلاق - واستدل لكون الزنا موجبا له بحمله من النصوص كخبر (٢) على بن جعفر عن اخيه عن رجل تزوج بامرأة فلم يدخل بها فزنا ما عليه قال عليه السلام يجلد الحد ويحلق راسه ويفرق بينه وبين اهله وينفى سنة وخبر (٣) طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد عن ابيه عليه السلام قال قرأت فى كتاب على عليه السلام ان الرجل اذا تزوج المرأة فزنا قبل ان يدخل بها لم تحل له لانه زان ويفرق بينهما ويعطى نصف المهر ونحوهما غيرهما واما العرج فلا دليل له سوى الاولوية ان ثبت كونه من عيوب المرثة الموجبة للخيار - ولكن يرد على الاول منع القطع بالاولوية والظنية منها لانكفى - ويرد على الثانى انه بازاء تلكم النصوص نصوص - لاحظ صحيح (٤) رفاعه بن موسى عن ابي عبد الله

(١) سفينة البحار ج ١ ص ١٤٧

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٧ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٢-٣-٤

عن الرجل يزني قبل ان يدخل باهله ايرجم قال **لا** قلت هل يفرق بينهما اذا زنا قبل ان يدخل بها قال **لا** - فيجمع بينهما بالحمل على الاستحباب - وان ابنت عن كون ذلك جمعا عرفيا فالمتعين طرح الاولى لمخالفتها للمشهور - مع - ان هذه النصوص لا تدل على ثبوت الخيار لها وانما تدل على لزوم التفريق مع انها في الزنا بعد العقد قبل الوطء - واما العرج فهو ممنوع اصلا وفرعا - فلا يظهر عدم كون شيء منها موجبا للفسخ.

عيوب المروءة الموجبة لجواز فسخ الزوج

(و) العيوب الموجبة لثبوت الخيار للزوج (سبعة في المروءة) على المشهور (الجنون والجذام والبرص والافضاء والعمى والاقعاد) اما الجنون فثبوت الخيار به له مورد اتفاق النص والفتوى وقدم الكلام فيه موضوعا وحكما في عيوب الرجل - وقد عرفت انه لا فرق بين السابق على العقد واللاحق - والحكم في المقام اوضح - اذ صحيح الحلبي المتقدم الذي اشكل بشموله للرجل لاشكال فيه من هذه الجهة هنا - اصف اليه بعض نصوص اخر لاحظ (١) صحيح عبد الرحمن عن الصادق **عليه السلام** المروءة ترد من اربعة اشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العقل ما لم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا تحوم غيره.

و اما الجذام والبرص فلا خلاف في كونهما من موجبات ثبوت الخيار له - والنصوص المتقدمة جملة منها شاهدة به - و اما وقع الكلام في حقيقتهما - ففي الشرايع وغيرها .

الجذام هو الذي يظهر معه يبس الاعضاء وتناثر اللحم والظاهر كونه مرضا معروفا عند اهله واثره البين ما يفيد وبدون ذلك قد لا يحرز المرض الا اهله والماخوذ في الدليل هو عنوان الجذام فكل ما صدق عليه ذلك واحرز ولو باخبار اهل الخبرة يترتب

عليه هذا الحكم .

واما البرص فقد وقع الخلاف في انه خصوص البياض الذى يظهر فى ظاهر البدن لفساد المزاج كما عن القاموس - او البياض الذى يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم كما فى الشرايع - او الاعم منه ومن السواد كما عن الشهيد الثانى فى المسالك - قال فيها انه مرض معروف يحدث فى البدن بغير لونه الى السواد او الى البياض لان سببه قد يكون غلبة السوداء فيحدث الاسود وقد يكون غلبة البلغم فيحدث الابيض وعن مجمع البحرين البرص لون مختلط حمرة وبياضا او غيرهما ولا يحصل الامن فساد المزاج وخلل فى الطبيعة - وفى الحقائق والمفهوم من دعاء امير المؤمنين عليه السلام على انس لما لم يشهد بخبر الغدير فدعا عليه ببياض لا تواريه العمامة ان البرص هو البياض - ونحوه فى الشهادة بذلك مضمرا (١) البصرى فى الرجل اذا تزوج المرثة فوجد بها قرنا وهو العفل او بياضا او جذا ما انه بردها ما لم يدخل بها - وان كان الاظهر عدم دلالة شئ منهما على الاختصاص لعدم ثبوت المفهوم لشئ عنهما - وبالجمللة المتيقن منه هو البياض وفى غيره لا بد من الرجوع الى اهله فان احرز كونه برصا فلا كلام والا فلا يكون موجبا للرد للاصل - قال فى محكى المسالك انه يشتمه بالبهق فى القسمين والسببين قال والفرق بينهما ان البرص يكون غايضا فى الجلد واللحم والبهق يكون فى سطح الجلد خاصة ليس له غرز وقد يتميزان بان يغرز فيه البرة فان خرج منه دم فهو بهق وان خرج منه رطوبة بيضاء فهو مرض انتهى .

من عيوب المرثة القرن

واما القرن بسكون الراء وفتحها فنبت الخيار له به متفق عليه - و يشهده به نصوص كثيرة - منها صحيحا الحلبي والبصرى المتقدمان ومنها خبر (٢) الحسن بن

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٢ -

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٣

صالح عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرئة فوجد بها قرنا قال عليه السلام هذه لا تحبل وينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على اهلها الحديث - ومنها صحيح (١) عبدالرحمان عن الصادق عليه السلام في حديث وترد المرئة من العقل والبرص والجذام والجنون فاما ما سوى ذلك فلا - ومنها غير ذلك من النصوص الكثيرة الالائية جملة اخرى منها .

انما الكلام في حقيقته والكلام فيها وقع في جهات - الاولى - في اتحاد العقل والقرن وعدمه - ولا يهملنا البحث في ذلك بعد تفسير الامام (ع) احدهما بالآخر كما في صحيح عبدالرحمان المتقدم وذكر كل واحد منهما في جملة من النصوص المتقدمة فكل منهما عيب موجب للرد ان اختلفا .

الثانية في ان القرن هل هو لحم يثبت في الفرج - او عظم كالسن يثبت في الرحم يمنع من الوطء كما صرح بكل منهما جمع من اهل اللغة - والظاهر كونه للاعم منهما بل ومن غيرهما - فمن المغرب القرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة اولحمة مرتفعة او عظم - ونحوه عن الصحاح وهو المستفاد من النصوص لاحظ التعليق في خبر ابن صالح المتقدم ونحوه صحيح الكفائي .

الثالثة في انه هل هو عبارة عن شيء يخرج من قبل المرئة الى خارج القبل ويكون كالادارة للرجال - وهي وزان غرفة انتفاخ الخصيتين - او انه عبارة عن شيء يكون في باطن القبل - والظاهر كونه اعم ولومن حيث هذا الحكم كما يستفاد من مناسبة الحكم والموضوع .

الرابعة في انه هل يختص الحكم بما اذا منع القرن من المجامعة راسا ام يعم ما لو كان مانعا عن كمال المجامعة - ام يعم ما لو امكن كمال المجامعة وجوه واقوال - نسب الاول الى الاكثر - وصاحب الجواهر رد يدعي ان المشهور بين الاصحاب هو الثاني - ويشهد لعدم اعتبار المنع من المجامعة راسا - قوله (ع) في خبر الحسن وصحيح الكفائي المتقدمين وينقبض زوجها عن مجامعتها - وصحيح (٢) ابي عبيدة عن الباقر

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١٣

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١ -

عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ وَلِيِّهَا فَوَجَدَهَا عَيْبًا بَعْدَمَا دَخَلَ بِهَا فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِذَا دَلَسْتَ الْعَقْلَاءَ وَالْبُرَصَاءَ وَالْمَجْنُونَةَ وَالْمَغْضَاةَ وَمَنْ كَانَ بِهَا زِمَانَةٌ ظَاهِرَةً فَانْهَارَ تَرَدُّدُ عَلَى أَهْلِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ - وَحَمَلَهَا عَلَى مَا لَوْ دَخَلَ بِهَا دُبْرًا - بَعِيدَ غَايَتِهِ سِيمَا فِي الْأَوَّلِينَ بَلْ لَا يُمْكِنُ فِيهِمَا - نَعَمْ الظَّاهِرُ اعْتِبَارُ الْمَنْعِ مِنْ كَمَالِ الْمَجَامَعَةِ - كَمَا يَشْهَدُ بِهِ التَّعْلِيلُ فِي خَبَرِ الْحَسَنِ وَصَحِيحِ الْكِنَانِيِّ - وَلَوْ تُمْكِنُ مِنْ كَمَالِ الْمَجَامَعَةِ مَعَ الصَّعُوبَةِ فَهَلْ هُوَ مُلْحَقٌ بِمَا لَوْ لَمْ يَتُمْكِنُ مِنْهُ - أَمْ يُلْحَقُهُ حُكْمُ مَا يُمْكِنُ وَجْهَانِ مِنْ عَمُومِ قَوْلِهِ وَيَنْقَبِضُ زَوْجُهَا عَنْ مَجَامِعَتِهَا - وَمِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ هَذِهِ لَا تَحْبِلُ فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُمْكِنَ فِي قَعْرِ الرَّحِمِ مَانِعٌ عَنْ كَمَالِ الْمَجَامَعَةِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا تَحْبِلُ وَجْهَانِ أَظْهَرُ هُمَا الثَّانِي .

وَأَمَّا الْإِقْضَاءُ فَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ حُكْمًا وَمَوْضُوعًا فِي بَابِ الْمَصَاهِرَةِ .

وَأَمَّا الْعَمَى - فَالْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ كَوْنُهُ مِنَ الْعَيُوبِ الْمَوْجِبَةِ لِلْخِيَارِ وَيُشْهَدُ بِهِ جُمْلَةٌ مِنَ النُّصُوصِ لِحَظِّ صَحِيحِ (١) دَاوُدَ بْنِ سُرْحَانَ عَنْ الصَّادِقِ (ع) فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْثَةَ فَيُؤْتِي بِهَا عَمِيَاءَ أَوْ بَرَصَاءَ أَوْ عَرَجَاءَ قَالَ (ع) تَرَدُّدٌ عَلَى وَلِيِّهَا وَيَكُونُ لَهُ الْمَهْرُ عَلَى وَلِيِّهَا وَإِنْ كَانَ بِهَا زِمَانَةٌ لَا يَرَاهَا الرِّجَالُ أُجِيزَتْ شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَيْهَا - وَمَوْثُوقُ (٢) ابْنِ مَسْلَمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - تَرَدُّدُ الْبَرَصَاءِ وَالْعَمِيَاءِ وَالْعَرَجَاءِ وَزَادَ فِي الْفَقِيهِ الْجَذَمَاءُ - وَعَنْ ظَاهِرِ الشَّيْخِ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْبٍ فَإِنَّهُ عَدَّ عَيُوبَ الْمَرْثَةِ سِتَّةً ثُمَّ قَالَ وَفِي أَصْحَابِنَا مَنْ أَحَقَّ بِهَا الْعَمَى وَكَوْنُهَا مُحَدَّودَةٌ فِي الزَّنَا - وَيُظْهِرُ ضَعْفَهُ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ - فَإِنْ قِيلَ إِنَّهُ مُقْتَضَى مَفْهُومِ الْحَصْرِ فِي صَحِيحِ الْحَلَبِيِّ - وَقَوْلُهُ (ع) فِي صَحِيحِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَرِفَاعَةَ - فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا - عَدَمُ الْفَسْخِ بِالْعَمَى - قُلْنَا إِنَّ الصَّحِيحَ وَالْمَوْثُوقَ اخْتَصَانًا مِنْهَا فَيَقْدَمَانِ عَلَيْهَا .

(١) ذَكَرَ صَدْرُهُ فِي بَابِ ١ - ٢٥ مِنْ الْوَسَائِلِ مِنْ أَبْوَابِ الْعَيُوبِ وَالتَّدْلِيسِ وَذِيهِ

فِي بَابِ ٥٤ مِنْهَا

(٢) الْوَسَائِلُ بَابِ ١ مِنْ أَبْوَابِ الْعَيُوبِ وَالتَّدْلِيسِ حَدِيثُ ١٢

العرج من العيوب الموجبة للخيار

واما العرج فكونه موجبا لثبوت حق الفسخ هو المشهور بين الاصحاب - وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط والقاضى فى المذهب والصدوق فى المقنع عدم كونه موجبا له - ثم ان القائلين بكونه موجبا له اختلفوا على اقوال - منها - ما فى المتن و الشرايع والقواعد وعن الارشاد وهوان الموجب خصوص العرج الموجب للاقعاد - ومنها - ما عن السرائر والمختلف و التحرير وهو كون الموجب هو العرج البين وان لم يبلغ حدا لاقعاده - ومنها - ما عن الاسكافى والشيخين فى المقنعة والنهاية وسلا الرواى الصالح وابن البراج فى الكامل وابن حمزة وهو كون الموجب له هو العرج مطلقا .

يشهد لكون العرج موجبا لثبوت الخيار له مطلقا صحيح داود وموثق محمد المتقدمان .

واستدل لعدم كونه من العيوب مطلقا بالحصر المستفاد من صحاح الحلبي ورفاعة والبصرى المتقدمة فانه حصر فيها العيوب الموجبة لثبوت الخيار بغير العرج وصرح فى الاخيرين بانه لا يرد بغير ذلك وهذا الوجه اوجب نوع توقف فى الحكم لصاحب الحدائق ربه ولا يصح الجواب عن ذلك بانه حيث ثبت كون الافضاء والعنى من الموجبات للخيار وهما ليسا من الاربعة فلا بد وان تحمل النصوص اما على مطلق المرجوحية او على كون الحصر اضافيا - يعنى انه لا يرد المرثة من كل عيب بل من عيوب خاصة كما عن المحقق الزدى ره - بل الحق فى الجواب تسليم دلالتها على الحصر - لكن النسبة بينها وبين الخبرين الدالين على ثبوت الخيار به هو العموم المطلق فيقيد اطلاقها بهما كما فى غيره من ماورد فيه النص الخاص ويبقى اطلاقها فى غير ذلك على حاله . واستدل للتقييد بالاقعاد - تارة - باستبعاد كون مطلق العرج عيبا كما عن الحلبي - واخرى - بانه وصف الزمانة بالظاهرة فى صحيح ابى عبيدة كما عنه - وثالثة - بانه فى صحيح داود بن سرحان - وان كان بهازمانة - وظاهره ان الرد منوط بالزمانه ومفهوم الشرط حجة كما عن المحقق الثانى ره - ورابعة - بان الاقتصار فى المخالف للاصل

على موضع اليقين اقرب كما عنه ايضاً (وفى الكل نظر) اذا لاستبعاد بعدورود النص الصحيح لا يثمر شيئاً - كما ان الاقتضار على المتيقن بعد اطلاق الدليل خلاف القاعدة المسلمة عند الجميع من حجية اصاله الاطلاق - ومفهوم الشرط فى صحيح داود غير مرتبط بالمقام وانما هو بالنسبة الى جواز شهادة النساء قال وان كان بها زمانة لا يراها الرجال اجيز شهادة النساء عليها - وصحيح ابي عبيدة لا مفهوم له كى يدل على عدم كون غير الزمانة موجبا للخيار فلا يحمل المطلق عليه لعدم حمله على المقيد اذا كانا مثبتين مع ان الزمانة على ما قيل امر آخر غير العرج ومنها ما يكون خفياً لا يطلع عليه الا الاذكيا ولذا حكى عن الصدوق جعل الزمانة غير العرج فاثبت الخيار بهادونه فلا يظهر كون العرج موجبا للخيار له مطلقاً - ولو استثنى منه ما لو لم يكن بينا على وجه لا يعد عيباً عرفاً - كان حسناً .

حكم الزمانة والرتق

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لا ترد المرئة بغير السبعة المذكورة ولكن هناك امور اخر ذهب جماعة الى كونها موجبة للخيار ايضاً .

منها الزمانة . وقد مر ان الصدوق قائل بكونه من موجبات تسلط الرجل على الفسخ وظاهر المسالك ايضاً ذلك وصريحهما انها غير العرج وهو الظاهر من كلمات المغويين فمن المصباح ان الزمانة مرض يدوم زماناً طويلاً وعن الصحاح الزمانة آفة تكون فى الحيوانات ورجل زمن اى مبتلا بالزمانة - وفى المنجد الزمانة العاهة - عدم بعض الاعضاء - تعطيل القوى - وعن القاموس الزمانة العاهة - ويؤيده ما فى صحيح داود - وان كان بها زمانة لا يراها الرجال اجيز شهادة النساء عليها - وكيف كان فيشهد لكونها من موجبات الخيار صحيحاً داود والحذاء المتقدمان - والظاهر كونها عبارة عن مطلق العيب والنقص الجسماني - وعليه فحيث ان صحيح داود ليس فى مقام بيان انها من الموجبات له مطلقاً بل فى مقام بيان ان العيب الموجب للخيار اذا كان بحيث لا يطلع عليه الرجال كالعفل اجيز شهادة النساء عليه فلا يستفاد منه كون كل

عيب موجباً له - وأما صحيح الحذاء فهو في مقام بيان ان التدليس من الموجبات فلا يبدل على ان العيب مطلقاً كك فاذاً الاظهر ان الزمانة ليست من الموجبات .
 ومنها الرتق وقد عده بعض من الموجبات للخيار وفي الشرايع قيل الرتق احد العيوب المسالطة على الفسخ وربما كان صواباً ان يمنع الوطء - وعن كشف اللثام انه المشهور - وفي الجواهر بل لم نعرف احداً تردد فيه قبل المصنف ولا بعده على ما اعترف به بعض الفضلاء - والرتق على ما ذكره اهل اللغة النحام الفرج على وجه لا يمكن دخوله الذكر فيه راجع المصباح المنير والقاموس والصحاح وغيرها - ونحوه كلمات جمع من الفقهاء - وعن التحرير الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخوله الذكر وعلى هذا يكون مراد المعلق باحد معانيه المتقدمة - وعن المسالك وذكر بعضهم ان الرتق مراد للقرن والعقل وان الثلاثة بمعنى واحد فعلى هذا يكون داخلاً في النص - وكيف كان فان كان مراداً للقرن والعقل فلا كلام وان كان غيرهما - يمكن ان يستدل لكونه من موجبات التسلط على الفسخ بالتعليل في صحيح الكفائي وخبر الحسن بن صالح المتقدمين .

ومنها - الزنا - وقد تقدم الكلام فيه في مبحث المصاهرة مفصلاً فراجع -
 ومنها الحد بالزنا فعن اكثر القدماء ثبوت الخيار به للزوج لان ذلك من الامور الفاحشة التي يكرها الزوج ونفورا النفوس منه اقوى من نحو العمى والعرج ولزوم العار العظيم به يقتضى كون تحمله ضرراً عظيماً ولما ورد في الزنا - ولكن النص قد مر ما فيه وغيره من الوجوه لاتصال لاثبات الخيار سيما وان بيده الطلاق - وقد دلت النصوص على حصر موجبات الفسخ فيما ليس ذلك منها - اضافة الى ذلك كله - خبر (١) رفاة عن الصادق عليه السلام عن المحدود والمحدودة هل ترد من النكاح قال عليه السلام لا -
 ولذلك ذهب المتأخرون الى انه ليس بعيب يجوز الفسخ - وهو الحق .

العيب المتجدد بعد العقد

ثم انه يقع الكلام فى احكام العيوب زيادة على عامر - (و) تعرض لها فى ضمن مسائل - الاولى قد مر انه فى عيوب الرجل (لافسخ با) لعيب (المتجدد بعد العقد فى غير العنة) والجب (وفى الجنون المتجدد قول بالفسخ) وهو الاظهر واما فى عيوب المرأة فملخص القول فيها - انه تارة يحدث العيب قبل العقد واخرى يحدث بعد العقد والوطء - وثالثة يحدث بعد العقد وقبل الوطء فان كان حادثا قبل العقد فلا كلام ولا اشكال فى كونه موجبا لثبوت الخيار للزوج .

وان حدث بعد العقد والوطء فالمشهور بين الاصحاب انه لا يوجب التسلط على الفسخ وفى الجواهر بل لا جد فيه خلافا بين العامة والخاصة الا من ظاهر موضع من المبسوط وصریح آخر فخير مطلقا ومن ابي على فى خصوص الجنون - وفى المسالك انه لا خيار فى هذه الصورة اتفاقا .

وان تجدد بعد العقد وقبل الوطء ففيه قولان - احدهما - انه لا يبيح الفسخ وهو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا - ثانيهما - ان له الفسخ اختاره الشيخ فى الخلاف والمبسوط وعن المسالك انه لا يخلو عن قوة .

وقد استدل باختصاص الخيار بالعيب السابق على العقد باختصاص اكثر الاخبار كما قيل بالسابق - وفى خبر عبدالرحمان تزوج امرأة فوجد بها قرنا - وفى خبر الحذاء تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا - وفى خبرى الكنانى والحسن تزوج امرأة فوجد بها قرنا - وكذا فى كثير من النصوص - واما ما يكون مطلقا كقوله فإنه فى صحيح الحلبي انما يراد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل وقوله فإنه فى صحيح عبدالرحمان المرأة ترد من اربعة اشياء من البرص والجذام والجنون والقرن ونحوهما غيرهما من النصوص المطلقة - فهى اما لا اطلاق لها بدعوى كونها كلها فى مقام تعداد العيوب الموجبة للفسخ واما انها موجبة له مطلقا فليست فى مقام بيانها اصلا كما عن المحقق

اليزدى - او منصرفه الى صورة السبق على العقد كما عن سيد الرياض - او يقيد اطلاقها بالنصوص الاخر - او بمادل عليه النصوص والقضاوى من استحقاق المرأة شيئاً من المسمى لو فسخ قبل الدخول ولا يتأتى ذلك الا مع سبق العيب على العقد حتى يكون الصداق من اصله متزائلاً اذ لو تجدد العيب بعد العقد و المفروض استقرار المهر كما هو المشهور لابد وان تستحق المهر كاملاً فيعلم من ذلك اختصاص النصوص بالسبق على العقد.

وفى الكل مناقشة اما منع الاطلاق لكون النصوص فى مقام تعداد العيوب فلانه خلاف الظاهر اذ اى مانع من كونها فى مقام تعدادها وثبوت الاطلاق لها كما هو ظاهرها واما دعوى الانصراف فلانها بلا منشاء - واما استحقاق بعض المسمى فيمكن ان يكون للمقام خصوصية - وعليه فقد يتوهم ان المطلقات والمقيدات حيث لا تنافى بينهما فلا وجه لحمل المطلق على المقيد.

ولكن يمكن ان يقال - انه فى صحيح عبدالرحمان علق ثبوت الخيار على عدم الوطء وصرح فيه بانه ان وقع عليها فلا خيار وبه يقيد اطلاق النصوص - ولا يضر عدم اشتماله على جميع العيوب بعد عدم الفصل بينها فى ذلك ويؤيده الاجماع المدعى على عدم ثبوت الخيار بعد الوطء واما قبل الوطء و بعد العقد ففى صحيح ابى عبيدة علق ثبوت الخيار على التدليس وهذا يقتضى السبق فهو بمفهوم الشرط يدل على ثبوته اذا كان بعده وبه يقيد اطلاق النصوص - بل يمكن الاستدلال بصحيح عبد الرحمن - اذا تزوج المرأة فوجد بها قرناً الخ بتقريب ان الظاهر كون الشرط التزويج بعد العيب - وعلى هذا فالجمع بين النصوص يقتضى البناء على اختصاص الخيار بسورة سبق العيب على العقد.

خيار الفسخ على الفور

المسألة الثانية - الظاهر من النصوص ثبوت هذا الخيار مطلقاً من غير تقييده بزمان خاص (و) لكن الظاهر من الاصحاب التسالم على ان هذا (الخيار على الفور)

وعن غير واحد دعوى الاتفاق عليه (واستدل له) بان الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ وهو يحصل بذلك فيقتصر فيما خالف الاصل على مقدار ما يحصل به (وفيه) ان الاقتصار على المتيقن لو تم فانما هو مع عدم وجود مطلق دال على ثبوت الخيار والا فلا وجه له وقد عرفت في المقام وجوده - وبذلك يظهر عدم تمامية الاستدلال له بعموم ادلة لزوم النكاح - بدعوى انه المرجع لو ارتفع اللزوم عن عقد في زمان وشك بعد مضيه في ثبوت الخيار او اللزوم لاستصحاب حكم الخاص فان ذلك يتم مع عدم الاطلاق لدليل الخيار والا فلا شبهة في ان اطلاق المقيد يقدم على اطلاق المطلق - وعن سيد المدارك الاستدلال له بان في بعض الروايات دلالة عليه ولم نعثر عليه وقد اعترف جده بانه ليس لهم نص في ذلك بالخصوص وان كان نظره الشريف الى ما دل على سقوط الخيار بالدخول في ردائه غير الفورية فالعمدة هو الاجماع وكفى به مدركا - فلو علم من له الخيار كان هو الرجل او المرأة ولم يبادر بالفسخ ازم العقد -

وهل العلم بالفورية شرط في لزوم العقد بتأخير الفسخ - فلو كان جاهلا واخر الفسخ لا يلزم العقد - ام لا وجهان صرح في الرياض والجواهر بالاول ونفى عنه البعد الشيخ الاعظم ره (واستدل له) بان مقتضى اطلاق النصوص هو ثبوت الخيار مطلقا وانما خرجنا عنه بالاجماع على الفورية وحيث ان المتيقن منه ما لو علم بالفورية فمع عدم العلم بها يبقى تحت اطلاق النصوص (و اورد) عليه بعض الاجلة بان الاجماع الذي يكون المتيقن منه ما اذا علم بالفورية ايضا ان كان هو الاجماع على فورية هذا الخيار ففيه انه مستلزم للدور اذ على هذا التقدير يتوقف الاجماع على فورية هذا الخيار على العلم بالفورية المتوقف على الاجماع على الفورية اذ لا علم بها الا من قبل الاجماع عليها - وان كان المراد منه هو الاجماع على سقوط هذا الخيار بالعلم بفوريته ففيه ان هذا مستلزم للغوية هذا الاجماع اذ لا معنى لفورية الخيار الاسقوطه بتأخير الفسخ فمجرد العلم بفوريته يكفي في سقوطه بالتأخير ومعه يكون قيام الاجماع على سقوطه بالعلم بفوريته لغوا (اقول) يمكن اختصار الشق الاول و يجب اب عن محذور الدور بان الاجماع على الفورية لا يتوقف على العلم خارجا بها - بل المتوقف عليه فرض العلم

بها - اذ فى مقام الانشاء والاثبات لا يعتبر وجود الموضوع خارجا - والعلم بالفورية وان توقف على الاجماع الا انه لا يلزم محذور الدور - ح - بعبارة اخرى ان العلم بالجعل دخيل فى الفعلية فتدبر - وان شئت قلت ان هذا المحذور هو الذى ذكره وجها لامتناع اخذ العلم بالحكم فى موضوعه وقد اثبتنا فى محله امكانه - سيما مع تعدد الدليل فيكون ذلك بنتيجة التقييد - وبما ذكرناه يظهر انه فى كل مورد شك فى كون هذا الخيار على الفور وام يمكن مورد الاجماع يبنى على عدم كونه على الفور - كما لو توقف ثبوته على المرافعة الى الحاكم - وما شاكل -

الثالثة (و) الفسخ بالعيب (ليس بطلاق) شرعى اجماعا ونصا وقد صرح به فى صحيح (١) الحذاء وغيره - فلا يعتبر فيه ما يعتبر فى الطلاق.

فى عدم اعتبار اذن الحاكم فى الفسخ

الرابعة - لاختلاف ولا اشكال فى انه اذا صبرت المرأة عالمة بالحكم والموضوع راضية بالزوجية سقط الخيار من غير فرق بين العنة وغيرها من العيوب - لان الخيار كما مر يكون على الفور فيسقط بتأخير الفسخ - ولدلالة النصوص عليه ففى خبر (٢) ابنى البخترى عن جعفر عن ابيه عن ابي على عليه السلام فى العنين فان رضيت ان تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها - وفى مرسل (٣) الصدوق روى انه متى اقامت المرأة مع زوجها بعدما علمت اندعين ورضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا ولانه من الحقوق فيسقط بالرضا والالتزام بالعقد وبالاسقاط.

وان لم ترض بها وارادت الفسخ ففى غير العنة لاختلاف الاعن ابن الجنيد فى عدم اعتبار اذن الحاكم - ويشهد به اطلاق الادلة وعدم ما يوجب تقييده باعتبار اذنه - واما فى العنة فان لم تثبت لابدوان تصبر حتى تمضى سنة بعد مراجعة الحاكم او بدونها

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٩ - ١٠

على مامر - وان ثبتت لا يكون الخيار متوقفا على مضى السنة كما تقدم - وهل يعتبر اذن الحاكم كما هو المنسوب الى المصنف ره حيث قال (و لابد من الحاكم فى العنة خاصة) وان كان احتمل بعضهم ان يكون مراده اعتبار لزوم الرجوع الى الحاكم لولم يقر الرجل بها - أو انه لابد من ذلك فى الظاهر كما هو الشأن فى الامور المتنازع فيها - لكن يدفع الاول انه لادليل عليه بالنسبة الى ما يقتضيه تكليف المرأة - والثانى عدم اختصاصه بالعنة - ام لا يعتبر اذنه كما هو المشهور وجهان - وقد استدلل لاعتبار اذنه بخبر (١) ابي البخترى عن جعفر عن ابيه ان عليا عليه السلام كان يقول يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرئته فان خلاص اليها والافرق بينهما الحديث - ونحوه خبر (٢) الحسين بن علوان - ويرده انها ضعيفان سنداً - اما الاول فلو هب ابن وهب ابي البخترى العامى الكذاب - واما الثانى فلا بن علوان.

ثم ان الظاهر ان مراد المصنف ره اعتبار كون المتصدى للفسخ هو الحاكم فيفسخ بنفسه او يامر به - ويشهد به صحيح (٣) ابي حمزة الاتى فى العنين - فاذا ذكرت انها عنداء فعلى الامام ان يؤجله سنة فان وصل اليها والافرق بينهما - و لكن يرد عليه اختصاصه بالامام وثبوت هذه الوظيفة للحاكم الشرعى لادليل عليه - فلاظهر انه لا يعتبر اذن الحاكم فى الفسخ - ثم انه مع عدم ثبوت العنن واحتمال ارتفاعه الذى عرفت انه يجب ان تنظر سنة - فالظاهر ان مبدأ ذلك هو ظهور اثر العنن للزوجة - لامن حين المرافعة الى الحاكم -

حكم المهر بعد الفسخ

الخامسة اذا فسخ الزوج او الزوجة باحد العيوب السابقة - فاما ان يكون ذلك قبل الدخول او بعده حيث يجوز للجهل بالحال - وعلى التقديرين اما ان يكون

(١-٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٩-١٢

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١

العيب قبل العقد او بعده قبل الوطء او بعد الوطء بناء على تحقق الخيار بذلك - وعلى التقادير الخمسة اما ان يكون الفاسخ هو الزوج او الزوجة - وعلى كل تقدير اما ان يكون هناك مداس ام لا - فالصور عشرون صورة.

(و) نخبة القول فيها - في فسخ الزوج - انه (لامهر مع الفسخ قبل الدخول من الرجل) بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر - ويشهد به جملة من النصوص لا حظ صحيح (١) الحذاء عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا - بعد ما دخل بها فقال عليه السلام اذا دلت العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة فانها ترد على اهلها من غير طلاق وياخذ الزوج المهر من وليها الذي كان قد دلسها فان لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه وترد على اهلها قال وان اصاب الزوج شيئا مما اخذت منه فهو له وان لم يصب شيئا فلا شيء له قال وتعتمد منه عدة المطلقة ان كان دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها ولا مهر لها - وصحيح الكنازي المتقدم عن الصادق عليه السلام يردها على اهلها صاغرة ولا مهر لها - وخبر غياث المتقدم عن علي عليه السلام ولا صداق لها الى غير تلکم من النصوص منطوقا او مفهوما.

(و) ان كان الفسخ (بعده) اي بعد الدخول فلها (المسمى) بما استحل من فرجها - ويشهد به صحيح الحذاء المتقدم - وصحيح (٢) الحلبي او حسنه عن الصادق عليه السلام في حديث انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل - قلت ارايت ان كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها قال عليه السلام المهر لها بما استحل من فرجها و يغرم وليها الذي اتكحها مثل ما ساق اليها - وصحيح (٣) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال في كتاب علي عليه السلام من زوج امرأة فيها عيب دلسه ولم يبين ذلك لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها ويكون الذي ساق الرجل اليها على

الذى زوجها ولم يبين و نحوها غيرها (وعن) الشيخ فى المبسوط ان كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواحب المسمى وان كان بعيب موجود قبل العقد او بعده قبل الدخول وجب مهر المثل فان الفسخ و ان كان فى الحال الا انه مستند الى حال حدوث العيب فيكون كانه وقع مفسوخا حين حدث العيب فيصير كانه وقع فاسداً فيلحقه احكام الفاسد منها و جوب مهر المثل (وفيه) اولا انه اجتهد فى مقابل النص - وثانيا - انه وان كان بالعيب السابق الا ان الفسخ لا يبطل العقد من اصله بل من حين الفسخ ولا يزيل الاحكام التى سبقت عليه كما افاده الشهيد الثانى وغيره ثم انه ان كان هناك مدلس غير الزوجة بان زوجها ولم يبين عيبها كما فى صحيح محمد مع علمه بالعيب فلا اشكال ولا كلام فى انه (يرجع به الزوج على المدلس) متحدا كان او متعدد اوليا شرعيا كان او غير مويشهد به جملة من النصوص كصاح الحذاء ومحمد والحلبى المتقدمة وغيرها - وعليه فلا يصفى الى ما قيل - من انه ان كان حقا ثابتا لها بالدخول فلا رجوع على المدلس - نعم - حيث انه اذا لم يكن المزوج عالما بالعيب لا يرجع الزوج اليه كما صرح به فى النصوص المتقدمة مضافا الى عدم صدق التدليس ح الذى هو الموضوع فى الاخبار - فعلى الزوج البينة لو انكر الولى مثلا علمه بالعيب وامكن فى حقه - فان فقدها فله عليه اليمين فان لم يحلف وحلف الزوج فلا كلام - وان حلف - فهل يرجع الزوج على المرأة لانها الغارة حيث لم تعلم الولى بذلك - ام لا لاعتراف الزوج بعدم كونها غارة لفرض ادعائه علم الولى بذلك وجهان - اظهرهما الثانى .

و ان كانت الزوجة هى المدلسة فيرجع الزوج بالمهر عليها - كما صرح به الاصحاب ويشهد به قوله **عليه السلام** فى خبر (١) رفاة المتقدم ولو ان رجلا تزوج امرأة وزوجه اياها رجل لا يعرف دخيلة امرها لم يكن عليه شئ وكان المهر ياخذها منها وصحيح (٢) الحلبي او حسنه عن الصادق عليه السلام فى رجل ولته امرأة امرها او ذات

قراية اوجارلها لا يعلم دخيلة امرها فوجدتها قد دلست عيباً هو بها قال عليه السلام يؤخذ المهر منها ولا يكون على الذى زوجها شىء .

وان لم يعلم الزوج من المداس هل هو المزوج - ام الزوجة فيعلم بضمان احدهما فيح ان اقامت الزوجة البينة على انها اعلت المزوج بالعيب فيرجع اليه - والا - فان حلف المزوج على عدم العلم بالعيب فيرجع اليها - و ان نكل فحلفت رجع اليه ايضا -

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لو كان الرجوع على غير الزوجة فلا ريب انه يرجع بجميع ما غرمه - وان كان الرجوع عليها فلا يرجع بالجميع بل يجب ان يستثنى منه ما يكون مهرًا - واستدلوا له بان الوطاء المحترم لا يخلو من مهر (وفيه) انه اجتهد فى مقابل النصوص وقد صرح فيها بالرجوع اليها فى تمام المهر - مع - انه اجتهد غير صحيح اذ الظاهر ان الرجوع عليها بالمهر عقوبة لتدليسها كما فى الرجوع الى غيرها - وعلى هذا فلا يبقى مورد للنزاع فى ان المستثنى هل هو مهر المثل كما عن ابن الجنيد لانه قد استوفى منفعة البضع فوجب عوضه وهو مهر المثل - ام هو اقل ما يتمول فى العادة كما عن الاكثر اقتصارا فى المخالفة على موضع اليقين .

وان لم يكن هناك مدلس كما لو كان العيب خفيا لم تطلع عليه المرئة فضلا عن المتولى للتزويج فالظاهر انه لا رجوع لانتفاء مقتضى ومقتضى اطلاق النصوص المتضمنة انه مع الدخول يثبت المهر لها هو ثبوت المسمى كما لا يخفى - هذا كله فيما اذا كان الفسخ من الرجل .

(و) اما ان كان (من المرئة) فلا مهر لها قبل الدخول الا فى العنة فيثبت نصفه) بخلاف فى المستثنى منه - وبلا خلاف معتد به فى المستثنى - يشهد الاول انه اذا فسخت الزوجة العقد فقد حل بجميع توابعه التى منها استحقاق المراجعة للمهر - وعموم العلة فى خبر (١) السكونى فى امرئة زنت قبل ان يدخل بها يفرق بينهما ولا صداق

لها لان الحدث كان من قبلها - بتقريب انه يدل على انه كلما كان السبب الموجب لفسخ العقد من قبلها للمهر لها هكذا استدل الاصحاب - ولكن يرد على الاول ان الفرض وقوع النكاح صحيحا والفسخ لا يبطله من اصله بل من حين الفسخ ولا يزيل الاحكام التي سبقت عليه ولذا لا يرجع عليها بالنفقة الماضية - وحيث ان المهر تملكها بالعقد وليس هو عوضا في باب النكاح فلا وجه للقول بارتفاع استحقاقها اياه بالفسخ - واما الخبر فهو على خلاف المدعى ادل فانه يدل على ان سبب الفسخ ان كان من قبلها لا مهر لها - و في المقام سبب الفسخ من قبل الزوج لا الزوجة - فالعمدة فيه تسالم الاصحاب عليه.

و اما المستثنى فيشهد له صحيح (١) ابي حمزة عن ابي جعفر عليه السلام اذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي تزوجت زوجا غيره فرعمت انه لم يقربها منذ دخل بها الى ان قال فاذا ذكرت انها عذراء فعلى الامام ان يؤجله سنة فان وصل اليها والافرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولاعدة عليها - واما خبر (٢) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن عنيين دلس نفسه لامرأة ما حاله قال عليه السلام عليه المهر و يفرق بينهما اذا علم انه لا ياتى النساء فلضعفه في نفسه وعدم العمل به ومعارضته بما هو اشهر واصلح سندنا منه لا بد من طرحه -

ثم انه ذكر الشيخ وجملته من الاصحاب انه لو فسخت المرأة بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعزر واستدل به بموثق (٣) سماعة عن الصادق عليه السلام ان خصيا دلس نفسه لامرأة فقال (ع) يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه - وصحيح (٤) ابن مسكان بعثت بمسئلة مع ابن اعين قلت سله عن خصي قد دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصيا قال عليه السلام يفرق بينهما ويوجع ظهره

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١٣

(٣-٤) الوسائل - باب ١٣ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٢-٣

ويكون المهر لدخوله عليها (اقول) ان ظاهر الصحيح هو ثبوت المهر في صورة الدخول بها وهو الوطء لاخلوة بها - و اما الموثق فهو مطلق غير مختص بالخلوة و يقيد اطلاقه بالصحيح (١) المروى عن قرب الاسناد عن علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن خصي دلس نفسه لامرئة ما عليه قال **عليه السلام** يوجع ظهره ويفرق بينهما وعليه المهر كاملا ان دخل بها وان لم يدخل بها فعليه نصف المهر - فالجمع بين النصوص يقتضي البناء على انه مع عدم الدخول بها يثبت نصف المهر - واما ما - عن الفقه الرضوي (٢) من ثبوت نصف الصداق مطلقا - فمضافا الى عدم حجتيه انه مطلق قابل للمحمل على ما ذكرناه وما في الجواهر من ان ذلك مخالف للقولين فانهم ما بين مثبت للنصف مطلقا كالصدوقين والجميع كك - لا يمنع عن الفتوى اذ المخالفة مع القولين في كيفية الجمع بين النصوص لامانع منها - مع - انه لو كان اللازم مراعاة فتوى الاصحاب تعين البناء على ما في الرياض قال وينبغي القطع بالجميع بالدخول لاستقراره به مع عدم الخلاف فيه في الظاهر والنصف مع عدمها ان خلى بها للوفاق من العاملين بالنصوص عليه وح يبقى الشك في النصف الاخر والاحتياط فيه لا يترك انتهى .

(٩) مما ذكرناه في فسخ الزوج يظهر - انه ان كان فسخ الزوجة (بعده)

اي بعد الدخول كان لها (المسمى) الذي استقر بالوطء و بما استحل من فرجها كما هو المشهور بين الاصحاب بل حكى عن بعضهم الاجماع عليه .

فيما يفصل به النزاع لو تداعيا في العيب

السادسة - العيب ان كان جليا فقطع المنازعة فيه سهل وان كان خفيا - فان كان يمكن علم الغير به فلا اشكال في ان على مدعى العيب البينة وعلى منكره اليمين وان لم يمكن علم الغير به - لم تسمع البينة بل لابد من اثباته - اما من اقر اذيه او البينة باقراره او اليمين المردودة او نكوله عن اليمين وان لم يردها بناء على القضاء به (٩) لو لم يكن شيء من ذلك (القول قول منكر العيب) مع يمينه لاصالة السلامة ولانه يترك لو ترك ولصحيح

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٥

(٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٢

ابى حمزة المتقدم - ولذا ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا خلاف يعتد به بينهم انه اذا وقع النزاع بينهما في العنة - فان ادعى الوطاء وانكرته - فان كانت عذراء فعليها اقامة البينة بان تنظر اليها من يوثق بها من النساء كما في صحيح (١) ابى حمزة المتقدم - وان كانت ثيبا حشاها القابلة الخلق فان ظهر على العضو صدق كما في خبر (٢) عبدالله بن الفضل - او تستدق فربا لزعفران ثم يغسل ذكره فان خرج الماء اصفر صدقه كما في خبر (٣) غياث - وان لم يدع الوطاء لا يثبت العنة الا باقرار الزوج او البينة باقراره او اليمين المردودة او نكوله عن اليمين - ولو لم يكن كك فادعت عنته وانكر فالقول قوله مع يمينه ولا تسمع منها البينة على العنن لكونه لا يعلم الامن قبله لكونه اعم من العجز عن وطء امرأته بخصوصها - واورد على ما ذكره في المقام بايرادين (احدهما) ما عن الشهيد الثاني قال يشكل ثبوته باليمين المردودة بناء على انها كالبينة فانها كالبينة منها والفرض عدم سماعها منه فكذا ما قام مقامها (وفيه) ان المراد كونها بحكم البينة المسموعة في اثبات الحق لانها بحكمها في السماع وعنده (ثانيهما) انه ان امكن اطلاع الغير عليها فلم لا تسمع منها البينة وان لم يمكن الاطلاع عليها فلم يسمع دعوى الزوجة مع يمينها عليه (وفيه) انه فرق بين الزوجة وغيرها بامكان اطلاعها عليها بمرور الايام وتكرر الاحوال وتعاقد القرائن بخلاف غيرها.

ثم ان المنسوب الى الصدوقين وابن حمزة - انه يقام العنين في الماء البارد فان تقلص وتشنج ذكره حكم بقوله وان بقي مسترخيا حكم لها ويشهد به مرسل (٤) الصدوق قال قال الصادق (عليه السلام) اذا ادعت المرأة على زوجها انه عنين وانكر الرجل ان يكون ذلك فالحكم فيه ان يقعد الرجل في ماء بارد فان استرخى ذكره فهو عنين وان تشنج فليس بعنين والخبر معتبر فان الصدوق ينسبه الى المعصوم جزما وقدم غير مرة ان مثل هذا المرسل حجة ان كان المرسل ثقة - ويؤيده قول الاطباء وعليه فالعنة ليست من العيوب التي لا يمكن الاطلاع عليها - فتسمع بينتها (ثم ان) الصدوق روى رواية اخرى في

معرفة العنة قال و فى خبر (١) آخر انه يطعم السمك الطرى ثلاثة ايام ثم يقال له بل على الرماد فان ثقب بوله الرماد فليس بعنن وان لم يثقب بوله الرماد فهو عنن لكنه مرسل غير معتبر .

(و) كيف كان فلو ثبت العنن فان صبرت عالمة بالحكم والموضوع و رضيت فلا كلام - وان لم تصبر بل رفعت امرها الى الحاكم (يؤجل الحاكم العنن مع المرافعة سنة) لان يعالج نفسه (فان وطئها او غيرها فالفسخ والافسخت ولها نصف المهر) كما تقدم الكلام فى ذلك كله مفصلا.

فى التدليس

وقيل بيان التدليس موضوعا وحكما لا بد من بيان امر يترتب عليه فروع كثيرة وهو ان لزوم عقد النكاح هل هو لزوم حكمى فلا يكون قابلا للفسخ و يكون شرط الخيار فيه منافيا لمقتضى العقد بل مخالفا للكتاب والسنة - ام يكون حقيقيا قابلا لذلك كالبيع - ويترتب على ذلك مجبى خيار العيب فيه مطلقا وخيار تخلف الشرط والوصف وغيرها - وعدمه.

والحق هو الاول لعدم مشروعية التقايل فيه اتفاقا - وللانفاق المدعى عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك وغيرها على انه لا يدخله خيار الشرط ولا يصح شرط الخيار فيه و فى الجواهر بل لعل منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقه - ويمكن ان يستدل له باطلاق دليل لزومه فان مقتضى ذلك عدم سقوط اللزوم الا بما ورد فيه النص الخاص وعلى ذلك بنينا على ان الاصل فى كل ما شك فى انه حق قابل للإسقاط او حكم غير قابل له هو البناء على الثانى الا ان يثبت الاول - فان قيل ان مقتضى عموم دليل لزوم (٢) الشرط هو دخول خيار الشرط فى جميع العقود منها النكاح - قلنا - انه قيد اطلاق ذلك الدليل فى النصوص الاخر (٣) بالشرط المخالف للكتاب والسنة

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٥ -

(٢-٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

وانا كان لزوم النكاح حكما لم يشمله دليل الشرط - ومع الشك فيه يشك فى مصداق المخصص ولا يصح التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية - ولو شرط الخيار فيه بطل العقد ايضا لاما قيل من ان الشرط الفاسد يفسد العقد - لانه قد حققناه فى محله فى الجزء الرابع عشر من هذا الشرح - انه لا يفسد العقد - بل من جهة ان شرط الخيار مرجعه الى تعديد الزوجية بما قبل الفسخ وهذا ينافى قصد الدوام - أو المؤجل الى اجل معلوم وهذا بخلاف ساير الشروط فان مرجعها الى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على وجودها لاجل الخيار على تقدير التخلف (فالمتحصل) ان عقد النكاح لازم ذاتا لا يحكم بجواز فسخه الا فيما دل عليه دليل خاص.

اذ اعرفت هذا فاعلم - انه وقع النزاع فى التدليس موضوعا من جهتين (الاولى) انه هل يصدق بمجرد عدم الاخبار بالعيب مع خفائه - ام يعتبر فيه كتمان العيب واظهار عدمه - والظاهر هو الاول كما يشهد به النصوص المتقدمة فى العيوب (الثانية) انه هل يختص بالعيب ام يعم فقد الكمال ايضا - والظاهر فى هذا المقام عمومه له بشرط كون صفة الكمال مماثقا ولا عليه او اشتراط وجوده - وعليه - فالنسبة بين العيب والتدليس عموم من وجه - والمجمع ما لوداس بالعيب - ومورد افتراق التدليس ما لو اشترط صفة الكمال مع فقد له - و مورد افتراق العيب ما لو كان العيب خفيا على الزوجة ووليها - ثم انه مضافا الى انه لا دليل على ثبوت الخيار بالتدليس فى المقام مطلقا وقد عرفت ان الاصل لزوم النكاح يدل على عدم ثبوته بغير التدليس بالعيوب الخاصة بالنصوص المتقدمة المصرحة منطوقا ومفهوما بذلك.

(و) لذلك اقتصر الفقهاء فى الحكم بثبوت الخيار بالتدليس على التدليس بامور مخصوصة - منها ما (لو تزوجها حرة فبانت امة) قالوا (فسخ ولا مهر الامع الدخول فيرجع به على المدلس - وكذا لو شرطت بنت مهيمة فخرجت بنت امة و) منها ما (لو تزوجته حرة فبانت عبدا) قالوا (فلها الفسخ والمهر بعد الدخول لاقبله) وقد دل على جميع ذلك النصوص تركنا التعرض لها على مبنا - من عدم الاشتغال بذكر ما لا موضوع له وصرف الوقت فيما هو اهم .

فيما لو تزوج امرأة بشرط كونها بكر افوجدها ثيبا

و منها ما لو تزوج امرأة بشرط كونها بكرا فوجدها ثيبا - وثبت باقراها او بالبيئة انها كانت كك قبل العقد - فالمشهور بين الاصحاب ان له الفسخ - وفي الجواهر ولعله لا خلاف فيه ولا اشكال لكن في كشف اللثام ان ظاهر الاكثر وصريح بعض عدم الخيار - وفي الرياض نسبة عدم الخيار الى المحكى عن الاكثر - واستدل لثبوت الخيار بوجوه (الاول) عموم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط - (وفيه) ما تقدم من انه لا يقتضى ثبوت الخيار في عقد النكاح (الثاني) صحيح (١) محمد بن القاسم بن الفضيل عن ابي الحسن عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة على انها بكر فيجدها ثيبا أيجوز له ان يقيم عليها قال فقال عليه السلام قد تفتق البكر من المركب و من النزوة - بتقريب انه يدل على ان عدم الفسخ انما يكون لاجل احتمال تجدد الثيبوبة بسبب خفي - فمفهومه ثبوت الخيار فيما لم يحتمل تجددها (وفيه) اولاه لم يسئل عن الفسخ وعدمه بل عن جواز القيام معها وعدمه ولعل وجه احتمال السائل ان لا يجوز له ان يكون مرجوحا لكشف الثيبوبة عن فجورها وانها زانية فلا ربط له بالخيار مفهومها ومنطوقها - وثانيا - ان مفهومه على فرض تسليم ما افيد هو ثبوت الفسخ لو ثبت كون الثيبوبة حاصلة بغير الامور المذكورة فيه سواء سبقت العقد او تجددت بعده (الثالث) صحيح (٢) محمد بن جرك قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام اسئله عن رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيا ام ينقص قال عليه السلام ينقص بتقريب ان الارش في باب البيع يكون احد طرفي الخيار فلا بد وان يكون في هذا الباب ايضا كك (وفيه) انه قياس مع الفارق لكون لزوم البيع حقيقا ولزوم النكاح حكما فلا يظهر عدم ثبوت الخيار له .

ثم انه على المختار من انه ليس له الفسخ - وكذا على القول الاخر لو اختار

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب العيوب والتدليس حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٢

البقاء أو إذا احتمل تجديد الثيبوبة - فهل له أن ينقص من مهرها شيئاً كما عن المشهور - أم لا كما عن الحلبي وابن البراج وجهان - أظهرهما الأول لصحيح محمد بن جزيك المتقدم ومعه لا يصحى إلى دعوى أن الأصل يقتضى عدم النقصان فلا إشكال في أصل النقصان إنما الكلام في مقداره وفيه أقوال - ١ - ما عن الشيخ في النهاية وهو أنه ينقص منه شيء في الجملة - ٢ - ما عن القطب الراوندى وهو أنه ينقص السدس - ٣ - ما عن المصنف - ٤ - ما عن القواعد والتحرير والارشاد والحلى في السرائر والمحقق في الشرايع وهو أنه ينقص من المسمى مقدار ما بين مهر البكر إلى مهر الثيب نصف أو ثلث أو غيرهما - ٤ - ما عن المحقق أيضاً والمسالك والمدارك وهو حالة تقدير ذلك على نظر الحاكم - ٥ - ما في الجواهر وهو أنه النصف (واستدل) للاخير بالنصوص (١) المستفيضة الواردة في رد الامة المداسة الدالة على أن لمولاه العشران كانت بكرًا ونصف العشران كانت ثيباً - الظاهرة في أن التفاوت بين البكارة والثيبوبة هو النصف من غير فرق بين الامة وغيرها وإن اختلفتا من جهة أن النصف في الامة نصف عشر القيمة وفي غيرها نصف المهر (وهو) وإن كان استحساناً لطيفاً لكنه لا يصلح مدركاً للحكم الشرعى لاحتمال الاختصاص بالامة وبالبيع (واستدل) لما قبله باتقاء تقدير النص شرعاً مع الحكم بإصله - فيرجع فيه إلى نظر الحاكم كما هو الشأن في كل ما لا تقدير له شرعاً كالتعزيرات ودية الاطراف ونحوهما ولا بأس به إذا لم يستفد من الأدلة القول الثالث (واستدل) للثاني بأن الشيء في عرف الشرع السدس ولذا يحمل عليه في الوصية فكذا هنا (وفيه) أنه لم يذكر الشيء في الرواية (واستدل) للأول بإطلاق لفظ النقصان (وفيه) أن الظاهر من السؤال والجواب الإيصال إلى نظر العرف ومن الضروري أن المركز في الإذهان هو تفاوت ما بين مهر البكر ومهر الثيب - وإن شئت قلت أن ظاهر سؤال السائل أو ينقص هو السؤال عن نقص ما بازاء البكارة . فالجواب بأنه ينقص يكون ظاهره في ذلك أيضاً - فالأظهر هو القول الثالث .

ومنها ما لو تزوج امرئة وانتسب نفسه الى قبيلة فبان من غيرها اعلى او ادون كان لها الخيار. واستدل له بخبر (١) الحلبي في رجل يتزوج امرأة فيقول لها انا من بنى فلان فلا يكون لك قال **عليه السلام** تفسخ النكاح اوقال ترد - و نحوه مرسل (٢) السرائر - ولا يعارضه مرسل (٣) ابن البراج روى ان الرجل اذا ادعى انه من قبيلة معينة وعقد له على امرأة ثم ظهر انه من غيرها ان عقده فاسد - لارساله وعدم اعتماد الاصحاب عليه وليس في النص اشتراط ذلك ولذا كان المحكي عن ظاهر ابي علي و النهاية والخلاف والوسيلة الخيار وان لم يشترط ذلك في العقد .

ولكن حيث يكون مورد النص هو مجرد ادعاء الانتساب الى قبيلة من دون ان يشترط ذلك في ضمن العقد او وقوعه مبنيا عليه ولم يفت الاصحاب بذلك فهو معرض عنه فلا يبقى مورد لدعوى ثبوت ذلك في صورة الاشتراط بالاولوية .

تم الجزء السابع عشر من كتابنا فقه الصادق ويتلوه الجزء الثامن عشر في بقية مباحث النكاح وكتاب الفراق والحمد لله اولاً وآخراً .

فهرس الجزء السابع عشر من كتاب فقه الصادق

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
حقيقة النكاح	٣	لوقصد احدى بناته ولم يسمها	٤٠
استحباب النكاح فى نفسه	٤	لزوم تعيين الزوج والزوجة	٤٢
فى انشاء النكاح بالفعل	٧	تزويج امرئة تدعى انها خلية	٤٣
عدم اعتبار الماضوية	١٠	اقامة البينة على من ادعى زوجية امرئة	٤٣
فى اعتبار العربية	١٢	مستحبات التزويج ومكروهاته	٤٥
فى تقديم القبول على الايجاب	١٤	آداب الخلوة بالمرئة	٤٧
فى جواز كون الايجاب من الزوج	١٧	حكم وطء الزوجة دبرا	٥٤
فى اعتبار الموالاة وعدمه	١٨	حكم الغزل	٥٩
حكم الانشاء بالكناية والمجاز	١٩	الدخول بالمرئة قبل اكمالها تسع سنين	٦٣
فى اعتبار التنجيز وعدمه	٢١	النظر الى المرئة التى يريد تزويجها	٦٥
فى اعتبار قابلية القابل للمتخاطب		حكم نظر المرئة الى الرجل المريد	
حال الايجاب	٢٤	تزويجها	٦٩
فى عقد الصبي	٢٨	النظر الى نساء اهل الذمة واهل	
حكم عقد السكرى	٣٠	البوادرى	٧٠
لوتعلق الاكراه بالعاقدة	٣٢	نظر المكلف الى مماثله	٧٤
اشترط الخيار فى عقد النكاح	٣٣	نظر المشرقة والكتابية الى المسلمة	٧٢
لو ادعى رجل زوجية امرئة	٣٤	جواز النظر الى المحرم عاريا	
لو اجتمع دعويان غير ممكن		ماعدى العورة	٧٥
الاجتماع	٣٦	اشتباه من يجوز النظر اليه بمن	

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
١١٧	حكم ذهاب البكارة بغير الوطاء	٧٧	لا يجوز
	في ولاية الحاكم على المجنون	٧٩	حكم النظر الى الاجنبية
١١٨	والصبي	٨٠	النظر الى الوجه والكفين منها
	في ولاية الوصى على تزويج المجنون	٨٥	حرمة مس كل ما يحرم النظر اليه
١٢١	والصغير	٨٦	ابتداء النساء بالسلام
١٢٦	نكاح الفضولى	٨٨	النظر الى العضو المبان
١٣٠	سكوت البكر رضاها	٨٧	حكم الفواعد من النساء
١٣١	عدم ولاية الام على الصغير	٨٨	النظر الى الصبي والصبية
١٣٢	تزويج الوكيل موكلته من نفسه	٩٠	تقبيل الرجل الصبية
١٣٥	حكم تولى طرفى العقد	٩١	النظر عند الضرورة
١٣٦	حكم تزويج غير الولى الصغيرين	٩٢	النظر لتحمل الشهادة
	حكم مال الزوج البالغان بغير اذنهما	٩٣	نظر الخصى الى الاجنبية
١٣٨	فمات احدهما	٩٥	سماع صوت الاجنبية
	حكم مال ولزم العقد على احدا الطرفين		(اولياء العقد)
١٤١	استقلال الاب والجد فى الولاية	٩٧	لا ولاية لغير الاب والوصى والحاكم
	اذا عقد الاب والجد ولم يعلم السابق	٩٨	ولاية الاب والجد على الصغيرين
١٤٥	منهما	١٠٠	بيان ما يعتبر فى ولاية الاب والجد وما لا يعتبر
١٤٧	عدم ثبوت الولاية للكافر	١٠٤	ولاية الاب والجد على المجنون
١٤٩	تزويج المولى عليه من المعيب	١٠٥	تزويج الاب والجد للصغيرة نافذ عليها
	تزويج المولى عليه بغير الكفو	١٠٧	تزويج الاب والجد للصغير نافذ عليه
١٥٠	او بدون مهر المثل		عدم ولاية الاب والجد على البكر
١٥٢	حكم مال الوعد الاخوان على امرأة	١٠٨	الرشيده
١٥٣	فى المحرمات بالنسب	١١٥	سقوط الولاية بالعقل

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
١٩٣	المزنى بهما	١٥٥	بيان ما يثبت به النسب
	حرمة الزيادة على الأربع في العقد	١٥٦	عدم ثبوت النسب بالزنا
١٩٥	الدائم		النسب الحاصل من الزنا من اسباب
١٩٧	تزويج الخامسة بعد طلاق الرابعة	١٥٨	التحريم
٢٠٠	حكم تزويج ذات البعل	١٦٠	في المحرمات بالمصاهرة
٢٠٣	حكم تزويج المعتدة	١٦١	حرم ام الموطوءة وبنتها
٢٠٩	حكم تزويج من شك انها في العدة		التزويج بالمرثة التي زنى بامها
	حكم العقد على امرأة توفي زوجها	١٦٢	او بنتها
٢١١	قبل علمها بالوفاة		التزويج بالمرثة الموطوءة امها
٢١٤	ثبوت المهر المسمى في وطء الشبهة	١٦٧	او بنتها شبهة
	حرمة ام الغلام الموطوء واخيه	١٦٨	في قيام النظر واللمس مقام الوطء
٢١٧	وبنته	١٦٩	حرمة ام المعقودة على الزوج
	الايقاب المتأخر عن العقد لا	١٧٣	في حرمة الربيبة
٢٢٠	يوجب الحرمة	١٧٧	حرمة الجمع بين الاختين
	افضاء غير البالغة يوجب الحرمة	١٧٨	حرمة نكاح المرثة في عدة اختها
٢٢٣	والدية		الزنا باحدى الاختين لا يوجب
	حكم نفقة الزوجة غير البالغة	١٨٠	حرمة الاخرى
٢٢٦	المفضاة	١٨١	حكم اقتران العقد على الاختين
٢٢٩	لوزنا بامرثة لم يحرم نكاحها		تزويج بنت الاخ والاخت على
٢٣١	حكم تزويج الزانية لغير الزاني	١٨٤	العمة والخالة
	عدم حرمة الزوجة على الزوج بالزنا		تزويج العمة والخالة على بنت
٢٣٧	حكم الزنا بذات البعل	١٨٩	الاخ والاخت
٢٣٨	عدم انحصار المتعة في عدد		عدم حرمة بنت العمة والخالة

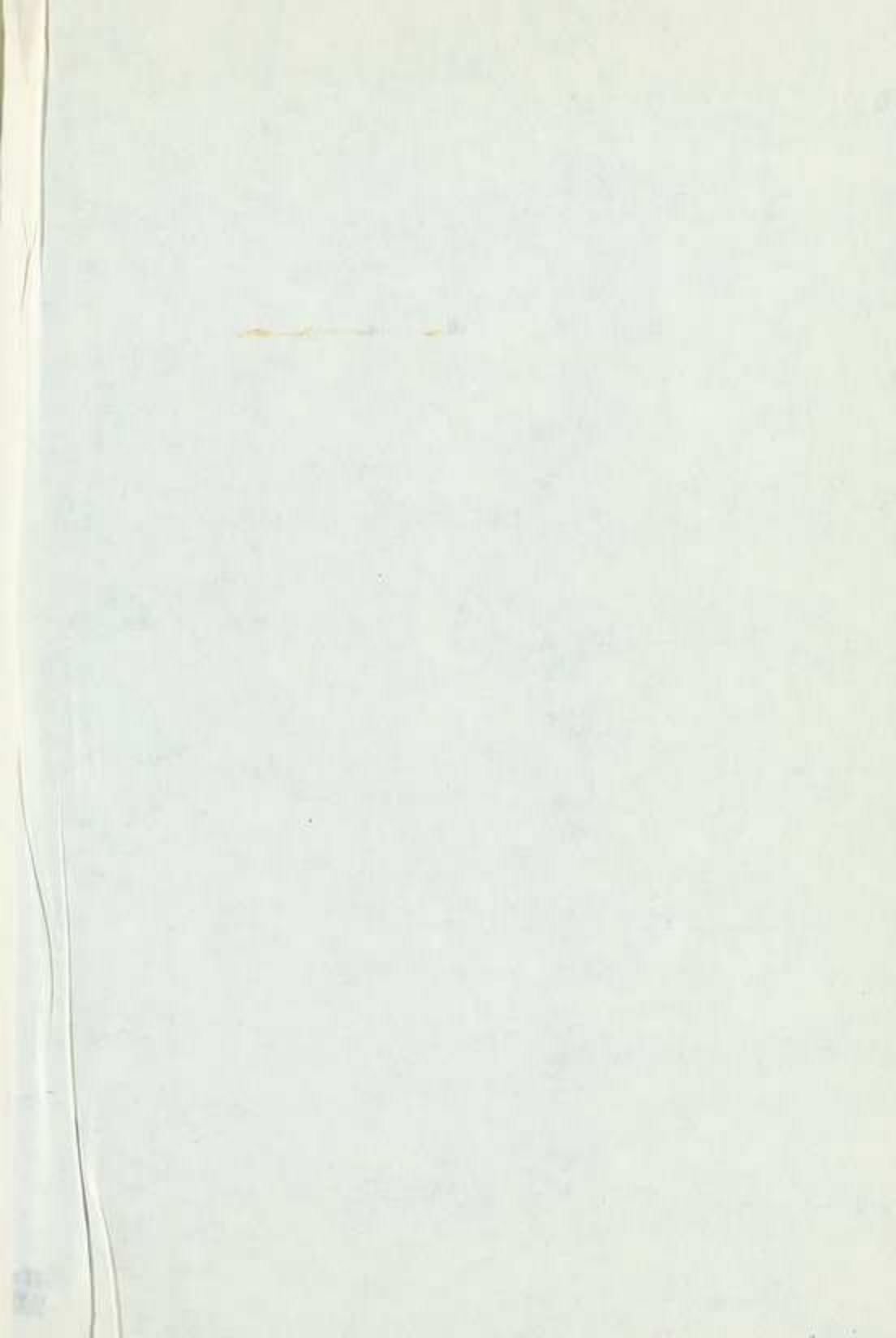
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
حرمة نكاح المطلقة ثلاثا الا بعد التحليل	٢٣٩	الى المرتضع ونسله	٢٩٣
حرمة المطلقة تسعا على المطلق	٢٤١	صاحب اللبن	٢٩٤
حكم ما لو عقد ذو الثلاث على اثنتين دفعة	٢٤٥	جواز تزويج اولاد الفحل مع اخوة المرتضع	٢٩٧
الرضاع من اسباب التحريم	٢٤٧	عدم حرمة جدة المرتضع واخوته على الفحل	٢٩٨
فى عموم المنزلة	٢٤٩	حرمة نكاح ابي المرتضع فى اولاد المرضعة	٢٩٩
القرابة المنضمة بالمصاهرة	٢٥٣	عدم حرمة ام المرتضع على اولاد المرضعة	٢٩٩
حكم ما لو شك فى دخل شىء فى نشر الحرمة	٢٥٥	اعتبار كون اللبن عن وطء صحيح	٢٥٧
اعتبار كون اللبن عن وطء صحيح	٢٥٧	فى اعتبار انفصال الولد وعدمه	٢٥٩
فى اعتبار انفصال الولد وعدمه	٢٥٩	فى اعتبار بلوغ الرضاع حدا خاصا وبيان ذلك الحد	٢٦١
فى اعتبار بلوغ الرضاع حدا خاصا وبيان ذلك الحد	٢٦١	اعتبار كون شرب اللبن على وجه الامتناع من الثدي	٢٧٥
اعتبار كون شرب اللبن على وجه الامتناع من الثدي	٢٧٥	فى اعتبار توالى الرضعات	٢٧٨
فى اعتبار توالى الرضعات	٢٧٨	فى اعتبار كون الرضاع فى الحولين	٢٨٠
فى اعتبار كون الرضاع فى الحولين	٢٨٠	عدم اعتبار كون الرضاع قبل فطام ولد المرضعة	٢٨٣
عدم اعتبار كون الرضاع قبل فطام ولد المرضعة	٢٨٣	فى اعتبار انحاد الفحل وعدمه	٢٨٤
فى اعتبار انحاد الفحل وعدمه	٢٨٤	فى اعتبار حياة المرضعة	٢٩١
فى اعتبار حياة المرضعة	٢٩١	فى نشر الحرمة من المرضعة وفحلها	٣٢٩
فى نشر الحرمة من المرضعة وفحلها	٣٢٩	لا يجوز للمسلمة ان تمسك غير المسلم	٣٢٩

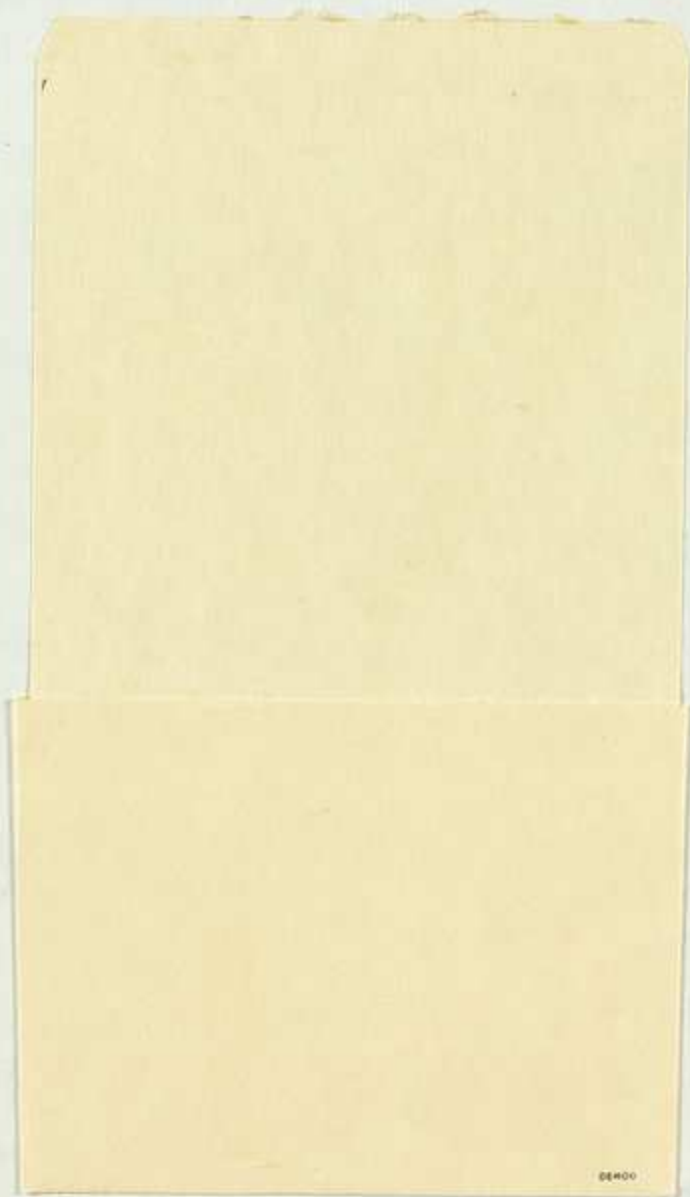
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
حكم ارتداد احدى الزوجين	٣٣٠	في صيغة عقد الانقطاع	٣٦٩
حكم ما لو اسلم زوج الكتابية	٣٣١	بيان محل المتعة	٣٧١
حكم ما لو اسلمت زوجة الكتابي	٣٣٣	في اعتبار ذكر المهر في عقد المتعة	٣٧٢
حكم ما لو اسلم كافر و له ازيد		في جعل الحق وعمل الحر مهرا	٣٧٣
من اربع	٣٣٧	في اعتبار كون المهر معلوما	٣٧٥
حكم ما لو اسلم الزوج عن اكثر من		في اعتبار ذكر الاجل وتعيينه	٣٧٦
اربع وثنيات واسلمن في العدة	٣٤١	عدم اعتبار اتصال المدة بالعقد	٣٧٨
لو اسلم الكافر واسلمت معه		حكم الافتصار على ذكر العدد	٣٨١
اربع منهن	٣٤٢	حكم ما لو لم يذكر الاجل	٣٨٣
لو اسلم الكافر بعد تزويج الام		بيان حد المهر	٣٨٦
وبنتها	٣٤٣	وجوب دفع المهر بالعقد	٣٨٧
حكم تزويج المؤمنة من المخالف	٣٤٦	حكم ما لو وهب الزوج المدة ومالو	
عدم صحة نكاح المؤمنة الناصب		اخلت الزوجة ببعضها	٣٨٩
ولا العكس	٣٥١	حكم ما لو ظهر بطلان العقد	٣٩٠
في اعتبار اليسار وعده	٣٥٣	حكم ما لو عزل عن المتمتع بها	
في حكم تزويج الفاسق	٣٥٧	وحملت	٣٩٢
في نكاح الشغار	٣٥٨	في عدم وقوع الطلاق والظهار واللعان	
يجوز للرجل ان يتزوج من دونه		بالمتعة	٣٩٣
نسبا	٣٦١	عدم ثبوت التوارث في المتعة	٣٩٥
حكم اجابة خطبة المؤمن	٣٦٢	في عدة المتمتع بها	٣٩٧
حكم التعريض بالخطبة لاذات البعل		تجديد العقد على المتمتع بها قبل	
وذات العدة	٣٦٣	انقضاء الاجل	٤٠٢
في المتعة وحليتها	٣٦٦	حكم الشرط المذكور قبل العقد	٤٠٤

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٢١٨	الزوج	٢٠٥	فى العيوب
٢١٩	من العيوب القرن		الجنون من العيوب الموجبة لحق
٢٢٢	من العيوب العرج	٢٠٧	الفسخ
٢٢٣	حكم الزمانة والرق	٢٠٨	من العيوب الموجبة لحق الفسخ العنة
٢٢٥	العيب المتجدد بعد العقد		من العيوب الموجبة للتسلط على
٢٢٦	خيار الفسخ على الفور	٢١٢	الفسخ الخصاء
٢٢٨	فى عدم اعتبار اذن الحاكم فى الفسخ		من العيوب الموجبة للتسلط على
٢٢٩	حكم المهر بعد الفسخ	٢١٣	الفسخ الجب
٢٣٢	لوتداعيا فى العيب	٢١٦	من العيوب الجذام والبرص
٢٣٦	فى التدليس	٢١٧	فى العمى والعرج والزنا
٢٣٨	لوتزوج امرئة بشرط كونها بكرا		عيوب المرئة الموجبة لجواز فسخ

فهرس الخطاء والصواب

ص	س	الخطاء	الصواب
٧	٧	فعل	هل
١٩٢	١	جوازي	جواز
١٩٨	٢٢	ما يحرم باستيفاء العدد	العدد
٢٢٥	٢٣	اخباره	اختاره
٢٢٦	٢٠	الوجوب	لوجوب
٢٤٩	٧	الشعيب	الشعب
٢٨٠	٢٣	٤	٥
٢٨١	١٢	النفثى	المنفى
٢٨٩	٢٢	٥١	١٥
٣٠١	١٢	المرجعة	المرضة
٣١٥	١٣	الحكم فى	فى
٣٧٥	٢	ما يدل على	ما يدل عليه
٤٠٣	١٤	لا يعتقد	لا يعقد





06400

FEB 29 1980

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU17882605