مستمسك العروة الوثقى

تأليف

فقيه عصره آية الله العظمى

السيد محسن الطباطبائي الحكيم قدس سره

١٣٠٦ - ١٣٩٠هـ / ١٨٨٩ - ١٩٧٠م

تحقيق

السيد محمد الفاضلي

الجزء الحادي والعشرون

مُستمسك

العروة الوثقى

وَمَنْ يُسْلِمْ وَجْهَهُ إِلَى اللهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

مُسْتَمْسَكُ

العُرْوَةِ الوُثْقَى

تأليف

فَقِيهِ عَصرِهِ آيَةِ اللهِ العُظمى

السيّد محسن الطّباطبائي الحكيم قدس سره

١٣٠٦ ـ ١٣٩٠هـ / ١٨٨٩ ـ ١٩٧٠م

شبكة الفكر
alfeker.net

تحقيق

السيد محمد القاضي

الجزء الحادي والعشرون

الحكيم ، محسن، ١٢٦٧ ـ ١٣٤٨.

العنوان مستمسك العروة الوثقى/ الجزء الحادي والعشرون / تأليف : السيد الحكيم قدس سره / تحقيق: السيد محمد القاضي.

والمؤلف

الناشر دار الهلال، ١٤٤١هـ.ق / ٢٠٢٠م

الموضوع الفقه الجعفري ـ القرن ١٤ ـ Islamic law, Ja'fari - 20th century

الإضافات اليزدي، محمد كاظم بن عبد العظيم، العروة الوثقى. شرح

تصنيف BP ١٣٩٥ ٤٤٠٢١٣٥ي/ ٥/ ١٨٣ BP

تصنيف ديوي : ٣٤٢ / ٢٩٧ الايداع في المكتبة الوطنية : ٤٢٣٥٠٥٧

الطبعة الأولى المحققة

١٤٤١هـ / ٢٠٢٠م

جميع الحقوق محفوظة

اسم الكتاب ..... مستمسك العروة الوثقى ـ الجزء الحادي والعشرون

تأليف ..... السيد الحكيم قدس سره

تحقيق ..... السيد محمد القاضي

المطبعة ..... فاضل

العدد ..... ٥٠٠ نسخة

الناشر ..... دار الهلال

ISBN الدورة 978-600-6992-37-2

ISBN 978-600-6992-88-4

كتاب النكاح

كتاب النكاح

النكاح مستحب في حدّ نفسه بالإجماع، والكتاب، والسنة المستفيضة بل المتواترة.

قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾.

وفي النبوي المروي بين الفريقين: «النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني».

وعن الصادق عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «تزوجوا فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من أحب أن يتبع سنتي فإن من سنتي التزويج».

وفي النبوي: «ما بني بناء أحب إلى الله تعالى من التزويج».

وعن النبي صلى الله عليه وآله: «من تزوج أحرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر».

بل يستفاد من جملة من الأخبار: استحباب حب النساء، ففي الخبر عن الصادق عليه السلام: «من أخلاق الأنبياء حب النساء».

وفي آخر عنه عليه السلام: «ما أظن رجلاً يزداد في هذا الأمر خيراً إلا

ازداد حباً للنساء».

والمستفاد من الآية وبعض الأخبار: أنه موجب لسعة الرزق، ففي خبر إسحاق بن عمار: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الحديث الذي يرويه الناس حق؟ إن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فشكى إليه الحاجة فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرات؟ قال أبو عبد الله عليه السلام: نعم هو حق، ثم قال عليه السلام: الرزق مع النساء والعيال».

(مسألة ١): يستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة فعن النبي صلى الله عليه وآله: «رذال موتاكم العزاب».

ولا فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتق، لإطلاق الأخبار، ولأن فائدته لا تنحصر في كسر الشهوة، بل له فوائد، منها زيادة النسل، وكثرة قائل: (لا إله إلا الله)، فعن الباقر عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً لعل الله أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا الله».

(مسألة ٢): الاستحباب لا يزول بالواحدة بل التعدد مستحب أيضاً، قال الله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾.

والظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم، أو المنقطع بل المستحب أعم منهما ومن التسري بالإماء.

(مسألة ٣): المستحب هو الطبيعة أعم من أن يقصد به القربة أو لا، نعم عباديته وترتب الثواب عليه موقوفة على قصد القربة.

(مسألة ٤): استحباب النكاح إنما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته، وأما بالنظر إلى الطوارئ فينقسم بانقسام الأحكام الخمسة، فقد يجب بالنذر أو العهد أو الحلف، وفيما إذا كان مقدمة لواجب مطلق، أو كان في تركه مظنة الضرر، أو الوقوع في الزنى أو محرم آخر.

وقد يحرم كما إذا أفضى إلى الإخلال بواجب من تحصيل علم واجب أو ترك حق من الحقوق الواجبة، وكالزيادة على الأربع.

وقد يكره كما إذا كان فعله موجباً للوقوع في مكروه.

وقد يكون مباحاً كما إذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية لها.

وبالنسبة إلى المنكوحة أيضاً ينقسم إلى الأقسام الخمسة، فالواجب كمن يقع في الضرر لو لم يتزوجها، أو يبتلي بالزنى معها لولا تزويجها، والمحرم نكاح المحرمات عيناً أو جمعاً، والمستحب المستجمع للصفات المحمودة في النساء، والمكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء، ونكاح القابلة المربية ونحوها، والمباح ما عدا ذلك.

(مسألة ٥): يستحب عند إرادة التزويج أمور:

منها: الخطبة.

ومنها: صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرأة وخطبتها، والدعاء بعدها بالمأثور، وهو: «اللهم إني أريد أن

أتزوج فقدّر لي من النســـاء أعفهن فرجاً، وأحفظهن لي في نفسها ومالي، وأوسعهن رزقاً، وأعظمهن بركة، وقدر لي ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي».

ويســـتحب أيضاً أن يقول: «أقررت الذي أخذ الله إمســـاك بمعروف أو تسريح بإحسان».

ومنها: الوليمة يوماً، أو يومين، لا أزيد فإنه مكروه، ودعاء المؤمنـــين، والأولى كونهـــم فقراء، ولا بـــأس بالأغنياء خصوصاً عشـــيرته وجيرانه وأهـــل حرفته، ويســـتحب إجابتهم وأكلهم، ووقتها بعد العقد أو عند الزفاف ليلاً أو نهاراً.

وعن النبي صلى الله عليه وآله: «لا وليمة إلا في خمس عرس، أو خرس، أو عذار، أو وكار، أو ركاز».

العرس: التزويـــج، والخرس: النفاس، والعـــذار: الختان، والوكار: شراء الدار، والركاز: العود من مكة.

ومنها: الخطبة أمام العقد بما يشتمل على الحمد، والشهادتين، والصلاة على النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام، والوصية بالتقوى، والدعاء للزوجين، والظاهر كفاية اشـــتمالها على الحمد والصلاة على النبي وآله صلى الله عليه وآله، ولا يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضاً.

ومنها: الإشهاد في الدائم والإعلان به، ولا يشترط في صحة العقد عندنا.

ومنها: إيقاع العقد ليلاً.

(مسألة ٦): يكره عند التزويج أمور:

منها: إيقاع العقد والقمر في العقرب، أي: في برجها لا المنازل المنسوبة إليها، وهي: القلب، والإكليل، والزبانا، والشولة.

ومنها: إيقاعه يوم الأربعاء.

ومنها: إيقاعه في أحد الأيام المنحوسة في الشهر، وهي الثالث، والخامس، والثالث عشر، والسادس عشر، والحادي والعشرون، والرابع والعشرون، والخامس والعشرون.

ومنها: إيقاعه في محاق الشهر وهو الليلتان أو الثلاث من آخر الشهر.

(مسألة ٧): يستحب اختيار امرأة تجمع صفات، بأن تكون بكراً، ولوداً، ودوداً، عفيفة، كريمة الأصل ـ بأن لا تكون من زنى أو حيض أو شبهة، أو ممن تنال الألسن آباءها أو أمهاتها، أو مسهم رق أو كفر أو فسق معروف ـ وأن تكون سمراء، عيناء، عجزاء، مربوعة، طيبة الريح، ورمة الكعب، جميلة، ذات شعر، صالحة، تعين زوجها على الدنيا والآخرة، عزيزة في أهلها ذليلة مع بعلها، متبرجة مع زوجها حصاناً مع غيره.

فعن النبي صلى الله عليه وآله: «إن خير نسائكم الولود، الودود، العفيفة، العزيزة في أهلها الذليلة مع بعلها، المتبرجة مع زوجها الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره، وإذا خلا بها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل كتبذل الرجل.

ثم قال صلى الله عليه وآله: ألا أخبركم بشرار نسائكم: الذليلة في أهلها العزيزة مع بعلها، العقيم، الحقود التي لا تدرع من قبيح، المتبرجة إذا غاب عنها بعلها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله، ولا تطيع أمره، وإذا خلا بها بعلها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل منه عذراً ولا تغفر له ذنباً».

ويكره اختيار العقيم، ومن تضمنه الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها عدم كونها نجيبة، ويكره الاقتصار على الجمال والثروة، ويكره تزويج جملة أخرى.

منها: القابلة، وابنتها للمولود.

ومنها: تزويج ضرّة كانت لأمه مع غير أبيه.

ومنها: أن يتزوج أخت أخيه.

ومنها: المتولدة من الزنى.

ومنها الزانية.

ومنها: المجنونة.

ومنها: المرأة الحمقاء، أو العجوز.

وبالنسبة إلى الرجال يكره تزويج سيء الخلق، والمخنث، والزنج، والأكراد، والخزر، والأعرابي، والفاسق، وشارب الخمر.

(مسألة ٨): مستحبات الدخول على الزوجة أمور:

منها: الوليمة قبله أو بعده.

ومنها: أن يكون ليلاً لأنه أوفق بالستر والحياء، ولقوله ﷺ: «زفوا عرائسكم ليلاً وأطعموا ضحى».

بل لا يبعد استحباب الستر المكاني أيضاً.

ومنها: أن يكون على وضوء.

ومنهـــا: أن يصلي ركعتين، والدعـــاء بعد الصلاة بعد الحمد والصلاة على محمد وآله بالألفة وحسن الاجتماع بينهما.

والأولى المأثور، وهو: «اللهم ارزقني إلفتها وودها ورضاها بي وأرضني بها واجمع بيننا بأحســـن اجتـــماع وأنفس ايتلاف فإنك تحب الحلال وتكره الحرام».

ومنها: أمرها بالوضوء والصلاة، أو أمر من يأمرها بهما.

ومنها: أمر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها.

ومنها: أن يضع يده عـــلى ناصيتها مســـتقبل القبلة ويقول: «اللهم بأمانتك أخذتها، وبكلماتك استحللتها، فإن قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقياً من شيعة آل محمد ﷺ ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً».

أو يقول: «اللهم على كتابك تزوجتها، وفي أمانتك أخذتها، وبكلماتك اســـتحللت فرجها، فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان».

ويكره الدخول ليلة الأربعاء.

(مسألة ٩): يجوز أكل ما ينثر في الإعراس مع الإذن ولو بشاهد الحال، إن كان عاماً فللعموم، وإن كان خاصا فللمخصوصين.

وكذا يجوز تملكه مع الإذن فيه، أو بعد الإعراض عنه فيملك، وليس لمالكه الرجوع فيـــه وإن كان عينه موجوداً، ولكن الأحوط لهما مراعاة الاحتياط.

(مسألة ١٠): يســـتحب عند الجماع الوضوء، والاستعاذة، والتسمية، وطلب الولد الصالح الســـوي، والدعاء بالمأثور وهو أن يقول: «بســـم الله وبالله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني»، أو يقول: «اللهم بأمانتك أخذتها...» إلى آخر الدعاء السابق.

أو يقول: «بســـم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض، اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظاً، واجعله مؤمناً مخلصاً مصفى من الشيطان ورجزه جل ثناؤك».

وأن يكون في مكان مستور.

(مسألة ١١): يكره الجماع ليلة خسوف القمر، ويوم كسوف الشـــمس، وفي الليلة واليـــوم اللذين يكون فيهما الريح الســـوداء والصفراء والحمراء، واليوم الذي فيـــه الزلزلة، بل في كل يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة.

وكذا يكره عند الزوال، وعند غروب الشـــمس حتى يذهب

الشـــفق، وفي المحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي أول ليلة من كل شـــهر إلا في الليلة الأولى من شـــهر رمضان فإنه يســـتحب فيها، وفي النصف من كل شـــهر، وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والإقامة، وفي ليلة الأضحى.

ويكره في الســـفينة، ومستقبل القبلة ومستدبرها، وعلى ظهر الطريـــق، والجماع وهو عريان، وعقيب الاحتلام قبل الغســـل أو الوضوء، والجماع وهو مختضـــب أو هي مختضبة، وعلى الامتلاء، والجماع قائماً، وتحت الشـــجرة المثمرة، وعلى سقوف البنيان، وفي وجه الشمس إلا مع الستر.

ويكـــره أن يجامع وعنده من ينظر إليه ولو الصبي غير المميز، وأن ينظر إلى فرج الامرأة حال الجماع، والكلام عند الجماع إلا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله، أو شيء من القرآن.

ويســـتحب الجماع ليلة الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعة ويـــوم الخميس عند الزوال ويوم الجمعة بعد العصر، ويســـتحب عند ميل الزوجة إليه.

(مسألة ١٢): يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح.

(مســـألة ١٣): يستحب الســـعي في التزويج، والشفاعة فيه بإرضاء الطرفين.

(مســـألة ١٤): يســـتحب تعجيل تزويج البنـــت وتحصينها بالزوج عند بلوغها، فعن أبي عبد الله عليه السلام: «من ســـعادة المرء أن لا

تطمث ابنته في بيته».

(مسألة ١٥): يستحب حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلا لضرورة، ولا يدخل عليها أحد من الرجال.

(مسألة ١٦): يكره تزويج الصغار وقبل البلوغ.

(مسألة ١٧): يستحب تخفيف مؤنة التزويج وتقليل المهر.

(مسألة ١٨): يستحب ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

(مسألة ١٩): يجوز للرجل تقبيل أي جزء من جسد زوجته، ومس أي جزء من بدنه ببدنها.

(مسألة ٢٠): يستحب اللبث وترك التعجيل عند الجماع.

(مسألة ٢١): تكره المجامعة تحت السماء.

(مسألة ٢٢): يستحب إكثار الصوم وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله وعدم طوله.

(مسألة ٢٣): يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت، وغسل رجليها، وصب الماء من باب الدار إلى آخرها.

(مسألة ٢٤): يستحب منع العروس في أسبوع العرس من الألبان، والخل، والكزبرة، والتفاح الحامض.

(مسألة ٢٥): يكره اتحاد خرقة الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع.

(مسألة ٢٦): يجوز لمن يريد(١) تزويج امرأة أن ينظر إلى

بسم الله الرحمن الرحيم

وله الحمد، والصلاة والسلام على رسوله الأكرم، وآله الطاهرين.

(١) في كشف اللثام: اتفاق الأصحاب عليه في الجملة[١].

وفي الجواهر: نفي الخلاف فيه بين المسلمين ودعوى الإجماع بقسميه عليه[٢].

ويشهد له النصوص، منها مصحح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها؟ قال عليه السلام: نعم، إنما يشتريها بأغلى الثمن»[٣].

ومصحح هشام بن سالم وحماد بن عثمان وحفص بن البختري، كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال عليه السلام: لا بأس بأن ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها»[٤].

وصحيح الحسن بن السرى قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها، وينظر إلى خلفها، وإلى وجهها، قال عليه السلام: نعم، لا بأس أن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ينظر إلى خلفها وإلى وجهها»[٥]، إلى غير ذلك من النصوص.

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٦٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٨٧، ب ٣٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

وجهها، وكفيها، وشعرها، ومحاسنها(١)، بل لا يبعد جواز

(١) أما الأولان: فلا إشكال فيهما.

والأول منهما صريح النصوص السابقة.

وأما الثاني: فلاستفادته من ذكر المعاصم في مصحح الفضلاء.

وأما الأخيران: فنسب الجواز فيهما إلى المشايخ الثلاثة[١]، وجمع من الأصحاب[٢].

ويشهد لأولهما صحيح عبد الله بن سنان: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إلى شعرها؟ فقال عليه السلام: نعم، إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن»[٣].

ويشهد لثانيهما خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام، عن علي عليه السلام: «في رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها، قال عليه السلام: لا بأس، إنما هو مستام، فإن يقض أمر يكن»[٤].

ونحوه خبر مسعدة بن اليسع الباهلي عن أبي عبد الله عليه السلام[٥].

---

(١) نسبه إليهم في رياض المسائل ١١: ٤٠، وعباراتهم لا تؤدي إليه، فانظر: المقنعة: ٥٢٠، قائلًا: «ينظر إلى وجهها... ويرى يديها... وينظر إليها ماشية في ثيابها/ من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٦٠، ولم يزد فيه على صحيح ابن سنان/ النهاية: ٤٨٤، قائلاً: «ينظر إلى محاسنها: يديها ووجهها، ويجوز أن ينظر إلى مشيها، وإلى جسدها من فوق ثيابها»، فلاحظ.

(٢) نهاية المرام ١: ٥٠/ كفاية الأحكام ٢: ٨٢/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤ ـ ٤٦/ رياض المسائل ١١: ٤٠.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٨٩، ب ٣٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٧.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٨.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ١٢.

. . . . . .

وفي مرسل عبد الله بن الفضل عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت أينظر الرجل إلى المرأة يريد تزويجها فينظر إلى شعرها ومحاسنها؟ قال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً»[١].

وفي الشرائع، والإرشاد، والقواعد، وغيرها: تخصيص الجواز بالوجه والكفين[٢]، بل ربما نسب إلى المشهور[٣].

وكأنه لحمل المعاصم في الصحيح السابق على الكفين، وعدم الاعتداد بالنصوص الأخيرة.

وضعفه ظاهر، إذ المعصم غير الكف.

والنصوص لا مانع من العمل بها بعد اعتماد الجماعة عليها، بل إطلاق جواز النظر إلى المرأة في مصحح ابن مسلم يقتضي ذلك، ولا سيما بملاحظة التعليل فيه ـ وفي غيره ـ : بأنه يشتريها بأغلى الثمن، فإنه يقتضي ذلك.

وأوضح منه موثق يونس ـ المروي عن علل الصدوق ـ : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز له أن ينظر إليها؟ قال عليه السلام: نعم، وترقق له الثياب؛ لأنه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن»[٤].

فإن ترقيق الثياب ليس إلا من جهة التمكن من النظر إلى ما خلف الثياب

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٨٨، ب ٣٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٢/ إرشاد الأذهان ٢: ٥/ قواعد الأحكام ٣: ٦/ الخلاف ٤: ٢٤٧/ السرائر الحاوي ٢: ٦٠٩/ اللمعة الدمشقية: ١٧٤/ جامع المقاصد ١٢: ٢٨/ الروضة البهيّة ٥: ٩٧/ مسالك الأفهام ٧: ٤١.

(٣) رياض المسائل ١١: ٤٠/ جواهر الكلام ٢٩: ٦٨.

(٤) علل الشرائع ٢: ٥٠٠/ وسائل الشيعة ٢٠: ٩٠، ب ٣٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١١.

. . . . . .

من سائر البدن.

ولذلك قال في الجواهر «فلا محيص للفقيه الذي كشف الله تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدها، بعد تعاضد تلك النصوص وكثرتها ـ وفيها الصحيح، والموثق، وغيرهما ـ الدالة بأنواع الدلالة على ذلك»[١].

لكن شيخنا الأعظم رحمه الله في رسالة النكاح استشكل في الإطلاق المذكور في مصحح ابن مسلم..

تارة: من جهة أن المتبادر من النظر إلى المرأة ـ بحكم العرف ـ هو النظر إلى الوجه واليدين؛ لأنهما موقع النظر غالباً، وغيرهما مستور غالباً بالثياب.

وأخرى: من جهة أن تخصيص النظر في مصحح الفضلاء بالوجه والمعاصم لا يظهر له وجه إلى اختصاصهما بجواز النظر، وأوضح منه في ذلك ما في صحيح السري، فإنه عليه السلام بعد أن قال: «ينظر إليها» قال: «ينظر إلى خلفها وإلى وجهها»[٢].

أقول: يشكل ما ذكره..

أولاً: بأن الغلبة لا توجب الانصراف المعتد به.

مع أنها ممنوعة في نفسها، فإن الغالب عدم ستر مقدار من الشعر، والرقبة، والصدر والساقين، ومقتضى ذلك عدم الاختصاص بالوجه والكفين، لا الاختصاص بهما.

وثانياً: بأن التخصيص في مصحح الفضلاء لا يصلح للتقييد إلا بناءً على

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٦٧.

(٢) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٣٩.

النظر إلى سائر جسدها ما عدا عورتها(١)، وإن كان الأحوط

مفهوم اللقب.

نعم، ما ذكر لو سلّم اقتضى سقوط إطلاق المصحح المذكور، لا سقوط إطلاق غيره.

وثالثاً: بأن التخصيص بـ(الخلف والوجه) في صحيح السري إنما كان لذكره في السؤال، لا لبيان المراد من الإطلاق.

مع أنه لو سلم فلا يقتضي إلا سقوط الإطلاق المذكور فيه، لا سقوط إطلاق غيره.

ومثله في الإشكال مناقشته قدس سره في التعليل: بأن المراد به تجويز النظر إلى ما يندفع به معظم الغرر، الحاصل من جهة حسن الخلقة واللون وقبحهما، وإن ذلك يندفع بالنظر إلى الوجه والكفين، إذ يستدل بهما غالباً على حسن سائر الأعضاء، وقبحها من حيث الخلقة واللون[1].

إذ فيه: إنه لا وجه للتخصيص بالمعظم من الغرر، فإنه خلاف الإطلاق.

مع أن الاستدلال بالوجه على غيره غير ظاهر.

ومن ذلك يظهر لك الوجه في قول المصنف: «بل لا يبعد جواز النظر إلى...» كما تقدَّم من الجواهر.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر[2].

وكأن الوجه فيه الإجماع، فإن أحداً لم يقل بالجواز فيها، كما في كلام

---

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٦٦.

خلافه، ولا يشترط أن يكون ذلك بإذنها ورضاها(١) نعم يشترط أن لا يكون بقصد التلذذ(٢) وإن علم أنه يحصل بنظرها قهراً(٣)، ويجوز تكرار النظـــر(٤) إذا لم يحصل الغرض ـ وهو الاطلاع على حالها ـ بالنظر الأول.

شيخنا الأعظم[١]، وإلا فإطلاق النص والتعليل شامل لها كغيرها.

(١) كما نص على ذلك في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[٢].

والظاهر عدم الخلاف فيه منا، ولذا نسب في كشف اللثام الخلاف فيه إلى مالك[٣].

ويقتضيه عموم النصوص، وليس النظـــر من حقوق الزوجة، كي يحل بإذنها، بل هو من الأحكام.

(٢) الظاهر لا إشـــكال في ذلك، لاختصاص النصوص المتقدمة بالنظر للاطـــلاع فيرجع في غـــيره إلى عموم المنع، وقد تقدَّم ما في مرســـل عبد الله بن الفضل[٤]، المحمول على ذلك.

(٣) كما في كلام شـــيخنا الأعظم رحمه الله[٥]، ويقتضيه عموم النصوص، ولا سيما كونه الغالب.

(٤) كما في كلام شيخنا الأعظم رحمه الله[٦]، بشرط أن يحتمل أن يفيده الثاني ما لا يفيده الأول، لإطلاق النصوص، والتعليل.

---

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٢/ قواعد الأحكام ٣: ٦/ تحرير الأحكام ٣: ٤١٩.

(٣) كشف اللثام ٧: ٢١/ المجموع ١٦: ١٣٨.

(٤) تقدّم في ص ١٩.

(٥)، (٦) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤١ ـ ٤٢.

ويشترط أيضاً أن لا يكون مسبوقاً بحالها(١)، وأن يحتمل اختيارها(٢) وإلا فلا يجوز.

ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص، أو كان قاصداً لمطلق التزويج(٣) وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار، وإن كان الأحوط الاقتصار على الأول، وأيضاً لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر ـ من توكيل امرأة تنظر إليها وتخبره ـ أو لا(٤)، وإن كان الأحوط الاقتصار على الثاني.

ولا يبعد جواز نظر المرأة أيضا إلى الرجل الذي يريد تزويجها(٥)، ولكن لا يترك الاحتياط بالترك.

---

(١) لخروجه عن مورد النصوص، وهو النظر للاطلاع، فيرجع فيه إلى عموم المنع.

(٢) لأنه مورد النصوص، فيرجع في غيره إلى عموم المنع.

(٣) لإطلاق النصوص مورداً وتعليلاً.

واحتمال أن مورد النصوص من يريد أن يتزوجها بالخصوص، بعيد.

(٤) كما في رسالة شيخنا الأعظم ﷺ، لإطلاق الأدلة، ولا سيما بملاحظة ما اشتهر من أنه ليس الخبر كالعيان[١].

(٥) كما في القواعد وغيرها[٢]، وقوّاه شيخنا الأعظم ﷺ في الرسالة[٣]؛ لما

---

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤٢.

(٢) قواعد الأحكام٣: ٦/ جامع المقاصد ١٢: ٢٩/ مسالك الأفهام ٧: ٤١.

(٣) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤٢.

وكذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءها(١)، وإن كان بغير إذن سيدها.

يستفاد من التعليل في أخبار المسألة، فإن الرجل إذا جاز له النظر لئلا يضيع ماله الذي يعطيه على جهة الصداق وغيره، فلأن يجوز للمرأة لئلا يضيع بضعها أولى.

ويشكل بخفاء المقايسة بين البضع والمال.

مع أنها لو تمت فإنـما تقتضي لزوم معرفتها بالمال الذي هو عوض البضع لا بالرجل.

ومثله في الإشكال الاستدلال عليه بما ورد في بعض النصوص أنه صلى الله عليه وآله قال رجل من أصحابه وقد خطب امرأة: «لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[١].

فإن الخبر ضعيف لا مجال للاعتماد عليه فيما نحن فيه، ولذلك اختار في الجواهر المنع[٢].

بل في كشف اللثام: «لم أعرف من الأصحاب من قال به غيره (يعني: غير مصنفه)، والحلبي، وابن سعيد، وإنما ذكرته العامة، وروته عن عمر»[٣].

(١) نسب إلى الأصحاب[٤].

وفي المسالك: أن جواز النظر إلى وجهها وكفيها ومحاسنها وشعرها موضع وفاق[٥].

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٩٠، ب ٣٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٦٨.

(٣) كشف اللثام ٧: ٢١/ الكافي في الفقه: ٢٩٦/ المجموع ١٦: ١٣٩.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٩.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٤٢.

والظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه فلا يشمل الوكيل والولي والفضولي(١)، وأما في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص.

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه»[١].

ويشهد له نصوص المقام المشتملة على التعليل: بأنه يشتريها بأغلى الثمن.

مضافاً إلى النصوص الواردة فيها بالخصوص، كخبر أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها، قال عليه السلام: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها، ويمسها، ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه»[٢] ونحوه غيره.

وتحقيق المسألة في كتاب البيع.

(١) في الجواهر: منع جواز ذلك لغير مريد التزويج ولو ولياً؛ لقصور الأدلة عن إخراجه عن مقتضى الحرمة، بخلافه في شراء الأمة الشامل له ولغيره، عدا الفضولي على الظاهر[٣]، انتهى.

وكأن عدم الشمول للفضولي من جهة عدم تحقق الشراء حقيقة منه، بخلاف الوكيل والولي.

لكن الفرق بينهما في شراء الأمة وبينهما في التزويج غير ظاهر، بعد اشتمال النصوص على الشراء، وصدق المشتري على الوكيل والولي كصدقه على الأصيل.

اللهم إلا أن يقال: الملحوظ في شراء الأمة المالية، ولا مانع من شمول المشتري للولي والوكيل، والملحوظ في التزويج مناسبات خاصة لا تقوم بغير

(١) جواهر ٢٩: ٦٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٧٥، ب ٢٠ ـ بيع الحيوان ـ حديث: ١.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٦٨.

(مسألة ٢٧): يجوز النظر إلى نساء أهل الذمة(١)، بل

من يريد التزويج لنفسه، فينصرف المشتري عنه.

(١) على المشهور، كما في الحدائق، وعن المسالك[١].

قال في الشرائع: «ويجوز النظر إلى نساء أهل الذمة وشعورهن؛ لأنهن بمنزلة الإماء»[٢].

ونحوه ما عن المقنعة، والخلاف، والنهاية[٣].

فيحتمل أن يكون المراد أنهن بمنزلة الإماء للمسلمين؛ لأن الكفار فيء المسلمين، وإنما يحرمهم الذمة، فتكون نساء أهل الذمة بمنزلة الأمة المزوجة بالعبد.

لكن إثبات هذا المعنى غير ظاهر، بل ممنوع، وإنما يكون الملك بالاسترقاق.

مع أنه يتوقف على جواز النظر إلى الأمة المشتركة.

ويحتمل أن يكون المراد أنهن ملك للإمام، لما في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «إن أهل الكتاب مماليك الإمام»[٤].

وخبر زرارة عنه عليه السلام: «إن أهل الكتاب مماليك للإمام، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدون العبيد الضريبة إلى مواليهم»[٥].

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٨/ مسالك الأفهام ٧: ٤٣.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(٣) المقنعة: ٥٢١/ النهاية: ٤٨٤، ولم أجده ـ ولا الحاكي عنه ـ في الخلاف.

(٤) بل هو لأبي بصير في الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٣٥٨/ تهذيب الأحكام ٧: ٤٤٩/ وسائل الشيعة ٢٠: ٥١٨، ب ٢ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ٢، وسيأتي عنه في ص ١٣٢.

(٥) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٢٦، ب ٤٥ ـ العدد ـ حديث: ١، وفيه: «يؤدي» بدل «يؤدون».

. . . . . .

وفي صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام: «وهم مماليك للإمام، فمن أسلم منهم فهو حر»[١].

لكن الاستدلال بها متوقف على ثبوت كلية جواز النظر إلى أمة غيره، وهو غير ظاهر.

والاستدلال عليه بالسيرة، ليس بأولى من الاستدلال بها على المقام.

نعم، يمكن الاستدلال على الحكم بخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن»[٢].

فإنه لا بأس بالعمل به بعد اعتماد المشهور عليه، وإن كان ظاهر من علل: بأنها بمنزلة الإماء، عدم الاعتماد عليه.

ولكن اعتماد غيره كافٍ في جبر ضعفه لو كان.

ويؤيده خبر أبي البختري عن جعفر عليه السلام عن أبيه عن علي بن أبي طالب عليه السلام: «لا بأس بالنظر إلى رؤوس النساء من أهل الذمة»[٣].

ومن ذلك يظهر ضعف ما عن ابن إدريس من المنع من النظر إليهن، عملاً بعموم الآية المحرّمة للنظر، التي لا يجوز تقييدها بخبر الواحد[٤].

وتبعه على ذلك في المختلف، وكشف اللثام[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٣٩١، ب ١ ـ العاقلة ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٢٠٥، ب ١١٢ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٤) السرائر الحاوي ٢: ٦١٠.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ١١٠/ كشف اللثام ٧: ٢٣.

مطلق الكفـــار، مع عدم التلذذ والريبة(١)، أي: خوف الوقوع في الحرام(٢)، والأحوط الاقتصـــار على المقدار الذي جرت عادتهن

(١) كما نـــص على ذلك في المقنعـــة، والخلاف، والنهايـــة، والشرائع، والقواعد وغيرها[١]، والعمدة في دليله الإجماع ظاهراً.

وإلا فالنص مطلق.

(٢) قال في المســـالك: «ينبغي أن يكون المـــراد بها خوف الوقوع معها في المحرم، وهو المعبر عنه بخوف الفتنة»[٢].

وفي كشـــف اللثام: «هي مـــا يخطر بالبال من النظـــر، دون التلذذ به، أو خوف افتتان.

والفرق بينه وبين الريبة ظاهر ممـــا عرفت، ولذا ذكر الثلاثة في التذكرة، ويمكن تعميم الريبة للافتتان، لأنها من (راب) إذا وقع في الاضطراب، فيمكن أن يكون ترك التعرض له هنا، وفي التحرير، وغيرهما لذلك»[٣].

والمـــراد مما يخطر بالبال من النظر: الميـــل إلى الوقوع في الحرام مع المنظور إليه، وإن كان عالماً بعدم وقوعه.

فنقـــول: بناءً على ذلك يكون المراد من الريبة مردداً بين الأمرين: الخطور الخاص، وخوف الوقوع في الحرام.

ويظهر مـــن التذكرة: حرمة الجميع، كما يظهر منها ومن كشـــف اللثام:

---

(١) المقنعة: ٥٢١/ النهاية: ٤٨٤/ شرائع الإسلام ٢: ٢١٣/ قواعد الأحكام ٣: ٦/ إرشاد الأذهان ٢: ٥/ تحرير الأحكام ٣: ٤١٩/ المهذب البارع ٣: ٢٠٦، ولم أجده ـ كسابقه ـ في الخلاف.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٤٣.

(٣) كشف اللثام ٧: ٢٣/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ٩٩.

على عدم ستره(١).

وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى من الأعراب وغيرهم(٢)،

حرمة الوقوع في الافتتان، فإن تم إجماع عليه ـ كما هو الظاهر، وفي المستند: أنه متحقق في الحقيقة، ومحكي في بعض المواضع حكاية مستفيضة[١] ـ فهو، وإلا فيشكل تحريم أحدهما؛ لعدم وضوح دليل على ذلك.

وظاهر شيخنا في الرسالة: وضوح حرمة النظر مع خوف الوقوع في الحرام، وأما حرمته مع أحد الأمرين، فلأن فيهما الفساد المنهي عنه[٢].

والإشكال عليه ظاهر.

(١) إذا كان المستند في الحل التعليل، فهو يقتضي جواز جميع البدن.

وإذا كان المستند خبر السكوني، لزم الاقتصار على خصوص الشعور والأيدي، وقد عرفت أنه المتعين.

اللهم إلا أن يفهم أن ذكر الشعور والأيدي من باب أن المتعارف كشفه، لا لخصوصية فيهما.

(٢) لخبر عباد بن صهيب: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل تهامة، والأعراب، وأهل السواد، والعلوج؛ لأنهم إذا نهوا لا ينتهون»[٣].

وعن الفقيه أنه رواه مكان «أهل السواد والعلوج»: «أهل البوادي من

---

(١) مستند الشيعة ١٦: ٦١.

(٢) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٥٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٦، ب ١١٣ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

وهو مشـــكل(١) نعم الظاهر عدم حرمة التردد في الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر عليهن، ولا يجب غض البصر إذا لم يكن هناك خوف افتتان.

أهل الذمة»[١].

(١) لضعف عباد.

لكـــن رواه في الكافي هكذا: «عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب، عن عباد بن صهيب»[٢].

وأحمد بن محمد بن عيسى أخرج البرقي من قم؛ لأنه يروي عن الضعفاء، ويعتمد المراسيل[٣].

وابن محبوب هو الحســـن بن محبوب من أصحـــاب الإجماع[٤]، وممن لا يروي إلا عن ثقة[٥].

ولا يبعد أن يكون ذلك كافياً في جبر ضعف السند.

واحتمل في الجواهر أن يكون المراد من التعليل عدم وجوب غض النظر،

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٠، مع عطف «العلوج» على «أهل الذمة».

(٢) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٥٢٤.

(٣) انظر: منتهى المقال ١: ٣١٩، ٣٣٧.

(٤) انظر: رجال الكشي: ٣٩٤.

(٥) لم أجـــد من وصفه بذلك فيما لديَّ من مصادر، إلا ما حكاه في تنقيح المقال عن الشـــهيد الثاني والســـبزواري مـــن عدِّهما إياه كابن أبي عمير، لا يرســـل إلا عن ثقة، ولم أجـــده فيما لديَّ من مؤلفاتهما، بل ردَّ في مســـالك رواية الحســـن بن محبوب عن عبد الرحمن بن ســـيابة؛ لجهالة في طريقهـــا، كما صرَّح الثاني في أكثر من موضع من الذخيرة والكفاية بعدم صحة أســـانيد يرويها الحسن بن محبوب، فراجع. [تنقيح المقال ٢٠: ٣٦٠/ مسالك الأفهام ١٥: ٢٨٤/ ذخيرة المعاد ١: ١٧٥، ٢: ٣٧٢، ٢: ٦٨٠/ كفاية الأحكام ١: ٥٦٩، ٢: ٢٤].

(مسألة ٢٨): يجوز لكل من الرجل والمرأة(١) النظر إلى ما عدا العورة من مماثله، شيخاً أو شاباً، حسن الصورة أو قبيحها، ما لم يكن بتلذذ أو ريبة(٢).

نعم يكره كشف المسلمة بين يدي اليهودية والنصرانية(٣)،

وترك التردد في الأسواق والأزقة من أجلهن؛ لأنهن لا ينتهين بالنهي، فليزم من ترك ذلك العسر والحرج[١].

لكنه خلاف الظاهر.

فلا يبعد إذاً العمل بالحديث، لولا ما قد يظهر من المشهور من عدم العمل به؛ لعدم تعرضهم لمضمونه.

نعم، لا بأس بالعمل به بالمقدار الذي عليه السيرة، وهو ما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله: «نعم الظاهر...».

(١) بلا إشكال ولا خلاف، بل لعلّه من ضروريات الدين، المعلومة باستمرار عمل المسلمين عليه، في جميع الأعصار والأمصار، كذا في الجواهر[٢]، ويشهد له النصوص الواردة في آداب الحمام[٣].

(٢) لما سبق.

(٣) لما في صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهودية والنصرانية، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن»[٤].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٦٩.

(٢) المصدر السابق ٢٩: ٧١.

(٣) انظر: وسائل الشيعة ٢: ٢٩ ـ ٣٥، ب ٣، ٤، ٥ ـ آداب الحمام.

(٤) المصدر السابق ٢٠: ١٨٤، ب ٩٨ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

بل مطلق الكافرة(١)، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن.

والقول بالحرمة للآية(٢) حيث قال تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ فخص بالمسلمات ضعيف؛ لاحتمال كون المراد من ﴿نِسَائِهِنَّ﴾(٣) الجواري والخدم لهن من الحرائر.

وقوله عليه السلام: «لا ينبغي» لا يدل على أكثر من الكراهة، كما أن التعليل يقتضي اختصاص الكراهة بالمزوجة التي هي مظنة الوصف للزوج، فلا تشمل من لا زوج لها، أو كان مفقوداً، أو كانت مأمونة من جهة التوصيف.

كما لا تشمل المرأة التي لا صفات لها حسنة لا يحسن نقلها، كما أن مقتضى التعليل التعدي إلى غير اليهودية والنصرانية إذا كانت تصف لزوجها من تراه من النساء.

(١) كأنه لعموم التعليل.

(٢) قال في كشف اللثام: «والشيخ، والطبرسي في تفسيرهما، والراوندي في فقه القرآن، على المنع من نظر المشركة إلى المسلمة.

قال الشيخ والراوندي: إلا أن تكون أمة، وفسروا ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ بالمؤمنات، وهو قوي»[١].

وفي الحدائق: موافقتهم؛ لأن «لا ينبغي» ـ في الصحيح ـ بمعنى: لا يجوز، ولأن النهي في الآية للتحريم[٢].

(٣) هذا الاحتمال نسبه في المسالك إلى المشهور[٣].

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٣/ التبيان ٧: ٤٣٠/ مجمع البيان ٧: ٢٤٢/ فقه القرآن ٢: ١٢٨.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٢.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٤٦.

(مسألة ٢٩): يجوز لكل من الزوج والزوجة النظر إلى جسد الآخـــر(١)، حتى العورة(٢)، مع التلـــذذ وبدونه، بل يجوز لكل

وعن الكشاف: «المراد من ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ من في صحبتهن من الحرائر»[١].

ويحتمل أن يكون المراد منه ما يعم الأمرين معاً.

ويحتمل أن يكون المراد منه مطلق النســـاء، ســـواء كـــن في صحبتهن أو خدمتهن، أم لم يكن كذلك، كما احتمله في الجواهر[٢].

ويحتمـــل أن يكون المراد النســـاء اللاتي من الأرحـــام كالعمة، والخالة، والأخت.

ولعل قرينة السياق تقتضي ذلك، فيكون أقرب.

وبالجملة: يكفي في الإضافة أدنى ملابسة، والملابسة المصححة للإضافة في المقام مجهولة، مرددة بين وجـــوه لا قرينة على واحد منها، والحمل على جهة الاشتراك في الدين ليس أولى من غيره، ومع الإجمال لا مجال للاستدلال.

وأقرب الاحتمالات الأخير، وأبعدها ما في الجواهر.

(١) إجماعاً، نصاً، وفتوى، بل هو من الضروريات.

(٢) كما صرّح به في النصوص، بل المصرَّح فيها أكثر من ذلك[٣].

نعم، عن ابن حمزة حرمة النظر إلى فرج المرأة حال الجماع[٤]؛ لما في خبر أبي ســـعيد الخدري في وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام: «ولا ينظر الرجل إلى فرج امرأته،

(١) الكشاف ٣: ٦٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٧٢.

(٣) انظر: وسائل الشيعة ٢٠: ١٢٠، ب ٥٩ ـ مقدمات النكاح.

(٤) الوسيلة: ٣١٤.

منهما مس الآخر بكل عضو منه كل عضو من الآخر مع التلذذ وبدونه(١).

(مسألة ٣٠): الخنثى مع الأنثى كالذكر(٢)، ومع الذكر كالأنثى.

وليغض بصره عند الجماع، فإن النظر إلى الفرج يورث العمى في الولد»[١].

لكن في موثق سماعة قال: «سألته عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجامعها، قال عليه السلام: لا بأس به، إلا أنه يورث العمى»[٢].

(١) هذا كما قبله من القطعيات.

(٢) قال في جامع المقاصد: «الخنثى المشكل بالنسبة إلى الرجل كالمرأة، وبالنسبة إلى المرأة كالرجل، لتوقف يقين امتثال الأمر بغض البصر والستر على ذلك»[٣].

وعن صاحب المدارك: الاتفاق عليه[٤].

أقول: الخنثى مع ابتلائه بكل من الرجل والمرأة يعلم إجمالاً بحرمة النظر إلى أحد الصنفين، فيجب عليه الاجتناب عنهما معاً.

وأما مع عدم الابتلاء إلا بأحدهما، فيشكل وجوب الاحتياط عليه للشبهة الموضوعية، كما أشار إلى ذلك في الجواهر[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٢١، ب ٥٩ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٥.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٤٢.

(٤) لم أعثر عليه ولا على الحاكي عنه عاجلًا.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ١٠١.

(مسألة ٣١): لا يجوز النظر إلى الأجنبية(١)، ولا للمرأة

ومثله الأنثى مع الخنثى فإنه لما لم يحرز ذكورته، لم يجب التستر عنه، ولم يحرم النظر إليه.

وكذا الكلام في الذكر مع الخنثى، وسيأتي في المسألة الخمسين ما له تعلق بالمقام[١].

(١) إجماعاً، بل ضرورة من المذهب، كذا في الجواهر[٢].

ويشهد له قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذٰلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ * وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلاَ يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[٣].

وإن كانت دلالته لا تخلو من تأمل، فإن غض الأبصار غير ترك النظر.

مع أنه من المحتمل أن يكون المراد الفروج بقرينة السياق، لا العموم.

مع أن إرادة العموم تقتضي الحمل على الحكم الأولي، وهو غض النظر عن كل شيء.

---

(١) يأتي في ص ٧٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٧٥.

(٣) سورة النور: ٣٠ ـ ٣١.

النظر إلى الأجنبي(١) من غير ضرورة.

وحمله على الغض عن المؤمنات لا قرينة عليه.

اللهم إلا أن يكون المستند في تعيين المراد الإجماع.

(١) كما هو المعروف؛ لعمـــوم الأمر بغضهن من أبصارهن، بناءً على ما عرفت من الإجماع، ويؤيده ما ورد من قول النبي صلى الله عليه وآله لعائشـــة وحفصة، حين دخـــل ابن أم مكتوم: «ادخلا البيت، فقالتا: إنه أعمى، فقال: إن لم يركما فإنكما تريانه»[١].

لكن في التذكرة: حكى عن بعض الجواز، مســـتدلاً عـــلى ذلك: بأنه لو استويا لأمر الرجل بالاحتجاب كالنساء[٢].

وهو كما ترى!.

والذي يظهر من كلماتهم مساواة المرأة للرجل في المستثنى منه والمستثنى، فإن الحكم في المســـتثنى بالنسبة إلى نظر الرجل كان مستنداً إلى قوله تعالى: ﴿إِلاَّ مَـــا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، وليس مثله ثابتاً في نظر المرأة فلا مســـتند في المســـاواة كلية إلا الإجماع، كما ادعاه بعضهم.

ففي الرياض: «تتحد المرأة مـــع الرجل، فتمنع في محل المنع، ولا تمنع في غيره، إجماعاً»[٣]، ونحوه كلام شيخنا الأعظم قدس سره في الرسالة[٤].

لكن الاعتماد على الإجماع المخالف للســـيرة القطعية الفارقة بين الرجل

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٢، ب ١٢٩ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٩٣.

(٣) رياض المسائل ١١: ٥٣.

(٤) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤١.

واستثنى جماعة الوجه والكفين فقالوا بالجواز فيهما(١) مع

والمرأة في ستر الوجه والكفين، كما ترى!.

(١) نسب هذا القول إلى الشيخ وجماعة[١]، واختاره في الحدائق، والمستند، وشيخنا الأعظم في رسالة النكاح[٢].

مستندين في ذلك إلى صحيح الفضيل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة، هما من الزينة التي قال الله تعالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ﴾؟ قال: نعم، وما دون الخمار من الزينة وما دون السوارين»[٣]، وظاهره أن ما يستره الخمار هو الرأس والرقبة، والوجه خارج عنه، وإن الكف فوق السوار لا دونه، فيكونان خارجين عن الزينة.

وفي موثق زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: ﴿إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، قال: «الزينة الظاهرة: الكحل والخاتم»[٤]، وهما في الوجه والكف.

ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال عليه السلام: الخاتم والمسكة، وهي القُلب»[٥]، والقُلب ـ بالضم ـ: السوار.

وخبر مسعدة بن زياد: «سمعت جعفراً عليه السلام وسئل عما تظهر المرأة من زينتها، قال عليه السلام: الوجه والكفين»[٦].

---

(١) المبسوط ٤: ١٦٠/ كفاية الأحكام ٢: ٨٤/ مفاتيح الشرائع ٢: ٣٧٤.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٢/ مستند الشيعة ١٦: ٤٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠١، ب ١٠٩ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

. . . . . .

وخبر أبي الجارود المروي عن تفسير علي بن إبراهيم عن أبي جعفر عليه السلام: «في قوله تعالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، فهي الثياب، والكحل، والخاتم، وخضاب الكف، والسوار.

والزينة ثلاثة: زينة للناس، وزينة للمحرم، وزينة للزوج.

فأما زينة الناس فقد ذكرنا.

وأما زينة المحرم فموضع القلادة فما فوقها، والدملج فما دونه، والخلخال وما سفل منه، وأما زينة الزوج فالجسد كله»[1].

إلى غير ذلك من النصوص التي يستفاد منها صراحة، أو ظهوراً، أو إشعاراً: الجواز.

ومنها: ما ورد في المرأة تموت وليس معها إلا الرجال، وفي الرجل يموت وليس معه إلا النساء[2].

ومنها: صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها، إما كسر، وإما جرح، في مكان لا يصلح النظر إليه، يكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء، أيصلح له النظر إليها؟ قال عليه السلام: إذا اضطرت فليعالجها إن شاءت»[3].

فإن الرواية كالصريحة في أن من جسد المرأة ما يصلح النظر إليه، وما لا يصلح.

---

(١) تفسير القمي ٢: ١٠١.

(٢) انظر: وسائل الشيعة ٢: ٥٢٢، ب ٢٢ ـ غسل الميت.

(٣) المصدر السابق ٢٠: ٢٣٣، ب ١٣٠ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

. . . . . .

بل يمكن الاستدلال بالآية الشريفة: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ﴾، فإن استثناء ما ظهر من الزينة يدل على أن من الزينة ما هو ظاهر، ولا يكون إلا بظهور موضعها، فيدل على أن بعض جسد المرأة ما يجوز إظهاره، ولا يحرم كشفه.

لا أقل من استفادة ذلك من قوله تعالى: ﴿وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ﴾، فإن تخصيص الجيوب بوجوب الستر يدل على عدم وجوب ستر الوجه، وإلا كان أولى بالذكر من الجيب؛ لأن الخمار يستر الجيب غالباً، ولا يستر الوجه.

وقيل: لا يجوز، واختاره العلامة في التذكرة، والإرشاد، وتبعه عليه جماعة، منهم كاشف اللثام، وشيخنا في الجواهر[1]؛ لعموم ما دل على غض البصر، وقوله تعالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾.

وما في كنز العرفان من إطباق الفقهاء على أن بدن المرأة عورة إلا على الزوج والمحارم[2].

ولسيرة المتدينين من الستر.

ولما في الروايات المتضمنة أن النظر سهم من سهام إبليس، وأن زنى العين النظر، وأنه رب نظرة أوجبت حسرة يوم القيامة[3].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٨٧/ إرشاد الأذهان ٢: ٥/ كشف اللثام ٧: ١٧٥/ جواهر الكلام ٢٩: ٧٠.

(٢) كنز العرفان ٢: ٢٨٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١٩٠، ب ١٠٤ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١، ٢، ٥.

. . . . . .

ومكاتبة الصفار إلى أبي محمد عليه السلام: «في رجل أراد أن يشهد على امرأة ليس لها بمحرم، هل يجوز له أن يشهد عليها وهو من وراء الستر يسمع كلامها، إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانة بنت فلان التي تشهدك، وهذا كلامها، أو لا يجوز له الشهادة حتى تبرز ويثبتها بعينها؟ فوقع عليه السلام: تتنقب وتظهر للشهود»[1].

ولما ورد من أن المرأة الخثعمية أتت رسول الله صلى الله عليه وآله بمنى في حجة الوداع تستفتيه، وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله صلى الله عليه وآله، فأخذ ينظر إليها وتنظر إليه فصرف رسول الله صلى الله عليه وآله وجه الفضل عنها، وقال: «رجل شاب وامرأة شابة، أخاف أن يدخل الشيطان بينهما»[2].

والمناقشة في جميع ذلك ممكنة.

فإن عموم ما دل على لزوم غض البصر مقيّد بما سبق، مع أن غض البصر أعم من ترك النظر.

وقوله تعالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ قد استثني منه ما ظهر منها.

وحمله على زينة الثياب ـ كما حكاه في كشف اللثام عن ابن مسعود[3] ـ مع أنه خلاف الظاهر في نفسه، مخالف لقرينة السياق مع قوله تعالى: ﴿وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ﴾.

وأما إطباق الفقهاء المحكي عن كنز العرفان: فلا مجال للاعتماد عليه مع وضوح الخلاف وشهرته.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠١، ب ٤٣ ـ الشهادات ـ حديث: ٢.

(٢) المبسوط ٤: ١٦٠/ مسند أحمد ١: ٧٥.

(٣) كشف اللثام ٧: ٢٦/ التبيان ٧: ٤٢٩.

عدم الريبة والتلذذ(١).

وأما السيرة: فأعم من الوجوب.

وأما ما في الروايات من أن النظر سهم من سهام إبليس: فالظاهر أنه بملاحظة ما يترتب على النظر من الأثر المحرم، فإن ذلك هو المناسب للتعبير بالسهم، فيكون مختصاً بالنظر بشهوة.

وأظهر منه في ذلك ما ورد من أن زنى العين النظر، وأنه رب نظرة أوجبت حسرة.

على أن الأخير إيجاب جزئي، وهو لا يدل على عموم التحريم.

وأما الأمر بالتنقب في المكاتبة: فلا يظهر أنه للوجوب التعبدي، ومن الجائز أن يكون للمحافظة على خفارة المرأة، ومنع ما يوجب الاستحياء.

مع أنها تدل على جواز النظر إلى بعض الوجه.

وأما رواية الخثعمية: فتدل على الجواز، كما في المسالك[1]، لأنه صلى الله عليه وآله لم ينههما عن النظر، وإنما صرف وجه الفضل عن المرأة، معللاً بخوف دخول الشيطان الناشئ من التلذذ، الحاصل من وقوع النظر المؤدي إلى الافتتان.

هذا مضافاً إلى ما يظهر من الرواية من أن المرأة كانت مكشوفة الوجه، وأن النبي صلى الله عليه وآله كان ينظر إليها، فرآها تنظر إلى الفضل.

وهناك وجوه أخرى للجواز، وللتحريم، لا يهم ذكرها لوضوح المناقشة فيها.

(١) قد عرفت أن الريبة مفسرة في كلامهم بأحد أمور: خوف الوقوع في

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٤٨.

. . . . . .

الحرام، وما يخطر في البال عند النظـر من الميل إلى الوقوع في الحرام مع المنظور إليه، من تقبيل ونحوه، وخوف الافتتان[١].

ويظهـر من كلماتهم حرمة النظر في جميع ذلـك، وأن العمدة فيه الإجماع وارتكاز المتشرعة، وكذا النظر مع التلذذ.

وهل يختص التحريـم بقصد التلذذ ـ كما قد يظهر مـن عبارة الشرائع، والقواعـد، وغيرها، حيث ذكر فيها أنه لا يجوز النظر لتلذذ أو ريبة[٢] ـ أو يعم ما إذا حصل التلذذ في حال النظر، وإن لم يكن واقعاً بقصد التلذذ، فيجب عليه الكف مع التلذذ؟ وجهان.

وفي رسالة شيخنا الأعظم: الظاهر الأول؛ لإطلاق الأدلة، ولأن النظر إلى حسان الوجوه من الذكور والإناث لا ينفك عن التلذذ غالباً بمقتضى الطبيعة البشرية المجبولة على ملائمة الحسان، فلو حرم النظر مع حصول التلذذ لوجب استثناء النظر إلى حسان الوجوه، مع أنه لا قائل بالفصل بينهم وبين غيرهم.

وأيده قدس سره بصحيح علي بن سويد: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني مبتلى بالنظر إلى المـرأة الجميلة فيعجبني النظر إليها، فقـال عليه السلام: لا بأس ـ يا علي ـ إذا عرف الله من نيتك الصدق، وإياك والزنى، فإنه يذهب بالبركة، ويذهب بالدين»[٣].

فإن مراد السـائل أنه كثيراً ما يتفق له الابتـلاء بالنظر إلى المرأة الجميلة، وأنه حين النظر إليها يتلذذ لمكان حسنها[٤].

(١) تقدّم في ص ٢٨.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣/ قواعد الأحكام ٣: ٦/ تحرير الأحكام ٣: ٤١٩.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٠٨، ب ١ ـ النكاح المحرم ـ حديث: ٣.

(٤) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٥٣.

وقيل بالجواز فيهما مرة(١)، ولا يجوز تكرار النظر، والأحوط المنع مطلقاً.

وفيه: أن الظاهر من المرتكزات الشرعية حرمة النظر مع التلذذ، فيقيد به الإطلاق.

وأما ما ذكره ثانياً، ففيه: أن التلذذ الذي هو محل الكلام التلذذ الشهوي، وما تقتضيه الطبيعة البشرية المجبولة على ملائمة الحسان هو التلذذ غير الشهوي، كالتلذذ الحاصل بالنظر إلى المناظر الحسنة، كالحدائق النظرة، والعمارات الجملية، والأشعة الكهربائية المنظمة على نهج معجب، ونحو ذلك، وكل ذلك ليس مما نحن فيه.

وأما صحيح علي بن سويد فالظاهر منه الاضطرار إلى النظر لعلاج ونحوه، بقرينة قوله عليه السلام: «إذا عرف الله من نيتك الصدق» يعني: الصدق في أن نظرك للغاية اللازمة، لا ما ذكره قدس سره، ولا ما ذكر في كشف اللثام والجواهر من النظر الاتفاقي[1]، إذ النظر الاتفاقي لا نية فيه.

(١) اختار هذا القول في الشرائع، والقواعد[2].

للجمع بين أدلة القولين، كما يشهد به النبوي: «لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولى لك، والثانية عليك، والثالثة فيها الهلاك»[3].

وعن العيون روايته ـ بدل: «فإن...» ـ: «فليس لك يا علي إلا أول نظرة»[4].

(١) كشف اللثام ٧: ٢٦/ جواهر الكلام ٢٩: ٧٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣/ قواعد الأحكام ٣: ٦.

(٣) كذا رواه في الجواهر، والظاهر أنه ملفق من حديثين. انظر: جواهر الكلام ٢٩: ٨٠/ وسائل الشيعة ٢٠: ١٩٣، ب ١٠٤ ـ حديث ٨، ١١.

(٤) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٧٠/ المصدر السابق ـ حديث: ١١.

. . . . . .

وخبر الكاهلي عن الصادق عليه السلام: «النظرة بعد النظرة تزرع في القلب الشهوة، وكفى بها لصاحبها فتنة»[١].

وفيه: أن من أدلة القولين ما يأبى هذا الجمع جداً، مع أنه بلا شاهد.

والنبوي لا يصلح لذلك؛ لقصوره سنداً، بل دلالة أيضاً؛ لقرب كون المراد من أن النظرة الثانية عليه: أنها توجب الريبة واللذة، بقرينة جعل المراتب ثلاثة.

وبالجملة: القول المذكور أضعف الأقوال دليلاً.

وأقواها القول الأول، لولا ما عليه مرتكزات المتشرعة من المنع، على وجه يعدّ ارتكاب النظر عندهم من المنكرات التي لا تقبل الشك والتردد، ولا يقبل فيها عذر ولا اعتذار.

واحتمال أن يكون ذلك من جهة الغيرة[٢]، بعيد؛ ولذلك لا يستنكرون النظر إلى القواعد من النساء استنكاراً دينياً، وإن كانوا يستنكرونه من جهة الغيرة، ولا يرونه حراماً.

نعم، يختص هذا الاستنكار في النساء التي يكون النظر إليها مظنة التلذذ، وإن لم يكن بقصد التلذذ، ولا مقروناً معه.

ولأجل ذلك لا مجال للإقدام على الفتوى بالجواز فيهن، وإن قام عليه دليل.

اللهم إلا أن يكون الاستنكار من جهة ما يترتب عليه من التلذذ غالباً، والمسألة محتاجة إلى تأمل.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٩٢، ب ١٠٤ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٦.

(٢) مفاتيح الشرائع ٢: ٣٧٥.

(مسألة ٣٢): يجوز النظر إلى المحارم(١) التي يحرم عليه

(١) إجماعاً، صريحاً وظاهراً، في كلام جماعة[١].

وفي الجواهر: عدّه من الضروريات[٢].

ويشهد له في الجملة قوله تعالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ﴾.

وما ورد في تغسيل المحارم مجردات، ويلقى على عورتهن خرقة[٣].

لكن في القواعد في آخر حد المحارب: «ليس للمحرم التطلع على العورة، والجسد عارياً»[٤].

ونسب إلى ظاهر التحرير هناك[٥]، وعن التذكرة: حكايته عن الشافعية في وجه[٦].

وعن التنقيح: استثناء الثدي حال الرضاع[٧].

ولكنه ـ كما ترى ـ مخالف لإطلاق الكتاب، ومعاقد الإجماع.

وإن كان قد يشهد له خبر أبي الجارود المتقدّم[٨]، لكنه لا يصلح لمعارضة ما ذكر.

---

(١) مفاتيح الشرائع ٢: ٣٧٣/ كشف اللثام ٧: ٢٥/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٦١/ رياض المسائل ١١: ٤٥/ مستند الشيعة ١٦: ٤٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٧٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢: ٤٧٧، ب ٢٠ ـ غسل الميت.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٥٧٢، وليس فيه «عارياً»، وحكاها في كشف اللثام ٧: ٢٥.

(٥) تحرير الأحكام ٥: ٣٨٧.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٠١.

(٧) التنقيح الرائع ٣: ٢٢.

(٨) في ص ٣٨.

نكاحهن، نسباً، أو رضاعاً(١)، أو مصاهرة(٢)، ما عدا العورة، مع عدم تلذذ وريبة(٣)، وكذا نظرهن إليه(٤).

(مسألة ٣٣): المملوكة كالزوجة بالنسبة إلى السيد(٥) إذا لم

(١) إذا كان حكمه مستفاداً مما دل على أنه بمنزلة النسب، فلا يشمل ما يستفاد حكمه مما دل على أنه لا ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن، أو في أولاد المرضعة[١].

فإن دليل التحريم في مثل ذلك لا يقتضي الخروج عن عموم حرمة النظر وعموم وجوب التستر.

(٢) بالمعنى الآتي بيانه[٢]، وهو المختص بعلاقة الزوجية، لا غير، فإنه الذي تقتضيه الأدلة الموجبة للخروج عن عموم حرمة النظر، فلا يشمل التحريم الحاصل من الزنى، أو اللواط، أو نحو ذلك.

(٣) إجماعاً على ما عرفت.

(٤) لما عرفت من البناء على المساواة بين الرجل والمرأة[٣].

(٥) الذي يظهر من جماعة التلازم في الأمة بين جواز النكاح ذاتاً والنظر، فإذا جاز نكاح الأمة ذاتاً جاز النظر إليها، وإلا فلا.

وإذا حرم نكاحها عرضاً لحيض ونحوه، لم يحرم النظر إليها.

ولأجل ذلك استثنى في المتن ـ تبعاً للتذكرة، وغيرها[٤] ـ المشركة وما

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٠٤، ب ١٦ ـ ما يحرم بالرضاع ـ حديث: ١، ٢.

(٢) في ص ٢٤١.

(٣) تقدّم في ص ٣٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٠٣/ جامع المقاصد ١٢: ٤٠/ كشف اللثام ٧: ٢٤.

تكن مشركة، أو وثنية، أو مزوجة(١) أو مكاتبة أو مرتدة.

(مسألة ٣٤): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة(٢)، وإن حرم وطؤها، وكذا الأمة كذلك، وكذا إلى المطلقة الرجعية(٣)

بعدها، لعدم جواز نكاحهن.

(١) في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم، فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، وقال: قد منعني أن أزوج بعض خدمي غلامي لذلك»[١]، ونحوه غيره.

لكن في دلالته على الحرمة تأمل، ولذا مال ـ أو قال ـ بالجواز فيها جماعة[٢].

(٢) لعموم ما دل على جواز الاستمتاع بالزوجة.

وعليه كما يجوز النظر يجوز غيره من أنواع الاستمتاع، عدا الوطء، فإنه لا ريب عندهم في حرمته، وكونه القدر المتيقن من اعتداد الزوجة للوطء شبهة.

لكن في القواعد والمسالك: المنع من الاستمتاع بها إلى أن تنقضي العدة[٣].

وفي الجواهر: «لا دليل عليه يصلح لمعارضة ما دل على الاستمتاع بالزوجة»[٤].

(٣) لما تضمن النص من أنها زوجة فتترتب عليها أحكامها، ومنها جواز النظر.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٤٧، ب ٤٤ ـ نكاح العبيد ـ حديث: ١.

(٢) كفاية الأحكام ٢: ٨٤/ رياض المسائل ١١: ٤٢٤.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ١٥٠/ مسالك الأفهام ٩: ٢٦٤.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٢٦٧.

ما دامت في العدة، ولو لم يكن بقصد الرجوع(١).

(مسألة ٣٥): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبية مواضع:

منها: مقام المعالجة(٢)، وما يتوقف عليه من معرفة نبض العروق، والكسر، والجرح، والفصد والحجامة، ونحو ذلك إذا لم يمكن بالمماثل(٣)،

---

(١) لكن ترتب الرجوع عليه غير ظاهر.

لعدم كونه من إمارات الزوجية، اللهم إلا أن يكون بتلذذ وشهوة.

(٢) لا إشكال في ذلك ولا خلاف، وفي المسالك: الإجماع على جواز النظر مع الحاجة إليه[١].

ويشهد له صحيح الثمالي المتقدّم في أدلة جواز النظر إلى الوجه والكفين[٢].

وعموم نفي الضرر[٣].

ومقتضى عبارات الأكثر جواز النظر لمطلق الحاجة، ولكنه غير ظاهر؛ إذ صحيح الثمالي مختص بالضرورة، والعمومات لا تقتضي الجواز إلا معها.

فالبناء على تسويغ النظر بمجرد الحاجة، ضعيف.

(٣) كما في المسالك، وكشف اللثام، وغيرهما[٤]؛ لعدم الضرورة أو

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٢) تقدّم في ص ٣٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٢، ب ١٧ ـ الخيار ـ حديث: ٥.

(٤) مسالك الأفهام ٧: ٥٠/ كشف اللثام ٧: ٢٧/ جامع المقاصد ١٢: ٣٢.

بل يجوز المس واللمس حينئذٍ(١).

ومنها: مقام الضرورة، كما إذا توقف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما عليه، أو على المس(٢).

ومنها: معارضة كل ما هو أهم في نظر الشارع مراعاته من مراعاة حرمة النظر أو اللمس(٣).

ومنها: مقام الشهادة تحملاً أو أداءً مع دعاء الضرورة(٤).

الحاجة حينئذٍ، فالمرجع عموم المنع.

(١) لعموم ما دل على الجواز للضرورة.

مثل قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

وأما قوله عليه السلام: «ما من شيء إلا وقد أحله الله تعالى لمن اضطر إليه»[١]، فيختص بالمضطر، ولا يشمل الطبيب.

نعم، يمكن دخول ذلك في عموم صحيح الثمالي المتقدم، فلاحظ.

(٢) فإن مزاحمة تحريم النظر بما هو أهم منه من وجوب حفظ النفس المحترمة من الهلاك ـ يقتضي سقوطه، وتقديم الأهم، والعمل عليه.

(٣) لما عرفت.

بل ما سبق من بعض موارده وصغرياته، فكان الأولى الاقتصار على هذا وترك ما قبله.

(٤) لما سبق.

---

(١) وسائل الشيعة ٥: ٤٨٣، ب ١ ـ القيام ـ حديث: ٦، ٧، بأدنى تفاوت.

وليس منها ما عن العلامة من جواز النظر إلى الزانيين لتحمل الشهادة(١)، فالأقوى عدم الجواز.

---

(١) ذكر ذلك في القواعد[١].

وعلله في المسالك: بأنه «وسيلة إلى إقامة حدود الله تعالى، ولما في المنع من عموم الفساد، واجتراء النفوس على هذا المحرّم، وانسداد باب ركن من أركان الشرع، ولم تسمع الشهادة بالزنى؛ لتوقف تحملها على الإقدام على النظر المحرم، وإدامته لاستعلام الحال، بحيث يشاهد الميل في المكحلة، وإيقاف الشهادة على التوبة يحتاج إلى زمان يعلم منه العزم على عدم المعاودة، فيعود المحذور السابق»، ثم قال: «وهذا القول ليس بذلك البعيد»[٢].

لكن عن العلامة في قضاء القواعد والتذكرة: أنه استقرب المنع[٣].

وفي كشف اللثام: إنه الأقرب[٤].

وفي الجواهر: أنه الأقوى[٥]؛ لعدم ثبوت جواز النظر فيه.

وما ذكره في المسالك لا يقتضيه، إذ من الجائز أن لا يتعلق الغرض بإثباته بنحو يقتضي تحليل النظر.

ويشير إليه عدم الاجتزاء بشهادة العدلين، بل لا بد في إثباته من شهادة الأربعة، فإن ذلك يناسب عدم الاهتمام به في مقام الإثبات.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٦.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٥٠ ـ ٥١.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٨٩.

(٤) كشف اللثام ٧: ٢٧.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ٨٩.

وكذا ليس منهـا النظر إلى الفرج للشـهادة على الولادة، أو الثدي للشـهادة على الرضـاع وإن لم يمكن إثباتها بالنسـاء، وإن استجوده الشهيد الثاني(١).

ومنها: القواعد من النساء(٢) اللاتي لا يرجون نكاحاً بالنسبة

غير أن استقرار السيرة على عدم استنكار ذلك على الشاهد يقتضي الجواز.

اللهم إلا أن يقال: إن السـيرة مجملة، لا يمكن أن يسـتفاد منها الجواز، لاحتمال الحمل على الصحة، للغفلة أو نحوها.

(١) في المسالك: «وأما نظر الفرج للشهادة على الولادة، والثدي للشهادة على الرضاع، فإن أمكن إثباتها بالنساء لم يجز للرجال، وإلا فوجهان، أجودهما: الجواز؛ لدعاء الضرورة إليه، وكونه من مهام الدين وأتم الحاجات، خصوصاً أمر الثدي، ويكفي في دعاء الضرورة إلى الرجال المشقة في تحصيل أهل العدالة من النساء على وجه يثبت به الفعل»[1].

وفيه: المنع من حصول الضرورة إلى ذلك كلية.

وكونـه من مهام الدين وأتـم الحاجات لا يقتضيـه إلا مع وجود جهة تقتضي وجوب إثباته، إذ من البديهي جواز الرجوع إلى أصل الطهارة مع الشك في النجاسة، وإلى أصل الحل مع الشك في الحرمة، وإلى قاعدة الفراغ مع الشك في تمام الأداء، وإلى أصالة الصحة مع الشـك في أكثر الموارد التي هي من مهام الدين، كما لا يخفى.

(٢) قال الله تعالى: ﴿**وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَـاءِ اللاَّتِي لاَ يَرْجُونَ نِكَاحاً فَلَيْسَ**

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٥١.

إلى ما هو المعتاد له(١) من كشف بعض الشعر والذراع ونحو

عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ وَاللهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[١].

(١) ففي مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قرأ: ﴿أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ﴾ قال: الخمار والجلباب، قلت: بين يدي من كان؟ قال عليه السلام: بين يدي من كان، غير متبرجة بزينة»[٢].

ونحوه مصحح حريز بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام[٣].

لكن في صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «ما الذي يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن؟ قال: الجلباب»[٤].

وفي خبر محمد بن أبي حمزة عنه عليه السلام: «الجلباب وحده»[٥].

وفي خبر الكناني عنه عليه السلام: «الجلباب، إلا أن تكون أمة فليس عليها جناح أن تضع خمارها»[٦].

والجمع بينها يقتضي حمل الأخير على الاستحباب.

ومقتضى ذلك جواز كشف ما يستر الخمار من الشعر، والرقبة، وبعض الصدر، وكشف ما يستره الجلباب وهو الذراع.

ومنه يشكل ما في المتن من تخصيص الكشف ببعض الشعر.

---

(١) سورة النور: ٦٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٣، ب ١١٠ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ١.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

ذلك، لا مثل الثدي والبطن(١) ونحوهما مما يعتاد سترهن له.

ومنها: غير المميز من الصبي والصبية(٢)، فإنه يجوز النظر إليهما، بل اللمس، ولا يجب التستر منهما.

ولا سيما بملاحظة صحيح البزنطي ـ المروي في قرب الإسناد ـ عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحل له أن ينظر إلى شعر أخت امرأته؟ فقال عليه السلام: لا، إلا أن تكون من القواعد، قلت له: أخت امرأته والغريبة سواء؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: فمالي من النظر إليه منها؟ فقال عليه السلام: شعرها وذراعها»[١].

ومنه يفهم عموم الحكم لعموم الذراع، وإن لم يكن الجلباب ساتراً له بتمامه.

كما أن الاقتصار على الشعر والذراع لا بد أن يكون لمزيد الاهتمام بهما، وإلا فوضع الجلباب والخمار يقتضي جواز كشف غير ذلك، ويتعين العمل به.

(١) لخروجه عن مفاد النصوص المذكورة، فيرجع فيه إلى عموم حرمة النظر وعموم الحجاب، وإن كان ظاهر عبارة التذكرة ارتفاع حكم العورة عن جميع أجسادهن[٢].

وحكاه في الجواهر عن ظاهر عبارة الشهيد وغيرها[٣].

وكأنه اعتماداً على ظاهر الآية، لكنه ضعيف، لما ذكر.

(٢) هذا في الجملة من القطعيات، ويقتضيه قوله تعالى: ﴿**أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ**﴾[٤]، فإن المتيقن منه غير المميز.

---

(١) قرب الإسناد: ٣٦٣/ وسائل الشيعة ٢٠: ١٩٩، ب ١٠٧ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٠٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٨٥/ مسالك الأفهام ٧: ٤٩/ مفاتيح الشرائع ٢: ٣٧٥.

(٤) سورة النور: ٣١.

بل الظاهر جواز النظر إليهما قبل البلوغ(١)، إذا لم يبلغ مبلغاً

كما تقتضيه ـ أيضاً ـ السيرة، وما ورد في موارد متفرقة، مثل ما ورد في تغسيل الرجل الصغيرة، والمرأة الطفل الصغير[١]، وغير ذلك.

وكذلك الحكم في اللمس، وعدم وجوب التستر منهما.

(١) كما صرح به جماعة[٢]؛ لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها أن تغطي رأسها ممن ليس بينها وبينه محرم؟ ومتى يجب عليها أن تقنع رأسها للصلاة؟ قال عليه السلام: لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة»[٣]، وهو وإن كان وارداً في الصبية، لكن يتعدى منها إلى الصبي الأولوية فيجوز نظر المرأة إليه قبل البلوغ.

كما يتعدى إلى غير الشعر بعدم القول بالفصل.

والرواية وإن كانت ظاهرة في جواز تكشف الصبية للبالغ، لكنها تدل بالملازمة العرفية على جواز نظره إليها.

وأما نظرهما إلى غير المماثل البالغ، فيدل عليه صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن الرضا عليه السلام: «قال: يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين، ولا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم»[٤]، ونحوه صحيحه الآخر المروي عن قرب الإسناد[٥].

ودلالتهما على جواز التكشف له ظاهرة.

---

(١) وسائل الشيعة ٢: ٢٧٩، ب ٢٣ ـ غسل الميت.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٧/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٥/ جواهر الكلام ٢٩: ٨٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٨، ب ١٢٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٢.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٥) قرب الإسناد: ٣٨٥/ المصدر السابق ـ حديث: ٤.

. . . . . .

ولا يحتاج في إثبات جواز نظره إلى دعوى الملازمة العرفية، إذ لا إشكال في حلية نظره، لحديث رفع القلم عن الصبي[١].

بل مقتضاه جواز النظر إلى عورة غير المماثل، وإن وجب على المنظور التستر عنه.

وقد يظهر من المستند أنه يحرم عليه النظر إلى العورة، تخصيصاً منه لحديث رفع القلم عن الصبي بالآية الشريفة، وهي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلاَةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلاَةِ الْعِشَاءِ ثَلاَثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلاَ عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللهُ لَكُمُ الْآيَاتِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ * وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[٢].

وفيه: أن الآية الشريفة ليست واردة في تحريم نظر الصبي إلى العورة، وإنما واردة في تحريم التطلع على بعض الأفعال والأحوال التي يستقبح التطلع عليها ويستحى منه، التي يغلب وقوعها في الأوقات الثلاثة.

والخطاب فيه للبالغين، لا لغير البالغين، يعني: يلزم البالغين أن يكلفوهم بالاستئذان على وجه يتحقق ذلك منهم، فالآية الأولى ليست واردة في النظر إلى العورة الحرام، ولا في تحريم ذلك على غير البالغ.

---

(١) وسائل الشيعة ١: ٤٥، ب ٤ ـ مقدمات العبادات ـ حديث: ١١.

(٢) سورة النور: ٥٨ـ ٥٩/ مستند الشيعة ١٦: ٣٥.

يترتب على النظر منهما أو إليهما ثوران الشهوة(١).

نعم، الآية الثانية ظاهرة في تحريم التطلع على البالغين والخطاب فيها لهم.

يظهر هذا الاختلاف في المخاطب من اختلاف سياق الآيتين الشريفتين، وكما تختلف الآيتان في المخاطب تختلفان في زمان الخطاب، فإن مورد الآية الأولى يختص بالأوقات الثلاثة ومورد الآية الثانية عام لجميع الأزمنة.

ولعل هذا الاختلاف موجب للاختلاف في موضوع التطلع، بأن تختص الأولى بما يقبح، والثانية شاملة له ولغيره.

وكيف كان، لا مجال للاستدلال بالآية على تحريم النظر إلى العورة على غير البالغ بنحو يخصص بها حديث رفع القلم.

وإن بناء الفقهاء بل المسلمين على عدم تكليف الصبي مطلقاً، حتى وقع الكلام في وجه عقابه على ترك الإسلام.

(١) أما مع بلوغ الصبي ذلك ففي الجواهر: «ظاهر غير واحد من الأصحاب المفروغية عن وجوب التستر عنه، ومنع الولي إياه، بل في جامع المقاصد: نفي الخلاف فيه بين أهل الإسلام.

كما أن فيه الإجماع على عدم جواز نظر البالغ إلى الأجنبية التي بلغت مبلغاً صارت به مظنة الشهوة، من غير حاجة إلى نظرها.

فإن تم ذلك، كان هو الحجة، وإلا كان محل البحث»[1].

وهو كما ذكر، لكن الظاهر أن الإجماع المدعى عليه لا طريق إليه إلا ارتكازيات المتشرعة، التي لا ريب فيها ولا إشكال.

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٨٤/ جامع المقاصد ١٢: ٣٨.

(مسألة ٣٦): لا بأس بتقبيل الرجل الصبية(١)، التي ليست له بمحرم، ووضعها في حجره، قبل أن يأتي عليها ست سنين، إذا لم يكن عن شهوة(٢).

---

(١) هذا في الجملة لا إشكال فيه، وتقتضيه السيرة العملية القطعية.

مضافاً إلى أصل البراءة، والنصوص، كصحيح عبد الله بن يحيى الكاهلي ـ الذي رواه الصدوق في الفقيه ـ قال: «سأل أحمد بن النعمان أبا عبد الله عليه السلام عن جارية ليس بيني وبينها رحم، تغشاني، فأحملها وأقبّلها، قال عليه السلام: إذا أتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك»[١].

وخبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبّلها»[٢].

ومرفوع زكريا المؤمن: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبّلها الغلام، والغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين»[٣]، ونحوها غيرها.

ولم يتعرض المصنف لحكم التقبيل بعد ست سنين، والمستفاد من النصوص المذكورة هو الكراهة دون الحرمة، كما يشير إلى ذلك الصحيح الأول الذي اقتصر فيه على النهي عن الوضع في الحجر مع أن السؤال كان فيه عنه وعن التقبيل.

وبعض النصوص وإن كان ظاهراً في الحرمة، لكنه قاصر السند، فلاحظ.

(٢) أما إذا كان عن شهوة فلما عرفت من الإجماع الارتكازي على الحرمة.

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧٥/ وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٩، ب ١٢٧ ـ مقدمات النكاح ـ ملحق حديث: ١.

(٢)، (٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢، ٤.

(مسألة ٣٧): لا يجوز للمملوك النظر إلى مالكته(١) ولا

(١) على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً.

وإن كان ظاهر المسالك: الميل إلى الجواز، بل نسبة التردد في ذلك إلى الشيخ في المبسوط، حيث قال: «مع أن الشيخ ذكر في المبسوط ما يدل على ميله إلى جواز نظر المملوك مطلقاً، وإن كان قد رجع عنه أخيراً وهذه عبارته: «إذا ملكت المرأة فحلاً أو خصياً فهل يكون محرماً لها، حتى يجوز له أن يخلو بها ويسافر معها؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما ـ وهو الظاهر ـ: أنه يكون محرماً، لقوله تعالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ... إلى قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾.

والثاني ـ وهو الأشبه بالمذهب ـ: أنه لا يكون محرماً، وهو الذي يقوى في نفسي».

وهذا الكلام يدل على تردده، وإن كان ميله أخيراً إلى التحريم.

والمقصود أن الحكم بتحريم نظر المملوك الفحل ليس بإجماعي، فيمكن الاستدلال عليه بعموم الآية.

وقد روى الشيخ في المبسوط وغيره: أن النبي صلى الله عليه وآله أتى فاطمة عليها السلام بعبد قد وهبه لها، وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها، فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وآله ما تلقى قال: «إنه ليس عليك بأس، إنما هو أبوك وغلامك».

وروى الكليني أخباراً كثيرة بطرق صحيحة عن الصادق عليه السلام: أن المراد بقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ شامل للمملوك مطلقاً، وروى في الصحيح عن معاوية بن عمار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يرى شعر

. . . . . .

مولاته وساقها، قال عليه السلام: لا بأس»»، انتهى ما في المسالك[١].

ويشهد للقول بالجواز الصحيح عن يونس بن عمار ويونس بن يعقوب جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يحل للمرأة أن ينظر عبدها إلى شيء من جسدها إلا إلى شعرها، غير متعمد لذلك».

قال في الكافي: «وفي رواية أخرى: لا بأس بأن ينظر إلى شعرها إذا كان مأموناً»[٢].

وصحيح معاوية بن عمار المتقدّم في كلام المسالك.

وخبر معاوية بن عمار قال: «كنا عند أبي عبد الله عليه السلام نحوا من ثلاثين رجلاً إذ دخل أبي فرحب به... إلى أن قال: هذا ابنك؟ قال: نعم، وهو يزعم أن أهل المدينة يصنعون شيئاً ما لا يحل لهم، قال عليه السلام: وما هو؟ قال: المرأة القرشية والهاشمية تركب وتضع يدها على رأس الأسود وذراعها على عنقه.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: يا بني أما تقرأ القرآن؟ قلت: بلى، قال: إقرأ هذه الآية: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِي آبَائِهِنَّ وَلاَ أَبْنَائِهِنَّ... حتى بلغ: وَلاَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾، ثم قال: يا بني لا بأس أن يرى المملوك الشعر والساق»[٣].

ومصحح إسحاق بن عمار: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أينظر المملوك إلى شعر مولاته؟ قال عليه السلام: نعم، وإلى ساقها»[٤].

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٥١ ـ ٥٢/ المبسوط ٤: ١٦١/ الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٥٣١/ وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٤، ب ١٢٤ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٣.

(٢) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٥٣١/ المصدر السابق ـ حديث: ١، ٢.

(٣) سورة الأحزاب: ٥٥/ وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٤، ب ١٢٤ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٥.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

للخصي النظـــر إلى مالكتـــه، أو غيرها(١)، كـــما لا يجوز للعنين

وخبر القاســـم الصيقل قال: كتبت إليه أم علي تســـأل عن كشف الرأس بين يدي الخادم، وقالت له: «إن شيعتك اختلفوا عليَّ، فقال بعضهم: لا بأس، وقال بعضهم: لا يحل، فكتب عليه السلام: ســـألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم، لا تكشفي رأسك بين يديه، فإن ذلك مكروه»[١].

ولا يخفى أن مقتضى العمل بالنصوص الأخذ بما دل على الجواز.

لكـــن لا مجال له بعد إعراض الأصحاب عنها، فيتعين حملها على التقية، أو الضرورة، أو النظر الاتفاقي.

وإن كان الأخيران في غاية البعد، ولا سيما بملاحظة ما فيها من التفصيل بين الشعر والساق وغيرهما.

ويشير إلى الأول ما في خبر معاوية الحاكي دخول أبيه على أبي عبد الله عليه السلام.

وأما الآية: فلا مجال للأخذ بإطلاقها بعد ورود مرسلة الشيخ في الخلاف: «روى أصحابنا في قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ أن المراد به الإماء، دون العبيد الذكران»[٢]، ونحوها في المبسوط[٣].

وفي الشرائع: «وملك اليمين المستثنى في الآية المراد به الإماء»[٤].

ومعارضها قد عرفت إشكاله.

(١) على المشهور شهرة عظيمة.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٤، ب ١٢٤ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٧.

(٢) الخلاف ٤: ٢٥٠.

(٣) المبسوط ٤: ١٦١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

. . . . . .

وفي الشرائع: «قيل: نعم، وقيل: لا»[١].

لكن في الجواهر: «لم نعرف القائل بالأول سابقاً على زمن المصنف رحمه الله.

نعم، عن الفاضل في المختلف جوازه في المملوك بالنسبة إلى مالكته»[٢].

قال في المختلف: «والحق عندي أن الفحل لا يجوز له النظر إلى مالكته، أما الخصي ففيه احتمال، أقربه الجواز على كراهية، للآية.

والتخصيص بالإماء لا وجه له، لاشتراك الإماء والحرائر في الجواز»[٣].

وعن المحقق الثاني: متابعته[٤]، وفي التحرير استشكل فيه[٥].

ويشهد له بعض النصوص، ففي صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن قناع الحرائر من الخصيان، فقال: كانوا يدخلون على بنات أبي الحسن عليه السلام ولا يتقنعن، قلت: فكانوا أحراراً؟ قال عليه السلام: لا، قلت: فالأحرار يتقنع منهم؟ قال عليه السلام: لا»[٦].

وروى الشيخ رحمه الله مرسلاً قال: «وروي في خبر آخر: أنه سئل عن ذلك فقال عليه السلام: أمسك عن هذا، ولم يجبه»[٧].

ولعله أراد بذلك ما رواه في قرب الإسناد عن صالح بن عبد الله الخثعمي،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٩٠.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ١١٠.

(٤) جامع المقاصد ١٢: ٣٢٠.

(٥) تحرير الأحكام ٣: ٤٢٠.

(٦) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٦، ب ١٢٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٣.

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٠/ المصدر السابق ـ حديث: ٦.

. . . . . .

عن أبي الحسن عليه السلام قال: «كتبت إليه أسأله عن خصي لي في سن رجل مدرك، يحل للمرأة أن يراها وتنكشف بين يديه؟ قال: فلم يجبني»[١].

ولعل في هذا الخبر دلالة على كون الصحيح وراداً للتقية.

لكن العمدة في وهنه إعراض الأصحاب عنه، مع صحة سنده وصراحة دلالته، فليحمل على التقية أو يطرح.

وقد يستدل على الجواز بقوله تعالى: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾[٢].

وفيه: أن المذكور في صحيح زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قوله عز وجل: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ... إلى آخر الآية﴾، قال عليه السلام: الأحمق الذي لا يأتي النساء»[٣]، ونحوه غيره.

وهو لا ينطبق على الخصي.

ومن ذلك تعرف ضعف القول بجواز نظره مطلقاً، حراً كان الخصي أو مملوكاً، إلى مالكته وغيرها، كما نسب إلى ابن الجنيد[٤]، وطائفة من المتأخرين، منهم السبزواري في الكفاية[٥]، وإن كان في النسبة إلى الأول تأمل.

مع أنه قد ورد المنع في بعض النصوص من نظره إلى غير مالكته، ففي

---

(١) قرب الإسناد: ٣٠٤/ وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٧، ب ١٢٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٨.

(٢) سورة النور: ٣١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٤، ب ١١١ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٤) حكاه عنه في مختلف الشيعة ٧: ٩٣.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٨٦/ مسالك الأفهام ٧: ٥٥/ مفاتيح الشرائع ٢: ٣٧٦/ كشف اللثام ٧: ٢٧.

والمجبوب بلا إشكال(١)، بل ولا لكبير السن الذي هو شبه

خبر عبد الملك بن عتبة النخعي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أم الولد، هل يصلح أن ينظر إليها خصي مولاها وهي تغتسل؟ قال عليه السلام: لا يحل ذلك»[١].

وخبر محمد بن إسحاق قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت: يكون للرجل خصي يدخل على نسائه، فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن، قال عليه السلام: لا»[٢].

وإن كان مقتضى الجمع العرفي بينهما وبين الصحيح المتقدم الحمل على الكراهة.

فالعمدة عمومات المنع من النظر، ووهن الصحيح المتقدم بإعراض المشهور.

(١) لخروجهما عن الخصي الذي هو محل الخلاف والإشكال، فيرجع فيهما إلى عمومات المنع.

وعن الشافعي: تفسير: ﴿غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ﴾ بالخصي، والمجبوب[٣]، ولم يعرف ذلك لغيره.

وكأنه حمل الآية على معنى من لم يكن له حاجة في النساء.

لكن على هذا لا يختص بما ذكر.

وكيف كان، لا مجال للأخذ بالآية الشريفة في غير ما فسّرت به في النصوص المتقدّمة.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٥، ب ١٢٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤/ المجموع ١٦: ١٤٠.

القواعد من النساء، على الأحوط(١).

(مسألة ٣٨): الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه(٢).

(١) فإن المقداد في كنز العرفان في تفسير: ﴿غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ﴾ قال: «قيل: المراد بهم الشيوخ الذين سقطت شهوتهم وليس لهم حاجة إلى النساء، وهو مروي عن الكاظم عليه السلام، والإربة: الحاجة»[١].

وفيه: أنه مرسل ضعيف في نفسه، فضلاً عن صلاحية معارضته لما عرفت.

ولذا قال في محكي جامع المقاصد: «ولو كان شيخاً كبيراً جداً، هرماً، ففي جواز نظره احتمال، ومثله العنين والمخنث، وهو المشبه بالنساء، واختار في التذكرة أنهم كالفحل، لعموم الآية، وهو قوي»[٢].

لكن في الجواهر: «أن المراد بغير أولي الإربة من لا يشتهي النكاح، لكبر سن ونحوه، شبه القواعد من النساء التي لا ترجو نكاحاً، ولا تطمع فيه»[٣].

وضعفه ظاهر مما سبق.

(٢) نص على ذلك في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[٤].

ويظهر من كلمات بعض: أنه من المسلمات؛ لعمومات المنع من النظر.

وفي مرفوع أحمد بن أبي عبد الله قال: «استأذن ابن مكتوم على النبي صلى الله عليه وآله وعنده عائشة وحفصة، فقال لهما: قوما فادخلا البيت، فقالتا: إنه أعمى، فقال صلى الله عليه وآله: إن

---

(١) كنز العرفان ٢: ٢٨٩.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٣٦/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ٩٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٩٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣/ قواعد الأحكام ٣: ٧/ إرشاد الأذهان ٢: ٥/ تحرير الأحكام ٣: ٤٢٠.

(مسألة ٣٩): لا بأس بسماع صوت الأجنبية(١)، ما لم يكن

لم يركما فإنكما تريانه»[١].

والمرسل عن أم سلمة قالت: «كنت عند رسول الله ﷺ وعنده ميمونة، فأقبل ابن أم مكتوم ـ وذلك بعد أن أمر بالحجاب ـ فقال: احتجبا، فقلنا: يا رسول الله: أليس أعمى لا يبصرنا؟ قال: أفعمياوان أنتما؟! ألستما تبصرانه؟!»[٢].

(١) وفي الشرائع، والقواعد، والإرشاد، والتحرير، والتلخيص: القول بالحرمة[٣]، بل نسب إلى المشهور[٤].

لما ورد من أن صوتها عورة.

ولموثق مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا تبدأوا النساء بالسلام، ولا تدعوهن إلى الطعام، فإن النبي ﷺ قال: النساء عي، وعورة، فاستروا عيهن بالسكوت، واستروا عورتهن بالبيوت»[٥].

وفي خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «لا تسلم على المرأة»[٦].

لكن الأول لا مأخذ له يعتد به، فقد قال في كشف اللثام: «لا يحضرني الخبر بكون صوتها عورة مسنداً، وإنما رواه المصنف في المدنيات الأولى مرسلاً،

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٢، ب ١٢٩ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣/ قواعد الأحكام ٣: ٧/ إرشاد الأذهان ٢: ٥/ تحرير الأحكام ٣: ٤٢/ تلخيص المرام: ١٨٤.

(٤) مصابيح الظلام ٩: ٤٣/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٦.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٤، ب ١٣١ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

تلذذ ولا ريبة(١)، من غير فرق بين الأعمى والبصير(٢) وإن كان الأحوط الترك في غير مقام الضرورة.

ونفقات المبسوط تعطي العدم»[١].

والآخران قاصرا الدلالة، كما يظهر من التأمل فيهما.

ولو سلمت، فالسيرة القطعية على خلافهما، كما صرّح بذلك جمع من الأعاظم.

ولذا اختار الجواز العلامة في التذكرة، والكركي، وغيرهما ـ على ما حكي ـ واختاره في الجواهر، وشيخنا الأعظم، وغيرهما من أكابر علماء الأعصار الأخيرة[٢]، بل كاد يكون من الواضحات التي لا يحسن الكلام فيها والاستدلال عليها.

(١) قطعاً كما في الجواهر، بإضافة خوف الفتنة[٣]، وهو كذلك، لما سبق.

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر، بل قال: «لا فرق بينهما نصاً، وفتوى»[٤]، وهو كذلك.

وكأن الاقتصار في الشرائع والقواعد على ذكر الأعمى لأن ابتلاء النساء إنما يكون به.

وأما سماع المرأة صوت الأجنبي فلم يعرف في جوازه كلام أو إشكال.

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٩/ أجوبة المسائل المهنائية: ٤٠/ المبسوط ٦: ٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٩٣/ جامع المقاصد ١٢: ٤٢/ مسالك الأفهام ٧: ٥٦/ ذخيرة المعاد ٢: ٢٧٥/ كفاية الأحكام ٢: ٨٧/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٦/ جواهر الكلام ٢٩: ٩٧/ كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٦٦.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٩٧.

(٤) المصدر السابق ٢٩: ٩٩.

ويحرم عليها إسماع الصوت الذي فيه تهييج للسامع بتحسينه وترقيقه، قال تعالى: ﴿فَلاَ تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ﴾(١).

(مسألة ٤٠): لا يجوز مصافحة الأجنبية(٢).

نعم، قال في المستند[١]: «ومن الغريب فتوى اللمعة بحرمته، مع أنها تقرب مما يخالف الضرورة، فإن تكلم النبي صلى الله عليه وآله والأئمة وأصحابهم مع النساء مما بلغ حداً لا يكاد يشك في...»[٢].

(١) صدر الآية الشريفة: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلاَ تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلاً مَعْرُوفاً﴾[٣].

وظاهر صدرها أنه حكم يختص بنساء النبي صلى الله عليه وآله، فالبناء على التحريم في غيرهن غير ظاهر.

ولذا قال في الجواهر: «ينبغي للمتدينة منهن اجتناب اسماع الصوت الذي فيه تهييج للسامع، وتحسينه، وترقيقه، كما أومى إليه الله تعالى شأنه بقوله: ﴿فَلاَ تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ...﴾ كما أنه ينبغي للمتدين ترك سماع صوت الشابة الذي هو مثار الفتنة ...»[٤].

نعم، ارتكاز المتشرعة يقتضي الحرمة.

(٢) للنهي عن ذلك في مصحح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

---

(١) مستند الشيعة ١٦: ٦٩/ اللمعة الدمشقية: ١٧٤.

(٢) المظنون وقوع الغلط في نسخة اللمعة. [منه قدس سره].

(٣) سورة الأحزاب: ٣٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٩٨.

. . . . . .

«قلت له: هل يصافح الرجل المرأة ليست بذات محرم؟ فقال: لا، إلا من وراء الثوب»[١].

وموثق سماعة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مصافحة الرجل المرأة، قال عليه السلام: لا يحل للرجل أن يصافح المرأة، إلا امرأة يحرم عليه أن يتزوجها، أخت، أو بنت، أو عمة، أو خالة، أو بنت أخت، أو نحوها.

وأما المرأة التي يحل له أن يتزوجها فلا يصافحها إلا من وراء الثوب، ولا يغمز كفها»[٢].

وقد يستفاد منهما حرمة لمس الأجنبية ولو بغير المصافحة، كما نص عليه جماعة[٣].

وفي الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً، بل كأنه ضروري على وجه يكون محرماً لنفسه»[٤].

وفي كلام شيخنا الأعظم رحمه الله: «إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً، بل لا إشكال في حرمة اللمس وإن جاز النظر، للأخبار الكثيرة، والظاهر أنه مما لا خلاف فيه»[٥].

وكأنه يريد بالأخبار: أخبار المصافحة المتقدمة، وما ورد في كيفية بيعة النساء للنبي صلى الله عليه وآله[٦].

---

(١)، (٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٧، ب ١١٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١، ٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٠٤/ إيضاح الفوائد ٣: ٩/ القواعد والفوائد ١: ٣٧٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ١٠٠.

(٥) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٦٨.

(٦) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٨، ب ١١٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٣، ٤، ٥.

نعم لا بأس بها من وراء الثوب، كما لا بأس بلمس المحارم(١).

(مسألة ٤١): يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام، ودعائهن إلى الطعام(٢)، وتتأكد الكراهة في الشابة.

ومورد الجميع المماسة في الكفين، فالتعدي عنه لا دليل عليه إلا ظهور الإجماع.

(١) من غير خلاف يعتد به، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، ولو بملاحظة السيرة القطعية.

لكن في مرسل محمد بن سالم عن بعض أصحابنا عن الحكم بن مسكين قال: «حدثني سعيدة ومنّة أختا محمد بن أبي عمير، قالتا: دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقلنا: تعود المرأة أخاها؟ قال: نعم، قلنا: تصافحه؟ قال عليه السلام: من وراء الثوب»[١]، ولا بد أن يكون محمولًا على الاستحباب.

(٢) لموثق مسعدة بن صدقة المتقدم[٢]، المحمول على الكراهة بقرينة مصحح ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يسلم على النساء ويرددن عليه، وكان أمير المؤمنين عليه السلام يسلم على النساء، وكان يكره أن يسلم على الشابة منهن، ويقول: أتخوّف أن يعجبني صوتها فيدخل عليَّ أكثر مما طلبت من الأجر»[٣].

لكن لظهور المصحح في الاستمرار الظاهر في الاستحباب يشكل القول

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٩، ب ١١٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١، وفيه: «حدثتني».

(٢) في ص ٦٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٤، ب ١٣١ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٣.

(مسألة ٤٢): يكره الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه إلا بعد برده(١).

(مسألة ٤٣): لا يدخل الولد على أبيه إذا كانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان، ولا بأس بدخول الوالد على ابنه بغير إذنه(٢).

بالكراهة، لتعارض النصوص في ذلك.

وحمل المصحح على أنه من خواصه صلى الله عليه وآله، خلاف الظاهر.

والمصحح أرجح سنداً، فأولى بالعمل به، إلا أن يحمل الموثق على الشابة.

(١) في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا جلست المرأة مجلساً فقامت عنه فلا يجلس في مجلسها رجل حتى يبرد»[١].

(٢) في صحيح أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: يستأذن الرجل إذا دخل على أبيه، ولا يستأذن الأب على الابن»[٢].

وفي خبر محمد بن علي الحلبي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يستأذن على أبيه؟ فقال: نعم، قد كنت أستأذن على أبي وليست أمي عنده إنما هي امرأة أبي، توفيت أمي وأنا غلام، وقد يكون من خلوتهما ما لا أحب أن أفجأهما عليه ولا يحبان ذلك مني، والسلام أحسن وأصوب»[٣] وظاهره الاستحباب.

لكنه ضعيف بأبي جميلة، فلا يكون قرينة على صرف غيره عن ظهوره في الوجوب.

ثم إن ظاهر الصحيح الاستئذان بالدخول على الأب وإن لم تكن معه

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٤٨، ب ١٤٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٢١٤، ب ١١٩ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(مسألة ٤٤): يفرق بين الأطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين، وفي رواية: إذا بلغوا ست سنين(١).

(مسألة ٤٥): لا يجوز النظر إلى العضو المبان من الأجنبي(٢)

زوجة، فالتخصيص بذلك غير ظاهر.

(١) في مصحح عبد الله بن ميمون عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه: «قال: قال رسول الله ﷺ: الصبي والصبي، والصبي والصبية، والصبية والصبية، يفرق بينهم في المضاجع لعشر سنين»[١].

قال في الفقيه: «وروى أنه يفرق بين الصبيان في المضاجع لست سنين»[٢].

وظاهر الجملة الوجوب، لكن الظاهر بناء الأصحاب على خلافه.

(٢) كما نص على ذلك غير واحد[٣].

وفي القواعد: «والعضو المبان كالمتصل على إشكال»[٤].

ووجهه: قصور الأدلة عن شمول حال الانفصال، وإن مقتضى الاستصحاب المنع.

وقد يشكل الاستصحاب بتعدد الموضوع؛ لأن موضوع المنع المرأة مثلاً، وهو غير صادق في الجزء المنفصل، فالمرجع أصل البراءة، كما في كلام شيخنا الأعظم رحمه الله[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢١، ب ١٢٨ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧٦.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ١٠/ جامع المقاصد ١٢: ٤٦/ جواهر الكلام ٢٩: ١٠٠.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٧.

(٥) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٦٨.

مثل اليد، والأنف، واللسان، ونحوها، لا مثل السن، والظفر والشعر، ونحوها(١).

وفيه: أنه يتم إذا كان المرجع في بقاء الموضوع وارتفاعه الدليل؛ لأن موضوع الحكم في الدليل هو المرأة مثلاً.

أما إذا كان المرجع في بقاء الموضوع العرف فالموضوع باقٍ، فإن الاتصال والانفصال من الحالات الطارئة على الأجزاء عرفاً، لا مقوّمة للموضوع، ولذا جاز استصحاب النجاسة للجزء المقطوع من الكلب، والملكية للجزء المقطوع من المملوك.

بل لا ينبغي التأمل في حرمة النظر للأجزاء المجتمعة بعد تقطيعها.

وقد يستدل على الجواز بما ورد من جواز وصل الشعر.

وفيه: أنه ناظر إلى حكم الوصل، لا إلى حكم النظر، وليس هو من لوازمه كي يكون الإذن فيه إذناً فيه.

اللهم إلا أن يكون منصرف نصوص الوصل التزين للزوج، فيكون حكم النظر مسؤولاً عنه ولو ضمناً.

(١) في كلام شيخنا الأعظم رحمه الله: «لا ينبغي الإشكال في جواز النظر إلى مثل الظفر والسن، بل وكذا الشعر»[١]، وقريب منه ما في الجواهر[٢].

وكأنه لأن مثل هذه الأمور من قبيل النابت في الجسم لا جزء منه وتحريمها في حال الاتصال بالتبعية، ويحتمل أن يكون لأجل أنها يسيرة لا يعتد بها في بقاء الموضوع.

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٦٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ١٠٠.

(مسألة ٤٦): يجوز وصل شـــعر الغير بشعرها(١)، ويجوز لزوجها النظر إليه(٢) على كراهة، بل الأحوط الترك.

(مسألة ٤٧): لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس(٣)، فلو قلنا بجواز النظر إلى الوجه والكفين من الأجنبية لا يجوز مسها إلا من وراء الثوب.

ومثلها قشور الجلد، بل الأجزاء اليسيرة منه ومن العظم مما يشك في بقاء الموضوع فيه.

(١) للأصل.

ولخبر ثابت بن سعيد، قال: «سـئل أبو عبد الله عليه السلام عن النساء تجعل في رؤوسـهن القرامل، قال عليه السلام: يصلح الصوف وما كان من شعر امرأة لنفسها، وكره للمرأة أن تجعل القرامل من شـعر غيرها، فإن وصلت شعرها بصوف أو شعر نفسها فلا يضرها»[١]، ونحوه خبر سليمان بن خالد[٢].

(٢) لما عرفت، والعمدة الأصل بعد قصور أدلة الحرمة عن شموله.

ولا مجال للاستصحاب؛ لتبدل الموضوع، فإن حرمة النظر إلى الشعر في حال الاتصال من باب النظر إلى المرأة بتوابعها، لا على نحو الاستقلال.

(٣) نص على ذلك في الجواهر، وكذلك شيخنا الأعظم[٣]، وهو كذلك.

لكن عرفت الإشكال في عموم الدليل[٤]، فالعمدة فيه الإجماع.

---

(١)، (٢) وسائل الشيعة ٢٠: ١٨٧، ب ١٠١ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١، ٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ١٠٠/ كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٦٩.

(٤) تقدّم في ص ٦٨.

(مسألة ٤٨): إذا توقف العلاج على النظر دون اللمس، أو اللمس دون النظر، يجب الاقتصار على ما اضطر إليه(١)، فلا يجوز الآخر بجوازه.

(مسألة ٤٩): يكره اختلاط النساء بالرجال، إلا للعجائز،، ولهن حضور الجمعة والجماعات(٢).

---

(١) لما عرفت من عدم التلازم في الجواز، وحينئذٍ تقدر الضرورة بقدرها.

(٢) في خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: يا أهل العراق نبئت أن نساءكم يدافعن الرجال في الطريق، أما تستحيون؟!»[١].

ومرسل الكليني رحمه الله: «إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: أما تستحيون، ولا تغارون على نسائكم، يخرجن إلى الأسواق ويزاحمن العلوج؟!»[٢].

وخبر محمد بن شريح قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن خروج النساء في العيدين، فقال عليه السلام: لا، إلا العجوز عليها منقلاها، يعني: الخفين»[٣].

وموثق يونس بن يعقوب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن خروج النساء في العيدين والجمعة، فقال عليه السلام: لا إلا امرأة مسنة»[٤].

والمستفاد منها كراهة مزاحمة النساء للرجال في الطرق والأسواق ونحوها مطلقاً حتى للعجائز، وكراهة خروج النساء للعيدين والجمعة إلا للعجائز،

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٥، ب ١٣٢ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٢) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٥٣٧/ المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ٢٠: ٢٣٨، ب ١٣٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(مسألة ٥٠): إذا اشتبه من يجوز النظر إليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع(١)، وكذا بالنسبة إلى من يجب التستر عنه ومن لا يجب.

وإن كانت الشبهة غير محصورة، أو بدوية: فإن شك في كونه مماثلاً أو لا، أو شك في كونه من المحارم النسبية أو لا، فالظاهر وجوب الاجتناب؛ لأن الظاهر من آية وجوب الغض: أن جواز النظر مشروط بأمر وجودي وهو كونه مماثلاً، أو من المحارم، فمع الشك يعمل بمقتضى العموم، لا من باب التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية، بل لاستفادة شرطية الجواز(٢) بالمماثلة، أو المحرمية، أو نحو ذلك.

وهو مخالف لما في المتن.

(١) للعلم الإجمالي الموجب للاحتياط عقلاً، وكذا فيما بعده.

(٢) هذا يتم لو كان دليل حرمة النظر عاماً، وقد خرج عنه المماثل بدليل خاص.

لكنه غير ظاهر، فإن قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾[1]، غير مراد منه العموم للمماثل، بل المفهوم غير المماثل، فموضوع الحرمة خاص، فتكون حرمة النظر مشروطة بأمر وجودي، وهو المخالف.

وبالجملة: إذا لوحظ الأمر بالغض بنفسه فمقتضاه العموم حتى لغير الإنسان، وإذا لوحظ مناسبة الحكم والموضوع، وقرينة السياق، اختص بغير المماثل.

---

(١) سورة النور: ٣٠.

فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع، حتى يكون من موارد أصل البراءة، بل من قبيل المقتضي والمانع(١).

اللهم إلا أن يقال: قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ يدل على العموم للمماثل، وإلا كان الاستثناء منقطعاً.

اللهم إلا أن يقال: إن الاستثناء كان في إبداء الزينة، لا في الغض، فتأمل.

(١) يعني: أن النظر فيه مقتضى الحرمة، والمماثلة من قبيل المانع، فمع الشك في المانع يرجع إلى أصالة عدمه، فيبنى على ثبوت أثر المقتضي.

أقول: فيه المنع صغرى، وكبرى.

إذ من الجائز أن يكون النظر إلى المخالف هو الذي يكون فيه مقتضى الحرمة، لا مطلق النظر.

ولو سلّم، فأصالة عدم المانع إن كان المراد بها قاعدة غير الاستصحاب، فلا أصل لها، وقد تحقق في محله عدم صحة قاعدة الاقتضاء.

وإن كان المراد بها استصحاب عدم المانع، يعني: استصحاب عدم المماثلة، فحجيته مبنية على جريان الأصل في العدم الأزلي.

بل لو قلنا به فلا نقول به في المقام مما كان مورده عرفاً من الذاتيات، مثل الأنوثة والذكورة.

فلا يصح أن يقال: الأصل عدم ذكورية ما يشك في ذكوريته وأنوثيته، ولا أصالة عدم أنوثيته، فإن الذكورة والأنوثة معدودة عرفاً من الذاتيات الثابتة للذكر والأنثى مع قطع النظر عن وجودهما، مثل إنسانية الإنسان، وحجرية الحجر.

. . . . . .

وما عن الشهيد﵀ من جريان أصالة عدم كون الخنثى امرأة[١]، خلاف ما تقرر من الرجوع إلى العرف في جريان الاستصحاب.

وإن بعض الأعاظم﵀ في حاشيته على الكتاب سلك في المقام مسلكاً آخر، فإنه قال: «يدل نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة والجواز بإحراز ذلك الأمر، وعدم جواز الاقتحام عند الشك فيه، ويكون من المداليل الالتزامية العرفية»[٢].

وفيه: أنه إن كان المراد أن إناطة الرخصة بالأمر الوجودي مرجعها إلى إناطة الرخصة الواقعية بذلك الأمر الواقعي، وإناطة الرخصة الظاهرية بالعلم بوجوده، فيكون المجعول حكمين: واقعياً منوطاً بوجود ذلك الأمر واقعاً، وظاهرياً منوطاً بالشك في وجوده.

والأول مدلول مطابقي، والثاني مدلول التزامي عرفي.

فهو ممنوع، وليست إناطة الرخصة بشيء إلا كإناطة المنع بشيء، ليس المقصود منها إلا جعل حكم واقعي لموضوع واقعي، بل استفادة الحكم الظاهري من دليل الحكم الواقعي غريبة.

وإن كان المراد أن هنا قاعدة عقلائية ظاهرية، نظير أصالة العموم، وأصالة الظهور، ونحوهما.

فهو أيضاً غير ثابت، بل ممنوع.

ولأجله يشكل أيضاً ما ذكره بعض الأعاظم﵀ في حاشيته: من أنه عليه

(١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٨.

(٢) العروة الوثقى ٥: ٥٠٠، حاشية الميرزا النائيني﵀.

. . . . . .

يبتني انقلاب الأصل في النفوس، والأموال، والفروج[1].

فـإن ما ذكره من الوجه ليس له في كلام الجماعة عين ولا أثر، بل المذكور في كلامهـم الرجوع إلى عموم المنع تمسـكاً بالعام في الشـبهة المصداقية، لبناء المشهور منهم على جواز ذلك.

ومن لا يجوّز الرجـوع منهم إلى العموم في الشـبهة المصداقية يرجع في إثبات المنع إلى الأصول الموضوعية، مثل أصالـة عدم الزوجية، وأصالة عدم إذن المالك، وأصالة عدم السبب الموجب لهدر الدم، ونحو ذلك.

وبالجملة: فليس مستند الجماعة في الأصول المذكورة ما ذكره طاب ثراه، بل إما الرجوع إلى العام في الشبهة المصداقية، وإما الأصول النافية، موضوعية أو حكمية.

لكن الأصول المذكورة ليست ثابتة بنحو العموم، ضرورة جواز الرجوع إلى اسـتصحاب الزوجيـة الموجب لحلية الفروج، وكـذا أصالة عدم الرضاع المحرم، ونحو ذلك.

كما يجوز الرجوع إلى اسـتصحاب الملك، أو إذن المالك، أو نحوهما من الأصول المحللة للتصرف في المال.

ويجوز الرجوع إلى استصحاب بقاء الكفر، أو عدم الذمة، أو نحو ذلك مما يجوز قتل الشخص.

فالأصول غالبية، والمسـتند فيها أحد الأمرين المذكورين، فلا ابتناء لها عندهم على ما ذكر في الحاشية.

---

(١) العروة الوثقى ٥: ٥٠٠، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

.....

والمتحصـــل: أن البناء على تحريم النظر في الفرض لا يتوجه بهذه الوجوه المذكورة في المتن، ولا في الحاشية.

والذي يظهر بالتأمل في كلامهـــم: أن الوجه فيه هو الرجوع إلى العام في الشبهة المصداقية.

قال في التذكرة: «الخنثى المشكل إن كان حراً لم يجز للرجل النظر إليه، ولا للخنثى النظر إليه، ولا يجوز للمرأة النظر إليها، وبالعكس، عملاً بالاحتياط، وهو قول بعض الشافعية.

وقال آخـــرون منهم بالجـــواز للرجل، والمـــرأة، ولها بالنســـبة إليهما، استصحاباً لما كان في الصغر حتى يعلموا خلافه، وليس بجيد؛ لعموم الآية»[١]. ونحوه كلام غيره[٢].

وشيخنا الأعظم ﷺ في رسائله قال: «قد يقال: بجواز نظر كل من الرجل والمرأة إليها (يعني: الخنثى)؛ لكونها شبهة في الموضوع، والأصل الإباحة.

وفيه: أن عموم وجوب الغض على المؤمنات إلا عن نسائهن، أو الرجال المذكورين في الآية، يدل على وجوب الغض عن الخنثى»[٣].

لكن في رســـالة النكاح ـ في مقام الرد على جامـــع المقاصد في البناء على حرمة النظر إلى الخنثى ـ قـــال: «ولهذا لا يحرم النظر إلى البعيد المردد بين الرجل والمرأة»[٤]، وظاهره المفروغية عن جواز النظر في مفروض المسألة.

(١) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٩٩.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٠٣/ منتهى المطلب ٤: ٢٧٧.

(٣) فرائد الأصول ١: ١٠١.

(٤) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٦٩/ جامع المقاصد ١٢: ٤٢.

وإذا شك في كونه زوجة أو لا فيجري ـ مضافاً إلى ما ذكر من رجوعه إلى الشك في الشرط ـ أصالة عدم حدوث الزوجية، وكذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع.

نعم لو شـــك في كون المنظور إليه أو الناظر حيواناً أو إنساناً، فالظاهر عدم وجوب الاحتياط؛ لانصراف عموم وجوب الغض إلى خصوص الإنسان(١).

وإن كان الشـــك في كونه بالغاً أو صبياً، أو طفلاً مميزاً أو غير مميز، ففي وجوب الاحتياط وجهان: من العموم على الوجه الذي ذكرنا، ومن إمكان دعوى الانصراف، والأظهر: الأول(٢).

(مســـألة ٥١): يجب على النســـاء التســـتر(٣) كما يحرم على الرجال النظر.

---

(١) قد عرفت إشكاله.

(٢) هذا خلاف مقتضى الأصل الموضوعي، أعني: استصحاب الصبا، وعدم التمييز، فإنه لو ســـلم الرجوع إلى العام في مثل هذه الشبهة الموضوعية، فإنما هو حيث لا يكون أصل موضوعي يثبت عنوان الخاص.

ولذا لو شـــك في بقاء زوجية المـــرأة يرجع إلى اســـتصحاب زوجيتها، وترتيب أحكامها، ومنها جواز النظر.

(٣) بلا إشـــكال، ولا خـــلاف، ويقتضيه قولـــه تعـــالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾[1].

---

(١) سورة النور: ٣١.

ولا يجب على الرجال التستر(١) وإن كان يحرم على النساء النظر نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء(٢).

ويجب عليهم التستر مع العلم بتعمد النساء في النظر من باب حرمة الإعانة على الإثم(٣).

---

(١) يظهر من كلماتهم أنه من القطعيات عند جميع المسلمين.

وينبغي أن يكون كذلك، فقد استقرت السيرة القطعية عليه، بل تمكن دعوى الضرورة عليه.

(٢) للأمر بسترها في النصوص الواردة في آداب التخلي[١]، والحمام[٢].

وقد ورد في تفسير قوله تعالى: ﴿وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ أن المراد حفظها من أن ينظر إليها[٣].

(٣) **التحقيق**: إن الإعانة على الشيء تتوقف على قصد التسبب إلى ذلك الشيء بفعل المقدمة، فإذا لم يكن الفاعل للمقدمة قاصداً حصوله لا يكون فعل المقدمة إعانة عليه.

فمجرد علم الرجل بأن المرأة تنظر إليه عمداً لا يوجب التستر عليه من باب حرمة الإعانة على الإثم.

مع أن مورد السيرة على عدم التستر من ذلك قطعاً.

ومن ذلك يشكل البناء على تحريمه من باب وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بناءً على عمومه للمقام، بحيث يقتضي ترك المقدمة، كي لا

(١) وسائل الشيعة ١: ٢٩٩، ب ١ ـ أحكام الخلوة.

(٢) المصدر السابق ٢: ٣٢، ب ٣ ـ آداب الحمام.

(٣) المصدر السابق ١: ٢٩٩، ب ١ ـ أحكام الخلوة ـ حديث: ٣، ٥.

(مسألة ٥٢): هل المحرم من النظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز بين الرجل والمرأة، وأنه العضو الفلاني أو غيره، أو مطلقه؟

فلو رأى الأجنبية من بعيد، بحيث لا يمكنه تمييزها وتمييز أعضائها، أو لا يمكنه تمييز كونها رجلاً أو امرأة، بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنساناً أو حيواناً أو جماداً هل هو حرام أو لا؟ وجهان. الأحوط: الحرمة(١).

يقع غيره في الحرام.

وإن كان الظاهر عدم عمومه له، إذ النهي عن المنكر يراد منه الزجر عن المنكر تشريعاً، بمعنى: إحداث الداعي إلى الترك، فلا يقتضي وجوب ترك بعض المقدمات لئلا يقع المنكر، كما لا يقتضي الأمر بالمعروف فعل بعض المقدمات ليتحقق المعروف، فلاحظ.

(١) كما يقتضيها إطلاق حرمة النظر ووجه الجواز: دعوى انصرافه إلى غير ذلك.

وفي مباحث التخلي قد يظهر من المصنف ترجيح الجواز بقوله: «والواجب ستر لون البشرة دون الحجم»[1].

اللهم إلا أن يكون مراده من لون البشرة نفس البشرة، ومن الحجم الهيئة الخاصة عندما تستر بالنورة ونحوها، كما تقدم هناك.

وكيف كان، فالإطلاق محكم، والانصراف لا يعتد به.

---

(١) تقدّم في ج ٣ ص ٢٧٩.

فصل

فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة

وفيه مسائل:

(مسألة ١): الأقوى ـ وفاقاً للمشهور ـ جواز وطء الزوجة والمملوكة دبراً(١)، على كراهة شديدة، بل الأحوط تركه،

فصل فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة

(١) عن الانتصار، والخلاف، والغنية، والسرائر: الإجماع عليه[١].

وفي التذكرة: «ذهب علمائنا إلى كراهة إتيان النساء في أدبارهن، وإنه ليس بمحرم»[٢].

ويشهد له جملة من النصوص، كصحيح علي بن الحكم قال: «سمعت صفوان يقول: قلت للرضا عليه السلام: إن رجلاً من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة، فهابك واستحى منك أن يسألك عنها، قال عليه السلام: ما هي؟ قال: قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها قال: نعم، ذلك له، قلت: وأنت تفعل ذلك؟ قال عليه السلام: إنا لا نفعل ذلك»[٣].

---

(١) الانتصار: ٢٩٣/ الخلاف ٤: ٣٣٦ ـ ٣٣٨/ غنية النزوع: ٣٦١/ السرائر الحاوي ٢: ٦٠٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١١٩.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١٤٥، ب ٧٣ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

. . . . . .

وخبر عبد الله بن أبي يعفور: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال عليه السلام: لا بأس إذا رضيت، قلت: فأين قول الله عز وجل: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللهُ﴾؟ قال عليه السلام: هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله، إن الله عز وجل: يقول: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾»[1].

وخبر حماد بن عثمان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام ـ وأخبرني من سأله ـ عن الرجل يأتي المرأة في ذلك الموضع ـ وفي البيت جماعة ـ فقال لي ـ ورفع صوته ـ: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من كلّف مملوكه ما لا يطيق فليعنه، ثم نظر في وجه أهل البيت ثم أصغى إلي فقال عليه السلام: لا بأس به»[2]، ونحوها غيرها.

وفي كشف اللثام، وعن القميين، وابن حمزة، والشيخ أبي الفتوح الرازي، والراوندي في اللباب، والسيد أبي المكارم صاحب بلابل القلاقل: الحرمة[3].

وعن كشف الرموز لتلميذ المحقق: وكان فاضل منا شريف، يذهب إليه (يعني: التحريم)، ويدّعي أنه سمع ذلك مشافهة عمن قوله حجة»[4].

وقد يشهد لهم مصحح معمر بن خلاد، قال: «قال لي أبو الحسن عليه السلام: أي شيء يقولون في إتيان النساء في أعجازهن؟ قلت: إنه بلغني أن أهل المدينة لا يرون به بأساً، فقال: إن اليهود كانت تقول: إذا أتى الرجل المرأة من خلفها خرج ولده أحول، فأنزل الله عز وجل: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٢، ٢٢٣/ وسائل الشيعة ٢٠: ١٤٦، ب ٧٣ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ١٤٦، ب ٧٣ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٤.

(٣) كشف اللثام ٧: ٢٦٧/ الوسيلة: ٣١٣/ تفسير روض الجنان ٣: ٢٤١ ـ ٢٤٢.

(٤) كشف الرموز ٢: ١٠٥، وحكاه أيضاً عن القميين وغيرهم.

. . . . . .

﴿شِئْتُمْ﴾ من خلف أو قدام، خلافاً لليهود، ولم يعن في أدبارهن»[١].

وخبر سدير قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: محاش النساء على أمتي حرام»[٢].

ومرسل الصدوق في الفقيه: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: محاش نساء أمتي على رجال أمتي حرام»[٣]، ونحوها غيرها.

لكن الأول إنما يدل على قصور الآية عن الدلالة على الجواز، ولعل أهل المدنية يستدلون بها عليه، فأراد عليه السلام بيان بطلان استدلالهم، فلا يدل على الحرمة.

وأما الثاني: فضعيف السند.

وأما غيره من النصوص: فهو قاصر السند، بل بعضها قاصر الدلالة.

ولو سلمت الدلالة في الجميع، فلا تصلح لمعارضة ما هو نص في الجواز مما عرفت، بل الجمع بينها يقضي بالحمل على الكراهة.

هذا كله الكلام في النصوص.

وأما في الآيات، فقد استدل القائلون بالجواز بقوله تعالى: ﴿**فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ**﴾، كما أشير إلى ذلك في مصحح معمر.

والقائلون بالمنع بقوله تعالى: ﴿**فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللهُ**﴾، كما أشير إليه في صحيح علي بن الحكم المتقدم.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٤٨، ب ٧٢ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١ .

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٢ .

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٩٩/ المصدر السابق ـ حديث: ٥.

خصوصاً مع عدم رضاها بذلك(١).

(مسألة ٢): قد مر في باب الحيض الإشكال في وطء الحائض دبراً(٢)، وإن قلنا بجوازه في غير حال الحيض.

وفي كلا الاستدلالين إشكال؛ لخفاء الدلالة في المقامين، وعدم وضوح المقصود بنحو يعول عليه في إثبات الحكم الشرعي.

فإن ﴿أَنَّى﴾ ـ في الآية الأولى ـ لا يظهر أن المراد منها المكان، بمعنى الموضع من المرأة، حتى يشمل الدبر، والمنصرف من المكان مكان الفعل، لا الموضع من المرأة.

و﴿مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ﴾ ـ في الآية الثانية ـ لا يظهر المراد منها على وجه تختص بالقبل، فالاستدلال بالآيتين محل تأمل، وإشكال بالنظر إليهما.

وأما بالنظر إلى النصوص فهي متعارضة في تفسيرها، والجمع العرفي بينها مشكل.

لأن خبر ابن أبي يعفور ظاهر في تفسير الآية الأولى مما يقتضي جواز الوطء في الدبر، ومصحح معمر بن خلاد ظاهر في تفسيرها بغير ذلك.

ولعل الجمع بينها يقتضي أن الاستدلال بالآية الأولى من باب المجاراة والإقناع، لا من باب بيان الحقيقة والواقع، فلاحظ.

(١) لما تقدّم في خبر عبد الله بن أبي يعفور[١].

(٢) وتقدّم أن ظاهر النصوص ـ الدالة على تحليل ما عدا القبل، أو موضع الدم، أو ذلك الموضع ـ: تحليل الوطء في الدبر، فراجع[٢].

---

(١) تقدّم في ص ٨٤.

(٢) تقدّم في ج ٦ ص ٢٨.

(مسألة ٣): ذكر بعض الفقهاء(١) ممن قال بالجواز: أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً، وهو مشكل(٢) لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كل ما هو جائز من أنواع الاستمتاعات، حتى يكون تركه نشوزاً.

(مسألة ٤): الوطء في دبر المرأة كالوطء في قبلها في وجوب الغسل(٣)، والعدة، واستقرار المهر، وبطلان الصوم، وثبوت حد

(١) المراد به صاحب الجواهر في مبحث النفقات[١].

(٢) يكفي في الإشكال ما في رواية عبد الله بن أبي يعفور المتقدمة، فإن اعتبار رضاها في جوازه دليل على أنه ليس من حقوق الزوجية.

وما دل من النصوص على وجوب إطاعتها الزوج[٢] لا يخلو من إجمال، إذ لا يمكن الأخذ به في كل فعل ضرورة.

وما ورد من كونها لعبة الرجل، أو ريحانته[٣]، أو نحو ذلك، غير ظاهر فيما نحن فيه.

ومثله ما ورد من أن من حق الزوج على الزوجة أن تطيعه في حاجته ولو كان على ظهر قتب[٤].

(٣) قال في القواعد: «وهو كالقبل في جميع الأحكام، حتى ثبوت النسب، وتقرير المسمى، والحد، ومهر المثل مع فساد العقد، والعدّة، وتحريم

(١) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ١٧٤، ب ٩١ ـ مقدمات النكاح.

(٣) انظر: المصدر السابق ٢٠: ١٦٧، ١٦٨، ب ٨٦، ٨٧ ـ مقدمات النكاح.

(٤) المصدر السابق ٢٠: ١٥٨، ب ٧٩ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٣.

الزنى إذا كانت أجنبية، وثبوت مهر المثل إذا وطأها شبهة، وكون المناط فيه دخول الحشفة أو مقدارها، وفي حرمة البنت والأم، وغير ذلك من أحكام المصاهرة المعلقة على الدخول.

نعم في كفايته في حصول تحليل المطلقة ثلاثاً إشكال(١).

كما أن في كفاية الوطء في القبل فيه بدون الإنزال أيضاً كذلك، لما ورد في الأخبار(٢) من اعتبار ذوق عسيلته وعسيلتها فيه.

المصاهرة، إلا في التحليل، والإحصان، واستنطاقها في النكاح»[١].

وفي كشف اللثام نسب ذلك إلى الشيخ وكثير[٢].

والوجه فيه: صدق الوطء، والمس، والدخول، والإيتاء، ونحوها من العناوين التي أخذت موضوعاً للأحكام المذكورة.

(١) بل منع، كما تقدَّم عن القواعد.

بل عن المبسوط: نفي الخلاف في ذلك؛ لنصوص العسيلة التي أشار إليها في المتن، والمرأة لا تذوق العسيلة بوطئها في الدبر، كما نص على ذلك غير واحد، ومنهم الشيخ في المبسوط، واستدل له بقوله صلى الله عليه وآله: «حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[٣].

(٢) قال في الجواهر: «ظاهرهم الاتفاق على الاكتفاء بذلك (يعني الوطء) وإن لم يحصل تكرار منه، ولا إنزال، فإن تم إجماع كان هو الحجة، وإلا فهو محل للنظر؛ لظهور نصوص ذوق العسيلة في خلافه، حتى على تفسيره

---

(١) قواعد الأحكام٣: ٥٠.

(٢) كشف اللثام ٧: ٢٦٨/ المبسوط ٤: ٢٤٣.

(٣) المبسوط ٤: ٢٤٣، ٥: ١١١/ صحيح البخاري ٣: ١٤٧.

. . . . . .

بلذة الجماع»[١].

والمراد من النصوص المشار إليها موثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: «فإذا طلقها ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإذا تزوجها غيره، ولم يدخل بها وطلقها، أو مات عنها، لم تحل لزوجها الأول حتى يذوق الآخر عسيلتها»[٢]، ونحوه رواية أبي حاتم عن أبي عبد الله عليه السلام[٣].

وفي موثق زرعة عن سماعة قال: «سألته عن رجل طلق امرأته فتزوجها رجل آخر، ولم يصل إليها حتى طلقها تحل للأول؟ قال عليه السلام: لا، حتى يذوق عسيلتها»[٤]، وهي خالية من التعرض لأن تذوق عسيلته.

نعم، هو مذكور في رواية المخالفين، فقد ذكر في الحدائق أنه روى غير واحد منهم: «أنه جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: كنت عند رفاعة فبتَّ طلاقي، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فطلقني قبل أن يمسّني، وفي رواية: وأنا معه[٥] مثل هدبة الثوب، فتبسم النبي صلى الله عليه وآله وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»[٦].

ولعل هذه الرواية هي مرسلة المبسوط المتقدمة، لكن الاستدلال بها على اعتبار تلذذ المرأة كما ترى!.

---

(١) جواهر الكلام ٣٢: ١٦٠/ الفائق ٢: ٣٦٣/ النهاية في غريب الحديث ٣: ٢٣٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ١١٨، ب ٧ ـ أقسام الطلاق ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ ملحق حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٥) كذا في الحدائق، وفي المصادر: «وإن ما معه».

(٦) الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٢٩/ صحيح البخاري ٣: ١٤٧، وفيها: «رفاعة القرظي».

وكذا في كفايته في الوطء الواجب في أربعة أشهر(١)، وكذا في كفايته في حصول الفئة والرجوع في الإيلاء(٢) أيضاً.

(مسألة ٥): إذا حلف على ترك وطء امرأته في زمان أو مكان يتحقق الحنث بوطئها دبراً(٣)، إلا أن يكون هناك انصراف إلى الوطء في القبل، من حيث كون غرضه عدم انعقاد النطفة.

---

(١) فقد جزم في المسالك بعدم كفايته[١].

وكأنه لأن دليل وجوبه ظاهر في كونه إرفاقاً بالزوجة، بل هو صريحه، والإرفاق إنما يحصل بالوطء في القبل، وعليه فاللازم اعتبار كونه على نحو خاص، لأنه الذي لا تصبر عنه، كما تعرّضت له النصوص الآتية.

(٢) وفي كشف اللثام: «من جهة أن الإيلاء لا يقع إلا به (يعني: بالقبل) دون الوطء دبراً، فلا حاجة إلى استثنائه»[٢].

والوجه في عدم وقوع الإيلاء بالوطء في الدبر: أن المعتبر فيه وقوعه على وجه الإضرار بالزوجة، ولا يحصل الإضرار بها بترك وطئها دبراً، ولذا لو حلف على أن لا يطأ في دبرها لم يكن مولياً.

اللهم إلا أن يقال: ترك الوطء دبراً وإن لم يوجب إضرار بالزوجة من جهة التلذذ، ولكنه إضرار بها من جهة الهجران، فإذا وطأها دبراً فقد انتفى الهجران والإضرار المقصود منه.

(٣) لأنه نوع من الوطء المنذور تركه.

---

(١) مسالك الأفهام ٩: ١٦٣.

(٢) كشف اللثام ٧: ٢٦٩.

(مسألة ٦): يجوز العزل بمعنى: إخراج الآلة عند الانزال وافراغ المني خارج الفرج(١)، في الأمة(٢) وإن كانت منكوحة

(١) بذلك فسر في المسالك، وغيرها[١]، وهو ظاهر النصوص الآتية.

(٢) إجماعاً حكاه غير واحد، كما في الجواهر[٢].

وفي الحدائق: «ظاهرهم الاتفاق عليه»[٣].

وفي المستند: «الظاهر أنه لا خلاف فيه»[٤].

ويشهد له صحيح محمد بن مسلم عن أحدهماعليهما السلام: «أنه سئل عن العزل فقال: أما الأمة فلا بأس، فأما الحرة فإني أكره ذلك، إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها»[٥].

وفي صحيحه الآخر عن أبي جعفرعليه السلام مثل ذلك، وقال في حديثه: «إلا أن ترضى، أو يشترط ذلك عليها»[٦].

وصحيحه الثالث عن أبي جعفرعليه السلام قال: «سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية؟ فقال: لا، ولكن إن كان له أمة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها، ولا يطلب ولدها»[٧].

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٦٤/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٨٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ١١٤/ المهذب البارع ٣: ٢١٠/ الروضة البهيّة ٥: ١٠٣/ مسالك الأفهام ٧: ٤٦٠/ نهاية المرام ١: ٥٩/ كفاية الأحكام ٢: ٨٨.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٣: ٨٦.

(٤) مستند الشيعة ١٦: ٧٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ١٥١، ب ٧٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١ .

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٢ .

(٧) المصدر السابق ـ حديث: ٣ .

بعقد الـــدوام(١)، والحرة المتمتع بها(٢)، ومـــع إذنها وإن كانت دائمة(٣)، ومع اشـــتراط ذلك عليها في العقد(٤) وفي الدبر(٥)،

وخبر يعقوب الجعفي قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا بأس بالعزل في ســـتة وجوه: المرأة التي تيقنت أنها لا تلد، والمسنة، والمرأة السليطة، البذية، والمرأة التي لا ترضع ولدها، والأمة»[١].

(١) لإطلاق النص.

وفي الجواهر: إطلاق النص، والفتوى، ومعقد الإجماع[٢].

(٢) قولاً واحداً كما عن جامع المقاصد[٣]، وإجماعاً كما عن غيره[٤].

وليـــس في النصوص تعـــرّض لها بالخصوص، فلو قيـــل بالحرمة يكون المعتمد في التخصيص: الإجماع.

(٣) كما هو المعروف.

ويشهد به صحيح ابن مسلم المتقدم الثاني، بل الثالث أيضاً؛ لظهوره في كونه من حقوق الزوجة، فيجوز برضاها.

(٤) هذا مما لا إشكال فيه، ويقتضيه الصحيحان السابقان.

(٥) عن الفخر: أن محل الخلاف ما إذا كان الوطء في الفرج، دون الدبر[٥].

ويقتضيه بعض أدلة المنع الآتية، بل قد يستفاد من خبر الجعفي.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٥٢، ب ٧٦ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٤ .

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ١١٤، وفيه: «ظاهر النص...».

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٥٠٣.

(٤) نهاية المرام ١: ٥٩/ كفاية الأحكام ٢: ٨٨/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٨٦.

(٥) ايضاح الفوائد ٣: ١٢٥.

وفي حال الاضطرار(١)، من ضرر، أو نحوه.

وفي جـوازه في الحـرة المنكوحة بعقد الـدوام في غير ما ذكر قولان، الأقوى ما هو المشهور(٢)

---

(١) لعموم ما دل على حلية ما اضطر إليه، أو نفي ما اضطروا إليه[١].

(٢) للنصـوص الدالة على الجواز، مثل صحيح محمد بن مسـلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء»[٢].

وموثـق عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سـألت أبـا عبد الله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل»[٣].

والصحيح عن عبد الرحمن الحذا عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: كان علي بن الحسين عليه السلام لا يرى بالعزل بأسـاً، يقرأ هذه الآية: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾، فكل شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج، وإن كان على صخرة صماء»[٤].

وموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا بأس بالعزل عن المرأة الحرة إن أحب صاحبها وإن كرهت، وليس لها من الأمر شيء»[٥].

وصحيحه: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يكون تحته الحرة أيعزل عنها؟ قال: ذاك إليه إن شاء عزل، وإن شاء لم يعزل»[٦].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٢٨ ب ١٢ ـ الأيمان ـ حديث: ١٨/ ١٥: ٣٦٩، ب ٥٦ ـ جهاد النفس.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ١٤٩، ب ٧٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٤) سورة الأعراف: ١٧٢/ المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

من الجواز مع الكراهة(١).

بل يمكـــن أن يقال: بعدمها، أو أخفّيتهـــا في العجوزة(٢)،

وعن المقنعة، والمبسوط، والخلاف: الحرمة[١]، بل في الأخير: الإجماع عليها.

ومستنده الإجماع المذكور، وصحيح محمد بن مسلم المتقدم في الأمة[٢].

ولما روي أن النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها[٣].

وما روي عنه صلى الله عليه وآله أنه قال: «ذلك الوأد الخفي»[٤].

ومفهوم رواية الجعفي المتقدمة[٥].

مضافاً إلى ما فيه من تضييع النســـل الذي لأجله شرع النكاح، ولذا حرم الاستمناء.

وفيه: منع الإجماع مع شـــهرة الخلاف، ومنع ظهور الكراهة في الحرمة، وعدم حجية النبويين، ومفهوم رواية الجعفي ليس بحجة.

وتضييع النسل لا دليل على حرمته كلية، ولذا يجوز ترك التزويج، وترك الوطء، وكذا الاحتلام.

وحرمة الاستمناء لدليل خاص به، فلا يتعدى إلى غيره.

(١) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم في الأمة[٦].

(٢) لرواية الجعفي المتقدمة، وظاهرها عدم الكراهة في الموارد المذكورة،

---

(١) المقنعة: ٧٦/ المبسوط ٤: ٢٦٧/ الخلاف ٢: ٢٢٩.

(٢) تقدّم في ص ٩١.

(٣)، (٤) دعائم الإسلام ٢: ٢١٢.

(٥) في ص ٩٢.

(٦) تقدّم في ص ٩١.

والعقيمة، والسليطة، والبذية والتي لا ترضع ولدها.

والأقوى عدم وجوب دية النطفة عليه(١) وإن قلنا بالحرمة.

وقيل بوجوبها عليه(٢) للزوجة وهي عشرة دنانير، للخبر الوارد(٣) فيمن أفزع رجلاً عن عرسه، فعزل عنها الماء من

ومنها الأمة، وتركها في المتن لأن كلامه في الحرة.

(١) كما عن المعظم[١]، والمصرَّح به في كلام غير واحد من الأعاظم، كالمحقق والشهيد الثانيين، وغيرهم[٢].

للأصل مع عدم الدليل عليه، بل ظاهر نصوص جواز العزل عدمه.

(٢) كما عن الشيخ، والقاضي، وأبي الصلاح، وابني حمزة وزهرة، والكيدري، والعلامة في القواعد، والإرشاد، وكاشف اللثام[٣].

ولعله ظاهر، الشرائع هنا، لكن نفاه في كتاب الديات[٤].

(٣) في جامع المقاصد: «روى عن الشيخ في الصحيح عن يونس عن أبي الحسن عليه السلام: إن علياً عليه السلام قضى في الرجل يفزع عن عرسه، فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلك: نصف خُمس المائة، عشرة دنانير»[٥].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ١١٤.

(٢) السرائر الحاوي ٢: ٦٠٩/ مختلف الشيعة ٦: ٤٢٨/ جامع المقاصد ١٢: ٥٠٦/ الروضة البهيّة ٥: ١٠٣/ مسالك الأفهام ٧: ٦٦/ كفاية الأحكام ٢: ٨٨/ مفاتيح الشرائع ٢: ٢٨٨.

(٣) الخلاف ٤: ٣٥٩/ النهاية: ٧٧٩/ المهذّب ٢: ٥١٠/ الوسيلة: ٤٥٦/ غنية النزوع: ٤١٥/ إصباح الشيعة: ٥٠١/ قواعد الأحكام٣: ٦٩٦/ إرشاد الأذهان ٢: ٥/ كشف اللثام ٧: ٢٨٦.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤، ٤: ٢٦٥.

(٥) جامع المقاصد ١٢: ٥٦/ تهذيب الأحكام ١٠: ٢٨٥/ وسائل الشيعة ٢٩: ٣١٢، ب ١٩ ـ ديات الأعضاء ـ ملحق حديث: ١

وجوب نصف خمس المائة: عشرة دنانير عليه، لكنه في غير ما نحن فيه، ولا وجه للقياس عليه، مع أنه مع الفارق(١).

وأما عزل المرأة ـ بمعنى: منعها من الإنزال في فرجها ـ فالظاهر حرمته بدون رضا الزوج(٢)، فإنه مناف للتمكين الواجب عليها، بل يمكن وجوب دية النطفة عليها(٣).

هذا ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب وغيره، حتى فيما يجب في كل أربعة أشهر(٤).

وروى في الكافي بأسانيده عن كتاب طريف عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «وأفتى عليه السلام في مني رجل يفزع عن عرسه، فيعزل عنها الماء، ولم يرد ذلك، نصف خمس المائة: عشرة دنانير»[١].

(١) لأن الجناية ـ في الخبر ـ من الأجنبي، وفي المورد من الوالد، ومن المعلوم أن جناية الوالد لا يلحقها حكم جناية الأجنبي.

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر؛ لما ذكر[٢].

(٣) كما استظهره في الجواهر، ضرورة كونها حينئذٍ كالمفزع، أو أعظم في التفويت إذا كانت قد نحّت نفسها عنه عند إنزاله[٣].

وإشكاله ظاهر؛ للفارق المتقدم.

(٤) إلا أن يدعى انصراف دليل وجوبه إلى المتعارف، بملاحظة كونه إرفاقاً بالزوجة، نظير ما تقدَّم في الوطء في الدبر[٤]، فتأمل.

---

(١) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٥٠٤/ وسائل الشيعة ٢٩: ٣١٢، ب ١٩ ـ ديات الأعضاء ـ حديث: ١.
(٢)، (٣) جواهر الكلام ٢٩: ١١٥.
(٤) تقدّم في ص ٩٠.

(مسألة ٧): لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر(١)، من غير فرق بين الدائمة والمتمتع بها(٢)، ولا الشابة

(١) في المسالك: أنه موضع وفاق[١].

ويشهد له مصحح صفوان بن يحيى عن الرضا عليه السلام، أنه سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابة، فيمسك عنها الأشهر والسنة، لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها، يكون لهم مصيبة، يكون في ذلك آثماً؟ قال عليه السلام: «إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك»، كذا رواه الصدوق، والشيخ[٢].

ورواه الشيخ بطريق فيه علي بن أحمد بن أشيم، بزيادة: «إلا أن يكون بإذنها»[٣].

(٢) لإطلاق النص.

وفي الجواهر: «المتيقن هو الدائم، فلا يجب ذلك في المنقطع الساقط فيه الإيلاء، وأحكام الزوجية من النفقة وغيرها؛ لأنهن مستأجرات»[٤].

وفي رسالة شيخنا الأعظم رحمه الله: فيه وجهان[٥].

لكن ذلك لا يوجب وهناً في الإطلاق، فالعمل به لازم.

وعدم جريان أحكام الإيلاء لا يقتضي العدم في المقام؛ لأنه حكم خاص، ولو كان مبنياً على ما نحن فيه لم يكن وجه للكفارة؛ لبطلان اليمين، كما لا يخفى.

(١) مسالك الأفهام ٧: ٦٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٥٦/ تهذيب الأحكام ٧: ٤١٢/ وسائل الشيعة ٢٠: ١٤٠، ب ٧١ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٤١٩/ المصدر السابق ـ ملحق حديث: ١.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ١١٧.

(٥) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٧٦.

والشائبة على الأظهر(١)، والأمة والحرة(٢)، لإطلاق الخبر.

(١) لإطلاق الفتاوى ومعقد الاتفاق.

وفي كشف اللثام: «ولم يفرقوا بين الشابة وغيرها»[١].

وعن الرياض: الإجماع على التعميم[٢].

ونسب في الجواهر التخصيص إلى بعض القاصرين[٣].

وكأنه يريد به الكاشاني في مفاتيحه، والبحراني في حدائقه، والحر في وسائله[٤]، وظاهر كشف اللثام: التوقف فيه[٥]، وهو في محله؛ لعدم ثبوت الإجماع المعتد به؛ لاحتمال أن يكون المستند فيه الصحيح، القاصر عن التعميم، كما عرفت.

والإجماع في الرياض إنما كان على التعميم في الإيلاء، لا فيما نحن فيه.

وأما حسن حفص عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه، فإما أن يفي وإما أن يطلق، فإن كان من غير مغاضبة أو يمين فليس بمول»[٦].

وظاهره أن الاستعداء إنما هو ترك الوطء، لكن مورده المغاضبة، وظاهره إلحاق المغاضبة بالايلاء في الحكم، فلا يكون مما نحن فيه.

(٢) في الجواهر: «أما الدائمة الأمة فلم أجد فيها تصريحاً من

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٧٠.

(٢) رياض المسائل ١٠: ٦٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ١١٧.

(٤) مفاتيح الشرائع ٢: ٢٩٠/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٩٠/ وسائل الشيعة ٢٠: ١٤٠.

(٥) كشف اللثام ٧: ٢٧٠.

(٦) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٤٢، ب ١ ـ الايلاء ـ حديث: ٢، وفيه: «يفيء».

كما أن مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والمسافر(١)، في غير سفر الواجب، وفي كفاية الوطء في الدبر إشكال كما مر(٢)، وكذا في الإدخال بدون الإنزال(٣)، لانصراف الخبر إلى الوطء

الأصحاب»[١].

لكن لا معدل عن العمل بإطلاق النص، المؤيد بإطلاق الفتوى.

(١) في شمول النص للغائب تأمل؛ لاحتمال أن يكون المراد من قوله في السؤال: «عنده المرأة الشابة» أن تكون حاضرة عنده، وربما تشهد به السيرة، ولذا قيد في كشف اللثام الحكم المذكور بحضور الزوج[٢].

نعم، استدل على التعميم بما روي عن عمر: أنه سأل نساء أهل المدينة لما أخرج أزواجهن إلى الجهاد، وسمع امرأة تنشد أبياتاً من جملتها:

فوالله لولا الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

عن أكثر ما تصبر المرأة عن الجماع، فقيل له: أربعة أشهر، فجعل المدة المضروبة للغيبة أربعة أشهر[٣].

لكنه ليس بحجة سنداً، ولا مسنداً إليه، ولا دلالة، إذ من الجائز أن يكون ضرب المدة من الأحكام السياسية، لا الشرعية.

(٢) يعني: في المسألة الرابعة[٤].

(٣) في المسالك: «المعتبر من الوطء الواجب ما أوجب الغسل وإن لم

(١) جواهر الكلام ٢٩: ١١٧.

(٢) كشف اللثام ٧: ٢٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٣٠.

(٤) في ص ٩٠.

المتعارف(١) وهو مع الإنزال، والظاهر عدم توقف الوجوب على مطالبتها ذلك(٢).

ينزل، في المحل المعهود، فلا يكفي الدبر»[١].

(١) التعارف لا يوجب وهن الإطلاق، كما هو محرر في محله.

والعمدة في الانصراف: أن الظاهر أن الحكم المذكور إرفاقي بالزوجة، وهو لا يحصل بمجرد الوطء مطلقاً.

(٢) لإطلاق النص والفتوى.

لكن الظاهر من النصوص أنه من حقوق الزوجة، بل صريح بعض متون الصحيح المتقدّم، وحينئذٍ يتوقف أداؤه على المطالبة كسائر الحقوق.

إلا أن يقال: إن الأصل يقتضي وجوب أداء الحق إلا مع الرضا بالتأخر، لا جواز ترك الأداء إلا مع المطالبة؛ لأن إبقاء الحق بدون إذن من له الحق تصرف فيه، وهو خلاف السلطنة على الحقوق والأموال.

ولذا نقول: بأن الدائن إذا جهل الدين، أو نسيه، لا يجوز للمديون تأخيره، فكذا في المقام إذا كانت الزوجة لا تدري أن لها حق الوطء، أو جهلت ذلك فلم تطالب، لم يجز للزوج ترك أدائه.

وعلى هذا يكون عدم توقف الوجوب على مطالبتها من مقتضيات الأصل فيه وفي عموم الحقوق، مع قطع النظر عن إطلاق النص.

ومن ذلك يظهر الوجه في جواز تركه مع رضاها، وكذا مع اشتراط ذلك عند العقد.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٦٧.

ويجوز تركه مع رضاها، أو اشتراط ذلك حين العقد عليها، ومع عدم التمكن منه(١) لعدم انتشار العضو، ومع خوف الضرر عليه أو عليها، ومع غيبتها(٢) باختيارها، ومع نشوزها(٣).

ولا يجب أزيد من الإدخال والإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدمات(٤) من الاستمتاعات.

ولا يجري الحكم في المملوكة غير المزوجة(٥) فيجوز ترك وطئها مطلقاً.

(مسألة ٨): إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم

---

(١) فإن العجز عذر عقلي في مخالفة التكليف.

وكذلك الضرر؛ لحديث نفي الضرر، أو ما دل على حرمة الضرر.

(٢) لا يتضح الفرق بين غيبتها وغيبته، فإن كان يصدق عليه أنه عنده زوجة في حال سفره، كان الصدق كذلك في حال سفرها، وإن لم يصدق في الثاني لم يصدق في الأول.

(٣) هذا خلاف إطلاق النصوص المتقدّم، إلا أن يفهم من الأدلة أن النشوز مسقط لجميع حقوق الزوجة.

ويظهر من كلماتهم في مبحث القِسَم التسالم عليه.

(٤) للأصل، وقصور النص المتقدّم عن إثباته.

(٥) لخروجها عن مورد النص المتقدم، ويتعين الرجوع فيها إلى الأصل.

يواقعها، فالأحوط المبادرة إلى مواقعتها قبل تمام الأربعة(١)، أو طلاقها وتخلية سبيلها.

(مسألة ٩): إذا ترك مواقعتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع من حيض أو نحوه، أو عصياناً لا يجب عليه القضاء(٢)، نعم الأحوط ارضائها بوجه من الوجوه، لأن الظاهر أن ذلك حق لها عليه(٣) وقد فوته عليها.

---

(١) للمرسل عن أبي عبد الله عليه السلام: «من جمع من النساء ما لا ينكح فزنى منهن شيء فالإثم عليه»[1].

لكن الاعتماد عليه غير ظاهر، ولا سيما بملاحظة التحديد في الصحيح السابق.

ولا يجب الأمر بالمعروف على نحو يقتضي وجوب ما يوجب رفع المقتضي لداعي المعصية، فلا يجب أن يتزوج المرأة التي لو لم يتزوجها زنت، ولا تزويج الرجل الذي لولا تزوجه زنى، ولا نحو ذلك.

(٢) للأصل.

فإن قلت: الأصل يقتضي وجوب الوطء، لأن الوجوب كان سابقاً فيستصحب.

قلت: لا إشكال في وجوب الوطء بعد تمام الأربعة أشهر، إذا لم يكن وطأ فيها، وإنما الكلام في وجوبه ثانياً بعنوان القضاء عما فات، والأصل فيه البراءة، واستصحاب عدمه.

(٣) كأنه يشير إلى قاعدة كلية، وهي: من فوت حق غيره وجب عليه

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٤١، ب ٧١ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٢.

. . . . . .

استحلاله.

وقد استدل عليها شيخنا الأعظم في مكاسبه بالأصل، والنصوص، منها ما رواه الكراجكي عن علي بن الحسين عليه السلام، عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: للمؤمن على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة له منها إلا بأدائها أو العفو... إلى أن قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة ويقضى له عليه»[1]، ونحوه غيره[2].

لكن يشكل الأصل المذكور: بأنه بعد التصرف في الحق يسقط بذهاب موضوعه، فلا يحتاج في سقوطه إلى عفو وإرضاء.

مثلاً: إذا كان لأحد حق على آخر أن لا يأكل من طعام، فأكل، عصى وجرى على خلاف الحق، فبطل الحق وسقط، ولا مجال لأصالة بقائه.

نعم، إذا احتمل دخله في رفع العقاب وجب عقلاً تحصيله، لكن إطلاق أن التوبة ماحية للذنب، رافع للاحتمال المذكور.

وأما النصوص المشار إليها فلا يخلو سندها من إشكال.

بل دلالتها أيضاً، لاشتمالها على أمور لا قائل بوجوب البراءة منها، كما اعترف بذلك شيخنا الأعظم رحمه الله في مكاسبه في مباحث حرمة الغيبة[3].

مضافاً إلى أن النصوص مرمية بالهجر والإعراض؛ لعدم ذكر مضمونها في كتاب الكفارات. فلاحظ.

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢١٢، ب ١٢٢ ـ أحكام العشرة ـ حديث: ٢٤.

(٢) كنز الفوائد: ١٤٨.

(٣) المكاسب ١: ٣٣٧.

ثم اللازم عدم التأخير مـــن وطء إلى وطء أزيد من الأربعة، فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقة إنما هـــو الوطء المتقدم(١)، لا حين انقضاء الأربعة المتقدمة.

وكأنه لذلك توقف المصنف عن الفتوى في المقام.

(١) لأن ظاهر النص إرادة المدة المساوية للأربعة أشهر من حين الوطء، لا الأربعة أشهر المتعينة.

فصل

(مسألة ١): لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين(١)،

فصل في أحكام الدخول

(١) بالنص، والإجماع، كما في كشف اللثام[١].

وإجماعاً بقسميه، ونصوصاً، كما في الجواهر[٢].

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال عليه السلام: إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة، فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين»[٣].

وفي خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين، أو عشر سنين»[٤]، ونحوه خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام[٥].

والتخيير فيهما بين الأقل والأكثر يستوجب حمل الأكثر عرفاً على الاستحباب.

وأما خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام:

---

(١) كشف اللثام ٧: ١٩٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠١، ب ٤٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

حرة كانت أو أمة، دواماً كان النكاح أو متعة(١)، بل لا يجوز وطء المملوكة(٢) والمحللة كذلك.

«قال: لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين، فإن فعل فعيبت فقد ضمن»[١]، فشاذ مهجور، يجب حمل صدره على الاستحباب، بقرينة ما سبق، إن أمكن، وإلا طرح.

(١) إجماعاً ـ أيضاً ـ بقسميه، كما في الجواهر[٢]، ويقتضيه إطلاق النصوص المتقدمة.

(٢) كما صرح به جماعة[٣].

وفي الجواهر: حكاية الإجماع عليه عن التنقيح، ومحكي النهاية، والكفاية، وظاهر المجمع[٤].

ويقتضيه إطلاق الخبرين الأخيرين المتقدّمين.

وأما ما في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال في رجل ابتاع جارية ولم تطمث، قال عليه السلام: إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عدة، وليطأها إن شاء، وإن كانت قد بلغت ولم تطمث فإن عليها العدة»[٥].

وصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال عليه السلام: ليس عليها عدة، يقع عليها»[٦]،

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣، ب ٤٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

(٣) غاية المرام ٣: ٦١/ مسالك الأفهام ٨: ٨٣/ كشف اللثام ٧: ٣٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤/ التنقيح الرائع ٣: ٢٥/ نهاية المرام ٢: ١١٨/ كفاية الأحكام ٢: ٣٧٠/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٩٢.

(٥)، (٦) وسائل الشيعة ٢١: ٨٣، ب ٣ ـ نكاح العبيد ـ حديث: ١، ٣.

وأما الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللمس بشهوة والضم والتفخيذ، فجائز في الجميع(١)، ولو في الرضيعة.

(مسألة ٢): إذا تزوج صغيرة دواماً أو متعة، ودخل بها قبل

ونحوهما غيرهما.

وهي وإن كانت واردة في الجواز من حيث الاستبراء وعدمه، لكنها ظاهرة في المفروغية عن الجواز في الصغيرة، فيقيد بها إطلاق ما سبق.

لكن من القريب حمل الصغيرة فيها على معنى: ما لا يتخوف عليها الحبل، جمعاً بينها وبين الإطلاق المتقدم.

وإن كان الإنصاف يقتضي البناء على المعارضة بين الإطلاقين، فيرجع إلى الأصل في مورد المعارضة.

ولا وجه لتعين إطلاق هذه النصوص للتصرف، ولا سيما بعد ملاحظة رواية محمد بن إسماعيل بن بزيع ـ المروية في عيون الأخبار ـ عن الرضا عليه السلام: «في حد الجارية الصغيرة السن الذي إذا لم تبلغه لم يكن على الرجل استبراؤها، قال عليه السلام: إذا لم تبلغ استبرئت بشهر، قلت: وإن كانت ابنة سبع سنين أو نحوها مما لا تحمل، فقال: هي صغيرة، ولا يضرّك أن لا تستبرئها، فقلت: ما بينها وبين تسع، فقال عليه السلام: نعم، تسع سنين»[1].

اللهم إلا أن يقال: لا مجال للعمل بها بعد ما عرفت من حكاية الإجماع على خلافها.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر[2]؛ للأصل السالم عن المعارضة.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٨٥، ب ٣ ـ نكاح العبيد ـ حديث: ١١ .

(٢) جواهر الكلام ٢١: ٤١٦.

إكمال تسع سنين فأفضاها، حرمت عليه أبداً على المشهور(١)،

(١) بل إجماعاً محكياً صريحاً عن الإيضاح، والتنقيح، وكنز الفوائد، وغاية المرام، وظاهراً في المسالك، ومحكي كشف الرموز، والمقتصر، والمهذب البارع، بل والسرائر، إن لم يكن محصلاً، كذا في الجواهر[١].

واستدل له بخبر يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال عليه السلام: إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما، ولم تحل له أبداً»[٢].

وفيه: أنه لا مجال للاعتماد عليه مع ضعف سنده، وشموله لصورة عدم الإفضاء، ودلالته على انتفاء الزوجية بمجرد الوطء، مع صراحة النصوص ببقاء الزوجية مع الإفضاء، فضلاً عن صورة عدمه، كخبر بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام «في الرجل افتض جارية ـ يعني: امرأته ـ فأفضاها، قال عليه السلام: عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، قال: وإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه، وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، إن شاء أمسك، وإن شاء طلق»[٣].

وصحيح حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل تزوج جارية بكراً لم تدرك، فلما دخل بها افتضها فأفضاها، فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٦/ إيضاح الفوائد ٣: ٧٦/ التنقيح الرائع ٣: ٢٦/ كنز الفوائد ٢: ٣٦٧/ غاية المرام ٣: ٦٠/ مسالك الأفهام ٧: ٣٤٥/ كشف الرموز ٢: ١٠٨/ المقتصر: ٢٢٧/ المهذب البارع ٣: ٢١٠/ السرائر الحاوي ٢: ٥٣١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩٤، ب ٣٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

.....

من ذلك بقليل حين افتضها، فإنه قد أفسدها، وعطلها عن الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه»[١].

ولأجل ذلك قال في كشف اللثام: «ولم نظفر بخبر يدل على التحريم بالإفضاء، وما دل على التحريم بالدخول قبل التسع ضعيف مرسل، فالأقرب ـ وفاقاً للنزهة ـ الحل»[٢].

وفي الجواهر: أنه لا يخلو من قوة[٣].

اللهم إلا أن يقال: ضعف السند منجبر بعمل الأصحاب به.

والنصوص الدالة على بقاء الزوجية مع الإفضاء ربما تنافي فتوى المشهور بالتحريم، فقد قيل: إن التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح.

أو هي مخالفة للمشهور من ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها.

فإذاً لا مجال للاعتماد عليها، فلم يبق إلا عموم المرسل، ويمكن تقييده بصورة الإفضاء؛ لظهور الإجماع على عدم التحريم بدونه.

لكن يشكل ذلك: بأن الفتوى هي أن التحريم يستند إلى الإفضاء، والمرسل ظاهر في أنه يستند إلى الدخول، فتكون الفتوى أجنبية عن المرسل، لا مقيدة له؛ لأن الإفضاء من مقارنات الدخول، لا من حالاته.

فحمل المرسل على مضمون الفتوى تصرف فيه بنحو آخر غير التقييد بعيداً جداً.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩٣، ب ٣٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١ .

(٢) كشف اللثام ٧: ١٩٣/ نزهة الناظر: ٩٦.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٧.

وهو الأحوط وإن لم تخــرج عن زوجيته(١)، وقيل بخروجها عن الزوجية أيضاً(٢)، بل الأحوط حرمتها عليه بمجرد الدخول(٣) وإن لم يفضها.

ولعله إلى ذلك أشار في الجواهر بقوله: «إنه لا يورث الفقيه ظناً»[١].

وبالجملة: الاســتدلال على فتوى المشــهور بالمرســل بعيد عن السليقة العرفية، فلاحظ.

(١) كما في الشرائع، وعن السرائر، والجامع، وغيرها[٢].

وفي كشــف اللثام: أنه الأقوى لصحيحة حمران ورواية بريد المتقدمتين، المصرحتين بذلك[٣].

(٢) لأن التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح، إذ ثمرته حل الاستمتاع.

ولما تقدم من مرسل يعقوب بن يزيد، الصريح في انتفاء الزوجية بمجرد الدخول، فضلا عن الافضاء، أو بعد حمله على الافضاء.

ولكن المرسل قد عرفت إشكاله، فلا معدل عن العمل بغيره.

(٣) فقد نسب ذلك إلى الشيخين في المقنعة والنهاية وإلى ابن إدريس[٤].

ويشهد له المرسل المتقدم.

لكن في صلاحيته لذلك تأمل، لعدم ثبوت الفتوى المذكورة، فضلا عن

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٨.

(٢) شرائع الإســلام ٢: ٢١٤/ السرائر الحاوي ٢: ٥٣١/ الجامع للشرائع: ٤٢٨/ قواعد الأحكام ٣: ٦٨٢/ الروضة البهيّة ٥: ١٠٤/ مسالك الأفهام ٧: ٦٨.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٩٣.

(٤) المقنعة: ٧٤٧/ النهاية: ٤٥٣/ السرائر الحاوي ٢: ٥٣١.

ولكـــن الأقوى بقاؤها على الزوجيـــة وإن كانت مفضاة(١) وعدم حرمتها عليه أيضاً، خصوصاً إذا كان جاهلاً(٢) بالموضوع أو الحكـــم، أو كان صغـــيراً، أو مجنونـــاً، أو كان بعـــد اندمـــال جرحها(٣)، أو طلقها ثم عقد عليها جديداً.

صلاحيتها لجبر المرسل.

(١) عملاً بالنصوص المتقدمة من دون معارض ظاهر.

مضافاً إلى أنه مقتضى الأصل، وليس ما يوجب الخروج عنه إلا المرســـل الذي لم تثبت حجيته.

ولأجل ذلك يتعين القول بعدم حرمتها عليه، لما ذكر.

(٢) فقـــد حكي في الجواهـــر عن تصريح بعضهـــم، وظاهر كثير: عدم التحريم في ذلك، حيث رتبوا الحكم على الوطء المحرم، ولما في كلام جماعة من تعليل التحريم بأنه عقوبة، وهي إنما تترتب على الحرام دون المباح[١].

لكن إطلاق الدليل على التحريم ـ لو تم ـ لا يخل به مثل ذلك.

والانصراف والتعليل ممنوعان.

(٣) اقتصاراً في التحريم على المتيقن، وهو غير هذا الفرد.

ولكن ظاهر فتوى الأصحاب العموم له، عملاً بالاستصحاب، ولذلك حكـــي القطع به عـــن الصيمري في غاية المـــرام[٢]، وعن الســـيوري: أنه أولى الوجهين[٣].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٤/ جامع المقاصد ١٢: ٣٣٣/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٦١١.

(٢) غاية المرام ٣: ٦١.

(٣) التنقيح الرائع ٣: ٢٧.

نعم يجب عليه دية الإفضـــاء وهي دية النفس(١) ففي الحرة نصف دية الرجل وفي الأمة أقل الأمرين من قيمتها ودية الحرة.

وظاهر المشهور: ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها ولم يطلقها، إلا أن مقتضى حسنة حمران وخبر بُريد المثبتين لها(٢) عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها، والأحوط ما ذكره المشهور.

وأما ما ذكر من الاقتصار على القدر المتيقن فلا يجدي في الحِل بعد جريان استصحاب التحريم.

اللهم إلا أن يشـــك في ثبوت التحريم من أول الأمر، فيبنى على الحل من الأول.

ولكنه غير محل الكلام كما لا يخفى، وكذا الكلام بناءً على البينونة.

فالعمدة حينئذٍ ملاحظة دليل الحرمة، فإن كان هو المرسل فمقتضاه بقاء الحرمة، ولو بالاستصحاب.

ومثلـــه الـــكلام فيما لـــو طلقها ثـــم عقد عليهـــا جديداً، فـــإن مقتضى الاستصحاب أيضاً بطلان العقد، إلا أن يكون الشك في الحرمة من أول الأمر.

(١) على ما ذكروه في كتاب الديات، فراجع[١]

(٢) المتقدمين آنفاً[٢]، وعن ابن الجنيد: الفتوى بمضمونهما[٣].

ولعله اعتماداً منه عليهما.

---

(١) انظر: شرائع الإسلام ٤: ٢٥٣/ تحرير الأحكام ٥: ٥٨٣/ قواعد الأحكام ٣: ٦٨٢.

(٢) في ص ١٠٨.

(٣) حكاه عنه في مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

ويجب عليه أيضاً نفقتها ما دامت حية(١) وإن طلقها، بل

لكن في الجواهر: «يجب حملها على سقوطها صلحاً، بأن تختار المقام معه بدلاً عن الدية، فإن الدية قد لزمته بالإفضاء بدلالة النص والفتوى، فلا تسقط مجاناً من غير عوض.

لأنه لو لم يحمل على الصلح فإما أن يكون المراد سقوط الدية بالعزم على الإمساك، أو بنفس الإمساك المستمر إلى الموت بأن تسقط الدية به، أو يبقى الحكم بالسقوط مراعى بالموت، فإن أمسكها حتى مات تبين السقوط من حين الإمساك، أو عدم ثبوت الدية بالإفضاء.

واللوازم ـ خصوصاً بعضها ـ في غاية البعد»[١].

والإشكال عليه ظاهر، فإنه أشبه بالاجتهاد في مقابل النص.

نعم، يمكن الإشكال: بأن النصوص مهجورة عند الأصحاب، فلا مجال للاعتماد عليها.

والدية وإن لم يصرّح بلفظها في غير الخبرين، لكن دل عليها جملة من الروايات، منها خبر غياث المتقدّم في أول الفصل[٢].

ومنها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب، فهو ضامن»[٣]، ونحوهما غيرهما.

(١) بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل قد حكى الإجماع عليه جماعة، كما في الجواهر[٤].

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٢.

(٢) في ص ١٠٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣، ب ٤٥ ـ مقدمات النكاح ـ حديث: ٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٦/ الخلاف ٤: ٣٩٥/ السرائر الحاوي ٢: ٦٠٥.

وإن تزوجت بعد الطلاق(١) على الأحوط.

ويشـــهد له صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل تزوج جارية فوقع عليها فأفضاها، قال عليه السلام: عليه الإجراء عليها ما دامت حية»[١].

وعن الإسكافي: سقوطها بالطلاق[٢].

ووجهه غير ظاهر في مقابل الإطلاق، ولا ســيما مع دعوى الإجماع على خلافه.

(١) كما هو المشهور.

وعن ابن فهد، والصيمري، وابن القطان، والإيضاح، والروضة: تقييد الحكم بما إذا لم تتزوج بغيره[٣].

وفي القواعد: «على إشكال»[٤].

لزوال الزوجية التي هي علة الوجوب، ولزوال التعطيل على الأزواج، ولأنها واجبة على الثاني، فلا تجب على الأول.

وفيه: أن ظاهر صحيح الحلبي أن علة الوجوب الإفضاء، لا الزوجية.

ومنه يظهر الإشكال في الأخير.

وأمـــا التعطيل على الأزواج فإنما ذكر في صحيح حمران[٥]، علة للدية، لا

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩٤، ب ٣٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤ .

(٢) عنه في مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

(٣) المهـذّب البـارع ٣: ٢١٢/ غاية المرام ٣: ٦١/ معالم الديـن ٢: ٥٤/ إيضاح الفوائد ٣: ٧٨/ الروضة البهيّة ٥: ١٠٥.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٣٣.

(٥) تقدّم في ص ١٠٨.

(مسألة ٣): لا فرق في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر(١).

والإفضاء أعم من أن يكون(٢) باتحاد مسلكي البول والحيض، أو مسلكي الحيض والغائط، أو اتحاد الجميع، وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأول.

للنفقة، فلا يكون انتفاؤه موجباً لانتفائها.

(١) لإطلاق النص، والفتوى.

(٢) قد اختلفت الكلمات في تفسير الإفضاء.

قال في القواعد: «وهو ـ يعني: الإفضاء ـ صيرورة مسلك البول والحيض واحداً. أو مسلك الحيض والغائط واحداً، على رأي»[١].

وظاهر مجمع البحرين: أنه جعل مسلك البول والغائط واحداً[٢]، ونحوه عن كشف الرموز[٣]، فيكون قولًا ثالثاً.

وفي الشرائع ـ في مبحث العيوب ـ وفي غيرها تفسيره: بجعل مسلكيها مسلكاً واحداً[٤]، والظاهر منه القول الثاني.

هذا ولا ريب في أن الأقوال المذكورة متقابلة مفهوماً، إنما الإشكال في أن الأحكام السابقة هل تختص بأحد هذه المعاني؟ وحينئذٍ يحتاج في تعيينه إلى دليل، أو أنها عامة للجميع.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٣.

(٢) مجمع البحرين ١: ٣٣١.

(٣) كشف الرموز ٢: ٦٦١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٤/ المختصر النافع: ٣٠٩/ إرشاد الأذهان ٢: ٢٨.

. . . . . .

ظاهر المشهور أن موضوع الأحكام المعنى الأول.

وعن صريح كلام العلامة في جملة من كتبه، وغيره: أن موضوع الأحكام الجامع بين المعنيين[١].

قال في الجواهر ـ بعد نقل كلمات الفقهاء وأهل اللغة في تفسير الإفضاء ـ: «وكيف كان، فكلام الفقهاء وأهل اللغة متفق على أن إفضاء المرأة شيء خاص، لا أن المراد به مطلق الوصل، أو التوسعة، أو الشق، أو الخلط، كي تترتب أحكامه على كل فرد من أفراد ذلك، كما هو مبنى كلام العلامة ومن تابعه.

ووجود معنى المطلق في ذلك الخاص لا يقتضي كون المراد المطلق وأن ذكر الخاص من باب المثال... إلى أن قال: نعم يبقى الكلام في تعيينه من بين الأفراد التي سمعتها أقوالاً، أو احتمالاً، ولا ريب في أن المظنون منها ما هو المشهور، للشهرة، والإجماع المنقول، وتعارف الوقوع، وغير ذلك...»[٢].

وما ذكره ﷺ في محله، لأن الجامع بين الأفراد ليس من معاني الإفضاء، كي يحمل عليه الكلام.

وحمله على المعنى اللغوي يقتضي ثبوت الأحكام له وإن كان بنحو آخر غير الأنحاء المذكورة، ولا يظن القول به من أحد.

وعليه يتعين حمله على المشهور، لحصول الوثوق بصحته، الموجب للترجيح، كما تحقق ذلك في مبحث الأخذ بقول اللغوي

---

(١) تحرير الأحكام ٥: ٥٨٣/ قواعد الأحكام ٣: ٣٣/ مختلف الشيعة ٩: ٣٩٨/ إيضاح الفوائد ٤: ٧٠٣/ التنقيح الرائع ٤: ٥٠٦/ الروضة البهيّة ٥: ١٠٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢١.

(مسألة ٤): لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبدية(١) ـ على القول بها ـ ووجوب النفقة المملوكة، والمحللة، والموطوءة بشبهة، أو زنى، ولا للزوجة الكبيرة، نعم تثبت الدية في الجميع(٢)، عدا

(١) لخروجها عن مورد النصوص، وهو الزوجة الصغيرة المفضاة بالوطء، كما نص على ذلك في الجواهر[١]، وحينئذٍ يتعين الرجوع في غيرها إلى القواعد المقتضية للعدم.

وعن العلامة وولده: تحريم الأجنبية[٢].

وعن غيرهما: تحريم الأجنبية، والأمة[٣].

وكأن الوجه في الأخير: استفادة عدم الخصوصية من مورد النص.

وفي الأول الأولوية، لأن الإثم في الأجنبية أشدّ.

أو لأن الزوجية ليست سبباً في الحرمة، لأنها سبب الحل، فلا تكون سبباً لضده، بل السبب الصغر والإفضاء، والمفروض حصولهما في الأجنبية[٤].

وهو كما ترى!.

(٢) كما في الجواهر حاكياً عن بعضهم التصريح به[٥]؛ لصحيح سليمان ابن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كسر بعصوصه، فلم يملك أسته، ما فيه من الدية؟ فقال عليه السلام: دية كاملة. وسألته عن رجل وقع بجارية

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٤.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٣/ إيضاح الفوائد ٣: ٧٨.

(٣) الروضة البهيّة ٥: ١٠٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ٧٨.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٢/ تحرير الأحكام ٥: ٥٨٤/ المهذب البارع ٣: ٢١٣.

الزوجة الكبيرة(١) إذا أفضاها بالدخول بها(٢)، حتى في الزنى، وإن كانت عالمة مطاوعة(٣) وكانت كبيرة.

وكذا لا يلحق بالدخول الإفضاء بالإصبع(٤) ونحوه، فلا تحرم عليه مؤبداً، نعم تثبت فيه الدية(٥).

(مسألة ٥): إذا دخل بزوجته بعد إكمال التسع فأفضاها لم

فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد، فقال عليه السلام: الدية كاملة»[١].

ولما رواه في الفقيه بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام: أنه عليه السلام قضى في امرأة أفضيت بالدية[٢].

(١) لما سبق من صحيح حمران وخبر بُريد[٣]، المعتضد بإجماع الخلاف[٤].

وعن الحلبيين: إطلاق لزوم الدية في الإفضاء[٥]، وهو ضعيف.

(٢) قيد للمستثنى منه.

(٣) لإطلاق الصحيح، كما نص على ذلك كله في الجواهر[٦].

(٤) كما نص عليه في الجواهر، ويظهر منه التسالم عليه[٧]؛ لخروجه عن مورد النص.

(٥) لأنها من أحكام الجناية.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٣٧١، ب ٩ ـ ديات المنافع ـ حديث: ١ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ١١١/ وسائل الشيعة ٢٩: ٣٣، ب ٢٦ ـ ديات الأعضاء ـ حديث: ١ .

(٣) تقدّما في ص ١٠٨.

(٤) الخلاف ٤: ٣٩٥.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٩٩/ غنية النزوع: ٤١٨.

(٦)، (٧) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢١ ـ ٤٢٢.

تحرم عليه ولا تثبت الدية كما مر، ولكن الأحوط الإنفاق عليها ما دامت حية(١).

(مسألة ٦): إذا كان المُفضي صغيراً أو مجنوناً ففي كون الدية

(١) كما قد يستظهر من محكي الخلاف[١]، لإطلاق صحيح الحلبي المتقدّم في الإنفاق على المفضاة[٢].

لكن في الجواهر: «المشهور بين الأصحاب شهرة عظمية كادت تكون إجماعاً على اختصاص الصغيرة بذلك»[٣].

بل ظاهر الخلاف الإجماع على ذلك[٤].

ولعل وجهه إطلاق ما في صحيح حمران وخبر بريد من قوله عليه السلام: «لا شيء عليه»[٥]، فإنه شامل للنفقة والدية معاً.

لكن يشكل ذلك بمعارضتهما بصحيح الحلبي، فإنه كما يمكن تقييده بالصغيرة يمكن تقييدهما بالدية.

بل الثاني هو المتعين؛ لثبوت النفقة في الكبيرة ما دامت في حباله.

وحينئذٍ لا يكونان متعرضين لها، فلا مانع حينئذٍ من الأخذ بإطلاق صحيح الحلبي.

---

(١) بل ادعى فيه الإجماع على عدم وجوب شيء غير المهر، كما سيأتي، إلا أن عبارته في الاستبصار (٤: ٢٩٤) ظاهرة ـ أو صريحة ـ بوجوب النفقة عليها على كل حال، فلاحظ.

(٢) تقدّم في ص ١١٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٦.

(٤) الخلاف ٤: ٣٩٥.

(٥) تقدّما في ص ١٠٨.

عليهما أو على عاقلتهما إشكال(١)، وإن كان الوجه الثاني لا يخلو عن قوة.

(١) ينشأ من إطلاق النصوص أن عليه الدية.

ومن إطلاق ما دل على أن عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة[١].

لكن العمل على الثاني متعين، لحكومته على الأول.

نعم، في الشرائع في كتاب الديات: «أن دية الإفضاء في مال المفضي؛ لأن الجناية إما عمد أو شبه عمد»[٢].

ومثله ما عن المبسوط، بل قال في محكيه: «وأحال بعضهم أن يتصور في الإفضاء خطأ محض»[٣].

لكن قال في الجواهر ـ بعد حكاية ذلك ـ: «قد يتصور في الصغير، والمجنون، والنائم، بل وفيما لو كان له زوجة قد وطأها ويعلم أن وطأها لا يفضيها، فأصاب على فراشه امرأة فأفضاها، ويعتقدها زوجته، فإنه أيضاً خطأ محض»[٤].

والفرض الأخير حكاه في كشف اللثام عن بعض المتأخرين[٥].

وكأن الوجه في تأمل المصنف في الحكم المذكور: أن الظاهر من قوله عليه السلام: «عمد الصبي وخطؤه واحد»[٦] الاختصاص بما إذا كان المورد موضوع حكمين، أحدهما في حال العمد، والآخر في حال الخطأ، مثل ما ورد في قتل العمد وقتل

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٩٠، ب ٣٦ ـ القصاص في النفس ـ حديث: ٢.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ٢٥٣.

(٣) المبسوط ٧: ١٥١.

(٤) جواهر الكلام ٤٣: ٢٧٧.

(٥) بل حكاه عن بعض المتأخرين في المبسوط ٧: ١٥١/ كشف اللثام ١١: ٤٠١.

(٦) وسائل الشيعة ٢٩: ٤٠٠، ب ١١ ـ العاقلة ـ حديث: ٢.

(مسألة ٧): إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الافضاء ضمن أرشه، وكذا إذا حصل مع الافضاء عيب آخر يوجب الأرش أو الدية ضمنه مع دية الافضاء.

(مسألة ٨): إذا شك في إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطؤها، لاستصحاب الحرمة السابقة(١)، فإن وطأها مع ذلك فأفضاها ولم يعلم بعد ذلك أيضاً كونها حال الوطء بالغة أو لا لم تحرم أبداً ولو على القول بها لعدم إحراز كونه قبل التسع(٢) والأصل لا يثبت ذلك.

الخطأ، ولا يشمل المورد الذي كان الدليل فيه للجامع بين العمد والخطأ، مثل المقام، ونحو قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن، وكذا الضمان باليد مما لم يكن العمد فيه قد أخذ موضوعاً للضمان.

وفيه: أن ذلك مسلم في مثل الحديث الشريف، لا في مثل ما في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «كان أمير المؤمنين يجعل جناية المعتوه على عاقلته خطأ كان أو عمداً»[1].

نعم، لم أقف على مثل ذلك في الصبي.

وبالجملة: فالإشكال يتم إذا لم يستفد من الأدلة ما يقضي بالتفصيل بين العمد والخطأ.

(١) أو لاستصحاب الموضوع، وهو عدم البلوغ، لأن موضوع الحرمة ما لم يأت لها تسع سنين، وهو عدمي.

(٢) فإن الرواية الدالة على الحرمة الأبدية قد جعل موضوعها الوطء قبل

---

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٤٠٠، ب ١١ ـ العاقلة ـ حديث: ١ .

نعم يجب عليه الدية(١) والنفقة عليها ما دامت حية(٢).

التسع، والقبلية صفة وجودية لا يمكن إحرازها بالأصل، بل الأصل عدمها، فينتفي به كونها قبل التسع، ولذلك تنتفي الحرمة الأبدية، لأن موضوعها الموطوءة قبل التسع وهو منتف.

وفيه: أن المراد من كونها قبل التسع: أنها لم تبلغ التسع، لا أن يكون بعدها تسع، كي يكون وجودياً، وإلا جاز وطؤها قبل التسع مع الشك في بلوغها التسع بعد ذلك، لعدم إحراز القيد الوجودي المذكور، وهو كما ترى!.

وبالجملة: لا ينبغي التأمل في كون القيد المذكور عدمياً فيثبت بالأصل.

(١) لأن موضوعها ـ في صحيح حمران المتقدم[١] ـ من لم تبلغ التسع، فيمكن إثباته بالأصل.

ويشكل بأن المذكور في خبر بريد: أن موضوع الدية أن يدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين.

فإذا كان الوصف المذكور وجودياً ـ حسبما ذكره سابقاً ـ كان مقيداً لإطلاق صحيح حمران.

فإذا لم يمكن إثباته بالأصل كان المرجع أصل البراءة من وجوب الدية.

(٢) كأنه لعموم صحيح الحلبي المتقدم[٢].

والكبيرة على تقدير خروجها عنه ـ يكون خروجها بالإجماع، وهو مخصص لبي، فمع الشك من جهة الشبهة الموضوعية يرجع إلى العموم.

---

(١) في ص ١٠٨، وكذلك خبر بريد.

(٢) في ص ١١٤.

(مسألة ٩): يجري عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة(١) من حرمة الخامسة، وحرمة الأخت واعتبار الإذن في نكاح بنت الأخ والأخت، وسائر الأحكام، ولو على القول بالحرمة الأبدية، بل يلحق به الولد(٢) وإن قلنا بالحرمة لأنه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض.

(مسألة ١٠): في سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حية بالنشوز إشكال؛ لاحتمال كون هذه النفقة لا من باب انفاق الزوجة(٣)، ولذا تثبت بعد الطلاق، بل بعد التزويج بالغير.

وكذا في تقدمها على نفقة الأقارب(٤).

---

(١) كما نص على ذلك وعلى أنه لا إشكال في التوارث بينهما في الجواهر[١]، بناءً على بقائها على الزوجية، كما تقدم.

والوجه فيه عموم أدلة الأحكام المذكورة.

(٢) كما في الجواهر، لقاعدة الفراش[٢].

(٣) الذي يقتضيه إطلاق النص هو ثبوت النفقة في حال النشوز، وإن كانت من قبيل نفقة الزوجية، فإنه لا مانع من أن يكون الافضاء موجبا لاستمرارها حتى في حال النشوز.

فيتعين العمل بإطلاق النص.

(٤) يعني: أنه أيضاً محل إشكال؛ لأن الوجه في تقديم نفقة الزوجة الإجماع، وهو غير حاصل في المقام.

---

(١)، (٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٥.

وظاهر المشـــهور أنها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج(١) أيضاً، لكن يحتمل بعيداً عدم سقوطها بموته.

والظاهر عدم سقوطها بعدم تمكنه، فتصير ديناً عليه، ويحتمل بعيداً سقوطها.

وكذا تصير ديناً إذا امتنع من دفعها مع تمكنه، إذ كونها حكماً تكليفياً صرفاً بعيد.

هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق، وإلا فما دامت في حباله الظاهر أن حكمها حكم الزوجة.

وأمـــا مجرد كونها ديناً مالياً فلا يكفي في وجـــوب التقديم، ولذا لا يقدّم الدين على نفقة الأقارب، بل نفقة الزوجة إذا صارت ديناً بالفوات لا تقدّم على نفقة الأقارب.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر، وقال: «كما هو واضح»[1]، ولم يستدل عليه بشيء.

وكأن وجهـــه: أن التعبير بالإجراء ـ في الصحيح ـ ظاهر في أن اشـــتغال الذمـــة به تدريجي، فيختص بحال الحياة، لا أنه تشـــتغل الذمة بتمام النفقة مدة العمر، كي تكون كسائر الديون، وتتعلق بتركته.

وإلا لزم ثبوت أمرين عليه: نفقة الزوجية تدريجاً، ونفقة الإفضاء دفعة، ولا يظن الالتزام بـــه، فإن ظاهر الصحيح تشريع اســـتمرار الإنفاق ما دامت حية، لا تشريع أصل الإنفاق، مضافـــاً إلى تشريع نفقة الزوجية، بحيث تكون

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٨.

.....

عليه نفقتان.

ولذلك جعل المصنف رحمه الله احتمال عدم السقوط بموته بعيداً.

وبالجملة: الظاهر من الصحيح الحكم باستمرار نفقة الزوجية ما دامت حية، فيكون لها ما لنفقة الزوجية من الأحكام، ومنها السقوط بالموت، وعدم السقوط بعدم التمكن، تكون ديناً عليه.

وكذا إذا امتنع من أدائها مع عجزه أو قدرته.

نعم، السقوط بالنشوز وإن كان من أحكام نفقة الزوجية لا يثبت في المقام، لظهور الصحيح في الاستمرار المنافي للسقوط.

والسقوط بالموت من باب عدم الثبوت، لا من باب السقوط، فلا يقاس على السقوط بالنشوز.

ومن ذلك يظهر الوجه في قول المصنف: «إذ كونها حكماً تكليفياً صرفاً بعيد».

وكذا ما ذكره بقوله: «الظاهر أن حكمها حكم الزوجة».

فصل

لا يجـــوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع(١)، حراً كان أو

فصل

(١) إجماعاً، بل حكى غير واحد عليه إجماع المسلمين[١].

قال في المسالك: «لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام»[٢].

وفي الجواهر: دعوى الضرورة من الدين عليه، وما عن طائفة من الزيدية من جواز نكاح تسع، لم يثبت، بل المحكي عن مشايخهم البراءة من ذلك[٣]، انتهى.

وقد وردنا في هذه الأيام من العلويين في اللاذقية ســؤال عن ميت مات عن ثمان، ولعله لم يكن عن اعتقاد المشروعية.

وتشهد به النصوص، كمصحح زرارة بن أعين، ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا جمع الرجل أربعاً وطلّق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلّق، وقال عليه السلام: لا يجمع ماءه في خمس»[٤]، ونحوه غيره.

ويستفاد مما ورد فيمن تزوج خمساً بعقد واحد.

---

(١) الخلاف ٤: ٢٩٣/ تذكرة الفقهاء ٢٤: ٢١٨/ جامع المقاصد ١٢: ٣٧٣/ نهاية المرام ١: ١٧٤/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٦١٧/ رياض المسائل ١١: ٢٤٠.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٤٧.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠/ الخلاف ٤: ٢٩٣/ حلية العلماء ٢: ٨٦٩.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٥١٨، ب ٢ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ١ .

. . . . . .

وفيمن كان عنده ثلاث نسوة فتزوج اثنتين في عقد.

وفي الكافر إذا أسلم وعنده أكثر من أربع[١].

ومما ورد فيمن كانت عنده أربع زوجات فماتت إحداهن[٢]، فتأمل.

ثم في جملة من النصوص المشار إليها ذكر الماء، فيختص بحرمة الوطء والإنزال في أكثر من أربع، ولا يمنع من أصل التزويج بالأكثر.

لكن الظاهر أن المراد الكناية عن حلية الوطء، فتأمل.

وفي المسالك: «الأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثُلاَثَ وَ رُبَاعَ﴾[٣].

وتبعه عليه في الجواهر، بقرينة «أن الأمر فيها للإباحة، ومقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحريم ما زاد عليها، إذ لو كان مباحاً لما خص الجواز بها، لمنافاته للامتنان، وقصد التوسع في العيال.

ولأن مفهوم إباحة الأربع حظر ما دون الأربع، أو ما زاد عليها، والأول باطل بتجويز الثلاث فيها صريحاً، فيتعين الثاني... ثم قال: فمن الغريب دعوى بعض الناس عدم دلالة الآية على تحريم ما زاد»[٤].

والإشكال عليه ظاهر، إذ ليس هو إلا تمسك بمفهوم العدد، والتحقيق خلافه.

---

(١) انظر له وما قبله: وسائل الشيعة ٢٠: ٥٢٢ ـ ٥٢٤، ب ٤، ٥، ٦ ـ ما يحرم باستيفاء العدد.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٥١٩، ب ٣ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ٥.

(٣) سورة النساء: ٣/ مسالك الأفهام ٧: ٣٤٧.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٣.

عبـــداً، والزوجة حرة أو أمة(١)، وأما في الملك والتحليل: فيجوز ولو إلى ألف(٢).

(١) كل ذلك لإطلاق الأدلة.

(٢) بلا خلاف بين المسلمين، كما في الجواهر[١].

وفي كشف اللثام: «اتفاقاً من المسلمين»[٢].

وفي المسالك: «هو موضع وفاق من جميع المسلمين»[٣].

ويقتضيه إطلاق الأدلة، مضافاً إلى خبر إســماعيل بن الفضل الهاشــمي قال: «ســألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: إلق عبد الملك ابن جريح[٤]... إلى أن قــال: وكان فيما روى لي فيها ابن جريح أنه ليس فيها وقت ولا عدد، إنما هي بمنزلة الإماء يتزوج منهن كم شاء»[٥].

وصحيــح ابن أذينة عن أبي عبد الله عليه السلام: قلت لــه: لكم يحل من المتعة؟ قال: فقال: هن بمنزلة الإماء»[٦]، ونحوهما غيرهما.

وإلى ما ورد في العبد المأذون من مولاه، وأنه يتسرّى ما شــاء إذا كان أذن له مولاه[٧].

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٨.

(٢) كشف اللثام ٧: ٢١٤.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٣٤٨.

(٤) كــذا في المطبوع تبعاً للأصل، وقد ضبطه العلامة في الخلاصة (٢٤٠): «بالجيم قبل الراء وبعد الياء»، فلاحظ.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ١٩، ب ٤ ـ المتعة ـ حديث: ٨.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

(٧) انظر: وسائل الشيعة ٢٠: ٥٢٧، ب ٩ ـ ما يحرم باستيفاء العدد.

وكذا في العقد الانقطاعي(١).

(١) على المشهور بين أصحابنا، كما في المسالك[١].

وفي الجواهر: «بلا خلاف معتدٍّ به فيه بيننا»[٢].

وعن الحلي: الإجماع عليه[٣].

ويشهد له كثير من النصوص، منها ما تقدّم في الإماء.

وفي موثق زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «ذكرت له المتعة أهي من الأربع؟ فقال: تزوج منهن ألفاً، فإنهن مستأجرات»[٤].

وصحيحه: «قلت ما يحل من المتعة؟ قال عليه السلام: كم شئت»[٥]، ونحوها غيرها.

نعم، في موثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن المتعة، فقال: هي أحد الأربع»[٦].

وفي المسالك: أنها حملت على الاستحباب، جمعاً بينها وبين ما سبق[٧].

وعن ابن البراج: العمل به[٨].

وفي المسالك: عن المختلف أنه اقتصر على حكاية الشهرة، «ولم يصرح بمختاره، وعذره واضح»[٩].

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٤٨.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٨.

(٣) السرائر الحاوي ٢: ٦٢٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ١٨، ب ٤ ـ المتعة ـ حديث: ٢ .

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٣ .

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ١٠ .

(٧)، (٩) مسالك الأفهام ٧: ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٨) المهذب ٢: ٢٤٣

. . . . . .

ولكنه غير ظاهر، فإنه حكى عن المشهور عدم انحصار المتعة في عدد، ثم حكى عن ابن البراج ما سبق.

ثم قال: «لنا الأصل، وما رواه زرارة في الصحيح...»، ثم ذكر غيره من النصوص الدالة على المشـــهور، ثم استدل لابن البراج بما سبق، ثم ذكر جواب الشيخ عنه بأنه ورد احتياطاً، لا حظراً[١].

وظاهره موافقة المشهور، لا التوقف.

وكيـــف كان، فلا مجال للأخذ بالموثق بعد إمكان الجمع العرفي بينه وبين ما سبق بالحمل على الاستحباب، أو على التقية، كما يظهر من صحيح البزنطي عن الرضا عليه السلام: «قال أبو جعفر: اجعلوها من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ فقال عليه السلام: نعم»[٢].

وصحيحه الآخر المروي عن قرب الإســـناد عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن المتعة... إلى أن قال: وسألته من الأربع هي؟ فقال عليه السلام: إجعلوها من الأربع على الاحتياط، قـــال: وقلت له: إن زرارة حكى عن أبي جعفر عليه السلام إنما هن مثل الإماء، يتزوج منهن ما شاء، فقال عليه السلام: هي من الأربع»[٣].

فإن الظاهر من الاحتياط: الاحتياط في المحافظة على نفســـه وماله؛ لأن التزويج بالخمس لا يصح دواماً، والمتعة ممنوعة عند المخالفين.

ويحتمل أن يكون المراد: الاحتيـــاط في المحافظة على ملاكات الأحكام،

---

(١) مختلف الشيعة ٧: ٢٣٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠، ب ٤ ـ المتعة ـ حديث: ٩.

(٣) قرب الإسناد ٣٦٢/ المصدر السابق ـ حديث: ١٣.

ولا يجوز للحر أن يجمع بين أزيد من أمتين(١)، ولا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرتين(٢).

لكنه بعيد.

وعلى كل حال فالصحاح المذكورة بمنزلة الحاكم على الموثق، فلا مجال للعمل بظاهره.

على أنه مهجور، ومعارض بما هو أصح سنداً، وأكثر عدداً، وأوضح دلالة، فلا مجال لتقديمه على غيره.

(١) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر[١].

وفي الرياض: «بإجماعنا، حكاه جماعة من أصحابنا»[٢].

واستدل له بمصحح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل له امرأة نصرانية، له أن يتزوج عليها يهودية؟ فقال: إن أهل الكتاب مماليك للإمام، وذلك موسع منا عليكم خاصة، فلا بأس أن يتزوج، قلت: فإنه يتزوج عليهما أمة؟ قال عليه السلام: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء»[٣].

لكن في دلالة: «لا يصلح» على المنع نظر.

(٢) بلا خلاف ظاهر.

لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «عن العبد يتزوج أربع حرائر؟ قال عليه السلام: لا، ولكن يتزوج حرّتين، وإن شاء أربع إماء»[٤].

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٥.

(٢) رياض المسائل ١١: ٢٤١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٥١٨، ب ٢ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ٢.

(٤) المصدر السابق ٢٠: ٥٢٥، ب ٨ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ١.

وعلى هذا فيجوز للحر أن يجمع بين أربع حرائر(١)، أو ثلاث وأمة، أو حرتين وأمتين، وللعبد أن يجمع بين الأربع إماء، أو حرة وأمتين، أو حرتين، ولا يجوز له أن يجمع بين أمتين وحرتين(٢) أو

وخبر الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن المملوك ما يحل له من النساء؟ فقال عليه السلام: حرتان، أو أربع إماء»[١].

وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «لا يجمع العبد المملوك من النساء أكثر من حرتين»[٢]، ونحوها.

(١) تقتضي الأدلة الأولية جواز ذلك، وكذا الفرضان اللذان بعده، وكذا الصور المذكورة للعبد.

(٢) فإن الجمع بينها مخالفة لصحيح محمد بن مسلم.

وكذا مرسل الفقيه: «يتزوج العبد حرتين أو أربع إماء أو أمتين وحرة»[٣].

ومنهما يظهر: أنه لا يجوز أن يجمع بين حرتين وأمة.

قال في الشرائع: «إذا استكمل العبد أربعاً من الإماء، أو حرتين، أو حرة وأمتين، حرم عليه ما زاد»[٤]، ومثله كلام غيره[٥]، وادعي عليه الإجماع في كلام جماعة كثيرة[٦].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٥٢٦، ب ٨ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ٢ .

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤ .

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧١/ المصدر السابق ٢١: ١١٢، ب ٢٢ ـ نكاح العبيد ـ حديث: ١٠ .

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٧.

(٥) المبسوط ٤: ٢١٤/ قواعد الأحكام ٣: ٣٧.

(٦) الخلاف ٤: ٢٩٥/ غنية النزوع: ٣٥٠/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٥٣/ اللمعة الدمشقية: ١٧٩/ جامع المقاصد ١٢: ٣٨٢/ الروضة البهيّة ٥: ٢٠٦/ نهاية المرام ١: ١٦٣.

ثــلاث حرائر، أو أربع حرائر(١)، أو ثلاث إماء وحرة(٢) كما لا يجوز للحر أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء وحرة(٣).

(مسألة ١): إذا كان العبد مبعضاً أو الأمة مبعضة ففي لحوقهما بالحر أو القن إشكال، ومقتضى الاحتياط: أن يكون العبد المبعض كالحر بالنسبة إلى الإماء فلا يجوز له الزيادة على أمتين، وكالعبد القن بالنسبة إلى الحرائر، فلا يجوز له الزيادة على حرتين وأن تكون الأمة المبعضة كالحرة بالنســبة إلى العبد، وكالأمة بالنسبة إلى الحر(٤).

---

(١) لما سبق.

(٢) للمرسل السابق.

وصحيح محمد بن مسلم لا يدل على المنع فيه.

(٣) لمصحح أبي بصير السابق.

(٤) قال في القواعد: «والمعتق بعضهــا كالأمة في حق الحر، وكالحرة في حــق العبد، والمعتق بعضه كالحر في حق الإمــاء، وكالعبد في حق الحرائر»[١]، ونحوه كلام غيره[٢].

وعللوه بالاحتياط، وتغليب جانب الحرمة[٣].

ولكــن قال في الجواهــر: «لا ريب في أنه أحــوط، وإن كان لا يخلو من بحــث، إن لم يكن إجماعاً، خصوصاً في التبعيــض اللاحق للتزويج، الذي قد

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٤: ٢٥٣، ٢٦٠/ تحرير الأحكام ٣: ٤٧٥.

(٣) تحرير الأحكام ٣: ٤٧٥.

بل يمكن أن يقال: إنه بمقتضى القاعدة، بدعوى أن المبعض حر وعبد، فمن حيث حريته لا يجوز له أزيد من أمتين، ومن حيث عبديته لا يجوز لـه أزيد من حرتين(١)، وكذا بالنسـبة إلى الأمة المبعضة.

يتعارض فيه الاحتياط»[1].

وفي الرياض: «لعل ذلك تغليب للحرمة، كما يستفاد من بعض المعتبرة: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال»، فتأمل»[2].

وقاعدة التغليب غير ثابتة.

والروايـة إما محمولة على الشـبهة المحصورة، أو عـلى صورة المزج بين الحرام والحلال، ولولا ذلك لأشكل الحكم في كثير من الموارد، كما لا يخفى.

(١) **لا يقـال**: إنه يقع التزاحم بين الحريـة المقتضية لعدم جواز أزيد من أمتين، وبين العبدية المقتضية لجواز أربع إماء.

وكذا بالنسـبة إلى الحرائر، فإن العبدية تقتضي المنع من أزيد من حرتين، والحرية مقتضية لجواز أزيد من حرتين.

فإنـه يقال: التزاحم بينهما من قبيل التزاحـم بين المقتضي واللا مقتضي، فإن اقتضاء الحرية لجواز أربع حرائـر بمعنى عدم اقتضائها للمنع من أزيد من حرتين، وكذلك اقتضاء العبدية لجواز أربع إماء بمعنى عدم المقتضي للمنع عن ذلك، ومع تزاحم المقتضي واللا مقتضي يكون العمل والأثر للمقتضي.

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٨.

(٢) رياض المسائل ١٠: ٢١٨/ المصنف لعبد الرزاق ٧: ١٩٩، بأدنى تفاوت.

إلا أن يقـــال: إن الأخبار الدالة على أن الحر لا يزيد على أمتين والعبد لا يزيد على حرتين منصرفة إلى الحر والعبد الخالصين(١)، وكذا في الأمة.

فالمبعض قســـم ثالث خارج عن الأخبار، فالمرجع عمومات الأدلة على جـــواز التزويج، غايـــة الأمر عدم جـــواز الزيادة على الأربع، فيجوز له نكاح أربع حرائر، أو أربع إماء.

ثم إن هذا التوجيه مبني على أن يكون المراد من الحر والعبد الطبيعة، ولو في جزء الفرد، فيكون المراد من العبد ما هو أعم مما كان بعضه عبداً، والمراد من الحر ما هو أعم مما كان بعضه حراً، وسيأتي الكلام فيه.

(١) لا ينبغي التأمل في أن صفة الحرية والرقية من الصفات القائمة بتمام الموضوع، فالحر من يكون تمامه حراً، والعبد من يكون تمامه عبداً، وهو المعنى الحقيقي للفظ.

فمن يكون بعضه حراً وبعضه عبداً خارج عن موضوع الحر والعبد، فلا يجري عليه حكم أحدهما.

فمن الغريب ما في بعض الحواشي على المقام من أنه لو ســـلم الانصراف فكونه من الانصرافات البدوية ظاهر[1]، انتهى.

فإن من يكون بعضه حراً إنما الحر بعضه لا كله، وكذلك من يكون بعضه عبداً إنما العبد بعضه لا كله، ومن المعلوم أن موضوع الأحكام في الأدلة الإنسان الحر أو العبد، والمبعض لا حر ولا عبد، بل بعضه حر وبعضه عبد.

---

(١) العروة الوثقى ٥: ٥١٧، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

لكنه بعيد من حيث لـــزوم كونه أولى من الحر الخالص(١)، وحينئذٍ فلا يبعـــد أن يقال: إن المرجع الاســـتصحاب، ومقتضاه إجراء حكم العبد والأمة عليهما(٢).

ودعوى: تغير الموضوع، كما ترى(٣).

فتحصـــل: أن الأولى الاحتياط الـــذي ذكرنا أولاً، والأقوى العمل بالاستصحاب وإجراء حكم العبيد والإماء عليهما.

---

(١) لم يتضح بطلان اللازم المذكور، إذ من الجائز أن يكون الوجه في عدم تزويج الحر بأربع إماء كرامته، وهي مفقودة في المبعض.

وأن يكون الوجه في عـــدم تزويج العبد بأربع حرائر نقصه، وهو مفقود في المبعض أيضاً.

(٢) فله أن يتزوج بأربع إماء، وللعبد أن يتزوج أربعا منها.

(٣) لما عرفت مراراً من أن المعيار في تبدل الموضوع العرف، بحيث تكون القضية المشكوكة غير القضية المتيقنة عرفاً، ومن المعلوم أن تحرير بعض القن لا يستوجب ذلك.

نعم، يمكن الإشكال في الاستصحاب بأنه تعليقي؛ لأن معنى جواز عقده عـــلى أربع إماء حال الرقية: أنه لو عقد ترتب أثر الزوجية عليه، فاســـتصحاب ذلك إلى حال حرية بعضه معارض ـ على التحقيق ـ بالاستصحاب التنجيزي، وهو أصالة عدم ترتب الأثر.

فالمرجع لا بد أن يكون دليلاً آخر، وهو إما أصالة حرمة الوطء بناءً على أصالة الحرمة في الفروج، أو أصالة إباحة الوطء، فيتحد مفاد الأصل مع مفاد

(مسألة ٢): لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق وصار حراً، لم يجز إبقاء الجميع، لأن الاستدامة كالابتداء(١)، فلا بد من طلاق الواحدة أو الاثنتين، والظاهر كونه مخيراً بينهما كما في إسلام الكافر(٢) عن أزيد من أربع.

الاستصحاب في الأثر المذكور، وإن كان يختلف معه بالنسبة إلى الآثار الأخرى، فإن مقتضى الاستصحاب وجوب الإنفاق على الإماء الأربع لو عقد عليهن، ومقتضى أصل البراءة العدم.

وكذلك بالنسبة إلى التوارث.

هذا بالنسبة إلى التزويج بأربع إماء الذي كان جائزاً له قبل التبعض.

وأما بالنسبة إلى عدم جواز تزويج أربع حرائر، فالأصل المذكور يتحد مع أصالة عدم ترتب الأثر، فلا بأس بالرجوع إليه، ويحكم حينئذٍ بحرمة التزويج بأربع حرائر.

وبالجملة فالاستصحاب المذكور إن أشكل جريانه فهو من هذه الجهة.

لكن عرفت أن النوبة لا تنتهي إليه بعد إمكان الرجوع إلى عمومات الحل.

(١) هذا مما لا إشكال فيه ظاهر؛ لإطلاق دليل المنع.

(٢) فإنه لا إشكال عندهم في ثبوته فيه.

ويشهد له خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في مجوسي أسلم وله سبع نسوة، وأسلمن معه، كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً»[1].

ويؤيده ـ أو يعضده ـ ما ورد فيمن تزوج خمساً بعقد واحد، وفيمن تزوج

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٢٤، ب ٦ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ١.

ويحتمل القرعة(١)، والأحوط أن يختار هو القرعة بينهن.

الأختين بعقد واحد، كصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة، قال عليه السلام: يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الأخرى.

وقال في رجل تزوج خمساً في عقدة واحدة، قال عليه السلام: يخلي سبيل أيتهن شاء»[١].

والأخير وارد في الابتداء، وجريانه في الاستدامة أولى، بل الأول أيضاً وارد في الاستدامة بلحاظ إقرار الزوج على ما يراه في مذهبه، ولكنه في الحقيقة وارد في الابتداء؛ لأن الإقرار لا يقتضي أكثر من المعاملة معه معاملة الصحيح، من دون حصول الصحة واقعاً.

(١) هذا الاحتمال ذكره جماعة فيما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع ومات قبل الاختيار.

وأشكل عليه: بأن القرعة إنما تكون طريقاً إلى تعيين الواقع المتعين في نفسه، والمفروض عدمه[٢]، ولذا اختار بعضهم في تلك المسألة التوقف حتى يصطلح الورثة[٣].

وبعضهم اختار القسمة بالسوية، نظير ما لو تداعيا مالاً معيناً[٤].

والإشكال على الأخير ظاهر؛ لاختصاص الدليل بصورة التداعي، والمفروض عدمه.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٨، ب ٢٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ١١٩/ غاية المراد ٣: ١٧٣/ جامع المقاصد ١٢: ٤٧١.

(٣) المبسوط ٤: ٢٣٢/ قواعد الأحكام ٣: ٤٧/ جامع المقاصد ١٢: ٤٧٠/ مسالك الأفهام ٧: ٣٩٨.

(٤) غاية المراد ٣: ١٧٣.

. . . . . .

ويشكل ما قبله: بأن تصالح الورثة تابع لاستحقاقهم، وهو غير ظاهر.

ومن هنا قوّى في الجواهر القرعة، مانعاً اختصاصها بصورة تعيين الواقع المتعين في نفسه، لإطلاق أدلتها من الآية، والرواية[١].

أقول: المراد من الآية قوله تعالى في سورة آل عمران: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾[٢].

أو قوله تعالى في سورة الصفات: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾[٣].

وأما الرواية: فمنها رواية محمد بن حكيم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن شيء، فقال لي: كل مجهول ففيه القرعة، قلت له: إن القرعة تخطئ وتصيب، قال عليه السلام: كلما حكم الله به فليس بمخطئ»[٤].

وعن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام، وأبي جعفر عليه السلام، وأبي عبد الله عليه السلام: إنهم أوجبوا القرعة فيما أشكل.

وقال أبو عبد الله عليه السلام: «وأي حكم في الملتبس أثبت من القرعة؟! أليس هو التفويض إلى الله جل ذكره؟»[٥].

وخبر عبد الرحيم ـ المروي في كتاب الاختصاص للمفيد رحمه الله ـ: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إن علياً عليه السلام كان إذا ورد عليه أمر لم يجئ فيه كتاب ولا سنة رجم فيه، يعني: ساهم فأصاب، ثم قال: يا عبد الرحيم وتلك من المعضلات»،

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٨٥.

(٢) سورة آل عمران: ٤٤.

(٣) سورة الصافات: ١٤١.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٠، ب ١٣ ـ كيفية القضاء ـ حديث: ١١.

(٥) دعائم الإسلام ٢: ٥٢٢.

.....

وقريب منه خبره الآخر[١].

وصحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يكون له المملوكون فيوصي بعتق ثلثهم، قال عليه السلام: كان علي عليه السلام يسهم بينهم»[٢].

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل قال أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعاً، قال عليه السلام: يقرع بينهم ويعتق الذي خرج اسمه»[٣]، ونحوها غيرها، ذكرها في الوسائل في أواخر مباحث القضاء[٤].

وقد ذكر في ذلك الباب أخباراً كثيرة متضمنة لجريان القرعة أيضاً فيما له تعين واقعاً، فلاحظه.

لكن يشكل الاستدلال بالآيتين الشريفتين على جريانها فيما لم يكن له تعين واقعاً..

أولاً: لاحتمال أنه من باب التراضي والاتفاق منهم على ذلك، لا من باب أنه حجة شرعية يرجع إليها على كل حال، كما لو اتفقوا على ترجيح الأكبر سناً، أو الأقوى بدناً، أو نحو ذلك.

وثانياً: أنه يتوقف على أن التنازع في موردهما لم يكن في تعيين الأولى، وهو غير ظاهر، بل يظهر من بعض الأخبار الواردة في تفسير الآية الثانية: أن الراكبين في السفينة علموا أن الخطر الوارد على السفينة كان من جهة أن فيها

---

(١) الاختصاص: ٣١٠/ بصائر الدرجات: ٤٠٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦١، ب ١٣ ـ كيفية القضاء ـ حديث: ١٦ .

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ١٥ .

(٤) المصدر السابق ٢٧: ٢٥٧، باب ١٣ ـ كيفية القضاء.

. . . . . .

عبداً آبقاً، واختلفوا في تعيينه[١].

نعم، المذكور في الروايات أن النزاع في كفيل مريم عليها السلام كان بين أنبياء[٢]، ويمتنع أن يكون نزاعهم في أمر مجهول، بل يكون حالهم حال المتسابقين إلى الخير.

لكن لا عموم في الآيـة؛ لورودها في مورد خـاص، والتعدّي منه غير ظاهر.

ومن ذلك يشـكل الاستدلال بالنصوص الأخيرة، فإنها واردة في موارد خاصة لا يستفاد منها العموم.

فلم يبق إلا العمومات المسـتفادة من النصوص المتقدمة مثل: إن القرعة في كل مجهول، الذي يظهر من محكي الخلاف، وقواعد الشهيد الإجماع عليه[٣]، أو: أنها لكل أمر مشـكل، كما هو المذكور في كلام الفقهاء[٤]، وإن لم أقف على نص فيه غير ما تقدَّم عن الدعائم، وإنما حكي عن رواية المخالفين[٥].

نعم، نسبه في جامع المقاصد إلى قولهم عليهم السلام[٦].

ومثله: «القرعة لكل أمر مشتبه»[٧].

لكن قول الراوي في الرواية الأولى: «قلت له: إن القرعة تخطئ وتصيب»

(١) تفسير القمي ١: ٣١٧ـ٣١٨/ بحار الأنوار ١٤: ٣٨٠.

(٢) تفسير العياشي ١: ١٧٠.

(٣) الخلاف ٣: ٢٩٨/ القواعد والفوائد ٢: ١٨٣.

(٤) مسالك الأفهام ٣: ٤٠٠/ الحدائق الناضرة ١٣: ٣٢٧/ مصابيح الظلام ٧: ٣٥.

(٥) لم أعثر عليه عاجلًا.

(٦) جامع المقاصد ١٢: ١٧٣.

(٧) الروضة البهيّة ٦: ٢٩٢/ مسالك الأفهام ١٣: ٢٤٣.

.....

ظاهر في وروده فيما له تعين واقعي، لأنه الذي يتصور فيه الخطأ والصواب.

ولا ينافيه قوله عليه السلام في الجواب «كلما حكم الله تعالى به فليس بمخطئ»؛ لأن الظاهر منه أنه ليس بمخطئ باعتبار أنه حكم الله، ولو ظاهراً.

بل لعل منصرف «المجهول» ما له تعين واقعي وجهل تعيينه، فالبناء على عموم الرواية لما نحن فيه غير ظاهر.

مضافاً إلى أن البناء على إطلاقه يوجب سقوط جميع أدلة الأصول.

فلا بد أن يكون المراد من المجهول معنى غير الظاهر، فيكون مجملاً.

وكذلك «المشكل»، و«الملتبس» المذكوران في رواية الدعائم، فإنهما وإن كانا شاملين لما نحن فيه، لكن الأخذ بعموم مفهومهما مشكل، ولا سيما بملاحظة ما رواه المفيد في كتاب الاختصاص.

فيتعين حملهما على ما لا مخرج فيه، بنحو لا تفي الأدلة فيه، بل لعله المنصرف إليه منهما، فلا تشمل ما نحن فيه؛ لأنه إذا فهم من أدلة الاختيار الواردة في الموارد المتقدمة العموم لما نحن فيه، فلا إشكال ولا التباس، وإن لم يمكن استفادة حكم ما نحن فيه منها، كان المرجع قاعدة امتناع الترجيح بلا مرجح، ومقتضاها البطلان في الجميع.

نعم، لو أمكن البناء على بطلان العقد في أمتين، وصحته في أمتين، على وجه الترديد، كان الرجوع إلى القرعة في محله، للإشكال الذي لا يمكن التخلص فيه إلا بالرجوع إلى القرعة.

لكن ذلك ممتنع؛ لامتناع قيام الزوجية في الفرد المبهم.

. . . . . .

نعم، لا يبعد صدق المشكل فيما إذا اشتبهت المطلقة أو المعقود عليها بين اثنتين أو أكثر، فإن الرجوع إلى القواعد في حرمة الوطء، أو النظر، لا يوجب إشكالاً، لكن الرجوع إليها في بقية الأحكام من النفقات، وحق القسم، والتوارث، ونحوها، مما يوجب الإشكال، فيرجع فيه إلى القرعة.

وكذا إذا تردد مالك العين بين الشخصين، لتعذر الرجوع إلى القواعد فيه.

ولعل منه مصحح محمد بن عيسى عن الرجل عليه السلام في الشاة الموطوءة إذا اشتبهت في قطيع غنم، من أنه إن عرفها ذبحها وأحرقها، وإن لم يعرفها قسم القطيع نصفين، وأقرع بينهما، ثم لا يزال يقرع حتى يقع السهم على واحدة[1].

فإن وجوب الاحتياط بترك جميع الغنم وإن كان ممكناً، لكن لزوم الضرر المنفي في الشريعة يستوجب الدوران بين محذورين، فيكون من المشكل الذي يرجع فيه إلى القرعة أيضاً.

لكن ظاهر الفقهاء أن الفتوى بذلك اعتماداً على الخبرين الواردين فيه، لا لعمومات القرعة.

بل ظاهرهم عدم الرجوع إلى القرعة عند تزاحم حقوق الله تعالى، مثل تزاحم الواجبات، أو المحرمات، أو الواجب والحرام، حتى فيما لو كان هناك تعين في الواقع، كما في صورة الدوران بين الوجوب والحرمة، فإن الجميع ـ وإن كان من المشكل ـ لا يرجع فيه إلى القرعة.

وإنما يرجع إليها عند تزاحم حقوق الناس، مثل المال المردد بين المالكين، والحق المردد بين شخصين، كالأمثلة التي سبقت.

(١) وسائل الشيعة ٢٤: ١٦٩، ب ٣٠ ـ الأطعمة المحرمة ـ حديث: ١.

ولـــو أعتقت أمـــة أو أمتان فإن اختارت الفســـخ ـ حيث أن العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء ـ فهو(١)، وإن اختارت البقاء يكون الزوج مخيراً، والأحوط اختياره للقرعة كما في الصورة الأولى.

(مســـألة ٣): إذا كان عنده أربع، وشك في أن الجميع بالعقد الدائم، أو البعض المعين ـ أو غير المعـــين ـ منهن بعقد الانقطاع،

وكذلك النصوص، فـــإن الوارد منها في المـــوارد الخاصة ـ على كثرتها ـ واردة في تزاحم حقوق الناس.

وكذا مورد الآيتين الشريفتين.

نعم، مورد المصحح الوارد في الشـــاة الموطـــوءة من قبيل تزاحم حق الله وحق الناس.

فالبناء على اختصاصها بمورد تزاحم حقوق الناس متعين.

ومن ذلك يظهر الإشـــكال في جريانها في المســـألة؛ لأنه إذا كان مقتضى القاعـــدة البطلان لا حقوق لهـــا، ولا تزاحم، فلا يكون المورد من المشـــكل، فلاحظ.

وكذا الحكم لو عقد الوكيلان عن امرأة واقترن العقدان.

(١) يعني، تتعين هي للخروج عن الزوجية، ويتعين غيرها للبقاء عليها.

ويشكل: بأن أدلة التخيير مطلقة، وانصرافها إلى صورة بقاء الجميع على الزوجية غير ظاهر.

ففي جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال(١).

(١) للإشكال في أن الزوجية المنقطعة هي الزوجية الدائمة، والاختلاف بينهما في الدوام والانقطاع، أو أنها غيرها.

الذي ذكره في الجواهر: الأول، واستدل له بظهور بعض النصوص فيه، ولأن شرط الأجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح، فمع عدم ذكر الشرط لا أثر له، بناءً على أن الشرط المقدر لا يجري عليه حكم الشرط المذكور، فقصد النكاح حينئذٍ بحاله[١].

وأورد عليه شيخنا الأعظم رحمه الله بأن الذي يظهر من النصوص والفتاوى أن الدائم والمنقطع حقيقتان مختلفتان، وليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق والمشروط، كما يشهد به تعبير الفقهاء بقولهم: «إذا أخل بالأجل انقلب دائماً»، فإن التعبير بالانقلاب يدل على أن الإنشاء الصادر من أول الأمر لم يكن مقتضياً للدوام.

ويشهد له أيضاً اتفاق النص والفتوى على أن المهر ركن هنا للعقد، دون الدائم[٢]، فإن يدل على أن المنقطع بمنزلة المعاوضة على التسليط على البضع وتمليك الانتفاع به، كالإجارة، كما ورد من أنهن مستأجرات[٣].

وبأنه لازم القول الأول أنه إذا أخل بالأجل والمهر معاً انقلب دائماً أيضاً، مع أن ظاهر المسالك الاتفاق فيه على البطلان، وأن الخلاف يختص بما إذا ذكر المهر وترك ذكر الأجل[٤].

(١) جواهر الكلام ٣٠: ١٧٣ـ ١٧٤.

(٢) انظر: الحدائق الناضرة ٢٤: ١٥٦/ المصدر السابق ٣٠: ١٦٢

(٣) تقدّم في ص ١٣٠.

(٤) انظر: مسالك الأفهام ٧: ٤٣٩، ٤٤٧.

.....

وبأنه لولا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر بعدم تمكين الزوجة في الانقطاع وعدم سقوطه بذلك في الدوام[١].

أقول: الوجوه المذكورة لا تدل على الاختلاف في الحقيقة بين الدوام والانقطاع.

فإن تعبير الفقهاء بالانقلاب ـ مع أنه معارض بتعبير غير واحد بالانعقاد قال في الشرائع: «ولو لم يذكره ـ يعني: الأجل ـ انعقد دائماً»[٢] ـ يكفي في صحته الاختلاف في بعض الأحوال، كما يظهر ذلك من تعبيرهم بالانقلاب في باب المطهرات، فقد ذكروا أن الانقلاب مطهر لخصوص الخمر، وفرقوا بينه وبين الاستحالة بأن الانقلاب لا يقتضي اختلافا في الحقيقة، بخلاف الاستحالة، ولذا اقتصروا في مطهرية الانقلاب على خصوص الخمر، بخلاف الاستحالة، فإنها مطهرة في جميع الموارد من غير استثناء.

وأما كون المهر ركناً في المنقطع دون الدائم، فلا يدل على كونه من قبيل المعاوضة.

إذ من الجائز أن يكون لأجل الاختلاف بينهما، ولو في التأجيل، فإن القبض شرط في السلم، مع أنه لا يختلف مع بقية أنواع البيع في الحقيقة.

وما في بعض النصوص من قوله عليه السلام: «إنهن مستأجرات» مبني على نوع من المسامحة، كما ورد في جواز النظر إلى من يريد تزويجها: أنه مستام، وأنه يشتريها بأغلى الثمن[٣].

---

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٢١٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٤٩٩.

(٣) تقدّم في ص ١٨.

.....

والاتفاق المذكور في المسالك ـ إن تم ـ كان هو الموجب للخروج عن القواعد، وإلا كان اللازم البناء على الانقلاب ـ أيضاً ـ في صورة عدم ذكر الأجل والمهر معاً.

وأما سقوط بعض المهر عند عدم تمكين الزوجة: فمن الجائز أن يكون حكماً للمنقطع، ثبت لبعض الجهات الخارجية، لا لاختلاف الحقيقة.

ولو كان المنقطع من قبيل المعاوضة لزم بطلانه من أصله بالموت، ولزم تبعيضه في الحيض ـ أيضاً ـ بالنسبة إلى سائر الاستمتاعات، ولزم أيضاً استحقاق تمام المهر لو وهبها المدة قبل الدخول، مع اتفاق النص والفتوى على التنصيف حينئذٍ.

فالعمدة في مبنى القولين هو أن مفاد عقد الدوام جعل الزوجية دائماً، ومفاد عقد الانقطاع جعل الزوجية إلى الأجل.

أو أن مفاد عقد الدوام جعل نفس الزوجية حدوثاً، والدوام يكون لذاتها، ومفاد عقد الانقطاع جعل الرافع لدوام الزوجية.

فعلى الأول يكون عدم التعرّض للأجل موجباً لبطلان العقد انقطاعاً، ودواما، أما الأول فلعدم ذكر، الأجل، وأما الثاني فلعدم جعل الدوام.

وعلى الثاني يكون عدم التعرض للأجل موجباً لعدم صحة الانقطاع، ولصحة الدوام، أما الأول فلما ذكر وأما الثاني فلعدم جعل الرافع، والمفروض أن الدوام يكون لذاتها، لا يجعل جاعل.

والتحقيق هو الأول، فإن الزوجية وأمثالها من الملكية، والحرية، والرقية، والبيعية، وغيرها من مضامين العقود والإيقاعات، إنما يكون العقد موجباً لحدوثها، وهو المقصود من إنشائها، والبقاء إنما يكون باستعداد ذاتها،

(مسألة ٤): إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهن وأراد نكاح الخامسة، فإن كان الطلاق رجعياً لا يجوز له ذلك إلا بعد خروجها عن العدة(١).

فبقاؤها عند العقلاء لا يكون منشؤه العقد، بل استعداد ذاتها، وليس العقد إلا متضمناً لجعل الحدوث لا غير.

فالاختلاف بين الانقطاع والدوام يرجع إلى الاختلاف في أن الأول قد جعل فيه الانقطاع زائداً على جعل الحدوث، بخلاف الثاني، فإنه لم يجعل فيه إلا الحدوث.

فإذا شك في الدوام والانقطاع فقد شك في جعل الانقطاع زائداً على جعل الحدوث وعدمه، فيرجع فيه إلى أصالة العدم.

فالمقام نظير: ما لو شك في شرط الانفساخ وعدمه، فيكون الانقطاع على خلاف الأصل، والدوام على وفقه.

كيف! ولو كان الدوام مجعولاً في الدائم كان الطلاق مخالفة لوجوب الوفاء بالعقد، وهو كما ترى!.

ومقتضى ما ذكرنا جواز اشتراط الطلاق في عقد النكاح، كجواز اشتراط الإقالة فيه.

لكن عن الشيخ: بطلان الشرط في الأول[1]، بل عن المسالك: الاتفاق عليه[2]، وهو غير ظاهر.

(١) بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، لأنها بحكم

---

(١) الخلاف ٤: ٣٤٣/ المبسوط ٤: ٢٤٧.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٤١٩.

وإن كان بائنـاً ففي الجواز قبل الخروج عـن العدة قولان، المشهور على الجواز، لانقطاع العصمة بينه وبينها(١).

الزوجة، نصاً وفتوى، كذا في الجواهر[١].

أقول: قد استفاضت النصوص في ذلك، ففي خبر محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: في رجل كانت تحته أربع نسوة فطلق واحدة ثم نكح أخرى قبل أن تستكمل المطلقة العدة، قال: فليلحقها بأهلها حتى تستكمل المطلقة أجلها...»[٢].

وموثق علي بن أبي حمزة، قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلق إحداهن، أيتزوج مكانها أخرى؟ قال عليه السلام: لا حتى تنقضي عدتها»[٣].

ومصحح زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدّة المرأة التي طلقت، وقال: لا يجمع ماءه في خمس»[٤]، ونحوها غيرها.

(١) هذا التعليل مذكور في كلام جماعة[٥]، وإجماله كإشكاله ظاهر.

إذ المراد منه إن كان ارتفاع الزوجية، فهو حاصل في الطلاق الرجعي، ولا يجوز التزويج معه.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥١٩، ب ٣ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٤) المصدر السابق ٢٠: ٥١٨، ب ٢ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ١.

(٥) جامع المقاصد ١٢: ٣٧٤/ الروضة البهيّة ٥: ٢١٠/ مسالك الأفهام ٧: ٣٥٠/ نهاية المرام ١: ١٧٨/ رياض المسائل ١١: ٢٤٥/ جواهر الكلام ٣٠: ٩.

وربما قيل: بوجوب الصبر إلى انقضاء عدتها، عملاً بإطلاق

وإن كان ارتفاع جميع العلائق، فهو غير حاصل في البائن، كما يشهد به عدم جواز تزويجها.

نعم، هو مذكور في حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل طلق امرأته، أو اختلعت منه، أو بانت، أله أن يتزوج أختها؟ فقال عليه السلام: إذا برئت عصمتها، فلم يكن له عليها رجعة، فله أن يخطب أختها»[١]، ونحوها صحيحة أبي بصير[٢]، وخبر الكناني[٣].

وقد فسر بأن لا يكون له عليها رجعة.

لكن موردها الجمع بين الأختين، واستفادة ما نحن فيه منها لا تخلو من تأمل.

وأولى منه في الدلالة القواعد العامة المقتضية للجواز؛ لأن الحرام تزويج الخمس، ومع الطلاق تخرج المطلقة عن الزوجية، فلا يكون إلا تزويج الأربع.

نعم، يعارضها إطلاق النصوص المتقدمة وغيرها المتضمّنة أنه لا يجوز تزويج الخامسة بعد طلاق أحد الأربع إلا بعد خروجها عن العدة، الذي لا فرق فيه بين الرجعي وغيره.

ولذلك قال في كشف اللثام: «وظاهر التهذيب الحرمة قبل الانقضاء وهو ظاهر الأخبار»[٤].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٧٠، ب ٤٨ ـ العدد ـ حديث: ٢ .

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ١ .

(٣) المصدر السابق ٢٠: ٤٨١، ب ٢٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١ .

(٤) كشف اللثام ٧: ٢١٣/ تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٤.

جملة من الأخبار(١)، والأقوى المشـــهور، والأخبار محمولة على الكراهة(٢).

---

(١) إشارة إلى ما تقدَّم في كشف اللثام.

وظاهر المتن التوقف من نسبة القول بالتحريم إلى قائل.

(٢) عند المشهور.

وفي المسالك: «في الحمل نظر من حيث عدم المعارض»[١].

وفي الجواهر جعل ما في حسنة الحلبي المتقدمة قرينة على تقييد النصوص بالرجعي[٢]، ولكنه غير ظاهر.

وكذا ما في الجواهر ـ أيضـــاً ـ من أن في النصوص ما يتضمَّن أنه لا يجوز له تزويج الخامسة حتى يعتد هو مثل عدّة المطلقة، وما يتضمَّن من أنه إذا ماتت إحدى الأربع لم يجز له أن يتزوج حتى يعتد أربعة أشهر وعشراً، بل فيه أنه يعتد وإن كانت متعة، كما سيأتي بعضها.

لكن قرينية ذلك غير ظاهرة، فإن ثبوت الاعتداد على وجه الاستحباب في بعض المـــوارد لا يقتضي مقايســـة غيره عليه، وإلا كان الـــلازم الحمل على الاستحباب حتى في الطلاق الرجعي.

وبالجملة: إطـــلاق النصوص يقتضي عدم الفرق بـــين الطلاق الرجعي والبائن، ولا قرينة على تقييدها بالرجعي.

ووحدة الســـياق في موثق عمار الآتي لا تكون قرينـــة على التصرف فيه، فضلاً عن غيره.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٥١.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ١٠.

هذا ولو كانت الخامسة أخت المطلقة فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدة البائنة، لورود النص فيه(١)، معللا بانقطاع العصمة.

كما أنه لا ينبغي الإشكال إذا كانت العدة لغير الطلاق(٢)

فإن قلت: المنع عن تزويج الخامسة بعد طلاق إحدى الأربع إنما هو من باب حرمة الجمع بين الخمس، فإذا كان الطلاق بائناً لا جمع.

قلت: هذا المقدار لا يوجب حمل النصوص على الكراهة؛ لاحتمال كون وجود بعض العلائق كافٍ في المنع، كما في الطلاق الرجعي.

فالعمدة تسالم الأصحاب عليه من دون مخالف صريح فيه، ويكون هو المقيد لإطلاق النصوص.

(١) يشير به إلى حسنة الحلبي المتقدمة، ونحوها صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدة المختلعة؟ قال: نعم، قد برأت عصمتها منه ولم يكن عليها رجعة»[1]، ونحوهما خبر الكناني[2].

لكن النصوص المذكورة إنما اقتضت نفي الاشكال في الجواز من حيث الجمع بين الأختين، لا من حيث الجمع بين الخمس، فإذا اتفق كون الخامسة أختا للمطلقة فالاشكال في المسألة السابقة بحاله.

(٢) كما هو مقتضى القواعد العامة، فإن الفسخ يوجب انتفاء الزوجية، فلا يكون جمع بين خمس نساء، والنصوص الدالة على الانتظار مختصة بالطلاق.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٧٠، ب ٤٨ ـ العدد ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٤٨١، ب ٢٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

كالفسخ بعيب أو نحوه.

وكـــذا إذا ماتت الرابعـــة، فلا يجب الصبر إلى أربعة أشـــهر وعشر(١)، والنص الوارد بوجوب الصبر(٢) معارض بغيره(٣)، ومحمول على الكراهة.

وأما إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتى يجب الصبر أو لا يجب(٤).

---

(١) بلا اشكال ظاهر.

(٢) هو موثق عمار، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له أربع نســـوة فتموت إحداهن، فهل يحل له أن يتزوج أخرى مكانها قال عليه السلام: لا حتى تأتي عليها أربعة أشـــهر وعشر، ســـئل فإن طلق واحدة هل يحل له أن يتزوج؟ قال عليه السلام: لا حتى تأتي عليها عدة المطلقة»[١].

(٣) ففي خبر علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه موســـى عليه السلام قال: «سألته عن رجل كانت له أربع نســـوة فماتت إحداهن، هل يصلـــح له أن يتزوج في عدتها أخرى قبل أن تنقضي عدة المتوفاة؟ قال عليه السلام: إذا ماتت فليتزوج متى أحب»[٢].

(٤) في خبر سنان بن طريف، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سئل عن رجل كن له ثلاث نســـوة، ثم تزوج امرأة أخرى فلم يدخل بها، ثم أراد أن يعتق أمة ويتزوجها، فقال: إن هو طلـــق التي لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يومه ذلك»[٣].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٢١، ب ٣ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ٥.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٧

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٦ .

فصل

لا يجوز التزويج في عدة الغير(١) دواما أو متعة، سواء كانت عدة الطلاق بائنة أو رجعية، أو عدة الوفاة، أو عدة وطء الشبهة، حرة كانت المعتـــدة أو أمة، ولو تزوجها حرمـــت عليه أبداً(٢)،

فصل

لا يجوز التزويج في عدة الغير

(١) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر[١].

واستدل عليه بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَـهُ﴾[٢] بناءً على أن المـراد من عزم العقدة: نفس العقدة، لا العزم نفســه، لظهور تحليله، كما يظهر من سياق الآيات.

والمـراد من بلوغ الكتاب أجله: انتهاء العـدة، بلا خلاف، كما في مجمع البيان[٣]، ولكن مورد الآية عدة الوفاة، فالتعدي عنها لا بد أن يكون بالإجماع

(٢) بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه[٤].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٨.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٥.

(٣) مجمع البيان ٢: ١٢٠.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٠.

. . . . . .

وتدل عليه النصوص بعد ضمّ بعضها إلى بعض، فإن بعضها مطلق في الحرمة الأبدية، كخبر محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها، قال عليه السلام: يفرق بينهما، ولا تحل له أبداً»[١].

وبعضها مطلق في نفي الحرمة الأبدية، كخبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها، قال عليه السلام: يفرق بينها وبينه، ويكون خاطباً من الخطاب»[٢].

وبعضها يفصل فيه في الحرمة الأبدية بين الدخول وعدمه، كمصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر وعشر، فقال: إن كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له أبداً، واعتدت ما بقي عليها من الأول، واستقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما، واعتدت بما بقي عليها من الأول وهو خاطب من الخطاب»[٣]، ونحوه موثق محمد بن مسلم[٤]، وخبر قرب الإسناد[٥].

وقريب منه مصحح سليمان بن خالد[٦]، وموثق أبي بصير[٧].

وبعضها يفصل فيه بين الجهل والعلم، كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٧، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢٢ .

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ١٩ .

(٣) المصدر السابق ـ حديث ٦ .

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٢ .

(٥) قرب الإسناد: ٢٤٩/ المصدر السابق ـ حديث: ٢٠.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٧ .

(٧) المصدر السابق ـ حديث: ٨ .

. . . . . .

عن أبي إبراهيم عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة، أهي ممـــن لا تحل له أبدا؟ فقال عليه السلام: لا، أما إذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضي عدتها، وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو أعظم من ذلك.

قلـــت: بأي الجهالتين يعذر، بجهالته إن لم يعلـــم أن ذلك محرم عليه، أم بجهالته أنها في عدة؟ فقال عليه السلام: إحـــدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهالة بأن الله تعـــالى حرم ذلك عليه، وذلك بأنه لا يقدر على الاحتياط معها، فقلت: فهـــو في الأخرى معذور؟ قال عليه السلام: نعـــم، إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها، فقلت: فإن كان أحدهما متعمداً والآخر يجهل؟ فقال عليه السلام الذي تعمد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً»[1].

ومصحح إسحاق بن عمار، قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: بلغنا عن أبيك أن الرجـــل إذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له أبداً، فقال عليه السلام: هذا إذا كان عالماً، فإذا كان جاهلاً فارقها، وتعتد، ثم يتزوجها نكاحاً جديداً»[2].

وبعضهـــا يفصل فيه بين كل من الدخول والجهل، كمصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً، عالماً كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر»[3].

والجمع العرفي يقتضي حمل النصوص السابقة على الأخير جمعاً بين المطلق والمقيد.

مع أن الجمع العرفي بين الطوائف مـــع غض النظر عن المصحح الأخير

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٥، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤ .

(٢)، (٣) المصدر السابق ـ حديث: ١٠، ٣.

إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع(١)، أو كان أحدهما عالماً بهما(٢) مطلقاً، سواء دخل بها أو لا، وكذا مع جهلهما بهما لكن بشرط الدخول بها.

يقتضي ما ذكره الأصحاب.

أما بالنسبة إلى الجمع بين الطائفتين الأولتين والأخيرتين فظاهر؛ لأنه من الجمع بين المطلق والمقيد.

وأما بالنسبة إلى الجمع بين إحدى الطائفتين إلى الأخرى، فالجمع العرفي يقتضي كون سبب الحرمة الأبدية كل من العلم والدخول، نظير الجمع بين القضايا الشرطية حيث يتعدد الشرط ويتحد الجزاء، غاية الأمر في الفرق أن المفهوم هنا مصرح به، فيحمل على كونه لعدم المقتضي.

(١) كما هو المصرّح به في كلام جماعة[1]، ومنصرف إطلاق كلام غيرهم.

والظاهر أنه لا إشكال فيه، ويقتضيه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم.

مضافاً إلى انصراف إطلاق العلم إلى ذلك بأن كان عالماً أن فعله في غير محله.

(٢) أما في علم الزوج، فيقتضيه إطلاق مصحح إسحاق بن عمار المتقدم، ونحوه، وصحيح ابن الحجاج، ومنه يستفاد الاجتزاء بعلم الزوجة.

وفي الجواهر: استدل على التحريم مع علم أحدهما بصحيحة علي بن رئاب عن حمران قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة تزوجت في عدتها

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥/ إرشاد الأذهان ٢: ٢٧/ تحرير الأحكام ٣: ٤٦٨/ قواعد الأحكام ٣: ٣١/ اللمعة الدمشقية: ١٧٨/ كفاية الأحكام ٢: ١٤٨.

. . . . . .

بجهالــة بذلك، فقال عليه السلام: لا أرى عليها شــيئاً، ويفرق بينها وبين الذي تزوج بها، ولا تحل له أبداً.

قلــت: فإن كانت قد عرفت أن ذلك محــرّم عليها ثم تقدّمت على ذلك، فقال: إن كانت تزوجتــه في عدة لزوجها الذي طلّقها عليها الرجعة، فإني أرى عليهــا الرجم، فإن كانت تزوجته في عدة ليس لزوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة، فــإني أرى أن عليها حدّ الزاني، ويفرق بينها وبين الذي تزوجها، ولا تحل له أبداً»[1].

والدلالــة غير ظاهرة، لأن المفروض في الرواية الدخول بقرينة التعرض للحد.

مــع أنه حكم فيها بالحرمــة الأبدية في كل من صــورتي العلم والجهل، فلاحظ.

هذا ولا ينبغي الإشكال في أنه مع علم أحدهما يبطل العقد حتى بالإضافة إلى الجاهل، وإن اختلفــا في الحكم الظاهري، ولعله المراد مما في القواعد: «ولو كانت هي العالمة لم يحل لها العود إليه أبداً»[2].

ولــو كان المراد منه الحكم الوضعي لم يكــن وجه للاختصاص بها، فإن الزوجية لا تقبل التبعض، بحيث تكون الزوجية ثابتة من طرف وغير ثابتة من طرف آخر.

ومثلها الأخوّة، والأبوّة، والبنوّة، والفوقية والتحتية، والتقدّم والتأخر،

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٠/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٥، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١٧.
(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣١.

. . . . . .

وأمثالها من الإضافات القائمة بين اثنين، فإنها لا تصح بالنسبة إلى أحدهما إلا مع صحتها بالنسبة إلى الآخر، فإذا لم تصح في أحدهما لم تصح في الآخر.

وكذا المراد مما في صحيح ابن الحجاج المتقدم من قول السائل: «فقلت: فإن كان أحدهما متعمداً والآخر يجهل؟ فقال عليه السلام: الذي تعمد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً»، فإن الظاهر منه الحكم التكليفي الظاهري، وهو يختص بالجهل، فإذا علم الزوج بعد العقد والدخول أن ذلك كان في العدّة، وأن الزوجة كانت عالمة، فقد انكشف له عدم صحة عقده عليها بعد ذلك، فإذا عقد كان العقد باطلاً بالنسبة إليه أيضاً.

وقد أشار إلى ما ذكرنا في المسالك وغيرها[1].

قال في الأول: «وإن جهل أحدهما وعلم الآخر اختص كل واحد بحكمه وإن حرم على الآخر التزويج به، من حيث مساعدته على الإثم والعدوان.

ويمكن التخلص من ذلك بأن يجهل التحريم أو شخص المحرم عليه، ومتى تجدد علمه تبين فساد العقد، إذ لا يمكن الحكم بصحة العقد من جهة دون أخرى في نفس الأمر، وإن أمكن في ظاهر الحال، كالمختلفين في صحة العقد وفساده».

وإن كان يشكل: بأنه مع جهل أحدهما لا يحرم العقد منه.

والمساعدة على الإثم والعدوان غير ثابتة مع جهله بالبطلان.

نعم، هي مساعدة على التجري، ولعله المراد.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٧/ جواهر الكلام ٢٩: ٤٣١.

ولا فــرق في التزويج بين الدوام والمتعــة(١)، كما لا فرق في الدخول بين القبل، والدبر(٢).

ولا يلحق بالعدة أيام استبراء الأمة(٣)، فلا يوجب التزويج فيهــا حرمة أبدية، ولو مــع العلم والدخول، بــل لا يبعد جواز

---

(١) كما صرح به في المسالك[١].

وجعله في الجواهر معقد الإجماع[٢]، ويقتضيه إطلاق النصوص.

(٢) كما صرح به في الجواهر[٣]؛ لإطلاق النصوص.

(٣) قــال في القواعد: «هل وطء الأمة في الاســتبراء كالوطء في العدة؟ إشكال»[٤].

وفي المسالك: «وفي إلحاق مدة الاستبراء بالعدة وجهان، وعدمها أقوى، وقوفاً على موضع النص، واستصحاباً للحل في غيره»[٥].

وفي الجواهر: جزم بذلك لذلك[٦].

وفي كشــف اللثام: أنــه الأقوى؛ لعدم التبــادر إلى الفهم مــن العدة، لاختصاصها باسم آخر[٧].

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٨.

(٣) المصدر السابق ٢٩: ٤٣٠.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٣٢.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٧.

(٦) جواهر الكلام ٢٩: ٣٣٥.

(٧) كشف اللثام ٧: ١١٤.

تزويجها فيها وإن حرم الـوطء قبل انقضائها، فإن المحرم فيها هو الوطء(١) دون سائر الاستمتاعات.

(١) كما هو المشهور.

وعن الخلاف: الإجماع عليه[١].

ويقتضيه صريح جملة من النصوص، كصحيح محمد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تشترى من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزي ذلك، أم لا بد من استبرائها؟ قال: يستبرؤها بحيضتين، قلت: يحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم، ولا يقرب فرجها»[٢].

وموثق عمار الساباطي: «قال أبو عبد الله عليه السلام: الاستبراء على الذي يبيع الجارية واجب إن كان يطؤها، وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً، قلت: فيحل له أن يأتيها دون الفرج؟ قال عليه السلام: نعم قبل أن يستبرئها»[٣].

وفي خبر عبد الله بن محمد أنه قال له أبو عبد الله عليه السلام: «لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها، وإن صبرت فهو خير لك»[٤].

وعن المبسوط: اعتبار ترك باقي الاستمتاعات فيه أيضاً[٥].

وهو صريح محكي التحرير[٦]، وليس له دليل ظاهر.

---

(١) الخلاف ٥: ٨٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٩٠، ب ٦ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٥ .

(٣) المصدر السابق ٢١: ١٠٥، ب ١٨ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٥ .

(٤) المصدر السابق ٢١: ٨٧، ب ٥ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١ .

(٥) المبسوط ٢: ١٤٠، وفي (٥: ٢٨٧) منع من خصوص الوطء؛ للإجماع، وأجاز الباقي، فلاحظ.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٤٠٧، وفي (٣: ٥١٥) منع من خصوص الوطء قبلًا، وفي المطبوع: «السرائر»، وما أثبته من الأصل، فلاحظ.

وكـــذا لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل(١)، فلو كانت مزوجة فمات زوجهـــا، أو طلقها، وإن كان لا يجوز لمالكها وطؤها ولا الاســـتمتاع بها في أيام عدتها، ولا تحليلها للغير، لكن لو وطأها، أو حللها للغير فوطأها، لم تحرم أبداً عليه، أو على ذلك الغير، ولو مع العلم بالحكم والموضوع.

(مسألة ١): لا يلحق بالتزويج في العدة وطء المعتدة شبهة(٢)

نعـــم، في خبر إبراهيم بن عبد الحميد قال: «ســـألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يشـــتري الجارية وهي حبلي أيطؤها قـــال عليه السلام: لا، قلت: فدون الفرج، قال: لا يقربها»[١].

وفيه ـ مع أنه وارد في الحبلى التي لا استبراء فيها ـ: أنه معارض بصحيح رفاعة قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام فقلت: اشتري الجارية... إلى أن قال: قلت: فإن كانت حبلى فمالي منهـــا إذا أردت؟ قال عليه السلام: لك ما دون الفرج»[٢]، ونحوه موثق زرارة، وخبر أبي بصير[٣]، فالمتعين حمل الرواية على الكراهة.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر، وحكى عن الكركي: أنه استشكل فيه ولم يرجح، ثم قال: «لكن وجه الترجيح فيه واضح، ضرورة عدم الاندراج في الأدلة، والحكم مخالف للأصول، والقياس محرم عندنا»[٤].

(٢) لخروجه عن مورد النصوص، فيبقى داخلاً تحت عموم الحل.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٨٨، ب ٥ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٥.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٤، ٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٦، ٤٣٧/ جامع المقاصد ١٢: ٣١٢.

مـــن غير عقد، بل ولا زنى، إلا إذا كانـــت العدة رجعية(١)، كما سيأتي، وكذا إذا كان بعقد فاسد لعدم تمامية أركانه(٢).

وأما إذا كان بعقد تام الأركان وكان فساده لتعبد شرعي، كما إذا تـــزوج أخت زوجته في عدتها، أو أمهـــا، أو بنتها(٣)، أو نحو ذلـــك مما يصدق عليه التزويج وإن كان فاســـداً شرعاً، ففي كونه كالتزويـــج الصحيح إلا مـــن جهة كونه في العـــدة، وعدمه، لأن المتبادر(٤) من الأخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العدة، إشكال، والأحوط الإلحاق في التحريم الأبدي فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً، ومع الدخول في صورة الجهل.

---

(١) فيكون من الزنى بذات العدة الرجعية، وهو بنفســـه سبب للتحريم الأبدي، كما سيأتي.

(٢) يعني: عند العرف، فإنه حينئذ لا يصدق العقد، فلا يكون موضوعا لنصوص التحريم.

(٣) ذكر الأم غير ظاهر، لأنها محرمة أبداً قبل أن يتحقق العقد عليها.

وكذلك الكلام في ذكر البنت إذا كان قد دخل بالأم، فإن الربيبة المدخول بأمها حرام أبدا، وإن لم يتحقق العقد عليها.

(٤) بل هو الظاهر من الأخبار.

بـــل في التحرير: «والظاهر أن مراد علمائنـــا بالعقد في المحرم، والعقد في ذات العدة، إنما هو العقد الصحيح الذي لولا المانع ترتب عليه أثره»[١].

---

(١) تحرير الأحكام ٣: ٤٧١.

.....

لكن في الجواهر: «وفيه: أن لفظ التزويج والنكاح للأعم»[١].

وهو ـ كما ترى ـ غير ظاهر، ولذا لا نقول به في الشهادات، وفي الإقرارات، والوصايا، والنذور، وغيرها.

وكون لفظ التزويج كغيره من ألفاظ المعاملات والعبادات موضوعة للأعم، لا للصحيح، لا ينافي ظهوره في مقام الاستعمال في خصوص الصحيح.

ولذا قال في الجواهر في مبحث عقد المحرم: «نعم، قد يقال: إن المنساق من نصوص المقام، وفتاواه، العقد الصحيح في نفسه، خصوصاً خبر ابن قيس.

فلا عبرة بالفاسد كنكاح الشغار بل ولا بالفاسد لفقد شرط من شرائط الصحة، كالعربية ونحوها، بخلاف ما لو كان فساده بالعدة، والبعل، ونحوهما مما هو كالإحرام في الإفساد، فتأمل»[٢].

ولم يتضح وجه الفرق في التفصيل الذي ذكره بين أن يكون الفساد من جهة المهر، أو من جهة اللفظ، وبين أن يكون من جهة المحل.

ومثله في الإشكال ما ذكره في التحرير أخيراً حيث قال: «أما العقد الفاسد، فإن كان العاقد يعلم فساده، فلا اعتبار به، وإن لم يعلم فساده ـ كمن اعتقد تسويغ نكاح الشغار لشبهة ـ ففي الاعتداد به إشكال، أقربه أنه كالصحيح»[٣].

فإنه أيضاً تفصيل بلا فاصل ظاهر.

وأما خبر الحكم بن عيينة: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن محرم تزوج امرأة في

(١)، (٢) جواهر ٢٩: ٤٥١/ وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٠، ب ١٥ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ٣.
(٣) تحرير الأحكام ٣: ٤٧١.

(مسألة ٢): إذا زوجه الولي في عدة الغير مع علمه بالحكم(١) والموضوع، أو زوجة الوكيل في التزويج بدون تعيين الزوجة كذلك لا يوجب الحرمة الأبدية، لأن المناط علم الزوج(٢) لا وليه أو وكيله.

نعم لو كان وكيلاً في تزويج امرأة معينة وهي في العدة، فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه(٣)، لكن المدار علم الموكل، لا الوكيل.

عدتها، قال عليه السلام: يفرق بينهما، ولا تحل له أبداً»[١].

فمع ضعفه في نفسه، محمول على خصوص مورده، فإن التعدي عنه إلى غيره غير ظاهر في مقابل ما عرفت من الظهور.

(١) يعني: علم الولي.

(٢) لأنه ظاهر الأدلة، والمفروض عدمه، وأن العالم هو الوكيل أو الولي لا غير.

وعلى هذا لا موجب لتقييد الفرض بصورة عدم تعيين الزوجة، فلو عينها ولم يكن عالماً وكان الوكيل عالماً لم تحرم.

(٣) لم يتضح هذا الاستدراك، إذ ليس الكلام في المباشرة وعدمها، وإنما الكلام في صدق التزويج في العدة مع علم الزوج، وهذا المعنى لا يفرق فيه بين تعيين الزوجة في التوكيل وعدمه، فإن الزوج إذا كان عالماً بأن فلانة في العدة، فوكل على التزويج بها، فزوّجه الوكيل، صدق أنه تزوج امرأة في عدتها وهو

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٤، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١٥ .

(مسألة ٣): لا إشكال في جواز تزويج من في العدة لنفسه(١)، سواء كانت عدة الطلاق، أو الوطء شبهة، أو عدة المتعة، أو الفسخ بأحد الموجبات(٢) أو المجوزات له، والعقد صحيح، إلا في العدة الرجعية، فإن التزويج فيها باطل لكونها بمنزلة الزوجة(٣).

عالم، سواء كانت الوكالة على تزويجها بالخصوص أم بالعموم، كما إذا قال: (زوجني إحدى بنات زيد أياً منهن شئت)، وكان يعلم بأن واحدة منهن معينة في العدة، فإنه يصدق أنه تزوج امرأة في عدتها وهو عالم.

وأما المباشرة فليس في الأدلة ما يشعر باعتبارها في التحريم؛ لأن النصوص موضوعها أن يتزوج امرأة في عدتها، وهذا المعنى حاصل في صورتي المباشرة وعدمها.

نعم، لو كان موضوع الحكم أن يعقد على امرأة في عدتها، أمكن الإشكال في صورة التوكيل، لعدم المباشرة في العقد، لكن النصوص تضمنت التزويج.

ولو فرض أن بعضها تضمّن العقد، فالمراد منه التزويج.

وعلى فرض اعتبار المباشرة، فلا فرق بين صورتي تعيين الزوجة وعدمه في عدم حصول المباشرة.

(١) لأن العدة إنما شرّعت للمنع عن التزويج من غير ذي العدة احتراماً لذي العدة، فلا تمنع من تزويجه.

(٢) مثل الكفر، والرضاع، ونحوهما مما يوجب انفساخ النكاح.

(٣) هذا غير كاف في المنع؛ لأن التنزيل يختص بالأحكام الشرعية، ولا يشمل غيرها.

وإلا في الطـــلاق الثالث الذي يحتـــاج إلى المحلل، فإنه أيضاً باطل، بل حرام(١) ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبدية، وإلا في عدّة الطلاق التاســـع في الصورة التي تحرم أبـــداً، وإلا في العدّة لوطئه زوجة الغير شـــبهة، لكن لا من حيـــث كونها في العدّة، بل لكونها ذات بعل.

وكذا في العدّة لوطئه في العدّة شـــبهة إذا حملت منه، بناءً على عدم تداخل العدّتـــين، فإن عدّة وطء الشـــبهة حينئذٍ مقدمة على العدة الســـابقة التي هي عدة الطلاق أو نحوه لمكان الحمل، وبعد

والمنع من تزويج الزوجة إنما هو لأجـــل أن الزوجية لا تقبل التأكد ولا التكرر، فيمتنع أن يترتب أثر على العقد على الزوجة.

فإذا كان الطلاق الرجعي يوجـــب زوال علقة الزوجية وصيرورة المرأة أجنبية، فلا مانع من حدوث الزوجية لها بالعقد.

والزوجية التنزيلية ـ بمعنى: ثبوت أحكام الزوجة ـ لا يمنع من الزوجية الحقيقة.

ويترتب على صحة العقد ثبوت المهر، واستحقاقه بالدخول، وغير ذلك من أحكام الزوجية الحديثة، وإلا فهي ليست بذات بعل ولا معتدة.

(١) لم أقف على ما يدل على هذه الحرمة، إذ المذكور في الكتاب والســـنة: أن المطلقة ثلاثـــاً لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره[1]، وذلك إنما يدل على بطلان العقد وعدم ترتب أثر عليه، لا حرمة العقد تكليفاً.

(١) كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ...﴾، [سورة البقرة: ٢٣٠]، وانظر: وسائل الشيعة ٢٢: ١٢٩، ب ٧ ـ أقسام الطلاق.

وضعه تأتي بتتمة العدة السابقة، فلا يجوز له تزويجها في هذه العدة ـ أعني: عدة وطء الشبهة ـ وإن كانت لنفسه، فلو تزوجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل(١)، ولكن في إيجابه التحريم الأبدي اشكال(٢).

(مسألة ٤): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبدية في صورة الجهل أن يكون في العدة، أو يكفي كون التزويج في العدة مع الدخول بعد انقضائها؟ قولان(٣).

الأحوط الثاني، بل لا يخلو عن قوة، لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلى الدخول في العدة.

---

(١) العمدة فيه: أنه معلوم من مذاق الشارع، وأن جعل العدة يقتضي عدم جواز التزويج إلا بعد انتهائها.

وسيأتي نظير ذلك في المسألة العاشرة[١].

(٢) وسيأتي منه في نظيره في المسألة العاشرة أن التحريم الأبدي لا يخلو من قوة، ولكنه غير ظاهر، كما سيأتي، فانتظر.

(٣) اختار أولهما في المسالك، قال فيها: «وطء الجاهل بالتحريم بعد العدة لا يؤثر في التحريم وإن تجدد له العلم، وإنما المحرم الوطء فيها، أو العلم بالتحريم حالة العقد»[٢].

وتبعه عليه في الجواهر[٣]، وغيرها[٤].

---

(١) في ص ١٧٨.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٣.

(٤) لم أعثر عليه عاجلًا.

. . . . . .

ولا يخفى أن نصوص الباب مختلفة، فبعضها وارد في صورة الدخول في العدة، كمصحح الحلبي الأول، ونحوه مصحح ابن مسلم، وحسن حمران، وغيرهما.

وبعضها مطلق، كمصحح الحلبي الأخير[1].

ولا يخفى أن الأول لا يقوى على تقييد الثاني؛ لعدم التنافي في الحكم بينهما، وحينئذٍ يتعين العمل بإطلاق الثاني.

إلا أن يمنع إطلاقه؛ لاقتران المطلق بما يصلح للقرينية من جهة المناسبات الكلامية، إذ المقام نظير: ما إذا تعقب المخصص جملاً متعدّدة، فإن المخصص قرينة على تخصيص الأخير، ويصلح للقرينية على تخصيص ما قبل الأخير.

وكذا في المقام، فإنه لا فرق بين قولنا: (إذا جاءك زيد وأكرمك يوم الجمعة)، وقولنا: (إذا جاءك زيد يوم الجمعة وأكرمك) في احتمال رجوع القيد إلى الجملة الأولى في المثال الأول، وإلى الجملة الثانية في المثال الثاني.

ولعل مثلهما: ما إذا تقدَّم الظرف على الجميع، مثل: (إذا جاء يوم الجمعة وجاء زيد وأكرمك فاخلع عليه)، فإن ذكر القيد صالح للقرينية على تقييد ما بعده، فيسقط المطلق على الإطلاق.

والصور الثلاث من باب واحد، وإن اختلفت في الوضوح والخفاء.

وحينئذٍ يتعين الرجوع في المقام إلى عمومات الحل.

ومن ذلك تعرف الإشكال في القول بالتحريم وإن كان الدخول في خارج

---

(١) تقدّمت النصوص المشار إليها في ص ١٥٦ ـ ١٥٧.

(مسألة ٥): لو شك في أنها في العدة أم لا مع عدم العلم سابقاً جاز التزويج(١)، خصوصاً إذا أخبرت بالعدم(٢) وكذا إذا علم كونها في العدة سابقاً وشك في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء.

وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها.

العدة؛ لإطلاق الفتاوى كالنصوص، كما في الرياض[١].

(١) لأصالة عدم كونها في العدة.

(٢) ففي مصحح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قال عليه السلام: العدة والحيض للنساء، إذا ادعت صدقت»[٢].

ومقتضى الجمود على عبارة النص وإن كان تصديق المرأة في دعوى وجود العدة والحيض، فلا عموم فيه لعدم العدة وعدم الحيض، لكن المنسبق منه العموم، ولا سيما بملاحظة كون الابتلاء بالثاني أكثر، فيكون بيان حكمه أولى.

مضافاً إلى ما دل على حجية قول ذي اليد على ما في يده، فضلاً عن نفسه، فإذا أخبر بطهارة بدنه أو نجاسته ونحوهما صدق، كما عليه سيرة العقلاء والمتشرعة.

فلاحظ مباحث الطهارة من هذا الشرح[٣].

ومن ذلك يظهر الوجه في قوله رحمه الله: «إذا أخبرت بالانقضاء».

---

(١) رياض المسائل ١١: ٢٢٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ٣٥٨، ب ٤٧ ـ الحيض ـ حديث: ١.

(٣) تقدّم في ج ١ ص ٢٩٧.

وهل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك؟ الظاهر ذلك(١).

وإذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العدة، أو من غير التفات إليها ثم أخبرت بأنها كانت في العدة فالظاهر قبول قولها(٢)، وإجراء حكم التزويج في العدة، فمع الدخول بها تحرم أبداً(٣).

---

(١) لأن الاستصحاب يقوم مقام العلم الموضوعي إذا أخذ موضوعاً على نحو الطريقية، كما فيما نحن فيه، وتحقيق ذلك في محلّه من الأصول[١].

(٢) للمصحح وغيره مما تقدَّم، بل هو المتيقن من المصحح كما عرفت.

(٣) لأن إطلاق دليل الحجية يقتضي ثبوت جميع الأحكام الثابتة للعدة، ولو بتوسط وقوع الدخول فيها.

وما في بعض الحواشي من أنه أحوط[٢]، كأنه مبني على عدم وضوح الإطلاق المذكور؛ لاحتمال اختصاص حجية قولها بما إذا لم يعارض أصل الصحة.

ولذا ذكر في الشرائع: أنه لو راجع المطلق زوجته فادعت بعد الرجعة انقضاء العدة قبل الرجعة، فالقول قول الزوج، إذ الأصل صحة الرجوع[٣]، انتهى، ونحوه ما في غيرها[٤].

وفيه: أن الاحتمال المذكور خلاف الإطلاق.

نعم، لو كان تأريخ انقضاء العدة معلوماً وتأريخ العقد مجهولاً، فأخبرت

---

(١) انظر: حقائق الأصول ٢: ٢٤.

(٢) العروة الوثقى ٥: ٥٢٥، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٢٠.

(٤) قواعد الأحكام٣: ١٣٤.

(مسألة ٦): إذا علم أن التزويج كان في العدة مع الجهل بها حكما أو موضوعا، ولكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبدا، أو لا؟ يبنى على عدم الدخول(١).

وكذا إذا علم بعدم الدخول بها وشك في أنها كانت عالمة أو جاهلة فإنه يبنى على عدم علمها(٢)، فلا يحكم بالحرمة الأبدية.

(مسألة ٧): إذا علم إجمالاً بكون إحدى الامرأتين المعينتين في العدة، ولم يعلمها بعينها، وجب عليه ترك تزويجهما(٣) ولو تزوج إحداهما بطل(٤)، ولكن لا يوجب الحرمة الأبدية لعدم إحراز

بأن العقد كان في العدة، لم يسمع قولها، لأنه إخبار عن العقد، لا عن العدة.

ويحتمل أن يكون وجه الإشكال في الفرض: أن قبول العقد منها إخبار منها بانتهاء العدة، فيكون إخبارها بالعدة منافياً له.

وفيه ـ مع أن الفعل لا يدل على شيء من ذلك، إلا من باب الحمل على الصحة، وهو لا يعارض الخبر اللاحق ـ: أنه لو سلم التعارض يكون المرجع استصحاب العدة إلى حين وقوع العقد فيبطل، ويقتضي التحريم الأبدي مع الدخول.

(١) لأصالة عدمه.

(٢) لأصالة عدم علمها.

(٣) للعلم الاجمالي، الموجب لتنجز المعلوم، فيجب فيه الاحتياط.

(٤) لأصالة عدم ترتب الأثر عليه.

كون هذا التزويج في العدة(١)، نعم لو تزوجهما معاً حرمتا عليه في الظاهر(٢)، عملاً بالعلم الاجمالي.

(مسألة ٨): إذا علم أن هذه الامرأة المعينة في العدة لكن لا يدري أنها في عدة نفسه أو في عدة لغيره، جاز له تزويجها، لأصالة عدم كونها في عدة الغير(٣)، فحاله حال الشك البدوي.

(مسألة ٩): يلحق بالتزويج في العدة في إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل(٤)، فلو تزوجها مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه أبداً مطلقاً، سواء دخل بها أم لا.

---

(١) المقام نظير ما لو توضأ بأحد الإنائين المعلوم نجاسة أحدهما، فإنه يبنى فيه على عدم ترتب الأثر، عملاً باستصحاب الحدث، ولا يبنى على نجاسة أعضاء الوضوء؛ لعدم إحراز نجاسة الماء، إلا إذا كانت الحالة السابقة نجاسة الإنائين معاً، بناءً على صحة استصحاب النجاسة؛ لعدم منافاته للعلم الإجمالي بطهارة أحدهما عملاً.

وهنا أيضاً لا يبنى على الحرمة الأبدية؛ لعدم إحراز كون العقد في العدة، إلا إذا كانت الحال السابقة في المرأتين معاً أنهما في العدة، وعلم خروج إحداهما عنها وبقاء الأخرى فيها، فإن التحقيق جواز جريان الاستصحاب فيهما معاً لما لم ينافيا العلم عملاً.

(٢) لأصالة عدم ترتب الأثر، ولا تجري أدلة الصحة، للعلم الاجمالي بالبطلان في إحداهما.

(٣) ولا يعارضها أصالة عدم كونها في عدة نفسه، لعدم الأثر له.

(٤) قال في القواعد: «ولو تزوج بذات البعل، ففي إلحاقه بالمعتدة

. . . . . .

إشكال، ينشأ من عدم التنصيص، ومن أولوية التحريم»[١].

وقد ذكر غير واحد ممن تأخر عنه أن في كل من الوجهين إشكالاً[٢].

إذ الأولوية غير ظاهرة، لما عرفت من احتمال أن يكون التحريم الأبدي، الـذي هو حكم تعبدي، من آثار العدة بالخصـوص، وإن كان لعلقة الزوجية دخل فيه في الجملة، لكن لا على الاستقلال، وحينئذٍ لا مجال للقطع بالأولوية.

على أنـه لو ثبتـت الأولوية كان العمـل عليها، وعـدم التنصيص لا يعارضها، فإنها مقدمة على أصالة الحل، أو عموم الحل.

وأما عدم التنصيص فإشكاله أظهر؛ لورود النصوص المتضمنة للتحريم المؤبد، ففي موثق أديم بن الحر قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: التي تتزوج ولها زوج يفرق بينهما، ثم لا يتعاودان أبداً»[٣].

وموثق زرارة عـن أبي جعفر عليه السلام: «في مرأة فقد زوجهـا، أو نعي إليها فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقهـا، قال عليه السلام: تعتد منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً»[٤].

وموثقه الآخر عن أبي جعفر عليه السلام، قال عليه السلام: «إذا نعي الرجل إلى أهله، أو أخبروها أنه قد طلقها، فاعتدّت، وتزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن الأول أحق بها من الأخير، دخل بها الأول أو لم يدخل بها، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً، ولها المهر بما استحل من فرجها»[٥].

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣١.

(٢) نهاية المرام ١: ١٦٧/ كشف اللثام ٧: ١٨٣/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٧٨.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٦، ب ١٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤)، (٥) المصدر السابق ـ حديث: ٢، ٦.

.....

ومرفـوع أحمد بن محمد: «إن الرجل إذا تزوج امـرأة وعلم أن لها زوجاً فرق بينهما، ولم تحل له أبداً»[١].

نعم، يعارضها صحيح عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «سألت أبا عبد الله عن رجل تزوج امرأة ولها زوج وهو لا يعلم، فطلقها الأول، أو مات عنها، ثم علم الأخير، أيراجعها؟ قال عليه السلام: لا، حتى تنقضي عدتها»[٢].

فإنه أخص من الموثق الأول؛ لاختصاصه بصورة الجهل فيقيد به الموثق، ويحمل على صورة العلم.

كما أن بينه وبين الموثقين الآخرين عموماً من وجه، لاختصاصهما بصورة الدخول، بقرينة الاعتداد من الأخير في أحدهما، واستحقاق المهر في ثانيهما، والصحيح لا يختص بها، كما أن الصحيح يختص بصورة عدم العلم، وهما لا يختصان بها.

وفي مورد المعارضة وهي صورة الجهل والدخول يرجع إلى أصالة الحل.

وفيه: أن الموثقين كما يختصان بصورة الدخول يختصان بصورة الجهل، فيكونان أخص مطلقاً من الصحيح، فيتعين حمله على صورة عدم الدخول، وحينئذٍ يكون أخص مطلقاً من الموثق الأول فيقيد به، وتكون نتيجة الجمع عدم الحرمة في صورة الجهل وعدم الدخول، والحرمة فيما عداها.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما ذكره كاشف اللثام: من أنه لو عمل بأخبار التحريم أمكن الحكم بالتحريم مطلقاً، مع الجهل والعلم، ومع الدخول

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٩، ب ١٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١٠.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

. . . . . .

وبدونه، لإطلاقها[١].

نعم، في صحيحه الآخر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجاً غائباً، فتركها، ثم إن الزوج قدم فطلقها، أو مات عنها، أيتزوجها ـ بعد هذا ـ الذي كان تزوجها ولم يعلم أن لها زوجاً؟ قال عليه السلام: ما أحب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره»[٢].

ولعل المراد من الدخول فيه الخلوة بها، كما في الوسائل، وإن كان بعيداً، فإنه أولى من التصرف في النصوص السابقة، فتأمل.

ومن الغريب ما وقع في هذه المسألة، فقد عرفت ما في القواعد ـ ونحوه في الروضة، وعن الإيضاح ـ من نفي النص فيها[٣].

وفي كشف اللثام أن مقتضى إطلاق الأخبار عموم التحريم[٤].

وفي الجواهر، والرياض، والحدائق، وغيرها لم يتعرض لهذا الصحيح وكيفية الجمع بينه وبين النصوص[٥].

هذا كله في حكم الدخول مع الجهل.

أما صورة عدم الدخول مع الجهل، ففي المسالك: أنه لا إشكال في الحل، وفي الرياض: دعوى الإجماع عليه[٦].

(١) كشف اللثام ٧: ١٨٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٧، ب ١٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤.

(٣) الروضة البهيّة ٥: ١٩٩/ إيضاح الفوائد ٣: ٦٩.

(٤) كشف اللثام ٧: ١٨٣.

(٥) انظر: جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٤/ رياض المسائل ١١: ٢٢٦/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٧٨.

(٦) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٧ ـ ٣٣٨/ رياض المسائل ١١: ٢٢٥.

ولو تزوجها مع الجهل لم تحـــرم إلا مع الدخول بها، من غير فرق بين(١) كونها حـــرة أو أمة مزوجة، وبين الـــدوام والمتعة في العقد السابق واللاحق.

وأما تزويج أمـــة الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجة، فلا يوجب الحرمة الأبدية(٢) وإن كان مع الدخول والعلم.

(مســـألة ١٠): إذا تزوج امرأة عليها عدة ولم تشرع فيها ـ كما

وفي الحدائق: «ليس فيه خلاف يعرف»[١].

أما صورة العلم والدخول، فالظاهر أنه لا إشـــكال في التحريم الأبدي فيها ـ كما في المسالك[٢]، وفي الرياض: «لا خلاف فيه»[٣]، ونحوه كلام غيره[٤]، لأنه زنى بذات بعل، فيدخل في المسألة الآتية.

ثـــم إن الذي يظهر من صحيـــح ابن الحجاج أن جهـــل الزوج مانع من الحرمة الأبدية، وإن كانت المرأة عالمة.

فالبناء على الحرمة الأبدية مع علم الزوجة لا يكون إلا من طريق الأولوية التي قد عرفت الإشكال فيها، أو بقاعدة الاشتراك، بناءً على جريانها في المقام.

وسيأتي الكلام فيه في حكم التزويج حال الاحرام.

(١) لإطلاق الأدلة، مع عدم ظهور خلاف في ذلك.

(٢) للأصل، بعد خروجه عن مورد النصوص.

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٨٠.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٧.

(٣) رياض المسائل ١١: ٢٢٧.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٧٩.

إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر فإن عدتها من حين بلوغ الخبر ـ فهل يوجب الحرمة الأبدية، أم لا؟ قولان(١) أحوطهما الأول، بل لا يخلو عن قوة.

---

(١) قال في القواعد: «ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدّة، فالأقرب عدم التحريم المؤبد»[١]، ونحوه في المسالك[٢].

وعلله في كشف اللثام والجواهر: بأنها ليست زوجة، ولا معتدّة، لعدم الاعتداد عليها قبل العلم بالوفاة، فيرجع فيها إلى أصالة الحل[٣].

لكن في الرياض: «لو تزوجها بعد هذا الزمان في زمان العدّة لاقتضى التحريم البتة، ففيه أولى، لأنه أقرب إلى زمان الزوجية، والمناقشة في هذه الأولوية ممنوعة، فالتحريم لا يخلو من قوة»[٤].

وفيه: أنه لا وجه للمنع عن المناقشة في الأولوية، حيث لا دليل عليها، إذ لم يثبت أن التحريم المؤبد مع التزويج في العدّة من جهة نفس علقة الزوجية، إذ من الجائز أن يكون للعدة خصوصية اقتضت ذلك، وإن كان لعلقة الزوجية أيضاً دخل في ذلك.

نعم، لا ينبغي التأمل في بطلان العقد، فإن المفهوم من الأدلة أن ذات العدّة لا يصح تزويجها إلا بعد انقضاء العدة، فما دامت العدّة غير منتهية فعلاقة الزوجة للأول باقية، وهي تنافي التزويج للآخر.

ولأجل ذلك افترق المقام عما قبله، فإن ما قبله لما كان حكماً تعبدياً

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٢.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٧.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٨٤/ جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٦.

(٤) رياض المسائل ١٠: ٢٣٣.

(مسألة ١١): إذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها مع الجهل، فحملت مع كونها مدخولة للزوج الأول، فجائت بولد، فإن مضى من وطء الثاني أقل من ستة أشهر، ولم يمض من وطء الزوج الأول أقصى مدة الحمل لحق الولد بالأول(١).

احتمل أن يكون للعدة دخل فيه، وأما المقام ـ وهو عدم صحة التزويج ـ فالذي تساعد عليه الأذواق العرفية أنه من أحكام نفس الزوجية، للتمانع عندهم بين الزوجيتين.

(١) قطعاً، كما في المسالك والجواهر[١].

وقد صرح به الجماعة على نحو يظهر التسالم عليه[٢].

ويقتضيه مرسل جميل بن صالح[٣] عن بعض أصحابه عن أحدهماعليهما السلام: «في المرأة تزوج في عدتها، قالعليه السلام: يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً، وإذا جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخير، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول».

وتقتضيه قاعدة الفراش، فإن الزوج الأول حال انعقاد النطفة هو

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٠٥/ جواهر الكلام ٢٩: ٢٥٩، ٤٣٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥/ الجامع للشرائع: ٤٦١/ قواعد الأحكام ٣: ٣١.

(٣) في هامش المخطوط: «كذا ذكر في جامع الرواة والوسائل».

أقول: فيه إشارة إلى اختلاف نسخ الرواية، فقد رواها عن (جميل بن صالح) في موضع من التهذيب والوسائل، وهو ما أشار إليه في جامع الرواة، وفي موضع آخر منهما روايتها عن (جميل) بلا نسبة إلى أبيه، ورواها الصدوق عن (جميل بن دراج)، فلاحظ.

انظر: تهذيب الأحكام ٨: ١٦٨، ٧: ٣٠٩/ وسائل الشيعة ٢١: ٣٨٣، ب ١٧ ـ أحكام الأولاد ـ حديث: ١٣/ ٢٠: ٤٥٤، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١٤/ جامع الرواة ١: ١٦٨/ من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠١.

وإن مضى من وطء الأول أقصى المدة ومن وطء الثاني ستة أشهر أو أزيد إلى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني(١).

وإن مضى من الأول أقصى المدة ومن الثاني أقل من ستة أشهر فليس ملحقاً بواحد منهما(٢).

وإن مضى من الأول ستة فما فوق، وكذا من الثاني، فهل يلحق بالأول، أو الثاني، أو يقرع؟ وجوه أو أقوال(٣)، والأقوى لحوقه بالثاني، لجملة من الأخبار. وكذا إذا تزوجها الثاني بعد تمام العدة للأول، واشتبه حال الولد.

الفراش، فيكون الولد له.

(١) قطعاً، كما في المسالك، والجواهر[١].

وبلا إشكال، كما في الرياض[٢].

ويظهر من كلماتهم أنه لا خلاف فيه؛ لقاعدة الفراش، بناءً على أن الواطئ شبهة فراش؛ لأن المراد به ما يقابل العاهر، والواطئ شبهة غير عاهر.

مضافاً إلى مرسل جميل المتقدّم.

(٢) بلا إشكال فيه عندهم؛ للعلم بانتفائه عنهما، لتولده في خارج الحد.

(٣) حكي الأخير عن المبسوط، وفخر الإسلام[٣].

لأن كلاً منهما فراش، فتتعارض قاعدة الفراش فيهما، ولا ترجيح

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٠٥/ جواهر الكلام ٢٩: ٢٥٩.

(٢) رياض المسائل ١١: ٢٣٠.

(٣) المبسوط ٥: ٢٠٥، ٢٧٢/ إيضاح الفوائد ٣: ٢٦٠.

. . . . . .

لأحدهما على الآخر، فيكون المقام من المشكل، فيرجع فيه إلى القرعة؛ لأنها لكل أمر مشكل.

وفي الشرائع ـ في بعض فروع السبب الأول من أسباب التحريم ـ اختار الإلحاق بالثاني[١]، واختاره في القواعد، والمسالك، وكشف اللثام، وغيرها[٢].

ونسبه في المسالك إلى الأكثر.

للنصوص، منها مرسل جميل المتقدم، كما يقتضيه إطلاقه.

ومنها صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت، فإن وضعت لخمسة أشهر فإنه لمولاها الذي أعتقها، وإن وضعت بعد ما تزوجت لستة أشهر فإنه لزوجها الأخير»[٣].

وصحيح البزنطي عمن رواه عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة أشهر فهو للأول، وإن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلأمه ولأبيه الأول، وإن ولدت لستة أشهر فهو للأخير»[٤].

وموثق أبي العباس قال: «قال: إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخير، وإن كان لأقل من ستة أشهر فهو للأول»[٥].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٥.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٢٠/ مسالك الأفهام ٧: ٢٠٥/ كشف اللثام ٧: ١٢٥/ رياض المسائل ١١: ١٢٦/ جواهر الكلام ٢٩: ٢٦٠.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٣٨٠، ب ١٧ ـ أحكام الأولاد ـ حديث: ١ .

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ١١ .

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ١٢ .

(مسألة ١٢): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج(١) أو لا معه، وعدة الطلاق أو الوفاة أو نحوهما فهل تتداخل العدتان، أو يجب التعدد؟ قولان، المشهور على الثاني(٢)، وهو الأحوط، وإن كان الأول لا يخلو عن قوة(٣)، حملاً للأخبار الدالة

وإن كان الأخير لا يخلو من إجمال المورد، وما قبله ليس مما نحن فيه، عدا المرسل.

وكأنه لذلك ـ ولضعف المرسل ـ لم يعتد بالأخبار في المسالك، وإنما اعتمد على قاعدة الفراش بناءً منه على ترجيح تطبيقها على الثاني على تطبيقها على الأول؛ لأن الثابت أولى من الزائل[١].

وفيه: أن المراد بالفراش: الفراش حال الانعقاد، ونسبته إليهما متساوية، والاحتمال بالنسبة إلى كل منهما على السواء.

لكن مرسل جميل بن صالح رواه الصدوق في الفقيه، عن جميل بن دراج[٢]، وظاهره أنه بلا إرسال.

على أن الظاهر بناء الأصحاب على عدم الفصل بين الموارد.

(١) يعني: التزويج الباطل، ولذا لكان الوطء شبهة.

(٢) وفي الجواهر: «يمكن دعوى الإجماع عليه، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه»[٣].

(٣) كما عن الصدوق، وابن الجنيد، ونسب في الجواهر الميل إليه إلى

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٠٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠١، وتقدم في ص ١٨٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٧/ الخلاف ٥: ٧٥ ـ ٧٦.

على التعدد(١) على التقية، بشهادة خبر زرارة، وخبر يونس(٢).

جماعة من متأخري المتأخرين[١].

(١) يريد بها صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها، فتضع وتتزوج قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشراً، فقال: إن كان الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما، ولم تحل له أبداً، واعتدت بما بقي عليها من عدة الأول، واستقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء، وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما، وأتمّت ما بقي من عدّتها، وهو خاطب من الخطاب»[٢]، ونحوه مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، وخبر علي بن جعفر عن أخيه[٣].

وكلها واردة في الحامل وقد مات عنها زوجها فوضعت وتزوجت قبل تمام الأربعة أشهر وعشرة أيام.

وموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة في عدتها[٤]، ونحوه صحيح علي بن رئاب عن علي بن بشير النبال عن أبي عبد الله عليه السلام[٥].

ودلالتها على وجوب الاعتداد للثاني بعد إتمام الاعتداد للأول ظاهرة.

(٢) أما الأول: فرواه الشيخ بإسناده عن علي بن الحكم، عن موسى بن بكر، عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن امرأة نعي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت، فجاء زوجها الأول ففارقها الآخر، كم تعتدّ للثاني؟

---

(١) المقنع: ٣٥٤/ جواهر الكلام ٣٢: ٣٦٧/ مسالك الأفهام ٧: ٣٣٩/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٨٤، ٢٥: ٤٥٩/ رياض المسائل ١١: ٢٣٢، وعن ابن الجنيد في مختلف الشيعة ٧: ٥٠٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٠، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٦، ٢٠.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٩.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ١٨.

.....

قال عليه السلام: ثلاثة قروء، وإنما يستبرأ رحمها بثلاثة قروء، وتحل للناس كلهم، قال زرارة: وذلك أن أناساً قالوا: تعتدّ عدّتين من كل واحد عدّة، فأبى أبو جعفر عليه السلام وقال: تعتد ثلاثة قروء، وتحل للرجال»[١].

وكأن السؤال فيه عن صورة مفارقة الزوج لها أيضاً بالطلاق.

وأما خبر يونس: فهو ما رواه في الكافي عن يونس عن بعض أصحابه: «في امرأة نعي إليها زوجها فتزوجت، ثم قدم الزوج الأول فطلقها، وطلقها الآخر قال: فقال إبراهيم النخعي: عليها أن تعتد عدتين، فحملها زرارة إلى أبي جعفر عليه السلام، فقال: عليها عدة واحدة»[٢].

والخبران المذكوران واردان في ذات البعل.

وشهادتهما بحمل نصوص التعدد الواردة في المعتدة على التقية، والأخذ بنصوص التداخل ـ كما استظهره في الحدائق[٣] ـ مبنية على كون المسألتين من باب واحد.

والمراد بنصوص التداخل صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها، قال عليه السلام: يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منها جميعاً»[٤]، ونحوه موثق أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام، ومرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام[٥]، ونحوها موثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٩/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٨، ب ١٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٧.

(٢) الكافي ـ الفروع ـ ٦: ١٥١/ المصدر السابق ٢٢: ٢٥٤، ب ٣٨ ـ العدد ـ حديث: ٢.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٥٩.

(٤) المصدر السابق ٢٠: ٤٥٣، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١١.

(٥) تقدّما في ص ١٨٢، ١٨١.

. . . . . .

المتقدم في ذات البعل[١].

هذه نصوص التداخل، مضافاً إلى الخبرين المذكورين في المتن.

وعن الشيخ: حمل نصوص التداخل على عدم دخول الثاني؛ لعدم صراحتها في الدخول، وصراحة نصوص التعدد فيه[٢].

وضعفه ظاهر، كما ذكر جماعة[٣]، إذ لا معنى للاعتداد من الثاني إذا لم يكن دخول منه.

وحملها جماعة آخرون على التقية[٤].

وهو غير ظاهر، لما عرفت، ولما حكي من أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها البتة، فنكحت في آخر عدتها، ففرق عمر بينهما، وضربها بالمحقفة وزوجها ضربات، ثم قال: «أيما رجل تزوج امرأة في عدتها، فإن لم يكن دخل بها زوجها الذي تزوجها فرق بينهما، وتأتي ببقية عدة الأول، فإن شاء تزوجها، وإن كان دخل بها فرق بينهما، وتأتي ببقية عدة الأول، ثم تستأنف عدة الثاني، ثم لا تحل له أبداً»[٥].

وقد ترجح نصوص التعدد بموافقتها لأصالة عدم التداخل[٦].

وفيه: أن الغرض من الاعتداد استبراء الرحم من الولد، وهذا المعنى لا

(١) في ص ١٧٥.

(٢) الاستبصار ٣: ١٨٨/ تهذيب الأحكام ٧: ٣٠٨.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٣٤٠/ رياض المسائل ١١: ٢٣٢

(٤) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٨٤/ رياض المسائل ١١: ٢٣٢.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٤٤١.

(٦) جواهر الكلام ٣٢: ٣٦٦.

. . . . . .

يحتاج إلى التعدد.

مع أن ظاهر الأدلة اعتدادها متصلاً بالسبب الموجب له، وهذا المعنى لا يقبل التعدد.

فمقتضى ظاهر الأدلة الأولية هو التداخل، فتكون نصوص التعدد معارضة لها معارضتها لنصوص التداخل.

فالعمدة حينئذٍ هو ثبوت صلاحية نصوص التداخل للمعارضة وعدمه.

فعلى الثاني: تسقط عن الحجية، ولا حاجة إلى توجيهها بالحمل على التقية، أو عدم دخول الثاني، أو نحو ذلك.

وعلى الأول: يمكن الجمع العرفي بينها وبين نصوص التعدّد، بحمل الثانية على الاستحباب؛ لأنه أبرأ للرحم، وأحفظ للحقوق.

والإنصاف يقتضي البناء على ذلك؛ لأن إعراض المشهور عنها لم يعلم أنه كان لاطلاعهم على خلل في الدلالة، أو الصدور، أو لبنائهم على ترجيح نصوص التعدد بموافقتها لأصالة عدم التداخل عندهم، أو للاحتياط، أو لأنها أشهر الروايتين، كما في الشرائع[1].

فلم يثبت ما يوجب سقوطها عن الحجية، ولا سيما بملاحظة أنهم اعتنوا بها فوجهوها بما عرفت الذي قد عرفت إشكاله، ولم يطعنوا بها بما يوجب خروجها عن الحجية.

ومن الغريب أن الصدوق الذي نسب إليه القول بالتداخل في كتاب

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٤.

وعلى التعدد يقدم ما تقدم سببه(١)، إلا إذا كان إحدى

المقنع ـ حيث قال في آخر كتاب الايلاء منه : «فإن نعي إلى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت، ثم قدم زوجها فطلقها، وطلقها الأخير، فإنها تعتد عدة واحدة ثلاثة قروء»، وهو مضمون موثق زرارة الوارد في ذات البعل ـ قال في كتاب النكاح منه: «وإذا تزوج الرجل امرأة في عدتها ولم يعلم، وكانت هي قد علمت أنه قد بقي من عدتها، ثم قذفها بعد علمه بذلك، فإن كانت علمت أن الذي عملت محرم عليها، فندمت على ذلك، فإن عليها الحد حد الزاني، ولا أرى على زوجها حين قذفها شيئاً، فإن فعلت بجهالة منها، ثم قذفها ضرب قاذفها الحد، وفرق بينهما، وتعتد عدتها الأولى، وتعتد بعد ذلك عدة كاملة»[1]، وهو مضمون رواية علي بن بشير المشار إليها في أخبار التعدد.

فنسبة القول بالتداخل إليه غير ظاهرة.

ولو أمكن التفكيك بين المسألتين، كان اللازم نسبة التداخل إليه في تزويج ذات البعل، والتعدد إليه في تزويج ذات العدة، لكن عرفت التسالم على عدم الفرق، فالكلامان متنافيان مع قرب ما بينهما.

(١) بلا خلاف فيه في الجملة، ولا إشكال؛ للأصل، والنصوص.

نعم، إذا كانت معتدة للشبهة فمات زوجها، فقد احتمل في المسالك تقديم عدة الوفاة، لكونها للزوج، وهي مستندة إلى العقد اللازم.

وكذا لو كانت معتدة للشبهة فطلقها زوجها، فقد احتمل تقديم عدة الطلاق، لكونها أقوى سبباً[2].

---

(١) المقنع: ٣٥٤، ٣٢٨.

(٢) مسالك الأفهام ٩: ٣٤٨، ٢٦٥.

العدتين بوضع الحمل فتقدم وإن كان سببها متأخراً(١)، لعدم إمكان التأخير حينئذٍ.

ولو كان المتقدّمة عدّة وطء الشبهة والمتأخرة عدة الطلاق الرجعي فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدته(٢)؟ وهل ترث

ولكنه ـ كما ترى ـ خلاف الأصل.

هذا، وإذا اقترن السببان فبناءً على التعدد يكون لها الخيار في التقديم والتأخير، لعدم المرجح.

(١) كما صرح بذلك في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[١].

وفي غير موضع من الجواهر نفى الخلاف والإشكال فيه[٢]؛ لما ذكر في المتن.

(٢) كما اختاره في كشف اللثام؛ لأن الرجعة استدامة، وهي لا تنافي الاعتداد من الغير[٣].

وتبعه عليه في الجواهر[٤].

والأصل في ذلك ما في المبسوط، قال: «إن مذهبنا أن له الرجعة في زمان الحمل».

قال: «لأن الرجعة تثبت بالطلاق فلم تنقطع حتى تنقضي العدة، وهذه ما لم تضع الحمل وتكمل العدة الأولى، فعدتها لم تنقض، فتثبت الرجعة عليها، وله الرجعة ما دامت حاملاً، وبعد أن تضع مدة النفاس وإلى أن تنقضي عدتها

(١) شرائع الإسلام ٣: ٣٥/ قواعد الأحكام ٣: ١٥٠/ المبسوط ٥: ٢٦٧.
(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٣٦٨.
(٣) كشف اللثام ٨: ١٥٤.
(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٣٨٣.

.....

بالأقراء».

قال: «وإذا قلنا لا رجعة له عليها في حال الحمل ما دامت حاملاً، فإذا وضعت ثبت له عليها الرجعة، وإن كانت في عدة النفاس لم تشرع في عدتها منه؛ لأن عدة الأول قد انقضت، فثبت له الرجعة وإن لم تكن معتدة منه في تلك الحال، كحال الحيض في العدة»[١].

وفي القواعد: «إن له الرجعة في الإكمال دون زمان الحمل»[٢].

وفي المسالك: «له الرجعة في زمان إكمالها بعد الحمل، لا زمان الحمل، لأنها حينئذٍ ليست في عدة رجعية»[٣].

أقول: العمدة في الوجهين ثبوت إطلاق يقتضي صحة الرجوع ما دامت لم تخرج من العدة، وعدمه.

والظاهر الأول، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: «سألته عن رجل طلق امرأته واحدة، قال عليه السلام: هو أملك برجعتها ما لم تنقض العدة»[٤].

وفي صحيحه الآخر عن أبي جعفر عليه السلام: «وإذا أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقضي أقراؤها»[٥].

وفي خبره عن أبي جعفر عليه السلام: «هي امرأته ما لم تنقض العدة»[٦].

---

(١) المبسوط ٥: ٢٧١.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٥٠.

(٣) مسالك الأفهام ٩: ٣٤٧.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ١٣٤، ب ١٣ ـ أقسام الطلاق ـ حديث: ١ .

(٥) المصدر السابق ٢٢: ١٠٤، ب ١ ـ أقسام الطلاق ـ حديث: ٢ .

(٦) وسائل الشيعة ٢٢: ١٣٥، ب ١٣ ـ أقسام الطلاق ـ حديث: ٦ .

الزوج إذا مات قبله في زمان عدة وطء الشبهة؟(١) وجهان، بل قولان، لا يخلو الأول منهما من قوة.

وفي موثق ابن بكير وغيره عن أبي جعفر عليه السلام « وهو أحق برجعتها ما لم تنقض ثلاثة قروء»[١].

وفي موثق عبد الله بن سنان عن عبد الله عليه السلام: «فإنه طلقها الثانية أيضاً فشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها، فإن شاء راجعها قبل أن ينقضي أجلها، فإن فعل فهي عنده على تطليقتين»[٢]..

إلى غير ذلك من النصوص التي لا تحصى لكثرتها.

وإطلاقها يقتضي جواز الرجوع له في المدة التي تكون بين الطلاق وعدته.

ولم أقف عاجلاً على ما يدل على اعتبار كون الرجوع في العدّة، ولو فرض أمكن حمله على إرادة نفي الرجوع بعد العدة جمعاً.

ويقتضيه ما في صحيح علي بن رئاب، عن يزيد الكناسي، عن أبي جعفر عليه السلام: «قال عليه السلام: لا ترث المختلعة والخيرة، والمبارأة، والمستأمرة في طلاقها، هؤلاء لا يرثن من أزواجهن شيئاً في عدتهن؛ لأن العصمة قد انقطعت فيما بينهن وبين أزواجهن من ساعتهن، فلا رجعة لأزواجهن ولا ميراث بينهم»[٣].

(١) هذه المسألة نظير المسألة السابقة دليلاً، فقد ورد في كثير من النصوص أن المطلقة ترث زوجها إذا مات قبل انقضاء العدّة.

ففي صحيح زرارة عن أحدهما: «المطلقة ترث وتورث حتى ترى الدم

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ١٠٦، ب ١ ـ أقسام الطلاق ـ حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ١٠٦، ب ١ ـ أقسام الطلاق ـ حديث: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٢٤، ب ١٣ ـ ميراث الأزواج ـ حديث: ٦.

ولو كانت المتأخرة عدة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها في زمان عــدة الوطء قبل مجيء زمان عــدة الطلاق؟ وجهان،

الثالث، فإذا رأته فقد انقطع»[١].

وفي موثقه: «ســألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يطلــق المرأة، فقال عليه السلام: يرثها وترثه ما دام له عليها رجعة»[٢].

وفي رواية محمد بن مســلم عن أبي جعفــر عليه السلام: «وإن ماتت قبل انقضاء العدة منه ورثها وورثته»[٣].

وفي موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «أيما امرأة طلقت فمات عنها زوجهــا قبل أن تنقضي عدتها فإنها ترثه، ثم تعتد عدّة المتوفى عنها زوجها، وإن توفيت في عدتها ورثها»[٤].

نعم، ظاهر ذيله اعتبار الوفاة في العدة.

ونحوه غيره، ففي صحيح زرارة عــن أبي جعفر عليه السلام: «إذا طلق الرجل امرأته توارثا ما كانت في العدة، فإذا طلقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة ولا ميراث بينهما»[٥]، ونحوه غيره.

ولا يبعد أن يكون الجمع بينهما بحمــل الثانية على كونه في مقابل الموت بعد العدة، فإنه مقتضى مناسبة الحكم، كما فيما سبق.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٢٣، ب ١٣ ـ ميراث الأزواج ـ حديث: ٣.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٨.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ١٠.

لا يبعد الجواز بناءً(١) على أن الممنوع في عدة وطء الشبهة وطء الزوج لها، لا سائر الاستمتاعات بها، كما هو الأظهر(٢).

---

(١) قد تقدم من المصنف ﷺ: أنه لا يجوز التزويج بذات العدة وإن كانت عدة وطء الشبهة[١]، وحكى في كشف اللثام: الاتفاق على أنه ليس لأجنبي أن ينكح امرأة في عدة شبهة[٢].

ولذا فرض في القواعد وغيرها المسألة فيما لو كانت عدّة الطلاق البائن مقدّمة، واختار عدم جواز الرجوع إليها في عدّة الطلاق بعقد جديد، لأنه إذا لم يجز تجديد العقد في عدة الوطء اللاحقة فعدم الجواز قبلها أولى.

ولأن تجديد العقد يوجب انتهاء عدة الطلاق ودخول عدة الوطء، فيمتنع عليه الاستمتاع، فلا يكون للعقد أثر، فيبطل.

والمصنف فرض المسألة فيما لو تقدّم الوطء على الطلاق، وجواز تجديد العقد بعد الطلاق البائن في تتمة عدة الوطء، لأنه لا مانع من العقد إلا دعوى أنه لا أثر للعقد، لحرمة الاستمتاع بالمعتدة مطلقاً، وطأ كان أو غيره.

وقد قال في القواعد: «وكل نكاح لم يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلاً»[٣]، فإذا بنينا على جواز سائر الاستمتاعات غير الوطء لم يكن مانع من العقد.

(٢) واستوجهه في الجواهر؛ لعدم الدليل عليه يصلح لمعارضة ما دل على الاستمتاع بالزوجة[٤].

---

(١) تقدّم في ص ١٥٥.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٨٣ ـ ١٨٤.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٢٦٧.

.....

وفيــه: أن الظاهر من الاعتداد الامتناع عن ذلك، وبذلك افترقت العدة عن مدة الاستبراء.

ولأجل ذلك لا يصح العقد عليها، فإنه أيضاً مفهوم من الأمر بالاعتداد، ولولا ذلك لم يكن حرمة الوطء وسائر الاستمتاعات مانعاً من صحة العقد.

ودعوى: أنه لا أثر له.

غير ظاهرة، فإن اعتبار الزوجية يكفي فيه الآثار الأخرى، مثل وجوب النفقــة، والتوارث، وحرمة الزوجة على أب الــزوج وولده، وحرمة أمها على الزوج، وغير ذلك من الآثار.

ولذا لو فرض عدم التمكن من الاستمتاع بالزوجة لم تبطل زوجيتها، ولم يمتنع تزويجها.

وكذا لو فرض حرمة الاســتمتاع بها بنذر ونحوه، فإن ذلك لا يمنع من صحة التزويج بها، ولا يبطل زوجيتها.

فإذاً الأقوى حرمة جميع الاســتمتاعات بالموطؤة شــبهة، وعدم جواز التزويج بها، لأنه الظاهر من الأمــر بالاعتداد ذلك، فإن الاعتداد من المفاهيم المجملة التي أوكل الشارع معرفتها إلى بيانه في عدّة الطلاق.

فكما أن المعتدة عــدّة الطلاق لا يجوز لغير من له العدّة العقد عليها، ولا الاســتمتاع بها، كذلك المعتدّة للوطء، لا يجوز لغير الواطئ العقد عليها، ولا الاستمتاع بها.

ونظيره كثير من المفاهيم الشرعيــة التي أوكل بيانها إلى البيان الصادر في بعض الموارد، كما أشرنا إلى ذلك في جملة من المباحث من هذا الشرح.

ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذٍ للمطلق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الأبدية أيضاً، لصدق التزويج في عدة الغير، لكنه بعيد؛ لانصراف أخبار التحريم المؤبد عن هذه الصورة(١).

هذا ولو كانت العدتان لشخص واحد، كما إذا طلق زوجته بائناً ثم وطأها شبهة في أثناء العدة، فلا ينبغي الإشكال في التداخل(٢)، وإن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء(٣) التعدد في هذه الصورة أيضاً.

(مسألة ١٣): لا إشكال في ثبوت مهر المثل(٤) في الوطء

---

(١) يعني: الانصراف إلى صورة سبق العدة بزوجية العاقد.

لكن دعوى هذا الانصراف غير ظاهرة، وإن وافقه عليها شيخنا الأعظم رحمه الله في رسالة النكاح[١].

وإطلاق الفتوى يمنعه جداً، بل إنهم تعرضوا لمدة الاستبراء، وجعل بعضهم إلحاقها بالعدة محل إشكال، وبعضهم لم يلحقها بها ولم يتعرضوا لعدة وطء الشبهة فليس ذلك إلا لبنائهم على العموم لها.

(٢) كما استوجهه في الجواهر وفاقاً للفاضلين[٢].

(٣) بل الأكثر، كما في الجواهر[٣].

(٤) لأنه عوض الانتفاع بالبضع، وقد تضمنت ذلك النصوص.

---

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤١٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٢٦٦/ شرائع الإسلام ٣: ٣٥/ قواعد الأحكام ٣: ١٤٩.

(٣) المصدر السابق.

بالشبهة المجردة عن التزويج إذا كانت الموطوءة مشتبهة(١) وإن كان الواطئ عالماً.

وأما إذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمى أو مهر المثل قولان(٢)، أقواهما الثاني.

---

(١) إذ لو كانت عالمة كانت بغياً، «ولا مهر لبغي».

(٢) حكي أولهما عن الشيخ في المبسوط[١]؛ لأن العقد هو السبب في ثبوت المهر، لأنه الوجه في الشبهة، فكان كالصحيح المقتضي ضمان ما وقع عليه التراضي.

وفيه: أن استحقاق المسمى إنما يكون بالعقد، فإذا فرض بطلانه لم يكن وجه لاستحقاقه.

وكونه سبب الشبهة، لا يقتضي سببية ضمان المسمى.

والرضا به إنما كان مبنياً على العقد، فإذا بطل بطل.

فيتعين الضمان بمهر المثل، نظير: ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، فإنه يكون بالمثل، لا بالمسمى.

نعم، في موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «فإن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»[٢]، ونحوه ما في موثق سليمان بن خالد[٣].

ولا يبعد أن يكون المراد منه جنس المهر، كما يشير إليه التعليل، لا المسمى، فإن التعليل لا يقتضيه.

---

(١) حكاه في جامع المقاصد ١٢: ٣٠٩، وانظر: المبسوط ٤: ٢٨٤، ٤: ٢٥١، ٥: ٣١٤، فقد تباينت فيه عباراته.

(٢)، (٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٢، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٨، ٧.

وإذا كان التزويج مجرداً عن الوطء فلا مهر أصلاً(١).

(مسألة ١٤): مبدأ العدة في وطء الشبهة المجردة عن التزويج حين الفراغ من الوطء(٢)، وأما إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك، أو من حين تبين الحال؟ وجهان(٣)، والأحوط الثاني، بل لعله الظاهر من الأخبار.

---

(١) للأصل، مع عدم المقتضي له، إذ هو إما العقد، وإما الوطء، وكلاهما منتف.

(٢) كما في الجواهر[١]؛ لأنه السبب في العدة، وظاهر الأدلة كونها متصلة بالسبب.

ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجلين نكحا امرأتين، فأتي هذا بامرأة ذا وهذا بامرأة ذا، قال عليه السلام: تعتد هذه من هذا، وهذه من هذا، ثم ترجع كل واحده إلى زوجها»[٢]، ونحوه غيره.

(٣) للأول: ما سبق.

وللثاني: أنه ظاهر النصوص المتضمنة للأمر بالاعتداد بعد التفريق، كما أشار إلى ذلك في المتن.

ففي مصحح إبراهيم بن عبد الحميد ـ المروي في الفقيه ـ: أن أبا عبد الله عليه السلام قال في شاهدين شهدا عند امرأة بأن زوجها طلقها، فتزوجت، ثم جاء زوجها، قال عليه السلام: «ويضربان الحد ويضمنان الصداق للزوج، ثم تعتد، وترجع إلى زوجها الأول»[٣]، وقريب منه غيره.

---

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٢٦٧، ٣٦٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٣، ب ٩ ـ العيوب ـ حديث: ٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٥٥/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٨، ب ١٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٨.

(مسألة ١٥): إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة ـ بأن كان الاشتباه من طرف الواطئ فقط ـ فلا مهر لها إذا كانت حرة، إذ لا مهر لبغي. ولو كانت أمة ففي كون الحكم كذلك، أو يثبت المهر لأنه حق السيد، وجهان، لا يخلو الأول منهما من قوة(١).

والجميع ينسبق إلى الذهن منه أن الاعتداد بعد التفريق، وهو وقت تبين الحال، ولذلك مال في الجواهر إلى ذلك[١].

وعلله بعض: بأن الشبهة بمنزلة النكاح الصحيح، فزوال الشبهة بمنزلة الطلاق، فيكون الاعتداد منه[٢].

وهو ـ كما ترى ـ أشبه بالاستحسان.

لكن لا يبعد أن يستفاد من النصوص المذكورة لزوم الاعتداد عند ارتفاع الشبهة، سواء كان هناك عقد فاسد اشتباهاً، أم لم يكن عقد وكان الاشتباه في وقوعه لاعتقاد وقوعه، أو للاشتباه في المعقود له أو عليه، وأن المدة التي تكون فيها الموطوءة تحت سلطان الواطئ وفي حباله، يستمتع بها، ويضاجعها، ليست جزءاً من العدة، فيكون مبدأ العدة في جميع الصور ارتفاع الاشتباه، لا حين الوطء.

(١) كما اختاره في الشرائع في مباحث نكاح الإماء، قال﵀: «إذا تزوج الحر أمة من غير إذن المالك، ثم وطأها قبل الرضا عالماً بالتحريم كان زانياً، وعليه الحد، ولا مهر لها إذا كانت عالمة مطاوعة»[٣].

---

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٢٦٧.

(٢) كشف اللثام ٨: ١١٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤.

.....

وفي كتـــاب الرهن قال: «ولو وطأ المرتهن الأمة مكرهاً لها كان عليه عشر قيمتهـــا أو نصف العشر، وقيـــل: عليه مهر أمثالها، ولـــو طاوعته لم يكن عليه شيء»[١].

وفي باب بيع الحيوان قال: «من أولد جارية ثم ظهر أنها مستحقة انتزعها المالك، ويجب على الواطئ عشر قيمتها إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيباً، وقيل: يجب مهر أمثالها، والأول مروي»[٢].

وكلامه الثاني يدل على نفي المهر والأرش للمطاوعة، فيحمل عليه كلامه الأخير، فيحمل على غير المطاوعة، بناءً على اتحاد المسألتين حكماً.

وأما كلامه الأول فلا تعرّض فيه للأرش وإنما يتعرّض لنفي المهر.

وقد يظهر من ذلك أن الكلام في مقامين:

الأول: لزوم المهر للســـيد في وطء الأمة مع علمهـــا بعدم حلية الوطء، وعدم لزومه.

الثاني: أنه على تقدير عدم لزوم المهر يلزم الأرش للسيد أو لا يلزم.

أما الكلام في الأول: فهو أنك عرفت ما ذكره المحقق، وتبعه عليه جماعة من نفي المهر[٣].

ووجهه: إما النبوي المشهور: «لا مهر لبغيّ»[٤].

---

(١)، (٢) شرائع الإسلام ٢: ٧١، ٥٣.

(٣) الجامع للشرائع: ٣٤٨/ إرشـــاد الأذهان ٢: ٩/ تحرير الأحكام ٣: ٥٠٤/ مختلف الشـــيعة ٩: ١٦٦/ غاية المراد ٣: ٥٩.

(٤) صحيح البخاري ٧: ٧٩/ سنن الترمذي ٢: ٣٠٠.

. . . . . .

وإما لأن الانتفاع بالبضع مما لا يضمن كسائر الاستمتاعات، فكما لا يضمن الاستمتاع بالتقبيل ونحوه لا يضمن الاستمتاع بالوطء.

لكن ناقش في المسالك في شمول الخبر للإماء، بقرينة ذكر المهر الذي يكون للحرائر المتعارف إطلاقه على الصداق، بخلاف عوض بضع الأمة فإنه يسمى بالعقر، ولأجل ذلك سميت الحرة مهيرة، دون الأمة.

وبقرينة اللام أيضاً، فإنها ظاهرة في الملك، وهو لا يكون إلا في الحرة، فإن الأمة مهرها لسيدها.

وحمل اللام على الاختصاص خلاف الظاهر.

وناقش أيضاً فيما بعده ـ وكذا في الجواهر ـ بأنه لا وجه لقياس الوطء على غيره من الاستمتاع، لو سلم الحكم في المقيس عليه، باعتبار عدم عدّه مالاً في الشرع والعرف، بخلاف الوطء المقابل به عرفاً وشرعاً[1].

ويشكل: بأن عد الانتفاع بالبضع مالاً شرعاً مصادرة، ومالاً عرفاً غير ظاهر، إذ لا مجال لمقايسة ذلك باستخدام الرجل والمرأة، فإنه مضمون إذا كانت له قيمة عندهم، لكونه مالاً، ويعاوض عليه عند العرف، بخلاف الاستمتاعات الواقعة بين الرجل والمرأة، فإن استمتاع كل منهما بالآخر لا يعدّ مالاً ولا يقابل بالمال، وليس بضع المرأة أولى من بضع الرجل في انتفاع الطرف الآخر، فكما لا يصح للرجل مطالبة المرأة بقيمة انتفاعها ببضعه، لا يصح للمرأة مطالبة الرجل، فإن الاستفادة من الطرفين على نحو واحد، وفي الطرفين لا يعدّ عرفاً من المنافع المقصودة المعاوض عنها.

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ١٣/ جواهر الكلام ٣٠: ٢١٩.

. . . . . .

ولعله يظهر ذلك بأقل تأمل.

فالقواعد العامة لا تقتضي ضمان المهر، وما دل على ضمان المهر باستحلال الفرج مختص بالحرائر، كما سبق.

ومن ذلك يظهر ضعف ما عن الشيخ في المبسوط، وابن إدريس من لزوم المهر للسيد[1].

وأما الكلام في المقام الثاني: فهو أن الذي يظهر من كلام الشرائع في كتاب الرهن المتقدّم عدم استحقاق الأرش على الواطئ.

وعن جماعة استحقاقه، واختاره في الرياض حاكياً له عن المقنع، والنهاية، والقاضي، وابن حمزة[2].

(١) كذا حكاه في إيضاح الفوائد ٣: ٣٦٥، والذي وجدته ـ بعد التتبع ـ هو اختلاف أقوالها باختلاف المسائل، فللمبسوط ثلاثة أقوال، وللسرائر قولين في هذه المسألة، ونظائرها.
ففي المقبوض بالعقد الفاسد ـ من المبسوط ٢: ١٥٠ ـ أوجب المهر بعد تفسيره بعشر قيمتها بكراً، ونصف العشر ثيباً، وفي موضع آخر (٨: ٢٣٤) نسب القول بوجوب المهر وعدمه إلى قوم، ووجوب العشر أو نصفه إلى رواية أصحابنا، وأطلق.
وفي (٤: ٢٥٥) أطلق وجوب مهر المثل لسيدها فيما لو تزوج العبد امرأة على أنها حرة فبانت أمة، ولم يفصل ـ كالمورد السابق ـ بين المطاوعة وعدمها، إلا أنه فصّل في موارد أخرى متعددة ـ كما في الرهن، والغصب، والزنى، ووطء الأب جارية ولده وبالعكس، وغيرها ـ بين المطاوعة وعدمها، فأوجب المهر في الثاني دون الأول، معللاً: بأنها بغيّ، ولا مهر لبغيّ، فلاحظ ٢: ٢٠٨، ٣: ٦٧، ٧٣، ٤: ١٩٩، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٥٥، ٢٨٧.
وفي السرائر الحاوي (٢: ٣٤٧، ٤٩٣) ـ فيمن اشترى جارية فبانت مغصوبة ـ أطلق وجوب مهر أمثالها لسيدها، كما أنه في (٢: ٦٣٢) أوجب مهر المثل في مورد صحيح الفضيل الآتي، وأطلق، وفي موارد أخرى ـ كالغصب وغيره ـ فصّل بين المطاوعة وعدمها، فأوجب المهر في الثاني دون الأول، معللاً بعين ما سبق من المبسوط، فلاحظ ٢: ٤٨٩، ٦٣٢، ٣: ٤٤٩، ٤٦٥.
(٢) رياض المسائل ١١: ٣٧٥/ المقنع: ٣١٣/ النهاية: ٤٩٣/ المهذب ٢: ٢١٧/ الوسيلة: ٣٠٣.

. . . . . .

واختاره في الجواهر، وحكاه عن سيد المدارك، بل نسبه إلى فتوى المشهور فيمن اشترى أمة ووطأها ثم ظهر أنها مستحقة لغير البائع[١].

لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها قد دلست نفسها له، قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد... إلى أن قال: وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها»[٢].

وصحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام: «فيمن أحل جاريته لأخيه، قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها، قال عليه السلام: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال عليه السلام: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها»[٣].

وإطلاقهما يقتضي عدم الفرق بين العالمة والجاهلة.

بل نسب إلى ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم الفرق بينهما فيما لو تزوجها لدعواها الحرية فتبين أنها أمة.

بل في المسالك عن بعضهم: دعوى إجماع المسلمين عليه[٤].

فإذاً لا مجال للتوقف فيه بعد ورود الصحيحين المذكورين به.

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢١٩ ـ ٢٢٠/ نهاية المرام ١: ٢٧٠، ٢٧١، ٣٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١٨٥، ب ٦٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ٢١: ١٣٢، ب ٣٥ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ١٧/ إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

(مسألة ١٦): لا يتعدد المهر بتعدد الوطء(١) مع استمرار الاشتباه، نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد.

(مسألة ١٧): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل للزاني(٢)،

ثم إنه قد ادعي اختصاص الصحيح الأول بصورة علم الأمة.

لكنه ضعيف؛ لأن تدليسها كونها أمة لا يستلزم العلم بحرمة الوطء.

وكذلك الصحيح الثاني، لإمكان عدم اطلاع المحللة على ما وقع بين مالكها والمحلل له، فإطلاقهما بالنسبة إلى حالتي علم الأمة وجهلها محكم.

نعم، يختص الأول بصورة الشبهة في الواطئ، والثاني بصورة علمه، فتعميم الحكم لهما في محله.

كما أنهما يختصان بموردهما، فالتعدّي إلى غيرهما غير ظاهر، إلا من جهة التعليل بالاستحلال.

ولا يخلو من تأمل، وإن كان هو الأظهر.

(١) كما استظهره في الجواهر في مبحث بيع الحيوان؛ لأنه ظاهر الصحيح الأول[١].

(٢) كما هو المشهور، وعن الخلاف: الإجماع عليه[٢].

لعمومات الحل، ولعموم: «الحرام لا يحرم الحلال»[٣].

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٢٢٧.

(٢) الخلاف ٤: ٣٠٠.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٠، ب ٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤، ٥

. . . . . .

وخصـــوص صحيح عبيد الله بن علي الحلبي عـــن أبي عبد الله عليه السلام: «أيما رجل فجر بامـــرأة ثم بدا له أن يتزوجها حلالاً، قال عليه السلام: أوله ســـفاح وآخره نكاح، ومثله مثل النخلـــة أصاب الرجل من ثمرها حراماً، ثم اشـــتراها بعد فكانت له حلالاً»[١].

وصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل فجر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها، فقال عليه السلام: حلال، أوله ســـفاح وآخره نكاح، أوله حرام وآخره حلال»[٢]، ونحوهما غيرهما.

وعن الشيخين وجماعة: المنع إلا مع التوبة[٣].

ويشـــهد لهم جملة من النصوص، كموثق عمار بن موســـى، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحل له أن يتزوج امرأة كان يفجر بها؟ قال عليه السلام: إن أنس منها رشـــداً فنعـــم، وإلا فليراودها على الحرام، فـــإن تابعته فهي عليه حرام، وإن أبت فليتزوجها»[٤]، ونحوه غيره.

وفيه ـ كما في الجواهر ـ: أنها قاصرة عن ذلك بالشـــهرة على خلافها[٥]، وبموافقتها لابن حنبل، وقتادة.

ويشكل: بأن مخالفتها المشهور في المقام لا يسقطها عن الحجية.

وكذلـــك موافقتها لابن حنبل، مع أنها مرويـــة عن أبي جعفر، وأبي عبد

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٤، ب ١١ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ١.

(٣) المقنعة: ٥٠٤/ النهاية: ٤٥٨/ المهذب ٢: ١٨٨/ الكافي في الفقه: ٢٨٦.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٣، ب ١١ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٠.

وغيره(١)، والأحوط الأولى أن يكون بعد استبراء رحمها بحيضة

الله عليهما السلام، وزمانهما متقدم على زمان ابن حنبل، فلا مجال للاتقاء منه.

فالجمع بين هـذه النصوص وما قبلها بالتقييد متعـين، لولا ما تقتضيه مناسـبة الحكم والموضوع، وما في صحيح الحلبي المتقدم من التمثيل، وما ورد من جواز تزويج الزانية ـ كما سيأتي ـ من الحمل على التنزيه، مخافة اختلاط المياه، واشتباه الأنساب.

(١) على المشهور شهرة عظيمة، للنصوص الكثيرة، منها صحيح علي بن رئاب ـ المروي في قرب الإسناد ـ قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسـلم؟ قال عليه السلام: نعم، وما يمنعه؟! ولكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد»[1].

وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنهـا فإذا الثناء عليهـا في شيء من الفجور، فقال عليه السلام: لا بـأس بأن يتزوجها ويحصنها»[2]، ونحوهما غيرهما.

وعن الحلبي، وظاهر المقنع: الحرمة[3].

للآية الشريفة: ﴿الزَّانِي لاَ يَنْكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنْكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾[4].

بدعوى ظهورها في حرمة تزويج الزانية لغـير الزاني والمشرك، وحرمة

---

(١) قرب الإسناد: ١٦٦/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٨، ب ١٢ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٦، ب ١٢ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٨٦/ المقنع: ١١٣.

(٤) سورة النور: ٣.

مـــن مائه أو ماء غيره(١) إن لم تكن حاملاً، وأما الحامل فلا حاجة

التزويج من الزاني لغير الزانية والمشركة.

وفيه: عدم ظهور كون الآية الشريفة في مقام تشريع التحليل والتحريم، بل من الجائز كونها في مقام الإخبار، ويكون المراد من النكاح الوطء.

إذ لو حمل على تشريع التحليل والتحريم كان مقتضاه جواز تزويج المسلم الزاني المشركة، وجواز تزويج المشرك الزانية المســلمة، ولم يقل به أحد، فلا بد من تنزيلها على غير هذا المعنى، ولا مجال حينئذٍ للاستدلال بها على ما نحن فيه.

والنصوص الآتية ربما تشير إلى ذلك.

(١) كما في موثق إســحاق بن جرير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له الرجل يفجــر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال عليه السلام: نعم: إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها، وإنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها»[١].

وفيما رواه الحســن بن علي بن شــعبة ـ في تحف العقول ـ عن أبي جعفر محمد ابن علي الجواد عليه السلام: «أنه ســئل عن رجــل نكح امرأة على زنى أيحل له أن يتزوجها؟ فقال: يدعها حتى يســتبرئها من نطفته ونطفة غيره، إذ لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره حدثاً كما أحدثت معه، ثم يتزوج بها إن أراد، فإنما مثلها مثل نخلة أكل منها رجل حراماً، ثم اشتراها فأكل منها حلالاً»[٢].

وفي المســالك عن التحرير: لزوم العدة عــلى الزانية مع عدم الحمل، ثم قال: «ولا بأس به حذراً من اختلاط المياه وتشــويش الأنساب»[٣]، واختاره في

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٤، ب ١١ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤.

(٢) تحف العقول: ٤٥٤/ المصدر السابق ٢٢: ٢٦٥، ب ٤٤ ـ العدد ـ حديث: ٢.

(٣) مسالك الأفهام ٩: ٢٦٣/ تحرير الأحكام ٤: ١٦٠.

فيها إلى الاستبراء(١)، بل يجوز تزويجها ووطؤها بلا فصل، نعم الأحوط ترك تزويج المشهورة بالزنى(٢) إلا بعد ظهور توبتها.

الوسائل، والحدائق[١]، للروايتين المذكورتين، المعتضدتين بعموم ما دل على لزوم العدة بالدخول، وقولهم عليهم السلام: «العدة من الماء»[٢].

وفي الجواهر لم يستبعد حمل الخبرين على ضرب من الندب، والعمومات لا مجال للأخذ بها في بعض الموارد إجماعاً[٣].

والإشكال عليه ظاهر، إذ الأول: لا قرينة عليه.

والثاني: لا يمنع من الأخذ بالعموم في غير مورد الإجماع.

وكان الأولى الإشكال على العمومات: بأنها واردة في العدة لغير صاحب الماء، وقد تقدَّم أنه يجوز التزويج في عدة نفسه.

وأما الخبران: فمخالفان للمشهور، فلا مجال للعمل بهما.

على أن الثاني منهما مرسل، فتأمل.

وأما إطلاق ما دل على جواز تزويج الزانية فلا نظر فيه إلى المقام، ولو فرض فهو مقيد بما ذكر.

(١) بلا إشكال ظاهر فيه، ولا خلاف، لعدم الدليل على لزوم العدة فيها، والنصوص المتقدمة لا تشملها، بل ظاهرها عدمها.

(٢) فقد ورد في جملة من النصوص تفسير الآية الشريفة بها، ففي صحيح

---

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٦٥/ الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٩٧.

(٢) المصدر السابق، ب ٤٤ ـ العدد ـ حديث: ٣، ٤.

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ٢٦٣.

. . . . . .

زرارة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿الزَّانِي لاَ يَنْكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنْكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾، قال عليه السلام: هن نساء مشهورات بالزنى، ورجال مشهورون بالزنى، قد شهروا بالزنى وعرفوا به، والناس اليوم بذلك المنزل، فمن أقيم عليه حد الزنى، أو شهر منهم بالزنى، لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبته»[١].

ونحوه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام[٢]، وخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام[٣].

وخبر حكم بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في قول الله عز وجل: ﴿وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنْكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾، قال: إنما ذلك في الجهر، ثم قال: لو أن إنساناً زنى ثم تاب تزوج حيث شاء»[٤].

وفي رسالة المحكم والمتشابه عن تفسير النعماني: «نزلت هذه الآية في نساء كن بمكة معروفات بالزنى، منهن سارة، وخيثمة، ورباب، حرم الله نكاحهن، فالآية جارية في كل من كان من النساء مثلهن»[٥].

وعن المفيد، وتلميذه سلار: الحرمة اعتماداً على ما ذكر[٦].

لكن عرفت سابقاً أن الآية لا يراد منها التشريع.

---

(١) سورة النور: ٣ / وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٩، ب ١٣ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢ .

(٢) المصدر السابق ـ ملحق حديث: ٢ .

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٣ .

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٤ .

(٥) رسالة المحكم والمتشابه: ٨٩/ المصدر السابق ـ حديث: ٥ .

(٦) لم أجده عندهما، ولم أعثر على حاكيه عنهما.

بل الأحوط ذلك بالنسبة إلى الزاني بها، وأحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً إلا بعد توبتها، ويظهر ذلك بدعائها إلى الفجور، فإن أبت ظهر توبتها(١).

(مسألة ١٨): لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها(٢) وإن

والأخبار المذكورة تشير إلى ذلك، وأن المقصود منها التبكيت والذم لنساء ورجال مشهورين بالزنى مواظبين عليه.

(١) كما تقدم في النصوص[١].

(٢) على المشهور، للأصل، ولما ورد من أن الحرام لا يحرم الحلال[٢].

ولرواية عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليهما السلام: «قال: لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزني، وإن لم يقم عليها الحد، فليس عليه من إثمها شيء»[٣].

وعن المفيد وسلار: الحرمة[٤].

وكأنه للآية الشريفة، التي قد عرفت الإشكال في دلالتها على التحريم ابتداءً، فضلاً عن الاستدامة.

أو لجملة من النصوص الدالة على حرمتها إذا زنت قبل الدخول، كخبر الفضل بن يونس: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت، قال عليه السلام: يفرّق بينهما، وتحدّ الحد، ولا صداق لها»[٥]، ونحوه غيره.

---

(١) تقدّم في ٢٧٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٥، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٦، ٩، ١١، ١٢.

(٣) المصدر السابق ٢٠: ٤٣٦، ب ١٢ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) المقنعة: ٥٠٤/ المراسم العلوية: ١٤٩.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ٤٢٨، ب ٦ ـ العيوب ـ حديث: ٢.

كانت مصرة على ذلك، ولا يجب عليه أن يطلقها(١).

(مسألة ١٩): إذا زنى بذات بعل دواماً أو متعة حرمت عليه أبداً(٢)، فلا يجوز له نكاحهـــا بعد موت زوجها أو طلاقه لها، أو انقضاء مدتها إذا كانت متعة.

لكنها أخص من المدعى، ولما لم يقل بمضمونها أحد فلا مجال للعمل بها.

(١) للأصل، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه، ولا قائل بوجوب الطلاق.

(٢) في كشف اللثام: «قطع به الأصحاب إلا المحقق في الشرائع»[١].

وعن الانتصار، والغنية، والحلي، وفخر المحققين: الإجماع عليه[٢].

وفي الرياض: حكاية الإجماع عليه عن جماعة[٣].

وفي الحدائق: حكايته عن غير واحد[٤].

وفي الشرائع: نسبته إلى قول مشهور، وظاهره التوقف فيه[٥].

وحكي ذلك عن بعض المتأخرين؛ لعدم ثبوت الإجماع[٦].

وفي المســـالك: «عدم تحقق الإجماع على وجه يكون حجة»، ثم استدل له بالأولوية؛ لأن العقد على ذات البعل مع العلم إذا كان محرماً فالزنى أولى، وإذا

---

(١) كشف اللثام ٧: ١٨٥/ شرائع الإسلام ٢: ٢٣٦.

(٢) الانتصار: ٢٦٢/ غنية النزوع: ٣٣٨/ السرائر الحاوي ٢: ٥٢٥/ إيضاح الفوائد ٣: ٧١.

(٣) رياض المســـائل ١١: ٢٢٧/ التنقيح الرائع ٣: ٦٤/ جامع المقاصد ١٢: ٣١٤/ الروضة البهيّة ٥: ٢٠٠/ نهاية المرام ١: ١٦٨/ مفاتيح الشرائع ٢: ٢٤٤.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٨٠.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٦.

(٦) نهاية المرام ١: ١٦٨/ كفاية الأحكام ٢: ١٤٤.

ولا فرق على الظاهر(١) بين كونه حال الزنى عالماً بأنها ذات بعل أو لا.

كما لا فرق بين كونها حرة أو أمة، وزوجها حراً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم

كان الدخول مع العقد محرماً بالزنى أولى[١]، وتبعه على ذلك غيره[٢].

لكن القطع بالأولوية غير حاصل.

فالعمدة ظهور الإجماع.

وتوقف المحقق لا يدل على انتفائه، وإنما يدل على عدم ثبوته عنده.

وقد يستدل بما في الرضوي: «ومن زنى بذات بعل، محصناً كان أو غير محصن، ثم طلقها زوجها، أو مات عنها، وأراد الذي زنى بها أن يتزوج بها لم تحل له أبداً»[٣].

لكن الرضوي غير حجة، ومجرد الموافقة للشهرة غير جابرة.

ونحوه ما عن بعض المتأخرين من أنه قال: «روي أن من زنى بامرأة لها بعل، أو في عدّة رجعية حرمت عليه، ولم تحل له أبداً»[٤].

(١) لإطلاق معقد الإجماع، كما نص على ذلك في الجواهر[٥].

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٤٢.

(٢) مفاتيح الشرائع ٢: ٢٤٤/ كشف اللثام ٧: ١٨٥.

(٣) الفقه (المنسوب للرضا عليه السلام): ٢٧٨.

(٤) حكاه عنه في رياض المسائل ١١: ٢٢٨/ وانظر: بداية الهداية: ٩٤ ـ ٩٥.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٦.

بعدم صحة العقد، ولا بين أن تكون الزوجة مشـــتبهة أو زانية أو مكرهة. نعم لو كانت هي الزانية وكان الواطئ مشـــتبهاً فالأقوى عدم الحرمة الأبدية(١).

ولا يلحق بـــذات البعل الأمة المستفرشـــة ولا المحللة(٢)، نعم لو كانت الأمة مزوجة فوطأها ســـيدها لم يبعد الحرمة الأبدية عليه(٣) وإن كان لا يخلو عن إشكال(٤).

ولو كان الواطئ مكرهاً على الزنى فالظاهر لحوق الحكم(٥)، وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً.

---

(١) وفي الجواهر: «في الحرمة أبداً إشكال، وإن كان ظاهر العبارات عدم شموله؛ لاختصاص كلامهم بالزنى، فلا يشمل الشبهة، لكن يمكن استفادته من حكم العقد على ذات البعل، بناءً على الأولوية المزبورة، وأن حكمها الحرمة أبدا مع علمها دونه بمجرد العقد»[١].

وفيه: ما عرفت من الإشكال في الأولوية بأنها غير قطعية.

(٢) كـــما نص عـــلى ذلك في الجواهـــر، وغيرها، لخروجهـــما عن معقد الإجماع، بل في الجواهر: «لم نجد فيه خلافاً»[٢].

(٣) لأنه زنى بذات بعل، فيدخل في معقد الإجماع على الحرمة.

(٤) كأنه من جهة احتمال الانصراف.

(٥) لإطلاق معقد الإجمـــاع، وإن كان يحتمل انصرافه إلى الوطء المحرم بالفعل، الموجب للعقاب، وهو منتفٍ مع الإكراه.

---

(١)، (٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٦.

(مسألة ٢٠): إذا زنى بامرأة في العدة الرجعية حرمت عليه أبداً(١)، دون البائنة، وعدة الوفاة(٢)، وعدة المتعة، والوطء بالشبهة، والفسخ.

ولو شك في كونها في العدة أو لا، أو في العدة الرجعية أو البائنة، فلا حرمة ما دام باقياً على الشك(٣). نعم لو علم كونها في عدة رجعية وشك في انقضائها وعدمه، فالظاهر الحرمة(٤)، وخصوصاً إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء(٥).

لكن الانصراف ممنوع.

(١) لما تقدَّم في المسألة السابقة من الإجماع، والمرسل، وتوقف فيه في الشرائع.

لكن لا مجال للتوقف، كما سبق بعينه.

(٢) لخروجها عن معقد الإجماع.

لكن في الرياض: «فيه نظر؛ لجريان بعض ما تقدم هنا، كالأولوية الواضحة الدلالة في ذات العدة، بناءً على ما يأتي من حصول التحريم بالعقد عليها فيها مع العلم، ومع الدخول في حال الجهل»[1].

لكن عرفت الإشكال في الأولوية.

(٣) للأصل المقتضي للبناء ظاهراً على الحل.

(٤) لاستصحاب كونها في العدة.

(٥) لأن إخبارها حجّة، كما سبق.

---

(١) رياض المسائل ١١: ٢٢٨.

ولا فرق بين أن يكون الزنى في القبل أو الدبر(١)، وكذا في المسألة السابقة.

(مسألة ٢١): من لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفة(٢) حرمت عليه(٣) أمه أبداً وإن علت،

---

(١) للإطلاق.

(٢) كما نص على ذلك في القواعد، والمسالك، وجامع المقاصد، والروضة، وغيرها[١].

وفي الرياض: «الاتفاق في الظاهر واقع عليه»[٢]؛ لصدق الإيقاب، وتقييده بتمام الحشفة في وجوب الغسل لدليله ـ مثل: «إذا التقى الختانان وجب الغسل»[٣] ـ لا يقتضي التقييد بذلك هنا، لحرمة القياس.

ودعوى الانسباق إلى ما يحصل به حرمة المصاهرة في غير المقام، ممنوعة بنحو يعتدّ به.

(٣) إجماعاً، كما عن الانتصار، والخلاف[٤].

وفي المسالك: «أنه متفق عليه بين الأصحاب»[٥].

وفي الرياض: حكايته عن الغنية، والتذكرة، وشرح النافع للسيد،

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٢/ مسالك الأفهام ٧: ٣٤٣/ جامع المقاصد ١٢: ٣٢١/ الروضة البهية ٥: ٢٠٣/ السرائر الحاوي ٢: ٥٢٥/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٧٢/ التنقيح الرائع ٣: ٨٧.

(٢) رياض المسائل ١١: ٢٣٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢: ١٨٢، ب ٦ ـ الجنابة.

(٤) الانتصار: ٢٦٥/ الخلاف ٤: ٣٠٨.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٣٤٣.

وبنته وإن نزلت(١)، وأخته، من غير فرق بين كونهما كبيرين، أو صغيرين، أو مختلفين(٢).

وغيرهم[١].

وفي الجواهر: «هو في أعلى درجات الاستفاضة أو التواتر»[٢].

ويشهد له النصوص، منها صحيح ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل يعبث بالغلام، قال عليه السلام: إذا أوقب حرمت عليه بنته وأخته»[٣].

وموثق إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل لعب بغلام هل تحل له أمه؟ قال عليه السلام: إن كان ثقب فلا»[٤]، ونحوهما غيرهما.

(١) نص على ذلك في القواعد، وحكي عن ابن إدريس[٥].

وتنظر فيه في كشف اللثام[٦]؛ لعدم وضوح عموم الأم للجدة والبنت لبنت البنت، والأصل يقتضي الحل لولا دعوى الاتفاق عليه، المحكية عن جماعة.

(٢) أما إذا كان الواطئ صغيراً، فقد استشكل فيه في القواعد وغيرها[٧]، لاختصاص النصوص بالرجل الذي لا يشمل الصغير، ولا إجماع على عدم

(١) رياض المسائل ١١: ٢٣٦/ غنية النزوع: ٣٣٨/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٧٢/ نهاية المرام ١: ١٧٣/ التنقيح الرائع ٣: ٨٧/ جامع المقاصد ١٢: ٣١٧/ كفاية الأحكام ٢: ١٤٥/ مفاتيح الشرائع ٢: ٢٤٢/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٩٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٤، ب ١٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٧.

(٥) قواعد الأحكام٣: ٣٢ / السرائر الحاوي ٢: ٥٢٥.

(٦) كشف اللثام ٧: ١٨٨.

(٧) قواعد الأحكام ٣: ٣٢/ كنز الفوائد ٢: ٣٦٣.

. . . . . .

الفصل بينه وبين الكبير، فيتعين الرجوع فيه إلى أصالة الحل.

خلافاً للمحقق والشهيد الثانيين وغيرهما، فالأقوى عندهم عدم الفرق؛ لعدم الفرق في حكم المصاهرة بين البالغ وغيره.

ولصدق عنوان الرجل عليه بعد البلوغ، فيقال: (إنه رجل أوقب)، وإن كان إيقابه سابقاً.

ولأن التحريم في النص خارج مخرج الغالب[1].

ولكن الجميع غير ظاهر.

بل الثاني خلاف الظاهر، فإن الظاهر من قول القائل: (رجل أوقب) أنه أوقب حال كونه رجلاً، وكذا كل عنوان أخذ موضوعاً للحكم، فإن الظاهر منه المقارنة بين الحكم وبين العنوان، مثل قولنا: (مسافر صلى قصراً، وحاضر صلى تماماً)، ونحو ذلك.

ومن العجيب ما في كشف اللثام فإنه استدل على الحكم بالصحيح والموثق المتقدمين، ثم ذكر في وجه الإشكال الذي ذكره في القواعد فقال: «من عموم الخبر الثاني، وهو خيرة التحرير، والأصل، واختصاص الخبر الأول»[2]، مع أن الخبر الثاني أيضاً خاص كالأول.

وأما عدم الفرق في الموطوء بين الصغير وغيره: فهو المصرح به في القواعد وغيرها، بل قد استظهر من عبارة جامع المقاصد: أنه من معقد إطباق

---

(١) جامع المقاصد ١٢: ٣١٧/ الروضة البهية ٥: ٢٠٣/ مسالك الأفهام ٧: ٣٤٣/ إيضاح الفوائد ٣: ٧٢/ التنقيح الرائع ٣: ٨٧.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٨٨/ تحرير الأحكام ٣: ٤٦٦.

ولا تحرم على الموطوء أم الواطئ وبنته وأخته على الأقوى(١).

الأصحاب، ومن عبارة الروضة: أنه إجماع[١].

وإن كان لا يخلو من نظر؛ لاحتمال رجوع الإجماع في الثاني إلى النسب مقابل الرضاع، ورجوع الإطباق في الأول إلى أصل الحكم.

وكيف كان، فالعمدة في وجه الإشكال: أن المذكور في النصوص هو الغلام، وهو لا يشمل الشيخ والكهل.

فالتعدي إلى الرجل يحتاج إما إلى فهم المثالية من الغلام، والمراد مطلق الذكر، أو الإجماع على عدم الفصل.

لكن كلاً من الأمرين معاً غير ظاهر.

وإن كان الأصل غير بعيد.

(١) للأصل.

وفي كشف اللثام وغيره عن الشيخ أنه حكى عن بعض الأصحاب التحريم عليه أيضاً[٢].

ومأخذه غير ظاهر غير احتمال رجوع الضمير في الأخبار لكل من الفاعل والمفعول.

وفيه: أن المسؤول عن حكمه الواطئ، فالحكم ـ وهو التحريم ـ يكون عليه، وضمير المخاطب بالحكم راجع إليه.

نعم، الضمير الآخر راجع إلى الموطوء، فالقول المذكور ضعيف، ولا

(١) جامع المقاصد ١٢: ٣١٧ / الروضة البهيّة ٥: ٢٠٣.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٨٧/ وعن بعض الأصحاب في نهاية المرام ١: ١٧٣.

ولو كان الموطوء خنثى(١) حرمت أمها وبنتها على الواطئ، لأنه إما لواط أو زنى(٢)،

سيما بعد دعوى الإجماع على العدم، كما عن صريح التذكرة وظاهر الروضة[١].

(١) قال في القواعد: «ولو أوقب خنثى مشكل، أو أوقب، فالأقرب عدم التحريم»[٢].

وعلله في كشف اللثام بالأصل مع الشك في السبب، ووجه الخلاف الاحتياط، وتغليب جانب الحرمة، ثم قال: «نعم إن كان مفعولاً، وكان الإيقاب بإدخال تمام الحشفة، لم يشكل تحريم الأم والبنت على القول بنشر الزنى الحرمة. وإن كان فاعلاً حرمت عليه النساء قاطبة، كما حرم على الرجال، للإشكال في الذكورية والأنوثية.

على أن كلامهم في إرث الخنثى المشكل إذا كان زوجاً أو زوجة يدل على الإباحة»[٣].

لكن قد يدفع الإشكال الأول: بأن الكلام بالنظر إلى الإيقاب، والمقصود نفي الحرمة من جهته، لا من جهة الزنى.

(٢) لكن المحرم باللواط بنته التي تتولد من مائه، والمحرم بالزنى بنت الموطوءة التي تتولد منها، فاختلف المفهوم والمصداق، وحينئذٍ لا يحصل العلم بالتحريم إلا مع الابتلاء بالطرفين، من جهة العلم الإجمالي، ويكون التحريم في كل منهما عقلياً لا شرعياً.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٧٢/ الروضة ٥: ٢٠٤.

(٢) قواعد الأحكام٣: ٣٢.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٨٨.

وهو محرِّم إذا كان سابقاً كما مرّ(١).

والأحــوط حرمة المذكورات على الواطئ وإن كان ذلك بعد التزويج(٢)،

---

(١) بل يأتي في المسألة الثامنة والعشرين من الفصل الآتي[١].

(٢) كما عن ابن سعيد في الجامع[٢]، بل هو ظاهر جماعة ممن أطلق التحريم للمذكورات، لمرســل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عــن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل يأتي أخا امرأته، فقال: إذا أوقبه فقد حرمت عليه المرأة»[٣].

المعتضد بإطلاق نصوص الباب.

والمشــهور الحل في الفرض، بل هو المذكور في كلام جماعة مرســلين له ارســال المسلمات[٤]، بل في كلام شيخنا أنه اتفاقي لا مخالف فيه فتوى ورواية، إلا ما يظهر من المرسل المذكور[٥].

ويتعــين حمله على كونها امرأتــه في الحال دون زمــان الإتيان، وإن كان خلاف الظاهر.

والعمدة: أن المرسل المذكور في نفسه لا دليل على حجيته، وإن كان المرسل ابن أبي عمير، كما أشرنا إلى ذلك في مبحث النجاسات من هذا الشرح[٦]، فضلًا عن ملاحظة دعوى الاتفاق أو الشهرة العظمية على خلافه.

---

(١) في ص ٢٨٤.

(٢) الجامع للشرائع: ٤٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٤، ب ١٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢ .

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٦/ إرشاد الأذهان ٢: ٢٧/ قواعد الأحكام ٣: ٣٢/ اللمعة الدمشقية: ١٧٩.

(٥) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤٢٢.

(٦) تقدّم في ج ٢ ص ٢٣٧.

خصوصاً إذا طلقها وأراد تزويجها جديداً(١).

(١) أما إذا كان الطلاق بعد وقوع الإيقاب: فقد نسب في الجواهر الميل إلى عدم الجواز إلى بعض الأفاضل[١]، ولعله السيد في الرياض، فقد جعل احتمال التحريم أقوى، للإطلاقات المخصص بها الأصل والعموم[٢].

لكن في كشف اللثام: الأقرب عدم التحريم[٣].

وفي الجواهر: «يقوى الجواز، للاستصحاب»[٤].

وفيه: أن استصحاب الحل الفعلي لا مجال له، للحرمة بالطلاق.

والاستصحاب التعليقي لا يقين سابق بمؤداه، بل مقتضى استصحاب عدم ترتب الأثر على العقد هو الحرمة.

مع أن الاستصحاب لا مجال له مع إطلاق الأدلة.

والخروج عنها بالنسبة إلى من سبق العقد عليها بعموم: «الحرام لا يحرم الحلال»[٥]، يختص بحال العقد ولا يشمل ما بعد الطلاق.

فالإطلاق بالنسبة إليه محكم، كما ذكر في الرياض.

أما إذا كان الطلاق قبل وقوع الإيقاب: فالحكم بالعدم فيه أظهر؛ لعدم الحل حال الإيقاب، فلا يشمله قوله عليه السلام: «الحرام لا يحرم الحلال» فيبقى داخلاً تحت الإطلاق.

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٨.

(٢) رياض المسائل ١١: ٢٣٩.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٨٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٨.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٥، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٦، ٩، ١١، ١٢.

والأم الرضاعية كالنسبية(١)، وكذلك الأخت والبنت.

ولم أجد مـــن تعرّض لهذا الفرض إلا شـــيخنا في رســـالة النكاح، وقد استظهر فيه الحرمة[١]، لما ذكر، ولم يتعرّض للفرض السابق.

وبالجملة: المستفاد من النصوص المتضمّنة أن الحرام لا يحرم الحلال، أو لا يفســـده، بعد ضم بعضها إلى بعض وملاحظـــة مواردها: أن الحرام لا يرفع الحلية، ولا تدل على أنه لا يدفع الحلية.

والفرضان المذكوران من الثاني، فالمرجع فيهما غير النصوص المذكورة.

(١) كما عن التحرير[٢]، وقوّاه في الروضة، والرياض[٣].

وقرّبه في كشف اللثام[٤].

واستظهره في الجواهر؛ لعموم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٥]، الموجب لثبوت حكم النسب للرضاع.

ومن ذلك يظهر ضعف الإشـــكال في القواعد[٦]، للأصل والخروج عن ظاهر نصوص الباب، لاختصاصها بالنسبية لا غير.

فإن الدليل على الحرمة ليس أدلـــة الباب، وإنما هو عموم تنزيل الرضاع منزلة النسب.

---

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٤٢٢.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٤٦٦.

(٣) الروضة البهيّة ٥: ٢٠٣/ رياض المسائل ١١: ٢٣٦.

(٤) كشف اللثام ٧: ١٨٧.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٨/ وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧١، ب ١ ـ ما يحرم من الرضاع.

(٦) قواعد الأحكام ٣: ٣٢.

والظاهر عـــدم الفرق(١) في الوطء بـــين أن يكون عن علم وعمد واختيار أو مع الاشتباه، كما إذا تخيله امرأته، أو كان مكرهاً، أو كان المباشر للفعل هو المفعول(٢).

ولو كان الموطوء ميتاً ففي التحريم إشـــكال(٣) ولو شك في تحقق الايقاب وعدمه بنى على العدم(٤).

ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة(٥)، فـــلا بأس بنكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء أو أخته أو أمه، وإن كان

---

(١) للإطلاق، المعتضد بإطلاق الفتاوى.

(٢) يشكل بأنه لا تصح حينئذ نسبة الفعل إلى الفاعل، وإنما تصح نسبته إلى المفعول، فيخرج عن ظاهر النصوص.

(٣) كما في القواعد[١].

وفي جامع المقاصد: «لم يبعد التحريم لعموم النص»[٢].

وفيه: أن الغلام حقيقة في الحي، وإطلاقه على الميت مجاز، فعموم النص ممنوع، وعموم الحل يقتضي الجواز.

(٤) لأصالة العدم.

(٥) بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر[٣].

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٢.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٣١٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٧.

الأولى الترك في ابنته(١).

(١) لمرسل موسى بن سعدان عن بعض رجاله، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له رجل: ما ترى في شابين كانا مصطحبين، فولد لهذا غلام وللآخر جارية أيتزوج ابن هذا ابنة هذا؟ فقال عليه السلام: نعم، سبحان الله، لم لا يحل؟! فقال: إنه كان صديقاً له، قال: وإن كان فلا بأس، قال: فإنه كان يفعل به، قال: فأعرض بوجهه، ثم أجابه وهو متستر بذراعه، فقال: إن كان الذي كان منه دون الإيقاب فلا بأس أن يتزوج، وإن كان قد أوقب فلا يحل له أن يتزوج»[1].

ولأجل إرساله، وعدم معرفة القائل به، لا مجال للاعتماد عليه.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٤، ب ١٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

فصل

من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام

لا يجوز للمحرم أن يتزوج(١) امرأة محرمة أو محلة(٢)، سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال

فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام

(١) بلا خلاف ولا إشكال، وفي الجواهر: أن الإجماع بقسميه عليه[١].

ويشهد له غير واحد من النصوص، منها ما رواه زرارة بن أعين، وداود ابن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام ـ في حديث ـ: «قال: والمحرم إذا تزوج ـ وهو يعلم أنه حرام عليه ـ لم تحل له أبداً»[٢]، ونحوه ما رواه أديم بياع الهروي عن أبي عبد الله عليه السلام[٣].

وفي كشف اللثام: «الخبر وإن كان ضعيفاً لكن الأصحاب قطعوا بمضمونه، وحكى عليه الإجماع في الانتصار، والخلاف، والغنية»[٤].

(٢) للإطلاق، وكذا ما بعده.

---

(١) جواهر الكلام ١٨: ٢٩٨، ٢٩: ٤٥٠.

(٢)، (٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩١، ب ٣١ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) كشف اللثام ٧: ١٨٩/ الانتصار: ٢٤٦/ الخلاف ٤: ٣٢٢/ غنية النزوع: ٣٣٨.

الإحرام(١)، سواء كان الوكيل محرماً أو محلاً، وكانت الوكالة قبل الإحرام أو حاله(٢).

وكذا لو كان بإجازة عقد الفضولي الواقع حال الإحرام، أو قبله مع كونها حاله بناءً على النقل(٣)، بل على الكشف الحكمي(٤) بل الأحوط مطلقاً.

---

(١) يعني: إحرام الموكل.

(٢) للإطلاق.

(٣) لتحقق التزويج حالها، وهو حال الاحرام.

(٤) الكشف الحكمي بمعنى: أنه حال الإجازة يثبت مضمون العقد، ويجب ترتيب أحكام ثبوته من حين العقد، فالمضمون لما كان على هذا القول ثابتاً حال الإجازة، وهو حال الإحرام، كان التزويج حال الإحرام، فيبطل، وإن كانت أحكام المضمون ثابتة من حين العقد.

نعم، لا مانع من صحة الإجازة بناءً على الكشف الانقلابي، الراجع إلى أن زمان الإجازة هو زمان جعل المضمون من حين العقد، فالمجعول هو المضمون من حين العقد، وإن كان جعله حين الإجازة، فإذا كان العقد المجاز واقعاً حال الإحلال، يكون التزويج واقعاً حينئذٍ، فلا مانع منه.

اللهم إلا أن يدّعى أن المستفاد من الأدلة حرمة جعل التزويج حال الإحرام وإن كان زمان المجعول حال الإحلال.

ولأجل ذلك قال المصنف رحمه الله: «بل الأحوط مطلقاً»، يعني: حتى على الكشف الحقيقي أو الكشف الانقلابي.

ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكورة(١).

واحتملـه في الجواهر، «بناءً على أنه نوع تعلّـق بالنكاح ممنوع منه»، كما يشير إليه مرسل أبي شـجرة: «في المحرم يشهد على نكاح المحلين؟ قال عليه السلام: لا يشهد، ثم قال: يجوز للمحرم أن يشير بصيد على محل؟!»[١].

ثـم قال: «ويحتمـل الجواز، لأنه ليـس تزويجاً حال الإحـرام بناءً على الكشف، والأحوط الأول، وإن كان الثاني لا يخلو من قوة»[٢].

وكأنه لضعف المرسـل المانع من الخروج بـه عن عموم الصحة أو أصل البراءة.

وأما ما سبق من احتمال أن يكون الممنوع جعل الزوجية، كنفس الزوجية، فغير بعيد من النصوص الآتية، المتضمّنة أنه لا يتزوج ولا يزوج غيره، فإذا منع من أن يزوج غيره فأولى أن يمنع من أن يزوج نفسه.

(١) ادعى عليه الإجماع غير واحد[٣].

وتشـهد له النصوص كصحيح ابن سـنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «ليس للمحرم أن يتزوج، ولا يزوج، وإن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل»[٤].

وصحيح عبـد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «قـال أبو عبد الله عليه السلام: إن رجلاً من الأنصار تزوج وهو محرم، فأبطل رسول الله صلى الله عليه وآله نكاحه»[٥].

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤١٧، ب ١ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ٨.

(٢) جواهر الكلام ١٨: ٣٠٠

(٣) الانتصار: ٢٤٦/ تذكـرة الفقهاء ٧: ٣٨٤/ منتهى المطلـب ١٢: ٢٠٢/ جامع المقاصد ١٢: ١٠٨/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٧١.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٣٣٢، ب ١٤ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ١.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

وإن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبداً(١)، سواء دخل بها أو لا(٢).

وإن كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى(٣)، دخل

ومصحح معاوية بن عمار: «قال: المحرم لا يتزوج، ولا يزوج، فإن فعل فنكاحه باطل»[١].

وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم، قبل أن يحل، فقضى أن يخلي سبيلها، ولم يجعل نكاحه شيئاً حتى يحل، فإذا أحل خطبها إن شاء، وإن شاء أهلها زوجوه، وإن شاؤوا لم يزوجوه»[٢]، إلى غير ذلك مما يأتي بعضه.

(١) إجماعاً محكياً عن الانتصار، والخلاف، والغنية[٣].

وعن التذكرة، والمنتهى، نسبته إلى علمائنا[٤].

ويشهد له ما تقدم من روايات زرارة، وداود ابن سرحان، وأديم بياع الهروي، المعتضدة بإطلاق خبر أديم بن الحر الخزاعي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن المحرم إذا تزوج وهو محرم فرق بينهما، ولا يتعاودان أبدا»[٥].

(٢) لإطلاق النص والفتوى.

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة.

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٣٦، ب ١٤ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ٩.

(٢) المصدر السابق ١٢: ٣٣٨، ب ١٥ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ٣.

(٣) الانتصار: ٢٤٦/ الخلاف ٤: ٣٢٢/ غنية النزوع: ٣٣٨.

(٤) تذكرة الفقهاء ٧: ٣٨٦/ منتهى المطلب ١٢: ٢٠٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٣٣٨، ب ١٥ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ٢.

بها أو لم يدخل(١)، لكن العقد باطل على أي حال(٢) بل لو كان المباشر للعقد محرماً بطل وإن كان من له العقد محلاً(٣).

كما يقتضيه الجمع بين مثل صحيح محمد بن قيس المتقدم، وبين خبر أديم بن الحر الخزاعي المتقدم ونحوه، كخبر إبراهيم بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام[١]، فيحمل الأول على صورة الجهل، والأخيرة على صورة العلم، بشهادة روايات زرارة، وداود بن سرحان، وأديم بياع الهروي.

ومن ذلك يظهر ضعف القول بالتحريم الأبدي، كما عن الصدوق وسلار[٢]، اعتماداً على إطلاق نصوص التحريم الأبدي، لما عرفت من كونها محمولة على صورة العلم جمعاً.

(١) كما يقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس.

وعن الخلاف، والكافي، والغنية، والسرائر، والوسيلة: الحرمة أبداً مع الدخول[٣]، وعن الأول: الإجماع عليه.

ودليله غير ظاهر بعد ما عرفت.

والإلحاق بذات العدّة لا مجال له، لأنه قياس باطل.

والإجماع الذي ادعاه في الخلاف موهون بمخالفة الأكثر.

(٢) لما عرفت.

(٣) لما عرفت من النصوص الصريحة فيه.

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٣٨، ب ١٥ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ١.

(٢) المقنع: ٣٢٧/ المراسم العلوية: ١٤٩.

(٣) الخلاف ٤: ٣٢٢/ الكافي في الفقه: ٢٨٦/ غنية النزوع: ٣٣٨/ السرائر الحاوي ٢: ٥٢٥/ الوسيلة: ٢٩٣.

ولو كان الـــزوج محلاً وكانت الزوجة محرمة فلا إشـــكال في بطلان العقـــد(١)، لكن هل يوجب الحرمـــة الأبدية فيه قولان، الأحوط الحرمة(٢)، بل لا يخلو عن قوة.

---

(١) وفي المنتهـــى: أنه ذهب إليه علماؤنا أجمـــع[١]، لدخوله في النصوص المتقدمـــة، بناءً عـــلى أن المراد من المحرم الجنس الشـــامل للمـــرأة، أو لقاعدة الاشتراك

(٢) كما عن الخلاف، مستدلاً عليه بالإجماع، والاحتياط، والأخبار[٢].

وأشـــكل عليه في محكـــي الرياض بأن الأخبار لم نقـــف عليها، ودعوى الوفاق غير واضحة، والاحتياط ليس بحجة[٣].

وفي الجواهر: «قلت: يمكن إثباته بقاعدة الاشتراك، أو بإرادة الجنس من الألف واللام في بعض النصوص السابقة».

ثم استشـــكل في الأول: بأن قاعدة الاشـــتراك تختص بما يصلح وقوعه منهما، والنصوص الســـابقة دلت عـــلى تحريم تزويج المحـــرم، بمعنى: اتخاذه زوجة، وهذا المعنى يختص بالرجال، فلا تشمله قاعدة الاشتراك.

وفي الثاني: بأن الجنســـية المرادة مـــن الألف واللام بمعنى الجنســـية في المدخول، والمدخول هو المحرم المختص بالذكر، والجنس منه لا يشمل الأنثى، وإنما الذي يشملها الجنس من الجامع بين الذكر والأنثى، وهو غير المدخول[٤].

وحاصـــل الإشـــكال الأول: أن مفاد قاعدة الاشـــتراك تعميم الخطاب

---

(١) منتهى المطلب ١٢: ١٩٨.

(٢) الخلاف ٤: ٣٢٢.

(٣) رياض المسائل ١١: ٢٣٦.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٥٢.

.....

المتوجّه للرجال إلى النســـاء مع المحافظة على جميع قيوده، فإذا امتنعت المحافظة على القيود امتنعت قاعدة الاشـــتراك، فإذا ورد خطاب: (يـــا أيها الذين آمنوا أقيموا الصلاة) المختص بالرجال، وجب تعميمه إلى النساء، فكأنه قيل أيضاً: (يا أيها النساء أقمن الصلاة).

وإذا ورد: (يـــا أيهـــا الرجال أنفقوا على زوجاتكـــم) لم يصح تعميمه إلى النساء، بحيث يحكم بمضمون (يا أيها النساء أنفقن على أزواجكن)؛ لاختلاف قيود الموضوع.

وكذلك في المقام، فإن مفاد نصوص المقام أنه يحرم على الرجال المحرمين أن يتزوجوا النســـاء، فإذا بني على تعميمه إلى النســـاء فلا بد من اختلاف قيود الموضوع، إذ الموضوع حينئذٍ يحرم على النساء المحرمات أن يتزوجن الرجال.

وحاصل الإشكال الثاني: أن المراد من الجنس إن كان جنس المدخول فهو مختص بالجنس الذكري، وإن أريد الشامل للذكر والأنثى، فهو خلاف الظاهر محتاج إلى قرينة.

ودفع الإشـــكال الأول: بأن حرمة التزويج من أحـــكام نفس الإحرام المشـــترك بين الرجال والنســـاء، راجع إلى التمســـك بإطلاق الدليل، لا عمل بقاعدة الاشتراك.

مع أنه غير ظاهر من عبارة النص بعد البناء على ظهور المُحرِم في الذكر، لأنه يكون من أحكام إحرام الذكر، لا مطلقاً.

نعم، يندفع: بأن التزويـــج بالمعنى المضاف إلى الذكر مضاف إلى الأنثى، وليس هو بمعنى آخر، وحينئذٍ فـــإذا كان مطلق التزويج محرماً على الذكر كان

ولا فــرق في البطــلان(١) والتحريم الأبــدي بين أن يكون الإحرام لحج واجب، أو مندوب، أو لعمرة واجبة أو مندوبة، ولا في النكاح بين الدوام والمتعة.

(مسألة ١): لو تزوج في حال الإحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلاً عن كونه محرماً، أو ناسياً له فلا إشكال في بطلانه(٢)، لكن في كونه محرماً أبداً إشكال(٣)، والأحوط ذلك.

(مســألة ٢): لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الاحرام بالتزويــج في التحريم الأبدي، فــلا يوجبه وإن كان مع العلم بالحرمة والعمد(٤).

ذلك المعنى محرماً على الأنثى بقاعدة الاشــتراك، ولا مانع من جريانها حينئذٍ، نظير: (يا أيها الذين آمنوا أقيموا الصلاة)، فإن قاعدة الاشتراك تقتضي وجوب الصلاة عــلى الإناث، وإن كانــت صلاة الإناث تخالف صــلاة الذكور؛ لأن الواجب على الذكور طبيعة الصلاة، فكذا في المقام.

(١) كما صرح به غير واحد[١]؛ لإطلاق النصوص والفتاوى.

وكذا لا فرق بين كون الإحرام لنفسه أو غيره.

(٢) لإطلاق النصوص.

(٣) لمنافاة الغفلة والنسيان للعلم بكونه حراماً عليه.

(٤) كما نص على ذلك في الجواهر، وحكى عن بعض الإجماع عليه[٢].

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٢/ مسائل ٧: ٣٤٤/ كشف اللثام ٧: ١٨٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ٤٥١/ جامع المقاصد ١٢: ٣٢٣/ كشــف اللثام ٧: ١٩٠/ رياض المسائل ١١: ٢٣٦.

(مسألة ٣): لو تزوج في حال الاحرام ولكن كان باطلاً من غير جهة الاحرام ـ كتزويج أخت الزوجة أو الخامسة ـ هل يوجب التحريم أو لا؟ الظاهر ذلك(١)، لصدق التزويج، فيشمله الأخبار.

نعم لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

للأصل من غير معارض، لاختصاص الأدلة المتقدمة بغيره.

مضافاً إلى عموم عدم تحريم الحرام الحلال.

(١) تقدّم في المسألة الأولى من الفصل السابق الكلام في نظير المسألة، وقد تقدّم منه ﷺ التوقف.

وتقدّم أن الظاهر عدم التحريم، لأن الظاهر من التزويج: التزويج الصحيح، كما يظهر ذلك من ملاحظة باب الشهادة، والإقرار، والوصية والنذر، والوقف، ونحوها، فإن التزويج في جميع ذلك وغيره يراد منه الصحيح[1].

وأما خبر الحكم بن عيينة: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن محرم تزوج امرأة في عدتها، قال: يفرق بينهما، ولا تحل له أبداً»[2]، فضعيف.

مع أنه مجمل من حيث أن السبب في التحريم الأبدي التزويج في حال الاحرام، أو كونه في العدة، أو هما.

وورد في مورد خاص لا يمكن استفادة قاعدة منه، فراجع ما سبق.

---

(١) تقدّم في ص ١٦٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٤، ب ١٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١٥.

(مسألة ٤): لو شك في أن تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله بنى على عدم كونه فيه(١)، بل وكذا لو شك في أنه كان في حال الإحرام أو بعده، على إشكال(٢).

وحينئذٍ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله، أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً، قدم قول من يدعي الصحة(٣)، من غير

---

(١) لأصالة صحة العقد المعتضد بأصالة عدم الإحرام، في صورة ما إذا كان تاريخ العقد معلوماً وتاريخ الإحرام مجهولاً.

(٢) كأنه لأصالة بقاء الإحرام إلى حين العقد.

وفيه: أنه لا يطرد في صورة ما إذا كان تاريخ الإحرام معلوماً وتاريخ العقد مجهولاً.

مع أن أصالة الصحة مقدمة على الاستصحاب.

(٣) كما في الشرائع وغيرها[١]، بل هو المعروف بينهم.

لأصالة الصحة في كل فعل يحتمل فيه الصحة والفساد، بمعنى لزوم ترتيب آثار الصحة، فإنها من القواعد العقلائية، ولا فرق فيها بين فعل نفسه وفعل غيره، ولا بين فعل المسلم وغيره.

وتشير إليها بعض النصوص[٢].

وهي غير حمل فعل المسلم على الصحة التي هي من الأحكام الأدبية، الاجتماعية، الاستحبابية، المختصة بفعل المسلم أو المؤمن، وفعل الغير الملحوظ

---

(١) شرائع الإسلام ١: ٢٢٤/ إرشاد الأذهان ١: ٣١٧/ قواعد الأحكام ١: ٤٢٢.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى القاعدة ونصوصها في ج ١٢ ص ٣٦٣، وما بعدها.

فرق بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما(١).

فيها الحمل النفساني فقط، أعني: الحمل في نفسه على ما لا يكون معصية.

ويشهد بها جملة من النصوص[1].

ومن ذلك يظهر ما بين القاعدتين من الاختلاف مفهوماً، ومورداً، ودليلاً، وحكماً.

ولأجل ذلك يشكل ما ذكر في المدارك من النظر أولاً: بأنها إنما تتم إذا كان المدعي لوقوع الفعل في حال الإحرام عالماً بفساد ذلك، أما مع اعترافهما بالجهل، فلا وجه للحمل على الصحة.

وثانياً: بأن كل منهما يدعي وصفاً ينكره الآخر، فتقديم أحدهما يحتاج إلى دليل.

فإن ما ذكره مبني على أن المراد بأصالة الصحة المعنى النفساني، الذي لا يجري مع الجهل والعذر، ولا يكون من يوافقه منكراً وخصمه مدعياً.

(١) فإنه إذا جهل تاريخ الإحرام وعلم تاريخ العقد صح جريان أصالة عدم الاحرام إلى حين العقد، فيثبت كون العقد في حال عدم الإحرام، فيصح ولو لم تجر أصالة الصحة.

وإذا انعكس الأمر فأصالة عدم العقد إلى حين الإحرام لا يثبت بها وقوع العقد حال الإحرام، فيتعين الرجوع إلى أصالة الصحة.

وإذا جهل التاريخان فالمرجع أصالة الصحة، سواء قلنا بأن مجهولي التاريخ لا يجري الأصل فيهما ذاتاً، أم قلنا بأنه يجري لكن يسقط فيهما للمعارضة.

---

(١) انظر: فرائد الأصول ٣: ٣٤٥.

نعم لو كان محرما وشك في أنه أحل من إحرامه أم لا، لا يجوز لـــه التزويج، فإن تزوج مع ذلك بطل، وحرمت عليه أبدا، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الاحرام(١).

(مسألة ٥): إذا تزوج حال الاحرام عالما بالحكم والموضوع، ثم انكشف فساد احرامه، صح العقد ولم يوجب الحرمة(٢).

نعم لـــو كان إحرامـــه صحيحاً فأفســـده ثم تـــزوج، ففيه وجهان(٣): من أنه قد فســـد، ومن معاملتـــه معاملة الصحيح في جميع أحكامه.

فإن المرجع أصل الصحة على كل من القولين.

(١) ولا يجري أصل الصحة.

لاختصاص جريانه بصورة حدوث الشـــك بعد العمل، والمفروض في المقام الشك حال العمل.

(٢) لتبين انتفاء موضوع البطلان والتحريم.

(٣) في الجواهر عن غـــير واحد التصريح بإلحاق الإحرام بعد إفســـاده بالصحيح، ولعله لمعاملته معاملة الصحيح في جميع الأحكام[١]، انتهى.

أقول: المذكور في كلامهم أن من جامع امرأته في إحرام العمرة قبل السعي فســـدت عمرته، وحكي عليه الاتفاق، والنصوص به وافرة[٢]، ومقتضاه عدم ترتب آثار الإحرام مطلقاً.

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٥١/ قواعد الأحكام ٣: ٣٢.

(٢) انظر: دليل الناسك: ٢٠٣، وما بعدها.

(مسألة ٦): يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق(١) في العدة الرجعية، وكذا تملك الإماء(٢).

(مسألة ٧): يجوز للمحرم أن يوكل محلاً في أن يزوجه بعد

لكن المصرح به في كلام جماعة وجوب الإتمام، وذلك يدل على عدم البطلان بالمرة.

ولعله لبنائهم على استصحاب بقاء الإحرام، لكنه خلاف ظاهر النصوص المتضمنة للفساد.

أو للأمر بإتمام الحج والعمرة، لكنه غير ظاهر؛ لاختصاصه بالصحيحين، فلا يشمل الفاسدين.

نعم، تشعر بعض النصوص بأن الفساد يراد به الفساد في الجملة.

والكلام في ذلك موكول إلى محله.

(١) بلا إشكال ولا خلاف، كما في الجواهر[١]؛ لخروجه عن موضوع نصوص التحريم، فيبقى داخلاً تحت أصالة الحل وعمومه، مثل قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[٢].

(٢) بلا خلاف أيضاً، لما ذكر فيما قبله.

ويشهد له صحيح سعد بن سعد الأشعري القمي، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «سألته عن المحرم يشتري الجواري ويبيعها؟ قال عليه السلام: نعم»[٣].

---

(١) جواهر الكلام ١٨: ٣١٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٠، ب ١٦ ـ تروك الاحرام ـ حديث: ١.

إحلاله(١)، وكذا يجوز له أن يوكل محرماً في أن يزوجه بعد إحلالهما(٢).

(مسألة ٨): لو زوجه فضولي(٣) في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه.

وهل له ذلك بعد إحلاله الأحوط العدم، ولو على القول بالنقل(٤).

---

(١) بلا إشكال ولا خلاف أيضاً، لما سبق.

وقد صرّح به الأصحاب من دون تعرّض لشبهة فيه وتأمل[١].

(٢) لما عرفت.

لكن استثناها بعض من الجواز[٢].

ولعله لعدم قابلية المحرم لإيقاع الموكل فيه حال التوكيل، الموجب للمنع من صحة الوكالة.

وفيه: أنه لا دليل على منع ذلك، وليس المنع الشرعي بأقوى من المنع العقلي، مع أنه غير مانع عن صحة الوكالة.

(٣) تقدم الكلام فيه في أول الفصل[٣].

(٤) هذا الاحتياط ضعيف؛ إذ على هذا القول يكون التزويج حال الإحلال إنشاء ومنشأ، ولا يرتبط بالإحرام.

---

(١) شرائع الإسلام ١: ٢٢٤/ قواعد الأحكام ١: ٤٢٢/ جواهر الكلام ١٨: ٣١٥.

(٢) كشف اللثام ٥: ٣٣٨.

(٣) في ص ٢٢٦.

هـــذا إذا كان الفضولي محلاً، وإلا فعقـــده باطل(١) لا يقبل الإجازة ولو كان المعقود له محلاً.

نعم، على القول بالكشـــف الحقيقي يكون التزويج حال الإحرام إنشاء ومنشأ.

وعلى الكشف الانقلابي يكون التزويج حال الإحرام منشأ، لا إنشاء.

وعلى الكشـــف الحكمي لا يكون التزويج حال الإحرام لا إنشـــاء، ولا منشأ، وإنما محض جعل الأحكام.

وتحريم ذلك غير ظاهر.

(١) لما عرفت من النصوص المتضمنة أنه لا يتزوج ولا يزوج.

لكن الظاهر جريان أحكام الصـــور المتقدمة هنا بعينها، فيصح بناءً على النقل والكشـــف الحكمي، ولا يصح بناءً على الكشـــف الحقيقي والكشـــف الانقلابي.

ولا فرق بين المسألتين، كما يظهر بالتأمل.

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

وهي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجية أو الملك عيناً أو انتفاعاً(١)، بالتحليل، أو الوطء شبهة أو زنى، أو النظر واللمس في صورة مخصوصة.

فصل في المحرمات بالمصاهرة

(١) الذي يظهر من المصاهرة لغة وعرفاً اختصاصها بالزوجية، كما اعترف به في الجواهر، وشيخنا الأعظم[١].

ويشير إليه قوله تعالى: ﴿**وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً**﴾[٢].

لكن في المسالك عممها لما يحدث، بالنظر، واللمس، والوطء، على وجه مخصوص، وأخرج وطء الأمة، والشبهة، والزنى، وأنكر أن تكون الحرمة فيها من باب المصاهرة[٣].

وفي الشرائع: «وهي تتحقق مع الوطء الصحيح، وتشكل مع الزنى،

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٤٨/ كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٣٧٧.

(٢) سورة الفرقان: ٥٤.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٢٨١.

(مسألة ١): تحرم زوجة كل من الأب والابن على الآخر(١)، فصاعداً في الأول ونازلاً في الثاني(٢)،

والوطء بالشبهة، والنظر، واللمس»[١].

وكأن مراده بالوطء الصحيح الوطء الناشئ عن عقد ولو تحليلاً، وإلا فالوطء بالشبهة من الوطء الصحيح أيضاً.

كما أن مراده بيان مجرد التحقق بالوطء، لا الحصر به، وإلا فهي تتحقق بالعقد أيضاً، كما سيأتي.

والمصنف رحمه الله جعل التحريم في جميع ذلك من باب المصاهرة، جرياً على ما بنى عليه الأصحاب من ذكر الحرمة في جميع ذلك في باب أحكام المصاهرة.

وإلا فقد عرفت معناها لغة وعرفاً.

ومن ذلك يظهر أن التفصيل بين الأسباب المذكورة غير ظاهر.

(١) إجماعاً، بل لعله ضروري من ضروريات الإسلام.

ويشهد به قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٢].

وقوله تعالى: ﴿وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ﴾[٣].

(٢) إجماعاً، ويشهد له بعض النصوص، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنه قال: لو لم تحرم على الناس أزواج النبي صلى الله عليه وآله لقول الله عز وجل: ﴿مَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللهِ وَلاَ أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً﴾ حرمن على الحسن والحسين بقول الله عز وجل: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(٢) سورة النساء: ٢٢.

(٣) سورة النساء: ٢٣.

نسباً أو رضاعاً(١)، دواماً أو متعة(٢)، بمجرد العقد وإن لم يكن دخل(٣)، ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحر والمملوك(٤).

(مسألة ٢): لا تحرم مملوكة الأب على الابن وبالعكس(٥) مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر.

﴿مِنَ النِّسَاءِ﴾، ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده»[١].

وأما قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ﴾ فالمراد به النسبي، في مقابل المتبنى، الذي جرت عادة العرب على تسميته ابنا.

(١) لعموم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٢].

(٢) للإطلاق.

(٣) إجماعاً، وهو العمدة فيه، لاحتمال أن يكون المراد من النكاح في قوله تعالى: ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ الوطء.

نعم، حلائل الأبناء تشمل المدخول بها وغيرها.

(٤) لإطلاق الأدلة.

(٥) كما صرح به جماعة على نحو يظهر أنه من المسلمات[٣]، وفي كشف اللثام: دعوى الاتفاق عليه[٤].

---

(١) سورة الأحزاب: ٥٣/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤١٢، ب ٢ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ٣٧١، ب ١ ـ ما يحرم من الرضاع.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢/ تحرير الأحكام ٣: ٤٦٢/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٥٦/ قواعد الأحكام ٣: ٣٠/ جامع المقاصد ١٢: ٣٠٠/ مسالك الأفهام ٧: ٢٨٦.

(٤) كشف اللثام ٧: ١٧٩.

وتحرم مع الدخول(١) أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة(٢)

وعن شرح النافع للسيد: دعوى الإجماع عليه[١]، وكذا في الرياض[٢].

وفي الحدائق نفي الخلاف فيه[٣].

ويقتضيه الأصل بعد ظهور حصر المحرمات في غيرهما، وللنصوص الآتية نحوها.

ولاحتمال ظهور ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ في الزوجات.

(١) إجماعاً من المسلمين، كما قيل[٤].

وقد استدل له بالكتاب، والسنة.

وفيه تأمل، لما عرفت من التأمل في عموم: ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ و﴿حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ لغير الزوجات[٥].

نعم، في خبر موسى بن بكر عن زرارة قال: «قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: إذا أتى الجارية وهي حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه»[٦].

(٢) كما هو المشهور.

---

(١) نهاية المرام ١: ١٣٤.

(٢) رياض المسائل ١١: ١٧٩.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٦٠.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٣٤٨.

(٥) سيأتي في شرح المسألة الإحدى والأربعين تقريب دلالة الآية على عموم الحرمة للزوجة وملك اليمين. [منه قدس سره]. أقول: لم أجد شيئاً من ذلك لا في هذه المسألة ولا في غيرها، فلاحظ.

(٦) وسائل الشيعة ٢٠: ٤١٨، ب ٣ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

.....

وحكي عن الصدوق، والشيخ، والقاضي، وابني حمزة وزهرة، وغيرهم[١].

ويشهد له صحيح محمد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟ قال: بشهوة؟ قلت: نعم، قال: ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة، ثم قال ـ ابتداء منه ـ: إن جرّدها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه، قلت: إذا نظر إلى جسدها، قال: إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه»[٢].

وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل تكون عنده جارية يجرّدها وينظر إلى جسمها نظر شهوة هل تحل لأبيه؟ وإن فعل أبوه هل تحل لابنه؟ قال عليه السلام: إذا نظر إليها نظر شهوة ونظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه، وإن فعل ذلك الابن لم تحل للأب»[٣].

وفي صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها ويجرّدها لا يزيد على ذلك، قال عليه السلام: لا تحل لابنه إذا رأى فرجها»[٤].

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا جرّد الرجل

---

(١) المقنع: ٣٢٧/ النهاية: ٤٥١/ المهذب ٢: ٢٤٦/ الوسيلة: ٢٩٣/ غنية النزوع: ٣٣٧/ إصباح الشيعة: ٣٩٧/ كشف الرموز ٢: ١٣٧/ الجامع للشرائع: ٤٢٧/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٧٤/ مختلف الشيعة ٧: ٦١/ الروضة البهيّة ٥: ١٨٣/ مسالك الأفهام ٧: ٣٠٦/ نهاية المرام ١: ١٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤١٧، ب ٣ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٧.

. . . . . .

الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه»[١].

ومصحح عبد الرحمن بن الحجاج وحفص بن البختري، وعلي بن يقطين قالوا: «سمعنا أبا عبد الله عليه السلام يقول في الرجل تكون له الجارية أفتحل لابنه؟ فقال عليه السلام: ما لم يكن جماع أو مباشرة كالجماع فلا بأس»[٢]، ونحوها غيرها.

وفي الشرائع، وعن الحلي، والعلامة في أكثر كتبه، وغيرهم: الجواز[٣].

لموثق علي بن يقطين عن العبد الصالح: «عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أتحل لابنه أو لأبيه؟ قال عليه السلام: لا بأس»[٤].

وخبر عبد الله بن يحيى الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «سألته عن رجل تكون له جارية فيضع أبوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها إلى ما يحرم من شهوة فكره أن يمسها ابنه»[٥].

بناءً على أن الجمع بينهما وبين ما سبق بحمله على الكراهة.

أو لأجل أن الخبر ظاهر فيها.

وفيه: أن الموثق نسبته إلى الصحيحين الأولين نسبة المطلق إلى المقيد، فيقيد بهما.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤١٨، ب ٣ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٤٢٢، ب ٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣/ السرائر الحاوي ٢: ٥٢٨/ إرشاد الأذهان ٢: ٢١/ تحرير الأحكام ٣: ٤٦٥/ قواعد الأحكام ٣: ٣٠/ معالم الدين ٢: ٥٣/ كفاية الأحكام ٢: ١٣٥/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ١٩٥، ب ٢٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٣.

(٥) المصدر السابق ٢٠: ١٩٥، ب ٣ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

.....

مضافـاً إلى أن الموثق والصحيح الثالث من قبيـل المتعارضين، والجمع بينهـما بالتفصيل بين الشـهوة وغيرها أقرب إلى الجمـع العرفي من الحمل على الكراهة.

وأمـا خبر الكاهلي فالأمر فيه أهون؛ لأنـه إن كان ظاهراً في الحل جرى فيه ما جرى في الموثق، وإن كان قاصر الدلالة فلا يصلح للحجية على الجواز.

مع أن مورده صورة كون النظـر أو اللمس من غير المالك، وهو غير ما نحن فيه.

وهذا هو العمدة في القول بالتحريـم، لا ما قيل: من أن النظر واللمس أقوى من العقد، فإذا حصل التحريم به حصل بهما[1].

فإن الأولوية غير قطعية، بل ولا ظنية.

هذا، وعن المفيد، والشـهيد في اللمعة: حل منظـورة الابن على الأب خاصة[2]، وربما ينسـب إلى أبي الصلاح وسـلار[3]، حيث اقتصرا في التحريم على منظورة الأب خاصة.

وليس له وجه ظاهر غير اقتصار بعـض نصوص التحريم على منظورة الأب كما تقدَّم.

وهو ـ كما ترى ـ لا يصلح لمعارضة نصوص التحريم فيهما معاً، كما هو ظاهر.

ثم إنه لا إشـكال في عدم نشر الحرمة على الأب والابن بالنظر إلى الوجه

(١) مختلف الشيعة ٦: ٦٢/ غاية المراد ٣: ١٥٨/ جامع المقاصد ١٢: ٢٩٠/ كشف اللثام ٧: ١٧٣.
(٢) المقنعة: ٥٠٢/ اللمعة الدمشقية: ١٧٨.
(٣) الكافي في الفقه: ٢٨٦/ المراسم: ١٤٩.

. . . . . .

والكفين بغير شهوة، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر[١].

وفي القواعد نفى الخلاف فيه[٢]، ولا يبعد ذلك بالنظر إليهما بشهوة، وإن حرم على غير المالك؛ لظهور التجريد والكشف ونحوهما مما ذكر في النصوص في غير ذلك، كما اعترف به في المسالك والجواهر[٣].

بل لا يبعد لذلك عدم شمول التحريم للنظر إلى ما يبدو غالباً من الجواري مثل بعض الرقبة، وبعض الذراع، وبعض الساق، ونحو ذلك، فلا يكون النظر إليه بشهوة موجباً للتحريم على أب الناظر وابنه، وإن كان مع التلذذ، كما مال إليه في الجواهر.

والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون التجريد والكشف بداعي التلذذ أو بداع آخر، فحصل به التلذذ؛ لعموم النصوص.

ودعوى الانصراف إلى الأول غير ظاهرة.

ثم إن النصوص المذكورة موردها الجارية المملوكة للناظر واللامس، ولا يبعد شمول بعضها للمحللة، فشمول الحكم لهما معاً غير بعيد، وإن كان ظاهر كلام المصنف وغيره الاختصاص بالأولى، لكن التعميم أقوى.

والمعروف ـ كما في الجواهر ـ قصر الحكم على المملوكة، ولعله يأتي التعرض لغيرها فيما يأتي إن شاء الله[٤].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٦.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٠.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٣١١/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٦.

(٤) انظر: ص ٣١٨، وما بعدها.

وكذا لا تحرم المحللة لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة(١).

(مسألة ٣): تحرم على الزوج أم الزوجة وإن علت، نسباً أو رضاعاً(٢)، مطلقاً(٣).

---

(١) يعني: بمجرد التحليل، بشبهة: أن التحليل بمنزلة العقد، فإنها ممنوعة.

والنصوص المقتضية للتحريم لا تشمله، فيتعين الرجوع فيه إلى عمومات الحل.

(٢) لعموم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١]، وتوضيحه يطلب من محله.

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة، وفي الروضة: «كاد يكون إجماعاً»[٢].

بل عن الغنية والناصريات: الإجماع عليه[٣].

لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[٤].

وللنصوص، ففي رواية إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام في حديث: «قال: والأمهات مبهمات، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن، فحرموا وأبهموا ما حرم الله تعالى»[٥].

وفي خبر أبي حمزة المروي عن تفسير العياشي قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام

---

(١) راجع وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧١، ب ١ ـ ما يحرم من الرضاع.

(٢) الروضة البهية ٥: ١٧٧.

(٣) غنية النزوع: ٣٢٦/ المسائل الناصريات: ٣١٧.

(٤) سورة النساء: ٢٣.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٣، ب ٢٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

. . . . . .

عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها هل تحل له ابنتها؟ قال: فقال: قد قضى في هذا أمير المؤمنين عليه السلام، لا بأس، إن الله تعالى يقول: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[١]، ولو تزوج الابنة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها.

قال: قلت: أليس هما سواء؟ قال: فقال لا، ليس هذه مثل هذه، وإن الله تعالى يقول: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾، ولم يستثن في هذه كما اشترط في تلك، هذه هنا مبهمة ليس فيها شرط، وتلك فيها شرط»[٢].

وخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام: «أن علياً عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليها بنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنة، فإذا تزوج بالابنة فدخل بها أو لم يدخل بها فقد حرمت عليه الأم، وقال: الربائب عليكم حرام، كن في الحجر أو لم يكن»[٣].

وموثق أبي بصير قال: «سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فقال: يحل له ابنتها، ولا تحل له أمها»[٤].

وعن ابن أبي عقيل: اشتراط الدخول بالبنت في تحريم الأم[٥].

للإشكال في عموم الآية، لأن الآية هكذا: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ

(١) سورة النساء: ٢٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٥، ب ٢٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٧.

(٣) المصدر السابق ٢٠: ٤٥٩، ب ١٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

(٥) حكاه عنه في مختلف الشيعة ٧: ٤٨.

.....

﴿جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ ومن المحتمل رجوع القيد إلى الجملتين معاً.

وفيه: أنه خلاف الظاهر، بل عن بعض: دعوى جمهور العلماء على خلافه؛ لأن أهل العربية ذهبوا إلى أن الخبرين إذا اختلفا لا يجوز أن يوصف الاسمان بوصف واحد، فلا يجوز «قام زيد وقعد عمرو الظريفان»[1].

مع أن القيد المدعى إرجاعه إلى الجملتين إن كان المراد به ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ﴾، فهو ممتنع؛ لأنه إذا رجع إلى الربائب كانت (من) ابتدائية، وإن رجع إلى ﴿نِسَائِكُمُ﴾ كانت (من) بيانية، فإرجاعه إليهما يوجب استعمال كلمة (من) في معنيين، كما ذكره جماعة من المحققين، ومنم الزمخشري في الكشاف[2].

وإن كان المراد به ﴿اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾، فإرجاعه إلى الجملتين وإن لم يلزم منه المحذور المذكور، لكن يلزم من إرجاعه إلى الأولى الفصل بين الصفة والموصوف بالأجنبي، كما ذكر في كشف اللثام[3]، بل هو لازم على الأول أيضاً، وهو غير جائز.

والعمدة في الإشكال على رجوع القيد إلى الأول: أنه خلاف الظاهر، وإلا فاللوازم المذكورة ليست محذوراً، ولا سيما ما ذكر من لزوم استعمال كلمة (من) في معنيين، فإنه مبني على كونها من قبيل المشترك اللفظي، وهو بعيد جداً.

واستدل لهذا القول بالنصوص، منها صحيح جميل بن دراج، وحماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال عليه السلام: «الأم والبنت سواء إذا لم يدخل بها، يعني:

(١) المصباح المنير ٢: ٦٤.

(٢) الكشاف ١: ٥١٦/ جامع المقاصد ١٢: ٢٩٤/ تمهيد القواعد: ٥١٩/ مسالك الأفهام ٧: ٢٨٥/ نهاية المرام ١: ١٣١/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٥٠.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٧٧.

. . . . . .

إذا تزوج المرأة ثم طلقها فإنه إن شاء تزوج أمها، وإن شاء ابنتها»[١].

وفي الفقيه هكذا: «عن جميل بن دراج: أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل له ابنتها؟ قال: الأم والبنت في هذا سواء، إذا لم يدخل بإحداهما حلت له الأخرى»[٢].

وصحيح منصور بن حازم، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أيتزوج بأمها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام قد فعله رجل منا فلم ير به بأساً.

فقلت له: جعلت فداك: ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي عليه السلام في هذه الشمخية (السجية خ ل) التي أفتى بها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك، ثم أتى علياً فقال له علي عليه السلام من أين أخذتها؟ فقال: من قول الله عز وجل: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، فقال علي عليه السلام: إن هذه مستثناة وهذه مرسلة، ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾.

فقال أبو عبد الله عليه السلام أما تسمع ما يروي هذا عن علي عليه السلام؟

فلما قمت ندمت، وقلت: أي شيء صنعت؟! يقول هو: قد فعله رجل منا فلم نر به بأسا، وأقول أنا: قضى علي عليه السلام، فلقيته بعد ذلك فقلت: جعلت فداك مسألة الرجل، إنما كان الذي كنت تقول كان زلة مني، فما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرني أن علياً قضى فيها وتسألني ما تقول فيها؟!»[٣].

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٣، ب ٢٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٦٢/ المصدر السابق ـ حديث: ٦.

(٣) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٤٢٢/ تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٤/ المصدر السابق ـ حديث: ١.

.....

وخبر محمد بن إسحاق بن عمار قال: «قلت له: رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت، أيحل له أن يتزوج أمها؟ قال عليه السلام: سبحان الله كيف يحل له أن يتزوج أمها وقد دخل بها؟! قال: قلت له: فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها؟ قال: وما الذي يحرم عليه منها، ولم يدخل بها؟!»[1].

وأشكل على الصحيح الأول: بأن قوله: «يعني...» لم يعلم أنه من كلام الإمام عليه السلام.

وما قبله لا يخلو من إجمال، لعدم وضوح ما به المساواة.

وفيه: أن ذلك خلاف الظاهر.

ولو سلم فالقرينة الخارجية دالة على إرادة المساواة في التحريم الأبدي.

مع أن المتن الذي رواه الصدوق كافٍ في الحجية.

وعن الشيخ أنه أشكل على الصحيح المذكور: بأن الأصل فيه جميل وحماد، وهما تارة يرويانه عن أبي عبد الله عليه السلام بلا واسطة، وأخرى يرويانه عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، ثم إن جميلاً تارة يرويه مرسلاً عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام.

وهذا الاضطراب في الحديث مما يضعف الاحتجاج به[2].

وهذا الإشكال غير ظاهر، ومن الجائز وقوع ذلك كله، ولا محذور فيه.

ومثله إشكاله على جميع النصوص المذكورة بأنها مخالفة لكتاب الله تعالى، والأخبار المخالفة لها موافقة له، فتكون أرجح[3].

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٦٤، ب ٢٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

(٢)، (٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٥.

وكذا بنتها(١) وإن نزلت(٢)

فـإن ذلك إنما يتم بعـد تعذر الجمع العرفي بـين النصوص، وهو ممكن بحمـل المنع مع عدم الدخول على الكراهة، ونتيجة ذلك تقييد إطلاق الكتاب بالحمل على صورة الدخول.

ومثل ذلك حمل نصـوص الجواز على التقية، فإنه إنـما يكون بعد تعذر الجمع العرفي.

مضافاً إلى أن المشـهور بين علماء المخالفين عدم اعتبار الدخول في المنع، وفي المسالك حكاية ذلك عن أكثر علماء الإسلام[١]، فتأمل.

فإذاً العمدة في وجه الأخذ بنصوص المنع مطلقاً التسالم عليه بيننا، بنحو لا يقدح في حجيته خلاف ابن أبي عقيل ممن تفرّد بمخالفة المشهور والمسلمات، الموجب لسقوط النصوص عن الحجية.

(١) بلا خلاف، بل هـو ضروري، للآية الشريفة، وهـي قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَـائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُـمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[٢].

(٢) كـما صرّح بذلـك في مجمع البيـان، والقواعـد، والتحرير، وكنز العرفان، واللمعة، والروضة، وكشـف اللثام، وآيـات الأحكام للجزائري، والجواهر، وغيرها[٣].

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٨٣.

(٢) سورة النساء: ٢٣.

(٣) مجمـع البيان ٣: ٥٦/ قواعد الأحـكام ٣: ٣٠/ تحرير الأحـكام ٣: ٤٦٠/ كنز العرفان ٢:/ اللمعة الدمشـقيّة: ١٧٨/ الروضة البهية ٥: ١٥٤/ كشـف اللثام ٧: ١٦٩/ قلائد الدرر ٣: ١٠٨/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٤٩/ شرائع الإسلام ٢: ٢٣١.

بشرط الدخول بالأم(١)، سواء كانت في حجره أم لا(٢) وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته.

وفي بعضها التصريح بعدم الفرق بين بنت الابن وبنت البنت.

قال في المستند: «فروع: الأول: حكم بنت البنت وبنت الابن فنازلاً حكم البنت بالإجماع، وإن لم يستنبط من الأخبار»[١].

لكن في آيات الأحكام: «يعلم الحكم من النصوص والإجماع».

بل في التذكرة استدل بعموم الآية[٢].

ولا يخلو من إشكال أو منع.

نعم، لا تبعد دعوى دلالة النصوص المشتملة على التعبير بالبنت، لقرب عمومها للبنت بواسطة.

ومن ذلك تعرف الإشكال فيما ذكره في المستند.

(١) إجماعاً، ويقتضيه نص الكتاب، وصريح السنة.

وسيأتي في المسألة السابعة والثلاثين الكلام في تحريم البنت بالنظر إلى أمها ولمسها.

(٢) بلا خلاف فيه.

وفي التذكرة: «سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره عند جميع العلماء.

وقال داود: إنما تحرم عليه إذا كانت في حجره وكفالته، فأما إذا لم تكن في حجره وكفالته فإنها لا تحرم وإن دخل بأمها، وهو رواية عن مالك»[٣].

---

(١) مستند الشيعة ١٦: ٣٣٣.

(٢)، (٣) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٤٩ ـ ١٥٠.

وكذا تحـــرم أم المملوكـــة الموطوءة على الواطـــئ وإن علت مطلقا، وبنتها(١).

وفي المسالك: «أجمع علماء الاسلام إلا من شذ منهم على أن هذا الوصف غير معتبر، وإنما جرى على الغالب»[١].

وفي الحدائـــق: «وقـــع الاتفاق نصـــاً وفتوى على أن هـــذا الوصف غير معتبر»[٢].

ويشهد لما ذكر خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه: «أن علياً كأن يقـــول: الربائب عليكم حرام من الأمهات اللاتي قد دخل بهن، هن في الحجور وغير الحجور سواء، والأمهات مبهمات»[٣]، ونحوه خبر غياث بن إبراهيم[٤]، ومرسل الفقيه[٥].

نعم، في خـــبر محمد بن عبد الله بن جعفر ـ المـــروي في الاحتجاج ـ عن صاحب الزمان عليه السلام: «إنه كتب إليه: هل يجـــوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته؟ فقـــال عليه السلام: إن كانت ربيـــت في حجره فلا يجوز، وإن لم تكـــن ربيت في حجره وكانت أمها في غير حباله فقد روي أنه جائز»[٦].

ولكن لا مجـــال للأخذ به مع ما هو عليه من ضعف الســـند، والدلالة، والمخالفة لما عليه الأصحاب.

(١) إجماعاً محققاً، والنصوص به وافية، ففي صحيح محمد بن مسلم عن

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٨٢.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤٥.

(٣)، (٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٨، ب ١٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٦٢/ المصدر السابق ـ حديث: ٦.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٧.

. . . . . .

أحدهماعليه السلام: «سألته عن رجل كانت له جارية وكان يأتيها، فباعها، فأعتقت، وتزوجت فولدت ابنة، هل تصلح ابنتها لمولاها الأول؟ قال: هي عليه حرام، وهي ابنته، والحرة والمملوكة في هذا سواء»[1].

وصحيح الحسين بن سعيد قال: «كتبت إلى أبي الحسنعليه السلام: رجل له أمة يطؤها، فماتت أو باعها، ثم أصاب بعد ذلك أمها، هل له أن ينكحها؟ فكتبعليه السلام: لا تحل له»[2].

ومرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهماعليه السلام: «في رجل كانت له جارية فوطأها، ثم اشترى أمها أو بنتها، قالعليه السلام: لا تحل له»[3].

وفي رواية رزين بياع الأنماط عن أبي جعفرعليه السلام: «في رجل كانت له جارية فوطأها، ثم اشترى أمها وبنتها، قالعليه السلام: لا تحل له الأم والبنت»[4]، ونحوها غيرها.

نعم، يعارضها جملة أخرى، منها خبر رزين بياع الأنماط عن أبي جعفرعليه السلام قال: «قلت له: تكون عندي الأمة فأطأها، ثم تموت، أو تخرج عن ملكي فأصيب ابنتها، أيحل لي أن أطأها؟ قالعليه السلام: نعم لا بأس به، إنما حرم ذلك من الحرائر، فأما الإماء فلا بأس به»[5].

وخبر الفضيل بن يسار وربعي بن عبد الله قال: «سألنا أبا عبد اللهعليه السلام عن

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٨، ب ١٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢. بأدنى تفاوت

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٧، ب ٢١ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٧.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٨.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ١٤.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ١٦.

(مسألة ٤): لا فرق في الدخول بين القبل والدبر(١) ويكفي الحشفة أو مقدارها(٢)، ولا يكفي الإنزال على فرجها من غير

رجل كانت له مملوكة يطؤها فماتت، ثم أصاب بعد أمها، قال عليه السلام: لا بأس، ليست بمنزلة الحرة»[١].

لكن لا مجال للعمل بها بعد دعوى الإجماع على خلافها.

(١) كما نص عليه غير واحد على نحو يظهر أنه من المسلمات[٢].

نعم، في القواعد: «والأقرب مساواة الوطء في الفرجين»[٣].

وفي كشف اللثام: «ويحتمل العدم؛ لتبادر القبل، وانتفاء الاحصان في الدبر. وفيه: منع التبادر، وأن الإحصان ليس منوطاً بالدخول»[٤].

وبالجملة: ليس ما يوجب رفع اليد عن الإطلاق.

(٢) لا إشكال في ذلك، ولا خلاف، ويقتضيه إطلاق الأدلة.

بل مقتضاه الاجتزاء ببعض الحشفة، لصدق الدخول معه، كما تقدَّم في حكم من لاط بغلام[٥].

لكن ظاهرهم الإجماع على عدم الاكتفاء به هنا.

وكأنهم أخذوه مما ورد من النصوص في اشتراط العدة، والمهر، والغسل بالتقاء الختانين[٦].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٩، ب ٢١ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٥٢/ كنز الفوائد ٢: ٣٧١.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٣٤.

(٤) كشف اللثام ٧: ١٩٦.

(٥) في ص ٢١٤.

(٦) وسائل الشيعة ٢١: ٣١٩، ب ٥٤ ـ المهور.

دخول(١) وإن حبلت به(٢).

وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم اختياراً(٣) أو جبراً منه أو منها(٤).

(مسألة ٥): لا يجوز لكل من الأب والابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل(٥)، وإن لم تكن مدخولة له، وإلا

لكن دلالتها على المقام غير ظاهرة، فالعمدة الإجماع إن تم.

(١) لخروجه عن موضع الأدلة، فيرجع فيه إلى أصالة الحل.

(٢) ونسب إليه الحمل، فيكون ولداً كما في الدخول، على ما في النصوص[١].

(٣) كما نص على ذلك في كشف اللثام[٢].

وكأن وجه الإشكال: أن الخطاب في الآية الشريفة للمكلفين، فالدخول متعلق بهم، فلا يشمل دخول غيرهم.

وفيه: أن الدخول مطلق لا يختص بحال التكليف.

(٤) عن الإيضاح أنه نفى احتمال الخلاف في جانب الموطوءة[٣].

(٥) كما في الشرائع وغيرها[٤]، بل إجماعاً، كما في الرياض[٥]، لحرمة

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٧٨، ب ١٦ ـ أحكام الأولاد.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٩٦.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٨٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢/ إرشاد الأذهان ٢: ١٣/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٦٥/ قواعد الأحكام ٣: ٣٠/ جامع المقاصد ١٢: ٣٠٢.

(٥) رياض المسائل ١١: ١٨٠.

كان زانياً(١).

(مسألة ٦): يجوز للأب أن يقوم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ووطؤها(٢).

التصرف في ملك الغير بغير إذنه، وللنصوص الآتية.

نعم، في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: في كتاب علي عليه السلام إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً، ويأخذ الوالد من مال ولده ما شاء، وله أن يقع على جارية ابنه إن لم يكن الابن وقع عليها، وذكر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك»[١].

وظاهره جواز الوطء من غير تقويم، وإن كان الولد كبيراً، ولا بد حينئذٍ من تأويله، أو طرحه.

وقد تعرّضنا لذلك في شرح المسألة الثامنة والخمسين من فصل شرائط وجوب حجة الإسلام[٢].

(١) بلا خلاف، ولا إشكال، كما في الجواهر[٣]، لأنه وطء غير مستحق من دون شبهة.

(٢) بلا خلاف ظاهر، كما في الرياض[٤]، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر[٥]؛ للنصوص.

---

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٢، باب: ٧٨ ـ ما يكتسب به ـ حديث: ١، عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٢) بل في شرح المسألة ٥٩ في ج ١٧ ص ٢١٩ ـ ٢٢٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٥.

(٤) رياض المسائل ١١: ١٨٠.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٤.

. . . . . .

منها صحيح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل يكون لبعض ولده جاريـــة وولده صغار، هل يصلح له أن يطأها؟ فقال عليه السلام: يقومها قيمة عدل ثم يأخذها، ويكون لولده عليه ثمنها»[١]، ونحوه خبر داود بن سرحان عنه عليه السلام[٢].

وفي صحيح محمد بن إســماعيل قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في جارية لابن لي صغير، يجوز لي أن أطأها؟ فكتب: لا، حتى تخلصها»[٣].

وفي صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي الحســن موسى قال: «قلت له: الرجل يكون لابنه جارية أله أن يطأها؟ قال: يقوّمها على نفســه ويشهد على نفسه بثمنها أحب إلي»[٤].

وفي خبر الحســن بن صدقة قال: «ســألت أبا الحســن عليه السلام فقلت له: إن بعض أصحابنا روى أن للرجل أن ينكح جارية ابنه وجارية بنته، ولي ابنة وابن، ولابنتي جارية اشتريتها لها من صداقها، أفيحل لي أن أطأها؟ فقال عليه السلام: لا، إلا بإذنها، فقال الحســن بن الجهم: أليس قد جاء أن هذا جائز؟ قال عليه السلام: نعم ذلك إذا كان هو سببه.

ثم التفت إليَّ وأومى نحوي بالســبابة، فقال: إذا اشــتريت أنت لابنتك جارية، أو لابنك، وكان الابن صغيراً ولم يطأها حلّ لك أن تقبضها فتنكحها، وإلا فلا إلا بإذنهما»[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٤٠، ب ٤٠ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

والظاهر إلحاق الجد بالأب(١)، والبنت بالابن(٢) وإن كان الأحوط خلافه.

وكان المراد صورة ما إذا لم تدخل في ملك الابن والبنت، وإنما كان من الوالد مجرد التحليل والعارية.

وفي صحيح الحسن بن محبوب قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إني كنت وهبت لابنة لي جارية حيث زوجتها، فلم تزل عندها وفي بيت زوجها حتى مات زوجها، فرجعت إليَّ هي والجارية، أفيحل لي أن أطأ الجارية؟ قال: قومها قيمة عادلة، وأشهد على ذلك، ثم إن شئت تطأها»[١].

وظاهره جواز التقويم في الكبير أيضاً.

اللهم إلا أن يحمل على صورة ما إذا كانت البنت قد فوضت إلى الأب جميع شؤونها.

(١) كما نص على ذلك غير واحد، منهم جامع المقاصد[٢]، وقوّاه في الجواهر، للقطع باتحاد الجميع[٣].

لكنه غير ظاهر.

قال في الرياض: «وفي تعدية الحكم إلى الجد إشكال، من اختصاص النصوص بالأب، ومن اتحاد المعنى، وهو أقوى»[٤].

(٢) يظهر من الرياض اختصاص الإشكال في الجد دون البنت.

---

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٧، ب ٧٩ ـ ما يكتسب به ـ حديث: ١.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٣٠٢/ مسالك الأفهام ٧: ٢٨٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٤.

(٤) رياض المسائل ١١: ١٨٠.

ولا يعتبر إجراء صيغة البيع(١) ونحوه، وإن كان أحوط.
وكـذا لا يعتبر كونـه مصلحة للصبي(٢) نعـم يعتبر عدم

وكأن الوجه فيه إطلاق صحيح الكناني المتقدم، فإن الولد شامل للبنت.

(١) قال في جامع المقاصـد: «ولا يكفي مجرد التقويم قطعاً، إذ لا ينتقل الملك إلا بسـبب ناقل، وقبل الانتقال لا يجوز التصرف، ولا أثر للتقويم بدون العقد المملك، ولا خلاف في شيء من هذه الأحكام»[١].

وفي الجواهـر: عن غير واحد من الأصحـاب التصريح بذلك؛ لأصالة عدم دخولها في الملك إلا بالمملك الشرعي[٢].

أقول: الذي يظهر من التقويم في النص والفتوى هو إيقاع المعاوضة عليه بالقيمة في ذمته، والالتزام بذلك في نفسه، فيكون إيقاعاً لا عقداً، ونفسياً بحتاً، بلا مظهر له من قول أو فعل.

وبذلك يفترق أيضاً عن اقتراض القيمي، فإنه أيضاً مشتمل على الإيجاب والقبول، وله مظهر من قول أو فعل، بخلاف المقام كما عرفت.

ولا مانع عن الأخذ بظاهر النص المعتضد بالفتوى، إلا أن يكون إجماع، كما يظهر من جامع المقاصد، ولكنه غير ثابت.

(٢) كـما يقتضيه إطلاق النـص، خلافاً لآخرين فاشـترطوها، كما في الرياض[٣].

والإطلاق يردّهم.

(١) جامع المقاصد ١٢: ٣٠٢

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٤.

(٣) رياض المسائل ١١: ١٨٠.

المفسدة(١)، وكذا لا يعتبر الملاءة في الأب(٢) وإن كان أحوط.

(مسألة ٧): إذا زنى الابن بمملوكة الأب حد(٣)، وأما إذا زنى الأب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحد عليه(٤) وفيه إشكال(٥).

(١) إجماعاً كما في الرياض[١]، وبه ترفع اليد عن إطلاق النصوص.

(٢) كما نص على ذلك في المسالك، وجامع المقاصد[٢]، للإطلاق.

وكأن وجه الإشكال ما دل على اعتبار الملاءة في الاتجار بمال اليتيم، لكنه غير ما نحن فيه.

(٣) بلا إشكال ولا خلاف، لعموم أدلة الحد.

(٤) كما في الشرائع، والتذكرة، والقواعد، وجامع المقاصد، والمسالك وغيرها[٣].

وفي جامع المقاصد: أنه لا خلاف في ذلك.

وفي الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً»[٤].

(٥) لعدم وضوح ما يستوجب الخروج عن عموم أدلة الحد.

وما في جامع المقاصد من تعليله: بأن «الأب لما كان أصلاً في وجود الابن أثبت له الشارع هذه المزية ونحوها»، ونحوه ما في كشف اللثام وغيره[٥]،

---

(١) رياض المسائل ١١: ١٨٠.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٢٨٧/ جامع المقاصد ١٢: ٣٠٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٦٥/ قواعد الأحكام ٣: ٣١/ جامع المقاصد ١٢: ٣٠٣/ مسالك الأفهام ٧: ٢٨٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٥.

(٥) جامع المقاصد ١٢: ٣٠٣/ كشف اللثام ٧: ١٨٠.

(مسألة ٨): إذا وطأ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد(١)،

غير ظاهر.

نعم، في المسالك قال: «والفرق بين الأب والابن بعد النص أن الأب أصل له فلا يناسبه إثبات العقوبة عليه، بخلاف العكس»[١].

وظاهره وجود النص الفارق، ولم أعثر عليه، ولا على من أشار إليه سواه.

ولعله أراد به ما ذكره في جامع المقاصد بقوله: «وقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» إيماء إلى ذلك»[٢].

وفيه: أن الظاهر منه كونه حكماً أدبياً، كما تقتضيه قرينة السياق، فإن الولد حر لا مملوك لوالده ولا لغيره.

ولأجل ذلك يكون الإشكال في محله، إلا أن يتم إجماع عليه.

لكن في المسالك في أواخر حدّ السارق في شرح المسألة الرابعة ما يظهر منه المفروغية عن ثبوت الحد في المقام، حيث قال في الفرق بين الزنى والسرقة: «ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لا يقطع وإذا زنى بجاريته يحدّ»[٣].

لكن ذلك منه ينافي ما ذكره هو وغيره هنا ونفى الخلاف فيه.

فلا بد أن يحمل على بعض الوجوه، ويكون العمل على ما ذكره هنا.

(١) لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٧٨.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٣٠٣، وتقدَّم النص في ص ٢٦٠.

(٣) مسالك الأفهام ١٤: ٥٣١.

ولكن عليه مهر المثـــل(١)، ولو حبلت فإن كان الواطئ هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً(٢)، وإن كان الأب لم ينعتق(٣) إلا إذا كان

(١) لما استحل من فرجها.

(٢) كما في الشرائع، والقواعد، وجامع المقاصد، والمسالك، وغيرها[١].

لأنه لو بقـــي رقاً كان ملكاً لمالك الأمة، وهو جـــدّه، والرجل لا يملك ولده وإن نزل، ذكراً كان أم أنثى.

(٣) كما نص عليه الجماعة.

لأنه لو بقي رقاً كان ملكاً لمالك الأمة، وهو أخوه، ولا مانع من أن يملك الرجل أخاه.

نعم، إذا كان الولد أنثى انعتق قهراً، لأن الرجل كما لا يملك عموديه لا يملك محارمه، ومنهـــا الأخت، فلما لم يمكن أن يكون مملوكاً لمالك الأمة انعتق قهراً أيضاً.

ثم إنه يأتي مـــن المصنف﵀ في نكاح الإماء تبعية الولد لأشرف الأبوين، كما هو مذهب جماعة، وعليه يكون الولد حراً لا رقاً، فيكون ما ذكره هنا منافياً لما يذكره فيما يأتي من نكاح الإماء.

ولعل المراد من الحكم بالرقية: الرقية من حيث النسب، بمعنى أن النسب لا يقتضي الحرية، لا الرقية مطلقاً.

وسيأتي إن شاء الله وجه الجمع بين الكلامين، فانتظر[٢].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢/ قواعد الأحكام ٢: ٣١/ جامع المقاصد ١٢: ٢٠٣/ مسالك الأفهام ٧: ٢٨٧/ تحرير الأحكام ٣: ٤٦٣/ كفاية الأحكام ٢: ١٢٨.

(٢) يأتي في ص ٤٢٨.

أنثى، نعم يجب على الأب فكه(١) إن كان ذكراً.

(مسألة ٩): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمة والخالة إلا بإذنهما(٢)،

---

(١) كما صرح به الجماعة للنصوص الدالة على ذلك، الآتية في مبحث نكاح الإماء[١].

ويتعين كون المراد منه ـ بناء على الحرية ـ: أن الأب ضامن لقيمته، لا أنه رق يجب على الأب شراؤه.

(٢) بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه، كذا في الجواهر[٢].

ويشهد له النصوص الكثيرة، منها موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: لا تتزوج ابنة الأخ ولا ابنة الأخت على العمة ولا على الخالة إلا بإذنهما، وتزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت بغير إذنهما»[٣].

وخبر أبي عبيدة الحذاء قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إلا بإذن العمة والخالة»[٤]، ونحوهما غيرهما.

وعن الإسكافي والعماني: الجواز مطلقاً[٥].

وفي المسالك ناقش في صحة النسبة[٦].

---

(١) في ص ٤٥٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٧٨.

(٦) مسالك الأفهام ٧: ٢٩١.

. . . . . .

وعلى تقديرها فكأنه لعمومات الحل، ولخبر علي بن جعفر عليه السلام المروي في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها؟ قال عليه السلام: لا بأس»[١]، ومثله خبره المروي في قرب الإسناد[٢].

وفيه: أن العموم مخصص، والخبر مقيد بما ذكر.

ومثله ما في المقنع من المنع مطلقاً، قال: «ولا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أختها، ولا على ابنة أخيها، ولا على أختها من الرضاعة»[٣].

وكأنه لإطلاق بعض النصوص، مثل صحيح أبي عبيدة قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على أختها من الرضاعة»[٤]، ونحوه غيره.

لكن الجميع مقيد بما ذكر، ومحمول على صورة عدم الإذن.

وبالجملة: النصوص طوائف ثلاث: مانعة مطلقاً، ومجوزة مطلقاً، ومفصلة بين الإذن وعدمه.

والمقنع اعتمد على الأول لا غير.

والقديمان اعتمدا على الثانية.

والمشهور اعتمدوا على الجميع بعد الجمع بينها بحمل الأولتين على

(١) مسائل علي بن جعفر: ١٣٠/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ ملحق حديث: ٣.

(٢) قرب الإسناد: ٢٤٨.

(٣) المقنع: ٣٢٨.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٩، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٨.

من غير فرق بين الدوام والانقطاع(١)، ولا بين علم العمة والخالة وجهلهما، ويجوز العكس(٢)، وإن كانت العمة والخالة جاهلتين بالحال على الأقوى(٣).

الأخيرة ،حملاً للمطلق على المقيد.

(١) لإطلاق الأدلة فيه، وفيما بعده.

(٢) على المشهور شهرة عظيمة، وعن التذكرة: الإجماع عليه[١]، للنصوص التي تقدم بعضها.

وفي خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: تزوج الخالة والعمة على بنت الأخ وابنة الأخت بغير إذنهما»[٢].

وصحيح ابن مسلم المروي عن نوادر ابن عيسى عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: لا تنكح ابنة الأخت على خالتها، وتنكح الخالة على ابنة أخيها، ولا تنكح ابنة الأخ على عمتها، وتنكح العمة على ابنة أخيها»[٣]، ونحوهما غيرهما.

وتقدم عن المقنع المنع مطلقاً.

وكأنه لإطلاق خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»[٤]، لكنه مقيد بما سبق.

(٣) وهو المشهور.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢١٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٨٨، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ١٢.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٧.

. . . . . .

وفي المسالك: «يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجته، وإلا لم يصح»[١].

ولم يعلم له وجه ظاهر.

وفي الجواهر: «لعله أخذه مما تسمعه في نكاح الحرة على الأمة، بناءً على اشتراك المسألتين في كيفية دلالة الدليل، وفي حكمة الحكم، وهي الاحترام، إلا أنه ستعرف هناك عدم اعتبار الإذن في الجواز والصحة، وإنما تتسلط هي على الخيار»[٢].

ويحتمل أن يكون الوجه فيه: خبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: «لا تزوج الخالة والعمة على بنت الأخ وابنة الأخت بغير إذنهما»[٣]، كما ذكره بعض[٤]، بناءً على رجوع الضمير إلى العمة والخالة.

وفيه: أن المضبوط روايته: «تزوج الخالة والعمة...»، وقد رواه في المسالك كذلك[٥].

مع أن الظاهر رجوع الضمير إلى المدخول عليهما.

وحينئذٍ فهو معارض بغيره مما ظاهره التفصيل بين دخول العمة والخالة على ابنة الأخ والأخت وبين العكس، كحديث علي بن جعفر ـ الذي رواه في المسالك ـ قال: «تزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت، ولا تزوج

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٩٢.

(٢) جواهر ٢٩: ٣٥٨.

(٣) وسائل الشيعة ٤٨٨، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ٨٢/ المهذب البارع ٣: ٢٥٥/ جامع المقاصد ١٢: ٣٤١، بأدنى تفاوت.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٢٩٠.

.....

بنـــت الأخ والأخت على العمة والخالة إلا برضا منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل»[١].

وكذا غيره من الأخبـــار المفصلة، فإن الجمع بينهـــما يقتضي الجواز على كراهية.

ومـــن العجيب ما في الريـــاض حيث قال: «لا فـــرق في الجواز بين علم الداخلة بكـــون المدخول عليها بنت أخ أو أخت أم لا، وفاقاً للأكثر، للأصل، وإطلاق النصوص.

وعن العلامة: اشتراط العلم، ومستنده غير واضح، والنصوص باعتبار إذنهما مختصة بالصورة الأولى»[٢].

وظاهـــر الصورة الأولى صورة علم الداخلـــة، فيكون عكس ما ذكر في المسالك.

ولا يخفى ما فيه..

أولاً: من عدم الوقوف على هذه النصوص.

وثانياً: أنه منافٍ لما ذكره من إطلاق النصوص.

وثالثاً: أنه لا معنى لاعتبار إذن الداخلة مع علمها، فإن دخولها مع العلم إذن، فلا معنى لاعتبار الإذن حينئذٍ.

والمظنون أن أصل العبارة «بالصورة الثانية» الآتية في كلام مصنفه، وهي

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٩١/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٢) رياض المسائل ١١: ١٨٤.

(مسألة ١٠): الظاهر عدم الفرق(١) بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين، ولا بين اطلاع العمة والخالة على ذلك وعدم اطلاعهما أبداً، ولا بين كون مدة الانقطاع قصيرة ولو ساعة أو طويلة، على إشكال في بعض هذه الصور، لإمكان دعوى

صورة دخول بنت الأخ أو الأخت على العمة والخالة.

هذا وفي القواعد: «والأقرب أن للعمة والخالة فسخ عقدهما لو جهلتا، لا المدخول عليها»[١].

ووجّهه في كشف اللثام بعدم الفرق في الاحترام بين التقدم والتأخر، ولخبر أبي الصباح[٢].

وفيه: أن مقتضى الاحترام البطلان ـ كما ذكر في المسالك ـ لا الصحة والتسلط على الفسخ.

ولو سلم فالتعدي إلى الفرض غير ظاهر، لاختصاصه بما إذا كان المدخول عليها العمة، والفرق بين الداخلة والمدخول عليها في الاحترام وعدمه ظاهر عرفا.

وأما الخبر: فقد عرفت أنه مقيد بما سبق.

وبالجملة: مقتضى القواعد الأولية صحة العقد ولزومه وليس ما يدل على البطلان أو الخيار فيتعين العمل بها.

(١) للإطلاق.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٤.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٩٨.

انصراف الأخبار(١).

(مسألة ١١): الظاهر أن حكم اقتران العقدين حكم سبق العمة والخالة(٢).

---

(١) لكنه بدوي لا يعوّل عليه في رفع اليد عن الإطلاق.

(٢) النصوص الواردة في الباب كلها يتضمن إدخال بنت الأخ والأخت، عدا رواية أبي الصباح المتضمنة للمنع عن الجمع بين العمة وابنة الأخ والخالة وبنت الأخت[١]، ومثلها النبوي[٢].

وهما شاملان للمقام.

لكنهما مرميان بالضعف، وظاهرهما المنع من مطلق الجمع كما هو مذهب المخالفين[٣]، فالاعتماد عليهما في ذلك غير ظاهر.

وكأنه لذلك قال في الجواهر: «قد يقال: إن مقتضى ما ذكرنا جواز الجمع بينهما بعقد واحد بغير إذن منهما؛ لاختصاص النصوص باعتبار الإذن لهما في صورة إدخالهما على العمة والخالة.

اللهم إلا أن يستفاد حكم ذلك مما تسمعه في الجمع بين الحرة والأمة بعقد واحد، بناءً على اتحادهما في كيفية دلالة الدليل، وقد ورد الخبر الصحيح هناك بصحة عقد الحرة دون الأمة، أي مع عدم الإذن، فلاحظ وتأمل جيداً»[٤].

أقول: الوجه الثاني أضعف مما قبله؛ لأنه أشبه بالقياس.

---

(١) تقدّمت في ص ٢٦٩.

(٢) دعائم الإسلام ٢: ٢٣٥.

(٣) انظر: تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢١٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٣٦٠.

(مسألة ١٢): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين(١).

(مسألة ١٣): لا فرق في العمة والخالة بين الدنيا منهما والعليا(٢).

(مسألة ١٤): في كفاية الرضا الباطني منهما من دون إظهاره، وعدمها وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً وجهان(٣).

---

(١) لإطلاق الأدلة.

اللهم إلا أن يقال: الاحترام المعلل به المنع في النصوص لا يقتضي المنع في صورة كون العمة أو الخالة كافرة.

(٢) كما عن المبسوط: الجزم به[١]، واختاره جماعة[٢]، وقوّاه في الجواهر[٣].

واستشكل فيه في القواعد وغيرها[٤]، للاشتراك في العلة، ولاحتمال صدق العمة والخالة وبنت الأخ والأخت.

ولزوم الاقتصار على المتيقن في الخروج عن عموم الحل.

لكن الأول أقرب.

(٣) المذكور في أكثر النصوص اعتبار الإذن، وفي خبر علي بن جعفر عليه السلام اعتبار الرضا[٥].

---

(١) المبسوط ٤: ٢٠٦.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٤٦١/ التنقيح الرائع ٣: ٦١/ جامع المقاصد ١٢: ٣٤٠/ الروضة البهيّة ٥: ١٨١.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٦١.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٣٤/ إيضاح الفوائد ٣: ٨١/ مسالك الأفهام ٧: ٢٩٣.

(٥) تقدّم في ص ٢٧٠.

(مسألة ١٥): إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الإذن السابق(١).

(مسألة ١٦): إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان(٢).

والجمع العرفي يمكن أن يكون بالتقييد، فلا بد من الرضا والإذن معاً.

ويمكن أن يكون بجعل الإذن طريقاً إلى الرضا، فيكون الشرط الرضا لا غير.

والثاني أقرب، فيكون الرضا هو الشرط والإذن طريق إليه، فإذا حصل الرضا صح العقد واقعاً، وإذا علم الرضا بطريق آخر صح واقعاً وظاهراً.

ولكنه مع ذلك لا يخلو من إشكال، وإن قرّبناه فيما سبق من مباحث مكان المصلي من هذا الشرح[1].

(١) لأن العدول عنه يوجب كونه بمنزلة العدم.

والقياس على فعل الوكيل الذي لم يبلغه العزل لا وجه له.

(٢) إذ لا دليل على كون العدول عن الإذن رافعاً لأثر العقد وفاسخاً له، فاستصحاب بقاء الأثر بحاله.

فإن قلت: العدول يوجب كون الإذن السابق بمنزلة العدم.

قلت: إنما يوجب ذلك بالنسبة إلى ما بعد العدول، لا من أول الأمر، فحين وقوع العقد عن إذنه يترتب عليه الأثر، لتحقق شرط التأثير ولا موجب لارتفاعه، فيستصحب.

---

(١) تقدّم في ج ٩ ص ٤٣.

(مسألة ١٧): الظاهر كفاية إذنهما وإن كان عن غرور(١)، بأن وعدها أن يعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا.

نعم لو قيدت الإذن باعطاء شيء فتزوج ثم لم يعط كشف عن بطلان الإذن والعقد(٢)، وإن كان حين العقد بانياً على العمل به(٣).

(مسألة ١٨): الظاهر أن اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعي، لا أن يكون لحق منهما(٤)، فلا يسقط بالاسقاط.

(مسألة ١٩): إذا اشترط في عقد العمة أو الخالة إذنهما في تزويج بنت الأخ أو الأخت، ثم لم تأذنا عصيانا منهما في العمل بالشرط، لم يصح العقد على إحدى البنتين(٥) وهل له إجبارهما في

---

(١) لإطلاق الأدلة.

(٢) لانتفاء المقيد بانتفاء قيده.

(٣) لأن الشرط الاعطاء، وهو مفقود، لا البناء على العمل.

(٤) يعني: ليس اعتبار الإذن في المقام من باب اعتبار إذن المالك لعين أو حق في التصرف فيه.

بل مجرد حكم الشارع بالتوقف على الإذن.

لأن البناء على الأول يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل، وهو خلاف الأصل، بل خلاف إطلاق الدليل الموجب لاعتباره ولو بعد الاسقاط.

(٥) لإطلاق الأدلة.

الإذن؟ وجهان(١).

نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الأخ أو الأخت فالظاهر الصحة(٢)، وإن أظهرتا الكراهة بعد هذا.

---

(١) مبنيان على أن الشرط يقتضي ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه بحيث يكون المشروط له مالكاً على المشروط عليه الفعل المشروط، أو لا يقتضي ذلك؟

فعلى الأول: يكون الزوج مالكاً عليها الإذن في العقد، فيكون له المطالبة به، ومع امتناعها يكون له الإجبار عليه.

فإن تعذّر أمكن قيام الحاكم الشرعي مقامه في استيفاء الحقوق بإعمال ولايته.

وعلى الثاني: يكون مفاد الشرط محض الالتزام بالإذن، فيجب عليها شرعاً كسائر الواجبات الشرعية، فإذا امتنعت من أداء الواجب جاز إجبارها من باب الأمر بالمعروف، فإذا تعذّر الإجبار لم يكن للحاكم الشرعي القيام مقامها، إذ لا ولاية للحاكم الشرعي على تحصيل الواجبات الشرعية على الناس، وإنما له الولاية عليهم فيما لهم الولاية عليه لا غير.

ومن ذلك يظهر أن اختلاف المبنيين ليس في مجرد جواز الإجبار وعدمه، وإنما هو في نفوذ سلطان الحاكم الشرعي عند تعذر الاستيفاء.

هذا، وقد تقرر في غير موضع من هذا الشرح أن مفاد الشرط ثبوت حق للمشروط له، فراجع[1].

(٢) بعد ما كان اعتبار الإذن من باب الحكم الشرعي يكون شرط أن

---

(١) تقدّم منها في ج١٩ ص ٩٩، ٢٥٠، ٢٩٤.

(مسألة ٢٠): إذا تزوجهما من غير إذن ثم أجازتا صح على الأقوى(١).

يكون له العقد من قبيل الشرط المخالف للكتاب، فيبطل، إلا أن يرجع إلى شرط الوكالة عنها في الإذن، فيصح.

لكن في جواز عزله الوجهان السابقان، أو يرجع إلى اشتراط بقاء الإذن له إلى حين العقد.

لكن في جواز العدول عن الإذن أيضاً الوجهان السابقان، أو يرجع إلى اشتراط الإذن فعلاً.

لكنها غير كافية مع ظهور الكراهة بعد ذلك.

(١) كما عن العلامة في جملة من كتبه[١]، وكثير من المتأخرين[٢]، لتحقق شرط الصحة وهو الإذن، فيشمله دليل الصحة من غير معارض.

وفي الشرائع والنافع وغيرهما: البطلان[٣]؛ للنهي عنه المقتضي للفساد.

لكنه ممنوع بعد حصول الإذن.

أو لدلالة النهي على خروج المعقود عليها عن قابلية النكاح.

وهو أيضاً ممنوع بعد حصول الإذن.

أو لخبر علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه عليه السلام: «ولا تزوج بنت الأخ والأخت

(١) تحرير الأحكام ٣: ٤٦٨/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢١٧/ قواعد الأحكام ٣: ٣٤.

(٢) غاية المراد ٣: ١٦٢/ جامع المقاصد ١٢: ٣٤١/ الروضة البهيّة ٥: ١٨١/ مسالك الأفهام ٧: ٢٩٢/ كفاية الأحكام ٢: ١٣٠/ كشف اللثام ٧: ١٩٨/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٦٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢/ المختصر النافع: ١٧٦/ كشف الرموز ٢: ١٣٢/ التنقيح الرائع ٢: ٦١/ نهاية المرام ١: ١٤١/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٧٣/ مستند الشيعة ١٦: ٣٢١.

. . . . . .

على العمة والخالة إلا برضا منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل»[١].

وفيه: أنه لا يشـــمل المقام بعد الإذن وإن شمله قبل الإذن، ولا تنافي بين الحكمين في زمانين.

أو لظهور أدلة اعتبار الإذن في كونها مقارنة للعقد.

وهو أيضاً ممنوع.

أو لأن العقـــد على بنت الأخ والأخت بدون إذن العمة أو الخالة معصية لله سبحانه، فيكون فاسداً، لما ورد في نكاح العبد بغير إذن مولاه من أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز[٢].

إذ يدل الحديث على أنه لو عصى الله تعالى كان نكاحه فاســداً، فيدل على أن معصية الله تعالى كلية موجبة للفساد.

وفيه: أن الظاهر من معصية الله ســبحانه معصيته في نكاح المحرمات من النساء، مثل الأصول والفروع، لا مطلق المعصية، وإلا كان التعليل غير ظاهر، فيكون تعبدياً، وهو خلاف الأصل في التعليلات.

على أن البناء على تحريم العقد تعبداً، بحيث يوجب الإثم لنفســه، غير ظاهر من الأدلة.

هذا، وعن الشيخين ومن تبعهما[٣]، بل عن غير واحد نسبته إلى الأكثر[٤]

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١١٤ و١١٥، ب ٢٤ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١، ٢.

(٣) المقنعة: ٥٠٥/ النهاية: ٤٥٩/ المراسم العلوية: ١٥٠/ المهذب ٢: ١٨٨/ الوسيلة: ٢٩٣.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٨٠./ المقتصر: ٢٣٣.

.....

أن للعمة والخالة الخيار في فسخ العقد الواقع على بنت الأخ والأخت، وبين فسخ عقدهما بلا طلاق.

لوقوع العقدين صحيحين، وحيث أنه لا يمكن الجمع بينهما إلا بإذن فهما مخيران في رفع الجمع بينهما بين رفع الأول ورفع الثاني.

وفيه: أنه لا دليل على سلطنتهما على رفع الأول، وإنما الدليل على سلطنتهما على رفع الثاني لا غير.

وعن ابن إدريس: بطلان العقد الثاني وتزلزل العقد الأول، فيكون للمدخول عليها فسخ عقد نفسها[1].

ويظهر ضعف القول المذكور بكلا شقيه من وجوه الإشكال على القول الثاني والقول الثالث.

مع أنه إذا بني على بطلان العقد الثاني لم يكن وجه لتزلزل الأول.

فإذاً العمدة القولان الأولان المبنيان على ظهور أدلة اعتبار الإذن في المقارنة وعدمه.

وأما الوجوه الأخر مما ذكرناه وغيره فضعيفة.

وقد عرفت منع ظهور الأدلة في اعتبار مقارنة الإذن للعقد.

ويتضح ذلك بمقايسة المقام بعقد الفضولي.

ولأجل ذلك يخرج عن الأصل بناءً على أن مقتضاه مقارنة الشرط للعقد.

---

(١) السرائر الحاوي ٢: ٥٤٤.

(مسألة ٢١): إذا تزوج العمة وابنة الأخ، وشك في سبق عقد العمة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة(١)، وكذا إذا شك في السبق والاقتران بناء على البطلان مع الاقتران.

(مسألة ٢٢): إذا ادعت العمة أو الخالة عدم الإذن وادعى هو الإذن منهما قدم قولهما(٢)، وإذا كانت الدعوى بين العمة وابنة الأخ مثلاً في الإذن وعدمه فكذلك قدم قول العمة.

---

(١) لأصالة الصحة.

(٢) لأصالة عدم الإذن الموافق لقولها.

وأصل الصحة وإن كان مقدماً على أصالة عدم الجزء أو الشرط الذي يكون فقده موجباً للفساد، لكن دليله من السيرة والإجماع غير ثابت في مثل المقام مما كان المدعي لعدم الشرط ممن يقوم به الشرط.

ففرق بين أن تكون دعوى عدم الإذن صادرة ممن تقوم به الإذن، وأن تكون صادرة من غيره، فإذا ادعى عدم الإذن غير من يقوم به الإذن كان المرجع أصل الصحة، وإذا كان المدعي من يقوم به الإذن كان المرجع أصالة عدم الإذن، لعدم ثبوت أصل الصحة فيه، وإلا كان مقدماً أيضاً.

فبناء على هذا لو ادعى البائع عدم البلوغ، أو عدم العلم بالعوضين، أو نحو ذلك يكون منكراً، وهو كما ترى!.

إلا أن يقال: إن دعواه ذلك خلاف ظاهر فعله وإقدامه، فيكون لأجل ذلك مدعياً، فتأمل.

وربما يحتمل اختصاص أصل الصحة بالشك فيما يعتبر في موضوع

(مسألة ٢٣): إذا تزوج ابنة الأخ أو الأخت، وشك في أنه هل كان عن إذن من العمة أو الخالة أم لا؟ حمل فعله على الصحة.

(مسألة ٢٤): إذا حصل بنتية الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل(١)، وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم على وجه(٢).

السلطنة، جزءاً أو شرطاً، ولا يشمل الشك في السلطنة، فالمدعي عدم السلطنة منكر.

وفيه: أنه خلاف السيرة على البناء على الصحة لو شك في السلطنة مع عدم الدعوى ممن له السلطنة، وعلى هذا يختص المنع من جريان القاعدة بصورة دعوى وجود إعطاء السلطنة بإذن أو بالتمليك أو نحوهما، نظير قاعدة اليد المختصة بصورة عدم دعوى التمليك من خصمه، وذلك غير بعيد من طريقة العقلاء والمتشرعة.

(١) لخروجه عن مورد النصوص.

لكن بناءً على ما تقدم من المنع عن اقتران العقدين إلا بإذن العمة أو الخالة، عملاً بما دل على المنع عن الجمع بينهما إلا بإذنهما، يتعين البناء على ذلك هنا؛ لتحقق الجمع بعد الرضاع، فلا يجوز إلا بالإذن، إذ لا فرق بين اقتران العقد وبين المقام في صدق الجمع.

(٢) يوافق الاستصحاب؛ لنفوذ الجمع في حال الكفر، فإن لكل قوم نكاحاً، فيستصحب بعد الإسلام.

وفيه: أن المستفاد من الأدلة ترتب آثار النكاح حال الكفر، لا نفوذه، كما

(مسألة ٢٥): إذا طلق العمة أو الخالة طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين(١) إلا بعد خروجهما عن العدة، ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

(مسألة ٢٦): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت، لأن طلاق الخلع بائن، وإن رجعت في البذل لم يبطل العقد(٢).

يقتضيه الجمع بين الأدلة الأولية ومثل: «لكل قوم نكاح»[١].

واستصحاب بقاء الآثار لا مجال له مع الدليل الدال على حرمة نكاح الأجنبية.

مع أنه لو فرض صحة النكاح حال الكفر، فبعد الاسلام يرجع إلى عموم المنع المقدم على الاستصحاب.

(١) لأن المطلقة رجعياً زوجة، ولا يجوز إدخال بنت أخيها وأختها عليها إلا بإذنها.

(٢) بل يكون من باب إدخال العمة أو الخالة على بنت الأخ والأخت، لأن الرجوع في البذل يوجب الحكم بالزوجية التنزيلية، وهو حادث.

نعم، إذا رجع هو بها يكون رجوعه بها بحسب اعتبار العقلاء ليس إحداثاً للزوجية، بل رجوعاً للزوجية السابقة، كما سيأتي من المصنف رحمه الله في المسألة الرابعة والثلاثين[٢]، فيكون من إدخال بنت الأخ والأخت عليها.

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٧٢/ وسائل الشيعة ٢١: ١٩٩، ب ٨٣ ـ نكاح العبيد والإماء، حديث: ٢.

(٢) في ص ٣١٦.

(مسألة ٢٧): هل يجري الحكم في المملوكتين والمختلفتين وجهان، أقواهما العدم(١).

(مسألة ٢٨): الزنى الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة، إذا كان بعد الوطء(٢)،

اللهم إلا أن يكون هذا النحو من الإدخال ليس موضوعاً لأدلة المنع، حتى لو قيل بالمنع عن الجمع بينهما بغير إذن، كما هو مضمون خبر أبي الصباح[١]؛ لأن رجوع العمة بالبذل بمنزلة الإذن في الجمع بينها وبين البنت.

اللهم إلا أن تكون جاهلة بذلك.

(١) وفي الجواهر: أنه التحقيق[٢]، وأنه ظاهر النصوص والفتاوى، لاشتمالها على التزويج والنكاح الظاهرين في العقد، واشتمالها على الإذن المختص بالحرة، فتأمل.

وخبر أبي الصباح لو سلمت حجيته، فحمله على الوطء لا قرينة عليه، وكذا على الجامع بينه وبين العقد، لما ذكر.

مع أن الجامع العرفي متعذر، فيتعذر عرفاً استعماله فيه، فلا يصلح حجة على المقام.

(٢) إجماعاً بقسميه عليه، كما في الجواهر[٣].

ويشهد به النصوص المستفيضة أو المتواترة، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهماعليهما السلام: «أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة، أيتزوج بابنتها؟ قالعليه السلام: لا، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٩، ب ٣٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٧، وتقدم في ص ٢٦٩.

(٢)، (٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٦١، ٣٦٣.

بل قبله أيضاً على الأقوى(١) فلو تزوج امرأة ثم زنى بأمها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته، وكذا لو زنى الأب بامرأة الابن لم تحرم على الابن، وكذا لو زنى الابن بامرأة الأب لا تحرم على أبيه، وكذا الحال

الحرام لا يفسد الحلال»[١].

وفي مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج جارية فدخل بها، ثم ابتلى بها ففجر بأمها أتحرم عليه امرأته؟ فقال: لا، إنه لا يحرّم الحلال الحرام»[٢].

ومصحح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه قال في رجل زنى بأم امرأته أو ببنتها أو بأختها فقال عليه السلام: لا يحرم ذلك عليه امرأته، ثم قال: ما حرّم حرام حلالاً قط»[٣]، ونحوها غيرها.

(١) وهو المشهور شهرة عظيمة.

وعن أبي علي: أنه قال إن عقد الأب أو الابن على امرأة فزنى بها الآخر حرمت على العاقد ما لم يطأها[٤]؛ لعموم: ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾[٥]، مع عدم القول بالفرق.

ولموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد، أو الرجل يزني بالمرأة هل يجوز لابنه أن يتزوجها؟ قال عليه السلام: لا، إنما ذلك إذا تزوجها فوطأها ثم زنى بها ابنه لم يضرّه؛

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٨، ب ٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٥٩.

(٥) سورة النساء: ٢٢.

.....

لأن الحرام لا يفسد الحلال، وكذلك الجارية»[١].

ونحوه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها أبداً، وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه، وإن هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بأمها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها، وهو قوله: لا يفسد الحرام الحلال إذا كان هكذا»[٢].

ونسب هذا القول إلى ظاهر الاستبصار[٣].

ومال إليه في الحدائق، وحكى ذلك عن بعض مشايخه المحققين من متأخري المتأخرين، اعتماداً على الخبرين، لأنهما من المقيد الواجب حمل المطلق عليه[٤].

ونوقش في الأول: بأنه استدلال بالمفهوم، وهو ضعيف.

وفي الثاني: بضعف السند.

لكن مفهوم الحصر حجة.

والثاني من الموثق، وهو أيضاً حجة.

فالعمدة في وهن الخبرين إعراض المشهور عنهما.

بل في الرياض بعد الاستدلال للقول المذكور بخبر الكناني قال: «وهو

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٠، ب ٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٤٣٠، ب ٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٨.

(٣) الاستبصار ٣: ١٦٤ ـ ١٦٦.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٨٥.

في اللواط الطارئ على التزويج(١)، فلو تزوج امرأة ولاط بأخيها أو أبيهـا أو ابنها لم تحرم عليه امرأتـه إلا أن الاحتياط فيه لا يترك.

وأما إذا كان الزنى سـابقاً على التزويج فـإن كان بالعمة أو الخالة يوجب حرمة بنتيهما(٢)،

ضعيف؛ لشذوذه، وقد ادعى جماعة من الأصحاب الإجماع على خلافه»[١].

فإذاً لا مجال للاعتماد عليهما في تقييد إطلاق نصوص الحل.

(١) كما تقـدم الكلام فيه في المسـألة الإحدى والعشريـن من الفصل السابق، كما تقدم فيها وجه الاحتياط الآتي[٢].

والظاهر أنه لا فرق في المقام بين الدخول وعدمه عندهم.

وخلاف أبي علي كدليله يختص بغيره.

(٢) على المشهور شهرة عظمية، بل في محكي الانتصار: الإجماع عليه[٣].

وفي التذكرة: نسبته إلى علمائنا[٤].

ويشهد له في الخالة مصحح محمد بن مسلم قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا جالس عن رجل نال من خالته في شـبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: لا، قلـت: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون شيء، فقال: لا يصدق ولا كرامة»[٥].

---

(١) رياض المسائل ١١: ١٩٧.

(٢) تقدّم في ص ٢١٩.

(٣) الانتصار: ٢٦٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٧١.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٢، ب ١٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

. . . . . .

وموثق أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سأله محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أيتزوج ابنتها؟ قال: لا، قال: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال عليه السلام: كذب»[١].

وبضميمة عدم القول بالفصل يتعدّى من الخالة إلى العمة.

أو لرواية السرائر قال: «وقد روي أن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما»، ثم قال: «فإن كان على المسألة إجماع فهو الدليل عليها»، ثم ناقش في ثبوت الإجماع[٢].

وظاهره التوقف في الحكم المذكور، ولأجله يشكل الاستدلال بروايته، فضلاً عن كونها مرسلة.

كما يشكل التمسك بالإجماع، لما في المختلف من قوله: «ولا بأس بالتوقف في هذه المسألة، فإن عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذٰلِكُمْ﴾[٣]، يقتضي الإباحة»[٤].

وظاهره أيضاً عدم الاعتداد برواية الخالة.

ولعلّه لما في المسالك من أنها «ضعيفة السند ردية المتن، فإن السائل لم يصرح بوقوع الوطء أولاً، وصرح بعدمه ثانياً، وكذّبه الإمام عليه السلام في ذلك، وهذا غير لائق بمقامه، وهو قرينة الفساد»[٥]، انتهى.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٢، ب ١٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٢) السرائر الحاوي ٢: ٥٢٩.

(٣) سورة النساء: ٢٤.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٦٣.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٣٠١.

.....

لكن السند مصحح في رواية الكافي، وموثق في رواية التهذيب، وكلاهما حجة.

وتكذيب الإمام عليه السلام لا بد أن يكون لوجه يعلمه.

ونحوه صحيح يزيد الكناسي قال: «إن رجلاً من أصحابنا تزوج امرأة قد زعم أنه كان يلاعب أمها ويقبلها من غير أن يكون أفضى إليها، قال: فسألت أبا عبد الله عليه السلام، فقال لي: كذب، مره فليفارقها، قال: فأخبرت الرجل، فوالله ما دفع ذلك عن نفسه، وخلى سبيلها»[1].

مع أنه لا يقدح في حجية الدلالة.

ومثله الإشكال بأن الظاهر أن الروايتين حاكيتان عن واقعة واحدة، وفي رواية محمد أن السائل رجل وهو جالس، وفي رواية أبي أيوب أن السائل محمد وهو جالس، فهذا الاختلاف يوجب نوعاً من الوهن.

وبالجملة: لا مجال للمناقشة في الرواية بعد اعتماد الأصحاب عليها، والموهنات المذكورة لا تخرجها عن موضوع الحجية.

بل الانصاف أن تسالم الأصحاب على الحكم المذكور، وعدم حكاية الخلاف فيه من أحد، بل ولا التوقف فيه إلا من الحلي والعلامة، يوجب الاطمئنان بثبوته، وأن منشأه التسالم عند أصحاب الأئمة عليهم السلام عليه.

ومن العجيب ـ كما قيل ـ توقف المختلف في الحكم المذكور مع بنائه على الحرمة في غير العمة والخالة، فإن أدلة التحريم في غيرهما دالة عليه فيهما أيضاً، إلا أن يكون مراده الحل من الحيثية المذكورة.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٤، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

وإن كان بغيرهما ففيه خلاف(١)، والأحوط التحريم، بل لعله لا يخلو عن قوة.

---

(١) فالمحكي عن الأكثر[١]، أو الأشهر[٢]، أو المشهور: الحرمة[٣].

ويقتضيه جملة من النصوص، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها؟ قال عليه السلام: لا، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال»[٤].

وصحيح العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها، فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوج ابنتها»[٥].

وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل كان بينه وبين امرأة فجور، هل يتزوج ابنتها؟ فقال: إن كان من قبلة أو شبهها فليتزوج ابنتها، وليتزوجها هي إن شاء».

لكن رواها في الكافي ـ بسند فيه إرسال ـ هكذا: «فليتزوج ابنتها إن شاء، وإن كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها»[٦]، فتكون دلالتها بالمفهوم المصرّح به.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٩٨/ نهاية المرام ١: ١٤٨/ مفاتيح الشرائع ٢: ٢٤١/ كشف اللثام ٧: ١٧١.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٧٩.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٦٨.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٨، ب ٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٥) المصدر السابق ٢٠: ٤٢٤، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

.....

وروى الشيخ عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل فجر بامرأة أيتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: إن كان قبلة أو شبهها فلا بأس، وإن كان زنى فلا»[١] ونحوها غيرها.

والمنسوب إلى الفقيه، والمقنع، والمقنعة، والمسائل الناصرية، والمراسم، والسرائر، والإرشاد، وكشف الرموز: الجواز[٢].

وفي النافع: إنه الوجه[٣].

وفي الرياض: نسبته إلى المشهور عند القدماء[٤].

وعن المسائل الناصرية: الإجماع عليه.

للنصوص الكثيرة، منها صحيح سعيد بن يسار قال «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأة، يتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: نعم يا سعيد، إن الحرام لا يفسد الحلال»[٥].

وصحيح هشام بن المثنى عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها؟ قال عليه السلام: نعم، وأمها وبنتها»[٦].

وصحيحته الأخرى قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له رجل: رجل

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٥، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٦٣/ المقنع: ٣٢٥/ المقنعة: ٥٠٤/ المسائل الناصريات: ٣١٨/ المراسم العلوية: ١٤٩/ السرائر الحاوي ٢: ٥٢٩/ إرشاد الأذهان ٢: ٢١/ كشف الرموز ٢: ١٣٥.

(٣) المختصر النافع: ١٧٧.

(٤) رياض المسائل ١١: ١٩٦.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٥، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٦.

(٦) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٥، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٧.

. . . . . .

فجر بامرأة أتحل له ابنتها؟ قال عليه السلام: نعم، إن الحرام لا يفسد الحلال»[١].

وفي بعض النسخ رواية المتن الأول عن هاشم بن المثنى[٢]، والظاهر منهما واحد.

وموثق حنان بن سدير قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً، هل تحل له ابنتها؟ قال عليه السلام: نعم، إن الحرام لا يحرم الحلال»[٣].

وصحيح صفوان قال: «سأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها، أتحل له ذلك؟ قال عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال.

ورجل فجر بامرأة حراماً أيتزوج بابنتها؟ قال عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال»[٤].

والمرسل عن زرارة قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج بابنتها؟ قال عليه السلام: ما حرم حرام حلالاً قط»[٥].

وهذه النصوص ـ كما ترى ـ مشتملة على الصحيح وغيره، كالطائفة السابقة.

وفي الجواهر: «إن الجميع ـ كما ترى ـ قاصر عن معارضة ما عرفت (يعني:

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٦، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١٠.

(٢) الاستبصار ٣: ١٦٥/ تهذيب الأحكام ٧: ٣٢٦/ الوافي ٢١: ١٣٨.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٦، ب ٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ١٢.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٩.

.....

الطائفة الأولى) سنداً، وعدداً، وعاملاً، ودلالة، لاحتمال الجميع الفجور بغير الجماع، أو به ولكن بعد التزويج، أو التقية، وهو أحسن المحامل»[١].

ولا يخفى أن كلا من الطائفتين مشتمل على الصحيح وغيره.

وتفاوت العدد في الجملة ـ ما لم يبلغ حد صدق الأشهر ـ كتفاوت عدد العامل لا أثر له في الترجيح.

واحتمال حمل الأخير على الفجور بغير الجماع ـ مع أنه بعيد في نفسه ـ لا يتأتى في صحيحة هشام، وموثق حنان.

كما أن حملها على ما بعد التزويج أيضاً بعيد.

والحمل على التقية إنما يكون مع تعذّر الجمع العرفي، وهو ممكن بحمل الطائفة الأولى على الكراهة، بل هو أقرب الوجوه.

مع أنه لا قرينة على الحمل على التقية، ولا سيما بملاحظة أن القول بالحرمة مشهور عند المخالفين، فقد نسبه في التذكرة إلى عمران بن الحصين، وعطا، وطاووس، ومجاهد والنخعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق، وأصحاب الرأي[٢].

ومن ذلك تشكل دعوى أن الظاهر من النبوي: «الحرام لا يفسد الحلال، أو لا يحرم الحلال»[٣]: الحلال الفعلي، وهو إنما يكون مع سبق التزويج على الزنى، أما مع سبق الزنى فالحل تقديري، والحمل على التقديري خلاف

(١) جواهر ٢٩: ٣٧٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٥٨.

(٣) سنن الدارقطني ٣: ١٨٨/ سنن ابن ماجة ١: ٦٤٩.

. . . . . .

الظاهر، فأرادوا عليهم السلام تنبيه المخالفين على غلطهم في الحمل على التقديري[١].

فإنها غير واضحة المأخذ، كيف؟! وصريح الطائفة الثانية الحل التقديري، كما هو ظاهر الآية الشريفة: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذٰلِكُمْ﴾[٢]، فمن الجائز أن يكون الغلط في الحمل على الحلال الفعلي، لأن النبوي جار مجرى الآية الشريفة، والحل فيها تقديري، فتكون قرينة على إرادة الحل التقديري من النبوي أيضاً، ويكون التخصيص بالفعلي لأجل التقية.

وبالجملة: النصوص الواردة في هذه الأبواب على أربع طوائف.

إحداها: ما لم يتعرض لبيان المراد من الحديث من حيث الاختصاص بالحلال الفعلي، أو الأعم منه ومن التقديري، كمصحح الحلبي، ومصحح زرارة المتقدمين ونحوهما، فإن موردها وإن كان الحلال الفعلي لكن المورد لا يخصص الوارد.

والطوائف الثلاث الباقية متعرضة لذلك.

الأولى: ما يدل على أن المراد بالحلال الحلال الفعلي بشرط الوطء، كموثق عمار، وخبر الكناني المتقدمين في صدر المسألة.

الثانية: ما يدل على أن المراد الحلال الفعلي بعقد أو ملك، كصحيح محمد ابن مسلم المتقدم.

الثالثة: ما يدل على أن المراد الحلال ولو تقديرياً، كصحيح سعيد بن يسار، وصحيح صفوان، وصحيحة هشام بن المثنى، وموثق حنان بن سدير،

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٢.

(٢) سورة النساء: ٢٤.

.....

والمرسل عن زرارة، ونحوها.

وخبر محمد بن منصور الكوفي قال: «سألت الرضا عليه السلام عن الغلام يعبث بجارية لا يملكها، ولم يدرك، أيحل لأبيه أن يشتريها أو يمسها؟ فقال: لا يحرم الحرام الحلال»[١].

وقد عرفت أن الطائفة الأولى منها مهجورة، فيبقى التعارض بين الطائفتين الأخيرتين.

ولا ينبغي التأمل في ترجيح الثانية، لكثرة العدد، وانفراد الثالثة بالصحيح المذكور.

وأما الحمل على التقية: فقد عرفت أنه لا مأخذ له في كلتا الطائفتين، وليس في النصوص ما فيه دلالة أو إشعار بأن مذهب المخالفين في المسألة هو التحريم، أو أن المراد بالحديث الشريف هو العموم أو الخصوص.

نعم، استدل في التذكرة على الحل ـ بعد أن نسبه إلى جماعة من المخالفين ومنهم مالك، والشافعي ـ بما رواه العامة عن النبي صلى الله عليه وآله: «أنه سئل عن رجل يزني بامرأة ثم يريد أن يتزوج ابنتها، فقال: لا يحرم الحرام الحلال»[٢].

ثم استدل للشيخ بعد أن نسب إليه القول بالحل بأمور، منها قوله: «لا يحرم الحرام الحلال»[٣].

فحمل الحلال في الحديث على الحلال ولو تقديراً لا يختص بالمخالفين،

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢١، ب ٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

(٢) سنن الدارقطني ٣: ١٨٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٦٠.

. . . . . .

ولا هو مذهب جميعهم، ولا المشهور بينهم.

وأما صحيح مرازم قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام وقد سئل عن امرأة أمرت ابنها أن يقع على جارية لأبيه فوقع، فقال عليه السلام: أثمت، وأثم ابنها، وقد سألني بعض هؤلاء عن هذه المسألة، فقلت له: أمسكها، فإن الحلال لا يفسده الحرام»[1].

فلا إشعار له بكون الحل مذهب المخالفين بوجه.

والمتحصل: أن نصوص التحريم صالحة للحمل على الكراهة، عدا مصحح يزيد الكناسي المتقدم، وصحيح محمد بن مسلم.

والتعارض بينهما وبين نصوص التحليل يقتضي الأخذ بالثانية؛ لأنها أرجح بكثرة العدد.

وكأن ما في الشرائع ـ من حكمه بأن نصوص التحريم أوضح طريقاً[2] ـ مبني على ملاحظة جميع نصوص التحريم حتى ما أمكن الجمع العرفي بينها وبين نصوص التحليل.

وإلا فالذي لا يقبل الجمع العرفي منها منحصر بالروايتين المذكورتين، بل مصحح يزيد يمكن حمل الفراق فيه على الفراق بالطلاق، فتنحصر المعارضة بصحيح محمد.

ولو سلم التساوي من حيث السند والعدد فنصوص التحليل موافقة للكتاب، ومعتضدة بعموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذٰلِكُمْ﴾، فالأخذ

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٥، ب ٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣.

وكذا الكلام في الوطء بالشبهة، فإنه إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة(١)، وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها(٢).

بها متعين.

ثم إنه لو قلنا بالتحريم فكما تحـــرم بنت المزني بها وأمها على الزاني، تحرم المزني بها على أب الزاني وابنه؛ لأن الزنى على هذا القول بمنزلة الدخول بالعقد الصحيح، فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين، فلاحظ كلماتهم.

ونصوص التحريم أيضاً متعرضة لذلك، ففي صحيح أبي بصير: «سألته عن الرجل يفجر بالمرأة، أتحل لابنـــه؟ أو يفجر بها الابن، أتحل لأبيه؟ قال: إن كان الأب أو الابن مسها لم تحل»[١].

وخبر ابن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن رجل زنى بامرأة، هل تحل لابنه أن يتزوجها؟ قال عليه السلام: لا»[٢]، ونحوهما غيرهما.

(١) كما عن الأكثر[٣]، للأصل.

(٢) كما هو المشهور شهرة عظمية.

وخالف في ذلك ابن إدريس قال: «فأما عقد الشبهة ووطء الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة، ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال»[٤].

وقال في الشرائع: «وأما الوطء بالشـــبهة فالذي خرّجه الشيخ أنه بمنزلة النكاح الصحيح، وفيه تردد، أظهره أنه لا ينشر الحرمة»[٥].

(١)، (٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٠، ب ٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١، ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٤.

(٤) السرائر الحاوي ٢: ٥٣٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣.

. . . . . .

ونحوه في النافع[١].

وفي القواعد: «وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنى بالصحيح؟ خلاف»[٢].

وفي جامع المقاصد: «إن الزنى يحرّم، كما سيأتي إن شاء الله، فالوطء بالشبهة أولى؛ لأنه وطء محترم شرعاً، فيكون إلحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنى، ولأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقة به، فإن أعظم الأحكام النسب، وهو في الشبهة كالصحيح، وكذا وجود المهر، وتخلف المحرمية لا يضر، فإنها متعلقة بكمال حرمة الوطء»[٣].

وسبقه إلى بعض ذلك في التذكرة[٤]، وتبعه على ذلك في المسالك وغيرها[٥].

لكن الخروج عن عموم الحل بذلك كما ترى!.

ومثله الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾[٦]، إذ لم يثبت إرادة الوطء من النكاح.

ولأجل ذلك لم يعتمد في الجواهر إلا على الإجماع الذي ادعاه في التذكرة، وحكى فيها عن ابن المنذر دعوى الإجماع عليه من كل من يحفظ من علماء الأمصار، وعدّ منهم أصحاب النص، وهم الإمامية[٧].

---

(١) المختصر النافع: ١٧٧.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٠.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٢٨٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٥٨.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٣٠٢/ كشف اللثام ٧: ١٧١..

(٦) سورة النساء: ٢٢.

(٧) جواهر الكلام ٢٩: ٢٧٤/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٥٧.

(مسألة ٢٩): إذا زنى بمملوكة أبيه، فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت على الأب(١)،

وسبقه إلى ذلك في الرياض[1].

وهو كما ترى أيضاً، فإن خلاف مثل الحلي، والمحقق، وتوقف العلامة في القواعد مانع من صحة الاعتماد على الإجماع.

وكان الأولى الاستدلال له بحديث: «لا يحرم الحرام الحلال» بناءً على أن المراد من الحلال الأعم من التقديري، فإن تعليل انتفاء المصاهرة بالوطء من جهة الحرمة يقتضي ثبوت المصاهرة مع انتفاء الحرمة، كما في الشبهة.

لكن مقتضى ذلك ثبوت المصاهرة حتى إذا كان الوطء لاحقاً، ولا يظن الالتزام به.

مع أنه موقوف على إرادة الزنى من الحرام، مع أن الظاهر منه الحرام الواقعي ولو مع العذر، فيشمل الشبهة.

ثم إن الأدلة المذكورة مختلفة المفاد، فإن الإجماع يقتضي الاقتصار في التحريم على الوطء السابق على العقد؛ لأنه القدر المتيقن منه.

ومثله الأولوية من الزنى بناءً على التحريم به، فإنه مختص بالزنى السابق.

وأما الاستقراء، وعموم: ﴿لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾: فمقتضاهما العموم للسابق واللاحق، فإن الوطء الصحيح إذا فرض لاحقاً لا بد أن يبطل السابق، وكذا إطلاق الآية، فلاحظ.

(١) قال في القواعد: «ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر (يعني: قبل وطء

---

(١) رياض المسائل ١١: ١٨٨.

. . . . . .

المالك، كما يظهر مما بعده) بزنى أو شبهة، ففي التحريم نظر»[١].

وحكى في كشف اللثام: التحريم عن الشيخ، وابني الجنيد والبراج[٢].

واستدل له بعموم: ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ مع عدم القول بالفصل ـ يعني: بين منكوحة الأب ومنكوحة الابن ـ، وكون النكاح في اللغة بمعنى الوطء.

ولخبر عمار المتقدم في صدر المسألة، وهو وإن ضعف، لكن يؤيده أخبار تحريم زوجة أحدهما عليه بزنى الآخر قبل العقد، انتهى.

وفي جامع المقاصد جعل التحريم هو الأصح[٣]، لما ذكر.

لكن انطباق العموم على ما نحن فيه غير ظاهر، لعدم ثبوت إرادة الوطء من النكاح.

وموثق عمار قد عرفت إشكاله وعدم العامل به إلا ابن الجنيد[٤].

اللهم إلا أن يكون حجة على الحرمة في الجارية غير الموطوءة للمالك، وإن لم يكن حجة عليها في الزوجة غير الموطوءة، ولا مانع من التفكيك بين المفادين في الحجية.

مضافاً إلى صحيح عبد الله بن يحيى الكاهلي قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن رجل اشترى جارية ولم يمسها، فأمرت امرأته ابنه وهو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها، فما ترى فيه؟ فقال: أثم الغلام، وأثمت أمه،

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٠.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٧٨/ مختلف الشيعة ٧: ٣٩/ المهذّب ٢: ١٨٣.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٣٠٠.

(٤) تقدّم في ص ٢٨٥.

وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم(١).

ولا أرى للأب ـ إذا قربها الابن ـ أن يقع عليها»[١].

نعم، يعارضه صحيح مرازم المتقدم في أواخر المسألة السابقة[٢].

لكنه مطلق من حيث الوطء، وعدمه فيقيد إطلاقه بالصحيح المذكور.

وكذلك خبر زرارة قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: إذا زنى رجل بامرأة أبيه أو بجارية أبيه فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا يحرم الجارية على سيدها، إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية وهي له حلال، فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه»[٣].

اللهم إلا أن يقال: إن ظاهر الموثق أن التحريم في الزنى السابق، وكذا اللاحق إذا لم يكن دخول، ناشئ من كون المراد من «أن الحرام لا يفسد الحلال» خصوص الحلال بعد الوطء، فالتحريم في الزوجة والجارية فرع على التفسير المذكور، فإذا بطل الأصل بطل الفرع، والتفكيك غير ممكن عرفاً.

وأما صحيح الكاهلي فالظاهر ـ أو المحتمل ـ من قوله عليه السلام: «ولا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها» أنه إشارة عليه بذلك ونصيحة له، وإن كان لأجل الكراهة، فلا يدل على الحرمة، ولا يصلح لتقييد إطلاق ما دل على الحل.

فالبناء على الحل أنسب بقواعد العمل بالأدلة، فتأمل.

(١) في القواعد: أنه الأصح[٤].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤١٩، ب ٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٢) في ص ٢٩٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤١٩، ب ٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٣١.

وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه(١).

(مسألة ٣٠): لا فرق في الحكم بين الزنى في القبل أو الدبر(٢).

ونسبه في جامع المقاصد وكشف اللثام إلى الأكثر[١]، لعموم: «الحرام لا يحرم الحلال».

ويقتضيه موثق عمار، وصحيح مرازم، وخبر زرارة[٢].

وقيل بالتحريم؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾.

وهو ضعيف لعدم ثبوت كون النكاح هو الوطء أولاً، ولتخصيصه بما عرفت ثانياً.

هذا ويظهر من الجواهر أنه لا قائل بالتحريم، وأن الإجماع بقسميه على عدمه[٣].

لكن عرفت ما في جامع المقاصد وكشف اللثام من حكاية قولين في المسألة، وأن الأكثر على عدم التحريم.

(١) فإن المسألتين عند الأصحاب من باب واحد وحكم واحد، وإن خلت النصوص عن التعرض للثانية مع تعرضها للأولى.

(٢) قال في التذكرة: «تنبيه: لا فرق في الزنى بين الوطء في القبل والدبر، لعموم الآية [في] قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾، و﴿وَرَبَائِبُكُمُ﴾ و﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾.

ولأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة، فكذلك في

---

(١) جامع المقاصد ١٢: ٣٠٣/ كشف اللثام ٧: ١٧٩.

(٢) تقدّم في ص ٢٨٥، ٢٩٦، ٣٠١.

(٣) جواهر الكلام ٣٩: ٣٦٥.

(مسألة ٣١): إذا شك في تحقق الزنى وعدمه بنى على العدم(١)، وإذا شك في كونه سابقاً أو لا بنى على كونه لاحقاً(٢).

الزنى»[١].

والإشكال عليه ظاهر، والعمدة صدق الزنى في المقامين، مع أن الحكم مما لا إشكال فيه على الظاهر.

(١) للأصل.

(٢) ظاهر العبارة: العمل بأصالة تأخر الحادث التي اشتهر ذكرها في كلماتهم.

وقد تحقق أنها لا أصل لها ولا حجة عليها[٢].

هذا والذي ينبغي أن يقال: إن الصور المفروضة في المقام ثلاث:

تارة: يعلم تاريخ العقد ويشك في تاريخ الزنى.

وأخرى: عكس تلك.

وثالثة: يجهل تاريخ الأمرين.

أما إذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنى فأصالة عدم الزنى إلى حين العقد يقتضي الحل.

وأما إذا شك في تاريخ العقد وعلم تاريخ الزنى فأصالة عدم العقد إلى حين الزنى تثبت كون الزنى محرّماً؛ لأن من زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه حرمت عليهما، وهذا المعنى يثبت بعضه بالوجدان وبعضه بالأصل، فيترتب

(١) سورة النساء: ٢٢/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٧١.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى ذلك في ج ٤ ص ٣١١، وما بعدها، وفي ج ١٥ ص ٣٥.

. . . . . .

التحريم عليه.

وبالجملة: المستفاد من الأدلة أن من عقد على امرأة لم يزن بها أبوه أو ابنه فهي له حلال، ومن زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه فهي عليهما حرام، والأول يثبت بعضه بالوجدان، وبعضه بالأصل إذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنى.

والثاني أيضاً يثبت بعضه بالأصل، وبعضه بالوجدان إذا علم تاريخ الزنى وجهل تاريخ العقد.

وأما إذا جهل التاريخان معاً فأصالة عدم أحدهما إلى زمان الآخر إما غير جارية ذاتاً، أو ساقطة للمعارضة، فلا يمكن إثبات موضوع التحريم الأبدي ولا نفيه، وحينئذٍ تكون الشبهة موضوعية، ولأجل أنه لا يجوز الرجوع إلى عمومات الحل فيها، يتعين الرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر على العقد، فيحكم ببطلانه.

إلا أن يقال: المرجع أصالة الصحة في العقد، فيبنى على ترتب أثره وتحقق الزوجية.

هذا في الزوجة، وأما الأمة: فالكلام فيها بعينه ما ذكر أولاً في الزوجة، فإن المستفاد من الأدلة أيضاً أن من زنى بمملوكة أبيه أو ابنه قبل أن يطأها المالك حرمت على المالك، ومن زنى بها بعد أن وطأها المالك لم تحرم.

فإذا علم بهما وشك في المتقدم منهما، فإن علم تاريخ الزنى وشك في تحقق الوطء من المالك قبله، فأصالة عدم الوطء إلى حين الزنى يثبت كونه محرماً.

وإذا علم تاريخ الوطء وشك في تاريخ الزنى فأصالة عدم الزنى إلى حين

(مسألة ٣٢): إذا علم أنه زنى بإحدى الامرأتين ولم يدر أيتهما هي؟ وجب عليه الاحتياط إذا كان لكل منهما أم أو بنت(١).

وأما إذا لم يكن لإحداهما أم ولا بنت، فالظاهر جواز نكاح الأم أو البنت من الأخرى(٢).

(مسألة ٣٣): لا فرق في الزنى بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً(٣) ولا بين كونه في حال النوم، أو اليقظة، ولا بين كون

الوطء يثبت كونها حلالاً.

وإذا جهل التاريخان لم يجر الأصلان معاً.

ولا مجال للرجوع إلى عمومات الحل؛ لكون الشبهة موضوعية، ولا مجال للرجوع إلى أصالة الصحة؛ لأن الوطء لا يتصف بالصحة والفساد، بل يتعين الرجوع إلى استصحاب الحل الثابت قبل الزنى.

ولولاه تعين الرجوع إلى أصالة البراءة، إلا بناءً على ما اشتهر من لزوم الاحتياط في الفروج.

(١) لأن العلم الإجمالي بالحرمة يوجب تنجز الحرمة، فيجب الاحتياط عقلاً في جميع الأطراف والمحتملات.

(٢) لأنه مع خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء يكون الباقي بحكم الشبهة البدوية التي عرفت أن الحكم فيها الحل؛ لأصالة عدم الزنى من غير مانع ولا معارض.

(٣) قد اختلفت كلمات الجماعة في تمييز الشبهة من الزنى، فالذي ذكره في المسالك في المقام: أن المراد بوطء الشبهة ما ليس بمستحق منه، مع عدم العلم

. . . . . .

بتحريمه، كالوطء في نكاح فاسد، أو شراء فاسد، لم يعلم فسادهما، أو لامرأة ظنها زوجته أو أمته، أو أمة مشتركة بينه وبين غيره، فظن إباحتها له بذلك[١]، انتهى.

وفي الجواهر ـ عن مصابيح العلامة الطباطبائي ـ: أنه الوطء الذي ليس يستحق في نفس الأمر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق، أو صدوره عنه بجهالة مغتفرة في الشرع، أو مع ارتفاع التكليف بسبب غير محرم[٢]، انتهى.

ومقتضى التعريفين المذكورين للشبهة: أن الزنى الإجباري، والإكراهي، وفي حال الصبا، وفي حال النوم، وزنى الجنون، كله من الشبهة، لصدق عدم العلم بتحريمه في التعريف الأول، وصدق ارتفاع التكليف بسبب غير محرم في التعريف الثاني، في الجميع.

وفي الجواهر بعد ذكر التعريف الثاني وما يتعلق به ـ قال: «فالمتحصل من ذلك أن وطء الشبهة ثلاثة أقسام... إلى أن قال: الثالث: الوطء غير المستحق ولكن صدر ممن هو غير مكلف، كالنائم، والمجنون، والسكران بسبب محلل ونحوهم»، ثم تعرّض بعد ذلك للإشكال على التعريف المذكور من وجوه، ولم يتعرض للإشكال في كون القسم الثالث من أقسام وطء الشبهة.

ثم حكى عن بعض عن الأكثر تعريفه: بأنه الوطء الذي ليس بمستحق مع ظن الاستحقاق، وأشكل عليه بوجوه: منها: أنه يخرج منه وطء غير المكلف كالمجنون والنائم وغيرهما.

وظاهره المفروغية عن كون وطء غير المكلف من الشبهة، لا من الزنى[٣].

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٠٢.

(٢)، (٣) جواهر ٢٩: ٢٤٤، ٢٤٧.

.....

وفي المسالك ـ في كتاب الحدود في شرح قول ماتنه: «أما الموجب (يعني: موجب حد الزنى) فهو إيلاج الإنسان ذكره في فرج امرأة محرمة، من غير عقد ولا ملك ولا شبهة» ـ قال: «هذا تعريف لمطلق الزنى الموجب للحد في الجملة، ويدخل في الإنسان الصغير، والكبير، والعاقل، والمجنون، فلو زاد فيه المكلف لكان أجود. ويمكن تكلف إخراجهما بقوله: «في فرج امرأة محرمة عليه»، فإنه لا تحريم في حقهما، وكذا يدخل فيه المختار والمكرة، ويجب إخراج المكره، إلا أن يخرج بما يخرج به الأولان»[1].

وظاهر، أيضاً كون وطء غير المكلف خارج عن الزنى وداخل في الشبهة.

لكن في الجواهر أشكل عليه: بأنهما على التقدير المزبور (يعني: تقدير عدم التحريم في حقهما) تكون من الشرائط في الحد، لا في حقيقة الزنى[2].

وظاهره أن وطء غير المكلف داخل في الزنى، وإن لم يجب عليه الحد.

وفي الرياض ـ بعد قول ماتنه في الكلام على حد الزنى: «أما الموجب فهو إيلاج الإنسان فرجه في فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة» ـ قال: «وإطلاق العبارة وإن شمل غير المكلف، إلا أنه خارج بما زدناه من قيد التحريم، مع احتمال أن يقال: التكليف من شرائط ثبوت الحد بالزنى، لا أنه جزء من مفهومه، فلا يحتاج إلى ازدياد التحريم من هذا الوجه»[3].

وظاهره الميل إلى ما سبق عن الجماعة من كون وطء غير المكلف من الشبهة، وإن احتمل أخيراً أنه من الزنى.

(١) مسالك الأفهام ١٤: ٣٢٨/ شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

(٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٥٩.

(٣) رياض المسائل ١٥: ٤٣٤/ المختصر النافع: ٢١٣.

. . . . . .

وأشكل عليه في الجواهر: بأن ذلك لا يوجب الزيادة المزبورة، ضرورة تحقق الإيلاج بامرأة بلا عقد، ولا ملك، ولا شبهة، وإن لم يكن في ذلك حرمة عليه؛ لعدم التكليف الذي فرض عدم مدخليته في تحقق معنى الزنى، الذي هو على التقدير المزبور وطء الأجنبية التي هي غير الزوجة والمملوكة عيناً أو منفعة.

ومقتضاه أن وطء الشبهة زنى لغة وعرفاً لكنه لا يوجب الحد، وهو مناف لمقابلته به في النكاح، المقتضية لكونه وطء الأجنبية على أنها أجنبية.

ثم قال: «ولعل ذكر الأصحاب بعض القيود في التعريف من حيث ثبوت الحد به وعدمه ولو للشرائط الشرعية لذلك، لا لكشف مفهومه، وقال رسول الله صلى الله عليه وآله لماعز ـ بعد إقراره بالزنى أربعاً ـ: أتعرف الزنى؟ فقال: هو أن يأتي الرجل حراماً كما يأتي أهله حلالاً»، انتهى ما في الجواهر[1].

وظاهره الميل إلى عموم الزنى لوطء غير المكلف.

وفي التذكرة قال: «أما إذا اختصت الشبهة بأحدهما والآخر زانياً، بأن يأتي الرجل فراش غير زوجته غلطاً، فيطأها وهي عالمة، أو أتت المرأة غير زوجها غالطة وهو عالم، أو كانت هي جاهلة أو نائمة أو مكرهة وهو عالم، أو مكنت البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً فكذلك»[2].

وظاهره كون وطء النائم والمكره من وطء الشبهة... إلى غير ذلك من كلمات الجماعة الظاهرة في اختلافهم في دخول وطء من ارتفع عنه التكليف لصبا ونوم ونحوهما في الزنى، أو في وطء الشبهة.

---

(١) جواهر الكلام ٤١: ٢٦٠/ سنن أبي داود ٢: ٣٤٦/ السنن الكبرى للنسائي ٤: ٢٧٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٦٨.

. . . . . .

وكلمات الجواهر في المقام وفي كتاب الحدود لا تخلو من مدافعة.

والـــذي يظهر بعد النظـــر والتأمل هو دخوله في الزنـــى بالمعنى اللغوي والعـــرفي، بل دخول وطء الشـــبهة فيـــه، وليس الزنى إلا مطلـــق الوطء غير المستحق وإن كان شبهة.

وأما في عرف الشارع والمتشرعة: فالزنى يقابل وطء الشبهة، والمراد بوطء الشبهة: الوطء غير المستحق لشبهة، بحيث تكون الشبهة من علل وجوده.

فإذا كان الوطء غير مستحق، وكانت الشبهة دخيلة في وجوده فهو وطء شبهة، وليس من الزنى، وإن لم تكن دخيلة فيه فهو زنى.

وهذا هو وجه المقابلة بين الشـــبهة والزنـــى، ولا تقتضي المقابلة بينهما أن يكون معناه وطء الأجنبية على أنها أجنبية، كما تقدم عن الجواهر.

ولعل قول ماعز: «أتيت منها حراماً...» بيان الزنى الذي يجب فيه الحد، لا الزنى في مقابل الشبهة، على أنه غير ثابت.

وعليه فالأحكام الثابتة للزنى في مقابل الشـــبهة تثبت في فروض المسألة كلها، إلا أن تقوم القرينة على الاختصاص بنوع دون نوع وبحال دون حال.

ومـــن ذلك يظهر أن الأحكام الأربعة المشـــهورة الثابتة للزنى في الجملة ـ وهي نفي العدة، ونفي المهر، ونفي النسب، وثبوت الحد ـ لا بد من ملاحظة أدلتها ليتضح أنها ثابتة له مطلقاً أو مقيداً.

والظاهـــر من أدلة الحد اختصاصه بالمعصية، لأنـــه المجازاة عليها لقطع دابر الفساد، فلا يشمل صورة ارتفاع التكليف.

. . . . . .

مضافاً إلى ما ورد من أنه لا حد على مجنون حتى يفيق، ولا على صبي حتى يدرك، ولا على النائم حتى يستيقظ[١]، ونحوه غيره مما ورد في الصبي، والمستكره وغيرهما[٢].

ولعل أدلة نفي النسب عن الزاني أيضاً مختصة بذلك، لأن العمدة فيه قول النبي صلى الله عليه وآله: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٣]، وعموم العاهر لمطلق الزاني غير ظاهر.

ولا يبعد أيضاً ذلك في مثل: «لا مهر لبغي»، فإن البغاء غير ظاهر العموم لمطلق الزنى.

وأما نفي العدة فهو محل كلام وخلاف، وقد أفتى بعض بوجوب العدة على الزانية وعدم جواز تزويجها قبل انتهاء العدة[٤].

وبالجملة لا بد من ملاحظة أدلة الأحكام من حيث العموم والخصوص، والكلام في ذلك موكول إلى مقام آخر.

نعم، لا ينبغي التأمل في أن نشر الحرمة بالزنى لا قصور في إطلاق أدلته، فيجب الأخذ بها في فرض المسألة.

ثم إن الذي يظهر من تعريف الشبهة المنسوب إلى الأكثر الاكتفاء بمطلق الظن وإن لم يكن حجة، بل هو ظاهر المحكي من كلام جماعة من الفقهاء، كالشيخ في النهاية، والمحقق في الشرائع، والنافع، والعلامة في القواعد،

(١) وسائل الشيعة ٢٨: ٢٢، ب ٨ ـ مقدمات الحدود ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢٨: ١١٠، ب ١٨ ـ حد الزنى.

(٣) المصدر السابق ٢١: ١٦٩، ب ٥٦ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٤) تقدّم في ص٢٧٢.

. . . . . .

وغيرهم، فقد اشتملت عباراتهم في تمثيل الشبهة على ذكر الظن، وإخبار مخبر[١].

ونحو ذلك ما تقدَّم عن المسالك في تعريف الشبهة والتمثيل لها[٢].

وظاهر ذلك الاكتفاء بمطلق الظن وإن لم يكن حجة في نظر الواطئ.

ويحتمل اعتبار كونه حجة شرعاً، فإذا لم يكن حجة شرعاً كان الوطء زنى[٣].

وهو ظاهر محكي مصابيح العلامة الطباطبائي، معللاً: بأن الفروج لا تستباح إلا بسبب شرعي، فإذا لم يتحقق فيه السبب المبيح فهو وطء محرم داخل في الزنى، ومن المعلوم أن الشارع لم يبح الوطء بمجرد الاحتمال أو الظن، وإنما أباحه بشرط العلم بالاستحقاق أو حصول ما جعله أمارة للحل، فبدونهما لا يكون الوطء إلا زنى... إلى آخر كلامه المحكي[٤].

وفي المسالك ـ بعد أن نقل عن الشيخ وغيره تحقق الشبهة في الوطء بظن المرأة خلية من الزوج، أو ظن موت زوجها، أو طلاقه، سواء استند إلى حكم الحاكم، أو شهادة الشهود، أو إخبار مخبر ـ قال: «إن الحكم المذكور لا إشكال فيه على تقدير حكم الحاكم، أو شهادة شاهدين يعتمد على قولهما شرعاً وإن لم يحكم حاكم... إلى أن قال: وأما على تقدير كون المخبر ممن لا يثبت به ذلك شرعاً ـ كالواحد ـ فينبغي تقييده بما لو ظنّا جواز التعويل على خبره، جهلاً منهما

(١) النهاية: ٥٠٦/ شرائع الإسلام ٢: ٢٨٧/ مختصر النافع: ١٩٣/ قواعد الأحكام ٣: ١٠٠/ تلخيص المرام: ٢١٧/ معالم الدين ٢: ٩٣.

(٢) تقدّم في ص ٣٠٦.

(٣) نهاية المرام ١: ٤٤٦/ كفاية الأحكام ٢: ٢٨١.

(٤) عنه في جواهر الكلام ٢٩: ٢٤٥.

.....

بالحكم، فلو علما بعدم الجواز كانا زانيين، فلا يلحق بهما الولد، ولا عدة عليها منه، ولو جهل أحدهما ثبتت العدّة ولحق به الولد، دون الآخر، وفي التحرير صرح بالاجتزاء بخبر الواحد، وهو محمول على ما ذكرنا ليوافق القوانين الشرعية»[١].

ونحوه المحكي من عبارة شرح النافع، وغيرها[٢].

وظاهره الاجتزاء باعتقاد الحجية غفلة، وإن لم يكن حجة شرعاً، وكان الوطء فيه محرماً، لكون الواطئ من الجاهل المقصر المستحق للعقاب.

ويحتمل الاكتفاء بمطلق عدم العلم بالحرمة، لا واقعاً ولا ظاهراً، بأن كان متردداً ومتنبهاً للسؤال، فلم يسأل وأقدم على الوطء.

وفي الجواهر: أنه لا يخلو من قوة[٣].

وهو ظاهر تعريف المسالك، بناءً على إرادة الأعم من العلم حقيقة أو تعبداً.

فهذه احتمالات، أو أقوال أربعة في الفرق بين الشبهة والزنى، مستفادة من كلمات الأصحاب.

وأما النصوص: ففي موثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا نعي الرجل إلى أهله، أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدّت، ثم تزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن زوجها الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها الأول أو لم يدخل بها،

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ٣٩٢/ تحرير الأحكام ٤: ١٨ ـ ١٩.

(٢) نهاية المرام ١: ٤٤٦/ كفاية الأحكام ٢: ٢٨١.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٢٥٦.

. . . . . .

وليس للآخر أن يتزوجها أبداً، ولها المهر بما استحل من فرجها»[١].

ومصحح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى في رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل، فنكحت امرأته وتزوجت سريته، فولدت كل واحدة من زوجها، ثم جاء الزوج الأول، أو جاء مولى السرية، قال: فقضى في ذلك أن يأخذ الزوج الأول امرأته، ويأخذ السيد سريته وولدها، أو يأخذ عوضاً من ثمنه»[٢].

ومصحح يزيد الكناسي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة تزوجت في عدتها، فقال: إن كانت تزوجت في عدّة طلاق لزوجها عليها الرجعة، فإن عليها الرجم... إلى أن قال: قلت: أرأيت إذا كان منها بجهالة؟ قال: فقال ما من امرأة اليوم من نساء من المسلمين إلا وهي تعلم أن عليها عدة في طلاق أو موت، ولقد كن نساء الجاهلية يعرفن ذلك.

قلت: فإن كانت تعلم أن عليها عدة ولا تدري كم هي؟ فقال: إذا علمت أن عليها العدة لزمتها الحجة، فتسأل حتى تعلم»[٣].

وصحيح أبي عبيدة الحذاء عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن امرأة تزوجت رجلا ولها زوج، فقال عليه السلام: إن كان زوجها الأول مقيماً معها في المصر التي هي فيه تصل إليه ويصل إليها فإن عليها ما على الزاني المحصن الرجم... إلى أن قال: قلت: فإن كانت جاهلة بما صنعت، قال: فقال: أليس هي في دار الهجرة؟ قلت: بلى، قال: ما من امرأة من نساء المسلمين إلا وهي تعلم أن المرأة المسلمة لا يحل

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٧، ب ١٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٦.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

(٣) المصدر السابق ٢٨: ١٢٧، ب ٢٧ ـ حد الزنى ـ حديث: ٢.

. . . . . .

لها أن تتزوج زوجين.

قـــال: ولو أن المرأة إذا فجرت قالـــت: لم أدر، أو جهلت أن الذي فعلت حرام، ولم يقم عليها الحد إذاً لتعطلت الحدود»[1].

لكن الأخير غير ظاهر في وطء الشبهة، وإنما هو ظاهر في دعوى الشبهة وأنها غير مسموعة، لا أنها لو صحت لا تجدي في رفع اليد حتى عن الحد، حتى يكون مما نحن فيه، ونحوه ما قبله.

نعم، ظاهـــر ذيله صحة الدعوى، لكن لا تعرض فيـــه للحد، وإنما فيه تعرض لوجوب السؤال وعدم المعذورية.

اللهم إلا أن يكون المراد أن سماع دعواها لا يستوجب رفع الحد لوجوب السؤال.

لكن على هـــذا التقدير يكون وجوب الحد مختصـــاً بالجاهل المتردد، فلا يشمل الجاهل الغافل، وإن كان مقصراً ومأثوماً.

لكن هذا المصحح يكون نافياً للاحتمال الأخير الذي اختاره في الجواهر، وللاحتمال الأول المنسوب إلى ظاهر المشهور، ولا ينفي الاحتمالين الآخرين.

وأما مصحح محمد بن قيس: فلا يظهر منه أنه وارد في وطء الشـــبهة، بل أخذ مالك السرية للولد من أحكام الزنى، لا من أحكام الشبهة.

وأما موثق زرارة: فمقتضى ما فيه من استحقاق المهر أنه وارد في الشبهة، ومقتضى الجمود على مورد الســـؤال الاجتزاء في الشبهة بمطلق الخبر، ولو مع التردد في حجيته.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٨: ١٢٥، ب ٢٧ ـ حد الزنى ـ حديث: ١.

الزاني بالغاً، أو غير بالغ، وكذا المـزني بها، بل لو أدخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة، على إشـكال(١)، بل لو زنى

لكن المنصرف إلى الذهن من قوله: «فاعتدت» أن الاعتداد كان مبنياً على اعتقاد الحجية غفلة، أو اعتقاد صدق المخبر.

ولو سلم إطلاقه فهو مقيد بمصحح الكناسي المتقدم، بناءً على ظهوره في ثبـوت الحد مع التردد، وتكون نتيجة الجمع بينهما اعتبار عدم التردد في الحجية في ثبوت الشبهة وإن كان الواطئ مقصراً.

فيتم ما ذكره في المسالك وغيرها.

ومن ذلك يتضح وجه بقية النصوص التي ذكرها في الجواهر التي ادعى فيهـا إطلاقها من حيث وجـود الحجة الشرعية وعدمهـا، والتردد في الحجية وعدمه[1]، فإن إطلاقها ـ لو سـلم ـ يكون مقتـضى الجمع بينها وبين مصحح الكناسي اعتبار عدم التردد في الحجية.

والمتحصل مما ذكرنا أمران:

الأول: أن المائز بين وطء الشـبهة وبين الزنى ما ذكر في المسـالك من أن الأول الوطء غير المسـتحق مـع البناء فيه على الاسـتحقاق، ولو كان جاهلاً مقصراً، والثاني ما عداه.

والثاني: أن اللازم ترتيب أحكام الزنى على الزنى بالمعنى المذكور، إلا إذا كان دليل الحكم لا عموم فيه، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

(١) ينشـأ من أن تعريفهم للزنى بأنه: «إيلاج الإنسان ذكره..» ظاهر في

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢٥٠ ـ ٢٥١.

بالميتة فكذلك على إشكال أيضاً(١)، وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتصل(٢)، وأما لو أدخلت الذكر للقطوع فالظاهر عدم النشر(٣).

(مسألة ٣٤): إذا كان الزنى لاحقاً فطلقت الزوجة رجعياً ثم رجع الزوج في أثناء العدة، لم يُعد سابقاً حتى ينشر الحرمة، لأن الرجوع إعادة الزوجية الأولى(٤)، وأما إذا نكحها بعد الخروج

عدم صدق الزنى إذا كان الإيلاج من طرف المرأة.

لكن الظاهر أن القصور في التعريف، وإلا فلا ريب في أنه من الزنى، كما اعترف بذلك كله في الجواهر في كتاب الحدود[١].

ويحتمل أن يكون الإشكال من جهة كون الزاني الرضيع.

وهو أيضاً كما ترى، لما عرفت في صدر المسألة.

(١) ينشأ من ظهور الزنى في الإنسان الحي، فلا يشمل الميت، واستعمال الزنى في الميت مجاز، كاستعماله في غير الإنسان.

(٢) لأن الإشكال يكون من الوجهين السابقين معاً، لكن عرفت أن الإشكال الأول ضعيف، والثاني قوي.

(٣) ينبغي أن يكون من الواضحات.

وكذا لو أدخل صاحب الذكر المقطوع ذكره في فرج امرأة لا يكون زانياً.

(٤) كما تقدَّمت الإشارة إلى ذلك في المسألة السادسة والعشرين[٢].

---

(١) جواهر الكلام ٤١: ٢٦٠.

(٢) في ص ٢٨٣.

عن العدة، أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد، ففي صحة النكاح وعدمها وجهان: من أن الزنى حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أيضاً.

ومن أنه سابق بالنسبة إلى هذا العقد الجديد، والأحوط النشر(١).

(مسألة ٣٥): إذا زوجه رجل امرأة فضولاً فزنى بأمها أو بنتها ثم أجاز العقد فإن قلنا بالكشف الحقيقي، كان الزنى لاحقاً(٢)، وإن قلنا بالكشف الحكمي أو النقل كان سابقاً(٣).

(مسألة ٣٦): إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه(٤)، وكذا العكس على الأقوى فيهما، بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة كما إذا كان للاختبار

---

(١) بل هو الأقوى، كما يقتضيه إطلاق الأدلة، كما عرفت في المسألة الواحدة والعشرين من الفصل السابق[١].

(٢) لتحقق الزوجية على هذا القول قبل الزنى.

(٣) تقدّم الكلام فيه في نظير المقام، وتقدم أنه بناءً على الكشف الانقلابي أيضاً يكون الزنى لاحقاً[٢].

(٤) تقدّم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من هذا الفصل[٣].

---

(١) تقدّم في ص ٢٢٠.

(٢) تقدّم في ص ٢٢٦.

(٣) تقدّم في ص ٢٤٣، وما بعدها.

أو للطبابة أو كان اتفاقياً، بل وإن أوجب شهوة أيضاً(١).

نعم لو لمسها لإثارة الشهوة ـ كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوة ـ فالظاهر النشر(٢).

(مسألة ٣٧): لا تحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الأقوى(٣)، وإن كان الأحوط الاجتناب.

---

(١) كما استظهر في الجواهر[١]، لكنه خلاف النصوص كما تقدم.

(٢) كما لم يستبعده في الجواهر[٢]، لإطلاق النصوص.

(٣) كما في القواعد[٣]، بل هو ظاهر المشهور، حيث اقتصروا على تحريم الأمة المنظورة والملموسة على أب الناظر وابنه، ولم يتعرضوا لتحريم أمها وبنتها عليه.

بل في الشرائع: «ومن نشر به الحرمة قصر التحريم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة، دون أم المنظورة أو الملموسة وبنتيهما»[٤].

نعم، عن أبي علي والشيخ: القول بتحريمهما على الناظر[٥]، ولم يستبعده في الجواهر[٦].

وعن الشيخ: دعوى الإجماع عليه، وهو ممنوع، كما في كشف اللثام[٧].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٧، وتقدّم في ص ٢٤٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٣٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣.

(٥) الخلاف ٤: ٣٠٨ ـ ٣١٠/ وعن أبي علي في مختلف الشيعة ٧: ٦٧.

(٦) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٧.

(٧) كشف اللثام ٧: ١٧٣.

. . . . . .

وقد استدل بالاحتياط، ولكنه غير واجب في مقابل عمومات التحليل.

وبالأخبار فعن النبي صلى الله عليه وآله: «لا ينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها»[١].

وعنه صلى الله عليه وآله: «من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها وبنتها»[٢].

وصحيح محمد بن مسلم: «سئل أحدهما عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فنظر إلى رأسها وإلى بعض جسدها، أيتزوج ابنتها؟ قال: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها»[٣].

وفي كشف اللثام: «ونحوه أخبار أخر»[٤].

وكأنه أراد بها خبر أبي الربيع قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فمكث أياماً معها لا يستطيعها، غير أنه رأى منها ما يحرم على غيره، ثم يطلقها، أيصلح له أن يتزوج ابنتها؟ قال: أيصلح له وقد رأى من أمها ما رأى؟!»[٥]، ونحوه موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام[٦].

لكن النبويين عاميان ضعيفان، والأول قد أنكره المحدثون منهم، كما قيل[٧].

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٧٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٥: ١١٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٠، ب ١٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) كشف اللثام ٧: ١٧٥.

(٥)، (٦) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٠، ب ١٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢، وملحقه.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٧٩، ٢١٢/ وانظر: سنن الدارقطني ٣: ١٨٨/ السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٧٠/ فتح الباري ٩: ١٣٥.

كما أن الأحوط اجتناب الربيبة الملموسة أو المنظورة أمها، وإن كان الأقوى عدمه(١).

ومورده النظر إلى موضع خاص، ولا مجال للأخذ بإطلاقهما.

وصحيح ابن مسلم وما بعده واردة في الزوجة، فلا مجال للاستدلال بها على حكم الأمة.

(١) بل هو ظاهر الأصحاب، حيث اشترطوا في تحريم الربيبة الدخول بأمها، كما يقتضيه ظاهر الكتاب المجيد، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[1].

ولصحيح العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأته، وقبّل، غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها، قال عليه السلام: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها»[2].

نعم، يعارض ذلك صحيح محمد بن مسلم، وموثقه، وخبر أبي الربيع المتقدمة.

لكن الأخيرين غير ظاهرين في الحرمة، والأول يمكن حمله على الكراهة.

لكن في الجواهر قوى التحريم، وناقش في صحيح العيص بأن الموجود في النسخة الصحيحة «باشر امرأة» بدل: «باشر امرأته»، فيكون محمولاً على الأجنبية، فيبقى صحيح محمد بن مسلم المعتضد بغيره من النصوص سالماً عن

(١) سورة النساء: ٢٣.

(٢) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٤١٥/ تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٠، ٣٣٠/ الوافي ٢١: ١٧١/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٦، ٤٦١، ب ١٦، ١٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢، ٣، وقد رواه في بلفظين في موردين، ففي الأول: «باشر امرأة»، وهو الموافق للكافي، والتهذيب في كلا مورديه، وفي الثاني: «باشر امرأته»، وحكاه في الوافي عن نسخ التهذيب وبعض نسخ الكافي، فلاحظ.

.....

المعارض[١].

وفيه: أن ظاهر الكتاب انحصار سبب التحريم بالدخول، فلو كان المس سبباً للتحريم لكان الدخول لغواً، لتقدّم المس عليه دائماً.

وكذلك النظر فإنه متقدم على الدخول غالباً، إلا في الظلام، والأعمى ونحوهما.

فالبناء على محرمية النظر واللمس موجب لإلغاء سببية الدخول، فيكون الصحيح معارضاً للكتاب، فلا مجال للعمل به.

مع أن البناء على إطلاقه غير ممكن.

وتقييده بما يكون عن شهوة، ليس بأولى من حمله على الكراهة.

ولو سلم التساوي، فالمرجع الكتاب والنصوص المتفقة على انحصار سببية التحريم بالدخول لا غير.

هذا مضافاً إلى إعراض الأصحاب عن الصحيح المذكور، وعدم تعرضهم لمضمونه، فضلاً عن الاعتماد عليه.

ولأجل ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الجواهر من كون النظر واللمس يقومان مقام الدخول المتمم لسبب المصاهرة، وهو الملك والعقد[٢]، فكما تحرم أم المملوكة وبنتها بنظر المالك إليها ولمسه، كذلك تحرم أم المعقود عليها وبنتها بنظر العاقد إليها ولمسه.

فقد عرفت الإشكال عليه في المسألتين معاً، فلاحظ.

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٩.

(٢) المصدر السابق ٢٩: ٣٧٨.

بـــل قد يقال: إن اللمس والنظر يقومـــان مقام الوطء في كل مورد يكون الوطء ناشراً للحرمة(١)، فتحرم الأجنبية الملموسة أو المنظورة شبهة أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أمها وبنتها حرة كانت أو أمة، وهو وإن كان أحوط، إلا أن الأقوى خلافه(٢).

وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمة في مملوكة كل من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة(٣).

---

(١) قال في المســالك: «اختلف القائلون بأن الزنى ينشر حرمة المصاهرة في أن النظــر إلى الأجنبية واللمس هل ينشر الحرمــة فتحرم به الأم وإن علت، والبنت وإن نزلت أم لا؟ هكذا نقله فخر الدين في شرحه، ولم نقف على القائل بالتحريم... إلى أن قال: وهو قول ضعيف جداً، لا دليل عليه»[١].

وما ذكره قوي جداً؛ لاختصاص نصوص المحرمية بما إذا وقعا على الوجه الحلال بالأمة، كما عرفت، أو مع التعميم للزوجة، كما سبق من الجواهر[٢].

فلا مجال للتعدي عن ذلك إلى وقوعهما على الوجه الحرام في الأمة ـ كما لو نظر إليها المالك وهي مزوجة ـ فضلاً عن الأجنبية.

(٢) عملاً بأصالة الحل، التي لم يثبت ما يستوجب الخروج عنها.

(٣) عــلى الوجــه المحلل، كما أشرنــا إلى ذلك، وقــوّاه في الجواهر[٣]، لاختصاص النصوص به، فلو نظر إليها المالك كذلك وهي مزوّجة، أو قبل أن يتملكها، ثم تملكها لم تحرم على أبيه، ولا على ابنه.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٠٨/ إيضاح الفوائد ٣: ٦٦.

(٢) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٨.

(مسألة ٣٨): في إيجاب النظر أو اللمس على الوجه والكفين إذا كان بشهوة نظر، والأقوى العدم(١)، وإن كان هو الأحوط.

(مسألة ٣٩): لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح(٢) دواما

---

(١) كما مال إليه في الجواهر[١]، لما سبق في صدر الفصل من اختصاص النصوص بالنظر واللمس المستتبعين لكشف أو تجريد أو نحوهما مما اشتملت عليه النصوص، فلا تشمل مثل ذلك.

وحينئذٍ يتعين الرجوع إلى أصالة الحل.

نعم، تقدّم في الروايات محرمية التقبيل بشهوة، ولا يبعد التعدي إلى غيره من اللمس المتعلق بالوجه، مثل وضع خده على خدها، وقرصها ونحوهما.

فاستثناء الوجه والكفين ينبغي أن يكون مختصاً بالنظر، فتأمل.

(٢) إجماعاً، بل بإجماع علماء الاسلام كافة.

ويشهد له صريح قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾[٢]، والنصوص المستفيضة، بل المتواترة معنى.

ففي صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أختين نكح أحدهما رجل، ثم طلقها وهي حبلى، ثم خطب أختها، فجمعهما قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها، فأمره أن يفارق الأخيرة حتى تضع أختها المطلقة ولدها ثم يخطبها، ويصدقها صداقاً مرتين»[٣]، ونحوه غيره مما تأتي الإشارة إلى بعضه.

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٧، وتقدّم في ص ٢٤٨.

(٢) سورة النساء: ٢٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٦، ب ٢٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

أو متعة(١)، سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين(٢)، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطئهما(٣).

(١) بلا إشكال، لإطلاق الأدلة.

وفي صحيح البزنطي المروي في قرب الإسناد عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن رجل تكون عنده امرأة، يحل له أن يتزوج أختها متعة؟ قال عليه السلام: لا»[١].

وأما ما في خبر منصور الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام «لا بأس بالرجل أن يتمتع أختين»[٢]، فلا بد أن يحمل على صورة التفريق، وإلا فهو مطروح، لمخالفته الأصحاب.

(٢) بلا إشكال، ولا خلاف: ويقتضيه عموم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٣].

وفي صحيح أبي عبيدة قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على أختها من الرضاعة»[٤].

هذا وفي بعض النسخ زيادة: «أو مختلفتين»، والظاهر أنها غلط.

وحمله على بعض المحامل البعيدة لا يظن من المصنف وقوعه، مع عدم تعرضه لشرح ذلك.

(٣) فإذا جمع بينهما في الملك فوطأ إحداهما حرم عليه وطء الأخرى، بلا خلاف، كما في المسالك[٥].

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٧، ب ٢٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٤.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٤٨١، ب ٢٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ٢٠: ٣٧١، ب ١ ـ ما يحرم من الرضاع.

(٤) المصدر السابق ٢٠: ٤٧٦، ب ٢٤ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٢٩٤.

. . . . . .

واتفاقاً، كما في كشف اللثام[١].

وفي الجواهر: الإجماع بقسميه عليه[٢].

ويقتضيه قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ بناءً على إرادة الوطء.

والنصوص، كموثق الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما، ثم يطأ الأخرى بجهالة، قال عليه السلام: إذا وطأ الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً»[٣].

وخبر عبد الغفار الطائي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل كانت عنده أختان فوطأ إحداهما، ثم أراد أن يطأ الأخرى، قال عليه السلام: يخرجها عن ملكه، قلت: إلى من؟ قال عليه السلام: إلى بعض أهله، قلت: فإن جهل ذلك حتى وطأها، قال عليه السلام: حرمتا عليه كلتاهما»[٤]، ونحوهما غيرهما.

وقد يظهر من صحيح علي بن يقطين خلاف ذلك، قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن أختين مملوكتين وجمعهما، قال: تستقيم، ولا أحبه لك»[٥]، وقريب منه غيره.

لكن لا مجال للعمل به بعد الإجماع على خلافه.

---

(١) كشف اللثام ٧: ١٩٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٣، ب ٢٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطء فلا مانع منه(١).

وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بها دون الوطء، بأن لم يطأهما أو وطأ إحداهما واستمتع بالأخرى بما دون الوطء؟ فيه نظر، مقتضى بعض النصوص(٢): الجواز وهو الأقوى، لكن الأحوط العدم.

---

(١) بلا إشكال نصاً وفتوى.

وفي التذكرة والمسالك: الإجماع عليه[١]، والنصوص الماضية والآتية دالة عليه.

(٢) هو خبر عيسى بن عبد الله المروي عن تفسير العياشي قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن أختين مملوكتين ينكح إحداهما، أتحل له الأخرى؟ فقال عليه السلام: ليس ينكح الأخرى إلا فيما دون الفرج، وإن لم يفعل فهو خير له، نظير تلك المرأة تحيض فتحرم على زوجها أن يأتيها في فرجها، لقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾[٢]، وقال: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[٣] يعني: في النكاح، فيستقيم للرجل أن يأتي امرأته وهي حائض فيما دون الفرج»[٤].

لكن الخبر ضعيف، ولا يصلح للخروج به عن ظاهر بعض النصوص والفتاوى من أن الأخت تكون حراماً بوطء أختها، فلاحظ موثق الحلبي المتقدم.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٩٣/ تذكرة الفقهاء ٢: ٦٣٨.

(٢) سورة البقرة: ٢٢٢.

(٣) سورة النساء: ٢٣.

(٤) تفسير العياشي ١: ٢٣٢/ وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٦، ب ٢٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١١.

(مسألة ٤٠): لو تزوج بإحدى الأختين وتملك الأخرى، لا يجوز له وطء المملوكة(١) إلا بعد طلاق المزوجة وخروجها عن

وفي جامع المقاصد: «وإنما يحرم الجمع بينهما (يعني: بين الأختين) في النكاح، لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ والمراد في النكاح، كما يقتضيه سياق الآية، فيتناول العقد والوطء، وكذا توابع الوطء من الاستمتاعات، فمتى وطأ أمته المملوكة حرمت عليه أختها بالملك، فلو كانت الأخت مملوكة له حرم عليه الاستمتاع بها ما دامت الأولى في ملكه، ولا خلاف في ذلك»[١].

وفي المسالك ـ في الاستدلال على تحريم الثانية ـ قال: «ولأن الجمع الحقيقي يمكن بالاستمتاع بما دون الوطء، وإذا حرم ذلك حرم الوطء، لعدم القائل بالفصل»[٢]، ونحوه في كشف اللثام[٣].

ولأجل ذلك يتعين أن يكون الأقوى تحريم سائر الاستمتاعات.

(١) كما نص عليه جماعة، منهم في المسالك، وكشف اللثام، والجواهر[٤]، ويظهر منهم المفروغية منه.

وكأنه بناء منهم على أن الجمع المحرم بين الأختين ما هو أعم من الجمع بالعقد والوطء، فإذا ثبت أحدهما امتنع الآخر.

ومقتضى الجمود على الأدلة اللفظية من الآية والرواية وإن كان الاقتصار على تحريم الجمع بين الأختين بالعقد، وبين المملوكتين بالوطء، وأما الجمع

(١) جامع المقاصد ١٢: ٣٥٠.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣١٦.

(٣) كشف اللثام ٧: ٢٠٣.

(٤) مسالك الأفهام ٧: ٣١٥/ كشف اللثام ٧: ٢٠٦/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٦.

. . . . . .

بينهما بالعقد على إحداهما والوطء للأخرى فخارج عن مدلولهما، ومقتضى عموم الحل الجواز.

إلا أن بناء الأصحاب على تحريم الجمع بالنحو المذكور.

وكأنهم فهموا من التحريم في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...﴾[1] تحريم مطلق الاستمتاع بها على النحو الخاص الذي يكون للرجال مع النساء، لا تحريم العقد.

نعم، تحريم الاستمتاع المذكور يستوجب بطلان عقد الزوجية، لأن قوامها ذلك النحو من الاستمتاع، فإذا حرم امتنعت الزوجية، وهي بخلاف الملكية، فإنها ليست متقوّمة باستمتاع المالك، فلا مانع من اعتبارها وإن حرم الاستمتاع، ولذلك جاز ملك الأختين، ولم يجز تزويج الأختين.

وأما تحريم العقد تكليفاً فغير مستفاد من الآية، بل إن ثبت فلا بد أن يكون لدليل آخر.

وعليه فتحريم الجمع بين الأختين يستوجب تحريم الاستمتاع بهما سواء كان المحلل هو العقد، أم الملك، فإذا عقد على إحداهما حل الاستمتاع بها، فإذا ملك الأخرى حرم الاستمتاع بها، لحرمة الجمع بين الأختين للاستمتاع.

نعم، يبقى الإشكال في تعيين الثانية للتحريم، دون الأولى، مع أن الجمع إنما يكون بهما معاً، ونسبته إليهما على نحو واحد، فلم لا تحرم الأولى وتحل الثانية؟! والتقدم الزماني لا أثر له في الترجيح.

فإن قلت: التقدم الزماني إنما لا يكون له أثر في الترجيح عند تزاحم

(١) سورة النساء: ٢٣.

العدة إن كانت رجعية، فلو وطأها قبل ذلك فعل حراماً، لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك(١).

المقتضيات ـ مثل تزاحم الواجبين كصلاتين، وصومين، وصلاة وصوم، ونحو ذلك ـ لا فيما نحن فيه، إذ الحرام إنما هو الجمع بين الأختين، والجمع إنما يكون بضم الثانية إلى الأولى، فإذا حرم الجمع بين الأختين فقد حرم ضم الثانية إلى الأولى في الاستمتاع، وليس معنى ذلك إلا تحريم الثانية بعينها؛ لأن الجمع إنما يكون بها، لا بالأولى.

قلت: ليس معنى تحريم الجمع بين الأختين إلا تحريم الاستمتاع بهما معاً، وكما أن تحريم الثانية بعينها يتحقق به تحريم الجمع بينهما، كذلك تحريم الأولى بعينها أيضاً يتحقق به تحريم الجمع بينهما، فلا ميز بينهما في ذلك، ولا مرجح لإحداهما على الأخرى.

فإذاً العمدة في تعين الثانية للتحريم هو الاستصحاب؛ لأن تحريم الأولى بعد تملك الثانية رفع للحل السابق، وتحريم الثانية إبقاء للتحريم.

ومقتضى الاستصحاب عند الشك في الترجيح شرعاً هو البناء على بقاء ما كان من تحليل الأولى، وتحريم الثانية، فلاحظ.

(١) كما نص عليه في كشف اللثام، وغيره[١].

وفي الجواهر: «لم تحرم المنكوحة قطعاً»[٢].

وكأنه لقوله ﷺ: «الحرام لا يحرم الحلال»[٣]

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٠٦/ مسالك الأفهام ٧: ٣١٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٦.

(٣) تقدّم هذا المضمون في ص ٢٩٣.

ولا يحدّ حدّ الزنى بوطء المملوكة(١) بل يعزر، فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض.

(مسألة ٤١): لو وطأ إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى فالأظهر بطلان التزويج(٢)، وقد يقال بصحته وحرمة وطء الأولى إلا بعد طلاق الثانية(٣).

---

(١) لاختصاصه بغير العقد، والملك، والشبهة.

فلا يحدّ من وطأ زوجته وإن حرم وطؤها، كالحائض والصائمة، ولا من وطأ أمته وإن حرم وطؤها لحيض أو غيره، ومنه المقام.

ولزوم الحد في وطء الأمة المزوجة للإجماع والنص[١].

ويشير إلى نفي الحد في المقام النصوص الآتية في المسألة الخامسة والأربعين[٢].

(٢) لما عرفت في المسألة السابقة.

(٣) كما عن المبسوط، والخلاف[٣]، والتحرير[٤].

وظاهر المسالك: الميل إليه[٥]، لكون التزويج أقوى من ملك اليمين، لكثرة ما يتعلّق به من الأحكام التي لا تلحق الملك، كالطلاق، والظهار، والإيلاء، والميراث، وغيرها.

وهو كما ترى! إذ الأحكام المذكورة لا تدل على الترجيح فيما نحن فيه،

---

(١) انظر: وسائل الشيعة ٢٨: ٧٩، ب ٨ ـ حد الزنى ـ حديث: ٢، ٧.

(٢) في ص ٣٤٥.

(٣) في المطبوع: المختلف، وما أثبته من الأصل.

(٤) المبسوط ٤: ٢٠٧/ الخلاف ٤: ٣٠٥/ تحرير الأحكام ٣: ٤٦٤.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٣١٥.

(مسألة ٤٢): لو تزوج بإحدى الأختين، ثم تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية(١)،

ولا على رفع اليد عن الاستصحاب الذي قد عرفته.

(١) بلا إشكال، ولا خلاف، كما في الجواهر[١].

وفي كشف اللثام: أنه قطعي[٢].

ويقتضيه ما عرفت من الاستصحاب.

ويشهد له صحيح زرارة بن أعين قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة في العراق، ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي أخت امرأته التي بالعراق، قال عليه السلام: يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها بالشام، ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضي عدة الشامية، قلت: فإن تزوج امرأة، ثم تزوج أمها وهو لا يعلم أنها أمها، قال عليه السلام: قد وضع الله تعالى عنه جهالته بذلك، ثم قال: إن علم إنها أمها فلا يقربها ولا يقرب الابنة حتى تنقضي عدة الأم منه، فإذا انقضت عدة الأم حل له نكاح الابنة»[٣].

نعم، في صحيح ابن مسكان، عن أبي بكر الحضرمي قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل نكح امرأة، ثم أتى أرضاً فنكح أختها ولا يعلم، قال عليه السلام يمسك أيتهما شاء، ويخلي سبيل الأخرى»[٤].

ولكن يتعين طرحه، أو حمله على ما لا ينافي ما سبق، كما عن الشيخ،

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٠.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٩٩.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٨، ب ٢٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

سواء كان بعد وطء الأولى أو قبله(١)، ولا يحرم بذلك وطء الأولى(٢) وإن كان قد دخل بالثانية.

نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولى يكره له وطء الأولى قبل خروج الثانية من العدة(٣)، بل قيل: يحرم(٤)، للنص الصحيح، وهو الأحوط.

فحمله على أنه إذا أراد إمساك الأولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر، وإن أراد إمساك الثانية فليطلق الأولى، ثم ليمسك الثانية بعقد مستأنف[١].

(١) كما نص عليه الجماعة[٢].

ويقتضيه إطلاق النص، والأصل، والفتوى.

(٢) بلا إشكال؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال.

(٣) كما صرح به جماعة[٣]؛ لأن العدة من علائق الزوجية، كما في كشف اللثام[٤].

ولصحيح زرارة المتقدم بعد حمله على الكراهة، بعد إعراض المعظم عنه.

(٤) حكي عن ظاهر نهاية الشيخ، وعن ابني حمزة والبراج[٥]، عملًا منهم بظاهر النص.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٤/ جامع المقاصد ١٢: ٣٤٣/ كشف اللثام ٧: ١٩٩/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٠.

(٢)، (٣) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٩١/ جامع المقاصد ١٢: ٣٤٣/ كشف اللثام ٧: ١٩٩/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٠.

(٤) كشف اللثام ٢: ١٩٧.

(٥) النهاية: ٤٥٤/ الوسيلة: ٢٩٣/ المهذّب ٢: ١٨٤.

(مسألة ٤٣): لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته(١) دون المجهول، وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما(٢)، وكذا وطء إحداهما(٣) إلا بعد طلاقهما(٤) أو طلاق الزوجة الواقعية منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى من العدة(٥) إن كان دخل بها أو بهما.

وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما؟ لا يبعد

---

(١) لأصالة عدم تزويج الأخرى إلى حينه، المتمم لموضوع الصحة، فإن العقد على الأخت إذا كان قد عقد على أختها باطل، وإذا لم يعقد على أختها صحيح، فموضوع الصحة مؤلف من العقد والقيد المذكور، فإذا ثبت القيد بالأصل ثبتت الصحة.

ولا يجري مثل ذلك في مجهول التاريخ، بناءً على التحقيق، كما ذكر في مباحث الخلل في الوضوء من هذا الشرح[1].

(٢) للعلم الإجمالي.

(٣) لوجوب الموافقة القطعية، على ما هو التحقيق.

(٤) يعني: طلاق كل منهما برجاء أنها زوجة، وإلا فالأخرى ليست بزوجة كي تحتاج إلى طلاق.

(٥) لاحتمال إنها زوجة، فلا يجوز تزويج أختها إلا بعد خروجها عن العدة إذا كان دخل بها، وكان الطلاق رجعياً، كما سيأتي.

---

(١) تقدّم في ج ٤ ص ٣١١.

ذلك(١)، لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

(١) كما جزم به في التذكرة[١].

وفي القواعد: أنه أقرب[٢]، وتبعه في كشف اللثام[٣].

لكن في مبحث الولاية فيما إذا عقد الوليان مترتبين ونسي السابق منهما، استشكل في الإلزام بالطلاق بأن الإجبار يوجب وقوعه عن إكراه، وطلاق المكره باطل، وجعل الأقوى فسخ الحاكم[٤].

وأجاب عنه غير واحد: بأن الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراها على واجب، وإلا فهو بمنزلة الاختيار[٥].

ووجوب الطلاق؛ لأنه أحد عدلي الواجب التخييري المستفاد وجوبه من قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾، وقوله تعالى منها ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾[٦]، وقوله تعالى في سورة الطلاق: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ**﴾[٧].

لكن الظاهر من الآيتين الأخيرتين أن المراد من التسريح والفراق ترك الرجوع بها في العدة حتى تنتهي العدة، لا الطلاق.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٩٥.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٥.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٩٩.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ١٧.

(٥) جامع المقاصد ١٢: ١٧٣/ كشف اللثام ٧: ١١٦.

(٦) سورة البقرة: ٢٢٩، ٢٣١.

(٧) سورة الطلاق: الآية ٢.

. . . . . .

وأما الآيــة الأولى: فالظاهر منها ذلك أيضاً، لكن في موثق الحســن بن فضال ـ المروي في الفقيه ـ عن الرضا عليه السلام ـ في حديث ـ: «إن الله عزَّ وجلَّ أذن في الطلاق مرتين، فقال: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ يعني: في التطليقة الثالثة»[1].

وفي رواية العياشي عن أبي عبــد الله عليه السلام: «إن الله تعالى يقول: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَــانِ فَإِمْسَــاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْــرِيحٌ بِإِحْسَــانٍ﴾، والتسريح هــو التطليقة الثالثة»[2]، ونحوها ما رواه العياشي عن أبي بصير[3]، وســماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام[4].

إلا أن ذلــك خلاف ظاهر الآية المذكورة إلى تمامها وما بعدها، وهو قوله تعالى: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَــيْئاً إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ الله فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيــمَا حُدُودَ الله فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ الله فَلاَ تَعْتَدُوهَــا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ الله فَأُولٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ * فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ الله وَتِلْكَ حُدُودُ الله يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ * وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِــكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِــكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا...﴾[5]، فإن الظاهر ـ بعد ملاحظة ما ذكر بتمامه ـ أن المراد من التسريح ترك الرجوع بها، كما هو الظاهر من الآيتين الأخيرتين، والطلاق الثالث يشــار

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٢٤/ وسائل الشيعة ٢٢: ١٢١، ب ٤ ـ أقسام الطلاق ـ حديث: ٧.

(٢) تفسير العياشي ١: ١١٦/ المصدر السابق ـ حديث: ١٠.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ١٢.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ١٣.

(٥) سورة البقرة: ٢٢٩ ـ ٢٣١، وفي المطبوع ـ تبعاً للأصل ـ اضطراب في نقل الآية الكريمة.

. . . . . .

إليه بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ...﴾.

وقد يستدل على وجوب الطلاق بما دل على نفي الحرج والضرر ـ كما في كشف اللثام وغيره ـ فإن بقاء الزوجة على زوجيتها ضرر عليها وحرج[1].

وفيه: أن الضرر أو الحرج ليس من الزوجية، بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه، فدليل نفيهما يقتضي نفي تلك الأحكام.

لكن ليس بناءُ الفقهاء عليه، فلا يجوز الزنى للحرج، ولا يجوز أكل مال الغير للحرج، ولا يجوز شرب الخمر للحرج، فلا يكون الحرج مجوزاً لفعل المحرمات عندهم، وإن كان مجوزاً لترك الواجبات، وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرمات في ذلك غير ظاهر، ومقتضى دليل نفيه نفي التحريم كنفي الوجوب.

ومقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الأختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعاً للحرج، لا وجوب الطلاق على الزوج.

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين الضرر في المقام، وبين الضرر في المعاملة المشتملة على الغبن، فإن الضرر هناك من نفس المعاملة، ومبادلة القليل بالكثير، بخلاف المقام، فإن الضرر هنا يلزم من ثبوت أحكام الزوجية، لا من نفس الزوجية.

ولو سلم فمقتضى ذلك أن يكون للزوجة الخيار في الفسخ، لا وجوب الطلاق على الزوج، كما هو المدعى، ولا سيما بملاحظة أن الطلاق يوجب الضرر على الزوج بنصف المسمى.

---

(١) كشف اللثام ٧: ١١٦/ جامع المقاصد ١٢: ٣٤٤.

وربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه، وعدم إجباره، وأنه يعين بالقرعة(١).

(١) هذا القول لم أقف على قائله.

نعم، في القواعد، فيما لو زوجها الوليان من اثنين واشتبه السابق واللاحق، احتمل القرعة، لكن قال: «ويؤمر من لم تقع له القرعة بالطلاق ويجدد من وقعت له النكاح»[١].

واستدل له في جامع المقاصد وغيره بما قالوه عليهم السلام: «كل أمر مشكل فيه القرعة».

وأشكل عليه في جامع المقاصد: بأن القرعة «لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام، وهي الأنكحة التي تتعلق بها الأنساب، والإرث، والتحريم، والمحرمية»[٢].

وفيه: أن ذلك خلاف إطلاق دليل القرعة.

نعم، ليس بناء الأصحاب على العمل به في موارد الاحتياط كالشبهة المحصورة.

لكن ذلك إذا لم يلزم منه محذور، والمفروض لزومه.

وقد ورد في نصوص القرعة ما تضمّن مشروعيتها فيمن نزا على شاة في قطيع غنم وقد اشتبهت بغيرها[٣]، والمقام نظيره في لزوم الضرر من الاحتياط.

ومن ذلك يظهر توجّه الإشكال على ما في القواعد: بأنه إذا عمل بالقرعة

(١) قواعد الأحكام ٣: ١٧.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ١٧٣ ـ ١٧٤، وتقدّم الكلام في نصوص القرعة في ص ١٤٠، وما بعدها.

(٣) وسائل الشيعة ٢٤: ١٦٩، ب ٣٠ ـ الأطعمة المحرمة ـ حديث: ١.

وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما(١).

ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة وجوب الإنفاق عليهما(٢) ما لم يطلق، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما، وإن كان بعد الدخول فتمامه(٣).

لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لهما، فلكل

لم يكن وجه لأمر من وقعت له بالنكاح، وأمر من لم تقع له بالطلاق، فإن ذلك خلاف مقتضى القرعة.

اللهم إلا أن تكون القرعة لتعيين من يؤمر بالطلاق أو النكاح، لا لتعيين الزوجة.

وهو كما ترى! إذ لا دليل على هذا الأمر، ليستخرج مورده بالقرعة، بل أمر كل منهما بالطلاق أولى من أمر أحدهما به، وأمر الآخر بالنكاح.

(١) هذا اختاره في القواعد في تزويج وليي المرأة من رجلين مع اشتباه السابق، وتبعه في جامع المقاصد؛ لأن فيه دفع الضرر مع السلامة من ارتكاب الإجبار في الطلاق[1].

وفيه: أن هذا المقدار لا يقتضي ولاية الحاكم على ذلك، بل الأولى من ذلك ولايتها على الفسخ، نظير المعاملة الغبنية.

(٢) لكن لزوم الضرر المالي من الاحتياط يوجب ارتفاعه، وحينئذٍ يتعين الرجوع إلى القرعة في تعيين المستحق للنفقة.

(٣) عملاً بالعلم الإجمالي، لكن عرفت إشكاله.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ١٧/ جامع المقاصد ١٢: ١٧٣.

منهما الربع في صورة عـــدم الدخول(١)، وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول، والمسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الاجمالي في الماليات.

---

(١) قال في القواعد: «فإن اشـتبه السـابق منع منهما، والأقرب إلزامه بطلاقهما، فيثبت لهما ربع المهرين، مع اتفاقهما واختلافهما على إشكال»[1].

ويحتمل أن قوله: «على إشـكال...» راجع إلى أصـل الحكم بقرينة قوله ـ بعد ذلك ـ: «ويحتمل القرعة في مستحق المهر».

ويحتمـل أن يكون راجعـاً إلى صورة اختلاف المهريـن؛ لأنه مع اتفاق المهرين جنسـاً وقدراً ووصفاً يكون ربع مجمـوع المهرين عين نصف أحدهما، فيكون تقسيمه على الأختين عملاً بقاعدة العدل والإنصاف.

أما مع الاختلاف فالواجب نصف أحدهما، وهو مخالف لربع مجموعهما، فإيجاب الربع عليه يوجب إسقاط الواجب وإيجاب غيره.

اللهـم إلا أن تكون قاعدة العدل والإنصاف مبنيّـة على ذلك، فكما أنه مع الاتفاق يلزم حرمان المسـتحق؛ لعدم المرجح مع التردد، فكذلك في صورة الاختلاف يلزم مع ذلك إعطاء غير الواجب؛ لعدم المرجح.

فعدم المرجـح الموجب للحرمان مع الاتفاق هـو الموجب لإعطاء غير الواجب أيضاً.

هذا ولأجل أن قاعدة العدل والإنصاف لا دليل ظاهر عليها إلا ما يترائى من كلام غير واحد من حكم العقل بذلك؛ لعدم المرجح، وقد يشير إليه التعبير عنها بقاعدة العدل والانصاف.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٥.

. . . . . .

أو من جهة النصوص الواردة في الموارد المتعددة، المتضمنة للتنصيف.

والأول غير ظاهر، فإن عدم المرجح كما يقتضي جواز التنصيف، يقتضي التخيير، نظير ما ذكروه في مسألة الدوران بين الوجوب والحرمة، من أن التخيير استمراري، وأن حكم العقل بالتخيير ابتداء بعينه يقتضي التخيير ثانياً، وأنه لا فرق في نظر العقل بين احتمال الموافقة المقرون باحتمال المخالفة، وبين القطع بالمخالفة المقرون بالقطع بالموافقة.

ففي المقام تخصيص أحد الشخصين بتمام المال يوجب الموافقة الاحتمالية المقرونة بالمخالفة الاحتمالية، والتوزيع يوجب الموافقة القطعية المقرونة بالمخالفة القطعية، ولا فرق بينهما في نظر العقل.

والثاني ـ أيضاً ـ غير ظاهر، لأن ما ورد ـ مثل رواية عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال: أما الذي قال: هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له، وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما»[1].

ورواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه: «في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر دينار، فضاع دينار منهما. فقال عليه السلام: يعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويقسم الآخر بينهما نصفين»[2].

ورواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين اختصما في دابة

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٥٠، ب ٩ ـ الصلح ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ١٨: ٤٥٢، ب ١٢ ـ الصلح ـ حديث: ١.

. . . . . .

في أيديهـــما... إلى أن قال: فقيل له: فلو لم تكـــن في يد واحد منهما، وأقاما البينة. فقال: أحلفهـــما، فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتهـــا للحالف. فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين»[١].

ورواية غياث بن إبراهيم: «لـــو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»[٢]، ونحوهما رواية تميم بن طرفة[٣].

ورواية يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام: «في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة. قال: ما كان من متاع النســـاء فهو للمرأة، وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما»[٤].

ورواية رفاعة: «وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما»[٥].

ورواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «في رجل أقر عند موته لفلان وفلان، لأحدهمـــا عندي ألف درهم، ثم مات عـــلى تلك الحال، فقال عـــلي عليه السلام: أيهما أقام البينة فلـــه المال، وإن لم يقم واحد منهـــما البينة فالمال بينهما نصفان»[٦] ـ في المـــوارد الخاصة المذكورة في كتاب الصلح، وفي كتاب القضاء، وغيرهما، لا يمكن التعدي من مورده إلى غيره، وليس فيه إشارة إلى قاعدة كلية.

مع ثبـــوت خلافها في بعض مواردها، وفي موارد أخرى، كما يظهر ذلك

---

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠، ب ١٢ ـ كيفية القضاء ـ حديث: ٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٤) المصدر السابق ٢٦: ٢١٦، ب ٨ ـ ميراث الأزواج ـ حديث: ٣.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٦) المصدر السابق ١٩: ٣٢٣، ب ٢٥ ـ أحكام الوصايا ـ حديث: ١.

(مسألة ٤٤): لو اقترن عقد الأختين ـ بأن تزوجهما بصيغة واحدة، أو عقد على إحداهما ووكيله على الأخرى في زمان واحد ـ بطلا معاً(١).

من ملاحظة مواردها، وباب إرث الغرقى والمهدوم عليهم، فالبناء عليها غير ظاهر.

ولأجل ذلك يتعين الرجوع إلى القرعة ـ كما احتمله في القواعد، وجعله في جامع المقاصد وكشف اللثام: أقوى، وفي الجواهر: لعله الأقوى[١] ـ عملًا بعموم أدلتها.

ثم إنه لو بني على التوزيع فلا بد من ملاحظة النسبة بين المهرين فإذا كان مهر إحداهما عشرة، ومهر الثانية ثلاثين، وبني على توزيع ربع المهرين كان اللازم إعطاء الأولى اثنين ونصفاً وإعطاء الثانية سبعة ونصفاً، لا توزيع ربع الأربعين بينهما بالسوية، يظهر ذلك بالتأمل.

(١) كما نسب إلى المبسوط، وابني حمزة وإدريس[٢]، بل إلى أكثر المتأخرين أيضاً[٣].

واختاره في الشرائع[٤]، لبطلان العقد بالنسبة إليهما معاً اتفاقاً، فصحته بالنسبة إلى إحداهما بعينها ترجيح بغير مرجح.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٥/ جامع المقاصد ١٢: ٣٤٦/ كشف اللثام ٧: ٢٠٠/ جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٣.

(٢) المبسوط ٤: ٢٠٦/ الوسيلة: ٢٩٢/ السرائر الحاوي ٢: ٥٢٢

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٣١٣..

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤.

وربما يقال: بكونه مخيراً في اختيار أيهما شـــاء(١)، لرواية(٢)

(١) نسب في الجواهر ذلك إلى الشيخ وأتباعه[١].

وفي كشف اللثام: إلى النهاية، والمهذب، والجامع، والمختلف[٢].

(٢) يريد بها صحيحة جميل، المرويـــة في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة، قال عليه السلام: يمســـك أيتهما شـــاء ويخلي سبيل الأخرى.

وقال: في رجل تزوج خمســـاً في عقدة واحدة، قال عليه السلام: يخلي سبيل أيتهن شاء»[٣].

وفي الشرائع رمى الرواية بالضعف[٤].

وهو كما ذكر على رواية الكافي[٥]؛ للارســـال، لأنها رواها عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام.

وعلى رواية التهذيب[٦]؛ لذلـــك أيضاً، ولأن في طريقه إلى جميل علي بن السندي وهو مجهول.

لكن عرفـــت رواية الفقيه لها بطريق صحيـــح، ومقتضى القاعدة الأخذ وتخصيص القاعدة بها.

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٨٤.

(٢) كشـــف اللثام ٧: ٢٠٢/ النهايـــة: ٤٥٤/ المهذّب ٢: ١٨٤/ الجامـــع للشرائع: ٤٢٩/ مختلف الشيعة ٧: ٦٨ ـ ٦٩.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٦٥/ وسائل الشيعة، ب ٢٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤.

(٥) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٤٢١.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٥.

محمولة على التخيير بعقد جديد(١) ولو تزوجهما وشك في السبق والاقتران حكم ببطلانهما أيضاً(٢).

---

(١) هذا الحمل لا دليل عليه، ولا داعي إليه، إذ لا مانع من تخصيص القواعد العامة، بل قد اشتهر ذلك حتى قيل: «ما من عام إلا وقد خص».

وفي كشف اللثام: «إن الخبر وإن كان صحيحاً، لكنه ليس نصاً في المدعى؛ لاحتمال أن يراد يمسك أيتهما شاء بتجديد العقد، فحينئذٍ لا يكون الخيار معيناً»[1].

وهو كما ترى! إذ لا يعتبر في المخصص أن يكون نصاً، بل يكفي في تخصيصه للقواعد أن يكون ظاهراً، فإن الظاهر حجة كالنص.

(٢) لعدم إمكان إحراز السبق بالأصل، وإن كان بمعنى عدم سبق العقد على الأخت ولا مقارنته، لأن الأصل المثبت لذلك متعارض فيهما، فإن كل واحد منهما يصح أن يقال: العقد عليها لم يكن مسبوقاً بالعقد على أختها، ولا مقارناً له.

وأصالة صحة العقد بالنسبة إلى كل واحد منهما أيضاً متعارضة.

فيتعين الرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر فيهما معاً.

هذا إذا كان الشك في السبق والاقتران بالنسبة إلى كل منهما، أما إذا كان بالنسبة إلى واحدة منها بعينها، دون الأخرى، بأن تردد في العقد على هند بين كونه سابقاً ومقارناً، وفي عقد زينب بين أن يكون لاحقاً ومقارناً.

فقد علم ببطلان العقد على زينب، إما لمقارنته، أو للحوقه، فلا يكون مجرى للأصول الموضوعية والحكمية، فلا مانع من جريانها بالنسبة إلى عقد

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٠٣.

(مسألة ٤٥): لو كان عنده أختان مملوكتان فوطأ إحداهما حرمت عليه الأخرى(١) حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملكه(٢) ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما، ولو بأن يهبها من ولده.

والظاهر كفاية التمليك الذي له فيه الخيار(٣)، وإن كان الأحوط اعتبار لزومه.

هند، فيقال: إنه لم يسبق بالعقد على الأخت، ولم يقترن به.

كما يقال: إنه صحيح؛ لأصالة الصحة.

(١) إجماعاً كما تقدَّم في المسألة التاسعة والثلاثين[١].

(٢) فتحل حينئذٍ بلا إشكال، ولا خلاف، ويقتضيه عمومات الحل بعد انتفاء صدق الجمع بين الأختين.

مضافاً إلى صحيح عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا كانت عند الرجل الأختان المملوكتان، فنكح إحداهما، ثم بدا له في الثانية فنكحها، فليس ينبغي له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى من ملكه، يهبها، أو يبيعها، فإن وهبها لولده يجزيه»[٢]، ونحوه ما تقدم في خبر الطائي[٣].

(٣) لإطلاق الأدلة.

لكن في القواعد: «وفي اشتراط اللزوم إشكال»[٤].

وفي التذكرة: «ولو باع بشرط الخيار فكل موضع يجوز للبائع الوطء لا

---

(١) تقدّم في ص ٣٢٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٢، ب ٢٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٣) تقدّم في ص ٣٢٥.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٣٥.

ولا يكفي ـ على الأقوى ـ ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية(١)، كالتزويج للغير، والرهن، والكتابة، ونذر عدم المقاربة، ونحوها.

تحل فيه الثانية»[١].

وكأن ذلك من جهة دعوى ظهور النص في الخروج عن الملك على وجه يستوجب حرمة الوطء، ومع عدم اللزوم يحل الوطء.

وفيه: أن الحل إنما يكون بالفسخ، لا بلا واسطة، كما أنه مع اللزوم أيضاً يحل الوطء بالشراء، أو الاستيهاب، أو الاستحلال، مع التمكن من ذلك، بلا فرق بين المقامين، فاللازم عدم الفرق بينهما في حل الثانية.

(١) قال في القواعد: «وفي الاكتفاء بالتزويج، أو الرهن، أو الكتابة إشكال»[٢].

وفي التذكرة: يكفي التزويج؛ «لأن التحريم يحصل به، فإن رهنها لم تحل الأخت؛ لأن منعه من وطئها لحق المرتهن، لا لتحريمها، ولهذا تحل بإذن المرتهن في وطئها، ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه.

ولو حرّم إحداهما باليمين على نفسه لم تبح الأخرى؛ لأن هذا لا يحرّمها، وإنما هو يمين مكفر... إلى أن قال: ولو كاتب إحداهما حلّت له الأخرى، وهو قول الشافعية؛ لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه، فأشبه التزويج»[٣].

وفيه: أن المستفاد من الأدلة أن التحليل إنما يكون بالخروج عن الملك،

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٠٩.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٠٨.

ولو وطأها من غير إخـــراج للأولى لم يكن زنى(١)، فلا يحد ويلحق به الولد(٢)، نعم يعزر.

(مسألة ٤٦): إذا وطأ الثانية بعد وطء الأولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم(٣).

وهو غير حاصل في الفروض المذكورة.

مع أن المناقشة في التعليلات المذكورة ظاهرة.

(١) لما تقدَّم في المسألة التاسعة والثلاثين[١].

(٢) لأنه فراش، إذ المراد منه ما يقابل العاهر، وهو الزاني.

(٣) أما حرمة الثانية: فلما تقدم.

وقـــد عرفت أنه لا إشـــكال فيها، وإن كان قد يظهر ممـــا في الشرائع من قولـــه: «أما إذا وطأها (يعني: الثانية) قيل: حرمت الأولى حتى تخرج الثانية عن ملكه»[٢]، وجود القائل بحلية الثانية بعد وطئها، واختصاص التحريم بالأولى.

لكن في المســـالك: لم نعرف قائله، ولا من نقله، غير المصنف[٣]، ونحوه في الجواهر[٤].

وربما يســـتدل لـــه بخبر معاوية بن عمار قال: «ســـألت أبـــا عبد الله عليه السلام عن رجـــل كانت عنده جاريتان أختان، فوطأ إحداهمـــا ثم بدا له في الأخرى، قال عليه السلام: يعتزل هذه ويطأ الأخرى، قلت: فإنه تنبعث نفســـه للأولى، قال عليه السلام:

(١) بل في المسألة الأربعين في ص ٣٣٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٣٢١.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٧.

وحينئذٍ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانية مطلقاً(١)، وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها(٢).

لا يقربها حتى تخرج تلك من ملكه»[١].

لكنه لا يدل على ذلك، وإنما يدل على حلية الثانية بمجرد الاعتزال عن الأولى، الذي قد عرفت أنه خلاف النص، والفتوى، بل الإجماع.

وأما حرمة الأولى بعد وطء الثانية: فيشهد به خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث ـ قال: «سألته عن رجل عنده أختان مملوكتان فوطأ إحداهما، ثم وطأ الأخرى، فقال عليه السلام: إذا وطأ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أرأيت إن باعها؟ فقال عليه السلام: إن كان إنما يبيعها لحاجة، ولا يخطر على باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا»[٢].

ونحوه مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام[٣]، وموثق علي بن أبي حمزة عن أبي إبراهيم[٤]، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام[٥].

وفي صحيح الحلبي التصريح بحرمتهما جميعاً بعد وطء الثانية عمداً.

(١) كما سبق في المسألة السابقة.

(٢) للإطلاق.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٢، ب ٢٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٩.

(٣) المصدر السابق ـ ملحقا حديث: ٩.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ١٠.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٧.

وإن أخرج الثانية عن ملكه يشترط في حلية الأولى أن يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلى الأولى(١)، وإلا لم تحل.

وأما في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً فلا يبعد بقاء الأولى على حليتها والثانية على حرمتها(٢).

---

(١) كما عرفت التقييد به من النصوص.

(٢) كما حكاه في الشرائع قولاً لبعض[١]، أخذاً بظاهر صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما، ثم يطأ الأخرى بجهالة، قال عليه السلام: إذا وطأ الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً»[٢].

ولا ينافي ذلك ما في خبر عبد الغفار الطائي، فإن ما فيه من قوله: «قلت: فإن جهل ذلك حتى وطئها (يعني: الثانية)، قال عليه السلام: حرمتا عليه كلتاهما»[٣]، ظاهر في حرمة الأولى مع وطء الثانية جهلاً؛ لامكان الجمع بالحمل على الكراهة.

وهو أقرب مما ذكره في الجواهر من حمل صحيح الحلبي على أن المراد أنه لم تحرم عليه الأولى في حال الجهل كما تحرم في حال العلم، فإنه في حال العلم لا ترتفع الحرمة إلا بإخراج الثانية عن الملك لا بقصد الرجوع إلى الأولى، أما في حال الجهل فيكفي خروج الثانية عن الملك ولو بقصد الرجوع إلى الأولى، وتحل الأولى بذلك[٤].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٣، ب ٢٩ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٥.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٣٩١.

. . . . . .

بل هو بعيد جداً وليس من الجمع العرفي أصلاً، وإن حكي عن النهاية[١]، وتبعه عليه في المختلف، وجامع المقاصد، وغيرهما[٢].

فلو فرض تعين الجمع المذكور بينهما فاللازم إجراء حكم التعارض، والترجيح للصحيح، بل في حجية خبر الطائي في نفسه إشكال؛ لضعفه.

ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الشرائع[٣]، ونسبه في المسالك إلى أكثر المتأخرين[٤]، بل هو ظاهر المبسوط من أن الثانية تحرم على التقديرين ـ أي: العلم والجهل ـ دون الأولى، فإنها تبقى على الحل[٥].

فإنه مخالف لجميع النصوص على اختلاف مفادها.

وأما الأصل واختصاص أدلة المنع من الجمع بين الأختين بالأخيرة، وقاعدة: «الحرام لا يحرم الحلال» فلا تصلح لمعارضة النصوص المعتبرة سنداً، ودلالة، ولا يستوجب طرحها.

وقريب منه في الضعف التفصيل بين وطء الثانية جهلاً فلا تحرم الأولى، ووطئها عمداً فتحرم الأولى، ولكن تحل بخروج الثانية عن الملك، ولو بقصد الرجوع إلى الأولى[٦].

---

(١) النهاية: ٤٥٥.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٧٢/ جامع المقاصد ١٢: ٣٥٣ ـ ٣٥٥/ المهذب ٢: ١٨٥/ الجامع للشرائع: ٤٣٠/ إيضاح الفوائد ٣: ٨٧/ غاية المراد ٣: ١٦٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤.

(٤) مسالك الأفهام ٧: ٣١٧.

(٥) المبسوط ٤: ٢٠٧.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

. . . . . .

فإنــه وإن كان موافقاً لبعــض النصوص، لكنه مخالــف لبعضها الآخر الصريــح في تقييد حل الأولى بخــروج الثانية عن الملك بــما إذا لم يكن بقصد الرجوع إلى الأولى.

والمتحصل: أن الأقوال في وطء الثانية بعد وطء الأولى خمسة:

الأولى: حرمة الثانية دون الأولى، اختاره في الشرائع والقواعد وغيرهما.

الثاني: حرمة الأولى دون الثانية، على ما حكاه في الشرائع قولاً.

الثالث: حرمة الأولى مع العلم، ولا تحل إلا بإخراج الثانية عن الملك لا بقصد العود إلى الأولى، ومع الجهل لا تحرم الأولى، كما حكاه في الشرائع قولاً، وحكاه في كشف اللثام عن ابن حمزة، وجعله أقوى من قول الشيخ[1].

وهو الذي اختاره في المتن.

الرابع: القول المذكور بعينــه، لكن مع الجهل تحرم الأولى وتحل بإخراج الثانية عن ملكه، ولو بنية العود إلى الأولى، اختاره في النهاية، وتبعه عليه جماعة، منهم صاحب الجواهر.

الخامس: أنه إن كان عالماً حرمت عليه الأولى حتى تخرج الثانية عن ملكه مطلقاً، وإن كان جاهلاً لم تحرم.

وهذا القول حكاه في التهذيب قولاً[2]، ولم يعرف قائله.

ومن ذلك يظهر أن الأقوال في التفصيل بين العلم والجهل ثلاثة.

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٠٥/ الوسيلة: ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٨ ـ ٢٩٠، لم يحكه قولاً، بل ظاهره تبنيه، إذ استدل عليه ـ وبكلا شقيه ـ بالأخبار، فلاحظ.

وإن كان الأحوط عدم حلية الأولى إلا باخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع إلى الأولى(١)، وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم(٢).

(مسألة ٤٧): لو كانت الأختان كلتاهما، أو إحداهما، من الزنى فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما(٣) في النكاح، والوطء إذا كانتا مملوكتين.

والمتحصل من الأدلة هو القول الثالث، المختار في المتن.

أما القولان الأولان: فهما منافيان لجميع النصوص المشتملة على التفصيل بين العلم والجهل، وللنصوص المتضمنة أنه إذا وطأ الثانية حرمتا جميعاً.

وأما الرابع: فمنافٍ لنصوص التفصيل بين العلم والجهل، والحرمة في الأول والحل في الثاني، من دون وجه ظاهر، غير خبر الطائي الذي هو مع ضعف سنده، يمكن الجمع بينه وبينهما بالحمل على الكراهة.

وأما الخامس: فمنافٍ لخبر الكناني وما بمضمونه من النصوص الكثيرة، من دون وجه ظاهر، فلاحظ.

(١) كما يقتضيه إطلاق القول الثاني والرابع.

(٢) يعني: فلا تحل الأولى إلا بإخراج الثانية عن ملكه لا بقصد الرجوع إلى الأولى، لكن هذا الاحتمال لا قائل به.

(٣) وإن كان خلاف المتسالم عليه عندهم من نفي النسب بالزنى، كما يقتضيه قوله صلى الله عليه وآله: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»[1].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٧٤، ب ٨ ـ ميراث ولد الملاعنة ـ حديث: ١، ٤.

(مسألة ٤٨): إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العدة(١).

فإن الظاهر منه أنه وارد في مقام بيان الحكم الواقعي من نفي النسب عن العاهر واقعاً.

ويشير إليه ما في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: «أيما رجل وقع على وليدة قوم حراماً، ثم اشتراها، فادعى ولدها، فإنه لا يورث منه شيء، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الولد للفراش، وللعاهر الحجر، ولا يورث ولد الزنى، إلا رجل يدعي ابن وليدته»[١].

فإن قوله: «ولا يورث ولد الزنى» كالصريح في ولد الزنى الواقعي، ونحوه غيره.

لكن المستفاد من بعض الروايات، ومن مذاق الشرع الأقدس: أن حرمة النكاح والوطء تابعة للنسب العرفي، فلاحظ ما ورد في الاستنكار لأن يكون أولاد آدم قد تزوجوا أخواتهم[٢]، وأن تحريم النكاح من الأحكام الإنسانية، لا من الأحكام الشرعية تعبداً.

(١) بلا خلاف، كما في الجواهر[٣]، لأنها بمنزلة الزوجة.

ويقتضيه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته، أيحل له أن يخطب أختها قبل أن تنقضي عدتها؟ قال: إذا برئت عصمتها منه ولم يكن له عليها رجعة فقد حلَّ له أن يخطب أختها»[٤].

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٩٣، ب ٧٤ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢٠: ٣٦٤، ب ٣ ـ ما يحرم بالنسب.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٩.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨١، ب ٢٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

وأمـــا إذا كان بائنا بـــأن كان قبل الدخـــول، أو ثالثا أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب، أو بالخلع، أو المباراة جاز له نكاح الأخرى(١).

والظاهر عدم صحـــة رجوع الزوجة في البـــذل بعد تزويج أختها(٢)، كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله.

نعم لو كان عنده إحدى الأختـــين بعقد الانقطاع وانقضت المـــدة لا يجوز له ـ على الأحوط ـ نكاح أختها في عدتها، وإن كانت بائنة، للنص الصحيح(٣).

وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل طلق امرأته وهي حبلى، أيتزوج أختها قبل أن تضع؟ قال عليه السلام: لا يتزوجها حتى يخلو أجلها (بطنها. خ. ل)»[1]، بناءً على حمله على الطلاق الرجعي، جمعا بينه وبين ما قبله.

(١) بلا خلاف ظاهر، ويقتضيه خبر الكناني المتقدم.

مضافاً إلى عمومات الحل بعد عدم كونه جمعاً بين الأختين.

(٢) لما يســـتفاد من نصوص جواز رجوع المختلعة بالبذل من كونه أشبه بالمعاوضـــة بينه وبين رجوع الزوج بهـــا، فإذا تعذر الثـــاني ـ للزوم الجمع بين الأختين أو نحو ذلك من موانع الرجوع ـ تعذر الأول أيضاً.

(٣) وهو ما رواه في التهذيب بإسناده عن الحسين بن سعيد قال: «قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحســـن الرضا عليه السلام: الرجل يتزوج المـــرأة متعة إلى أجل مســـمى، فينقضي الأجل بينهما، هل يحل لـــه أن ينكح أختها من قبل أن تنقضي

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨١، ب ٢٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

والظاهـــر أنه كذلـــك إذا وهب مدتهـــا(١)، وإن كان مورد النص انقضاء المدة.

(مسألة ٤٩): إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدة اســـتبراء الأولى، وكذا إذا وطأها شبهة جاز له نكاح أختها

عدتهـــا؟ فكتب عليه السلام: لا يحل له أن يتزوجها حتى تنقـــضي عدتها»[١]، ونحوه ما رواه في الفقيه أيضاً عن علي بـــن أبي حمزة[٢]، وما رواه في الكافي عن يونس[٣]، وما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره[٤].

وعن نهاية المرام: أن العمل به متعين[٥].

لكن في السرائر: «وهي رواية شـــاذة، مخالفة لأصول المذهب لا يلتفت إليها ولا يجوز التعريج عليها»[٦].

ولأجل ذلك توقف في المتن عن الفتوى بمضمونها.

بـــل إعراض الأصحاب عنها موجب لســـقوطها على الحجية، فلا مجال للخروج عن القواعد المقتضية للجواز.

(١) لأجـــل أن المفهوم عرفاً: أن موضوع الحكـــم العدة الموجبة للعلقة، وليس لانقضاء الأجل خصوصية في ذلك.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٧/ وســـائل الشـــيعة ٢٠: ٤٨٠، ب ٢٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ ملحق حديث: ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٩٥/ المصدر السابق ـ ملحق حديث: ١.

(٣) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٤٣١/ المصدر السابق ـ حديث: ١.

(٤) النوادر للأشعري: ١٢٥/ المصدر السابق ملحق حديث: ١.

(٥) نهاية المرام ١: ١٨٠.

(٦) السرائر الحاوي ٢: ٥٣٧.

في عدتها، لأنها بائنة، نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العدة(١)، خصوصاً في صورة كون الشبهة من طرفه والزنى من طرفها، من جهة الخبر(٢) الوارد في تدليس الأخت التي نامت في فراش أختها بعد لبسها لباسها.

---

(١) كأن الوجه في الاحتياط المذكور الخبر الآتي بناءً على عدم فهم خصوصية مورده.

(٢) وهو صحيح بريد العجلي، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فزفتها إليه أختها، وكانت أكبر منها، فأدخلت منزل زوجها ليلاً، فعمدت إلى ثياب امرأته فنزعتها منها، ولبستها، ثم قعدت في حجلة أختها ونحّت امرأته، وأطفأت المصباح، واستحيت الجارية أن تتكلم، فدخل الزوج الحجلة فواقعها، وهو يظن أنها امرأته التي تزوجها، فلما أن أصبح الرجل قامت إليه امرأته، فقالت: أنا امرأتك فلانة التي تزوجت، وأن أختي مكرت بي فأخذت ثيابي فلبستها، وقعدت في الحجلة، ونحتني، فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر.

فقال: أرى أن لا مهر للتي دلست نفسها، وأرى أن عليها الحد لما فعلت، حد الزاني غير محصن، ولا يقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضي عدة التي دلست نفسها، فإذا انقضت عدتها ضم إليه امرأته»[1].

وهذا الصحيح نظير ما قبله يظهر من الأصحاب إعراضهم عنه، لعدم تعرضهم لمضمونه، فالعمل به غير ظاهر.

مع أن مورده وطء الزوجة قبل خروج أختها الموطوءة شبهة من عدتها،

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٢، ب ٩ ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ١.

(مسألة ٥٠): الأقوى جواز الجمع بين فاطميتين(١) على كراهة، وذهب جماعة من الأخبارية إلى الحرمة والبطلان بالنسبة إلى الثانية(٢).

وهو غير ما نحن فيه.

اللهم إلا أن يستفاد منه حكم ما نحن فيه، لعدم الفرق.

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب، بل ظاهرهم الاتفاق عليه.

وفي الجواهر: «لم أجد أحداً من قدماء الأصحاب ولا متأخريهم ذكر ذلك في المكروهات، فضلاً عن المحرمات المحصورة ـ في ظاهر بعض، وصريح آخر ـ في غيره»[١].

وقال في الحدائق: «هذه المسألة لم يحدث فيها الكلام إلا في الأعصار الأخيرة، وإلا فكلام المتقدمين من أصحابنا رضوان الله عليهم والمتأخرين خال من ذكرها والتعرض لها.

وقد اختلف فيها الكلام وكثر النقض والإبرام بين علماء عصرنا، ومن تقدمه قليلاً، فما بين من جزم بالتحريم، ومن جزم بالحل، ومن توقف في ذلك»[٢].

(٢) يظهر ذلك من الحدائق، حيث قال: «والتحقيق: أن هذه المسألة مثل مسألة الجمع بين الأختين حذو النعل بالنعل، وحينئذٍ فالمخرج منها هنا كما تقدم ثمة، وهو أن يفارق الثانية، وإن طلقها فهو أولى»[٣].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٢٩.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٤٢.

(٣) المصدر السابق ٢٣: ٥٥٩.

ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان، فالأحوط الترك(١).

ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانية أو طلاق الأولى وتجديد العقد على الثانية بعد خروج الأولى عن العدة، وإن كان الأظهر على القول بالحرمة عدم البطلان لأنها تكليفية، فلا تدل على الفساد(٢).

ثـــم الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع

ولم أعرف من وافقه على ذلك.

(١) يظهر ذلك من الشيخ جعفر بن كمال الدين، ولم يتحقق لدي موافق على ذلك.

نعم، نســـب إلى الشيخ ســـليمان البحراني، فقد حكي عنه أنه أمر رجلاً بطلاق إحدى نســـائه، وكانت عنده فاطميتان، ونسب إليه أيضاً التوقف، كما نسب إلى الحر العاملي[1].

وهو ظاهر الوســـائل، حيث قال: «باب حكم الجمع بين اثنتين من ولد فاطمة عليها السلام»[2].

وكيـــف كان، فالقائل بالحرمـــة والبطلان، أو بالحرمـــة فقط، نادر من الأخباريين، ونسبته إلى جماعة منهم غير ظاهرة.

(٢) أمـــا أنها تكليفية عـــلى تقديرها: فلأجل التعليل في الخبر بالمشـــقة، المحمولة على الإيذاء المحرم.

لا لأجل القصور في موضوع العقد، لتدل على الفساد.

---

(١) حكاه وجميع ما قبله في الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٤٣ ـ ٥٤٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٣.

بينهما فاطمياً أو لا(١).

كما أن الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجري في المنتسب إليها ـ صلوات الله عليها ـ من طرف الأم(٢)، خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدات العاليات.

وكيف كان، فالأقوى عدم الحرمة، وإن كان النص الوارد في المنع صحيحاً، على ما رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حماد(٣)

---

(١) لإطلاق النص الآتي.

(٢) هذا يتم لو كان موضوع المنع الفاطميتين، لكن الموضوع من كان من ولد فاطمة، وهو يصدق على من تولد منها، ولو من البنات، كما ذكره في الجواهر[١]، وجعله من جملة وجوه الإشكال في الخبر؛ لأنه لا يخلو منه كثير من الناس، بل أكثر الناس.

ولعله لذلك خص المصنف رحمه الله الحكم بغيره.

(٣) رواه عن محمد بن علي ماجيلويه، عن محمد بن يحيي، عن أحمد ابن محمد، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن أبان بن عثمان، عن حماد، قال: «سمعت...»[٢].

ورواه الشيخ بإسناده عن علي بن الحسن، عن السندي بن الربيع (عن علي بن السندي، عن محمد بن الربيع. خ. ل) عن محمد بن أبي عمير، عن رجل

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٩٣.

(٢) علل الشرائع ٢: ٥٩٠/ وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٣، ب ٤٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ ملحق حديث: ١.

قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا يحل لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة عليها السلام، إن ذلك يبلغها فيشق عليها، قلت: يبلغها؟ قال عليه السلام: إي والله».

وذلك لإعراض المشهور عنه(١)، مع أن تعليله ظاهر في الكراهة، إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها(٢) إيذاء لها حتى يدخل في قوله صلى الله عليه وآله: «من آذاها فقد آذاني».

من أصحابنا، قال: «سمعته يقول: لا يحل...»[١].

(١) بل في الجواهر: «عن بعض الناس أنه من البدع»، واحتمل كون الخبر المزبور من انتحال أبي الخطاب، نظير انتحاله أن العلويات إذا حضن قضين الصوم والصلاة[٢].

وكفى في تحقق الإعراض أنه لم يتعرض للحكم المذكور في كلام المتقدمين والمتأخرين ومتأخريهم إلى زمان المحدث البحراني وما قارب عصره، ولم يتعرض له إلا جماعة من الأخباريين، ولم يتضح البناء على الحرمة إلا من نادر منهم، والباقون ما بين رادّ له، ومتردد فيه.

(٢) هذا الإشكال ذكره في الحدائق وأجاب عنه: بأن المشقة النقل والشدة والصعوبة، وذلك يستلزم الأذى، فإن الأذى هو الضرر، وهو أقل مراتب المشقة[٣].

وفيه: أن إيذاءها عليها السلام المنهي عنه يراد به الإيلام النفساني، وهو غير لازم

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٢/ وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٣، ب ٤٠ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.
(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٩٣.
(٣) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٤٢.

(مسألة ٥١): الأحوط تـرك تزويج الأمة دوامـاً مع عدم الشرطين(١)، من عدم التمكن مـن المهر للحرة، وخوف العنت

من المشـقة، فإنه إذا نزل على الإنسـان ضيف عزيز يجد أعظم المشقة من نزوله للاهتمام في إكرامه، وتهيئة الطعام، ولوازم الضيافة له، مع التلذذ النفسـاني في ذلك، والصلحاء من الناس يتحملون المشقة في صيام شهر رمضان في الصيف، مع التلذذ النفسـاني، والمجاهدون في ميدان القتال والجلاد في أعظم مشقة، مع التلذذ النفساني... وهكذا، فالآلام النفسانية لا تلازم المشقة.

نعم، الحمل على الكراهة ـ بقرينة التعليل المذكور ـ موقوف على إثبات أن إدخال الشاق عليها مكروه، وهو غير ظاهر؛ لجواز كونه حراماً، كالإيذاء، فتأمل.

(١) بل هو المنسوب في كشف اللثام إلى أكثر المتقدمين[١].

وحكاه في الحدائق عن المبسوط، والخلاف، والمفيد، وابن البراج، وابن الجنيد، وابن أبي عقيل، وفي محكي كلام الأخير نسبته إلى آل الرسول[٢].

لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْـتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَـا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللهُ أَعْلَـمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانْكِحُوهُـنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِـنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْـرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلاَ مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِـنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ وَاللهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[٣].

(١) كشف اللثام ٧: ٢١١.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٥٩/ المبسـوط ٤: ٢١٤/ الخلاف ٢: ٢٤٤/ المقنعة: ٥٠٦/ المهذب ٢: ١٨٩ مصرحاً بالكراهة، ٢١٥ وظاهره ـ كالمقنعة ـ الحرمة التكليفية، وسيأتي في ص ٣٧٨.

(٣) سورة النساء: ٢٥.

. . . . . .

فإن صدر الآية الشريفة ظاهر في اشتراط جواز نكاح الأمة بأن لا يستطيع طولاً، وظاهر ذيلها اشتراطه بخوف العنت، فلا يجوز إلا مع وجود الشرطين.

وصحيح زرارة بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يتزوج الأمة؟ قال عليه السلام: لا، إلا أن يضطر إلى ذلك»[١].

وموثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الحر يتزوج الأمة، قال عليه السلام: لا بأس إذا اضطر إليها»[٢].

وموثق محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة، قال عليه السلام: إذا اضطر إليها فلا بأس»[٣].

ونوقش في الاستدلال المذكور بالآية:

تارة: بمنع حجية مفهوم الشرط.

ويدفعها: أن المحقق في الأصول الحجية.

وأخرى: بمنع حجية مفهوم الشرط في قبال عمومات التحليل.

ويدفعها: أن المفهوم كالمنطوق، فقد يكون مقتضى الجمع العرفي تقديم المفهوم، لكونه أخص، كما في المقام.

وثالثة: بأن دلالة المفهوم على المنع بدون الشرط إذا لم يكن وارداً مورد الإرشاد إلى ما فيه مصلحة المكلف، بل كان وارداً في مقام جعل الحكم الشرعي.

ويدفعها: أن قرينة سياق الآية في سياق آيات التحليل والتحريم يقتضي

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٧، ب ٤٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

.....

الثاني، ولا سيما وكون الأصل في كلام الشارع ذلك، لا الإرشاد، حيث يدور الأمر بينهما.

ورابعة: بأن الشرط في المقام شرط للوجوب، أو الاستحباب، فمع انتفائه ينتفي الوجوب أو الاستحباب، لا الجواز.

وفيه: أن الظاهر كونه شرطاً للجواز، بقرينة السياق، وقوله تعالى: ﴿**وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ**﴾.

وخامسة: بعدم ثبوت كون كلمة (من) بمنزلة (إن) في إفادة المفهوم.

ويدفعها: أن الظاهر ذلك، كما يظهر بمراجعة مباحث مفهوم الشرط في الأصول.

وسادسة: بأن مقتضى المفهوم العموم للعبد، وهو خلاف الإجماع على الجواز فيه بدون الشرط، فيتعين رفع اليد عن المفهوم.

ويدفعها: أنه لا مانع من البناء على تخصيص المفهوم بغير العبد، كما في كثير من الموارد.

وسابعة: بأن من المحتمل أن يكون المراد مما ملكت أيمانكم السراري والجواري.

وفيه ـ مع أنه لا يناسب الشرط ـ: منافٍ لقوله تعالى: ﴿**فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ**﴾، فإنه صريح في التزويج.

ومثل هذه المناقشات مناقشات أخرى يظهر اندفاعها بأقل تأمل.

فإذاً لا مجال إلا للأخذ بظاهر الآية.

. . . . . .

وأما النصوص: فتمكن المناقشة فيها بأن الضرورة أخص من الشرطين، فيتعين حمل النهي على الكراهة، للإجماع على عدم اشتراط الجواز بالأخص منهما، كما سيأتي.

وفيه: أنه يمكن الجمع بين النصوص وغيرها بحمل الضرورة على الشرطين، وهو أولى من التصرف بالحكم.

وقيل بالجواز ولو مع عدم الشرطين، وفي الشرائع: أنه الأشهر[1].

وعن الغنية: الإجماع عليه[2].

لعمومات الحل التي يجب تقييدها بما سبق.

ولما دل على أنه لا يجوز نكاح الأمة على الحرة بغير إذنها، لإشعارها بالجواز في غير موردها من وجهين ـ كما في الرياض ـ:

أحدهما: تخصيص النهي بتزويجها على الحرة، فلو عم النهي لخلا التقييد بالحرة عن الفائدة.

والثاني: دلالتها على جواز تزويجها ولو في الجملة، وهو ينصرف إلى العموم، حيث لا صارف له عنه[3].

وفيه: أن الأدلة المذكورة واردة في مقام آخر، ولا تعرّض فيها لما نحن فيه، ووجود الحرة مع الإذن لا يوجب فقد أحد الشرطين.

ولخبر يونس عنهم عليه السلام: «لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمة إلا أن

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥.

(٢) غنية النزوع: ٣١٥.

(٣) رياض المسائل ١١: ٢١٤

بمعنى: المشقة، أو الوقوع في الزنى(١).

لا يجد حرة»[١].

وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا ينبغي للحر أن يتزوج الأمة وهو يقدر على الحرة»[٢]، ونحوهما مرسل ابن بكير، عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام[٣].

لكن ظهور «لا ينبغي» في الجواز ممنوع.

ولو سلم فليس بحيث يقوى على صرف الظواهر المتقدمة في المنع.

(١) حمله على المعنى الأول جماعة[٤]، وهو الأوفق بالمعنى اللغوي.

وعلى الثاني جماعة أخرى[٥]، بل في مجمع البيان نسبته إلى أكثر المفسرين[٦]، وفي كشف اللثام نسبته إلى المشهور[٧].

وكأن الذي دعى إلى هذا الحمل ـ مع مخالفته للمعنى اللغوي ـ قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا...﴾، إذ الصبر لا يكون إلا مع حصول المشقة، ولا يكفي في تحقق مفهومه خوفها، فيتعين إرادة الثاني، إذ لا ثالث لهما.

وعن بعض الفقهاء: أنه المعنى الشرعي للعنت، نقل إليه عن المعنى

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٧، ب ٤٥ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤/ كشف الرموز ٢: ١٤٠/ تحرير الأحكام ٣: ٤٧٤.

(٥) المبسوط ٤: ٢٨، ٢١٤/ المهذب ٢: ٢١٥/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٧٣/ غاية المراد ٣: ٥٢/ مسالك الأفهام ٧: ٣٢٦/ كفاية الأحكام ٢: ١٤٠.

(٦) مجمع البيان ٣: ٦٤.

(٧) كشف اللثام ٧: ٢٩٨.

. . . . . .

اللغوي[١].

لكنه ـ كما ترى ـ غير ظاهر.

والعلامة في القواعد ـ مع أنه في هذا المقام فسر العنت بمشقة الترك ـ قال في مبحث نكاح الإماء: «وخوف العنت إنما يحصل بغلبة الشهوة، وضعف التقوى»[٢].

فكأنه حمل خشية العنت على خشية أثره مع تحققه فعلاً، نظير قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾[٣].

وقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ رَبَّهُ﴾[٤].

لا على خشية نفسه، نظير قوله تعالى: ﴿تِجَارَةٌ تَخْشَوْنَ كَسَادَهَا﴾[٥].

وقوله تعالى: ﴿خَشْيَةَ إِمْلاَقٍ﴾[٦].

وعلى هذا لا يكون خلاف في معنى العنت، بل الخلاف في معنى خوف العنت، فهو بمعنى المشقة الشديدة، وخوفه: إما بمعنى خوف وقوعه، أو بمعنى خوف أثره بعد المفروغية عن وقوعه.

فالمشهور على الثاني، وغيرهم على الأول.

(١) حكاه في مسالك الأفهام ٧: ٣٢٦ ـ ٣٢٧/ وانظر: إيضاح الفوائد ٣: ٩٣/ التنقيح الرائع ٣: ٧٩/ المهذب البارع ٣: ٢٧٥/ جامع المقاصد ١٣: ٥٩.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٦، ٥٥.

(٣) سورة فاطر: ٢٨.

(٤) سورة البينة: ٨.

(٥) سورة التوبة: ٢٤.

(٦) سورة الاسراء: ٣١.

.....

وبذلك يرتفع ظهـور التنافي بين كلامي العلامـة، وترتفع الغرابة عن تفسير المشهور بخوف الزنى.

نعم، يبقى الإشـكال في وجه تخصيص الزنى من بين الآثار المترتبة على المشـقة الشـديدة التي يخاف مما يترتب عليها، فإنه لا قرينة على إرادته من أثر العنت.

بل من الجائز أن يكون المراد مطلق المحذور المترتب على المشقة، سواء لم يكن بالاختيار، مثـل المرض ونحوه، أم كان بالاختيار، مثل الزنى ونحوه من المحرمات.

اللهم إلا أن يقال: القسم الأول إذا كان مخوفاً يجب الاحتياط فيه، فيجب التزويج، ولا يكون الصبر أفضل، فيتعين حمله على القسم الثاني.

لكن عرفت أنه لا قرينة عـلى إرادة الزنى بالخصوص من بين المحرمات الشرعية، بل من الجائز العموم للنظر المحرم، واللمس المحرم، وغيرهما.

اللهم إلا أن يكون المراد من الزنى في كلامهم ما هو أعم من ذلك.

على أن الفرق بين ما يترتـب بلا اختيار وما يترتب بالاختيار في وجوب التزويج في الأول، وعـدم وجوبه في الثاني، غير ظاهر؛ إذ في المقامين لا يكون ترك التزويج مقدمة للحرام.

فإن ترك التزويج إنـما يكون مقدمة لحرمة الزوجة، إذ مع التزويج تحل، وبدونه تحرم، ولا يكون مقدمة لوقوع المـرض ونحوه بلا اختيار، ولا لوقوع الزنى ونحوه بالاختيار.

وهذا نظير ما يقـال: (إن شراء الدواء واجب مقدمـي لدفع المرض)،

بل الأحوط تركه متعة أيضـاً، وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد(١).

فـإن الشراء إنما يوجب حل الشرب، ولا يوجب دفع المرض، وإنما الذي يدفع المرض شرب الدواء لا شراؤه.

فالفرق بين القسمين في المقدمية للحرام ـ كي يدعى عدم جواز الصبر في القسم الأول، وجواز الصبر في القسم الثاني ـ غير ظاهر.

فإذاً لا مانع من كون ترك التزويج أفضل في المقامين.

هذا بناء عـلى أن الأفضلية حكم حقيقي، أمـا إذا كان حكماً فعلياً، فلا يجوز في المقامين، كما لا يخفى.

وسيجيء التعرض لذلك، فانتظر.

والذي يقتضيه العمل بالظاهر حمل العنت على المشـقة الشديدة، وحمل خوفها على خوف ما يترتب عليها من محذور شرعي أو عرفي.

ودعوى: نقل العنـت شرعاً إلى خصوص الزنـى، عرفت أنها لا دليل عليها، كما لا قرينة على إرادته بالخصوص، فاللازم الأخذ بالإطلاق.

ولا ينافيـه قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصْـبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾ الـدال على أن ترك التزويج أفضل، وهو لا يتم إذا لزم محذور شرعي منه؛ لإمكان تخصيصه بما إذا لم يترتب ذلك عليه، كما عرفت.

(١) كـما حكاه في الحدائق عن شرح النافع[1]، فخص المنع بالدائم؛ لأنه المنصرف إليه من أدلة المنع.

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٦٦/ نهاية المرام ١: ١٦٢.

.....

ولمصحح البزنطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «لا يتمتع بالأمة إلا بإذن أهلها»[١].

وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: «عن الرجل يتمتع بأمة رجل بإذنه؟ قال عليه السلام: نعم»[٢].

وصحيحه الآخر المروي عن قرب الإسناد عنه عليه السلام: «أنه قال في الأمة: يتمتع بها بإذن أهلها»[٣].

وصحيحه الآخر عنه عليه السلام قال: سألته يتمتع بالأمة بإذن أهلها؟ قال عليه السلام: نعم، إن الله عز وجل يقول: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾»[٤].

وفيه: أن الانصراف ممنوع.

بل الأنسب بقوله تعالى: ﴿وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ الانصراف إلى التمتع، لما ورد في المتمتع بهن من أنهن مستأجرات[٥].

والنصوص واردة في مورد حكم آخر، وهو اعتبار إذن المالك في صحة المتعة، لرفع احتمال عدم اعتبار الإذن في المتعة، كما يشير إليه خبر سيف بن عميرة عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بأن يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها، فأما أمة الرجل فلا يتمتع بها إلا بأمره»[٦]، ونحوه خبر داود بن فرقد[٧].

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٠، ب ١٥ ـ المتعة ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٥) المصدر السابق ٢١: ١٨، ب ٤ ـ المتعة ـ حديث: ٢، ٤.

(٦)، (٧) المصدر السابق ٢١: ٣٩، ب ١٤ ـ المتعة ـ حديث: ١، ٣.

وأما مع الشرطين فلا إشكال في الجواز؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ...﴾ إلى آخر الآية(١)، ومع ذلك الصبر

ويشير إلى ذلك صحيح البزنطي الثالث حيث تمسك فيه بالآية الشريفة، الدالة على أن التزويج متعة داخل في الآية الدالة على اعتبار إذن المالك في تزويج الأمة، لدفع توهم خلاف ذلك.

فإذاً التفصيل المذكور ضعيف.

ومثله التفصيل بين من عنده الحرة فلا يجوز، وبين غيره فيجوز، ولو مع فقد الشرطين.

فعن الشيخ رحمه الله: أنه حكاه عن قوم من أصحابنا[١]، لكن بعضهم أنكر وجود القول المذكور[٢].

وكيف كان، فلا دليل عليه في قبال ما عرفت من أدلة المنع، ولذا كان الأولى إرجاعه إلى القول بالمنع.

واستدل له بمصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال تزوج الحرة على الأمة، ولا تزوج الأمة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل»[٣]، ونحوه غيره.

ودلالته على جواز تزوج الأمة لمن لم يكن عنده حرة، ولو مع فقد الشرطين، خفية.

(١) فإن قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ...﴾ صريح في الجواز.

(١) الخلاف ٤: ٣١٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٩، ب ٤٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

أفضل(١) في صورة عدم خوف الوقوع في الزنى(٢).

(١) لما في ذيل الآية الشريفة من قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾، ولا منافاة بين ذلك وبين اشتراط الجواز بخوف العنت؛ لإمكان تخصيصه بصورة ما إذا لم يترتب عليه محذور شرعي، كما سيأتي.

(٢) قال في المسالك: «أطلق القائلون بجوازه بالشرطين أن الصبر له أفضل، عملاً بظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾.

وفي الجمع بين خيريته مع اشتراط الجواز بخشية العنت إشكال»[1].

وجه الإشكال: ما أشرنا إليه من أنه إذا كان ترك التزويج يترتب عليه الزنى، يكون حراماً، فيمتنع أن يكون أفضل.

لكن عرفت ما فيه، وأن ترك التزويج إنما يترتب عليه تحريم الزوجة، ولا يترتب عليه الزنى، وإنما يترتب الزنى على حصول الشهوة، نظير ترك شراء الدواء، الذي لا يترتب عليه المرض، وإنما يترتب على ترك استعمال الدواء.

وحينئذٍ لا مانع من كون ترك تزويج الأمة أفضل في نفسه، وإن كان يلازمه الوقوع في الزنى، أو المرض، أو نحوهما مما يحرم وقوعه اختياراً، لعدم المقدمية، ولا مانع من اختلاف المتلازمين في الأحكام.

لكن الظاهر من قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾ كونه حكماً فعلياً لا يصح مع تحريم ملازمه.

فلا بد أن يختص بصورة ما إذا لم يلزم المحرم، سواء كان اختيارياً كالزنى ونحوه، أم لا كالمرض ونحوه، بأن يلزم منه ما ليس بمحرم كتشويش باله، ووقوف أعماله، ومكاسبه، ونحو ذلك، فإنه حينئذٍ يكون الصبر أفضل.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٢٩.

كما لا إشكال في جواز وطئها بالملك(١)، بل وكذا بالتحليل(٢) ولا فرق بين القن وغيره، نعم الظاهر جوازه في المبعضة؛ لعدم صدق الأمة عليها(٣)، وإن لم يصدق الحرة أيضاً.

(مسألة ٥٢): لو تزوجها مع عدم الشرطين فالأحوط

وهذا مما يؤكد ما ذكرناه من الإطلاق وعدم الاختصاص بالزنى.

وفي الجواهر دفع الإشكال: بأن الزنى بعد ما كان بالاختيار لم يكن ترك التزويج مقدمة محرمة، كي ينافي ذلك كونه أفضل[١].

وفيه: أن الظاهر من قوله تعالى: ﴿خَيْرٌ لَكُمْ﴾ أنه أفضل فعلاً، وأنه في مقام الحث عليه، وهو يتنافى مع تحريم ما يلازمه من الزنى، كما عرفت.

(١) باتفاق المسلمين، وفي الجواهر: أنه لا ريب فيه[٢].

(٢) بناءً على التحقيق من أنه داخل في ملك اليمين، وليس من قبيل التزويج.

نعم، بناءً على الثاني يكون حكمه حكم الدائم، كما في المسالك وغيرها[٣].

(٣) كما نص على ذلك في الجواهر[٤]، وإن كانت الآية الشريفة لم يذكر فيها الأمة، وإنما ذكر فيها ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، وهو أيضاً لا يشمل المبعضة، فلا تدخل في أدلة المنع.

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٢.

(٢) المصدر السابق ٢٩: ٤٠٤

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٣٢٧/ وانظر: نهاية المرام ١: ١٦٢/ الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٦٦/ رياض المسائل ١١: ٢١٩/ جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤/ وانظر: تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٧٤.

طلاقهـــا(١)، ولو حصلا بعد التزويج جـــدد نكاحها إن أراد على الأحوط(٢).

(مســـألة ٥٣): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثـــم زالا أو زال أحدهما لم يبطل(٣) ولا يجب الطلاق.

---

(١) لاحتمال صحة النكاح، فلا يجوز تركها بلا طلاق.

(٢) لاحتمال عدم صحته حين حدوثه.

(٣) كما في المســـالك والجواهر[١]، لأن الشرطين ـ على تقدير اعتبارهما ـ شرط في الحدوث، فإذا تحققا وصح حين حدوثه جرى استصحاب صحته بعد ذلك، وإن زال الشرطان.

بل لو فرض أنه طلقها رجعياً جاز له الرجوع بها بعد فقد الشرطين، لأنها بمنزلة الزوجة.

واستشـــكل فيه في الحدائـــق، لخلو الفرض عن النـــص بنفي أو اثبات، وعدم حجية الاستصحاب[٢].

وعن بعض العامة: بطلان العقد[٣].

والجميـــع ـ كما ترى ـ خلاف الأصل، بل خـــلاف النصوص الدالة على جواز نكاح الحرة على الأمة، فإنها محمولة على صورة ما إذا تزوج الأمة لوجود الشرطين، ثم زال أحدهما بحصول الطول إلى تزويج الحرة.

بل في صحيح محمـــد بن قيس عن أبي جعفـــر عليه السلام: «في الرجل نكح أمة

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٢٧/ جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٧.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٦٧.

(٣) حكاه عن المزني في تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٤٩.

(مسألة ٥٤): لو لم يجد الطول أو خاف العنت ولكن أمكنه الوطء بالتحليل، أو بملك اليمين، يشكل جواز التزويج(١).

فوجد طولاً إلى حرة وكره أن يطلق الأمة، قال عليه السلام: ينكح الحرة على الأمة، إن كانت الأمة أولهما عنده»[١].

(١) بل في المسالك والجواهر: لم يجز له نكاح الأمة، لفقد الشرط وهو خوف العنت، وحكي فيهما احتمال الجواز؛ لأنه لا يستطيع طول حرة[٢].

وفيه: أن خوف العنت شرط آخر، وهو مفقود.

ومن ذلك يظهر الإشكال في توقف المصنف عن الفتوى، إلا أن يكون من باب الإشكال في الحكم في أصل المسألة.

نعم، يشكل فرضه خوف العنت مع إمكان الوطء بالتحليل أو بملك اليمين.

وكأنه يريد خوف العنت لا من جهة العجز عن النكاح، فإنه لا ينافي التمكن من نكاح الأمة.

لكن الظاهر منه في الآية الشريفة الخوف الناشئ من العجز الشرعي عن النكاح، بحيث يكون العجز عن النكاح داعياً إليه، وهذا المعنى لا يتحقق مع التمكن من نكاح الأمة بالملك، والتحليل.

ولذا قال في القواعد: «والقادر على ملك اليمين لا يخاف العنت، فلا يترخص»[٣].

---

(١) النوادر للأشعري: ١١٩/ وبمضمونه في وسائل الشيعة ٢١: ٣٤٦، ب ٨ ـ القسم والنشوز والشقاق ـ حديث: ٢.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٢٧/ جواهر الكلام ٩: ٤٠٧.

(٣) قواعد الأحكام٣: ٥٥.

(مسألة ٥٥): إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها، لمرض، أو رتق، أو قرن، أو صغر، أو نحو ذلك، فكما لم يتمكن(١)، وكذا لو كانت عنده(٢) واحدة من هذه، أو كانت زوجته الحرة غائبة.

(مسألة ٥٦): إذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة، يجوز الاثنتين(٣)، أما الأزيد فلا يجوز، كما سيأتي(٤).

---

(١) لصدق عدم الطول على نكاح الحرة.

(٢) كما في المسالك، والجواهر، والحدائق[١]، وفي الأخير: نسبته إلى تصريح الأصحاب؛ لصدق عدم الطول على نكاح الحرة.

والظاهر عدم الإشكال فيه، كما يقتضيه ما سيأتي من جواز نكاح الأمة على الحرة بإذنها نصاً، وفتوى.

نعم، إذا تمكن من بعض الاستمتاعات بها غير الوطء، على وجه يزول خوف العنت، لم يجز له نكاح الأمة، لفقد الشرط الثاني.

(٣) نسبه في الحدائق إليهم[٢].

لإطلاق دليل الجواز مع وجود الشرطين، الشامل لمن لم يتزوج الأمة ولمن تزوجها.

(٤) وتقدم من أنه لا يجوز للحر نكاح أكثر من أمتين[٣].

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٢٧/ جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٧/ / الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٦٨.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٦٨.

(٣) تقدّم في ص ١٣٢.

(مسألة ٥٧): إذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعدّ ضرراً عليه، فكصورة عدم القدرة(١)، لقاعدة نفي الضرر، نظير سائر المقامات، كمسألة وجوب الحج إذا كان مستطيعاً ولكن يتوقف تحصيل الزاد والراحلة على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل، أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل، فإن الظاهر سقوط الوجوب وإن كان قادراً على ذلك.

---

(١) قال في المسالك: «لو وجدت الحرة، وقدر على ما طلبته من المهر، لكن طلبت أزيد من مهر مثلها، بحيث تجحف بالزيادة، ففي وجوب بذله، وتحريم نكاح الأمة وجهان، من تحقق القدرة المقتضية لوجود الطول.

ومن لزوم الضرر والمشقة بدفع الزيادة، وحمل القدرة على المتعارف.

وهو قوي مع استلزام بذل الزيادة الإسراف عادة بحسب حاله، أو الضرر، وإلا فالأقوى الأول»[1].

والمصنف رحمه الله فرض مجرد الضرر المالي، واستدل له بقاعدة نفي الضرر.

ويشكل.. **أولاً**: بأن قاعدة نفي الضرر تختص بما يلاحظ فيه المالية، كباب المعاوضات المالية، والنكاح ليس منها، فإن المهر لم يلحظ فيه المعاوضة المالية، فإن الزوجة لا كلاً ولا بعضاً تكون ملكاً للزوج عوض المهر، ولا حق له فيها أيضاً لوحظ عوضاً عنه، وإنما عنوان الإصداق عنوان آخر.

ولذا لم يكن بناءُ الفقهاء على الرجوع إلى قاعدة نفي الضرر فيما لو تزوج وأصدق أكثر من مهر المثل، كما هو حكم المغبون.

---

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٢٨.

. . . . . .

وثانياً: أن غاية ما تقتضيه القاعـــدة المذكورة نفي الحكم الذي يؤدي إلى الضرر، لا إثبات صحة تزويج الأمة مع فقد شرطه، ولا إثبات شرطه.

نعم، إذا توقف التخلص من الوقوع في الحرام على تزويج الحرة المذكورة، وكان تزويجها ضرراً مالياً، سقط وجوب تزويجها، لكن لا يشرع صحة تزويج الأمة مع فقد شرطها.

ووجوب التخلص من الحرام لا يقتضي مشروعيتها.

وكذلك رفع الســـهو والنســـيان لا يقتضي صحة الصلاة التي وقع فيها السهو والنسيان.

ودليـــل نفي الحرج لا يقتـــضي صحة المركب الـــذي كان بعض أجزاءه حرجياً.

فالمتحصل: أن قاعـــدة نفي الضرر تصلح لنفـــي الحكم الضرري، ولا تصلح لتشريع الحكم الذي به يرتفع الضرر.

ومن ذلك يظهر الإشـــكال في مقايســـة المقام بمســـألة وجوب الحج إذا توقف على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل، أو شراء الراحلة أو الزاد بأكثر من ثمن المثل، فإن القاعدة هناك جارية على مقتضاها من نفي الحكم الضرري، فينتفي وجوب الحج، لأنه ضرري.

وهنا يقصد إثبات صحة تزويج الأمة بالقاعدة، وهي لا تصلح لذلك.

مضافـــاً إلى أن الذي اختاره المصنف عدم ســـقوط الحج بذلك، فراجع المسألة السابعة من مبحث الاستطاعة من حيث المال[1].

(١) تقدّم في ج ١٧ ص ١٠٨، المسألة الثامنة.

والأحوط في الجميع اعتبار كون الزيادة مما يضر بحاله(١) لا مطلقاً.

---

(١) كما فرضه في المسالك، وحينئذٍ يجوز التزويج لصدق عدم الاستطاعة عرفاً من نكاح الحرة، وليس من باب التمسك بقاعدة نفي الضرر.

تنبيه

حكي عن المفيد رحمه الله أنه قال: «ومن تزوج أمة وهو يجد طولاً لنكاح الحرائر خالف الله عز وجل وشرطه عليه، إلا أنه لا ينفسخ بذلك نكاحه»[١]، وحكي مثله عن ابن البراج[٢].

وظاهره صحة العقد ولزوم الإثم، فتكون الحرمة تكليفية.

وفيه: أن ذلك خلاف ظاهر الأدلة والآية وغيرها من الإرشاد إلى عدم حصول الزوجية، كما في أمثال المقام.

---

(١) المقنعة: ٥٠٦.

(٢) المهذب ١: ٢١٥.

فصل

الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرة مع إذنها(١)، والأحوط اعتبار الشرطين(٢) من عدم الطول وخوف العنت، وأما مع عدم

فصل

(١) كما هو المعروف.

نعم، عن الشيخ: أنه حكي عن قوم من أصحابنا عدم الجواز، وإن أذنت[١].

ولعله أراد صورة عدم خوف العنت، لوجود الحرة، وحينئذٍ يكون في محله، وإلا فلا ينبغي التأمل في بطلانه.

وفي الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه»[٢].

ويشهد له صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع: «سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل أن يتمتع من المملوكة بإذن أهلها وله امرأة حرة؟ قال عليه السلام: نعم إذا رضيت الحرة، قلت: فإن أذنت الحرة يتمتع منها؟ قال عليه السلام: نعم»[٣].

(٢) على ما تقدم.

---

(١) المبسوط ٤: ٢١٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٠.

(٣) وسائل الشيعة ٩: ٤٨، ب ١٦ ـ المتعة ـ حديث: ١.

إذنها فلا يجوز، وإن قلنا في المسألة المتقدمة(١) بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين، بل هو باطل(٢).

وتوقف المصنف هنا من أجل توقفه في أصل المسألة، كما سبق[١].

(١) يعني مسألة الإحدى والخمسين.

(٢) بـلا خلاف ظاهر، لمصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال تزوج الحرة على الأمة، ولا تـزوج الأمة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل»[٢].

وخبر أبي بصير: «سـألت أبا عبد الله عليه السلام: عن نكاح الأمة، فقال: تزوج الحرة على الأمة، ولا تزوج الأمة على الحرة، ونكاح الأمة على الحرة باطل»[٣].

وخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسـن عليه السلام، قال: «لا يجوز نكاح الأمة على الحرة»[٤].

وخبر الحسن بن زياد، قال أبو عبد الله عليه السلام: «تزوج الحرة على الأمة، ولا تزوج الأمة على الحرة»[٥]، ونحوها غيرها.

ودلالة الجميع على البطلان ما بين صريحة وظاهرة.

ومقتضى إطلاقها البطلان مطلقاً، وإن أذنـت الحرة كما تقدّمت حكاية ذلك عن قوم من أصحابنا.

---

(١) تقدّم في ص ٣٦١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٩، ب ٤٦ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ٥.

نعم لو أجازت بعد العقد صح على الأقوى(١) بشرط تحقق

لكن عرفت لـــزوم تقييدها بصورة عدم إذن الحـــرة، لصحيح ابن بزيع المتقدّم، وهو وإن كان مـــورده المتعة، إلا أنه لا قائل بالفرق بينها وبين الدوام، كما في الرياض[١].

ولا سيما بملاحظة دعوى الإجماع على الصحة مع الإذن، كما عن التبيان، والسرائر، والتذكرة، والمسالك[٢].

(١) كما في الجواهر والمســـالك[٣]، لإطلاق صحيح ابـــن بزيع المتقدم، الذي عرفت تقييد نصوص البطلان به.

فيكون المتحصل من الجمع بين النصوص: هو البطلان ما لم تأذن سابقاً، أو لاحقاً.

خلافاً لما في الشرائع وغيرها من البطلان[٤].

بل عن المبسوط، وظاهر التبيان، والسرائر: الإجماع عليه[٥]، واختاره في الرياض[٦]، اعتماداً على ذلك.

وهو كما ترى! لشـــهرة الخلاف، فقد حكى في المختصر النافع قولاً: بأن للحرة الخيار بين إجازة عقد الأمة وفسخه[٧].

---

(١) رياض المسائل ١١: ٢٢١.

(٢) التبيان ٣: ١٧٠/ السرائر الحاوي ٢: ٥٤٦/ تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٤٢/ مسالك الأفهام ٧: ٣٣٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤١١/ مسالك الأفهام ٧: ٣٣١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥/ المختصر النافع: ١٧٧.

(٥) المبسوط ٤: ٢١٥/ التبيان ٣: ١٧٠/ السرائر الحاوي ٢: ٥٤٥، قائلًا: «فإن أمضت الحرة العقد مضى»، فلاحظ.

(٦) رياض المسائل ١١: ٢٢١.

(٧) المختصر النافع: ١٧٨.

. . . . . .

ونسبه في الرياض إلى الشيخين، وابني البراج وحمزة[١]، فكيف يكون البطلان إجماعياً؟! وكيف يعتمد على نقل الإجماع على البطلان مع العلم بالخلاف؟!.

وحكى في المسالك عن الجماعة: القول بالخيار للحرة بين فسخ عقد الأمة وإمضائه، وعقد نفسها وإمضائه، لموثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل تزوج أمة على حرة، فقال: إن شاءت الحرة أن تقيم مع الأمة أقامت، وإن شاءت ذهبت إلى أهلها، قال: قلت: فإن لم ترض بذلك وذهبت إلى أهلها، فله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام؟ قال عليه السلام: لا سبيل له عليها إذا لم ترض حين تعلم، قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟ قال عليه السلام: نعم، إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء، ثم تتزوج إن شاءت»[٢].

قال في المسالك ـ بعد ذكر الموثق ـ: «وهو يدل على جواز فسخها عقد نفسها، ويسهل بعده القول بجواز فسخ عقد الأمة»[٣].

وفي المختلف حكى عن الشيخين، وابن البراج، وسلار، وابن حمزة: القول بتخيير الحرة في فسخ عقد الأمة وإمضائه، ثم قال: «هل للحرة أن تفسخ عقد نفسها لو دخلت الأمة عليها؟ قال الشيخان: نعم، وبه قال ابن البراج، وسلار، وابن حمزة»[٤]، وقريب منه ما في كشف اللثام[٥].

---

(١) رياض المسائل ١١: ٢٢٢/ المقنعة: ٥٠٦/ النهاية: ٤٥٩/ المهذب ٢: ١٨٨/ الوسيلة: ٢٩٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥١١، ب ٤٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ٣.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٢.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٦٩/ المراسم العلوية: ١٥٠، وتقدمت الإشارة إلى بقية المصادر.

(٥) كشف اللثام ٧: ٢٠٩.

.....

فيكون قول الجماعة مركباً من دعويين، خلافاً لما يظهر من بعضهم من أن قول الشيخين هو تخير الحرة في عقد نفسها لا غير، ولما تقدّم عن الرياض من أن المنسوب إلى الشيخين وأتباعهما هو تخيّر الحرة بين إجازة عقد الأمة وفسخه.

وكيف كان، لا مجال لدعوى الإجماع على البطلان بعد شهرة الخلاف من القدماء.

وحينئذٍ يتعين الرجوع إلى النصوص، وقد عرفت مقتضى الجمع بين نصوص البطلان مطلقاً وصحيح ابن بزيع.

وأما موثق سماعة فمقتضى الجمع بينه وبين نصوص البطلان مطلقاً وصحيح ابن بزيع: هو مذهب الشيخين، المؤلف من دعويين، كما عرفت.

فيثبت البطلان مع عدم الإذن من الحرة بمفهوم الصحيح، الموافق لنصوص البطلان مطلقاً.

والصحة مع الإذن منها بمنطوق الصحيح، لإطلاقه.

وثبوت الخيار لها حينئذٍ في عقد نفسها بموثق سماعة.

والطعن بالموثق بالضعف ـ كما في النافع، والمسالك[1] ـ ضعيف.

وفي الحدائق: اختار البطلان، وأجاب عن الموثق: بأنه لا يقوى على معارضة نصوص البطلان[2].

وكأنه لأن الموثق ظاهر في صحة عقد الأمة مطلقاً، في قبال نصوص

---

(١) المختصر النافع: ١٧٨/ مسالك الأفهام ٧: ٣٣٢.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٧٤.

. . . . . .

البطلان مطلقاً، ولم يتعرض للصحيح، وكأنه بناء منه على عدم إطلاقه.

وفيه: أنه غير ظاهر.

فإذا قيد الصحيح إطلاق البطلان بمنطوقه، أمكن أن يقيد بمفهومه إطلاق الصحة في الموثق.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما في الرياض من أن الموثق يدل على صحة نكاح الأمة، فيعارضه نصوص البطلان اللازم تقديمها عليه.

نعم، يشكل الموثق بأنه رواه في الكافي هكذا: «في رجل تزوج امرأة حرة وله امرأة أمة، ولم تعلم الحرة أن له امرأة، قال: إن شاءت الحرة...»[1]، فلا يكون فيما نحن فيه.

وكأنه لذلك لم يتعرض في الجواهر للاستدلال به على المسألة، بل استدل بما رواه في الكافي للمسألة الثانية، وفي تزويج الحرة على الأمة.

واحتمال أن تكونا روايتين في واقعتين مع اتحاد السائل، والمسؤول منه، والسند، والجواب على طوله، واشتماله على سؤالات وأجوبة متكررة من السائل والمجيب، بعيد، ولا سيما وأن الكليني لم ينقل المتن الأول، والشيخ لم ينقل المتن الثاني.

فلو كانا حديثين لكان اللازم نقلهما معاً؛ لأنهما جميعاً رويا ذلك عن الحسن بن محبوب، عن يحيى اللحام، عن سماعة، والظاهر أن ذلك كان في كتاب الحسن بن محبوب، فما الذي دعى إلى هذا التبعيض؟! وإنه لبعيد جداً.

والمظنون قوياً أنها حديث واحد اختلف النقلان في موضوع سؤاله.

---

(١) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٣٥٩.

الشرطين على الأحوط(١).

ولا فرق في المنــع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفــين(٢)، بل الأقوى عدم الفرق(٣) بــين إمكان وطء الحرة وعدمه لمرض، أو قرن، أو رتق، إلا مع عدم الشرطين(٤).

نعــم لا يبعد الجواز(٥) إذا لم تكن الحــرة قابلة للإذن لصغر أو جنــون، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً، ولكن الأحوط مع

ولا ينبغي التأمل في تقديم نقل الكليني مع معارضته لنقل الشيخ.

ولم يتحقق استدلال الشيخين وأتباعهما به على القول بالتخيير في الفرض، بل من الجائز أن يكون دليلهم شيئاً آخر، كما تقدَّم في تزويج بنت الأخ والأخت على العمة والخالة، فراجع[1].

(١) على ما تقدم من الإشكال في أصل المسألة.

(٢) لإطلاق الأدلة.

(٣) يعني: في المنع إلا مع الإذن، لإطلاق أدلة المنع.

(٤) لم يتضح وجه هذا الاستثناء، لأنه مع عدم الشرطين يكون المنع أولى.

والمظنون أن هذا الاســتثناء راجع إلى الجواز المذكور بقوله: «نعم لا يبعد الجواز...»، لكن نسخة الأصل كما هنا.

(٥) كما احتمل ذلك في الجواهر، بناءً عــلى ظهور دليل اعتبار الإذن في القابلة، فيبقى غيرها داخلاً تحت عمومات الحل.

ثــم احتمل العدم، لإطلاق النهي عن نكاح الأمة على الحرة، المقتصر في

(١) تقدّم في ص ٢٧٨.

ذلك المنع.

وأمـــا العكس ـ وهو نكاح الحرة على الأمة ـ فهو جائز ولازم إذا كانت الحرة عالمة بالحال(١)، وأما مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع الأمة وفسخها ورجوعها إلى أهلها(٢) والأظهر عدم

تقييده على صورة الإذن من القابلة، ويبقى غيرها داخلاً تحت عموم المنع[١].

وهذا هو الموافق للقواعد؛ لأن عموم المنع أخص من عموم الحل، فيقدم عليه.

ومنه يظهر ضعف ما عن المبسوط من القول بالصحة[٢].

(١) بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأصالة الحل واللزوم.

وخصوص النصـــوص المتضمنة جواز تزويج الحرة على الأمة، كما تقدم بعضها.

(٢) كما هو المعروف.

ويشـــهد له خبر يحيى الأزرق: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة وليدة، فتزوج حرة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة، فقال عليه السلام: إن شـــاءت الحرة أقامت، وإن شاءت لم تقم، قلت: قد أخذت المهر، فتذهب به؟ قال عليه السلام: نعم، بما استحل من فرجها»[٣].

ونحوه موثق سماعة المتقدم عن الكافي[٤].

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٠.

(٢) المبسوط ٤: ٢١٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٥١١، ب ٤٧ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٤) تقدّم في ص ٣٨٤.

وجوب إعلامها بالحال(١)، فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً.

وعن التبيـــان: أن للحرة الخيـــار في عقد الأمة أيضـــاً، كالخيار في عقد نفسها[١].

ودليله غير ظاهر في مقابل عمومات اللزوم.

وعن المبسوط: أنه رواية[٢]، ولكنها لم تثبت.

(١) كما في الجواهر[٣]، للأصل، ولما يستفاد من الخبرين المذكورين.

ومجرد كون الخيار من حقوقها لا يستلزم وجوب إعلامها به.

على أن كون الخيار في المقام من الحقوق غير ظاهر، حتى في حال العلم، فضلاً عن حال الجهل.

وحكى في الجواهـــر عن الرياض أنه قال: «ولـــو أدخل الحرة على الأمة جاز، ولزم علم الحرة بأن تحته أمة، إجماعاً ونصوصاً».

ثم قال في الجواهر: «ولم نتحقق ذلك، ويمكن أن يريد الإجماع والنصوص على الحكم الأول...»[٤].

ولكن نسخة الرياض التي عندنا هكذا: «جاز ولزم مع علم الحرة...»[٥]، فلا إشكال عليه حينئذٍ.

---

(١) التبيان ٣: ١٧٠.

(٢) المبسوط ٤: ٢١٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٣.

(٤) المصدر السابق.

(٥) رياض المسائل ١١: ٢٢٣.

(مسألة ١): لو نكح الحرة والأمة في عقد واحد مع علم الحرة صح(١)، ومع جهلها صح بالنسبة إليها(٢) وبطل بالنسبة إلى الأمة(٣)، إلا مع إجازتها(٤).

---

(١) بلا إشكال ظاهر؛ لعمومات الصحة، ولزم؛ لدليل اللزوم.

(٢) بلا إشكال لعمومات الصحة.

(٣) بلا إشكال فيه في الجملة.

ويقتضيه صحيح أبي عبيدة الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام: عن رجل تزوج امرأة حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد، قال عليه السلام: أما الحرة فنكاحها جائز، وإن كان سمى لها مهراً فهو لها، وأما المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرة باطل، يفرق بينه وبينهما»[١].

(٤) فيصح عقد الأمة حينئذٍ، كما في المسالك، والجواهر وغيرهما[٢].

وفي المسالك حكاه عن الشيخين وأتباعهما.

وفي الرياض عن جماعة من الأعيان البطلان[٣]، ويقتضيه إطلاق صحيح أبي عبيدة المتقدم.

لكن في الرياض احتمل الحمل على الغالب، وهو صورة عدم الإذن، وظاهره التردد في البطلان.

وكذا قوله في القواعد: «كان عقد الأمة موقوفاً، أو باطلاً»[٤].

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥١٢، ب ٤٨ ـ ما يحرم بالمصاهرة ـ حديث: ١.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٣٤/ جواهر الكلام ٢٩: ٤١٣.

(٣) رياض المسائل ١١: ٢٢٤.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٣٦.

وكـــذا الحال لـــو تزوجهـــما بعقديـــن في زمـــان واحد على الأقوى(١).

(مسألة ٢): لا إشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة(٢)، وأما على الحرة ففيه إشكال(٣)، وإن كان لا يبعد جوازه(٤)، لأن الممنوع نكاح الأمة على الحرة، ولا يصدق الأمة على المبعضة، وإن كان لا يصدق أنها حرة أيضاً.

(مســـألة ٣): إذا تزوج الأمة على الحرة فماتت الحرة أو طلقها

لكن في الجواهر دعوى القطع بالصحة مع الإذن، وكأنه مستفاد مما تقدَّم في عقد الأمة على الحرة، وهو غير بعيد.

وفي المختلف: «كان للحرة الخيار في فســخ عقد الأمة وإمضائه، والخيار في عقد نفسها؛ لأن العقد واحد وقع متزلزلاً ولا أولوية»[١].

ويشبه أن يكون من الاجتهاد في قبال النص.

(١) فإنه وإن لم يدخل في عبارة النص صريحاً، لكنه يدخل في مفهومه كما لا يخفى، لإلغاء خصوصيته عرفاً.

(٢) فإنه لا يدخل في نصوص المنع، فيرجع فيه إلى عمومات الحل.

(٣) لاحتمال كون شرف الحرية هو الموجب للمنع عن الفاقد لها.

(٤) كما مال إليه في الجواهر، لما ذكر في المتن[٢].

---

(١) مختلف الشيعة ٧: ٨٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

أو وهـــب مدتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحة(١) بل لا بد من العقد على الأمة جديداً إذا أراد.

(مسألة ٤): إذا كان تحته حرة فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الأمة في عدتها(٢)، وأما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه إشكال، وإن كان لا يبعد الجواز، لانصراف الأخبار عن هذه الصورة(٣).

(مســألة ٥): إذا زوجه فضولي حرة فتزوج أمة ثم أجاز عقد الفضولي، فعلى النقــل لا يكون من نكاح الأمة على الحرة فلا مانع منه، وعلى الكشف مشكل(٤).

---

(١) لاستصحاب عدم ترتب الأثر.

اللهم إلا أن يرجع إلى عموم الصحة، المقتصر في تقييده باعتبار إذن الحرة على صورة كونه عقد الأمة على حرة، وهو غير صادق في الفرض.

(٢) إذ ليس عنده حــرة فلا يكون من تزويج الأمة على الحرة، الذي هو موضوع المنع، فعموم الحل بحاله شامل له.

اللهم إلا أن يرجع إلى استصحاب حال ما قبل الطلاق.

لكن التحقيق عدم جريانه في مثل المقام مقابل العموم.

(٣) لو ســلم لا يجدي في الجواز، لأن دليل تنزيل المطلقة رجعياً بمنزلة الزوجة كافٍ في ثبوت الحكم الأول، المقدم على عموم الحل.

(٤) أما على الكشف الحقيقي: فلا ينبغي الإشكال في المنع، لأنه بالإجازة ينكشف أن الحرة زوجة حين عقد الفضولي، قبل عقد الأمة، فيكون العقد على الأمة من تزويج الأمة على الحرة.

(مسألة ٦): إذا عقد على حرة وعقد وكيله له على أمة وشك في السابق منهما لا يبعد صحتهما(١)، وإن لم تجز الحرة، والأحوط طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرة.

وأما على الكشف الانقلابي: فعقد الأمة حين وقوعه لم يكن من تزويج الأمة على الحرة، لكن بعد الإجازة وحكم الشارع بتحقق الزوجية حين عقد الفضولي ينقلب العقد على الأمة بعد أن لم يكن من تزويج الأمة على الحرة، فيكون من تزويج الأمة على الحرة.

نعم، يشكل المنع: بأن الأدلة منصرفة عن مثل ذلك، والظاهر منها تزويج الأمة على الحرة حين حدوثه، وليس الأمر كذلك على هذا المبنى.

وأولى منه بالإشكال لو بني على الكشف الحكمي.

(١) أما عقد الحرة: فمعلوم الصحة على كل حال، سابقاً كان، أو لاحقاً، أو مقارناً.

وأما عقد الأمة: فإن كان لاحقاً أو مقارناً فهو باطل إلا بإذن الحرة، وإن كان سابقاً فهو صحيح.

ومع الشك في الصحة يبنى على الصحة، لقاعدة الصحة.

وأما الأصول الموضوعية: فمقتضاها الصحة أيضاً إذا علم تاريخ عقد الأمة، لأصالة عدم وقوع العقد على الحرة سابقاً، ولا حين وقوع العقد على الأمة، فلا يكون عقد الأمة لمن كانت عنده حرة لا سابقاً ولا مقارناً، فيكون صحيحاً.

وأما إذا علم تاريخ عقد الحرة فأصالة عدم وقوع العقد على الأمة سابقاً

(مسألة ٧): لو شرط في عقد الحرة أن تأذن في نكاح الأمة عليها صح، ولكن إذا لم تأذن لم يصح(١)، بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمة.

ولا حين وقوع العقد على الحرة لا يقتضي صحة عقد الأمة، بل يلازم فساده، كما هو ظاهر.

وحينئذٍ لا يمكن إثبات صحة عقد الأمة بالأصل الموضوعي في هذه الصورة، ويتعين الرجوع إلى أصالة الصحة.

إلا أن يستشكل فيها؛ لأن الشك ناشئ من الشك في الأمور الاتفاقية، وجريانها في مثله محل إشكال وكلام.

(١) تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة التاسعة عشرة من فصل المحرمات بالمصاهرة، فراجع[1].

---

(١) تقدّم في ص ٢٧٦.

فصل

في نكاح العبيد والإماء

(مسألة ١): أمر تزويج العبد والأمة بيد السيد، فيجوز له تزويجهما(١) ولو من غير رضاهما، أو إجبارهما على ذلك.

ولا يجوز لهما العقد على نفسهما من غير إذنه(٢)، كما لا يجوز

فصل في نكاح العبيد والإماء

(١) بلا إشكال فيه ظاهر في الجملة.

وسيأتي بيان التعرض لذلك في الفتاوى والنصوص في المسألة السادسة عشرة[1].

وتقتضيه قاعدة السلطنة بعد ثبوت قابلية المحل، فإذا كان للحر ولاية تزويج نفسه، فالعبد تكون ولاية تزويجه لمولاه.

(٢) فقد طفحت بذلك عباراتهم من دون نقل خلاف، أو احتمال خلاف في ذلك.

وتقتضيه قاعدة السلطنة، فإن ثبوت السلطنة على ذلك للمولى يقتضي

---

(١) في ص ٤٦٦.

لغيرهما العقد عليهما كذلك(١)، حتى لو كان لهما أب حر.

بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر(٢)، ولو لا مع إجازة المولى.

نعم لو كان ذلك بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمته، لأنه ليس تصرفاً في مال الغير عرفاً(٣) كبيع الفضولي مال غيره.

وأما عقدهما على نفسهما(٤) من غير إذن المولى، ومن غيرهما(٥)

نفيها عن غيره.

مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[1]، وبعض النصوص الآتية في المسألة الثانية.

(١) لما عرفت، من غير فرق بين أن يكون العاقد أباً حراً، وغيره، لعموم القاعدة للجميع.

(٢) لحكم العقل باستحقاق العقاب على ما يصدر من المكلف من فعل أو ترك بقصد التوصل إلى الحرام، فتكون الحرمة عقلية لا شرعية.

(٣) لاختصاص التصرف في مال غيره المحرم بما يكون تصرفا خارجيا، وإيقاع التزويج ـ كايقاع البيع الفضولي ـ من التصرف الاعتباري، فلا يدخل في الدليل.

(٤) لم يتضح الفرق بين هذه المسألة وما قبلها، فإن ما قبلها كان في عقدهما على أنفسهما، وعقد غيرهما عليهما، وفي هذه المسألة كذلك.

(٥) التصرف من غيرهما لا يناسب التعليل الآتي، فاللازم الضرب عليه.

(١) سورة النساء: ٢٥.

بتوقع الإجازة، فقد يقال بحرمته(١) لسلب قدرتهما، وإن لم يكونا مسلوبي العبارة.

لكنه مشكل، لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك(٢).

والمظنون أن أصل العبارة غير موجود فيه قوله: «ومن غيرهما».

كما أن أصل العبارة السابقة هكذا: «نعم لو كان ذلك من غيرهما بتوقع الإجازة...».

فتكون العبارة السابقة في إيقاع الغير لا غير، وهذه العبارة في إيقاعهما لا غير، فحينئذٍ تختلف المسألتان.

وقد راجعت نسخة الأصل فوجدتها كما ذكرنا، على ما هو الظاهر.

(١) يظهر ذلك من الجواهر، فإنه بعد قول ماتنه: «لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك»، قال: «بل ولا يجوز ـ على الأصح ـ أن يعقدا لغيرهما أيضاً ذلك ولا غيره من العقود، وإن كان لو وقع منهما ترتب الأثر، وإن أثما»[١]، فحمل كلام الشرائع على نفي الجواز التكليفي.

وفي الرياض: علل الحكم المذكور في متن الشرائع بأنهما ملك له، فلا يتصرفان في ملكه بغير إذنه، لقبحه[٢]، إنتهى.

ونحوه كلام غيرهما[٣].

(٢) هذا الانصراف غير ظاهر.

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٤/ شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥.

(٢) رياض المسائل ١١: ٣٥٩.

(٣) الروضة البهيّة ٥: ٣٠٩.

وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضولة، فإنه ليس بحرام على الأقوى وإن قيل بكونه حراماً(١).

(مسألة ٢): لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجاز صح، وكذا الأمة على الأقوى(٢).

نعم، ما جرت السيرة على وقوعه بغير إذن الولي مخصص لعموم سلب القدرة، لكن في كون المقام منه غير ظاهر.

ومن ذلك يشكل ما يأتي في قوله رحمه الله: «على الأقوى».

(١) تقدم ذلك عن الجواهر.

(٢) كما عن الأشهر[١]، أو الأكثر[٢]، أو المشهور[٣].

وفي الشرائع: أنه الأظهر[٤].

وفي المختصر النافع: أنه أشبه[٥].

للتصريح بذلك في جملة من النصوص الواردة في العبد، كمصحح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال عليه السلام: ذلك إلى سيده إن شاء أجازه، وإن شاء فرق بينهما، قلت: أصلحك الله تعالى، إن الحكم ابن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، ولا تحل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله سبحانه، إنما عصى

---

(١) رياض المسائل ١١: ٣٥٩.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٦/ كشف اللثام ٧: ٢٩٩.

(٣) غاية المرام ٣: ٩٥/ جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٣.

(٥) المختصر النافع: ١٨٣.

. . . . . .

سيده، فإذا أجازه فهو له جائز»[١].

والمراد من معصية السيد فعله بغير إذنه، كما أن المراد من عدم معصية الله سبحانه فعله بإذنه.

توضيح ذلك: أن المعصية إنما يصح اعتبارها في التكليف، فهي الجري على خلاف مقتضى التكليف، كما أن الإطاعة الجري على وفق مقتضى التكليف، والمقام لما لم يكن فيه تكليف، لا من الله تعالى، ولا من السيد، تعين أن يكون المراد بالمعصية فيه معنى آخر، وهو فعل ما لم يأذن به، فمعصية السيد فعل ما لم يأذن به السيد.

وعدم معصية الله تعالى عدم فعل ما لم يأذن به الله تعالى، بأن كان فعله مأذوناً فيه منه تعالى، فإن عقد العبد لا قصور فيه في نفسه، فهو مشروع، ومأذون فيه من الله تعالى، فلم يكن فعله معصية لله تعالى بهذا المعنى، كما أنه لم يأذن فيه السيد، فيكون فعله معصية للسيد بهذا المعنى.

ويشير إلى ما ذكرنا خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه، فدخل بها، ثم أطلع على ذلك مولاه، قال عليه السلام: ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول، فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصيا؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئاً حلالاً، وليس بعاص لله، إنما عصى سيده، ولم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه، من نكاح في عدة وأشباهه»[٢].

---

(١)، (٢) وسائل الشيعة ٢١: ١١٤، ب ٢٤ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١، ٢.

. . . . . .

ومن النصـــوص الواردة في العبد صحيح معاويـــة بن وهب قال: «جاء رجـــل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوجت امرأة حرة بغـــير إذن موالي، ثم أعتقـــوني بعد ذلك، فأجدد نكاحـــي إياها حين أعتقت؟ فقـــال عليه السلام له: أكانوا علموا أنك تزوجت امـــرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ، قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأول»[1]، ونحوها خبر الحســـن بن زياد الطائي[2] وغيره.

ومن التعليل في الصحيح يظهر عموم الحكم للأمة.

مضافاً إلى إطلاق النصوص الدالة على أنه لا يجوز تزويج الأمة إلا بإذن مولاها، مثل خـــبر أبي العباس البقباق: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها، قال: هو زنـــى، إن الله تعالى يقول: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾»[3].

وموثق أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن نكاح الأمة، قال عليه السلام: لا يصلـــح نكاح الأمة إلا بإذن مولاها»[4]، بناءً على عمومها للإذن بعد العقد، كما تحقق ذلك في مبحث الفضولي.

وقوله عليه السلام: «هو زنى» مختص بصورة عدم الإذن، كما يظهر من الاستشهاد بالآية الشريفة.

وقيـــل بالبطلان فيهما، وهو المحكـــي عن أكثر القائلـــين ببطلان نكاح

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١١٧، ب ٢٦ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٣) المصدر السابق ٢١: ١١٩، ب ٢٩ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

والإجازة كاشـــفة(١)، ولا فرق في صحته بها بين أن يكون

الفضـــولي[١]، وإن كان بعضهم بنى على الصحة في العبد، كالشـــيخ في الخلاف والمبسوط، فقد حكي عنه أنه استثنى نكاح العبد بدون إذن سيده[٢].

وفيه: أن البناء على بطلان الفضـــولي في النكاح، لا يقتضي البناء عليه في المملوك، للنصوص الخاصة به التي عرفتها.

وقيل بالبطلان، وأن الإجازة كالعقد المســـتأنف، حكـــي عن النهاية، والتهذيب، والمهذب[٣].

لكن في كشـــف اللثام ـ تبعاً للمختلف ـ حمل البطـــلان على التزلزل[٤]، فيرجع هذا القول إلى المشهور.

وقيل بالبطلان في الأمة، والصحة في العبد، حكي عن ابن حمزة[٥].

واختاره في الحدائق[٦]؛ للنصوص الواردة في الأمة، المتضمنة أن نكاحها بغير إذن مولاها فاسد، أو زنى، بناءً منه على عدم عمومها للإذن بعد العقد.

وأما الصحة في العبد فلما تقدم من النصوص.

وفيه: ما عرفت في وجه الاستشهاد بنصوص الأمة.

(١) قد تحقق في مبحث الفضولي: أن الإجازة كاشـــفة على نحو الكشف

---

(١) كشف اللثام ٧: ٢٩٩/ وانظر: إيضاح الفوائد ٣: ٢٨، ١٣٧.

(٢) الخلاف ٤: ٢٥٧ ـ ٢٦٠/ المبسوط ٤: ١٦٣.

(٣) النهاية: ٤٧٦/ تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٨/ المهذّب ٢: ٢١٦.

(٤) كشف اللثام ٧: ٣٠٠/ مختلف الشيعة ٧: ٢٥٩.

(٥) الوسيلة: ٣٠٠.

(٦) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٠٤.

بتوقعها، أو لا بل على الوجه المحرم، ولا يضره النهي، لأنه متعلق بأمر خارج(١) متحد.

الانقلابي، بمعنى: أن الشارع حين الإجازة يحكم بصحة العقد، وثبوت مضمونه.

ومضمون العقد وإن كان نفس الزوجية لا الزوجية حين العقد، إلا أن المرتكز العرفي كون الزوجية من قبيل المسبب عن العقد، على نحو المسببات الحقيقية عن أسبابها، بحيث لا تنفك عنها.

وهذا الارتكاز قرينة على حمل عمومات الصحة والنفوذ على النحو المذكور من النفوذ، أعني: النفوذ على نحو المقارنة.

فلاحظ مبحث الفضولي من كتابنا نهج الفقاهة[1].

(١) التحقيق: أن النهي في المعاملات ـ سواء كان متعلقاً بأمر داخل أم خارج، متحد مع المعاملة أو غير متحد ـ لا يقتضي فساد المعاملة، فإن النهي عن البيع وقت النداء نهي عن أمر داخل، بل عن نفس مضمون العقد، ولا يقتضي فساد العقد، ولا عدم ترتب المضمون.

نعم، في العبادات يمكن التفصيل بين النهي عن العبادة نفسها أو عن أمر داخل فيها، كالجزء، وبين النهي عن أمر خارج، فإن الأول يقتضي الفساد، والثاني لا يقتضيه إذا لم يكن المنهي عنه متحداً مع ذات العبادة، ومع الاتحاد يقتضي الفساد، إلا بناءً على جواز اجتماع الأمر والنهي.

ثم إنك عرفت أن حرمة العقد لا بتوقع الإجازة عقلية، لا شرعية، فالنهي إرشادي من باب لزوم دفع الضرر، لا شرعي، فاستحقاق العقاب علة

---

(١) نهج الفقاهة ٢: ٩٨.

والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة بعد الرد(١).

وهل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد، أو لا؟ وجهان، أقواهما: الثاني(٢).

للنهي، لا معلول له.

ثم إن صحة العقد الواقع على الوجه المحرم بالإجازة اللاحقة صريح النصوص المتقدمة.

(١) كما هو المشهور، بل المدعى عليه الإجماع[١].

وكأن الوجه فيه: أن الرد بمنزلة الحائل بين الإجازة والعقد، فلا يمكن ارتباط الإجازة به، كما إذا كان بعد الايجاب قبل القبول، فإنه مانع من ارتباط الإيجاب بالقبول عرفاً.

(٢) لعمومات الصحة.

وعن جماعة: البناء على البطلان[٢].

وهو غير ظاهر الوجه، إلا بناءً على أن النهي السابق على العقد يستوجب وقوع الكراهة حال العقد وبعده آناً ما، فيكون الكراهة بمنزلة الرد.

وفيه: أن الكراهة لا تكون رداً، ولذا يصح عقد المكره إذا أجاز بعد ذلك.

وبالجملة: عمومات الصحة لا فرق في شمولها لعقد الفضولي بين سبق النهي وعدمه.

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣: ٢٢٤، ونسبه إلى بعض ممن يقول بصحة الفضولي في إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

(مسألة ٣): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهـــر إن لم يعين في عين يكون في ذمة المولى(١) ويجوز أن يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه.

وهل له ذلك قهراً عليه؟ فيه إشـــكال(٢) كما إذا استدان على أن يكون الدين في ذمة العبد من غير رضاه.

---

(١) الكلام.. **تارة**: يكون في المهر المذكور في متن العقد.

وأخرى: في المهر المستحق بالوطء، إذا لم يذكر المهر في العقد.

والظاهر أن مورد فرض المسألة الصورة الأولى.

وحينئذٍ يكون الوجه فيه ظاهر؛ لأن المهر المذكور لما لم يعين في ذمة ولا في عين انـــصرف إلى ذمة العاقد المباشر، وعهدته، وفي صورة الإجبار يكون الأمر بمنزلة المباشر.

لكنه غير ظاهر، فالأولى إلحاق صوره الإجبار بالصورة الآتية.

(٢) للإشـــكال في دخول الذمة تحت ســـلطان المالك، لأن الملكية قائمة بالعبد لا بذمته، فلا تكون ذمته مملوكة، ولا تحت ولاية المالك.

إلا أن يقال: إن الذمة من شؤون المملوك، فتكون تحت ولاية مالكه.

ويحتمل أن يكون وجهه الإشكال في أن العبد حر بعد العتق، فكونه يتبع به بعد العتق حق عليه في حال الحرية، فلا سلطان للمولى على جعله.

إلا أن يقال: إن المجعول أن يكون عليه حال الرقية أن يدفعه حال الحرية، فالحق المجعول عليه جعل عليه في حال الرقية، لا في حال الحرية.

وأما لو أذن لـــه في التزويج فإن عين كون المهر في ذمته، أو في ذمة العبد أو في عين معين تعين(١).

وإن أطلـــق ففي كونه في ذمته، أو في ذمـــة العبد مع ضمانه له وتعهده أدائه عنه(٢)، أو كونه في كســـب العبد، وجوه، أقواها: الأول(٣)؛ لأن الإذن في الـــشيء إذن في لوازمه، وكون المهر عليه

(١) لأنه مقتضى سلطان المولى.

(٢) الظاهر أن المراد من الضمان التعهد بالأداء، لا الضمان الاصطلاحي، بأن يكون المهر في ذمة المولى بعد أن كان في ذمة العبد.

(٣) كما في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[١].

وحكي عن ابني حمزة، وإدريس[٢].

وفي المســـالك: أنه المشهور، وأنه الأصح؛ «لأن الإذن في النكاح يستلزم الإذن في توابعـــه ولوازمه، كما لو أذن له في الإحـــرام بالحج، فإنه يكون إذناً في توابعه من الأفعال وإن لم يذكر»[٣]، انتهى.

لكن التعليل المذكور إنما يقتضي الإذن في جعل المهر، لا كون المهر في ذمة المولى.

نعم، لـــو ثبت أن العبد لا ذمة له تعين أن يكون المهر المجعول المأذون في جعله في ذمة المولى.

ولكنه غير ظاهر، بل خلاف المتســـالم عليه؛ فقد ذكروا أنه إذا جعل المهر

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٣/ قواعد الأحكام ٣: ٥٥/ إرشاد الأذهان ٢: ٧

(٢) الوسيلة: ٣٠٦/ السرائر الحاوي ٢: ٦٤٠.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ١٨٣.

. . . . . .

أكثر من مهر المثل كان الزائد على مهر المثل في ذمته.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما في الجواهر من الاستدلال على المشهور بقوله: «ضرورة عدم ذمة للعبد صالحة للاشتغال، وإلا لكان المهر جميعه فيها، ولم يقل به أحد»[١].

وأما عدم كون المهر جميعه فيها إذا كان زائداً على مهر المثل فليس ذلك لعدم ذمة للعبد، بل من الجائز أن يكون لدليل آخر.

ولأجل ما ذكرنا من الإشكال على التعليل فسره في المتن: بأن المراد أن من لوازم الإذن في التزويج عرفاً أن يكون المهر على المولى، لعدم قدرة العبد وكونه كلا على مولاه.

فالجعل في ذمة العبد وإن كان ممكناً لكنه خلاف ظاهر الإذن عرفاً.

فكأن مراد المسالك ذلك.

وكذا قبله في جامع المقاصد، فقد ذكر فيه التعليل بعينه، بزيادة: «أن النكاح يمتنع إخلاؤه عن المهر، والعبد لا يملك شيئاً، فلا يجب عليه شيء؛ لامتناع أن يجب عليه ما لا يقدر عليه؛ لامتناع التكليف بما لا يطاق، فيكون وجوبه على المولى»[٢]، انتهى.

فلو لم يكن تعهد من المولى بالمهر كان الإذن صورياً، لا جدياً، هذا بالنظر إلى الغالب.

ولذلك كان الإذن دالاً على كون المولى متعهداً بالمهر بالدلالة العرفية.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢٢٦.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ١٦٤.

ـ بعد عدم قدرة العبد على شيء، وكونه كَلاً على مولاه ـ من لوازم الإذن في التزويج عرفاً، وكذا الكلام في النفقة.

ويدل عليه أيضاً في المهر رواية علي بن أبي حمزة(١)، وفي النفقة موثقة عمار الساباطي(٢).

وليس من باب أن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، بل من باب أن لازم الإذن عرفاً التعهد بالمهر.

وكان الأولى لذلك إسقاط الجملة الأولى من التعليل، والاقتصار على ما بعدها، وهو غير بعيد.

(١) رواها عنه الحسن بن محبوب عن أبي الحسن عليه السلام: «في رجل يزوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم، ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال عليه السلام: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين له استدانه بأمر سيده»[1].

ومن ذيلها يظهر أن التزويج كان من العبد بإذن المولى، لا من المولى مباشرة كما يظهر من صدر الرواية، وإلا لم ينسجم بذيلها، فلاحظ.

(٢) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة، فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه، فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد، فقال عليه السلام: ليس على مولاه نفقة، وقد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته»[2].

فإن تعليل نفي النفقة على المولى بأنها بانت عصمتها يدل على ثبوتها على

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٩٦، ب ٧٨ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢١: ١٩٢، ب ٧٣ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

. . . . . .

السيد مع عدم البينونة.

وعن المبسوط، وابني البراج، وسعيد: أن المهر في كسب العبد[١].

وفي كشف اللثام: «وهو عندي أقوى، لأن الأصل براءة ذمة المولى. والإذن في النكاح لا يقتضي تعليق لازمه في الذمة، وإنما يستلزم الإذن في لازمه، وهو الكسب للمهر والنفقة»[٢].

وفيه: أنه لا مجال للأصل مع الدليل، وقد عرفت أن من لوازم الإذن في النكاح عرفاً التعهد بالمهر والنفقة.

ومنع استلزام الإذن في النكاح الإذن في الكسب والمهر، بل لا بد في فعل الكسب من الاستئذان.

وكذلك صرف النماء في الوفاء.

نعم، إذا كانت قرينة خاصة على ذلك كان العمل عليها، وأما الكلية فغير ظاهرة.

بل لو كان العبد معتاداً للخدمة في المضيف أو المنزل، فأذن له المولى في التزويج، فذهب واشتغل بالكسب من نساجة وغيرها، بلا إذن في المولى في ذلك كان شاذاً ومتمرداً على مولاه.

ولذا قال في الجواهر: «ليس في الإذن ما يقتضي اختصاص ذلك بخصوص الكسب من أموال السيد»[٣].

(١) المبسوط ٤: ١٦٦، ١٦٧/ المهذّب ٢: ٢٢٠/ الجامع للشرائع: ٤٤٢.

(٢) كشف اللثام ٧: ١١٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٢٢٦.

ولو تزوج العبد من غير إذن مولاه ثم أجاز، ففي كونه كالإذن السابق في كون المهر على المولى، أو بتعهده، أو لا، وجهان(١).

والإشكال عليه ـ كما في رسالة شيخنا الأعظم ـ بأن مراد كاشف اللثام أنه لا تسلط عليه في إلزامه بالدفع من غير الكسب[١]، ضعيف.

كيف؟! ولم يقل بذلك أحد، وإنما القائلون بتعلقه في ذمة المولى يريدون بذلك أنه له الدفع من أي مال شاء من كسب أو غيره، والشيخ وأتباعه يعينون الدفع من الكسب.

هذا إذا كان العبد كسوباً، أما إذا لم يكن، أو كان كسبه يقصر عن المهر، بقي للمهر في ذمته، يتبع به بعد العتق، وقد يستفاد من كلام المبسوط: أنه يتعلق برقبته كأرش الجناية[٢].

وفي الجواهر: «قد يقال: إنه في ذمة العبد، لكونه عوض ما انتقل إليه من البضع، ولكن يستحق على السيد أداؤه حالاً، أو عند حلول الأجل.

ولعل هذا هو المراد من قولهم في ذمة السيد، وأنه في عهدته أداؤه عن العبد، وإلا فالمهر على الزوج نصاً، وفتوى»[٣].

وكأنه إلى ذلك أشار في المتن بقوله: «أو في ذمة العبد...»، كما تقدَّم شرح المراد منه، وما ذكره﵀ غير بعيد عن الأذواق العرفية.

(١) أقربهما: الأول؛ لما ذكر فيما إذا كانت الإذن سابقة.

وفي القواعد: «وإجازة عقد العبد كالإذن المبتدأة في النفقة، وفي المهر

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ١٣٢.
(٢) المبسوط ٤: ١٦٨.
(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٢٢٦.

ويمكـــن الفرق بين ما لـــو جعل المهر في ذمتـــه فلا دخل له بالمولى(١) وإن أجاز العقد.

أو في مـــال معين من المـــولى أو في ذمته(٢) فيكون كما عين أو أطلق، فيكون على المولى.

ثم إن المـــولى إذا أذن فتارة يعين مقدار المهـــر، وتارة يعمم، وتارة يطلق، فعلى الأولين: لا إشكال، وعلى الأخير: ينصرف إلى المتعارف(٣).

إشكال»[١].

وفي كشـــف اللثام ـ في وجه الإشكال ـ: «أن العقد لما وقع تبعه المهر، ولم يلزم المولى حينئذٍ، وأنها رضيت بكونه في ذمة العبد، وفيهما منع ظاهر»[٢].

(١) قد عرفت أن عدم قدرة العبد على الأداء قرينة عرفية على إرادة تعهد المولى بالدفع من إجازته العقد السابق.

(٢) الصورتان المذكورتان غير داخلتين في محل الكلام، إذ لا ريب في أن مقتضى الإجازة صحة تعيين المملوك.

(٣) قد تكرر بيان أن التعارف لا يوجب الانصراف المعتد به، ولو أوجب ذلك لزم تأسيس فقه جديد.

لكـــن بناء الفقهاء في باب التوكيل في البيـــع والشراء والإجارة وأمثالها، على الانصراف إلى المتعارف، وتقييد الإطلاق به، فإذا تعدّى الوكيل كان العقد

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٥.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣٠١.

وإذا تعدى وقف على إجازته(١).

وقيل: يكون الزائد في ذمته(٢) يتبع به بعد العتق.

فضولياً، ولا يصح إلا بإجازة المالك.

ووجهه: أن الوكيل يجب عليه ملاحظة مصلحة الموكل، فالتعدي عن مهر المثل خلاف مصلحته، وكأنه في المقام كذلك.

وعليه فلا بد من ملاحظة مصلحة المالك في تصرف العبد، والتجاوز عن مهر المثل خلاف مصلحته.

وإذا كان المهر في ذمة العبد يتبع به بعد العتق، وقد أذن له المولى فلا بأس لو تجاوز المهر مهر المثل، لأنه لا يرتبط بمصلحة المولى.

(١) راجع إلى الصورة الأولى والأخيرة، التي يمكن فرض التعدي فيهما.

(٢) كما لعله المشهور، والمصرح به في الشرائع، والقواعد[١].

وفي المسالك: أن الفرق بينه وبين الشراء بأكثر من ثمن المثل ـ حيث يبطل البيع من أصله إلا بإجازة المالك، بخلاف المقام ـ: أن النكاح لا يتوقف على المهر، ولا تلازم بينهما، بخلاف البيع، فإن الثمن شرط في صحته[٢].

ويشكل: بأن ثبوت الزائد على العبد أيضاً محتاج إلى الإذن، فمع عدمه لا يصح تصرف العبد، ولا يثبت شيء في ذمته.

ولذا قال في جامع المقاصد: «إن الأنسب بالقواعد ثبوت الخيار للمولى في العقد أو الصداق»[٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٣/ قواعد الأحكام ٣: ٥٥.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١٥٥.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ١٦٤.

وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعة(١)، فإن تعدّى وقف على إجازته.

(مسألة ٤): مهر الأمة المزوجة للمولى(٢)، سواء كان هو المباشر، أو هي بإذنه، أو بإجازته.

---

(١) قد عرفت الإشكال في الانصراف إذا لم يرجع إلى مصلحة المالك.

وحينئذٍ يتعين العمل بالإطلاق، كما ذكره بعض.

إلا إذا كان اللائق بحال العبد هو اللائق بحال المالك، فإن التعدي عن ذلك خلاف مصلحة المالك حينئذٍ، فيحتاج إلى الإجازة.

(٢) بلا خلاف، كما في الرياض[١].

وبلا خلاف، ولا إشكال، كما في الجواهر[٢].

واتفاقاً، كما في رسالة شيخنا الأعظم؛ لأنه عوض منافعها المستوفاة منها، فهو كأجرة الأمة المستأجرة[٣].

لكن عرفت أن باب النكاح ليس من قبيل المعاوضات، والمهر المذكور في العقد لم يلحظ فيه عوضية.

نعم، المهر المستحق بالوطء لوحظ فيه ذلك.

وكيف كان، فالاتفاق المدعى كافٍ في استحقاق المولى للمهر.

---

(١) رياض المسائل ١١: ٣٦٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٩.

(٣) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ١٣٢.

ونفقتها على الزوج، إلا إذا منعهـــا مولاها(١) عن التمكين لزوجها، أو اشـــتراط كونها عليه(٢)، وللمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج.

مضافـــاً إلى خبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام: «في رجل يزوج مملوكة له من رجـــل حر على أربعمائة درهم، فعجل له مائتي درهم، وأخر عنه مائتي درهم، فدخل بها زوجها، ثم إن ســـيدها باعها بعد من رجل، لمن تكن المائتان المؤخرة على الزوج؟ قال عليه السلام: إن كان الزوج دخل بها وهي معه، ولم يطلب الســـيد منه بقية المهر حتى باعها، فلا شيء له عليه، ولا لغيره، وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر، إذا كان يعرف هذا الأمر»[1]، واشتماله على ما لا يعمل بظاهره غير قادح في حجيته على المقام.

(١) يعني: منعاً تكوينياً بأن حبسها، أو تشريعياً وقد امتنعت بمنعه.

لكن في الصورة الأولى لا موجب لســـقوط النفقة، لأنها معذورة في ترك التمكين، ومعه لا تسقط النفقة.

وكان الأولى استثناء صورة نشوزها، بدل ما ذكر.

(٢) يعني: اشتراط كون أدائها عليه.

أما إذا اشـــترط كون ثبوتها عليه ففيه إشكال، لأنه مخالف للكتاب، فقد جعل فيه ثبوتها على الزوج.

قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٩٦، ب ٨٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٣.

والمشـــهور أن للمولى أن يســـتخدمها نهاراً ويخلي بينها وبين الزوج ليلاً(١)، ولا بأس به.

(١) قال في القواعد: «وللسـيد استخدام الأمة نهاراً، وعليه تسليمها إلى زوجها ليلاً»[١].

وفي جامع المقاصد: «لم يلزمه تسـليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً قطعاً، بل يسـتخدمها نهاراً ويسـلمها إلى الزوج ليلاً، لأن السـيد يملك من أمته منفعة الاستخدام، ومنفعة الاسـتمتاع، فإذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتيها، وبقيت المنفعة الأخرى يسـتحق اسـتيفاءها في وقتها، وهو النهار، كما لو آجر الأمة»[٢]، ونحوه في كشف اللثام[٣].

ولم ينقل في ذلك خلاف، ولذلك نسبه في المتن إلى المشهور.

وفيه: أنه غير ظاهر.

وفي الجواهر ـ في المسـألة الرابعة، آخر مسـائل تحليل الأمة ـ قال: «إن المتجه على أصول الإمامية جريان حكم الزوجة عليها، فيجب تسـليمها حينئذٍ ليلاً ونهاراً.

نعم، يجوز للسـيد الانتفاع بها في كل منهما، ما لم يعارض حق الاستمتاع بها، وملك السـيد لها لا يزيد على ملك الحرة نفسـها، الذي قـد انقطع بعقد التزويج الوارد على ذلك.

والمقتضي تسـليط الزوج على زوجتـه في جمع الأزمنـة والأمكنة، فإن

(١) قواعد الأحكام ٣: ٦٣.

(٢) جامع المقاصد ١٣: ١٩٨.

(٣) كشف اللثام ٧: ٣٥٠.

بل يستفاد من بعض الأخبار(١).

ولو اشترطا غير ذلك فهما على شرطهما(٢).

ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن السيد؟ قد يقال: ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها فإنه يجوز له من دون إذن الزوج(٣).

الرجال قوامون على النساء»[١].

ومن ذلك يظهر لك الإشكال فيما ذكر في المتن من قوله ﷺ: «ولا بأس به».

(١) وهو ما رواه الراوندي في محكي نوادره، بإسناده عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام: «إن علياً عليه السلام قال: إذا تزوج الحر أمة، فإنها تخدم أهلها نهاراً، وتأتي زوجها ليلاً، وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك»[٢].

لكن الخبر ضعيف لم يثبت جبره بعمل.

ومورده الأمة المعدّة للخدمة، ولعل إعدادها لذلك قرينة على اشتراط عدم مزاحمة حقوق الزوج لها.

(٢) عملاً بعموم نفوذ الشروط.

(٣) القائل العلامة في القواعد[٣].

وعلله في جامع المقاصد: بأن السيد مالك للرقبة، وإحدى المنفعتين، وليس للزوج إلا المنفعة الأخرى، فكان جانبه أقوى[٤].

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣١٧.

(٢) النوادر للراوندي: ١٨٥.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٦٣.

(٤) جامع المقاصد ١٣: ٢٠١.

والأقوى العكس، لأن السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية، والرجال قوامون على النساء.

وأما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه(١)، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلا ما كان واجبا عليه من الوطء في كل أربعة أشهر، ومن حق القسم.

(مسألة ٥): إذا أذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صح على الأقوى من ملكية العبد والأمة(٢)، وإن كان للمولى أن يتملك ما ملكاه(٣).

وفي كشف اللثام: علله بسبق حقه، وتعلقه بالرقبة، وعدم منافاته لحق الزوج[١]، إنتهى.

والأخير ممنوع، وما قبله لا يقتضي الجواز.

(١) لأنه لا يقدر على شيء، ومخالفته لمولاه تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

(٢) تعرّضنا لتحقيق ذلك في أوائل كتاب الحج من هذا الشرح[٢].

(٣) لعموم عدم قدرة العبد على شيء، وعموم: «الناس مسلطون على أموالهم»[٣].

فإن إخراج شيء عن ملكه ـ كإدخال شيء في ملكه ـ داخل في العموم

---

(١) كشف اللثام ٧: ٣٥١.

(٢) تقدّم في ج ١٧ ص ٤٩.

(٣) الخلاف ٣: ١٧٦.

بل الأقوى كونه مالكاً لهما ولمالهما ملكية طولية(١).

المذكور، بل مقتضاه جواز تمليك المالك مال العبد لشخص ثالث، سواء كان فيه مصلحة للعبد، أم مفسدة عليه، إذ لا يعتبر في عموم السلطنة وجود مصلحة للمملوك، كما هو ظاهر.

وعن المختلف: «لو ملك (يعني: العبد) لما جاز للمولى أخذه منه قهراً، والتالي باطل إجماعاً»[1]، وهو شامل لما نحن فيه.

(١) هذا لم يعرف قولاً لأحد منا، فإن الأقوال المحكية في المسألة ـ على كثرتها ـ ليس هذا منها، فقد حكاها جماعة، ومنهم الشيخ الكبير قدس سره في شرح القواعد، ولم يذكر هذا القول منها.

قال رحمه الله ـ بعد الاستدلال على عدم الملكية مطلقاً ـ: «فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقاً، فنسب إلى الأكثر في رواية، وإلى ظاهر الأكثر في أخرى.

أو يملك فاضل الضريبة فقط، أو أرش الجناية كذلك، ونسبا إلى الشيخ وأتباعه.

أو ما ملكه مولاه، وربما عد منه فاضل الضريبة، أو ما أذن له في ملكه، أو المركب منهما، على اختلاف أقسامه، أو يملك ملكاً غير تام، أو التصرف خاصة»[2].

وكان وجه هذ القول: الأخبار الصحيحة ـ كما قيل ـ الدالة على أن العبد وماله لمولاه.

ومنها صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه قال في المملوك: ما

(١) مختلف الشيعة ٨: ٤٤.

(٢) حكاه عنه في جواهر الكلام ٢٤: ١٧٨.

.....

دام عبداً فإنه وماله لأهله، لا يجوز له تحرير، ولا كثير عطاء، ولا وصية، إلا أن يشاء سيده»[1].

وتقريب الاستدلال بها: أنه لما امتنع اجتماع ملكيتين مستقلتين على مملوك واحد، يدور الأمر بين التصرف في إضافة المال إلى العبد، بحملها على غير الملكية الحقيقية، لأنه يكفي في الإضافة على نحو المجاز أدنى ملابسة، والتصرف في إضافتها إلى المالك، بحملها على جواز التصرف فيه.

وبين التصرف في موضوع ملكية المولى، فيجعل موضوعها المال المضاف إلى العبد، حتى تكون ملكية المولى قائمة بغير ما تقوم به ملكية العبد، فإن ملكية العبد قائمة بذات المال، وملكية المولى قائمة بالمال المضاف إليه، فتكون ملكية المولى في طول ملكية العبد؛ لأن موضوعها متأخر رتبة عن موضوع ملكية العبد، فلا تكون من اجتماع الملكيتين في موضوع واحد، بل هما في موضوعين مترتبين.

وفيه: أن هذا المعنى بعيد عن الأذواق العرفية، فيتعين أحد التصرفين الأولين.

وإذا دار الأمر بين التصرف في الصدر، والتصرف في الذيل، يتعين الثاني، لأن الأول يقع في موقعه من الذهن، فيحمل الثاني عليه، لا العكس.

مضافاً إلى أن الظاهر تضاد الملكيتين ولو كانتا طوليتين.

واختلاف الرتبة لا يرفع التضاد بينهما، ولا يسوغ اجتماعهما.

وملكية الله سبحانه للعباد وما هو لهم ليس من باب اجتماع الملكيتين

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤١٠، ب ٧٨ ـ الوصايا ـ حديث: ١.

(مسألة ٦): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر توقف صحة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم(١)، ولو كانا مبعضين توقف على إذنهما وإذن المالك(٢)، وليس له إجبارهما حينئذ(٣).

(مسألة ٧): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح(٤)

الطوليتين، فإن ملكية الله تعالى قائمة بذات مال العبد، لا بما هو مضاف، بل من باب اجتماع ملكيتين من سنخين، فإن سنخ ملكية الله تعالى غير سنخ ملكية العبد، والإضافة القائمة بين المال والعباد غير الإضافة القائمة بين المال وخالقه ـ جل شأنه وتقدست أسماؤه ـ نظير اختلاف الإضافتين في مثل قولنا: «السرج للدابة» و«السرج لزيد»، فلاحظ وتأمل.

(١) على ما عرفت في الملك المتحد، فإنه لا فرق بين اتحاد المالك وتعدده، بلا إشكال ولا خلاف.

(٢) أما التوقف على ذلك: فلقاعدة السلطنة.

وأما الصحة حينئذٍ: فلما عرفت سابقاً، لعدم الفرق بين الفروض.

(٣) إذ لا دليل على ذلك ولا سلطنة للمالك عليهما، بعد أن كان بعضهما خارجاً عن ملكه.

(٤) لأنه إذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك وبطل النكاح، إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر[1].

ويشهد له النصوص، منها خبر سعيد بن يسار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتريه، هل يبطل نكاحه؟ قال عليه السلام: نعم،

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ١٤٧.

وتستحق المهر إن كان ذلك بعد الدخول(١).

وأما إن كان قبله ففي سقوطه، أو سقوط نصفه، أو ثبوت تمامه، وجوه مبنية على أنه بطلان أو انفساخ(٢).

لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء»[١].

ونحوه صحيح عبد الله بن سنان، ومصحح محمد بن قيس[٢]، وغيرهما.

(١) بلا خلاف ظاهر.

لأن الدخول سبب الاستحقاق، فلا يزول ببطلان العقد الطارئ، لأن البطلان الطارئ لا يرفع الاستحقاق السابق.

نعم، لو كان البطلان من أول الأمر كان مقتضاه الرجوع إلى مهر المثل، لا المسمى.

(٢) لا يظهر الفرق عرفاً بين البطلان والانفساخ، فإنهما واحد.

وكأن مراده من البطلان: البطلان من أول الأمر، ومن الانفساخ: الانفساخ من حين السبب الطارئ.

لكن لم يذكر في كلماتهم في مبنى المسألة ذلك، وإنما المذكور في المسألة احتمالان: التنصيف، وسقوط المهر، كما سيأتي في عبارة القواعد.

ومبناهما إلحاق المقام بالخلع؛ لأن الفسخ حصل من الزوجين، كباب الخلع قبل الدخول.

أو من الزوجة فقط، كما لو أسلمت مع كفره، أو ارتدت مع إسلامه،

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٥٨، ب ٤٩ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ١، ٣.

.....

قبل الدخول، فإنها لا تستحق من المهر شيئاً.

نعم، إذا ملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول احتمل التنصيف، وتمام المهر.

قال في جامع المقاصد في الفرض الأول: «ففي سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان».

ثم ذكر أن وجه الأول: أن الفراق حصل بصنع الزوجين.

ووجه الثاني: أن الفراق حصل بالزوجة والسيد، لا اختيار للزوج فيها[1].

ونحوه ذكر في الجواهر في آخر المسألة الأولى أول مبحث نكاح الإماء[2].

ثم قال في جامع المقاصد: «ولو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول، ففي وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضاً».

ووجه الأول: أن الفراق كان بفعل الزوجين.

ووجه الثاني: أن الفراق كان بفعل الزوج لا غير.

ثم قال: «لكن المتجه هنا وجوب الجميع، وقد سبق نظائره في الرضاع، وتجدد الإسلام»[3].

والذي يتحصل من كلامه: أن الفراق إن كان بفعل الزوجين تعين التنصيف، وإن كان بفعل الزوجة سقط جميع المهر، وإن كان بفعل الزوج ثبت جميع المهر.

قال في القواعد: «وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في

(١)، (٣) جامع المقاصد ١٣: ٦٨.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٩.

. . . . . .

الحال، ولا مهـــر إن كان من المرأة، وإلا فالنصف، ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة»[١].

وفي كشـــف اللثام: جعل الاحتمال الأخير قوياً، إلحاقاً للارتداد بالموت، الموجب لثبوت تمام المهر[٢].

وفي جامع المقاصـــد في شرح ذلك قال: «وقيـــده المصنف رحمه الله بما إذا كان الارتداد عن فطرة، ولا وجه له، لأنه قد سبق في غير موضع من كلام المصنف رحمه الله احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الرجل، أو لا من قبل واحد من الزوجين؛ لأن المهر يجب جميعه بالعقد على أصح الأقوال، ولم يثبت تشطيره إلا بالطلاق، فيبقى وجوب جميعه ثابتاً في غير الطلاق، إذ الحمل عليه قياس»[٣].

وفي رسالة شـــيخنا الأعظم رحمه الله فيما لو أسلمت قبل الدخول: أنه لا مهر لها؛ «لأن الحدث جاء من قبلها»، وفيما لو أسلم أحد الحربيين: إن «عليه نصف المهر، إن كان الإسلام منه. وقيل: عليه جميع المهر؛ لثبوته بالعقد، ولا دليل على سقوطه، وإلحاقه بالطلاق قياس، وإلا يكن الإسلام منه بل كان الإسلام منها فلا شيء، لما تقدم»[٤]، انتهى.

لكن مقتـــضى التعليل المذكور وجوب الجميع حتى لو كان الفســـخ من الزوجة.

فـــما الذي أوجب الفرق بين الفســـخ من الزوجة، فـــلا يحتمل فيه التمام

(١) قواعد الأحكام ٣: ٤٠.

(٢) كشف اللثام ٧: ٢٢٩.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٤١٠.

(٤) كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري): ٣٩٨، ٣٩٩.

.....

ـ كما في فرض المسألة المذكورة في المتن ـ والفسخ من الزوج، فيكون المتجه فيه التمام؟!.

وكيف كان، فالمتحصل مما ذكرنا: أن الاحتمالات الثلاثة مبنية على الاحتمالات في إلحاق المقام بغيره مما ثبت فيه التمام، كالموت بناءً على المشهور.

والتنصيف، كالطلاق.

أو السقوط، كالفسخ من أحد الزوجين بعيب في صاحبه، زوجاً كان الفاسخ أو زوجة، إلا في العنن، ففيه التنصيف، للدليل.

والذي يقتضيه الذوق العرفي: أن الفراق إن كان لقصور في موضوع العقد، لموت، أو ارتداد، أو رضاع موجب لكون الزوجة من المحارم، أو نحو ذلك، لزم جميع المهر؛ لعدم خلل في العقد، بل الخلل في موضوعه، فهو باق في موضوعه الحقيقي الذي ارتفع بطرو الطارئ.

فالطارئ إنما يرفع موضوع العقد، ولا يرفع نفس العقد، نظير ما لو باعه أو وهبه طعاماً، فأكله، فإن الأكل لا يبطل البيع ولا الهبة، وكذا موت أحد الزوجين لا يبطل النكاح.

ولذلك كان الأصل فيه بقاء تمام المهر ـ كما هو المشهور ـ وإن كان التحقيق هو التنصيف، كالطلاق، لكنه للدليل، لا لأنه مقتضى الأصل؛ فإنه إذا كان العقد باقياً في موضوعه كان المهر باقياً أيضاً.

وعلى هذا يتعين تمام المهر في جميع الصور المذكورة، كما يتعين العمل بالشروط التي تضمنها العقد.

فإذا ماتت الزوجة وقد اشترطت على زوجها في عقد النكاح أن يسرج في

ثـــم هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا؟ وعلى الســـقوط كلاً إذا اشـــترته بالمهر الذي كان لها في ذمة الســـيد بطل الشراء، للزوم خلو البيع عن العوض(١).

المسجد عشرين سنة، وجب على الزوج الإسراج المدة المذكورة.

وكذا الكلام في الشروط في عقد النكاح إذا ارتدت الزوجة، أو أسلمت، أو حرمت على زوجها برضاع، فإنها لا تبطل بذلك، وإن خرجت الزوجة عن الزوجية.

وإذا كان الفراق بالفســـخ الاختيـــاري بطل تمام المهـــر؛ لأن المهر قائم بالعقد، وقد ارتفع وانحل.

وكذا الشروط القائمة بالعقد، فإنها تبطل، ولا يجب العمل بها.

ولا فرق بين أن يكون المباشر للفسخ الزوج، والزوجة، كما هو الحكم في فسخ أحد الزوجين بعيب في الآخر قبل الدخول، إلا في العنن، ففيه التنصيف، للدليل.

كما لا فرق في الفرض الأول بين أن يكون السبب الطارئ باختيار الزوج، أو الزوجة، وأن يكون باختيارهما معا، وأن لا يكون باختيار أحدهما.

وأما الطلاق بأنواعه فمما لا يرتبط بالعقد، ولا بموضوعه، وإنما يحدث أثراً مضاداً لأثر العقد، فلا مجال لإلحاق المقام به.

وعـــلى ما ذكرنا يشـــكل الحكم فيما ذكـــروه هنا، وفي باب إســـلام أحد الزوجين، وفي باب الرضاع المحرم.

(١) قال في القواعد: «ولو اشـــترته زوجته أو اتهبته قبل الدخول ســـقط

.....

نصف المهر الذي ضمنه السيد، أو جميعه، فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع، حذراً من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء البيع عن العوض»[١].

قال في جامع المقاصد ـ في بيان ذلك ـ: «إنه إذا صح البيع دخل في ملكها، وانفسخ النكاح، فيسقط المهر، لأنه المقدر، فيبقى البيع بغير عوض يقابله، فينفسخ؛ لامتناع صحة البيع بدون ثمن، فصحة البيع تستلزم بطلانه، وذلك دور عند الفقهاء، وبطلانه ظاهر؛ لأن كلما يفضي صحته إلى بطلانه يجب الحكم ببطلانه»[٢].

وفي حاشية بعض الأعاظم ـ أجيب عنه ـ: بأن سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد، وفي رتبة الشراء يكون المهر ثابتاً، وهو كاف في صحة الشراء، فلا يلزم خلو البيع من العوض[٣].

ويشكل: بأن سقوط المهر في الرتبة اللاحقة للشراء موجب لبطلان الشراء في الرتبة اللاحقة، ويلزم المحذور.

وهكذا كل ما يلزم من وجوده عدمه الذي قيل إنه محال، فإنما يلزم من وجوده في رتبة عدمه في الرتبة اللاحقة.

نعم، يمكن أن يقال: إن البناء على عدم صحة الشراء من جهة لزوم المحذور المذكور راجع إلى تخصيص ما دل على صحة الشراء، بإخراج المورد عنه.

وحينئذٍ يدور الأمر بين التخصيص المذكور، وبين تخصيص ما دل على أن

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٥.

(٢) جامع المقاصد ١٣: ٦٩.

(٣) العروة الوثقى ٥: ٥٧٥، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

. . . . . .

الشراء يبطل النكاح، وبين تخصيص ما دل على أن النكاح إذا بطل بطل المهر.

فإنه لو بني على عدم التخصيص للعمومات المذكورة، وعلى الأخذ بها، لزم المحذور.

والتخلص منه كما يكون بالبناء على عدم صحة الشراء، يكون بالبناء على صحة الشراء وعدم بطلان النكاح به، ويكـــون أيضاً بالبناء على صحة الشراء وبطلان النكاح به وعدم سقوط المهر.

ولأجل أن العمومات مترتبة لترتب موضوعاتها، يتعين ســقوط الأخير عن الحجية؛ للعلم الإجمالي إما بالتخصيص أو التخصص.

ولا وجه للبناء على التخصيص الأول، فإنه خلاف أصالة العموم.

فالفتوى بصحة الشراء وبطلان النكاح وعدم سقوط المهر أولى من البناء على عدم صحة الشراء، وأوفق بقواعد العمل بالأدلة.

مضافاً إلى أن الإشــكال إنما يتم لو كان الــشراء بالمهر بما أنه مهر، أما إذا كان بعنوانه الذاتي، فالســقوط يقتضي ضمانه على الزوجــة لتصرفها فيه، ولا يقتضي بطلان البيع.

كما لو اشــترت به شــيئاً آخر ثم فســخ النكاح، فإنه يرجع عليها ببدل الصداق.

وقــد تنبه لذلك في جامع المقاصد، ولكــن لم يكتف به في الجواب، لأن التقدم اعتباري، لا زماني، بخلاف المثال المذكور[1].

والفرق بين التقدم الزماني والاعتباري غير ظاهر.

(١) جامع المقاصد ١٣: ٦٩ ـ ٧٠.

نعم لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول، لاستقرار المهر حينئذٍ.

وعن العلامة في القواعد(١): البطلان إذا اشترته بالمهر الذي في ذمة العبد وإن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر، فيخلو البيع عن العوض، وهو مبني على عدم صحة ملكية المولى في ذمة العبد(٢)، ويمكن منع عدم الصحة(٣).

---

(١) قال رحمه الله: «ولو اشترته به بعد الدخول صح: ولو جوزنا إذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد، فاشترته به، بطل العقد؛ لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض»[١].

(٢) إذ لو قلنا بجواز ملك السيد ما في ذمة عبده، لا يكون تملك السيد للعبد موجباً لبراءة ذمة العبد، فلا يلزم المحذور.

(٣) في جامع المقاصد: «لامتناع أن يستحق المولى في ذمة مملوكه مالاً، لأنه وذمته ملك له، فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالاً؟!»[٢]، ونحوه في كشف اللثام[٣].

وقد استشكل في ذلك المصنف رحمه الله، لعدم وضوح وجه المنع، ولا سيما بملاحظة أنه لو أتلف مال المولى كان ضامناً.

ودعوى: أن ذلك للضرورة، حذراً من ضياع الأموال.

كما ترى! فإن الضرورة لا تجعل الممتنع ممكناً.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٥.

(٢) جامع المقاصد ١٣: ٧٢.

(٣) كشف اللثام ٧: ٣٠٢.

مع أنه لا يجتمع ملكيتها له ولما في ذمته(١)، بل ينتقل ما في ذمته إلى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

(مسألة ٨): الولد بين المملوكين رق(٢)، سواء كان عن تزوج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهة مع العقد أو مجردة، أو عن زنى منهما، أو من أحدهما، بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما.

وأما إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر(٣) إذا كان عن

---

(١) لأن المعاوضة تقتضي انتقال كل من العوضين إلى ملك مالك الآخر، فكما أن العبد انتقل إلى الزوجة من مالكه، كذلك ينتقل المهر منها إلى مالكه، فلا يجتمع المهر والعبد في ملكية مالك واحد، وإلا لزم الجمع بين العوض والمعوض، وهو خلف.

(٢) بلا خلاف ولا إشكال.

وفي كشف اللثام: دعوى الاتفاق عليه[1]، لأنه نماء المملوك، والنماء تابع للأصل.

ولو بني على الإشكال في ذلك كان مقتضى الأصل الحرية.

ولا فرق فيما ذكرنا بين الصور المذكورة في المتن.

(٣) على المشهور شهرة عظيمة.

ويشهد له جملة من النصوص، منها صحيح جميل بن دراج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد، قال عليه السلام: يلحق الولد بأبيه،

---

(١) كشف اللثام ٧: ٣٠٤.

.....

قلت: فعبد تزوج حرة، قال عليه السلام: يلحق الولد بأمه»[١].

وخبره: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار، وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار»[٢].

وخبره الآخر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمة، أو عبد يتزوج حرة، قال: فقال لي: ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً، إنه يلحق بالحر منهما، أيهما كان أباً أو أماً»[٣].

ومصحح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في العبد تكون تحته الحرة، قال عليه السلام: ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه»[٤]، ونحوها غيرها.

وعن ابن الجنيد: الإلحاق بالأم، كانت أمة أو حرة[٥].

ويشهد له جملة من النصوص، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل زوج أمته من رجل، وشرط عليه أن ما ولدت من ولد فهو حر، فطلقها زوجها أو مات عنها، فزوجها من رجل آخر، ما منزلة ولدها؟ قال: منزلتها، ما جعل ذلك إلا للأول، وهو في الآخر بالخيار، إن شاء أعتق، وإن شاء أمسك»[٦].

وخبر الحسن بن زياد: «قلت له: أمة كان مولاها يقع عليها، ثم بدا له

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٢١، ب ٣٠ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٦.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٨.

(٤) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٥) عنه في مختلف الشيعة ٧: ٢٦٨.

(٦) وسائل الشيعة ٢١: ١٢٤، ب ٣٠ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١٣.

عقد صحيح(١)، أو شبهة مع العقد، أو مجردة(٢)، حتى فيما لو دلست الأمة نفسها(٣) بدعواها الحرية فتزوجها حر على الأقوى،

فزوجها، ما منزلة ولدها؟ قال عليه السلام: بمنزلتها، إلا أن يشترط زوجها»[١].

وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل زوج جاريته رجلاً، واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر، فطلقها زوجها، ثم تزوجت آخر، فولدت، فقال عليه السلام: إن شاء أعتق، وإن شاء لم يعتق»[٢]، ونحوها غيرها.

لكنها لمخالفتها للأصحاب عداه لا مجال للأخذ بها، ولا سيما في مقابل ما تقدم، فيتعين طرحها أو حملها على التقية.

ثم إنها ربما تقدَّم في المسألة الثانية من فصل ما يحرم بالمصاهرة ما ظاهره المنافاة لما هنا، وتقدَّم الكلام في ذلك[٣].

(١) كما هو مورد أكثر النصوص.

(٢) إجماعاً ظاهراً.

ويقتضيه إطلاق قوله عليه السلام في خبر جميل: «ليس يسترق الولد إذا كان...»، فإنه ظاهر في عموم الولد للولد عن شبهة.

ومورده وإن كان التزويج، لكن المورد لا يخصص الوارد.

(٣) سيأتي الكلام فيه في المسألة الثانية عشرة[٤].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٢٤، ب ٣٠ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ١١.

(٣) بل في المسألة الثامنة، ورسم الكلمة في الأصل لا يأباه، على ما تقدّم في ص ٢٦٦.

(٤) في ص ٤٤٨.

وإن كان يجب عليه حينئذٍ دفع قيمة الولد إلى مولاها.

وأما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنى من الحر منهما، فالولد رق(١).

---

(١) الظاهر أنه لا إشكال فيه.

ويقتضيه أن الحر إذا كان زانياً، أو عالماً بفساد العقد، كان ذلك مانعاً من انتساب الولد إليه، فيتعين انتسابه إلى الآخر.

بل هو واضح إذا كان الحر هو الـزوج، فإن لحوق الولد بالأم حينئذٍ في محله.

أما إذا كان الحر الزوجة فالتحاقه بالأب دون الأم مبني على إهمال قاعدة تبعية الولد لأمه، وقد عرفت أنه محل تأمل.

نعم، قد يـدل عليه خبر العلاء بن رزين: «في رجـل دبر غلاماً له فأبق الغلام، فمضى إلى قوم فتزوج منهم، ولم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد وكسب مالاً ومات مولاه الذي دبره... فقال عليه السلام العبد وولده لورثة الميت»[1].

لكن مورده صورة جهل الحر وعلم العبد، عكس مفروض المسألة، وقد عرفت أن الحكم فيه اللحوق بالحر.

فلا بد من تأويل الخبر، وإلا أمكن استفادة حكم المقام منه بالأولوية.

نعم، يـدل على الحكم في صـورة زنى الزوج مرسـل جميل عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليهما السلام: «في رجل أقر على نفسـه بأنه غصب جارية رجل، فولـدت الجارية من الغاصب، قال عليه السلام: ترد الجارية والولد على المغصوب، إذا

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١١٩، ب ٢٨ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

ثم إذا كان المملوكان لمالك واحد فالولد له(١)، وإن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسوية(٢)، إلا إذا اشترطا

أقر بذلك الغاصب»[١].

(١) بلا ريب، لأنه نماء ملكه أيّاً منهما كان، ويشهد به رواية أبي هارون المكفوف[٢].

(٢) على المشهور بين الأصحاب، بل كافتهم، عدا أبي الصلاح، فذهب إلى أنه يتبع الأم كغيره من الحيوانات[٣].

وفي المسالك: «فرقوا بينهما: بأن النسب مقصود في الآدميين، وهو تابع لهما، بخلاف غيره من الحيوانات، فإن النسب فيه غير معتبر، والنمو والتبعية فيه لاحق بالأم خاصة، وفي الفرق خفاء، إن لم يكن هناك إجماع»[٤]، ونحوه في الرياض[٥].

وفي كشف اللثام: «الفرق ضعيف»[٦].

وفي الحدائق: أنه مشكل[٧].

وفي جامع المقاصد: أن الفرق ـ وراء النص والإجماع ـ ثبوت النسب المقتضي للتبعية[٨]، انتهى.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٧٧، ب ٦١ ـ نكاح العبيد والإماء ـ ملحق حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢١: ١٤٥، ب ٤٢ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٩.

(٥) رياض المسائل ١١: ٣٦٤.

(٦) كشف اللثام ٧: ٣١١.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٠٧ ـ ٢٠٨.

(٨) جامع المقاصد ١٣: ٧٢.

التفاوت أو الاختصاص بأحدهما(١).

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين، أو مع عدم الإذن من واحد منهما(٢)، وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك،

وكأنه يشير بالنص إلى ما ورد في تزويج العبد حرة، وبالعكس، المتضمن أنه يلحق بالحر منهما.

وفي الجواهر: أن هذه النصوص تومئ إلى ذلك[١].

ولكنه غير ظاهر فإن جهة الحرية غير جهة المالكية والمملوكية، ومن الجائز غلبة الجهة الأولى على الثانية.

فما ذكره أبو الصلاح أوفق بالقواعد، لولا أن خلافه مظنة الإجماع.

(١) كما نص على ذلك في الشرائع، والقواعد[٢].

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده؛ لعموم: المؤمنون عند شروطهم»[٣].

بناءً على صحة شرط النتيجة في مثله، كما ذكروا ذلك في كتاب الشركة[٤].

(٢) في المسالك: «ظاهرهم الاتفاق عليه»[٥].

وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال[٦] في الصورتين، بناءً على عدم المزية لأحدهما، الموجبة لترجيح الإلحاق به على الإلحاق بالآخر.

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢١١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٣/ قواعد الأحكام ٣: ٥٥.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢١٢/ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ ـ المهور ـ حديث: ٤.

(٤) تقدّمت الإشارة إليه في الجملة في ج ٢٠ ص ٤٠ ـ ٥٠.

(٥) مسالك الأفهام ٨: ٢٧.

(٦) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٥.

. . . . . .

خلافاً لأبي الصلاح، كما تقدم.

نعم، يشكل: بأنه مع الزنى بالأمة يلحق الولد بالأم عندهم، والعقد بلا إذن بمنزلة العدم، فالنكاح معه يكون من الزنى.

ولأجل ذلك خص بعض الحكم بالتشريك في المقام بصورة الجهل، لئلا يكون من الزنى[١].

وفي الجواهر دفعه: بأن مقتضى النصوص الواردة في نكاح الأمة من غير إذن مولاها المتضمّنة إلحاق الولد بها، والنصوص الواردة في نكاح العبد من غير إذن مولاه المتضمنة إلحاق الولد به: هو أن عدم الإذن موجب للإلحاق، وفي المقام حاصل في الأبوين معاً، فيلحق الولد بهما معاً[٢].

لكن ما ذكر لا يخلو من خفاء، لاختلاف المورد.

مع أنك عرفت الإشكال في خبر العلاء بن رزين الدال على رقية ولد العبد المتزوج بلا إذن[٣].

وسيجيء أيضاً الإشكال في نصوص الأمة المتزوجة بغير إذن مولاها، والخلاف في ذلك، واختيار المصنف والجواهر حرية الولد، خلافاً لما نسب إلى المشهور[٤].

ولأجل ذلك يكون تخصيص الحكم المذكور بصورة جهلهما، وإلحاق

---

(١) نهاية المرام ١: ٢٦٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٦.

(٣) تقدّم في ص ٤٢٩.

(٤) يأتي في ص ٤٥٠، وما بعدها.

ولكن المشهور أن الولد حينئذٍ لمن لم يأذن(١).

ويمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الإذن(٢)، بحيث يستفاد منه إسقاط حق نمائية الولد حيث إن مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحرة، وإلا فلا وجه له(٣).

صورة علمها بالزنى في الالحاق بالأم ـ عملا بقاعدة تبعية النماء للأم ـ أولى، لو لم يكن إجماع على خلافه.

(١) وفي المسالك: «ظاهرهم الاتفاق عليه... إلى أن قال: عللوه بأن الإذن لمملوكه في التزويج مطلقاً مقدم على فوات الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برق، فينعقد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن، فيكون الولد له خاصة»[1].

(٢) قد عرفت تعليلهم له بذلك.

لكنه عليل؛ لأن إلحاق الولد بالمملوك حكم شرعي، لا يقبل الإسقاط، فضلاً عن السقوط بالإقدام على خلافه، ولإمكان فرض اختصاص الإذن بتزويج المملوك، مع أن الحكم عندهم فيه كذلك.

(٣) ذكر في الجواهر: أن الوجه فيه النصوص الواردة في تزويج العبد غير المأذون، والواردة في تزويج الأمة غير المأذونة، المتضمنة تبعية الولد لغير المأذون، المستفاد منها اقتضاء عدم المأذونية الإلحاق، كما تقدم منه نظيره في غير المأذونين[2].

لكن عرفت إجمالاً الإشكال في النصوص المذكورة، وسيأتي الكلام فيها في المسألة الثانية عشرة، والثالثة عشرة.

(١) مسالك الأفهام ٨: ٢٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٦.

وكذا لو كان الوطء شبهة(١) منهما سواء كان مع العقد أو شبهة مجردة، فإن الولد مشترك.

وأما لو كان الولد عن زنى من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمة(٢)، سواء كان من طرفها شبهة أو زنى.

(مسألة ٩): إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر(٣) لا يصح اشتراط رقيته على الأقوى(٤) في ضمن عقد التزويج، فضلاً

---

(١) لما تقدَّم في غير المأذونين.

(٢) وفي الجواهر: «من غير خلاف، ولا إشكال»[١].

وفي المسالك: «ظاهرهم الاتفاق عليه»[٢]، وقد يدل عليه مرسل جميل المتقدم[٣].

(٣) كما تقدَّم، وتقدم الخلاف فيه من الإسكافي[٤].

(٤) كما في المسالك، وغيرها[٥].

والمشهور بين الأصحاب ـ كما في المسالك ـ: القول بالصحة.

وفي الشرائع: نسبه إلى قول مشهور[٦]، وظاهره التردد فيه، وصرح

---

(١) جواهر ٣٠: ٢٣٨.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٢٧.

(٣) في ص ٤٢٩.

(٤) تقدّم في ص ٤٢٦، ٤٢٧.

(٥) مسالك الأفهام ٨: ١١/ كشف اللثام ٧: ٣٠٤/ وإلى الأكثر في نهاية المرام ١: ٢٦٧/ وإجماعاً في المقتصر: ٢٤٦.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٣.

.....

بالتردد في المختصر النافع[١].

وفي الجواهر: «لم أجد فيه تردداً ـ فضلاً عن الخلاف ـ قبل المصنف»[٢].

ووجه المشهور: عمومات نفوذ الشرط، ورواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لو أن رجلاً دبّر جارية، ثم زوجها من رجل فوطأها، كانت جاريته وولدها مدبرين، كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك»[٣].

بناءً على حملها على صورة شرط الرقية ـ كما عن الشيخ رحمه الله[٤] ـ جمعاً بينها وبين ما دل على حرية المتولد بين الحر والمملوك، كما سبق[٥].

لكن الرواية ـ مع أنها غير واضحة السند، لأن في سندها أبا سعيد، وهو مشترك بين الثقة والضعيف ـ غير واضحة الدلالة.

والحمل على إرادة صورة شرط الرقية في مقام الجمع بينها وبين معارضها، لا يقتضي حجيتها فيه، كما لعله ظاهر.

وأما عمومات نفوذ الشرط ـ مثل قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[٦] ـ فمقيدة بما دل على بطلان الشرط المخالف للكتاب، والمحقق في محله أن المراد به شرط حكم على خلاف المقتضي الشرعي، وظاهر نصوص حرية المتولد بين

(١) المختصر النافع: ١٨٣

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢١٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ١٢١، ب ٣٠ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١٠.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٦.

(٥) في ص ٤٢٦.

(٦) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ ـ المهور ـ حديث: ٤.

عن عقد خـارج لازم، ولا يضر بالعقد(١) إذا كان في ضمن عقد

الحر والمملوك ـ مثل: «ليس يسترق ولد حر» ـ أن الانتساب إلى الحر مقتض للحرية، فشرط الرقية يكون مخالفاً للمقتضي الشرعي، فلا يصح.

ودعوى: أن الشرط راجع إلى رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبته العقد له من الشركة في الولد، فيختص الآخر بالنماء، فيتبعه في الملك، فالرقية تكون بالتبعية للمملوك، لا بالشرط، وليس مفاد الشرط إلا رفع المزاحم لا غير.

مندفعة: بأن رفع يد الحر عن المتولد خلاف الحكم الاقتضائي أيضاً فيرجع الإشكال.

ولا تنفع الدعوى في حله، وإن ذكرها في الجواهر[1].

ومثلها استدلاله للمشهور بالروايات الدالة على رقية ولد الأمة إذا كان زوجها حراً، فإن إطلاقها شامل لصورتي الشرط وعدمه، فيعمل بها في صورة الشرط، لعمل الأصحاب بها حينئذٍ.

وفيه: أن النصوص المذكورة ـ ومنها خبر أبي بصير المتقدّم ـ ظاهرة في الرقية بالتبعية، فالبناء على الرقية بالشرط ليس عملاً بتلك النصوص.

ومثلهما في الإشكال مقايسته شرط الرقية بشرط الحرية، مع ما بينهما من البون البعيد، فإنه لم يرد في الرقية: لا يتحرر الرق، كما ورد في الحرية: لا يسترق الحر، ولذا جاز شرط الحرية، ولم يجز شرط الرقية، وإن كانا من شرط النتيجة، لإمكان صحته في بعض الموارد، كما لا يخفى.

(١) يعني: عقد التزويج، أما نفس العقد الخارج الذي كان في ضمنه الشرط فبطلانه مبني على فساد العقد بفساد الشرط، كعقد التزويج إذا كان في

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢١٤ ـ ٢١٥.

خارج، وأما إن كان في ضمن عقد التزويج فمبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه، والأقوى عدمه(١).

ويحتمل الفساد وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلا بفساده، لأن في سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار، بخلاف المقام حيث إنه لا يجري خيار الاشتراط في النكاح(٢).

ضمنه الشرط المذكور.

(١) لأن الشرط في ضمن العقد من قبيل الإنشاء في ضمن الانشاء، على نحو تعدد المطلوب، فلا يكون فساده موجباً لفساده، وإن حكي ذلك عن أكثر المتأخرين[١].

(٢) لأن خيار الاشتراط ـ سواء كان حكماً تعبدياً، دل على ثبوته الإجماع، كما يظهر من شيخنا الأعظم[٢]، أم حكماً عرفياً للاشتراط، دل على إمضائه الإجماع وعدم الردع عنه، أم خياراً جعلياً للمتعاقدين من لوازم الاشتراط، دل على لزومه عمومات نفوذ الشروط ـ لا يجري في النكاح إجماعاً؛ ولعدم تمامية الإجماع على ثبوته.

ولمثل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال عليه السلام: لا ترد، وقال: إنما يرد النكاح من البرص، والجذام، والجنون، والعفل»[٣].

---

(١) انظر: مفتاح الكرامة ١٤: ٧٢٨/ جواهر الكلام ٢٣: ٢١١.

(٢) المكاسب ٦: ١٠١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٩، ب ١ ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ٦.

. . . . . .

بناءً على أن خيار العيب من قبيل خيار الاشتراط، لأن الصحة شرط في موضوع النكاح، كما هي شرط في المبيع، فإذا دل الدليل على عدم الخيار في غير الموارد المذكورة، فقد دل على نفي خيار الاشتراط فيه.

نعم، مورد هذه النصوص شرط الصحة دون غيره من الشروط، فيحتاج في التعميم لبقية الشروط إلى دعوى الإجماع على عدم الفصل، أو إلغاء خصوصية المورد.

وربما يأتي تمام الكلام في المقام في (**فصل مسائل متفرقة**)، فانتظر.

ثم إن عدم ثبوت خيار الشرط في النكاح لا يستوجب فساده بفساد الشرط، لأن ذلك يتوقف على كون الإنشاء بنحو وحدة المطلوب، وهو كما ترى! ضرورة عدم الفرق بين النكاح وغيره في كيفية إنشائه مشروطاً، فإذا كان غيره على نحو تعدد المطلوب كان هو كذلك، فيتعين البناء على الصحة من دون خيار.

ولعل الوجه المميز بينه وبين غيره من العقود المالية: أن الملحوظ فيه الجهات الأدبية، وتخلف الشرط لا يقدح فيها، ولذلك لا يرد بالعيوب مهما كانت، غير العيوب المخصوصة، فلاحظ.

كما أن عدم ثبوت خيار الاشتراط في النكاح ليس على كليته، فقد ذكر في القواعد: أنه لو شرط أحد الزوجين «على الآخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ، لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضاً، أو سواداً، أو جمالاً»[1]، انتهى.

ووافقه عليه في الجواهر، وغيرها[2].

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٧٣.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٣٨٥/ إيضاح الفوائد ٣: ١٩٢/ كشف اللثام ٧: ٣٩٩ ـ ٤٠٠.

نعم مع العلم بالفساد لا فرق، إذ لا خيار في سائر العقود أيضاً(١).

(مسألة ١٠): إذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاها حرم عليه وطؤها(٢)، وإن كان بتوقع الإجازة(٣).

لكنه إن تم فهو لدليل خاص ذكره في الجواهر، وإن كان الإشكال عليه ظاهراً، إذ لا دليل يقتضي العموم.

نعم، ورد في صحيح محمد بن مسلم: الخيار فيمن تزوجت مملوكاً على أنه حر فتبين أنه رق[١].

وفي صحيح الحلبي: ثبوته فيمن تزوجت رجلاً على أنه من بني فلان فتبين أنه من غيرهم[٢].

ولكن التعدي عن موردهما إلى قاعدة كلية، كما ترى!.

(١) لأن العالم بالفساد مقدم على عدم لزوم العمل بالشرط، فلا موجب لثبوت الخيار له.

وفيه: أن الإقدام يكون حينئذٍ على عدم لزوم العمل بالشرط شرعاً، لا على عدم العمل به، والذي يسقط الخيار الثاني، لا الأول.

(٢) لأنها أجنبية.

(٣) إذ التوقع للإجازة غير الإجازة، والموجب لكونها زوجة هو الإجازة، والأصل عدمها، فيكون الحكم الظاهري الحرمة.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٤، ب ١١ ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢١: ٢٣٥، ب ١٦ ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ١.

وحينئذ فإن أجاز المولى كشـــف عن صحته، على الأقوى من كون الإجازة كاشـــفة(١)، وعليه المهر(٢)، والولد حر، ولا يحد حد الزنى، وإن كان عالماً بالتحريم، بل يعزر(٣).

وإن كان عالماً بلحوق الإجـــازة فالظاهر عدم الحرمة وعدم التعزير أيضاً(٤).

---

(١) أما بناءً على الكشـــف الحقيقي: فيكون العقد صحيحاً حين وقوعه، والوطء حلالاً واقعاً حين وقوعه، وإن كان حراماً ظاهراً حين وقوعه؛ لأصالة عدم وقوع الإجازة، كما عرفت.

أما بناءً على الكشـــف الانقلابي ـ كما هو الظاهـــر ـ: فيكون باطلاً حين وقوعه، والوطء حراماً حين وقوعه، وبعد الإجازة يحكم بكون العقد صحيحاً والوطء حلالاً من حين وقوعه.

فلو أخـــذ إلى الإمام قبل تحقق الإجازة عـــلى الأول لا يجوز حدّه واقعاً، وعلى الثاني يجوز حدّه واقعاً، وإن كان يتبدل بالإجازة.

(٢) يعني المسمى، لصحة العقد.

وكذا يكون الولد حراً؛ لحرية الوالد، ولا يلحق بالأمة؛ لاختصاص ذلك بالزنى، وهو منتفٍ، لأن المفروض صحة العقد واقعاً، ولذا لا يحد الواطئ حدّ الزنى، وإن كان عالماً بحرمة وطء أمة الغير من غير عقد بإذن مولاها.

(٣) لمخالفته الحكم الظاهري.

(٤) لصحة العقد حين وقوعه، فيحل الوطء من أول الأمر، ولا موجب للتعزير، للعلم بحل الوطء حين وقوعه.

وإن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج، ويحد حينئذ حد الزنى إذا كان عالماً بالحكم(١)، ولم يكن مشتبها من جهة أخرى(٢)، وعليه المهر بالدخول، وإن كانت الأمة أيضاً عالمة على الأقوى(٣).

وفي كونه المسمى، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكرا ونصفه إن كانت ثيباً، وجوه، بل أقوال، أقواها: الأخير.

نعم، بناء على الكشف الانقلابي لا يكون العلم بلحوق الإجازة موجباً للعلم بصحة العقد حين وقوعه، ولا لحلية الوطء حين وقوعه، بل العقد باطل حين وقوعه، والوطء حرام حين وقوعه، ويجوز حدّ الواطئ قبل تحقق الإجازة، كما عرفت.

(١) يعني: كان عالماً بحرمة وطئها إذا لم يأذن المولى ولم يجز.

(٢) مثل أن يتخيل أنها أمته، أو زوجته، أو أن المولى قد حللها له، أو نحو ذلك من الاشتباه، فإنه يكون الوطء شبهة، ولا يستحق الحد به، لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(٣) قد تقدَّم من المصنف ﷺ في المسألة الخامسة عشرة من (**فصل: لا يجوز التزويج في عدة الغير**): أن الأقوى عدم استحقاق السيد المهر مع علم الأمة بحرمة الوطء[1].

وقد تقدَّم في الشرح أن الذي يظهر من كلام بعضهم أن الكلام في هذه المسألة في مقامين: الأول: استحقاق السيد المهر، والثاني: استحقاق السيد الأرش.

---

(١) تقدّم في ص ٢٦٤، وما بعدها.

.....

والمصنف فيما سبق ذكر أن الأقوى عدم استحقاق المهر، وهنا ذكر أن الأقوى استحقاقه، وتردد في أنه المسمى، أو مهر المثل، أو العشر ونصفه، مع أن العشر ونصفه ليس من المهر، بل هو من الأرش.

وتبع في ذلك جماعة منهم صاحب المسالك والجواهر، فإنه في الجواهر ـ بعد أن اختار ثبوت المهر للأمة ـ ذكر أن «في وجوب المسمى عليه، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً، وجوه، بل أقوال، لا يخلو الأخير منها من قوة، وفاقاً للمحكي عن ابن حمزة، واختاره سيدا المدارك، والرياض، على ما حكي عن أولهما»[1]، انتهى.

فجعل العشر ونصفه من وجوه المهر مع أن المذكور في كلام بعضهم أنه في مقابل المهر.

ولعله هو المراد من المهر في كلام المصنف فيما سبق، فلا ينافي كلامه هنا.

وكيف كان، لا دليل على ثبوت مهر المثل، فضلاً عن المسمى المعلوم فساده بفساد العقد.

وأما الأرش ـ وهو العشر أو نصفه ـ: فيدل عليه صحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلّست نفسها له، قال عليه السلام: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال عليه السلام: إن وجد مما أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ١٣/ جواهر الكلام ٣٠: ٢١٩ ـ ٢٢٠/ الوسيلة: ٣٠٣/ نهاية المرام ١: ٢٧٠، ٢٧١، ٣٥٢/ رياض المسائل ١١: ٣٧٥.

ويكون الولد لمولى الأمة(١).

وليهـــا بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما اســـتحل من فرجها، قـــال: وتعتد منه عدة الأمة، قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قـــال عليه السلام: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالي»[١].

وصحيح الفضيل بن يسار، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريته فهي له حلال، فقال عليه السلام: نعم يا فضيـــل، قلت: فما تقول في رجل عنده جارية له نفيســـة وهي بكر، أحل لأخيه ما دون فرجها، أله أن يفتضها؟ قال عليه السلام: لا، ليـــس له إلا ما أحـــل له منها، ولو أحل له قبلة لم يحل له ما ســـوى ذلك، قلت أرأيت: إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشـــهوة فافتضها؟ قال عليه السلام: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال عليه السلام: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها»[٢].

والروايتـــان وإن كانتا واردتين في موارد خاصة غير ما نحن فيه، ولأجله استشـــكل في الحدائق في ثبوت ذلـــك فيما نحن فيه[٣]، لكـــن التعليل في أولهما بقوله عليه السلام: «بما استحل من فرجها» ظاهر في عموم الحكم لما نحن فيه.

وقد تقدم فيما سبق ما له نفع في المقام، فراجع.

(١) بلا إشكال، كما في الجواهر[٤].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٨٥، ب ٦٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٢) المصدر السابق ٢١: ١٣٢، ب ٣٥ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢١٨.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٢٢١.

وأمـــا إذا كان جاهلاً بالحكم أو مشـــتبهاً من جهة أخرى فلا يحد(١)، ويكون الولد حراً.

نعم ذكر بعضهم: أن عليه قيمته يوم سقط حياً(٢)، ولكن لا دليل عليه في المقام(٣).

وبغير إشكال، كما في المسالك[١]؛ لما عرفت في المسألة الثامنة[٢].

(١) لأن الحدود تدرأ بالشـــبهات، وبكون الولد حراً لما تقدم في المسألة الثامنة.

(٢) قال في الشرائع ـ فيما إذا تـــزوج الحر أمة بغير إذن المولى ـ: «إن كان الزوج جاهلاً أو كان هناك شبهة فلا حد، ووجب المهر، وكان الولد حراً، لكن يلزمه لمولى الأمة قيمته يوم سقوطه حياً»[٣]، وتبعه عليه في القواعد، والمسالك، وكشف اللثام[٤].

وقال في جامع المقاصد: «ولا شك أن على الأب قيمته للمولى»[٥].

(٣) في جامع المقاصد: جعله مما دلت عليه الرواية، يريد بها موثقة سماعة الآتية في الأمة التي دلست نفسها[٦].

وصرّح بذلك في كشف اللثام، والرياض، والحدائق[٧].

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ١٤.

(٢) تقدّم في ص ٤٢٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٥٦/ مسالك الأفهام ٨: ١٥/ كشف اللثام ٧: ٣٠٦.

(٥) جامع المقاصد ١٣: ٧٩.

(٦) المصدر السابق، وتأتي الموثقة في ص ٤٥٠.

(٧) كشف اللثام ٧: ٣٠٦/ رياض المسائل ١١: ٣٧٤/ الحدائق الناضرة ٢٤: ٢١٨.

ودعوى: أنه تفويت لمنفعة الأمة(١).

وفي دلالتها على المقام إشكال؛ لاختلاف المورد، ولعدم ظهور قوله عليه السلام فيها: «وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه» في قيمة يوم الولادة، كما سيأتي.

ومثله الاستدلال عليه بموثق جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية؟ قال عليه السلام: يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية، وقيمة الولد التي أخذت منه»[١]، ونحوه مرسله[٢].

وخبر إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في رجل زوّجه قوم أمة غيرهم، وقد كان طلب منهم أن يزوجوه امرأة منهم[٣].

(١) علله في التذكرة: بأنه نماء ملكه، وقد حال بينه وبينه بالحرية[٤].

وفي الجواهر: بأنه كالمتلف مال غيره بغير إذنه[٥].

وإشكال المصنف رحمه الله على ذلك ظاهر.

وفي بعض الحواشي: أن الاستيلاد استيفاء لمنفعة أمة الغير، فيكون مضموناً على المستوفي[٦].

ومقتضاه ضمان منفعة الأمة هذه المدة، لا ضمان قيمة الولد كما هو المدعى.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٥، ب ٨٨ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٥.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٣) المصدر السابق ٢١: ٢٠٤، ب ٦٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٧.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٩٦.

(٥) جواهر الكلام ٣٠: ٢٢١.

(٦) العروة الوثقى ٥: ٥٨٠، ٥٨١، حاشية الميرزا النائيني رحمه الله.

كما ترى! إذ التفويت إنما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية، وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولـــد، بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد(١) لأنه انعقد حراً، فيكون التفويت في ذلك الوقت.

(مســـألة ١١): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يرده أيضاً حتى مات، فهل يصح إجازة وارثه له، أم لا؟ وجهان، أقواهما:

---

(١) قال في التذكرة: «ولا يقوّم قبل سقوطه، لأنه لا قيمة له حينئذٍ»[١].

وفي جامـــع المقاصد: «وإنما تعتبر القيمة وقت ســـقوطه حياً، لأنه وقت الحيلولـــة، ووقت إفراده بالتقويم، ووقت الحكم عليـــه بالمالية»[٢]، ونحوه في المسالك[٣].

وقال في كشف اللثام: «لأنه أول وقت إمكان التقويم»[٤].

والإشكال في الجميع ظاهر، ولا سيما بملاحظة أنه لو ضربها جان وهي حامل، فأسقطت كان ضامناً، وذلك يدل على أن له مالية، وقابل للتقويم، وإلا لم يكن وجه للضمان.

فكان الأولى الاستدلال عليه: بأن النصوص الدالة على الضمان تضمنت ضمان قيمة الولد، وعنوان الولد إنما يكون بالولادة، لا بالانعقاد.

نعم، إذا كان المســـتند في ضمان القيمة القاعدة كان مقتضاها ضمان قيمة زمان الانعقاد.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٩٧.

(٢) جامع المقاصد ١٣: ٨٣.

(٣) مسالك الأفهام ٨: ١٥.

(٤) كشف اللثام ٧: ٣٠٦.

العدم، لأنها على فرضها كاشفة، ولا يمكن الكشف هنا، لأن المفروض أنها كانت للمورث(١) وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك(٢).

(١) وعلى تقدير الكشف تكون للمشتري من حين العقد، فيلزم اجتماع ملكيتين في زمان العقد: ملكية المورث، وملكية المشتري، إذ لو لم تكن ملكاً للمورث لم تنتقل إلى الوارث.

(٢) فإن المالك فيه حين البيع غير المالك حين الإجازة، فيكون كما نحن فيه.

نعم، يفترقان بأن الفضولي في المقام غير المالك الثاني، بخلاف النظير، فإنه عينه.

ويمكن أن يقال: بأن المالك حال الإجازة لما كان وارثاً فقد لوحظ فيه قيامه مقام مورثه، فالإجازة منه كأنها إجازة من مورثه، وكان المالك حال الإجازة هو المالك حال العقد، ولا يلحقه حكم تجدد المالك حال الإجازة.

ثم إنه لو تعذر البناء على الكشف الحقيقي ـ في الفرض ونحوه ـ يدور الأمر بين البناء على البطلان وعدم الفائدة للإجازة، والبناء على الصحة، والقول بالنقل أو الكشف عن ثبوت المضمون حين تبدل المالك لا حين العقد.

وحيث يدور الأمر بينهما يكون البناء على أحد الأخيرين، مما فيه العمل بالدليل في الجملة، أولى من الأول الذي فيه طرح للدليل بالمرة.

كما أن هذا كله مبني على القول بالكشف الحقيقي.

أما بناءً على الكشف الانقلابي، أو الحكمي، فلا مانع من الالتزام به هنا، فيكون المال ملكاً للمورث حين الموت، وينتقل إلى الوارث، وبعد إجازة الوارث يحكم الشارع بثبوت ملكية المشتري من حين وقوع العقد، إما حقيقة،

(مسألة ١٢): إذا دلســت أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر ودخــل بها ثم تبين الخلاف(١) وجب عليــه المفارقة، وعليه المهر لسيدها(٢)، وهو العشر ونصف العشر على الأقوى، لا المسمى، ولا مهر المثل.

أو حكماً.

ثم إن هذا الإشــكال المذكور في المتن إنما يتوجه في بيع الفضولي ونحوه، لا في مثل النكاح بما لا نقل فيه للملكية، فلا تنافي بين الكشــف فيه وبين ثبوت الملكية للمورث.

نعم، بعض الإشكالات في تلك المسألة جارية هنا، مثل ما يقال: من أنه يلزم نفوذ التصرف في ملك المالك بدون إجازته لا سابقاً ولا لاحقاً.

ولعل ذلك مراد المصنف، وإن بَعُد عن ظاهر كلامه.

(١) يعني: تبين أنها أمة غير مأذونة في التزويج، لا سابقاً ولا لاحقاً.

(٢) في المســالك: «هكذا أطلق الجميع، بل ادعــى عليه بعضهم إجماع المسلمين، ولم يفرقوا بين كونها عالمة بالتحريم وجاهلة»[١].

فإن كان المراد من المهر العشر ونصفه كان الإطلاق في محله، لأنه مقتضى إطلاق الصحيح السابق[٢] الشامل للعالمة والجاهلة.

وإن كان المراد المسمى فلا وجه له، وإن نسبه في المسالك إلى ظاهر الشرائع والأكثر؛ لأن فساد العقد يقتضي فساد المسمى فلا ملزم به.

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ١٧/ إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

(٢) تقدّم في ص ٤٤٢.

وإن كان أعطاها المهر استرد منها إن كان موجوداً(١)، وإلا

وكـذا إذا كان المراد به مهر المثـل، بناءً على عمـوم قوله ﷺ: «لا مهر لبغي»[١] لما نحن فيه.

وقد تقدم الكلام في ذلك في المسـألة الخامسة عشرة من (**فصل: لا يجوز التزويج في عدة الغير**)[٢].

أما بناءً على عدم عمومه ففي محله ـ كما عن الشـيخ في المبسوط[٣]، ونقل عن ابن حمزة[٤] ـ لولا ورود الصحيح المذكور، فإنه ظاهر في خلافه.

ولأجلـه يتعين البناء على ما في المتن، كما اختاره في الجواهر، وحكاه عن سيدا المدارك، والرياض[٥].

وفي الشرائع جعله المروي[٦].

ولعل ظاهره الميل إليه، وإن كان لا يخلو من تأمل، ونسـب في كشـف اللثام إلى المقنع، والنهاية، والمهذب، والجامع[٧].

(١) كما صرح به في الصحيح.

وتقتضيه قاعدة السـلطنة على المـال بعد أن لم يخرج عـن ملكه بالعقد الفاسد.

---

(١) صحيح البخاري ٧: ٧٩/ سنن الترمذي ٢: ٣٠٠.

(٢) في ص ١٩٨، وما بعدها.

(٣) تقدّم في هامش رقم ١ ص ٢٠١ تفصيل ما في المبسوط.

(٤) الوسيلة: ٣٠٣

(٥) جواهر الكلام ٣٠: ٢١٩/ نهاية المرام ١: ٢٧٠، ٢٧١، ٣٥٢/ رياض المسائل ١١: ٣٧٥.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤.

(٧) كشف اللثام ٧: ٣٠٧/ المقنع: ٣١٣/ النهاية: ٤٧٧/ المهذّب ٢: ٢١٧/ الجامع للشرائع: ٤٤٧.

تبعت به بعد العتق(١).

ولو جاءت بولد ففي كونه حراً أو رقاً لمولاها قولان، فعن المشهور: أنه رق(٢)،

---

(١) بذلك صرح في القواعد، وجامع المقاصد، والمسالك، وكشف اللثام[١]، عملاً بالقواعد العامة.

لكن ذكر في الصحيح: «وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له»[٢].

وظاهره عدم اشتغال ذمتها بشيء من المهر مع التلف، ولعل المراد به أنه لا شيء له فعلاً.

(٢) نسبه إلى المشهور في الحدائق[٣]، واختاره في الشرائع، والقواعد[٤].

ونسبه في الجواهر إلى الشيخ وأتباعه[٥]؛ لأنه نماء المملوك.

ولخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى علي عليه السلام في امرأة أتت قوماً فخبرتهم أنها حرة، فتزوجها أحدهم، وأصدقها صداق الحرة، ثم جاء سيدها، فقال عليه السلام: ترد إليه، وولدها عبيد»[٦].

وموثق سماعة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً، ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة، وأقرّت الجارية بذلك، فقال عليه السلام: تدفع إلى مولاها هي

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٦/ جامع المقاصد ١٣: ٧٩/ مسالك الأفهام ٨: ١٩/ كشف اللثام ٧: ٣٠٧.
(٢) تقدّم في ص ٤٤٢.
(٣) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٢٤.
(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤/ قواعد الأحكام ٣: ٥٦.
(٥) جواهر الكلام ٣٠: ٢٢٣/ النهاية: ٤٧٧/ المهذّب ٢: ٢١٦/ الوسيلة: ٣٠٣.
(٦) وسائل الشيعة ٢١: ١٨٧، ب ٦٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٤.

ولكن يجب على الأب فكه(١)

وولدها، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه، قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به، قال عليه السلام: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه، ويأخذ ولده، قلت: فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه، قال عليه السلام: فعلى الإمام أن يفتديه، ولا يملك ولد حر»[١].

وحسن زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمة أبقت من مواليها فأتت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة، فوثب عليها رجل حينئذٍ فتزوجها، فظفر بها مولاها بعد ذلك وقد ولدت أولاداً، قال عليه السلام: إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها، وذهب القوم بأمتهم، وإن لم يقم البينة أوجع ظهره واسترق ولده»[٢].

وموثق سماعة الآخر قال: «سألته عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها وأخبرتهم أنها حرة، فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال عليه السلام: ولده مملوكون، إلا أن يقيم البينة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة، فلا يملك ولده، ويكونون أحراراً»[٣].

(١) بلا خلاف، كما في كشف اللثام[٤].

ويقتضيه موثق سماعة الأول، وصحيح محمد بن قيس الآتي، ونحوه مرسل الفقيه[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٨٧، ب ٦٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٥.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٤) كشف اللثام ٧: ٣٠٨.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٦٢، مسنداً إلى محمد بن قيس، وعنه في الوافي (٢٢: ٥٥٨)، وعنه مرسلاً عن أبي جعفر عليه السلام في وسائل الشيعة ٦: ١٨٨، ب ٦٧ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٨.

بدفع قيمته يوم سقط حياً(١) وإن لم يكن عنده ما يفكه به سعى في قيمته(٢)، وإن أبى وجب على الإمام عليه السلام دفعها من سهم

كما يقتضي الأول ما يأتي من الأحكام، ولم يشاركه في ذلك غيره من النصوص.

(١) بلا خلاف، كما في كشف اللثام[١].

لكن الموثق ظاهر في القيمة يوم دفع القيمة، ويقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس المتقدم[٢].

(٢) كما في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[٣].

وأنكر في المختلف الاستسعاء، وكذا وجوب الأخذ من بيت المال، لأنه دين يجب فيه الانتظار، ولا يؤدى من بيت المال[٤].

وفيه: أنه لا مجال لذلك بعد ورود النص المعتبر به.

والطعن في السند، وحمل الأمر على الاستحباب غير ظاهر.

نعم، لم يعين في النص أنه من بيت المال، ولا من الزكاة.

ومقتضى أن الأول مصرفه المصالح العامة وليس هذا منها، وأن سهم الرقاب مصرفه المكاتبون والعبيد تحت الشدة وليس هذا منهما، أنه لا يجوز الفك من المالين المذكورين.

نعم، لا بأس بصرف سهم سبيل الله في ذلك، فكان أولى بالذكر في كلام

(١) كشف اللثام ٧: ٣٠٨.

(٢) بل الآتي في الصفحة الآتية.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤/ قواعد الأحكام ٣: ٥٦/ النهاية: ٤٧٧/ المهذب ٢: ٢١٦.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٢٦١.

الرقاب(١) أو من مطلق بيت المال(٢).

والأقوى كونه حراً(٣)، كما في سائر موارد اشتباه الحر، حيث أنه لا إشكال في كون الولد حراً، فلا خصوصية لهذه الصورة.

الجماعة من ذكر المالين.

ثم إنه بناءً على الرقية فالقيمة ليست من الدين، وإنما يجب دفعها تكليفاً من باب وجوب الفك.

وكذلك بناءً على الحرية، فإنه لم يثبت أنه من باب الضمان ليكون ديناً، بل من الجائز كونه تكليفياً تعبدياً، فإجراء أحكام الدين في المقام غير ظاهر.

والكلام في ذلك لا يهم بعد أن كان من وظائف الإمام.

(١) كما في كشف اللثام عن النهاية، والغنية، والوسيلة، والمهذب[١].

(٢) كما عن النكت[٢]، وقد عرفت الإشكال فيه، وفيما قبله.

(٣) في كشف اللثام حكاه عن المبسوط، ونكت النهاية، والسرائر[٣].

وفي الجواهر: أنه الأقوى؛ «للأصل، ولظهور الأدلة في كون الشبهة كالعقد الصحيح في لحوق النسب، المقتضي لحرية الولد على الوجه الذي عرفته سابقاً»[٤]، ولما في ذيل صحيح الوليد المتقدم[٥].

ولصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل تزوج جارية رجل

---

(١) كشف اللثام ٧: ٣٠٨/ النهاية: ٤٧٧/ غنية النزوع: ٣٥٤/ الوسيلة: ٣٠٣/ المهذّب ٢: ٢١٦.

(٢) نكت النهاية ٢: ٣٤١.

(٣) كشف اللثام ٧: ٣٠٨/ المبسوط ٤: ١٩٠/ نكت النهاية ٢: ٣٤١/ السرائر الحاوي ٢: ٥٩٧.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٢٢٣.

(٥) في ص ٤٤٢.

. . . . . .

على أنها حرة، ثم جاء رجل آخر فأقام البينة على أنها جاريته، قال عليه السلام: يأخذها ويأخذ قيمة ولدها»[١]، بدعوى أنه ظاهر في حرية الولد.

وبموثق سماعة الأول[٢]، بناءً على ما في جامع المقاصد من أن الذي ضبطه المحققون أن قوله عليه السلام: «ولا يملك ولد حر» بالوصف لا الإضافة.

قال في جامع المقاصد: «نص جماعة ـ منهم ابن إدريس ـ على وجوب قراءة «حر» بالرفع والتنوين، على أنه صفة لولد، وقالوا: إن قراءته بالجر وهم»[٣].

وفي كشف اللثام: «الأظهر كون «حر» صفة؛ لأنه الذي لا يملك».

وقال قبل ذلك: ولم نظفر في الباب بخبر صحيح، والأصل الحرية، فهو الأقوى، ويعضده صحيح الوليد بن صبيح»[٤].

ويشكل: بأن خبر محمد بن قيس السابق في دليل الرقية موثق، وهو حجة، ومانع من الرجوع إلى الأصل.

ومنه يظهر الإشكال فيما في الجواهر، فإن ما ذكره من النصوص معارض بما دل على الرقية[٥].

مع أن الاستدلال بصحيح محمد بن قيس على حرية الولد غير ظاهر، وإن علله في الجواهر: بأنه لو كان رقاً كان الجائز له أخذها وأخذ ولدها.

إذ فيه: أنه إذا كان يجب أخذ قيمة الولد بناءً على الرقية، لا يجوز له أخذ

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٦٢، وتقدمت الإشارة إليه في ص٥١٧.

(٢) تقدّم في ص ٤٥٠.

(٣) جامع المقاصد ١٣: ٨٢/ السرائر الحاوي ٢: ٥٩٧، قائلًا: «وصفه بأنه حر»، فلاحظ.

(٤) كشف اللثام ٧: ٣٠٩، ٣٠٨.

(٥) جواهر الكلام ٣٠: ٢٢٣.

.....

الولد، فلاحظ.

وكذا الاستدلال بموثق سماعة الأول؛ لضعف المبنى الذي ذكره في جامع المقاصد من أنه بالوصف لا بالإضافة..

أولاً: من جهة أن الحكم بأنه لا يملك يكون عقلياً لا شرعياً.

وثانياً: بأن الحر الذي لا يملك لا يختص بالولد، بل الوالد الحر أيضاً لا يملك، فيكون التخصيص بلا مخصص، بخلاف ما لو كان على الإضافة.

والتحقيق: أن نصوص المقام في مقام الدلالة على أقسام:

الأول: ما ظاهره رقية الولد، كموثق محمد بن قيس المذكور في أدلة الرقية.

الثاني: ما ظاهره حرية الولد، كصحيح الوليد بن صبيح المتقدم في العشر ونصف العشر.

الثالث: ما ظاهره التفصيل بين أن يشهد الشاهدان بحرية الأمة فيتزوجها الرجل، وبين أن يتزوجها اعتماداً على قولها المعتضد بأصالة الحرية، وهو موثق سماعة الأخير.

لكن ظاهره التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع بين الزوج والسيد، لا الحكم الواقعي في حرية الولد مع شهادة الشاهدين.

الرابع: ما ظاهره التفصيل بين أن يقيم بينة على أنه تزوجها على أنها حرة فالولد حر، وأن لا يقيم بينة على ذلك فالولد رق، وهو رواية زرارة.

وظاهرها أيضاً التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع والخصومة.

. . . . . .

الخامس: ما هو قصر الدلالة على الحرية والرقية، كموثق سماعة الأول، فـإن دفع الولد إلى مولى الأمة فيه أعم من كونه رقاً أو حراً يتعلق به المال كالعين المرهونة.

وكذلـك قوله عليه السلام في ذيله: «ولا يملك ولد حر»، بناءً على الإضافة، كما هو الظاهر كما عرفت، فإن ذكر ذلك علـة للافتداء بالقيمة ربما كان قرينة على كون المراد أنه لا يبقى على الملكية.

ومثله صحيح محمد بن قيس، فإن أخذ قيمة الولد فيه أعم من كونه حراً، كما سبق.

ثم إن دلالة الأول على الرقية لا مجال للمناقشة فيها.

وما في الجواهر من حمله على الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع ـ يعني: إذا لم تكن حجة للزوج على كونه مشـتبهاً يحكم برقية الولد[1] ـ خلاف الظاهر جداً، ولا سـيما بملاحظة عطف التزويج بالفاء على إخبارها بالحرية، وقوله: «أصدقها صداق الحرة»، فإنه كالصريح في كون التزويج من باب الاشتباه، وأن السؤال عن حكمه من حيث هو.

كما أن الظاهر تأتي المناقشة في الاستدلال بصحيح الوليد على الحرية، وإن كان تام الدلالة عليها؛ لأن تعليق الحرية فيه على النكاح بغير إذن الموالي يقتضي انتفاءها إذا كان بإذن الموالي، وليس الحكم كذلك كما تقدّم.

فيتعين التصرف فيه إما بحمل الكلام على الإنكار، كما ذكره في الوسائل[2]،

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١٨٧.

.....

أو على صورة رد الأب القيمة، أو صورة شهادة الشاهدين بحرية الأمة كما ذكر الشيخ رحمه الله[1]، أو حمل الشرط على تقرير موضوع الحكم بالحرية، كما احتمله في الجواهر، أو غير ذلك من المحتملات.

ومع الاحتمال لا مجال للاستدلال.

وأما الثالث: فدلالته على حرية الولد مع شهادة الشاهدين، ورقيته مع عدمها لا غبار عليها.

وهو في الحكم الثاني معاضد لموثق محمد بن قيس.

وفي الحكم الأول غير منافٍ له، لظهور السؤال فيه في غير هذه الصورة، أو غير ظاهر فيها، فلا يتنافى مع الموثق المذكور فيها، ولا مانع من العمل به فيهما حينئذٍ، وإن كان وارداً في مقام الحكم الظاهري للحاكم، لا الحكم الواقعي، لكن من المعلوم أن الحكم الظاهري عين الحكم الواقعي مع الموافقة، فلا مانع من الأخذ بإطلاقه.

وأما الرابع: فالكلام فيه هو الكلام في الثالث، فيدل على الحكم الواقعي.

لكن كان التعبير فيه بالإعتاق المناسب للرقية؛ لأنه تحرير الرق، ويكون المراد به الاعتاق بدفع القيمة إلى الأب، فيكون الخبر موافقاً لموثق محمد بن قيس في إطلاق الرقية مع الاشتباه.

وكأنه لأجل ذلك استدل به على الرقية.

ولا يمكن تقييده بصورة عدم شهادة الشاهدين بحرية الأمة، لأنه لو قيد

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٩

. . . . . .

بذلك كان مفهومه لزوم أن يوجع ظهره إذا لم يشهد الشاهدان بحرية الأمة، وهو مما لا يمكن الالتزام به.

وحينئذٍ يتعارضان في صورة شهادة الشاهدين.

ولا يبعد الأخذ بالموثق حينئذٍ، لضعف الخبر، لأن في سنده في الكافي عبد الله بن بحر[١].

وفي التهذيب وإن كان بدله عبد الله بن يحيى[٢]، لكن الكافي أضبط، بل جزم المجلسي رحمه الله بأنه تصحيف[٣].

ومن ذلك يظهر قوة ما عن الشيخ رحمه الله ـ في النهاية، والتهذيب، والاستبصار ـ ونسب إلى المهذب، من التفصيل بين أن يشهد شاهدان بحرية الأمة فيتزوجها الرجل لذلك فالولد حر، وبين أن يتزوج اعتماداً على أصالة الحرية أو نحوها فالولد رقّ، وعلى الأب فكه بالقيمة[٤].

وجعله في الحدائق مقتضى التدبر في نصوص الباب، بعد ضمّ بعضها إلى بعض[٥].

كما يظهر ضعف القول بالرقية مطلقاً، والحرية كذلك، وإن كان أولهما أقرب من ثانيهما.

---

(١) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٤٠٥.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٠.

(٣) مرآة العقول ٢٠: ١٥١.

(٤) النهاية: ٤٧٧/ تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٩/ الاستبصار ٣: ٢١٧/ المهذّب ٢: ٢١٧.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٢٥.

والأخبـــار الدالة على رقيته منزلة عـــلى أن للمولى أخذه(١) ليتسلم القيمة، جمعاً بينها وبين ما دل على كونه حراً.

وعلى هذا القول أيضـــاً يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة، أو السعي، أو دفع الإمام عليه السلام، لموثقة سماعة(٢).

هذا كله إذا كان الوطء حال اعتقاده كونها حرة، وأما إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة(٣) فالولد رق، لأنه من زنى حينئذٍ(٤)، بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت أن مولاها أعتقها، ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان، فإن الوطء حينئذٍ أيضاً لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقية(٥).

---

(١) قد عرفت أنه لا موجب لهذا التنزيل، وأن العمدة فيما دل على الحرية صحيح الوليد، وقد عرفت إشكاله.

(٢) في الأحكام الثلاثة، ويشاركه في الأول منها صحيح محمد بن قيس، ومرسل الفقيه[١].

(٣) يعني: لم يأذن مولاها لها في النكاح.

(٤) تقدَّم في آخر المسألة الثامنة وجه الحكم فيه[٢].

(٥) ويحتمل قبول خبرها؛ لأن إخبار الإنســـان عن نفســـه وعما في يده حجة مقدمة على الاستصحاب، كما إذا أخبر عن تطهير بدنه ونحوه.

نعم، إذا كانت قرينة على اتهامه لم يقبل خبره.

---

(١) تقدّم في ص ٤٥١ أنه عين صحيح محمد بن قيس، حكاه عنه مرسلًا في الوسائل، فلاحظ.
(٢) تقدّم في ص ٤٢٩.

نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها، لأصالة الحرية(١)، فلو تبين الخلاف لم يحكم برقية الولد(٢).

وكذا مع سبقها مع قيام البينة على دعواها(٣).

ولعل دعوى صيرورتها حرة من ذلك.

ونظير المقام دعوى العدالة، والاجتهاد، والنسب، ونحوها فلا يصدق مدعيها إلا ببينة.

وقد تقدم الكلام في ذلك فيما تثبت به الطهارة والنجاسة من كتاب الطهارة[١].

كما أنه إذا كان يباع في الأسواق فقد دلت النصوص على عدم قبول إخباره بالحرية، مسبوقة بالرقية أو غير مسبوقة[٢].

(١) لصحيح عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان علي بن أبي طالب يقول: الناس كلهم أحرار، إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة، ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً»[٣].

لكن على هذا يكون التعويل على الأصل لا على قولها.

(٢) على ما تقدم منه، وهو مورد نصوص الباب.

(٣) هذا يدخل في عموم موثق سماعة الأخير[٤]، المتضمّن لحرية الولد إذا شهد شاهدان لها بالحرية.

---

(١) تقدّم في ج ١ ص ٢٩٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٥٠، ب ٥ ـ بيع الحيوان.

(٣) المصدر السابق ٢٣: ٥٤، ب ٢٩ ـ العتق ـ حديث: ١.

(٤) تقدّم في ص ٤٥١.

(مسألة ١٣): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً، فلا تستحق مهراً ولا نفقة(١) بل الظاهر أنها تحد حد الزنى(٢) إذا كانت عالمة بالحال، وأنه لا يجوز لها ذلك. نعم لو كان ذلك لها بتوقع الإجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذٍ، بحيث تكون شبهة في حقها لم تحد.

---

(١) أما البطلان: فلما سبق من عدم سلطان الرق على نفسه.

وأما نفي المهر: فلأنها بغي، وفي خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله أيما امرأة حرة زوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها، ولا صداق لها»[1].

وأما نفي النفقة: فلانتفاء الزوجية.

والظاهر أنه لا إشكال في جميع ما ذكر.

(٢) لعموم الأدلة.

لكن قال في كشف اللثام: «قيل: ولا حد عليها، لمكان الشبهة، والفرق بينها وبين الحر إذا تزوج أمة كذلك: أنها لنقصان عقلها وعدم مخالطتها لأهل الشرع يكفي العقد شبهة لها.

والفرق بين ذلك وما إذا تزوجت حراً بعقد تعلم فساده: إن هذا العقد فضولي يجوز فيه إجازة المولى.

ويؤيده ما في الأخبار من: «أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده»[2].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١١٥، ب ٢٤ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٣.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ١، ٢.

كما أنه كذلك إذا علمت بمجيء الإجازة(١).

وأمـــا إذا كان بتوقع الإجازة وعلمت مـــع ذلك بعدم جواز

وحســـن منصور بن حازم عن الصـــادق عليه السلام: «في مملوك تزوج بغير إذن مولاه أعاص لله تعالى؟ قال عليه السلام: عاص لمـــولاه، قلت: حرام هو؟ قال عليه السلام: ما أزعم أنه حرام...»[١]، انتهى كلام كشف اللثام[٢].

وكأنه لذلك اقتصر في الشرائع والقواعد على ذكر الحكمين الأولين فقط ولم يتعرض للحد[٣].

بل في الحدائق: لم يذكره أحد[٤].

وربما مال إليه في كشف اللثام.

ولكنه يشـــكل ـ كما في الحدائـــق وفي الجواهر[٥] ـ : بأن الشـــبهة العرفية منتفية، والشرعية لا دليل عليها.

والأخبار قد عرفت المراد منها في أول هذا المبحث، فراجع.

ونقصان العقل غير كافٍ في تحقيق الشـــبهة الدارئـــة للحد، بعد فرض العلم بالحرمة، وإلا سقط الحد عن المرأة كلية.

(١) تقدم الكلام في ذلك في شرح المسألة العاشرة[٦].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١١٢، ب ٢٣ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣١٠/ التنقيح الرائع ٣: ١٤٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤/ قواعد الأحكام ٣: ٥٦.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٣٤

(٥) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٢.

(٦) في ص ٤٣٩.

ذلك، فتحد مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت، فإنها تعزر حينئذٍ؛ لمكان تجرّيهـــا، وإذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد(١) مع كونه مشتبها، بل مع كونه زانياً أيضاً، لقاعدة النمائية بعد عدم لحوقه بالحرة. وأما إذا كانت جاهلة بالحال فلا حد، والولد حر(٢).

---

(١) بلا خلاف، كما في الجواهر[١].

وفي كشف اللثام: أنه قطع به الأصحاب، لكونه من نماء المملوك، لانتفاء النسب بينه وبين الأم بالزنى[٢].

ولكنه كما ترى، فإنه شامل لما إذا كان العبد زانياً أيضاً، مع انتفاء النسب بينه وبينه أيضاً، فهو إما نماء لهما، أو للأم، ولا وجه لإلحاقه بالأب بالخصوص مطلقاً.

وقد يســـتدل له بخبر العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضى إلى قوم، فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد، وكســـب مالاً، ومات مولاه الذي دبره، فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟ فقال: العبد وولده لورثة الميت...»[٣].

لكن الاستدلال به يتوقف على إطلاقه وعدم ظهوره في الحرة الجاهلة.

ولكنه غير ظاهر.

وحينئذٍ ينحصر دليله بالفحوى إن أمكن العمل بمورد الخبر، وبالإجماع.

(٢) أما الأول: فللشبهة الدارئة للحد.

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٣.

(٢) كشف اللثام ٨: ٣١١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ١١٩، ب ٢٨ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

وتستحق عليه المهر(١)،

وأما الثاني: فلما تقدَّم من أن المتولد بين الحر والرق يلحق بأشرف الأبوين[١].

وعن مقنعة المفيد: أن الولد رق كما لو كانت عالمة[٢]، ومثله ظاهر محكي التهذيب[٣]، عملًا بإطلاق النص المتقدِّم.

لكن عرفت الإشكال في إطلاقه وأنه ظاهر في الجاهلة.

وحمله في الجواهر على صورة عدم قيام البينة على كون الحرية مشتبهة، لما بنى عليه غير مرة من أن الولد يلحق بالرق غير المأذون[٤].

والمراد من قول السائل: «ولم يعلمهم أنه عبد»: أنه لم يعلمهم أنه عبد آبق، لا أنه لم يعلمهم أنه عبد، لتكون الحرة التي تزوجت مشتبهة.

ولكن ما ذكره قدس سره ـ وإن جعله مقطوعاً به ـ غير ظاهر، بل خلاف الظاهر.

وقد عرفت في المسألة الثامنة الإشكال فيما بنى عليه غير مرة، فراجع.

نعم، قد يقال: إن الخبر المذكور لا يصلح لمعارضة ما دل على حرية الولد المتولد من الحر، بضعفه في نفسه، وإعراض المشهور عنه.

(١) لما يفهم من غير واحد من النصوص من استحقاق المهر بالدخول في غير الزنى[٥].

---

(١) تقدّم في ص ٤٢٦.

(٢) المقنعة: ٥٠٧.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٢.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٤.

(٥) انظر: وسائل الشيعة ٢١: ٣١٩، ب ٥٤ ـ المهور.

يتبع به بعد العتق(١).

(مسألة ١٤): إذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد حر(٢)، وإن كانت الحرة أيضاً زانية. ففرق بين الزنى المجرد عن عقد والزنى المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا إن الولد لمولى العبد(٣).

(مسألة ١٥): إذا زنى حر بأمة، فالولد لمولاها(٤) وإن كانت هي أيضاً زانية، وكذا لو زنى عبد بأمة الغير، فإن الولد

---

(١) كما صرح به في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[١]؛ لأنه مملوك لمولاه، فلا يمكن استيفاء دينه من منافعه، أو من عينه.

(٢) بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر[٢].

ويقتضيه أصالة تبعية النماء للأم ما لم يقم دليل على خلافها.

(٣) في الجواهر: وجه الفرق النص، وهو خبر العلاء المتقدم[٣].

لكن ظاهر المصنف الفرق من غير جهة النص، فإنه في العقد المعلوم الفساد ألحق الولد بالعبد، فيكون لمولاه؛ لقاعدة النمائية، وهذه القاعدة بعينها جارية في الزنى بدون العقد.

(٤) كما في الجواهر؛ لقاعدة النماء في الأم، قال: «ولا يشكل ما ذكرنا بالحرة التي تزوجت عبداً غير مأذون عالمة بالتحريم، لما عرفته من الدليل المخصوص في النكاح دون الزنى»[٤]، ويشير بذلك إلى خبر العلاء.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤/ قواعد الأحكام٣: ٥٦/ تحرير الأحكام ٣: ٥٠٦.

(٢)، (٣)، (٤) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٨، ٢٣٣، وتقدم الخبر في ص ٤٦٣.

لمولاها(١).

(مسألة ١٦): يجوز للمولى تحليل أمته لعبده(٢).

(١) قد سبق ذلك في آخر المسألة الثامنة[١].

(٢) كما عن الحلي[٢]، واختاره في الشرائع[٣].

ولكن عن الشيخ في النهاية، والعلامة في المختلف، وولده: العدم[٤]، لصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام «أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال عليه السلام: لا يحل له»[٥].

ولأنه نوع تمليك، والعبد ليس أهلاً له.

والأخير ـ كما ترى ـ مبني على عدم ملك العبد مطلقاً.

مع أن التحليل ليس تمليكاً، كما سيأتي.

والصحيح معارض بغيره، ففي صحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، قال: هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمته فيقول: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض، ثم يمسها، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردَّها عليه بغير نكاح»[٦].

والصحيح عن فضيل مولى راشد قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لمولاي

(١) تقدّم في ص ٤٣٤.

(٢) السرائر الحاوي ٢: ٦٣٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٠.

(٤) النهاية: ٤٩٤/ مختلف الشيعة ٧: ٢٧٨/ إيضاح الفوائد ٣: ١٦٧.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ١٣٠، ب ٣٣ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

(٦) سورة النساء: ٢٤/ المصدر السابق ٢١: ١٤٩، ب ٤٥ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

. . . . . .

في يدي مال فسألته أن يُحل لي ما أشتري من الجواري، فقال: إن كان يَحل لي أن أُحل لك فهو لك حلال، فقال عليه السلام: إن أحل لك جارية بعينها فهي لك حلال، وإن قال: اشتر منهن ما شئت، فلا تطأ منهن شيئاً إلا ما يأمرك، إلا جارية يراها فيقول هي لك حلال، وإن كان لك مال فاشتر من مالك ما بدا لك»[1].

ولعل وجه الجمع حمل الصحيح الأول على صورة التحليل من غير تعيين.

ولكن قال في الشرائع: «وفي تحليل أمته لمولاه روايتان: إحداهما: المنع، ويؤيدها أنه نوع تمليك والعبد بعيد عن التمليك. والأخرى: الجواز إذا عين له الموطوءة، ويؤيدها أنه نوع من الإباحة، وللمملوك أهلية الإباحة، والأخير أشبه»[2].

ومما ذكرنا تعرف أن القول بالجواز أشبه وأوفق بالقواعد، سواء قلنا بأن التحليل عقد نكاح، أم تمليك، وأن العبد يملك، أو لا يملك، فإنه لا مجال لطرح النصوص المذكورة بالمباني المزبورة.

ومن ذلك تعرف الإشكال فيما في القواعد حيث قال: «ولو أباح أمته لعبده، فإن قلنا أنه عقد، أو تمليك منفعة، وأن العبد يملك حلّت، وإلا فلا. والأول أولى؛ لأنه نوع إباحة، والعبد أهل لها»[3].

وفي كلامه الأخير إشارة إلى ما هو التحقيق من أن التحليل ليس عقد نكاح، كما عن المرتضى[4].

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٣٠، ب ٣٣ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.
(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٠، بأدنى تفاوت.
(٣) قواعد الأحكام ٣: ٦٣.
(٤) الانتصار: ٢٨٠ ـ ٢٨١.

. . . . . .

ولا تمليك منفعة، كما عن المشهور[١].

ولا تمليك انتفاع، كما قد يظهر من عبارة جامع المقاصد[٢].

بـــل هو إباحة وإذن في الانتفاع، دل الدليل القطعي عليه، فوجب القول به، ويكون الدليل مخصصاً لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلاَّ عَـــلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَـــيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ العَادُونَ﴾[٣].

فيدل على جواز قسم ثالث في مقابل القسمين المذكورين.

اللهم إلا أن يقوم إجماع على الانحصار بالقســـمين، كما يظهر من دعوى الاتفاق في كشف اللثام وغيره[٤].

فيتعـــين إرجاع التحليل إلى أحد القســـمين، ولأجل انتفاء أحكام العقد من الطلاق إن كان دائماً، ولزوم ذكـــر المهر إن كان متعة، يتعين كونه من ملك اليمين، كما قيل[٥].

ولما عرفت من أن العقد يقتضي ثبوت الزوجية، وهي منتفية في التحليل، وأنه لا ملكية للرقبة فيه، ولا للمنفعة، يتعين أن يكون المراد من ملك اليمين ما يشمل تحليل الأمة المملوكة، ولا موجب للالتزام بأنه تمليك منفعة، أو انتفاع.

كيف؟! وهو خلاف المرتكز في أذهان المتشرعة، وكيف يمكن البناء على

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٤: ٣١٧/ وعن الأكثرين في السرائر الحاوي ٢: ٦٢٧.

(٢) جامع المقاصد ١٣: ١٨٧.

(٣) سورة المؤمنون: ٥ ـ ٧/ سورة المعارج: ٢٩ ـ ٣١.

(٤) كشف اللثام ٧: ٣٤٥/ جواهر الكلام ٣٠: ٣٠١.

(٥) جامع المقاصد ١٣: ١٨٦.

وكذا يجوز له أن ينكحه إياها(١)، والأقوى أنه حينئذٍ نكاح لا تحليل(٢).

إنشاء الملك بالتحليل من دون قصد المنشئ؟! كما لعله ظاهر.

(١) بلا إشكال، وتشهد به النصوص، كصحيحة علي بن يقطين المتقدمة في أول المسألة، ونحوها غيرها مما هو كثير، ويأتي بعضه.

(٢) كما هو المشهور؛ لأن النكاح هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، والموجب إنما يوقع هذه الزوجية، بخلاف التحليل فإنه إذن في الانتفاع من دون زوجية.

وظاهر النصوص الواردة في المقام مشروعية التزويج وإيقاع الزوجية بين العبد والأمة.

وعن ابن إدريس: أنه إباحة، إما لجواز تفريق المولى بينهما بالأمر بالاعتزال، ولو كان عقد نكاح لم ينفسخ إلا بالطلاق، ونحوه من فواسخ النكاح[1].

وفيه: أن الطلاق ليس انفساخاً للعقد، وإنما هو إيقاع الفراق، ومن الجائز أن يكون الأمر بالاعتزال يقتضي ذلك، أو يقتضي الانفساخ كغيره من أسباب الانفساخ.

وإما لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال عليه السلام: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها شيئاً من قبله أو من مولاه، ولو مداً من طعام، أو درهما أو نحو ذلك»[2].

وفيه أن قوله عليه السلام: «قد أنكحتك» ظاهر في إيقاع الزوجية، لا مجرد

---

(١) السرائر الحاوي ٢: ٦٠٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١٤٦، ب ٤٣ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

كما أن الأقــوى كفاية أن يقول لــه: (أنكحتك فلانة)، ولا يحتاج إلى القبول منه أو من العبد(١)،

التحليل، فهو دليل على القول الأول، ولا ســيما بملاحظة الأمر بإعطاء شيء، فإن الظاهــر منه أنه من باب المهر الذي لا يجــب في التحليل، كما ذكر ذلك في المسالك[١].

(١) كما اختاره في المختلف[٢]، لأن القبول إنما يشترط في حق من يملكه، العبد هنا لا يملك القبول، لأن للمولى إجباره على النكاح، فله هنا ولاية طرفي العقد.

وفي المســالك: هو «متجه، لأن اعتبار قبول العبد ساقط، وإيجاب المولى دال على قبوله، والمعتبر من القبول الدلالة على رضاه، فهو متحقق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح»[٣].

وظاهر صدر كلامه كظاهر المختلف عدم اعتبار القبول في المقام، وظاهر ذيل كلامه اعتبار القبول، لكن من باب الدلالة على الرضا، فإذا علم الرضا من الايجاب كفى.

ويشــكل الأخير: بأن الرضا النفســاني غير كافٍ في القبول، وإنما المعتبر الرضا الإنشائي.

وأما الأول فغير بعيد، إذ ليــس الفرق بين المعاني العقدية والإيقاعية أن الأولى تتعلق بغــير الموجب، والثانية لا تتعلق بغــير الموجب، ضرورة أن كلا

(١) مسالك الأفهام ٨: ٢٣.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٢٦٥.

(٣) مسالك الأفهام ٨: ٦٩.

لإطلاق الأخبار(١)،

من النكاح والطلاق يتعلق بغـير الموجب، مع أن الأول معنى عقدي، والثاني إيقاعي.

بـل الفرق أن المعنى العقدي تحت سـلطان الموجـب والقابل، والمعنى الإيقاعي لا يكون إلا تحت سلطان الموجب فقط، وإنكاح المولى عبده لما لم يكن تحت سلطان العبد، بل هو تحت سلطان المولى فقط، كان معنى إيقاعياً.

(١) كصحيح محمد بن مسـلم المتقدم عـن أبي جعفر عليه السلام، وخبره عن أبي جعفر عليه السلام: «في المملوك يكون لمـولاه أو لمولاته أمة، فيريد أن يجمع بينهما، أينكحه نكاحاً، أو يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال عليه السلام: نعم، ولو مداً، وقد رأيته يعطي الدارهم»[١].

ومصحح الحلبي قـال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل كيف كان ينكح عبده أمته؟ قال عليه السلام: يقول قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قبله، أو قبل مولاه ولو مداً من طعام أو درهما أو نحو ذلك»[٢].

وفي الجواهر ـ تبعاً لجامع المقاصد ـ: «والخبران إنما كان السؤال فيهما عن كيفية إنكاح المولى العبد، أي: مـا يتعلق بالمولى من الإيجاب، لا أن المراد كفاية ذلك من دون قبول، لا من العبد، ولا من السيد الذي هو وليه، بل لعل دلالته عـلى القبول أوضح كما في كشـف اللثام، للفظ الإنـكاح، واجتزأ به عن ذكر القبول لظهوره، فحينئذٍ يبقى ما دل على اعتبار العقدية في النكاح بحاله»[٣].

وفي القواعد: «ولو زوّج عبده أمته ففي اشـتراط قبـول المولى أو العبد

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٤٦، ب ٤٣ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٣.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٠/ جامع المقاصد ١٣: ٨٨/ كشف اللثام ٧: ٣١٢.

ولأن الأمـــر بيده(١)، فإيجابـــه مغن عن القبول، بـــل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك في ســـائر المقامات، مثل الـــولي والوكيل عن الطرفين(٢).

إشكال ينشـــأ من أنه عقد أو إباحة»[١]، ويظهر منه المفروغية عن اعتبار القبول بناءً على أنه عقد.

وفي كشف اللثام: التردد في ذلك[٢].

والإنصاف: أن النصوص لا تخلو من دلالة على عدم اعتبار القبول، وما في جامع المقاصد والجواهر وغيرهما غير ظاهر.

(١) قد عرفت وجهه.

وفي الجواهر: «قد يناقش بعدم التلازم بين تولية طرفي العقد وبين الاكتفاء في الإيجاب عن القبول، فإن باقي الأولياء وإن جاز لهم تولي طرفي العقد، لكن لا بد من ذكر صورة العقد، اللهم إلا أن يفرّق بكونه هنا مالكاً لا أنه قائم مقام المولى عليه.

وفيـــه: أنه مع ذلك لا بد من ذكر صورة العقد، لمعلومية كون النكاح من العقود»[٣].

ويظهـــر ما فيه مما عرفت من منع كونه من العقود في الفرض، بل هو من الإيقاع؛ لأنه تحت سلطنة سلطان واحد.

(٢) فإنه لما كان له ســـلطان على الإيجاب والقبـــول كان إيجابه مغنياً عن

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٧.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣١٢.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢٧٩.

. . . . . .

القبول، لأنه في نفوذ إيجابه لا ينتظر قبول قابل، فيكون نافذاً بلا قبول القابل.

اللهم إلا أن يقال: لما كان كل من الموكل والمولى عليه ذا سلطان فالوكيل في إيجابه إنما يعمل سلطنة الموجب لا سلطنة القابل، فلا يكون الإيجاب نافذاً إلا بعد إعمال سلطنة القابل، وإنما يكون ذلك بالقبول عنه، فلا ينفذ الإيجاب بدون القبول.

اللهم إلا أن يقال: هذا إذا كان ولياً أو وكيلاً على الإيجاب وعلى القبول، أما إذا كان ولياً أو وكيلاً عن الطرفين على إيجاد مضمون العقد، وهو جعل الزوجية بينهما، فإيقاعه للمضمون المذكور لا ينتظر فيه قبول، لأنه مورد التسليط من الطرفين.

وكذا الكلام في غير النكاح من العقود، كالبيع، والإجارة، والرهن، والصلح، ونحوها، فإنها من الإيقاع إذا وكل أحد الطرفين فيها الآخر، أو وكلا ثالثاً، ويكون المضمون حاصلاً بمجرد حصول الإيجاب من الوكيل عن أحد الطرفين والأصيل من الطرف الآخر، أو الوكيل عن الطرفين.

لما عرفت من أن المعيار في كون المفهوم عقداً أو إيقاعاً كونه تحت سلطنة واحدة أو سلطنتين متقابلتين، ولما كان الوكيل له سلطان على الجهتين كان المفهوم حاصلاً بمجرد إيقاعه، فإذا وقع من الأصيلين كان عقداً، وإذا وقع من الوكيل عنهما كان إيقاعاً[1].

وما في المسالك من دعوى الاتفاق على اعتبار كل من القبول الايجاب في عقد الولي على الطرفين، وأنه لا يكتفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد منه عنهما[2]

(١) تقدّم في ج ٢٠ ص ٥١٠.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٩٠.

وكـــذا إذا وكل غيره في التزويـــج(١)، فيكفي قول الوكيل: (أنكحتك أمة موكلي لعبده فلان)، أو (أنكحتك عبد موكلي أمته).

وأما لو أذن للعبد والأمة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة إلى الإيجاب والقبول(٢).

(مســألة ١٧): إذا أراد المــولى التفريق بينهــما لا حاجة إلى الطلاق، بل يكفي أمره إياهما بالمفارقة(٣).

ـ ذكر ذلك في مبحث الاجتزاء بالأمر عن القبول ـ غير مسموعة، كما يظهر من تنزيل الشهيد في شرح الإرشاد خبر سهل[١]، فراجع.

(١) يعني: لا يحتاج إلى القبول، لأن فعل الوكيل كفعل الأصيل.

(٢) لأن ظهور الإذن لهــما بالفعل على وجه التشريك يقتضي اختصاص التسليط بجهته دون جهة الآخر، فلا بد من أعماله سلطان الآخر.

نعــم، إذا كان الإذن لكل منهما في التزويج مطلقاً كان كما لو أذن لأجنبي في ذلك، ولا يحتاج إلى القبول، كما ذكره فيما قبل.

(٣) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقســميه عليه، كذا في الجواهر[٢]، ونحوه كلام غيره[٣].

ويشهد له النصوص، كصحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما إذا شــاء؟ فقال عليه السلام: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شــاء، إن الله تعالى يقول: ﴿عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾،

(١) غاية المراد ٣: ١٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٨٠.

(٣) مسالك الأفهام ٨: ٦٢ ـ ٦٣.

ولا يبعد جواز الطلاق أيضاً بأن يأمر عبده بطلاقها، وإن كان لا يخلو من إشكال أيضاً(١).

فليس للعبد شيء من الأمر، وإن كان زوجها حراً فإن طلاقها صفقتها»[١].

ومصحح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعته يقول: إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها، قال له: اعتزلها، فإذا طمثت وطأها، ثم يردها عليه إن شاء»[٢].

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا أنكح الرجل عبده أمته فرق بينهما إذا شاء»[٣].

ونحوها غيرها، ومنه صحيح محمد بن مسلم المتقدّم في أول المسألة.

وفي كشف اللثام ـ بعد الاستدلال به على المقام ـ قال: «ويشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع، للاحتياط، وعدم نصوص الأخبار»[٤].

لكن الاحتياط لا يجب مع وجود الحجة.

وعدم نصوصيتها لا تقدح إذا كان لها ظهور، فإن الظهور حجة كالنص.

(١) فيه نوع دلالة على التوقف في صحة الطلاق، مع أنه ادعى الإجماع عليه في كلام جماعة.

وفي الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٨٢، ب ٦٤ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٨.

(٢) المصدر السابق ٢١: ١٤٩، ب ٤٥ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ ملحق حديث: ٤.

(٤) كشف اللثام ٧: ٣٣٤.

(٥) جواهر الكلام ٣٠: ٢٨٠.

(مسألة ١٨): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أم لا، بل هو الأحوط(١)، وتملك الأمة ذلك بناءً على المختار من صحة ملكية المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

وفي جامع المقاصد: «إن زوجة العبد إذا كانت أمة لمولاه فإن طلاقها وإزالة عقد نكاحها هو بيد المولى ولا دخل للعبد فيه إجماعا»[١].

وفي الحدائق: «لا خلاف نصا وفتوى ـ فيما أعلم ـ في أنه إذا زوج السيد عبده أمته فإن الطلاق بيد السيد، وله أن يأمره به، وأن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق»[٢]، ونحوه كلام غيرهم.

نعم، في الجواهر: «قد تشكل صحته (يعني: الطلاق) من العبد بإذن السيد إذا لم يكن بطريق الوكالة»[٣].

وكأنه لأجل أن المفهوم من النصوص أن الطلاق من وظائف السيد، فلا يصح من غيره إذا لم يكن وكيلا عنه.

وفيه: أن الظاهر من كون الطلاق بيد السيد أنه لا يصح إلا بأمره أو إذنه، لا أنه لا يصح إلا بالمباشرة أو التوكيل.

(١) فإن المحكي عن الشيخين، وابني حمزة والبراج، وأبي الصلاح: الوجوب[٤].

للنصوص المتقدمة في مسألة عدم اعتبار قبول العبد في إنكاحه أمة مولاه،

---

(١) جامع المقاصد ١٣: ١٥٤.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٨٨.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢٨٠.

(٤) المقنعة: ٥٠٧/ النهاية: ٤٧٨/ الوسيلة: ٣٠٥/ المهذّب ٢: ٢١٨/ الكافي في الفقه: ٢٩٧.

.....

المتضمنة للأمر بإعطائها مداً من طعام، أو درهماً، أو نحو ذلك.

لكن الأكثر ـ كما قيل ـ على الاستحباب[١].

وفي كشف اللثام: نسبه إلى المفيد أيضاً[٢]؛ للأصل، وعدم التنصيص على الوجوب.

لكن الأصل لا مجال له مع الدليل وعدم التنصيص لا يقدح في الحجية مع وجود الظاهر.

وفي الجواهر: استدل على الاستحباب بالأصل، وعدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه، ضرورة أن مهر الأمة لسيدها، كعدم تصور استحقاق ماله عليه مالاً[٣]، انتهى.

وهو كما ترى! بناءً على التحقيق من ملكية العبد ولو في الفرض.

وكذا بناءً على عدمها، لإمكان وجوب تمكينها من المهر وإن لم يكن ملكاً لها.

ومثله الإشكال بعدم ظهور الخبرين في كون المدفوع مهراً، مع أن المدعى ذلك، فالدليل لا يثبت الدعوى، والدعوى لا دليل عليها.

إذ فيه: إنه إن تم ذلك منع من القول بكون المدفوع مهراً، لا من القول بوجوب الدفع.

ثم إن الظاهر عدم كون المدفوع مهراً بقرينة أنه لم يذكر في ضمن الجملة

(١) مسالك الأفهام ٨: ٢٣.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣١٣/ المقنعة: ٥٠٧.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٠.

(مسألة ١٩): إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثة فلهم أيضاً الأمر بالمفارقة بدون الطلاق(١)، والظاهر كفاية أمر أحدهم في ذلك(٢).

الإنشائية، وإنما ذكر الأمر به بعد ذلك، فإن قام إجماع على عدم وجوب دفع غير المهر تعين حمل النصوص على الاستحباب، وإلا لزم الأخذ بظاهرها والبناء على وجوب الدفع تعبداً.

(١) كما نص على ذلك في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[١].

ويظهر من شراحهما كونه من المسلمات، معللين له: بأنه مقتضى انتقال الملك إليهم[٢].

بل في المسالك هنا أولى، لقيامه مقام المورث الذي كان أمره بيده.

(٢) إن كان المراد كفاية أمر أحدهم في حرمة الوطء ففي محله؛ لعدم جواز التصرف بدون إذن المالك، وإن كان مالكاً جزءاً مشاعاً.

وإن كان المراد الخروج عن الزوجية بذلك، فلا يخلو من إشكال، لأن الخروج عن الزوجية كالدخول في الزوجية تحت سلطة جميع المالكين، فلا يستقل به أحدهم.

اللهم إلا أن يقال: إذا حرم الوطء فقد بطلت الزوجية، إذ لا مجال لانتزاعها حينئذٍ، ولذا استفيد بطلان عقد التزويج من تحريم وطء الأم وغيرها من ذوات المحارم.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥/ قواعد الأحكام ٣: ٥٧/ المختصر النافع: ١٨٤.

(٢) جامع المقاصد ١٣: ٩٤/ مسالك الأفهام ٨: ٢٤/ كشف اللثام ٧: ٣١٤/ جواهر الكلام ٣٠: ٢٣١.

(مسألة ٢٠): إذا زوج الأمة غير مولاها(١) من حر فأولدها جاهلاً بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاها، وقيمة الولد، ويرجع بها على ذلك الغير، لأنه كان مغروراً من قبله(٢).

---

(١) هذا مورد صحيح الوليد بن صبيح المتقدم في المسألة الثانية عشرة، المتضمن ضمان الزوج لمولى الأمة العشر أو نصف العشر[١].

وأما ضمان قيمة الولد فيمكن استفادته مما يأتي، ومن موثق سماعة المتقدم هناك[٢].

(٢) إشارة إلى قاعدة الغرور، المستفادة من النبوي: «المغرور يرجع على من غره»[٣]، المعوّل عليها في جملة من الموارد اتفاقاً.

ويقتضيها أيضاً خبر محمد بن سنان عن إسماعيل بن جابر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوجني ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته، وأنها أمة، قال عليه السلام: ترد الوليدة على مواليها، والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الوليد، يعطيه موالي الوليدة، كما غرّ الرجل وخدعه»[٤].

وخبر رفاعة بن موسى قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام... إلى أن قال: وسألته عن البرصاء، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي

---

(١) تقدّم في ص ٤٤٢.

(٢) تقدّم في ص ٤٥٠.

(٣) لم أجد نسبته إلى المعصوم لدى متقدمي الفقهاء، عدا ما توحيه بعض عبارات جامع المقاصد (٤: ٢٦٣)، والظاهر أنها قاعدة متصيدة من أبواب الفقه المتفرقة، منها ما أشار إليه المؤلف قدس سره هنا، وفيما تقدم، فلاحظ ج ٢٠ ص ١٥٨، ٢٩٣/ ج ١٧ ص ١٩١ ـ ١٩٢، ٥٣٥.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٠، ب ٧ ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ١.

كما أنه إذا غرته الأمة بتدليسها ودعواها الحرية تضمن القيمة(١)، وتتبع به بعد العتق، وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها(٢).

(مسألة ٢١): لو تزوج أمة بين شريكين بإذنهما ثم اشترى حصة أحدهما، أو بعضها، أو بعضاً من حصة كل منهما بطل نكاحه، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها(٣).

برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوّجها، و[إنما] صار عليه المهر؛ لأنه دلسها، ولو أن رجلاً تزوج امرأة، وزوّجه إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء، وكان المهر يأخذه منها»[1]، وربما يستفاد أيضاً من غيرها.

لكنه قاصر عن إفادة العموم، وإنما يدل عليها في موارد خاصة، والعمدة ما ذكرنا.

والأول يدل على الرجوع بقيمة الولد بالخصوص.

(١) كما مال إليه في الجواهر[2]؛ لما ذكر من القاعدة.

(٢) كما عن الحلي في السرائر، مدعياً نفي الخلاف في ذلك، وأن الإجماع منعقد عليه[3]، وهو مقتضى قاعدة الغرور المتقدمة.

(٣) على المشهور، بل إجماعاً إذا لم يرض الشريك الآخر؛ لعدم التبعيض

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢١٢، ب ٢ ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ٢، وما بين المعقوفين مطموس في الأصل فأثبته من المصدر.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٢٩.

(٣) السرائر الحاوي ٢: ٥٩٦ ـ ٥٩٧.

وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها(١).

وهل يجوز له وطؤها إذا حللهـــا الشريك؟ قولان، أقواهما: نعم، للنص(٢).

في أســـباب النكاح ابتداء واســـتدامة، كما يقتضيه ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[١].

وموثق سماعة: «ســـألته عن رجلين بينهما أمة فزوجاها من رجل، ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، فقال عليه السلام: حرمت عليه باشترائه إياها، وذلك أن بيعها طلاقها، إلا أن يشتريها من جميعهم»[٢].

وعـــن النهاية: جواز الـــوطء إذا رضي الشريك بالعقـــد[٣]، وتبعه عليه القاضي[٤].

ودليله غير ظاهر في قبال ما عرفت.

ولـــذا قال في الشرائع: «ولو أمضى الشريـــك الآخر العقد بعد الابتياع لم يصح، وقيل: يجوز له وطؤها بذلك، وهو ضعيف»[٥].

(١) لما ذكر، فإن قوله عليه السلام: «وذلك أن بيعها طلاقها» بمنزلة العام الشامل للمقام.

(٢) وهـــو صحيح محمد بن قيس ـ المروي في الكافي والتهذيب ـ عن أبي

---

(١) سورة المعارج: ٣٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١٥٣، ب ٤٦ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

(٣) النهاية: ٤٨٠.

(٤) المهذّب ٢: ٢١٩.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤.

. . . . . .

جعفر عليه السلام قال: «سألته عن جارية بين رجلين دبراها جميعاً، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه، قال عليه السلام: هو له حلال، وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات ونصفها مدبراً.

قلت: أرأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسها، أله ذلك؟ قال عليه السلام: لا، إلا أن يثبت عتقها، ويتزوجها برضا منها متى ما أراد، قلت له: أليس قد صار نصفها حراً قد ملكت نصف رقبتها، والنصف الآخر للباقي منهما؟! قال عليه السلام: بلى، قلت: فإن هي جعلت مولاها في حل من فرجها وأحلت له ذلك، قال عليه السلام: لا يجوز له ذلك، قلت: لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها؟ قال عليه السلام: إن الحرة لا تهب فرجها، ولا تعيره، ولا تحلله، ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعة بشيء في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو كثر»[1].

ورواه الشيخ بطريق فيه علي بن فضال[2].

والصدوق في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام[3].

وما قوّاه المصنف حكي عن ابن إدريس وجماعة، منهم الشهيد في اللمعة[4].

وفي الشرائع: «ولو حللها، قيل: تحل، وهو مروي. وقيل: لا، لأن سبب

(١) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٤٨٢/ تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٣/ وسائل الشيعة ٢١: ١٤٢، ب ٤١ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٥.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٩٠.

(٤) السرائر الحاوي ٢: ٦٠٣/ اللمعة الدمشقيّة: ١٨٢.

وكذا لا يجوز وطء من بعضه حر إذا اشترى نصيب الرقية لا بالعقد، ولا بالتحليل منها.

نعم لـــو هاياها فالأقوى جواز التمتع بها(١) في الزمان الذي لها، عملاً بالنص الصحيح، وإن كان الأحوط خلافه.

الاستباحة لا يتبعض»[١].

ويشـــكل ما ذكره أخيراً: بأن التحليل نوع من الملـــك، كما عرفت، فلا تبعض، كما أشار إليه في كشف اللثام بعد أن قوّى الجواز[٢].

مع أنه لا مجال لرد النص والأخذ بالقواعد العامة لو تمت.

فإذاً الجواز متعين.

ومن الغريب نســـبة الضعف إلى الرواية في المســـالك وغيرها[٣]، مع أنها مروية في الكافي والتهذيب عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام بطريق صحيح.

وفي الفقيه عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام بطريق صحيح أيضاً.

ورويت في التهذيب في أوائل كتاب النكاح عن محمد بن مســـلم عن أبي جعفر عليه السلام بطريق فيه علي بن فضال، فيكون من الموثق.

(١) كما عن الشيخ، وجماعة[٤].

وفي الشرائـــع: «قيل: يجوز أن يعقد عليها متعـــة في الزمان المختص بها،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣١٥.

(٣) مسالك الأفهام ٨: ٣٠/ الروضة البهيّة ٥: ٣٢٣

(٤) النهاية: ٤٩٤.

.....

وهو مروي، وفيه تردد، لما ذكرنا من العلة»[١].

ويشكل بأن النص الصحيح المعول عليه عند الشيخ وأتباعه لا مجال لرده بالعلة المذكورة، وإن عوّل عليها المشهور، كما قيل.

كما لا مجال لما في المسالك من أن منافع البضع لا تدخل في المهاياة، وإلا لحل المتعة بغيره في أيامها، وهو باطل اتفاقاً[٢].

لإمكان منع الملازمة بين الحكمين، وجواز التفكيك بين الفرضين، كما في الجواهر[٣].

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٣١.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٢.

فصل

في الطوارئ

وهي العتق، والبيع، والطلاق.

أما العتق: فإذا أعتقت الأمة المزوجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد(١)

فصل في الطوارئ

(١) بلا خلاف، ولا إشكال، بل في الرياض: «إذا كانت تحت عبد إجماعا من المسلمين، كما حكاه جماعة»[١].

ويشهد به النصوص المستفيضة، كمصحح الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة، قال عليه السلام: أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، وإن شاءت نزعت نفسها منه، قال: وذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة، فاشترتها عائشة فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله...»[٢].

---

(١) رياض المسائل ١١: ٣٩٣/ كشف الرموز ٢: ١٦٦/ التنقيح الرائع ٣: ١٤٧/ جامع المقاصد ١٣: ١٠١/ مسالك الأفهام ٨: ٣٣/ نهاية المرام ١: ٢٨٤/ كفاية الأحكام ٢: ١٨١/ جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١٦١، ب ٥٢ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

بل مطلقاً وإن كانت تحت حر على الأقوى(١).

وموثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه كان لبريرة زوج عبد، فلما أعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله اختاري»[١].

وصحيح محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق، فقال عليه السلام: تتخير، فإن شاءت أقامت على زوجها، وإن شاءت فارقته»[٢]، ونحوها غيرها.

(١) على المشهور، ومنهم الشيخ في النهاية، والمحقق في المختصر النافع[٣].

لجملة من النصوص، منها خبر محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام: «إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت عبد أو حر»[٤]، ونحوه خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام[٥].

وإطلاق خبر الكناني: «أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته»[٦].

وخصوص مرسل عبد الله بن بكير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل حر نكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها، قال عليه السلام: هي أملك ببضعها»[٧].

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٦٤، ب ٥٢ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٩.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٧.

(٣) النهاية: ٤٧٦/ المختصر النافع: ١٨٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ١٦٤، ب ٥٢ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ١٢.

(٥) المصدر السابق ـ حديث: ١٣.

(٦) المصدر السابق ـ حديث: ٨.

(٧) المصدر السابق ـ حديث: ١١.

والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع(١).

نعم الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلها، فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقــوى(٢)، نعم إذا أعتق البعض الآخر أيضاً ـ ولو

وعن الشيخ في المبسوط والخلاف: نفي الخيار[١].

وفي الشرائع: أنه أشبه[٢].

وعــن شرح النافع: أنه متعين؛ لضعف النصوص المذكورة ســنداً، فلا تصلح لإثبات حكم مخالف للأصل[٣].

ويشــكل: بأن ضعف النصوص مجبور بعمل المشــهور بها، واعتمادهم عليها، ولا ســيما بملاحظة قول النبي صلى الله عليه وآله لبريرة: «ملكت بضعك فاختاري»، فإنه بمنزلة التعليل الشامل لغير مورده.

لكن لم أعثر على ذلك في رواياتنا[٤].

(١) كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى.

وقد يحتمل عدم الخيــار في المنقطع؛ لأنه كالإجارة لا تنفســخ بالعتق، ولكنه كما ترى!.

(٢) كما نص على ذلك في القواعد وغيرها[٥].

ويقتضيه الأصل وقصور النصوص والفتوى عن شــمول الفرض، كما

(١) المبسوط ٤: ٢٥٨/ الخلاف ٤: ٣٥٣ ـ ٣٥٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥.

(٣) نهاية المرام ١: ٢٨٦.

(٤) بل ولا في روايات غيرنا ـ فيما أعلم ـ وإن اشتهر على ألسن الفقهاء، فانظر: نصب الراية ٣: ٣٩١.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ٥٨/ جامع المقاصد ١٣: ١١٢/ مسالك الأفهام ٨: ٣٥/ نهاية المرام ١: ٢٨٦.

بعد مدة ـ كان لها الخيار(١).

(مسألة ١): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاها أو لها؟ تابع للجعل في العقد(٢)، فإن جعل لها فلها، وإلا فله.

ذكر ذلك في كشف اللثام وغيره[١].

ويظهر من عبارة المصنف أنه محل خلاف.

لكن نسبة الخلاف في كشف اللثام إلى بعض الشافعية يدل على الاتفاق عليه عندنا، كما هو ظاهر الجواهر أيضاً[٢].

(١) كما يستفاد من قوله عليه السلام: «هي أملك ببضعها»، وإن كان مقتضى الجمود عليها الاقتصار على صورة عتق الكل.

لكن منصرفها صيرورتها بتمامها حرة، ولو بالتدريج.

(٢) قد تقدم في المسألة الرابعة الجزم بأن مهر الأمة المزوجة لمولاها، ودعوى الاتفاق عليه من جماعة[٣]، فلا وجه ظاهر لهذا التردد في المقام، والتفصيل.

ولذا قال في الجواهر: «وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته بعد الدخول كان المهر ثابتا لمولاها بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول»[٤].

---

(١) كشف اللثام ٧: ٣٢١.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٨.

(٣) تقدّم في ص ٤١٠.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٥.

ولولاهـــا في الصورة الأولى تملكه كما في ســـائر الموارد، إذ له تملك مال مملوكه(١) بناءً على القول بالملكية، لكن هذا إذا كان قبل انعتاقها(٢)، وأما بعد انعتاقها فليس له ذلك(٣).

وإن كان قبل الدخول(٤) ففي سقوطه، أو سقوط نصفه، أو عدم سقوطه أصلاً، وجوه، أقواها: الأخير(٥)، وإن كان مقتضى الفســـخ الأول، وذلك لعدم معلومية كون المقام من باب الفسخ، لاحتـــمال كونه مـــن باب بطلان النـــكاح مع اختيارهـــا المفارقة، والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

إلا أن يقال: إن ما سبق يختص بصورة ما إذا أطلق المهر، والمقام يختص بما إذا عين للمولى، أو لها، أو أطلق.

لكن ذلك لا يناسب عبارة المتن.

(١) لأنه تحت سلطانه مطلقاً.

(٢) يعني: التملك.

(٣) لخروجه عن سلطانه بحرية مالكه، الموجبة لسلطنته عليه.

(٤) يعني: العتق والفسخ أيضاً.

(٥) قال في المسالك: «إن كان (يعني: الخيار) قبله سقط المهر، إذ الفسخ جاء من قبلها»[١]، ونحوه في كشف اللثام[٢].

وفي الجواهر: «إذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول ســـقط

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ٣٦.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣١٩.

. . . . . .

المهر من غير خلاف يعرف فيه، لكون الفسخ منها قبل الدخول، ولأنه كتلف المبيع قبل قبضه، ولكون النكاح كالمعاوضة المبنية على التسلم بالتسليم.

لكن قد يناقش بثبوت المهر بالعقد، وكون الفسخ من قِبَلِها على تقدير اقتضائه سقوط المهر إنما يؤثر لو كان المهر لها، لا إذا كان لغيرها.

والقياس على تلف المبيع قبل قبضه باطل عندنا.

وبناء هذه المعاوضة على احتمال جريان أمثال هذه العوارض فيها»[1].

وما ذكره من المناقشة متين، إلا ما ذكره من ثبوت المهر بالعقد، فإنه لا يقتضي بقاء المهر؛ لكون المفروض انفساخ العقد باختيار الفراق، وبعد انفساخه لا يبقى لمضمونه أثر، فضلاً عن الشرط المذكور فيه.

نعم، احتمل المصنف﵀ أن اختيار الفراق في المقام ليس من باب الفسخ، بل من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة.

ولم يتضح الفرق بين الفسخ والبطلان فيما نحن فيه؛ لأنه إذا بطل النكاح فقد بطل المهر، لأنه شرط فيه.

وبالجملة: فبقاء المهر مع الفسخ ـ الذي ذكره في الجواهر ـ أو مع البطلان ـ الذي ذكر في المتن ـ غير ظاهر.

نعم، يمكن دعوى منع حصول الفسخ والبطلان باختيار الفراق، واحتمال أن يكون نظير الطلاق، غاية الأمر أن إيقاع الطلاق جعل الفراق من الزوج، وإيقاع هذا الفراق من الزوجة.

---

(١) جواهر الكلام ٣: ٢٤٥.

(مسألة ٢): إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فإن كان المهر جعل لها فلها، وإن جعل للمولى، أو أطلق، ففي كونه لها أو له قولان، أقواهما: الثاني، لأنه ثابت بالعقد(١) وإن كان يستقر بالدخول، والمفروض أنها كانت أمة حين العقد(٢).

ولا يأبى قوله عليه السلام في الصحيح الأول: «وإن شاءت نزعت نفسها منه»، وقوله عليه السلام في الصحيح الأخير: «وإن شاءت فارقته»[١]، أن يكون من قبيل الفراق المجعول ضد الزوجية، لا نقض الزوجية المجعولة.

وحينئذٍ يكون أقوى الوجوه ما اختاره المصنف رحمه الله، وحمل الفراق في المقام على الطلاق في تنصيف المهر، لا وجه له.

فالعمل بالأصل متعين.

(١) على الأصح كما في المسالك[٢]، والتحقيق كما في الجواهر[٣]، ونحوهما ما في غيرهما.

لوضوح أنه مذكور في العقد، فإذا صح ثبت.

وقيل: يثبت بالدخول، ولذا يتنصف بالطلاق قبل الدخول[٤].

وفيه: أنه حكم على خلاف القاعدة قام عليه الدليل؛ على أن ثبوت النصف حينئذٍ يدل على عدم استقلال الدخول في ذلك.

(٢) فيكون مهرها لمولاها.

---

(١) تقدّما في ص ٤٨٥، ٤٨٦.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٣٦.

(٣) جواهر الكلام ٣: ٢٤٦.

(٤) انظر: جامع المقاصد ١٣: ١٠٩.

(مسألة ٣): لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر(١) فالظاهر أن حاله حال ما إذا عين في العقد(٢) وإن كان بتفويض البضع(٣)، فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين، فحاله حال ما إذا عين حين العقد(٤).

وإن كان قبل الدخول، فالظاهر أن المهر لها(٥)، لأنه يثبت حينئذٍ بالدخول، والمفروض حريتها حينه.

وإذا قلنا بأن المهر يثبت بالدخول لا بالعقد اتجه حينئذٍ ثبوت المهر لها، لأن الدخول كان في حال الحرية.

(١) بأن يذكر المهر في العقد ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين بعينه، أو ولو مطلقاً لا بعينه، أو ولو إليهما معاً، أو ولو إلى أجنبي، على خلاف في ذلك.

(٢) كما في كشف اللثام، والجواهر[1].

لأن المهر حينئذٍ يكون بالعقد، فتجري فيه أحكام الصور الثلاث للمهر المعين في العقد.

(٣) بأن لا يذكر المهر في العقد أصلاً، لا إجمالاً، ولا تفصيلاً.

(٤) لأن التعيين اللاحق كالتعيين في العقد نافذ.

وإن كان العتق بعد الدخول بلا تعيين تعين مهر المثل، ويكون للسيد في الفرضين.

(٥) يعني: إذا دخل بها قبل اختيار الفراق، أما إذا اختارت الفراق قبل الدخول فلا مهر لها، ولا للسيد؛ لعدم المقتضي له، لا عقد، ولا دخول، إلا إذا

(١) كشف اللثام ٧: ٣٢٠/ جواهر الكلام ٣: ٢٤٦.

(مسألة ٤): إذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باق(١)، فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذٍ، وإن اختارت البقاء بقي له حق الرجوع.

ثم إذا اختارت الفسخ لا تتعدد العدة، بل يكفيها عدة واحدة(٢) ولكن عليها تتميمها عدة الحرة(٣)، وإن كانت العدة

قلنا بأن صداق المفوضة يجب بالعقد، وإن لم يفرض لها، وإنما الفرض كاشف عن قدر الواجب، فهو للسيد، كما ذكر في القواعد، وكشف اللثام، والجواهر[١].

(١) لأنها بحكم الزوجة، ولضرورة أولويته من فسخ النكاح المستقر، كما في كشف اللثام وغيره[٢].

(٢) نص على ذلك كله في القواعد وغيرها[٣].

ويقتضيه إطلاق الأدلة، ولا مجال للرجوع إلى أصالة عدم التداخل، لأنها خلاف المرتكزات العرفية في المقام.

(٣) لصيرورتها حرة.

لكن الاكتفاء بذلك يقتضي إلغاء سببية الفسخ للعدة، وهو أمر زائد على التداخل، ووجهه غير ظاهر، لأنه إلغاء لسببية الفسخ من غير وجه، والارتكاز إنما يساعد على التداخل، لا على إلغاء السببية بالمرة.

نعم، ما في المتن مذكور في القواعد وغيرها، ويظهر منهم المفروغية عنه، فإن كان إجماعاً فهو، وإلا فالمتعين استئناف عدة الحرة للفسخ.

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٨/ كشف اللثام ٧: ٣٢٠/ جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٦.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣٢٠/ جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٦.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٥٨.

بائنة فلا خيار لها على الأقوى(١).

(مسألة ٥): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم(٢).

(مسألة ٦): الخيار على الفور(٣) على الأحوط، فوراً عرفياً.

---

(١) كما في الجواهر[١]؛ لأنها حينئذٍ ليست زوجة، ونصوص الخيار مختصة بالزوجية.

وكذا لو أعتقت في أثناء العدة الرجعية فلم تفسخ لعدم علمها إلى أن خرجت عن العدة، فإنها لا خيار لها حينئذٍ لخروجها عن الزوجية حقيقة وحكماً.

والظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه، وإن كان قول المصنف رحمه الله: «على الأقوى» يشعر بوجود الخلاف، لكني لم أعثر عليه، ولا على إشكال فيه.

(٢) كما نص على ذلك في القواعد[٢].

وفي كشف اللثام: «للشافعية وجه بالافتقار»[٣]، وظاهره أنه لا خلاف فيه بيننا.

(٣) كما نص على ذلك في الشرائع، والقواعد[٤].

وفي المسالك: «يظهر من الجماعة الاتفاق عليه»[٥].

وفي كشف اللثام: «اتفاقاً، كما هو الظاهر»[٦].

---

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٧.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٥٨.

(٣) كشف اللثام ٧: ٣٢٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥/ قواعد الأحكام ٣: ٥٧.

(٥) مسالك الأفهام ٨: ٣٤.

(٦) كشف اللثام ٧: ٣١٨.

نعم لو كانت جاهلة بالعتق، أو بالخيار، أو بالفورية جاز لها الفسخ بعد العلم(١)، ولا يضره التأخير حينئذٍ.

وفي الحدائق: «ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه»[١].

وفي الرياض: أنه متفق عليه عند الجماعة، كما حكاه طائفة[٢].

واستدل له بلزوم الاقتصار على المتيقن في فسخ العقد اللازم.

ومرجعه إلى التمسك بعمومات اللزوم عند الشك فيه، فإن عمومات اللزوم كما لها عموم أفرادي لها عموم أزماني، فإذا دل الدليل على عدم اللزوم في زمان، وشك فيما بعده من الأزمنة في اللزوم وعدمه، تعين الرجوع إلى عموم اللزوم الأزماني في الزمان المشكوك.

ويشكل: بأن ذلك وإن سلم، فإنما يصح إذا لم يكن لدليل الخيار إطلاق، وإلا كان إطلاقه مقدماً على العموم الأزماني، ففي الزمان المشكوك يرجع إلى إطلاق الخيار، لا إلى إطلاق اللزوم الأزماني، فلاحظ.

فإذاً العمدة هو الاتفاق المدعى في المقام على الفورية.

(١) أما في الأول: فمقطوع به، كما في كشف اللثام[٣].

وأما في الأخيرين: فاحتمل في القواعد السقوط، وعدمه، والفرق بينهما[٤].

وعلل الأول في كشف اللثام: بأن الثبوت خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، ولأن الرضا بعد العلم بملكها بضعها بمنزلة العقد بعده، ولأن الجهل

(١) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٥٠.

(٢) رياض المسائل ١١: ٣٩٤.

(٣) كشف اللثام ٧: ٣١٩.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٥٨.

(مسألة ٧): إن كانت صبية أو مجنونة فالأقوى أن وليها يتولى خيارها(١).

لو كان عذرًا لكان النسيان كذلك[١].

وفي الجميع منع ظاهر، إذ دليل الخيار يقتضي الثبوت في غير مورد الإجماع على السقوط.

والمشابهة في الثاني ممنوعة، والملازمة في الثالث كذلك.

مع أنه لا دليل على بطلان اللازم، بل في المسالك: إلحاق النسيان بالجهل[٢].

والعمدة في الحكم في الجميع عدم تمامية الإجماع على السقوط، ومقتضى إطلاق الدليل ثبوته.

ومنه يظهر الإشكال في احتمال الفرق بينهما.

وتوجيهه: بأنه مع العلم بالخيار إذا أخرت الفسخ فقد رضيت بالإجازة، ولاندفاع الضرر بإثبات الخيار لها مع العلم وإن لم تعلم الفورية[٣].

كما ترى! إذ الأول ممنوع.

والثاني مبني على ثبوت الخيار بالضرر، وهو ممنوع، لقيام الدليل عليه، فيؤخذ بإطلاقه ما لم يقم إجماع على خلافه، كما عرفت.

(١) يظهر من الجواهر احتماله إن لم يكن إجماع على خلافه[٤].

---

(١)، (٣) كشف اللثام ٧: ٣١٩.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٣٦.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٩.

(مسألة ٨): لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها(١).

(مسألة ٩): ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها، أو آذنها فاختارت هي زوجها برضاها(٢)، ولكن يمكن دعوى انصراف الأخبار إلى صورة

وفي القواعد: «لو أعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ، والمجنونة عند الرشد، وليس للولي الاختيار هنا، لأنه على طريقة الشهوة»[١].

وظاهر كشف اللثام: المفروغية عنه[٢].

وفي الحدائق: «قالوا ليس للولي هنا...»[٣]، وظاهره النسبة إلى الأصحاب.

لكن التعليل المذكور في القواعد كما ترى! إذ الشهوة لا تزاحم المصلحة، ولذا يصح تصرف الولي لو زوجها بمن شاء إذا كان مصلحة لها، كما لا يخفى.

فالعمدة في الإشكال في ذلك عدم ثبوت العموم الدال على ولاية بحيث يشمل المقام.

ولأجل ذلك كان الإشكال في صحة هبة المدة من الولي في النكاح المنقطع، إذ لا عموم في دليل الولاية يقتضي ذلك، فلاحظ.

(١) للأصل بعد عدم الدليل على الوجوب، وكذا لا يجب على المالك إعلامها بذلك، لما ذكر.

(٢) كما يقتضيه إطلاق كلامهم.

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٨.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣٢١.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٥١.

مباشرة المولى بلا اختيار منها(١).

(مسألة ١٠): لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها، فالظاهر صحته(٢).

---

(١) لكن الدعوى المذكورة ضعيفة، والانصراف بدوي لا يعتد به في رفع اليد عن إطلاق النصوص.

(٢) قال في الشرائع في كتاب العتق: «لو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق لزم الوفاء به»[١]، ونحوه في القواعد وغيرها[٢].

والظاهر أنه لا إشكال فيه، ولا خلاف، ويقتضيه النصوص الكثيرة المتضمنة صحة العتق مع شرط الخدمة، أو شرط المال، أو غير ذلك.

مضافاً إلى احتمال عموم السلطنة، وأن العبد تحت سلطان المولى حتى بالإضافة إلى ذمته، فله إشغالها بما شاء.

ولأجل ذلك يظهر أنه لا حاجة إلى قبول العبد، كما هو مذهب جماعة، منهم المحقق في ظاهر كلامه.

خلافا لآخرين، للشك في صدق الشرط بدون الرضا، فلم يثبت عموم: «المؤمنون عند شروطهم» له[٣].

وفيه: ما لا يخفى.

وفي القواعد: استقرب العدم في شرط الخدمة، دون المال؛ لأن الخدمة

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨١.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٢٠٢/ تحرير الأحكام ٤: ٢٠٢.

(٣) انظر: كشف اللثام ٨: ٣٦١/ جواهر الكلام ٣٤: ١١٨/ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ ـ المهور ـ حديث: ٤.

(مسألة ١١): لو أعتق العبد لا خيار له(١)،

من المنافع المملوكة للمولى، دون المال[١].

وفيه: أنه لو قيل بعدم ملك المال فهو أيضاً تحت سلطان المولى إن كان موجوداً.

نعم، إذا لم يكن موجوداً فلا سلطنة للمولى عليه، لكن سلطنة المولى على الذمة تقتضي قدرته على اشغالها بما يشاء من المال.

ومن ذلك يظهر: أن صحة اشتراط الخدمة ليس من قبيل استثناء المنافع، بل هو من قبيل إشغال ذمة العبد بها، لأنها تحت سلطانه، فلاحظ.

(١) على المشهور شهرة عظمية، بل لم يعرف الخلاف فيه إلا عن ابن الجنيد، فأثبت له الخيار، قياساً على الأمة[٢].

وعن ابن حمزة، فأثبت له الخيار إذا كان قد أكرهه على النكاح[٣].

وعن المختلف: موافقته في ذلك، لأنه كالحر المكره[٤].

والإشكال عليهما ظاهر، إذ القياس ليس بحجة.

والحر المكره مسلط على نفسه، فيمكن أن يكون الإكراه له مانعاً من نفوذ سلطانه على نفسه، بخلاف العبد، لأنه تحت سلطان المولى، ولا سلطان له على نفسه.

هذا وفي الرياض موافقتهما في ذلك بشرط استمرار الكراهة إلى حال

---

(١) قواعد الأحكام ٣: ٨١.

(٢)، (٤) عنه في مختلف الشيعة ٧: ٢٧٠.

(٣) الوسيلة: ٣٠٦.

ولا لزوجته(١).

(مسألة ١٢): لو كان عند العبد حرة وأمتان فأعتقت إحدى الأمتين فهل لها الخيار أو لا؟ وجهان(٢).

الاختيار[١].

وكأنه لأن الكراهة في حال الحرية من قبيل الإكراه للحر.

وفيه: أن الإكراه للحر مانع من الصحة، ولا مجال لذلك هنا، كما عرفت، لا أنه يثبت الاختيار، كي يلحق به المقام.

(١) بلا خلاف، لأنها رضيت به عبداً فأولى أن ترضى به حراً، كما ذكر في خبر علي بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل زوج أم ولد له من عبد، فأعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال عليه السلام: قد تزوجته عبداً ورضيت به، فهو حين صار حراً أحق أن ترضى به»[٢]، ونحوه خبر أبي بصير[٣].

(٢) قد تقدَّم أنه لا يجوز للعبد أن يتزوج حرتين وأمة، وله أن يتزوج أمتين وحرة[٤].

وفي المقام بعد عتق إحدى الأمتين يكون العبد قد جمع بين حرتين وأمة، ولما لم يجز ذلك كان اللازم بطلان زوجية الجميع، لعدم المرجح.

لكن الظاهر إلحاق المقام بما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع، حيث ذكروا أنه يختار أربعاً ويترك الباقي.

---

(١) رياض المسائل ١١: ٣٩٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١٦٦، ب ٥٤ ـ نكاح العبيد والإماء ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ١.

(٤) تقدّم في ص ١٣٢، وما بعدها.

.....

فإذا كان حكم الزوج الاختيار أشكل البناء على ثبوت الخيار للزوجة، وإن كان مقتضى إطلاق الدليل ذلك، لكن تمكن دعوى انصرافه عن صورة تزلزل حال المرأة من جهة أن للزوج اختيار غيرها، فيبطل نكاحها.

وفيه: أن هذا المقدار من التزلزل لا يستوجب الانصراف المعتد به، لإمكان أن يكون الخيار لكل من الزوج والزوجة، فثبوت الخيار للزوج لا يوجب قصور دليل الخيار للزوجة عن شمول الفرض، نظير: ما لو كان العتق في أثناء العدة الرجعية.

مضافاً إلى أن ذلك ـ لو تم ـ فإنما يقتضي نفي خيارها قبل اختيار الزوج، لا مطلقاً، فلو اختارها الزوج كان لها الخيار، لانتفاء المانع المذكور.

ويحتمل ـ بعيداً ـ أن يكون تردد المصنف رحمه الله من جهة احتمال بطلان نكاحها بمجرد العتق، وعدم الإلحاق بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع، إذ لا دليل على هذا الإلحاق بعد كون الحكم هناك خلاف مقتضى القاعدة، لأن عقده عليهن إن كان في زمان واحد تعين بطلان الجميع، لعدم المرجح، وإن كان في زمانين تعين البناء على بطلان اللاحق وصحة السابق.

فالبناء على اختيار الزوج مستند إما إلى الإجماع، أو إلى النص الوارد: «في المجوسي إذا أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه، كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً»[1].

والظاهر أنه ليس في روايات أصحابنا سواه، والإجماع والنص لا يشملان المقام.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٢٤، ب ٦ ـ ما يحرم باستيفاء العدد ـ حديث: ١.

وعلى الأول: إن اختارت البقاء، فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها؟ وجهان(١).

وكذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء(٢) فأعتقت إحداها.

فيتعين البناء على بطلان الجميع في المقام، لعدم المرجح.

وحينئذٍ لا مجال لخيار الزوجة؛ لانتفاء موضوعه.

(١) لم يتضح وجه البطلان مع اختيارها للبقاء.

نعم، إذا قلنا بأن الممتنع أن يجمع العبد بين حرتين وأمة مع استقرار النكاح فما دامت الأمة المعتقة لها الخيار لا مانع من الجمع، فإذا استقر نكاحها باختيارها البقاء امتنع الجمع، فبطل نكاحها.

لكن لو تم اقتضى بطلان نكاح الجميع.

فإذاً التحقيق ـ بعد البناء على إلحاق المقام بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع ـ هو ثبوت الاختيار لكل من الزوجة والزوج في الفرض، ولا يبطل نكاحها إلا إذا اختار الزوج غيرها.

(٢) إذا كان عند العبد ثلاث إماء فأعتق إحداها لم يكن مانع من الجمع بينها، لأنه يجوز للعبد أن يجمع بين حرة وأمتين.

وحينئذٍ فلا إشكال في ثبوت الخيار للمعتقة، وليس هو مما نحن فيه.

نعم، إذا أعتق اثنان منهما كان قد جمع بين حرتين وأمة، ولا يجوز للعبد ذلك، فحينئذٍ يجيء الإشكال السابق.

وكذا لو كانت أربع إماء فأعتقت واحدة، فإنه لا يجوز للعبد أن يجمع بين ثلاث إماء وحرة، فيجري فيه ما سبق.

ولـــو أعتق في هـــذا الفرض جميعهن دفعة ففـــي كون الزوج مخـــيرا وبعد اختيـــاره يكون التخيـــير للباقيـــات، أو التخيير من الأول للزوجات، فإن اخترن البقاء فلـــه التخيير، أو يبطل نكاح الجميع(١)، وجوه.

---

(١) قد عرفت أنـــه مقتضى القاعدة، وأن الإلحاق بصورة ما إذا أســـلم الكافر عن أكثر من أربع غير ظاهر.

ولو بني عليـــه لم يكن وجه لتقديم اختيار الزوج عـــلى اختيار الأمة، أو تقديم اختيارها عـــلى اختياره، فإن كون اختياره موضوعـــاً لاختيارها، وكذا العكس مما لم يشهد به شاهد.

والمتعـــين أن يكون لكل منهـــما الاختيار، كما لو أعتقـــت في أثناء العدة الرجعية.

مُحتويات الكِتاب

كتاب النكاح

استحباب النكاح في نفسه وكراهة العزوبة ٧

ما يستحب لمن يريد النكاح ٩

ما يكره لمن يريد النكاح ١١

ما يستحب اختياره من النساء وما يكره ١١

مستحبات الدخول على الزوجة ١٢

الكلام فيما ينثر في الأعراس ١٤

ما يستحب عنه الجماع ١٤

الأوقات التي يكره فيها الجماع ١٤

بعض أحكام التزويج ١٥

يجوز النظر إلى المرأة التي يريد نكاحها ١٧

يجوز النظر إلى الجارية التي يريد شراءها .. ٢٤

حكم النظر إلى نساء أهل الذمة والبوادي ٢٦

جواز النظر إلى المماثل عدا العورة ٣١

يجوز نظر الزوج إلى الزوجة وبالعكس ... ٣٣

حكم الخنثى مع الذكر والأنثى ٣٤

حكم النظر إلى الوجه والكفين وغيرهما من الأجنبية والأجنبي ٣٥

يجوز النظر إلى المحارم عدا العورة ٤٥

المملوكة كالزوجة إلا ما استثني ٤٦

النظر إلى الزوجة المعتدة من وطء الشبهة والطلاق الرجعي، والأمة المعتدة من وطء الشبهة ٤٧

ما يستثنى من عدم جواز النظر ٤٨

النظر إلى الصبي والصبية مع التمييز وبدونه ٥٣

حكم تقبيل الرجل الصبية ووضعها في حجره ٥٧

نظر المملوك إلى مالكته ٥٨

نظر الخصي إلى المرأة ٦٠

حكم العنين والمجبوب والكبير الذي سقطت شهوته ٦٣

الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه ٦٤

سماع صوت الأجنبية والأجنبي..... ٦٥
مصافحة الأجنبية والمحارم ولمسها ٦٧
حكم ابتداء الرجل المرأة بالسلام ٦٩
يكره الجلوس في مجلس المرأة قبل برده ٧٠
استئذان الولد إذا دخل على أبيه، وعدم استئذان الوالد إذا دخل على ابنه..... ٧٠
الحد الذي يفرق فيه بين الأطفال في المضاجع ٧١
النظر إلى العضو المقطوع من الأجنبي ٧١
حكم وصل المرأة شعر غيرها بشعرها ٧٣
لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس ٧٣
يكره اختلاط النساء بالرجال إلا العجائز ٧٤
صور الشك في كون الشخص ممن يجوز النظر إليه ٧٥
ما ذكره بعض الأعاظم﵀ في توجيه حرمة النظر مع الشك. ومناقشته ٧٧
يجب على النساء التستر كما يحرم على الرجال النظر، وحكم العكس..... ٨٠
تحديد النظر المحرم ٨٢

فصل

فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة

حكم الوطء في الدبر ٨٣
وطء الحائض دبراً..... ٨٦
هل يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً ٨٧
ما يشترك فيه الوطء في الدبر مع الوطء في القبل من الاحكام، وما يختلفان فيه..... ٨٧
إذا حلف على ترك الوطء يحنث بالوطء دبراً إلا مع قرينة صارفة ٩٠
حكم العزل عند الوطء..... ٩١
حكم الدية لو تحقق العزل ٩٥
يحرم ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر ٩٧
تحديد الوطء الواجب ٩٩
موارد جواز ترك الوطء ١٠١
حكم ما لو كانت المرأة شبقة..... ١٠١
حكم قضاء الوطء لو تركه عند تمام الأربعة أشهر..... ١٠٢

فصل

لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمالها تسع سنين..... ١٠٥
حكم وطء المملوكة قبل إكمالها تسع سنين..... ١٠٦
لو وطأ زوجته الصغيرة فأفضاها..... ١٠٧
وجوب دية الإفضاء..... ١١٢
وجوب النفقة على المفضاة ما دامت حية..... ١١٣

تحقيق معنى الإفضاء ١١٥
إفضاء غير الزوجة ١١٧
إفضاء الزوجة بعد إكمالها تسع سنين ... ١١٨
إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب غير الافضاء ضمنه ١٢١
لو شك في إكمالها تسع سنين ١٢١
يجري على الزوجة مع الافضاء جميع أحكام الزوجة ١٢٣
حكم النفقة عليها لو نشزت، مع بعض أحكام نفقتها ١٢٣

فصل

لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على أربع ١٢٧
جواز الزيادة على الأربع في غير العقد الدائم..... ١٢٩
لا يجوز للحر أن يجمع بين أكثر من أمتين ١٣٢
لا يجوز للعبد أن يجمع بين أكثر من حرتين. مع صور الجمع للحر والعبد ١٣٢
حكم العبد والأمة المبعضين ١٣٤
إذا أعتق العبد وعنده أكثر من أمتين.... ١٣٨
تحقيق حال القرعة دليلاً ومورداً ١٤٠
إذا أعتقت الأمة وهي عند العبد ١٤٥
من كان عنده أربع واحتمل أن بعضها بالعقد المنقطع فهل يتزوج الخامسة؟ ... ١٤٥
حكم تزوج الخامسة في عدة طلاق الرابعة ١٤٩
لو كانت الخامسة أخت المطلقة ١٥٣
لو كانت العدة لغير الطلاق..... ١٥٣

فصل

لا يجوز التزويج في عدة الغير ١٥٥
تحريم المزوجة في العدة مؤبداً مع العلم أو الدخول بها..... ١٥٥
لا يلحق استبراء الأمة بالعدة ١٦١
جواز الاستمتاع بالأمة قبل الاستبراء بها دون الوطء..... ١٦٢
لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل..... ١٦٣
لا يلحق بالتزويج الوطء شبهة، بل ولا زناء الا أن تكون العدة رجعية ١٦٣
لو عقد على المعتدة بعقد فاسد من جهة أخرى غير العدة ١٦٤
المدار على علم الزوج لا الوكيل أو الولي ١٦٦
لا مانع من تزويج المعتدة بصاحب العدة ١٦٧
هل المعتبر في التحريم المؤبد الوطء في العدة، أو يكفي العقد فيها مع الوطء بعدها؟ ١٦٩
لو شك في أنها في العدة ١٧١
لو علم بتحقق العقد في العدة جاهلاً

وشـك في الدخول، أو علـم بعدم الدخول وشك في علمه بكونها معتدة .. ١٧٣
حكـم العلم الاجمالي بكـون إحدى الامرأتين في العدة ١٧٣
لو علم أن المرأة في العدة وشك في أنها عدة لنفسه أو لغيره ١٧٤
تزويج ذات البعل كتزويج المعتدة ١٧٤
تزويج أمة الغير بدون اذنه ١٧٨
لو تزوج امرأة عليها عدة لم تبدأ بها ١٧٨
لو تـزوج المعتدة ودخل بها ثم ولدت ولداً ١٨٠
لو اجتمعـت عدد مختلفة هل تتداخل أو تتعـدد، مع بعـض الاحكام على القول بتعددها ١٨٣
لو كانت العدتان لشخص واحد ١٩٥
حكم المهر للموطـوءة أو المزوجة في العدة ١٩٥
مبدأ العدة في وطء الشبهة المصاحب للعقد والمجرد عنه ١٩٧
حكم المهر لو كانت الموطوءة شـبهة عالمة، وحكم الأرش لو كانت أمة ١٩٨
لا يتعدد المهر بتعدد الوطء ٢٠٣
حكم تزويج الزانية للزاني وغيره ٢٠٣
حكم استبراء الزانية قبل التزويج ٢٠٥
لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها ٢٠٩
الزنى بذات البعل ٢١٠
الزنى بذات العدة الرجعية ٢١٣
من لاط بغلام فأوقـب حرمت عليه أمه وبنته وأخته ٢١٤
لا تحرم عـلى الموطوء أم الواطئ وبنته وأخته ٢١٧
لو كان الموطوء خنثى ٢١٨
الكلام في حرمة المذكـورات إذا كان الوطء بعد التزويج بهن ٢١٩
لافـرق في الام والبنت والأخت بين الرضاعية والنسبية ٢٢١
لافـرق في الـوطء بـين العمـدي وغيره ٢٢٢
يجوز نكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء أو أمه أو أخته ٢٢٢

فصل
من المحرمات الأبدية التزويج
حال الإحرام

حرمة الزواج على المحرم ٢٢٥
اجازة نـكاح الفضـولي الواقع حال الاحرام ٢٢٦
بطلان نكاح المحرم ٢٢٧
نكاح المحرم موجب للحرمة الأبدية مع العلم منه بحرمته ٢٢٨
لو كان الزوج محـلا وكانت الزوجة محرمة ٢٣٠
لو تزوج المحرم غافلاً عن احرامه أو

ناسياً له ٢٣٢
وطء الزوجة في حال الاحرام..... ٢٣٢
لو تزوج في حال الاحرام بعقد فاسد من غير جهة الاحرام ٢٣٣
لو شك في وقوع التزويج حال الاحرام، مع بعض الكلام في أصالة الصحة ٢٣٤
لو انكشف فساد الاحرام ٢٣٦
لو أفسد إحرامه ثم تزوج ٢٣٦
يجوز للمحرم الرجوع بالمطلقة الرجعية وتملك الإماء ٢٣٧
يجوز للمحرم التوكيل في ايقاع التزويج بعد الاحرام ٢٣٧
لو زوجه الفضولي في حال الاحرام..... ٢٣٨

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

تحديد مفهوم المصاهرة..... ٢٤١
تحريم زوجة كل من الأب ولو كان صاعداً والابن ونو كان نازلا على الآخر نسبياً كان أو رضاعياً..... ٢٤٢
لا تحرم مملوكة أحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولاً بها ولا منظورة ولا ملموسة بشهوة، وتحرم مع شيء من ذلك. وكذا المحللة ٢٤٣
تحرم أم الزوجة وان علت حتى مع عدم الدخول بالزوجة..... ٢٤٩
تحرم بنت الزوجة وان نزلت بشرط الدخول بالام، ولا يعتبر كونها في حجره ٢٥٤
تحرم أم المملوكة الموطوءة وبنتها على الواطئ ٢٥٦
تحديد الدخول المحرم ٢٥٨
لا يجوز للأب ولا للابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل ٢٥٩
يجوز للأب تقويم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ٢٦٠
الكلام في إلحاق الجد بالأب، ومملوكة البنت بمملوكة الابن..... ٢٦٢
لا يلزم اجراء صيغة العقد مع التقويم، كما لا يلزم ملاءة الأب، ويلزم أن لا يكون مفسدة للصبي ٢٦٣
إذا زنى الابن بمملوكة الأب حد، وحكم الأب لو زنى بمملوكة الابن ... ٢٦٤
إذا وطئ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد مع الكلام في حكم الولد ٢٦٥
لا يجوز نكاح المرأة على عمتها أو خالتها إلا بإذنهما ٢٦٧
يجوز نكاح العمة على بنت أخيها والخالة على بنت أختها وإن لم تأذنا ولا يعتبر علم العمة والخالة حينئذ بالحال ٢٦٩
لو اقترن العقدان على العمة وبنت أخيها، أو الخالة وبنت أختها ٢٧٣

هل يكفي الرضا من العمة والخالة أو يعتبر الاذن؟ مع بعض فروع المسألة.... ٢٧٤
لو اشترط على العمة أو الخالة الاذن في تزويج بنت الأخ أو الأخت..... ٢٧٦
إذا تزوج من غير إذنهما ثم أجازتا ٢٧٨
إذا ادعتا عدم الاذن وادعى هو الاذن .. ٢٨١
إذا تزوج العمة وابنة الأخ وشك في السابق منهما..... ٢٨١
إذا تزوج بنت الأخ أو الأخت ثم شك في اذن العمة أو الخالة ٢٨٢
إذا تزوج امرأة ثم صارت بنت أخ لامرأته أو بنت أخت بالرضاع، مع الكلام فيما لو جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم ٢٨٢
حكم تزوج بنت الأخ أو الأخت في عدة عمتها أو خالتها ٢٨٣
الكلام في جريان الحكم في المملوكتين والمختلفتين ٢٨٤
الزنى بعد العقد لا يوجب حرمة المعقودة بالمصاهرة..... ٢٨٤
الزنى بالعمة والخالة يحرم نكاح بنتيهما..... ٢٨٧
حكم الزنى بغير العمة والخالة في تحريم بنتها وعدمه..... ٢٩٠
حكم وطء الشبهة..... ٢٩٧
إذا زنى بمملوكة أبيه هل تحرم على الأب؟..... ٢٩٩
الكلام في ترتب حكم الزنى مع الوطء في الدبر ٣٠٢
بعض فروع الشك في الزنى..... ٣٠٣
الكلام في الضابط الفارق بين الزنى ووطء الشبهة ٣٠٥
حكم الزنى بالميتة، وادخال عضو الميت في فرج المرأة..... ٣١٦
إذا كان الزنا بعد العقد ثم طلقت لم يمنع من الرجوع بها في العدة، ومنع من تجديد العقد عليها ٣١٦
إذا وقع العقد فضولاً ثم حصل الزنى قبل الإجازة..... ٣١٧
تحرم منظورة الأب وملموسته بشهوة على الابن، وكذا العكس بخلاف ما إذا لم يكن النظر أو اللمس عن شهوة ٣١٧
هل تحل أم الملموسة أو المنظورة وبنتها للامس والناظر؟..... ٣١٨
هل يقوم النظر واللمس مقام الوطء في التحريم؟ ٣٢٢
الكلام في لمس الوجه والكفين والنظر إليهما..... ٣٢٣
يحرم الجمع بين الأختين في النكاح ٣٢٣
يحرم الجمع بين الأختين في الملك مع الوطء ٣٢٤
حكم الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء ٣٢٦

يحرم الجمع بين الأختين بتزويج إحداهما ووطء الأخرى بالملك ٣٢٧
لو وطء إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى ٣٣٠
لو تزوج إحدى الأختين ثم تزوج الأخرى بطل عقد الثانية. ٣٣١
لو تزوج بالأختين واشتبه العقد السابق ٣٣٣
هل يجبر على طلاقهما احتياطاً، لآية التسريح بالإحسان، أو لقاعدة نفى الضرر والحرج. مع التنبيه للفرق في القاعدة بين الواجبات والمحرمات ٣٣٣
الرجوع إلى القرعة ٣٣٧
احتمال فسخ الحاكم طلاقهما ٣٣٨
حكم المهر مع الطلاق ٣٣٨
قاعدة العدل والانصاف في الماليات ٣٣٩
لو اقترن عقد الأختين ٣٤٢
لو كان عنده أختان مملوكتان فوطأ إحداهما حرمت عليه الأخرى ٣٤٥
إذا وطأ الثانية حرمت عليه الموطوءة الأولى على تفصيل، مع بيان بعض فروع ذلك ٣٤٧
حكم الجمع بين الأختين من الزنى ٣٥٢
حكم التزوج بإحدى الأختين في عدة أختها ٣٥٣
حكم تزوج إحدى الأختين مع الزنى بالأخرى أو وطئها شبهة ٣٥٥
يجوز الجمع بين فاطميتين ٣٥٧
حكم تزويج الأمة مع عدم الشرطين:
عدم الطول. وخوف العنت ٣٦١
تحقيق المراد بخوف العنت ٣٦٥
التمتع بالأمة مع عدم الشرطين ٣٦٨
أفضلية الصبر عن نكاح الأمة حتى مع الشرطين ٣٧٠
لو تزوجها مع الشرطين ثم فقدهما مع فروع للمسألة ٣٧٢
لو طلبت الحرة أكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه. وفيه تحقيق في مورد قاعدة نفي الضرر ٣٧٦
تنبيه: الحرمة وضعية لا تكليفية ٣٧٨

فصل

يجوز نكاح الأمة على الحرة مع إذنها ٣٧٩
بطلان نكاح الأمة مع عدم إذن الحرة ٣٨٠
إذا رضيت الحرة بالعقد على الأمة بعد وقوعه ٣٨١
لو لم تكن الحرة صالحة للاذن لصغر ونحوه ٣٨٥
نكاح الحرة على الأمة ٣٨٦
لو تزوج الحرة والأمة في عقد واحد مع بعض فروع المسألة ٣٨٨
لو زوج الحرة فضولاً، ثم تزوج الأمة، ثم أجاز عقد الحرة ٣٩٠

لـــو عقد على الحـــرة والأمة واشـــتبه السابق من العقدين ٣٩١
لـــو شرط على الحرة أن تـــأذن في عقد الأمة..... ٣٩٢

فصل

في نكاح العبيد والإماء

أمر تزويج المملوك راجع إلى مالكه..... ٣٩٣
لو تـــزوج العبد أو الأمـــة بدون إذن المولى وقف على إجازته ٣٩٦
الإجازة كاشفة ٣٩٩
حكم الإجازة بعد الرد، أو النهي عن العقد ٤٠١
حكم المهـــر والنفقة، وأنهما على العبد أو عـــلى المـــولى على اختـــلاف صور المسألة ٤٠٢
إذا أطلـــق المـــولى الاذن حملـــت على المتعارف من حيـــث الزوجة والمهر، مع الإشارة إلى أن التعارف في الماليات ونحوهـــا يوجب تقييد الاطلاق دون سائر المقامات، والى وجه ذلك..... ٤٠٣
مهر الأمة المزوجة للمـــولى. ونفقتها على زوجها..... ٤١٠
حكم استخدام المولى للأمة ٤١١
هل يملك العبد والأمة، أو لا؟ ٤١٤
إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح وحكم المهر. مع التعرض إلى الضابط الذي يرجع إليه في سقوط المهر وبقائه.. ٤١٧
إذا اشـــترت العبد زوجته بالمهر الذي لها في ذمة السيد أو العبد ٤٢٢
الولد بين المملوكين رق..... ٤٢٦
إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر ... ٤٢٦
إذا كان الحر زانياً فالولد رق ٤٢٩
بيان مالك الولد إذا كان أبواه لمالكين في الصور المختلفة..... ٤٣٠
لا يصح اشـــتراط رقية الولد إذا كان أحد أبويه حراً..... ٤٣٤
فساد الشرط هل يوجب فساد العقد؟ مـــع الـــكلام في خصوصيـــة النكاح في ذلك ٤٣٤
الكلام فيما لو تزوج الحر الأمة من غير إذن مولاهـــا، من حيث حكم الولد، والمهر، والأرش..... ٤٣٩
لو لم يجز المـــولى حتى مات فهل يصح العقد بإجازة وارثه؟..... ٤٤٦
إذا دلســـت الأمـــة فادعـــت الحرية وتزوجت. مع الكلام في حكم الولد حينئذ ٤٤٨
لو ادعت الحرية فهل تقبل دعواها؟.... ٤٥٩
إذا تزوج عبـــد بحرة مـــن دون إذنه مولاه ٤٦١
إذا زنى العبد بحرة ٤٦٥
إذا زنى الحر بأمة ٤٦٥

يجوز للمولى تحليل أمته لعبده ٤٦٦
هل يدخل التحليل في عقد النكاح، أو ملك اليمين، أو هو قسم ثالث؟ ٤٦٧
يجوز للمولى أن ينكح عبده أمته، وأن ذلك لا يرجع إلى التحليل ٤٦٩
هل يحتاج إنكاح المولى عبده أمته إلى القبول؟ وتحقيق الفرق بين العقد والإيقاع ٤٧٠
حكم الولي والوكيل عن الطرفين من حيث الحاجة إلى القبول وعدمها ٤٧٣
لو أذن لعبده وأمته في ايقاع النكاح بينهما فهل يحتاج إلى القبول؟ ٤٧٤
كيفية تفريق المولى بين عبده وأمته المزوجة منه ٤٧٤
هل يجب على المولى أن يدفع لأمته شيئاً أو زوجها من عبده؟ ٤٧٦
إذا مات المولى فلورثته الامر بالمفارقة وحكم ما لو تعدد الورثة ٤٧٨
إذا زوج الأمة غير مولاها بغير اذنه مع جهل الزوج بذلك ٤٧٩
لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى بعضها ٤٨٠
حكم المبعضة، وكيفية استمتاع مالك بعضها بها ٤٨٣

فصل في الطوارئ

إذا أعتقت الأمة كان لها فسخ نكاحها ٤٨٥
حكم المهر لو أعتقت الأمة مع بعض فروع المسألة ٤٨٨
إذا كان العتق في العدة الرجعية، أو البائنة ٤٩٣
لا يحتاج فسخ المعتقة إلى إذن الحاكم ٤٩٤
فورية الخيار ٤٩٤
حكم ما لو كانت المعتقة صبية أو مجنونة لا يصح منها الاختيار ٤٩٦
لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو ثبوت حق الخيار لها ٤٩٧
الكلام في ثبوت الخيار لها لو كان التزويج باختيارها للزوج ٤٩٧
لو شرط المولى في العتق عدم الفسخ ٤٩٨
لو أعتق العبد فلا خيار له ولا لزوجته . ٤٩٩
لو كان عند العبد حرة وأمتان وأعتقت إحدى الأمتين، أو نحو ذلك ٥٠٠
محتويات الكتاب ٥٠٥