

فقه ٦

شرح لمعه دمشقيه

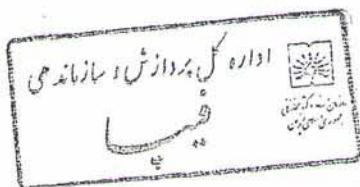
شهيد ثانی

ترجمه

دکتر عباس زراعت

عضو هیأت علمی دانشگاه کاشان

سرشناسه	: شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق.
عنوان قراردادی	: الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه . فارسی . برگزیده اللمعه الدمشقیه . فارسی . شرح
عنوان و نام پدیدآور	: فقه ۶ : شرح لمعه دمشقیه/شهید ثانی ؛ ترجمه عباس زراعت
مشخصات نشر	: تهران: موسسه فرهنگی هنری دانش‌پذیر، ۱۳۸۸.
مشخصات ظاهری	: ۴۶۳ص.
شابک	: ۵۸۰۰۰ ریال: 978-600-91249-0-9
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
عنوان دیگر	: الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه
عنوان دیگر	: شرح لمعه دمشقیه
موضوع	: شهید اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقیه-- نقد و تفسیر
موضوع	: فقه جعفری -- قرن ۸ق.
شناسه افزوده	: زراعت، عباس، ۱۳۴۴ - ، مترجم
شناسه افزوده	: شهید اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقیه. شرح
رده بندی کنگره	: ۱۳۸۸ ۴۲۲۷۵۵ ۹۷۸۰۳/ش BP۱۸۲
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۱۸۱۵۱۲۲



فهرست مطالب

باب نکاح.....	۵
فصل اول - مقدمات.....	۵
فصل دوم - عقد نکاح.....	۳۰
فصل سوم - محرّمات نکاح.....	۸۸
مسائل بیست‌گانه.....	۱۴۴
فصل چهارم - نکاح متعه.....	۱۹۴
فصل پنجم - نکاح با کنیزان.....	۲۱۸
فصل ششم - مهریه.....	۲۲۶
ده مسأله.....	۲۴۲
فصل هفتم - عیوب و تدلیس.....	۲۷۴
فصل هشتم - قَسَم و نشوز و شقاق.....	۲۹۶
باب طلاق.....	۳۸۳
فصل اوّل: ارکان طلاق.....	۳۸۳
فصل دوم: اقسام طلاق.....	۳۹۷
فصل سوم: اقسام عدّه.....	۴۲۰
فصل چهارم: احکام طلاق.....	۴۳۳
باب خلع و مبارات.....	۴۴۱

کتاب النکاح

(وَفِيهِ فُصُولٌ)

این کتاب مشتمل بر چند فصل است

(الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي الْمَقَدِّمَاتِ)

فصل اول در مورد مقدمات نکاح است. [نکاح در اصل به معنای نزدیکی و وطی و باهم برخورد کردن و همدیگر را در آغوش گرفتن است اما مجازاً برای عقد ازدواج نیز بکار می‌رود زیرا عقد، سبب نزدیکی است. عده‌ای نیز معتقدند که لفظ نکاح، مشترک میان این دو معناست و عده‌ای می‌گویند در شرع، فقط برای عقد نکاح بکار رفته است و در قرآن نیز بجز آیه ۲۳۰ سورة بقره که می‌فرماید: «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً» در آیه دیگری به معنای نزدیکی کردن نیامده است و عده‌ای معتقدند که لفظ نکاح دارای حقیقت شرعیه نیست بلکه در همان معنای لغوی بکار رفته است.]

(النَّكَاحُ مُسْتَحَبٌّ مُؤَكَّدٌ) لِمَنْ يُمَكِّنُهُ فِعْلُهُ، وَ لَا يَخَافُ بِتَرْكِهِ الْوُقُوعَ فِي مُحَرَّمَ، وَ إِلَّا وَجَبَ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ ﴿وَ اتَّكِحُوا الْأَيَّامَ مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ وَ أَقَلُّ مَرَاتِبِ الْأَمْرِ الْإِسْتِحْبَابُ.

وَ قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي نَضْرَةَ: «مَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي، وَإِنْ مِنْ سُنَّتِي النَّكَاحُ».

ازدواج برای کسی که امکان انجام آن را دارد و در صورتی که ازدواج نکند، ترس از قرار گرفتن در گناه را ندارد، مستحب مؤکد می‌باشد و اگر ترس قرار گرفتن در گناه را داشته باشد بر او واجب است. خداوند [در آیه سورة نساء] می‌فرماید: «پس با زنانی که دوست دارید ازدواج کنید.» [و نیز در آیه ۳۲ سورة نور می‌فرماید: «مردان و زنان مجرد

و بندگان شایسته و کنیزان خود را به ازدواج درآورید. اگر تنگدست باشند خداوند آنان را از فضل خود بی‌نیاز می‌سازد و خدا روزی گستر و داناست» پس استحباب، پائین‌ترین مرتبه امر است [و تشویق به ازدواج دلالت بر نیکو بودن آن دارد و خداوند گفته است که فقر نباید مانع ازدواج شود و در روایات آمده است که ازدواج، دارایی و مکنت را به همراه می‌آورد.] خداوند در آیه ۳۳ سوره نور می‌فرماید: «کسانی که قادر بر نکاح نیستند باید خود را پاکدامن نگه دارند تا خداوند از فضل خود، ایشان را بی‌نیاز سازد» و این آیه با دو آیه دیگر تعارض ندارد زیرا خداوند می‌خواهد عزت نفس را در مؤمنان تقویت کند تا برای انجام یک عمل مستحبی خود را خوار و ذلیل نکنند. گروهی، ازدواج را واجب می‌دانند؛ گروهی دیگر آن را واجب کفایی می‌دانند و گروهی در همه حال آن را مستحب دانسته‌اند. استحباب نکاح، صرف‌نظر از احکام جنبی می‌باشد و گرنه ممکن است بخاطر عوامل خارجی، حرام یا واجب شود مانند اینکه نذر بر آن شده باشد که واجب می‌شود یا ازدواج، موجب ضرر برای شخص باشد که حرام می‌شود. منظور از ازدواج مستحب، ازدواجی است که نزدیکی را مباح می‌کند زیرا فلسفه ازدواج، تولید نسل و طلب روزی و فرزند صالح و بقای انسان می‌باشد. [پیامبر (ص) نیز فرموده است: «هرکس از سنت من رویگردان شود از من نیست و نکاح، سنت و شیوه من است».

(وَفَضْلُهُ مَشْهُورٌ) بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ (مُحَقَّقٌ) فِي شَرْعِهِمْ (حَتَّى أَنْ الْمُتَزَوِّجَ يُحْرَزُ نِصْفَ دِينِهِ) رَوَاهُ فِي الْكَافِي، بِإِسْتِنَادِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «مَنْ تَزَوَّجَ أَخْرَزَ نِصْفَ دِينِهِ، فَلْيَتَّقِ اللَّهَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ»، أَوِ الْبَاقِي (وَرُوِيَ ثَلَاثًا دِينَهُ، وَهُوَ مِنْ أَعْظَمِ الْفَوَائِدِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ) فَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِطَرِيقِ أَهْلِ الْبَيْتِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «مَا اسْتَفَادَ امْرَأٌ مُسْلِمٌ فَائِدَةً بَعْدَ الْإِسْلَامِ أَفْضَلَ مِنْ زَوْجَةٍ مُسْلِمَةٍ، تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَهَا، وَتَحْفَظُهُ إِذَا غَابَ عَنْهَا فِي نَفْسِهَا وَمَالِهَا»، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: إِذَا أَرَدْتُ أَنْ أَجْمَعَ لِلْمُسْلِمِ خَيْرَ الدُّنْيَا، وَخَيْرَ الْآخِرَةِ جَعَلْتُ لَهُ قَلْبًا خَاشِعًا، وَلِسَانًا ذَاكِرًا، وَجَسَدًا عَلَى الْبَلَاءِ صَابِرًا، وَزَوْجَةً مُؤْمِنَةً تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا، وَتَحْفَظُهُ إِذَا غَابَ عَنْهَا فِي نَفْسِهَا وَمَالِهَا.»

فضیلت و برتری نکاح میان مسلمانان، مشهور است و در شرع اسلام به اثبات رسیده است تا جایی که [در دین اسلام آمده است:] هرکس ازدواج نماید نیمی از دین

خود را حفظ می‌کند. این مطلب را مرحوم کلینی در کتاب کافی به پیامبر (ص) نسبت داده که فرمود: «هرکس ازدواج کند، نصف دین خود را حفظ کرده است پس باید در محافظت از نصف دیگر، تقوای الهی پیشه کند.» [و در برخی روایات بجای واژه «آخر»] واژه «باقی» آمده است. [وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۱، حدیث ۱۱ و ۱۳ یعنی باید مواظب باقیمانده دین خود باشد.] و در روایت دیگری آمده که دوسوم دین خود را حفظ می‌کند. ازدواج پس از مسلمان بودن، بزرگ‌ترین فایده را برای انسان دارد و اهل بیت (ع) از پیامبر (ص) نقل کرده‌اند که فرمود: «مرد مسلمان پس از اسلام بهره‌ای نمی‌برد که بالاتر باشد از زنی مسلمان که هرگاه به او نگاه می‌کند وی را شادمان سازد و دستور مرد را پیروی کند و هرگاه شوهرش نزد او نیست، خودش و مال شوهرش را برای او محافظت نماید.» [وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب اول از ابواب مقدمات نکاح - حدیث ۲ و ۳] و پیامبر (ص) فرمود: «خداوند فرموده است که هرگاه بخواهم خیر دنیا و آخرت را در مسلمانی جمع کنم برای او قلبی خاشع و زبانی ذکر کننده و جسمی صبرکننده بر مصیبت و زوجه‌ای مؤمن قرار می‌دهم که هرگاه به وی نگاه کند شادمان شود و هرگاه شوهرش غایب است، خودش و مال شوهرش را برای او محافظت نماید.» [وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۹، حدیث ۱]

(وَلْيَخَيْرَ الْبِكْرَ) قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «تَزَوَّجُوا الْأَبْكَارَ فَإِنَّهُنَّ أَطْيَبُ شَيْءٍ أَفْوَاحاً، وَأَنْشَفُهُ أَرْحَاماً، وَأَذْرُ شَيْءٍ أَخْلَافاً، وَأَفْتَحَ شَيْءٍ أَرْحَاماً» (الْعَفِيفَةُ) عَنِ الزَّوْنِ (الْوُلُودِ) أَيُّ: مَا مِنْ شَأْنِهَا ذَلِكَ، بَأَنْ لَا تَكُونَ يَأْسَةً وَلَا صَغِيرَةً وَلَا عَقِيمَةً، قَالَ ﷺ: «تَزَوَّجُوا بَكراً وَلُوداً، وَ لَا تَزَوَّجُوا حَسَنَاءَ جَمِيلَةً عَاقِراً، فَإِنِّي أَبَاهِي بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى بِالسَّقَطِ، يَظِلُّ مُحْبِطُناً عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ، فَيَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: أَدْخُلِ الْجَنَّةَ. فَيَقُولُ: لَا؛ حَتَّى يَدْخُلَ أَبَوَايَ قَبْلِي، فَيَقُولُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لِمَلِكٍ مِنَ الْمَلَائِكَةِ: اثْنِي بِأَبَوَيْهِ فَيَأْمُرُ بِهِمَا إِلَى الْجَنَّةِ، فَيَقُولُ: هَذَا بِفَضْلِ رَحْمَتِي لَكَ». (الْكَرِيمَةُ الْأَصْلُ) بَأَنْ يَكُونَ أَبَوَاهَا ضَالِحَيْنِ مُؤْمِنَيْنِ. قَالَ ﷺ: «أَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا فِيهِمْ وَ اخْتَارُوا لِنُطْفِكُمْ». (وَلَا يَقْتَصِرْ عَلَى الْجَمَالِ، أَوْ الثَّرْوَةِ) مِنْ دُونِ مَرْاعَاةِ الْأَصْلِ وَالْعِفَّةِ. قَالَ ﷺ: «إِيَّاكُمْ وَ خَضْرَاءَ الدَّمَنِ» قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: وَمَا خَضْرَاءُ الدَّمَنِ؟ قَالَ: «الْمَرْأَةُ الْحَسَنَاءُ فِي مَنَبَتِ السُّوءِ» وَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ لِحَمَالِهَا أَوْ لِمَالِهَا وَكُلَّ إِلَى ذَلِكَ، وَ إِذَا تَزَوَّجَهَا لِذِيهَا رَزَقَهُ

اللَّهُ الْمَالُ وَالْجَمَالُ».

مرد باید [همسری انتخاب کند که چهار ویژگی داشته باشد]: زوجهٔ باکره انتخاب کند چرا که پیامبر (ص) فرمود: «با زنان باکره ازدواج کنید زیرا دهان ایشان خوشبوتر است و رحمی پاک‌تر دارند و شیر زیادتری در پستان دارند و فرزند بیشتری به دنیا می‌آورند.» [وسائل الشیعه، کتاب نکاح - باب ۱۷ - حدیث ۱ و ۲. در روایات دلایل دیگری نیز برای باکره بودن زن بیان شده است از جمله اینکه تمایل جنسی بیشتری دارند.] همچنین باید همسری انتخاب کند که پاکدامن باشد، قابلیت حاملگی و بچه‌دار شدن را داشته باشد یعنی یائسه و صغیر و عقیم نباشد. پیامبر (ص) فرمود: «با زن باکره‌ای ازدواج کنید که بچه بزاید و با زن زیبا اما نازا، ازدواج نکنید زیرا من در روز قیامت بواسطه شما بر امت‌های دیگر فخر می‌فروشم حتی به جنینی که سقط شده باشد پس آن کودک غضبناک بر درب بهشت می‌ایستد و خداوند به او دستور می‌دهد که وارد بهشت شود اما او می‌گوید که داخل نمی‌شوم تا زمانی که پدر و مادرم قبل از من وارد شوند سپس خداوند به فرشته‌ای از فرشتگان می‌گوید که پدر و مادر او را بیاورید و سپس به آنها دستور می‌دهد که وارد بهشت شوند و آنگاه به کودک می‌گوید که ورود والدین تو به بهشت بخاطر فراوانی رحمت من نسبت به توست.» [وسائل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۱۷، حدیث ۲]. مرد باید همسری انتخاب کند که اصیل باشد یعنی پدر و مادر او، صالح و مؤمن باشند [و از راه زنا و شبهه به دنیا نیامده باشد]. پیامبر (ص) فرمود: «با زنان هم شأن خود ازدواج کنید و از آنان دختر بگیرید و ایشان را برای نطفه‌های خود انتخاب نمائید.» برای انتخاب همسر نباید به زیبایی و ثروت اکتفا کرد و به اصالت و پاکدامنی او توجهی نداشت. پیامبر (ص) فرمود: «از گیاهان روئیده در لجن‌زار پرهیز کنید. از وی سؤال شد که گیاهان روئیده در لجن‌زار چیست؟ فرمود: زنی زیبا که در مکانی پست، پرورش یافته باشد.» و از امام صادق (ع) روایت شده است: «هرگاه مردی بخاطر زیبایی یا مال زن با وی ازدواج کند به همان زیبایی و مال واگذار می‌شود و هرگاه بخاطر دین داری زن با او ازدواج نماید، خداوند زیبایی و مال را نصیب او می‌کند.»

(وَيَسْتَحِبُّ) لِمَنْ أَرَادَ التَّزْوِيجَ قَبْلَ تَعْيِينِ الْمَرْأَةِ (صَلَاةُ رُكْعَتَيْنِ وَالْإِسْتِخَارَةُ) وَهُوَ

أَنْ يَطْلُبَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى الْخَيْرَ لَهُ فِي ذَلِكَ (وَالدُّعَاءُ بَعْدَهُمَا بِالْخَيْرَةِ) بِقَوْلِهِ: «اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَتَزَوَّجَ فَقَدِّرْ لِي مِنَ النِّسَاءِ أَعْقَهْنَ فَرْجًا، وَ أَحْفَظْهُنَّ لِي فِي نَفْسِهَا وَمَالِي، وَ أَوْسَعَهُنَّ رِزْقًا، وَ أَعْظَمَهُنَّ بَرَكَهً، وَ قَدِّرْ لِي وَلَدًا طَيِّبًا تَجْعَلُهُ خَلْفًا صَالِحًا فِي حَيَاتِي، وَ بَعْدَ مَوْتِي»، أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الدُّعَاءِ، (وَ رَكَعَتَيِ الْحَاجَةِ) لِأَنَّهَا مِنْ مَهَامِّ الْحَوَائِجِ (وَ الدُّعَاءُ) بَعْدَهُمَا بِالْمَأْثُورِ أَوْ بِمَا سَنَحَ، (وَ الْأَشْهَادُ) عَلَى الْعَقْدِ، (وَ الْإِعْلَانُ) إِذَا كَانَ دَائِمًا (وَ الْخُطْبَةُ) بِضَمِّ الْخَاءِ (أَمَامَ الْعَقْدِ) لِلتَّأْسِي، وَ أَقْلَهَا الْحَمْدُ لِلَّهِ، (وَ إِيقَاعُهُ لَيْلًا) قَالَ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مِنَ السُّنَّةِ التَّزْوِيجُ بِاللَّيْلِ، لِأَنَّ اللَّهَ جَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا، وَ النِّسَاءُ إِنَّمَا هُنَّ سَكَنٌ».

(وَلِيَجْتَنِبَ إِيقَاعَهُ وَ الْقَمَرُ فِي) بُرْجِ (الْعُقْرَبِ) لِقَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ تَزَوَّجَ وَ الْقَمَرُ فِي الْعُقْرَبِ لَمْ يَرْحَمْنِي»، وَ التَّزْوِيجُ حَقِيقَةُ فِي الْعَقْدِ.

مستحب است کسی که می خواهد ازدواج کند قبل از تعیین همسرش، دو رکعت نماز بخواند [و حمد خدا را بگوید] و استخاره نماید یعنی از خداوند بخواهد که انتخاب او را نیکو قرار دهد و پس از نماز و استخاره، دعای انتخاب همسر را بخواند و چنین بگوید: «خدایا من می خواهم ازدواج کنم پس همسری را نصیب من گردان که پاکدامن ترین زنان بوده و بیشتر از همه از خودش و مال من محافظت کند و دارای رزق زیاد و برکت فراوان باشد و فرزند صالحی برای من قرار بده تا او را جانشینی صالح در زمان زندگی و پس از مرگ من قرار دهی.» و سایر دعاها [که همین مضمون را دارد هر چند فاقد این الفاظ باشد اما دعای فوق بهتر است زیرا آن را امام صادق (ع) روایت کرده است.] و مستحب است که مرد دو رکعت نماز حاجت بخواند زیرا ازدواج یکی از مهم ترین حاجت هاست. و مستحب است که بعد از نماز حاجت، دعاهایی را بخواند که از ائمه (ع) وار شده است و یا هر دعایی که به ذهنش می آید. و مستحب است که هنگام عقد شاهد بگیرد [و گفته شده است که ترک شاهد گرفتن، مکروه است و حتی گروهی از فقها با استناد به روایات (و سائل الشیعه، باب ۱۱ از ابواب متعه، حدیث ۱۱) آن را واجب می دانند اما مشهور، آن را مستحب می دانند زیرا ارشاد به سوی آن است تا در اموری همچون نسب و ارث و نفقه اختلاف بوجود نیاید.] و مستحب است که ازدواج به صورت علنی انجام شود [و استحباب علنی بودن قوی تر از استحباب شاهد گرفتن است زیرا از پیامبر (ص) روایت شده است که ازدواج را علنی کنید (سنن بیهقی، ج ۷،

ص ۲۹۰) و اینکه پیامبر، نکاح مخفیانه را مکروه می‌دانست حتی بهتر است دَفّ زده شود (مجمع الزوائد، ج ۴، ص ۲۸۸) و مستحب است که قبل از عقد، خطبه خوانده شود زیرا تأسی به سنت ائمه می‌شود و کمترین آن، ستایش خداست [و در کتاب مسالک آمده است که شهادتین و درود بر پیامبر و ائمه و سفارش به تقوای الهی و دعا برای زوجین نیز خوانده شود و گفته شود: «الحمد لله و صلى الله على محمد و آله و نستغفر الله و قد زوجناك على شرط الله». داود ظاهری خواندن خطبه را واجب داشته است.] مستحب است که عقد نکاح شبانه منعقد شود امام رضا (ع) فرمود که ازدواج در شب، سنت است زیرا خداوند شب را زمان آرامش قرارداد و زنان نیز، موجب آرامش و سکون هستند. و باید از انعقاد ازدواج در زمانی که ماه در برج عقرب است، دوری شود [و این کار، مکروه است] زیرا امام صادق (ع) فرمود: «هرکس ازدواج کند در حالی که قمر در عقرب باشد، خیر نمی‌بیند» [وسایل الشیعه، باب ۵۴ از ابواب مقدمات نکاح، حدیث اول] و معنای حقیقی تزویج، عقد ازدواج می‌باشد [بنابراین نزدیکی در این زمان، مکروه نیست. در علم نجوم قدیم برای اینکه محل ستارگان را در آسمان مشخص کنند، شکل‌هایی را تصور می‌کردند و ستاره‌ها داخل یا نزدیک این شکل‌ها قرار می‌گرفت و مثلاً می‌گفتند فلان ستاره در فلان شکل و هیأت قرار دارد مانند برج سرطان، گاو، شیر و ... که یکی از آنها نیز برج عقرب است که ۲۱ ستاره در داخل آن قرار دارد و سه ستاره نزدیک آن می‌باشد. منطقه برجها دارای دوازده برج است و ماه که داخل هر برجی شود دارای آثاری است و ماه که داخل برج عقرب می‌شود آثاری دارد از جمله اینکه مردم اندوهگین می‌شوند، جنگ به پا می‌شود، دزدی زیاد می‌شود، بیماری‌ها افزایش می‌یابد و باران زیاد می‌بارد.]

(فَإِذَا أَرَادَ الدُّخُولَ) بِالزَّوْجَةِ (صَلَّى رَكَعَتَيْنِ) قَبْلَهُ (وَدَعَا) بَعْدَهُمَا بَعْدَ أَنْ يُمَجِّدَ اللَّهَ سُبْحَانَهُ، وَ يُصَلِّيَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَقُولُهُ: «اللَّهُمَّ ارْزُقْنِي إِفْهَاءَ وَوُدَّهَا وَرِضَاهَا، وَارْزُقْنِي بِهَا، وَاجْمَعْ بَيْنَنَا بِأَحْسَنِ اجْتِمَاعٍ، وَأَنْسِ وَائْتِلَافٍ، فَإِنَّكَ تُحِبُّ الْحَلَالَ وَتَكْرَهُ الْحَرَامَ»، أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الدَّعَاءِ (وَتَفْعَلُ الْمَرْأَةُ كَذَلِكَ) فَتُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ بَعْدَ الطَّهَارَةِ وَتَدْعُو اللَّهَ تَعَالَى بِمَعْنَى مَا دَعَا.

(وَلْيَكُنِ) الدُّخُولُ (لَيْلًا) كَالْعَقْدِ، قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «رُقُوا نِسَاءَكُمْ لَيْلًا، وَأَطْعِمُوا

ضَحَى» (وَيَضَعُ يَدَهُ عَلَى نَاصِيَتِهَا) وَ هِيَ مَا بَيْنَ نَزْعَتَيْهَا مِنْ مُقَدِّمِ رَأْسِهَا عِنْدَ دُخُولِهَا عَلَيْهِ، وَلَيَقُلُّ: «اللَّهُمَّ عَلَى كِتَابِكَ تَزَوَّجْتُهَا، وَ فِي أَمَانَتِكَ أَخَذْتُهَا، وَ بِكَلِمَاتِكَ اسْتَحْلَلْتُ فَرْجَهَا، فَإِنْ قَضَيْتَ لِي فِي رَحِمِهَا شَيْئاً فَاجْعَلْهُ مُسْلِماً سَوِيّاً، وَ لَا تَجْعَلْهُ شُرَكَ شَيْطَانٍ». (وَيُسَمِّي) اللَّهُ تَعَالَى (عِنْدَ الْجَمَاعِ دَائِماً) عِنْدَ الدُّخُولِ بِهَا وَ بَعْدَهُ، لِيَتَبَاعَدَ عَنْهُ الشَّيْطَانُ وَ يَسْلَمَ مِنْ شُرْكِهِ.

(وَيَسْأَلُ اللَّهُ الْوَلَدَ الذَّكَرَ السَّوِيَّ الصَّالِحَ) قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ كَثِيرٍ: «كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَذَكَرَ شُرَكَ الشَّيْطَانِ فَعَظَّمَهُ حَتَّى أَفَزَ عَنِّي، فَقُلْتُ: جُعِلْتُ فِذَاكَ فَمَا الْمَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: إِذَا أَرَدْتَ الْجَمَاعَ فَقُلْ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ بَدِيعَ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ، اللَّهُمَّ إِنْ قَضَيْتَ مِنِّي فِي هَذِهِ اللَّيْلَةِ خَلِيفَةً فَلَا تَجْعَلْ لِلشَّيْطَانِ فِيهِ شُرَكَاً وَ لَا نَصِيباً وَ لَا حَظّاً وَ اجْعَلْهُ مُؤْمِناً مُخْلِصاً صَفِيّاً مِنَ الشَّيْطَانِ وَ رَجْزِهِ جَلَّ ثَنَاؤُكَ». (وَلْيُولِمْ) عِنْدَ الزَّوْفِ (يَوْماً، أَوْ يَوْمَيْنِ) تَأْسِياً بِالنَّبِيِّ ﷺ، فَقَدْ أَوْ لَمْ عَلَى جُمْلَةٍ مِنْ نِسَائِهِ، وَ قَالَ ﷺ: «إِنْ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ الْأَطْعَامُ عِنْدَ التَّزْوِيجِ» وَ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الْوَلِيمَةُ أَوَّلُ يَوْمٍ حَقٌّ، وَ الثَّانِي مَعْرُوفٌ، وَ مَا زَادَ رِيَاءً وَ سُمْعَةً» (وَ يَدْعُو الْمُؤْمِنِينَ) إِلَيْهَا، وَ أَفْضَلُهُمُ الْفُقَرَاءُ، وَ يُكْرَهُ أَنْ يَكُونُوا كُلُّهُمْ أَغْنِيَاءَ وَ لَا بَأْسَ بِالشَّرِكَةِ. (وَ يُسْتَحَبُّ) لَهُمْ (الْإِجَابَةُ) اسْتِحْبَاباً مُؤَكِّداً، وَ مَنْ كَانَ ضَائِماً نَذْباً فَلَا أَفْضَلَ لَهُ الْإِفْطَارُ، خُصُوصاً إِذَا شَقَّ بِصَاحِبِ الدَّعْوَةِ صِيَامُهُ.

مستحب است قبل از آنکه مرد بخواهد با همسر خود همبستر شود دو رکعت نماز بخواند و بعد از نماز، دعا کند یعنی ستایش خدا را گفته و درود بر پیامبرش بفرستد و بگوید: «خداوندا، دوستی و محبت و رضایت این زن را نصیب من گردان و او را عامل خوشنودی من قرار ده و جمع ما را به وجهی نیکو گردان و پیوندها را مهریانیترین پیوند قرار بده زیرا تو حلال را دوست و حرام را ناپسند می دانی» یا دعاهاى دیگری بخواند. زن نیز مستحب است که به همین شکل و پس از آنکه طهارت کرد، دو رکعت نماز بخواند و از خداوند همان چیزهایی را بخواهد که شوهرش درخواست کرده است. نزدیکی زن و مرد باید در شب صورت گیرد همانگونه که عقد نکاح در شب انجام می شود: امام صادق (ع) فرمود: «با زنان خود در شب نزدیکی کنید و صبح هنگام غذا و ولیمه بدهید. مستحب است که مرد هنگام نزدیکی با زن، دست خود را بر پیشانی

[یا ناصیه] زن قرار دهد و منظور از ناصیه، فاصله میان دو سفیدی کنار پیشانی است که در جلو سر قرار دارد و مرد باید بگوید: «خداوندا براساس دستور قرآن تو ازدواج کردم و در امانت تو، این زن را در علقه زوجیت خویش درآوردم و با الفاظی که تو قراردادی، نزدیکی با او را بر خویش حلال کردم پس اگر مقرر نمودی که کودکی در رحم وی قرار گیرد، او را مسلمان و تن درست قرار بده و شیطان را شریک وی قرار مده.» مستحب است که مرد همواره هنگام نزدیکی با زنش، خدا را یاد کند چه اولین نزدیکی وی باشد و چه در نزدیکی‌های بعدی باشد زیرا با این کار خویش، شیطان را از کودک دور می‌سازد و او را از شریک شدن با شیطان در امان می‌دارد. مستحب است که شوهر از خدا بخواهد تا فرزند پسر که سالم و صالح است به او بدهد. عبدالرحمن بن کثیر گوید نزد امام صادق (ع) بودم که سخن از شریک شدن شیطان به میان آورد و آن را بقدری بزرگ نمایی کرد که ترس مرا فراگرفت پس به وی گفتم: فدای تو شوم چگونه می‌توان از شریک شدن با شیطان پرهیز کرد. امام (ع) فرمود: «هنگامی که آهنگ نزدیکی با همسرت می‌کنی بگو: «بنام خداوند بخشنده مهربان، آفریدگاری که خدایی جز او نیست و آسمان‌ها و زمین را آفرید. خدایا اگر در این شب برای من جانشین قراردادی، شیطان را شریک او قرار مده و بهره و نصیبی برای وی مقرر نفرما و کودک را با اخلاص و مؤمن و دور از شیطان و پلیدی او قرار بده که مدح تو، فراوان است.» مستحب است که شوهر هنگام نزدیکی با همسرش به مدت یک روز و یا دو روز ولیمه بدهد تا به سنت پیامبر (ص) عمل کرده باشد زیرا پیامبر (ص) برای برخی از همسرانش ولیمه داده و فرمود: «طعام کردن در هنگام نزدیکی سنت پیامبران است» و فرمود: «ولیمه برای روز اول، درست است و برای روز دوم، رفتاری پسندیده است و برای روزهای بعد، ریا و به‌گوش دیگران رساندن می‌باشد.» مستحب است که شوهر، مؤمنین را برای مصرف ولیمه دعوت کند و بهتر است که فقرا را دعوت نماید و مکروه است که تمامی دعوت‌شدگان، ثروتمند باشند اما ایرادی ندارد که هر دو گروه را دعوت نماید. بر مؤمنین نیز مستحب موکد است که دعوت به ولیمه را بپذیرند و هر کدام که روزه دارند بهتر است که روزه خود را باز کرده [و ولیمه را بخورد] بویژه هنگامی که روزه گرفتن این شخص بر دعوت کننده، گران آید.

(وَيَجُوزُ أَكْلُ نِثَارِ الْعُرْسِ وَ أَخْذُهُ بِشَاهِدِ الْحَالِ) أَي: مَعَ شَهَادَةِ الْحَالِ بِالْإِذْنِ فِي أَخْذِهِ، لَا أَنَّ الْحَالَ يَشْهَدُ بِأَخْذِهِ دَائِمًا.

وَعَلَى تَقْدِيرِ أَخْذِهِ بِهِ، فَهَلْ يُمْلِكُ بِالْأَخْذِ، أَوْ هُوَ مُجَرَّدُ إِبَاحَةٍ، قَوْلَانِ: أَجَوْدُهُمَا الثَّانِي. وَ تَظْهَرُ الْفَائِدَةُ فِي جَوَازِ الرُّجُوعِ فِيهِ مَا دَامَتْ عَيْنُهُ بَاقِيَةً.

خوردن آنچه که در عروسی نثار می شود، جایز است و می توان با استمداد از قرینۀ حالیه ای که برای اذن به برداشتن آن وجود دارد، آن را برداشت زیرا قرینۀ حالیه بر این دلالت دارد که همواره می توان نثار عروسی را برداشت [قرینه ها در مکان ها و زمان های مختلف، ممکن است تفاوت داشته باشد مثلاً هرگاه نقل بر سر افراد خاصی ریخته می شود معنایش آن است که فقط همان افراد می توانند نقل را بخورند یا اگر پولی بر سر عروس ریخته می شود آن را بردارند.] در صورتی که بتوان مال عروسی را برداشت این سؤال مطرح می شود که آیا برداشتن مال، سبب مالکیت می شود یا فقط تصرف در مال را مباح می سازد؛ در این زمینه، دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه بهتر آن است که فقط موجب اباحه می شود و فایده این اختلاف نظر آن است که [چنانچه برداشتن مال موجب اباحه تصرف در آن باشد] مالک می تواند تا زمانی که عین مال باقی است از آن رجوع کند [و مال را پس بگیرد اما اگر موجب مالکیت باشد، نمی توان آن را پس گرفت.]

(وَيُكْرَهُ الْجِمَاعُ) مُطْلَقًا (عِنْدَ الزَّوَالِ) إِلَّا يَوْمَ الْخَمِيسِ، فَقَدْ رُوِيَ أَنَّ الشَّيْطَانَ لَا يَقْرُبُ الْوَلَدَ الَّذِي يَتَوَلَّدُ حِينَئِذٍ حَتَّى يَشِيبَ (وَبَعْدَ الْعُرُوبِ حَتَّى يَذْهَبَ الشَّقُّ) الْأَحْمَرُ، وَ مِثْلُهُ مَا بَيْنَ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ، لَوْزُودِهِ مَعَهُ فِي الْخَبَرِ (وَ غَارِيًّا) لِلتَّهْيِ عَنْهُ، رَوَاهُ الصَّدُوقُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (وَ عَقِيبَ الْأَحْتِلَامِ قَبْلَ الْغُسْلِ أَوْ الْوُضُوءِ) قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يُكْرَهُ أَنْ يَغْسِيَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَقَدْ اخْتَلَمَ حَتَّى يَغْتَسِلَ مِنْ اخْتِلَامِهِ الَّذِي رَأَى، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَ خَرَجَ الْوَلَدُ مَجْنُونًا فَلَا يُلُومَنَّ إِلَّا نَفْسَهُ»، وَ لَا تُكْرَهُ مُعَاوَدَةُ الْجِمَاعِ بِغَيْرِ غُسْلِ، لِلْأَضَلِّ.

(وَالْجِمَاعُ عِنْدَ نَاطِرِ إِلَيْهِ) بِحَيْثُ لَا يَرَى الْعَوْرَةَ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ أَنَّ رَجُلًا غَسَى امْرَأَتَهُ وَ فِي الْبَيْتِ مُسْتَقِظٌ يَرَاهُمَا وَ يَسْمَعُ كَلَامَهُمَا وَ نَفْسُهُمَا مَا أَفْلَحَ أَبَدًا، إِنْ كَانَ غَلَامًا كَانَ زَانِيًا، وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً كَانَتْ زَانِيَةً».

وَعَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «لَا يُجَامِعُ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، وَلَا جَارِيَتَهُ وَفِي الْبَيْتِ صَبِيٌّ فَإِنَّ ذَلِكَ مِمَّا يُورِثُ الزَّنى». وَهَلْ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ مُمَيَّزاً وَجْهٌ، يُشْعِرُهُ بِهِ الْخَبَرُ الْأَوَّلُ، وَأَمَّا الثَّانِي: فَمُطْلَقٌ.

(وَالنَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ حَالِ الْجَمَاعِ) وَغَيْرِهِ، وَحَالِ الْجَمَاعِ أَشَدُّ كَرَاهَةً، وَإِلَى بَاطِنِ الْفَرْجِ أَقْوَى شِدَّةً، وَحَرَمُهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ يُورِثُ الْعَمَى فِي الْوَلَدِ.
(وَالْجَمَاعُ مُسْتَقْبَلُ الْقِبْلَةِ وَمُسْتَدْبِرُهَا) لِلنَّهْيِ عَنْهُ (وَالْكَلَامُ) مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا عِنْدَ التِّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ إِلَّا بِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى) قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «اتَّقُوا الْكَلَامَ عِنْدَ مُلْتَقَى الْخِتَانَيْنِ فَإِنَّهُ يُورِثُ الْخَرَسَ» وَمِنَ الرَّجُلِ آكَدُ، فِيهِ وَصِيَّةُ النَّبِيِّ ﷺ «يَا عَلِيُّ لَا تَتَكَلَّمْ عِنْدَ الْجَمَاعِ كَثِيراً، فَإِنَّهُ إِنْ قُضِيَ بَيْنَكُمَا وَلَدٌ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَكُونَ آخَرَسَ» (وَلَيْلَةُ الْخُسُوفِ، وَيَوْمُ الْكُسُوفِ، وَعِنْدَ هُبُوبِ الرِّيحِ الصَّفَرَاءِ أَوِ السَّوْدَاءِ، أَوِ الزَّلْزَلَةِ).

فَعَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «وَالَّذِي بَعَثَ مُحَمَّدًا ﷺ بِالْبُتُوءَةِ، وَاخْتَصَّه بِالرَّسَالَةِ، وَاضْطَفَاهُ بِالْكَرَامَةِ، لَا يُجَامِعُ أَحَدٌ مِنْكُمْ فِي وَفْتٍ مِنْ هَذِهِ الْأَوْقَاتِ فَيُزَوِّقُ ذُرِّيَّةَ فَيْرٍ فِيهَا قُرَّةَ عَيْنٍ» (وَأَوَّلُ لَيْلَةٍ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ إِلَّا شَهْرَ رَمَضَانَ، وَنِصْفُهُ) عَطْفٌ عَلَى أَوَّلٍ، لَا عَلَى الْمُسْتَشْنَى، فِيهِ الْوَصِيَّةُ «يَا عَلِيُّ لَا تُجَامِعِ امْرَأَتَكَ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ، وَوَسْطِهِ، وَآخِرِهِ، فَإِنَّ الْجُنُونَ وَالْجُدَامَ وَالْخَبَلَ يُسْرِعُ إِلَيْهَا، وَإِلَى وَلَدِهَا». وَعَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «يُكْرَهُ لِلرَّجُلِ أَنْ يُجَامِعَ فِي أَوَّلِ لَيْلَةٍ مِنَ الشَّهْرِ وَفِي وَسْطِهِ وَفِي آخِرِهِ، فَإِنَّهُ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ خَرَجَ الْوَلَدُ مَجْنُوناً، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَجْنُونَ أَكْثَرَ مَا يُضْرَعُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ وَوَسْطِهِ وَآخِرِهِ» وَرَوَى الصَّدُوقُ عَنْ عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «مُسْتَحَبٌّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَأْتِيَ أَهْلَهُ أَوَّلَ لَيْلَةٍ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾».

(وَفِي السَّفَرِ مَعَ عَدَمِ الْمَاءِ) لِلنَّهْيِ عَنْهُ عَنِ الْكَاطِمِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مُسْتَشْنِياً مِنْهُ خَوْفُهُ عَلَى نَفْسِهِ.

مکروه است که نزدیکی هنگام زوال خورشید [یعنی ظهر] صورت گیرد اعم از اینکه اولین نزدیکی باشد یا نزدیکی‌های بعدی باشد مگر ظهر روز پنج‌شنبه [که نزدیکی در این زمان، کراهت ندارد] زیرا روایت شده است که شیطان به شخصی که در این زمان به دنیا آمده است تا هنگام پیری، نزدیک نمی‌شود. [و مکروه است که نزدیکی] بعد از غروب آفتاب و از بین رفتن شفق سرخ، صورت گیرد و همین حکم را دارد نزدیکی در

فاصله میان طلوع فجر و طلوع خورشید زیرا چنین مواردی در روایت بیان شده است. [مکروه است که نزدیکی] در حالت برهنه بودن، صورت گیرد زیرا در روایتی که مرحوم صدوق نقل کرده، از چنین عملی نهی شده است. [مکروه است که نزدیکی] پس از محتمل شدن و قبل از غسل یا وضوء انجام شود [یعنی مرد در خواب محتمل شود و بدون اینکه غسل کند با همسرش نزدیکی نماید]. زیرا پیامبر (ص) فرمود: «مکروه است که مرد با همسرش نزدیکی کند در حالی که محتمل شده است مگر اینکه از احتمالی که دچار آن شده است غسل نماید پس چنانچه این کار را انجام داد و فرزندی دیوانه به دنیا آورد باید فقط خودش را نکوهش کند.» [وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۵۷۰ حدیث ۱ و ۲]. اما نزدیکی مجدد بدون غسل، مکروه نیست [یعنی مردی با همسر خود نزدیکی نماید و قبل از آنکه بخاطر این نزدیکی غسل نماید، دوباره نزدیکی کند سپس نزدیکی دوم مکروه نیست] زیرا اصل بر عدم کراهت است. [مکروه است] نزدیکی کردن نزد کسی که به وی نگاه می‌کند بگونه‌ای که جز عورت را نمی‌بیند [پس اگر عورت را ببیند، چنین جماعی حرام خواهد بود] پیامبر (ص) فرمود: «قسم به کسی که جانم به دست اوست چنانچه مردی با همسر خود نزدیکی کند و در خانه شخص بیداری باشد که آن دو را می‌بیند و سخن آنها و صدای نفس‌هایشان را می‌شنود، شخصی که آنها را می‌بیند روی رستگاری را نخواهد دید پس اگر پسر باشد زناکار خواهد شد و اگر دختر باشد در معرض زنا قرار خواهد گرفت.» [وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۶۷، حدیث ۲] و امام صادق (ع) فرمود: «مرد نباید در اتافی که کودکی در آنجاست با همسرش نزدیکی نماید زیرا چنین کاری، اثر زنا را بر جای می‌گذارد. [وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۶۷، حدیث ۲] و در مورد اینکه آیا ممیز بودن کودک، [شرط است یا خیر، دو احتمال وجود دارد و ممیز بودن وی] قابل توجیه است و روایت نخست [یعنی روایت پیامبر (ص)] اشاره به این شرط دارد اما روایت دوم [یعنی روایت امام صادق (ع)] مطلق است [و اشاره‌ای به ممیز بودن کودک ندارد. از ظاهر کلام شهیدثانی برمی‌آید که منظور روایت پیامبر (ص) از شخص بیدار، کودک است بنابراین شامل اشخاص بالغ و بزرگسال نخواهد بود. تاکنون پنج مورد مکروه برای نزدیکی مرد و زن بیان شد و نه مورد باقی مانده است. کراهت ششم آن است که] مرد در

حالت نزدیکی یا در غیر حالت نزدیکی، به آلت تناسلی زن نگاه کند و کراهت نگاه کردن در حالت نزدیکی، شدیدتر است و نیز شدت کراهت برای نگاه کردن به درون آلت تناسلی زن، شدیدتر می باشد و برخی از فقها، نگاه کردن به آلت تناسلی زن را حرام دانسته اند و روایت شده است که این کار سبب نابینایی طفل می شود [مکروه است که] نزدیکی در حالت روبه قبله و پشت به قبله صورت گیرد زیرا روایات چنین جماعی را نهی کرده اند. [مکروه است که] مرد یا زن هنگام برخورد آلت تناسلی آنها به یکدیگر، سخن بگویند مگر اینکه یاد خدا کنند زیرا امام صادق (ع) فرمود: «هنگام برخورد آلت های تناسلی از سخن گفتن بپرهیزید زیرا لال شدن کودک را به همراه دارد.» [وسائل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۶۰، حدیث اول] و اگر مرد، سخن بگوید کراهت شدیدتری دارد. در سفارشات پیامبر (ص) به علی (ع) آمده است که ای علی در هنگام جماع، زیاد سخن نگو زیرا اگر مقدر شده باشد که نطفه فرزندی منعقد گردد، تضمینی برای لال نشدن وی وجود ندارد [وسائل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۶۰ حدیث سوم. حکم کراهت دیگر آن است که نزدیکی، هنگام ماه گرفتگی و خورشیدگرفتگی و وزیدن بادهای زرد یا سیاه یا هنگام زلزله صورت گیرد زیرا امام باقر (ع) فرمود: «سوگند به آفریدگاری که محمد (ص) را به پیامبری برگزید و رسالت را مخصوص وی قرارداد و با کرامت او را برگزید، هیچیک از شما نباید در یکی از این زمان ها نزدیکی کند تا فرزندی به وی داده شده که در آن فرزند روشنائی چشم ببیند [مستدرک الوسائل، کتاب نکاح، باب ۴۶، حدیث ۲. حکم کراهت بعدی آن است که نزدیکی] در شب اول هر ماه صورت گیرد مگر در شب اول ماه رمضان و نیز [مکروه است که نزدیکی] در شب نیمه هر ماه صورت گیرد بنابراین کلمه «نصفه» به عبارت «اول لیلۃ» عطف شده است و به عبارت «شهر رمضان» که مستثنی می باشد، عطف نشده است [تا گفته شود که نزدیکی در نیمه ماه رمضان، کراهت ندارد] پس در وصیت پیامبر (ص) آمده است: «ای علی با همسر خود در ابتدا و وسط و پایان ماه، نزدیکی نکن زیرا هرکس چنین کاری انجام بدهد، فرزندش دیوانه به دنیا می آید. آیا نمی بینی که جنون دیوانگان در ابتدا و وسط و پایان هر ماه، بیش تر است.» [وسائل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۶۴، حدیث ۴]. مرحوم صدوق از حضرت علی (ع) روایت

کرده است که فرمود: «مستحب است که مرد در شب اول ماه رمضان با همسرش نزدیکی کند زیرا خداوند (در آیه ۱۸۷ سوره بقره) فرموده است: «در آمیختن با همسران در شب‌های ماه رمضان برای شما، حلال شده است.» [مکروه است که نزدیکی] در هنگام سفر صورت گیرد در حالیکه آب یافت نمی‌شود زیرا امام کاظم (ع) چنین عملی را نهی کرده است مگر اینکه شخص بترسد [که در صورت پرهیز از نزدیکی] به گناه بیفتد.

(وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ امْرَأَةٍ يُرِيدُ نِكَاحَهَا) وَإِنْ لَمْ يَسْتَأْذِنْهَا، بَلْ يُسْتَحَبُّ لَهُ النَّظَرُ لِيَرْتَفِعَ عَنْهُ الْغَرَرُ، فَإِنَّهُ مُسْتَأْمٍ يَأْخُذُ بِأَعْلَى ثَمَنِ كَمَا وَرَدَ فِي الْخَبَرِ، (وَيَخْتَصُّ الْجَوَازُ بِالْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ): ظَاهِرُهُمَا وَبَاطِنُهُمَا إِلَى الرَّنْدَيْنِ، (وَيَنْظُرُهَا قَائِمَةً وَمَاشِيَةً)، وَكَذَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ نَظَرُهُ كَذَلِكَ (وَرَوَى) عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْفَضْلِ مُرْسَلًا عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (جَوَازَ النَّظَرِ إِلَى شَعْرِهَا، وَمَحَاسِنِهَا) وَهِيَ مَوَاضِعُ الزَّيْنَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَلَدِّذَاً، وَهِيَ مَرْدُودَةٌ بِالْإِزْمَالِ، وَغَيْرِهِ.

وَيُسْتَرْطُ الْعِلْمُ بِصَلَاحِيَّتِهَا لِلتَّزْوِيجِ بِخُلُوقِهَا مِنَ الْبَعْلِ وَالْعِدَّةِ وَالتَّحْرِيمِ، وَتَجْوِيزُ اجَابَتِهَا، وَمُبَاشَرَةُ الْمُرِيدِ بِنَفْسِهِ، فَلَا يَجُوزُ الْأَسْتِنَابَةُ فِيهِ وَإِنْ كَانَ أَعْمَى، وَأَنْ لَا يَكُونَ بَرِيئَةً، وَلَا تَلَدُّ.

وَشَرْطُ بَعْضِهِمْ أَنْ يَسْتَفِيدَ بِالنَّظَرِ فَائِدَةً، فَلَوْ كَانَ عَالِمًا بِحَالِهَا قَبْلَهُ لَمْ يَصَحَّ، وَهُوَ حَسَنٌ لَكِنَّ النَّصَّ مُطْلَقٌ، وَأَنْ يَكُونَ أَلْبَا عَثَ عَلَى النَّظَرِ إِزَادَةُ التَّزْوِيجِ دُونَ الْعَكْسِ، وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ، لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ قَصْدُ التَّزْوِيجِ قَبْلَ النَّظَرِ كَيْفَ كَانَ أَلْبَا عَثَ.

جایز است که مرد نگاه به صورت زنی کند که قصد ازدواج با وی را دارد هر چند از او اجازه [برای نگاه کردن] نگرفته باشد بلکه مستحب است که مرد به زن نگاه کند تا جهالت وی [نسبت به زن] برطرف شود زیرا زوج به منزله خریدار است که با گران‌ترین قیمت، [جنسی را خریداری می‌کند] همانگونه که [این تعبیر] در روایت آمده است [وسایل الشیعه، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح، حدیث ۵ و ۷ و ۸] و جواز نگاه کردن منحصر به صورت و دو دست است که ظاهراً شامل روی دست و زیر دست تا محل میچ دست می‌شود. همچنین مرد به زن در حالت ایستاده و راه رفتن نگاه می‌کند و زن نیز می‌تواند به صورت و دو دست مرد به اندام وی در حالت ایستاده و راه رفتن نگاه کند.

[و نگاه کردن برای چند مرتبه نیز جایز است هرگاه با یک مرتبه نگاه کردن نتواند به هدف خود دست یابد.] عبدالله بن فضل در روایتی مرسل [یعنی روایتی که فاقد نام برخی از راویان است] از امام صادق (ع) روایت کرده است که مرد می تواند به مو و محاسن زن [یعنی سر، گردن، گوش، بازو و پا] نگاه کند یعنی مکان هایی که زینت می شوند مشروط بر اینکه مرد، قصد لذت بردن نداشته باشد اما این روایت بخاطر مرسل بودن و سایر جهات ضعف روایت، رد شده است. [برای جواز نگاه کردن مرد به زن]، شرط شده است که مرد بداند که زن شایستگی ازدواج با وی را دارد یعنی فاقد شوهر می باشد و در عده نیست و ازدواج با او حرام نمی باشد [مانند اینکه خواهرزنش باشد] و نیز احتمال قبول کردن زن وجود داشته باشد و مردی که قصد ازدواج دارد شخصاً نگاه به زن کند و نمی تواند نگاه کردن را به نماینده خویش واگذار نماید هر چند آن مرد، نابینا باشد و نیز شرط است که نگاه کردن همراه با ربه نباشد [یعنی مرد، ترس از افتادن در گناه را نداشته باشد] و به قصد لذت بردن نباشد و برخی از فقها شرط کرده اند که نگاه کردن به زن، فایده ای را در برداشته باشد بنابراین چنانچه از قبل، اوصاف زن را بداند حق ندارد که به وی نگاه کند و این نظریه، نیکوست اما روایت، اطلاق دارد [و چنین شرط و قیدی را بیان نکرده است. شرط دیگر نگاه کردن مرد به زن، آن است که] انگیزه نگاه کردن، قصد ازدواج باشد اما لازم نیست که نگاه کردن، انگیزه ازدواج باشد اما این نظریه، مناسب نیست زیرا آنچه که در اینجا معتبر می باشد آن است که مرد قبل از نگاه کردن به زن، قصد ازدواج با وی را داشته باشد و تفاوتی نمی کند که چه انگیزه ای داشته باشد.

(وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْأَمَةِ) أَي: أَمَةِ الْغَيْرِ (وَيَدَيْهَا) وَكَذَا (الذَّمِيَّةِ) وَغَيْرِهَا مِنْ الْكُفَّارِ بِطَرِيقِ أُولَى، (لَا لَشَهْوَةٍ) قَيْدٌ فِيهِمَا.

(و) يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَى مِثْلِهِ مَا عَدَّ الْعَوْرَتَيْنِ (وَإِنْ كَانَ) الْمَنْظُورُ (شَابًا) حَسَنَ الصُّورَةِ، لَا لِزِينَةٍ وَهُوَ خَوْفُ الْفِتْنَةِ (وَلَا تَلَذُّذٍ) وَكَذَا تَنْظُرُ الْمَرْأَةُ إِلَى مِثْلِهَا كَذَلِكَ (وَالنَّظَرُ إِلَى جَسَدِ الزَّوْجَةِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا) وَكَذَا أَمَّتِهِ غَيْرَ الْمَرْوَجَةِ وَالْمُعْتَدَّةِ، وَبِالْعَكْسِ وَيَكْرَهُ إِلَى الْعَوْرَةِ فِيهِمَا.

(وَإِلَى الْمَحَارِمِ) وَهُنَّ مَنْ يَحْرُمُ نِكَاحُهُنَّ مُؤَبَّدًا بِنَسَبٍ، أَوْ رِضَاعٍ، أَوْ مُصَاهَرَةٍ (خِلَا

الْعُورَةِ) وَ هِيَ هُنَا الْقُبْلُ وَ الدُّبُرُ.

وَ قِيلَ: تَخْتَصُّ الْإِبَاحَةَ بِالْمَحَاسِنِ جَمْعاً بَيْنَ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أُنْصَارِهِمْ﴾، وَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ إِلَى آخِرِهِ.

مرد می تواند به صورت و دستان کنیز دیگری و کافر ذمی نگاه کند و نگاه کردن به زنان کافر حربی به طریق اولی جایز است مشروط بر اینکه نگاه کردن به کنیز دیگری و زن کافر، از روی شهوت نباشد و مرد می تواند به مرد دیگر بجز دو عورت وی [یعنی عقب و جلو] نگاه کند هر چند مردی که به او نگاه می شود، جوانی زیبا روی باشد و نگاه کردن همراه با افتادن در گناه نباشد و نیز به قصد لذت بردن صورت نگیرد. همچنین زن می تواند به زن دیگر نگاه کند مشروط بر اینکه ترس از به گناه افتادن یا قصد لذت بردن وجود نداشته باشد. [مرد می تواند به بدن همسر خود و کنیز خود که با دیگری ازدواج نکرده و در عده بسر نمی برد، از روی لباس و زیر لباس نگاه کند و زن یا کنیز نیز می تواند به همین صورت به شوهر یا مولای خود نگاه کند. مرد می تواند به زنان محرم خود نگاه کند یعنی زنانی که بخاطر نسب یا شیر خوردن یا ازدواج، نکاح با آن حرام است اما نگاه به عورت این زنان که جلو و عقب آنها می باشد جایز نیست و یک دیدگاه آن است که مرد فقط می تواند به محلّ زینت محارم خود نگاه کند تا میان [دو آیه قرآن جمع شود. یکی آیه ۳۰ سوره نور] که می فرماید: «به مؤمنان بگو که دیدگان خود را فرو بندند» [و دیگری آیه ۳۱ سوره نور] که می فرماید: «زنان نباید زینت خود را جز برای شوهران خود آشکار سازند».

(وَلَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَى الْمَرْأَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ) وَ هِيَ غَيْرُ الْمَحْرَمِ وَ الزَّوْجَةِ وَ الْأُمَةِ (إِلَّا مَرَّةً) وَاحِدَةً (مِنْ غَيْرِ مُعَاوَدَةٍ) فِي الْوَقْتِ الْوَاحِدِ عُرْفاً (إِلَّا لِبِضْرُورَةٍ كَالْمُعَامَلَةِ، وَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا) إِذَا دُعِيَ إِلَيْهَا، أَوْ لِتَحْقِيقِ الْوُطْءِ فِي الزَّوْنِ وَ إِن لَّمْ يُدْعَ، (وَالْعِلَاجِ مِنْ الطَّبِيبِ، وَ شِبْهِهِ).

مرد نباید به زن بیگانه یعنی زن نامحرم و زنی که همسر یا کنیز مرد نباشد نگاه کند مگر اینکه برای یک مرتبه باشد و در یک زمان، عرفاً تکرار نشود و مگر اینکه برای ضرورت باشد مانند معامله کردن با زن و شهادت دادن بر علیه وی، هرگاه از مرد برای شهادت دادن، دعوت شده باشد یا برای اینکه مرد بفهمد و طی در زنا صورت گرفته

است یا خیر هر چند برای این کار دعوت نشده باشد [یعنی مردی که صحنه زنا را می بیند و می خواهد تحمل شهادت نماید به آلت تناسلی زن و مرد نگاه کند تا متوجه شود که دخول انجام شده است یا خیر] و یا برای معالجه از سوی پزشک باشد و نظایر اینها [مانند قضاوت و آموزش. آنچه گفته شد نظر مشهور فقهاست اما برخی از فقها گفته اند که مرد می تواند به صورت و دستان زن نگاه کند مشروط بر اینکه برای لذت بردن نباشد و احتمال قرار گرفتن در گناه نرود و در روایات نیز تجویز شده است اما مشهور فقها تمام بدن زن را عورت می دانند که جز در موارد استثنایی نگاه کردن به آن جایز نیست اما دیدگاههای جدیدی نیز مطرح شده است که زن و مرد از جهت جواز یا عدم جواز نگاه کردن جنس مخالف به آنها یکسان هستند مثلاً موی زن مانند موی مرد است و لازم نیست که زن موی خود را بپوشاند. در مورد یک مرتبه نگاه کردن نیز فقها آن را مقید به عدم قصد تلذذ کرده اند و حتی علتی که برای آن بیان شده آن است که معمولاً نگاه اول به صورت اتفاقی و غیر عمدی رخ می دهد بنابراین چنانچه عمدی باشد، نگاه اول نیز حرام است و برخی فقها نگاه اول را مکروه دانسته اند.]

(وَكَذَا يَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ إِلَى الْأَجْنَبِيِّ، أَوْ تَسْمَعَ صَوْتَهُ إِلَّا لِحَرُورَةٍ) كَالْمُعَامَلَةِ، وَ الطَّبِّ (وَ إِنْ كَانَ) الرَّجُلُ (أَعْمَى) لِنَاوِلِ النَّهْيِ لَهُ، «وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لَا مُمْسَكَةَ وَمِمْوَنَةٌ لَمَّا أَمَرَهُمَا بِالْإِحْتِجَابِ مِنْ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، وَقَوْلِهِمَا إِنَّهُ أَعْمَى: أَعْمَاوَانِ أَنتُمَا، أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِهِ؟».

(وَ فِي جَوَازِ نَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى الْخَصِيِّ الْمَمْلُوكِ لَهَا، أَوْ بِالْعَكْسِ خِلَافُ) مَشْهُوَةٌ ظَاهِرٌ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ الْمُتَنَاوِلُ بِعُمُومِهِ لِمَوْضِعِ التَّرَاجُعِ. وَ مَا قِيلَ مِنْ اخْتِصَاصِهِ بِالْأَمَاءِ جَمْعًا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الْأَمْرِ بِغَضِّ الْبَصَرِ، وَ حِفْظِ الْفَرْجِ مُطْلَقًا، وَ لَا يَرِدُ دُخُولُهُنَّ فِي نِسَائِهِنَّ، لِاخْتِصَاصِهِنَّ بِالْمُسْلِمَاتِ، وَ عُمُومِ مَلِكِ الْيَمِينِ لِلْكَافِرَاتِ. وَ لَا يَخْفَى أَنَّ كُلَّهُ خِلَافُ ظَاهِرِ الْآيَةِ، مِنْ غَيْرِ وَجْهِ لِلتَّخْصِصِ ظَاهِرًا.

بر زن نیز حرام است که به مرد نامحرم نگاه کند و صدای او را بشنود مگر اینکه برای ضرورت باشد مانند معامله کردن با مرد یا معالجه مرد توسط زن [که ایرادی ندارد. نگاه کردن زن به مرد نامحرم حرام است] هر چند مرد نابینا باشد زیرا پیامبر به ام سلمه و میمونه دستور داد که خود را در مقابل ابن ام مکتوم بپوشانند اما زنان پیامبر

گفتند که ابن امّ مکتوم مردی نابیناست و پیامبر فرمود آیا شما نیز نابینا هستید و آیا او را نمی بینید؟ [بنابراین زن نیز مانند مرد است و در آیه ۳۱ سوره نور به وی دستور شده است که نگاه خود را بر مرد فروبندد و زن جز به صورت و دستان مرد نباید نگاه کند مگر اینکه از روی شهوت باشد. برخی از فقها نگاه کردن به دختر بچه و پیرزن را استثنا کرده اند زیرا معمولاً لذّتی از نگاه کردن به ایشان برده نمی شود. در مورد پسر و دختری که به سن بلوغ نرسیده اند اختلاف نظر وجود دارد و بهتر است نگاه ایشان را نیز مشروط به عدم لذّت بردن نمائیم یعنی اگر قوّه شهوانی در آنها بوجود نیامده باشد اشکالی ندارد که به جنس مخالف نگاه کنند اما برخی از فقها اساساً کودک را قبل از بلوغ مشمول خطابات شرعی نمی دانند تا این تکالیف بر آنها بار شود. برخی از فقها بغل کردن و بوسیدن دختر بچه پنج یا شش ساله را ممنوع کرده اند زیرا ممکن است شهوت مرد را برانگیزد] در مورد جواز نگاه کردن زن به برده اخته خود و یا نگاه کردن برده اخته به زن مالک خود، اختلاف نظر وجود دارد و منشأ این اختلاف آن است که آیه قرآن که می فرماید: «زنان زینت های خود را جز برای ... و مملوکانی که زنان مالک آنان هستند، ظاهر نکنند» شامل محل بحث نیز می شود [بنابراین نگاه کردن جایز است و دلیل عدم جواز نگاه کردن] آن است که گفته شده این آیه اختصاص به کنیزان دارد زیرا با این تخصیص میان آیه مزبور و آیه ای که می گوید مردان، چشم خود بر نامحرم فروبندند، جمع می شود. [ممکن است گفته شود که کنیزان نیز جزء زنان هستند اما شهیدثانی می فرماید] ایراد نشود که کنیزان جزء «نساء» هستند زیرا «نساء» به معنای زنان مسلمان است و عموم عبارت «او مملکت ایمانهم» شامل کنیزان کافر نیز می شود. [شهیدثانی نظر خود را در این مسأله چنین بیان می کند:] مخفی نماند که این استدلال ها [برای نظریه دوم] برخلاف ظاهر آیه قرآن [یعنی آیه «او ما مملکت ایمانهم»] می باشد و اختصاص دادن آن به کنیزان، ظاهراً قابل توجیه نیست.

(وَيَجُوزُ اسْتِمْتَاعُ الزَّوْجِ بِمَا شَاءَ مِنَ الزَّوْجَةِ، إِلَّا الْقُبْلَ فِي الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ) وَ هُوَ مَوْضِعٌ وَفَاقٍ إِلَّا مِنْ شَاذٍ مِنَ الْأَصْحَابِ، حَيْثُ حَرَّمَ النَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ، وَالْأَخْبَارُ نَاطِقَةٌ بِالْجَوَازِ، وَ كَذَا الْقَوْلُ فِي الْأَمَةِ.

(وَالْوَطْءُ فِي دُبُرِهَا مَكْرُوهٌ كَرَاهَةً مُغْلَظَةً) مِنْ غَيْرِ تَحْرِيمٍ عَلَى أَشْهَرِ الْقَوْلَيْنِ وَ

الرَّوَايَتَيْنِ، وَظَاهِرُ آيَةِ الْحَرْثِ (وَفِي رِوَايَةٍ) سَدِيرٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، لِأَنَّهُ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «مَحَاشُ النِّسَاءِ عَلَى أُمَّتِي حَرَامٌ» وَهُوَ مَعَ سَلَامَةِ سَنَدِهِ مَحْمُولٌ عَلَى شِدَّةِ الْكَرَاهَةِ، جَمْعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَحِيحَةِ ابْنِ أَبِي يَعْفُورٍ الدَّالَّةِ عَلَى الْجَوَازِ صَرِيحًا. وَالْمَحَاشُ جَمْعُ مَحْشَةٍ وَهُوَ الدُّبُرُ، وَهُوَ يُقَالُ أَيْضًا بِالسِّينِ الْمُهْمَلَةِ كُنِيَ بِالْمَحَاشِ عَنِ الْأَذْبَارِ، كَمَا كُنِيَ بِالْحُشُوشِ عَنْ مَوَاضِعِ الْغَائِطِ، فَإِنَّ أَصْلَهَا الْحَشُّ بَفَتْحِ الْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَهُوَ الْكَئِيفُ، وَأَصْلُهُ الْبُسْتَانُ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا كَثِيرًا مَا يَتَغَوَّطُونَ فِي الْبُسَاتِينِ، كَذَا فِي نَهَايَةِ ابْنِ الْأَثِيرِ.

مرد می تواند به هر شکلی که می خواهد از همسر خویش بهره گیری جنسی کند مگر دخول از جلو زمانی که زن در حالت حیض و نفاس به سر می برد و این حکم مورد قبول همه فقها قرار گرفته است مگر تعداد کمی از فقهای شیعه که نگاه کردن به آلت تناسلی زن را حرام می دانند اما روایات شرعی، نگاه کردن به آلت تناسلی را جایز می دانند [هر چند مکروه است] و بهره گیری مولی از کنیز نیز همین حکم را دارد. نزدیکی با زن از عقب [یعنی دخول در مقعد] کراهت شدید دارد و براساس روایت و نظریه ای مشهورتر، حرام نمی باشد و ظاهر آیه حرث [یعنی آیه ۲۲۳ بقره که می فرماید: «نَسْأُوكُم حَرْثَ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ»] نیز دلالت بر جواز دارد [و اصل نیز بر جواز می باشد] اما در روایت سدید از امام صادق (ع) آمده است که نزدیکی با زن از عقب وی، حرام می باشد [وسایل الشیعه، باب ۷۲ از ابواب مقدمات نکاح - حدیث ۲ و ۵] زیرا از پیامبر (ص) روایت شده است که فرمود محاش زنان بر اُمّت من حرام است و این روایت در صورتی که سندش صحیح و سالم باشد حمل بر کراهت شدید می شود تا بدینوسیله میان این روایت [که نزدیکی از عقب را ممنوع کرده است] و روایت صحیح ابن ابی یعفور که چنین عملی را صراحتاً جایز می داند جمع شود [یعنی به هر دو روایت عمل می کنیم] و کلمه «محاش» جمع «محشه» می باشد که همان عقب است و این کلمه به صورت «محسه» نیز خوانده می شود [یعنی بجای حرف «شین»] با حرف «سین» خوانده می شود که بدون نقطه است و کلمه «محاش» کنایه از عقب هاست همانگونه که کلمه «حشوش» [که جمع «حش» بوده و به معنای مخرج می باشد] کنایه از محل رفع حاجت است زیرا اصل «حشوش» کلمه «حش» می باشد که با حرف «حاء»

بدون نقطه و با فتحه خوانده می شود و به معنای کنیف یا باغ است زیرا عربها غالباً در باغها، رفع حاجت می کردند و مطالب به همین صورت در کتاب «نهایه» ابن اثیر آمده است.

(وَلَا يَجُوزُ الْعَزْلُ عَنِ الْحُرَّةِ بِغَيْرِ شَرْطٍ) ذَلِكَ حَالُ الْعَقْدِ، لِمُنَافَاتِهِ لِحِكْمَةِ النِّكَاحِ، وَهِيَ الْأَسْتِيلَادُ فَيَكُونُ مُنَافِيًا لِعَرَضِ الشَّارِعِ.

وَالْأَشْهُرُ الْكَرَاهَةُ، لِصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الْعَزْلِ فَقَالَ: «أَمَّا الْأُمَّةُ فَلَا بَأْسَ، وَأَمَّا الْحُرَّةُ فَإِنِّي أَكْرَهُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهَا حِينَ يَتَزَوَّجُهَا». وَالْكَرَاهَةُ ظَاهِرَةٌ فِي الْمَرْجُوحِ الَّذِي لَا يَمْنَعُ مِنَ التَّقْيِضِ، بَلْ حَقِيقَةٌ فِيهِ، فَلَا تَصْلَحُ حُجَّةٌ لِلْمَنْعِ مِنْ حَيْثُ إِطْلَاقُهَا عَلَى التَّحْرِيمِ فِي بَعْضِ مَوَارِدِهَا فَإِنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْمَجَازِ، وَعَلَى تَقْدِيرِ الْحَقِيقَةِ فَاشْتِرَاكُهَا يَمْنَعُ مِنْ دَلَالَةِ التَّحْرِيمِ فَيُرْجَعُ إِلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ. وَحَيْثُ يُحْكَمُ بِالتَّحْرِيمِ (فَيَجِبُ دِيَّةُ النُّطْفَةِ لَهَا) أَيُّ: لِلْمَرْأَةِ خَاصَّةً (عَشْرَةَ دَنَانِيرٍ)، وَلَوْ كَرِهْنَاهُ فِيهِ عَلَى الْأَسْتِحْبَابِ، وَاخْتَرَزَ بِالْحُرَّةِ عَنِ الْأُمَّةِ، فَلَا يَحْرُمُ الْعَزْلُ عَنْهَا إِجْمَاعًا وَإِنْ كَانَتْ زَوْجَةً.

وَيُشْتَرِطُ فِي الْحُرَّةِ الدَّوَامُ فَلَا تَحْرِيمَ فِي الْمُتَعَةِ، وَعَدَمُ الْإِذْنِ فَلَوْ أَذْنَتْ انْتَفَى أَيْضًا، وَكَذَا يُكْرَهُ لَهَا الْعَزْلُ بِدُونِ إِذْنِهِ، وَهَلْ يَحْرُمُ لَوْ قُلْنَا بِهِ فِيهِ؟ مُقْتَضَى الدَّلِيلِ الْأَوَّلِ ذَلِكَ، وَالْأَخْبَارُ خَالِيَةٌ عَنْهُ. وَمِثْلُهُ الْقَوْلُ فِي دِيَّةِ النُّطْفَةِ لَهُ.

ریختن منی در خارج از رحم زوجه آزاد جایز نیست مشروط بر اینکه ریختن نطفه در خارج رحم، ضمن عقد نکاح شرط نشده باشد [اما اگر شرط شده باشد می توان آن را به خارج رحم ریخت. ممنوعیت ریختن نطفه به خارج رحم] بخاطر آن است که چنین کاری با فلسفه نکاح که همان تولید مثل می باشد، تعارض دارد بنابراین با هدف شارع نیز منافات پیدا می کند. [از استدلال فوق برمی آید که ریختن منی به داخل رحم در هر بار نزدیکی واجب نیست و گرنه هر خانواده ای، دهها فرزند خواهد داشت بنابراین بهتر است آن را مقید به یک یا چند مرتبه سازیم یعنی مرد نباید در تمامی نزدیکی ها نطفه را به خارج رحم بریزد بگونه ای که زوجین برای همیشه بچه دار نشوند و اگر زوجین، یک بچه هم داشته باشند هدف شارع که تولید مثل می باشد تأمین خواهد شد. اما اطلاق عبارت فقها بیانگر آن است که در هر نزدیکی نباید نطفه به بیرون ریخته شود اما این

استنباط، نتیجه مطلوبی نخواهد داشت. عدم جواز ریختن منی در خارج رحم، در روایات نیز آمده است و فقها، حرمت را استنباط کرده‌اند. [اما نظریه مشهورتر آن است که مکروه می‌باشد زیرا در روایت صحیح محمد بن مسلم از امام باقر یا صادق (ع) آمده است که در مورد ریختن منی در خارج رحم از وی سؤال شد و ایشان فرمود: «در مورد کنیز اشکالی ندارد و در مورد زن آزاد، من آن را مکروه می‌دانم مگر اینکه مرد هنگام ازدواج، ریختن منی در خارج رحم را بر زن شرط کرده باشد» [وسایل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۷۶ از ابواب مقدمات نکاح، حدیث اول] و واژه کراهت [که در روایات آمده است] ظهور در مرجوحی دارد که منع از نقیض نمی‌کند [نه مرجوحی که منع از تضمین می‌کند و به معنای حرمت است] بلکه واژه «کراهت» حقیقت در همین معنا می‌باشد [یعنی حرمت، معنای مجازی آن است و کراهت، معنای حقیقی می‌باشد] بنابراین روایت را نمی‌توان دلیل ممنوعیت [و حرمت] ریختن منی در خارج رحم دانست زیرا گرچه واژه «کراهت» گاهی در معنای حرمت نیز بکار می‌رود اما به صورت مجازی در این معنا بکار می‌رود و به فرض آنکه به صورت حقیقت در معنای حرمت بکار رود، مشترک بودن لفظ «کراهت» میان معنای حرمت و کراهت، مانع می‌شود که دلالت بر حرمت نماید زیرا به اصل اباحه مراجعه می‌شود [یعنی وقتی واژه «کراهت» صلاحیت دلالت بر حرمت و جواز را داشته باشد باید معنایی را برگزید که مؤید داشته باشد و در اینجا اصل جواز، مؤید معنای عدم حرمت و کراهت است. دلایل دیگری هم برای جواز وجود دارد از جمله اینکه تولید نسل را نمی‌تواند علت تامه ازدواج دانست و لذت بردن زن از نزدیکی با ریختن منی در رحم حاصل نمی‌شود بلکه کافی است که زن نیز انزال کند مضافاً بر اینکه بر مرد واجب نیست که لذت زن را محقق سازد و اینکه مرد باید دیه بدهد، دلالتی بر حرمت عمل ندارد بلکه ممکن است ریختن منی در خارج رحم جایز باشد و در عین حال، دادن دیه نیز جایز باشد اما شهیدثانی، دادن دیه را فقط مخصوص حالتی می‌داند که ریختن نطفه در خارج رحم، حرام باشد. وی می‌فرماید: [و هرگاه حکم به حرمت شود باید دیه نطفه به زوجه داده شود که ده دینار می‌باشد و اگر ریختن نطفه در خارج رحم را مکروه بدانیم، دادن دیه مستحب خواهد بود. شهید اول با تخصیص این حکم به زوجه آزاد، از کنیز پرهیز کرده است بنابراین ریختن نطفه در

خارج رحم براساس اجماع فقها، حرام نیست هر چند کنیز، همسر صاحب نطفه باشد و در زن آزاد نیز شرط است که زوجه دائمی صاحب نطفه باشد بنابراین ریختن منی در خارج رحم زنی که در نکاح متعه می باشد، حرام نیست. همچنین شرط حرمت، آن است که زوجه، اذن به ریختن منی در خارج رحم نداده باشد بنابراین اگر اذن داده باشد، حرمت، منتفی می شود. برای زن نیز مکروه است که بدون اذن شوهر، نطفه را در خارج رحم بریزد [یعنی عملی انجام دهد که نطفه مرد در خارج رحم وی ریخته شود مانند اینکه خود را هنگام انزال مرد، کنار بکشد] و اگر ریختن منی در خارج رحم برای مرد، حرام باشد این سؤال مطرح می شود که برای زن نیز حرام است یا خیر؟ [یعنی میان این دو مورد، ملازمه وجود دارد یا خیر؟] دلیل اول اقتضا می کند که برای زن نیز حرام باشد [زیرا فلسفه ازدواج که تولید مثل می باشد در مورد زن نیز وجود دارد] اما روایات، چنین حرمتی را برای زن بیان نکرده اند [و اصل نیز بر جواز می باشد] و این تردید در مورد دیه نطفه برای مرد نیز وجود دارد [یعنی آیا زن باید دیه نطفه را به زن بدهد یا خیر؟ و در اینجا گفته شده است که اگر زن، از ریختن منی در داخل رحم خود جلوگیری کند باید دیه را بپردازد و اگر مرد نطفه را در آلت تناسلی زن بریزد و زن از استقرار نطفه در رحم خود، جلوگیری کند نباید دیه را بدهد. به هر حال اگر از ریختن منی در رحم جلوگیری شود بازهم طفل به مرد ملحق می شود زیرا قاعده فراش چنین اقتضایی دارد.]

(وَلَا يَجُوزُ تَرْكُ وَطْءِ الزَّوْجَةِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ)، وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْوُجُوبِ مُسْمَاهُ، وَهُوَ الْمَوْجِبُ لِلْغُسْلِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْأَنْزَالُ، وَلَا يَكْفِي الدُّبُرُ.

جایز نیست که شوهر، نزدیکی با همسر خود را برای مدتی بیش تر از چهار ماه ترک کند و آنچه که برای نزدیکی کردن، معتبر می باشد صدق عنوان «نزدیکی کردن» است یعنی نزدیکی به مقداری باشد که موجب غسل می شود [یعنی دخول به اندازه ختنه گاه صورت گیرد] اما انزال مرد [یعنی خارج شدن منی برای تحقق عنوان «نزدیکی کردن»] شرط نیست و نزدیکی از عقب نیز کفایت نمی کند. [مؤلف کشف اللثام، این حکم را مقید به حالتی نموده است که زوج، حاضر بوده و امکان نزدیکی کردن داشته باشد. همچنین این حکم، مقید به زوجه دائمی و زن آزاد شده است. در روایتی از امام

رضا عبارت «زن جوان» بکار رفته است و برخی از فقها به همین جهت، ترک نزدیکی با زن مسن را حرام ندانسته‌اند.

(وَ كَذَا لَا يَجُوزُ) الدُّخُولُ (قَبْلَ) اكْمَالِهَا (تِسْعَ) سِنِينَ هَلَالِيَّةٍ (فَتَحْرُمُ عَلَيْهِ مُؤَبَّدًا) لَوْ أَفْضَاهَا بِالْوَطْءِ بِأَنْ صَيَّرَ مَسْلَكَ الْبَوْلِ وَالْحَيْضِ وَاحِدًا، أَوْ مَسْلَكَ الْحَيْضِ وَالْغَائِطِ. وَ هَلْ تَخْرُجُ بِذَلِكَ مِنْ حَبَالَتِهِ؟ قَوْلَانِ: أَظْهَرُهُمَا الْعَدَمُ. وَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا حَتَّى يَمُوتَ أَحَدُهُمَا، وَ عَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ أُخْتُهَا وَ الْخَامِسَةُ، وَ هَلْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا فِي الدُّبْرِ وَ الْإِسْتِمْتَاعُ بِغَيْرِ الْوَطْءِ؟ وَ جَهَانٍ، أَجَوَدُهُمَا ذَلِكَ.

وَ يَجُوزُ لَهُ طَلَاقُهَا، وَ لَا تَسْقُطُ بِهِ النِّفَقَةُ وَإِنْ كَانَ بَائِنًا. وَ لَوْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِهِ فَفِي سَقُوطِهَا وَ جَهَانٍ، فَإِنْ طَلَّقَهَا الثَّانِي بَائِنًا عَادَتْ، وَ كَذَا لَوْ تَعَدَّرَ إِنْفَاقُهُ عَلَيْهَا لِغَيْبَةٍ أَوْ فَقْرٍ مَعَ احْتِمَالِ وَجُوبِهَا عَلَى الْمُفْضِي مُطْلَقًا، لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَ لَا فَرْقَ فِي الْحُكْمِ بَيْنَ الدَّائِمِ وَ الْمُتَمَتِّعِ بِهَا. وَ هَلْ يَنْبُتُ الْحُكْمُ فِي الْأَجْنَبِيَّةِ؟ قَوْلَانِ: أَفْرُهُمَا ذَلِكَ فِي التَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ، دُونَ النِّفَقَةِ. وَ فِي الْأَمَةِ الْوُجْهَانِ، وَ أَوْلَى بِالتَّحْرِيمِ. وَ يَقْوَى الْأَشْكَالُ فِي الْإِنْفَاقِ لَوْ اعْتَقَلَهَا.

وَ لَوْ أَفْضَى الزَّوْجَةُ بَعْدَ التَّسْعِ فِي تَحْرِيمِهَا وَ جَهَانٍ، أَجَوَدُهُمَا الْعَدَمُ، وَ أَوْلَى بِالْعَدَمِ إِفْضَاءُ الْأَجْنَبِيِّ كَذَلِكَ. وَ فِي تَعَدِّي الْحُكْمِ إِلَى الْإِفْضَاءِ بِغَيْرِ الْوَطْءِ وَ جَهَانٍ: أَجَوَدُهُمَا الْعَدَمُ، وَ قُوفًا فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مُوَرِّدِ النَّصِّ، وَإِنْ وَجَبَتِ الدِّيَّةُ فِي الْجَمِيعِ.

جایز نیست که مرد بر زنی دخول کند که نه سال قمری را تمام نکرده است بنابراین اگر با وی نزدیکی کند و موجب افضای زن شود، آن زن بر افضا کننده حرام دائمی می‌شود و منظور از افضا آن است که راه بول و راه حیض یا راه حیض و راه غائط، یکی شود و آیا زن بواسطه افضا، از علقه زوجیت افضا کننده خارج می‌شود؟ در اینجا دو نظریه وجود دارد و نظریه ظاهرتر آن است که زوجه از زوجیت خارج نمی‌شود و نفقه زن بر مرد واجب می‌شود تا یکی از آنها بمیرند اعم از اینکه زن از علقه زوجیت مرد خارج بشود یا خارج نشود. براساس نظریه‌ای که ما انتخاب کردیم [که زن از علقه زوجیت مرد خارج نمی‌شود] بر مرد حرام است که با خواهر زن افضا شده یا با زن پنجم ازدواج کند [در حالتی که سه زوجه دائمی دیگر غیر از زن افضا شده داشته باشد] و آیا مرد می‌تواند از عقب با زنی نزدیکی کند که وی را افضا نموده است. یا از راههای

دیگری غیر از نزدیکی کردن [مانند بوسیدن و لمس کردن] از او بهره جنسی ببرد؟ دو احتمال در این زمینه وجود دارد و احتمال بهتر آن است که چنین حقی دارد و مرد می تواند این زن را طلاق بدهد اما نفقه زن با طلاق دادن وی ساقط نمی شود هر چند طلاق باین باشد. اگر این زن با مرد دیگری ازدواج نماید، دو احتمال در مورد سقوط نفقه وجود دارد اما اگر شوهر دوّم، او را طلاق باین بدهد، وجوب نفقه برعهده شوهر اوّل برمی گردد و نیز اگر نفقه دادن شوهر دوّم بخاطر غیبت یا فقر وی، امکان نداشته باشد، نفقه برعهده شوهر اوّل خواهد بود هر چند این احتمال وجود دارد که نفقه در هر صورت برعهده افضاکننده باشد زیرا روایت، اطلاق دارد و در حکم این مسأله تفاوتی میان زوجۀ دائمی و موقت نیست. و در مورد اینکه آیا حکم [حرمت ابدی و وجوب نفقه بر افضاکننده] در مورد زن بیگانه [یعنی غیرزوجه و کنیز] نیز جریان پیدا می کند یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال، دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه نزدیک تر به واقع آن است که زن بیگانه، حرمت ابدی پیدا می کند اما پرداخت نفقه بر مرد واجب نمی شود. در مورد کنیز هم دو احتمال وجود دارد و حرمت کنیز، قوی تر از حرمت زن آزاد بیگانه است [زیرا کنیز به موردی که در روایت بیان شده است که همان زوجه می باشد نزدیک تر است زیرا کنیز هم مانند زوجه، رابطه با افضاکننده دارد اما زن بیگانه هیچ رابطه ای با مرد ندارد]. و اگر مرد، کنیزی را که افضاء کرده است آزاد نماید اشکال در مورد وجوب نفقه وی تقویت می گردد. اگر مردی، همسر خود را که به سن نه سالگی [یعنی سن بلوغ] رسیده است افضاء نماید، در مورد حرام شدن ابدی وی بر مرد، دو احتمال وجود دارد و احتمال موجه تر آن است که حرام نمی شود [البته بیان سن نه سالگی از آن جهت است که این سن، سن بلوغ می باشد بنابراین اگر سن دیگری، سن بلوغ باشد باید آن را ملاک قرار داد]. هرگاه مردی، زن را از غیر راه وطی [مانند انگشت یا وسیله دیگر] افضاء کند، در مورد تسرّی حکم حرمت زن و وجوب، پرداخت نفقه به وی، دو احتمال وجود دارد و احتمال بهتر آن است که حکم به این مورد تسرّی پیدا نکند زیرا در مواردی که خلاف اصل می باشد باید به مورد نصّ اکتفا کرد [اصل در اینجا عدم حرمت ابدی است پس حکم به حرمت زنی که به غیر از راه وطی، افضاء شده است برخلاف اصل می باشد. و باید به مورد نصّ اکتفا کرد که همان

افضاء از راه وطی است.] البته در کلیه این موارد باید دیه افضاء پرداخت شود [و این دیه معادل دیه کامل زن می باشد].

(و يُكْرَهُ لِلْمُسَافِرِ أَنْ يَطْرُقَ أَهْلَهُ) أَي: يَدْخُلُ إِلَيْهِمْ مِنْ سَفَرِهِ (لَيْلًا) وَ قَيْدَهُ بَعْضُ بَعْدَمِ إِعْلَامِهِمْ بِالْحَالِ، وَ إِلَّا لَمْ يُكْرَهُ، وَ النَّصُّ مُطْلَقٌ: رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سِنَانٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «يُكْرَهُ لِلرَّجُلِ إِذَا قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ أَنْ يَطْرُقَ أَهْلَهُ لَيْلًا حَتَّى يُصْبِحَ». وَ فِي تَعَلُّقِ الْحُكْمِ بِمَجْمُوعِ اللَّيْلِ، أَوْ اخْتِصَاصِهِ بِمَا بَعْدَ الْمَبِيتِ وَ غَلَقِ الْأَبْوَابِ نَظَرٌ، مَنْشُؤُهُ دَلَالَةٌ كَلَامِ أَهْلِ اللُّغَةِ عَلَى الْأَمْرَيْنِ. فَفِي «الصَّخَّاحِ»: أَتَانَا فَلَانٌ طُرُوقًا إِذَا جَاءَ بَلِيلٌ. وَ هُوَ شَامِلٌ لِجَمِيعِهِ. وَ فِي نَهَايَةِ ابْنِ الْأَثِيرِ «قِيلَ: أَضْلُ الطُّرُوقِ مِنَ الطَّرْقِ وَ هُوَ الدَّقُّ وَ سُمِّيَ الْآتِي بِاللَّيْلِ طَارِقًا، لِأَخْتِيَابِهِ إِلَى دَقِّ الْبَابِ» وَ هُوَ مُشْعِرٌ بِالثَّانِي وَ لَعَلَّهُ أَجُودُ. وَ الظَّاهِرُ عَدَمُ الْفَرْقِ بَيْنَ كَوْنِ الْأَهْلِ زَوْجَةً أَوْ غَيْرَهَا، عَمَلًا بِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ، وَ إِنْ كَانَ الْحُكْمُ فِيهَا آكَدَ وَ هُوَ بِنَابِ النِّكَاحِ أَنْسَبَ.

مکروه است که مسافر شبانه [که از سفر برمی گردد] بر اصل خانه خود وارد شود و برخی از فقها این کراهت را مقید به حالتی نموده اند که مسافر، زمان برگشتن خود را به خانواده اطلاع نداده باشد بنابراین اگر قبلاً به آنها اطلاع داده باشد کراهتی ندارد که شبانه بر آنها وارد شود اما روایت، مطلق است [و چنین قیدی ندارد بنابراین براساس اطلاق روایت، مکروه است که مسافر شبانه بر اهل خانه خود وارد شود حتی اگر قبلاً به آنها اطلاع داده باشد. در روایتی که عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) نقل کرده است آمده که امام (ع) فرمود: «مکروه است که مرد هرگاه از مسافرت برمی گردد، درب خانه اهل خود را شبانه بکوبد و باید تا صبح صبر کند.» تردید وجود دارد که آیا حکم کراهت شامل تمام شب می شود یا مخصوص زمانی است که اهل خانه به خواب فرومی روند و درب خانه را می بندند و منشأ این تردید آن است که کلام اهل لغت شامل هر دو مورد می شود [یعنی اهل لغت، واژه «شب» را برای هر دو مورد بکار می برند] و در کتاب صحاح اللغة، آمده است که «فلانی، دق الباب کنان بر ما وارد شدند» [و این عبارت در موردی بکار می رود که] شخص، شبانه آمده باشد که شامل تمامی شب می شود و در کتاب نهایه ابن اثیر آمده که گفته شده است ریشه کلمه «طروق» واژه «طرق» می باشد که به معنای کوبیدن است و شخصی را که شبانه می آید از آن جهت «طارق» [یعنی

کوبندهٔ درب] می‌نامند که نیاز به کوبیدن درب دارد و عبارت ابن اثیر، اشاره به معنای دوم دارد [که همان ورود بعد از خوابیدن و بستن درب است زیرا وقتی درب بسته باشد نیاز به در زدن دارد.] و شاید نظریهٔ دوم بهتر باشد. ظاهراً [در حکم به کراهت ورود شبانهٔ مسافر] تفاوتی نمی‌کند که اهل خانه، همسر، مرد مسافر باشد یا افراد دیگری [همچون پدر و مادر و فرزندان] باشند زیرا واژهٔ «اهل»، مطلق است و شامل همهٔ افراد خانواده می‌شود هر چند حکم کراهت در مورد همسر با تأکید بیشتری روبروست و این حکم با مبحث نکاح، تناسب بیش‌تری دارد [زیرا مباحث نکاح مربوط به زوجین است و شامل سایر افراد خانواده نمی‌شود. آنچه که در فصل اول بعنوان مقدمات نکاح گفته شد، احکام حقوقی نکاح نبود بلکه احکام شرعی بود و برخی از فقها، احکام دیگری را هم بیان کرده‌اند از جمله اینکه می‌گویند پیامبر در امر نکاح، خصلت‌هایی داشت از جمله اینکه بیش‌تر از چهار زوج اختیار می‌کرد زیرا بر اجرای عدالت نسبت به همسران خویش، اطمینان داشت؛ دیگر اینکه لفظ نکاح را با صیغهٔ هبه اجرا می‌کرد بدون اینکه مهریه تعیین کند؛ باقی بودن بر ازدواج یا جدا شدن را در اختیار همسران خویش قرار می‌داد؛ کنیزان را با عقد به تزویج خود در نمی‌آورد. در غیر امر نکاح نیز ویژگی‌هایی داشت از جمله اینکه مسواک کردن و نماز شب و شب زنده‌داری بر وی واجب بود و صدقه بر او حرام بود؛ پشت سر خود را مانند روبرو می‌دید و ... از ویژگی‌های دیگر پیامبر(ص) آن بود که زنان پیامبر(ص) بر دیگران حرام بودند بگونه‌ای که بعد از فوت پیامبر نیز کسی حق ازدواج با آنها را نداشت اما در مورد حرمت زنانی که از راه طلاق یا فسخ نکاح جدا می‌شدند، تردید وجود دارد. برخی از فقها بر این باورند که بر پیامبر(ص) واجب نبود که شب‌های خود را میان همسرانش تقسیم کند و ...]

الفصل الثاني: في العقد

وَيُعْتَبَرُ اشْتِمَالُهُ عَلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ اللَّفْظِيَيْنِ كَعَبْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ الْإِلَازِمَةِ (فَالْإِيجَابُ زَوْجُتُكَ وَلِكَحْتِكَ وَمَتَّعْتُكَ لَا غَيْرُ) أَمَّا الْأَوَّلَانِ فَمَوْضِعُ وَفَاقٍ وَقَدْ وَرَدَ بِهِمَا الْقُرْآنُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿زَوَّجْنَا كَهَا﴾ ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾.

وَأَمَّا الْأَخِيرُ فَانْتَفَى بِهِ الْمُصَنَّفُ وَجَمَاعَةٌ، لِأَنَّهُ مِنَ الْفَاقِ النَّكَاحِ، لِكُونِهِ حَقِيقَةً فِي الْمُنْقَطِعِ، وَإِنْ تَوَقَّفَ مَعَهُ عَلَى الْأَجَلِ، كَمَا لَوْ عَبَّرَ بِأَحَدِهِمَا فِيهِ وَمَيَّزَهُ بِهِ، فَأَصْلُ اللَّفْظِ صَالِحٌ لِلتَّوَعُّنِ، فَيَكُونُ حَقِيقَةً فِي الْقَدْرِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَيَتَمَيَّزُ بِذِكْرِ الْأَجَلِ وَعَدَمِهِ، وَلِحُكْمِ الْأَصْحَابِ تَبَعاً لِلرَّوَايَةِ بِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ مُتَّعَةً وَنَسِيَ ذِكْرَ الْأَجَلِ انْقَلَبَ دَائِمًا، وَذَلِكَ فَرْعٌ صَلَاحِيَّةٌ الصَّبِغَةِ لَهُ.

وَذَهَبَ الْأَكْثَرُ إِلَى الْمَنْعِ مِنْهُ، لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْمُنْقَطِعِ شَرْعًا، فَيَكُونُ مَجَازًا فِي الدَّائِمِ، حَدَرًا مِنَ الْإِشْتِرَاكِ، وَلَا يَكْفِي مَا يَدُلُّ بِالْمَجَازِ حَدَرًا مِنْ عَدَمِ الْإِنْحِصَارِ، وَالْقَوْلُ الْمُخَكِّمِيُّ مَمْنُوعٌ، وَالرَّوَايَةُ مَرْدُودَةٌ بِمَا سَيَأْتِي، وَهَذَا أَوَّلِي.

(وَالْقَبُولُ، قَبِلْتُ التَّزْوِيجَ وَالنَّكَاحَ، أَوْ تَزَوَّجْتُ، أَوْ قَبِلْتُ، مُقْتَصِرًا عَلَيْهِ) مِنْ غَيْرِ أَنْ يَذْكَرَ الْمَفْعُولُ (كِلاهُمَا) أَيِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ (بِلَفْظِ الْمُضِيِّ) فَلَا يَكْفِي قَوْلُهُ: أَتَزَوَّجُكَ بِلَفْظِ الْمُسْتَقْبَلِ مُنْشَأً، عَلَى الْأَقْوَى، وَفُوقاً عَلَى مَوْضِعِ الْيَقِينِ. وَمَا رُويَ مِنْ جَوَازِ مِثْلِهِ فِي الْمُنْعَةِ لَيْسَ صَرِيحاً فِيهِ، مَعَ مُخَالَفَتِهِ لِلْقَوَاعِدِ.

فصل دوم - در مورد عقد نكاح

عقد نكاح همچون ساير عقود لازم بايد مشتمل بر ايجاب و قبول لفظي باشد [شهيدثاني اعتقاد دارد كه در عقود جايز مانند قرض و وكالت، نبايد در نحوه انعقاد عقد سخت‌گيري كرد اما در عقود لازم مانند عقد نكاح اين سخت‌گيري لازم است حال آنكه

چنین تفاوتی میان عقود لازم و عقود جایز قابل توجیه نیست] سپس ایجاب [بدین صورت است که زوجه می‌گوید: «خودم را به زوجیت تو درآوردم؛ خودم را به نکاح تو درآوردم؛ خودم را متعه تو قرار دادم. [و بجز این سه صیغه‌ای که برای ایجاب گفته شد] صیغه دیگری وجود ندارد [یعنی ایجاب را در عقد نکاح نمی‌توان با صیغه دیگری بیان کرد] اما دو صیغه اول [یعنی «زوجتک» و «انکحتک» را همه قبول دارند] پس محل اتفاق نظر است و قرآن نیز این دو صیغه را بیان کرده است، آنجا [که در آیه ۲۱ سوره نساء] می‌فرماید: «او را به زوجیت تو درآورديم.» و [در آیه ۵۴ سوره احزاب که می‌فرماید: «با زنانی که پدرانتان نکاح کرده‌اند، نکاح نکنید.» و اما صیغه آخری [یعنی: «متعکت»] را مرحوم شهید اول و گروهی از فقها به آن اکتفا کرده‌اند زیرا جزء الفاظ نکاح است [یعنی جزء الفاظی است که عقد نکاح با آن منعقد می‌شود] چرا که حقیقت در نکاح منقطع است هر چند متوقف بر آن است که همراه نکاح، مدت نیز ذکر شود و مانند آن است که صیغه‌های «زوجتک» و «انکحتک» را برای عقد منقطع بیان کند و آن را با ذکر مدت، متمایز سازد بنابراین اصل لفظ [متعکت] برای عقد دائمی و موقتی صلاحیت دارد و حقیقت در قدر مشترک میان آنهاست [یعنی مشترک معنوی] و دائمی یا موقتی بودن با بیان یا عدم بیان مدت از یکدیگر تشخیص داده می‌شوند [خلاصه این عبارت آن است که صیغه «متعکت» نیز مانند دو صیغه دیگر، حقیقت در نکاح است و برای نکاح دائمی و نکاح موقت به صورت مشترک معنوی بکار می‌رود یعنی قدر مشترکی میان نکاح دائمی و موقت وجود دارد که این صیغه‌ها برای آن وضع شده است و برای تعیین موقتی بودن، باید مدت را ذکر کرد و اگر مدت ذکر نشود، دائمی است بنابراین اینگونه نیست که صیغه «متعکت» حقیقت در عقد موقت بوده و برای عقد دائمی به صورت مجازی یا اشتراک لفظی بکار رود بنابراین صیغه «متعکت» را نیز می‌توان برای عقد دائم بکاربرد و هرگاه مدت نداشته باشد ظهور در عقد دائم دارد. دلیل دیگر برای اینکه صیغه «متعکت» را می‌توان برای عقد دائم بکاربرد [بخاطر حکم فقهای شیعه بر این مطلب است که اگر مردی به صورت متعه [و موقت] ازدواج کند و مدت را فراموش نماید تبدیل به عقد دائمی می‌شود [و این حکم فقها] به پیروی از روایت است و این موضوع [که بیان مدت، قرینه موقتی بودن و عدم بیان مدت، قرینه

دائمی بودن می‌باشد. [متفرع بر صلاحیت داشتن صیغه برای قدر مشترک است] یعنی زمانی می‌توان «صیغه متعتک» را برای نکاح موقت و دائم بکاربرد که این صیغه صلاحیت داشته باشد برای قدر مشترک یعنی نکاح به صورت کلی، بکاربرد] و اکثر فقها گفته‌اند که صیغه «متعتک» را نمی‌توان برای عقد دائم بکاربرد زیرا این صیغه، شرعاً حقیقت در نکاح موقت است بنابراین در عقد دائمی به صورت مجازی بکار می‌رود تا اشتراک پیش نیاید [یعنی صیغه «متعتک» در اصل برای نکاح موقت بکار رفته است پس مجاز در نکاح دائم می‌باشد و اگر چنین سخنی را نپذیریم باید بگوئیم که صیغه «متعتک» مشترک لفظی میان عقد دائم و موقت است یعنی یک بار برای عقد دائم و یک بار برای عقد موقت وضع شده است حال آنکه اصل بر آن است که لفظی مشترک لفظی نباشد زیرا نیاز به دو بار وضع لفظ دارد و اصل بر عدم تعدد وضع می‌باشد. البته اگر اشتراک معنوی را بپذیریم این مشکل حل می‌شود یعنی صیغه «متعتک» برای نکاح که مشترک میان دائمی و موقت می‌باشد وضع شده است و بیان یا عدم بیان مدت، موجب تمایز آنها می‌شود. اما مرحوم شهیدثانی سخن کسانی را که صیغه «متعتک» را مجاز در عقد دائم می‌دانند رد کرده و می‌گوید: [و آنچه که مجازاً دلالت نماید، کافی نیست] یعنی برای عقد نکاح نمی‌توان از الفاظی استفاده کرد که مجازاً بر نکاح دلالت می‌کنند] بخاطر دوری کردن از عدم انحصار [یعنی اگر چنین عملی جایز باشد الفاظ مجازی بسیار زیاد است پس باید اجازه دهیم عقد نکاح که عقد بسیار مهمی است با هر لفظ مجازی قابل انعقاد باشد. دلیل دوم کسانی که صیغه «متعت» را برای نکاح دائمی کافی می‌دانند نیز مردود است زیرا ما قبول نداریم که فقها گفته باشند هرگاه مدت در متعه ذکر نشد تبدیل به عقد دائم می‌شود بنابراین] سخنی که حکایت شد، ممنوع است و روایتی هم که [به آن اشاره شد که فقها براساس آن چنین فتوایی داده‌اند] مردود است و دلیل رد آن را بعداً بیان می‌کنیم بنابراین نظریه عدم جواز بکارگیری صیغه «متعت» برای عقد دائم، نظریه برتر است.

و قبول [در عقد نکاح بدین صورت است که مرد می‌گوید: تزویج و نکاح را قبول کردم یا ازدواج نمودم یا قبول کردم] [و به همین عبارتها] اکتفا می‌کند بدون اینکه مفعول را بیان کند [یعنی بدون اینکه نام زوجه را بیان نماید]. ایجاب و قبول بالفظ ماضی بیان

می‌شوند [زیرا صیغه ماضی دلالت بر قطعیت دارد اما صیغه مضارع برای آینده است و گوینده خبر می‌دهد که قصد دارد کاری را انجام دهد نه اینکه آن را انجام داده است]. بنابراین براساس نظریه قوی تر کفایت نمی‌کند که با صیغه مضارع گفته شود: با تو ازدواج می‌کنم [برخلاف نظر ابن ابی عقیل که انعقاد عقد نکاح را با صیغه مضارع، جایز می‌داند. علت اینکه عقد نکاح باید با صیغه ماضی، منعقد گردد آن است که] به قدر متیقن اکتفا نمائیم [زیرا قدر متیقن آن است که بالفعل ماضی صحیح می‌باشد و در مورد لفظ مضارع، تردید وجود دارد پس باید به قدر متیقن اکتفا کرد. دلیل کسانی که انعقاد عقد نکاح با صیغه مضارع را جایز می‌دانند آن است که ابان بن تغلب روایتی را از امام صادق (ع) نقل کرده است که ایشان انعقاد متعه و نکاح موقت با صیغه مضارع را تجویز کرده است پس وقتی نکاح موقت با صیغه مضارع جایز باشد نکاح دائم نیز جایز خواهد بود زیرا همانگونه که دیدیم اگر نکاح موقت بدون مدت باشد تبدیل به نکاح دائم می‌شود. اما مرحوم شهید ثانی، استناد به این روایت برای جواز عقد نکاح با صیغه مضارع را رد می‌کند و می‌فرماید:] و آنچه که روایت شده است که صیغه مضارع در نکاح موقت جایز است، صراحتی در مطلب ندارد [زیرا در این روایت آمده است که امام فرمود، چنانچه مرد به زن بگوید: «أَتَزَوَّجُكِ مَتْعَةً» و زن بگوید «بلی» پس همسروی می‌شود. احتمال دارد منظور روایت آن است که زن و مرد، مقدمه نکاح را با این الفاظ فراهم کرده باشند و زن به مرد اجازه دهد که او را به عقد خود درآورد سپس صراحتی ندارد که همین صیغه مضارع و قبول زن، ایجاب و قبول هستند. روایت ابان بن تغلب، روایتی ضعیف است زیرا سهل بن زیاد که راوی ضعیفی است در میان راویان آن وجود دارد مضافاً بر اینکه] این روایت، مخالف قواعد فقهی است [مثلاً مخالف اصل عدم صحت عقد نکاح با صیغه مضارع است زیرا هنگام تردید در صحت یا بطلان چنین عقدی باید اصل را بر عدم صحت آن قرار داد].

(وَلَا يُشْتَرَطُ تَقْدِيمُ الْإِيجَابِ عَلَى الْقَبُولِ، لِأَنَّ الْعَقْدَ هُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَالتَّرْتِيبُ كَيْفَ اتَّفَقَ غَيْرُ مُخِلٍّ بِالْمَقْصُودِ.

وَيَرِيدُ النِّكَاحَ عَلَى غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ، أَنَّ الْإِيجَابَ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَهِيَ تَسْتَحْيِي غَالِبًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ بِهِ فَاعْتَفَرَ هُنَا، وَإِنْ خُولِفَ فِي غَيْرِهِ، وَمِنْ تَمَّ ادَّعَى بَعْضُهُمُ الْإِجْمَاعَ عَلَى جَوَازِ

تَقْدِيمُ الْقَبُولِ هُنَا، مَعَ اِحْتِمَالِ عَدَمِ الصَّحَّةِ كَغَيْرِهِ، لِأَنَّ الْقَبُولَ إِنَّمَا يَكُونُ لِلْإِجَابِ، فَمَتَى
وُجِدَ قَبْلَهُ لَمْ يَكُنْ قَبُولًا.

وَ حَيْثُ يَتَقَدَّمُ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ بِغَيْرِ لَفْظِ قَبِلْتُ، كَتَرَوَجُّتْ وَ نَكَحْتُ وَ هُوَ حَيْثُ يَنْدِ فِي مَعْنَى
الْإِجَابِ.

مقدم شدن ايجاب بر قبول شرط [صحت عقد نکاح] نیست [يعنی شرط نیست که ابتدا زن، ايجاب را بگويد و سپس مرد، قبول را بگويد] زیرا عقد عبارت از ايجاب و قبول است [هر عقدی دو رکن دارد که یک رکن آن، ايجاب و رکن دیگر، قبول است] و ترتیب به هر شکلی که رخ دهد خللی در مقصود وارد نمی‌کند [يعنی ترتیب ايجاب و قبول به هر شکلی که باشد، عقد نکاح صحیح است] و مزیتی که عقد نکاح نسبت به سایر عقود دارد آن است که ايجاب از سوی زن گفته می‌شود و زن غالباً خجالت می‌کشد که عقد نکاح را شروع کند [و در انعقاد نکاح، پیشقدم شود] بنابراین در عقد نکاح، چشم‌پوشی می‌شود هر چند در غیر عقد نکاح [مقدم شدن قبول بر ايجاب] مخالفانی داشته باشد [يعنی به فرض آنکه در سایر عقود گفته شود که حتماً ايجاب باید مقدم بر قبول باشد، در عقد نکاح چنین شرطی وجود ندارد چون ايجاب را زن می‌گويد و اگر زن، شروع کند حرف مفت زن‌ها، حرف مفت می‌زنند و مثلاً می‌گویند که عروس خانم دلش برای شوهر لک زده است؛] و به همین دلیل [که عقد نکاح مزیتی بر سایر عقود دارد] برخی از فقها ادعای اجماع کرده‌اند که می‌توان قبول را در عقد نکاح، مقدم بر ايجاب نمود با اینکه احتمال عدم صحت نیز مانند سایر عقود وجود دارد [يعنی این احتمال نیز می‌رود که در عقد نکاح نیز مانند سایر عقود چنانچه ايجاب بر قبول، مقدم شود عقد صحیح نباشد] زیرا قبول به ايجاب تعلق می‌گیرد پس اگر قبول قبل از ايجاب باشد قبول نخواهد بود [يعنی قبول به معنای پذیرفتن چیزی است که قبلاً بیان شده است پس اگر ايجاب، قبلاً بیان نشده باشد چیزی وجود نخواهد داشت که قبول شود و چنین قبولی اساساً قبول نامیده نمی‌شود. اما براساس نظریه‌ای که مقدم شدن قبول بر ايجاب را جایز می‌داند] چنانچه قبول مقدم شود لازم است که بالفظ «قبول کردم» بیان نشود [بلکه بالفظ دیگری باشد] مانند «ازدواج کردم» و «نکاح کردم» و قبول در این صورت در معنای ايجاب است [اگر قبول که قبل از ايجاب بیان می‌شود با

عبارت «قبول کردم» باشد سخن بیهوده و بی معنایی خواهد بود زیرا چیزی قبل از آن وجود ندارد تا مورد قبول قرار گیرد اما اگر با الفاظی همچون «ازدواج کردم» باشد اشکالی ندارد زیرا معنای ایجاب را می دهد.

(وَ كَذَا (لَا) يُشْتَرَطُ (الْقَبُولُ بِلَفْظِهِ) أَيُّ: بِلَفْظِ الْإِجَابِ، بَأَن يَقُولَ: زَوَّجْتُكَ فَيَقُولَ: قَبِلْتُ التَّزْوِيجَ، أَوْ أَتَكَحْتُكَ: فَيَقُولَ: قَبِلْتُ النِّكَاحَ (فَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ فَقَالَ: قَبِلْتُ النِّكَاحَ صَحَّ)، لِصَرَاخَةِ اللَّفْظِ، وَاشْتِرَاكِ الْجَمِيعِ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الْمَعْنَى.

و نیز شرط نیست که قبول به لفظ ایجاب باشد یعنی زن بگوید: «با تو ازدواج کردم» و مرد بگوید: «ازدواج را قبول کردم» یا [زن بگوید]: «با تو نکاح کردم» و مرد بگوید: «نکاح را قبول کردم» [یعنی لازم نیست که مرد همان لفظی را بیان کند که زن بیان کرده است.] پس اگر زن بگوید: «با تو ازدواج کردم.» و مرد بگوید: «نکاح را قبول کردم» صحیح است زیرا لفظ، صراحت [در معنا] دارد و همه این الفاظ در دلالت کردن بر معنا، یکسان هستند. [آنچه که در الفاظ معاملات لازم می باشد آن است که لفظ صراحتاً بر معنایی دلالت کند که مورد نظر گوینده است هر چند عین عبارتها یکسان نباشد]

(وَ لَا يَجُوزُ) الْعَقْدُ إِجْبَاباً وَ قَبُولاً (بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ مَعَ الْقُدْرَةِ) عَلَيْهَا، لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَعْهُودُ مِنْ صَاحِبِ الشَّرْعِ كَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ، بَلْ أَوْلَى. وَ قِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ مُسْتَحَبٌّ لَا وَاجِبٌ، لِأَنَّ غَيْرَ الْعَرَبِيَّةِ مِنَ اللَّغَاتِ مِنْ قَبِيلِ الْمُتَرَادِفِ، يَصِحُّ أَنْ يُتَوَمَّ مَقَامَهُ، وَ لِأَنَّ الْغَرَضَ إِضْطَالُ الْمَعَانِي الْمَقْصُودَةِ إِلَى فَهْمِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَيَتَأَدَّى بِأَيِّ لَفْظٍ اتَّفَقَ، وَ هُمَا مَمْنُوعَانِ. وَ اعْتَبِرْ ثَالِثُ كَوْنُهُ بِالْعَرَبِيَّةِ الصَّحِيحَةِ فَلَا يَنْعَقِدُ بِالْمَلْحُونِ وَ الْمُحَرَّفِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، نَظراً إِلَى الْوَاقِعِ مِنْ صَاحِبِ الشَّرْعِ، وَ لَا رَيْبَ أَنَّهُ أَوْلَى، وَ يَسْقُطُ مَعَ الْعَجْزِ عَنْهُ. وَ الْمُرَادُ بِهِ مَا يَشْمَلُ الْمَشَقَّةَ الْكَثِيرَةَ فِي التَّعَلُّمِ، أَوْ فَوَاتِ بَعْضِ الْأَغْرَاضِ الْمَقْصُودَةِ، وَ لَوْ عَجَزَ أَحَدُهُمَا اخْتِصَّ بِالرُّخْصَةِ، وَ نَطَقَ الْفَادِرُ بِالْعَرَبِيَّةِ بِشَرْطِ أَنْ يَفْهَمَ كُلُّ مَنِهَا كَلَامَ الْآخَرِ وَ لَوْ بَمُتَرَجِمَيْنِ عَدْلَيْنِ. وَ فِي الْإِكْتِفَاءِ بِالْوَاحِدِ وَجْهٌ، وَ لَا يَجِبُ عَلَى الْعَاجِزِ التَّوَكُّلُ وَإِنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ، لِلْأَضَلِّ.

(وَ الْآخَرُ) يَعْقُدُ إِجْبَاباً وَ قَبُولاً (بِالْإِشَارَةِ) الْمَفْهُمَةِ لِلْمُرَادِ.

جایز نیست که ایجاب و قبول عقد نکاح به غیر عربی [بیان شود] در حالیکه توان انعقاد آن به عربی وجود دارد زیرا عربی بودن رسمی است که از جانب صاحب دین

می‌باشد و مانند سایر عقود لازم است بلکه اولویت دارد [یعنی زبان عربی، زبان پیامبر(ص) است و عقد نکاح نیز مانند بقیه عقود لازم باید مورد اهتمام قرار گیرد و با صیغه عربی بیان شود و حتی مهم‌تر از بقیه عقود است زیرا مربوط به انسان و آبرو و شرف مردم است برخلاف سایر عقود که معمولاً در مورد اموال می‌باشد] و یک دیدگاه آن است که انعقاد عقد نکاح به زبان عربی، مستحب است و واجب نمی‌باشد زیرا [اولاً] زبان‌های غیرعربی که مترادف عربی هستند را می‌توان بجای عربی بکاربرد و [ثانیاً] هدف [از انشای قراردادها، آن است که] طرفین قرارداد، معانی مورد نظر را بفهمند و این هدف با هر لفظی که واقع شود، تحقق می‌یابد. [شهیدثانی این دو دلیل را رد می‌کند و می‌گوید:] این دو استدلال، ممنوع است [زیرا عقود قراردادهای شرعی جنبه تعبدی و توقیفی دارند که باید به تأیید شارع برسند بنابراین با الفاظی منعقد می‌شوند که شارع بیان کرده است. همچنین قصد فهماندن معنای قراردادها برای انعقاد آنها به تنهایی کفایت نمی‌کند] و دیدگاه سومی بر آن است که عقد نکاح باید با عربی صحیح منعقد گردد و با عربی غیرصحیح و تحریف شده منعقد نمی‌گردد در صورتی که توان بیان عربی صحیح وجود داشته باشد [منظور از عربی ملحون، تلفظ با اعراب غلط است و منظور از عربی محرف، تلفظ با مخرج‌های غلط است. علت لزوم بیان عربی صحیح] بخاطر آن است که عقود بیان شده از سوی شارع [به صورت عربی] واقع شده‌اند و شکی نیست که انعقاد عقد نکاح با عربی صحیح، بهتر است و اگر [شخصی که عقد نکاح را منعقد می‌کند] عاجز از بیان صحیح باشد [و جوب آن] ساقط می‌گردد و منظور از عاجز بودن، سختی زیاد برای یاد گرفتن یا از دست رفتن برخی هدف‌های موردنظر است [یعنی اگر وقت خود را صرف آموختن عربی کند، منافع زندگی را از دست خواهد داد] و اگر یکی از طرفین قرارداد، ناتوان باشد فقط او، اجازه دارد [که صیغه مربوط به خود را به غیرعربی بیان کند] و طرفی که توان بیان عربی را دارد باید آن را به زبان عربی بیان کند مشروط بر اینکه هر یک از طرفین، سخن دیگری را بفهمد هر چند با استفاده از دو مترجم عادل باشد و در مورد کافی بودن یک مترجم، توجیهی وجود دارد. و طرفی که [از بیان صیغه نکاح به زبان عربی] ناتوان است، لازم نیست که وکیل بگیرد هر چند قدرت وکیل گرفتن داشته باشد چون اصل [بر عدم

و جوب اخذ وکیل است] و شخص لال، ایجاب و قبول را با اشاره‌ای منعقد می‌کند که معنا را بفهماند.

(وَيُعْتَبَرُ فِي الْعَاقِدِ الْكَمَالُ، فَالسَّكَرَانُ بَاطِلُ عَقْدِهِ وَلَوْ أَجَازَ بَعْدَهُ، وَ اخْتَصَّهُ بِالذِّكْرِ تَنْبِيْهَا عَلَى رَدِّ مَا رُوِيَ مِنْ «أَنَّ السَّكَرَى لَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ أَفَاقَتْ فَرَضِيَّتْ، أَوْ دَخَلَ بِهَا فَأَفَاقَتْ وَ أَقَرَّتْهُ كَانَ مَاضِيًّا» وَالرَّوَايَةُ صَحِيحَةٌ، إِلَّا أَنَّهَا مُخَالِفَةٌ لِلْأَصُولِ الشَّرْعِيَّةِ فَأَطْرَحَهَا الْأَصْحَابُ، إِلَّا الشَّيْخُ فِي النَّهَائَةِ.

عاقِد [یعنی شخصی که عقد نکاح را منعقد می‌کند] باید کامل باشد [یعنی بالغ، عاقل، رشید و مختار باشد] بنابراین عقد شخص مست، باطل است هر چند بعداً آن را اجازه بدهد. [سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که معامله اشخاص دیگری مانند صغیر و مجنون نیز باطل است پس چرا شهید اول خط بطلان عقد شخص مست را به صورت خاص بیان کرد؟ شهید ثانی، علت این امر را چنین بیان می‌کند:] و مصتَف، معامله شخص مست را فقط بیان کرد تا به صورت ضمنی، روایتی را رد کند که می‌گوید: «چنانچه زن مست، خودش را به ازدواج کسی درآورد و بعداً هوشیار شود و رضایت بدهد یا مورد نزدیکی قرار گرفته و سپس هوشیار شود و آن را اجازه بدهد، عقد نافذ است.» این روایت، صحیح است اما با اصول شرعی مغایرت دارد [زیرا اصل و قاعده بر آن است که هرکس بدون قصد و اراده، عقدی را منعقد کند عقدش باطل باشد] بنابراین فقها به آن عمل نکرده‌اند بجز شیخ طوسی در کتاب نه‌ایه [که به این روایت عمل کرده است. پس علت ذکر عقد شخص مست بخاطر آن است که در بطلان عقد مجنون و صغیر، اختلاف نظر وجود ندارد اما در مورد شخص مست، اختلاف نظر وجود دارد سپس شهید اول صراحتاً بطلان آن را بیان کرد تا اشاره‌ای به مردود بودن نظریه مخالف، داشته باشد.]

(وَيَجُوزُ تَوَلَّى الْمَرْأَةِ الْعَقْدَ عَنْهَا، وَ عَنْ غَيْرِهَا إِجْبَاباً وَقَبُولاً) بِغَيْرِ خِلَافٍ عِنْدُنَا، وَإِنَّمَا نَبَّهَ عَلَى خِلَافِ بَعْضِ الْعَامَّةِ الْمَنَاعِ مِنْهُ.

و جایز است که زن، عهده‌دار اجرای عقد نکاح از سوی خود و دیگری شده و ایجاب و قبول آن را انجام دهد و اختلاف نظری میان فقهای شیعه وجود ندارد و فقط اشاره به نظریه مخالفی کرده است که برخی از فقهای عامه بیان کرده و این امر را جایز

نمی‌دانند. [یعنی انجام عقد از سوی زن - اعم از اینکه برای خود یا دیگری باشد - جزء مسائل یقینی و غیراختلافی است زیرا عقد نکاح جزء اموری نیست که شخص نتواند خودش آن را انجام دهد و جزء اموری هم نیست که قائم به شخص باشد بنابراین زن می‌تواند، عقد نکاح را خودش انجام دهد یا به دیگری وکالت دهد یا وکالت دیگری را قبول کند پس اگر زنی، ایجاب را برای خودش اجرا کند و وکیل مرد برای اجرای قبول شود، اشکالی نخواهد داشت زیرا گرچه یک نفر، ایجاب و قبول را اجرا می‌کند اما از یک طرف، اصیل و از طرف دیگر، وکیل است. سپس علت اینکه مرحوم مصنف چنین مسأله‌ای را که جزء قواعد عمومی است به صورت خاص بیان کرد آن است که اشاره‌ای به نظریه مخالف برخی از فقهای اهل سنت کرده باشد.]

(وَلَا يَشْتَرُ الشَّاهِدَانِ فِي النِّكَاحِ الدَّائِمِ مُطْلَقًا) وَلَا الْوَلِيُّ فِي نِكَاحِ الرَّشِيدَةِ وَ إِنْ كَانَ أَفْضَلَ عَلَى الْأَشْهَرِ، خِلَافًا لِابْنِ أَبِي عَقِيلٍ حَيْثُ اشْتَرَطَهُمَا فِيهِ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةِ ضَعِيفَةٍ، تَصْلُحُ سَدًّا لِلِاسْتِحْبَابِ لَا لِلشَّرْطِيَّةِ.

شرط نیست که نکاح دائم با حضور دو شاهد منعقد گردد اعم از اینکه زن، رشید باشد یا غیر رشید باشد [یعنی عقد نکاح جزء عقود تشریفاتی نیست که حضور شاهد در هنگام انعقاد عقد، شرط صحت آن باشد. همچنین شرط نیست که [ولی در نکاح دختر رشید، حضور داشته باشد هر چند حضور وی بنابر نظریه مشهورتر، بهتر است برخلاف نظر ابن ابی عقیل که حضور دو شاهد هنگام عقد نکاح و حضور ولی هنگام نکاح دختر رشید را لازم می‌داند و به یک روایت ضعیف استناد کرده است که می‌توان آن را دلیل استحباب [حضور دو شاهد و حضور ولی] داشت نه اینکه شرط عقد نکاح باشد [بگونه‌ای که اگر دو شاهد هنگام عقد نکاح حضور نداشتند یا ولی هنگام عقد دختر رشید، حضور نداشت عقد نکاح در این دو مورد بکلی باطل باشد و حضور ایشان شرط صحت عقد نکاح باشد.]

(وَيَشْتَرُ تَعْيِينَ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجِ) بِالْإِشَارَةِ، أَوْ بِالِاسْمِ أَوْ الْوَصْفِ الرَّافِعِينَ لِلِاسْتِزَاكِ (فَلَوْ كَانَ لَهُ بَنَاتٌ وَ زَوْجُهُ وَاحِدَةً وَلَمْ يُسَمَّهَا فَإِنَّ أَبَهُمْ وَلَمْ يُعَيِّنْ شَيْئًا فِي نَفْسِهِ بَطَلَ) الْعَقْدُ، لَا مُتَنَاعَ اسْتِخْفَاقِ الْإِسْتِمْتَاعِ بِغَيْرِ مُعَيِّنٍ (وَ إِنْ عَيَّنَ) فِي نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُسَمِّيَهَا لَفْظًا (فَاخْتَلَفَا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا، حَلَفَ الْأَبُ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ رَأَهُنَّ، وَ إِلَّا

بَطَلَ الْعَقْدُ) وَ مُسْتَنَدُ الْحُكْمِ رَوَايَةُ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَ فِيهَا عَلَى تَقْدِيرِ قَبُولِ قَوْلِ الْأَبِّ أَنَّ «عَلَيْهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الزَّوْجِ الْجَارِيَةَ الَّتِي نَوَى أَنْ يُزَوِّجَهَا إِلَيْهِ عِنْدَ عُقْدَةِ النِّكَاحِ».

وَ يُشْكِلُ بَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْمَعْ لِلزَّوْجِ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ، سَوَاءٌ رَأَاهُنَّ أَمْ لَا، لِمَا تَقَدَّمَ، وَ أَنَّ رُؤْيَا الزَّوْجَةِ غَيْرُ شَرْطٍ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، فَلَا مَدْخَلَ لَهَا فِي الصَّحَّةِ وَ الْبُطْلَانِ. وَ نَزَّاهَا الْفَاضِلَانِ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ قَدْ رَأَاهُنَّ، فَقَدْ رَضِيَ بِمَا يَعْقِدُ عَلَيْهِ الْأَبُّ مِنْهُنَّ، وَ وَكَّلَ الْأَمْرَ إِلَيْهِ، فَكَانَ كَوَكِيلِهِ، وَ قَدْ نَوَى الْأَبُّ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً فَصَرَفَ الْعَقْدَ إِلَيْهَا، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ رَأَاهُنَّ بَطَلَ، لِعَدَمِ رِضَا الزَّوْجِ بِمَا يُسَمِّيهِ الْأَبُّ.

وَ يُشْكِلُ بَأَنَّ رُؤْيَاهُنَّ لَهُنَّ أَعْمٌ مِنْ تَقْوِيضِ التَّعْيِينِ إِلَى الْأَبِّ، وَ عَدَمُهَا أَعْمٌ مِنْ عَدَمِهِ، وَ الرِّوَايَةُ مُطْلَقَةٌ، وَ الرُّؤْيَا غَيْرُ شَرْطٍ فِي الصَّحَّةِ فَتَخْصِيصُهَا بِمَا ذُكِرَ وَ الْحُكْمُ بِهِ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ، فَالْعَمَلُ بِإِطْلَاقِ الرِّوَايَةِ كَمَا صَنَعَ جَمَاعَةٌ، أَوْ رَدُّهَا مُطْلَقاً نَظراً إِلَى مُخَالَفَتِهَا لِأَصُولِ الْمَذْهَبِ كَمَا صَنَعَ ابْنُ إِدْرِيسَ وَ هُوَ الْأَوَّلَى، أَوَّلَى.

وَ لَوْ فُرِضَ تَقْوِيضُهُ إِلَيْهِ التَّعْيِينِ، يَنْبَغِي الْحُكْمُ بِالصَّحَّةِ وَ قَبُولِ قَوْلِ الْأَبِّ مُطْلَقاً، نَظراً إِلَى أَنَّ الْإِخْتِلَافَ فِي فِعْلِهِ، وَ أَنَّ نَظَرَ الزَّوْجَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، وَ إِنْ لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ التَّعْيِينِ بَطَلَ مُطْلَقاً.

و شرط است که زوجه و زوج از راه اشاره یا اسم یا وصف که اشتراک را برطرف می‌کند، تعیین شوند [یعنی اگر شخص، دو دختر دارد که شبیه هم هستند باید بگونه‌ای آنها را معین کند که وجه اشتراک آنها از بین برود و اشتباهی پیش نیاید مثلاً اگر نام هر دو فاطمه است، خصوصیات آنها را بگوید تا اشتراک اسمی آنها موجب اشتباه نشود]. سپس اگر شخصی چند دختر داشته و یکی از آنها را به عقد دیگری درآورد و نام وی را بیان نکند چنانچه عقد را به صورت مبهم، منعقد کرده و در باطن [و درون] خود، چیزی را مشخص نکرده باشد، عقد نکاح باطل است زیرا بهره‌گیری جنسی از شخص نامعین، امکان ندارد. [مثلاً اگر الف، دو دختر به نامهای «ب» و «ج» دارد و یکی از آن دو را به عقد «د» درمی‌آورد بدون اینکه در ظاهر و باطن، مشخص کند که «ب» یا «ج» را به عقد «د» درآورده است عقد نکاح باطل است زیرا برحسب قواعد عمومی قراردادها، موضوع هر عقد باید معین باشد در اینجا حتی در واقع نیز موضوع عقد، معین نیست.] و

اگر زوجه را در واقع تعیین کرد اما مشخصات وی را بر زبان نیاورد و بعداً نسبت به دختری که عقد بر او واقع شده است، اختلاف پیش آمد، چنانچه شوهر، دختران را دیده باشد پدر سوگند می خورد و گرنه عقد باطل است. [مثلاً «الف» دو دختر به نام های «ب» و «ج» دارد و «ب» را به عقد «د» درمی آورد بدون اینکه نام او را ذکر کند و سپس «الف» و «د» اختلاف نظر پیدا می کنند؛ «الف» می گوید «ب» را به عقد تو درآوردم اما «د» می گوید که «ج» را به عقد من درآوردم و این در حالی است که «د» قبلاً هر دو دختر را دیده است. در اینجا «الف» قسم می خورد و «ب» به زوجیت «د» درمی آید اما اگر «د» قبلاً دختران را ندیده باشد، عقد باطل است] و مبنای این حکم، روایت ابو عبیده حذاء از امام باقر (ع) است [که می فرماید شخصی، سه دختر داشت و یکی از آنها را بدون اینکه نام برد به عقد شخصی درآورد و سپس اختلاف پیش آمد بگونه ای که پدر می گفت، دختر بزرگتر را به عقد تو درآوردم اما زوج می گفت، دختر کوچکتر را به عقد من درآورده ای و ... این روایت برخلاف قواعد است اما گروهی از فقها همچون شیخ طوسی و علامه حلی به آن عمل کرده اند. مبنای حکم مسأله چنین است که اگر شوهر، دختران را دیده باشد سپس به پدر آنها وکالت داده است که دختر را تعیین کند و حرف پدر پذیرفته می شود اما اگر آنها را دزدیده باشد چنین وکالتی نداده است] و در این روایت آمده است که اگر سخن پدر پذیرفته شود باید بین و بین الله، دختری را تحویل زوج بدهد که هنگام عقد [و در واقع] قصد کرده بود که وی را به عقد زوج درآورد [یعنی ضمانت اجرای این تعهد، گناه کردن است و او نزد خدا متعهد است همان دختری را تحویل دامادش بدهد که قصد کرده است مثلاً اگر «ب» را قصد کرده بود، «ج» را تحویل وی ندهد] و [حکم به صحت عقد در صورتی که زوج، دختران را دیده باشد] مشکل است زیرا چنانچه پدر، یکی از دختران را برای زوج، نام نبرده [و تعیین نکرده باشد] پس عقد باطل است و تفاوتی ندارد که زوج، آنها را دیده باشد یا ندیده باشد به همان دلیلی که قبلاً گفته شد [زیرا موضوع عقد نکاح که زوجه است باید برای طرفین عقد، معلوم باشد و در اینجا برای زوج معلوم نیست هر چند برای پدر دختر، معلوم باشد و قبلاً گفته شد که استماع جنسی از زوجه نامعین امکان ندارد در حالی که هدف اساسی عقد نکاح، استمتاع جنسی است. دلیل دیگر برای بطلان عقد] آن است که دیدن

شوهر، شرط صحت نکاح نیست بنابراین دیدن [یا ندیدن شوهر] نقشی در صحت و بطلان عقد نکاح ندارد و مرحوم علام حلی و محقق حلی، این روایت را [که میان دیدن و ندیدن شوهر، تفاوت گذاشته است] حمل بر این معنا نموده‌اند که اگر شوهر، دختران را دیده باشد، سپس رضایت داده است که پدر، یکی از دختران خود را به عقد وی درآورد و او را وکیل در تعیین یکی از آنها نموده است بنابراین پدر به منزله وکیل شوهر است و پدر، یکی از دختران را در نظر گرفته و عقد نکاح، منصرف به همان دختر می‌شود اما اگر شوهر، دختران را ندیده باشد عقد نکاح باطل است زیرا شوهر، رضایت نداده است که پدر، یکی از دختران را تعیین نماید. [اما اینکه رؤیت دختران توسط شوهر، به منزله وکالت است و عدم رؤیت وی به منزله عدم رضایت به انتخاب یکی از دختران توسط پدر می‌باشد] مشکل است زیرا رؤیت دختران توسط زوج، اعم است از اینکه شوهر، تعیین یکی از دختران را به پدر آنها تفویض کند [یعنی وقتی زوج، دختران را می‌بیند به معنای آن نیست که تعیین یکی از آنها را به پدرشان، وکالت بدهد بلکه ممکن است وکالت بدهد و ممکن است که وکالت ندهد وکالت دادن نیاز به تصریح دارد سپس دیدن اعم از وکالت دادن است. از طرف دیگر] عدم دیدن، اعم از عدم وکالت است [یعنی ممکن است زوج، دختران را نبیند اما به پدر آنها وکالت بدهد و ممکن است وکالت ندهد سپس ندیدن هم اعم از وکالت دادن و وکالت ندادن است و نمی‌توان گفت چون زوج، دختران را ندیده است سپس به آنها وکالت نداده است. روایتی هم که از ابو عبیده حذاء بیان شد، دلالتی بر وکالت ندارد بلکه] روایتی مطلق است و رؤیت [دختران توسط زوج نیز] شرط صحت عقد نکاح نیست بنابراین تخصیص [و تقیید] صحت عقد نکاح به آنچه که گفته شد و حکم کردن به آن، دلیلی ندارد [یعنی دلیلی ندارد که گفته شود حکم به صحت عقد نکاح در صورتی است که زوج، دختران را دیده باشد] سپس عمل به اطلاق روایت همانگونه که گروهی از فقها، عمل کرده‌اند یا ردّ مطلق روایت [اعم از اینکه زوج، دختران را دیده باشد یا ندیده باشد] بخاطر مخالفت روایت با اصول مذهب شیعه، همانگونه که ابن ادریس عمل کرده است و نظریه بهتری می‌باشد، اولویت دارد. [یعنی باید نظریه علامه حلی و محقق حلی را که صحت عقد نکاح را مقید به رؤیت دختران کرده است ردّ کرد و یکی از این دو نظریه را

پذیرفت؛ یا روایت را به صورت مطلق پذیرفت همانگونه که گروهی از فقها به صورت مطلق پذیرفته‌اند و تفاوتی میان رؤیت و عدم رؤیت شوهر قائل نشده‌اند و یا باید مانند ابن ادریس، به صورت مطلق آن را رد کرد زیرا حکم به صحت چنین عقدی مخالف اصول و قواعد است چرا که اصول و قواعد می‌گوید که هرگاه موضوع عقد، معین نبود عقد باطل است. شهید ثانی می‌گوید که قبول مطلق یا ردّ مطلق روایت، بهتر از قبول مقید آن است و از میان دو نظریه قبول مطلق یا ردّ مطلق، نظریه ردّ مطلق که نظریه مرحوم ابن ادریس می‌باشد، بهتر است. [و اگر فرض شود که زوج، اختیار تعیین یکی از دختران را به پدرشان تفویض کرده است باید حکم به صحّت عقد نکاح و قبول مطلق سخن پدر نمود [اعم از اینکه زوج، دختران را دیده باشد یا ندیده باشد] زیرا اختلاف در فعل پدر است [پس اگر تفویض اختیار به پدر را بپذیریم، جایی برای اختلاف باقی نمی‌ماند زیرا اگر هم اختلافی باشد مربوط به عمل پدر است و فرض بر آن است که پدر، اختیار و وکالت داشته است که یکی از دختران را انتخاب کند و از طرف دیگر] دیدن زوجه، شرط صحت نکاح نیست. اما اگر اختیار تعیین زوجه به پدر، تفویض نشده باشد، عقد نکاح مطلقاً باطل است [اعم از اینکه زوج، دختران را دیده باشد یا ندیده باشد].

(وَلَا وَلَايَةَ فِي النِّكَاحِ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ لَهُ) وَإِنْ عَلَا، (وَالْمَوْلَى وَالْحَاكِمَ وَالْوَصِيَّ) لِأَحَدِ الْأَوَّلَيْنِ (فَوَلَايَةُ الْقَرَابَةِ) لِلْأَوَّلَيْنِ ثَابِتَةٌ (عَلَى الصَّغِيرَةِ أَوِ الْمَجْنُونَةِ، أَوِ الْبَالِغَةِ سَفِيهَةً، وَكَذَا الذَّكَرُ) الْمُتَّصِفُ بِأَحَدِ الْأَوْصَافِ الثَّلَاثَةِ (لَا عَلَى) الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ (الرَّشِيدَةِ فِي الْأَصَحِّ) لِلْأَيَّةِ وَالْأَخْبَارِ وَالْأَضْلِ.

وَمَا وَرَدَ مِنَ الْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى أَنَّهَا لَا تَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ مَحْمُولَةٌ عَلَى كَرَاهَةِ الْأَسْتِبْدَادِ جَمْعًا، إِذْ لَوْ عُمِلَ بِهَا لَزِمَ إِطْرَاحُ مَا دَلَّ عَلَى انْتِفَاءِ الْوَلَايَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِالتَّشْرِيكِ بَيْنَهُمَا فِي الْوَلَايَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَمَعَ بِحَمْلِ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْمُتَعَةِ وَالْأُخْرَى عَلَى الدَّوَامِ، وَهُوَ تَحَكُّمٌ.

برای نکاح جز پدر و جد پدری - هر چقدر که بالا رود و مولی و حاکم و وصی پدر یا جد پدری، شخص دیگری ولایت ندارد. [یعنی برادر، مادر، فرزند و سایر خویشاوندان هیچگونه ولایتی در امر ازدواج ندارند] بنابراین پدر و جد پدری دارای ولایت قرابت هستند که نسبت به دختر صغیر و مجنون و بالغ سفیه و نیز پسر صغیر و

مجنون و بالغ سفیه، اعمال می‌شود و بنا بر نظریه صحیح تر نسبت به دختر بالغ رشید، اعمال نمی‌شود. [دلیل اینکه پدر و جدپدری، ولایتی برای نکاح دختر بالغ رشید ندارند، سه چیز است؛ دلیل نخست] **بخاطر آیه** [۲۳۲ بقره است که می‌فرماید: «آنان را نهی نکنید که با شوهران خود ازدواج کنند هنگامی که به صورت متعارف با یکدیگر تراضی نمودند.» در این آیه، امر ازدواج به دست خود دختران سپرده شده است و اطلاق آیه شامل دختر باکره و غیرباکره می‌شود. دلیل دوم] **بخاطر روایات** [است که چنین ولایتی را نفی کرده‌اند و اذن ولی را برای صحت نکاح لازم نمی‌دانند و دلیل سوم] **بخاطر اصل** [است یعنی اصل عدم ثبوت ولایت بر دختر بالغ رشید باکره؛ زیرا اصل بر عدم ولایت کسی بر دیگری است و هرگونه ولایتی نیاز به دلیل خاص دارد.] و **روایاتی که دلالت می‌کنند بر اینکه دختر بالغ رشید باکره نباید بدون اجازه ولی، ازدواج کند حمل بر کراهت استقلال در ازدواج می‌شوند تا میان این روایات جمع شود.** [یعنی در اینجا دو دسته روایت وجود دارد؛ یک دسته روایاتی که اذن ولی را برای نکاح دختر رشید بالغ باکره، لازم نمی‌دانند و یک دسته روایاتی که آن را لازم می‌دانند. برای جمع میان این روایات می‌گوئیم که استقلال دختر در ازدواج و اجازه نگرفتن از ولی، مکروه است و بدین وسیله به هر دو دسته روایات عمل کرده‌ایم زیرا جواز و نهی را جواز و نهی کراهتی می‌دانیم. دلیل چنین عملی که میان روایات جمع می‌کنیم آن است که] **اگر به این روایات** [که اذن ولی را برای صحت عقد لازم می‌دانند] **عمل شود لازم می‌آید که روایات دیگر که چنین روایتی را منتفی می‌دانند کنار گذاشته شوند** [در حالیکه قاعده جمع می‌گوید هرگاه جمع میان روایات امکان داشته باشد بهتر از آن است که تعدادی از آنها کنار گذاشته شود. گروه دیگری از فقها به شکل دیگری میان روایات جمع نموده‌اند] و **برخی از فقها از راه مشارکت میان ولی و دختر، میان روایات جمع نموده‌اند** [یعنی می‌گویند اذن ولی و دختر برای ازدواج لازم است بگونه‌ای که دختر به تنهایی نمی‌تواند خود را به عقد دیگری درآورد و ولی هم به تنهایی حق ندارد دختر را به عقد دیگری درآورد. گروه دیگری از فقها به شکل دیگری میان روایات جمع کرده‌اند] و **برخی از فقها چنین چنین جمع کرده‌اند که یک دسته از روایات** [که ولایت پدر و جدپدری را منتفی می‌دانند] **حمل بر نکاح موقت می‌شوند و دسته دیگر روایات** [که

اجازه پدر و جدپدری را لازم می‌دانند] حمل بر نکاح دائم می‌شوند اما این جمع کردن، محکم [و ظلم و بدون دلیل، سخن گفتن است یعنی هیچ دلیلی وجود ندارد که گفته شود اجازه پدر و جدپدری برای عقد دائم، لازم است اما برای عقد موقت، لازم نیست].

(وَلَوْ عَضَلَهَا) الْوَلِيُّ، وَهُوَ أَنْ لَا يُزَوِّجَهَا بِالْكَفْوِ مَعَ وُجُودِهِ وَرَغْبَتِهَا (فَلَا بَحْثَ فِي سُقُوطِ وَلَايَتِهِ)، وَجَوَازِ اسْتِقْلَالِهَا بِهِ، وَلَا فَرْقَ جَيْنِذٍ بَيْنَ كَوْنِ النِّكَاحِ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَغَيْرِهِ، وَلَوْ مَنَعَ مِنْ غَيْرِ الْكَفْوِ لَمْ يَكُنْ عَضَلًا. (وَلِلْمَوْلَى تَزْوِيجُ رَقِيقَتِهِ ذَكَرًا) كَانَ أَمْ (أُنْثَى) رَشِيدًا كَانَ أَمْ غَيْرِ رَشِيدٍ وَلَا خِيَارَ لَهُ مَعَهُ، وَلَهُ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا، وَلَوْ تَحَرَّرَ بَعْضُهُ لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَهُ جَيْنِذٍ، كَمَا لَا يَصِحُّ نِكَاحُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ.

و اگر ولی، دختر را منع نماید [عضل به معنای منع کردن است] یعنی او را به ازدواج همسر شایسته درنیاورد [منظور از کفو، همسر باایمانی است که توان اداره زندگی را داشته باشد] در حالیکه چنین همسری وجود داشته و دختر هم تمایل داشته باشد با وی ازدواج کند، بحثی نیست که ولایت ولی ساقط می‌شود و جایز است که مستقلاً ازدواج نماید و در این صورت، تفاوتی ندارد که نکاح در مقابل مهرالمثل صورت گیرد یا با غیر مهرالمثل باشد اما اگر ولی، دختر را ازدواج با مرد غیر شایسته، منع کند عضل [وضع] به حساب نمی‌آید [یعنی چنین منع کردنی سبب سقوط ولایت او نخواهد بود].

(وَالْحَاكِمُ وَالْوَصِيُّ يُزَوِّجَانِ مَنْ بَلَغَ فَاسِدَ الْعَقْلِ)، أَوْ سَفِيهَاً (مَعَ كَوْنِ النِّكَاحِ صَاحِلًا لَهُ وَخُلُوهُ مِنَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ لَهُ)، وَلَا وَلَايَةَ لَهُمَا عَلَى الصَّغِيرِ مُطْلَقًا فِي الْمَشْهُورِ، وَلَا عَلَى مَنْ بَلَغَ رَشِيدًا، وَ يَزِيدُ الْحَاكِمُ الْوَلَايَةَ عَلَى مَنْ بَلَغَ وَ رَشَدَ ثُمَّ تَجَدَّدَ لَهُ الْجُنُونُ. وَ فِي ثُبُوتِ وَلَايَةِ الْوَصِيِّ عَلَى الصَّغِيرَيْنِ مَعَ الْمَضْلَحَةِ مُطْلَقًا، أَوْ مَعَ تَضَرُّعِهِ لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالنِّكَاحِ أَقْوَالٌ، اخْتَارَ الْمُصَنِّفُ هُنَا انْتِفَاءَهَا مُطْلَقًا، وَ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ اخْتَارَ الْجَوَازَ مَعَ التَّنْصِيسِ أَوْ مُطْلَقًا، وَ قَبْلَهُ الْعَلَامَةُ فِي الْمُخْتَلَفِ وَ هُوَ حَسَنٌ، لِأَنَّ تَضَرُّعَاتِ الْوَصِيِّ مَبْنِيَّةٌ بِالْعَبْطَةِ، وَ قَدْ تَتَحَقَّقُ فِي نِكَاحِ الصَّغِيرِ، وَ لِعُمُومِ «فَمَنْ بَدَّلَهُ» وَ لِرَوَايَةِ أَبِي بَصِيرٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «الَّذِي يَبْدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ الْأَبُّ، وَالْأَخُّ، وَ الرَّجُلُ يُوصَى إِلَيْهِ» وَ ذَكَرَ الْأَخَّ غَيْرَ مُنَافٍ، لِإِمْكَانِ حَمْلِهِ عَلَى كَوْنِهِ وَصِيًّا أَيْضًا، وَ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ، لِتَعَدُّرِ تَحْصِيلِ الْكَفْوِ حَيْثُ يُرَادُ، خُصُوصًا مَعَ التَّضَرُّعِ بِالْوَلَايَةِ فِيهِ.

حاکم و وصی [پدر و جدپدری]، شخصی را که در حالت فساد عقل یا سفاهت بالغ

می شود به ازدواج [دیگری] درمی آورند در صورتی که ازدواج به مصلحت وی باشد و پدر و جد پدری نداشته باشد. و حاکم و وصی براساس نظر مشهود، مطلقاً ولایتی بر صغیر ندارند [اعم از اینکه مذکر یا مؤنث باشد، ازدواج به مصلحت او باشد یا به مصلحت او نباشد] و نیز ولایت بر شخصی ندارند که در حالت رشید بودن، بالغ شود [زیرا شخص رشید و بالغ از تحت ولایت خارج می شود] و حاکم [نسبت به وصی] ولایت اضافه ای دارد بر شخصی که بالغ و رشید می شود سپس دوباره مجنون می شود [یعنی حاکم، ولایت بر چنین شخصی دارد اما وصی فاقد این ولایت است زیرا وقتی شخص از ولایت وصی خارج شد، بازگشت ولایت وی نیاز به دلیل دارد حال آنکه چنین دلیلی وجود ندارد اما حاکم، دارای ولایت عام است یعنی ولی هرکسی است که ولی نداشته باشد.] و در مورد اینکه وصی نسبت به دختر و پسر صغیر، در صورتی که مصلحت وجود داشته باشد، مطلقاً ولایت دارد [یعنی اعم از اینکه به ولایت او تصریح شده باشد یا تصریح نشده باشد] یا [در صورتی ولایت دارد] که موصی در وصیت خود، ولایت وصی را به صراحت بیان کرده باشد، چند نظریه وجود دارد. مرحوم مصنف در اینجا این دیدگاه را پذیرفته است که وصی، مطلقاً ولایت ندارد [اعم از اینکه ازدواج به مصلحت صغیر باشد یا به مصلحت او نباشد] و مؤلف کتاب شرح الارشاد، نظریه ثبوت ولایت در صورت تصریح در وصیت یا ولایت مطلق را [اعم از اینکه مورد تصریح قرار گرفته باشد یا خیر،] پذیرفته است و مرحوم علامه قبل از شهید اول در کتاب مختلف [نظریه ولایت مطلق را پذیرفته است] و این نظریه، نیکوست زیرا تصرفات وصی، منوط به مصلحت است و این مصلحت گاهی در ازدواج صغیر بروز پیدا می کند [یعنی شخصی که بعنوان وصی تعیین می شود باید هر کاری را که به مصلحت شخص موضوع وصیت است انجام دهد و بنابراین اگر ازدواج صغیر به مصلحت اوست باید آن را انجام دهد حتی اگر در وصیت به آن تصریح نشده باشد مثلاً ممکن است همسر مناسبی برای صغیر یافت شود که اگر وصی، او را به ازدواج صغیر درنیآورد در آینده چنین فرصتی به دست نخواهد آمد. دلیل دیگر برای مطلق وصی، آیه ۱۸۱ سوره بقره است] بخاطر عموم عبارت «هرکس، آن را تبدیل کند [یعنی آیه قرآن می فرماید: «هرکس وصیت را بعد از آنکه شنید، تغییر دهد گناه آن بر گردن شخصی

است که آن را تغییر داده است» پس وصیت به نکاح نیز جزء وصیت‌هایی است که نباید تغییر داده شود. دلیل سوم برای ولایت مطلق وصی] روایت ابوبصیر از امام صادق (ع) است که فرمود: «کسی که پیوند نکاح به دست اوست، پدر و برادر و شخصی است که به او وصیت شده است» [زیرا در این روایت نیز انجام عقد نکاح مطلقاً به وصی محول شده است. البته ممکن است نسبت به این روایت ایراد شود که چگونه برادر هم بعنوان ولی بیان شده است حال آنکه برادر، ولایتی در نکاح ندارد. شهیدثانی به این ایراد چنین پاسخ می‌دهد که] ذکر برادر، منافاتی ندارد زیرا می‌توان آن را حمل بر برادری نمود که وصی نیز هست [یعنی برادر در صورتی ولایت در نکاح دارد که به او وصیت شده باشد. دلیل چهارم برای ولایت مطلق وصی] بخاطر آن است که گاهی ضرورت اقتضا می‌کند که وصی، نکاح را انجام دهد [یعنی صغیر را به ازدواج دیگری درآورد] زیرا پیدا کردن شخص مناسب در زمانی که قصد ازدواج باشد، متعذر راست [یعنی ممکن است وقتی، شخص صغیر بالغ و رشید شد چنین همسری که اکنون وجود دارد، برای او پیدا نشود] بخصوص زمانی که تصریح به ولایت برای وصی شده باشد [یعنی اگر تصریح شده باشد به طریق اولی وصی می‌تواند صغیر را به ازدواج دیگری درآورد اما اگر تصریح هم نشده باشد چنین اختیاری برای وصی وجود دارد به همان دلیلی که گفته شد. البته همانگونه که دیدیم سه دیدگاه در اینجا وجود دارد؛ عده‌ای ولایت وصی را مطلقاً قبول دارند، عده‌ای در صورت تصریح موصی، آن را قبول دارند و عده‌ای مطلقاً آن را قبول ندارند. دلیل گروه سوم آن است که اصل در ولایت در نکاح آن است که برای خویشاوندان برقرار باشد و چنین ولایتی قابل انتقال به دیگران نیست.]

(و هُنَا مَسَائِلُ)

الأولی: (يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِي الصَّدَاقِ)، لِأَنَّ ذِكْرَهُ فِي الْعَقْدِ غَيْرُ شَرْطٍ فِي صِحَّتِهِ، فَيَجُوزُ إِخْلَاؤُهُ عَنْهُ وَ اشْتِرَاؤُ عَدَمِهِ، فَاشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ غَيْرُ مُنَافٍ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ، فَيَنْدَرِجُ فِي عُمُومِ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، فَإِنْ فَسَخَهُ ذُو الْخِيَارِ ثَبَتَ مَهْرُ الْمَثَلِ مَعَ الدُّخُولِ، وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى غَيْرِهِ قَبْلَهُ صَحَّ.
(و لَا يَجُوزُ) اشْتِرَاؤُهُ (فِي الْعَقْدِ)، لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِضُرُوبِ الْعِبَادَاتِ، لَا الْمُعَاوَضَاتِ

(فَيَبْطُلُ) الْعَقْدُ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ فِيهِ، لِأَنَّ التَّرَاضِيَ إِنَّمَا وَقَعَ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَلَمْ يَحْصُلْ وَ قِيلَ: يَبْطُلُ الشَّرْطُ خَاصَّةً، لِأَنَّ الْوَاقِعَ شَيْئَانِ فَإِذَا بَطَلَ أَحَدُهُمَا بَقِيَ الْآخَرُ. وَيُضَعَّفُ بَأَنَّ الْوَاقِعَ شَيْءٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْعَقْدُ عَلَى وَجْهِ الْأَشْتِرَاطِ، فَلَا يَتَّبَعُضُ. وَ يُمَكِّنُ إِزَادَةُ الْقَوْلِ الثَّانِي مِنَ الْعِبَارَةِ.

و در اینجا چند مسأله وجود دارد:

مسأله اول - شرط خیار در عقد مهریه، صحیح است زیرا ذکر مهریه در ضمن عقد نکاح شرط صحّت عقد نکاح نیست بنابراین جایز است که عقد نکاح بدون مهریه، منعقد گردد و شرط مهریه شود بنابراین شرط خیار در مهریه، منافاتی با مقتضای عقد نکاح ندارد و تحت عموم [روایتی قرار می‌گیرد که می‌فرماید:] «اشخاص مؤمن پای‌بند شرطهای خود هستند» پس اگر صاحب خیار، عقد مهریه را فسخ کند چنانچه دخول صورت گرفته باشد، مهرالمثل به زوجه تعلق می‌گیرد و اگر زن و شوهر قبل از دخول با یکدیگر توافق کنند که مهریه‌ای غیر از مهرالمثل پرداخت شود، صحیح است. [عقد مهریه گرچه یک عقد تبعی است و به تبع عقد نکاح منعقد می‌شود اما انعقاد آن به صورت مستقل می‌باشد و همچون سایر عقود معوض، می‌توان خیار فسخ در آن قرارداد و اگر عقد مهر، فسخ شود عقد نکاح بدون مهریه می‌شود و مانند آن است که اساساً مهریه‌ای در عقد نکاح تعیین نشده باشد و حتی می‌توان عقد نکاح را بدون مهریه، منعقد کرد زیرا مهریه، رکن عقد نکاح نیست تا بعنوان عوض در عقد نکاح باشد.] اما شرط خیار ضمن عقد نکاح، جایز نیست زیرا عقد نکاح نوعی عبادت به حساب می‌آید و عقد معاوضی نیست بنابراین شرط خیار در عقد نکاح، موجب بطلان عقد می‌شود زیرا تراضی بر شرط فاسد صورت گرفته و چنین عقدی باطل است. [عقد نکاح مانند عقد بیع و اجاره و سایر عقود معوض نیست که عوض و معوضی در آن وجود داشته باشد بلکه تابع احکام عبادات است و شرط خیار در عبادات جایز نیست و اگر مهریه نیز بعنوان عوض تلقی شود، فساد عوض، موجب فساد عقد نمی‌شود. اگر خیار فسخ ضمن عقد نکاح قرار داده شود پس عقد نکاح به تنهایی مورد توافق قرار نگرفته است بلکه همراه با شرط خیار، مورد توافق می‌گیرد و وقتی شرط باطل باشد و قابل تحصیل نباشد

یعنی جزئی از عقد که مورد توافق قرار گرفته است باطل می‌باشد و گویی تمامی عقد نکاح باطل است] و یک دیدگاه آن است [که عقد نکاح باطل نمی‌شود بلکه] فقط شرط خیار، باطل می‌شود زیرا آنچه که رخ داده است دو چیز می‌باشد [عقد + شرط خیار] پس وقتی یکی از آنها [یعنی شرط خیار] باطل شود، دیگری [یعنی عقد نکاح] باقی می‌ماند اما این نظریه، ضعیف است زیرا آنچه که رخ داده است، یک چیز بیشتر نیست و آن عقد همراه با شرط است که قابل تجزیه نمی‌باشد [یعنی قرار دادن شرط ضمن عقد سبب نمی‌شود که عقد شامل دو قسمت باشد بلکه شرط، وصفی برای عقد نکاح می‌باشد. شهید ثانی می‌فرماید احتمال دارد بتوان نظریه دوم را از سخنان شهید اول نیز برداشت کرد زیرا] ممکن است نظریه دوم از عبارت شهید اول، اراده شود. [علت این استنباط آن است که شهید اول، عبارت «فیبطل» را بکار برده است و معلوم نیست که ضمیر مندرج در این فعل به عقد نکاح برمی‌گردد یا به شرط خیار فسخ؛ و احتمال دارد که این ضمیر به شرط خیار برگردد که در این صورت، شهید اول هم نظریه بطلان شرط را پذیرفته است.]

(وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ كُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ)، لِأَنَّهُ مِمَّا يَقْبَلُ النِّبَاةَ وَلَا يَخْتَصُّ غَرَضُ الشَّارِعِ بِإِيقَاعِهِ مِنْ مُبَاشَرَةِ مُعَيَّنٍ (فَلْيُقْبَلِ الْوَلِيُّ) وَلِئَلَّا الْمَرْأَةُ لَوْ كَيْلَ الزَّوْجِ: (زَوَّجْتُ مِنْ مُوَكَّلِكَ فُلَانٍ، وَ لَا يَقُولُ: مِنْكَ) بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَ نَحْوِهِ مِنَ الْعُقُودِ. وَ الْفَرْقُ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ رُكْنَانِ بِمِثَابَةِ التَّمَنِّيِّ وَ الْمُتَمَنِّيِّ فِي الْبَيْعِ وَ لِأَبَدٍ مِنْ تَسْمِيَّتِهَا فِي الْبَيْعِ، فَكَذَا الزَّوْجَانِ فِي النِّكَاحِ، وَ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَرُدُّ عَلَى الْمَالِ وَ هُوَ يَقْبَلُ الثَّقَلَ مِنْ شَخْصٍ إِلَى آخَرَ، فَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُخَاطَبَ بِهِ الْوَكِيلُ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْمُوَكَّلُ، وَ النِّكَاحُ يَرُدُّ عَلَى الْبُضْعِ وَ هُوَ لَا يَقْبَلُ الثَّقَلَ أَصْلًا، فَلَا يُخَاطَبُ بِهِ الْوَكِيلُ، إِلَّا مَعَ ذِكْرِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ ابْتِدَاءً، وَ مِنْ ثَمَّ لَوْ قِيلَ النِّكَاحُ وَ كَالَهُ عَنْ غَيْرِهِ، فَانْكَرَ الْمُوَكَّلُ الْوَكَالَهَ بَطَلٌ وَ لَمْ يَقَعْ لِلْوَكِيلِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَقَعُ مَعَ الْإِنْكَارِ لِلْوَكِيلِ، وَ لِأَنَّ الْغَرَضَ فِي الْأَمْوَالِ مُتَعَلِّقٌ بِحُصُولِ الْأَعْوَاضِ الْمَالِيَّةِ، وَ لَا نَظَرَ غَالِبًا إِلَى خُصُوصِ الْأَشْخَاصِ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالْأَشْخَاصِ فَيُعْتَبَرُ التَّصْرِيحُ بِالزَّوْجِ، وَ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَتَعَلَّقُ بِالْمُخَاطَبِ دُونَ مَنْ لَهُ الْعَقْدُ، وَ النِّكَاحُ بِالْعَكْسِ، وَ مِنْ ثَمَّ لَوْ قَالَ: زَوَّجْتُهَا مِنْ زَيْدٍ فَقَبِلَ لَهُ وَ كَيْلَهُ صَحٌّ، وَ لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَنْكِحَ، فَقَبِلَ لَهُ وَ كَيْلَهُ حَيْثُ، وَ لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ فَاشْتَرَى لَهُ وَ كَيْلَهُ لَمْ يَحْثُ، وَ فِي بَعْضِ هَذِهِ الْوُجُوهِ نَظَرٌ.

و وکیل قرار دادن هر یک از زوجین در عقد نکاح، صحیح است زیرا نکاح جزء اموری است که قابل نیابت و توکیل است و هدف شارع این نیست که عقد نکاح با مباشرت شخص خاصی صورت گیرد. پس ولی زن [یعنی نماینده و وکیل زن برای اجرای صیغه عقد باید به وکیل زوج بگوید: «به ازدواج موکل تو، فلان شخص درآوردم.» و نباید بگوید: «به ازدواج تو درآوردم» بنابراین اگر خانم «الف» و آقای «ب» قصد ازدواج دارند و «ج» وکیل «الف» بوده و «د» وکیل «ب» باشد، «ج» خطاب به «د» می‌گوید: خانم «الف» را به ازدواج موکل تو یعنی «ب» درآوردم و نباید بگوید که به ازدواج تو یعنی «د» درآوردم هر چند قصد واقعی «ج» آن باشد که «الف» را به عقد «ب» درآورد.]

برخلاف عقد بیع و نحو بیع از سایر عقود [که نیازی به ذکر نام موکل ندارد. عقد بیع و عقد نکاح آنگونه که در کتاب جامع المقاصد آمده است از چهار جهت با یکدیگر تفاوت دارند؛ یک] تفاوت آن است که زن و شوهر در عقد نکاح، دو رکن عقد را تشکیل می‌دهند و مانند ثمن و مثنی در عقد بیع هستند پس همانگونه که ثمن و مثنی در عقد بیع باید مشخص شود، زن و شوهر نیز در عقد نکاح باید مشخص شوند [یک دیدگاه هم آن است که زن و شوهر، رکن عقد نکاح نیستند بلکه بضع زن و شوهر، رکن عقد می‌باشد. تفاوت دوم عقد نکاح و بیع] آن است که عقد بیع نسبت به مال صورت می‌گیرد و مال، قابل انتقال از شخصی به شخص دیگر است پس ایرادی ندارد که وکیل، مورد خطاب قرار گیرد و موکل، ذکر نشود اما نکاح نسبت به بضع صورت می‌گیرد و بضع اصلاً قابل انتقال نیست بنابراین نمی‌توان وکیل را مورد خطاب قرارداد مگر اینکه منقول الیه [یا زوج] ابتدا ذکر شود و به همین دلیل چنانچه وکیل زوج، عقد نکاح را به وکالت از سوی دیگری قبول کند اما موکل، وکالت را انکار نماید عقد وکالت باطل شده و برای وکیل منعقد نمی‌شود برخلاف بیع که اگر موکل آن را انکار کند برای وکیل منعقد می‌شود. [البته گروهی از فقها، این تفاوت را قبول ندارند و در عقد نکاح نیز اعتقاد دارند چنانچه نام موکل تعیین نشود عقد برای وکیل خواهد بود. تفاوت سوم عقد نکاح و بیع] آن است که هدف در اموال آن است که عوض‌های مالی به دست آید و غالباً توجهی به خصوصیت اشخاص نمی‌شود برخلاف عقد نکاح که به اشخاص تعلق می‌گیرد بنابراین باید زوج صراحتاً مشخص گردد. [نسبت به این تفاوت

نیز ایراد گرفته شده است زیرا در عقد بیع هم نمی‌توان با شخصی که بکلی مجهول است معامله کرد. تفاوت چهارم] آن است که عقد بیع به مخاطب تعلق دارد نه به شخصی که عقد برای او صورت می‌گیرد در حالیکه عقد نکاح برعکس آن است [یعنی نکاح به کسی تعلق دارد که عقد برای او انجام می‌شود] و به همین دلیل چنانچه وکیل زن بگوید: «فلانی را به عقد زید درآوردم» و وکیل زید، آن را قبول کند صحیح است و اگر زید سوگند یاد کند که ازدواج نکند و وکیل او، عقد نکاح را برای او قبول کرده باشد، برخلاف سوگند عمل کرده [و سوگندش را شکسته است] و اگر قسم بخورد که مالی را خریداری نکند اما وکیل او، مالی را برایش بخرد برخلاف سوگند عمل نکرده است. [البته در اینجا هم چنین تفاوتی مورد ایراد قرار گرفته است زیرا اولاً در عقد بیع هم چنانچه وکیل فروشنده بگوید: این مال را به زید فروختم و وکیل زید آن را قبول کند صحیح است. ثانیاً در مورد سوگند چنانچه کسی که قسم می‌خورد هدفش آن باشد که عقد برای او واقع نشود، در هر دو صورت قسم را شکسته است و اگر منظورش آن باشد که عقد را مباشرتاً انجام ندهد پس در هر دو صورت، سوگند شکسته نمی‌شود.] و در پاره‌ای از این اختلاف‌ها، تردید وجود دارد [اما همانگونه که دیدیم نسبت به همه موارد، تردید وجود داشت اما گویی شهیدثانی فقط اختلاف اول و سوم را قبول ندارد بخصوص در موردی که موکل، وکالت را انکار می‌کند زیرا وکیل، عقد را برای موکل، انجام می‌دهد پس اگر موکل آن را انکار کند در هر دو صورت باطل است زیرا آنچه که قصد شده، محقق نگردیده و آنچه محقق شده، قصد نشده است.]

(وَلْيُقِلِّ) الْوَكِيلُ: (قَبِلْتُ لِفُلَانٍ) كَمَا ذُكِرَ فِي الْإِيجَابِ، وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى «قَبِلْتُ» نَاوِيًا مُوَكَّلَهُ فَلَا قُوَى الصَّحَّةُ، لِأَنَّ الْقَبُولَ عِبَارَةٌ عَنِ الرِّضَا بِالْإِيجَابِ السَّابِقِ فَإِذَا وَقَعَ بَعْدَ إِيجَابِ النِّكَاحِ لِلْمُوَكَّلِ صَرِيحاً كَانَ الْقَبُولُ الْوَاقِعُ بَعْدَهُ رِضاً بِهِ، فَيَكُونُ لِلْمُوَكَّلِ. وَ وَجْهُ عَدَمِ الْإِكْتِفَاءِ بِهِ أَنَّ النِّكَاحَ نِسْبَةٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِتَخْصِيصِهِ بِمُعَيَّنٍ كَالْإِيجَابِ. وَ ضَعْفُهُ يُعْلَمُ مِمَّا سَبَقَ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ رِضاً بِالْإِيجَابِ السَّابِقِ اقْتَضَى التَّخْصِيصَ بِمَنْ وَقَعَ لَهُ.

و وکیل زوج باید بگوید که [عقد نکاح] را برای فلانی قبول کردم همانگونه که در ایجاب گفته شد [یعنی «د» باید بگوید عقد را برای «ب» قبول کردم و نباید بگوید که برای خودم قبول کردم.] و اگر فقط عبارت «قبول کردم» را بیان کند و موکل خود را قصد

کند [اما نام او را بر زبان نیاورد] نظریه قوی تر آن است که صحیح می باشد زیرا قبول، عبارت از رضایت به ایجاب قبلی است پس وقتی قبول بعد از ایجاب نکاح برای موکلی باشد که صراحتاً بیان شده است، قبولی که بعد از آن واقع می شود، رضایت به همان قبول است و برای موکل، محسوب می شود [مثلاً وقتی وکیل زن می گوید: «فلان زن را به عقد علی درآوردم» و وکیل علی می گوید: «قبول کردم» پیدا است که آن را برای علی قبول کرده است زیرا نام «علی» قبلاً در ایجاب بیان شده است.] و دلیل عدم کفایت چنین قبولی [که نام موکل ذکر نشود] آن است که نکاح [یک امر مستقل نیست بلکه نسبت میان دو طرف است و] نسبی می باشد بنابراین زمانی تحقق پیدا می کند که شخص معینی صراحتاً بیان شود مانند ایجاب [که باید نام موکل در آن ذکر شود. پس نکاح، رابطه میان زن و شوهر است و این رابطه قائم به زن و شوهر می باشد و باید دو طرف، ذکر شوند] اما ضعف این دیدگاه قبلاً معلوم شد زیرا وقتی قبول، رضایت به ایجاب قبلی باشد اقتضا می کند که اختصاص به شخصی پیدا کند که در ایجاب بیان شده است.

(و لَا يُزَوِّجُهَا الْوَكِيلُ مِنْ نَفْسِهِ إِلَّا إِذَا أَذِنَتْ فِيهِ عُمُومًا) كَزَوَّجْنِي مِمَّنْ شِئْتَ أَوْ وَ لَوْ مِنْ نَفْسِكَ، (أَوْ خُصُوصًا) فَيَصِحُّ حِينَئِذٍ عَلَى الْأَقْوَى.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْمَفْهُومَ مِنْ إِطْلَاقِ الْأَذْنِ تَزْوِيجُهَا مِنْ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الْمُبَادَرَ أَنَّ الْوَكِيلَ غَيْرُ الرَّزَّوَجَيْنِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْعَامَّ نَاصٌّ عَلَى جُزْئِيَّاتِهِ، بِخِلَافِ الْمُطْلَقِ. وَ فِيهِ نَظَرٌ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَا تَنْفَاءُ الْمَانِعِ مَعَ النَّصِّ. وَ مَنْعُ بَعْضِ الْأَصْحَابِ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةِ عَمَّارٍ الدَّالَّةِ عَلَى الْمَنْعِ، وَ أَنَّهُ يَصِيرُ مُوجِبًا قَائِلًا مَرْدُودٌ بِضَعْفِ الرِّوَايَةِ، وَ جَوَازِ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ اكْتِفَاءً بِالْمُعَايَرَةِ الْاِعْتِبَارِيَّةِ، وَ لَهُ تَزْوِيجُهَا مَعَ الْإِطْلَاقِ مِنْ وَالِدِهِ وَ وَلَدِهِ وَ إِنْ كَانَ مُوَلَّى عَلَيْهِ.

وکیل نمی تواند زنی [را که به او وکالت داده است تا وی را به عقد نکاح دیگری درآورد] به عقد خودش درآورد مگر اینکه موکل، به صورت عام به وی اجازه داده باشد مانند اینکه گفته باشد: «مرا به عقد هرکس می خواهی درآور» یا [مرا به عقد هرکس می خواهی درآور]: «هر چند خودت باشی.» و یا به صورت خاص [اجازه داده باشد] پس بنا بر نظریه قوی تر در این صورت صحیح است [که موکل را به عقد خودش

درآورد] **اما حالت اوّل** [که اگر موکل، به صورت مطلق اجازه بدهد، وکیل حق ندارد وی را به عقد خود درآورد] **بخاطر آن** است که آنچه از اطلاق اذن فهمیده می شود آن است که وکیل، موکل را به عقد شخص دیگری غیر از خودش درآورد زیرا متبادر آن است که وکیل، شخصی غیر از زوجین است و **اما حالت دوم** [که اگر موکل به صورت عام، اذن بدهد وکیل می تواند وی را به عقد خودش درآورد] **بخاطر آن** است که لفظ عام، تصریح بر جزئیاتش دارد برخلاف مطلق [یعنی لفظ عام برای عموم وضع شده است اما لفظ مطلق برای اطلاق وضع نشده است بلکه از راه مقدمات حکمت، دلالت بر اطلاق دارد بنابراین دلالت عام بر عموم قوی تر از دلالت مطلق بر اطلاق است و وقتی زن به صورت عام وکالت می دهد شامل همه افراد می شود که موکل نیز جزء آنهاست. شهید ثانی این اختلاف میان عام و مطلق را نمی پذیرد و می گوید: [در این تفاوت، تامل و ایراد وجود دارد] زیرا همانگونه که اگر زن به صورت مطلق وکالت بدهد، غیروکیل به ذهن متبادر می شود چنانچه به صورت عام نیز وکالت بدهد، غیروکیل به ذهن متبادر می شود چرا که وکیل معمولاً غیر از زوجین است. [و اما در حالت سوم] [که اگر موکل به صورت خاص به وکیل اذن بدهد که او را به عقد خودش درآورد، چنین عقدی صحیح است] **بخاطر آن** است که در صورت تصریح، مانعی وجود ندارد و سخن برخی از فقها که با استناد به روایت عمار که دلالت بر ممنوعیت چنین عقدی دارد و نیز با این استدلال که وکیل، موجب و قابل می شود، مردود است [یعنی برخی از فقها گفته اند که اگر زن به صراحت نیز اجازه داده باشد باز هم وکیل حق ندارد آن زن را به عقد خودش درآورد و این گروه به دو دلیل استناد کرده اند؛ یک دلیل ایشان روایتی از عمار است که چنین عقدی را ممنوع می داند و دلیل دیگر آن است که اگر وکیل، موکل را برای خودش عقد کند، هم موجب می شود زیرا ایجاب را از طرف زن انجام می دهد و هم قابل می شود زیرا از طرف خودش باید آن را قبول کند در حالیکه یک نفر نمی تواند در یک زمان، هر دو صفت را داشته باشد. شهید ثانی می فرماید که سخن این گروه، مردود است زیرا] **روایت عمار، روایت ضعیفی است و برعهده گرفتن اجرای دو طرف عقد، جایز است زیرا تغایر اعتباری کافی است** [یعنی درست است که یک نفر، ایجاب و قبول را انجام می دهد اما در عالم اعتبار، دو نفر هستند زیرا ایجاب را از طرف زن و قبول را از طرف

خودش اجرا می‌کند و همین تغایر اعتباری کفایت می‌کند و دلیلی وجود ندارد که تغایر موجب و قابل باید تغایر حقیقی باشد] و اگر اذن موکل به صورت مطلق باشد، وکیل می‌تواند موکل را به ازدواج پدر و فرزندش درآورد هر چند ولایت بر فرزندش داشته باشد [یعنی اگر وکیل، ولی فرزندش باشد می‌تواند موکل خود را به عقد موالی علیه خودش درآورد].

(الثَّانِيَّةُ: لَوْ ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ فَصَدَّقَتْهُ حُكْمَ بِالْعَقْدِ ظَاهِرًا) لِإِحْصَارِ الْحَقِّ فِيهِمَا وَعُمُومِ إِقْرَارِ الْعُقَلَاءِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ جَائِزٌ (وَتَوَارَثًا) بِالزَّوْجِيَّةِ، لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ لَوَازِمِ ثُبُوتِهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِمَا غَرَبَيْنِ، أَوْ بَلَدَيْنِ (وَلَوْ اعْتَرَفَ أَحَدُهُمَا) خَاصَّةً (قُضِيَ عَلَيْهِ بِهِ دُونِ صَاحِبِهِ) سَوَاءً حَلَفَ الْمُنْكَرُ أَمْ لَا، فَيَمْنَعُ مِنَ التَّرْوِيجِ إِنْ كَانَ امْرَأَةً وَمِنْ أُخْتِهَا وَأُمِّهَا وَبَنَاتِ أَخَوَيْهَا بِدُونِ إِذْنِهَا، وَيَتَّبَعُ عَلَيْهِ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنَ الْمَهْرِ، وَلَيْسَ لَهَا مُطَالَبَتُهُ بِهِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ التَّوَصُّلُ إِلَى تَخْلِيصِ ذِمَّتِهِ إِنْ كَانَ صَادِقًا، وَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ، لِعَدَمِ التَّمَكُّينِ، وَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً، أَوْ حَلَفَ الِثْمِينِ الْمَزْدُودَةَ مَعَ نَكْوَلِ الْآخَرِ، تَثَبُّتِ الزَّوْجِيَّةِ ظَاهِرًا وَعَلَيْهِمَا فِيمَا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى الْعَمَلُ بِمُقْتَضَى الْوَاقِعِ، وَلَوْ انْتَفَتِ الْبَيِّنَةُ ثَبَّتَ عَلَى الْمُنْكَرِ الْإِثْمِينِ.

وَهَلْ لَهُ التَّرْوِيجُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى تَقْدِيرِ الْإِعْتِرَافِ قَبْلَ الْحَلْفِ؟ نَظَرُ: مِنْ تَعَلُّقِ حَقِّ الزَّوْجِيَّةِ فِي الْجُمْلَةِ. وَكَوْنِ تَرْوِيجِهَا يَمْنَعُ مِنْ نَفُوذِ إِقْرَارِهَا بِهِ عَلَى تَقْدِيرِ رَجُوعِهَا، لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي حَقِّ الزَّوْجِ الثَّانِي. وَمِنْ عَدَمِ ثُبُوتِهِ، وَهُوَ الْأَقْوَى. فَيَتَوَجَّهُ الْإِثْمِينُ مَتَى طَلَبَهُ الْمُدَّعِي، كَمَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الْمُنْكَرِ فِي كُلِّ مَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ غَيْرُهُ قَبْلَ ثُبُوتِهِ اسْتِصْحَابًا لِلْحُكْمِ السَّابِقِ الْمَحْكُومِ بِهِ ظَاهِرًا، وَلاِسْتِلْزَامِ الْمَنْعِ مِنْهُ الْحَرَجِ فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ كَمَا إِذَا غَابَ الْمُدَّعِي، أَوْ آخَرَ الْإِخْلَافِ.

ثُمَّ إِنْ اسْتَمَرَّتِ الزَّوْجَةُ عَلَى الْإِنْكَارِ فَوَاضِحٌ، وَإِنْ رَجَعَتْ إِلَى الْإِعْتِرَافِ بَعْدَ تَرْوِيجِهَا بَعِيرُهُ لَمْ يُسْمَعْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى حَقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهَا. وَفِي سَمَاعِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى حَقُوقِهَا قُوَّةٌ إِذْ لَا مَانِعَ مِنْهُ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ جَوَازِ إِقْرَارِ الْعُقَلَاءِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّهَا كَانَتْ غَالِمَةً بِالْعَقْدِ خَالَ دُخُولِ الثَّانِي بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ ظَاهِرًا، لِأَنَّهَا بِزَعْمِهَا بَغِيٌّ، وَإِنْ ادَّعَتْ الذُّكْرَ بَعْدَهُ فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ لِلشُّبْهَةِ، وَبِزَعْمِهَا الزَّوْجُ، وَلَا تَرْتَبُهُ هِيَ. وَفِي إِثْرِ الْأَوَّلِ مِمَّا يَبْقَى مِنْ تَرْكِهَا بَعْدَ نَصِيبِ الثَّانِي نَظَرُ: مِنْ نَفُوذِ الْإِقْرَارِ عَلَى

نَفْسِهَا وَ هُوَ غَيْرُ مُنَافٍ. وَ مِنْ عَدَمِ ثُبُوتِهِ ظَاهِرًا، مَعَ أَنَّهُ إِفْرَازٌ فِي حَقِّ الْوَارِثِ.

مساله دوم - اگر مردی ادعای زوجیت زنی را بنماید و آن زن نیز، ادعای وی را تأیید کند ظاهراً حکم به عقد [نکاح میان آن دو] می شود زیرا حق [زوجیت] منحصر میان آن دو نفر است و عموم [روایتی که می گوید:] «اقرار عقلاء علیه خودشان پذیرفته می شود» [شامل چنین موردی می شود زیرا زن و مرد بر علیه خود، اقرار کرده اند و این دو نفر از راه زوجیت از یکدیگر ارث می برند زیرا ارث بردن از لوازم ثبوت زوجیت است و در این مورد تفاوتی ندارد که زوجین، بادیه نشین یا شهرنشین باشند [یا یکی، بادیه نشین و دیگری شهرنشین باشد. [اما برخی از فقهای اهل سنت، شرط کرده اند که هر دو باید شهرنشین باشند و این سخن مبتنی بر آن است که حضور دو شاهد را شرط صحت نکاح می دانند] و اگر یکی از زوجین، اعتراف به زوجیت نماید فقط بخاطر این اعتراف، علیه همان حکم می شود و علیه طرف دیگر، حکم نمی شود و تفاوتی ندارد که منکر، قسم بخورد یا قسم نخورد پس اگر زن، اقرار به زوجیت کرده باشد [یعنی ادعا کند که همسر مردی است] حق ازدواج [با مرد دیگری] را ندارد [علت اینکه فعل «یمنع» و «کان» به صورت مذکر بیان شده، آن است که فاعل آن «معترف» می باشد یعنی اگر اعتراف کننده، زن باشد حق ازدواج ندارد. اما اگر مرد ادعای زوجیت با زنی را بنماید حق ازدواج] با خواهر و مادر او و دختر برادر و خواهر او بدون اجازه آن زن را ندارد [زیرا ازدواج با ایشان نیاز به اجازه عمه و خاله دارد] و مرد باید مهریه ای را که به آن اقرار کرده است بپردازد اما زن حق ندارد از مرد، مطالبه مهریه کند [زیرا زن، رابطه زوجیت با این مرد را انکار می کند] و بر مرد واجب است که چنانچه در ادعای خود صادق است، ذمه اش را بری سازد و پرداخت نفقه زن برعهده مرد نیست زیرا از مرد، تمکین نمی کند [و رابطه زوجیت را انکار می نماید] و اگر مدعی، دلیل [و شاهد] بیاورد یا در صورت نکول طرف مقابل، سوگند رد شده به وی را اتیان کند، رابطه زوجیت به صورت ظاهری ثابت می شود [یعنی ظاهراً این دو، زن و شوهر هستند] و بر آنها واجب است که براساس آنچه که میان آنها و خدا واقعیت دارد، عمل نمایند [یعنی وظایف زناشویی را نسبت به یکدیگر انجام دهند] و اگر دلیلی ارائه نشد، منکر باید قسم بخورد [اما تردیدی که در اینجا وجود دارد آن است که چنانچه منکر، سوگند یاد نکند آیا حق

دارد ازدواجی نماید که اگر اعتراف می نمود چنین ازدواجی بروی حرام بود مثلاً اگر زن، منکر باشد آیا می تواند قبل از آنکه قسم بخورد با مرد دیگری ازدواج نماید در حالی که اگر اعتراف به زوجیت با مرد اول می نمود نمی توانست با مرد دیگری ازدواج کند، همچنین اگر مرد، منکر باشد آیا می تواند قبل از آنکه قسم بخورد با مادر یا دختر یا خواهر این زن ازدواج کند. مرحوم شهیدثانی این ابهام را در قالب سؤال مطرح کرده می فرماید: [و آیا شخصی که منکر است [اعم از اینکه مرد یا زن باشد] می تواند قبل از قسم خوردن، ازدواجی بنماید که اگر اعتراف به ازدواج می نمود، چنین ازدواجی برای او ممنوع بود؟ [در این مورد] اختلاف نظر وجود دارد. [یک دیدگاه آن است که به دو دلیل، حق چنین ازدواجی ندارد. دلیل اول که مشترک میان مرد و زن می باشد آن است که] **حق زوجیت فی الجمله ثابت شده است** [یعنی همینکه ادّعای زوجیت صورت گرفته و سوگند متوجه طرف مقابل شده است، رابطه زوجیت میان این دو نفر، فی الجمله و به صورت کلی ثابت شده است و تا تکلیف این ازدواج با سوگند خوردن منکر، مشخص نشود شخص منکر حق ندارد ازدواج ممنوع را انجام دهد. دلیل دوم که مخصوص موردی است که زن، منکر می باشد آن است که اگر زن با مرد دیگری ازدواج کند و پس بخواهد از انکار خود رجوع کرده و به شوهر اول برگردد، حق چنین کاری را نخواهد داشت زیرا اقرار به زوجیت با مرد اول مانع زوجیت با مرد دوم می شود و این قرار به ضرر شوهر دوم تمام می شود حال آنکه اقرار نباید به ضرر شخص ثالث باشد. پس دلیل دوم آن است که] **ازدواج کردن زن با مرد دیگر مانع از نفوذ اقرار زن به ازدواج اول در صورت رجوع از انکار می شود زیرا چنین اقراری، اقرار بر ضرر شوهر دوم است** [پس رجوع از انکار و اقرار به زوجیت اول پذیرفته نمی شود زیرا به ضرر شوهر دوم تمام می شود و شوهر دوم نمی تواند از این زن استمتاع کند. اما دیدگاه دیگری می گوید که منکر می تواند چنین ازدواجی بنماید] **زیرا حق زوجیت، ثابت نشده است** [یعنی صرف ادّعا نمی تواند رابطه زوجیت را ثابت کند بخصوص که طرف مقابل آن را انکار می کند. شهیدثانی نظریه دوم را پسندیده و می فرماید:] **و این نظریه قوی تر است بنابراین هرگاه مدعی، درخواست قسم کند منکر باید قسم بخورد همانگونه که منکر می تواند در تمام اموری که دیگری علیه وی ادعا می کند و آن را اثبات نمی نماید، تصرف کند و**

این بخاطر استصحاب حکم سابق است که ظاهراً حکم به آن شده است [یعنی قبل از آنکه «الف» ادّعی زوجیت با «ب» را مطرح کند، «ب» می‌توانست با هر کسی ازدواج کند و اینک که چنین ادعایی مطرح شده است شک می‌کنیم که آیا «ب» کماکان چنین حقی را دارد؟ در اینجا همان حق سابق را استصحاب می‌کنیم. دلیل دیگر برای قوی‌تر بودن نظریهٔ دوم] آن است که اگر چنین ممنوعیتی وجود داشته باشد لازمه‌اش آن است که در پاره‌ای موارد، عسر و حرج بوجود آید مانند جایی که مدّعی زوجیت، غایب باشد یا قسم دادن منکر را به تأخیر اندازد. حال اگر زوجه [بعد از ازدواج با مرد دیگر] کماکان انکار خود را ادامه دهد، اشکالی پیش نمی‌آید اما چنانچه بعد از ازدواج با مرد دیگر، [از انکار خود نسبت به ازدواج اوّل، دست برداشته و] رجوع به اعتراف نماید [یعنی ازدواج اوّل را بپذیرد] این اعتراف نسبت به حقوق زوجیتی که شوهر دوم بر او دارد پذیرفته نمی‌شود [یعنی شوهر دوم کماکان حق استمتاع و سایر حقوق زوجیت را بر این زن دارد زیرا اقرار زن به ازدواج اوّل، خللی به حقوق شوهر دوم که شخص ثالث است وارد نمی‌کند]. اما احتمال پذیرش این اقرار نسبت به حقوقی که زن بر شوهر دوم دارد، قوی است زیرا مانعی برای پذیرش اقرار وجود ندارد و این اقرار، جزء عموم روایتی قرار می‌گیرد که می‌گوید: «اقرار عقلاء بر علیه خودشان پذیرفته است» [بنابراین وقتی زن اقرار به ازدواج اول می‌کند حقوق خود علیه شوهر دوم را از دست می‌دهد مثلاً حق نفقه ندارد و از وارث نمی‌برد اما شوهر، حق استمتاع از وی را دارد و از او وارث می‌برد]. در این حال چنانچه زن ادعا کند که در زمان نزدیکی با شوهر دوم، می‌دانسته که در علقهٔ زوجیت شوهر اول است ظاهراً شوهر دوم نباید مهریه‌ای به او بدهد زیرا زن به گمان خودش، مرتکب زنا شده است [و مهریه‌ای به نزدیکی از راه زنا تعلق نمی‌گیرد] و اگر ادعا کند که بعد از نزدیکی، ازدواج اوّل را به یاد آورده است، بخاطر شبهه، مهرالمثل به او تعلق می‌گیرد [یعنی این نزدیکی از راه شبهه بوده است بنابراین زن، مستحق مهرالمثل می‌شود هر چند پذیرش ادّعا در صورتی که مقدار مهرالمثل بیشتر از مقدار مهرالمسمی باشد با سختی روبروست زیرا شوهر دوم باید مبلغی را بخاطر قرار دیگری بپردازد بنابراین حکم به هر کدام از مهریه‌ها که کمتر باشد مناسب‌تر است. و در این صورت که زن، اقرار به ازدواج اول می‌کند] شوهر دوم از زن ارث می‌برد [زیرا اقرار

زن به ازدواج اول خللی در حقوق وی وارد نمی‌کند] اما زن از شوهر دوم ارث نمی‌برد [زیرا اقرار کرده است که همسر شخص دیگری می‌باشد] و در مورد اینکه شوهر اول از ترکه‌ای که بعد از ارث شوهر دوم باقی می‌ماند، ارث می‌برد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد [یعنی اختلاف وجود دارد که هرگاه شوهر دوم، سهم الارث خود را برداشت، آیا شوهر اول نیز از باقیمانده ترکه، ارث می‌برد؟ یک دیدگاه آن است که شوهر اول نیز ارث می‌برد] زیرا اقرار زن بر علیه خودش نافذ است و ارث بردن شوهر اول منافاتی با ارث بردن شوهر دوم ندارد [یعنی زن وقتی اقرار می‌کند که همسر شوهر اول است، اثر این اقرار آن است که شوهر اول از او ارث ببرد و ارث بردن هر دو شوهر قابل جمع است و منافاتی باهم ندارند. احتمال دیگر آن است که شوهر اول از زن ارث نمی‌برد] زیرا ظاهراً زوجیت زن با شوهر اول ثابت نشده است مضافاً بر اینکه اقرار زن، اقرار علیه وارث است [زیرا ارث بردن شوهر اول سبب می‌شود که سهم الارث بقیه وارثان کم شود بنابراین چنین اقراری به ضرر شخص ثالث تمام می‌شود].

(الثَّالِثَةُ: لَوْ ادَّعَى زَوْجِيَّةٌ امْرَأَةً وَادَّعَتْ أُخْتُهَا عَلَيْهِ الزَّوْجِيَّةَ حَلْفَ عَلَى نَفِي زَوْجِيَّةِ الْمُدَّعِيَّةِ، لِأَنَّهُ مُكْرَرٌ، وَدَعَا زَوْجِيَّةَ الْأُخْتِ مُتَعَلِّقٌ بِهَا وَهُوَ أَمْرٌ آخَرٌ، وَيُشْكَلُ تَقْدِيمُ قَوْلِهِ مَعَ دُخُولِهِ بِالْمُدَّعِيَّةِ، لِلنَّصِّ عَلَى أَنَّ الدُّخُولَ بِهَا مَرْجَحٌ لَهَا فِيمَا سَيَأْتِي. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ هُنَا: تَعَارَضَ الْأَصْلُ وَالظَّاهِرُ، فَيَرْجَحُ الْأَصْلُ، وَخِلَافُهُ خَرَجَ بِالنَّصِّ. وَهُوَ مَنْفِيٌّ هُنَا. هَذَا إِذَا لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ فَانْأَمَّتْ بَيِّنَةٌ فَالْعَقْدُ لَهَا وَانْأَمَّتْ بَيِّنَةٌ وَلَمْ تَقُمْ هِيَ فَالْعَقْدُ عَلَى الْأُخْتِ لَهُ).

وَيُشْكَلُ أَيْضاً مَعَ مُعَارَضَةِ دُخُولِهِ بِالْمُدَّعِيَّةِ، لِمَا سَيَأْتِي مِنْ أَنَّهُ مَرْجَحٌ عَلَى الْبَيِّنَةِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَهُوَ مُكَذَّبٌ بِفَعْلِهِ لِبَيِّنَتِهِ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ - كَمَا سَبَقَ - إِنَّ ذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ وَيُمْنَعُ كَوْنُهُ تَكْذِيباً بَلْ هُوَ أَعْمٌ مِنْهُ فَيُقْتَصَرُ فِي تَرْجِيحِ الظَّاهِرِ عَلَى الْأَصْلِ عَلَى مُوَرِّدِ النَّصِّ

مسأله سوم - اگر مردی ادعای ازدواج با زنی را بنماید و خواهر آن زن نیز ادعای ازدواج با این مرد را بنماید، مرد باید قسم بخورد که با خواهر آن زن ازدواج نکرده است زیرا مرد، متکرر به حساب می‌آید و ادعای مرد مبنی بر ازدواج با خواهر آن زن، مربوط به همان خواهر است و مسأله جداگانه‌ای می‌باشد [بنابراین اگر آقای «الف» ادعا کند که با خانم «ب» ازدواج کرده است و خانم «ج» که خواهر «ب» می‌باشد نیز ادعا کند

همسر آقای «الف» می باشد در اینجا آقای «الف» قسم می خورد که با خانم «ج» ازدواج نکرده است زیرا رابطه زوجیت با «ج» را انکار می کند و منکر باید قسم بخورد و ادعای مرد مبنی بر ازدواج با «ب» موضوع جداگانه ای است که مربوط به «ب» می شود و ارتباط با مسأله ازدواج آقای «الف» با خانم «ج» ندارد بنابراین در اینجا دو دعوا وجود دارد؛ یکی دعوای آقای «الف» نسبت به ازدواج با خانم «ب» و دیگری دعوای خانم «ج» نسبت به ازدواج با آقای «الف» که هر دعوایی براساس قواعد همان دعوا، مورد رسیدگی قرار می گیرد. اما مقدم داشتن سخن مرد در صورتی که با مدعی [یعنی خانم «ج»] نزدیکی کرده باشد، مشکل است زیرا بعداً خواهیم دید که روایت وجود دارد که نزدیکی با زن، سبب مقدم شدن دعوای او می شود [یعنی اگر آقای «الف» که رابطه زوجیت با خانم «ج» را انکار می کند با خانم «ج» که ادعای زوجیت با آقای «الف» را مطرح می نماید نزدیکی کرده باشد، این نزدیکی اماره ای برای ترجیح ادعای خانم «ج» است و این مسأله را در مبحث تعارض اصل با ظاهر، بیان خواهیم نمود.] و ممکن است در اینجا گفته شود که اصل [یعنی اصل عدم ازدواج خانم «ج» با آقای «الف»] با ظاهر [یعنی نزدیکی آقای «الف» با خانم «ج» که ظاهر دلالت بر وجود رابطه زوجیت میان آنها دارد] تعارض می کند و اصل [بر ظاهر] مقدم می شود و مخالف آن [یعنی خلاف قاعده ترجیح اصل بر ظاهر] از راه نص، خارج می شود [یعنی هر جا بنخواهیم برخلاف قاعده عمل کنیم و ظاهر را بر اصل مقدم نمائیم باید دلیل خاصی برای این کار داشته باشیم مثلاً در روایات آمده است هر جا مردی رابطه زوجیت با زنی را انکار کند و آن زن، رابطه زوجیت را ادعا نماید و هر دو دلیل داشته باشند چنانچه نزدیکی میان آنها صورت گرفته باشد، سخن زن مقدم می شود. در اینجا گرچه سخن مرد مطابق با اصل عدم زوجیت است و سخن زن مطابق با ظاهر است اما ظاهر بر اصل مقدم می شود چون روایتی وجود دارد که به تقدم ظاهر بر اصل می کند] اما چنین روایتی در اینجا وجود ندارد [یعنی در اینجا که هر دو زن، دلیلی ندارند، اصل بر ظاهر مقدم می شود چون روایتی وجود ندارد که ظاهر را بر اصل، مقدم بدارد پس باید براساس قاعده عمل کرد.] آنچه که گفته شد [مبنی بر اینکه اصل بر ظاهر مقدم می شود] در صورتی است که زن، دلیلی ارائه ندهد [که همسر آقای «الف» می باشد] پس اگر زن [خانم «ج»] دلیل ارائه دهد [مثلاً شاهد

بیاورد که با آقای «الف» ازدواج کرده است [پس عقد نکاح، متعلق به اوست [یعنی ثابت می شود که آقای «الف» و خانم «ج» همسر یکدیگر هستند و خانم «ب» همسر آقای «الف» نیست] و اگر مرد، دلیل بیاورد [مثلاً شاهد بیاورد که با خانم «ب» ازدواج کرده است و خانم «ج» هم نتواند شاهد بیاورد که با آقای «الف» ازدواج کرده است] پس عقد ازدواج با خواهر، برای اوست [یعنی ثابت می شود که آقای «الف» با خانم «ب» ازدواج کرده است. شهیدثانی می فرماید در اینجا هم حکم به ازدواج آقای «الف» با خانم «ب»] با مشکل روبروست زیرا [چنین حکمی] با نزدیکی کردن مرد با زن مدعی [یعنی خانم «ج»] در تعارض است و بعداً خواهد آمد که نزدیکی بر بیئه مقدم است [یعنی اینکه آقای «الف» شاهد می آورد که با خانم «ب» ازدواج کرده است با عمل وی که نزدیکی با خانم «ج» است سازگار نیست زیرا] در این صورت، مرد [یعنی آقای «الف»] با عمل خود [که همان نزدیکی با خانم «ج» است] شاهدان خود را تکذیب می کند [زیرا شاهدان می گویند که خانم «ب» همسر آقای «الف» می باشد در حالیکه آقای «الف» با خانم «ج» نزدیکی کرده است] مگر اینکه مانند سابق گفته شود که ترجیح با دخول برخلاف اصل [عدم زوجیت] است [یعنی در اینجا هم که فقط مرد، شاهد آورده است، اصل عدم زوجیت با خانم «ج» بر ظاهر که همان نزدیکی آقای «الف» با خانم «ج» است، مقدم می شود و نصی وجود ندارد که ظاهر را بر اصل مقدم کند بنابراین برحسب قاعده «تقدم اصل بر ظاهر»، سخن مرد مقدم می شود، اما ایراد دیگری که مطرح شد مبنی بر اینکه نزدیکی مرد با خانم «ج»، سخن شاهدان مرد را تکذیب می کند، قابل قبول نیست] و تکذیب سخن شاهدان با عمل مرد، پذیرفته نمی شود زیرا نزدیکی [آقای «الف» با خانم «ج»] اعم از آن است [یعنی نزدیکی این دو نفر منحصر در نزدیکی از راه زوجیت نیست بلکه ممکن است از راه زنا یا از راه اشتباه باشد بنابراین عمل آقای «الف» که با خانم «ج» نزدیکی کرده است سخن شاهدان که می گویند خانم «ب» همسر آقای «الف» می باشد را تکذیب نمی کند چون ممکن است نزدیکی این دو نفر از راه زنا یا شبهه بوده است.] بنابراین در مقدم کردن ظاهر بر اصل باید به مورد نص اکتفا نمود [یعنی قاعده آن است که اصل بر ظاهر مقدم شود مگر در مواردی که روایت وجود داشته باشد و در اینجا، چنین روایتی وجود ندارد پس باید براساس قاعده عمل نمود.

فَالْأَقْرَبُ تَوَجُّهُ الْيَمِينِ عَلَى الْآخَرِ) وَهُوَ ذُو الْبَيِّنَةِ (فِي الْمَوْضِعَيْنِ) وَهُمَا: إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ فَيُحْلِفُ مَعَهَا. وَإِقَامَتُهَا فَيُحْلِفُ مَعَهَا وَلَا يَخْفَى مُنَافَرَةً لَفْظِ الْآخَرِ لِذَلِكَ. وَفِي بَعْضِ النُّسخ، «الْأَخِذُ» بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ. وَالْمُرَادُ بِهِ أَخِذَ الْحَقِّ الْمُدْعَى بِهِ وَهُوَ مَنْ حُكِمَ لَهُ بِبَيِّنَتِهِ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْآخَرِ فِي الْغَرَابَةِ.

وَإِنَّمَا حُكِمَ بِالْيَمِينِ مَعَ الْبَيِّنَةِ (لِجَوَازِ صِدْقِ الْبَيِّنَةِ) الشَّاهِدَةِ لَهَا بِالْعَقْدِ (مَعَ تَقَدُّمِ عَقْدِهِ عَلَى مَنْ ادَّعَاهَا) وَالْبَيِّنَةُ لَمْ تَطْلُعْ عَلَيْهِ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْلِيفِهَا لِيَنْتَفِيَّ الْإِحْتِمَالُ، وَلَيْسَ حَلْفُهَا عَلَى إِثْبَاتِ عَقْدِهَا تَأْكِيداً لِلْبَيِّنَةِ، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَدْفَعُ الْإِحْتِمَالَ وَإِنَّمَا حَلْفُهَا عَلَى نَفْيِ عَقْدِ أُخْتِهَا. وَهَلْ تَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ أَوْ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِهِ؟ مُقْتَضَى التَّغْلِيلِ الْأَوَّلِ، لِأَنَّهُ يَدُونُهُ لَا يَزُولُ الْإِحْتِمَالُ.

وَ يُشْكِلُ بِجَوَازِ وَقُوعِهِ مَعَ عَدَمِ اطِّلاعِهَا، فَلَا يُمَكِّنُهَا الْقَطْعُ بِعَدَمِهِ، وَبِأَنَّ الْيَمِينَ هُنَا تَرْجِعُ إِلَى نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ فَيَكْفِي فِيهِ حَلْفُهَا عَلَى نَفْيِ عِلْمِهَا بِوُقُوعِ عَقْدِ أُخْتِهَا سَابِقاً عَلَى عَقْدِهَا، عَمَلًا بِالْقَاعِدَةِ.

(و) وَجْهٌ حَلْفِهِ مَعَ بَيِّنَتِهِ عَلَى نَفْيِ عَقْدِهِ عَلَى الْمُدَّعِيَةِ: (جَوَازُ صِدْقِ بَيِّنَتِهِ) بِالْعَقْدِ عَلَى الْأُخْتِ (مَعَ تَقَدُّمِ عَقْدِهِ عَلَى مَنْ ادَّعَتْهُ) وَالْبَيِّنَةُ لَا تَعْلَمُ بِالْحَالِ فَيُحْلِفُ عَلَى نَفْيِهِ لِرَفْعِ الْإِحْتِمَالِ.

وَالْحَلْفُ هُنَا عَلَى الْقَطْعِ، لِأَنَّهُ حَلْفٌ عَلَى نَفْيِ فِعْلِهِ، وَالْيَمِينُ فِي هَذَيْنِ الْمَوْضِعَيْنِ لَمْ يُبَيَّنْ عَلَيْهَا أَحَدٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَالتَّصُّ خَالٍ عَنْهَا فَيُحْتَمَلُ عَدَمُ ثُبُوتِهَا لِذَلِكَ، وَلِتَلَّا يَلْزَمَ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْخِطَابِ، أَوْ الْحَاجَةِ.

و نظریه نزدیک تر به واقع آن است که طرف مقابل یعنی کسی که دلیل آورده است در هر دو مورد باید قسم بخورد یعنی در موردی که مرد، دلیل می آورد [که با «ب» ازدواج کرده است] پس باید علاوه بر بیته، قسم بخورد [که با «ج» ازدواج نکرده است] و در موردی که زن [یعنی خانم «ج»] دلیل می آورد [که با آقای «الف» ازدواج کرده است] پس باید علاوه بر بیته، قسم بخورد [که آقای «الف» با خانم «ب» ازدواج نکرده است] [یعنی اقامه بیته و آوردن شاهد از سوی مرد یا زن به تنهایی کافی نیست بلکه باید قسم هم بخورند. مرحوم شهیدثانی، عبارت شهید اول را که فرمود: «علی الآخر» نارسا می داند و می گوید: [مخفی نماند که کلمه «آخر» منافات با معنای مورد نظر دارد [زیرا از

ظاهر عبارت ایشان برمی آید که طرف مقابل یعنی شخصی که بیّنه و دلیل ندارد باید قسم بخورد در حالیکه منظور ایشان آن است که صاحب بیّنه و دلیل باید قسم بخورد و به همین دلیل گروهی از نویسندگان کتاب لمعه [در برخی از نسخه های کتاب لمعه، بجای کلمه «آخر»، کلمه] «آخذ» را آورده اند و منظور از «آخذ» کسی است که حق مورد ادعا را اخذ می کند یعنی کسی که براساس بیّنه ای که آورده است به نفع او حکم می شود اما این کلمه نیز از جهت عجیب و غریب بودن مانند کلمه «آخر» است [یعنی هر دو کلمه، معنای مورد نظر مصنف را نمی رسانند و در هر صورت منظور از کلمه «آخر» شخصی است که بیّنه و شاهد می آورد و چنین شخصی باید سوگند نیز یاد کند] و علت اینکه باید علاوه بر بیّنه، قسم نیز یاد کند آن است که ممکن است شاهدان که شاهد عقد زن بوده اند، راست بگویند اما آن مرد، قبلاً زنی را که ادعا می کند با او ازدواج کرده است، عقد کرده باشد در حالیکه شاهدان اطلاعی از این عقد نداشته باشند پس باید زن قسم بخورد تا هرگونه احتمال و شبهه ای از بین برود و سوگند زن نباید بر اثبات عقدش باشد تا فقط سخن شاهدان را مورد تأکید قرار دهد زیرا چنین سوگندی، احتمال خلاف را از بین نمی برد بلکه باید قسم بخورد که خواهرش به عقد این مرد در نیامده است و [در مورد اینکه] آیا باید به نحو یقین قسم بخورد یا نفی علم و آگاهی، کفایت می کند [تردید وجود دارد و] مقتضای علتی که بیان گردید [که هرگونه احتمالی را از بین ببرد، آن است که] باید با یقین قسم بخورد زیرا سوگند بدون جزم و یقین، احتمال را از بین نمی برد اما [قسم خوردن با جزم و یقین] مشکل است زیرا ممکن است عقد آن مرد با خواهرش، رخ داده باشد اما این زن نسبت به آن آگاهی نداشته باشد پس نمی تواند به صورت قطع و یقین، بر عدم عقد قسم بخورد و نیز موضوع قسم در اینجا، نفی عمل دیگری است پس کافی است قسم بخورد که نمی داند که خواهرش قبل از عقد او به عقد آن مرد درآمده است یا خیر تا براساس قاعده [یعنی قاعده استصحاب عدم تقدم عقد خواهرش بر عقد او] عمل شده باشد. [مطالبی را که گفته شد در قالب مثال بیان می کنیم: خانم «ج» دو شاهد آورده است که همسر آقای «الف» می باشد و آقای «الف» قبلاً با خواهرش یعنی خانم «ب» ازدواج نکرده است. در اینجا خانم «ج» علاوه بر شهادت شاهدان باید قسم نیز بخورد و علت اینکه باید قسم بخورد آن است که شاهدان

گرچه شهادت می‌دهند که آقای «الف» با خانم «ج» ازدواج کرده است اما ممکن است آقای «الف» قبلاً با خانم «ب» ازدواج کرده باشد و شاهدان، این ازدواج را ندیده باشند پس خانم «ج» باید قسم بخورد و البته موضوع قسم او نباید همان مفاد شهادت باشد یعنی نباید قسم بخورد که با آقای «الف» ازدواج کرده است بلکه باید قسم بخورد که آقای «الف» با خانم «ب» ازدواج نکرده است و این قسم اصولاً باید جزمی باشد اما جزمی بودن قسم، دو اشکال در پی دارد؛ یکی اینکه ممکن است واقعاً آقای «الف» و خانم «ب» باهم ازدواج کرده باشند و خانم «ج» آن را ندیده باشد پس نمی‌تواند وقوع عقد میان «الف» و «ب» را به صورت قطعی و جزمی رد کند، اشکال دیگر آن است که سوگند او بر نفی فعل دیگران است و در نفی فعل دیگران نمی‌توان به صورت جزمی قسم خورد. پس مطابق قاعده قسم می‌خورد و قاعده آن است که هرگاه در ازدواج «الف» و «ب» شک شود، اصل بر عدم آن است. اما مرد هم اگر شاهد بیاورد که با «ب» ازدواج کرده است باید علاوه بر آوردن شاهد، قسم هم بخورد [و علت سوگند مرد بر عدم عقد او با زنی که مدعی است [یعنی خانم «ج»] علاوه بر شهادتی که آورده است، آن است که امکان دارد شاهدان مرد، راست بگویند آن مرد با خواهر [مدعی یعنی خانم «ب»] ازدواج کرده است اما [ممکن است] قبلاً آن مرد با زنی که مدعی است [یعنی خانم «ج»] ازدواج کرده باشد و شاهدان نسبت به آن آگاهی نداشته باشند بنابراین مرد قسم می‌خورد که با آن زن [یعنی خانم «ج»] ازدواج نکرده است تا احتمال [و شبهه] از بین برود و مرد در اینجا باید با قطع و یقین قسم بخورد زیرا نسبت به نفی عمل خودش قسم می‌خورد. [توضیح مطلب اینکه اگر آقای «الف» شاهد بیاورد که با «ب» ازدواج کرده است باید قسم نیز بخورد که قبلاً با «ج» ازدواج نکرده است زیرا شاهدان گرچه ازدواج آقای «الف» و خانم «ب» را دیده‌اند اما ممکن است آقای «الف» قبلاً با خانم «ج» ازدواج کرده باشد و شاهدان آن را ندیده باشند پس آقای «الف» باید قسم بخورد که قبلاً با خانم «ج» ازدواج نکرده است و سوگند او باید قطعی و یقینی باشد زیرا مربوط به عمل خود اوست و خودش خوب می‌داند که با خانم «ج» ازدواج کرده است یا خیر؟ شهیدثانی می‌فرماید لزوم سوگند مرد و زن در این دو مورد، از ابتکارات شهید اول است] و سوگند در این دو مورد [یعنی موردی که مرد، بی‌نه می‌آورد یا زن بی‌نه می‌آورد]

را هیچیک از فقها بیان نکرده‌اند و روایت هم تصریحی به آن ندارد پس احتمال دارد که به این دلیل، سوگند لازم نباشد [یعنی به دلیل اینکه هیچیک از فقها، لزوم سوگند علاوه بر شهادت را بیان نکرده‌اند احتمال می‌رود که سوگند، لازم نباشد. همچنین دلیل دیگر برای عدم لزوم سوگند] بخاطر آن است که تأخیر بیان از وقت خطاب یا وقت حاجت لازم نیاید [یعنی اگر سوگند لازم بود باید در روایت بیان می‌شد و امام (ع) بیان آن را به تأخیر نمی‌انداخت و اینکه باید بیان شود، بیان می‌شد زیرا تأخیر بیان از وقت حاجت، قبیح است].

(وَلَوْ أَقَامَا بَيِّنَةً) فَإِمَّا أَنْ تَكُونَا مُطْلَقَتَيْنِ، أَوْ مُؤَرَّخَتَيْنِ أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ وَ الْأُخْرَى مُؤَرَّخَةٌ، وَ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهِمَا مُؤَرَّخَتَيْنِ، إِمَّا أَنْ يَتَّفِقَ التَّارِيخَانِ، أَوْ يَتَقَدَّمَ تَارِيخُ بَيِّنَتِهِ، أَوْ تَارِيخُ بَيِّنَتِهَا، وَ عَلَى التَّفَادِيرِ السَّيِّئَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ دَخَلَ بِالْمُدَّعِيَةِ أَوْ لَا، فَالصُّورُ اثْنَتَا عَشْرَةَ، مُضَافَةً إِلَى سِتَّةٍ سَابِقَةٍ، وَ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّورِ الْاِثْنَتَيْ عَشْرَةَ (فَالْحُكْمُ لِبَيِّنَتِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا) أَي: مَعَ الْأُخْتِ الْمُدَّعِيَةِ (مَرْجِعُ) لِبَيِّنَتِهَا (مِنْ دُخُولِ) بِهَا، (أَوْ تَقَدَّمَ تَارِيخُ بَيِّنَتِهَا عَلَى تَارِيخِ بَيِّنَتِهِ) حَيْثُ تَكُونَانِ مُؤَرَّخَتَيْنِ فَيَقْدَمُ قَوْلُهَا فِي سَبْعِ صُورٍ مِنَ الْاِثْنَتَيْ عَشْرَةَ وَ هِيَ السِّتَّةُ الْمُجَامِعَةُ لِلدُّخُولِ، مُطْلَقًا، وَ وَاحِدَةٌ مِنَ السِّتَّةِ الْخَالِيَةِ عَنْهُ، وَ هِيَ مَا لَوْ تَقَدَّمَ تَارِيخُهَا: وَ قَوْلُهُ فِي الْخَمْسَةِ الْبَاقِيَةِ.

وَهَلْ يَفْتَقِرُ مَنْ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ بِغَيْرِ سَبْقِ التَّارِيخِ إِلَى الْيَمِينِ؟ وَ جَهَان: مَنْشَأُهُمَا الْحُكْمُ بِتَسَاقُطِ الْبَيِّنَتَيْنِ، حَيْثُ تَكُونَانِ مُتَّفِقَتَيْنِ فَيَخْتَارُ مَنْ قُدِّمَ قَوْلُهُ إِلَى الْيَمِينِ خُصُوصًا الْمَرْأَةُ، لِأَنَّهَا مُدَّعِيَةٌ مَحْضَةٌ، وَ خُصُوصًا إِذَا كَانَ الْمَرْجِعُ لَهُ الدُّخُولُ، فَإِنَّهُ بِمَجَرَّدِهِ لَا يَدُلُّ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ، بَلِ الْإِحْتِمَالُ بَاقٍ مَعَهُ، وَ مِنْ إِطْلَاقِ النَّصِّ بِتَقْدِيمِ بَيِّنَتِهِ مَعَ عَدَمِ الْأَمْرَيْنِ، فَلَوْ تَوَقَّفَ عَلَى الْيَمِينِ لَزِمَ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ. وَ الْأَقْوَى الْأَوَّلُ، وَ إِطْلَاقُ النَّصِّ غَيْرُ مُنَافٍ لِثُبُوتِ الْيَمِينِ بِدَلِيلٍ آخَرَ خُصُوصًا مَعَ جَرَيَانِ الْحُكْمِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ فِي مَوْضِعَيْنِ، أَحَدُهُمَا تَقْدِيمُ بَيِّنَتِهِ مَعَ أَنَّهُ مُدَّعٍ وَ الثَّانِي تَرْجِيحُهَا بِاللَّدُخُولِ، وَ هُوَ غَيْرُ مُرْجِحٍ.

و اگر زن و مرد، هر دو بیته [دو شاهد] بیاورند [یعنی آقای «الف» شاهد بیاورد که با خانم «ب» ازدواج کرده است و خانم «ج» شاهد بیاورد که با آقای «الف» ازدواج کرده است] پس یا شاهدان هر دو، مطلق هستند [یعنی هیچکدام تاریخ ندارند] یا هر دو،

تاریخ دارند [مثلاً تاریخ شهادت شاهدان مرد، اول اسفند و تاریخ شهادت شاهدان زن، پانزدهم اسفند است] و یا یکی از آنها بدون تاریخ و دیگری با تاریخ است [یعنی شاهد مرد با تاریخ و شاهد زن بدون تاریخ است و یا شاهد زن با تاریخ و شاهد مرد بدون تاریخ است] و در صورتی که شهادت هر دو، تاریخ داشته باشد یا تاریخ هر دو یکسان است یا تاریخ شاهد مرد، مقدم است یا تاریخ شاهد زن مقدم است [که مجموعاً تا اینجا شش صورت می شود] و براساس این فرض های ششگانه، یا مرد با زن نزدیکی کرده است و یا نزدیکی نکرده است که دوازده صورت می شود که می توان آنها را با شش صورت قبلی جمع کرد [یعنی صورتهایی که هر دو یا یکی از آنها، بینه نداشته باشند و نزدیکی صورت گرفته یا نگرفته باشد که مجموعاً هجده صورت می شود: ۱ - بینه نداشتن مرد با نزدیکی ۲ - بینه نداشتن زن با نزدیکی ۳ - بینه نداشتن مرد و زن با نزدیکی ۴ - بینه نداشتن مرد و زن با عدم نزدیکی ۵ - بینه نداشتن مرد با عدم نزدیکی ۶ - بینه نداشتن زن با عدم نزدیکی ۷ - بینه داشتن مرد و زن با نزدیکی ۸ - بینه داشتن مرد و زن با عدم نزدیکی ۹ - بینه داشتن تاریخ دار مرد با نزدیکی ۱۰ - بینه داشتن تاریخ دار مرد با عدم نزدیکی ۱۱ - بینه تاریخ دار داشتن زن با نزدیکی ۱۲ - بینه تاریخ دار داشتن زن با عدم نزدیکی ۱۳ - بینه تاریخ یکسان داشتن زن و مرد با نزدیکی ۱۴ - بینه تاریخ یکسان داشتن زن و مرد با عدم نزدیکی ۱۵ - بینه داشتن زن و مرد با مقدم بودن تاریخ بینه مرد با نزدیکی ۱۶ - بینه داشتن زن و مرد با مقدم بودن تاریخ بینه مرد بدون نزدیکی ۱۷ - بینه داشتن زن و مرد با مقدم بودن تاریخ بینه زن با نزدیکی ۱۸ - بینه داشتن زن و مرد با مقدم بودن تاریخ بینه زن بدون نزدیکی] در تمامی این صورتهای دوازده گانه براساس بینه مرد، حکم داده می شود مگر اینکه همراه با خواهری که ادعا می کند [یعنی خانم «ج» که ادعای زوجیت با آقای «الف» را دارد] ترجیحی برای بینه او وجود داشته باشد مانند اینکه با او نزدیکی صورت گرفته باشد [یعنی «الف» با «ج» نزدیکی کرده باشد که این نزدیکی، بینه او را تقویت می کند] یا تاریخ بینه زن، مقدم بر تاریخ بینه مرد باشد؛ در صورتی که بینه هر دو، تاریخ داشته باشد پس در هفت صورت از دوازده صورت، سخن زن مقدم می شود که شش صورت آن، صورتهایی است که نزدیکی با زن انجام شده است مطلقاً [اعم از اینکه بینه زن، تاریخ داشته باشد

یا تاریخ نداشته باشد. اعم از اینکه بینۀ زن مقدم بر بینۀ مرد باشد یا نباشد] و یک صورت از شش صورتی که نزدیکی صورت نگرفته است و آن، جایی است که تاریخ بینۀ زن، مقدم بر تاریخ بینۀ مرد است و در پنج صورت باقیمانده، سخن مرد پذیرفته می‌شود. و [در مورد اینکه] آیا شخصی که بینۀ او بدون مقدم بودن تاریخ، پذیرفته می‌شود نیازی به سوگند هم دارد یا خیر، دو احتمال وجود دارد: و منشأ این دو احتمال آن است [که احتمال لزوم سوگند] بخاطر آن است که اگر هر دو بینۀ [از نظر تاریخ نداشتن یا از نظر یکی بودن تاریخ] یک زن باشند [یعنی یا هر دو تاریخ نداشته باشند یا تاریخ هر دو، یکی باشد] هر دو از درجۀ اعتبار ساقط می‌شوند پس کسی که سخن او مقدم می‌شود باید قسم بخورد مخصوصاً اگر زن باشد زیرا زن، صرف مدعی است [یعنی فقط مطالبۀ نفع برای خودش می‌نماید مانند مهریه و نفقه، برخلاف مرد که ضرری را هم برای خودش می‌خرد زیرا باید مهریه و نفقه بدهد پس زن در معرض تهمت است و باید قسم بخورد] و مخصوصاً اگر نزدیکی سبب ترجیح بینۀ او شده باشد زیرا صرف نزدیکی، دلالتی بر زوجیت ندارد [بلکه ممکن است نزدیکی از راه زنا یا شبهه صورت گرفته باشد] و احتمال عدم زوجیت به رغم نزدیکی، وجود دارد. [اما احتمال عدم لزوم سوگند] بخاطر آن است که روایتی که می‌گوید در صورت عدم نزدیکی و مقدم نبودن تاریخ بینۀ زن بر تاریخ بینۀ مرد باید بینۀ را مقدم داشت، مطلق است [و اشاره‌ای به لزوم قسم نکرده است] پس اگر صدق ادعای مرد با بینۀ، نیازمند سوگند بود، تأخیر بیان از وقت حاجت، لازم می‌آمد. [شهادتانی، نظریۀ لزوم سوگند را ترجیح می‌دهد و می‌فرماید:] و نظریۀ اول، قوی‌تر است و مطلق بودن روایت، منافاتی با اثبات لزوم سوگند با دلیل دیگر ندارد [یعنی گرچه در روایت، اشاره‌ای به لزوم سوگند نشده است اما می‌توان این لزوم را با دلایل دیگری اثبات کرد]. مخصوصاً اینکه اجرای این حکم، در دو جا برخلاف اصل است؛ یکی جایی که بینۀ مرد، مقدم می‌شود در حالیکه او مدعی است. [ظاهراً این عبارت شهید اول، اشتباه است زیرا مقدم شدن بینۀ مدعی، مطابق اصل است و مقدم شدن بینۀ منکر، خلاف اصل می‌باشد پس بجای کلمۀ «مدع» باید کلمۀ «منکر» می‌آمد.] و دیگر، جایی که بینۀ زن با نزدیکی، ترجیح داده می‌شود در حالیکه نزدیکی، سبب ترجیح نیست [زیرا ممکن است نزدیکی از راه زنا یا شبهه

صورت گرفته باشد که در این صورت سخن شاهدان مبنی بر زوجیت را تقویت نمی‌کند. پس حال که به اعتقاد شهیدثانی، علاوه بر شهادت شهود، سوگند نیز لازم است وقتی آقای «الف» شاهد می‌آورد که با خانم «ب» ازدواج کرده است و شاهد او مقدم می‌شود باید قسم نیز یاد کند زیرا بین او و خواهر «ب» یعنی خانم «ج» نیز دعوای دیگری وجود دارد که آقای «الف» ادعای خانم «ج» را انکار می‌کند پس باید قسم بخورد تا دعوا بکلی خاتمه پیدا کند و اینکه خانم «ج» نیز شاهد آورده است که با آقای «الف» ازدواج کرده است لطمه‌ای وارد نمی‌کند زیرا ممکن است شاهدان از ازدواج آقای «الف» و خانم «ب» اطلاعی نداشته باشند و بین هر دو طرف نیز در واقع باهم تعارض کرده و هر دو از درجه اعتبار ساقط می‌شوند.

و مَوْرِدُ النَّصِّ الْأَخْطَانِ كَمَا ذُكِرَ، وَ فِي تَعْدِيهِ إِلَى مِثْلِ الْأُمِّ وَ الْبِنْتِ وَ جَهَانٍ: مِنْ عَدَمِ النَّصِّ وَ كَوْنِهِ خِلَافَ الْأَصْلِ فَيَقْتَضِرُ فِيهِ عَلَى مَوْرِدِهِ. وَ مِنْ اشْتِرَاكِ الْمُفْتَضِي وَ الْأَوَّلِ أَقْوَى، فَتَقَدَّمَ بَيْنَهُمَا مَعَ انْفِرَادِهَا أَوْ إِطْلَاقِهَا أَوْ سَبْقِ تَارِيخِهَا، وَ مَعَ عَدَمِهَا يَخْلِفُ هُوَ، لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ.

(الرَّابِعَةُ: لَوْ اشْتَرَى الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ لِسَيِّدِهِ فَالْنِّكَاحُ بَاقٍ) فَإِنَّ شِرَاءَهَا لِسَيِّدِهِ لَيْسَ مَانِعاً مِنْهُ (وَ إِنْ اشْتَرَاهَا) الْعَبْدُ (لِنَفْسِهِ بِإِذْنِهِ، أَوْ مَلَكَهُ إِثَّانًا) بَعْدَ شِرَائِهَا لَهُ (فَإِنْ قُلْنَا بَعْدَ مَلَكَهِ فَكَالْأَوَّلِ)، لِإِطْلَاقِ الشِّرَاءِ وَ التَّمْلِيكِ، فَبَقِيََتْ كَمَا كَانَتْ أَوَّلًا عَلَى مَلِكِ الْبَائِعِ أَوْ السَّيِّدِ، (وَ إِنْ حَكَمْنَا بِمَلَكَهِ بَطَلَ الْعَقْدُ) كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْحُرُّ زَوْجَتَهُ الْأَمَةَ وَ اسْتَبَاحَ بَعْضَهَا بِالْمَلِكِ.

(أَمَّا الْمُبْعَضُ فَإِنَّهُ) بِشِرَائِهِ لِنَفْسِهِ، أَوْ بِتَمْلِكِهِ (يَبْطُلُ الْعَقْدُ قَطْعًا)، لِأَنَّهُ بِجُزْئِهِ الْحُرُّ قَابِلٌ لِلتَّمْلِكِ وَ مَتَى مَلَكَ وَ لَوْ بَعْضَهَا بَطَلَ الْعَقْدُ.

و مورد روایت همانگونه که بیان شد، دو خواهر است [یعنی روایت مربوط به موردی است که مردی ادعای ازدواج با زنی را می‌نماید و خواهر آن زن نیز ادعای زوجیت با آن مرد را دارد. اما در مورد اینکه حکم مذکور در روایت را باید منحصر در همین مورد نمود یا می‌توان آن را به سایر موارد نیز تسری داد، اختلاف نظر وجود دارد و مرحوم شهیدثانی می‌فرماید: [و در مورد تسری این حکم به [مواردی] مانند مادر و دختر، دو احتمال وجود دارد؛ [یک احتمال آن است که نمی‌توان آن را به موارد دیگر

سرایت داد] زیرا تصریحی [در مورد امکان این تسری به سایر موارد] وجود ندارد [و دلیل دیگر برای عدم امکان تسری آن است که] این حکم برخلاف اصل می باشد [زیرا اصل بر عدم زوجیت است] بنابراین در مورد خلاف اصل باید به مورد خودش اکتفا کرد [یعنی در اینجا باید به مورد روایت که همان دو خواهر است اکتفا نمود. اما دلیل امکان تسری این حکم به موارد مشابه آن است که] مقتضی، در همه موارد مشترک است [یعنی علت اینکه روایت به دو خواهر اشاره کرده است، آن است که نمی توان با دو خواهر ازدواج نمود پس هر جا این علت و ملاک وجود داشته باشد این حکم نیز وجود دارد مثلاً اگر مردی ادعای ازدواج با «ب» را بنماید و مادر «ب» یعنی خانم «ج» هم ادعای ازدواج با آن مرد را بنماید، همین حکم جاری است. شهادتانی، نظریه عدم امکان تسری را برگزیده و می فرماید:] و نظریه اول، قوی تر است بنابراین اگر فقط زن، بینّه بیاورد [و مرد، دلیل نداشته باشد] بینّه زن پذیرفته می شود یا اگر بینّه زن و مرد، بدون تاریخ باشند یا تاریخ بینّه زن، مقدم باشد [بینّه زن، پذیرفته می شود] و اگر بینه ای وجود نداشت [یعنی مرد و زن نتوانند بینّه بیاورند، مرد قسم می خورد زیرا او منکر است.]

(الْخَامِسَةُ: لَا يُزَوِّجُ الْوَلِيُّ، وَلَا الْوَكِيلُ بِدُونِ مَهْرٍ الْمِثْلِ، وَلَا بِالْمَجْنُونِ، وَلَا بِالْخَصِيِّ)، وَلَا بغيرِهِ مِمَّنْ بِهِ أَحَدُ الْعُيُوبِ الْمُجَوِّزَةِ لِلْفَسْخِ (و) كَذَا (لَا يُزَوِّجُ الْوَلِيُّ الطِّفْلَ بِذَاتِ الْعَيْبِ فَيَتَخَيَّرُ) كُلُّ مِنْهُمَا (بَعْدَ الْكَمَالِ) لَوْ زَوَّجَ بِمَنْ لَا يَقْضِيهِ الْإِذْنُ الشَّرْعِيُّ، لَكِنْ فِي الْأَوَّلِ إِنْ وَقَعَ الْعَقْدُ بِدُونِ مَهْرٍ الْمِثْلِ عَلَى خِلَافِ الْمَصْلَحَةِ تَخَيَّرَتْ فِي الْمَهْرِ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي تَخَيُّرِهَا فِي أَصْلِ الْعَقْدِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا التَّخْيِيرُ، لِأَنَّ الْعَقْدَ الَّذِي جَرَى عَلَيْهِ التَّرَاضِي هُوَ الْمُشْتَمِلُ عَلَى الْمُسَمَى، فَمَتَى لَمْ يَكُنْ مَاضِياً كَانَ لَهَا فَسْخُهَا مِنْ أَصْلِهِ.

وَالثَّانِي عَدَمُهُ، لِعَدَمِ مَدْخَلِيَّةِ الْمَهْرِ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ وَفَسَادِهِ.
وَقِيلَ: لَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ مُطْلَقاً، لِأَنَّ مَا دُونَ مَهْرٍ الْمِثْلِ أَوْلَى مِنَ الْعَفْوِ، وَهُوَ جَائِزٌ لِلَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا خِيَارٌ فِي الْمَهْرِ فَفِي الْعَقْدِ أَوْلَى.
وَعَلَى الْقَوْلِ بِتَخْيِيرِهَا فِي الْمَهْرِ، يَثْبُتُ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، وَفِي تَوْقُفِ ثُبُوتِهِ عَلَى الدُّخُولِ، أَمْ يَثْبُتُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ قَوْلَانِ. وَفِي تَخْيِيرِ الزَّوْجِ لَوْ فَسَخَتِ الْمُسَمَى وَجْهَانِ: مِنَ التَّرَاضِي

بِحُكْمِ الْعَقْدِ، وَ هَذَا مِنْ جُمْلَةِ أَحْكَامِهِ، وَ مِنْ دُخُولِهِ عَلَى الْمَهْرِ الْقَلِيلِ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ الرِّضَا بِالزَّائِدِ جَبْرًا.

وَ لَوْ كَانَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا بِدُونِ مَهْرٍ الْمِثْلِ عَلَى وَجْهِ الْمَصْلَحَةِ، بَأَنَّ كَانَ هَذَا الزَّوْجُ بِهَذَا الْقَدْرِ أَصْلَحَ وَ أَكْمَلَ مِنْ غَيْرِهِ بِأَضْعَافِهِ، أَوْ لِاضْطِرَّارِهَا إِلَى الزَّوْجِ، وَلَمْ يَوْجَدْ إِلَّا هَذَا بِهَذَا الْقَدْرِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَفِي تَخْيِيرِهَا قَوْلَانِ. وَ الْمُتَّجِهُ هُنَا عَدَمُ الْخِيَارِ، كَمَا أَنَّ الْمُتَّجِهُ هُنَاكَ ثُبُوتُهُ.

وَ أَمَّا تَرْوِيجُهَا بِغَيْرِ الْكُفْوِ، أَوِ الْمَعْيَبِ فَلَا شُبْهَةَ فِي ثُبُوتِ خِيَارِهَا فِي أَصْلِ الْعَقْدِ، وَ كَذَا الْقَوْلُ فِي جَانِبِ الطُّفْلِ، وَ لَوْ اشْتَمَلَ عَلَى الْأَمْرَيْنِ ثَبَتَ التَّخْيِيرُ فِيهِمَا. وَ عِبَارَةُ الْكِتَابِ فِي إِثْبَاتِ أَصْلِ التَّخْيِيرِ فِيهِمَا مُجْمَلَةٌ تَجْرِي عَلَى جَمِيعِ الْأَقْوَالِ.

مساله پنجم - ولی و وکیل حق ندارند [دختری را که تحت ولایت یا وکالت آنهاست] با کمتر از مهرالمثل به عقد دیگری درآورند یا او را به عقد نکاح مرد مجنون یا اخته یا مردی درآورند که یکی از عیوب مجوز فسخ نکاح در وی وجود دارد [علت ممنوعیت ولی و وکیل آن است که در چنین مواردی از حدود ولایت و وکالت خارج شده و مصلحت دختر را رعایت نمی‌کنند پس اقدامات ایشان باطل است] همچنین ولی پسر صغیر [و وکیل مرد کبیر] حق ندارد دختری را به عقد او درآورد که عیبی در وی وجود دارد [پس اگر ولی یا وکیل در این دو مورد از حدود ولایت یا وکالت خود خارج شده و پسر یا دختر را به عقد نکاح دیگری درآورند] زوج و زوجه بعد از کامل شدن چنانچه [ولی یا وکیل،] ایشان را به ازدواج شخصی درآورده باشند که اذن شرعی نسبت به آن وجود ندارد، اختیار دارند [منظور از کامل شدن در اینجا صرف بالغ شدن یا رشید شدن نیست بلکه موکل نیز چنانچه بعد از عقد متوجه این موارد شود حق دارد عقد را فسخ نماید]. اما در حالت اول [که ولی یا وکیل، دختر را با کمتر از مهرالمثل به عقد دیگری درمی‌آورند] چنانچه عقد نکاح با کمتر از مهرالمثل و برخلاف مصلحت دختر، منعقد شده باشد زوجه بنابر نظریه صحیح‌تر، اختیار دارد که عقد مهر را فسخ کند اما در مورد اختیاری نسبت به فسخ عقد نکاح، دو دیدگاه وجود دارد؛ یک دیدگاه آن است که چنین اختیاری دارد زیرا عقد نکاحی که نسبت به آن تراضی صورت گرفته است، عقدی است که شامل مهرالمسمی می‌باشد پس وقتی مهرالمسمی، قابل پرداخت

نباشد، زوجه حق دارد عقد نکاح را فسخ نماید [یعنی عقدی که واقع شده است، عقد بدون مهرالمسمی می‌باشد و عقدی که مورد رضایت قرار گرفته است، عقد با مهرالمسمی می‌باشد بنابراین: «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع». مهرالمسمی، جزئی از عقد نکاح می‌باشد و وقتی جزء عقد از بین رفت، تمام عقد از بین می‌رود.] دیدگاه دوم آن است که زوجه، حق فسخ عقد نکاح را ندارد زیرا مهریه، دخالتی در صحت و فساد عقد نکاح ندارد [یعنی عقد نکاح و عقد مهریه، دو عقد جداگانه هستند که فساد یکی موجب فساد دیگری نمی‌شود.] نظریه دیگری می‌گوید که زوجه مطلقاً اختیار ندارد [یعنی نه می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند و نه می‌تواند عقد مهریه را فسخ نماید] زیرا مهریه کمتر از مهرالمثل، برای بخشیدن شایسته تر است و کسی که انعقاد عقد نکاح برعهده اوست، حق بخشیدن مهریه را دارد و وقتی زن حق فسخ عقد مهریه را نداشته باشد، به طریق اولی حق فسخ عقد نکاح را نخواهد داشت [یعنی ولی که امر عقد نکاح را برعهده دارد، می‌تواند مهریه را بکلی ببخشد و مولی علیه حق اعتراض ندارد، پس وقتی حق بخشیدن تمام یا مقداری از مهریه را دارد به طریق اولی حق تعیین مهریه به مقدار کمتر از مهرالمثل را خواهد داشت و زن نمی‌تواند عقد مهریه را فسخ کند و وقتی حق فسخ عقد مهریه را نداشته باشد به طریق اولی، حق فسخ عقد نکاح را نخواهد داشت.] و اگر بپذیریم که زوجه، حق فسخ عقد مهریه را دارد، مهرالمثل برای او ثابت می‌شود و در مورد اینکه ثبوت مهرالمثل، متوقف بر وقوع نزدیکی است یا به مجرد عقد نکاح، برقرار می‌شود دو دیدگاه وجود دارد. حال اگر زوجه [پس از کامل شدن]، عقد مهریه را فسخ کند آیا زوج می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند؟ [در این زمینه، دو دیدگاه وجود دارد؛ یک دیدگاه آن است که حق فسخ ندارد] زیرا زوج، متعهد است که مفاد عقد نکاح را انجام دهد و این موضوع هم یکی از مفاد و احکام عقد نکاح می‌باشد [یعنی وقتی عقد نکاح با کمتر از مهرالمثل منعقد می‌شد، زوج متعهد گردید که چنانچه زوجه پس از کامل شدن، مهریه را فسخ نماید بجای آن مهرالمثل را بپردازد بنابراین زوج باید به این تعهد خویش پای‌بند باقی بماند و به عبارتی زوج با پذیرش عقد نکاح، آثار آن را هم پذیرفته است. اما دیدگاه دیگری بر آن است که زوج، حق فسخ دارد] زیرا زوج، عقد را با توجه به مهریه کم [یعنی مهریه‌ای که کمتر از مهرالمثل بوده]

پذیرفته است بنابراین لازمه چنین اقدامی، آن نیست که ملزم به پذیرش مقدار اضافی شود [و مهرالمثل را بپذیرد بلکه می تواند عقد را فسخ کند]. اگر دختر بخاطر مصلحتی با کمتر از مهرالمثل به عقد دیگری درآید مانند اینکه این شوهر با این مهریه، شایسته تر و مناسب تر از شوهر دیگری است که چند برابر مهریه می دهد یا مانند جایی که دختر نیاز به شوهر دارد و شوهری بجز این شوهر با این مقدار مهریه، پیدا نمی شود یا سایر مصلحت ها [که دفع ضرر یا جلب منفعتی را در پی دارد] آیا دختر اختیار دارد [که بعد از کامل شدن، عقد مهریه را که کمتر از مهرالمثل بوده است، فسخ نماید؟] دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد و نظریه مناسب تر در اینجا آن است که حق فسخ ندارد [البته از ظاهر عبارت مصنف برمی آید که دختر، حق فسخ عقد مهریه و عقد نکاح را ندارد زیرا اگر فقط عقد مهریه مورد نظر بود، تکرار مطالب قبلی خواهد بود] همانگونه که در آنجا [یعنی جایی که مصلحت دختر رعایت نشده باشد] نظریه بهتر آن است که حق فسخ دارد [و در اینجا هم بهتر است فسخ عقد مهریه و عقد نکاح در نظر گرفته شود. البته مطالبی که گفته شد در مورد ولی است و احکام وکیل را بیان نکرده است زیرا تابع مقررات مربوط به عقد وکالت است] و اما اگر دختر به ازدواج مردی درآید که هم شأن او نیست [یعنی از نظر عرفی در شأن او نیست و گرنه عدم هم شأن بودن شرعی موجب بطلان عقد است] شبهه ای نیست که دختر [بعد از کامل شدن] اختیار دارد که عقد نکاح را فسخ نماید و همین دیدگاه [با تمام تفاسیلی که بیان شد] در مورد طفل نیز وجود دارد [یعنی اگر دختر معیوبی به ازدواج طفل صغیری درآورده شود، طفل می تواند بعد از کامل شدن، عقد را فسخ کند] و اگر عقد نکاح مشتمل بر هر دو موضوع باشد [یعنی هم عیب وجود داشته باشد و هم، کفو بودن رعایت نشده باشد] حق فسخ عقد بخاطر هر دو عیب بوجود می آید و عبارت کتاب [لمعه] در مورد اینکه حق فسخ در عقد نکاح و عقد مهریه بوجود می آید، اجمال دارد و به همه نظریه های قبلی تسری پیدا می کند. [مرحوم شهید اول به صورت کل گفته است که زوج یا زوجه بعد از کامل شدن، اختیار فسخ دارد اما مشخص نکرده است که اختیار فسخ کدام عقد را دارد بنابراین کلام وی مجمل و مبهم است و این ابهام به تمامی نظریه های قبلی سرایت می کند].

(السادسة: عقد النكاح لو وقع فُضُولًا) مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، أَوْ مِنْهُمَا (يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ مِنَ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ) إِنْ كَانَ كَامِلًا (أَوْ وَلِيِّهِ) الَّذِي لَهُ مُبَاشَرَةُ الْعُقْدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ (وَلَا يَبْطُلُ) مِنْ أَصْلِهِ (عَلَى الْأَقْرَبِ) لِمَا رَوَى مِنْ أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا، وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ أَنَّهُ سَأَلَ الْبَاقِرَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ، قَالَ: «النَّكَاحُ جَائِزٌ، إِنْ شَاءَ الرَّوْجُ قَبْلَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ». وَحُمِلَ الْقَبُولُ عَلَى تَجْدِيدِ الْعُقْدِ خِلَافَ الظَّاهِرِ. وَرَوَى أَبُو عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءُ فِي الصَّحِيحِ أَنَّهُ سَأَلَ الْبَاقِرَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلِيَّانِ لَهُمَا وَهُمَا غَيْرُ مُذْرِكَيْنِ، فَقَالَ: «النَّكَاحُ جَائِزٌ، وَآيُهُمَا أَذْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ» وَحُمِلَ الْوَلِيُّ هُنَا عَلَى غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ بِقَرْبَةِ بَنَةِ التَّحْطِيبِ، وَغَيْرِهَا مِنَ الْأَخْبَارِ، وَهِيَ ذَالَّةٌ عَلَى صِحَّةِ النَّكَاحِ مُوقُوفًا، وَإِنْ لَمْ تَقُلْ بِهِ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ. وَيَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ أَيْضًا حَدِيثُ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ فِي شِرَاءِ الشَّاةِ، وَ لَا قَائِلٌ بِاخْتِصَاصِ الْحُكْمِ بِهِمَا، فَإِذَا ثَبَتَ فِيهِمَا ثَبَتَ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ، نَعَمْ قَبْلَ: بِاخْتِصَاصِهِ بِالنَّكَاحِ، وَلَهُ وَجْهٌ لَوْ نُوقِشَ فِي حَدِيثِ عُرْوَةَ. وَقِيلَ: يُبْطَلَانِ عَقْدُ الْفُضُولِيِّ مُطْلَقًا اسْتِنَادًا إِلَى أَنَّ الْعُقْدَ سَبَبٌ لِلْإِبَاحَةِ فَلَا يَصِحُّ صُدُورُهُ مِنْ غَيْرِ مُعْقُودٍ عَنْهُ أَوْ وَلِيِّهِ، لِئَلَّا يَلْزَمَ مِنْ صِحَّتِهِ عَدَمُ سَبَبِيَّتِهِ بِنَفْسِهِ، وَأَنَّ رِضَا الْمُعْقُودِ عَنْهُ أَوْ وَلِيِّهِ شَرْطٌ، وَالشَّرْطُ مُتَقَدِّمٌ، وَمَا رَوَى مِنْ بُطْلَانِ النَّكَاحِ بِدُونِ إِذْنِ الْوَلِيِّ، وَأَنَّ الْعُقُودَ الشَّرْعِيَّةَ تَحْتَاجُ إِلَى الْأَدْلَةِ وَهِيَ مُنْفِئَةٌ، وَ الْأَوَّلُ عَيْنُ الْمُنَازَعِ فِيهِ. وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ. وَالرَّوَايَةُ عَامِيَّةٌ. وَالدَّلِيلُ مُوْجُودٌ.

(السابعة: لا يجوز نكاح الأمة إلا بإذن مالِكها وإن كان المالك امرأة في الدائم والمُتَعَةِ)، لَقُبِحَ التَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾، (وَرَوَايَةُ سَيْفٍ) بِنِ عَمِيرَةَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْمُغِيرَةِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ الرَّجُلِ يَتَمَتَّعُ بِأَمَةِ الْمَرْأَةِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهَا فَقَالَ: لَا بَأْسَ (مُنَافِيَةٌ لِلْأَصْلِ) وَهُوَ تَحْرِيمُ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَقْلًا وَشَرْعًا فَلَا يُعْمَلُ بِهَا وَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً، فَلِذَلِكَ أَطْرَحَهَا الْأَصْحَابُ غَيْرُ الشَّيْخِ فِي النِّهَايَةِ جَزِيًّا عَلَى قَاعِدَتِهِ.

وَإِذَا أَدَانَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التَّزْوِيجِ فَإِنْ عَيَّنَ لَهُ مَهْرًا تَعَيَّنَ وَلَيْسَ لَهُ تَخْطِيبُهُ، وَإِنْ أَطْلَقَ انْصَرَفَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ (وَلَوْ زَادَ الْعَبْدُ الْمَادُونُ) عَلَى الْمُعَيَّنِ فِي الْأَوَّلِ (وَعَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ) فِي الثَّانِي (صَحَّ)، لِإِذْنِهِ فِي أَصْلِ النَّكَاحِ، وَهُوَ يَقْتَضِي مَهْرَ الْمِثْلِ عَلَى الْمَوْلَى، أَوْ مَا عَيَّنَهُ (وَكَانَ الزَّائِدُ فِي ذِمَّتِهِ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ، وَ مَهْرُ الْمِثْلِ) أَوْ الْمُعَيَّنِ (عَلَى

الْمَوْلَى)، وَكَذَا التَّفَقُّةُ، وَقِيلَ: يَجِبُ ذَلِكَ فِي كَسْبِهِ. وَالْأَقْوَى الْأَوَّلُ، لِأَنَّ الْأَذْنَ فِي النِّكَاحِ يَفْتَضِي الْأَذْنَ فِي تَوَابِعِهِ، وَالْمَهْرُ وَالتَّفَقُّةُ مِنْ جُمْلَتِهَا، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ شَيْئاً، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ، لِامْتِنَاعِ التَّكْلِيفِ بِمَا لَا يُطَاقُ فَيَكُونُ عَلَى الْمَوْلَى كَسَائِرُ دُبُونِهِ وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَإِنْ أَطْلَقَهَا تَخَيَّرَ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَإِنْ عَيَّنَ تَعَيَّنَتْ، فَلَوْ تَخَطَّاهَا كَانَ فَضُولِيًّا يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى.

(وَمَنْ تَحَرَّرَ بَعْضُهُ لِمَوْلَى إِجْبَارُهُ عَلَى النِّكَاحِ) مُرَاعَاةً لِجَانِبِ الْحُرِّيَّةِ، (وَلَا لِلْمُبْعُضِ الْأَسْتِقْلَالِ) مُرَاعَاةً لِجَانِبِ الرِّقَّةِ، بَلْ يَتَوَقَّفُ نِكَاحُهُ عَلَى رِضَاهُ وَإِذْنِ الْمَوْلَى، جَمْعاً بَيْنَ الْحَقَّيْنِ.

مساله ششم - عقد نکاح اگر به صورت فضولی از سوی یکی از طرفین عقد یا هر دو صورت گیرد متوقّف بر اجازة شخصی است که عقد از سوی او انجام شده است چنانچه کامل باشد. اما اگر شخصی که عقد از سوی او انجام شده است کامل نباشد [صغیر یا دختر باکره باشد] متوقّف بر اجازة ولی اوست که عقد را منعقد کرده است و بنابر نظریة نزدیک به واقع، چنین عقدی از اصل باطل نمی باشد [واژه «اقرّب» معمولاً در جایی بکار می رود که دو طرف، دلیل دارند اما دلیل یکی از آنها به واقع نزدیک تر است] بخاطر روایتی که می گوید، دختر باکره ای نزد پیامبر آمد و گفت که پدرش او را به ازدواج شخصی درآورده است، در حالی که وی نسبت به چنین عقدی کراهت دارد پس پیامبر او را مخیر ساخت [که ازدواج را قبول کند یا رد نماید] و محمد بن مسلم روایت کرده است که از امام باقر (ع) درباره مردی سؤال کرد که مادرش او را به ازدواج شخصی درآورده در حالی که او غایب بوده است. امام فرمود: «نکاح جائز است پس اگر زوج بخواهد آن را قبول می کند و اگر بخواهد ردّ می کند.» و حمل کردن واژه «قبول» بر تجدید عقد برخلاف ظاهر روایت است [یعنی ممکن است گفته شود که منظور امام (ع) از واژه «قبول» آن است که زوج مجدداً، ایجاب قبلی را قبول نماید و عقد را دوباره منعقد کند. اما چنین استنباطی خلاف ظاهر روایت است بلکه منظور امام آن است که زوج، ازدواج قبلی را قبول کند.] و ابو عبیده حدّاء در روایت صحیحی روایت کرده است از امام باقر (ع) در مورد پسر و دختری سؤال شد که ولی آنها، ایشان را به عقد ازدواج یکدیگر درآورده اند در حالیکه کامل نبوده اند. امام (ع) فرمود: «نکاح،

جایز است و هر کدام از ایشان که کامل شد اختیار دارد» [که عقد نکاح را قبول نموده یا رد کند] و واژه «ولی» در این روایت حمل بر غیر پدر و جد پدری می شود و مختار کردن زوجین، قرینه آن است [یعنی اگر پدر و جد پدری، زوجین صغیر را به عقد یکدیگر درآورند آنها موظفند که این ازدواج را بپذیرند و اختیاری در قبول یا رد آن ندارند پس اینکه اختیار قبول یا رد به آنها داده شده است نشان می دهد که منظور از «ولی» شخصی همچون حاکم و وصی است. اما این ادعای شهیدثانی صحیح نیست زیرا پدر و جد پدری هم اگر صغیر را بدون مصلحت به ازدواج دیگری درآورند، صغیر بعد از کامل شدن می تواند عقد را رد کند.] و سایر روایاتی که عقد نکاح فضولی را صحیح می دانند اما متوقف بر اجازه [شخصی است که عقد از سوی او منعقد شده است.] هر چند در سایر عقود چنین حکمی را قبول نداشته باشیم. یعنی اگر عقد فضولی در سایر موارد هم صحیح نباشد در اینجا صحیح است زیرا دلیل خاص وجود دارد [هر چند روایت عروه بارقی در خرید گوسفند نیز دلالت بر صحت بیع فضولی دارد و کسی هم نگفته است که حکم [صحت عقد فضولی] اختصاص به عقد بیع و نکاح دارد پس وقتی [صحت عقد فضولی] در نکاح و بیع ثابت شد در سایر عقود نیز ثابت می شود هر چند یک دیدگاه آن است که [صحت عقد فضولی] اختصاص به عقد نکاح دارد و چنانچه حدیث عروه بارقی مورد خدشه قرار گیرد، این دیدگاه قابل توجیه است [حدیث عروه بارقی بدین مضمون است که پیامبر (ص) به عروه دستور داد تا گوسفندی را به یک دینار بخرد پس عروه، دو گوسفند را با یک دینار خرید و یکی از آنها را با یک دینار فروخت و گوسفند دیگر را به همراه یک دینار به پیامبر داد و پیامبر آن را اجازه داد و به او بخاطر معامله ای که انجام داده بود، تبریک گفت.] یک دیدگاه [که منسوب به مرحوم شیخ طوسی می باشد آن است که] عقد فضولی، مطلقاً باطل است [اعم از اینکه در عقد بیع یا نکاح یا سایر عقود باشد و اعم از اینکه مالک، آن را اجازه بدهد یا اجازه ندهد. و دلیل باطل بودن عقد فضولی] آن است که عقد، سبب کامل اباحه است [یعنی عقد به تنهایی، اثر دارد مثلاً به محض اینکه عقد نکاح منعقد گردید، مالکیت بوجود می آید بدون اینکه نیاز به امر دیگری مانند اجازه مالک باشد بنابراین علت کامل مالکیت، عقد بیع است نه اینکه عقد بیع و اجازه مالک باشد] بنابراین انعقاد عقد از سوی شخصی غیر از کسی که

عقد از سوی او منعقد می شود یا ولیّ او، صحیح نیست تا از صحت عقد فضولی، لازم نیاید که عقد به تنهایی، سبب و علت نباشد [یعنی اگر عقد فضولی صحیح باشد نیازمند اجازه مالک خواهد بود یعنی اجازه مالک نیز جزئی از علت خواهد بود حال آنکه عقد به تنهایی، علت است. [دلیل دوم برای بطلان عقد فضولی، آن است که] رضایت شخصی که عقد از سوی او انجام شود [در جایی که کامل باشد] یا رضایت ولیّ او [در جایی که کامل نباشد]، شرط [صحت عقد فضولی] است در حالیکه شرط، مقدم می شود [یعنی اگر اجازه مالک یا ولیّ او شرط صحت عقد فضولی باشد باید شرط قبل از مشروط بیاید در حالیکه در عقد فضولی، اجازه مالک بعد از عقد می آید. دلیل سوم برای بطلان عقد فضولی،] روایتی است که نکاح بدون اذن ولیّ را باطل می داند [یعنی روایتی که عایشه از پیامبر (ص) نقل کرده است که وی نکاح دختری که بدون اجازه ولیّ او صورت گرفته بود را باطل دانست یا روایت ابو موسی اشعری از پیامبر که فرمود: «هر نکاحی با اذن ولی صورت می گیرد.» دلیل دیگر برای بطلان عقد فضولی] آن است که عقود شرعی نیاز به دلیل دارند در حالیکه دلیلی برای صحت عقد فضولی وجود ندارد. [مرحوم شهیدثانی همه این دلیل ها را رد می کند و می فرماید:] دلیل اوّل که همان محل اختلاف است [یعنی دلیل اوّل، مصادره به مطلوب است زیرا می گوید: اگر صدور عقد از غیر معقود علیه جایز باشد، لازم می آید که عقد به تنهایی سبب نباشد اما عقد به تنهایی سبب است پس صدور عقد از غیر معقود علیه نیز جایز نیست یعنی تالی، باطل است پس مقدم نیز باطل می باشد. اما ما این سخن را قبول نداریم زیرا اینکه عقد به تنهایی سبب می باشد یا خیر، همان مطلبی است که در مورد آن اختلاف داریم. و اما در مورد دلیل دوم نیز می گوئیم که] دلیل دوم، ممنوع و مردود است [زیرا اجازه، شرط عقد نیست بلکه شرط لزوم عقد است بنابراین اجازه قبل از عقد نمی آید بلکه بعد از عقد می آید. و اما دلیل سوم که روایات شرعی بود نیز باطل است زیرا] این روایت از سوی راویان اهل سنت بیان شده است. و اما دلیل آخر هم که فقدان دلیل بود باطل است زیرا] دلیل وجود دارد [که قبلاً به چند نمونه آن اشاره شد.]

(الْثَّامِيَّةُ: لَوْ زَوْجَ الْفُضُولِيِّ الصَّغِيرَيْنِ فَبَلَغَ أَحَدُهُمَا وَأَجَّازَ الْعَقْدَ لَزِمَ) مِنْ جِهَتِهِ، وَ بَقِيَ لُزُومُهُ مِنْ جِهَةِ الْآخَرِ مَوْقُوفًا عَلَى بُلُوغِهِ وَإِجَّازَتِهِ (فَلَوْ أَجَّازَ) الْأَوَّلَ (ثُمَّ مَاتَ) قَبْلَ

بُلُوغِ الْآخَرِ (عَزَلَ لِلصَّغِيرِ قِسْطُهُ مِنْ مِيرَاثِهِ) عَلَى تَقْدِيرِ إِجَازَتِهِ، (وَإِذَا بَلَغَ الْآخَرُ) بَعْدَ ذَلِكَ وَفَسَخَ فَلَا مَهْرَ وَلَا مِيرَاثَ، لِإِبْطَالِ الْعَقْدِ بِالرَّدِّ (وَ) إِنْ (أَجَازَ حَلَفَ عَلَى عَدَمِ سَبْيَةِ الْأَرْثِ فِي الْإِجَازَةِ) بِمَعْنَى أَنَّ الْبَايْعَ عَلَى الْإِجَازَةِ لَيْسَ هُوَ الْأَرْثُ، بَلْ لَوْ كَانَ حَيًّا لَرَضِيَ بِتَرْوِيجِهِ (وَوَرِثَ) حِينَ يَخْلِفُ كَذَلِكَ. وَمُسْتَنَدُ هَذَا التَّفْصِيلِ صَحِيحَةُ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَمَوْرِدُهَا الصَّغِيرَانِ كَمَا ذُكِرَ.

مساله هشتم - اگر شخصی به صورت فضولی، دو صغیر را به عقد یکدیگر درآورد پس یکی از آن دو بالغ شده و عقد را اجازه بدهد، عقد از طرف وی لازم می شود و لزوم عقد از سوی طرف دیگر، متوقف بر بلوغ و اجازه اوست پس اگر طرف اول، اجازه داد اما قبل از بالغ شدن طرف دیگر [یا بعد از بالغ شدن و قبل از اجازه دادن] فوت کند، سهم الارث صغیر با فرضی که اجازه بدهد، برای او کنار گذاشته می شود و هرگاه طرف دیگر بعد از آن، بالغ شود و عقد را فسخ نماید مهریه و سهم الارثی به او تعلق نمی گیرد زیرا عقد بخاطر ردّ [و فسخ] او باطل شده است و اگر عقد را اجازه بدهد سوگند یاد می کند که ارث بردن، تأثیری در اجازه نداشته است یعنی ارث بردن، انگیزه اجازه دادن [و تنفیذ عقد] نبوده است بلکه اگر طرف دیگر زنده می بود باز هم رضایت به ازدواج می داد و چنانچه طرف مقابل [که زنده است] چنین سوگندی یاد کند ارث می برد و مستند این تفصیل [که یک طرف بمیرد و طرف دیگر، عقد را قبول کند یا ردّ نماید]، روایت صحیحی است که ابو عبیده حدّاء از امام باقر (ع) بیان کرده است این روایت در مورد دو صغیر است که شخص فضولی آنها را به عقد یکدیگر درمی آورد. خلاصه آنچه گفته شد آن است که شخصی به صورت فضولی، آقای «الف» و خانم «ب» را که صغیر هستند بدون اجازه ولی آنها به عقد یکدیگر درمی آورد و اجازه ولی «الف» اخذ می شود اما اجازه ولی «ب» اخذ نمی شود و قبل از بلوغ خانم «ب»، آقای «الف» فوت می کند، حال وقتی خانم «ب» بالغ می شود چنانچه عقد را ردّ کند مهریه ای به او تعلق نمی گیرد و از «الف» هم ارث نمی برد اما اگر خانم «ب» عقد را اجازه بدهد مهریه به او تعلق می گیرد و سهم الارث نیز از ترکه آقای «الف» می برد اما باید قسم بخورد که بخاطر ارث بردن یا مهریه گرفتن، اجازه نداده است. همین حکم در موردی هم وجود دارد که خانم «ب» بمیرد و آقای «الف» بعد از بالغ شدن، عقد را بپذیرد یا ردّ کند.

وَلَوْ زَوَّجَ أَحَدَ الصَّغِيرَيْنِ الْوَلِيَّ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا بِالْغَا رَشِيداً وَ زَوَّجَ الْآخَرَ الْفُضُولِيَّ
فَمَاتَ الْأَوَّلُ عَزَلَ لِلثَّانِي نَصِيْبُهُ، وَأَخْلَفَ بَعْدَ بُلُوْغِهِ كَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ بَطَلَ
الْعَقْدُ. وَهَذَا الْحُكْمُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُورِدَ النَّصِّ، إِلَّا أَنَّهُ ثَابِتٌ فِيهِ بِطَرِيقِ أَوَّلِيٍّ، لِلزُّوْمِ الْعَقْدِ هُنَا
مِنَ الطَّرَفِ الْآخَرِ، فَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الثَّبُوتِ مِمَّا هُوَ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

نَعَمْ لَوْ كَانَا كَبِيرَيْنِ وَ زَوَّجَهُمَا الْفُضُولِيَّ، فَفِي تَعَدِّي الْحُكْمِ إِلَيْهِمَا نَظَرٌ: مِنْ مُسَاوَاتِهِ
لِلْمَنْصُوصِ فِي كَوْنِهِ فَضُولِيّاً مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَلَا مَدْخَلَ لِلصَّغَرِ وَالْكِبَرِ فِي ذَلِكَ وَمِنْ ثُبُوتِ
الْحُكْمِ فِي الصَّغِيرَيْنِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ مِنْ حَيْثُ تَوَقَّفُ الْأَرْثُ عَلَى الْيَمِينِ، وَظُهُورُ
التَّهْمَةِ فِي الْإِجَازَةِ، فَيُحْكَمُ فِيهَا خَرَجَ عَنِ الْمَنْصُوصِ بِطُلَانِ الْعَقْدِ مَتَى مَاتَ أَحَدُ الْمَعْقُودِ
عَلَيْهِمَا بَعْدَ إِجَازَتِهِ، وَقَبْلَ إِجَازَةِ الْآخَرِ. وَيُمْكِنُ إِثْبَاتُ الْأَوْلَوِيَّةِ فِي الْبَالِغَيْنِ بِوَجْهِ آخَرَ، وَ
هُوَ أَنَّ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ مَتَى كَانَ لَهُ مُجَبِّزٌ فِي الْحَالِ فَلَا إِشْكَالَ عِنْدَ الْقَائِلِ بِصِحَّتِهِ فِي صِحَّتِهِ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مُجَبِّزٌ كَذَلِكَ، فَإِنَّ فِيهِ خِلَافاً عِنْدَ مَنْ يُجَوِّزُ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ، فَإِذَا
ثَبَّتَ الْحُكْمُ فِي الْعَقْدِ الضَّعِيفِ الَّذِي لَا مُجَبِّزَ لَهُ فِي الْحَالِ، وَهُوَ عَقْدُ الصَّغِيرَيْنِ فَتَعَدَّى بِهِ إِلَى
الْأَقْوَى أَوَّلِيٍّ.

[آنچه که گفته شد مربوط به دو صغیری بود که به صورت فضولی به عقد یکدیگر
درآیند و حکم آن در روایت بیان شده است اما فرض های دیگری نیز وجود دارد که
شاهدانی، آنها را مطرح می کند. یکی از این فرض ها آن است که] اگر یکی از دو صغیر را
ولی او به عقد دیگری درآورد یا یکی از طرفین عقد، بالغ و رشید باشد و طرف دیگر
را شخصی به صورت فضولی به عقد دیگری درآورد پس اَوَّلِی [یعنی شخصی که عقد
از سوی ولی او انجام شده یا بالغ بوده و خودش عقد را منعقد کرده است] فوت کند،
سهم الارث طرف دوم کنار گذاشته می شود و بعد از بلوغش به همین نحو قسم
می خورد [یعنی قسم می خورد که بخاطر ارث بردن، اجازه نداده است.] و اگر قبل از
بلوغ و اجازه فوت کند، عقد باطل می شود [این قسمت، دو فرض را بیان می کند؛ یک
فرض آن است که ولی آقای «الف» او را به عقد خانم «ب» درمی آورد و کسی که خانم
«ب» را به عقد آقای «الف» درمی آورد به صورت فضولی این کار را می کند. در این
حالت، آقای «الف» قبل از آنکه خانم «ب» بالغ شود فوت می کند. فرض سوّم آن است
که آقای «الف» بالغ و رشید است و خودش را به عقد خانم «ب» درمی آورد و قبل از

اینکه خانم «ب» بالغ شود، آقای «الف» فوت می‌کند. فرض دوم و سوم نیز همان حکم فرض اول را دارد و [این حکم اگر چه در روایت بیان نشده است اما به طریق اولی از روایت فهمیده می‌شود زیرا عقد در اینجا از سوی طرف مقابل [یعنی آقای «الف»] لازم است [یعنی عقد در همان زمانی که منعقد می‌شود لازم است] پس نسبت به موردی که از هر دو طرف جایز است، نزدیک‌تر به ثبوت می‌باشد [یعنی موردی که در روایت بیان شده آن است که طرفین عقد، صغیر بوده و لزوم عقد از هر دو طرف نیاز به تنفیذ دارد اما فرض دوم و سوم در موردی است که یک طرف عقد، لازم بوده و نیازی به تنفیذ ندارد پس به طریق اولی مشمول حکم مذکور در روایت می‌شود].

وَلَوْ عَرَضَ لِلْمُجْزِ الثَّانِي مَانِعٌ عَنِ الْيَمِينِ كَالْجُنُونِ وَالسَّفَرِ الضَّرُورِيِّ عَزَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى أَنْ يَخْلِفَ، وَلَوْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، فَلَا قُوَّةَ لَهُ لَا يَرِثُ، لِأَنَّ ثُبُوتَهُ بِالنَّصِّ وَالْفَتْوَى مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ وَالْيَمِينِ مَعًا، فَيَنْتَفِي بِدُونِ أَحَدِهِمَا.

[تاکنون مرحوم شهیدثانی دو فرض را به فرضی که شهید اول بیان کرده بود اضافه کرده است و باز هم فرض چهارمی را مطرح می‌کند تا معلوم گردد که آیا می‌توان حکم این فرض را نیز از روایت بدست آورد یا خیر؟ فرض چهارم را چنین مطرح می‌کند: [بله اگر طرفین عقد، کبیر باشند و دو نفر به صورت فضولی، آنها را به عقد یکدیگر درآورند، آیا حکم [مذکور در روایت]، شامل این دو نفر نیز می‌شود؟ مثلاً آقای «الف» و خانم «ب» که بالغ و رشید هستند از سوی آقای «ج» و آقای «د» به عقد یکدیگر درمی‌آیند بدون اینکه «الف» و «ب» اجازه یا وکالت داده باشند. مرحوم شهیدثانی می‌فرماید در مورد شمول حکم روایت نسبت به این مورد [تأمل وجود دارد]. دلیل اینکه می‌توان حکم روایت را به این مورد نیز تسری داد] آن است که این مورد نیز مانند مورد مذکور در روایت از جهت فضولی بودن از هر دو طرف، یکسان هستند و صغیر یا کبیر بودن طرفین عقد، تأثیری در آن ندارد. [یعنی همانگونه که موضوع روایت، جایی بود که هر دو عقد به صورت فضولی بود در اینجا هم هر دو عقد فضولی است و فقط تفاوتشان در این است که در آنجا، هر دو صغیر بودند اما در اینجا هر دو کبیر می‌باشد اما صغیر یا کبیر بودن تأثیری ندارد. اما دلیل اینکه نمی‌توان حکم روایت را به این مورد تسری داد] آن است که ثبوت چنین حکمی برای دو صغیر برخلاف اصل است زیرا

ارث بردن، منوط به سوگند شده است و در اجازه دادن شخص، اتهام وجود دارد. [یعنی حکم این روایت از دو جهت برخلاف قاعده است؛ یکی اینکه ارث بردن منوط به سوگند شده است و دیگر اینکه احتمال می رود اجازه طرف دیگر با انگیزه ارث بردن باشد.] پس در خصوص موردی که مشمول روایت نیست، حکم به بطلان عقد می شود در صورتی که یکی از طرفین عقد بعد از اجازه دادن و قبل از اجازه دادن طرف دیگر، فوت می کند. [وقتی عقد نکاح از ایجاب و قبول تشکیل می شود قاعده آن است که چنانچه یک طرف، ایجاب را منعقد کند و قبل از آنکه طرف مقابل قبول را انشاء کند یا اگر انشای قبول به صورت فصولی بوده است قبل از آنکه آن را اجازه بدهد، فوت نماید عقد باطل می شود اما موردی که در روایت بیان شده است بخاطر این روایت، استثناء از شمول قاعده خارج می شود و در اینجا فرقی نمی کند که اجازه را ناقل بدانیم یا کاشف بدانیم. شهیدثانی می فرماید اما شاید بتوان حکم موردی که دو فرد بالغ به صورت فصولی به عقد یکدیگر درآمده اند بگونه دیگری از راه اولویت از روایت بدست آورد] و در مورد دو بالغ می توان اولویت را بگونه دیگری اثبات کرد بدین صورت که هرگاه اجازه دهنده فعلی برای عقد فصولی وجود داشته باشد پس اشکالی نیست که هرکس عقد فصولی را صحیح بداند، این مورد را نیز صحیح می داند برخلاف موردی که اجازه دهنده فعلی برای عقد فصولی وجود نداشته باشد زیرا کسانی که عقد فصولی را صحیح می دانند نسبت به چنین موردی اختلاف نظر دارند پس وقتی حکم در مورد عقد ضعیفی که اجازه دهنده فعلی ندارد یعنی عقد دو صغیر، صحیح باشد، تسری دادن این حکم به عقد قوی تر [که اجازه دهنده فعلی دارد] اولویت دارد. [خلاصه اینکه روایت ناظر به دو صغیر است که به صورت فصولی به عقد یکدیگر درآمده اند و اجازه دهنده فعلی (یعنی در زمان عقد) برای آنها وجود ندارد و فقهای که عقد فصولی را صحیح می دانند نسبت به چنین موردی که اجازه دهنده فعلی ندارد، اختلاف نظر دارند اما بحث مادر مورد دو بالغی است که به صورت فصولی به عقد یکدیگر درآمده اند و در همان زمان انعقاد عقد فصولی، می توانند عقد را اجازه بدهند و فقهای که عقد فصولی را صحیح می دانند، در صحت چنین موردی تردید نکرده اند. حال وقتی روایت، عقد فصولی مورد اختلاف را که اجازه دهنده فعلی ندارد صحیح می داند سپس به طریق اولی

می‌توان عقد فضولی را که هیچکس در صحت آن تردیدی ندارد، مشمول حکم روایت قرارداد.

و اگر برای طرف دیگر [که پس از فوت یکی زوجین، زنده مانده است و باید قسم بخورد] مانعی برای قسم خوردن بوجود آید مانند اینکه مجنون شود یا به مسافرت ضروری برود، سهم الارث وی کنار گذاشته می‌شود [تا مانع برطرف شده] و قسم بخورد و اگر قسم نخورد، نظریه قوی‌تر آن است که ارث نمی‌برد زیرا براساس روایت و فتوای فقها، ارث بردن او متوقف بر اجازه و قسم خوردن است پس وقتی یکی از آنها [یعنی قسم خوردن] منتفی شود، ارث بردن هم منتفی می‌شود [نظریه ضعیف‌تر آن است که طرف مقابل، ارث می‌برد زیرا عقد نکاح، به صورت کامل اجرا شده است].

وَهَلْ يَنْبُتُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ لَوْ كَانَ هُوَ الزَّوْجُ بِمَجَرَّدِ الْإِجَازَةِ مِنْ دُونِ الْيَمِينِ؟ وَجَهَانٌ: مِنْ أَنَّهُ مُتَرَتَّبٌ عَلَى ثُبُوتِ النِّكَاحِ، وَلَمْ يَنْبُتْ بِدُونِهِمَا، وَمِنْ أَنَّ إِجَازَتَهُ كَالْإِزَارِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَالْمَهْرِ، وَإِنَّمَا يَتَوَقَّفُ الْإِزَارُ عَلَى الْيَمِينِ، لِقِيَامِ التَّهْمَةِ وَعَوْدِ النَّفْعِ إِلَيْهِ مَحْضًا فَيَنْبُتُ مَا يَعُودُ عَلَيْهِ، دُونَ مَا لَهُ، وَلَا بُعْدَ فِي تَبْعُضِ الْحُكْمِ وَإِنْ تَنَافَى الْأَصْلَانِ. وَلَهُ نَظَائِرٌ كَثِيرَةٌ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْهُ مَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي حُصُولِ النِّكَاحِ، فَإِنَّ مَدَّعِيَهُ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِلَوَازِمِ الزَّوْجِيَّةِ دُونَ الْمُتَكْرِ، وَلَا يَنْبُتُ النِّكَاحُ ظَاهِرًا، وَإِطْلَاقُ النَّصِّ بِتَوَقُّفِ الْإِزَارِ عَلَى حَلْفِهِ لَا يُنَافِي ثُبُوتَ الْمَهْرِ عَلَيْهِ بِدَلِيلٍ آخَرَ وَهَذَا مُتَّجِهٌ.

اگر [شخصی که زنده مانده است] زوج باشد آیا به محض اینکه عقد نکاح را اجازه داد و قبل از اینکه قسم بخورد، پرداخت مهریه بر او واجب می‌شود؟ [شهید ثانی می‌فرماید، در پاسخ به این سؤال،] دو احتمال وجود دارد؛ [یک احتمال آن است که مهریه واجب نمی‌شود] زیرا پرداخت مهریه، متوقف بر ثابت شدن نکاح است و نکاح با اجازه و سوگند، ثابت می‌شود. [احتمال دیگر آن است که مهریه واجب می‌شود] زیرا اجازه شوهر به منزله اقراری است که او نسبت به آنچه عقد نکاح به آن تعلق می‌گیرد، علیه خودش می‌نماید و علت اینکه ارث بردن شوهر، متوقف بر سوگند خوردن وی می‌باشد بخاطر اتهام و نفعی است که فقط به او می‌رسد بنابراین [وقتی نکاح را اجازه داد] آنچه که علیه اوست [یعنی مهریه] ثابت می‌شود و آنچه که به نفع اوست [یعنی

ارث] ثابت نمی‌شود. [حال ممکن است شخصی ایراد کند که مهریه و ارث دو اثر عقد نکاح هستند و وقتی عقد نکاح ثابت شد این دو اثر هم به دنبال آن بوجود می‌آید و نمی‌توان یک اثر را ثابت دانست و اثر دیگر را ثابت ندانست یعنی میان آثار، تجزیه و تفکیک نمود. شهیدثانی جواب می‌دهد که این تفکیک ایرادی ندارد] و عجیب نیست که حکم، تجزیه شود [یعنی مهریه بر نکاح مترتب شود اما ارث بر آن مترتب نشود]. هر چند این تفکیک با دو اصل، تعارض پیدا می‌کند [یکی، اصل عدم توقّف ارث زوج از زوجه بر سوگند است و دیگری اصل عدم انفکاک میان لوازم و آثار عقد نکاح است. این دو اصل علت این دو حکم یعنی ثبوت مهریه و عدم ارث هستند. عبارت «و ان تنافی الاصلان» به چند صورت معنا شده است؛ یک معنا آن است که اصل صحّت و ثبوت زوجیت اقتضا می‌کند که مرد، ارث ببرد و اصل عدم زوجیت اقتضا می‌کند که مرد، ارث نبرد پس این دو اصل باهم تعارض دارند. یک معنا هم آن است که اگر زوجیت ثابت شود، مهریه وارث هم ثابت می‌شود و اگر زوجیت ثابت نشود، مهریه وارث هم ثابت نمی‌شود پس اینکه بگوئیم فقط مهریه ثابت می‌شود هم مخالف اصل عدم توقّف ارث بر سوگند و هم با اصل عدم تفکیک میان لوازم عقد، تعارض دارد. سپس مرحوم شهیدثانی می‌فرماید که نباید نگران این تفکیک میان لوازم عقد باشیم زیرا [نظایر چنین تفکیکی زیاد است و نمونه آن را قبلاً دیدیم در جایی که زوجین در وقوع عقد نکاح با یکدیگر اختلاف بیان کنند پس آثار عقد نکاح بر علیه کسی که آن را ادعا می‌کند، مورد حکم قرار می‌گیرد اما علیه منکر، حکم نمی‌شود و عقد نکاح هم در ظاهر، ثابت نمی‌شود. [یعنی اگر مثلاً آقای «الف» ادعای زوجیت با خانم «ب» را بنماید و خانم «ب» آن را انکار کند، آقای «الف»، باید نفقه و مهریه را بپردازد اما خانم «ب» الزامی به تمکین ندارد پس بدون اینکه در ظاهر ثابت شده باشد، در لوازم و آثار آن تفکیک می‌شود.] و اینکه روایت می‌گوید که ارث زوج از زوجه متوقف بر قسم خوردن اوست منافاتی ندارد که با دلیل دیگری، مهریه بر او ثابت شود [مانند روایتی که می‌گوید: «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز.»] و این دیدگاه، پسندیده است [یعنی شهیدثانی، نظریه وجوب پرداخت مهریه وارث نبودن را نیکو می‌داند].

وَاعْلَمُ أَنَّ التَّهْمَةَ يَطْمَعُ فِي الْمِيرَاثِ لَا تَأْتِي فِي جَمِيعِ الْمَوَارِدِ، إِذْ لَوْ كَانَ الْمُتَأَخَّرُ هُوَ

الزَّوْجِ، وَالْمَهْرُ بِقَدْرِ الْمِيرَاثِ أَوْ أَزِيدَ انْتَفَتِ التَّهْمَةُ، وَ يَنْبَغِي هُنَا عَدَمُ الْيَمِينِ إِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ غَرَضٌ بِإثْبَاتِ أَغْيَانِ التَّرَكَةِ، بِحَيْثُ يَتَرَجَّحُ عَلَى مَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ، أَوْ يُخَافُ امْتِنَاعُهُ مِنْ أَدَائِهِ، أَوْ هَرَبُهُ، وَ نَحْوُ ذَلِكَ مِمَّا يُوجِبُ التَّهْمَةَ، وَمَعَ ذَلِكَ فَالْمَوْجُودُ فِي الرِّوَايَةِ مَوْتُ الزَّوْجِ وَ إِجَازَةُ الزَّوْجَةِ وَ أَنَّهَا تَخْلِفُ بِاللَّهِ: مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا الرِّضَا بِالتَّرَوُّيجِ، فَهِيَ غَيْرُ مُنَافِيَةٍ لِمَا ذَكَرْنَاهُ. وَلَكِنْ فَتَوَى الْأَصْحَابُ مُطْلَقَةً فِي إِثْبَاتِ الْيَمِينِ.

بدان که اتهام به طمع داشتن در ارث، در همه موارد وجود ندارد [یعنی اینگونه نیست که گفته شود هر جا زوجین، عقد نکاح را می‌پذیرند احتمال انگیزه آنها برای ارث بردن وجود دارد] زیرا اگر [زوجه، مرده باشد] و زوج، متاخر باشد [یعنی باید بعد از فوت زوجه، قسم بخورد] و مهریه به مقدار ارث یا بیش تر از آن باشد، اتهامی وجود ندارد [زیرا شوهر باید ارثیه‌ای را که می‌گیرد بعنوان مهریه بدهد و یا مالی هم به آن اضافه کند] و سزاوار است که در چنین موردی، سوگند لازم نباشد [زیرا سوگند برای نفی اتهام است و در اینجا اتهامی وجود ندارد. البته این در صورتی است] که چشم‌داشتی نسبت به عین ترکه وجود نداشته باشد بگونه‌ای که نسبت به دینی که بر ذمه زوج است برتری داشته باشد [یعنی درست است که مثلاً شوهر باید پانصد هزار تومان مهریه بدهد و زمینی که جزء ترکه زوجه است و به شوهر می‌رسد نیز پانصد هزار تومان ارزش دارد اما این زمین برای شوهر، اهمیتی دارد که اگر پانصد هزار تومان مهریه را بدهد و این زمین را بگیرد به نفع اوست پس در این صورت بازهم در معرض اتهام قرار می‌گیرد]. یا ترس از امتناع زوج از پرداخت مهریه یا فرار وی وجود نداشته باشد و مانند این موارد که سبب اتهام می‌شود [یعنی مرد پس از آنکه ارث را گرفت فرار کند و مهریه را نپردازد] با این حال آنچه که در روایت وجود دارد، موردی است که زوج بمیرد و زوجه، عقد نکاح را اجازه بدهد و به خدا قسم بخورد که فقط رضایت از ازدواج، او را وادار به پذیرش ارث نمود و این منافاتی با آنچه که ما گفتیم ندارد [که چنانچه مهریه به اندازه ارث یا بیشتر از آن بود، نیازی به سوگند زوج نیست] اما فقها به صورت مطلق فتوی به لزوم سوگند داده‌اند [اعم از اینکه اتهام وجود داشته باشد یا وجود نداشته باشد].

(التَّاسِعَةُ: لَوْ زَوَّجَهَا الْأَبَوَانِ الْأَبُ وَالْجَدُّ (بِرَجُلَيْنِ وَ اقْتَرَنَا) فِي الْعَقْدِ بَأَنْ أَحَدَ

زَمَانُ الْقَبُولِ (قُدِّمَ عَقْدُ الْجَدِّ)، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا، وَ تَدُلُّ عَلَيْهِ مِنَ الْأَخْبَارِ رِوَايَةُ عَبِيدِ بْنِ زُرَّارَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الْجَارِيَةُ يُرِيدُ أَبُوهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ، وَ يُرِيدُ جَدُّهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ؟ فَقَالَ: «الْجَدُّ أَوْلَى بِذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ مُضَارًّا إِنْ لَمْ يَكُنِ الْأَبُ زَوَّجَهَا قَبْلَهُ»، وَ عُلِّلَ مَعَ ذَلِكَ بِأَنَّ وَلَايَةَ الْجَدِّ أَقْوَى، لِثُبُوتِ وَلَايَتِهِ عَلَى الْأَبِ عَلَى تَقْدِيرِ نَقْصِهِ بِجُنُونٍ وَ نَحْوِهِ، بِخِلَافِ الْعَكْسِ.

وَ هَذِهِ الْعِلَّةُ لَوْ تَمَّتْ لَرِمَ تَعَدِّي الْحُكْمِ إِلَى غَيْرِ النِّكَاحِ - وَ لَا يَقُولُونَ بِهِ - وَ الْأَجْوَدُ قَصْرُهُ عَلَى مَحَلِّ الْوِفَاقِ، لِأَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، حَيْثُ إِنَّهُمَا مُشْتَرِكَانِ فِي الْوَلَايَةِ. وَ مَثَلُ هَذِهِ الْقُوَّةِ لَا تَصْلُحُ مُرْجَحًا. وَ فِي تَعَدِّي الْحُكْمِ إِلَى الْجَدِّ مَعَ جَدِّ الْأَبِ، وَ هَكَذَا ضَاعِدًا وَ جَهً، نَظَرًا إِلَى الْعِلَّةِ. وَ الْأَقْوَى الْعَدَمُ، لِخُرُوجِهِ عَنْ مَوْضِعِ النَّصِّ، وَ اسْتِثْنَائِهِمَا فِي إِطْلَاقِ الْجَدِّ حَقِيقَةً، وَ الْأَبِ كَذَلِكَ أَوْ مَجَازًا (وَ إِنْ سَبَقَ عَقْدُ أَحَدِهِمَا صَحَّ عَقْدُهُ) لِمَا ذُكِرَ مِنَ الْخَبَرِ وَ غَيْرِهِ، وَ لَا تَنْهَى مُشْتَرِكَانِ فِي الْوَلَايَةِ، فَإِذَا سَبَقَ أَحَدُهُمَا وَقَعَ صَحِيحًا فَامْتَنَعَ الْآخَرُ.

مکرر مسأله نهم: اگر پدر و جد، دختر را به تزویج دو مرد درآوردند و عقد هر دو، همزمان باشد یعنی زمان قبول، واحد باشد [یعنی قبول عقد پدر و قبول عقد جد یا وکیل آنها، در یک زمان باشد زیرا همزمان دو عقد به معنای خاتمه یافتن هر دو در یک زمان است و هر عقدی با قبول، خاتمه می‌یابد. در این صورت] عقد جد مقدم بر [عقد پدر می‌شود] و مخالفی هم در این مسأله وجود ندارد و روایت عبید بن زراره بر این حکم دلالت دارد که می‌گوید به امام صادق (ع) گفتم که پدر یک جاریه [یعنی دختر صغیره] قصد دارد که او را به ازدواج مردی درآورد و جد آن جاریه نیز قصد دارد که او را به ازدواج مرد دیگری درآورد پس امام فرمود: «جد نسبت به این عقد، اولویت دارد، مادامی که ضرری را به همراه نداشته باشد چنانچه پدر، او را قبلاً به ازدواج شخص درنیآورده باشد. [منظور از اینکه پدر یا جد پدری، قصد به ازدواج درآوردن دختر را دارند به معنای آن است که وی را به عقد دیگری درآورده‌اند و منظور از ضرر نداشتن نیز، عدم مفسده می‌باشد نه اینکه دارای مصلحت باشد زیرا ملاک ولایت پدر و جد پدری، عدم مفسده است. البته گروهی از فقهای اهل سنت، عقد پدر را مقدم می‌دانند زیرا ولایت پدر به صورت مستقیم است اما ولایت جد به صورت غیرمستقیم می‌باشد. اما فقهای شیعه برای مقدم شدن ولایت جد، علاوه بر روایت عبید بن زراره

دلیل دیگری نیز آورده‌اند بدین صورت که ولایت جدّ، قوی‌تر است زیرا پدر باید از جد یعنی پدر خود فرمانبری کند و [چنانچه پدر، دچار جنون و نظایر آن شود تحت ولایت جدّ قرار می‌گیرد اما عکس آن صحیح نیست] یعنی اگر جدّ، محجور شود پدر بر او ولایتی پیدا نمی‌کند زیرا پسر ولایتی بر پدر خود ندارد. شهیدثانی دلیل دوم را قبول نکرده و می‌فرماید [اگر این دلیل پذیرفته شود لازم می‌آید که این حکم به غیر نکاح نیز تسرّی پیدا کند] مثلاً در عقد بیع نیز چنانچه پدر و جد پدری، مال صغیر را بفروشند عقد جدّ مقدم می‌شود [در حالیکه فقها، تسرّی حکم به غیر نکاح را نپذیرفته‌اند و بهتر آن است که به محل وفاق، اکتفا شود] یعنی حکم مقدم شدن ولایت جدّ بر ولایت پدر، منحصر در عقد نکاح باشد [زیرا چنین حکمی برخلاف اصل می‌باشد و پدر و جد پدری، مشترک در ولایت می‌باشند] یعنی ولایت پدر و جد پدری، مشترک و یکسان است و هیچکدام بر دیگری برتری ندارند بنابراین در نکاح که ولایت جدّ بر ولایت پدر مقدم شده است فقط باید به همین مورد استثنایی، اکتفا کرد. و چنین مزیتی سبب ترجیح آن نمی‌شود [یعنی این علت که پدر نیز در صورت محجور شدن، تحت ولایت جدّ قرار می‌گیرد بقدری قوی نیست که ولایت جدّ در همه موارد، مقدم بر ولایت پدر قرار داده شود. شهیدثانی در اینجا فرض دیگری را مطرح می‌کند بدین صورت که آیا همانگونه که ولایت جدّ مقدم بر ولایت پدر می‌باشد، ولایت جدّ اعلی هم مقدم بر ولایت جدّ ادنی می‌باشد یا خیر؟ ایشان می‌فرماید: و در مورد تسرّی این حکم [یعنی حکم تقدّم ولایت جدّ بر ولایت پدر] به ولایت جدّ با ولایت جدّ پدر و هر چه بالاتر رود، [بدین صورت که عقد جدّ پدر بر عقد جدّ، مقدم شود] توجیهی وجود دارد زیرا علت در اینجا هم وجود دارد [یعنی علتی که سبب تقدّم عقد جدّ بر عقد پدر می‌شده سبب تقدّم جدّ اعلی بر جدّ ادنی نیز می‌شود زیرا جدّ ادنی هم اگر محجور شود تحت ولایت جدّ اعلی قرار می‌گیرد. اما شهیدثانی این دیدگاه را قبول ندارد و می‌فرماید:] نظریه قوی‌تر آن است که این حکم به ولایت جدّ اعلی و جدّ ادنی تسرّی پیدا نکند زیرا از موضع نصّ خارج می‌شود [یعنی موضع نصّ و روایت، تقدّم عقد جدّ بر عقد پدر است پس اگر عقد جدّ اعلی را نیز مقدم بر عقد جدّ ادنی بدانیم موجب خارج شدن از موضع نص خواهد بود. دلیل دیگر برای عدم تسرّی آن است که] کلمه «جدّ» حقیقتاً یا

مجازاً به نحو یکسانی بر جدّ اعلی و جدّ ادنی صدق می‌کند و به هر دو، جدّ گفته می‌شود و نام «پدر» نیز به همین نحو است [یعنی به جدّ اعلی و وجدّ ادنی نیز، پدر گفته می‌شود]. و اگر عقد پدر یا جدّ، قبل از عقد دیگری باشد، عقد او صحیح است [مثلاً اگر پدر در روز شنبه و جدّ در روز یک شنبه، عقد را منعقد کرد، عقد پدر مقدم می‌شود و تفاوتی ندارد که جدّ با اطلاع از عقد پدر، چنین عقدی را منعقد کرده باشد یا بدون اطلاع وی. مقدم شدن عقد شخصی که زودتر عقد را منعقد کرده است، دو علت دارد؛ یکی] بخاطر روایتی است که بیان شد و نیز روایت‌های دیگری که وجود دارد [و دلیل دیگر، آن است] که پدر و جدّ، مشترک در ولایت هستند پس چنانچه یکی از آنها به شکل صحیحی عقد را منعقد کند، عقد دیگری ممتنع خواهد بود [مثلاً وقتی پدر، دختر را به عقد شخصی درآورد دیگر موضوعی باقی نمی‌ماند تا عقد نکاح نسبت به وی انجام شود و عقد مجدد او ممتنع است].

(وَلَوْ زَوَّجَهَا الْأَخَوَانِ بَرَجُلَيْنِ فَالْعَقْدُ لِلسَّابِقِ) مِنْهُمَا (إِنْ كَانَا) أَيِ الْأَخَوَانِ (وَكَيْلَيْنِ) لِمَا ذَكَرَ فِي عَقْدِ الْأَبَوَيْنِ (وَإِلَّا) يَكُونَا وَكَيْلَيْنِ (فَلتُخَيَّرَ) الْمَرْأَةُ (مَا شَاءَتْ) مِنْهُمَا، كَمَا لَوْ عَقَدَ غَيْرُهُمَا فُضُولًا.

(وَيُسْتَحَبُّ) لَهَا (إِجَازَةُ عَقْدِ) الْأَخِ (الْأَكْبَرِ) مَعَ تَسَاوِي مُخْتَارِهِمَا فِي الْكَمَالِ، أَوْ رُجْحَانِ مُخْتَارِ الْأَكْبَرِ، وَلَوْ ائْتَعَسَ، فَلَاؤُلَى تَرْجِيحُ الْأَكْمَلِ.

(فَإِنْ اقْتَرْنَا) فِي الْعَقْدِ قَبُولًا (بَطْلًا)، لِاسْتِحَالَةِ التَّرْجِيحِ وَ الْجَمْعِ (إِنْ كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا وَكَيْلًا). وَالْقَوْلُ بِتَقْدِيمِ عَقْدِ الْأَكْبَرِ هُنَا ضَعِيفٌ، لَضَعْفِ مُسْتَنَدِهِ، (وَإِلَّا) يَكُونَا وَكَيْلَيْنِ (صَحَّ عَقْدُ الْوَكِيلِ مِنْهُمَا)، لِإِبْطَالِ عَقْدِ الْفُضُولِيِّ بِمُعَارَضَةِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ (وَلَوْ كَانَا فُضُولِيَيْنِ) (وَ) الْحَالُ أَنَّ عَقْدَهُمَا (اقْتَرْنَا تَخَيَّرْتُ) فِي إِجَازَةِ مَا شَاءَتْ مِنْهُمَا وَ إِبْطَالِ الْآخَرِ، أَوْ إِبْطَالِهِمَا.

و اگر دو برادر، خواهر خود را به ازدواج دو مرد درآورند، عقد برادری که زودتر اقدام کرده است، صحیح می‌باشد مشروط بر اینکه هر دو برادر، وکالت داشته باشند به همان دلیلی که در عقد پدر و جدّ پدری گفته شد. [یعنی همانگونه که پدر و جدّ پدری، مشترک در ولایت هستند و هر کدام مستقلاً می‌توانند ولایت خود را اعمال کنند، دو برادر نیز مشترک در وکالت می‌باشند و هر کدام می‌توانند به تنهایی وکالت خود

را اعمال نمایند.] و اگر دو برادر، وکیل خواهر خود نباشند، دختر اختیار دارد که هر کدام از عقدها را خواست، انتخاب کند [یا فسخ نماید] و این مانند صورتی است که اشخاصی غیر از دو برادر، به صورت فضولی، دختری را به عقد دیگری درآورند یعنی ازدواج دختر توسط دو برادر مانند ازدواج دو شخص فضولی است و همان حکم را دارد.] و مستحب است که دختر، عقد برادر بزرگتر را اجازه بدهد، در صورتی که کامل بودن فرد مورد اختیار ایشان، یکسان باشد یا فرد مورد اختیار برادر بزرگتر، کامل تر باشد [یعنی دو زوجی را که دو برادر برای خواهر خود در نظر گرفته‌اند از نظر دینی و عقلی و سایر شرایط، به نحو یکسانی کامل هستند یا زوج موردنظر برادر بزرگتر، کامل تر است که در این صورت مستحب است عقد برادر بزرگتر را انتخاب نماید] اما اگر مسأله برعکس شد [یعنی زوجی که برادر کوچکتر در نظر گرفته است نسبت به زوجی که برادر بزرگتر در نظر گرفته است، کامل تر باشد] بهتر است که فرد کامل تر [یعنی زوج موردنظر برادر کوچکتر] ترجیح داده شود؟ پس اگر قبول عقد [از سوی دو برادر] همزمان باشد و هر دو برادر، وکیل باشند هر دو عقد باطل است زیرا ترجیح دادن عقد یک برادر بر عقد برادر دیگر و جمع نمودن میان دو زوج، امکان ندارد و اینکه گفته شود عقد برادر بزرگتر در نکاح، مقدم است، سخن ضعیفی است زیرا مستند و دلیل آن [که دلیل عقلی و روایت است] ضعیف می‌باشد و اگر [در صورتی که قبول عقد از سوی دو برادر، همزمان است] هر دو برادر، وکیل نباشند [و یکی از آنها وکالت داشته باشد]، عقد هر کدام که وکالت دارد، صحیح است زیرا عقد فضولی هرگاه با عقد صحیح تعارض کند، عقد فضولی باطل خواهد بود. و اگر عقد هر دو فضولی باشد [یعنی هیچکدام وکالت نداشته باشند] در حالی که عقد هر دو، همزمان باشد، خواهر اختیار دارد که عقد هر کدام از برادرها را بخواهد، اجازه بدهد و عقد برادر دیگر را ابطال نماید یا عقد هر دو برادر را ابطال نماید.

(الْعَاشِرَةُ: لَا وِلَايَةَ لِلْأُمِّ) عَلَى الْوَلَدِ مُطْلَقاً (فَلَوْ زَوَّجَتْهُ، أَوْ زَوَّجَتْهَا اِعْتَبِرَ رِضَاهُمَا) بَعْدَ الْكَمَالِ كَالْفُضُولِيِّ (فَلَوْ ادَّعَتْ الْوَكَالَةَ عَنِ الْإِبْنِ) الْكَامِلِ (وَأَنْكَرَ بَطْلَ) الْعَقْدِ (وَعَرِمَتْ) لِلزَّوْجَةِ (نِصْفَ الْمَهْرِ) لَتَفْوِيتُهَا عَلَيْهَا الْبُضْعُ، وَغُرُوبُهَا بِدَعْوَى الْوَكَالَةِ، مَعَ أَنَّ الْفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَقِيلَ: يَلْزَمُهَا جَمِيعُ الْمَهْرِ لِمَا ذُكِرَ وَإِنَّمَا يَنْتَصِفُ بِالطَّلَاقِ وَ لَمْ يَقَعْ، وَلِرِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَيُشْكَلُ بِأَنَّ الْبُضْعَ إِنَّمَا يُضْمَنُ بِالِاسْتِبْقَاءِ عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ لَا مُطْلَقًا، وَالْعَقْدُ لَمْ يَثْبُتْ، فَلَمْ يَثْبُتْ مُوجِبُهُ، وَالْأَقْوَى أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَى الْوَكِيلِ مُطْلَقًا، إِلَّا مَعَ الضَّمَانِ، فَيَلْزَمُهُ مَا ضَمِنَ. وَيُمْكِنُ حَمْلُ الرِّوَايَةِ - لَوْ سَلِمَ سَنَدُهَا - عَلَيْهِ. وَعَلَى هَذَا يَتَعَدَّى الْحُكْمُ إِلَى غَيْرِ الْأُمِّ، وَبَالِغِ الْفَائِلِ يَلْزُومُ الْمَهْرُ، فَحَكَمَ بِهِ عَلَى الْأُمِّ، وَإِنْ لَمْ تَدَّعِ الْوَكَالَةَ اسْتِنَادًا إِلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَقَرِيبٌ مِنْهُ حَمْلُهَا عَلَى دَعْوَاهَا الْوَكَالَةَ، فَإِنَّ مُجَرَّدَ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ لِثُبُوتِ الْمَهْرِ فِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ.

مسأله دهم: مادر مطلقاً ولایتی بر فرزند خود ندارد [اعم از اینکه فرزند، صغیر یا کبیر باشد و اعم از اینکه دختر یا پسر باشد. علت عدم ولایت مادر آن است که اصل و قاعده، عدم ولایت مردم بر یکدیگر است مگر اینکه دلیل خاصی، شخصی را ولی شخص دیگری قرار داده باشد و چنین دلیلی برای ولایت مادر وجود ندارد پس مادر، مشمول قاعده عدم ولایت می باشد.] بنابراین چنانچه مادر، پسر یا دختر خود را به عقد دیگری درآورد، رضایت آنها بعد از کامل شدن لازم است همانگونه که در عقد فضولی [چنین رضایتی] لازم است بنابراین اگر مادر ادعا کند که از سوی پسر کاملش [یعنی پسرش که بالغ و عاقل می باشد] وکالت داشته است ولی فرزند، آن را انکار نماید عقد باطل است و مادر باید نصف مهریه را به زوجه بدهد زیرا مادر سبب از بین رفتن بضع دختر شده و با ادعای وکالت داشتن از سوی فرزندش، او را فریب داده است و این در حالی است که جدایی [میان پسر و دختری که مادر وی را به ازدواج دختر درآورده است]، قبل از نزدیکی باشد و یک دیدگاه هم آن است که مادر باید تمامی مهریه را بپردازد به همان دلیلی که گفته شد [یعنی به دلیل اینکه مادر، دختر را فریب داده و بضع او را از بین برده است. دلیل دیگر برای پرداختن تمامی مهریه آن است که] نصف شدن مهریه در صورتی است که طلاق، صورت گیرد حال آنکه در اینجا طلاق صورت نگرفته است [بلکه جدایی دختر و پسر بخاطر دروغگویی و فریب مادر بوده است. و دلیل دیگر برای لزوم پرداخت تمام مهریه] روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) است [بدین مضمون که زنی، پسرش را که غایب بود به ازدواج دختری درآورد.

امام فرمود: نکاح صحیح است پس اگر زوج بخواهد آن را قبول می‌کند و اگر بخواهد، قبول نمی‌کند و اگر آن را قبول نکرد، مادرش باید مهریه را بپردازد. مرحوم شهیدثانی استدلال کسانی که مادر را مسؤول پرداخت مهریه می‌دانند، نپسندیده و می‌گوید: پذیرفتن این استدلال [مشکل است زیرا ضمانت بضع زمانی برقرار می‌شود که مورد استفاده قرار گرفته باشد] یعنی کسی که با زنی نزدیکی کرده و حیثیت او را از بین می‌برد، ضامن بضع و حیثیت اوست و البته این ضمانت نیز [به صورت مطلق نیست بلکه در پاره‌ای موارد، برقرار می‌شود] مانند موردی که مردی، زن را به عقد خود درآورده یا از راه شبهه با وی نزدیکی می‌کند. حال آنکه در اینجا عقد نکاحی که از سوی مادر صورت گرفته است باطل می‌باشد] و عقد، ثابت نشده و صورت نگرفته است بنابراین، معلول عقد هم، ثابت نمی‌شود [یعنی مهریه با عقد ثابت می‌شود حال آنکه در اینجا عقد صحیحی صورت نگرفته است. شهیدثانی پس از بیان این دیدگاهها می‌فرماید:] و نظریه قوی‌تر آن است که وکیل، مطلقاً مسؤولیت ندارد [یعنی نه نسبت به تمام مهریه و نه نسبت به نصف مهریه، اعم از اینکه وکیل، مادر زوج باشد یا شخص دیگری باشد] مگر اینکه همراه با ضمانت باشد که در این صورت آنچه را که ضمانت کرده است باید بپردازد و روایت مذکور را نیز چنانچه سندش صحیح باشد می‌توان حمل بر ضمانت کرد [یعنی اگر مادر در ضمن عقد نکاح، مهریه دختر را ضمانت کرده باشد باید به همان مقداری که ضمانت کرده است مهریه را بپردازد و روایت هم که پرداخت مهریه از سوی مادر را لازم می‌داند شاید منظورش همین صورت است که مادر، مهریه را ضمانت کرده باشد] و بر این اساس، حکم به غیر مادر نیز تسری پیدا می‌کند [یعنی غیرمادر هم اگر مهریه را ضمانت کرده باشد باید آن را بپردازد] و کسی که پرداخت مهریه را لازم می‌داند در این زمینه مبالغه کرده و مادر را مسؤول پرداخت مهریه می‌داند هر چند ادعای وکالت نکرده باشد و این نظریه براساس ظاهر روایت می‌باشد اما نظریه‌ای بعید [و غیرقابل قبول] است و [از نظر بعید بودن و غیرقابل قبول بودن] نزدیک به همین نظریه است، نظریه‌ای که روایت را حمل بر صورتی می‌کند که مادر، ادعای وکالت نموده باشد زیرا صرف ادعای وکالت، موجب ثبوت مهریه در ذمه وکیل نمی‌شود.

(الفصل الثالث: في المحرمات)

بِالنَّسَبِ وَالرَّضَاعِ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الْأَسْبَابِ (وَتَوَابِعُهَا يَحْرُمُ) عَلَى الذَّكَرِ (بِالنَّسَبِ) تِسْعَةُ أَصْنَافٍ مِنَ الْإِنَاثِ: (الْأُمُّ وَإِنْ عَلَتْ) وَهِيَ كُلُّ امْرَأَةٍ وَلَدَتْهُ، أَوْ انْتَهَى نَسَبُهُ إِلَيْهَا مِنْ الْعُلُوِّ بِالْوِلَادَةِ لِأَبٍ كَانَتْ، أُمٌّ لِأُمٍّ، (وَالْبِنْتُ وَبَنَتْهَا) وَإِنْ نَزَلَتْ (وَبِنْتُ الْإِبْنِ فَنَازِلًا). وَضَابِطُهُمَا: مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْهِ نَسَبُهُ بِالتَّوَلُّدِ وَلَوْ بِوَسَائِطٍ.

(وَالْأُخْتُ وَبَنَتْهَا فَنَازِلًا) وَهِيَ كُلُّ امْرَأَةٍ وَلَدَهَا أَبَوَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا، أَوْ انْتَهَى نَسَبُهَا إِلَيْهِمَا أَوْ إِلَى أَحَدِهِمَا بِالتَّوَلُّدِ (وَبِنْتُ الْأَخِ) وَإِنْ نَزَلَتْ (كَذَلِكَ) لِأَبٍ كَانَ أُمٌّ لِأُمٍّ أَوْ لَهَا، (وَالْعَمَّةُ) وَهِيَ كُلُّ أُنْثَى هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَهُ بِوَاسِطَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، مِنْ جِهَةِ الْأَبِ أَوْ الْأُمِّ أَوْ مِنْهُمَا، (وَالْخَالَةُ فَصَاعِدًا) فِيهِمَا، وَهِيَ كُلُّ أُنْثَى هِيَ أُخْتُ أُنْثَى وَلَدَتْهُ، بِوَاسِطَةٍ أَوْ بغيرِ وَاسِطَةٍ. وَقَدْ تَكُونُ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ، كَأُخْتِ أُمِّ الْأَبِ.

وَالْمُرَادُ بِالصَّاعِدِ فِيهِمَا: عَمَّةُ الْأَبِ وَالْأُمِّ وَخَالَتُهُمَا، وَعَمَّةُ الْجَدِّ وَالْجَدَّةِ وَخَالَتُهُمَا، وَهَكَذَا، لَا عَمَّةَ الْعَمَّةِ وَخَالََةَ الْخَالَةِ، فَإِنَّهُمَا قَدْ لَا تَكُونَانِ مُحَرَّمَتَيْنِ.

وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ مَا يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ بِالْقِيَاسِ وَضَابِطُ الْمُحَرَّمَاتِ الْجَامِعُ لَهَا: أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الْإِنْسَانِ كُلِّ قَرِيبٍ عَدَا أَوْلَادِ الْعُمُومَةِ وَالْخَوْلَةِ.

فصل سوم

فصل سوم در مورد محرمات نسبی و رضاعی و سایر اسباب است [مانند ازدواج، نزدیکی از راه شبهه و زنا] و توابع این اسباب [نیز مورد بحث قرار می‌گیرد]. نه گروه از زنان از راه نسب بر مرد حرام هستند: [یک گروه] مادر و هر چه بالاتر رود و مادر، هر زنی است که انسان را به دنیا آورده باشد یا نسب انسان از درجه بالا به او برسد اعم از اینکه نسب از راه پدر باشد یا از راه مادر باشد. [گروه دوم و سوم] دختر و دخترِ دختر

هر چقدر که پائین تر رود [گروه چهارم] دختر پسر، هر چقدر پائین تر رود و ملاک دختر دختر و دختر پسر، هر کسی است که نسب وی از راه ولادت به او برسد هر چند با واسطه باشد. [گروه پنجم و ششم] خواهر و دختر خواهر است هر چقدر که پائین رود و منظور از خواهر، هر زنی است که پدر و مادر انسان یا یکی از آنها، او را به دنیا آورده باشد یا نسب آن زن از راه ولادت به پدر و مادر یا یکی از آنها منتهی شود. [گروه هفتم] دختر برادر است که مانند دختر خواهر می باشد اعم از اینکه دختر برادر پدری یا مادری یا پدر و مادری باشد. [گروه هشتم] عمه است و عمه به زنی گفته می شود که خواهر مردی است که انسان را با واسطه یا بدون واسطه به دنیا آورده است اعم از اینکه از سوی پدر یا مادر یا هر دو باشد. [گروه نهم] خاله است هر چقدر که عمه و خاله، بالاتر روند و خاله زنی است که خواهر زنی می باشد که انسان را با واسطه یا بدون واسطه به دنیا آورده است و گاهی فقط از جانب پدری است مانند خواهر مادر پدر. و منظور از بالاتر در عمه و خاله [در جایی که گفته می شود: هر چقدر بالاتر روند]، عمه پدر و عمه مادر و خاله پدر و خاله مادر و عمه جد و عمه جدّه و خاله جد و خاله جدّه و به همین ترتیب است نه عمه عمه و خاله خاله زیرا عمه عمه و خاله خاله، گاهی بر انسان حرام نیستند [مثلاً هرگاه خانم «الف» عمه آقای «ب» می باشد، خواهر مادری پدر «ب» باشد و خانم «الف» عمه ای به نام «ج» داشته باشد که خواهر پدر «الف» باشد پس خانم «ج» بر آقای «ب» حرام نیست هر چند عمه عمه او می باشد.] و با همین قیاس، آنچه که بر مرد حرام است بر زن نیز حرام است [یعنی همانگونه که پسر نمی تواند با مادر خود ازدواج کند، مادر نیز نمی تواند با پسر خود ازدواج نماید و حرمت زنهایی که در آیه قرآن بیان شده است مستلزم عکس آن می باشد یعنی مردان نیز بر این زنان حرام هستند و به همین دلیل، آیه قرآن فقط زنها را ذکر کرد زیرا دلالت آن بر حرمت مردان نسبت به زنها، روشن است] و ملاک محرم شدن زنها که همه محرمات را در بر می گیرد آن است که هر فامیل و خویشاوندی بر انسان حرام است بجز فرزندان عمه و عمو و خاله و دایی.

(وَيَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ) فَأُمُّكَ مِنَ الرَّضَاعِ هِيَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعْتِكَ، أَوْ رَجَعَ نَسَبُ مَنْ أَرْضَعْتِكَ أَوْ ضَاحِبِ اللَّبَنِ إِلَيْهَا، أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ يَرْجِعُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ، مِنْ ذَكَرٍ

أَوْ أُثْنَى، وَإِنْ عَلَا، كَمُرْضِعَةٍ أَحَدِ أَبَوَيْكَ، أَوْ أَجْدَادِكَ، أَوْ جَدَّاتِكَ. وَأَخْتُهَا خَالَتُكَ مِنَ الرِّضَاعَةِ، وَأَخُوهَا خَالُكَ، وَأَبُوهَا جَدُّكَ، كَمَا أَنَّ ابْنَ مَرْضِعَتِكَ أَخٌ، وَبِنْتُهَا أُخْتُ إِلَى آخِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ.

وَالْبِنْتُ مِنَ الرِّضَاعِ: كُلُّ أُثْنَى رَضَعَتْ مِنْ لَبَنِكَ، أَوْ لَبَنِ مَنْ وَلَدَتْهُ أَوْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةً وَلَدَتْهَا، وَكَذَا بَنَاتُهَا مِنَ النَّسَبِ وَالرِّضَاعِ. وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ، أَخَوَاتُ الْفَحْلِ وَالْمُرْضِعَةِ، وَأَخَوَاتُ مَنْ وَلَدَهُمَا مِنَ النَّسَبِ وَالرِّضَاعِ، وَكَذَا كُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْهَا وَاحِدَةً مِنْ جَدَّاتِكَ، أَوْ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِ وَاحِدٍ مِنْ أَجْدَادِكَ مِنَ النَّسَبِ وَالرِّضَاعِ. وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ، بَنَاتُ أَوْلَادِ الْمُرْضِعَةِ وَالْفَحْلِ مِنَ الرِّضَاعِ وَالنَّسَبِ، وَكَذَا كُلُّ أُثْنَى أَرْضَعَتْهَا أُخْتُكَ، وَبِنْتُ أُخْتِكَ، وَبَنَاتُ كُلِّ ذَكَرٍ أَرْضَعَتْهُ أُمُّكَ أَوْ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِ أَبِيكَ.

آنچه از راه نسب بر انسان حرام است از راه رضاع نیز حرام می باشد [این قاعده ای است که در روایات اهل سنت و شیعه بیان شده است بنابراین از راه رضاع نیز نه گروه بر انسان، حرام هستند] بنابراین مادر رضاعی تو، هر زنی است که به تو شیر داده باشد یا نسب کسی که به تو شیر داده است یا نسب صاحب شیر، به او برگردد یا به مرد یا زنی شیر داده باشد که نسب تو به او می رسد هر چقدر بالاتر روند مانند زنی که به پدر، مادر یا اجداد یا جدات تو شیر داده باشند. و خواهر این زن [که به تو شیر داده است] خاله رضاعی توست و برادر او، دایی توست و پدر او، جد توست همانگونه که پسر زنی که به تو شیر داده است، برادر توست و دختر او خواهر تو می باشد تا آخر احکام نسب [که قبلاً بیان شد]. و دختر رضاعی، هر دختری است که از شیر تو، خورده باشد [یعنی شیر زن تو را خورده باشد در حالیکه آن شیر را تو در همسرت بوجود آورده ای] یا شیر مردی را خورده باشد که تو او را به دنیا آورده ای [یعنی شیر عروس تو را خورده باشد زیرا این شیر متعلق به پسر توست] یا زنی که او را به دنیا آورده ای [یعنی دختر تو] به آن دختر شیر داده باشد و نیز دختران آن دختر رضاعی، [دختران رضاعی تو هستند] اعم از اینکه دختران نسبی یا دختران رضاعی او باشند. و عمه های [کسی که بر اثر شیر خوردن، محرم شده است] خواهران مرد صاحب شیر هستند [یعنی خواهران مردی که شیر زنی که به کودک داده شده است، متعلق به اوست مثلاً خانم «الف» به «ب» شیر می دهد و خانم «الف» همسر آقای «ج» می باشد. در این صورت خانم «د» که خواهر

آقای «ج» می‌باشد، عمّه «ب» محسوب می‌شود.]

و خاله‌های [فرزندى که شیر خورده است]، خواهران زنى هستند که به این فرزند شیر داده است [بنابراین اگر خانم «الف» به «ب» شیر بدهد و خانم «ج» خواهر «الف» باشد، خانم «ج» خاله «ب» خواهد بود.]. [همچنین خاله یا عمّه رضاعی شخص به حساب می‌آیند] خواهران کسی که از راه نسب یا سبب، مرد صاحب شیر و زن شیرده را به دنیا آورده باشند [بنابراین اگر آقای «الف» و خانم «ب» زن و شوهر باشند و خانم «ب» به «ج» شیر بدهد، خواهر پدر «الف» عمّه «ج» بوده و خواهر مادر «الف»، خاله «ج» است و همینطور خواهر پدر و مادر «ب» نیز، عمه و خاله «ج» خواهند بود و فرقی ندارد که خواهر پدر و مادر «الف» و «ب»، خواهر نسبی یا رضاعی باشند.]. [و همینطور خاله یا عمّه رضاعی شخص به حساب می‌آیند] هر زنی که یکی از جدّات تو به وی شیر داده باشد [مثلاً اگر «الف» مادر بزرگ «ب» باشد و «الف» به خانم «ج» شیر داده باشد، در این صورت «ج» خواهر رضاعی مادر «ب» و در نتیجه خاله او خواهد بود و اگر مادر بزرگ پدری «ب» باشد، خانم «ج» عمّه «ب» می‌شود.]. و [نیز عمّه یا خاله رضاعی شخص محسوب می‌شود] هر زنی که از شیر یکی از اجداد تو، شیر خورده باشد، اعم از آنکه جدّ یا جدّه تو، نسبی یا رضاعی باشند [اگر «الف» جد «ب» باشد و «الف» همسری به نام «ج» داشته باشد و «ج» از «الف» حامله شده و خانم «د» از شیر «ج» که متعلق به «الف» است خورده باشد، در اینجا خانم «د» خواهر پدر «ب» بوده و عمّه او به حساب می‌آید یا اگر جدّ مادری است، خاله او محسوب خواهد شد.]. و دختران برادر و دختران خواهر، دختران فرزندان زنى هستند که شیر داده است و نیز دختران فرزندان مردی که صاحب شیر است.

[مثلاً اگر خانم «الف» به «ب» شیر بدهد و خانم «الف» دختری به نام «ج» داشته باشد و «ج» نیز دختری به نام «د» داشته باشد، «ج» خواهر «ب» می‌شود و در نتیجه «د» دخترخواهر «ب» است و اگر «ج» پسر باشد، برادر «ب» می‌شود و در نتیجه «د» دختر برادر «ب» خواهد بود و تفاوتی ندارد که «ج» دختر یا پسر رضاعی «الف» باشد یا نسبی. و همین حکم را دارد در صورتی که «الف» صاحب شیر باشد.]. و همچنین هر زنی که خواهر تو یا دخترخواهر تو به او شیر داده باشد و [خواهرزاده رضاعی توست] و

دختران هر مردی که مادر تو به آن مرد شیر داده باشد یا آن مرد، شیر پدر تو را خورده باشد [برادرزاده رضاعی توست. مثلاً آقای «الف» شیرمادر «ج» را می خورد. در اینجا دختر «الف» به نام «د»، برادرزاده «ج» می شود زیرا «ج» و «الف» برادر هستند.]

وَإِنَّمَا يُحَرِّمُ الرَّضَاعُ (بِشَرَطِ كَوْنِهِ عَنْ نِكَاحٍ) دَوَاماً وَ مُتَعَةً، وَ مِلْكِ يَمِينٍ، وَ شُبْهَةِ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ مَعَ ثُبُوتِهَا مِنَ الطَّرَفَيْنِ، وَإِلَّا ثَبَتَ الْحُكْمُ فِي حَقِّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ النَّسَبُ، وَلَا فَرْقَ فِي اللَّبَنِ الْخَالِي عَنِ النَّكَاحِ بَيْنَ كَوْنِهِ مِنْ صَغِيرَةٍ وَ كَبِيرَةٍ، بِكُرٍ وَ تَيْبٍ ذَاتِ بَعْلٍ وَ خَلِيَّةٍ.

[مصنف بعد از آنکه انواع محرمات را بیان کرد، از اینجا به بعد شرایط حرمت رضاعی را بیان می کند. شرط اول حرمت آن است که] رضاع از راه نکاح دائمی یا موقت یا ملک یمین یا بنابر نظریه صحیح تر از راه وطی به شبهه باشد به شرط اینکه شبهه از سوی دو طرف ثابت شود و گرنه فقط حکم حرمت، نسبت به کسی ثابت خواهد شد که نسب برای او ثابت شود. [ملاک در حرمت آن است که نزدیکی از راه صحیح صورت گیرد و در مورد نزدیکی با شبهه، مرحوم ابن ادریس آن را موجب حرمت نمی داند. کسانی هم که نزدیکی با شبهه را سبب حرمت می دانند شرط کرده اند که نسب او باید ثابت شود یعنی شبهه در مورد وی باید به اثبات برسد.] و در مورد شیری که از نکاح حاصل نمی شود [یعنی شیری که ناشی از زناست و حرمتی را در پی ندارد] تفاوتی ندارد که آن شیر متعلق به زن صغیر یا کبیر، زن باکره یا ثیبه، زن شوهردار [که در این حالت، زنا داده است] یا زن بدون شوهر باشد.

وَ يُعْتَبَرُ مَعَ صِحَّةِ النَّكَاحِ صُدُورُ اللَّبَنِ عَنْ ذَاتِ حَمْلٍ أَوْ وَلَدٍ بِالنَّكَاحِ الْمَذْكُورِ، فَلَا عِبْرَةَ بِلَبَنِ الْخَالِيَةِ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ مَنكُوحَةً نِكَاحاً صَحِيحاً، حَتَّى لَوْ طَلَّقَ الزَّوْجُ وَ هِيَ حَامِلٌ مِنْهُ أَوْ مُرْضِعٌ، فَأَرْضَعَتْ وَلَدًا، نَشَرَ الْحُرْمَةُ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي حَبَالِهِ وَ إِنْ تَزَوَّجَتْ بَعِيرِهِ.

[شرط دوم برای حرمت رضاعی] علاوه بر شرط صحت نکاح، آن است که شیر [زنی که به طفل شیر می دهد، ناشی از] نکاحی می باشد که منتهی به حاملگی یا فرزندان شدن گردد [یعنی اگر زنی که شیر می دهد، در نکاح صحیح مردی قرار گرفته باشد اما آن نکاح، منتهی به حاملگی یا بچه دار شدن نگردد، شیر زن موجب حرمت نخواهد شد] بنابراین شیر زنی که حامله نیست یا فرزندان نشده است، اعتبار ندارد هر

چند به شکل صحیحی در عقد نکاح دیگری قرار گرفته باشد [همچنانکه اگر زنی از راه غیرنکاح صحیح، حامله یا بچه‌دار شود، شیر وی موجب حرمت نمی‌شود. زنی که به عقد نکاح دیگری درآمده است] اگر از شوهرش طلاق بگیرد [یا شوهرش بمیرد] در حالیکه از آن مرد، حامله شده باشد یا فرزند آن مرد را شیر بدهد و [پس از طلاق یا فوت شوهر] به کودک دیگری شیر بدهد، حرمت رضاعی برقرار می‌شود [یعنی بچه‌ای که توسط این زن، شیر خورده است فرزند رضاعی مردی خواهد بود که زنش را طلاق داده و آن بچه از شیر متعلق به این مرد، خورده است]. به همان صورتی که در زوجیت وی می‌بود [یعنی همانگونه که اگر این زن کماکان در علقه زوجیت شوهر خود می‌بود، حرمت حاصل می‌شد اینک هم که جدا شده است و شیر متعلق به او را، کودکی می‌خورد همان حرمت بوجود می‌آید و جدایی زن و شوهر، تأثیری در آن ندارد. و این حرمت حتی در زمانی هم برقرار می‌شود که زن از شوهر سابقش جدا شده] و با مرد دیگری ازدواج کرده باشد. [و در این خصوص تفاوتی ندارد که از شوهر دوم نیز حامله شود یا حامله نشود و نیز شیر او زیاد شود یا به همان مقدار باقی بماند زیرا شیری که مربوط به شوهر قبلی است رابطه حرمت را میان شوهر قبلی و کودکی که از این شیر می‌خورد، برقرار می‌سازد. البته اگر از شوهر دوم حامله شود بگونه‌ای که شیر مربوط به شوهر اول قطع گردد و این شیر متعلق به شوهر دوم باشد، رابطه حرمت میان شوهر دوم و کودک برقرار خواهد شد.]

و الْأَقْوَى اِعْتِبَارُ حَيَاةِ الْمُرْضِعَةِ، فَلَوْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ الرِّضَاعِ فَأَكْمَلَ النُّصَابُ مَيْتَةً لَمْ يَنْشُرْ، وَإِنْ تَنَاوَلَهُ اِطْلَاقُ الْعِبَارَةِ وَصَدَقَ عَلَيْهِ اسْمُ الرِّضَاعِ، حَمَلًا عَلَى الْمَعْهُودِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ اِرْضَاعُ الْحَيَّةِ، وَدَلَالَةُ الْأَدِلَّةِ اللَّفْظِيَّةِ عَلَى اِلِرْضَاعِ بِالْاِخْتِيَارِ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَمَّا تِلْكَ الْأَمْهَاتُ لَتَكُنَّ مِنَ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ وَاسْتِصْحَابًا لِبَقَاءِ الْحِلِّ.

[شرط چهارم که البته در مورد آن اختلاف نظر وجود دارد، شرط زنده بودن زن شیردهنده است که مرحوم شهید اول به آن تصریحی ندارد اما شهیدثانی، آن را نظریه قوی‌تر دانسته و می‌فرماید: نظریه قوی‌تر آن است که زنده بودن زنی که شیر می‌دهد، شرط است بنابراین اگر زن در فاصله زمان شیر دادن فوت کند و بقیه نصاب شیر دادن را در حال مرده بودن تکمیل کند [یعنی مدتی را کودک از زن مرده، شیر بخورد]،

حرمت [میان کودک و مردی که شیر متعلق به اوست] بوجود نمی آید گرچه اطلاق عبارت، شامل این صورت نیز می شود [یعنی شهید اول، عبارت «شیر خوردن» را به صورت مطلق بیان کرده است بدون اینکه میان زن مرده و زن زنده، تفاوتی گذاشته باشد اما چنین اطلاقی موردنظر شهید اول نبوده است زیرا] نام «شیر دادن» را با توجه به معنای مرسوم و متعارف آن، بکار برده است که همان شیر دادن توسط زن زنده می باشد. [دلیل دیگر بر شرط زنده بودن زن آن است که] ادله لفظی [و شرعی یعنی آیات و روایات]، دلالت بر شیر دادن از روی اختیار دارند مانند آیه قرآن که می فرماید: «و مادران شما که به شما شیر دادند» [عبارت «شیر دادن» ظهور در فعل اختیاری و ارادی دارد و زن مرده، اراده ای ندارد تا با اختیار و اراده شیر به دیگری بدهد. دلیل سوم برای شرط زنده بودن زن]، استصحاب باقی بودن حلیت نکاح است [یعنی هرگاه زنی به یک کودک شیر بدهد و بمیرد و مدتی هم کودک، شیر آن زن مرده را بخورد تا نصابش کامل گردد و سپس شک کنیم که آیا این شیر خوردن موجب حرمت نکاح می شود یا خیر، حلیت نکاح را استصحاب می کنیم].

(وَأَنْ يُنْبِتَ اللَّحْمَ، أَوْ يَشُدَّ الْعَظْمَ) وَ الْمَرْجِعُ فِيهِمَا إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الْخَبَرَةِ.

و يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ وَ الْعِدَالَةُ لِيُنْبِتَ بِهِ حُكْمُ التَّحْرِيمِ، بِخِلَافِ خَبَرِهِمْ فِي مِثْلِ الْمَرَضِ الْمُبْحِجِ لِلْفِطْرِ وَ التَّيَمُّمِ، فَإِنَّ الْمَرْجِعَ فِي ذَلِكَ إِلَى الظَّنِّ، وَ هُوَ يَحْصُلُ بِالْوَاحِدِ. وَ الْمُوجُودُ فِي النَّصُوصِ وَ الْفَتَاوَى اعْتِبَارُ الْوَضْعَيْنِ مَعًا، وَ هُنَا اكْتَفَى بِأَحَدِهِمَا. وَ لَعَلَّهُ لِيَتَلَزَمَ غَادَةً، وَ الْأَقْوَى اعْتِبَارُ تَحَقُّقِهِمَا مَعًا.

[شرط پنجم برای حرمت نکاح از راه رضاع] آن است که گوشت، روئیده یا استخوان سفت شود و ملاک در روئیدن گوشت و سفت شدن استخوان، نظر کارشناس است [یعنی باید کارشناس نظر بدهد که آیا روئیدن گوشت یا سفت شدن استخوان، ناشی از شیر خوردن بوده است یا خیر؟] و برای اینکه حکم حرمت نکاح ثابت گردد، تعداد و عدالت [در اهل خبره] شرط است برخلاف نظریه ای که اهل خبره در مواردی همچون بیماری مباح کننده افطار روزه و تیمم می دهند زیرا ملاک چنین مواردی، حصول ظن است و ظن با نظر یک کارشناس نیز حاصل می شود [البته تفاوت گذاشتن میان نظریه کارشناسی برای روئیدن گوشت و سفت شدن استخوان با شیر و میان نظریه کارشناس

در سایر موارد، مسأله مشکلی است بنابراین بهتر است که در اینجا هم نظر یک کارشناس را کافی بدانیم بویژه که نظریه کارشناس با شهادت شهود تفاوت دارد که تعداد و عدالت ایشان نیز شرط باشد] و آنچه که در روایات و فتوای فقها آمده آن است که روئیدن گوشت و سفت شدن استخوان، هر دو ضرورت دارد اما مرحوم شهید اول در اینجا فقط به یکی از آن دو [یعنی یا روئیدن گوشت و یا سفت شدن استخوان] اکتفا کرده است و شاید دلیلش، ملازمه میان این دو باشد [یعنی روئیدن گوشت و سفت شدن استخوان، لازم و ملزوم یکدیگرند بگونه‌ای که هرگاه گوشت بروید، استخوان هم سفت می‌شود. شاید هم شهید اول به روایت‌های صحیحی استناد کرده است که روئیدن گوشت و خون را کافی می‌داند. اما شهید ثانی برخلاف شهید اول، یکی از این دو شرط را کافی ندانسته و می‌فرماید:] و نظریه قوی تر آن است که هر دو شرط، لازم است [زیرا روایت، هر دو شرط را بیان می‌کند و ملازمه‌ای میان آن دو وجود ندارد].

(أَوْ يَتِمُّ يَوْمًا وَلَيْلَةً) بِحَيْثُ تُرْضِعُ كُلَّمَا تَقَاضَاهُ أَوْ احتَاجَ إِلَيْهِ غَادَةً، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ الْعَدَدُ وَلَمْ يَحْصِلِ الْوَصْفُ السَّابِقُ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْيَوْمِ الطَّوِيلِ وَغَيْرِهِ، لِانْجِبَارِهِ بِاللَّيْلَةِ أَبَدًا. وَ هَلْ يَكْفِي الْمُلَفَّقُ مِنْهُمَا لَوْ ابْتَدَأَ فِي أَثْنَاءِ أَحَدِهِمَا نَظْرًا، مِنْ الشَّكِّ فِي صِدْقِ الشَّرْطِ، وَ تَحَقُّقِ الْمَعْنَى.

(أَوْ خَمْسَ عَشْرَةَ رَضْعَةً) ثَامَّةٌ مُتَوَالِيَةً، لِروَايَةِ زِيَادِ بْنِ سَوْقَةَ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: هَلْ لِلرَّضَاعِ حَدٌّ يُؤْخَذُ بِهِ؟ فَقَالَ: «لَا يُحَرِّمُ الرِّضَاعُ أَقَلَّ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، أَوْ خَمْسَ عَشْرَةَ مُتَوَالِيَاتٍ مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ لَبَنٍ فَحَلٍ وَاحِدٍ، لَمْ يَفْصَلْ بَيْنَهَا بِرَضْعَةِ امْرَأَةٍ غَيْرِهَا». وَ فِي مَعْنَاهَا أَخْبَارٌ أُخَرُ.

(وَ الْأَقْرَبُ الشَّرُّ بِالْعَشْرِ) وَ عَلَيْهِ الْمُعْظَمُ، لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾، وَ نَظَائِرِهِ مِنَ الْعُمُومَاتِ الْمُخَصَّصَةِ بِمَا دُونَ الْعَشْرِ قَطْعًا فَيَبْقَى الْبَاقِي، وَ لَصَحِيحَةُ الْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «لَا يُحَرِّمُ مِنَ الرِّضَاعِ إِلَّا الْمَجْبُورُ، قَالَ: قُلْتُ وَ مَا الْمَجْبُورُ، قَالَ: أُمُّ تَرْبِيٍّ، أَوْ ضِرٌّ تُسْتَأْجَرُ، أَوْ أَمَةٌ تُشْتَرَى ثُمَّ تُرْضِعُ عَشْرَ رَضْعَاتٍ يَزُوَى الصَّبِيُّ وَ يَنَامُ» وَ لِأَنَّ الْعَشْرَ تُنْبِتُ اللَّحْمَ لَصَحِيحَةِ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِلَى أَنْ قَالَ: «قُلْتُ وَ مَا الَّذِي يُنْبِتُ اللَّحْمَ وَ الدَّمَ؟ فَقَالَ: كَانَ يُقَالُ: عَشْرُ رَضْعَاتٍ، وَ الْأَخْبَارُ الْمُصَرَّحَةُ بِالْخَمْسِ عَشْرَةَ ضَعِيفَةُ السَّنَدِ، أَوْ قَرِيبَةٌ مِنْهُ.

وَفِيهِ نَظَرٌ، لِمَنْعِ صَحَّةِ الْخَبَرِ الدَّالِّ عَلَى الْعَشْرِ، فَإِنَّ فِي طَرِيقِهِ مُحَمَّدُ بْنُ سِنَانٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ وَأَشْهَرِهِمَا، وَأَمَّا صَحِيحُهُ عُيُبِدٍ فَنَسَبَ الْعَشْرَ إِلَى غَيْرِهِ مُشْعِرًا بِعَدَمِ اخْتِيَارِهِ، وَفِي آخِرِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ. فَإِنَّ السَّائِلَ لَمَّا فَهِمَ مِنْهُ عَدَمَ إِزَادَتِهِ قَالَ لَهُ: فَهَلْ تُحَرِّمُ عَشْرَ رَضَعَاتٍ؟ فَقَالَ: «دَعْ ذَا، وَقَالَ: مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ». فَلَوْ كَانَ حُكْمُ الْعَشْرِ حَقًّا لَمَا نَسَبَهُ عَلَيْهِ السَّائِلُ إِلَى غَيْرِهِ، بَلْ كَانَ يَحْكُمُ بِهِ مِنْ غَيْرِ نِسْبَةٍ، وَإِعْرَاضُهُ عَلَيْهِ ثَانِيًا عَنِ الْجَوَابِ إِلَى غَيْرِهِ مُشْعِرٌ بِالتَّقْيَةِ، وَعَدَمُ التَّحْرِيمِ بِالْعَشْرِ، فَسَقَطَ الْإِحْتِجَاجُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

وَبَقِيَ صَحِيحُهُ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ رِثَابٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قُلْتُ لَهُ مَا يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ؟ قَالَ: «مَا أَتَبَتَ اللَّحْمَ، وَشَدَّ الْعَظْمَ» قُلْتُ: فَتَحَرَّمَ عَشْرَ رَضَعَاتٍ؟ قَالَ: «لَا لِأَنَّهَا لَا تُنْتَبِتُ اللَّحْمَ، وَلَا تُشَدُّ الْعَظْمَ عَشْرَ رَضَعَاتٍ» فَانْتَفَتِ الْعَشْرُ بِهَذَا الْخَبَرِ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْقَوْلُ بِالْخَمْسِ عَشْرَةِ، وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ، إِذْ لَا وَاسِطَةَ بَيْنَهُمَا، وَبِهَذَا يَخْصُ عُمُومُ الْأَدِلَّةِ أَيْضًا. وَيُضَعَّفُ قَوْلُ ابْنِ الْجُنَيْدِ «بِالْإِكْتِفَاءِ بِمَا وَقَعَ عَلَيْهِ اسْمُ الرِّضْعَةِ»، نَظَرًا إِلَى الْعُمُومِ حَيْثُ أَطْرَحَ الْأَخْبَارَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ. وَمَا أَوْرَدْنَاهُ مِنَ الْخَبَرِ الصَّحِيحِ حُجَّةً عَلَيْهِ، وَتَبَقِيَ الْأَخْبَارُ الْمُثْبِتَةُ لِلْخَمْسِ عَشْرَةِ، وَالتَّائِيَةُ لِلْعَشْرِ مِنْ غَيْرِهِ شَاهِدَةٌ وَغَايِدَةٌ لَهُ وَهِيَ كَثِيرَةٌ.

[همانگونه که بیان شد، روئیدن گوشت یا سفت شدن استخوان، شرط بوجود آمدن حرمت از راه نکاح است اما ممکن است بجای این شرط، شرط دیگری قرار گیرد بدین صورت که] یا شیر خوردن در طول یک روز و شب، صورت گیرد بگونه‌ای که هر وقت طفل نیاز به شیر داشته باشد، درخواست شیر خوردن کند یا به صورت عادی، اول شیر بدهد هر چند تعداد دفعات شیر خوردن، کامل نشود و صفت روئیدن گوشت یا سفت شدن استخوان، فراهم نگردد و تفاوتی میان روز بلند و کوتاه وجود ندارد زیرا کوتاه بودن روز با طولانی بودن شب، جبران می‌شود. [شهادتانی، درخواست کودک و نیاز عادی او را به صورت جداگانه بیان کرده است اما باید توجه داشت که در اینجا ملاک مشخصی وجود دارد و آن تغذیه کودک با شیرمادر است که این تغذیه به شکل‌های مختلفی ممکن است صورت گیرد مانند روئیدن گوشت و سفت شدن استخوان، تغذیه در زمان خاص یا به دفعات خاص. نکته‌ای که محل تردید می‌باشد آن است که آیا شب و روز باید به تنهایی محقق شود یا می‌توان آنها را با یکدیگر مخلوط کرد؟ شهادتانی در

این خصوص می‌فرماید: [و چنانچه شیر دادن در اثناء شب یا روز، شروع شده باشد آیا تلفیق شب و روز امکان دارد؟ تأمل وجود دارد] مثلاً اگر شیر دادن از ساعت ۱۱ صبح روز شنبه شروع شود تا ساعت ۱۱ صبح روز یکشنبه ادامه پیدا کند، یک شبانه‌روز محسوب می‌شود یا بیست و چهار ساعت از صبح روز یکشنبه آغاز می‌شود. در اینجا دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال آن است که تلفیق و تکمیل زمانها، ممکن نباشد] زیرا در مورد تحقق شرط، تردید وجود دارد [یعنی شک داریم که در چنین حالتی، شرط حرمت یعنی تحقق بیست و چهار ساعت، بوجود آمده است یا خیر و اصل آن است که این شرط محقق نشده باشد و باید به قدر متیقن اکتفا کرد. احتمال دیگر آن است که تلفیق زمانها، ممکن باشد] زیرا معنا و شرط، محقق شده است [یعنی در صورت تلفیق هم، مدّت بیست و چهار ساعت تحقق یافته است و ضرورتی ندارد که این مدّت از ابتدای یک روز یا شب، شروع شده باشد و آنچه که در اینجا مهم می‌باشد، تحقق مدّت بیست و چهار ساعت است. شیر خوردن در یک روز و یک شب، یکی از راههای تحقق حرمت است اما ممکن است حرمت از راه تعداد دفعات شیر خوردن نیز فراهم گردد که مرحوم شهیدثانی، آن را چنین بیان می‌کند: [یا کودک، پانزده مرتبه به صورت کامل و متوالی شیر بخورد] بنابراین شیر خوردن ناقص، کفایت نمی‌کند اعم از اینکه یک مرتبه یا چند مرتبه باشد مگر اینکه شرایط دیگر مانند روئیدن گوشت یا سفت شدن استخوان فراهم باشد. دلیل اینکه شیر خوردن باید در پانزده مرتبه کامل و متوالی صورت گیرد] بخاطر روایت زیاد بن سوقه است که گوید به امام باقر (ع) گفتم، آیا شیر خوردن محدودیتی دارد که مورد عمل قرار گیرد؟ امام فرمود: «شیر خوردن کمتر از یک روز و شب یا پانزده مرتبه متوالی از یک زن و از شیر متعلق به یک مرد که شیر خوردن از زن دیگری میان آنها فاصله نینداخته باشد موجب حرمت نمی‌شود» و روایات دیگری نیز وجود دارد که همین معنا و مضمون را دارد. [شهید اول پس از آنکه شرط پانزده مرتبه شیر خوردن را بیان می‌کند، شرط دو مرتبه شیر خوردن را قوی‌تر دانسته و می‌گوید: [و نظریه قوی‌تر آن است که نشر حرمت با ده مرتبه شیر خوردن، تحقق می‌یابد و اکثر فقها نیز همین دیدگاه را برگزیده‌اند زیرا خداوند [در آیه ۲۲ سوره نساء] می‌فرماید: «و مادران تن که به شما شیر داده‌اند.» و سایر ادله عامی که قطعاً به کمتر از ده مرتبه شیر

خوردن، تخصیص خورده‌اند و بقیه تحت عموم باقی می‌ماند. [منظور این عبارت آن است که آیه مزبور یا سایر ادله مانند روایتی که می‌گوید «آنچه از راه نسب موجب حرمت می‌شود، از راه رضاع نیز موجب حرمت می‌گردد.» اطلاق و عمومیت دارند و شیر خوردن را موجب حرمت می‌دانند بدون اینکه تعداد دفعات شیر خوردن را بیان کنند اما دلیل‌های خاص دیگری داریم که می‌گویند، شیر خوردن چنانچه کمتر از ده مرتبه باشد موجب حرمت نمی‌شود اما در مورد شیر خوردن بیشتر از ده مرتبه، تصریحی در روایات وجود ندارد پس باید به قواعد دلیل‌های عام مراجعه کرد و قواعد و دلیل‌های عام نیز مانند آیه و روایتی که گفته شد، عددی را برای شیر خوردن بیان نکرده‌اند بنابراین ده مرتبه شیر خوردن یا بیش‌تر از آن، برحسب قواعد عمومی موجب حرمت می‌شود و آنچه که استثنا شده است فقط کمتر از ده مرتبه شیر خوردن می‌باشد که موجب حرمت نمی‌شود. دلیل دیگر برای اینکه ده مرتبه شیر خوردن، موجب حرمت می‌شود،] روایت صحیح فضل بن یسار از امام باقر (ع) است که فرمود: «فقط شیر خوردن از زن مجبور، سبب بوجود آمدن حرمت می‌شود [البته واژه «مجبور» به شکل‌های مختلفی بیان شده است مانند: مجبور و مخبور؛ اما واژه «مجبور» مشهورتر است و به معنای زنی است که تکلیف به شیر دادن دارد و ملزم به آن است. راوی گوید در مورد معنای این واژه، سؤال کردم] و گفتم: «مجبور به چه معنایی است؟» امام فرمود: «مربی است یا دایه‌ای که اجیر می‌شود یا امه‌ای که خریدار شده و ده مرتبه شیر می‌دهد بگونه‌ای که کودک با آن شیر، نیرومند شده و رشد می‌کند. [علت اینکه زن شیرده را مجبور نامیده‌اند بخاطر آن است که برای تکلیف قراردادی یا اخلاقی، ملزم و متعهد به شیر دادن است. دلیل دیگر برای اینکه ده مرتبه شیر دادن برای ایجاد حرمت کفایت می‌کند] بخاطر آن است که ده مرتبه شیر خوردن سبب روئیدن گوشت می‌شود همانگونه که روایت صحیح عبید بن زراره تا آنجا ادامه می‌دهد که به امام (ع) گفتم، چه چیزی موجب روئیدن گوشت و خون می‌شود؟ امام فرمود: «مانند اینکه گفته شود: ده مرتبه شیر دادن [صورت گرفته است] و سند روایت‌هایی که تصریح به پانزده مرتبه شیر خوردن دارند، ضعیف است یا نزدیک به ضعیف هستند. [در این زمینه و روایت موثق نیز وجود دارد که شهیدثانی عبارت «نزدیک به ضعیف را در مورد آنها بکار برده

است. شهیدثانی نظریه تحقق حرمت با ده مرتبه شیر خوردن را نپسندیده و می‌گوید: [و در این نظریه، تأمل وجود دارد زیرا روایتی که دلالت بر ده مرتبه شیر خوردن داشت [یعنی روایت صحیح فضیل بن یسار]، روایت صحیحی نیست زیرا محمد بن سنان در میان راویان آن قرار دارد که براساس نظریه صحیح تر و مشهورتر، شخص ضعیفی است و روایت صحیح عبید بن زراره هم، ده مرتبه شیر خوردن را به دیگران نسبت داده [و فرموده است: کان یقال: عشر رضعات] و این نحوه بیان] اشاره به آن دارد که امام (ع) خودش نظریه ده مرتبه شیر خوردن را نپذیرفته است و در پایان روایت نیز عبارتی وجود دارد که بیانگر این ادعاست [که امام، این دیدگاه را نپذیرفته است] زیرا سؤال کننده زمانی که می‌فهمد امام نظریه ده مرتبه شیر خوردن را قبول ندارد از او می‌پرسد: «آیا ده مرتبه شیر خوردن، موجب حرمت می‌شود.» و امام می‌فرماید: «این را رهاکن» [و این عبارت اشاره به آن دارد که امام نظریه ده مرتبه شیر خوردن را نپذیرفته است.] و سپس امام (ع) ادامه می‌دهد: «آنچه که از راه نسب، حرام می‌شود از راه شیر خوردن نیز موجب حرمت می‌شود.» پس اگر نظریه «تحقق حرمت با ده مرتبه شیر خوردن» صحیح بود، امام آن را به دیگران نسبت نمی‌داد بلکه آن را بدون نسبت دادن به دیگران بیان می‌کرد، و اینکه امام دوباره از نظریه ده مرتبه بیشتر خوردن اعراض کرده و عبارت «آن را رهاکن» را بکار می‌برد دلالت بر آن دارد که تقیه کرده است [زیرا در پایان روایت عبارتی را بکار برده است که ارتباط زیادی با موضوع ندارد] بنابراین ادله هر دو دیدگاه [یعنی ده مرتبه شیر خوردن و پانزده مرتبه شیر خوردن] از درجه اعتبار ساقط می‌شود و فقط صحیح عبدالله بن رئاب باقی می‌ماند که گوید به امام صادق (ع) گفتم: چه شیر خوردنی، حرمت را بوجود می‌آورد؟ امام فرمود: شیر خوردنی که گوشت را برویاند و استخوان را سفت کند. به امام (ع) گفتم: پس ده مرتبه شیر خوردن، حرمت را بوجود می‌آورد؟ امام (ع) فرمود: نه بخاطر اینکه ده مرتبه شیر خوردن سبب روئیدن گوشت و سفت شدن استخوان نمی‌شود.» بنابراین [بوجود آوردن حرمت از طریق] ده مرتبه شیر خوردن بوسیله این روایت منتفی می‌شود و فقط نظریه [تحقق حرمت] با پانزده مرتبه شیر خوردن باقی می‌ماند هر چند بیان نشده است [یعنی هر چند پانزده مرتبه در این روایت بیان نشده است اما وقتی این روایت،

تحقق حرمت با ده مرتبه شیر خوردن را نفی می‌کند خود بخود باید نظریهٔ پانزده مرتبه شیر خوردن را بپذیریم. پس دلیل نظریهٔ پانزده مرتبه شیر خوردن آن است که [حدّ وسطی میان ده مرتبه و پانزده مرتبه وجود ندارد یعنی فقها بر دو دسته شده‌اند؛ یا ده مرتبه و یا پانزده مرتبه را پذیرفته‌اند و نظریهٔ بینابینی وجود ندارد و عموم ادله نیز با روایت علی بن رئاب تخصیص می‌خورد [یعنی دلائل عام مانند آیه ۲۲ سورهٔ نساء که می‌گوید: «و مادران شما که به شما شیر داده‌اند» یا روایتی که می‌گوید: «آنچه از راه نسب موجب حرمت می‌شود از راه رضاع نیز موجب حرمت می‌شود.» و ... تعداد شیر خوردن‌ها را بیان نکرده‌اند اما عموم آنها با روایت علی بن رئاب که گفته است حرمت با شیر خوردن کمتر از ده مرتبه، حاصل نمی‌شود تخصیص می‌خورد و ادلهٔ عام نیز حمل بر موردی می‌شوند که شیر خوردن، بیش‌تر از ده مرتبه باشد. مرحوم ابن جنید گفته است که تعداد شیر خوردن برای تحقق حرمت، کافی نیست بلکه باید به عرف مراجعه کرد زیرا در آیات و روایات، عددی برای شیر خوردن بیان نشده است و هر مقداری که عرفاً نام شیر خوردن بر آن صدق کند موجب حرمت می‌شود. مرحوم شهیدثانی، نظریهٔ ابن جنید را رد کرده و می‌گوید: [و سخن ابن جنید که با استناد به عموم ادله، تحقق اسم شیر خوردن را کافی می‌داند، ضعیف است زیرا هر دو دسته روایات را رد می‌کند [یعنی سخن ایشان، هم با روایاتی مخالف است که ده مرتبه شیر خوردن را لازم می‌دانند و هم روایاتی که پانزده مرتبه شیر خوردن را لازم می‌دانند حال آنکه یکی از آنها را باید پذیرفت.] و روایت صحیحی که ما بیان کردیم [یعنی روایت علی بن رئاب] سخن ابن جنید را رد می‌کند [زیرا گرچه در این روایت، پانزده مرتبه شیر خوردن بیان نشده است اما به صورت منحنی آن را بیان می‌کند که توضیح آن را دیدیم.] و روایت‌هایی که پانزده مرتبه شیر خوردن را لازم می‌دانند و روایت‌های دیگری که ده مرتبه شیر خوردن را کافی نمی‌دانند، شاهد و دلیل نظریهٔ لزوم پانزده مرتبه شیر خوردن [برای تحقق حرمت] است و این قبیل روایت‌ها [که پانزده مرتبه شیر خوردن را لازم می‌دانند] فراوان هستند.

(وَأَنْ يَكُونَ الْمُتَرْضِعُ فِي الْحَوْلَيْنِ) فَلَا عِزَّةَ بَرَضَا عِهِ بَعْدَهُمَا وَإِنْ كَانَ جَائِزًا كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ مَعَهُمَا، وَالْحَوْلَانِ مُعْتَبَرَانِ فِي الْمُتَرْضِعِ دُونَ وَلَدِ الْمُرْضِعَةِ، فَلَوْ كَمَلَ

حَوْلًا وَلَدَهَا ثُمَّ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِهِ غَيْرَهُ نَشَرَ فِي أَصْحِ الْقَوْلَيْنِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُقْطَعَ الْمُرْتَضِعُ قَبْلَ الرِّضَاعِ فِي الْحَوْلَيْنِ، وَ عَدَمِهِ. وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْحَوْلَيْنِ الْهَلَالِيَّةُ فَلَوْ انْكَسَرَ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ أَكْمَلَ بَعْدَ الْأَخِيرِ ثَلَاثِينَ كَغَيْرِهِ مِنَ الْأَجَالِ.

و [پنجمین شرط برای تحقق حرمت از راه شیر خوردن] آن است که کودک شیرخوار، در سن دو سالگی باشد [یعنی شیر خوردن باید قبل از رسیدن کودک به سن دو سالگی یعنی بیست و چهار ماه قمری باشد و اگر ابتدای مدت از وسط یک ماه شروع شود باید از ماه آخر آن را تکمیل نمود همانگونه که در سایر مدت‌ها رعایت می‌شود]. بنابراین شیر خوردنی که بعد از دو سالگی صورت می‌گیرد سبب حرمت نمی‌شود هر چند شیر خوردن علاوه بر دو سال نیز جایز است مثلاً کودک یک یا دو ماه علاوه بر دو سال، شیر بخورد. و شرط دو سال، مربوط به کودک شیرخوار است و در فرزندی که شیر می‌دهد شرط نیست بنابراین اگر دو سال فرزند زن شیرده کامل شود و سپس با شیر او به کودک دیگری شیر بدهد، نظریه صحیح‌تر آن است که حرمت بوجود می‌آید [مثلاً اگر خانم «الف» کودکی به نام «ب» داشته باشد که دو سال وی گذشته و از همان شیرینی که به «ب» می‌داده به «ج» نیز بدهد که کمتر از دو سال دارد، میان «ب» و «ج» حرمت بوجود می‌آید زیرا کمتر از دو سال داشتن شرط «ب» نیست بلکه شرط «ج» می‌باشد.] و تفاوتی ندارد که کودک قبل از شیر خوردن در دو سال، آن را ترک کند [و سپس قبل از پایان دو سال، دوباره برگردد] یا آن را ترک نکند [یعنی در فاصله دو سال اگر کودک مدتی از شیر گرفته شود و شیر نخورد و دوباره شیر بخورد باز هم حرمت بوجود می‌آید و لازم نیست که شیر خوردن به صورت مستمر ادامه یابد.] و منظور از دو سال، سال هلالی است [یعنی سال قمری] بنابراین اگر ماه اول، کامل نبود از ماه آخر به مدت سی روز تکمیل می‌شود مانند بقیه مدت‌ها [که به همین نحو محاسبه می‌شود پس اگر کودکی در ابتدای ماه شروع به شیر خوردن کند وقتی بیست و چهار ماه تمام شد، دو سال به حساب می‌آید اما وقتی از دهم ماه شروع به شیر خوردن کند باید ده روز از ماه بیست و پنجم به آن اضافه شود هر چند ماه اول، بیست و نه روز باشد چون ملاک احتساب یک ماه، سی روز است.]

(وَأَنَّ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ الرِّضَاعَاتِ فِي الْأَحْوَالِ الثَّلَاثَةِ (بِرِضَاعِ أُخْرَى) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ

رَضْعَةً كَامِلَةً. وَلَا عِبْرَةَ بِتَخَلُّلِ غَيْرِ الرَّضَاعِ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ وَشُرْبِ اللَّبَنِ مِنْ غَيْرِ
 التَّدْيِ وَنَحْوِهِ، وَإِنَّمَا يَفْطَحُ اتِّصَالُ الرَضَعَاتِ إِذَا رَضِعَ غَيْرَهَا مِنَ التَّدْيِ. وَصَرَّحَ الْعَلَامَةُ فِي
 الْقَوَاعِدِ بِالْإِكْتِفَاءِ فِي الْفَضْلِ بِأَقَلِّ مِنْ رَضْعَةٍ كَامِلَةٍ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ، وَفِي التَّذْكِرَةِ بِأَنَّ الْفَضْلَ
 لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِرَضْعَةٍ كَامِلَةٍ وَأَنَّ النَّاقِصَةَ بِحُكْمِ الْمَأْكُولِ وَغَيْرِهِ، وَالرَّوَايَةُ مُطْلَقَةٌ فِي اعْتِبَارِ
 كَوْنِهَا مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، قَالَ الْبَاقِرُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يُحَرِّمُ الرَّضَاعُ أَقَلَّ مِنْ رَضَاعِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، أَوْ
 خَمْسَ عَشْرَةَ رَضْعَةً مَثَوَالِياتٍ مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ لَبَنِ فَحْلٍ وَاحِدٍ». وَلَعَلَّ دَلَالَتَهَا عَلَى
 الْإِكْتِفَاءِ بِفَضْلِ الْمُسَمَّى الرَّضَاعِ أَكْثَرُ.

[شرط ششم برای تحقق حرمت] آن است که در هر سه حالت [یعنی یک روز و یک
 شب، پانزده یا ده مرتبه شیر خوردن، روئیدن گوشت و سفت شدن استخوان] میان شیر
 خوردن‌ها، شیر خوردن از زن دیگری فاصله نیاندازد اگر چه شیر خوردن کامل نباشد
 [یعنی شیر خوردن از زن دوم، بچه را سیر نکند] و اگر چیزی غیر از شیر خوردن [میان
 شیر خوردن‌ها] فاصله بیندازد مانند غذا خوردن یا نوشیدن مایع یا شیر خوردن از
 غیر پستان [هر چند شیر همان زن باشد] و نظایر آن [مانند داخل کردن شیر از راه بینی یا
 آمپول] اعتباری ندارد [و حرمت را بوجود نمی‌آورد] بلکه آنچه اتصال شیر خوردن‌ها را
 از بین می‌برد، شیر دادن زن دیگر با پستانش می‌باشد. مرحوم علامه حلی در کتاب
 قواعد گفته است که برای فاصله انداختن میان شیر خوردن‌ها، شیر خوردن ناقص نیز
 کفایت می‌کند و تردیدی هم وجود ندارد [یعنی حتی اگر مثلاً در فاصله میان پانزده
 مرتبه شیر خوردن کودک از «الف»، مقدار کمی از شیر خانم «ب» را بخورد و سیر هم
 نشود، حرمت بوجود نمی‌آید زیرا میان پانزده مرتبه شیر خوردن، فاصله افتاده است] اما
 ایشان در کتاب تذکره فرموده است که فاصله افتادن باید با شیر خوردن کامل باشد
 [یعنی کودک باید به اندازه کافی از شیر خانم «ب» بخورد و سیر شود تا گفته شود که میان
 شیر خوردن‌های از خانم «الف» فاصله افتاده است و مرحوم علامه گفته است] که شیر
 خوردن ناقص مانند غذا خوردن و نظایر آن است [که خللی در توالی شیر خوردن‌ها
 وارد نکرده و در نتیجه، حرمت بوجود می‌آید. اما مرحوم شهیدثانی می‌فرماید در روایت
 نیامده است که شیر خوردن ناقص، خللی وارد نمی‌کند بلکه] روایت در مورد اینکه شیر
 خوردن‌ها را از یک زن لازم می‌داند، مطلق است [و تفصیلی میان شیر خوردن کامل و

ناقص نداده است بلکه] امام باقر (ع) فرمود: «رضاع با کمتر از شیر خوردن در یک روز و یک شب یا پانزده مرتبه شیر خوردن متوالی از یک زن و از شیر یک مرد، موجب حرمت نمی‌شود» و شاید این روایت بیشتر دلالت بر این مطلب کند که صرف تحقق نام «شیر خوردن» برای فاصله انداختن کفایت می‌کند [یعنی بجای اینکه به ملاک کامل یا ناقص بودن شیر خوردن توجه کنیم به این ملاک توجه کنیم که نام «شیر خوردن» بر آن صدق می‌کند یا خیر؟ هر چند شیر خوردن، کامل نبوده و کودک را سیر نکند.]

(وَ أَنْ يَكُونَ اللَّبَنُ لِفَحْلٍ وَاحِدٍ، فَلَوْ أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ جَمَاعَةً ذُكُورًا وَ إِنَاثًا) (بَلَيْنِ فَحْلَيْنِ) فَصَاعِدًا بِحَيْثُ لَمْ يَجْتَمِعْ ذَكَرٌ وَ أُنْثَى مِنْهُمْ عَلَى رَضَاعِ لَبَنِ فَحْلٍ وَاحِدٍ بِأَنْ أَرْضَعَتْ جَمَاعَةً ذُكُورًا بَلَيْنِ وَاحِدٍ، ثُمَّ جَمَاعَةً إِنَاثًا بَلَيْنِ فَحْلٍ آخَرَ، أَوْ أَرْضَعَتْ صَبِيًّا بَلَيْنِ فَحْلٍ، ثُمَّ أُنْثَى بَلَيْنِ فَحْلٍ آخَرَ، ثُمَّ ذَكَرًا بَلَيْنِ ثَالِثٍ، ثُمَّ أُنْثَى بَلَيْنِ رَابِعٍ وَ هَكَذَا (لَمْ يَحْرُمُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ) وَلَوْ اتَّحَدَ فَحْلٌ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ تَحَقَّقَ التَّحْرِيمُ فِيهِمَا، دُونَ الْبَاقِينَ، كَمَا لَوْ أَرْضَعَتْ ذَكَرًا وَ أُنْثَى بَلَيْنِ فَحْلٍ، ثُمَّ ذَكَرًا آخَرَ وَ أُنْثَى بَلَيْنِ فَحْلٍ آخَرَ، وَ هَكَذَا فَإِنَّهُ يَحْرُمُ كُلُّ أُنْثَى رَضَعَتْ مَعَ ذَكَرِهَا مِنْ لَبَنِ فَحْلٍ وَاحِدٍ عَلَيْهِ، وَ لَا يَحْرُمُ عَلَى الذَّكَرِ الْآخَرَ، وَ الْعِبَارَةُ لَا تَفِي بِذَلِكَ، وَ لَكِنَّ الْمُرَادَ مِنْهَا حَاصِلٌ.

وَ لَا فَرْقَ مَعَ اتِّحَادِ الْفَحْلِ بَيْنَ أَنْ تَتَّحِدَ الْمُرْضِعَةُ كَمَا ذَكَرَ، أَوْ تَتَعَدَّدَ بِحَيْثُ يَرْتَضِعُ أَحَدُهُمَا مِنْ إِحْدَهُمَا كَمَا لَ النَّصَابِ، وَ الْآخَرُ مِنَ الْأُخْرَى كَذَلِكَ وَ إِنْ تَعَدَّدَنَ قَبْلَغْنِ مِائَةً، كَالْمُنْكُوحَاتِ بِالْمُتَعَةِ أَوْ بِمِلْكِ الْيَمِينِ.

وَ عَلَى اعْتِبَارِ اتِّحَادِ الْفَحْلِ مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ وَ جُمْلَةُ مِنَ الْأَخْبَارِ، وَ قَدْ تَقَدَّمَ بَعْضُهَا. (وَ قَالَ) أَبُو عَلِيٍّ (الطَّبْرَسِيُّ) صَاحِبُ التَّفْسِيرِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فِيهِ: (لَا يَشْتَرُطُ اتِّحَادُ الْفَحْلِ بَلْ يَكْفِي اتِّحَادُ الْمُرْضِعَةِ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُمْ) مَعَ اتِّحَادِهَا (أُخُوَّةُ الْأُمِّ) وَ إِنْ تَعَدَّدَ الْفَحْلُ (وَ هِيَ تَحْرُمُ التَّنَاحُجَ) بِالنَّسَبِ، وَ الرَّضَاعُ يَحْرُمُ مِنْهُ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ. وَ هُوَ مُتَّجِهٌ لَوْ لَا وَرُودُ النَّصُوصِ عَنْ أَهْلِ الْبَيْتِ (عَلَيْهِمُ السَّلَامُ) بِخِلَافِهِ، وَ هِيَ مُخَصَّصَةٌ لِمَا دَلَّ بِعُمُومِهِ عَلَى اتِّحَادِ الرَّضَاعِ وَ النَّسَبِ فِي حُكْمِ التَّحْرِيمِ.

[شرط هفتم برای تحقق حرمت از راه خوردن] آن است که شیر متعلق به یک مرد باشد بنابراین اگر زنی با شیر دو یا چند مرد، به چند پسر و دختر شیر بدهد بگونه‌ای که یک پسر و دختر از میان آنها، شیر یک مرد را نخورده باشند، بر یکدیگر محرم

نمی‌شوند مانند اینکه چند پسر از شیر یک مرد بخورند و سپس چند دختر از شیر مرد دیگری بخورند [مثلاً فاطمه، همسر علی باشد و از علی حامله شده و با شیری که متعلق به علی است، حسن و حسین را شیر بدهد و سپس فاطمه از علی جدا شده و با محمد ازدواج کند و از وی حامله شود و با شیری که متعلق به محمد است، زهرا و زینب را شیر بدهد]. یا پسری را با شیر متعلق به به یک مرد، شیر بدهد و سپس دختری را با شیر متعلق به مرد دیگری، شیر بدهد و سپس پسری را با شیر متعلق به مرد سوم، شیر بدهد و سپس دختری را با شیر متعلق به مرد چهارمی، شیر بدهد و همینطور ادامه پیدا کند [اینها بر یکدیگر محرم نمی‌شوند و خواهر و برادر رضاعی نیستند. همچنین است صورتی که زنی با شیر یک مرد، چند مرتبه به کودکی شیر بدهد و سپس از آن مرد جدا شده و با مرد دیگری ازدواج کند و بقیه مرتبه‌های شیر خوردن را با شیر مرد دوم، تکمیل می‌نماید. در این صورت حرمتی میان زن و کودک و میان این دو مرد و کودک بوجود نمی‌آید. بنابراین اگر یک پسر و دختر از شیر یک مرد بخورند بر یکدیگر حرام می‌شوند اعم از اینکه شیر خوردن آنها یک دفعه یا به صورت متعاقب باشد و تفاوتی ندارد که یک کودک را شیر بدهد یا صد کودک را و نیز تفاوتی ندارد که زن شیر دهنده، یک نفر باشد یا متعدد باشند] و اگر دو نفر از کودکان، از شیر یک مرد بخورند، حرمت میان همان دو نفر بوجود می‌آید و بقیه بر یکدیگر حرام نمی‌شوند مانند اینکه زنی با شیر متعلق به یک مرد، دختر و پسری را شیر بدهد و سپس دختر و پسر دیگری را با شیر متعلق به مرد دیگری شیر بدهد و به همین ترتیب ادامه پیدا کند پس هر دختری که از شیر متعلق به یک مرد، خورده باشد با پسری که از همان شیر خورده است بر یکدیگر حرام می‌شوند اما با پسری که از شیر متعلق به مرد دیگر خورده است، محرم نمی‌شوند هر چند عبارت مرحوم شهید اول [که فرمود: «اگر زنی به چند دختر و پسر با شیر دو مرد یا بیشتر، شیر بدهد بر یکدیگر حرام نمی‌شوند.»] چنین معنایی را نمی‌رساند [زیرا این عبارت شامل برخی صورتهایی می‌شود که بیان گردید و در چنین صورتهایی کودکان بر یکدیگر حرام می‌شوند] اما معنایی که گفته شد به دست می‌آید [هر چند با کمک قرینه‌های خارجی باشد. یعنی عبارت مصنف، خیلی کلی و مبهم است و منظور وی را باید با کمک قرینه‌های خارجی بدست آورد.] و در صورتی که مرد [یعنی

مردی که شیر، متعلق به اوست] یکی باشد تفاوتی ندارد که زن شیرده نیز یک نفر باشد همانگونه که بیان شد [که در این صورت، خواهر و برادری از جانب پدر کفایت می‌کند اما از جهت مادر، کفایت نمی‌کند] یا زن شیرده نیز متعدد باشند بگونه‌ای که یکی از کودکان به صورت کامل از یک زن شیر بخورد [مثلاً یک شبانه روز کامل شیر بخورد] و کودک دیگر نیز به صورت کامل از زن دیگری شیر بخورد هر چند تعداد زن‌ها به صد زن برسد مانند زمانی که راه نکاح موقت یا ملک یمین به زوجیت مردی درآیند. [شهیدثانی می‌فرماید دلیل اینکه صاحب شیر باید یک مرد باشد آن است که] بیشتر فقهای شیعه، وحدت صاحب شیر را لازم می‌دانند و برخی روایات نیز این شرط را بیان کرده‌اند که تعدادی از آنها را بیان کردیم. اما با این وجود، برخی از فقها شرط تحقق حرمت از راه رضاع را، وحدت مردی نمی‌دانند که شیر متعلق به اوست و در این زمینه [ابوعلی طبرسی، نویسنده کتاب تفسیر مجمع البیان گفته است که وحدت مرد صاحب شیر، لازم نیست بلکه اتحاد زن شیرده، کفایت می‌کند] یعنی برای اینکه میان «الف» و «ب» حرمت رضاعی بوجود آید لازم است که هر دو از شیر یک زن - مثلاً فاطمه - تغذیه کرده باشد اما لازم نیست که شیر آن زن، متعلق به یک مرد باشد بلکه امکان دارد که «الف» از شیر متعلق به حسن و «ب» از شیر متعلق به محمد، تغذیه کرده باشد. علت اینکه وحدت مرد لازم نیست اما وحدت زن لازم می‌باشد [بخاطر آن است که در صورت وحدت زن شیرده، رابطه خواهر و برادری مادری برقرار است هر چند مردی که شیر متعلق به اوست، متعدد باشند] در مثالی که بیان شد، الف و ب، خواهر و برادر مادری یکدیگر هستند یعنی مادر آنها، یکی است هر چند پدر آنها، دو نفر باشند] و چنین رابطه‌ای چنانچه از راه نسب برقرار شود موجب حرمت نکاح می‌شود و آنچه که از راه نسب موجب حرمت شود، از راه رضاع نیز موجب حرمت می‌شود [یعنی اگر یک دختر و یک پسر، از راه نسب، خواهر و برادر مادری باشند حق ندارند باهم ازدواج کنند پس اگر از راه رضاع نیز خواهر و برادر مادری شوند، حق ازدواج با یکدیگر را نخواهند داشت زیرا همانگونه که قاعده و روایت می‌گوید: «آنچه از راه نسب موجب حرمت شود از راه رضاع نیز موجب حرمت خواهد شد.» مرحوم شهیدثانی، سخن مرحوم طبرسی را مطابق قاعده و نظریه‌ای پسندیده می‌داند اما روایاتی وجود دارد که

خلاف قاعده را بیان می‌کند بنابراین شهیدثانی در مورد دیدگاه مرحوم طبرسی می‌فرماید: [و این دیدگاه، سخن قابل دفاعی است مشروط بر اینکه روایاتی از ائمه معصومین برخلاف آن بیان نشده بود اما] چنین روایاتی وجود دارد که وحدت مردی را که شیر متعلق به اوست، ضروری می‌داند [و این روایات، عموم روایات دیگری که حکم حرمت از راه رضاع و نسب را یکسان می‌دانند تخصیص می‌زند [یعنی در اینجا دو دسته روایات وجود دارد؛ یک دسته روایاتی که می‌گویند: «آنچه از راه نسب موجب حرمت نکاح می‌شود، از راه رضاع نیز موجب حرمت نکاح می‌گردد.» و دسته دیگر روایاتی هستند که وحدت مردی را که شیر متعلق به اوست در حرمت رضاعی لازم می‌دانند و روایات دسته دوم، عموم روایات دسته اول را تخصیص می‌زنند و نتیجه تخصیص چنین می‌شود که: «آنچه از راه نسب، موجب حرمت نکاح می‌شود از راه رضاع نیز موجب حرمت می‌شود. البته در حرمت از راه رضاع این شرط وجود دارد که مردی که شیر متعلق به اوست باید واحد باشد.»]

(وَيُسْتَحَبُّ فِي الْأَسْتِزَاعِ (اخْتِيَارُ) الْمُرْضِعَةِ (الْعَاقِلَةِ الْمُسْلِمَةِ الْعَفِيفَةِ الْوَضِيَّةِ) الْحَسَنَةِ (لِلرَّضَاعِ)، لِأَنَّ الرِّضَاعَ مُؤَثِّرٌ فِي الطَّبَاعِ وَالْأَخْلَاقِ وَالصُّورَةِ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَنَا أَفْصَحُ الْعَرَبِ بَيْدَ أَنِّي مِنْ قُرَيْشٍ، وَنَشَأْتُ فِي بَنِي سَعْدٍ وَارْتَضَعْتُ مِنْ بَنِي زُهْرَةَ» وَكَانَتْ هَذِهِ الْقَبَائِلُ أَفْصَحَ الْعَرَبِ، فَافْتَخَرَ ﷺ بِالرَّضَاعِ كَمَا افْتَخَرَ بِالنَّسَبِ. وَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي تَالِبٍ: «أَنْظَرُوا مَنْ يُرْضِعُ أَوْلَادَكُمْ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَشْبُ عَلَيْهِ»، وَقَالَ الْبَاقِرُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي تَالِبٍ: «عَلَيْكُمْ بِالْوَضَاءِ مِنَ الظُّورَةِ فَإِنَّ اللَّبْنَ بُعْدِي»، وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي تَالِبٍ لِمَحْمَدِ بْنِ مَرْوَانَ: «اسْتَرْضِعْ لَوْلَدِكَ بِلَبَنِ الْحَسَنِ، وَإِيَّاكَ وَالْقَبَاحَ فَإِنَّ اللَّبْنَ قَدْ بُعْدِي».

(وَيَجُوزُ اسْتِزَاعُ الذَّمِّيَّةِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ، وَيُكْرَهُ بِدُونِهَا وَيُظْهَرُ مِنَ الْعِبَارَةِ كِعِبَارَةِ كَثِيرِ التَّحْرِيمِ مِنْ دُونِهَا، وَالْأَخْبَارُ ذَالَّةٌ عَلَى الْأَوَّلِ).

(وَيَمْنَعُهَا) زَمَنَ الرِّضَاعَةِ (مِنْ أَكْلِ الْخِنْزِيرِ، وَشُرْبِ الْخَمْرِ) عَلَى وَجْهِ الْإِسْتِحْقَاقِ إِنْ كَانَتْ أُمَّتُهُ، أَوْ مُسْتَأْجَرَتُهُ وَشَرَطَ عَلَيْهَا ذَلِكَ، وَإِلَّا تَوَصَّلَ إِلَيْهِ بِالرَّفْقِ (وَيُكْرَهُ تَسْلِيمُ الْوَلَدِ إِلَيْهَا لِتَحْمِلِهِ إِلَى مَنْزِلِهَا)، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَأْمُونَةً عَلَيْهِ.

(وَالْمَجُوسِيَّةُ أَشَدُّ كَرَاهَةً) أَنْ تُسْتَرْضَعَ، لِتَنْهَى عَنْهَا فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ الْمَحْمُولِ عَلَى الْكَرَاهَةِ جَمْعًا، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ هَلَالٍ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلِيًّا عَنْ مِطَاوَرَةِ الْمَجُوسِ: فَقَالَ:

«لَا، وَلَكِنْ أَهْلُ الْكِتَابِ».

[در این قسمت، مرحوم شهیدثانی با استفاده از روایات مربوط به شیر خوردن، پاره‌ای از مستحبات را بیان می‌کند که رعایت آنها، تأثیرات مثبتی بر خلق و خلق کودک دارد. بنابراین می‌فرماید:] و مستحب است برای شیر دادن به کودک، زن شیردهنده‌ای انتخاب شود که عاقل، مسلمان، پاک دامن، متواضع و خوش اخلاق باشد زیرا شیر خوردن در طبیعت و ذات و اخلاق و چهره اطفال، تأثیر دارد و پیامبر (ص) [در این زمینه] فرمود: «من فصیح‌ترین شخص عرب زبان هستم زیرا از قبیله قریش می‌باشم و در قبیله بنی سعد پرورش یافته‌ام و از [زن قبیله] بنی زهره، شیر نوشیدم و این قبیله‌ها، فصیح‌ترین قبیله‌های عرب بودند و پیامبر (ص) همانگونه که به نسب و نیاکان خویش افتخار می‌کرد به شیر خوردن [از افراد خاصی هم] افتخار می‌کرد [البته مدرک محکمی برای این روایت وجود ندارد. در این زمینه روایاتی از سایر ائمه معصومین (ع) نیز بیان شده است مثلاً] امیرالمؤمنین (ع) فرمود: «نسبت به زنانی که کودکان شما را شیر می‌دهند، دقت کنید زیرا شیر سبب تقویت انسان می‌شود» و امام باقر (ع) فرمود: «در انتخاب دایه، زنان زیبا و پاک دامن را انتخاب کنید زیرا شیرگاهی سبب وراثت صفات می‌شود» و امام (ع) به محمد بن مروان فرمود: «برای شیر خوردن فرزندان، شیر زنان خوش چهره را انتخاب کن و از انتخاب زنان زشت، پرهیز زیرا شیرگاهی موجب انتقال می‌شود [یعنی صفات خوب یا بدی که در زن شیرده وجود دارد، گاهی از طریق شیر به کودک منتقل می‌گردد.] و انتخاب زن ذمی در مواردی که ضرورت داشته باشد، جایز است بدون اینکه کراهت داشته باشد و اگر ضرورتی وجود نداشته باشد، انتخاب زن کافر ذمی، کراهت دارد و از عبارت شهید اول مانند عبارت بسیاری از فقها چنین برمی‌آید که اگر ضرورتی وجود نداشته باشد، [انتخاب زن ذمی] حرام است اما روایات، دلالت بر نظریه اول دارند [یعنی انتخاب زن ذمی اگر ضرورتی وجود نداشته باشد، مکروه است. علّت اینکه عبارت شهید اول، دلالت بر حرمت انتخاب زن کافر ذمی در صورت عدم ضرورت دارد، آن است که مفهوم مخالف عبارت «شیر دادن کافر ذمی در هنگام ضرورت، جایز می‌باشد» آن است که: «شیر دادن کافر ذمی در هنگام عدم ضرورت، جایز نیست» و جواز یا عدم جواز، دارای یک معنای عام و یک معنای خاص

می‌باشد. معنای خاص، عدم کراهت می‌باشد و معنای عام، عدم کراهت و حرمت می‌باشد. جواز مثبت ظهور در معنای عام دارد اما جواز منفی، ظهور در معنای خاص دارد یعنی هرگاه گفته می‌شود: «جایز است» یعنی مکروه و مباح است اما هرگاه گفته می‌شود: «جایز نیست» یعنی حرام است. [و زن کافر ذمی [هرگاه برای شیر دادن انتخاب شد] باید از خوردن گوشت خوک و نوشیدن خمر در زمان شیر دادن، ممنوع شود [و ممنوع کردن زن کافر از این کارها به دو صورت است؛ گاهی به صورت استحقاق می‌باشد و گاهی با توافق است] اگر آن زن، کنیز صاحب طفل باشد یا او را اجیر کرده و این ممنوعیت را بر وی شرط کرده باشد، به نحو استحقاق است [یعنی صاحب طفل، استحقاق چنین ممنوعیتی را نسبت به زن شیرده دارد و اگر کنیز وی نباشد یا شرط ضمن عقد نباشد] این ممنوعیت از راه دوستانه حاصل می‌شود [یعنی صاحب طفل از زن شیرده می‌خواهد که با او مدارا کرده و گوشت خوک یا مشروب نخورد. و در صورتی که زن کافر ذمی برای شیر دادن طفل، انتخاب شود] مکروه است که کودک تحویل زن داده شود تا او را به منزل خودش ببرد زیرا نسبت به کودک امین محسوب نمی‌شود [و احتمال دارد صدمه جسمانی یا روحی به وی وارد کرده یا شراب به وی بدهد]. و کراهت انتخاب زن کافر مجوسی برای شیر دادن به کودک، شدیدتر است زیرا پاره‌ای روایات، آن را نهی کرده‌اند که حمل بر کراهت می‌شود تا میان این روایت‌ها جمع شود [یعنی در مورد شیر دادن زن مجوسی به کودک مسلمان دو دسته روایت وجود دارد؛ یک دسته روایاتی که آن را نهی کرده‌اند و ظهور در حرمت دارند و یک دسته روایاتی که آن را اجازه داده‌اند و برای جمع میان این دو دسته روایت‌های متعارض، و رفع تعارض آنها، شیر دادن زن مجوسی را مکروه می‌دانیم یعنی نهی، دلالت بر کراهت دارد و گونه روایات دیگر، آن را جایز نمی‌دانستند]. عبدالله بن هلال گوید از امام صادق (ع) درباره شیر دادن زن کافر مجوسی سؤال کردم. امام (ع) فرمود: «جایز نیست اما شیر دادن زن کافری که اهل کتاب باشد، جایز است.» [در مورد کافر مجوسی هم تردید وجود دارد که اهل کتاب می‌باشند یا خیر؛ اما در اینجا با توجه به اینکه در مقابل اهل کتاب قرار گرفته‌اند چنین استنباط می‌شود که کافر مجوسی غیر از کفار اهل کتاب بوده و با نصاری و یهود، تفاوت دارد.]

(وَيُكْرَهُ أَنْ تُسْتَرْضَعَ مَنْ وَلَدَتْهَا) الَّتِي يَصْدُرُ عَنْهَا اللَّبَنُ (عَنْ زَيْنٍ) قَالَ الْبَاقِرُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَبَنُ الْيَهُودِيَّةِ وَالتَّصْرَانِيَّةِ وَالمَجُوسِيَّةِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ وَلَدِ الزَّيْنِ». وَ الْمُرَادُ بِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، لِأَنَّهُ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: وَكَانَ لَا يَرَى بَأْسًا بِوَلَدِ الزَّيْنِ إِذَا جَعَلَ مَوْلَى الْجَارِيَةِ الَّذِي فَجَرَ بِالْمَرْأَةِ فِي حِلٍّ. وَكَذَا يُكْرَهُ اسْتِرْضَاعُ ذَاتِ الْبِدْعَةِ فِي دِينِهَا وَالتَّشْوِيهِ فِي خَلْقِهَا وَ الْحَقَقَاءُ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَا تُسْتَرْضَعُوا الْحَقَقَاءُ فَإِنَّ اللَّبَنَ يَشَبُّ عَلَيْهِ»، وَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسْتَرْضَعُوا الْحَقَقَاءُ فَإِنَّ اللَّبَنَ يَغْلِبُ الطَّبَاعَ».

و انتخاب زنی که زایمان وی از راه زنا باشد یعنی زایمانی که شیر از آن بوجود آمده است، کراهت دارد. [مثلاً خانم «الف» با مردی زنا کرده و حامله می شود و از این زنا، کودکی را به دنیا می آورد انتخاب این زن برای شیر دادن به کودک دیگر، کراهت دارد و دلیل کراهت این کار آن است که] امام باقر (ع) فرمود: «شیر زن یهودی و نصرانی به نظر من، بهتر از ولد الزناست و منظور از ولد الزنا همان است که گفته شد [یعنی زنی که شیر وی از راه زنا بدست آمده است نه زنی که خودش از راه زنا به دنیا آمده باشد هر چند انتخاب چنین زنی هم بدون اشکال نیست. دلیل اینکه منظور از ولد الزنا، زنی است که شیر او از راه زنا بوجود آمده باشد آن است که امام] بعد از این مطلب چنین گفت که [شیر دادن ولد الزنا، ایرادی ندارد هرگاه مالک کنیزی [که زنا داده است]، زانی را حلال کند [سپس اگر منظور از ولد الزنا، زنی بود که از راه زنا به دنیا آمده باشد عبارت اخیر امام (ع) مفهومی نداشت. علاوه بر مواردی که گفته شد، چند مورد دیگر نیز وجود دارد که شیر دادن زن، کراهت دارد که مرحوم شهید ثانی، آنها را بیان کرده و می فرماید:] و نیز شیر دادن زنی که در دین خود، بدعت گذاری می کند، مکروه است و نیز زنی که چهره ای زشت دارد و نیز زنان احمق [و کم خرد زیرا] پیامبر (ص) فرمود: «زنان احمق را برای شیر دادن انتخاب نکنید زیرا شیر در بوجود آمدن شخصیت افراد، تأثیر زیادی دارد [و قبلاً هم دیدیم که انتخاب زنان زیبا و عاقل، مستحب است.]

(وَ إِذَا كَمَلَتِ الشَّرَائِطُ) الْمُعْتَبَرَةُ فِي التَّحْرِيمِ (صَارَتِ الْمُرْضِعَةُ أُمًّا) لِلرَّضِيعِ (وَ الْفَحْلُ) صَاحِبُ اللَّبَنِ (أَبًا وَ إِخْوَتُهُمَا أَعْمَامًا وَ أَخَوَالًا، وَ أَوْلَادُهُمَا إِخْوَةٌ، وَ آبَاؤُهُمَا أَجْدَادًا، فَلَا يَنْكَحُ أَبُو الْمُرْضِعِ فِي أَوْلَادِ صَاحِبِ اللَّبَنِ وَلَادَةً وَ رَضَاعًا)، لِأَنََّّهُمْ صَارُوا إِخْوَةً وَلَدِهِ، وَ إِخْوَةُ الْوَلَدِ مُحَرَّمُونَ عَلَى الْأَبِ، وَلِذَلِكَ عَطَفَ الْمُصَنِّفُ التَّحْرِيمَ

بِالْفَاءِ، لِيَكُونَ تَفْرِيعاً عَلَى مَا ذَكَرَهُ، وَالْأَخْبَارُ الصَّحِيحَةُ مُصَرَّحَةٌ بِالتَّحْرِيمِ هُنَا، وَ أَنَّهُمْ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهِ.

وَقِيلَ: لَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ مُطْلَقاً، لِأَنَّ أُخْتَ الْإِثْنِ مِنَ النَّسَبِ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِنْتاً إِنَّمَا حُرِّمَتْ، لِأَنَّهَا بِنْتُ الزَّوْجَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا فَتَحْرِيْمُهَا بِسَبَبِ الدُّخُولِ بِأُمِّهَا، وَ هُوَ مُتَّفَقٌ هُنَا، وَ لِأَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ بِأَنَّهُ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، لَا مَا يَحْرُمُ مِنَ الْمُضَاهَرَةِ، وَ أُخْتُ الْوَلَدِ إِذَا لَمْ تَكُنْ وَلَدًا إِنَّمَا تَحْرُمُ بِالْمُضَاهَرَةِ. وَ هُوَ حَسَنٌ لَوْ لَا مُعَارَضَةُ التَّصَوُّصِ الصَّحِيحَةِ، فَالْقَوْلُ بِالتَّحْرِيمِ أَحْسَنُ.

[تا اینجا شرایط شیر خوردنی که موجب حرمت نکاح می شود بیان گردید و اینک آثار رضاع را برمی شمارد:] و هرگاه شرایطی که برای حرمت اعتبار دارد، محقق شد زنی که شیر می دهد، مادر طفل شیرخوار به حساب می آید و مردی که صاحب شیر است، پدر او می باشد و برادران و خواهران این زن و مرد، عموها و دایی های طفل شیرخوار می شوند و فرزندان زن و مرد، برادران و خواهران طفل شیرخوار محسوب می شوند و پدر و مادر این زن و مرد، اجداد طفل هستند. [مثلاً فرض کنید که زهرا به رضا شیر داده است و شوهر زهرا که شیر متعلق به اوست، علی نام دارد. زهرا و علی، یک پسر به نام محمد و یک دختر به نام ملیحه دارند و زهرا یک خواهر به نام مریم و یک برادر به نام امیر دارد و علی یک خواهر به نام نسرين و یک برادر به نام علی دارد. حسين و فاطمه، پدر و مادر زهرا هستند و تقی و زینب، پدر و مادر علی می باشد. در اینجا زهرا، مادر رضا می باشد؛ علی پدر رضا محسوب می شود؛ مریم، خاله رضا و امیر، دایی اوست؛ نسرين، عمه رضا و حمید، عموی اوست؛ محمد، برادر رضا و ملیحه، خواهر اوست، حسين و فاطمه، جد و جدۀ مادری رضا و تقی و زینب، جد و جدۀ پدری رضا می باشند و این خویشاوندی ها همگی رضاعی است و مانند قرابت نسبی می باشد بنابراین وقتی این خویشاوندی ها بوجود آمد، [پدر طفلی که شیر می خورد حق ندارد با فرزندان نسبی و رضاعی مردی که صاحب شیر است ازدواج کند زیرا این فرزندان برادران و خواهران فرزند او هستند و خواهران و برادران فرزند، بر پدر حرام می باشند و به همین دلیل است که مصنف، حکم حرمت را با حرف «فاء» عطف کرده است تا فرعی بر احکامی باشد که بیان کرد. [یعنی از جمله «و اولادهما اخوة» چنین نتیجه ای را

به دست آورد] و روایات صحیح نیز بر حرمت در اینجا دلالت دارند و این فرزندان را به منزله فرزندان صاحب شیر می‌داند [بنابراین در مثال‌هایی که ذکر شد چنانچه پدر رضا، محمود نام داشته باشد، محمود حق ندارد با ملیحه ازدواج کند و تفاوتی ندارد که ملیحه فرزند نسبی علی باشد یا فرزند رضاعی او باشد زیرا ملیحه که دختر علی است به منزله خواهر رضا می‌باشد بنابراین پدر رضا حق ندارد با خواهر پسر خود ازدواج نماید. با این وجود عده‌ای فرزندان مرد صاحب شیر را بر پدر کودک شیرخوار حرام نمی‌دانند و دلیلشان اتفاقاً همان دلایلی است که برای حرمت بیان شد. این گروه می‌گویند: [فرزندان مرد صاحب شیر بر پدر کودکی که شیر خورده است، حرام نمی‌شوند زیرا خواهر نسبی پسر هرگاه دختر نباشد از آن جهت بر انسان حرام می‌شود که دختر زنی است که با وی نزدیکی شده است [ربیبه] و حرمت آن دختر بخاطر نزدیکی با مادر اوست در حالیکه در اینجا نزدیکی صورت نگرفته است. [مثلاً فرض کنید محمود با زنی به نام زهره ازدواج کرده و با وی نزدیکی می‌کند و زهره، دختری به نام پروین دارد. در اینجا محمود حق ندارد با پروین ازدواج کند زیرا با مادر پروین ازدواج و نزدیکی کرده است اما در قضیه حاضر، محمود با مادر ملیحه که خواهر رضاعی رضا می‌باشد نزدیکی کرده است تا نتواند با ملیحه ازدواج کند. دلیل دیگر برای عدم حرمت ازدواج پدر فرزند شیرخوار با دختر مردی که صاحب شیر می‌باشد آن است که] روایت، آنچه را که از راه نسب موجب حرمت می‌شود از راه رضاع نیز موجب حرمت می‌داند نه اینکه آنچه را که از راه ازدواج موجب حرمت می‌شود، از راه رضاع نیز موجب حرمت بدانند. در اینجا هم خواهر فرزند زمانی که دختر انسان نباشد فقط از راه ازدواج بر انسان حرام می‌شود [یعنی ملیحه که خواهر رضا می‌باشد، دختر محمود نیست و این دختر در صورتی بر محمود حرام می‌شود که محمود با مادر ملیحه یعنی زهرا ازدواج و نزدیکی کرده باشد تا ملیحه، ربیبه محمود به حساب آید حال آنکه چنین ازدواجی میان محمود و زهرا صورت نگرفته است و روایت هم نمی‌گوید که آنچه از راه ازدواج موجب حرمت می‌شود از راه رضاع نیز موجب حرمت می‌شود. شهیدثانی، این دیدگاه را مطابق با قواعد می‌داند و می‌گوید:] و این دیدگاه، پسندیده است اگر معارضه‌ای با روایات صحیح نمی‌داشت [حال آنکه روایات صحیحی وجود دارد که نکاح پدر کودک

شیرخوار با دختر مردی که شیر متعلق به اوست را حرام می‌داند [بنابر این نظریه حرمت نکاح، نیکوتر است.

(وَكَذَا لَا يَنْكَحُ) أَبُو الْمُزْتَضِعِ (فِي أَوْلَادِ الْمُزْتَضِعَةِ وَلَادَةٍ) لِصَحِيحَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ، قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ امْرَأَةً أَرْضَعَتْ وَلَدَ الرَّجُلِ هَلْ يَحِلُّ لَذَلِكَ الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَةَ هَذِهِ الْمُزْتَضِعَةِ أَمْ لَا؟ فَوَقَّعَ: «لَا تَحِلُّ لَهُ». وَ مِثْلُهَا صَحِيحَةُ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ وَ فِيهَا «لِأَنَّ وَلَدَهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِكَ»، وَ يَتَزَوَّجُ عَلَى ذَلِكَ تَحْرِيمَ زَوْجَةِ أَبِي الْمُزْتَضِعِ عَلَيْهِ لَوْ أَرْضَعَتْهُ جَدَّتُهُ لِأُمِّهِ، سَوَاءً كَانَ بِلَبَنِ جَدِّهِ أَمْ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الزَّوْجَةَ حَيْنِئِدٍ مِنْ جُمْلَةِ أَوْلَادِ صَاحِبِ اللَّبَنِ إِنْ كَانَ جَدًّا، وَ مِنْ جُمْلَةِ أَوْلَادِ الْمُزْتَضِعَةِ نَسَبًا إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَلَا يَجُوزُ لِأَبِي الْمُزْتَضِعِ نِكَاحُهَا لِاحِقًا، كَمَا لَا يَجُوزُ سَابِقًا بِمَعْنَى أَنَّهُ يَمْنَعُهُ سَابِقًا وَ يُبْطِلُهُ لِاحِقًا. وَ كَذَا لَوْ أَرْضَعَتْ الْوَلَدَ بَعْضُ نِسَاءِ جَدِّهِ لِأُمِّهِ بِلَبَنِهِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ جَدَّةً لِلرَّضِيعِ، لِأَنَّ زَوْجَةَ أَبِ الرَّضِيعِ حَيْنِئِدٍ مِنْ جُمْلَةِ أَوْلَادِ صَاحِبِ اللَّبَنِ، (وَ) كَذَا (لَا يَجُوزُ لَهُ) نِكَاحُ أَوْلَادِهَا (رِضَاعًا عَلَى قَوْلِ الطَّبْرِسِيِّ)، لِأَنَّهُمْ بِمَنْزِلَةِ إِخْوَةِ أَوْلَادِهِ مِنَ الْأُمِّ، وَ قَدْ تَقَدَّمَ ضَعْفُهُ، لِمَا عَرَفْتَ مِنْ أَنَّ التَّحْرِيمَ مَشْرُوطٌ بِاتِّخَادِ الْفَحْلِ، وَ هُوَ مِنْفِي هُنَا.

[آنچه که گفته شد در مورد ممنوعیت ازدواج پدر کودک شیرخوار با دختر مردی بود که صاحب شیر است یعنی در مثال فوق محمود حق ندارد با ملیحه ازدواج کند. حال بحثی را در مورد ازدواج پدر کودک شیرخوار با دختر نسبی زن شیرده آغاز می‌کند که مثلاً زهرا که به رضا شیر داده است، دختری به نام لیلی داشته باشد که این ازدواج هم ممنوع است و مصنف می‌فرماید:] و نیز پدر کودک شیرخوار، حق ندارد با فرزندان نسبی زنی که به کودک وی شیر داده است ازدواج کند [و دلیل این ممنوعیت، دو روایت است؛ یکی] بخاطر روایت صحیح عبدالله بن جعفر که گوید نامه‌ای به امام (ع) نوشتم و در مورد زنی سؤال کردم که به کودک مردی شیر می‌دهد؛ آیا این مرد حق دارد با دختر این زن ازدواج کند یا خیر؟ امام پاسخ داد: «چنین ازدواجی حلال نیست.» [و روایت دیگر که] مثل همان روایت می‌باشد، روایت صحیح ایوب بن نوح می‌باشد که در آن آمده است: «برای اینکه فرزندان آن زن به منزله فرزندان توست.» [مرحوم شهیدثانی بر مسأله حرمت ازدواج پدر طفل شیرخوار با دختر مرد صاحب شیر و دختر زن شیرده، دو مسأله دیگر را مترتب ساخته می‌گوید:] و بر این مسأله [مسأله دیگری]

مترتب می شود [و آن مسأله چنین است که] همسر مردی که فرزند وی شیر خورده است بر آن مرد حرام می شود چنانچه جدّه مادری کودک به وی شیر داده باشد اعم از اینکه این شیر متعلق به جدّ کودک یا غیر جدّ کودک باشد زیرا زوجه در این صورت، فرزند صاحب شیر به حساب می آید اگر جدّ، صاحب شیر باشد و زوجه، فرزند نسبی زن شیرده است چنانچه جدّ، صاحب شیر نباشد. [مثلاً اگر زهرا و علی با یکدیگر ازدواج کرده و فرزندی به نام فاطمه به دنیا آورند و مادر زهرا - مثلاً خدیجه - به فاطمه شیر بدهد در اینجا زهرا و علی بر یکدیگر حرام می شوند زیرا زهرا، دختر زن شیرده یعنی خدیجه است و قبلاً دیدیم که پدر کودک شیرخوار حق ندارد با دختر زنی که شیر می دهد ازدواج کند پس همانگونه که اگر قبل از ازدواج علی و زهرا، خدیجه به فرزند علی شیر می داد، علی حق نداشت با زهرا ازدواج کند اینک که بعد از ازدواج نیز چنین اتفاقی افتاده است، ازدواج علی و زهرا باطل می شود.] بنابراین ازدواج بعدی پدر کودک شیرخوار با دختر زن شیرده جایز نیست همانگونه که قبلاً هم جایز نبود یعنی [اگر شیر خوردن قبل از ازدواج باشد] مانع ازدواج می شود و [اگر شیر خوردن بعد از ازدواج باشد]، ازدواج قبلی را باطل می کند. [مسأله دومی که بر دو مسأله قبلی مترتب می شود آن است که] اگر یکی از زنان جدّ مادری کودک با شیر متعلق به جدّ، فرزند انسان را شیر بدهد [زن فرزندی که شیر خورده است بر شوهرش حرام می شود] هر چند زنی که شیر می دهد، جدّه کودک شیرخوار نباشد زیرا همسر پدر فرزند شیرخوار، از جمله اولاد صاحب شیر است. [مثلاً فرض کنید زهرا و علی با یکدیگر ازدواج کرده و فرزندی به نام فاطمه به دنیا می آورند. در اینجا زهرا، پدری به نام حسین دارد و حسین، دو زن به نامهای زهره و زینب دارد که زهره مادر زهرا می باشد اما زینب، مادر زهرا نیست. در اینجا زینب با شیری که متعلق به حسین است به فاطمه شیر می دهد. در این صورت زهرا و علی بر یکدیگر حرام می شوند زیرا زهرا دختر صاحب شیر یعنی حسین است و پدر کودک شیرخوار حق ندارد با دختر مرد صاحب شیر ازدواج کند و این ممنوعیت همانگونه که قبل از نکاح میان زهرا و علی وجود داشت چنانچه بعد از نکاح نیز بوجود آید موجب بطلان نکاح سابق می شود.] و [آنچه که گفته شد در مورد رابطه میان پدر کودک شیرخوار و فرزندان نسبی زن شیرده بود اما در مورد رابطه میان پدر

کودک شیرخوار و فرزندان رضاعی زن شیرده، اختلاف نظر وجود دارد و مرحوم طبرسی از کسانی است که نکاح میان این دو گروه را جایز نمی‌داند و مرحوم شهیدثانی ابتدا سخنان وی را چنین بیان می‌کند: [و نیز براساس گفته مرحوم طبرسی، پدرکودکی که شیر خورده است حق ندارد با فرزندان رضاعی زنی که شیر داده است ازدواج کند زیرا فرزندان رضاعی زنی که شیر می‌دهد به منزله برادران و خواهران مادری فرزند او هستند] البته باید توجه داشت که منظور از اولاد رضاعی زنی که شیر داده است، اولاد مربوط به شوهر اول اوست و گرنه چنانچه اولاد مربوط به شوهر دوم باشد قبلاً دیدیم که پدرکودک شیرخوار حق ندارد با فرزندان نسبی رضاعی مرد صاحب شیر ازدواج کند بنابراین نیازی به ذکر دوباره آن و تردید در حکمش نداریم. مثلاً فرض کنید زهرا و محمد، زن و شوهر یکدیگر هستند و فرزندی به نام مریم دارند. زهرا به حسین که فرزند حسن است شیر می‌دهد. حال چنانچه زهرا قبلاً با مردی به نام علی ازدواج کرده باشد و شیر مربوط به علی را به دختری به نام زینب داده باشد، حسین حق ندارد با زینب ازدواج کند زیرا زینب و حسین، خواهر و برادر مادری هستند بنابراین پدر حسین، حق ندارد با خواهر مادری فرزندش ازدواج کند اما در مورد ممنوعیت ازدواج حسین با مریم، تردیدی وجود ندارد زیرا حسین و مریم، خواهر و برادر هستند و هر دو از شیر یک مرد یعنی محمد، خورده‌اند. مرحوم شهیدثانی، دیدگاه مرحوم طبرسی را رد کرده و می‌فرماید: [و ضعیف بودن این نظریه قبلاً مشخص شد زیرا [از روایاتی که بیان شد] دانستی که حرمت نکاح، مشروط بر آن است که شیر، مربوط به یک مرد باشد حال آنکه چنین شرطی در اینجا وجود ندارد] زیرا اگر چه حسین و زینب، خواهر و برادر هستند اما زینب، شیر مربوط به علی را خورده و حسین، شیر مربوط به محمد را خورده است سپس شرط اتحاد مرد صاحب شیر در اینجا وجود ندارد. شهید اول پس از آنکه صورت‌های قبل را بیان کرد، مسأله دیگری را مطرح می‌کند که مشهور فقها، یک نظر دارند و غیرمشهور، نظر دیگری دارند. شهید اول، دیدگاه مشهور فقها را چنین بیان می‌کند:

(وَيَنْكَحُ إِخْوَةُ الْمَرْتَضِعِ نَسَبًا فِي إِخْوَتِهِ رَضَاعًا) إِذْ لَا أُخُوَّةَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّمَا هُمْ إِخْوَةٌ أَخِيهِمْ وَإِخْوَةُ الْأَخِ إِذَا لَمْ يَكُونُوا إِخْوَةً لَا يَحْرُمُونَ عَلَى إِخْوَتِهِ كَالْأَخِ مِنَ الْأَبِ إِذَا كَانَ لَهُ

أُخْتُ مِنَ الْأُمِّ، فَإِنَّهَا لَا تَحْرُمُ عَلَى أَخِيهِ، لِإِنْتِفَاءِ الْقَرَابَةِ بَيْنَهُمَا.
(وَقِيلَ) وَالتَّائِلُ الشَّيْخُ (بِالْمَنْعِ)، لِدَلَالَةِ تَغْلِيلِ التَّحْرِيمِ عَلَى أَبِ الْمُرْتَضِعِ فِي الْمَسْأَلَةِ
السَّابِقَةِ بِأَنَّهُنَّ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ أُخْتَ الْأَخِ مِنَ النَّسَبِ مُحَرَّمَةٌ فَكَذَا مِنَ الرِّضَاعِ.
وَيُضَعَّفُ بِمَنْعِ وَجُودِ الْعِلَّةِ هُنَا، لِأَنَّ كَوْنَهُنَّ بِمَنْزِلَةِ أَوْلَادِ أَبِ الْمُرْتَضِعِ غَيْرُ مَوْجُودٍ هُنَا وَ
إِنْ وَجَدَ مَا يَجْرِي مَجْرَاهَا، وَقَدْ عَرَفْتَ فَسَادَ الْأَخِيرِ.

برادران و خواهران نسبی کودک شیرخوار می‌توانند با برادران و خواهران رضاعی
وی ازدواج کنند زیرا میان برادران و خواهران نسبی کودک و برادران و خواهران
رضاعی او، رابطهٔ برادر و خواهری وجود ندارد [و خواهر و برادر یکدیگر نیستند] بلکه
برادران و خواهران [نسبی طفل شیرخوار]، برادران و خواهران برادر خواهران و
برادران رضاعی او هستند و برادران و خواهران برادر، زمانی که خواهر و برادر یکدیگر
نباشند، بر برادران و خواهران برادر، حرام نمی‌شوند [مثلاً اگر علی، برادر خواهر نسبی
به نامهای فاطمه و محمد داشته باشد و زینب به علی و مریم تقی شیر داده باشد، در
اینجا مریم و تقی، خواهر و برادر رضاعی علی هستند همانگونه که فاطمه و محمد،
خواهر و برادر نسبی علی می‌باشند اما مریم و تقی، خواهر و برادر فاطمه و محمد
نیستند تا ازدواج میان آنها حرام باشد بنابراین ازدواج فاطمه با تقی و ازدواج محمد با
مریم جایز است.] مانند اینکه برادر پدری، یک خواهر مادری داشته باشد سپس بر
برادرشان حرام نمی‌شوند زیرا میان آنها خویشاوندی وجود ندارد. [فرض کنید علی،
دو زن به نامهای مریم و فاطمه دارد و فاطمه نیز دو شوهر به نامهای علی و حسین دارد،
حاصل ازدواج علی و مریم، فرزندی به نام حسن است و حاصل ازدواج علی و فاطمه،
پسری به نام محمد است و حاصل ازدواج فاطمه و حسین، دختری به نام نسرين است.
در اینجا گرچه حسن، برادر پدری محمد است و نسرين خواهر مادری محمد است اما
ازدواج حسن و نسرين جایز است زیرا حسن و نسرين باهم خویشاوندی ندارند بلکه
پدر و مادر حسن، مریم و علی هستند در حالیکه پدر و مادر نسرين، فاطمه و حسین
می‌باشند. اما مرحوم شیخ طوسی برخلاف نظر مشهور فقها مانند ابن ادریس و علامه
حلی و شهید اول و ثانی، دیدگاه دیگری دارد و این در حالی است که نظر مشهور مطابق
قاعدهٔ حلیت نکاح است یعنی اصل بر آن است که هر نکاحی، جایز و حلال باشد مگر

نکاحی که دلیل خاص بر حرمت آن وجود دارد و در مورد حرمت نکاح خواهر برادر با برادر برادر، دلیلی وجود ندارد. در هر صورت شهید اول، دیدگاه مخالف را هم ذکر کرده و شهید ثانی آن را توضیح داده می‌گوید: [و گفته شده است و گوینده آن نیز مرحوم شیخ طوسی است که] ازدواج برادران و خواهران نسبی یک شخص با برادران و خواهران رضاعی او [ممنوع است زیرا علت حرمتی که برای پدر طفل شیرخوار در مسأله قبل بیان شد، بر این مطلب دلالت دارد که برادران و خواهران رضاعی طفل شیرخوار به منزله فرزندان پدر طفل شیرخوار هستند. قبلاً گفته شد که پدر طفل شیرخوار حق ندارد با دختران صاحب شیر یا دختران زن شیرده، ازدواج کند زیرا فرزندان مرد صاحب شیر یا فرزندان زن شیرده به منزله فرزندان پدر طفل شیرخوار هستند و مرحوم شیخ طوسی می‌گوید همان علت در اینجا هم وجود دارد مثلاً حمید، پسری به نام علی و دختری به نام فاطمه دارد و زنی به نام زینب به علی و تقی شیر می‌دهد. در اینجا فاطمه که خواهر نسبی علی است و تقی که برادر رضاعی علی می‌باشد، همگی به منزله فرزندان پدر علی یعنی حمید هستند بنابراین علی و فاطمه و تقی، خواهر و برادر می‌باشند و در نتیجه فاطمه نمی‌تواند با تقی ازدواج کند. دلیل دوم مرحوم شیخ طوسی چنین است] و بخاطر اینکه خواهر نسبی برادر، بر برادر حرام است پس خواهر رضاعی برادر نیز بر برادر، حرام است [مثلاً اگر علی، یک برادر نسبی به نام تقی داشته باشد و یک خواهر رضاعی به نام فاطمه داشته باشد، فاطمه و تقی حق ازدواج ندارند زیرا فاطمه که خواهر رضاعی علی است بر علی، حرام می‌باشد پس فاطمه بر تقی هم حرام است زیرا فاطمه، خواهر رضاعی علی است و علی برادر تقی می‌باشد و خواهر رضاعی برادر بر برادر، حرام است. شهید ثانی به هر دو دلیل مرحوم شیخ طوسی پاسخ می‌دهد و در پاسخ به دلیل اول می‌فرماید: [و نظریه شیخ طوسی، ضعیف است چرا که علت حرمت در اینجا وجود ندارد زیرا در اینجا دختران زن شیرده به منزله فرزندان پدر شیرخوار نیستند هر چند علتی شبیه آن علت در اینجا وجود دارد] در مثالی که قبلاً گفته شد، زینب به فرزند حمید یعنی علی شیر داده است و زینب به دختر دیگری به نام مریم نیز شیر داده است. مرحوم شیخ طوسی عقیده دارد که مریم نیز به منزله فرزند حمید است زیرا خواهر رضاعی فرزندش می‌باشد بنابراین حمید حق ندارد با مریم

ازدواج کند. اما شهیدثانی می‌فرماید ما قبول نداریم که خواهر رضاعی فرزند انسان به منزله فرزند انسان باشد. اما علت دیگری را شبیه آن علت می‌توان در اینجا پیدا کرد بدین صورت که خواهر رضاعی طفل شیرخوار به منزله خواهر برادر نسبی اوست مثلاً چنانچه علی، یک برادر نسبی به نام محمد داشته باشد، خواهر رضاعی علی یعنی مریم به منزله خواهر محمد خواهد بود بنابراین محمد حق ازدواج با مریم را ندارد. اما شهیدثانی، دلیل دوم شیخ طوسی را چنین پاسخ می‌دهد: [و توفساد و بطلان دلیل دوم شیخ طوسی را قبلاً دانستی] و علت فساد سخن ایشان، آن است که وی می‌گوید: «خواهر نسبی برادر بر انسان حرام است پس خواهر رضاعی برادر نیز بر انسان حرام می‌باشد.» در حالیکه استدلال و قیاس ایشان، صحیح نیست. در مسأله‌ای که مورد بحث ما می‌باشد فرض بر این است که علی یک خواهر نسبی به نام فاطمه و یک برادر نسبی به نام محمد دارد و یک خواهر رضاعی هم به نام مریم دارد، در اینجا ازدواج فاطمه و محمد جایز نیست اما این ممنوعیت و عدم جواز بخاطر آن است که فاطمه، خواهر محمد می‌باشد نه به این علت که فاطمه، خواهر برادر محمد (یعنی علی) است و در روایات هم گفته نشده است که خواهر رضاعی برادر همچون خواهر نسبی برادر، بر انسان حرام است بلکه گفته شده است که خواهر رضاعی انسان مانند خواهر نسبی انسان بر انسان، حرام است پس قیاسی که شیخ طوسی کرده و گفته است که خواهر رضاعی برادر مانند خواهر نسبی برادر است، قیاس صحیحی نمی‌باشد و در نتیجه نمی‌توان گفت مریم که خواهر رضاعی برادر محمد (یعنی علی) است مانند فاطمه می‌باشد که خواهر نسبی برادر محمد است و در نتیجه پدر محمد حق ندارد با خواهر رضاعی علی ازدواج کند همانگونه که حق ندارد با خواهر نسبی برادر محمد یعنی فاطمه، ازدواج نماید زیرا چنین ممنوعیتی در روایات شرعی بیان نشده است.]

(وَلَوْ لَحِقَ الرِّضَاعُ الْعَقْدَ حَرَّمَ كَالسَّابِقِ) فَلَوْ أَرْضَعَتْ أُمُّهُ - أَوْ مَنْ يَحْرُمُ النِّكَاحُ بِإَرْضَاعِهِ كَأُخْتِهِ، وَ زَوْجَةِ أَبِيهِ، وَ ابْنِهِ، وَ أَخِيهِ بِلَبَنِهِمْ - زَوْجَتَهُ فَسَدَ النِّكَاحُ. وَلَوْ أَرْضَعَتْ كَبِيرَةُ الزَّوْجَتَيْنِ صَغِيرَتَهُمَا حَرُمَا أَبَدًا مَعَ الدُّخُولِ بِالْكَبِيرَةِ، وَإِلَّا الْكَبِيرَةُ. وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْجَمِيعِ مُطْلَقًا.

[حرمتی که از راه شیر خوردن برای نکاح بوجود می‌آید اختصاص به شیر خوردن

قبل از نکاح ندارد بلکه شیر خوردن بعد از نکاح نیز ممکن است نکاح قبلی را باطل نماید. مرحوم شهیدثانی، این مسأله را چنین بیان می‌کند: [و اگر شیر خوردن بعد از عقد نکاح باشد، عقد سابق را حرام می‌کند همانگونه که شیر خوردن سابق [عقد نکاح بعدی را باطل می‌کند یعنی شیر خوردنی که مانع عقد نکاح می‌شود اگر بعد از عقد نکاح باشد، نکاح قبلی را هم باطل می‌کند] بنابراین اگر مادر انسان یا هرکس که با شیر دادن وی، نکاح حرام می‌شود مانند خواهر، زن پدر و زن پسر و زن برادر، با شیر ایشان [یعنی شیر متعلق به پدر و پسر و برادر] به زوجهٔ انسان شیر بدهد، عقد نکاح باطل می‌شود. [مثلاً حسن، زنی به نام مریم دارد و مادر حسن به نام فاطمه به مریم شیر می‌دهد؛ در اینجا نکاح حسن و مریم باطل می‌شود زیرا مریم، دختر فاطمه و خواهر حسن می‌شود و ازدواج خواهر و برادر باطل است. همچنین اگر حسن، خواهری به نام زهرا داشته باشد و زهرا به مریم شیر بدهد، ازدواج حسن و مریم باطل می‌شود زیرا زهرا مادر مریم می‌شود و در حقیقت حسین با دختر خواهرش ازدواج کرده است. همچنین اگر پدر حسن، زنی به نام خدیجه داشته باشد و خدیجه با شیر متعلق به پدر حسن، به مریم شیر داده باشد، عقد نکاح حسن و مریم باطل می‌شود زیرا مریم، شیر متعلق به پدر شوهرش را خورده است و مریم دختر پدر حسن محسوب می‌شود پس ازدواج حسن و مریم، ازدواج خواهر و برادر بوده است. همچنین اگر حسن، فرزندی به نام عباس داشته باشد و همسر عباس یعنی نسرین با شیر متعلق به عباس، مریم را شیر داده باشد. نکاح حسن و مریم باطل می‌شود زیرا مریم، دختر عباس محسوب می‌شود و حسن در حقیقت با دختر فرزندش یعنی با نوۀ خود ازدواج کرده است. همچنین اگر حسن، برادری به نام حمید داشته باشد و مریم، شیر همسر حمید یعنی جمیله را که متعلق به حمید بوده است بخورد، ازدواج حسن و مریم باطل می‌شود زیرا مریم، دختر حمید به حساب می‌آید و حسن در حقیقت با دختر برادرش ازدواج کرده است. مرحوم شهیدثانی، صورت دیگری را بیان می‌کند که شیر خوردن بعد از عقد نکاح، عقد قبلی را باطل می‌کند بدین صورت که] اگر زوجهٔ کبیر، به زوجهٔ صغیر شیر بدهد، چنانچه شوهر با زوجهٔ کبیره نزدیکی کرده باشد، هر دو زوجه بر او حرام می‌شوند و اگر با وی نزدیکی نکرده باشد، زوج کبیره فقط حرام می‌شود و عقد نکاح هر دو باطل می‌شود

اعم از اینکه زوج با زوجه کبیره نزدیکی کرده باشد یا نزدیکی نکرده باشد. [مثلاً فرض کنید حسن، یک زوجه کبیره به نام فاطمه و یک زوجه صغیره به نام مریم دارد و فاطمه به مریم شیر می دهد. در اینجا چند حالت مطرح می شود؛ یک حالت آن است که حسن با فاطمه، نزدیکی کرده باشد که در این حالت، فاطمه بر حسن حرام می شود زیرا فاطمه، مادر مریم است یعنی مادر زن حسن می باشد و هیچکس حق ندارد با مادر زن خود ازدواج کند. همچنین مریم نیز بر حسن، حرام می شود زیرا ازدواج با دختری که با مادر وی نزدیکی صورت گرفته است حرام می باشد و در اینجا حسن با مادر مریم یعنی فاطمه، نزدیکی کرده است. البته باید توجه داشت که اگر شیری که فاطمه بر مریم می دهد متعلق به حسن باشد، مریم حرام دائمی خواهد شد زیرا دختر حسن محسوب می شود.

حالت دیگر آن است که حسن با فاطمه نزدیکی نکرده باشد که در این صورت فاطمه بر حسن حرام می شود زیرا مادر همسرش می شود اما مریم بر حسن حرام نمی شود زیرا حرمت همسر انسان، مشروط بر آن است که با مادرش نزدیکی صورت گرفته باشد و فرض بر آن است که حسن با مادر مریم یعنی فاطمه، نزدیکی نکرده است. اما باید توجه داشت که عدم حرمت مریم بر حسن به معنای بطلان عقد وی نیست بلکه عقد حسن با فاطمه و عقد حسن با مریم در هر صورت باطل است اعم از اینکه نزدیکی صورت گرفته باشد یا خیر زیرا جمع میان نکاح حسن با فاطمه و نکاح حسن با مریم به صورت همزمان امکان ندارد و نمی توان یکی از آنها را صحیح و دیگری را باطل دانست زیرا ترجیح بلا مرجح می شود و نیز نمی توان حکم به صحت هر دو داد بنابراین باید هر دو را باطل دانست.

(وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِهِ إِلَّا مُفَصَّلَةً) فَلَا تَكْفِي الشَّهَادَةُ بِحُصُولِ الرِّضَاعِ الْمُحَرَّمِ مُطْلَقًا لِلاِخْتِلَافِ فِي شَرَائِطِهِ كَيْفِيَّةً وَكَمِّيَّةً، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَذْهَبُ الشَّاهِدِ مُخَالَفًا لِمَذْهَبِ الْحَاكِمِ فَيَشْهَدُ بِتَحْرِيمِ مَا لَا يَحَرِّمُهُ. وَلَوْ عَلِمَ مُوَافَقَهُ رَأْيَ الشَّاهِدِ لِرَأْيِ الْحَاكِمِ فِي جَمِيعِ الشَّرَائِطِ، فَالْمُتَّجِهُ إِلَى كَيْفَاءٍ بِالْإِطْلَاقِ، إِلَّا أَنَّ الْأَصْحَابَ أَطْلَقُوا الْقَوْلَ بِعَدَمِ صِحَّتِهَا إِلَّا مُفَصَّلَةً، فَيَشْهَدُ الشَّاهِدَانِ بِأَنَّ فُلَانًا ارْتَضَعَ مِنْ فُلَانَةٍ مِنَ التَّدْيِ مِنْ لَبَنِ الْوَلَادَةِ خُمْسَ عَشْرَةَ رَضْعَةً ثَامَاتٍ فِي الْحَوْلَيْنِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَفْصَلَ بَيْنَهَا بِرِضَاعِ امْرَأَةٍ أُخْرَى.

و بِالْجُمْلَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعَرُّضِ لِجَمِيعِ الشَّرَائِطِ، وَ لَا يُشْتَرَطُ التَّعَرُّضُ لَوْصُولِ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ عَلَى الْأَقْوَى. وَ يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ شَهَادَتِهِ بِهِ أَنْ يَعْرِفَ الْمَرْأَةَ فِي تِلْكَ الْحَالِ ذَاتَ لَبَنِ، وَ أَنْ يُشَاهِدَ الْوَلَدَ قَدْ التَّقَمَ التَّدْيَ، وَ أَنْ يَكُونَ مَكْشُوفًا لَيْلًا يَلْتَقِمَ غَيْرَ الْحَلَمَةِ، وَ أَنْ يُشَاهِدَ امْتِصَاصَهُ لَهُ، وَ تَحْرِيكَ شَفَتَيْهِ، وَ التَّجَرُّعَ، وَ حَرَكَةَ الْحَلْقِ عَلَى وَجْهِ يَحْصُلُ لَهُ الْقَطْعُ بِهِ وَ لَا يَكْفِي حِكَايَةُ الْقَرَّائِنِ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ السَّبَبُ فِي عِلْمِهِ، كَأَنْ يَقُولَ: رَأَيْتُهُ قَدْ التَّقَمَ التَّدْيَ وَ حَلَقَهُ يَتَحَرَّكُ إِلَى آخِرِهِ، لِأَنَّ حِكَايَةَ ذَلِكَ لَا تُعَدُّ شَهَادَةً وَإِنْ كَانَ عِلْمُهُ مُتَرَتِّبًا عَلَيْهَا، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ التَّلَفُّظِ بِمَا يَقْتَضِيهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ، وَ لَوْ كَانَتْ الشَّهَادَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ بِهِ قُبِلَتْ مُطْلَقَةً، لِعُمُومِ إِقْرَارِ الْعُقَلَاءِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ جَائِزٌ وَإِنْ أَمَكَّنَ اسْتِنَادُ الْمُقَرِّ إِلَى مَا لَا يَحْصُلُ بِهِ التَّحْرِيمُ عِنْدَ الْحَاكِمِ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ.

[مطلب بعدی در مورد نحوه اثبات رضاع و شیر خوردن است که اصولاً باید تابع مقررات و قواعد عمومی اثبات باشد و نیازی به بیان جداگانه آنها نبود اما شهید اول و به تبع او، شهید ثانی احکامی را در این زمینه بیان کرده می فرماید:] **شهادت به رضاع در صورتی پذیرفته می شود که مفصل باشد** [یعنی شاهد، کیفیت و کمیت و شرایط رضاعی را که موجب حرمت نکاح می شود به تفصیل بیان کند] بنابراین کافی نیست که وقوع رضاعی که نکاح را حرام می کند به صورت مطلق، مورد شهادت قرار گیرد [یعنی تفصیل داده نشود] زیرا شرایط کمی و کیفی رضاع، مورد اختلاف است [مثلاً همانگونه که دیدیم برخی از فقها، ده مرتبه شیر خوردن و برخی دیگر، پانزده مرتبه شیر خوردن را موجب حرمت نکاح می دانستند یا غذا خوردن میان رضاع را گروهی مانع ایجاد حرمت می دانستند و گروهی، مانع آن نمی دانستند] و امکان دارد دیدگاه شاهد با دیدگاه قاضی [در مورد شرایط رضاع] تفاوت داشته باشد و در نتیجه شاهد به تحریم رضاعی شهادت بدهد که واقعاً موجب تحریم نمی شود. و اگر موافقت دیدگاه شاهد و دیدگاه حاکم در تمامی شرایط حرمت، معلوم باشد، منطبق حکم می کند که شهادت مطلق، کافی باشد [یعنی نیازی نباشد که شاهد، شهادت خود را به تفصیل بیان نماید] اما فقها، نظریه عدم صحت شهادت غیر تفصیلی را به صورت مطلق بیان کرده اند [یعنی به صورت مطلق گفته اند که شاهد باید شهادت خود را به تفصیل بیان کند بدون اینکه میان اطلاع از موافقت دیدگاه شاهد و حاکم و عدم اطلاع از آن، تفاوت قائل شوند.

منظور از شهادت تفصیلی آن است که] هر دو شاهد، شهادت بدهند که فلان کودک از پستان فلان زن، شیری را خورد که از راه ولادت بوجود آمده بود و این شیر خوردن‌ها، پانزده مرتبه کامل در فاصله دو سال رخ داد بدون اینکه شیر خوردن از زن دیگری میان آنها فاصله بیندازد. و خلاصه اینکه شاهد باید تمامی شرایط شیر خوردن را بیان کند اما بنا بر نظریه قوی تر، لازم نیست که بگوید شیر به داخل شکم کودک رسید. [احتمالاً عدم لزوم چنین تفصیلی، دشواری اطلاع از آن است و یا اینکه وقتی شیر از طریق پستان وارد دهان کودک شد، راهی غیر از ورود به داخل شکم ندارد] و برای صحت شهادت به رضاع، شرط است که شاهد بداند که زن در آن حالت، دارای شیر بوده است و ببیند که کودک پستان را به دهان گرفته است. [بنابراین شهادت شخص نابینا پذیرفته نیست زیرا حس بینایی ندارد. و شرط دیگر برای صحت شهادت بر رضاع، این است که پستان مادر [نمایان باشد تا اینکه [برای شاهد مشخص شود که کودک، گوشتی] غیر از گوشت پستان مادر را به دهان نگرفته است و [شرط دیگر برای صحت شهادت رضاع آن است که] شاهد، ببیند که کودک، پستان مادر را می مکد و دو لب کودک حرکت می کند و کودک، شیر را جرعه جرعه می نوشد و حلق او حرکت می کند بگونه ای که شاهد به مکیدن شیر [توسط کودک] یقین پیدا کند و صرف بیان قرینه ها کفایت نمی کند هر چند این قرینه ها، سبب و علت حصول علم قاضی هستند. [بیان قرینه ها به شکل های گوناگونی است] مانند اینکه شاهد بگوید: «کودک را دیدم که پستان را به دهان گرفته بود و حلق او حرکت می کرد و ... زیرا حکایت این قرینه ها، شهادت محسوب نمی شود هر چند علم شاهد، ناشی از این قرینه ها است بلکه باید الفاظی را بیان کند که رضاع و شیر خوردن [کودک از زن] را برای حاکم، ثابت نماید. [خلاصه اینکه شاهد باید الفاظی را بیان کند که معنای مطابقی آن، نوشیدن شیر است نه الفاظی که دلالت التزامی بر نوشیدن شیر نماید. البته سخن شهید ثانی با قواعد اثبات دعوا سازگاری ندارد زیرا آنچه که وظیفه شاهد است بیان وقایع مادی است که دیده است اما نتیجه گیری از این وقایع و اینکه به چه چیزی دلالت دارند، برعهده شاهد نیست بلکه وظیفه کارشناس است مثلاً کارشناس باید بگوید که حرکت گلوئی کودک، دلالت بر نوشیدن شیر دارد یا خیر؟] و [آنچه که گفته شد راجع به شهادت شاهد مبنی بر وقایعی بود که دیده است اما

گاهی ممکن است شاهد، شهادت به وقایعی ندهد که دیده است بلکه موضوع شهادت وی، اقرار شخص دیگری باشد مثلاً خانم «الف» نزد آقای «ب» اقرار می‌کند که به آقای «ج» شیر داده است و در نتیجه، آقای «ب» در دادگاه حاضر شده و شهادت می‌دهد که خانم «الف» نزد وی اقرار کرد که به «ج» شیر داده است. چنین شهادتی، صحیح است و حتی شرایط سایر شهادت‌ها را ندارد بلکه [اگر موضوع شهادت، اقرار به رضاع باشد، چنین شهادتی به صورت مطلق پذیرفته می‌شود و نیاز به تفصیل ندارد زیرا عموم روایتی که می‌فرماید: «اقرار عقلاء علیه خودشان، نافذ و جایز است» [شامل چنین موردی نیز می‌شود یعنی وقتی خانم «الف» اقرار می‌کند که به آقای «ج» شیر داده و مادر اوست، محدودیت‌هایی را برای خودش بوجود می‌آورد و چون این محدودیت‌ها مربوط به خود اوست پس از او نمی‌خواهند، تفصیل بدهد که شرایط رضاع نیز فراهم بوده است یا خیر] هر چند ممکن است اقرارکننده به وقایعی استناد کند که به اعتقاد حاکم، موجب حرمت نمی‌شود برخلاف شهادت بر خود رضاع و شیر دادن [که باید همراه با تفصیل باشد. این استدلال شهیدثانی هم، محکم و استوار نیست زیرا اولاً اقرار فقط بر ضرر اقرارکننده نیست بلکه برای دیگران نیز محدودیت‌هایی را بوجود می‌آورد مثلاً وقتی خانم «الف» شهادت می‌دهد که به آقای «ج» شیر داده است، آقای «ج» نیز از ازدواج با «الف» محروم می‌شود همانگونه که اقرارکننده یعنی خانم «الف» نیز از این ازدواج محروم می‌شود. ثانیاً در اینجا هم اقرارکننده ممکن است با شاهد یا حاکم، هم عقیده نباشند هر چند ممکن است در مورد ایراد دوم چنین گفته شود که شاهد به رضاع شهادت نمی‌دهد تا ملزم به بیان شرایط رضاع باشد بلکه به اقرار، شهادت می‌دهد و اقرار، شرایط خاصی ندارد.]

(وَتَحْرُمُ بِالْمُضَاهَرَةِ) وَ هِيَ عِلَاقَةٌ تَخْدُثُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَ أَقْرَبَاءِ كُلٍّ مِنْهُمَا بِسَبَبِ النِّكَاحِ تُوجِبُ الْحُرْمَةَ، وَ يَلْحَقُ بِالنِّكَاحِ الْوُطْءُ، وَ النَّظَرُ وَ اللَّمْسُ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ. وَ هَذَا هُوَ الْمَعْرُوفُ مِنْ مَعْنَاهَا لُغَةً وَ عَرَفًا، فَلَا يَخْتَلُجُ إِلَى إِضَافَةِ وَطْءِ الْأُمَةِ وَ الشُّبْهَةِ وَ الزَّنى وَ نَحْوِهِ إِلَيْهَا، وَ إِنْ أُوجِبَ حُرْمَةٌ عَلَى بَعْضِ الْأُجُوهِ، إِذْ ذَاكَ لَيْسَ مِنْ حَيْثُ الْمُضَاهَرَةُ، بَلْ مِنْ جِهَةِ ذَلِكَ الْوُطْءِ، وَ إِنْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِالْحَاقِ بِهَا فِي بَابِهَا (زَوْجَةٌ كُلٌّ مِنَ الْأَبِّ فَضَاعِدًا) كَالْجَدِّ وَ إِنْ عَلَا مِنَ الطَّرَفَيْنِ (وَ الْإِبْنِ فَتَنَازِلًا) وَ إِنْ كَانَ لِلْبِنْتِ، وَ أُطْلِقَ

عَلَيْهِ الْإِثْنُ مَجَازاً (عَلَى الْآخَرِ) وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الزَّوْجُ، لِعُمُومِ ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ وَالنِّكَاحُ حَقِيقَةٌ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْأَقْوَى، وَالْحَلِيلَةُ حَقِيقَةٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا لِلْإِثْنِ قَطْعاً (وَأُمُّ الْمُوْطُوءَةِ) حَلَالًا أَوْ حَرَامًا، (وَأُمُّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا) وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا (فَصَاعِدًا) وَهِيَ جَدَّتُهَا مِنَ الطَّرَفَيْنِ وَإِنْ عَلَتْ. (وَابْنَةُ الْمُوْطُوءَةِ مُطْلَقًا فَنَازِلًا) أَيِ ابْنَةِ ابْنِهَا وَابْنَتِهَا وَإِنْ لَمْ يُطْلَقْ عَلَيْهَا ابْنَةُ حَقِيقَةً (لَا ابْنَةُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا) مِنْ غَيْرِ دُخُولٍ، فَلَوْ فَارَقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ حَلَّ لَهُ تَزْوِيجُ ابْنَتِهَا، وَهُوَ مُوَضَّعٌ وَفَاقٍ، وَالْآيَةُ الْكَرِيمَةُ صَرِيحَةٌ فِي اشْتِرَاطِ الدُّخُولِ فِي التَّحْرِيمِ وَأَمَّا تَحْرِيمُ الْأُمِّ وَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْبِنْتِ فَلَعَلِّهِ الْمُعْظَمُ، بَلْ كَادَ يَكُونُ إِجْمَاعًا. وَإِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَالْوَصْفُ بَعْدَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ لَا حُجَّةَ فِيهِ، إِمَّا لَوْ جُوبَ عَوْدِهِ إِلَى الْجُمْلَةِ الْأَخِيرَةِ كَالْأَسْتِثْنَاءِ، أَوْ لِعَدَدِّ حُمْلِهِ عَلَيْهِمَا مِنْ جِهَةٍ أَنَّ «مِنْ» تَكُونُ مَعَ الْأُولَى بَيَانِيَّةً وَمَعَ الثَّانِيَةِ ابْتِدَائِيَّةً، وَالْمُسْتَرَكُّ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي مَعْنِيَّتِهِ مَعًا. وَبِهِ - مَعَ ذَلِكَ - نُصَوِّصُ إِلَّا أَنَّهَا مُعَارَضَةٌ بِمِثْلِهَا، وَمِنْ ثَمَّ ذَهَبَ ابْنُ أَبِي عَقِيلٍ إِلَى اشْتِرَاطِ الدُّخُولِ بِالْبِنْتِ فِي تَحْرِيمِهَا كَالْعَكْسِ. وَالْمَذْهَبُ هُوَ الْأَوَّلُ.

ازدواج

[موانع نکاح، سه چیز است؛ نسب یا ولادت، رضاع یا شیر خوردن و سبب یا ازدواج. تاکنون در مورد دو مانع نخست یعنی نسب و رضاع سخن گفته ایم و احکام این دو مانع، مشترک است و دیدیم که هر نکاحی که با نسب، حرام باشد عین همان با رضاع، حرام می شود مثلاً پسر و دختری که از یک مادر به دنیا آمده اند، خواهر و برادر نسبی بوده و حق ندارند باهم ازدواج کنند و همین پسر و دختر چنانچه از یک مادر شیر بخورند، خواهر و برادر رضاعی محسوب شده و حق ازدواج با یکدیگر را ندارند که البته نسب، یک مانع اصلی است اما رضاع یک مانع عارضی و استثنایی است بنابراین باید شرایط رضاع که بیش تر آنها نیز اختصاص به حقوق اسلام دارد، رعایت شود. اینک مصنف (ماتن) و شارح، بحث خود را در مورد مانع سوم یعنی سبب و ازدواج شروع کرده و بحث را چنین مطرح می سازند که ابتدا تعریفی از «مصاهره» را ارائه داده و آنگاه احکام مصاهره را بیان می کنند:]

مصاهره به معنای رابطه ای است که میان زن و شوهر و خویشاوندان هر یک از آنها

بواسطه عقد نکاح بوجود می‌آید و موجب حرمت عقد نکاح می‌شود. و نزدیکی کردن، نگاه کردن و لمس کردن نیز چنانچه به شکل مخصوصی انجام شود، در حکم نکاح است [منظور از شکل مخصوص، نگاه کردن و لمس کردنی است که برای غیر زوج، حرام است و در پاره‌ای موارد، ازدواج میان برخی افراد را ممنوع می‌سازد]. و این [تعریفی که برای مصاهره بیان شد]، معنای عرفی و لغوی معروف و مشهور واژه «مصاهره» است بنابراین نیازی نیست [که برای ارائه تعریفی مناسب برای این واژه، کلماتی مانند «نزدیکی با امه» و «نزدیکی با شبهه» و «نزدیکی با زنا» و عبارتهای مشابه [مانند لمس کردن و نگاه کردن] به واژه «مصاهره» اضافه گردد] و گفته شود که مصاهره به رابطه‌ای میان زن و مرد و خویشاوندان آنها گفته می‌شود که از راه نکاح یا نزدیکی به شبهه یا نزدیکی با زنا یا لمس کردن یا نگاه کردن بوجود می‌آید [زیرا حرمتی که در پاره‌ای از این موارد بوجود می‌آید، بخاطر مصاهره و ازدواج نیست بلکه بخاطر نزدیکی کردن است هر چند در نوشته‌های فقهی چنین مرسوم شده است که نزدیکی را نیز در مبحث مصاهره آورده و به «مصاهره» الحاق می‌کنند] و در حکم مصاهره می‌دانند. اینک که با معنای مصاهره آشنا شدیم به بررسی آثار مصاهره می‌پردازیم و مهم‌ترین اثر که در اینجا مورد نظر هاست، حرمتی است که بر اثر مصاهره بوجود می‌آید و این حرمت‌ها عبارتند از: [و با مصاهره، زوجه پدر و بالاتر مانند زوجه جد و هر چه از سوی زوجین بالاتر رود بر دیگری [یعنی بر پسر] حرام می‌شود [مثلاً فرض کنید علی، پدری به نام حسن دارد و حسن با زنی به نام فاطمه ازدواج می‌کند؛ در اینجا ازدواج حسن و فاطمه، سبب می‌شود که فاطمه بر علی حرام شود و همینطور اگر حسن، پدری به نام حسین داشته باشد که جد علی محسوب می‌شود و حسین با زنی به نام زهرا ازدواج نماید، زهرا بر علی حرام می‌شود و همینطور اگر حسین، پدری به نام تقی داشته باشد و تقی با زنی به نام مریم ازدواج کند، مریم بر علی حرام می‌شود زیرا مریم، همسر جد بواسطه علی است. همچنین یکی از حرمت‌هایی که از راه مصاهره بوجود می‌آید] حرمت زوجه پسر بر دیگری [یعنی بر پدر است] هر چقدر که پائین‌تر رود [مثلاً فرض کنید، حسن، پسری به نام علی دارد و علی با فاطمه ازدواج می‌کند. در اینجا ازدواج علی با فاطمه سبب می‌شود که اگر بعداً فاطمه از علی جدا شد نتواند با پدر شوهر خود یعنی

حسن ازدواج نماید زیرا هیچ مردی حق ندارد با زنی که قبلاً عروس وی بوده است ازدواج نماید و همین حکم جاری می شود در صورتی که علی، پسری به نام جعفر داشته باشد و جعفر با زهرا ازدواج کند. در اینجا ازدواج زهرا و جعفر سبب می شد که زهرا بر حسن که جد پدری شوهر او یعنی جعفر است حرام شود. همچنین لازم نیست نوه جد شوهر، نوه پسری باشد مانند مثالی که گذشت بلکه این حرمت، برقرار می شود [هر چند پسر، فرزند دختری باشد] مثلاً فرض کنید حسن، دختری به نام مریم دارد و مریم، پسری به نام تقی دارد و تقی با نسرين ازدواج می کند. در اینجا ازدواج تقی و نسرين سبب می شود که نسرين بر حسن حرام شود و نسرين بگونه ای عروس حسن است و همانگونه که گفته شد لازم نیست پسری که زنش بر انسان حرام می شود پسرِ پسری انسان باشد بلکه ممکن است پسرِ دختری وی باشد و تقی گرچه حقیقتاً پسر مستقیم یا غیرمستقیم حسن نیست زیرا به پسر دختر برخلاف پسر پسر تمام «پسر» اطلاق نمی شود اما] به صورت مجازی به وی پسر گفته می شود. [حرمت عروس بر پدر شوهر و حرمت زن پدر بر پسر مشروط به نزدیکی نیست بنابراین چنین حرمتی حاصل می شود] هر چند شوهر با همسرش نزدیکی نکرده باشد [زیرا در مورد حرمت همسر پدر بر فرزند، آیه ۲۱ سورة نساء] به صورت عام می فرماید: «و با زنانی که پدران شما با آنان ازدواج کرده اند، ازدواج نکنید [و در مورد حرمت عروس بر پدر شوهر، آیه ۲۲ سورة نساء به صورت عام می فرماید:] «و زنهای حلال برای پسرانشان» [یعنی با زنانی که عروس شما بوده و بر پسرانشان حلال شده اند بعد از جدایی از پسرانشان ازدواج نکنید و در آیه ۲۱ سورة نساء که مربوط به ازدواج پسر و پدرشوهر می باشد] واژه «نکاح» بنابر نظریه قوی تر، حقیقت در عقد نکاح می باشد [یعنی منظور خداوند آن است که با زنان پدرانتان، عقد نکاح منعقد نکنید نه اینکه با آنان نزدیکی نکنید زیرا واژه «نکاح» برای عقد ازدواج وضع شده و برای نزدیکی به صورت مجازی بکار می رود. در مورد حرمت ازدواج عروس با پدرشوهر نیز باید گفت که] واژه «حلیله» حقیقت در زنی است که به عقد پسر انسان درآمده است [و برای زنی وضع نشده است که میان وی و پسر انسان، نزدیکی انجام شده باشد. یعنی همینکه زنی به ازدواج شخصی درآید بر پدر وی حرام می شود و نزدیکی پسر و عروس لازم نیست زیرا قرآن، واژه «حلیله» را بکاربرده است و

حلیله به معنای زنی است که بر انسان، حلال می شود. یک گروه دیگر از زنانی که بر اثر عقد ازدواج بر انسان حرام می شوند] مادر زنی است که با وی از راه حلال یا حرام، نزدیکی صورت گرفته باشد [مثلاً اگر علی با فاطمه نزدیکی کند، علی حق ندارد با مادر فاطمه ازدواج کند و گروه دیگری که از راه نزدیکی بر انسان حرام می شوند]، مادر زنی است که به عقد انسان در آمده است هر چند میان آنها نزدیکی صورت نگیرد و مادر زن از جهت تصاعدی محدودیتی ندارد یعنی شامل جدّه زن از طرف پدر و مادر می شود هر چقدر که بالا رود. [مثلاً فرض کنید حسن و فاطمه با یکدیگر ازدواج می کنند و فاطمه، پدر و مادری به نام زهرا و حسین دارد، در اینجا زهرا که مادر فاطمه است بر حسن، حرام می باشد. همچنین پدر فاطمه یعنی حسین، پدر مادری به نام مریم و محمد دارد. در اینجا مریم، جدّه پدری فاطمه می باشد و ازدواج مریم با حسن جایز نیست. همچنین اگر مادر فاطمه یعنی زهرا، پدر و مادری به نام علی و زهره، داشته باشند، زهره، جدّه مادری فاطمه می شود بنابراین ازدواج زهره و حسن، جایز نیست. گروه دیگری که از راه ازدواج بر انسان حرام می شوند] دختر زنی است که با وی نزدیکی شده است مطلقاً [یعنی اعم از اینکه این دختر بعد از نزدیکی با مادرش به دنیا آمده باشد یا قبل از نزدیکی با مادرش، متولد شده باشد و اعم از اینکه نزدیکی از راه حلال باشد یا از راه حرام باشد]. و این ترتیب به صورت نزولی ادامه دارد یعنی دخترِ دخترِ زنی که با وی نزدیکی شده است و دخترِ پسرِ دختری که با وی نزدیکی شده است بر انسان حرام می شود هر چند به چنین دختری [یعنی دخترِ دختر یا دخترِ پسر]، حقیقتاً، دختر گفته نمی شود. [مثلاً فرض کنید حسن با مریم نزدیکی می کند و مریم، دختری به نام فاطمه و پسری به نام علی دارد و هر یک از اینها نیز یک دختر دارند مثلاً فاطمه، دختری به نام زهره و علی، دختری به نام زهرا دارد. در اینجا زهره که نوّه دختری مریم است خود زهرا که نوّه پسری مریم می باشد بر حسن حرام می شوند زیرا حسن با مادر بزرگ آنها نزدیکی کرده است و البته، زهره و زهرا، دختران حقیقی مریم نیستند زیرا واژه «دختر» حقیقتاً برای نوّه وضع نشده است، با توجه به اینکه نزدیکی کردن با مادر، شرط حرام شدن دختر می باشد پس] دختر زنی که به عقد انسان در آمده و با وی نزدیکی صورت نگرفته است بر انسان حرام نمی شود بنابراین چنانچه این مرد، قبل از نزدیکی با زنی

که وی را به عقد خود درآورده است از او جدا شود، می تواند با دختر آن زن ازدواج نماید و این حکم را همه فقها پذیرفته اند و آیه قرآن نیز تصریح دارد که نزدیکی کردن، شرط حرمت است [زیرا آیه قرآن می فرماید: «و دختران زنان شما که در خانه هایتان هستند و با آن زنان نزدیکی کرده اید پس اگر با مادران آنها نزدیکی نکرده باشید، ازدواج با دختران ایشان و ربائبان، اشکالی ندارد. مثلاً فرض کنید حسن و مریم با یکدیگر ازدواج می کنند و مریم، دختری به نام فاطمه دارد که اصطلاحاً ربیبه حسن محسوب می شود. حال اگر حسن و مریم با یکدیگر نزدیکی کنند. فاطمه بر حسن حرام می شود اما اگر حسن و مریم باهم نزدیکی نکنند و قبل از نزدیکی، از هم جدا شوند، حسن می تواند با فاطمه ازدواج نماید. همانگونه که دیدیم حرمت مادرزن، مشروط بر آن نیست که با دختر وی نزدیکی هم صورت گرفته باشد اما حرمت دختر زن (ربیبه) مشروط بر آن است که با مادر وی نزدیکی صورت گرفته باشد که مرحوم شهید ثانی در این خصوص می فرماید:] و اما حرام شدن مادر بدون اینکه نزدیکی با دختر وی صورت گرفته باشد، مورد قبول اکثر فقهاست و تقریباً می توان نسبت به آن، ادعای اجماع کرد [اما برخی از فقها چنین دیدگاهی را قبول ندارند و در مورد حرمت مادر نیز می گویند شرط نزدیکی وجود دارد یعنی اگر کسی با دختری ازدواج نماید و قبل از نزدیکی، او را طلاق بدهد می تواند با مادر وی ازدواج کند. حال باید دید علت اینکه برخی از فقها چنین نظریه ای را بیان کرده اند چیست؟ ایشان، دیدگاه خود را بر پایه آیه قرآن قرار داده اند که اکثر موارد حرمت در آن بیان شده است. برای آشنایی با نحوه استدلال این گروه، متن آیه را بیان می کنیم: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ امهاتکم و بناتکم و اخواتکم و عماتکم و خالاتکم و بنات الاخ و بنات האח و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاة و امهات نسائکم و ربائبکم اللاتی فی حُجورکم مِنْ نَسائکم اللاتی دخلتم بهنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جَنَاحَ عَلَیْکُمْ». در این آیه، یازده گروه از زنانی که بر انسان حرام هستند بیان شده اند و آنچه که مورد نظر هاست، دو گروه اخیر می باشد یعنی: «و امهات نسائکم و ربائبکم اللاتی فی حُجورکم مِنْ نَسائکم». بعد از این دو گروه، قید و شرط دخول و نزدیکی بیان شده است: «اللّاتی دخلتم بهنَّ» و اختلاف کسانی که نزدیکی با دختران را شرط حرمت مادران می دانند (اقلیت) و کسانی که نزدیکی با

دختران را شرط حرمت مادران نمی‌دانند (اکثریت) از همین قید و شرطی که در آخر آیه بیان شده است سرچشمه می‌گیرد. اقلیت می‌گویند، عبارت «اللاتی دخلتم بهن» شرط هر دو جمله اخیر است یعنی باید قسمت آخر آیه را چنین معنا کرد: «و مادران زنان شما که با آنها نزدیکی کرده‌اید و دختران زنان شما که با آنها نزدیکی کرده‌اید، بر شما حرام هستند» زیرا شرط «نزدیکی کردن» مربوط به هر دو جمله است اما مشهور فقها، این دیدگاه را قبول ندارند و مرحوم شهیدثانی، استدلال مشهور فقها و استنباط آنها از آیه قرآن را چنین بیان می‌کند: [و اطلاق آیه قرآن که می‌فرماید: «و امهات نسائکم» دلالت بر این مطلب دارد] یعنی خداوند عبارت «و امهات نسائکم» را به صورت مطلق بیان کرده است و حرمت مادرزن را مشروط به نزدیکی با دختر وی نکرده است و استدلالی که اقلیت نموده و قید نزدیکی را برای عبارت «و امهات نسائکم» نیز بکار برده‌اند استدلال صحیحی نیست یا به این دلیل که این قید فقط باید جمله آخر را مقید سازد همانگونه که در استثناء، چنین عملی صورت می‌گیرد [یعنی در بحث استثناء از کتاب‌های اصولی دیدیم که هرگاه چند جمله عام بیان شود مانند: «دانشمندان را احترام کن و به فقرا کمک کن و به بزرگترها سلام کن» و سپس یک استثناء آورده شده و بگوید: «مگر آنان که فاسق هستند» این استثناء فقط به جمله آخر یعنی «به بزرگترها سلام کن» برمی‌گردد و بقیه جمله‌ها را تخصیص نمی‌زند. در اینجا هم قید نزدیکی کردن، یعنی «اللاتی دخلتم بهن» فقط به جمله آخر یعنی «و ربائبکم اللاتی فی حُجورکم من نسائکم» برمی‌گردد و جمله قبل یعنی «و امهات نسائکم» را تخصیص نمی‌زند و این قسمت به عموم خود باقی است یعنی مادرزن بر انسان حرام است اعم از اینکه با دختر وی نزدیکی صورت گرفته یا صورت نگرفته باشد. پس از نظر قواعد اصول فقه، مشخص شد که قید آخر آیه نمی‌تواند دو جمله قبل از خود را مقید سازد بلکه مخصوص جمله آخر است اما در اصول فقه، قاعده دیگری نیز وجود دارد که مانع بازگشت این قید به هر دو جمله می‌شود زیرا در مبحث الفاظ خوانده‌ایم که لفظ مشترک را نمی‌توان در یک زمان، در دو معنا بکاربرد و در اینجا کلمه «من» یک کلمه مشترک است و اگر به هر دو جمله قبلی برگردد [سبب حمل کلمه مشترک بر دو معنا به صورت جداگانه می‌شود زیرا کلمه «من» اگر به جمله اول برگردد به معنای بیانی خواهد بود و اگر به جمله دوم

برگردد، به معنای ابتدایی خواهد بود حال آنکه لفظ مشترک را نمی توان همزمان در هر دو معنایش بکاربرد [مخصوصاً اگر قرینه‌ای وجود نداشته باشد. این قسمت از سخن مرحوم شهیدثانی هم نیاز به توضیح دارد و در توضیح آن می‌گوئیم که حرف «من» در عبارت «مِنْ نَسَائِكُمْ اَللّٰتِیْ دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» برای عبارت اوّل یعنی «و امّهات نَسَائِكُمْ» باشد به معنای بیان بوده و معنای جمله چنین می‌شود: «و مادران زنان شما که با آن نزدیکی کرده‌اید» و اگر برای عبارت دوّم یعنی «و ربائکم اَللّٰتِیْ فِی حَجُورِکُمْ» باشد به معنای ابتدا و بوجود آمدن خواهد بود یعنی «و دختران زنان شما که از زنان شما متولد شده‌اند» پس اگر حرف این قید همزمان برای دو جمله قبلی بکار رود معنایش آن است که حرف «مِنْ» که مشترک میان معنای ابتدایی و بیانی است همزمان در هر دو معنای خود بکاررفته است در حالیکه اصولیها می‌گویند نمی‌توان لفظ «من» را همزمان برای همه معانی خود بکار برد بنابراین باید این جمله را قید یکی از جملات قبلی یعن جمله آخری دانست. علاوه بر دو دلیلی که گفته شد، دلیل دیگری نیز وجود دارد که حرمت دختر زن را مشروط به نزدیکی با وی نمی‌داند از جمله اینکه [برای حکم به تحریم بدون قید نزدیکی، روایاتی نیز وجود دارد [وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲۰ از ابواب مایحرم بالمصاهره] امّا در مقابل این روایت‌ها، روایت‌های معارضی وجود دارد و به همین جهت، ابن ابی عقیل اعتقاد پیدا کرده است که حرمت مادرزن، مشروط به نزدیک با دختر اوست همانگونه که حرمت دختر [ربیبه]، مشروط به نزدیکی با مادر وی می‌باشد امّا دیدگاه‌ها، همان نظر اوّل است [یعنی برای حرمت مادر، نیازی به نزدیکی با دختر وی نیست]

(اَمَّا الْاُخْتُ) لِلزَّوْجَةِ (فَتَحْرُمُ جَمْعًا) بَيْنَهَا وَبَيْنَهَا، فَمَتَى فَارَقَ الْاُولَى بِمَوْتٍ، اَوْ فُسْخٍ، اَوْ طَلَاقٍ بَائِنٍ، اَوْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا حَلَّتِ الْاُخْرَى (لَا عَيْنًا)،

[یک گروه دیگر از زنانی که ازدواج با آنها بخاطر عقد نکاح، حرام می‌شود، خواهرزن است] امّا خواهرزن [اعم از اینکه خواهر پدری یا مادری یا خواهر پدر و مادری باشد] زمانی بر انسان حرام می‌شود که میان دو خواهر، جمع شود [یعنی مرد بخواهد همزمان، دو خواهر را در علقه زوجیت خود قرار دهد] بنابراین چنانچه زوج، از راه فوت یا فسخ نکاح یا طلاق بائن از یکی از خواهر جدا شود یا عده وی تمام شود،

خواهر دیگر بر او حلال می شود بنابراین خواهرزن، ذاتاً بر انسان حرام نیست. [اگر علی با فاطمه ازدواج کند و فاطمه، خواهری به نام زهرا داشته باشد، علی حق ندارد با زهرا ازدواج نماید اما این ممنوعیت ذاتی نیست بلکه جمعی است یعنی علی نمی تواند همزمان شوهر فاطمه و زهرا باشد اما وقتی از فاطمه جدا شد حق دارد که با زهرا ازدواج نماید.]

وَالْعَمَّةُ وَالْخَالَاتُ وَإِنْ عَلْنَا (يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَبَيْنَ ابْنَةِ أَخِيهَا، أَوْ أُخْتِهَا) وَإِنْ نَزَلْنَا (بِرِضَاءِ الْعَمَّةِ وَالْخَالَاتِ، لَا بِدُونِهِ) بِاجْتِمَاعِ أَصْحَابِنَا، وَأَخْبَارُنَا مَتَظَاهِرَةً بِهِ. ثُمَّ إِنْ تَقَدَّمَ عَقْدُ الْعَمَّةِ وَالْخَالَاتِ تَوَقَّفَ الْعَقْدُ الثَّانِي عَلَى إِذْنِهِمَا، فَإِنْ بَادَرَ بِدُونِهِ فَفِي بَطْلَانِهِ، أَوْ وَقُوفِهِ عَلَى رِضَاهُمَا فَإِنْ فَسَخْتَاهُ بَطَلَ، أَوْ تَخْيِيرِهِمَا فِيهِ وَفِي عَقْدِهِمَا أَوْجُهُ، أَوْسَطُهَا الْأَوْسَطُ. وَإِنْ تَقَدَّمَ عَقْدُ بِنْتِ الْأَخِ وَالْأُخْتِ وَعَلِمَتِ الْعَمَّةُ وَالْخَالَاتُ بِالْحَالِ فَرِضَاهُمَا بِعَقْدِهِمَا رِضَاءً بِالْجَمْعِ، وَإِلَّا فَفِي تَخْيِيرِهِمَا فِي فَسْخِ عَقْدِ أَنْفُسِهِمَا، أَوْ فِيهِ وَفِي عَقْدِ الشَّابِقَةِ، أَوْ بَطْلَانِ عَقْدِهِمَا أَوْجُهُ: أَوْجُهَا الْأَوَّلُ. وَهَلْ يُلْحَقُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِالْوَطْءِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ بِذَلِكَ وَجْهَانِ. وَكَذَا لَوْ مَلَكَ إِحْدَاهُمَا وَعَقَدَ عَلَى الْأُخْرَى، وَيُمْكِنُ شُمُولُ الْعِبَارَةِ لِاتِّحَادِ الْحُكْمِ فِي الْجَمْعِ.

[یک گروه از افرادی که از راه مصاهره و ازدواج بر انسان حرام می شوند عمه و خاله زوجه هستند اما این حرمت نیز همچون حرمت خواهرزن، شرطی دارد و آن جمع کردن عمه و خاله با دختر برادر و دخترخواهر زوجه است که مصنف، حرمت این گروه را چنین بیان می کند:] عمه و خاله [زوجه] هر چقدر که بالا روند [یعنی عمه مادر زوجه و خاله مادر زوجه و عمه پدر زوجه و خاله پدر زوجه] بین آنها و بین دختر برادر زن و دختر خواهر زن می توان جمع کرد هر چقدر که پائین روند [یعنی نوه خواهر عمه و نوه برادر عمه] مشروط بر اینکه عمه و خاله، رضایت بدهند اما براساس اجماع فقها، بدون رضایت [عمه و خاله] نمی توان میان آنها جمع کرد و روایت های شرعی ما نیز در این زمینه، فراوان است. [مثلاً فرض کنید حسن با فاطمه ازدواج می کند. علی و زهرا، پدر و مادر فاطمه هستند. زهرا، خواهری به نام مریم دارد که خاله فاطمه است و علی، خواهری به نام زینب دارد که عمه فاطمه می باشد. حسن حق دارد با مریم یعنی خاله همسرش یا با زینب یعنی عمه همسرش نیز همزمان ازدواج کند مشروط بر اینکه مریم و

زینب، راضی باشند. فاطمه دختر برادر زینب و دختر خواهر مریم می‌باشد. و این روند به صورت صعودی ادامه می‌یابد بنابراین اگر مادر فاطمه یعنی زهرا، عمه‌ای به نام طیبّه داشته باشد یا خاله‌ای به نام نسرين داشته باشد، حسن می‌تواند با عمّه مادرش یعنی طیبّه یا خاله مادرش یعنی نسرين، ازدواج کند. در جانب پدر زوجه نیز همینطور است یعنی اگر پدر فاطمه، عمه‌ای به نام سمانه و خاله‌ای به نام محدثه داشته باشد، حسن می‌تواند با عمه یا خاله پدر همسرش ازدواج نماید. اما امکان جمع میان خاله و دختر خواهر و میان عمّه و دختر برادر، فقط مورد قبول فقهای شیعه است و فقهای اهل سنت، آن را قبول ندارند و ضابطه‌ای را بیان می‌کنند که بر اینجا هم حکم فرماست. این ضابطه می‌گوید که نمی‌توان میان دو زنی جمع کرد که اگر یکی از آنها مردمی بود حق ازدواج با دیگری را نداشت مثلاً با دو خواهر را نمی‌توان همزمان ازدواج کرد زیرا اگر یکی از آنها مرد بودند، خواهر و برادر به حساب آمد، و حق ازدواج با یکدیگر را نداشتند. در اینجا هم اگر خاله، مرد بود نمی‌توانستند با دختر خواهر خود ازدواج کند زیرا هیچ مردی نمی‌تواند با دختر خواهر خود ازدواج نماید. همچنین اگر عمّه، مرد بود نمی‌توانست با دختر برادر خود ازدواج کند زیرا ازدواج دختر با عموی خود جایز نیست. اما فقهای شیعه با استناد به روایات شرعی چنین ازدواج و جمع کردنی را جایز می‌دانند و می‌گویند که می‌توان با دختر برادر زن یا دختر خواهر زن ازدواج کرد مشروط بر اینکه همسر شخص که عمه یا خاله آنهاست، رضایت بدهد. پس فقهای شیعه در مورد جواز چنین نکاحی باهم اختلاف نظر ندارند اما پیرامون ضمانت اجرای عدم رعایت شرط ازدواج، اختلاف نظر وجود دارد یعنی در موردی که مردی با دختر برادر یا دختر خواهر همسر خود بدون اجازه همسرش ازدواج کند. شهیدثانی در این زمینه می‌فرماید: [پس اگر عقد عمه و خاله، مقدم شود [مثلاً حسن با فاطمه ازدواج می‌کند و سپس با دختر خواهر فاطمه یا دختر برادر فاطمه ازدواج می‌نماید] عقد دوّم [یعنی عقد دختر برادر یا دخترخواهر] متوقف بر اذن عمّه یا خاله است. حال اگر مرد بدون اذن عمه یا خاله، چنین عقدی را منعقد کرد [یعنی علی بدون رضایت فاطمه، با دختر برادر یا دختر خواهر فاطمه ازدواج نمود، این احتمال‌ها مطرح می‌شود که] عقد دوّم باطل است یا [صحت و بطلان آن] متوقف بر رضایت عمه یا خاله است بگونه‌ای که اگر عمّه یا خاله،

عقد دختر برادر یا دختر خواهر خود را فسخ کنند، باطل می‌شود [و اگر آن را تنفیذ نمایند، عقد دوم صحیح است] یا عمّه و خاله اختیار دارند که عقد دوم را ابطال کنند یا عقد خودشان را فسخ نمایند. [در اینجا] چند احتمال وجود دارد و احتمال میانی [یعنی متوقف بودن صحت عقد دختر برادر یا دختر خواهر بر رضایت عمّه و خاله]، معتدل تر است [زیرا دلیلی برای بطلان یا فسخ عقد اول وجود ندارد و این، عقد دوم است که به صورت کامل منعقد نشده است. آنچه که گفته شد مربوط به جایی است که مردی بعد از ازدواج با زنی، با دختر برادر یا خواهر او ازدواج کند اما اگر مردی با زنی ازدواج نموده و سپس با خاله یا عمّه او ازدواج کند، باز هم چند احتمال وجود دارد که شهادتانی آنها را بدین صورت مطرح می‌کند:] و اگر عقد دختر برادر یا دختر خواهر، ابتدا صورت گیرد [و سپس عقد با عمه یا خاله واقع شود و در این هنگام] عمّه و خاله از موضوع آگاهی پیدا کنند [و بفهمند که شوهرشان قبلاً با دختر برادر یا خواهر آنها ازدواج کرده است] چنانچه عمه و خاله نسبت به عقد دختر برادر یا خواهر خود رضایت بدهند معنایش آن است که رضایت به جمع میان دو عقد داده‌اند [یعنی زوجیت خود و دختر خواهر یا برادرشان را پذیرفته‌اند] اما اگر رضایت ندهند [یعنی عمّه و خاله قبول نکنند که به اتفاق دختر برادر و خواهر خود، همسر شوهرشان باشند]، آیا مخیر هستند که عقد خودشان را فسخ کنند یا مخیر هستند که عقد خودشان و عقد قبلی [را که میان دختر برادر یا خواهرشان با شوهرشان منعقد شده است] فسخ کنند یا عقد هر دو باطل است؟ چند احتمال در این زمینه وجود دارد و احتمال بهتر آن است که حق دارند عقد خودشان را فسخ نمایند. [ابهام دیگری که در اینجا وجود دارد آن است که امکان جمع میان عمّه و دختر برادر و میان خاله و دختر خواهر با اجازه عمّه و خاله، مخصوص عقد نکاح است یا از راههای دیگری نیز می‌توان چنین جمعی نمود و آنها را در حکم نکاح دانست؟ مرحوم شهیدثانی، این مسأله را چنین مطرح می‌کند:] و آیا جمع میان عمّه و دختر برادر یا خاله و دختر خواهر از راه ملک یمین هم به نکاح ملحق می‌شود یا خیر، دو احتمال وجود دارد [یعنی اگر عمّه و دختر برادر او یا خاله و دختر خواهر او، کنیز مردی باشند و آن مرد با اجازه عمه خاله، با هر دو نزدیکی کند] و نیز یکی از آنها را از راه ملک یمین و دیگری را از طریق نکاح بر خود محرم سازد [مثلاً

عمّه، کنیز مردی باشد و آن مرد با اجازه وی، دختر برادر او را که زن آزادی است به عقد خود درآورد یا بالعکس] ممکن است عبارت مصنف، همه این موارد را دربرگیرد [زیرا شهید اول عبارت «والعمة والخالة یجمع بینهما و بین ابنة اخیها او أختها» را به صورت مطلق بکاربرد که اختصاص به عقد نکاح ندارد و از طرفی علت جواز جمع میان این افراد و] و حکم آن در همه موارد، یکسان باشد [یعنی هر علتی که در جواز نکاح وجود دارد، در ملک یمین هم وجود دارد].

(وَحُكْمُ) وَطْءِ (الشُّبْهَةِ، وَالزَّنا السَّابِقِ عَلَى الْعَقْدِ حُكْمُ الصَّحِيحِ فِي الْمُصَاهَرَةِ) فَتَحْرُمُ الْمُوَطَّؤَةُ بِهِمَا عَلَى أَبِيهِ وَائْتِهِ، وَ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَ بَنَّتُهَا إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الْمُصَاهَرَةِ، وَلَوْ تَأَخَّرَ الْوَطْءُ فِيهِمَا عَنِ الْعَقْدِ، أَوِ الْمَلِكِ لَمْ تَحْرُمِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهَا، أَوْ الْمَمْلُوكَةُ. هَذَا هُوَ الْأَصَحُّ فِيهِمَا، وَ بِهِ يُجْمَعُ بَيْنَ الْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى الْمَنْعِ مُطْلَقًا وَ عَلَى عَدَمِهِ كَذَلِكَ.

نزدیکی از روی شبهه و زنا که قبل از عقد صورت گیرد، حکم نکاح صحیح در مصاهره و ازدواج را دارد بنابراین اگر مردی با زنی نزدیکی کند، آن زن بر پدر و پسر این مرد حرام می‌شود و مادر و دختر این زن نیز بر این مرد حرام می‌شوند [مثلاً اگر علی و مریم، مرتکب زنا شوند مانند آن است که باهم ازدواج کرده باشند بنابراین پدر و پسر علی حق ندارند با مریم ازدواج کنند زیرا قبلاً دیدیم که مردی حق ندارد با عروس یا زن پدر خود ازدواج نماید و نیز علی حق ندارد با مادر و دختر فاطمه ازدواج کند زیرا قبلاً دیدیم که مردی حق ندارد با مادر زن یا ریبیه خود ازدواج نماید.] و سایر احکام مصاهره نیز در اینجا جاری می‌شود. [مثلاً این زن بر اجداد وطی کننده و نوه‌های او نیز حرام می‌شود و بسیاری از فقهای اهل سنت نیز این حکم را قبول دارند و فقط مرحوم ابن ادریس به نقل از مرحوم علامه حلی، با این حکم مخالفت کرده است.] اما اگر نزدیکی با زن بعد از عقد نکاح یا ملک یمین صورت گیرد، زنی که به عقد یا تملک درآمده است [بر شوهر یا مالکش] حرام نمی‌شود [مثلاً علی و مریم باهم ازدواج می‌کنند و سپس پدر علی با مریم نزدیکی می‌کند. در اینجا مریم بر علی حرام نمی‌شود زیرا نزدیکی بعد از عقد نکاح بوده است] این دیدگاه، نظریه صحیح‌تر در هر دو مورد است [یعنی اگر نزدیکی قبل از عقد باشد نظریه بهتر آن است که حکم به حرمت زن شوهر و اگر نزدیکی

بعد از عقد باشد نظریه بهتر آن است که حکم به عدم حرمت زن شود. [و با چنین حکمی می‌توان میان روایت‌ها جمع کرد؛ یک دسته روایاتی که مطلقاً حکم به ممنوعیت و تحریم کرده‌اند و یک دسته روایاتی که مطلقاً حکم به عدم ممنوعیت و تحریم نموده‌اند. [در اینجا دو دسته روایت وجود دارد؛ یک دسته روایاتی که نزدیکی را مانع نکاح می‌دانند اعم از اینکه نزدیکی، قبل یا بعد از عقد باشد و دسته دیگر روایاتی که نزدیکی را مانع نکاح نمی‌دانند اعم از اینکه نزدیکی قبل یا بعد از عقد باشد. برای جمع میان این روایت‌ها می‌گوئیم که روایات دسته نخست ناظر به موردی هستند که نزدیکی قبل از عقد باشد و روایات دسته دوم، ناظر به موردی هستند که نزدیکی بعد از عقد باشد.]

(و تَكْرَهُهُ مَلْمُوسَةُ الْإِبْنِ وَمَنْظُورَتُهُ) عَلَى وَجْهِ لَا تَحِلُّ لِعَیْرِ مَالِكِ الْوُطءِ بِعَقْدٍ، أَوْ مَلِكٍ (عَلَى الْأَبِ، وَ بِالْعَكْسِ) وَ هُوَ مَنْظُورَةُ الْأَبِ وَ مَلْمُوسَتُهُ (تَحْرُمُ) عَلَى ابْنِهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ - فَلَا نَّ فِيهِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ الَّتِي دَلَّ بَعْضُهَا عَلَى التَّحْرِيمِ كَصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ بَزِيعٍ وَ غَيْرِهَا، وَ بَعْضُهَا عَلَى الْإِبَاحَةِ كَمَوْثِقَةِ عَلِيِّ بْنِ يَفْطِينٍ عَنِ الْكَأْظِمِ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِنْفِي الْبَاسِ عَنْ ذَلِكَ، بِحُلِّ النَّهْيِ عَلَى الْكَرَاهَةِ.

وَ أَمَّا الثَّانِي وَ هُوَ تَحْرِيمُ مَنْظُورَةِ الْأَبِ وَ مَلْمُوسَتِهِ عَلَى الْإِبْنِ فَلِصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِذَا جَرَدَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ وَ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهَا فَلَا تَحِلُّ لِابْنِهِ»، وَ مَقْهُومُهَا الْحِلُّ لِابْنِهِ، فَإِنْ عَمِلَ بِالْمَقْهُومِ، وَ إِلَّا فَبِدَلَالَةِ الْأَصْلِ، وَ لِمَا سَبَقَ.

وَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ صَحِيحَةَ ابْنِ بَزِيعٍ دَلَّتْ عَلَى التَّحْرِيمِ فِيهِمَا، وَ رِوَايَةُ عَلِيِّ بْنِ يَفْطِينٍ دَلَّتْ عَلَى نَفْيِهِ فِيهِمَا، فَإِنْ وَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِالْكَرَاهَةِ فَالْحُكْمُ فِي صَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ كَذَلِكَ، وَ هَذَا هُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ وَ جَمَاعَةً، أَوْ يُعْمَلُ بِالْأُولَى تَرْجِيحاً لِلصَّحِيحِ عَلَى الْمُوْتَقِّ، حَيْثُ يَتَغَارَضَانِ أَوْ مُطْلَقاً، وَ تَكُونُ صَحِيحَةُ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ مُؤَيَّدَةً لِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ. وَ هُوَ الْأَظْهَرُ، فَتَحْرُمُ فِيهِمَا، فَالتَّفْصِيلُ غَيْرُ مُتَوَجِّهِ. وَ قَيَّدْنَا النَّظَرَ وَ اللَّمْسَ بِكُونِهِمَا لَا يَحِلَّ لِغَيْرِهِ، لِإِخْتِرَازٍ عَنْ نَظَرٍ مِثْلِ الْوَجْهِ وَ الْكُفَيْنِ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يُحْرَمُ اتِّفَاقاً، وَ أَمَّا اللَّمْسُ فَظَاهِرُ الْأَصْحَابِ وَ صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ تَحْرِيمَهُ فِيهِمَا مُطْلَقاً فَيَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُكْمُ مُطْلَقاً.

نَعَمْ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُمَا بِشَهْوَةٍ، كَمَا وَرَدَ فِي الْأَخْبَارِ، وَ صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ، فَلَا عِبْرَةَ

بِالنَّظَرِ الْمُتَّفَقِ، وَلَمَسِ الطَّيِّبِ، وَنَحْوِهِمَا، وَإِنْ كَانَتْ الْعِبَارَةُ مُطْلَقَةً. هَذَا حُكْمُ الْمَنْظُورَةِ وَ الْمَلْمُوسَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمَا.

وَهَلْ يَتَعَدَّى التَّحْرِيمُ إِلَى أُمَّهُمَا وَابْنَتَيْهِمَا فِي حَقِّ الْفَاعِلِ؟ قَوْلَانِ: مَا خُذْهُمَا أَصَالَةً الْحِلِّ، وَاشْتِرَاطُ تَحْرِيمِ الْبَيْتِ بِالْدُخُولِ بِالْأُمِّ فِي الْآيَةِ، وَلَا قَائِلَ بِالْفَرْقِ وَصَحِيحَةُ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا الدَّالَّةُ عَلَى التَّحْرِيمِ. وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بِحَمْلِ النَّهْيِ عَلَى الْكَرَاهَةِ، وَهُوَ أَوْلَى.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْحُكْمَ مُخْتَصَّ بِنَظَرِ الْمَمْلُوكَةِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ. وَمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الرُّوَايَاتِ دَالٌّ عَلَيْهَا. وَأَمَّا الْحُرَّةُ فَإِنْ كَانَتْ زَوْجَةً حُرِّمَتْ عَلَى الْأَبِ وَالْإِبْنِ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَتْ أَجْنَبِيَّةً، فَفِي تَحْرِيمِهَا قَوْلَانِ، وَيُظْهَرُ مِنَ الْعِبَارَةِ الْجَزْمُ بِهِ، لِأَنَّهُ فَرَضَهَا مُطْلَقَةً، وَالْأَدِلَّةُ لَا تُسَاعِدُ عَلَيْهِ.

[عقد نکاح در پاره‌ای احکام با سایر عقود تفاوت دارد از جمله اینکه جنبه عبادی هم به آن داده شده است بنابراین برخلاف سایر عقود که معمولاً دارای ضمانت اجرای وضعی (مانند بطلان و صحت) هستند، ضمانت اجرای تکلیفی و مولوی نیز دارند یعنی علاوه بر صحت و بطلان، ممکن است واجب یا حرام نیز باشند. مرحوم مصنف در این قسمت به بیان برخی احکام تکلیفی عقد نکاح در مواردی خاص پرداخته و می‌گوید:] ازدواج با زنی که توسط مردی لمس شده یا دیده شده است بر پدرش مکروه می‌باشد و دیدن یا لمس کردن باید بگونه‌ای باشد که برای غیرشوهر [در عقد نکاح] و غیرمالک [در ملک یمین] حلال نباشد. [بنابراین چنانچه علی، فاطمه را ببوسد یا با شهوت به وی نگاه کند، برای پدر علی، مکروه است که با فاطمه ازدواج نماید و این حکم تکلیفی ازدواج پدر علی و فاطمه می‌باشد اما از نظر وضعی باید این ازدواج را صحیح دانست] اما در صورت عکس مطلب یعنی در صورتی که مردی، زنی را ببیند یا لمس کند، این زن بر پسر آن مرد، حرام می‌شود. [یعنی اگر محمد، زهرا را ببوسد یا با شهوت به وی نگاه کند، پسر محمد حق ندارد با زهرا ازدواج نماید. ملاحظه می‌کنیم که حکم تکلیفی این دو مورد با یکدیگر تفاوت دارد بگونه‌ای که اولی مکروه و دومی، حرام است. مرحوم شهیدثانی در مقام توجیه این اختلاف برآمده و کراهت ازدواج پدر با آن زن را چنین توجیه می‌کند که] حالت اول بخاطر آن است که میان روایت‌ها، جمع می‌کنیم

یعنی میان برخی روایت‌ها که چنین ازدواجی را حرام می‌دانند مانند روایت صحیح محمد بن بزیع و سایر روایت‌ها [وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۳ از ابواب مایحرم بالمصاهره، حدیث ۱] و میان برخی روایت‌ها که چنین ازدواجی را مباح می‌دانند مانند روایت موثق علی بن یقظین از امام کاظم (ع) که چنین ازدواجی را بدون اشکال دانسته است [و نحوه جمع کردن این دو دسته روایات چنین است که] نهی را حمل بر کراهت می‌کنیم. [توضیح مطلب اینکه در اصول فقه قاعده‌ای به نام قاعده (جمع عرفی) وجود دارد که می‌گوید هرگاه دو دسته دلیل متعارض دیدید سعی کنید تا آنجا که می‌توان میان آنها جمع کنید و این بهتر از انتخاب یک روایت و چشم‌پوشی از دیگری است که البته این جمع کردن باید مورد قبول و پذیرش عرف باشد، شبیه این قاعده در علم اصول و حقوق نیز وجود دارد که می‌گوید اگر دو دلیل وجود داشت و شک کردیم که یک دلیل، دلیل دیگر را نسخ می‌کند یا آن را تخصیص می‌زند باید تخصیص را مقدم بداریم، حال در بحث حاضر نیز همین مسأله وجود دارد یعنی اگر مردی، یک زن را لمس کند یا به او نگاه کند، برخی روایات گفته‌اند که ازدواج پدر این مرد با آن زن، حرام است و برخی دیگر، آن را جایز می‌دانند، برای جمع میان این روایت‌ها می‌توان گفت که منظور از روایات دسته اول از حرمت ازدواج، حرمت به معنای خاص آن نیست بلکه منظور، کراهت است و روایاتی هم که چنین ازدواج را جایز می‌دانند، جواز همراه با کراهت است بنابراین هر دو دسته روایت، حکم یکسانی را بیان می‌کنند و تعارضی میان آنها وجود ندارد، اما برای توجیه حکم دوم، مصنف چنین می‌گوید: [و اما حالت دوم یعنی حرمت زنی که توسط پدر، لمس شده یا دیده شده است بر پسر، بخاطر روایت صحیح محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است] [وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۳ از ابواب ما یحرم بالمصاهره، حدیث ۳] که فرمود: «هرگاه مردی، زنی را لخت کرده و دستش را بر جسم زن بگذارد، آن زن بر پسرش حلال نیست.» [این روایت تصریح دارد که زن لمس شده یا دیده شده توسط پدر، بر پسر حرام است اما حکم عدم حرمت و حلال بودن چنین زنی برای پدر را نیز می‌توان از این روایت بدست آورد و این در صورتی است که مفهوم لقب را معتبر بدانیم زیرا مفهوم لقب در عبارت «فَلَا تَحِلُّ لِابْنِهِ» آن است که «فَتَحِلُّ لِأَبِيهِ» بنابراین اگر دلیل خاصی برای حلال بودن ازدواج پدر با چنین

زنی وجود نداشت، روایت محمد بن مسلم کفایت می‌کرد زیرا [مفهوم روایت آن است که این زن بر پدر حلال است البته مشروط بر اینکه عمل به مفهوم لقب را جایز بدانیم و گرنه] یعنی اگر مفهوم لقب را یا به این دلیل که لقب اساساً مفهوم ندارد یا به این دلیل که مفهوم لقب، معتبر نبوده و ضعیف است همانگونه که در بحث مفاهیم دیدیم که مشهور اصولیون، مفهوم لقب را معتبر نمی‌دانند. بنابراین چنانچه مفهوم لقب را معتبر ندانیم، حلال بودن ازدواج پسر با زنی که توسط پدرش لمس شده یا او را نگاه کرده است با دلیل دیگری باید به اثبات برسد و در اینجا دو دلیل می‌توان اقامه کرد؛ یکی [بخاطر اصل است] یعنی اصل عدم حرمت زیرا اصل بر آن است که هیچ زنی بر هیچ مردی حرام نباشد مگر اینکه دلیل خاص برای حرمت وجود داشته باشند و چنین دلیلی در اینجا دیده نمی‌شود پس، اصل عدم حرمت است. دلیل دیگر برای عدم حرمت، روایت علی بن یقطين است که چنین ازدواجی را جایز می‌دانست و [قبلاً بیان شد]. همانگونه که دیدیم شهید اول، ازدواج دختری را که توسط پسر، لمس یا نظاره شده است بر پدرش مکروه می‌داند و ازدواج دختری را که توسط پسر، لمس یا نظاره شده است بر پسرش حرام می‌داند اما شهید ثانی پس از آنکه دلایل این دو دیدگاه را بیان می‌کند، چنین تفصیلی را روا ندانسته و اعتقاد دارد، ازدواج با چنین دختری بر پدر و پسر باید حرام باشد و نمی‌توان اولی را مکروه و دومی را حرام دانست بنابراین در رد دیدگاه تفصیلی شهید اول می‌فرماید: [و در این تفصیل دادن، تأمل وجود دارد زیرا روایت صحیح ابن بزيع چنین دلالت داشت که دختر نسبت به پدر و پسر، حرام است] و تفصیل نمی‌داد] و روایت علی بن یقطين هم، حرمت را در هر دو مورد منتفی می‌دانست [و تفصیل نمی‌داد] پس اگر لازم بود که میان روایت ابن بزيع و روایت ابن یقطين چنین جمع شود که حکم هر دو را حمل بر کراهت نمائیم باید روایت صحیح محمد بن مسلم را نیز حمل بر کراهت کنیم [و بگوئیم که منظور امام از اینکه فرمود: «چنین دختری بر پسر مردی که او را لمس کرده است، حلال نیست» کراهت است و اتفاقاً همین دیدگاه،] دیدگاهی است که مرحوم مصنف در کتاب شرح ارشاد و گروهی دیگر از فقها پذیرفته‌اند [سپس اگر روایت محمد بن مسلم را نیز همچون دو روایت دیگر، حمل بر کراهت نمائیم، ازدواج پسر با زنی که توسط پدرش، لمس شده است مکروه خواهد بود و

حرام نخواهد بود حال آنکه شهید اول در اینجا چنین نظری را نپذیرفته و این ازدواج را حرام می‌داند. حال اگر روایت محمد بن مسلم را نیز حمل بر کراهت نکنیم، راه دیگر آن است که] به روایت اولی [یعنی روایت صحیح محمد بن بزیع] عمل کنیم [یعنی بگوئیم ازدواج مرد با زنی که توسط پسر آن مرد، لمس شده است، حرام می‌باشد که با این استدلال، ازدواج پسر و ازدواج پدر، هر دو حرام خواهد بود. علت ترجیح روایت صحیح محمد بن بزیع، بر روایت موثق علی بن یقطین که نکاح پدر با چنین دختری را جایز می‌داند، دو چیز است؛ یا بخاطر آن است که] روایت صحیح را بر روایت موثق، ترجیح داده‌ایم اعم از اینکه میان روایت صحیح و روایت موثق، تعارض وجود داشته باشد یا اصلاً تعارضی وجود نداشته باشد [زیرا روایت صحیح، قوی‌تر از روایت موثق است] و روایت صحیح محمد بن مسلم، یک طرف [یعنی جانب حرمت] را برطرف دیگر ترجیح می‌دهد و این دیدگاه، ظاهرتر است بنابراین در هر دو مورد باید حکم به حرمت نمود و تفصیل دادن میان این دو مورد، توجیهی ندارد. [شهید اول، لمس کردن و نگاه کردن به زن را از موجبات حرمت یا کراهت ازدواج با آن زن قرار داده است اما شهیدثانی، قیدی را اضافه کرده و لمس کردن یا نگاه کردن را موردنظر قرار داده است که برای غیرمالک یا زوج، حلال نباشد و اینک، دلیل اضافه کردن این قید را چنین توضیح می‌دهد:] و نگاه کردن و لمس کردن را از این جهت مقید به حلال نبودن برای غیر نمودیم تا از نگاه کردن همچون نگاه کردن به صورت و دو دست که از روی شهوت نباشد پرهیزیم زیرا چنین نگاه کردنی به اتفاق فقها، حرام نیست. و اما در مورد لمس کردن، پس ظاهر دیدگاه فقهای شیعه و تصریح گروهی از آنها بر آن است که لمس و دیدن پدر و پسر، مطلقاً حرام است [یعنی اعم از اینکه در صورت یا کف دو دست باشد] بنابراین حکم حرمت، مطلقاً به آن تعلق می‌گیرد [یعنی لمس کردن زن، فی نفسه حرام است اعم از اینکه از روی شهوت باشد یا بدون شهوت باشد و اختصاص به محل خاصی از بدن نیز ندارد و فقط منحصر به لمسی هم نیست که برای غیرمالک، حلال نباشد] بلکه لمس کردن یا نگاه کردن، مشروط بر آن است که از روی شهوت باشد همانگونه که در روایات آمده و فقها نیز به آن تصریح کرده‌اند بنابراین نگاه کردن اتفاقی و لمس کردن پزشک و نظایر اینها، ایرادی ندارد گرچه عبارت شهید اول، به

صورت مطلق بیان شده است [یعنی حکم حرمت یا کراهت لمس کردن یا نگاه کردن را به صورت مطلق بیان کرده است.] [حکمی که بیان شد در مورد حرمت یا کراهت ازدواج پدر یا پسر با کنیزی بود که مورد لمس یا نگاه قرار می‌گیرند اما باید دید که این حکم اختصاص به همین دو مورد دارد یا شامل موارد دیگر نیز می‌شود. شهیدثانی از اینجا به بعد در مورد همین مسأله سخن می‌گوید:] آنچه گفته شد در مورد خود زنی که مورد لمس یا رؤیت قرار گرفته‌اند [یعنی این زن بر پدر یا پسر مردی که او را لمس کرده است، حرام یا مکروه می‌باشد یا خیر] اما آیا حرمت ازدواج با فاعل، به مادر یا دختر زنی که مورد لمس یا رؤیت قرار گرفته است نیز سرایت می‌کند؟ [قبلاً گفتم که اگر علی، فاطمه را لمس کند، پدر علی یا پسر علی حق ندارد با فاطمه ازدواج کند اما اینک سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا پدر یا پسر علی، حق دارد با مادر یا دختر فاطمه ازدواج نماید؟ در پاسخ به این سؤال،] دو نظریه مختلف ابراز شده است و منشأ این دو نظریه [و جواز عقد با مادر یا دختر زنی که لمس یا دیده شده است، دو دلیل دارد؛ یک دلیل اینکه] اصل بر حلال بودن است [یعنی اصل بر آن است که هر مردی بتواند با هر زنی ازدواج نماید مگر اینکه دلیل خاصی برای ممنوعیت ازدواج وجود داشته باشد و در اینجا چنین دلیلی وجود ندارد. دلیل دوم برای جواز عقد، آن است که] آیه قرآن حرمت ازدواج با دختر را مشروط به نزدیکی با مادر کرده است [یعنی آیه ۲۳ سوره نساء می‌فرماید: «دختران زنان شما که در خانه‌های شما هستند و با آنان نزدیکی کرده‌اید.» بنابراین حرمت دختر بر مردی که می‌خواهد با مادر وی ازدواج کند، مشروط به نزدیکی با مادر اوست مثلاً علی با فاطمه ازدواج می‌کند و فاطمه از شوهر دیگری، دختری به نام مریم دارد. آیه قرآن می‌فرماید چنانچه علی، فاطمه را طلاق بدهد در صورتی که حق دارد با مریم ازدواج کند که با فاطمه نزدیکی کرده باشد پس حرمت ازدواج، مشروط به نزدیکی است و صرف لمس کردن یا نگاه کردن، موجب حرمت نمی‌شود و در نتیجه، حکم حرمت ازدواج با زنی که لمس یا دیده شده است منحصر در خود زن است و شامل مادر یا دختر آن زن نمی‌شود. ممکن است کسی بگوید آیه قرآن فقط در مورد دختری است که مادر وی، مورد لمس یا رؤیت قرار گرفته است اما در مورد مادری که دختری مورد لمس یا رؤیت قرار گرفته است حکمی را بیان نمی‌کند بنابراین چنانچه علی با

فاطمه نزدیکی نکرده باشد و او را طلاق بدهد حق دارد با مادر فاطمه ازدواج کند زیرا حرمت ازدواج با مادر، مشروط به نزدیکی با دختر وی نشده است. شهیدثانی می‌فرماید گرچه آیه قرآن، اشاره‌ای به حکم ازدواج با مادر ندارد اما تفاوتی میان مادر و دختر وجود ندارد بلکه حکم هر دو یکسان است] و کسی میان مادر و دختر، تفاوتی قائل نشده است [یعنی همه فقها همانگونه که براساس ظاهر آیه قرآن، حرمت ازدواج با دختر را مشروط به نزدیکی با مادر وی دانسته‌اند، حرمت ازدواج با مادر را نیز مشروط به نزدیکی با دختر نموده‌اند بنابراین در هیچیک از این دو مورد، لمس کردن زن موجب حرمت مادر یا دختر وی نمی‌شود بلکه باید نزدیکی هم صورت گرفته باشد. شهیدثانی پس از آنکه دو دلیل برای نظریه عدم سرایت حکم به مادر یا دختر را بیان می‌کند، به بیان دلیل دیدگاهی می‌پردازد که حکم حرمت یا کراهت ازدواج را به مادر یا دختر زن لمس شده یا دیده شده نیز تسری می‌دهد و آن] **روایت صحیح محمد بن مسلم از امام باقر یا صادق (ع) است که دلالت بر حرمت دارد** [در این روایت آمده است که از امام در مورد مردی سؤال کردم که با زنی ازدواج نموده و به سر یا بدن وی نگاه می‌کند؛ آیا حق دارد با دختر آن زن ازدواج نماید؟ امام، پاسخ داد این مرد نمی‌تواند با دختر آن زن ازدواج نماید زمانی که قسمتی از بدن زن را دیده باشد که دیدن آن حرام است پس حق ازدواج با دختر او را ندارد. در این روایت، حرمت ازدواج با دختر، مشروط به نزدیکی با مادر وی نشده است بلکه صرف دیدن بدن مادر، کفایت می‌کند که دخترش بر آن مرد، حرام باشد. شهیدثانی می‌فرماید] **می‌توان** [میان آیه قرآن و روایت محمد بن مسلم] **جمع کرد بدین صورت که نهی را حمل بر کراهت نمود و این جمع کردن، بهتر است** [نحوه جمع کردن میان آیه قرآن و روایت محمد بن مسلم چنین است که روایت محمد بن مسلم را که دلالت بر ممنوعیت دارد، حمل بر کراهت نمود و آیه قرآن را هم که دلالت بر جواز دارد، حمل بر کراهت کرد یعنی آیه قرآن می‌فرماید لمس کردن زن موجب حرمت مادر یا دختر وی نمی‌شود اما بهتر است چنین ازدواجی صورت نگیرد و روایت محمد بن مسلم نیز، چنین ازدواجی را جایز نمی‌داند اما منظورش آن نیست که حرام باشد بلکه مکروه است.] و [شهیدثانی در پایان این مبحث، بعد از آنکه نتیجه گرفت، حکم حرمت یا کراهت به مادر یا دختر کنیز تسری پیدا نمی‌کند، نکته دیگری را متذکر می‌شود بدین

صورت که در روایات و نوشت‌های فقها، بحث در مورد کنیزی است که مورد لمس یا مشاهده قرار گرفته است اما آیا حکم حرمت ازدواج پدر یا پسر فاعل لمس یا نظر، اختصاص به کنیز دارد یا شامل زن آزاد نیز می‌شود. شهیدثانی در پاسخ به این سؤال موضوع را به دو قسمت تقسیم نموده و می‌فرماید: [و بدان که حکم حرمت زنی که مورد لمس یا نظر قرار گرفته است اختصاص به نگاه کردن به کنیز دارد بگونه‌ای که این نگاه کردن برای غیرمالک جایز نباشد اما در مورد زن آزاد [دو حالت وجود دارد؛ یک حالت آن است که] چنانچه همسر [مردی باشد که او را لمس کرده یا به او نگاه کرده است] به محض انعقاد عقد نکاح، بر پدر و پسر وی حرام می‌شود [بدون اینکه نیازی به نگاه کردن یا لمس کردن باشد] و اگر زن بیگانه‌ای باشد [یعنی زوجه، لمس کننده یا نگاه کننده نباشد] در مورد حرمت آن زن، دو دیدگاه وجود دارد و از ظاهر عبارت [شهید اول] چنین برمی‌آید که یقین به حرمت دارد زیرا آن را به صورت مطلق بیان کرده [و فرمود: «و بالعکس تحرم» یعنی زنی که توسط مردی لمس یا دیده شده است بر پسر او حرام است و در اینجا تفاوتی میان کنیز و زن آزاد، قائل نشده است] اما ادله [و روایاتی که بیان شد] نظریه حرمت را تأیید نمی‌کنند [بنابراین به اعتقاد شهیدثانی، حکم حرمت ازدواج زن با پسر مردی که او را لمس کرده یا دیده است اختصاص به کنیز دارد و شامل زن آزاد نمی‌شود].

(مسائل عَشْرُونَ):

الأولی: (لَوْ تَزَوَّجَ الْأُمُّ وَابْتَنَتْهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَطْلًا)، لِلنَّهْيِ عَنِ الْعَقْدِ الْجَامِعِ بَيْنَهُمَا، وَ اسْتِحَالَةِ التَّرْجِيحِ، لِاتِّحَادِ نَسَبَتِهِ إِلَيْهِمَا، (وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ فَكَذَلِكَ)، لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي ذَلِكَ.

(وَقِيلَ) وَ الْقَائِلُ الشَّيْخُ وَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الْعَلَامَةُ فِي الْمُخْتَلَفِ: (يَتَخَيَّرُ) وَاحِدَةً مِنْهُمَا، لِمُرْسَلَةِ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، قَالَ: «هُوَ بِالْخِيَارِ أَنْ يُمَسِكَ أَيْتَهُمَا شَاءَ، وَ يُخَلِّي سَبِيلَ الْأُخْرَى». وَ هِيَ مَعَ إِزْسَالِهَا غَيْرُ صَرِيحَةٍ فِي ذَلِكَ، لِإِمْكَانِ إِمْسَاكِ إِحْدَاهُمَا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ.

وَمِثْلُهُ مَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ خَمْسٍ فِي عَقْدٍ، أَوْ بَيْنَ اثْنَتَيْنِ وَ عِنْدَهُ ثَلَاثٌ، أَوْ بِالْعَكْسِ وَ نَحْوُهُ.

وَيَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ فِي الْمَلِكِ، وَكَذَا بَيْنَ الْأُمِّ وَابْنَتَيْهَا فِيهِ. وَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي النِّكَاحِ وَتَوَابِعِهِ مِنَ الْإِسْتِمْنَاعِ.

(وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ الْمَمْلُوكَتَيْنِ حَرَمَتِ الْأُخْرَى حَتَّى تَخْرُجَ الْأُولَى عَنْ مِلْكِهِ) بِبَيْعٍ، أَوْ هَبَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا.

وَ هَلْ يَكْفِي مُطْلَقُ الْعَقْدِ النَّاقِلِ لِلْمَلِكِ؟ أَمْ يُشْتَرَطُ لُزُومُهُ؟ فَلَا يَكْفِي الْبَيْعُ بِخِيَارٍ، وَ الْهَبَةُ الَّتِي يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا؟ وَجَهَانٌ: مِنْ إِطْلَاقِ النَّصِّ اشْتِرَاطَ خُرُوجِ الْأُولَى عَنْ مِلْكِهِ وَهُوَ خَاصِلٌ بِمُطْلَقِهِ، وَ مِنْ أَنَّهُمَا مَعَ تَسْلُطِهِ عَلَى فُسْخِهِ بِحُكْمِ الْمَمْلُوكَةِ.

وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّهُ غَايَةُ التَّحْرِيمِ إِذَا عُلِّقَتْ عَلَى مُطْلَقِ الْخُرُوجِ لَمْ يُشْتَرَطْ مَعَهَا أَمْرٌ آخَرُ، لِئَلَّا يَلْزَمَ جَعْلُ مَا جَعَلَهُ الشَّارِعُ غَايَةً لَيْسَ بِغَايَةٍ، وَقَدَرَتْهُ عَلَى رَدِّهَا إِلَى مِلْكِهِ لَا تَصْلَحُ لِلْمَنْعِ، لِأَنَّهُ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ اللَّازِمِ مُتَمَكِّنٌ مِنْهُ دَائِمًا عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ بِالشَّرَاءِ وَ الْإِثْهَابِ وَ غَيْرِهِمَا مِنَ الْعُقُودِ، فَالْإِكْتِفَاءُ بِمُطْلَقِ النَّاقِلِ أَجُودٌ.

وَ فِي الْإِكْتِفَاءِ بِفِعْلٍ مَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَهَا عَلَيْهِ كَالْتَزْوِيجِ وَ الرِّهْنِ وَ الْكِتَابَةِ وَ جَهَانٌ: مَنْشَأُهُمَا حُصُولُ الْغَرَضِ وَ هُوَ تَحْرِيمُ الْوُطْءِ، وَ انْتِفَاءُ التَّقْلِيلِ الَّذِي هُوَ مَوْرِدُ النَّصِّ وَ هُوَ الْأَفْوَى وَ لَا فَرْقَ فِي تَحْرِيمِ الثَّانِيَةِ بَيْنَ وَطِئِ الْأُولَى فِي الْقُبْلِ وَ الدُّبْرِ وَ فِي مُقَدِّمَاتِهِ مِنَ اللَّمَسِ وَ الْقُبْلَةِ وَ النَّظَرِ بِشَهْوَةٍ نَظَرٌ، مِنْ قِيَامِهَا مَقَامَ الْوُطْءِ كَمَا سَلَفَ، وَ عَدَمُ صِدْقِ الْوُطْءِ بِهَا (فَلَوْ وَطِئَ الثَّانِيَةَ فَعَلَ حَرَامًا) مَعَ عِلْمِهِ بِالتَّحْرِيمِ، (وَلَمْ تَحْرُمِ الْأُولَى)، لِأَنَّ الْحَرَامَ لَا يَحْرُمُ الْحَلَالَ، وَ التَّحْرِيمُ إِنَّمَا تَعْلَقُ بِوُطْءِ الثَّانِيَةِ فَيُسْتَصْحَبُ، وَ لِأَصَالَةِ الْإِبَاحَةِ.

وَ عَلَى هَذَا، فَمَتَى أَخْرَجَ إِحْدَاهُمَا عَنْ مِلْكِهِ حَلَّتِ الْأُخْرَى، سَوَاءً أَخْرَجَهَا لِلْعَوْدِ إِلَيْهَا أَمْ لَا، وَ إِنْ لَمْ يُخْرَجْ إِحْدَاهُمَا فَالثَّانِيَةُ مُحَرَّمَةٌ دُونَ الْأُولَى، وَقِيلَ: مَتَى وَطِئَ الثَّانِيَةَ غَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ حَرَمَتْ عَلَيْهِ الْأُولَى أَيْضًا إِلَى أَنْ تَمُوتَ الثَّانِيَةُ أَوْ يُخْرِجَهَا عَنْ مِلْكِهِ لَا لِغَرَضِ الْعَوْدِ إِلَى الْأُولَى فَإِنْ اتَّفَقَ إِخْرَاجُهَا لِذَلِكَ حَلَّتْ لَهُ الْأُولَى، وَ إِنْ أَخْرَجَهَا لِيَرْجِعَ إِلَى الْأُولَى فَالتَّحْرِيمُ بَاقٍ، وَ إِنْ وَطِئَ الثَّانِيَةَ جَاهِلًا بِالتَّحْرِيمِ لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ الْأُولَى.

وَ مُسْتَنَدُ هَذَا التَّفْصِيلِ رَوَايَاتٌ بَعْضُهَا صَرِيحٌ فِيهِ وَ خَالِيَةٌ عَنِ الْمُعَارِضِ، فَالْقَوْلُ بِهِ مُتَعَيِّنٌ، وَ بِهِ يَنْتَفِي مَا عَلَّلُوهُ فِي الْأَوَّلِ.

وَ لَوْ مَلَكَ أُمًّا وَ ابْنَتَهَا، وَ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا حَرَمَتِ الْأُخْرَى مُؤَبَّدًا، فَإِنْ وَطِئَ الْمُحَرَّمَةَ غَالِمًا حُدَّ، وَ لَمْ تَحْرُمِ الْأُولَى. وَ إِنْ كَانَ جَاهِلًا قِيلَ: حَرَمَتِ الْأُولَى أَيْضًا مُؤَبَّدًا.

وَيُشْكِلُ بَأَنَّهُ جَبْنٌ لَا يَخْرُجُ عَنْ وَطْءِ الشَّبْهَةِ أَوْ الزَّنى، وَكِلَاهُمَا لَا يُحَرِّمُ لِاحْتِقَاكُمَا مَرَّةً، وَخُرُوجِ الْأُخْتِ عَنِ الْحُكْمِ لِلنَّصِّ، وَإِلَّا كَانَ اللَّازِمُ مِنْهُ عَدَمُ تَحْرِيمِ الْأُولَى مُطْلَقًا كَمَا اخْتَارَهُ هُنَا.

(الْثَّانِيَةُ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةٌ عَلَى حُرَّةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا) وَهُوَ مَوْضِعٌ وَفَاقٍ: (فَلَوْ فَعَلَ) بِدُونِ إِذْنِهَا (وَقَفَّ) الْعَقْدُ (عَلَى إِجَازَتِهَا) وَلَا يَقَعُ بَاطِلًا، لِعُمُومِ الْأَمْرِ بِالْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ، وَ لَيْسَ الْمَانِعُ هُنَا إِلَّا عَدَمُ رِضَاهَا. وَهُوَ مَجْبُورٌ بِإِيقَافِهِ عَلَى إِجَازَتِهَا، كَعَقْدِ الْفُضُولِيِّ، وَ لِرَوَايَةِ سَمَاعَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَ قِيلَ: يَبْطُلُ، لِحَسَنَةِ الْحَلَبِيِّ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً عَلَى حُرَّةٍ فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ». وَ نَحْوُهُ رَوَى حَدِيثُهُ بْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ زَادَ فِيهَا «أَنَّهُ يُعَزَّرُ اثْنِي عَشَرَ سَوَاطٍ وَ نِصْفًا ثَمَنَ حَدِّ الزَّانِي وَ هُوَ ضَاغِرٌ».

وَ تَأْوِيلُ الْبُطْلَانِ بَأَنَّهُ آيِلٌ إِلَيْهِ عَلَى تَقْدِيرِ اعْتِرَاضِ الْحُرَّةِ خِلَافَ ظَاهِرِهِ، وَ رَوَايَةُ سَمَاعَةَ فَاصِرَةٌ عَنْ مُعَارَضَتِهِ. وَ عَلَى الْبُطْلَانِ يُنْزَلُ عَقْدُ الْأَمَةِ مَنْزِلَةَ الْمَعْدُومِ.

وَ عَلَى إِيقَافِهِ قِيلَ: لِلْحُرَّةِ فَسُخِّ عَقْدُهَا أَيْضًا كَالْعَمَةِ وَ الْخَالَةِ وَ هُوَ ضَعْفٌ فِي ضَعْفٍ، وَ جَوَازُ تَزْوِيجِ الْأَمَةِ بِإِذْنِ الْحُرَّةِ الْمُسْتَفَادُ مِنَ الْإِسْتِثْنَاءِ مُحْتَصٌّ بِالْعَبْدِ، أَوْ بِمَنْ يَعْجُزُ عَنْ وَطْءِ الْحُرَّةِ دُونَ الْأَمَةِ، وَ يَخْشَى الْعَنْتَ، أَوْ مَبْنِيٍّ عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ تَزْوِيجِ الْأَمَةِ بِدُونِ الشَّرْطَيْنِ وَ إِنْ كَانَ الْأَقْوَى خِلَافَهُ كَمَا تَبَيَّنَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: (وَ) كَذَا (لَا يَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأَمَةَ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى تَزْوِيجِ الْحُرَّةِ) بِأَنْ يَجِدَ الْحُرَّةَ وَ يَقْدِرَ عَلَى مَهْرِهَا وَ نَفَقَتِهَا، وَ يُمَكِّنَهُ وَطُوعًا، وَ هُوَ الْمُعَبَّرُ عَنْهُ بِالطَّوْلِ (أَوْ مَعَ عَجْزِهِ إِذَا لَمْ يَخْشَ الْعَنْتَ) وَ هُوَ لُغَةً: الْمَشَقَّةُ الشَّدِيدَةُ، وَ شَرْعًا: الضَّرَرُ الشَّدِيدُ يَتْرَكُهُ، بِحَيْثُ يَخَافُ الْوُقُوعَ فِي الزَّنى، لِغَلَبَةِ الشَّهْوَةِ وَ ضَعْفِ التَّقْوَى.

وَ يَبْنَعِي أَنْ يَكُونَ الضَّرَرُ الشَّدِيدُ وَخَدَهُ كَافِيًا وَ إِنْ قَوَّيَتِ التَّقْوَى، لِلْخَرَجِ وَ الضَّرَرِ الْمُنْفِيِّينَ، وَ أَصَالَةِ عَدَمِ الثَّقَلِ، وَ عَلَى اعْتِبَارِ الشَّرْطَيْنِ ظَاهِرُ الْآيَةِ. وَ بِمَعْنَاهَا رَوَايَةُ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ. وَ دَلَالَتُهُمَا بِمَفْهُومِ الشَّرْطِ، وَ هُوَ حُجَّةٌ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ.

(وَ قِيلَ يَجُوزُ) الْعَقْدُ عَلَى الْأَمَةِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ (عَلَى كِرَاهَةِ)، لِأَصْلِ وَ عُمُومَاتِ الْكِتَابِ مِثْلُ ﴿إِلَّا عَلَى أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾، ﴿وَلَا أَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾، ﴿وَ أَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾، ﴿وَ أَنْكِحُوا الْيَامَى مِنْكُمْ وَ

الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»، وَ لِرَوَايَةِ ابْنِ بُكَيْرٍ الْمُرْسَلَةِ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «لَا يَنْبَغِي» وَ هُوَ ظَاهِرٌ فِي الْكَرَاهَةِ.

وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّ الْأَشْرَاطَ الْمَذْكُورَ مُخَصَّصٌ لِمَا ذُكِرَ مِنَ الْعُمُومَاتِ وَ الرِّوَايَةُ مَعَ إِسْالِهَا ضَعِيفَةٌ، وَ ضَعْفُ مُطْلَقِ الْمَفْهُومِ مَمْنُوعٌ، وَ تَنْزِيلُ الشَّرْطِ عَلَى الْأَغْلَبِ خِلَافُ الظَّاهِرِ.
(وَ هُوَ) أَيِ الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ (مَشْهُورٌ) بَيْنَ الْأَصْحَابِ، إِلَّا أَنَّ دَلِيلَهُ غَيْرُ نَاهِضٍ عَلَيْهِ. فَلِذَا نَسَبَهُ إِلَى الشُّهْرَةِ (فَعَلَى) الْقَوْلِ (الْأَوَّلِ لَا يُبَاحُ) نِكَاحُ الْأُمَةِ (إِلَّا بَعْدَ الطَّوْلِ)، وَ هُوَ لُغَةٌ الزِّيَادَةُ وَ الْفَضْلُ، وَ الْمُرَادُ بِهِ هُنَا الزِّيَادَةُ فِي الْمَالِ وَ سَعَتُهُ بِحَيْثُ يَتِمَكَّنُ مَعَهَا مِنْ نِكَاحِ الْحُرَّةِ فَيَقُومُ بِمَا لَا بُدَّ مِنْهُ مِنْ مَهْرِهَا وَ نَفَقَتِهَا.

وَ يَكْفِي لِلتَّفَقُّهِ وَ جُودُهُ بِالْقُوَّةِ كَعَلَّةِ الْمَلِكِ وَ كَسْبِ ذِي الْحِرْفَةِ، (وَ خَوْفِ الْعَنْتِ) بِالْفَتْحِ. وَ أَصْلُهُ انْكِسَارُ الْعَظْمِ بَعْدَ الْجَبْرِ، فَاسْتُعِيرَ لِكُلِّ مَشَقَّةٍ وَ ضَرَرٍ، وَ لَا ضَرَرَ أَعْظَمُ مِنْ مُوَافَقَةِ الْمَأْتَمِ.

وَ الصَّبْرُ عَنْهَا مَعَ الشَّرْطَيْنِ أَفْضَلُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾ (وَ تَكْفِيهِ الْأُمَةُ الْوَاحِدَةُ)، لِإِنْدِفَاعِ الْعَنْتِ بِهَا. وَ هُوَ أَحَدُ الشَّرْطَيْنِ فِي الْجَوَازِ.
(وَ عَلَى الثَّانِي) وَ هُوَ الْجَوَازُ مُطْلَقاً (يُبَاحُ اثْنَتَانِ) لَا أَزِيدُ كَمَا سَيَأْتِي.

بیست مسأله

مسأله اول - اگر مردی با مادر و دخترش در یک عقد ازدواج نماید، هر دو عقد باطل است زیرا عقدی که میان مادر و دخترش جمع کند، مورد نهی قرار گرفته است و نمی توان یک عقد را بر عقد دیگر ترجیح داد زیرا نسبت عقد به مادر و دختر، یکسان است [بنابراین چنانچه هر یک از این دو عقد بر دیگری ترجیح داده شود، ترجیح بلامرجح خواهد بود.] و اگر میان دو خواهر نیز جمع شود، همین حکم را دارد زیرا عقد مادر و دختر با عقد دو خواهر، دارای علت مشترک هستند [پس اگر مردی، دو خواهر را در یک عقد به ازدواج خود درآورد، عقد هر دو باطل می شود زیرا نمی توان یک عقد را بر عقد دیگر ترجیح داد و جمع میان دو خواهر، مورد نهی قرار گرفته است. و یک دیدگاه که منسوب به مرحوم شیخ طوسی و گروهی از فقها از جمله مرحوم علامه حلی در کتاب مختلف می باشد آن است که که زوج، یکی از آن دو عقد را انتخاب می کند

بخاطر روایت مرسلی که جمیل بن درّج از امام باقر یا صادق (ع) در خصوص مردی بیان نموده است که دو خواهر را در یک عقد به ازدواج خود درمی آورد. امام فرمود: «این مرد اختیار دارد که هر کدام از خواهرها را خواست نگه دارد و خواهر دیگر را رها سازد.» [شهادتانی در ایراد به این روایت می فرماید:] و این روایت صرف نظر از اینکه روایتی مرسل می باشد، صراحت در موضوع ندارد [یعنی تصریح نکرده است که یکی از عقدها باطل و دیگری صحیح است] زیرا امکان دارد یکی از دو خواهر با عقد جدیدی نگه داشته شود. [به نظر می رسد ایراد دوم شهادتانی وارد نباشد زیرا اگر چه تصریحی به بطلان یک عقد صحت دیگری ندارد اما ظاهر روایت بیانگر چنین مطلبی است و لزوم انعقاد عقد جدید از روایت فهمیده نمی شود] و مثل جمع میان دو خواهر است، جایی که مردی پنج زن را در یک عقد به ازدواج خود درآورد یا در حالی که دارای سه زوجه می باشد، دو زن را در یک عقد به ازدواج خود درآورد یا برعکس [یعنی مردی که دارای دو زوجه است، سه زن را به عقد خود درآورد] و مانند آن [مثلاً در حالیکه دارای

یک زوجه است، چهار زن را در یک عقد به ازدواج خود درآورد]

(الثَّالِثَةُ: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا بَائِنَةً كَانَتْ أَوْ رَجْعِيَّةً)، أَوْ عِدَّةَ وَفَاةٍ، أَوْ عِدَّةَ شُبْهَةٍ، وَلَعَلَّهُ غَلَبَ عَلَيْهِمَا اسْمُ الْبَائِنَةِ (عَالِمًا بِالْعِدَّةِ وَالتَّحْرِيمِ بَطَلَ الْعَقْدُ وَحَرَمَتْ) عَلَيْهِ (أَبْدًا)، وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَقْدِ الدَّائِمِ وَ الْمُتَقَطِّعِ فِيهِمَا، لِإِطْلَاقِ التَّصْوِصِ الشَّامِلِ لِجَمِيعِ مَا ذُكِرَ (وَ إِنْ جَهِلَ أَحَدَهُمَا): الْعِدَّةُ، أَوْ التَّحْرِيمُ (أَوْ جَهِلَهُمَا حَرَمَتْ إِنْ دَخَلَ) بِهَا قُبْلًا أَوْ دُبْرًا، (وَ إِلَّا فَلَا) وَ لَوْ اخْتَصَّ الْعِلْمُ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ اخْتَصَّ بِهِ حُكْمُهُ، وَ إِنْ حَرَّمَ عَلَى الْآخَرِ التَّزْوِيجَ بِهِ مِنْ حَيْثُ الْمُسَا عِدَّةٌ عَلَى الْإِثْمِ، وَ الْعُدْوَانِ.

وَ يُمَكِّنُ سَلَامَتَهُ مِنْ ذَلِكَ بِجَهْلِهِ التَّحْرِيمِ، أَوْ بِأَنْ يَخْفَى عَلَيْهِ عَيْنُ الشَّخْصِ الْمُحَرَّمِ مَعَ عِلْمِ الْآخَرِ، وَ نَحْوِ ذَلِكَ.

وَ فِي الْحُكْمِ بِصَحَّةِ الْعَقْدِ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ نَظَرٌ، وَ يَتَعَدَّى التَّحْرِيمُ عَلَى تَقْدِيرِ الدُّخُولِ إِلَى أَبِيهِ وَ ابْنِهِ كَالْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ مَعَ الْجَهْلِ، وَ الْمَرْنِيِّ بِهَا مَعَ الْعِلْمِ.

وَ فِي الْإِحَاقِ مُدَّةَ الْإِسْتِبْرَاءِ بِالْعِدَّةِ فَتَحْرُمُ يَوَاطُنُهَا فِيهَا وَ جَهَانِ: أَجُودُهُمَا الْعَدَمُ، لِلْأَصْلِ، وَ كَذَا الْوَجْهَانِ فِي الْعَقْدِ عَلَيْهَا مَعَ الْوَفَاةِ الْمَجْهُولَةِ ظَاهِرًا قَبْلَ الْعِدَّةِ مَعَ وَفُوِّهِ بَعْدَ الْوَفَاةِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، أَوْ الدُّخُولِ مَعَ الْجَهْلِ وَ الْأَقْوَى عَدَمُ التَّحْرِيمِ، لِإِتِفَاقِ الْمُفْتَضِي لَهُ، وَ هُوَ كَوْنُهَا

مُعْتَدَّةٌ أَوْ مَرْوَجَةٌ، سَوَاءٌ كَانَتْ الْمُدَّةُ الْمُتَخَلِّلَةً بَيْنَ الْوُفَاةِ وَالْعِدَّةِ بِقَدَرِهَا أَمْ أَزِيدَ أَمْ أَنْقَصَ، وَ سَوَاءٌ وَقَعَ الْعَقْدُ أَوْ الدُّخُولُ فِي الْمُدَّةِ الزَّائِدَةِ عَنْهَا أَمْ لَا، لِأَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْوُفَاةِ، أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ، وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ.

وَفِي الْخَاقِ ذَاتِ الْبُعْلِ بِالْمُعْتَدَّةِ وَجْهَانِ: مِنْ أَنَّ عِلَاقَةَ الزَّوْجِيَّةِ فِيهَا أَقْوَى، وَ انْتِفَاءُ النَّصِّ، وَ الْأَقْوَى أَنَّهُ مَعَ الْجَهْلِ، وَ عَدَمِ الدُّخُولِ لَا تَحْرُمُ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ دَخَلَ بِهَا عَالِمًا حُرِّمَتْ، لِأَنَّهُ زَانٍ بِذَاتِ الْبُعْلِ وَ الْإِشْكَالِ فِيهِمَا وَاهٍ، وَ إِنَّمَا يَقَعُ الْإِشْتِبَاهُ مَعَ الْجَهْلِ وَ الدُّخُولِ، أَوْ الْعِلْمِ مَعَ عَدَمِهِ. وَ وَجْهُ الْإِشْكَالِ مِنْ عَدَمِ النَّصِّ عَلَيْهِ بِخُصُوصِهِ، وَ كَوْنِ الْحُكْمِ بِالتَّخْرِيمِ هُنَا أَوَّلَى، لِلْعِلَاقَةِ، وَ لَعَلَّهُ أَقْوَى.

وَ حَيْثُ لَا يُحْكَمُ بِالتَّخْرِيمِ يُجَدِّدُ الْعَقْدَ بَعْدَ الْعِدَّةِ إِنْ شَاءَ، وَ يَلْحَقُ الْوَلَدُ مَعَ الدُّخُولِ وَ الْجَهْلِ بِالْجَاهِلِ مِنْهُمَا إِنْ وُلِدَ فِي وَقْتِ امْتِكَانِهِ مِنْهُ، وَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ مَعَ جَهْلِهَا بِالتَّخْرِيمِ، وَ تَعَدُّ مِنْهُ بَعْدَ اكْتِمَالِ الْأَوَّلَى.

مسأله سوم - اگر مردی با یک زن که در عده بائن یا عده رجعی یا عده وفات یا عده شبهه بسر می برد، ازدواج نماید [البته شهید اول، عده وفات و عده شبهه را بیان نکرده است و] شاید بخاطر آن باشد که نام عده بائن را به عده وفات و عده شبهه، اطلاق کرده است. [و ازدواج مرد با زنی که در عده است در حالی صورت گیرد که آن مرد] نسبت به در عده بودن زن و حرمت چنین ازدواجی آگاهی داشته باشد، عقد باطل است و زن بر آن مرد حرام ابدی می شود و تفاوتی میان عقد دائم و عقد منقطع در بطلان و تحریم وجود ندارد زیرا روایات مربوطه، اطلاق دارد و شامل همه موارد ذکر شده می گردد [یعنی اطلاق روایات شامل عقد دائم، عقد وفات، عده رجعی و عده شبهه می شود] اما اگر زوج نسبت به در عده بودن زن یا حرمت چنین ازدواجی، آگاهی نداشته باشد یا نسبت به هر دو مورد آگاهی نداشته باشد، چنانچه از جلو یا عقب با آن زن نزدیکی کرده باشد، بروی حرام [دائمی] می شود و اگر با وی نزدیکی نکرده باشد، زن بر او حرام نمی شود [اما عقد، باطل است] و اگر یکی از زوجین، آگاهی داشته باشد و دیگری ناآگاه باشد، حکم حرمت ابدی و بطلان عقد، اختصاص به شخصی دارد که آگاه است هر چند بر شخص دیگر نیز حرام [ابدی است که حتی بعد از انقضای عده] با او ازدواج نماید زیرا کمک به گناه و عدوان می شود [شاره به آیه

قرآن دارد که می‌فرماید: ولاتعاونوا علی الأثم و العدوان [و ممکن است گفته شود که شخص جاهل، مصون از حرمت چنین ازدواجی است] یعنی اگر شخص جاهل با شخص عالم ازدواج کند از راه کمک به گناه و عدوان، مرتکب عمل حرامی نشده است زیرا [جهل به حرمت دارد] یعنی عمل این شخص را می‌توان چنین توجیه کرد که چون نمی‌داند ازدواج با شخصی که عالم به عده یا حرمت بوده است، حرام می‌باشد سپس اگر با وی ازدواج نماید کمک به گناه و عدوان نکرده است. همچنین می‌توان عمل وی را توجیه کرد [بدین صورت که عین شخصی که ازدواج با او حرام است، برای وی مخفی است در حالیکه طرف مقابل نسبت به حرام بودن ازدواج با وی، آگاهی دارد و توجیهاتی از این قبیل] مانند اینکه این شخص جاهل بوده است که طرف مقابل در زمان عقد، علم به موضوع داشته است. و در چنین فرضی، حکم کردن به صحت عقد، مورد تأمل است. [عبارت «علی هذا التقدير» مبهم است؛ یک احتمال آن است که منظور شهیدثانی، حالتی است که عین شخصی که ازدواج با او حرام است، مجهول باشد و علت عدم صحت عقد نکاح در چنین حالتی آن است که طرف جاهل قصد ازدواج با شخصی را نموده است که ازدواج با وی حرام نمی‌باشد حال آنکه با شخصی ازدواج نموده که ازدواج با وی حرام است یعنی ما قصد لم يقع و ماقصد لم یقصد. احتمال دیگر آن است که یک طرف عالم بوده و طرف دیگر جاهل باشد زیرا در این صورت گرچه عمل حرامی رخ می‌دهد اما حرمت، دلالتی بر بطلان ندارد. البته احتمال بطلان عقد نیز وجود دارد زیرا نمی‌توان گفت که یک عقد نسبت به یکی از طرفین، صحیح و نسبت به طرف دیگر، باطل است. و در صورتی که نزدیکی انجام شود، حکم حرمت به پدر و پسر زوج نیز سرایت می‌کند مانند زنی که با شبهه و جهل با وی نزدیکی شده باشد یا با علم با وی زنا شده باشد. [یعنی اگر مردی که با زن در حالی که ازدواج کرده است با وی نزدیکی هم بنماید، پدر و پسر آن مرد نیز حق ندارند با این زن ازدواج کنند زیرا اگر نزدیکی با علم به موضوع، صورت گرفته باشد حکم زنا را دارد و اگر با جهل به موضوع باشد، حکم نزدیکی با شبهه را دارد و وقتی مردی با زنی زنا کند یا نزدیکی با شبهه نماید، آن زن بر پدر و پسر مرد نزدیکی کننده نیز حرام می‌شود.] و در مورد الحاق مدّت استبراء به عده که نزدیکی با کنیز در آن مدّت، حرام باشد، دو احتمال وجود دارد و

احتمال بهتر، عدم الحاق است زیرا اصل بر عدم آن است. [استبراء به معنای آن است که هرگاه مالک بخواهد کنیزی را به دیگری بفروشد، واجب است به مدت یک حیض یا چهل و پنج روز با وی نزدیکی نکند و خریدار نیز باید این مدت را رعایت کند. حال سؤال این است که اگر خریدار در مدت استبراء با کنیز نزدیکی کند آیا حکم نزدیکی در زمان عده را دارد که موجب حرمت ابدی می شود یا خیر؟] و نیز همین دو احتمال وجود دارد [یعنی احتمال حرمت ابدی و احتمال عدم حرمت ابدی زن بر مرد در دو حالت دیگر نیز وجود دارد؛ یک حالت،] در صورتی که مردی، زنی را قبل از عده گرفتن، عقد نماید که [شوهر او فوت کرده است] و تاریخ فوت شوهر ظاهراً معلوم نیست و عقد در واقع بعد از وفات، صورت گرفته است [بدون اینکه نزدیکی واقع شده باشد. ظاهراً منظور از جهل به فوت، جهل زوجه است و این در حالی است که زوج اطلاع دارد زیرا اگر زوج اطلاع نداشته باشد و نزدیکی صورت نگیرد، دلیلی برای حرمت وجود ندارد و علم زوجه هم مقصور نیست زیرا اگر علم داشته باشد، در حال عده محسوب می شود. حالت دیگر آن است که] نزدیکی با جهل صورت گرفته باشد. [در این حالت، نزدیکی هم انجام می شود اما مرد نیز از فوت شوهر زن، بی اطلاع است] و نظریه قوی تر آن است که حرمت بوجود نمی آید زیرا مقتضی حرمت وجود ندارد که همان در عده بودن یا متاهل بودن زن است [در حالیکه هیچیک از این دو مورد در اینجا وجود ندارد] اعم از اینکه فاصله میان فوت و عده [که عقد یا نزدیکی در این فاصله انجام شده است] به مقدار زنان عده باشد یا بیشتر باشد یا کمتر باشد [و در صورتی که این مدت بیشتر از زنان عده باشد] تفاوتی نمی کند که عقد یا نزدیکی در مدت زیادتر از مدت عده، صورت گرفته باشد یا خیر، زیرا عده بعد از علم زن به وفات، شروع می شود یا آنچه که در معنای علم است [مانند شهادت دو مرد عادل یا حکم حاکم بعد از چهار سال تفحص] هر چند زمان آن طولانی شود. [خلاصه اینکه اگر شوهر زنی فوت کند، زن حق ندارد قبل از مطلع شدن از فوت و عده نگه داشتن، ازدواج کند حال اگر این زن در فاصله میان فوت و عده، ازدواج کرد دو احتمال در مورد حرمت و عدم حرمت وی بر شوهرش وجود دارد با تفصیلی که بیان شد.] و در مورد ملحق شدن زن شوهردار به زن در حال عده، دو احتمال وجود دارد [یعنی اگر مردی با زن شوهردار ازدواج کند آیا مانند ازدواج

با زنی است که در عده به سر می‌برد؛ در اینجا دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال آن است که مانند چنین زنی باشد [زیرا رابطه زوجیت در اینجا قوی‌تر است] یعنی وقتی ازدواج با زن بدون شوهر که در حال عده است موجب حرمت می‌شود، ازدواج با زن شوهردار به طریق اولی چنین حکمی دارد زیرا رابطه زوجیت، قوی‌تر از در عده بودن است. احتمال دیگر آن است که مانند چنین زنی نباشد زیرا [روایتی در این زمینه وجود ندارد]. شهیدثانی در خصوص زن شوهردار می‌فرماید: [نظریه قوی‌تر آن است که اگر مرد [نسبت به شوهردار بودن زن یا حرام بودن ازدواج با وی] جاهل باشد و نزدیکی صورت نگیرد، آن زن بروی حرام نمی‌شود] هر چند عقد، باطل است [همانگونه که اگر با وی نزدیکی کند و علم داشته باشد بروی حرام می‌شود زیرا با زن شوهردار، زنا کرده است] و حرمت نیز به همین جهت است و اختلافی در آن وجود ندارد [و اشکال در این دو صورت، بی‌مورد است] یعنی در موردی که عقد با جهل صورت گرفته و نزدیکی انجام نمی‌شود موجب حرمت نیست و موردی که اگر نزدیکی با علم صورت گیرد موجب حرمت است [بلکه اشکال و اشتباه [در مورد حرمت ابدی]، در جایی است که عقد با جهل صورت گرفته و نزدیکی انجام می‌شود یا عقد با علم صورت گرفته و نزدیکی انجام نمی‌شود و علت اشکال نیز در آن است که روایت مخصوصی در این زمینه وجود ندارد] یعنی چون روایتی وجود ندارد که زن شوهردار را به زن عده‌دار ملحق نماید بنابراین نمی‌توان حکم به حرمت این دو صورت نمود اما علت حرمت این دو صورت [بخاطر آن است که حکم به تحریم این دو صورت، قوی‌تر است زیرا علاقه زوجیت در اینجا وجود دارد] یعنی رابطه زوجیت، علت قوی‌تر برای حرمت است زیرا زنی که در حال عده می‌باشد، رابطه زوجیت با مرد دیگری ندارد [و شاید این دیدگاه، قوی‌تر باشد. و هر جا حکم به حرمت نمی‌شود] یعنی در مواردی که با زن شوهردار یا زن در عده، ازدواج صورت گیرد بدون اینکه نزدیکی انجام شود و زن بر مرد، حرام ابدی نشود [عقد نکاح را پس از سپری شدن عده اگر بخواهد دوباره تجدید می‌کند] چون عقد قبلی باطل است [و چنانچه نزدیکی با جهل انجام شده باشد، فرزند متولد شده به مرد یا زنی ملحق می‌شود که جاهل بوده است] زیرا نزدیکی وی، نزدیکی به شبهه بوده است [مشروط بر اینکه طفل در زمانی متولد شده باشد که امکان تولد وی از شخص

جاهل وجود داشته باشد [یعنی طفل حداقل شش ماه و حداکثر دوازده ماه از زمان نزدیکی به دنیا آمده باشد] و اگر زن جاهل به حرمت داشته باشد مستحق دریافت مهرالمثل خواهد بود [هر چند طرف دیگر علم به حرمت داشته باشد] و زن باید بعد از کامل کردن عده شوهر اول، عده دیگری نیز برای عقد دوم بگیرد [یعنی زن باید دو عده نگه دارد زیرا در اینجا دو عقد نکاح وجود دارد که هر کدام سبب جداگانه‌ای به حساب می‌آیند و مسبب جدائی را می‌طلبند هر چند ممکن است گفته شود که یک عده نیز برای دو سبب کفایت می‌کند اما این نظریه برخلاف قواعد و روایات می‌باشد].

(الرَّابِعَةُ: لَا تَحْرُمُ الْمَرْئِيُّ بِهَا عَلَى الرَّائِي إِلَّا أَنْ تَكُونَ ذَاتَ بَعْلٍ دَوَامًا وَ مُتَعَةً، وَ الْمُعْتَدَّةُ رَجْعِيَّةً بِحُكْمِهَا، دُونَ الْبَائِنِ. وَ الْحُكْمُ مَوْضِعُ وَفَاقٍ.

وَ فِي الْخَاقِ الْمُطَوَّءَةِ بِالْمَلِكِ بِذَاتِ الْبَعْلِ وَ جِهَانِ، مَا أَخَذَهُمَا: مُسَاوَأَتُهُمَا لَهَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ خُصُوصًا الْمَصَاهِرَةَ، وَ اشْتِرَاكُهُمَا فِي الْمَعْنَى الْمُقْتَضِي لِلتَّحْرِيمِ وَ هُوَ صِيَانَةُ الْأَنْسَابِ عَنِ الْإِخْتِلَاطِ، وَ أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ لَا يُوجِبُ لِلْخَاقِ مُطْلَقًا وَ هُوَ الْأَقْوَى.

(وَ لَا تَحْرُمُ الزَّانِيَةُ) عَلَى الرَّائِي، وَ لَا عَلَى غَيْرِهِ (وَ لَكِنْ يُكْرَهُ تَزْوِيجُهَا) مُطْلَقًا (عَلَى الْأَصَحِّ) خِلَافًا لِجَمَاعَةٍ، حَيْثُ حَرَّمُوهُ عَلَى الرَّائِي مَا لَمْ تَظْهَرْ مِنْهَا التَّوْبَةُ.

وَ وَجْهُ الْجَوَازِ الْأَصْلُ، وَ صَحِيحَةُ الْحَلِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ فَجَرَ بِأَمْرَأَةٍ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا حَلَالًا قَالَ: أَوَّلُهُ سِفَاحٌ وَ آخِرُهُ نِكَاحٌ، فَتَمَثَّلَ كَمَثَلِ التَّخْلَةِ أَصَابَ الرَّجُلُ مِنْ نَمَرِهَا حَرَامًا، ثُمَّ اشْتَرَاهَا بَعْدَ فَكَانَتْ لَهُ حَلَالًا» وَ لَكِنْ تُكْرَهُ لِلنَّهْيِ عَنْ تَزْوِيجِهَا مُطْلَقًا فِي عِدَّةِ أَخْبَارِ الْمُحْمُولِ عَلَى الْكَرَاهَةِ جَمْعًا.

وَ اخْتَجَّ الْمَانِعُ بِرَوَايَةِ أَبِي بَصِيرٍ، قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ فَجَرَ بِأَمْرَأَةٍ ثُمَّ أَرَادَ بَعْدَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا: فَقَالَ: «إِذَا تَابَتْ حَلَّ لَهُ نِكَاحُهَا» قُلْتُ: كَيْفَ يَعْرِفُ تَوْبَتَهَا؟ قَالَ: «يَدْعُوهَا إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ مِنَ الْحَرَامِ، فَإِنْ امْتَنَعَتْ وَ اسْتَغْفَرَتْ رَبَّهَا عَرَفَ تَوْبَتَهَا».

وَ قَرِيبٌ مِنْهُ، مَا رَوَى عَمَّارٌ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: وَ السَّنَدُ فِيهِمَا ضَعِيفٌ وَ فِي الْأَوَّلِيِّ قَطْعٌ. وَ لَوْ صَحَّحْنَا لَوَجَبَ حَمْلُهُمَا عَلَى الْكَرَاهَةِ جَمْعًا.

(وَ لَوْ زَنَّتْ امْرَأَتُهُ لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَ إِنْ أَصَرَّتْ) عَلَى الزَّانِي، لِلْأَصْلِ وَ النَّصِّ، خِلَافًا لِلْمُهْنِدِ وَ سَلَّارٍ، حَيْثُ ذَهَبَا إِلَى تَحْرِيمِهَا مَعَ الْإِضْرَارِ، اسْتِنَادًا إِلَى قَوَاتِ أَعْظَمِ فَوَائِدِ النِّكَاحِ وَ هُوَ التَّنَاسُلُ مَعَهُ، لِإِخْتِلَاطِ النَّسَبِ حِينَئِذٍ، وَ الْغَرَضُ مِنْ شَرْعِيَّةِ الْحَدِّ وَ

الرَّجْمُ لِلزَّانِي حِفْظُهُ عَنْ ذَلِكَ. وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّ الزَّانِيَّ لَا نَسَبَ لَهُ، وَلَا حُرْمَةَ.

مسأله چهارم: زنی که با وی زنا شده است بر مرد زناکار حرام نمی‌شود مگر اینکه دارای شوهر دائمی یا موقت باشد و زنی که در عده رجعیه بسر می‌برد در حکم زن شوهردار است برخلاف عده بائن [زیرا طلاق بائن موجب قطع رابطه زوجیت می‌شود اما زوجه‌ای که در عده رجعیه بسر می‌برد کماکان زوجه شوهر قبلی خود محسوب می‌شود. عده وفات نیز مانند عده بائن است] و حکم در مورد اینکه زنا با زن شوهردار موجب حرمت ابدی می‌شود، مورد اتفاق نظر همه فقهاست] و در الحاق زنی که در ملک دیگری بوده و مورد نزدیکی قرار گرفته است به زن شوهردار، دو احتمال وجود دارد. [یک احتمال آن است که مانند زن شوهردار باشد یعنی اگر کنیزی در ملک دیگری بوده و مالکش با وی نزدیکی کرده باشد و سپس مردی با او زنا کند، بر شخص زناکار حرام ابدی می‌شود و دلیل این احتمال، دو چیز است؛ یکی اینکه [کنیز هم در بسیاری از احکام مانند زن شوهردار است مخصوصاً در احکام ازدواج] مثلاً اگر کسی با کنیزی نزدیکی کند نمی‌تواند با خواهر یا مادر یا دختر او ازدواج نماید. دلیل دیگر اینکه [کنیز و زن شوهردار در علتی که موجب حرمت می‌شود یکسان هستند و آن علت، حفظ انسب از اختلاط است] زیرا اگر زنا با این زنها انجام شود و باردار شوند معلوم نمی‌شود که فرزند متعلق به شوهر یا مالک آنها می‌باشد یا متعلق به زناکار است. احتمال دیگر آن است که مانند زن شوهردار نباشد زیرا] دو دلیلی که بیان شد سبب نمی‌شود که کنیز هم در تمامی احکام مانند زن شوهردار باشد و این احتمال، قوی‌تر است. و زن زناکار بر مرد زناکار و بر دیگران حرام نمی‌شود اما ازدواج با این زن بنا بر نظریه صحیح‌تر برای مرد زناکار و دیگران، مکروه می‌باشد برخلاف نظر گروهی از فقها [از جمله شیخ طوسی] که ازدواج مرد زناکار با وی را حرام می‌داند مگر اینکه زن، توبه نماید و دلیل جواز [ازدواج با زن زناکار]، اصل است [یعنی اصل عدم حرمت و دلیل دیگر]، روایت صحیح حلبی از امام صادق (ع) است که فرمود: «هرگاه مردی با زنی، زنا کند سپس تصمیم بگیرد با وی ازدواج حلال نماید، اولش زناست و آخرش نکاح است و مثل آن مثل درخت خرمایی است که شخصی، میوه آن را به صورت حرام به دست می‌آورد و سپس آن را می‌خرد و برای او حلال می‌شود.» اما این ازدواج مکروه است بخاطر

اینکه در پاره‌ای روایات، به صورت مطلق [یعنی برای زانی و غیرزانی] نهی از ازدواج با چنین زنی شده است و این نهی، حمل بر کراهت می‌شود تا میان روایت‌ها جمع گردد [یعنی روایت‌هایی که ازدواج را جایز می‌دانند و روایت‌هایی که جایز نمی‌دانند]. اما مانع [یعنی کسی که ازدواج با زن زناکار را جایز نمی‌داند که همان شیخ طوسی و ابوالصلاح و گروهی دیگر می‌باشند] به روایت ابوبصیر استناد کرده‌اند که گوید از امام دربارهٔ مردی سؤال کردم که با زنی زنا کرده و سپس می‌خواهد با وی ازدواج کند. امام فرمود: «اگر زن توبه کند، مرد زناکار حلال است که با وی ازدواج نماید.» گفتم، چگونه توبهٔ آن زن معلوم می‌شود؟ امام فرمود: «مرد، آن زن را دعوت به زنا و کار حرام می‌کند، سپس اگر امتناع کرد و از خدای خود استغفار نمود، توبه‌اش معلوم می‌شود.» و نزدیک به مضمون همین روایت، روایت دیگری است که عمار از امام صادق (ع) روایت کرده است اما سند هر دو روایت، ضعیف است و روایت نخست، روایتی مقطوع می‌باشد [یعنی ابوبصیر، نام امام را بیان نکرده است و شاید این روایت، از امام نباشد و اگر این دو روایت، صحیح باشند، واجب است که حمل بر کراهت شوند تا [میان این دو روایت و روایت‌هایی که ازدواج را جایز می‌دانند] جمع شود. و اگر زنی مرتکب زنا شود بنابر نظریهٔ صحیح‌تر، بر شوهرش حرام نمی‌شود هر چند اصرار بر زنا کند بخاطر اصل اباحه و عدم حرمت و روایت؛ برخلاف شیخ مفید و مرحوم سلاّر که گفته‌اند چنانچه زن، اصرار بر زنا کند بر شوهرش حرام می‌شود و استناد ایشان بر آن است که بخش اعظم فایده‌های نکاح که همان تولید نسل می‌باشد در صورت اصرار زن بر زنا، از بین می‌رود زیرا در این حالت، خلط انساب صورت می‌گیرد و هدف از برقراری حد و سنگسار برای شخص زناکار، آن است که نسب از مخلوط شدن، محفوظ بماند اما این نظریه، ضعیف است زیرا شخص زناکار، نسبی ندارد و احترامی برای [آب او] وجود ندارد. [در روایت آمده است که: الولد للفراش وللعاهر الحجر].

(الْخَامِسَةُ: مَنْ أَوْقَبَ غُلَامًا، أَوْ رَجُلًا) بِأَنْ أَدْخَلَ بِهِ بَعْضَ الْحَشَقَةِ وَإِنْ لَمْ يَجِبِ الْغُسْلُ (حَرَمَتْ عَلَى الْمُؤَقَّبِ أُمُّ الْمُؤَطَّوْءِ) وَإِنْ عَلَتْ (وَ أَخْتُهُ)، دُونَ بَنَاتِهَا (وَبَنَاتُهَا) وَ إِنْ نَزَلَتْ مِنْ ذَكَرٍ وَ أَثْنَى مِنَ النَّسَبِ اتَّفَاقًا، وَ مِنَ الرَّضَاعِ عَلَى الْأَقْوَى. وَ لَا فَرْقَ فِي الْمَفْعُولِ بَيْنَ الْحَيِّ وَ الْمَيِّتِ عَلَى الْأَقْوَى، عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ وَ إِنَّمَا تَحْرُمُ

الْمَذْكُورَاتُ مَعَ سَبْقِهِ عَلَى الْعَقْدِ عَلَيْهِنَّ (وَلَوْ سَبَقَ الْعَقْدُ) عَلَى الْفِعْلِ (لَمْ يَحْرُمْ)، لِلْأَصْلِ
وَلِقَوْلِهِمْ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يُحْرَمُ الْحَرَامُ الْحَلَالُ».

وَ الظَّاهِرُ عَدَمُ الْفَرْقِ بَيْنَ مُفَارَقَةٍ مِنْ سَبَقِ عَقْدِهَا بَعْدَ الْفِعْلِ، وَ عَدَمِهِ، فَيَجُوزُ لَهُ تَجْدِيدُ
نِكَاحِهَا بَعْدَهُ مَعَ اخْتِمَالِ عَدَمِهِ، لِصَدَقَ سَبْقُ الْفِعْلِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَقْدِ الْجَدِيدِ.
وَ لَا فَرْقَ فِيهِمَا بَيْنَ الصَّغِيرِ وَ الْكَبِيرِ عَلَى الْأَقْوَى، لِلْعُمُومِ. فَيَتَعَلَّقُ التَّحْرِيمُ قَبْلَ الْبُلُوغِ
بِالْوَلِيِّ وَ بَعْدَهُ بِهِ.

وَ لَا يَحْرُمُ عَلَى الْمَفْعُولِ بِسَبْبِهِ شَيْءٌ عِنْدَنَا، لِلْأَصْلِ وَ رُبَّمَا يُقَالُ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ
تَعَلَّقُ التَّحْرِيمُ بِهِ كَالْفَاعِلِ، وَ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَخْبَارِ إِطْلَاقُ التَّحْرِيمِ بِحَيْثُ يُمَكِّنُ تَعَلُّقَهُ بِكُلِّ
مِنْهُمَا، وَلَكِنَّ الْمَذْهَبَ الْأَوَّلَ.

مسأله پنجم: هرکس با نوجوان یا مردی لواط انجام دهد یعنی مقداری از حشفه را
داخل در مقعد وی نماید، هر چند غسل بر او واجب نشود، مادر مفعول هر چقدر که
بالا رود و خواهر وی بجز دختران خواهر وی و نزد دختر وی هر چقدر که پائین رود
اعم از اینکه از پسر یا دختر وی باشند که در مورد نوه نسبی اتفاق نظر وجود دارد و
[حرمت] نوه رضاعی هم، نظریه قوی تر می باشد. [البته در مورد داخل کردن مقداری از
حشفه تردید شده است زیرا کلمه «ایقاب» به داخل کردن تمام حشفه، اطلاق می گردد.
حکم حرمت مادر و دختر مفعول بر لواط کننده، در روایات بیان شده است و فقها اتفاق
نظر پیدا کرده اند که مادر و مادر بزرگ و دختر و نوه دختری و پسری بر لواط کننده حرام
است زیرا نام مادر و دختر برایشان صدق می کند] و بنا بر نظریه قوی تر تفاوتی ندارد که
مفعول، مرده یا زنده باشد زیرا اطلاق روایات شامل مفعول مرده نیز می شود و این
اشخاصی که نام برده شد در صورتی بر لواط کننده حرام می شوند که لواط قبل از عقد
با ایشان، صورت گرفته باشد بنابراین چنانچه عقد قبل از لواط صورت گیرد، حرمتی
بوجود نمی آید [یعنی اگر مردی با زنی ازدواج کند و سپس با برادر یا فرزند یا پدر او
لواط نماید، آن زن بر شوهرش حرام نمی شود و این حکم نیز مانند زنا بعد از عقد
نکاح می باشد. و دلیل عدم حرمت] اصل عدم حرمت می باشد [و اطلاق روایات نیز
حمل بر موردی می شود که نزدیکی قبل از عقد باشد. همچنین دلیل دیگر] روایت ائمه
معصومین است که می فرمایند: «حرام، موجب حرام کردن حلال نمی شود.» [یعنی

عمل لواط که عمل حرامی است، سبب نمی شود که عقد نکاح که عمل حلالی است حرام شود. و ظاهر آن است که میان جدا شدن زوجه ای که عقد وی بعد از عمل لواط بوده است و عدم جدا شدن وی تفاوتی وجود ندارد بنابراین لواط کننده می تواند بعد از جدا شدن، دوباره نکاح خود با همسر سابق را تجدید کند [یعنی اگر مردی با زنی ازدواج نماید و سپس با پدر یا برادر یا فرزند وی لواط کند و زوجه اش را طلاق بدهد می تواند دوباره با وی ازدواج نماید] و احتمال هم دارد که تجدید عقد نکاح جایز نباشد زیرا عمل لواط نسبت به عقد نکاح جدید، عمل سابق به حساب می آید [یعنی گرچه عمل لواط نسبت به عقد نکاح قبلی، عمل بعد از عقد بود اما نسبت به عقد نکاح جدید، عمل قبل از عقد می باشد و لواط قبل از عقد نکاح، مانع نکاح می شود. به نظر می رسد که احتمال دوم، احتمالی قوی و منطقی باشد] و بنابر نظریه قوی تر، تفاوتی ندارد که فاعل و مفعول، صغیر یا کبیر باشند [زیرا عمل لواط، سبب تحریم می شود بدون اینکه مکلف بودن فاعل در آن نقش داشته باشد و بخاطر عموم روایات] که شامل صغیر و کبیر می شوند [بنابراین حرمت قبل از بلوغ [فاعل یا مفعول] به ولی تعلق می گیرد [یعنی بر ولی حرام است که مادر یا دختر یا خواهر کودکی را که با وی لواط شده است به عقد لواط کننده صغیر درآورد] و بعد از بلوغ، حرمت به شخص مانع تعلق می گیرد [یعنی بر لواط کننده بالغ حرام است که با چنین زنهایی ازدواج نماید]. اما به اعتقاد فقهای شیعه، به سبب لواط حرمتی برای مفعول بوجود نمی آید زیرا اصل [بر عدم حرمت است] اما از برخی فقهای شیعه نقل شده است که حرمت به مفعول نیز مانند فاعل تعلق می گیرد [یعنی مادر و دختر و خواهر فاعل نیز بر مفعول، حرام می شود] و در بسیاری از روایات، حرمت نکاح به صورت مطلق بیان شده است بگونه ای که امکان دارد به فاعل و مفعول تعلق بگیرد اما نظر همان نظریه نخست می باشد [زیرا همه روایات تصریح دارند که خواهر و مادر و دختر مفعول بر فاعل، حرام هستند و دلالتی برعکس آن یعنی حرمت خواهر و مادر و دختر فاعل بر مفعول ندارند و اصل هم بر عدم حرمت است].

(الْأَسَادِسَةُ: لَوْ عَقَّدَ الْمُحْرَمُ) بِفَرْضٍ أَوْ نَفْلٍ، بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، بَعْدَ إِفْسَادِهِ وَ قَبْلَهُ، عَلَى أُتْنَى (عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ حَرَمَتْ أَبَدًا بِالْعَقْدِ) وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ (وَإِنْ جَهِلَ) التَّحْرِيمَ (لَمْ تَحْرُمْ

وَإِنْ دَخَلَ بِهَا) لَكِنْ يَقَعُ عَقْدُهُ فَاِسِدًا، فَلَهُ الْعَوْدُ إِلَيْهِ بَعْدَ الْإِخْلَالِ.
 هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَ مُسْتَنَدُهُ رِوَايَةُ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الدَّالَّةُ بِمَنْطُوقِهَا عَلَى
 حُكْمِ الْعِلْمِ، وَ بِمَفْهُومِهَا عَلَى غَيْرِهِ، وَ هُوَ مُعْتَصَدٌ بِالْأَصْلِ فَلَا يَضُرُّ ضَعْفُ دَلَالَتِهِ. وَلَا تَحْرُمُ
 الزَّوْجَةُ بِوُطْئِهَا فِي الْإِحْرَامِ مُطْلَقًا.

مساله ششم - اگر مردی که به شکل وجوب یا استحبابی در احرام بسر می برد اعم
 از اینکه احرام وی برای حج یا عمره باشد، زنی را به عقد خود در آورد و علم به
 حرمت چنین عملی داشته باشد، آن زن بروی به محض انعقاد عقد نکاح حرام ابدی
 می شود، خواه بعد از باطل کردن حج یا عمره باشد، خواه قبل از آن باشد اما اگر جهل
 به حرمت داشته باشد، زن بر او حرام نمی شود هر چند نزدیکی کرده باشد. البته
 عقدی که منعقد می کند باطل است و مرد می تواند بعد از آنکه از احرام خارج شد،
 دوباره با این زن ازدواج کند. آنچه گفته شد نظر مشهور فقهاست و مستند آن، روایت
 زراره از امام صادق (ع) است که منطوق آن دلالت بر حالتی دارد که مرد، علم به
 حرمت دارد و مفهوم آن دلالت بر حالتی دارد که مرد، علم ندارد و حکم عدم حرمت
 زن، در صورتی که مرد علم به حرمت نداشته باشد، با اصل نیز تقویت می شود [زیرا
 اصل بر عدم حرمت چنین ازدواجی است] بنابراین ضعف دلالت روایت، خدشه ای بر
 اعتبار آن وارد نمی کند [یعنی گرچه دلالت آن بر عدم حرمت، از راه مفهوم است و
 مفهوم، ضعیف می باشد اما ضعف آن با اصل، تقویت می شود]. اما چنانچه با زنی که
 در حال احرام است، نزدیکی صورت گیرد مطلقاً بر نزدیکی کننده حرام نمی شود [اعم
 از اینکه احرام برای حج یا عمره واجب یا مستحب باشد و اعم از اینکه زن، علم به
 حرمت داشته باشد یا علم نداشته باشد. مشهور فقها با استناد به روایت امام صادق (ع)
 که می گوید: «والمحرم اذا تزوج و هو يعلم انه حرام علیه لم تحل علیه ابدًا» حرمت را به
 شرط علم می دانند هر چند نزدیکی صورت نگرفته باشد زیرا مفهوم روایت آن است که
 اگر مرد علم به حرمت نداشته باشد، زن بر او حرام نمی شود اما گروهی از فقها مانند ابن
 ادریس حرمت را در حالت نزدیکی و حمل نیز برقرار می دانند و عده ای مانند سلار و
 صدوق، تفاوتی میان علم به حرمت و جهل به حرمت قائل نشده اند. همچنین اگر زن در
 احرام بوده و مرد در احرام نباشد، اصل بر عدم حرمت است و روایتی هم برای حرمت

أن وجود ندارد و گروهی هم حکم به حرمت چنین زنی کرده‌اند اما عقد در هر صورت باطل است و علم و جهل به فساد عقد تأثیری ندارد هر چند گروهی گفته‌اند اگر مرد

اعتقاد به صحت چنین عقدی داشته باشد حکم به صحت عقد می‌شود.]

(السَّابِعَةُ: لَا يَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَجْمَعَ زِيَادَةً عَلَى أَرْبَعِ حَرَائِرَ، أَوْ حُرَّتَيْنِ وَ أَمَتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثِ حَرَائِرَ وَ أَمَةٍ بِنَاءً عَلَى جَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ بِالْعَقْدِ بِدُونِ الشَّرْطَيْنِ، وَإِلَّا لَمْ تَجْزِ الزِّيَادَةُ عَلَى الْوَاحِدَةِ، لِإِنْفَاءِ الْعَنْتِ مَعَهَا، وَ قَدْ تَقَدَّمَ مِنَ الْمُصَنِّفِ اخْتِيَارُ الْمَنْعِ. وَ يَبْعُدُ فَرَضُ بَقَاءِ الْحَاجَةِ إِلَى الزَّائِدِ عَنِ الْوَاحِدَةِ وَ لَا فَرْقَ فِي الْأَمَةِ بَيْنَ الْقِنَةِ، وَ الْمُدْبَرَةِ، وَ الْمُكَاتَبَةِ بِقِسْمِهَا حَيْثُ لَمْ تُؤَدَّ شَيْئاً، وَ أُمُّ الْوَلَدِ.

(وَ لَا لِلْعَبْدِ أَنْ يَجْمَعَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ إِمَاءٍ أَوْ حُرَّتَيْنِ، أَوْ حُرَّةٍ وَ أَمَتَيْنِ، وَ لَا يُبَاحُ لَهُ ثَلَاثُ إِمَاءٍ وَ حُرَّةٌ).

وَ الْحُكْمُ فِي الْجَمِيعِ إِجْمَاعِيٌّ، وَ الْمُعْتَقُ بَعْضُهُ كَالْحُرِّ فِي حَقِّ الْإِمَاءِ، وَ كَالْعَبْدِ فِي حَقِّ الْحَرَائِرِ، وَ الْمُعْتَقُ بَعْضُهَا كَالْحُرَّةِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ، وَ كَالْأَمَةِ فِي حَقِّ الْحُرِّ (كُلُّ ذَلِكَ بِالِدَّوَامِ، أَمَّا الْمُتْعَةُ فَلَا حَصْرَ لَهُ عَلَى الْأَصَحِّ)، لِلْأَصْلِ، وَ صَحِيحَةُ زُرَّارَةَ قَالَ: قُلْتُ: مَا يَحِلُّ مِنَ الْمُتْعَةِ. قَالَ: «كَمْ شِئْتَ» وَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْمُتْعَةِ أَ هِيَ مِنَ الْأَرْبَعِ فَقَالَ: «لَا وَ لَا مِنَ السَّبْعِينَ» وَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: ذَكَرْتُ الْمُتْعَةَ أَ هِيَ مِنَ الْأَرْبَعِ، قَالَ: «تَزَوَّجْ مِنْهُنَّ أَلْفًا فَإِنَّهُنَّ مُسْتَأْجَرَاتٌ».

وَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الْأَصْلَ قَدْ عُدِلَ عَنْهُ بِالْدَّلِيلِ الْآتِي، وَ الْأَخْبَارُ الْمَذْكُورَةُ، وَ غَيْرُهَا فِي هَذَا الْبَابِ ضَعِيفَةٌ أَوْ مَجْهُولَةٌ السَّنَدِ أَوْ مَقْطُوعَةٌ، فَإِثْبَاتٌ مِثْلُ هَذَا الْحُكْمِ الْمُخَالَفِ لِلْإِلَاقَةِ الشَّرِيفَةِ وَ إِجْمَاعِ بَاقِي عُلَمَاءِ الْإِسْلَامِ مُشْكِلٌ.

لِكُنْهَ مَشْهُورٌ، حَتَّى أَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَصْحَابِ لَمْ يَنْقُلْ فِيهِ خِلَافًا، فَإِنْ تَبَتَ إِجْمَاعٌ كَمَا ادَّعَاهُ ابْنُ إِدْرِيسَ، وَ إِلَّا فَلَا مَرَكَبَ تَرَى. وَ تَبَّهَ بِالْأَصَحِّ عَلَى خِلَافِ ابْنِ الْبَرَّاجِ حَيْثُ مَنَعَ فِي كِتَابَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ فِيهَا عَلَى الْأَرْبَعِ، مُحْتَجًّا بِعُمُومِ الْآيَةِ، وَ بِصَحِيحَةِ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عِنْدَهُ الْمَرْأَةُ أَيْحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَخْتِهَا مُتْعَةً، قَالَ: «لَا» قُلْتُ: حَكَى زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ «إِنَّمَا هِيَ مِثْلُ الْإِمَاءِ يَتَزَوَّجُ مَا شَاءَ، قَالَ: لَا، هُنَّ مِنَ الْأَرْبَعِ» وَ قَدْ رَوَى عَمَّارٌ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْمُتْعَةِ قَالَ: «هِيَ إِحْدَى الْأَرْبَعِ».

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَفْضَلِ وَالْأَحْوَطِ جَمْعاً بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَا سَبَقَ، وَلِصَحِيحَةِ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ «اجْعَلُوهُنَّ مِنَ الْأَرْبَعِ»، فَقَالَ لَهُ صَفْوَانُ بْنُ يَحْيَى: عَلَى الْإِحْتِيَاظِ قَالَ: «نَعَمْ».

وَاعْلَمْ أَنَّ هَذَا الْحَمْلَ يَحْسُنُ لَوْ صَحَّ شَيْءٌ مِنْ أَخْبَارِ الْجَوَازِ لَا مَعَ عَدَمِهِ، وَالْخَبَرُ الْأَخِيرُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي جَوَازِ مُخَالَفَةِ الْإِحْتِيَاظِ. وَفِي الْمُخْتَلَفِ اقْتَصَرَ مِنْ ثَقُلِ الْحُكْمِ عَلَى مُجَرَّدِ الشُّهُورَةِ وَلَمْ يُصَرِّحْ بِالْفَتْوَى. وَلَعَلَّهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، (وَكَذَلِكَ لَا حَظْرَ لِلْعَدَدِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ إِجْمَاعاً) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا عَلَى أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾. هَذَا فِي مِلْكِ الْعَيْنِ أَمَّا مِلْكُ الْمَنْفَعَةِ كَالْتَحْلِيلِ فَفِي الْخَاقَةِ بِهِ نَظَرٌ. مِنَ الشَّكِّ فِي إِطْلَاقِ اسْمِ مِلْكِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ. وَالشَّكُّ فِي كَوْنِهِ عَقْداً أَوْ إِباحَةً. وَالْأَقْوَى الْخَاقَةُ بِهِ، وَبِهِ جَزَمَ فِي التَّخْرِيرِ.

مسأله هفتم: مرد آزاد نمی تواند همزمان بیشتر از چهار زن آزاد یا دو زن آزاد و دو کنیز یا سه زن آزاد و یک کنیز داشته باشد به شرط آنکه بتوان بدون رعایت دو شرط، با کنیز ازدواج نمود [برخی از فقها معتقدند که مرد آزاد زمانی می تواند با کنیز ازدواج کند که قدرت مالی برای ازدواج با زن آزاد را نداشته باشد و بترسد که اگر ازدواج نکند، مرتکب زنا و عمل گناه شود، بنابراین ازدواج با دو کنیز علاوه بر دو زن آزاد در صورتی جایز است که ازدواج با کنیز مشروط به این دو شرط نباشد] اما اگر این دو شرط را لازم بدانیم، مرد آزاد حق ندارد با بیشتر از یک کنیز ازدواج کند زیرا ازدواج با یک کنیز نیز ترس از واقع شدن در گناه را از بین می برد و قبلاً گفته شد که شهید اول، چنین ازدواجی را ممنوع می داند [یعنی مرد آزاد نمی تواند بدون این دو شرط با کنیز ازدواج کند بنابراین یک مرد وقتی می تواند با بیشتر از یک کنیز ازدواج کند که این دو شرط را لازم ندانیم]. و بعید است فرضی که مرد نیاز به بیشتر از یک زن داشته باشد [یعنی بعید است که یک زن، نیاز مرد را برطرف نکرده و کماکان ترس از به گناه افتادن زن وجود داشته باشد] و تفاوتی ندارد که کنیز، خالص باشد [یعنی تمام او برده باشد] یا مدبر باشد [یعنی آزادی او موکول به فوت مولی شده باشد] یا مکاتب مشروط و یا مکاتب مطلق باشد [یعنی کنیزی باشد که با مولای خود قرارداد کتابت بسته باشد که با پرداخت مبلغی، آزاد شود] مشروط بر اینکه کنیز در حالت مکاتبه، هیچ مبلغی را نپرداخته

باشد و نیز تفاوتی ندارد که از مولای خود بچه دار شده باشد. عبد نیز حق ندارد بیشتر از چهار کنیز یا دو زن آزاد یا یک زن آزاد و دو کنیز داشته باشد و نیز نمی تواند سه کنیز یا یک زن آزاد داشته باشد. حکمی که گفته شد [چه در مورد مرد آزاد و چه در مورد عبد]، مورد قبول همه فقهاست. عبدی که مقداری از او آزاد شده باشد نسبت به کنیزان مانند مرد آزاد است [یعنی نمی تواند با بیشتر از دو کنیز ازدواج کند] و نسبت به زنان آزاد، در حکم برده است [یعنی نمی تواند بیشتر از دو زن آزاد داشته باشد] و کنیزی که مقداری از او آزاد شده باشد نسبت به عبد حکم زن آزاد را دارد [یعنی عبد فقط با دو نفر از این زنان می تواند ازدواج کند] و نسبت به مرد مانند کنیز است [یعنی مرد آزاد نمی تواند با بیشتر از دو نفر از این زنان ازدواج نماید]. آنچه که گفته شد در مورد ازدواج دائم است اما بنابر نظریه صحیح تر، ازدواج متعه و موقتی، محدودیتی ندارد زیرا اصل بر عدم حرمت و جواز است و در روایت صحیح زراره نیز آمده است که به امام گفتم: «چقدر از متعه جایز است؟» امام فرمود: «هر چقدر که بخواهی» و از ابوبصیر روایت شده است که از امام صادق (ع) در مورد متعه سؤال شد که آیا چهار زن می باشد؟ امام فرمود: «نه تنها از چهار زن بلکه از هفتاد زن هم نمی باشد» [یعنی حتی به هفتاد زن هم محدود نمی شود] و زراره از امام صادق (ع) روایت می کند که به او گفتم آیا متعه از چهار زن می باشد؟ امام فرمود: «با هزار نفر از آنها ازدواج کن زیرا اجیر هستند» [شهیدثانی نسبت به نظر مشهور فقها که محدودیتی برای ازدواج متعه نمی بینند اشکال وارد نموده و می فرماید: «و دیدگاه مشهور، محل تامل است زیرا اصل با دلیلی که بعداً بیان می شود از بین می رود [زیرا اصل عدم حرمت تا زمانی اعتبار دارد که دلیلی در مقابل آن نباشد حال آنکه در اینجا دلیل بر حرمت وجود دارد] و روایت هایی که بیان شد و سایر روایاتی که در این زمینه آمده است، ضعیف می باشند و یا سند آنها مجهول یا مقطوع است پس حکم به جواز ازدواج متعه با بیشتر از چهار زن که مخالف آیه قرآن و اجماع بقیه علمای اسلام می باشد، دشوار است [آیه قرآن می فرماید: «فانکحوا مطاب لکم من النساء مثنی و ثلث و رباع» و اطلاق آیه شامل نکاح دائمی و موقت می شود. البته حرف «واو» برای تخییر است نه جمع و گر نه ازدواج با هجده زن جایز بود زیرا مثنی و ثلث و رباع به معنای دو تا دو تا و سه تا سه تا و چهار تا چهار

می‌باشد.] اما حکم به ازدواج بیشتر از چهار نفر، نظر مشهور فقهاست و حتی بسیاری از فقهای شیعه، نظریه مخالفی را بیان نکرده‌اند پس اگر اجماع آنگونه که ابن ادریس ادعا کرده است، ثابت شد [باید به اجماع عمل نمود] و گرنه مسأله به همان نحوی است که می‌بینی. شهید اول با بیان عبارت «نظریه صحیح‌تر» اشاره به مخالفت ابن براج دارد زیرا ایشان در دو کتاب خود، ازدواج با بیشتر از چهار زن از طریق نکاح متعه را ممنوع می‌داند و به آیه قرآن و روایت صحیح احمد بن ابونصر از امام رضا (ع) استناد کرده است که می‌گوید از امام (ع) در مورد مردی سؤال کردم که همسری دارد و آیا می‌تواند با خواهر وی به صورت موقت ازدواج کند؟ امام پاسخ داد: «نه» به امام گفتیم که زواره از امام باقر (ع) روایت کرده است که این زن مانند کنیزان است و به صورت نامحدودی می‌توان ازدواج کرد. امام فرمود: «نه، وی جزء چهار زن است» و عمار از امام صادق (ع) پیرامون عقد متعه روایت کرده است که یکی از چهار زن می‌باشد. [یعنی در عقد متعه نیز نمی‌توان با بیشتر از چهار زن ازدواج کرد.] در پاسخ به این روایت‌ها گفته شده است که حمل بر افضل و احوط بودن می‌شوند تا میان این دو روایت و روایت‌های قبلی جمع شود [یعنی این دو روایت می‌گویند که ترک ازدواج موقت با بیش‌تر از چهار زن، بهتر است و مطابق احتیاط می‌باشد. دلیل دیگری که برای حمل روایات بر استحباب و احتیاط وجود دارد] روایت صحیح احمد بن ابونصر از امام رضا (ع) است که می‌گوید امام باقر (ع) فرمود: «آنها را از چهار زن قرار دهید.» پس صفوان بن یحیی به او گفت: آیا این کار بخاطر احتیاط است؟ امام فرمود: «بله.» [شهیدثانی در مورد جمع میان روایت‌ها می‌فرماید:] و بدان که این حمل کردن در صورتی نیکوست که در میان روایت‌های مربوط به جواز نکاح با بیشتر از چهار زن، روایت صحیحی وجود داشته باشد و گرنه نمی‌توان این کار را کرد. [و از طرف دیگر] روایت اخیر [یعنی روایت احمد ابن ابی نصر] صراحتی ندارد که بتوان با احتیاط، مخالفت کرد [زیرا ممکن است منظور از احتیاط، احتیاط وجوبی باشد که نمی‌توان برخلاف آن عمل کرد.] و علامه حلی در کتاب «مختلف» فقط شهرت حکم را بیان کرده است بدون اینکه نظر و فتوای خود را بیان نماید و شاید بخاطر همان مطلبی است که ما گفتیم [که روایات مورد استناد مشهور که ازدواج موقت با بیشتر چهار زن را جایز

می دانند، ضعیف هستند.]

(الثَّامِنَةُ: إِذَا طَلَّقَ ذُو النِّصَابِ) الَّذِي لَا يَجُوزُ تَجَاوُزُهُ، وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ، طَلَاقاً (رَجْعِيّاً) لَمْ يَجْزُ لَهُ التَّرْوِيجُ دَائِماً حَتَّى تَخْرُجَ الْمُطَلَّقةُ (مِنَ الْعِدَّةِ)، لِأَنَّ الْمُطَلَّقةَ رَجْعِيّاً بِمَنْزِلَةِ الزَّوْجَةِ، فَالنِّكَاحُ الدَّائِمُ زَمَنَ الْعِدَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْجَمْعِ زَائِداً عَلَى النِّصَابِ، (وَكَذَا) لَا يَجُوزُ لَهُ تَرْوِيجُ (الْأُخْتِ) أَي: أُخْتِ الْمُطَلَّقةِ رَجْعِيّاً (دَائِماً وَ مُتَعَةً) وَإِنْ كَانَتْ الْمُطَلَّقةُ وَاحِدَةً، لِأَنَّهُ يَكُونُ جَامِعاً بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ.

(وَلَوْ كَانَ) الطَّلَاقُ (بِائْتِنَا جَازَ) تَرْوِيجُ الزَّائِدَةِ عَلَى النِّصَابِ وَ الْأُخْتِ، لِانْقِطَاعِ الْعِصْمَةِ بِالْبَائِنِ، وَ صَيُورَتِهَا كَالْأَجَنْبِيَّةِ، لَكِنْ عَلَى (كَرَاهِيَّةٍ شَدِيدَةٍ) لِحَتَرْمِهَا بِحُرْمَةِ الزَّوْجِيَّةِ، وَلِلتَّهْيِ عَنْ تَرْوِيجِهَا مُطْلَقاً فِي صَحِيحَةِ زُرَّارَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِذَا جَمَعَ الرَّجُلُ أَرْبَعاً فَطَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ فَلَا يَتَزَوَّجُ الْخَامِسَةَ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الْمَرْأَةِ الَّتِي طَلَّقَتْ، وَ قَالَ: «لَا يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي خَمْسٍ». وَ حُمِلَ التَّهْيُّ عَلَى الْكَرَاهَةِ جَمْعاً.

مسأله هشتم: هرگاه مردی که به اندازه نصاب، همسر دارد و نمی تواند بیش تر از آن با زن دیگری ازدواج نماید، یک یا چند تن از همسرانش را طلاق رجعی بدهد، حق ندارد ازدواج دائم کند تا زمانی که زوجه طلاق داده شده، از عده خارج شود زیرا زوجه ای که طلاق رجعی داده می شود به منزله زوجه است بنابراین نکاح دائم [با زن دیگر] در زمان عده [زنی که طلاق داده شده است] به منزله داشتن بیشتر از حد نصاب زوجه است و نیز چنین مردی [که همسر خود را طلاق رجعی داده است] حق ندارد با خواهر زوجه مطلقه اش ازدواج کند اعم از اینکه ازدواج دائم یا موقت باشد هر چند زنی که طلاق داده شده است، تنها زوجه او باشد [یعنی همسری غیر از این زن که طلاق داده است، نداشته باشد] زیرا ازدواج با خواهر این زن، جمع کردن میان دو خواهر است. اما اگر مردی، همسر خود را طلاق باین بدهد حق دارد با زنی که بیش تر از حد نصاب می شود ازدواج کند [مثلاً اگر مردی، چهار همسر داشته باشد و یکی از آنها را طلاق باین بدهد حق دارد که در زمان عده با زن دیگری ازدواج کند زیرا همسران وی بیشتر از حد نصاب نخواهند بود و نیز حق دارد] با خواهر [زنی که طلاق داده است ازدواج نماید] زیرا رابطه زوجیت با طلاق باین از بین می رود و زنی که طلاق داده می شود در حکم زن بیگانه [و غیرزوجه] است اما [ازدواج در زمان عده باین] کراهت

شدیدی دارد زیرا رابطه زوجیت قبلی دارای حرمت و احترام است و بخاطر اینکه در صحیحۀ زرارۀ از امام صادق (ع) چنین ازدواجی به صورت مطلق نهی شده است [یعنی اعم از اینکه طلاق رجعی یا بائن باشد. امام (ع) در این روایت] فرموده است. هرگاه مردی، چهار همسر داشته باشد و یکی از آنها را طلاق بدهد نباید با زن پنجمی ازدواج کند تا زمانی که عده زنی که طلاق داده شده است، تمام شود و نیز امام فرمود: مرد نباید آب خود را در پنج زن، جمع کند. و نهی مذکور در این روایت حمل بر کراهت می شود تا میان روایت ها جمع شود [یعنی روایت هایی که رابطه زوجیت را در زمان عده بائن، منقطع می دانند و روایت زرارۀ که ازدواج در زمان عده را به صورت مطلق، جایز نمی داند. و راه جمع میان روایت ها آن است که گفته شود ازدواج در زمان عده بائن که برخی روایت ها آن را جایز می دانند و برخی ممنوع می دانند، مکروه است. البته راه دیگری هم وجود دارد که گفته شود روایت هایی که ازدواج را ممنوع می دانند منظورشان ازدواج در زمان عده رجعی است.]

(الثَّاسِعَةُ: لَا تَحِلُّ الْحُرَّةُ عَلَى الْمُطَلَّقِ ثَلَاثًا) يَتَخَلَّلُهَا رَجْعَتَانِ أَيْ أَنْوَاعِ الطَّلَاقِ كَانَ (إِلَّا بِالْمَحْلَلِ، وَإِنْ كَانَ الْمُطَلَّقُ عَبْدًا)، لِأَنَّ الْأَعْتِبَارَ فِي عَدَدِ الطَّلَاقِ عِنْدَنَا بِالزَّوْجَةِ. (وَلَا تَحِلُّ الْأَمَةُ الْمُطَلَّقةُ اثْنَتَيْنِ) كَذَلِكَ (إِلَّا بِالْمَحْلَلِ)، وَلَوْ كَانَ الْمُطَلَّقُ حُرًّا لِلْآيَةِ وَ الرِّوَايَةِ (أَمَّا الْمُطَلَّقةُ تِسْعًا لِلْعِدَّةِ) وَ الْمُرَادُ بِهِ أَنْ يُطَلَّقَهَا عَلَى الشَّرَاطِ ثُمَّ يُرَاجِعَ فِي الْعِدَّةِ وَ يَطَّأُ، ثُمَّ يُطَلَّقَهَا فِي طَهْرٍ آخَرَ ثُمَّ يُرَاجِعُ فِي الْعِدَّةِ وَ يَطَّأُ ثُمَّ يُطَلَّقَهَا الثَّالِثَةَ، فَيَنْكِحَهَا بَعْدَ عِدَّتِهَا زَوْجٌ آخَرَ ثُمَّ يُفَارِقُهَا بَعْدَ أَنْ يَطَّأَهَا، فَيَتَزَوَّجَهَا الْأَوَّلَ بَعْدَ الْعِدَّةِ وَ يَفْعَلُ كَمَا فَعَلَ أَوَّلًا إِلَى أَنْ يَكْمُلَ لَهَا تِسْعًا كَذَلِكَ، (يَنْكِحُهَا رَجُلَانِ) بَعْدَ الثَّالِثَةِ وَ السَّادِسَةِ، (فَإِنَّهَا تَحْرُمُ أَبَدًا)، وَ إِطْلَاقُ التَّسْعِ لِلْعِدَّةِ مَجَازٌ، لِأَنَّ الثَّالِثَةَ مِنْ كُلِّ ثَلَاثٍ لَيْسَتْ لِلْعِدَّةِ، فَإِطْلَاقُهُ عَلَيْهَا إِذَا إِطْلَاقٌ لِاسْمِ الْأَكْثَرِ عَلَى الْأَقَلِّ أَوْ بِاعْتِبَارِ الْمُجَاوَرَةِ. وَ حَيْثُ كَانَتِ التَّصَوُّصُ وَ الْفَنَائِيُّ مُطَلَّقةً فِي اعْتِبَارِ التَّسْعِ لِلْعِدَّةِ فِي التَّحْرِيمِ الْمُؤَيَّدِ كَانَ أَعَمَّ مِنْ كَوْنِهَا مَتَوَالِيَةً وَ مُتَفَرِّقَةً، فَلَوْ اتَّفَقَ فِي كُلِّ ثَلَاثٍ وَاحِدَةً لِلْعِدَّةِ اعْتَبِرَ فِيهَا اكْتِمَالُ التَّسْعِ كَذَلِكَ، لَكِنْ هَلْ يُعْتَفَرُ مِنْهَا الثَّالِثَةُ مِنْ كُلِّ ثَلَاثٍ، لِاعْتِبَارِهَا لَوْ جَامَعَتِ الْاثْنَتَيْنِ لِلْعِدَّةِ فَيَكْفِي وَقُوعُ السَّتِّ لِلْعِدَّةِ، أَوْ يُعْتَبَرُ اكْتِمَالُ التَّسْعِ لِلْعِدَّةِ حَقِيقَةً. يُخْتَمَلُ الْأَوَّلُ، لِأَنَّهُ الْمُعْتَبَرُ عِنْدَ التَّوَالِي، وَ لِأَنَّ الثَّالِثَةَ لَمْ يَتَحَقَّقْ اعْتِبَارُ كَوْنِهَا لِلْعِدَّةِ وَ إِنَّمَا اسْتُفِيدَ مِنَ النَّصِّ التَّحْرِيمُ بِالسَّتِّ الْوَاقِعَةِ لَهَا

فَيُسْتَصْحَبُ الْحُكْمُ مَعَ عَدَمِ التَّوَالِي.

وَ الثَّانِي، لِأَنَّ اغْتِفَارَ الثَّالِثَةِ ثَبَتَ مَعَ التَّوَالِي عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ فَإِذَا لَمْ يَحْصُلِ اغْتِبَرَتِ الْحَقِيقَةُ خُصُوصاً مَعَ كَوْنِ طُلُقَةِ الْعِدَّةِ هِيَ الْأُولَى خَاصَّةً، فَإِنَّ عِلَاقَتِي الْمَجَازِ مُتَّفِقَتَانِ عَنِ الثَّالِثَةِ، إِذْ لَا مُجَاوَرَةَ لَهَا لِلْعِدَّةِ، وَلَا أَكْثَرِيَّةَ لَهَا بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَتِ الْعِدَّةُ هِيَ الثَّانِيَّةُ فَإِنَّ عِلَاقَةَ الْمُجَاوَرَةِ مَوْجُودَةٌ، وَ الثَّانِي أَقْوَى فَإِنَّ كَانَتِ الْعِدَّةُ هِيَ الْأُولَى تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِالْخَامِسَةِ وَالْعَشْرِينَ، وَإِنْ كَانَتِ الثَّانِيَّةُ فَبِالسَّادِسَةِ وَالْعَشْرِينَ. وَ يَبْقَى فِيهِ إِشْكَالٌ آخَرٌ، وَ هُوَ أَنَّ طَلَاقَ الْعِدَّةِ حِينَئِذٍ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالرَّجْعَةِ بَعْدَهُ وَالْوَطْءِ فَإِذَا تَوَقَّفَ التَّحْرِيمُ عَلَى تَحَقُّقِ التَّسْعِ كَذَلِكَ لَزِمَ تَحْرِيمُهَا بَعْدَ الدُّخُولِ فِي الْأَخِيرَةِ بِغَيْرِ طَلَاقٍ، وَ هُوَ بَعِيدٌ. وَلَوْ تَوَقَّفَ عَلَى طَلَاقٍ آخَرَ بَعْدَهُ وَ لَمْ يَكُنْ ثَالِثاً لَزِمَ جَعْلُ مَا لَيْسَ بِمَحْرَمٍ مُحْرَماً، وَ الْحُكْمُ بِالتَّحْرِيمِ بِدُونِ طَلَاقٍ مُوقُوفٌ عَلَى التَّحْلِيلِ، وَ كِلَاهُمَا بَعِيدٌ. وَ لَيْسَ فِي الْمَسْأَلَةِ شَيْءٌ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ، فَلِلتَّوَقُّفِ فِيهَا خَالَفَ النَّصَّ مَجَالٌ.

هَذَا كُلُّهُ حُكْمُ الْحُرَّةِ، أَمَّا الْأَمَّةُ فَقَدْ عَرَفَتْ أَنَّهَا تُحَرِّمُ بَعْدَ كُلِّ طَلْقَتَيْنِ، فَلَا يَجْتَمِعُ لَهَا طَلَاقُ تِسْعٍ لِلْعِدَّةِ مَعَ نِكَاحِ رَجُلَيْنِ. وَ هُمَا مُعْتَبَرَانِ فِي التَّحْرِيمِ نَصّاً وَ فَتْوًى فَيُحْتَمَلُ تَحْرِيمُهَا بِسِتٍّ، لِأَنَّهَا فَائِزَةٌ بِمَقَامِ التَّسْعِ لِلْحُرَّةِ وَ يَنْكِحُهَا بَيْنَهُمَا رَجُلَانِ. وَ يُحْتَمَلُ اِغْتِبَارُ التَّسْعِ كَالْحُرَّةِ اسْتِصْحَاباً لِلْحِلِّ إِلَى أَنْ يَثْبُتَ الْمُحْرَمُ، وَ لَا يَقْدَحُ نِكَاحُ أُزَيْدَ مِنْ رَجُلَيْنِ، لِصِدْقِهِمَا مَعَ الزَّائِدِ. وَ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ فَيُحْتَمَلُ اِغْتِبَارُ الْعَدَدِ كُلِّهِ لِلْعِدَّةِ اقْتِصَاراً فِي الْمَجَازِ عَلَى الْمُتَحَقِّقِ، وَ الْاِكْتِفَاءِ فِي كُلِّ اثْنَتَيْنِ بِوَاحِدَةٍ لِلْعِدَّةِ، وَ هِيَ الْأُولَى لِقِيَامِهَا بِمَقَامِ الْاِثْنَتَيْنِ، وَ لِصِدْقِ الْمَجَازِ فِي إِطْلَاقِ الْعِدَّةِ عَلَى الْجَمِيعِ بِعِلَاقَةِ الْمُجَاوَرَةِ. فَعَلَى الْأَوَّلِ يُعْتَبَرُ اثْنَتَا عَشْرَةَ تَطْلِيقَةً، إِذَا وَقَعَتِ الْأُولَى مِنْ كُلِّ اثْنَتَيْنِ لِلْعِدَّةِ، وَ عَلَى التَّسْعِ فَتَمَانِي عَشْرَةَ. وَ يَبْقَى الْكَلَامُ فِي الثَّانِيَةِ عَشْرَةَ وَ الثَّامِنَةِ عَشْرَةَ كَمَا مَرَّ. وَ عَلَى الثَّانِي يُكْتَفَى بِالسَّتِّ أَوِ التَّسْعِ. وَ يُحْتَمَلُ فِي الْأَمَةِ عَدَمُ تَحْرِيمِهَا مُؤَبَّداً مُطْلَقاً، لِأَنَّ ظَاهِرَ النَّصِّ أَنَّ مَوْرَدَهُ الْحُرَّةَ بِقَرِينَتِهِ نِكَاحِ الرَّجُلَيْنِ مَعَ التَّسْعِ، فَيَمَسَّكَ فِي الْأَمَةِ بِأَصَالَةِ بَقَاءِ الْحِلِّ، وَ لِعَدَمِ اجْتِمَاعِ الشَّرْطَيْنِ فِيهَا، وَ لِلتَّوَقُّفِ مَجَالٌ.

مسألة نهم: زن آزاد بر شوهرش که سه مرتبه او را طلاق داده است و در میان این طلاق‌ها، دو رجوع صورت گرفته است [هر چند رجوع از طریق عقد جدید باشد] و طلاق‌ها به هر شکلی انجام شده باشد [اعم از طلاق عدی و رجعی یعنی طلاق رجعی

به معنای اعم البته ابن بکیر فقط طلاق عدی را مشمول این حکم می‌داند. [حرام است [یعنی مرد حق ندارد پس از سه طلاق، دوباره با او ازدواج کند یا به وی رجوع نماید] مگر از طریق محلل [یعنی مرد دیگری با این زن ازدواج کند و طلاق بدهد و او را برای شوهر سابقش حلال نماید. و در این مسأله تفاوتی ندارد که طلاق دهنده، مرد آزادی باشد بلکه این حکم جاری می‌شود] هر چند طلاق دهنده، عبد باشد زیرا ملاک اعتبار در تعداد طلاقتها [یعنی سه طلاق که موجب حرمت می‌شود] نزد فقهای شیعه به زوجه است [نه به زوج برخلاف فقهای اهل سنت که اعتبار را به مرد می‌دانند بنابراین بر اساس نظر فقهای شیعه چنانچه عبدی، زوجه آزاد داشته باشد و او را سه طلاق بدهد بر وی حرام می‌شود و اگر مرد آزادی، زوجه کنیزی داشته باشد و او را دوبار طلاق بدهد بر وی حرام می‌شود. و کنیزی که دو مرتبه طلاق داده شود و میان این دو طلاق، یک رجوع صورت گیرد بر شوهرش حرام می‌شود مگر اینکه محلل [یا کنیز ازدواج کند و او را طلاق بدهد تا بر شوهر سابقش حلال شود] هر چند طلاق دهنده، مرد آزاد باشد بخاطر آیه قرآن و روایت. [منظور از آیه قرآن، آیه ۲۲۹ سوره بقره است که می‌فرماید: فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ. در این آیه، کلمه «مطلق» شامل مرد آزاد و برده می‌شود.] اما زنی که نه مرتبه طلاق عدی داده شده باشد و منظور از نه مرتبه طلاق آن است که مرد، همسرش را براساس شرائط طلاق [مانند قرار داشتن زن در طهر غیرمواقع]، طلاق بدهد و سپس در زمان عده به وی رجوع کرده و با او نزدیکی کند و سپس او را در پاکیزگی دیگری طلاق داده و دوباره در زمان عده به وی رجوع کرده و با او نزدیکی نماید و سپس برای مرتبه سوم او را طلاق بدهد و بعد از عده، مرد دیگری با او ازدواج نماید و سپس او را بعد از نزدیکی طلاق بدهد و شوهر اول دوباره بعد از زمان عده با او ازدواج کند و همان کارهای قبلی را دوباره انجام دهد [یعنی زنش را طلاق بدهد و دوباره در زمان عده رجوع کرده و با وی نزدیکی نماید و سپس در زمان طهر دیگری او را طلاق بدهد و دوباره در زمان عده به وی رجوع کرده و نزدیکی کند و سپس برای مرتبه سوم و زمان طهر دیگری، او را طلاق بدهد.] تا اینکه طلاق‌ها به این نحو به نه مرتبه برسد [یعنی نه مرتبه طلاق بدهد و مراجعه کند و نزدیکی نماید] و بعد از طلاق سوم و طلاق ششم، دو مرد با زن ازدواج کرده باشند،

این زن بر شوهرش حرام ابدی می‌شود. و اینکه مصنف نام طلاق عدّی را به نه طلاق، اطلاق نمود از روی مجاز است زیرا طلاق سوم از هر سه طلاق، طلاق عدّی نیست بنابراین اطلاق نام طلاق عدّی بر نه طلاق یا بخاطر اطلاق نام اکثر بر اقل است یا بخاطر مجاورت می‌باشد [مرحوم شهیدثانی در اینجا ایرادی را به شهید اول وارد کرده و سپس خودش پاسخ می‌دهد. ایراد چنین است که شهید اول فرمود: «زنی که نه طلاق عدّی داده شده باشد، حرام ابدی می‌شود.» در حالیکه همانگونه که دیدیم طلاق سوم و ششم و نهم، طلاق عدّی نیست بلکه طلاق بائن می‌باشد. شهیدثانی در توجیه سخن شهید اول می‌گوید شاید ایشان نام اکثر را بر اقل اطلاق کرده است زیرا اکثر طلاقها یعنی شش طلاق از نه طلاق، عدّی است و یا اینکه چون طلاقهای بائن در مجاورت و کنار طلاقهای عدّی واقع شده است پس بر همه آنها نام طلاق عدّی را اطلاق کرده است بنابراین شهید اول به صورت مجازی همه طلاقها را طلاق عدّی نامیده است.] و از آنجا که روایات و فتوای فقها به صورت مطلق، نه طلاق عدّی را برای تحقق حرمت ابدی، معتبر می‌دانند [یعنی قید نکرده‌اند که همه طلاقها متوالی و پی‌درپی صورت گیرد] بنابراین نه طلاق، اعم از آن است که طلاقها به صورت متوالی یا متفرقه باشد. حال چنانچه در هر سه طلاق، یکی از طلاقها، عدّی باشد برای تحقق حرمت ابدی لازم است که نه طلاق با شرایطی که بیان شد، صورت گیرد اما آیا در عدّی بودن این طلاقها، طلاق سوم از هر سه طلاق عدّی [که ایجاد حرمت می‌کند و نیاز به محلل دارد لازم نیست که عدّی باشد و] بخشیده شده است؟ چون آنجا که دو طلاق عدّی پشت سرهم واقع می‌شد، طلاق سوم بخشیده می‌شد [یعنی در آنجا با اینکه طلاق سوم، طلاق باین بود و طلاق عدّی نبود ولی بازهم طلاق عدّی به حساب می‌آمد. اگر این احتمال را بپذیریم] وقوع شش طلاق عدّی [به صورت متفرقه، برای ایجاد حرمت ابدی] کفایت می‌کند. [در این صورت چنانچه طلاق اولی، طلاق عدّی باشد، طلاق شانزدهم موجب حرمت می‌شود و اگر طلاق دوم، طلاق عدّی باشد، طلاق هفدهم موجب حرمت می‌شود زیرا شش طلاق عدّی در ضمن این تعداد طلاق تحقق می‌یابد. احتمال دیگر آن است که وقوع شش طلاق کافی نباشد بلکه] باید حقیقتاً نه طلاق عدّی صورت گیرد؟ ممکن است احتمال اول صحیح باشد [یعنی طلاق سوم از هر سه طلاق

بخشیده شود و نیاز نباشد که طلاق عدّی باشد] زیرا در جایی که طلاق‌ها به صورت متوالی انجام می‌شد، شش طلاق عدّی کفایت می‌کرد [پس در اینجا هم کفایت می‌کند. دلیل دیگر] بخاطر آن است که لزوم عدّی بودن طلاق سوم، ثابت و محرز نشده است بلکه آنچه از روایات بدست می‌آید آن است که با شش طلاق عدّی، حرمت ابدی حاصل می‌شود بنابراین در صورت عدم توالی طلاق‌ها نیز همان حکم حرمت ابدی استصحاب می‌شود. [و نیز ممکن است] احتمال دوّم صحیح باشد [یعنی باید نه طلاق عدّی به صورت حقیقی، واقع شود] زیرا بخشیده شدن طلاق سوّم در مورد متوالی بودن طلاق‌ها به اثبات رسیده است و برخلاف اصل می‌باشد [زیرا اصل بر عدم بخشیده شدن طلاق سوم می‌باشد] بنابراین هرگاه طلاق‌ها به صورت متوالی انجام نشد، باید معنای حقیقی را در نظر گرفت [زیرا در مواردی که خلاف اصل می‌باشد باید به مورد یقین اکتفا کرد] مخصوصاً در مواردی که طلاق عدّی، فقط طلاق اوّل باشد [و طلاق دوّم، عدّی نباشد] زیرا علاقه‌های مجاز در طلاق سوّم وجود ندارد و این طلاق نه در مجاورت طلاق عدّی است و نه طلاق‌های عدّی بیشتر از طلاق‌های غیرعدّی است برخلاف موردی که طلاق دوّم، طلاق عدّی باشد زیرا علاقه مجاور بودن با طلاق عدّی در اینجا وجود دارد [خلاصه اینکه اگر طلاق اوّل، طلاق عدّی باشد پس طلاق سوم در مجاور آن نیست تا بتوان به صورت مجازی طلاق سوم را نیز که بائن است طلاق عدّی به حساب آورد اما اگر طلاق دوّم، طلاق عدّی باشد پس طلاق سوم در مجاورت آن می‌باشد و علاقه مجاورت سبب می‌شود که بتوان آن را مجازاً طلاق عدّی نامید. همچنین علاقه اکثریت نیز وجود ندارد یعنی طلاق‌های عدّی بیشتر از طلاق‌های غیرعدّی نیستند زیرا فقط طلاق اوّل یا فقط طلاق دوم از هر سه طلاق، طلاق عدّی است و دو طلاق آن غیرعدّی می‌باشد. شهیدثانی از میان این دو احتمال، احتمال دوم را تأیید نموده و می‌فرماید: احتمال دوم، قوی‌تر است [یعنی باید نه طلاق عدّی به معنای واقعی آن تحقق یابد] پس اگر طلاق عدّی، طلاق اوّلی باشد [یعنی طلاق اوّل از هر سه طلاق، طلاق عدّی باشد] حرمت ابدی با طلاق بیست و پنجم بوجود می‌آید و اگر طلاق عدّی طلاق دوم باشد، حرمت ابدی به طلاق بیست و ششم تعلق می‌گیرد. [خلاصه اینکه اگر مردی، همسر خود را با شرایط معتبر طلاق بدهد و سپس در زمان

عده رجوع کرده و با وی نزدیکی نماید و سپس در طهر دیگری او را طلاق بدهد و به وی رجوع نکند قاعده تمام شود و اگر با وی ازدواج کند و سپس برای مرتبه سوم او را طلاق بدهد و رجوع نکند قاعده تمام شود. در این صورت باید مرد دیگری با این زن ازدواج نموده و او را طلاق بدهد. حال اگر شوهر اول با این زن ازدواج کند و او را طلاق بدهد و در عده رجوع کند و نزدیکی نماید و دوباره او را طلاق بدهد و رجوع نکند تا عده تمام شود و بعد از انقضای عده با وی ازدواج کرده و نزدیکی نماید و برای بار سوم طلاقش بدهد و رجوع نکند قاعده تمام شود، در اینجا شش طلاق رخ داده است که دو تا از آنها عدی و چهارتا، بائن است. حال اگر شش طلاق عدی کفایت کند باید هجده طلاق رخ دهد تا شش طلاق عدی صورت گیرد زیرا در هر سه طلاق، یک طلاق عدی وجود دارد سپس باید شش مرتبه، سه طلاق صورت گیرد اما اگر نه طلاق عدی به معنای واقعی آن لازم باشد باید بیست و هفت طلاق صورت گیرد یعنی نه مرتبه، سه طلاق داده شود که هجده طلاق آن بائن و نه طلاق، عدی می شود. حالت اول در صورتی است که طلاق سوم را بخشیده شده بدانیم و به رغم بائن بودن، آن را عدی به حساب آوریم همانگونه که در حالت توالی طلاق ها این کار را می کردیم. متفرق بودن طلاق ها به این صورت نیز متصور است که مرد، همسر خود را طلاق بدهد و سپس در زمان عده به وی رجوع کرده و نزدیکی نماید که این طلاق، عدی می شود. حال اگر دوباره او را طلاق بدهد و در عده رجوع کند اما نزدیکی ننماید، طلاق دوم، طلاق غیرعدی می شود و اگر برای مرتبه سوم طلاق بدهد این طلاق، طلاق باین می شود و نیاز به محلل دارد. اگر شوهر بعد از طلاق محلل دوباره با زن ازدواج کند و همین ترتیب را ادامه دهد چنانچه بیست و چهار طلاق صورت گیرد، هشت طلاق آن عدی بوده و با طلاق بیست و پنجم، زن بر او حرام ابدی می شود و اگر طلاق دوم، عدی باشد، هشت طلاق عدی در بیست و پنج طلاق صورت می گیرد و طلاق بیست و ششم موجب حرمت ابدی می شود. صورت های دیگری هم می توان برای طلاق های متفرقه در نظر گرفت مانند اینکه از هر چهار طلاق یا از هر پنج طلاق، یک طلاق عدی باشد که در صورت اول، شش طلاق یا نه طلاق در بیست و چهار یا سی و شش طلاق محقق می شود و در صورت دوم، شش طلاق یا نه طلاق در سی یا چهل و پنج طلاق محقق می شود. قبلاً گفته شد که اختلاف در تعداد طلاق ها ناشی از آن

است که طلاق بائن را نیز مانند صورت توالی، طلاق عدی به حساب آوریم یا طلاق عدی به حساب نیاوریم که شهیدثانی احتمال دوم را ترجیح داد یعنی باید نه طلاق عدی در معنای واقعی آن رخ دهد منتها ایشان ایرادی را بر این احتمال وارد می‌کند و می‌فرماید: و در اینکه حرمت را متعلق به طلاق بیست و پنجم یا بیست و ششم بدانیم، اشکال دیگری مطرح می‌شود زیرا در این صورت، طلاق عدی [یعنی طلاقى که شوهر در زمان عدّه رجوع کرده و نزدیکی می‌کند] زمانی محقق می‌شود که شوهر پس از طلاق به همسر خود رجوع کرده و نزدیکی نماید پس اگر حرمت ابدی متوقف بر نه طلاق عدی باشد لازم می‌آید که زن بعد از نزدیکی و عدّه طلاق آخری [یعنی طلاق بیست و پنجم یا بیست و ششم]، حرام شود و نیازی به طلاق دیگری نباشد در حالیکه چنین چیزی بعید است [یعنی اگر حرمت به طلاق بیست و پنجم یا بیست و ششم تعلق بگیرد معنایش آن است حرمت ابدی بعد از رجوع و نزدیکی در عدّه طلاق بیست و پنجم یا عده طلاق بیست و ششم، حاصل می‌شود زیرا فرض بر آن است که حرمت به این دو طلاق تعلق می‌گیرد اما اگر حرمت ابدی نیاز به طلاق دیگری داشته باشد پس حرمت به طلاق بیست و پنجم یا بیست و ششم تعلق نخواهد گرفت و این خلاف فرض است. اما ایجاد حرمت بدون طلاق، بعید است زیرا وقتی مرد به همسرش رجوع کرده و با وی نزدیکی می‌کند، زوجه او می‌شود و جدا شدنش نیاز به طلاق دیگری دارد. همچنین اگر حرمت را متوقف بر طلاق دیگری بدانیم اشکال دیگری مطرح می‌شود بدین صورت که] اگر حرمت، متوقف بر طلاق دیگری بعد از طلاق بیست و پنجم یا بیست و ششم باشد و این طلاق هم طلاق سوم نباشد لازمه‌اش آن است که آنچه موجب حرمت نمی‌شود، ایجاد حرمت کند [زیرا آنچه موجب حرمت می‌شود یا طلاق سوم است که در اینجا طلاق بعد از طلاق بیست و پنجم یا بیست و ششم، طلاق سوم نیست و یا با نه مرتبه طلاق عدی است که این نه مرتبه قبلاً محقق شده است. همچنین لازمه‌اش آن است که] حکم به حرمت شود بدون اینکه طلاقى رخ داده باشد که متوقف بر تحلیل است [یعنی اگر طلاق دیگری لازم باشد، حرمت با طلاق دوم بوجود می‌آید در حالیکه باید با طلاق سوم بوجود آید یعنی طلاقى که متوقف بر تحلیل است یعنی باید محلی بیاید وزن را بر شوهرش حلال کند]. و هر دو لازمه، بعید

است [یعنی بعید است که آنچه حرام کننده نیست، موجب تحریم شود و نیز بدون طلاق سوم حکم به تحریم شود. با توجه به اشکالاتی که متوجه هر دو احتمال است بنابراین] در این مسأله، دلیل محکمی وجود ندارد که بتوان بر آن تکیه کرد بنابراین توجیهی وجود دارد که در اینجا که مخالف نص می باشد، توقف نمائیم [یعنی حالتی که طلاق ها به صورت متوالی صورت نمی گیرد، در روایات بیان نشده است و دلیل معتبری هم برای هر یک از این دو احتمال وجود ندارد بنابراین بهتر است که توقف نموده و از اظهار نظر خودداری کنیم.]

(الْعَاشِرَةُ: تَحْرُمُ الْمُلَاعَنَةُ أَبَدًا) وَ سَيَأْتِي الْكَلَامُ فِي تَحْقِيقِ حُكْمِهَا وَ شَرَائِطِهَا، وَ كَذَا تَحْرُمُ الصَّمَاءُ وَ الْخَرَسَاءُ إِذَا قَذَفَهَا زَوْجُهَا بِمَا يُوجِبُ اللَّعَانَ (لَوْ لَا الْآفَةُ، بِأَنَّ يَزِمُهَا بِالزَّنَى) مَعَ دَعْوَى الْمُشَاهَدَةِ وَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ، فَلَوْ لَمْ يَدَّعِ الْمُشَاهِدَةُ حَدًّا وَلَمْ تَحْرُمْ، وَ لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ بِمَا قَذَفَهَا بِهِ سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُ وَ التَّحْرِيمُ كَمَا يَسْقُطُ اللَّعَانُ، لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ مُقْتَضَى حُكْمِ الْقَذْفِ فِي إِبْجَابِ اللَّعَانِ، وَ عَدَمِهِ، وَ لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ، بَلْ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا إِنْ ثَبَتَ الْقَذْفُ عِنْدَ الْحَاكِمِ، وَ إِلَّا حُرِّمَتْ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَ بَقِيَ الْحَدُّ فِي ذِمَّتِهِ عَلَى مَا دَلَّتْ عَلَيْهِ رِوَايَةُ أَبِي بَصِيرٍ الَّتِي هِيَ الْأَصْلُ فِي الْحُكْمِ، وَ إِنْ كَانَ الْمُسْتَشَدُّ الْآنَ الْأَجْمَاعُ عَلَيْهِ كَمَا ادَّعَاهُ الشَّيْخُ رحمته الله، وَ دَلَّتِ الرِّوَايَةُ أَيْضًا عَلَى اعْتِبَارِ الصَّمَمِ وَ الْخَرَسِ مَعًا.

فَلَوْ اتَّصَفَتْ بِأَحَدِهِمَا خَاصَّةً، فَمُقْتَضَى الرِّوَايَةِ وَ دَلِيلِ الْأَصْلِ عَدَمُ التَّحْرِيمِ. وَلَكِنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ عَطَفُوا أَحَدَ الْوَصْفَيْنِ عَلَى الْآخَرِ بِأَوِّ الْمُقْتَضَى لِلْإِكْتِفَاءِ بِأَحَدِهِمَا، وَ الْمُصَنَّفُ عَطَفَ بِالْوَاوِ، وَ هُوَ يَدُلُّ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَلَكِنْ وَرَدَ الْخَرَسُ وَحْدَهُ فِي رِوَايَتَيْنِ فَالْإِكْتِفَاءُ بِهِ وَحْدَهُ حَسَنٌ أَمَّا الصَّمَمُ وَحْدَهُ فَلَا نَصَّ عَلَيْهِ بِخُصُوصِهِ يُعْتَدُّ بِهِ. وَ فِي التَّحْرِيمِ اسْتَشْكَلَ حُكْمَ الصَّمَمِ خَاصَّةً، بَعْدَ أَنْ اسْتَفْرَبَ التَّحْرِيمَ.

وَ لَوْ نَفَى وَلَدَهَا عَلَى وَجْهِ يَثْبُتُ اللَّعَانُ بِهِ، لَوْ كَانَتْ غَيْرَ مُؤَقَّةٍ فَقِي ثُبُوتُ اللَّعَانِ، أَوْ تَحْرِيمِهَا بِهِ كَالْقَذْفِ وَجْهَانِ: مِنْ مُسَاوَاتِهِ لِلْقَذْفِ فِي التَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ بِاللَّعَانِ فَيُسَاوِيهِ فِي الْمَعْلُولِ الْآخَرِ. وَ دَعْوَى الشَّيْخِ فِي الْخِلَافِ الْأَجْمَاعُ عَلَى أَنَّهُ لَا لِعَانَ لِلصَّمَمِ وَ الْخَرَسَاءِ. وَ مِنْ عُمُومِ الْآيَةِ الْمُتَبَاوُلِ لِكُلِّ «زَوْجَةٍ» خَرَجَ مِنْهُ قَذْفُهَامَا بِالنِّصِّ أَوْ الْأَجْمَاعِ، فَيَقْبَلُ الْبَاقِي دَاخِلًا فِي عُمُومِ الْحُكْمِ بِاللَّعَانِ وَ تَوَقُّفِ التَّحْرِيمِ عَلَيْهِ. وَ لَا يَلْزَمُ مِنْ مُسَاوَاةِ النَّفْيِ

الْقَذْفَ فِي حُكْمٍ مُسَاوَاتِهِ فِي غَيْرِهِ، لِأَنَّ الْأَسْبَابَ مُتَوَقِّفَةً عَلَى النَّصِّ، وَالْإِجْمَاعُ إِنَّمَا يُقْلَعُ عَلَى عَدَمِ لِعَانِهِمَا مَعَ الْقَذْفِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ هُنَا مَعَ الْقَذْفِ بَيْنَ دُخُولِهِ بِهِمَا، وَعَدَمِهِ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ. وَأَمَّا نَفْيُ الْوَلَدِ فَاشْتِرَاطُهُ حَسَنٌ، وَامْتِنَ حُرْمَتِ قَبْلِ الدُّخُولِ، فَإِلَّا جَوْدُ ثُبُوتِ جَمِيعِ الْمَهْرِ لِثُبُوتِهِ بِالْعَقْدِ فَيَسْتَضَحِبُ، وَتَنْصِبُهُ فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ لَا يُوجِبُ التَّعَدِّيَّ، وَالْحَقُّ الصَّدُوقُ فِي الْفَقِيهِ بِذَلِكَ قَدْفَ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا الْأَصَمَّ، فَحَكَمَ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ مُؤَبَّدًا، حَمَلًا عَلَى قَدْفِهِ لَهَا وَهُوَ مَعَ غَرَابَتِهِ قِيَاسٌ لَا نَقُولُ بِهِ.

مسأله دهم - لعان زن موجب حرمت ابدی وی می شود و سخن در مورد حکم لعان و شرایط آن بعداً می آید. همچنین اگر شوهری به همسر کرولال خود نسبت زنا بدهد که اگر این زن کرولال نبود موجب لعان می شد، این زن بر شوهرش حرام می شود بدین صورت که نسبت زنا به وی داده و ادعای دیدن صحنه زنا را بنماید و دلیلی برای ادعای خود نداشته باشد [نسبت دادن زنا به زن کرولال، گناه بزرگی است که صرف نسبت دادن موجب حرمت شده و احکام لعان بر آن باز می شود بنابراین نسبت دادن زنا با ادعای مشاهده و فقدان دلیل موجب لعان نیست اما موجب حرمت می شود در حالیکه اگر این ادعا را نسبت به زن سالم مطرح می کرد باید لعان را جاری می ساخت.] اما اگر شوهر، ادعای دیدن زنا را نکند، حدّ بر او جاری می شود بدون اینکه زن بر شوهرش حرام شود و اگر در مورد نسبتی که به همسرش می دهد دلیل بیاورد، حدّ از او ساقط می گردد و زن نیز بر شوهرش حرام نمی شود همانگونه که لعان موجب سقوط می شود [یعنی اگر مرد، همسر سالم خود را قذف کند و دلیل بیاورد، زن بر او حرام نمی شود و لعان ساقط می گردد.] زیرا ساقط شدن حدّ و حرمت زن و لعان، مقتضای حکم قذف در ایجاب و عدم ایجاب لعان است [یعنی قذف در زنی که کرولال نیست موجب لعان می شود و در زنی که کرولال می باشد، موجب لعان نمی شود.] و حرمت زن بر شوهرش، حدّ را ساقط نمی کند [یعنی حدّ بر شوهری که همسر کرولال خود را قذف کرده است، جاری می شود] بلکه میان حرمت زوجه و اجرای حدّ، جمع می شود، اگر قذف نزد حاکم به اثبات برسد و اگر به اثبات نرسد زوجه کرولال در واقع بر شوهرش حرام می شود اما حدّ بر ذمه او باقی می ماند با توجه به روایت ابوبصیر که دلیل اصلی برای

این حکم می باشد هر چند در حال حاضر مستند حکم، اجماع بر آن است که همانگونه که شیخ طوسی چنین اجماعی را ادعا کرده است و روایت نیز، شرط ناشنایی و لال بودن را باهم بیان کرده است [در روایت ابوبصیر آمده است که از امام صادق(ع) در خصوص مردی سؤال شد که زوجه خود را قذف نموده است در حالی که آن زن، لال کر بوده و چیزی نمی شنود. امام فرمود: «اگر زن بینه ای داشته باشد که نزد امام شهادت بدهد پس حدّ بر او جاری می کند و میان آنها جدایی صورت می گیرد و زن بر وی حرام ابدی می شود و اگر شاهی نداشته باشد، زن بر وی حرام می شود.» در این روایت اصلاً حرف عطفی میان کلمه «خرساء» و کلمه «صماء» وجود ندارد تا گفته شود که یکی از آن دو صفت موردنظر است یا هر دو صفت موردنظر باشد اما برخی از فقها، هر دو صفت را لازم می دانند و این در صورتی است که لال بودن و ناشنوا بودن با حرف «واو» به یکدیگر عطف شده باشند و برخی از فقها یک صفت را کافی می دانند و این در صورتی که است که با حرف «أو» به یکدیگر عطف شده باشند. اما در روایت اصلاً حرف عطفی وجود ندارد و شهیدثانی از این نحوه بیان که می فرماید: «وهی خرساء صماء» چنین استنباط کرده است که هر دو صفت لازم می باشد [پس اگر زن فقط یکی از این دو صفت را داشته باشد بموجب روایت و اصل [یعنی استصحاب عدم حرمت]، حرمت بوجود نمی آید [یعنی اگر مردی به زن لال یا کر خود، نسبت زنا بدهد زن بر وی حرام می شود] اما بیشتر فقها، صفت لال بودن و کر بودن را با حرف «أو» [به معنای «یا»] بر یکدیگر عطف کرده اند که اقتضاء می کند وجود یکی از این دو صفت در زن کافی باشد اما شهید اول آنها را با حرف «واو» به یکدیگر عطف کرده است [وی فرمود: «وکذا تحرم الصماء و الخرساء» که اقتضا می کند هر دو صفت در زن وجود داشته باشد اما شهیدثانی می فرماید که از این عبارت نیز می توان استنباط کرد که یکی از دو صفت، کافی است زیرا اساساً عطف دو چیز بر یکدیگر ظهور در مغایرت آنها دارد و گرنه به هم عطف نمی شدند بنابراین] این عبارت دلالت بر آن دارد که یکی از دو صفت، کفایت می کند اما هر دو روایت فقط واژه «لال» بیان شده است بنابراین پسندیده است که فقط به لال بودن زن اکتفاء شود اما در مورد ناشنایی به تنهایی، دلیل خاصی وجود ندارد که بتوان به آن اعتماد کرد، و علامه در کتاب تحریر به حکم

زن ناشنوا به تنهایی ایراد کرده است بعد از آنکه احتمال حرمت را نزدیک به واقع می‌داند. و اگر مرد، فرزند زن را نفی کند بگونه‌ای که اگر آن زن، سالم می‌بود باید لعان اجرا می‌شد [مثلاً مرد بگوید که نطفه این بچه از راه زنا منعقد شده است] در مورد اینکه آیا در اینجا هم لعان جاری می‌شود یا با نفی کودک، زن بر شوهرش حرام می‌گردد مانند حالتی که به وی نسبت زنا بدهد، دو احتمال وجود دارد؛ [یک احتمال آن است که مانند نسبت زنا دادن، زن با نفی ولد بر شوهرش حرام می‌شود زیرا] نفی ولد با قذف، یکسان هستند و با لعان، حرمت ابدی بوجود می‌آورند [یعنی در مورد زن سالم، قذف و نفی ولد یکسان هستند و به سبب لعان موجب حرمت ابدی می‌شوند] بنابراین در معلول دیگر نیز مساوی هستند [یعنی در مورد زن ناشنوا و لال نیز مساوی هستند و همانگونه که قذف چنین زنی موجب لعان نمی‌شود پس نفی ولد هم موجب لعان نمی‌شود]. همچنین مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف ادّعی اجماع کرده است که در مورد زن ناشنوا و لال، لعان جاری نمی‌شود. [احتمال دیگر آن است که لعان واجب شود زیرا] آیه قرآن عام است و شامل هر زوجه‌ای می‌شود [اعم از اینکه سالم باشد یا کرولال باشد] اما قذف زن کرولال با روایت یا اجماع از عموم آیه خارج شده است بنابراین نفی ولد تحت عموم آیه که حکم به لعان کرده است باقی می‌ماند. [آیه قرآن می‌فرماید: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمَنِ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِمْ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَ يَذْرَأُهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمَنِ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ. این آیه که لعان را بیان می‌کند عام است و شامل همه زنان می‌شود اما دلیل خاص وجود دارد که قذف زن کرولال نیازی به لعان ندارد بنابراین نفی ولد که دلیلی برای خروج آن وجود ندارد جهت عموم آیه باقی می‌ماند و حرمت وی بدون لعان محقق نمی‌شود. دلیل دیگر برای وجوب لعان آن است که] حرمت زن متوقف بر لعان می‌باشد. [حال ممکن است ایراد شود که نفی ولد مساوی با قذف است و وقتی باهم مساوی شدند باید در همه احکام، یکسان و مساوی باشند از جمله اینکه زن لال و کرولال بدون لعان، حرام شود. شهیدثانی به این ایراد چنین پاسخ می‌دهد:] و لازمة مساوی بودن نفی ولد با قذف در یک حکم، آن نیست که در بقیه احکام نیز باهم مساوی

باشند زیرا اسباب، متوقف بر نص هستند [یعنی سبب حرمت هر چیزی نیاز به دلیل دارد حال آنکه در مورد تحقق حرمت با نفی ولد و بدون لعان، دلیل وجود ندارد] و اجماع فقط برای عدم لعان زن ناشنوا و لال در صورت قذف، نقل شده است همانگونه که مرحوم شیخ طوسی اجماع بر عدم لعان زن ناشنوا و لال را در صورت قذف، صراحتاً بیان کرده است بنابراین بقیه احکام [یعنی عدم لعان در صورت نفی ولد] به آن ملحق نمی شود. [خلاصه اینکه قذف و نفی ولد در یک حکم باهم مساوی هستند و آن، حرمت ابدی با لعان است اما در بقیه احکام از جمله ایجاد حرمت ابدی بدون لعان باهم مساوی نیستند.] و ظاهر آن است که در اینجا چنانچه قذف صورت گیرد تفاوتی ندارد که مرد با زن لال و ناشنوا نزدیکی کرده باشد یا نزدیکی نکرده باشد زیرا اطلاق روایت شامل هر دو صورت می شود اما در صورت نفی ولد [یعنی در صورتی که شوهر، فرزند را از خودش نفی می کند] شرط کردن نزدیکی برای بوجود آمدن حرمت، بهتر است و هرگاه زن قبل از نزدیکی، حرام شود بهتر است گفته شود تمام مهریه به وی تعلق می گیرد زیرا مهریه با عقد نکاح ثابت شده و استصحاب می شود و اینکه مهریه در پاره ای موارد نصف می شود [مانند موردی که مرد، همسر خود را قبل از نزدیکی طلاق می دهد] سبب نمی شود که به سایر موارد نیز تسری پیدا کند [بلکه در اینجا چنانچه شک کنیم که تمام مهریه پرداخت می شود یا نصف آن، تمام مهریه را استصحاب می کنیم زیرا تمام مهریه با عقد نکاح ثابت شده است]. مرحوم صدوق در کتاب فقیه، قذف زوج لال توسط زوجه را مانند قذف زوجه لال توسط زوج دانسته و حکم به حرمت ابدی زن بر شوهرش نموده است یعنی قذف زوج توسط زوجه را حمل بر قذف زوجه توسط زوج نموده است اما این الحاق کردن علاوه بر اینکه عجیب و غریب می باشد، نوعی قیاس است که ما آن را قبول نداریم. [البته دلیل مرحوم صدوق، قیاس نیست بلکه روایتی از امام صادق (ع) است که در مورد قذف زوج لال توسط زوجه فرمود: «میان زن و مرد جدایی واقع می شود و زن بروی حرام ابدی می شود.» بنابراین نمی توان به وی ایراد گرفت که قیاس کرده است.]

(الْحَادِيَةِ عَشَرَ: تَحْرُمُ الْكَافِرَةُ غَيْرُ الْكِتَابِيَّةِ وَ هِيَ الْيَهُودِيَّةُ، وَ النَّصْرَانِيَّةُ وَ الْمُجُوسِيَّةُ عَلَى الْمُسْلِمِ إِجْمَاعًا، وَ تَحْرُمُ الْكِتَابِيَّةُ عَلَيْهِ دَوَّامًا لَا مُنْعَةَ وَ مِلْكَ يَمِينٍ)

عَلَى أَشْهَرِ الْأَقْوَالِ. وَالْقَوْلُ الْآخَرُ الْجَوَازُ مُطْلَقًا. وَالثَّالِثُ الْمَنْعُ مُطْلَقًا. وَإِنَّمَا جَعَلْنَا الْمَجْبُوسِيَّةَ مِنْ أُنْسَامِ الْكِتَابِيَّةِ مَعَ أَنَّهَا مُغَايِرَةٌ لَهَا وَإِنْ أُلْحِقَتْ بِهَا فِي الْحُكْمِ لِدَعْوَاهُ الْإِجْمَاعُ عَلَى تَحْرِيمِ نِكَاحِ مَنْ عَدَاهَا مَعَ وَقُوعِ الْخِلَافِ فِي الْمَجْبُوسِيَّةِ، فَلَوْ لَا تَغْلِيْبُهُ الْأَسْمُ عَلَيْهَا لَدَخَلَتْ فِي الْمُجْمَعِ عَلَى تَحْرِيمِهِ.

وَوَجْهٌ إِطْلَاقُهُ عَلَيْهَا أَنَّ لَهَا شُبْهَةَ كِتَابٍ صَحَّ بِسَبَبِهِ التَّجَوُّزُ، وَالْمَشْهُورُ بَيْنَ الْمُتَأَخِّرِينَ أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُهَا فَنَاسَبَ الْإِطْلَاقُ. وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ نِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ ابْتِدَاءً لَا اسْتِدَامَةً، لِمَا سَيَأْتِي مِنْ أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْكِتَابِيَّةِ فَالنِّكَاحُ بِخَالِهِ.

(وَلَوْ ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ) عَنِ الْإِسْلَامِ (قَبْلَ الدُّخُولِ بِطَلِّ النِّكَاحِ) سَوَاءً كَانَ الْارْتِدَادُ فِطْرِيًّا أَمْ مِلِّيًّا، (وَيَجِبُ) عَلَى الزَّوْجِ (نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ الْارْتِدَادُ مِنَ الزَّوْجِ)، لِأَنَّ الْفُسْخَ جَاءَ مِنْ جِهَتِهِ فَأَشْبَهَ الطَّلَاقَ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ التَّسْمِيَةُ صَحِيحَةً فَنِصْفُ الْمُسْمَى، وَإِلَّا فَنِصْفُ مَهْرِ الْمَثَلِ وَقِيلَ: يَجِبُ جَمِيعُ الْمَهْرِ، لِوُجُوبِهِ بِالْعَقْدِ، وَلَمْ يَنْبُثْ تَشْطِيرُهُ إِلَّا بِالطَّلَاقِ. وَهُوَ أَقْوَى (وَلَوْ كَانَ) الْارْتِدَادُ (مِنْهَا فَلَا مَهْرَ) لَهَا، لِأَنَّ الْفُسْخَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ (وَلَوْ كَانَ) الْارْتِدَادُ (بَعْدَهُ) أَيَّ: بَعْدَ الدُّخُولِ (وَقَفَ) انْفِسَاخُ النِّكَاحِ (عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ) إِنْ كَانَ الْارْتِدَادُ مِنَ الزَّوْجَةِ مُطْلَقًا، أَوْ مِنَ الزَّوْجِ عَنْ غَيْرِ فِطْرَةٍ فَإِنْ رَجَعَ الْمُرْتَدُّ قَبْلَ انْقِضَائِهَا ثَبَتَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا انْفَسَخَ.

(وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الْمَهْرِ)، لِاسْتِقْرَارِهِ بِالدُّخُولِ.

(وَلَوْ كَانَ) ارْتِدَادُهُ (عَنْ فِطْرَةٍ بَانَتْ) الزَّوْجَةُ (فِي الْحَالِ) إِذْ لَا تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ بَلْ يُقْتَلُ وَتَخْرُجُ عَنْهُ أَمْوَالُهُ بِنَفْسِ الْارْتِدَادِ، وَتَبَيَّنَ مِنْهُ زَوْجَتُهُ وَتَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ.

(وَلَوْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْكِتَابِيَّةِ) دُونَهَا (فَالنِّكَاحُ بِخَالِهِ) قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، دَائِمًا وَ مُنْقَطِعًا، كِتَابِيًّا كَانَ الزَّوْجُ أَمْ وَتَيْبًا، جَوَزْنَا نِكَاحَهَا لِلْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً أَمْ لَا (وَلَوْ أَسْلَمَتْ دُونَهُ) بَعْدَ الدُّخُولِ (وَقَفَ) الْفُسْخُ (عَلَى) انْقِضَاءِ (الْعِدَّةِ) وَهِيَ عِدَّةُ الطَّلَاقِ مِنْ حِينَ إِسْلَامِهَا فَإِنْ انْقَضَتْ وَلَمْ يُسْلَمْ تَبَيَّنَ أَنَّهَا بَانَتْ مِنْهُ حِينَ إِسْلَامِهَا وَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَائِهَا تَبَيَّنَ بَقَاءُ النِّكَاحِ. هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

وَلِلشَّيْخِ رحمته الله قَوْلٌ بِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْفَسَخُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ ذِمِّيًّا لَكِنْ لَا يُمْكِنُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا لَيْلًا، وَلَا مِنَ الْخُلُوةِ بِهَا، وَلَا مِنْ إِخْرَاجِهَا إِلَى دَارِ الْحَرْبِ مَا دَامَ قَائِمًا بِسَرَائِطِ الذِّمَّةِ، اسْتِنَادًا إِلَى رَوَايَاتٍ ضَعِيفَةٍ مُرْسَلَةٍ أَوْ مُعَارَضَةٍ بِمَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا.

(وَإِنْ كَانَ) الْإِسْلَامُ (قَبْلَ الدُّخُولِ وَاسْلَمَتِ الزَّوْجَةُ بَطْلًا) الْعَقْدُ وَلَا مَهْرَ لَهَا، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِهَا، وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ بَقِيَ النِّكَاحُ كَمَا مَرَّ، وَلَوْ أَسْلَمَا مَعًا ثَبَتَ النِّكَاحُ، لَا تَنْفَاءً الْمُقْتَضَى لِلْفَسْخِ.

مسأله یازدهم - زن کافر غیر کتابی به اجماع فقها بر مرد مسلمان حرام است و منظور از کتابی، کافر نصرانی و یهودی و زرتشتی است. [اعم از اینکه در هنگام عقد، کافر باشد یا پس از عقد نکاح، کافر شود] و نیز زن کافر کتابی بر مرد مسلمان حرام است که با وی ازدواج دائم نماید اما براساس نظریه مشهور فقها، ازدواج موقت و تملک وی اشکالی ندارد و نظریه دیگر آن است که ازدواج مرد مسلمان با زن کافر کتابی مطلقاً جایز است [اعم از اینکه عقد دائمی یا موقت باشد] و نظریه سومی، این عقد را مطلقاً جایز نمی‌داند [اعم از اینکه عقد دائمی یا موقت یا ملک یمین باشد] و ما کافر زرتشتی را جزء کفار کتابی قرار دادیم در حالیکه زرتشتی با کافر کتابی تفاوت دارد و فقط در حکم مانند کافر کتابی است [یعنی زرتشتی در حکم حرمت مانند کافر کتابی است که ازدواج دائمی مرد مسلمان با وی حرام و ازدواج موقت، جایز است و یکسان بودن حکم آنها بخاطر دلیل خاصی است که وجود دارد]. زیرا مصنف ادعای اجماع کرده است که نکاح مرد مسلمان با غیر از زن یهودی و نصرانی و مجوسی، حرام است در حالیکه در مورد زن زرتشتی اختلاف نظر وجود دارد پس اگر نبود که مصنف نام «کافر کتابی» را بر زن مجوسی نیز اطلاق کرده است باید داخل در زنانی می‌شد که اجماع بر حرمت ازدواج با آنها وجود دارد [یعنی داخل کافر غیر کتابی می‌شد] و علت اینکه مصنف نام کافر کتابی را بر زن مجوسی اطلاق کرده، آن است که شبهه بودن کتاب برای ایشان وجود دارد [یعنی احتمال می‌رود که مجوسیان نیز دارای کتاب آسمانی باشند و این احتمال موجب می‌شود که] اطلاق نام «کتابی» بر زرتشتیان به صورت مجازی جایز باشد و مشهور میان فقهای جدید آن است که حکم زن زرتشتی همان حکم کافر کتابی است بنابراین اطلاق عبارت شهید اول، مناسب و نیکوست. حرمت نکاح مرد مسلمان با زن کافر کتابی در صورتی است که نکاح به صورت ابتدایی انجام شود اما ادامه نکاح اشکالی ندارد [یعنی در ابتدا مرد مسلمان نمی‌تواند با زن کافر کتابی ازدواج کند اما اگر مرد بعد از ازدواج مسلمان شود، عقد ازدواج قبلی باطل نمی‌شود] زیرا در آینده

خواهیم دید که اگر شوهر زن کافر کتابی، مسلمان شود، نکاح به حال خود باقی می ماند. [در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کافر کتابی، اختلاف نظر وجود دارد؛ عده ای مانند سید مرتضی، مطلقاً آن را ممنوع می دانند و استناد ایشان به آیه قرآن است که می فرماید: «ولاتنکحوا المشركات حتى تؤمن» و لامة مؤمنة خير من مشركة» و آیه قرآن که می فرماید: «ولاتمسکوا بعصم الکوافر» زیرا زوجیت هم نوعی عصمت است. کسانی که نکاح با زنان اهل کتاب را مطلقاً جایز می دانند نیز استنادشان به آیه قرآن است که می فرماید: «والمحصنات من الذین أوتوا الکتاب من قبلکم» یعنی برای شما حلال هستند و روایاتی هم در تأیید نظر هر دو گروه وجود دارد. گروه نخست، آیه اخیر را بوسیله آیات قبلی منسوخ می دانند و امام باقر(ع) نیز نسخ آن را تأیید کرده است گروه سوم که نکاح موقت را جایز می دانند میان این آیات جمع کرده اند و منع را حمل بر نکاح دائم و جواز را حمل بر نکاح موقت نموده اند مخصوصاً که در آیه ای که نکاح را جایز می داند، آمده است: «إذا أتیتموهن أجورهن» زیرا به مهریه متعه، اجرت گفته می شود و برخی روایات هم چنین تفصیلی داده اند. آنچه گفته شد در مورد کافر یهودی و نصرانی است اما ظاهر آن است که کافر زرتشتی مشمول کفار اهل کتاب قرار نمی گیرند زیرا در روایات به این موضوع اشاره شده است و روایات هم درباره زرتشتیان متفاوت است بگونه ای که برخی از آنها نکاح موقت با زن زرتشتی را جایز می دانند و برخی ممنوع می دانند، علت اینکه کافر کتابی محصور در یهود و نصاری شده آن است که بر پیامبران دیگر مانند شیث و ادريس و ابراهيم، عین کتابهای آسمانی نازل نشده است بلکه کتابهایی مانند زبور، معانی وحی در آنها بیان شده است و شامل احکام و شریعت نیست بلکه پند و اندرز را بیان کرده اند.] و اگر یکی از زوجین قبل از نزدیکی، از اسلام برگردد نکاح باطل می شود اعم از اینکه ارتداد، فطری یا ملی باشد [یعنی بلافاصله و بدون نیاز به سپری شدن عده، عقد نکاح باطل می شود و این حکم مورد قبول همه فقهاست] و اگر زوج، مرتد شده باشد باید نصف مهریه را بپردازد زیرا فسخ نکاح از سوی او صورت گرفته است بنابراین شبیه طلاق می باشد [یعنی مانند طلاق است که قبل از نزدیکی رخ می دهد] و اما اگر مهریه ای که تعیین شده است صحیح باشد باید نصف مهریه تعیین شده پرداخت گردد و اگر صحیح نباشد [مثلاً خمر یا خوک بعنوان مهریه تعیین

شده باشد] باید نصف مهرالمثل پرداخت گردد و یک دیدگاه نیز آن است که باید تمام مهریه پرداخت شود زیرا عقد نکاح، تمام مهریه را بر زوج واجب می‌کند و نصف شدن مهریه فقط در طلاق [قبل از دخول] ثابت شده است و این نظریه، قوی‌تر است و اگر زن، مرتد شده باشد مهریه‌ای به او تعلق نمی‌گیرد زیرا فسخ نکاح قبل از دخول، از سوی زن صورت گرفته است [قاعده کلی آن است که هرگاه فسخ نکاح قبل از نزدیکی از سوی زن صورت گرفته باشد، مهریه‌ای به او تعلق نمی‌گیرد مگر در موردی که عین بودن مرد، علت نسخ نکاح از سوی زوجه باشد که در این صورت استثنائاً نصف مهریه پرداخت می‌شود.] و اگر ارتداد بعد از نزدیکی صورت گیرد، فسخ شدن نکاح متوقف بر منقضی شدن عده است مشروط بر اینکه ارتداد از سوی زوجه باشد مطلقاً [یعنی اعم از اینکه ارتداد فطری یا ملی باشد و این عده مانند عده طلاق است] و یا ارتداد ملی از سوی شوهر باشد [اما اگر زوج، مرتد فطری شود نیازی نیست که تا پایان مدت عده صبر شود] سپس اگر مرتد ملی قبل از انقضای مدت عده، به اسلام برگردد، نکاح باقی می‌ماند و اگر برنگردد، نکاح منفسخ می‌شود و چیزی از مهریه کم نمی‌شود زیرا تمام مهریه با نزدیکی و دخول بر ذمه مرد استقرار می‌یابد و اگر ارتداد زوج، فطری باشد بلافاصله زوجه از وی جدا می‌شود زیرا توبه مرتد فطری پذیرفته نمی‌شود [یعنی ظاهراً توبه وی پذیرفته نمی‌شود اما در واقع ممکن است پذیرفته شود] بلکه مرتد فطری کشته می‌شود و به محض ارتداد، اموال وی از مالکیت او خارج می‌شود و همسرش از او جدا می‌شود و عده وفات نگه می‌دارد و اگر همسر زن کافر کتابی مسلمان شود و زن مسلمان نشود، نکاح به حال خود باقی می‌ماند اعم از اینکه قبل از نزدیکی یا بعد از نزدیکی باشد و اعم از اینکه نکاح دائم یا موقت باشد و اعم از اینکه شوهر، کافر کتابی بوده باشد یا بت‌پرست باشد و اعم از اینکه نکاح ابتدائی مرد مسلمان با زن کافر کتابی را جایز بدانیم یا جایز ندانیم و اگر زن کافر بعد از نزدیکی، مسلمان شود و زوج مسلمان نشود فسخ نکاح متوقف بر منقضی شدن عده است یعنی عده طلاق که از زمان مسلمان شدن زن آغاز می‌شود پس اگر عده تمام شد و مرد مسلمان نشد، معلوم می‌شود که زوجه از زمان مسلمان شدن زن از او جدا شده است و اگر مرد قبل از تمام شدن عده مسلمان شد معلوم می‌شود که نکاح به حال خود باقی است. آنچه گفته شد

نظر مشهور میان فقهاست و فقط هم مطابق آن است اما مرحوم شیخ طوسی [در کتاب نهاییه و تهذیب] نظریه‌ای دارد که می‌گوید چنانچه زوج، کافر ذمی باشد عقد نکاح با منقضی شدن عده، فسخ نمی‌شود اما حق ندارد شبها با آن زن نزدیکی کند و با وی خلوت نماید و زن را به دارالحرب ببرد تا وقتی که پای بند به شرائط ذمه باشد و استناد وی به چند روایت ضعیف و مرسل می‌باشد و یا [روایت‌هایی که] با دلایل قوی‌تر از آنها در تعارض است [مانند آیه قرآن که می‌فرماید: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»] و اگر زوجه قبل از نزدیکی مسلمان شود، عقد باطل شده و مهریه‌ای به وی تعلق نمی‌گیرد زیرا زوجه سبب جدایی شده است [در این حالت، عده‌ای وجود ندارد و مرد کافر نیز نمی‌تواند همسر زن مسلمان باشد بنابراین بلافاصله از او جدا می‌شود] و اگر زوج مسلمان شود نکاح به حال خود باقی می‌ماند همانگونه که [در مسلمان شدن شوهر زن کافر کتابی] بیان شد و اگر هر دو باهم مسلمان شوند عقد نکاح به حال خود باقی می‌ماند زیرا علتی برای فسخ نکاح وجود ندارد.

(الثَّانِيَّةُ عَشْرَ: لَوْ أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الْوَثْنَيْنِ) الْمُنْسُوبَيْنِ إِلَى عِبَادَةِ الْوَثْنِ وَهُوَ الصَّمَمُ، وَكَذَا مَنْ يَحْكُمُهُمَا مِنَ الْكُفَّارِ غَيْرِ الْفَرْقِ الثَّلَاثَةِ وَكَانَ الْإِسْلَامُ (قَبْلَ الدُّخُولِ بَطْلًا) النَّكَاحُ مُطْلَقًا، لِأَنَّ الْمُسْلِمَ إِنْ كَانَ هُوَ الزَّوْجَ اسْتَحَالَ بَقَاؤُهُ عَلَى نِكَاحِ الْكَافِرَةِ غَيْرِ الْكِتَابِيَّةِ، لِتَحَرُّبِهِ ائْتِدَاءً وَاسْتِدَامَةً، وَإِنْ كَانَ هِيَ الزَّوْجَةَ فَاطْهَرُ. (وَيَجِبُ النِّصْفُ) أَيُ: نِصْفُ الْمَهْرِ (بِإِسْلَامِ الزَّوْجِ) وَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فَالْجَمِيعُ، وَ يَسْقُطُ بِإِسْلَامِهَا لِمَا ذَكَرَ، (وَ بَعْدَهُ) أَيُ: بَعْدَ الدُّخُولِ (يَقِفُ) الْفَسْخُ (عَلَى) انْقِضَاءِ (الْعِدَّةِ) فَإِنْ انْقَضَتْ وَلَمْ يُسَلِّمْ الْآخَرُ تَبَيَّنَ انْفِسَاخُهُ مِنْ حِينَ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ أَسْلَمَ فِيهَا اسْتَمَرَ النَّكَاحُ وَ عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَةُ الْعِدَّةِ مَعَ الدُّخُولِ إِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُسْلِمَةَ، وَ كَذَا فِي السَّابِقِ، وَ لَوْ كَانَ الْمُسْلِمُ هُوَ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَنْ زَمَنِ الْكُفْرِ مُطْلَقًا، لِأَنَّ الْمَنَاعَ مِنْهَا، مَعَ قُدْرَتِهَا عَلَى زَوَالِهِ.

(وَلَوْ أَسْلَمَا مَعًا فَالنِّكَاحُ بِحَالِهِ)، لِعَدَمِ الْمُقْتَضِي لِلْفَسْخِ. وَ الْمُعْتَبَرُ فِي تَرْتُّبِ الْإِسْلَامِ وَ مَعْيَتِهِ بِآخِرِ كَلِمَةِ الْإِسْلَامِ لَا بِأَوَّلِهَا، وَ لَوْ كَانَا صَغِيرَيْنِ قَدْ أَنْكَحَهُمَا الْوَلِيُّ فَالْمُعْتَبَرُ إِسْلَامُ أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ فِي إِسْلَامِ وَلَدِهِ، وَ لَا اعْتِبَارَ بِمَجْلِسِ الْإِسْلَامِ عِنْدَنَا.

(وَلَوْ أَسْلَمَ الْوَثْنِي) وَ مَنْ فِي حُكْمِهِ (أَوِ الْكِتَابِيُّ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ) نِسْوَةٍ بِالْعَقْدِ الدَّائِمِ (فَأَسْلَمْنَا، أَوْ كُنَّا كِتَابِيَّاتٍ) (وَ إِنْ لَمْ يُسَلِّمْنَا) (تَخَيَّرَ أَرْبَعًا) مِنْهُنَّ وَ فَارَقَ سَائِرَهُنَّ إِنْ

كَانَ حُرًّا وَهُنَّ حَرَائِرُ، وَإِلَّا اخْتَارَ مَا عَيَّنَ لَهُ سَابِقاً مِنْ حُرَّتَيْنِ وَأَمْتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثِ حَرَائِرٍ وَ
أَمَةٍ، وَ الْعَبْدُ يَخْتَارُ حُرَّتَيْنِ، أَوْ أَرْبَعَ إِمَاءٍ، أَوْ حُرَّةً وَأَمْتَيْنِ، ثُمَّ تَنْخِيزُ الْحُرَّةُ فِي فَسْخِ عَقْدِ
الْأَمَةِ وَإِجَازَتِهِ كَمَا مَرَّ.

وَلَوْ شَرَطْنَا فِي نِكَاحِ الْأَمَةِ الشَّرْطَيْنِ تَوَجَّهَ انْفِسَاخُ نِكَاحِهَا هُنَا إِذَا جَامَعَتْ حُرَّةً
لِقُدْرَتِهِ عَلَيْهَا الْمُنَافِيَةَ لِنِكَاحِ الْأَمَةِ، وَلَوْ تَعَدَّدَتِ الْحَرَائِرُ اعْتَبِرَ رِضَاهُنَّ جُمْعَ مَا لَمْ يَزِدْنَ
عَلَى أَرْبَعٍ فَيُعْتَبَرُ رِضَاهُ مَنْ يَخْتَارُهُنَّ مِنَ النَّصَابِ.

وَلَا فَرْقَ فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَ مَنْ تَرْتَّبَ عَقْدُهُنَّ وَاقْتَرَنَ، وَلَا بَيْنَ اخْتِيَارِ الْأَوَائِلِ وَ
الْأَوَاخِرِ، وَلَا بَيْنَ مَنْ دَخَلَ بِهِنَّ وَغَيْرِهِنَّ. وَلَوْ أَشْلَمَ مَعَهُ أَرْبَعُ، وَبَقِيَ أَرْبَعُ كِتَابِيَّاتٍ
فَالْأَقْوَى بَقَاءُ التَّخْيِيرِ.

(الثالثة عشر: لَا يُحْكَمُ بِفَسْخِ نِكَاحِ الْعَبْدِ بِإِبَاقِهِ وَإِنْ لَمْ يَعُدْ فِي الْعِدَّةِ عَلَى
الْأَقْوَى)، لِأَصَالَةِ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ، (وَرِوَايَةُ عُمَارِ) السَّابَاطِيِّ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ
عَنْ رَجُلٍ أَذِنَ لِعَبْدِهِ فِي تَزْوِيجِ امْرَأَةٍ فَتَزَوَّجَهَا، ثُمَّ إِنَّ الْعَبْدَ أَبَقَ، فَقَالَ: «لَيْسَ لَهَا عَلَى مَوْلَاهُ
نَفَقَةٌ، وَقَدْ بَانَ عِصْمَتُهَا مِنْهُ، فَإِنَّ إِبَاقَ الْعَبْدِ طَلَّاقَ امْرَأَتِهِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ عَنِ الْإِسْلَامِ»
قُلْتُ: فَإِنْ رَجَعَ إِلَى مَوْلَاهُ تَزَوَّجَ امْرَأَتَهُ إِلَيْهِ قَالَ: «إِنْ كَانَتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ تَزَوَّجَتْ
غَيْرَهُ فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ تَتَزَوَّجْ وَلَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةَ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ عَلَى النِّكَاحِ الْأَوَّلِ»
(ضَعِيفَةٌ) السَّنَدِ فَإِنَّ عُمَاراً وَإِنْ كَانَ ثِقَةً إِلَّا أَنَّهُ فَطَحِيٌّ لَا يُعْتَمَدُ عَلَى مَا يَنْفَرِدُ بِهِ وَنَبَّهَ
بِالْأَقْوَى عَلَى خِلَافِ الشَّيْخِ فِي النِّهَايَةِ حَيْثُ عَمِلَ بِمَضْمُونِهَا، وَتَبِعَهُ ابْنُ حَمْرَةَ، إِلَّا أَنَّهُ
خَصَّ الْحُكْمَ بِكَوْنِ الْعَبْدِ زَوْجاً لِأَمَةٍ غَيْرِ سَيِّدِهِ، وَقَدْ تَزَوَّجَهَا بِإِذْنِ السَّيِّدَيْنِ وَالْحَقُّ الْمَنْعُ
مُطْلَقاً وَوُجُوبُ النَّفَقَةِ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَا تَبَيَّنَ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِالطَّلَاقِ.

مسأله دوازدهم - اگر یکی از زوجین که وثنی هستند یعنی وثن یا بت را عبادت
می‌کنند و نیز هر کافری که در حکم بت پرستان می‌باشد و خارج از یهود نصاری و
زرتشتیان است [منظور از کافر بت پرست هر کافری غیر از کفار اهل کتاب است و این
مسأله ناظر به جایی است که زن و شوهر کافر غیر کتابی باشند]. قبل از نزدیکی مسلمان
شود و عقد نکاح مطلقاً باطل می‌شود [اعم از اینکه زوج یا زوجه، مسلمان شوند] زیرا
اگر زوج، مسلمان شود نمی‌تواند در نکاح زن کافر غیر کتابی باقی بماند زیرا ازدواج
[مرد مسلمان] با زن کافر غیر کتابی حرام است اعم از اینکه به صورت ابتدائی یا در

ادامه آن باشد و اگر زوجه مسلمان شده باشد، مسأله روشن تر است [زیرا مرد کافر نمی تواند شوهر زن مسلمان باشد و مرد کافر بر زن مسلمان، استیلاء و برتری ندارد] و اگر مرد، مسلمان شود باید نصف مهریه را بدهد و براساس آنچه که قبلاً گفته شد باید تمامی مهریه را بدهد [یعنی براساس نظریه ای که می گوید فقط در صورت طلاق قبل از نزدیکی، مهریه نصف می شود، در اینجا باید تمام مهریه پرداخت شود] و اگر زن، مسلمان شود تمامی مهریه ساقط می شود به همان دلیلی که گفته شد [زیرا زن عامل جدایی بوده است] و اگر مسلمان شدن، بعد از نزدیکی باشد فسخ نکاح متوقف بر منقضی شدن عده است پس اگر عده به پایان رسید طرف دیگر مسلمان نشد معلوم می شود که عقد نکاح از زمان مسلمان شدن طرف مقابل، منفسخ شده است و اگر طرف دیگر در زمان عده، مسلمان شود عقد نکاح استمرار می یابد و شوهر باید نفقه زمان عده را در صورتی که نزدیکی انجام شده باشد بپردازد مشروط بر اینکه زوجه، مسلمان شده باشد و در مسأله قبل نیز همین حکم وجود دارد [یعنی در جایی که زن کافر کتابی، مسلمان شود] و اگر زوج مسلمان شده باشد از زمان کفر نفقه ای به زن تعلق نمی گیرد اعم از اینکه زوجه در زمان عده مسلمان شده باشد یا خیر، زیرا مانع از سوی زوجه است و او می توانست مانع را از بین ببرد و اگر زوج و زوجه [که کافر غیرکتابی هستند] باهم مسلمان شوند، نکاح به حال خود باقی می ماند زیرا علتی برای فسخ نکاح وجود ندارد و ملاک برای مقدم یا مؤخر بودن مسلمان شدن یا همراه بودن آن با دیگری، آخر کلمه اسلام است نه اول آن [یعنی هرکس زودتر آخرین جزء کلمه اسلام که همان «لااله الا الله» است را بگوید، مسلمان شدن او مقدم بر دیگری است و اگر هر دو باهم بگویند پس باهم اسلام آورده اند] و اگر زوج و زوجه [که کافر غیرکتابی هستند] صغیر باشند و ولی آنها، ایشان را به عقد یکدیگر درآورده باشد آنچه که [برای مقدم یا مؤخر یا همزمان بودن مسلمان شدن] ملاک است، اسلام ولی یکی از آنها برای مسلمان شدن فرزندش می باشد و اتحاد مجلس مسلمان شدن نزد ما، اعتباری ندارد [یعنی لازم نیست زن و مرد در یک مجلس، مسلمان شود بلکه آنچه که ملاک است همان کلمه اسلام یا «لااله الا الله» می باشد] و اگر کافر بت پرست و هر کافری که در حکم اوست [یعنی کافر حربی یا غیرکتابی یا شرک] یا کافر کتابی، مسلمان شود در حالیکه بیشتر از

چهار زن را در عقد دائم خود داشته باشد و همسران وی نیز مسلمان شوند یا مسلمان نشوند اما کافر کتابی باشند، زوج باید چهار زن از همسران خود را انتخاب کرده و از بقیه جدا شود [و نیازی به طلاق دادن نیست] مشروط بر اینکه زوج و همسرانش، آزاد باشند اما اگر همسرانش، آزاد نباشند باید زنانی را انتخاب کند که قبلاً گفته شد [در مسأله هفتم، که این زن‌ها عبارتند از:] دو زن آزاد و دو زن کنیز یا سه زن آزاد و یک زن کنیز. و برده باید دو زن آزاد یا چند کنیز یا یک زن آزاد و دو کنیز را انتخاب کند و زن آزاد اختیار دارد که عقد نکاح کنیز را فسخ نماید یا آن را اجازه بدهد به شرحی که گذشت. و اگر برای نکاح با کنیز دو شرط را ضروری بدانیم [یعنی شرط ناتوانی از نکاح با زن آزاد و شرط ترس از مرتکب گناه شدن] انفساخ نکاح زن کنیز در اینجا قابل توجیه است هرگاه با زن آزاد نزدیکی کرده باشد [و این نزدیکی، نیاز او را برطرف نماید] زیرا زوج توان ازدواج با زن آزاد را دارد و این امر مانع ازدواج با کنیز می‌شود و اگر زنان آزاد، متعدد باشند رضایت همه آنها شرط است به شرط اینکه بیشتر از چهار زن نباشند و گرنه رضایت زنانی شرط است که زوج آنها را انتخاب می‌کند و به اندازه نصاب می‌باشند. و برای انتخاب زن‌ها تفاوتی ندارد که عقد آنها به ترتیب صورت گرفته باشد یا همزمان آنها را عقد کرده باشد و نیز تفاوتی ندارد که اولی‌ها یا آخری‌ها را انتخاب نماید [یعنی زنانی که اول اسلام آورده‌اند یا زنانی که عقد آنها زودتر بوده است] و همچنین تفاوتی ندارد زنی را انتخاب کند که با وی نزدیکی کرده باشد یا زنی که با وی نزدیکی نکرده باشد. اگر چهار زن مسلمان شوند و چهار زن در کافر بودن کتابی باقی بمانند، نظریه قوی‌تر آن است که بازهم لزوم انتخاب چهار زن به قوت خود باقی است [نظریه دیگر آن است که عقد زنان کافر، منفسخ می‌شود].

(الرَّابِعَةُ عَشْرَةَ: الْكَفَاءَةُ) بِالْفَتْحِ وَالْمَدِّ، وَهِيَ تَسَاوِي الزَّوْجَيْنِ فِي الْإِسْلَامِ وَالْإِيمَانِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُؤْمِنُ هُوَ الزَّوْجُ، وَالزَّوْجَةُ مُسْلِمَةً مِنْ غَيْرِ الْفِرَاقِ الْمَحْكُومِ بِكُفْرِهَا مُطْلَقاً، أَوْ كِنَايَةً فِي غَيْرِ الدَّائِمِ. وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ يَسَارُ الزَّوْجِ بِالْتَّفَقَةِ قُوَّةً أَوْ فِعْلاً. وَقِيلَ: يُكْتَفَى بِالْإِسْلَامِ، وَالْأَشْهُرُ الْأَوَّلُ، وَكَيْفَ فُسِّرَتْ فِيهِ (مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمَةِ) مُطْلَقاً (التَّزْوِيجُ بِالْكَافِرِ) وَهُوَ مَوْضِعٌ وَفَاقٍ. (وَلَا يَجُوزُ لِلنَّاصِبِ التَّزْوِيجُ بِالْمُؤْمِنَةِ)، لِأَنَّ «التَّاصِيَّ أَشْرُ مِنْ الْيَهُودِيِّ» وَ

النَّصْرَانِيَّ عَلَى مَا رُويَ فِي أَخْبَارِ أَهْلِ الْبَيْتِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَكَذَا الْعَكْسُ سِوَاءِ الدَّائِمِ، أَوْ الْمُتَعَةِ.
(وَيَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ التَّزْوِيجُ مُتَعَةً وَاسْتِدَامَةً) لِلنِّكَاحِ عَلَى تَقْدِيرِ إِسْلَامِهِ (كَمَا مَرَّ
بِالْكَافِرَةِ) الْكِتَابِيَّةِ وَ مِنْهَا الْمَجُوسِيَّةُ وَ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَقِيدَهَا بِهَا وَ لَعَلَّهُ اكْتَفَى بِالتَّشْبِيهِ بِمَا
مَرَّ.

(وَهَلْ يَجُوزُ لِلْمُؤْمِنَةِ التَّزْوِيجُ بِالْمُخَالَفِ) مِنْ أَيِّ فِرَقِ الْإِسْلَامِ كَانَ وَ لَوْ مِنَ الشَّيْعَةِ
غَيْرِ الْإِمَامِيَّةِ (قَوْلَانِ):

أَحَدُهُمَا: - وَ عَلَيْهِ الْمُعْظَمُ - الْمَنْعُ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ بَعْضٍ»
دَلَّ بِمَقْهُومِهِ عَلَى أَنَّ غَيْرَ الْمُؤْمِنِ لَا يَكُونُ كُفُوًا لِلْمُؤْمِنَةِ، وَ قَوْلِهِ ﷺ: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ
تَرْضَوْنَ خُلُقَهُ وَ دِينَهُ فَرَوْجُوهُ إِنْ لَا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فِسَادٌ كَبِيرٌ» وَ الْمُؤْمِنُ لَا
يَرْضَى دِينَ غَيْرِهِ وَ قَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ السَّلَامُ: «إِنَّ الْعَارِفَةَ لَا تَوْضَعُ إِلَّا عِنْدَ
عَارِفٍ»، وَ فِي مَعْنَاهَا أَخْبَارٌ كَثِيرَةٌ وَاضِحَةٌ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الْمَنْعِ لَوْ صَحَّ سَنَدُهَا، وَ فِي بَعْضِهَا
تَعْلِيلٌ ذَلِكَ بِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْخُذُ مِنْ آدَبِ رَوْجِهَا وَ يَقْهَرُهَا عَلَى دِينِهِ.

وَ الثَّانِي: الْجَوَازُ عَلَى كَرَاهِيَّةٍ، اخْتَارَهُ الْمُفِيدُ وَ الْمُحَقِّقُ ابْنُ سَعِيدٍ، إِمَّا لِأَنَّ الْإِيمَانَ هُوَ
الْإِسْلَامُ، أَوْ لِضَعْفِ الدَّلِيلِ الدَّالِّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْإِيمَانِ، فَإِنَّ الْأَخْبَارَ بَيْنَ مُرْسَلٍ، وَ ضَعِيفٍ،
وَ مَجْهُولٍ. وَ لَا شَكَّ أَنَّ الْإِحْتِيَاطَ الْمَطْلُوبَ فِي النِّكَاحِ - الْمُتَرَتَّبَ عَلَيْهِ مَهَامُ الدِّينِ مَعَ
تَظَاثُرِ الْأَخْبَارِ بِالنَّهْيِ، وَ ذَهَابِ الْمُعْظَمِ إِلَيْهِ حَتَّى ادَّعَى بَعْضُهُمُ الْاجْتِمَاعَ عَلَيْهِ - يُرَجِّحُ
الْقَوْلَ الْأَوَّلَ. وَ اقْتِصَارُ الْمُصَنِّفِ عَلَى حِكَايَةِ الْقَوْلَيْنِ، مُشْعِرٌ بِمَا تَبَيَّنَا عَلَيْهِ.

(أَمَّا الْعَكْسُ فَجَائِزٌ) قَطْعًا، (لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْخُذُ مِنْ دِينِ بَعْلِهَا) فَيَقُودُهَا إِلَى الْإِيمَانِ، وَ
الْإِذْنُ فِيهِ مِنَ الْأَخْبَارِ كَثِيرٌ.

مسأله چهاردهم - كفائت كه با فتحه كاف و الف ممدوده خوانده می شود به هر
معنایی که تفسیر گردد، در نکاح شرط است و منظور از كفائت، برابری زن و مرد در
اسلام و ایمان است [منظور از ایمان، اقرار به ائمه چهارده معصوم است] مگر اینكه
زوج، مؤمن باشد و زن نیز مسلمان باشد اما جزء گروههایی نباشد كه حكم به كفر آنها
شده است [مانند خوارج، ناصبی ها، غالیان، مجسمه و هرکس كه با سخن یا عمل خود از
اسلام خارج شده باشد] و كفائت در عقد دائم و عقد موقت، لازم است یا در عقد
موقت، کتابی بودن زن شرط است و گفته شده است كه علاوه بر تساوی در اسلام و

ایمان، شرط است که زوج بالقوه یا بالفعل، توان پرداخت نفقه را داشته باشد و یک دیدگاه هم آن است که مسلمان بودن زوجین کفایت می‌کند اما نظریه مشهور نظریه اول است [یعنی اگر زوج، مؤمن باشد زوج نیز باید مؤمن باشد. کفایت، مصدر بوده و به معنای تساوی است و در شرط بودن آن برای زوجین اختلافی وجود ندارد اما در معنای آن اختلاف نظر وجود دارد. گروهی مانند محقق و مفید و ابن حمزه و ابن جنید گفته‌اند که تساوی در اسلام کفایت می‌کند زیرا اجماع بر اعتبار آن وجود دارد اما برای سایر موارد، دلیل معتبری وجود ندارد. اما مشهور با استناد به روایات فراوان، ایمان را هم برای زوج شرط می‌دانند زیرا زن، دین و ادب را از شوهرش می‌گیرد، در روایتی از پیامبر (ص) نقل شده است که فرمود: «دختران مانند گیاهان بر روی درختان هستند که هرگاه رسیدند و چیده نشدند، نور خورشید آنها را فاسد کرده و باد پراکنده می‌کند پس دختران هم زمانی که بالغ شدند، دارویی جز شوهر برای آنها وجود ندارد و گرنه فاسد می‌شوند زیرا انسان هستند.» آنگاه شخصی سؤال کرد چه کسی با ایشان ازدواج کند. پیامبر فرمود کسانی که هم کفو هستند. سؤال شد چه کسانی هم کفو هستند. پیامبر فرمود: «مؤمنان نسبت به یکدیگر هم کفو هستند.» [بنابراین زن مسلمان مطلقاً نمی‌تواند با مرد کافر ازدواج نماید] اعم از اینکه زن مؤمن یا غیرمؤمن باشد و اعم از اینکه عقد دائم یا موقت باشد] و این حکم، مورد قبول همه فقهاست. و مرد ناصبی نمی‌تواند با زن مؤمن ازدواج کند زیرا ناصبی بدتر از یهودی و نصرانی است براساس روایاتی که از ائمه معصومین نقل شده است [مانند روایت ابویعفور از امام صادق (ع) که فرمود: پرهیز که در حمامی غسل کنی که در آن یهودی و نصرانی و مجوسی و ناصب‌ها، غسل می‌کند و ناصبی بدترین آنهاست. خداوند تبارک و تعالی، موجودی را نجس‌تر از سگ خلق نکرد و کسی که به ما ناسزا می‌گوید از سگ هم نجس‌تر است] و عکس آن هم صادق است [یعنی مرد مؤمن نمی‌تواند با زن ناصبی ازدواج کند] اعم از اینکه عقد دائم یا موقت باشد. مرد مسلمان می‌تواند با زن کافر کتابی که زن زرتشتی هم جزء آن است به صورت موقت ازدواج نماید و در صورتی که زوج، مسلمان شود بر نکاح قبلی باقی بماند همانگونه که [در مسأله یازدهم] بیان شد. و بر مصنف لازم بود که زن کافر را مقید کند [مصنف، زن کافر را به صورت مطلق بیان کرده است حال آنکه باید آن را مقید به کافر

کتابی می‌نمود زیرا ازدواج دائم یا موقت با کافر غیرکتابی جایز نیست. شهیدثانی در توجیه سخن شهید اول می‌فرماید: [و شاید شهید اول به تشبیه برگزیده اکتفاء کرده است] یعنی چون قبلاً در مسأله یازدهم، احکام ازدواج با کفار را به تفصیل بیان کرد در اینجا هم به آنها اکتفاء کرده است زیرا شبیه هم هستند] و آیا زن مؤمن می‌تواند با مردی که مذهب مخالف دارد ازدواج کند، از هر فرقه‌ای که باشد هر چند شیعه غیرامامی باشد دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد؛ یک دیدگاه که مورد قبول اکثر فقهاست، چنین ازدواجی را ممنوع می‌داند زیرا پیامبر (ص) فرمود: «مؤمنون نسبت به یکدیگر هم کفو هستند.» و مفهوم این روایت [یعنی مفهوم لقب] آن است که مرد غیرمؤمن هم کفو زن مؤمن نیست و پیامبر (ص) همچنین فرمود: «هرگاه شخصی را پیدا کردید که اخلاق و دین او را می‌پسندید با او ازدواج کنید و اگر این کار را انجام ندهید فتنه و فساد بزرگی در زمین به پا می‌شود و انسان مومن به دین دیگری رضایت نمی‌دهد.» و نیز امام صادق (ع) فرمود: «زنی که عارف به حق است فقط در اختیار مردی قرار می‌گیرد که عارف به حق است.» و روایات فراوانی به همین معنا وارد شده است که اگر سند آنها صحیح باشد، دلالتشان بر ممنوعیت ازدواج، روشن است و در پاره‌ای روایات، علت ممنوعیت ازدواج زن مؤمن با مرد غیرمؤمن چنین بیان شده است که زن، ادبش را از ادب شوهر می‌گیرد و شوهر، همسرش را وادار می‌کند که دین او را بپذیرد. [البته این در صورتی است که نهی دلالت بر فساد نماید]. دیدگاه دوم آن است که چنین ازدواجی جایز می‌باشد اما مکروه است و این دیدگاه را شیخ مفید و محقق و ابن سعید، اختیار کرده‌اند یا به این دلیل که منظور از ایمان، همان اسلام است یا بخاطر اینکه دلیلی که ایمان را شرط می‌داند، ضعیف است زیرا روایت‌های مربوطه یا مرسل هستند یا ضعیفند و یا مجهول می‌باشند. [شهیدثانی در مقام داوری میان این دو نظریه می‌فرماید: شکی نیست که نظریه نخست ترجیح دارد] یعنی زن مؤمن حق ندارد با مرد غیرمؤمن ازدواج کند زیرا [نکاح مسأله مهمی است که امور مهم دینی بر آن مترتب می‌شود و باید در آن احتیاط کرد و روایات فراوانی برای نهی از چنین ازدواجی وجود دارد اکثر فقها این نظریه را پذیرفته‌اند و حتی برخی از فقها، ادعای اجماع کرده‌اند و اینکه شهید اول فقط به بیان دو نظریه اکتفا کرده است اشاره به

مطالبی دارد که ما بیان کردیم. [یعنی شهید اول هم احتیاط کرده است و گرنه باید نظریه دوم را انتخاب می‌کرد و اینکه هیچکدام از نظریه‌ها را انتخاب نکرده است حکایت از آن دارد که نظریه اول را پذیرفته و دلیل‌های ما را نیز قبول دارد.] اما عکس آن قطعاً جایز است [یعنی مرد مؤمن می‌تواند با زن مسلمان غیرمؤمن ازدواج کند] زیرا زن، دین خود را از دین شوهرش می‌گیرد و بنابراین زوج، همسرش را وادار به پذیرش ایمان می‌کند و در روایات هم به شکل گسترده‌ای، اذن به چنین ازدواجی داده شده است. [وسایل

الشعبه، کتاب النکاح، باب ۱۱ از ابواب ما یحرم بالکفر ونحوه، حدیث ۲ و ۳]
 (الْخَامِسَةَ عَشَرَ: لَيْسَ التَّمَكُّنُ مِنَ التَّقَةِ قُوَّةٌ أَوْ فِعْلًا (شَرْطًا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ)،
 لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾، وَالْخَبَرَيْنِ السَّابِقَيْنِ.
 ثُمَّ إِنْ كَانَتْ عَالِمَةً بِفَقْرِهِ لَزِمَ الْعَقْدُ، وَإِلَّا فَفِي تَسْلُطِهَا عَلَى الْفَسْخِ إِذَا عَلِمَتْ قَوْلَانِ
 مَأْخُذُهُمَا: لُزُومُ التَّضَرُّرِ بِقَاتِلِهَا مَعَهُ كَذَلِكَ الْمُنْفِي بِالْآيَةِ وَالرَّوَايَةِ، وَأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ لَا زِمَ وَالْأَصْلُ الْبَقَاءُ وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ وَهُوَ عَامٌّ. وَهُوَ
 الْأَجُودُ وَالْوَجْهَانِ آتِيَانِ فِيمَا إِذَا تَجَدَّدَ عَجْزُهُ.

وَقِيلَ: هُوَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ كَالْإِسْلَامِ، وَأَنَّ الْكَفَاءَةَ مُرَكَّبَةٌ مِنْهُمَا، أَوْ مِنْهُمَا وَمِنْ
 الْإِيمَانِ. وَالْأَقْوَى عَدَمُ شَرْطِيَّتِهِ مُطْلَقًا.

(نَعَمْ هُوَ شَرْطٌ فِي وَجُوبِ الْإِجَابَةِ) مِنْهَا، أَوْ مِنْ وَلِيِّهَا، لِأَنَّ الصَّبْرَ عَلَى الْفَقْرِ ضَرَرٌ
 عَظِيمٌ فِي الْجُمْلَةِ، فَيَنْبَغِي جَبْرُهُ بَعْدَ وَجُوبِ إِجَابَتِهِ، وَإِنْ جَازَتْ أَوْ رَجَحَتْ مَعَ تَمَامِ خُلُقِهِ
 وَكَمَالِ دِينِهِ، كَمَا أَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فِي إِنْكَاحِ جُوَيْبِرٍ، وَغَيْرِهِ. وَمُلاحَظَةُ الْمَالِ مَعَ تَمَامِ
 الدِّينِ لَيْسَ مَحْطًى نَظَرٍ ذَوِي الْهِمَمِ الْعَوَالِي.

مساله پانزدهم - تمکن بالقوه یا بالفعل برای پرداخت نفقه، شرط صحت نکاح
 نیست [همچنانکه تمکن بالفعل برای پرداخت مهریه نیز شرط نیست] زیرا خداوند
 می‌فرماید: «با زنان بی‌شوهر از شما و بندگان شایسته‌تان و کنیزان خویش ازدواج
 کنید. اگر بینوا باشند خداوند آنها را به فضل خود بی‌نیاز سازد و خدا گشایشمند
 داناست.» [سوره نور - آیه ۳۲] و دو روایتی که بیان شد [یعنی روایت پیامبر که مؤمنان
 را هم کفو مؤمنان می‌دانست و روایت امام صادق که فرمود زن مؤمن و عارفه در اختیار

مرد غیرمؤمن قرار نگیرد. سپس اگر زن [قبل از عقد نکاح] علم به فقیر بودن شوهر داشته باشد، عقد لازم است و اگر علم نداشته باشد، در مورد اینکه بعد از علم پیدا کردن، حق فسخ دارد یا خیر؛ دو دیدگاه وجود دارد و مبنای این دو نظریه آن است که [حق فسخ دارد زیرا] اگر زوجه با زوج فقیر زندگی کند موجب ضرر وی می‌شود و چنین ضرری بموجب آیه قرآن [آیه ۷۸ سورة حج: و ما جعل علیکم فی الدین من حرج] و روایت [روایت پیامبر (ص): لا ضرر و لا ضرار...] نفی شده است [اما مبنای عدم حق فسخ آن است که] عقد نکاح یک عقد لازم است و اصل هم بر بقاء آن است و بخاطر آیه قرآن که می‌فرماید: «و اگر فقیر و تنگدست باشد صبر کنید تا گشایش حاصل شود» و این روایت عام است [شامل هر فرد تنگدستی می‌شود هر چند آیه در مورد دین نازل شده است و عموم آن شامل صورتی نیز می‌شود که زن، جهل به فقر مرد داشته باشد بنابراین حق فسخ ندارد. دلیل دیگر هم آن است که ضرر را می‌توان با طلاق از بین برد. شهیدثانی هم دیدگاه دوم را انتخاب کرده و می‌فرماید:] و این نظریه بهتر است. و همین دو نظریه وجود دارد در جایی که تنگدستی مرد عارض شود [یعنی در زمان عقد نکاح غنی باشد اما پس از آن، دچار فقر و تنگدستی شود] و یک دیدگاه آن است که تمکن مالی داشتن برای پرداخت نفقه، شرط صحت نکاح است همانگونه که اسلام شرط صحت نکاح می‌باشد و اینکه کفایت، مرکب از اسلام و تمکن است یا مرکب از اسلام و تمکن و ایمان است اما نظریه قوی‌تر آن است که تمکن از پرداخت نفقه، مطلقاً شرط صحت نکاح نیست [اعم از اینکه قبل یا بعد از عقد باشد و اعم از اینکه زن، علم به آن داشته باشد یا علم نداشته باشد] بله، تمکن شرط وجوب پاسخ مثبت دادن از سوی زن یا ولی است [یعنی اگر شوهر همکفو برای زن پیدا شد و زن یا ولی او ازدواج را نپذیرفت مرتکب گناه شده است] زیرا صبر کردن بر فقر، اجمالاً ضرر بزرگی است پس شایسته است که بتوان این ضرر را با عدم وجوب پاسخ مثبت دادن، جبران کرد هر چند [پاسخ مثبت به مرد فقیر دادن] جایز است بلکه در صورت کامل بودن اخلاق و دین مرد فقیر، ترجیح دارد همانگونه که پیامبر (ص) در ازدواج جوiber و دیگران، دستور به نکاح داد و اصولاً انسانهای والا مقام و بلند نظر به مال توجهی ندارند در صورتی که دین [خواستگار] کامل باشد.

(الْسادِسَةُ عَشَرَ: يُكْرَهُ تَزْوِيجُ الْفَاسِقِ خُصُوصاً شَارِبِ الْخُمْرِ) قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ زَوَّجَ كَرِيْمَتَهُ مِنْ شَارِبِ الْخُمْرِ فَقَدْ قَطَعَ رَحِمَهَا». وَ ذَهَبَ بَعْضُ الْعَامَّةِ إِلَى عَدَمِ جَوَازِ تَزْوِيجِ الْفَاسِقِ مُطْلَقاً إِلَّا لِمِثْلِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾.

مسأله شانزدهم - ازدواج با مرد فاسق و بخصوص شراب خوار، مکروه است. امام صادق (ع) فرمود: «هرکس دختر کریمه خود را به عقد مردی درآورد که شراب می خورد، رحم دخترش را قطع کرده است.» [وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲۹ از ابواب ۲۹ از ابواب مقدمات النکاح و آدابه، حدیث اول] و برخی از فقهای اهل سنت [شافعیه] گفته اند که مرد فاسق نمی تواند مطلقاً ازدواج کند مگر اینکه زن نیز فاسق باشد زیرا خداوند می فرماید: آیا کسی که مؤمن است مانند کسی است که فاسق می باشد، اینها مساوی نیستند. [آیه ۱۸ سوره نجم. نحوه استدلال به آیه چنین است که فاسق هم کفو مؤمن شمرده نشده است اما فقهای شیعه دلالت این آیه بر حرمت را ضعیف دانسته اند و آن را حمل بر کراهت می کنند.]

(السَّابِعَةُ عَشَرَ: لَا يَجُوزُ التَّغْرِیْضُ بِالْعَقْدِ لِذَاتِ الْبُعْلِ اتِّفَاقاً، وَلِمَا فِيهِ مِنَ الْفُسَادِ، وَ لَا لِلْمُعْتَدَّةِ رَجْعِيَّةً)، لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْمَرْوَجَةِ. وَ الْمُرَادُ بِالتَّغْرِیْضِ الْإِثْبَانُ بِلَفْظٍ يَحْتَمِلُ الرَّغْبَةَ فِي النِّكَاحِ وَ غَيْرَهَا مَعَ ظُهُورِ إِزَادَتِهَا. مِثْلُ رَبِّ زَاغِبٍ فَيْكِ، وَ حَرِیْصٍ عَلَیْكِ، أَوْ إِي زَاغِبٌ فَيْكِ، أَوْ أَنْتِ عَلَیَّ كَرِيْمَةٍ، أَوْ عَزِيْزَةٍ، أَوْ إِنَّ اللَّهَ لَسَائِقٌ إِلَيْكِ خَيْرًا أَوْ رِزْقًا وَ نَحْوِ ذَلِكَ. وَ إِذَا حُرِّمَ التَّغْرِیْضُ لَهْمَا فَالتَّضْرِيحُ أَوْلَى.

(وَيَجُوزُ فِي الْمُعْتَدَّةِ بَائِنًا) كَالْمُخْتَلَعَةِ (التَّغْرِیْضُ مِنَ الزَّوْجِ) وَ إِنْ لَمْ تَحِلَّ لَهُ فِي الْحَالِ (وَ غَيْرِهِ، وَ التَّضْرِيحُ مِنْهُ) وَ هُوَ الْإِثْبَانُ بِلَفْظٍ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ إِزَادَةِ النِّكَاحِ، (إِنْ حَلَّتْ لَهُ فِي الْحَالِ) بَأَنْ تَكُونَ عَلَى طَلْقَةٍ أَوْ طَلْقَتَيْنِ، وَ إِنْ تَوَقَّفَ الْحُلُّ عَلَى رُجُوعِهَا فِي الْبَدَلِ (وَيَحْرُمُ) التَّضْرِيحُ مِنْهُ (إِنْ تَوَقَّفَ) حِلُّهَا لَهُ (عَلَى الْمُحَلِّلِ)، وَ كَذَا يَحْرُمُ التَّضْرِيحُ فِي الْعِدَّةِ مِنْ غَيْرِهِ مُطْلَقاً، سِوَاءٍ تَوَقَّفَ حِلُّهَا لِلزَّوْجِ عَلَى مُحَلِّلٍ أَمْ لَا، وَ كَذَا مِنْهُ بَعْدَ الْعِدَّةِ.

(وَيَحْرُمُ التَّغْرِیْضُ لِلْمُطَلَّقَةِ تَسْعًا لِلْعِدَّةِ، مِنَ الزَّوْجِ)، لِامْتِنَاعِ نِكَاحِهَا وَ مِثْلُهُ

الْمُلاعَنَةُ وَنَحْوُهَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ عَلَى التَّأْيِيدِ (وَيَجُوزُ) التَّعْرِضُ لَهَا (مِنْ غَيْرِهِ) كَعَرِّهَا مِنْ الْمُطْلَقَاتِ بَائِناً.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْإِجَابَةَ تَابِعَةٌ لِلْخُطْبَةِ فِي الْجَوَازِ وَالتَّحْرِيمِ وَلَوْ فَعَلَ الْمَمْنُوعَ تَصْرِيحاً أَوْ تَعْرِضاً، لَمْ تَحْرُمْ بِذَلِكَ فَيَجُوزُ لَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ تَزْوِيجُهَا كَمَا لَوْ نَظَرَ إِلَيْهَا فِي وَقْتِ تَحْرِيمِهِ ثُمَّ أَرَادَ نِكَاحَهَا.

مسأله هفدهم - جایز نیست که به صورت کنایه از زن شوهردار خواستگاری شود زیرا [اولاً] اجماع فقها بر آن است [ثانیاً] بخاطر اینکه فساد در چنین کاری وجود دارد [همچنین جایز نیست که به صورت ضمنی] از زنی که در عده رجعیه بسر می برد خواستگاری شود زیرا این زن در حکم زنی است که شوهر دارد. و منظور از تعریض، بیان کردن لفظی است که معنای تمایل شخص برای نکاح و معانی دیگر را بفهماند اما اراده معنای اول، ظاهرتر باشد [یعنی لفظ، مبهم و دو پهلو باشد اما ظاهر در معنای خواستگاری باشد] مانند اینکه بگوید: «چقدر تو خواهان داری.» یا «چقدر افراد تمایل به تو دارند.» یا «من خواهان تو هستم» یا «تو برای من بزرگواری یا عزیز هستی» یا «خداوند برکت و روزی را بسوی تو جاری کرده است.» و مانند این الفاظ. و اگر تعریض به زن شوهردار یا زن در عده، حرام باشد پس تصریح به خواستگاری به طریق اولی، حرام خواهد بود. و جایز است برای شوهر که به صورت کنایه از زنی خواستگاری کند که در عده بائن بسر می برد مانند زنی که طلاق خلعی داده شده است هر چند فعلاً برای او حلال نباشد [مانند زنی که سه مرتبه طلاق داده شده و نیاز به محلل دارد. همچنین خواستگاری ضمنی جایز است برای] غیرشوهر و تصریح از سوی شوهر نیز جایز است یعنی لفظی را بکار برد که معنایی جز قصد ازدواج نداشته باشد [مثلاً بگوید: می خواهم بعد از عده با تو ازدواج کنم] مشروط بر اینکه فعلاً برای او حلال باشد یعنی زن، یک بار یا دو بار طلاق داده شده باشد هر چند حلال شدن وی متوقف بر رجوع زن در بذلش باشد. و حرام است برای زوج که صراحتاً خواستگاری کند هرگاه حلال شدن زوجه برای او متوقف بر محلل باشد و نیز غیرشوهر، حرام است که در زمان عده صراحتاً خواستگاری کند اعم از اینکه حلال شدن آن زن بر شوهرش نیاز به محلل داشته باشد یا نیاز نداشته باشد و نیز خواستگاری صریح از سوی شوهر

بعد از عده، حرام است [یعنی اگر زن نیازی به محلل داشته باشد، شوهر نیز نمی تواند بعد از عده از وی صراحتاً خواستگاری کند] و بر زوج، حرام است که به کنایه از زوجه اش خواستگاری کند که نه مرتبه او را طلاق عدی داده است زیرا نکاح زوج با چنین زنی، ممنوع است و لعان نیز همین حکم را دارد و نیز تمامی زنانی که حرام ابدی هستند و غیر زوج می تواند از چنین زنی به صورت ضمنی خواستگاری کند مانند سایر زنانی که طلاق بائن داده شده اند. و بدان که قبول درخواست ازدواج از نظر جایز بودن و حرام بودن تابع خواستگاری است [یعنی هر جا خواستگاری جایز باشد، قبول آن نیز جایز است و هر جا خواستگاری حرام باشد قبول آن نیز حرام است] و اگر مرد به صورت صریح یا کنایه، عمل ممنوعی را انجام دهد، زن بخاطر این عمل ممنوع، بر وی حرام نمی شود [یعنی خواستگاری کردنی که ممنوع و حرام است سبب نمی شود زنی که مورد خواستگاری قرار گرفته است بر مردی که خواستگاری کرده است حرام شود] بنابراین خواستگاری کننده می تواند بعد از پایان یافتن عده با آن زن ازدواج کند همانگونه که اگر مردی به زنی نگاه کند که در زمان نگاه کردن بر وی حرام بوده است و سپس بخواهد با او ازدواج نماید [چنین ازدواجی جایز است].

(الثَّامِنَةُ عَشْرَ: تَحْرُمُ الْخِطْبَةُ بَعْدَ إِجَابَةِ الْغَيْرِ مِنْهَا أَوْ مِنْ وَكِيلِهَا أَوْ وَلِيِّهَا، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ» فَإِنَّهُ التَّهْيُّ ظَاهِرٌ فِي التَّحْرِيمِ، وَلِمَا فِيهِ مِنْ إِذَاءِ الْمُؤْمِنِ، وَإِثَارَةِ الشَّخْنَاءِ الْمُحَرَّمِ، فَيَحْرُمُ مَا كَانَ وَسِيلَةً إِلَيْهِ، وَلَوْ رَدَّ لَمْ تَحْرُمْ إِجْمَاعًا. وَلَوْ انْتَفَى الْأَمْرَانِ فَظَاهِرُ الْحَدِيثِ التَّحْرِيمِ أَيْضًا، لَكِنْ لَمْ يَقِفْ عَلَى قَائِلٍ بِهِ (وَلَوْ خَالَفَ) وَخَطَبَ (وَعَقَدَ، صَحَّ) وَإِنْ فَعَلَ مُحَرَّمًا، إِذْ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَ تَحْرِيمِ الْخِطْبَةِ، وَصِحَّةِ الْعُقْدِ. (وَقِيلَ: تَكَرُّرُ الْخِطْبَةِ) بَعْدَ إِجَابَةِ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَحْرِيمٍ، لِأَصَالَةِ الْإِبَاحَةِ، وَعَدَمِ صَيُّورَتِهَا بِالْإِجَابَةِ زَوْجَةً، وَلِعَدَمِ ثُبُوتِ الْحَدِيثِ كَحَدِيثِ التَّهْيِ عَنِ الدُّخُولِ فِي سَوْمِهِ، وَهَذَا أَقْوَى وَإِنْ كَانَ الْاجْتِنَابُ طَرِيقَ الْإِخْتِيَابِ.

هَذَا كُلُّهُ فِي الْخَاطِبِ الْمُسْلِمِ، أَمَّا الذَّمِّيُّ إِذَا خَطَبَ الذَّمِّيَّةَ لَمْ تَحْرُمْ خِطْبَةُ الْمُسْلِمِ لَهَا قَطْعًا، لِلْأَصْلِ، وَعَدَمِ دُخُولِهِ فِي التَّهْيِ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ».

مسأله هجدهم - حرام است خواستگاری کردن از زنی که به [خواستگاری] دیگری پاسخ مثبت داده است یا وکیل یا ولی او [پاسخ مثبت داده است] زیرا پیامبر (ص)

فرمود: «هیچکس از شما بعد از خواستگاری برادرش، خواستگاری نکند» و این نهی ظهور در حرمت دارد و نیز چنین کاری موجب اذیت مؤمن و برانگیختن دشمن حرام می‌شود بنابراین آنچه که وسیله و سبب اذیت مؤمن یا ایجاد دشمنی شود نیز حرام است اما اگر خواستگاری اولی رد شده باشد، خواستگاری دومی به اجماع فقهاء حرام نیست و اگر قبول یا ردی صورت نگرفته باشد [یعنی زن سکوت کرده و به خواستگاری اولی نه پاسخ مثبت داده و نه آن را رد کرده باشد] ظاهر روایت بیانگر آن است که بازهم [خواستگاری دوم] حرام است اما طرفداری برای این نظریه پیدا نکردیم. اما اگر مرد با این حکم مخالفت کرد و خواستگاری نمود و زن را به عقد خود درآورد، عقدش صحیح است هر چند مرتکب کار حرامی شده است زیرا میان حرمت خواستگاری و صحیح بودن عقد، منافاتی وجود ندارد. و یک دیدگاه آن است که خواستگاری کردن از زنی که به خواستگاری مرد دیگری پاسخ مثبت داده است مکروه می‌باشد و حرام نیست زیرا اصل بر مباح بودن است و زنی که پاسخ مثبت به فردی داده است زوجه او محسوب نمی‌شود و به دلیل اینکه حدیث مورد استناد، ثابت نشده است [زیرا سند روایت، صحیح نیست] مانند حدیثی که داخل شدن در معامله دیگری را نهی کرده است [یعنی همانگونه که آن حدیث، ثابت نشده است این حدیث نیز ثابت نشده است و این نظریه [که چنین عملی را مکروه می‌داند] قوی‌تر است هر چند دوری کردن از این کار با احتیاط، سازگار است. آنچه که گفته شد در موردی است که مرد مسلمان، خواستگاری کند اما اگر کافر ذمی از زن ذمی، خواستگاری کرده باشد قطعاً بر مرد مسلمان حرام نیست که از او خواستگاری کند زیرا اصل بر عدم حرمت است و چنین موردی مشمول نهی قرار نمی‌گیرد [یعنی روایت، شامل آن نمی‌شود] و نیز بخاطر اینکه پیامبر، عبارت «بر خواستگاری برادرت» را بکاربرد [و پیدا است که کافر ذمی، برادر مسلمان نیست].

(التَّاسِعَةُ عَشَرَ: يُكْرَهُ الْعُقْدُ عَلَى الْقَابِلَةِ الْمُزَيَّيَّةِ)، لِذَلِكَ عَنْهُ فِي عِدَّةِ أَخْبَارِ الْمُحْمُولَةِ عَلَى الْكَرَاهَةِ، جَمْعاً بَيْنَهَا، وَبَيَّنَّ مَا دَلَّ صَرِيحاً عَلَى الْحِلِّ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ عَمَلًا بِظَاهِرِ النَّهْيِ، وَلَوْ قَبِلَتْ وَلَمْ تُرَبِّ، أَوْ بِالْعَكْسِ لَمْ تُحْرَمْ، وَلَمْ تُكْرَهُ قَطْعاً، وَالْمُعْتَبَرُ فِي التَّرْيِيَةِ مُسْمَاها عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ.

وَ كَذَا يُكْرَهُ الْعَقْدُ عَلَى بَيْتِهَا، لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ أُخْتِهِ، كَمَا أَنَّ الْقَابِلَةَ بِمَنْزِلَةِ أُمِّهِ لَوْزُودَهَا مَعَهَا فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ. وَ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَذْكُرَهَا، إِلَّا أَنَّهُ لَا قَائِلَ هُنَا بِالْمَنْعِ.

(و) كَذَا يُكْرَهُ (أَنْ يَزُوجَ ابْنَهُ بِنْتَ زَوْجَتِهِ الْمَوْلُودَةِ بَعْدَ مُفَارَقَتِهِ) لِأُمِّهَا، وَ كَذَا ابْنَةُ أُمِّهِ كَذَلِكَ، لِتَنْهِي عَنْهُ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مُعَلَّلًا بِأَنَّ أَبَاهُ لَهَا بِمَنْزِلَةِ الْأَبِّ.

وَ كَذَا يُكْرَهُ تَزْوِيجُ ابْنَتِهِ لِابْنِهَا كَذَلِكَ، وَ الرَّوَايَةُ شَامِلَةٌ لَهُمَا، لِأَنَّهُ فَرَضَهَا فِي تَزْوِيجِ وَلَدِهِ لَوَلَدِهَا، فَلَوْ فَرَضَهَا الْمُصَنِّفُ كَذَلِكَ كَانَ أَشْمَلًا، (أُمًّا) لَوْ وَلَدَتْهَا (قَبْلَ تَزْوِيجِهِ فَلَا كِرَاهَةَ)، لَعَدَمِ التَّهْيِ وَ انْتِفَاءِ الْعِلَّةِ.

(وَأَنْ يَتَزَوَّجَ بَضْرَةَ الْأُمِّ مَعَ غَيْرِ الْأَبِّ لَوْ فَارَقَهَا الزَّوْجُ)، لِرَوَايَةِ زُرَّارَةَ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «مَا أَحَبُّ لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يَتَزَوَّجَ ضَرَّةً كَانَتْ لِأُمِّهِ مَعَ غَيْرِ أَبِيهِ» وَ هُوَ شَامِلٌ لِمَا إِذَا كَانَ تَزَوَّجَ ذَلِكَ الْغَيْرِ قَبْلَ أَبِيهِ وَ بَعْدَهُ.

مسأله نوزدهم - مکروه است که انسان با زن قابله و مربی خود ازدواج کند زیرا در پاره‌ای روایات، چنین عملی مورد نهی قرار گرفته است که حمل بر کراهت می‌شوند تا میان این روایات و روایاتی که صراحتاً چنین ازدواجی را حلال می‌دانند، جمع شود و یک دیدگاه آن است که چنین ازدواجی حرام است زیرا به ظاهر نهی عمل می‌شود [یعنی روایاتی که این ازدواج را نهی کرده‌اند، ظهور در حرمت دارند زیرا نهی، ظهور در حرمت دارد] و اگر زنی قابله بوده و تربیت نکرده باشد یا فقط تربیت کرده و قابله نباشد قطعاً حرام نخواهد بود [زیرا باید صفت قابله بودن و مربی بودن باهم در زن وجود داشته باشد تا ازدواج با وی حرام یا مکروه باشد] و با توجه به اطلاق روایات [که تعریفی از تربیت ارائه نداده‌اند، برای تشخیص معنای آن باید به عرف مراجعه کرد] و ملاک تربیت، همان است که [عرفاً] نامیده می‌شود. و نیز مکروه است که مردی با دختر زنی ازدواج کند که او را به دنیا آورده و تربیت کرده است زیرا این دختر به منزله خواهر اوست همانگونه که قابله به منزله مادر اوست [و علت کراهت ازدواج با دختر] بخاطر آن است که دختر نیز همراه با مادر در برخی روایات بیان شده است و لازم بود که مصنف نیز، دختر را بیان می‌کرد هر چند کسی قائل به ممنوعیت ازدواج با دختر نشده است و نیز مکروه است که مردی، دختر همسر خود را که بعد از جدایی از مادرش، به دنیا آورده است به عقد پسر خود درآورد. [فرض کنید محمد، همسر

خدیجه است و از همسر دیگرش پسری به نام علی دارد. محمد، خدیجه را طلاق می‌دهد و خدیجه با حسن ازدواج کرده و دختری به نام فاطمه به دنیا می‌آورد. ازدواج علی با فاطمه، مکروه است] و نیز مکروه است [که مردی پسر خود را به عقد] دخترکنیز خود درآورد که بعد از جدایی از آن مرد، این دختر را به دنیا آورده است زیرا امام باقر (ع) چنین ازدواجی را نهی کرده است [و حمل بر کراهت می‌شود تا میان این روایت و روایاتی که چنین ازدواجی را جایز می‌دانند جمع شده باشد] و علتی که برای کراهت ازدواج آورده می‌شود آن است که پدر این پسر به منزله پدر آن دختر است. و نیز مکروه است که دختر این مرد به ازدواج پسر آن زن درآید که بعد از جدایی، او را به دنیا آورده است [فرض کنید محمد، دختری به نام زینب دارد و با فاطمه ازدواج می‌کند و سپس فاطمه از او جدا شده و با مرد دیگری ازدواج می‌کند و پسری به نام علی از شوهر دومش به دنیا می‌آورد. ازدواج زینب و علی، مکروه است] و روایت شامل هر دو مورد می‌شود زیرا روایت، ازدواج فرزند مرد با فرزند زن را فرض کرده است [عبارت روایت، چنین است: «هل تحل ولدها من الآخر لولد الاول من غيرها» قال: «نعم» بنابراین کلمه «ولد» شامل پسر و دختر می‌شود اما مصنف فقط پسر مرد و دختر زن را فرض کرده است در حالیکه] اگر مصنف این مسأله را همانگونه که روایت فرض کرده است بیان می‌کرد، شامل هر دو مورد می‌شد. اما اگر زن، این دختر را قبل از ازدواج با این مرد [یعنی پدر زوج] به دنیا آورده باشد کراهتی ندارد زیرا نهی وجود ندارد و علت هم منتفی است [بنابراین اگر خدیجه، دختری به نام فاطمه داشته باشد و با علی ازدواج کند و علی نیز پسری به نام حسن داشته باشد و سپس خدیجه و علی از هم جدا شوند، ازدواج فاطمه و حسن، مکروه نیست زیرا پدر حسن به منزله پدر فاطمه نیست] و نیز مکروه است که کسی با هووی مادر خود ازدواج کند و در صورتی که هوو برای غیر پدرش باشد، اگر زوج، از وی جدا شود [فرض کنید حسن با فاطمه و زهرا ازدواج می‌کند و سپس هر دو را طلاق می‌دهد. آنگاه فاطمه با علی ازدواج کرده و پسری به نام حسین به دنیا می‌آورد. در اینجا ازدواج حسین با زهرا مکروه است زیرا زهرا قبل از آنکه فاطمه با علی ازدواج کند، هووی مادرش یعنی فاطمه بوده است] زیرا زواره از امام باقر (ع) روایت کرده است که فرمود: «دوست ندارم که مرد مسلمانی با زنی ازدواج کند

که هووی مادر او با غیر پدرش بوده است.» و این روایت هم شامل موردی می شود که آن مرد قبل از پدرش با مادر او ازدواج کرده باشد و هم موردی که آن مرد پس از پدرش با مادر او ازدواج کرده باشد. [یعنی در مثال بالا تفاوتی ندارد که حسن قبل از علی با فاطمه و زهرا ازدواج کرده باشد یا بعد از علی با آنها ازدواج کرده باشد بنابراین اگر علی با فاطمه ازدواج کند و پسری به نام حسین به دنیا آورند. آنگاه فاطمه از علی جدا شود و با حسن ازدواج کند و حسن، همسر دیگری به نام زهرا هم داشته باشد و سپس حسن، زهرا را طلاق بدهد، ازدواج حسین و زهرا مکروه است.]

(الْعَشْرُونَ: نِكَاحُ الشُّغَارِ) بِالْكَسْرِ، وَقِيلَ بِالْفَتْحِ أَيْضًا، (بِاطِلٌ) إِجْمَاعًا (وَهُوَ أَنَّ يُزَوَّجَ كُلُّ مِنَ الْوَلَدَيْنِ الْآخَرَ عَلَى أَنْ يَكُونَ بَضْعُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرًا لِلْآخَرِ) وَهُوَ نِكَاحٌ كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ. مَأْخُودٌ مِنَ الشَّغْرِ، وَهُوَ: رَفَعُ إِحْدَى الرَّجُلَيْنِ، إِمَّا لِأَنَّ النِّكَاحَ يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ. وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ: «أَشْغَرًا وَفَحْرًا؟»، أَوْ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ رَفَعَ الْمَهْرِ، أَوْ مِنْ قَبْلِ شَعَرِ الْبَلَدِ إِذَا خَلَا مِنَ الْقَاضِي وَالسُّلْطَانِ، لِيَخْلُوهُ مِنَ الْمَهْرِ، وَالْأَصْلُ فِي تَحْرِيمِهِ مَا رَوَى مِنَ النَّهْيِ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَلَوْ خَلَا الْمَهْرُ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بَطَلَ خَاصَّةً، وَلَوْ شَرَطَ كُلُّ مِنْهُمَا تَزْوِيجَ الْآخَرِ بِمَهْرٍ مَعْلُومٍ صَحَّ الْعَقْدَانِ وَبَطَلَ الْمُسَمَّى، لِأَنَّهُ شَرَطَ مَعَهُ تَزْوِيجَ وَهُوَ غَيْرُ لَازِمٍ، وَالنِّكَاحُ لَا يَقْبَلُ الْخِيَارَ فَيَبْتُتُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَكَذَا لَوْ زَوَّجَهُ بِمَهْرٍ وَشَرَطَ أَنْ يُزَوَّجَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ مَهْرًا.

مسأله بیستم - نکاح شغار براساس اجماع فقها، باطل است و شغار با کسره «شین» خوانده می شود و عده ای آن را با فتحه می خوانند. منظور از نکاح شغار آن است که هر یک از دو ولی، دختر خود را به ازدواج مولی علیه ولی دیگر درآورد به شرط اینکه بهره گیری جنسی از هر یک از زوجة ها، مهریه زوجة دیگر باشد و این نکاحی است که در زمان جاهلیت مرسوم بوده است و از ریشه «شغر» می آید که به معنای بلند کردن یکی از دو پاست [و علت نامگذاری نکاح به این نام] یا بخاطر آن است که نکاح منجر به بلند کردن پاها می شود [یعنی پاها بلند شده و گام ها برای ازدواج برداشته می شود] و عبارت «آیا کار زشتی می کنی و به آن فخر می فروشی» به همین معناست [یعنی نباید میان عمل زشت و فخر فروشی جمع کرد] و یا [علت نامیدن نکاح به این نام] بخاطر آن است که نکاح شغار به معنای فقدان مهریه است یا از قبیل خالی بودن شهر است

زمانی که خالی از قاضی و حاکم باشد زیرا عقد نیز خالی از مهریه است و دلیل اصلی برای حرمت چنین نکاحی، روایت پیامبر (ص) است و اگر خالی بودن از مهریه فقط در یک طرف باشد فقط همان عقد باطل است و اگر هر یک از طرفین، ازدواج طرف مقابل را در مقابل مهریه مشخصی قرار دهد، هر دو عقد صحیح است ولی مهریه باطل است [یعنی عقد صحیح است اما شرط ضمن عقد باطل می باشد و در مورد این مساله اختلاف نظر وجود دارد و عده ای چنین شرطی را مفسد عقد نکاح می دانند. علت بطلان مهریه آن است که] علاوه بر مهریه، ازدواج دختر طرف مقابل نیز شرط شده است در حالیکه این شرط، لازم نیست و از طرفی عقد نکاح، قابل فسخ نیست [تا بطلان شرط، حق فسخ بیاورد] بنابراین [مهرالمسمی باطل شده] و مهرالمثل ثابت می شود. و نیز [عقد صحیح است و مهرالمثل ثابت می شود] اگر شخصی، دختر خود را با مهریه مشخصی به عقد دیگری درآورد و شرط کند که طرف مقابل نیز دختر خود را به عقد او درآورد بدون اینکه مهریه ای تعیین کند [نکاح شغار بدین صورت است که مردی به دیگری می گوید دختر یا خواهرت را به ازدواج من درآورتا من هم دختر یا خواهرم را به عقد تو درآورم و مهریه هر کدام از آنها، بضع دیگری باشد و شغار به معنای خالی بودن است و عقد شغار را به این نام نامیده اند چون خالی از مهریه است و اگر مردی با دختر دیگری ازدواج کند و شرط نماید که طرف مقابل با دخترش یا شخص دیگری در مقابل مهریه معلوم ازدواج نماید، مهریه باطل است به تفصیلی که بیان شد اما برخی از فقها عقد را هم باطل می دانند. در مورد علت بطلان نکاح شغار عده ای گفته اند بخاطر معلق شدن عقد، باطل می شود و عده ای هم تشریک در بضع را علت بطلان می دانند زیرا بضع مشترک است میان اینکه مهریه زوجه و ملک زوج قرار گیرد.]

(الْفَصْلُ الرَّابِعُ: فِي نِكَاحِ الْمُتْعَةِ)

وَهُوَ النِّكَاحُ الْمُتَقَطِّعُ (وَلَا خِلَافَ) بَيْنَ الْإِمَامِيَّةِ (فِي شَرْعِيَّتِهِ) مُسْتَمِرًّا إِلَى الْآنَ، أَوْ لَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَاطِبَةً فِي أَصْلِ شَرْعِيَّتِهِ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا بَعْدَ ذَلِكَ فِي نَسْخِهِ. (وَالْقُرْآنُ) الْكَرِيمُ (مُصَرِّحٌ بِهِ) فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ اتَّفَقَ جُمهُورُ الْمُفَسِّرِينَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ نِكَاحُ الْمُتْعَةِ، وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْبَيْتِ عَلَيْهِمْ عليهم السلام عَلَى ذَلِكَ، وَرَوَى عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْهُمْ أَبِي بَنْ كَعْبٍ، وَابْنُ عَبَّاسٍ، وَابْنُ مَسْعُودٍ أَنَّهُمْ قَرَأُوا ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مَسْمُومٍ﴾.

(وَدَعَوَى نَسْخِهِ) أَيُّ: نَسَخَ جَوَازَهُ مِنَ الْجُمُهورِ (لَمْ تَثْبُتْ)، لِتَنَاقُضِ رَوَايَاتِهِمْ بِنَسْخِهِ، فَإِنَّهُمْ رَوَوْا عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ، وَرَوَوْا عَنِ الرَّبِيعِ بْنِ سَبْرَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: شَكُونَا الْعُرْبَةَ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَقَالَ: «اسْتَمْتِعُوا مِنْ هَذِهِ النِّسَاءِ» فَتَزَوَّجْتُ امْرَأَةً ثُمَّ عَدَوْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَهُوَ قَائِمٌ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالبَابِ وَهُوَ يَقُولُ: «إِنِّي كُنْتُ قَدْ أَذْنْتُ لَكُمْ فِي الْإِسْتِمْتَاعِ أَلَا وَإِنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَهَا إِلَيَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».

وَمِنَ الْمَعْلُومِ ضَرُورَةُ مِنْ مَذْهَبِ عَلِيٍّ وَأَوْلَادِهِ عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حُلُّهَا وَإِنْكَارُ تَحْرِيمِهَا بِالْغَايَةِ، فَالرَّوَايَةُ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام بِخِلَافِهِ بَاطِلَةٌ.

ثُمَّ الْإِذْرَامُ مِنَ الرُّوَايَتَيْنِ أَنَّ تَكُونَ قَدْ نُسِخَتْ مَرَّتَيْنِ، لِأَنَّ إِنْجَاحَهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ أَوَّلًا نَاسِخَةٌ لِتَحْرِيمِهَا يَوْمَ خَيْبَرَ وَلَا قَائِلَ بِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَيَتَوَجَّهُ إِلَى خَبَرِ سَبْرَةَ الطَّعْنُ فِي سَنَدِهِ، وَاخْتِلَافُ الْأَفْظَاظِ وَمُعَارَضَتُهُ لِغَيْرِهِ. وَرَوَوْا عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْهُمْ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ، وَابْنُ مَسْعُودٍ، وَسَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ وَعِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ، وَأَنَسُ بْنُ مَالِكٍ أَنَّهُمَا لَمْ تُنْسَخْ. وَفِي «صَحِيحِ مُسْلِمٍ» بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَطَاءٍ قَالَ: «قَدِمَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ مُعْتَمِرًا فَجِئْنَاهُ فِي مَنْزِلِهِ فَسَأَلَهُ الْقَوْمُ عَنْ أَشْيَاءَ ثُمَّ ذَكَرُوا الْمُتْعَةَ فَقَالَ: نَعَمْ اسْتَمْتَعْنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ» وَهُوَ صَرِيحٌ فِي بَقَاءِ شَرْعِيَّتِهَا بَعْدَ مَوْتِ النَّبِيِّ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ غَيْرِ نَسْخٍ.

(وَتَحْرِيمُ بَعْضِ الصَّحَابَةِ) وَهُوَ عُمَرُ (إِيَّاهُ تَشْرِيعُ) مِنْ عِنْدِهِ (مَرْدُودٌ عَلَيْهِ)، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بِطَرِيقِ الْأُجْتِهَادِ فَهُوَ بَاطِلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ إِجْمَاعاً، وَإِنْ كَانَ بِطَرِيقِ الرَّوَايَةِ، فَكَيْفَ خَفِيَ ذَلِكَ عَلَى الصَّحَابَةِ أَجْمَعَ فِي بَقِيَّةِ زَمَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَجَمِيعِ خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ وَبَعْضِ خِلَافَةِ الْمُحَرَّمِ، ثُمَّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَحْرِيمَهُ مِنْ عِنْدِهِ لَا بِطَرِيقِ الرَّوَايَةِ، قَوْلُهُ فِي الرَّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عَنْهُ بَيْنَ الْفَرِيقَيْنِ: «مُتَعَتَانِ كَانَتَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَلَالًا وَأَنَا أَنْهَى عَنْهُمَا وَأُعَاقِبُ عَلَيْهِمَا» وَلَوْ كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدْ نَهَى عَنْهُمَا فِي وَقْتٍ مِنَ الْأَوْفَاتِ لَكَانَ إِسْنَادُهُ إِلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْلَى وَأَدْخَلَ فِي الزَّجْرِ، وَرَوَى شُعْبَةُ عَنِ الْحَكَمِ بْنِ عُتَيْبَةَ - وَهُوَ مِنْ أَكَابِرِهِمْ - قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ هَذِهِ الْآيَةِ ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ﴾ أَمْسُوخُهُ هِيَ؟ قَالَ: «لَا» ثُمَّ قَالَ الْحَكَمُ: قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَوْ لَا أَنَّ عُمَرَ نَهَى عَنِ الْمُتْعَةِ مَا زَنَى إِلَّا شَقِيٌّ» وَفِي صَحِيحِ التِّرْمِذِيِّ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الشَّامِ سَأَلَ ابْنَ عُمَرَ عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ فَقَالَ: هِيَ حَلَالٌ فَقَالَ: إِنْ أَبَاكَ قَدْ نَهَى عَنْهَا، فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ أَبِي قَدْ نَهَى عَنْهَا وَقَدْ وَضَعَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَتَرَكُ السُّنَّةَ وَتَتَّبِعُ قَوْلَ أَبِي؟!

وَأَمَّا الْأَخْبَارُ بِشَرْعِيَّتِهَا مِنْ طَرِيقِ أَهْلِ الْبَيْتِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فَبِالْغَلَّةِ أَوْ كَادَتْ أَنْ تَبْلُغَ حَدَّ التَّوَاتُرِ، لِكَثَرَتِهَا، حَتَّى أَنَّهُ مَعَ كَثَرَةِ اخْتِلَافِ أَخْبَارِنَا الَّذِي أَكْثَرُهُ بِسَبَبِ التَّقْيُّنِ، وَكَثَرَةِ مُخَالَفَتِهَا فِيهِ لَمْ يُوجَدْ خَيْرٌ وَاحِدٌ مِنْهَا يَدُلُّ عَلَى مَنَعِهِ وَذَلِكَ عَجِيبٌ.

فصل چهارم - در نکاح متعه یا نکاح منقطع است

میان فقهای امامیه اختلافی در مشروعیت نکاح متعه که همان نکاح منقطع است وجود ندارد و این مشروعیت تا زمان حاضر، استمرار داشته است و تمامی مسلمانان، اصل مشروعیت آن را قبول دارند هر چند پس از مشروعیت نکاح متعه در مورد نسخ آن، اختلاف پیدا کرده‌اند و قرآن کریم نیز به آن تصریح کرده است در [آیه ۲۳ سوره نساء که می‌فرماید]: «پس هر چه از آن زن‌ها بهره جنسی می‌برید، اجرت آن را به ایشان بدهید.» و تمامی علمای تفسیر اتفاق نظر دارند که منظور از آیه، نکاح متعه است و اهل بیت (ع) نسبت به مشروعیت نکاح متعه، اتفاق نظر دارند و از گروهی از صحابه

مانند ابی بن کعب و ابن عباس و ابن مسعود روایت شده است که آیه را چنین قرائت کرده‌اند: «پس هر چه که از آن زنان تا زمان معینی بهره جنسی بردید.» و ادعای نسخ شدن جواز نکاح متعه از سوی فقهای اهل سنت، ثابت نشده است زیرا روایات ایشان در مورد نسخ آیه قرآن، متناقض است زیرا از حضرت علی (ع) روایت کرده‌اند که پیامبر (ص) در روز خیبر، نکاح متعه با زنان را نهی کرد [صحیح مسلم، کتاب النکاح، ج ۴، ص ۱۳۴ و ۱۳۵] و نیز از ربیع بن سُبَره از پدرش روایت کرده‌اند که گفت در حجة الوداع از [سختی] عذب بودن نزد پیامبر، شکوه کردیم و ایشان فرمود: «از این زنان بهره بگیرید.» پس با زنی ازدواج کردم و سپس فردا نزد رسول خدا رفتم که میان رکن و باب ایستاده بود و می‌فرمود: «من این کار را برای بهره‌گیری جنسی شما، اجازه دادم اما بدانید که خداوند آن را تا روز قیامت ممنوع کرده است.» و از مذهب حضرت علی (ع) و اولاد وی ضرورتاً مشخص است که نکاح متعه حلال می‌باشد و حرمت آن تا روز قیامت [و یا حرمت شدید آن] را انکار کرده‌اند و نقل روایت از حضرت علی (ع) برخلاف آن، باطل و مردود است. مضافاً بر اینکه لازمه این دو روایت آن است که نکاح متعه، دو مرتبه تحریم و نسخ شده باشد زیرا مباح شدن اولیّه آن در حجة الوداع، حرمت آن در روز خیبر را نسخ کرده است [یعنی نکاح متعه ابتدا در روز خیبر، تحریم و نسخ شد و سپس در روز حجة الوداع، حرمت روز خیبر از بین رفت و مباح شد و دوباره در همان حجة الوداع، حرام گردید زیرا روایت حضرت علی (ع) می‌گوید که روز خیبر، تحریم شد و روایت ربیع بن سُبَره می‌گوید که در حجة الوداع، حرام شد] در حالیکه هیچکس، دو مرتبه نسخ شدن و تحریم نکاح متعه را بیان نکرده است مضافاً بر اینکه سند روایت سُبَره، مشکوک و ضعیف است [زیرا فقط ربیع، پسر سُبَره آن را روایت کرده است و ربیع شخص ناشناسی است که جز همین روایت، روایت دیگری از او نقل نشده است] و الفاظ آن [در کتابهای روایی] به صورت مختلف بیان شده است و با سایر روایات [که نکاح متعه را جایز می‌دانند] تعارض دارد و از گروهی از صحابه مانند جابر بن عبدالله و عبدالله بن عباس و ابن مسعود و سلمة بن اکوع و عمران بن حصین و انس بن مالک، روایت شده است که مشروعیت نکاح متعه، نسخ نشده است و در صحیح مسلم، روایتی با اسناد به عطاء بیان می‌دارد: «جابر بن عبدالله از عمره

بازگشت و ما به منزل او رفتیم و مردم در مورد مسائل مختلف از او سؤال می‌کردند و از او متعه هم پرسیدند پس جابر گفت: بله مادر زمان پیامبر (ص) و ابوبکر و عمر، متعه نمودیم» و این روایت تصریح دارد که مشروعیت نکاح متعه بعد از فوت پیامبر نیز برقرار بوده و نسخ نشده است و اینکه برخی از صحابه یعنی عمر، نکاح متعه را حرام دانسته‌اند، تشریح از جانب خودش بوده و مردود است زیرا اگر این کار از طریق اجتهاد و استنباط باشد که به اجماع فقها در مقابل نصّ و روایت، باطل است و اگر از طریق روایت بوده است پس چرا این روایت از دید همه صحابه در باقیمانده عمر پیامبر و در تمامی دوره خلافت ابوبکر و مقداری از خلافت کسی که آن را حرام اعلام کرد [یعنی عمر] مخفی مانده است و آنچه که نشان می‌دهد، عمر از پیش خودش و نه از طریق روایت، نکاح متعه را حرام کرده است، سخن خود او در روایتی است که میان شیعه و سنی مشهور است [و ایشان در این روایت می‌گویند]: «دو متعه در زمان پیامبر (ص) حلال بود اما من از آنها نهی می‌کنم و بخاطر آنها مجازات می‌کنم». پس اگر پیامبر (ص) در زمانی از زمانها، این دو متعه را نهی کرده بود، شایسته بود که عمر این نهی را به پیامبر نسبت دهد تا مردم بهتر از آن دوری کنند. شعبه از حکم بن عبّیه که جزء بزرگان اهل سنت است چنین روایت کرده است که از حکم بن عتیبه در مورد آیه «فما استمتعتم به منهنّ» سؤال کردم که آیا نسخ شده است؟ وی گفت: «نه» سپس حکم گفت: علی بن ابی طالب (ع) فرمود: «اگر عمر، متعه را نهی نمی‌کرد، فقط مرد شقی زنا می‌کرد.» و در صحیح ترمذی آمده است که مردی از اهالی شام از پسر عمر درباره متعه زنان سؤال کرد و او گفت که حلال است. آن مرد گفت: پدر تو آن را نهی کرده است. پسر عمر گفت: به گمان تو اگر پدر من آن را نهی کرده باشد در حالی که رسول خدا (ص) آن را سنت قرار داده است، آیا سنت را رها کرده و سخن پدر مرا پیروی می‌کنی؟» و اما روایتی که از طریق ائمه معصومین (ع) در مورد مشروعیت نکاح متعه وارد شده است، فراوان می‌باشد و شاید به دلیل فراوانی آنها به حدّ تواتر برسد و حتی با وجود اختلافهای زیادی که در روایات ما وجود دارد و اکثر این اختلافها بخاطر تقیه است و حتی با وجود فراوانی مخالفان مادر مورد نکاح متعه، با این حال یک روایت در میان این روایت‌ها وجود ندارد که نکاح متعه را ممنوع بداند و

این، مسأله عجیبی است. [مرحوم سید محمد کلانتر در تعلیق بر شرح لمعه، تحقیق مفصلی را در مورد نکاح متعه انجام داده‌اند که بیان خلاصه آن مفید می‌باشد: قرآن مجید، نکاح متعه را جایز دانست و در زمان پیامبر و ابوبکر نیز به آن عمل می‌شد تا زمان عمر که آن را ممنوع ساخت. اهل سنت اعتقاد دارند که مشروعیت نکاح متعه نسخ شده است اما فقهای شیعه آن را معتبر و مستمر می‌دانند زیرا جز نهی عمر، دلیل معتبری از قرآن و روایات برای نسخ آن وجود ندارد. در مورد اینکه آیه ۲۴ سوره نساء مربوط به نکاح موقت می‌باشد تردیدی وجود ندارد زیرا آیه در زمانی نازل شد که مردم، نکاح موقت را انجام می‌دادند و منظور از اجرت در عقد نکاح نیز چیزی جز مهریه نیست و نحوه بیان آیه نیز همین مطلب را می‌فهماند زیرا در میان آیات مربوط به نکاح بیان شده است. همچنین مفسران شیعی و سنی هم آیه را در مورد نکاح موقت دانسته‌اند هر چند گروهی مانند جصاص، آن را در مورد نکاح دائم دانسته‌اند. عده‌ای از علمای اهل سنت مانند فخر رازی و ابن رشد اندلسی و سیوطی، آیه را منسوخ می‌دانند و روایاتی را در این زمینه بیان کرده‌اند و عمده آنها عمر را تحریم کننده نکاح متعه می‌دانند و البته می‌گویند که عمر از پیش خودش آن را نهی نکرده است و گر نه همانگونه که فخر رازی گفته است، عمر کافر می‌شد بلکه بخاطر نهی پیامبر، آن را نهی کرده است. ایشان دلایل دیگری را هم برای حرمت متعه بیان کرده‌اند از جمله اینکه نزدیکی فقط با زوج و مملوکه جایز است در حالیکه زن با نکاح موقت، زوجة انسان نمی‌شود زیرا ارث و عده و نسب را در پی ندارد. کسانی که آیه «فما استمتعتم به منهن» را منسوخ می‌دانند به آیه «والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم او مملکت ایمانهم فانهم غیر ملومین فمن ابتغی وراء ذلک فاولئک هم العادون» استناد می‌کنند زیرا این آیه فقط زوج و مملوکه را مباح می‌داند و اشاره‌ای به نکاح متعه ندارد اما نسخ آیه مربوط به نکاح موقت توسط این آیه بعید است زیرا آیه دوم در سوره مؤمنون بیان شده است که سوره‌ای مکی می‌باشد و آیه اول که در سوره نساء آمده است، سوره‌ای مدنی می‌باشد بنابراین آیه دوم قبل از آیه اول، نازل شده است پس چگونه می‌تواند ناسخ آن باشد! بنابراین دلیلی برای نسخ آیه و حرمت نکاح متعه بعد از اباحه و جواز آن وجود ندارد.]

(وَإِجَابُهُ كَالدَّائِمِ) بِأَحَدِ الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ، وَلَا إِشْكَالَ هُنَا فِي مَتَعُكَ، (وَقَبُولُهُ

كَذَلِكَ، وَيَزِيدُ) هُنَا (ذَكَرَ الْأَجَلَ) الْمَضْبُوطِ الْمَحْرُوسِ عَنِ الزِّيَادَةِ وَ النُّقْصَانِ (وَ ذَكَرَ الْمَهْرَ) الْمَضْبُوطِ كَذَلِكَ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ، أَوْ الْعَدَدِ مَعَ الْمُشَاهِدَةِ أَوْ الْوَصْفِ الرَّافِعِ لِلْجَهَالَةِ، وَلَوْ أَخْلَّ بِهِ بَطَلَ الْعَقْدِ بِخِلَافِ الدَّائِمِ. (وَ حُكْمُهُ كَالدَّائِمِ فِي جَمِيعِ مَا سَلَفَ) مِنْ الْأَحْكَامِ شَرْطًا وَ لَا يَأْتِي، وَ تَحْرِيمًا بِنَوْعِيهِ (إِلَّا مَا اسْتُثْنِيَ) مِنْ أَنَّ الْمُنْعَةَ لَا تَنْحَصِرُ فِي عَدَدٍ وَ نَصَابٍ وَ أَنَّهَا تَصَحُّ بِالْكِتَابِيَّةِ ابْتِدَاءً.

(وَ لَا تَقْدِيرُ فِي الْمَهْرِ قِلَّةً وَ كَثَرَةً)، بَلْ مَا تَرَاضِيَا عَلَيْهِ مِمَّا يُتَمَوَّلُ، وَلَوْ بِكَفٍّ مِنْ بُرٍّ، وَ قَدَرَهُ الصَّدُوقُ بِدِرْهَمٍ،

و ايجاب نکاح موقت مانند نکاح دائم با یکی از الفاظ سه گانه منعقد می شود [یعنی: انکحت؛ زوجت؛ متعت] و در اینجا اشکالی در لفظ «متعت» وجود ندارد [برخلاف عقد دائم که گروهی این لفظ را برای عقد دائم جایز نمی دانستند] و قبول نکاح موقت نیز مانند قبول نکاح دائم است [یعنی با لفظ «قبلت النکاح» و «قبلت التزویج» و «قبلت التمتع» منعقد می شود] و در اینجا ذکر مدت هم اضافه می شود یعنی مدتی که قابل زیادی و نقصان نباشد و مهریه هم باید ذکر شود و مهریه نباید قابل زیادی و نقصان باشد و باکیل یا وزن یا عدد تعیین شود و همراه با مشاهده یا توصیفی باشد که جهالت را برطرف سازد و اگر مهریه را ذکر نکند، عقد نکاح باطل می شود برخلاف عقد دائم [که عدم ذکر مهریه موجب بطلان نکاح نمی شود] و حکم عقد موقت در تمامی احکامی که قبلاً بیان شد از نظر شرط و ولایت و حرمت عینی و جمعی، مانند نکاح دائم است [منظور از حرمت عینی، حرمت زنانی همچون مادر و خواهر است و منظور از حرمت جمعی، جمع میان دو خواهر است و این زنان همانگونه که در نکاح دائم بر مرد حرام بودند و در عقد موقت نیز حرام هستند]. مگر احکامی که استثنا شده است [و مخصوص نکاح متعه می باشد] مانند اینکه نکاح متعه، منحصر در تعداد و نصاب خاصی نیست [بنابراین با زنان زیادی می توان ازدواج موقت نمود] و مانند اینکه نکاح موقت ابتدایی با زن کافر کتابی جایز است [برخلاف نکاح دائم که به صورت ابتدایی با چنین زنی جایز نیست] و مهریه هم از نظر حداقل و حداکثر، محدودیتی ندارد بلکه هر چه که مورد تراضی قرار گیرد و مالیت داشته باشد [ممکن است بعنوان مهریه قرار داده شود] هر چند به اندازه یک مشت گندم باشد اما مرحوم صدوق مقدار

آن را به اندازة يك درهم قرار داده است.

(وَكَذَا) لَا تَقْدِيرَ (فِي الْأَجَلِ) قَلَّةٌ وَكَثْرَةٌ، وَشَدَّ قَوْلُ بَعْضِ الْأَصْحَابِ بِتَقْدِيرِهِ قَلَّةً بِمَا بَيْنَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَالزَّوَالِ (وَلَوْ وَهَبَهَا الْمُدَّةُ قَبْلَ الدُّخُولِ فَعَلَيْهِ نَصْفُ الْمُسَمَى) كَمَا لَوْ طَلَّقَ فِي الدَّوَامِ قَبْلَهُ، وَفِي الْخَاقِ هَبَّةٌ بَعْضُ الْمُدَّةِ قَبْلَهُ بِالْجَمِيعِ نَظَرٌ، وَالْأَصْلُ يَقْضِي عَدَمَ السَّقُوطِ، وَلَوْ كَانَتْ الْهَبَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ لِلْجَمِيعِ أَوْ الْبَعْضِ لَمْ يَسْقُطْ مِنْهُ شَيْءٌ قَطْعًا، لِاسْتِفْرَارِهِ بِالْدُّخُولِ وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذِهِ الْهَبَةَ إِسْقَاطٌ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ فَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ. (وَلَوْ أَخَلَّتْ بِشَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ) اخْتِيَارًا، قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ (قَاصِّهَا) مِنَ الْمَهْرِ بِنِسْبَةِ مَا أَخَلَّتْ بِهِ مِنَ الْمُدَّةِ بَأَنِّ يَبْسُطُ الْمَهْرَ عَلَى جَمِيعِ الْمُدَّةِ وَيَسْقُطُ مِنْهُ بِحِسَابِهِ حَتَّى لَوْ أَخَلَّتْ بِهَا أَجْمَعَ سَقَطَ عَنْهُ الْمَهْرُ.

وَلَوْ كَانَ الْمَنْعُ لِعُدْرِ كَالْحَيْضِ، وَالْمَرَضِ، وَالْخَوْفِ مِنْ ظَالِمٍ، لَمْ يَسْقُطْ بِاعْتِبَارِهِ شَيْءٌ. وَيُحْتَمَلُ ضَعِيفًا السَّقُوطُ بِالنِّسْبَةِ كَالِاخْتِيَارِيِّ، نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ الْإِسْتِمْنَاعِ بِقَرْبِهِ مِنَ الْمَنْعِ الْإِخْتِيَارِيِّ، وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْإِخْتِيَارِيِّ وَالْإِضْطِرَّارِيِّ وَضَعْفُهُ ظَاهِرٌ، وَفِي رِوَايَةٍ عَمْرٍ بِنِ حَنْظَلَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَا يُدَلُّ عَلَى الْحُكْمَيْنِ وَإِطْلَاقِ الْمُفَاصَّةِ عَلَى ذَلِكَ الْوُجْهِ مَجَازًا، لِأَنَّ مُجَرَّدَ إِخْلَالِهَا بِالْمُدَّةِ، يُوجِبُ سَقُوطَ مُقَابَلِهَا مِنَ الْعَوَضِ الْآخَرِ، وَمِثْلُ هَذَا لَا يُعَدُّ مُفَاصَّةً وَلَوْ مَا تَتْ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ أَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَأَوْلَى بِعَدَمِ سَقُوطِ شَيْءٍ كَالدَّائِمِ.

(وَلَوْ أَخَلَّ بِالْأَجَلِ) فِي مَتْنِ الْعَقْدِ (انْقَلَبَ دَائِمًا، أَوْ بَطَلَ عَلَى خِلَافٍ) فِي ذَلِكَ مَنْشُؤُهُ: مِنْ صِلَاحِيَّةِ أَصْلِ الْعَقْدِ لِكُلِّ مِنْهُمَا، وَإِنَّمَا يَتِمَحَّضُ لِلْمُنْعَةِ بِذِكْرِ الْأَجَلِ وَلِلدَّوَامِ بَعْدَمِهِ، فَإِذَا انْتَفَى الْأَوَّلُ ثَبَتَ الثَّانِي، لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعَقْدِ الصَّحَّةُ، وَمُوثَقَةُ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِنْ سُمِّيَ الْأَجَلُ فَهُوَ مُنْعَةٌ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ الْأَجَلُ فَهُوَ نِكَاحٌ بَاقٍ» وَعَلَى هَذَا عَمِلَ الشَّيْخُ وَالْأَكْثَرُ وَمِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ.

وَمِنْ أَنَّ الْمُنْعَةَ شَرْطُهَا الْأَجَلُ إِجْمَاعًا وَالْمَشْرُوطُ عَدَمُ عَدَمِ شَرْطِهِ، وَلِصَحِيحَةِ زُرَّارَةَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ «لَا تَكُونُ مُنْعَةٌ إِلَّا بِأَمْرَيْنِ: بِأَجَلٍ مُسَمًّى، وَاجْرٍ مُسَمًّى»، وَأَنَّ الدَّوَامَ لَمْ يُقْصَدْ، وَالْعُقُودُ تَابِعَةٌ لِلْقُصُودِ، وَصِلَاحِيَّةُ الْإِيجَابِ لَهُمَا لَا يُوجِبُ حَمْلَ الْمُشْتَرَكِ عَلَى أَحَدٍ مَعْنِيَّتِهِ مَعَ إِزَادَةِ الْمَعْنَى الْآخَرِ الْمُبَايِنِ لَهُ وَهَذَا هُوَ الْأَقْوَى، وَالرِّوَايَةُ لَيْسَ فِيهَا تَصَرُّيحٌ بِأَنَّهُمَا أَرَادَا الْمُنْعَةَ وَآخِلًا بِالْأَجَلِ، بَلْ مَضْمُونُهَا أَنَّ النِّكَاحَ مَعَ الْأَجَلِ مُنْعَةٌ، وَبِدُونِهِ دَائِمٌ وَ

لَا نِزَاعَ فِيهِ.

وَأَمَّا الْقَوْلُ بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَعَ بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوْ النِّكَاحِ انْقَلَبَ دَائِمًا، أَوْ بِلَفْظِ التَّمَتُّعِ بَطْلًا، أَوْ بِأَنَّ تَرَكَ الْأَجَلَ إِنْ كَانَ جَهْلًا مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا، أَوْ نِسْيَانًا كَذَلِكَ بَطْلًا، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا انْقَلَبَ دَائِمًا، فَقَدْ ظَهَرَ ضَعْفُهُ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ، فَالْقَوْلُ بِالْبُطْلَانِ مُطْلَقًا مَعَ قَصْدِ التَّمَتُّعِ الَّذِي هُوَ مَوْضِعُ النِّزَاعِ أَوْجَهُ.

همچنین مدت نکاح موقت از جهت حداقل و حداکثر، محدودیتی ندارد و سخن برخی از فقهای شیعه، ضعیف است که مدت نکاح موقت را از جهت حداقل به اندازه زمان میان طلوع و زوال خورشید می‌دانند [نمی‌توان نکاح موقت را برای یک یا چند مرتبه نزدیکی، منعقد کرد بلکه باید زمان داشته باشد] و اگر زوج قبل از نزدیکی، مدت را به زن ببخشد باید نصف مهریه‌ای را که تعیین شده است بپردازد همانگونه که اگر در عقد دائم، قبل از نزدیکی، زن را طلاق می‌داد [باید نصف مهریه را می‌پرداخت. اگر مرد تمام مهریه را پرداخته باشد نصف آن را پس می‌گیرد] و در مورد الحاق بخشیدن مقداری از مدت، قبل از نزدیکی به بخشیدن تمام مدت، تأمل وجود دارد [در اینجا دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال آن است که اگر مقداری از مدت هم بخشیده شود مانند صورتی که تمام مدت بخشیده می‌شود باید زوج، نصف مهریه را بدهد. احتمال دیگر آن است که معادل هر مقداری از زمان که بخشیده شده باشد، مهریه پرداخت می‌گردد یعنی نصف مهریه را معادل زمان بخشیده شده، تجزیه و تقسیط می‌کنند] و اصل اقتضا می‌کند که چیزی از مهریه ساقط نشود [یعنی نصف مهریه پرداخت شود] و اگر بخشیدن تمام یا مقداری از مدت، بعد از نزدیکی باشد [یعنی تمام مدت باقیمانده بعد از نزدیکی یا مقداری از آن بخشیده شود] قطعاً چیزی از مهریه کم نمی‌شود [و باید تمام مهریه پرداخت شود] زیرا مهریه با نزدیکی بر ذمه زوج، مستقر شده است. ظاهر آن است که بخشیدن مدت، اسقاط حق است و به منزله ابراء می‌باشد بنابراین نیازی به قبول زن ندارد [برخلاف هبه که عقد است و نیاز به قبول دارد]. و اگر زن در مدتی از زمان زوجیت، اخلال در وظیفه زوجیت نماید [یعنی از زوجه تمکین ننماید] و این اخلال با اختیار و اراده زن صورت گیرد اعم از اینکه قبل از نزدیکی یا بعد از نزدیکی باشد، زن را به نسبت زمانی که تمکین صورت نگرفته است از مهریه تقاص می‌کند یعنی مهریه

را بر تمام مدت توزیع کرده و به همان نسبت کم می‌کند [مثلاً اگر مهریه معادل ده میلیون تومان بوده و عقد هم برای ده ماه منعقد شده باشد و زن به مدت یک ماه تمکین نکند، یک میلیون تومان از مهریه وی کسر می‌شود] و حتی اگر زن در تمام مدت تمکین نکند، تمامی مهریه از عهدهٔ مرد ساقط می‌شود] و اگر تمکین نکردن بخاطر عذری مانند حیض بودن و بیماری و ترس از ظالم باشد، چیزی از مهریه بخاطر عدم تمکین، کسر نمی‌شود و احتمال ضعیفی نیز وجود دارد که در اینجا هم مانند عدم تمکین اختیاری مهریه به نسبت زمان عدم تمکین کسر شود زیرا مهریه در مقابل تمکین و بهره‌گیری جنسی قرار داده می‌شود و قرینهٔ این مطلب، عدم تمکین اختیاری است [یعنی در عدم تمکین اختیاری دیدیم که مهریه در مقابل استمتاع قرار داده می‌شد] و این قرار گرفتن مهریه در مقابل استمتاع، میان تمکین اختیاری و تمکین اضطراری، مشترک است اما ضعف این احتمال، روشن است [زیرا جزم به این سخن وجود ندارد و دلیلی هم جز استنباط شخصی برای آن وجود ندارد و در مورد بطلان این احتمال، دلیل خاص وجود دارد زیرا] در روایت عمر بن حنظله از امام صادق، عبارتی آمده است که دلالت بر سقوط مهریه در عدم تمکین اختیاری و عدم سقوط آن در عدم تمکین اضطراری می‌نماید و اطلاق کلمهٔ «تقاص» بر این حالت [یعنی کم کردن مهریه بخاطر عدم تمکین اضطراری] مجازی است زیرا صرف عدم تمکین زن در پاره‌ای از زمان، موجب سقوط عوض آن [یعنی مهریه] می‌شود در حالیکه به کم شدن عوض بدین صورت، تقاص گفته نمی‌شود [زیرا تقاص یک عمل ارادی است اما در اینجا تحقق عملیات کم شدن مهریه به ارادهٔ مرد نیست بلکه به محض عدم تمکین، مهریه خود بخود ساقط می‌شود پس نباید مصنف واژهٔ «تقاص» را بکار می‌برد زیرا در معنای واقعی خود بکار نرفته است] و اگر زن در خلال مدت زوجیت فوت نماید یا قبل از نزدیکی فوت کند، پس اولویت دارد که چیزی از مهریه کسر نشود همانگونه که در عقد دائم، فوت زن موجب سقوط مهریه نمی‌شود [و از طرفی عدم تمکین در اینجا مستند به عمل زن نیست بنابراین اضطرار آن قوی‌تر از اضطرارهایی همچون بیماری و حیض است پس عدم سقوط مهریه نسبت به آن موارد، اولویت دارد] اگر مدت در متن عقد نکاح موقت ذکر نشود اختلاف نظر وجود دارد که آیا عقد موقت تبدیل به عقد دائمی می‌شود یا

باطل می‌گردد. منشأ این اختلاف [در این است که پیروان نظریه تبدیل عقد موقت به عقد دائم چنین استدلال می‌کنند که] اصل عقد نکاح، صلاحیت دائمی بودن یا موقت بودن را دارد و زمانی اختصاص به عقد موقت پیدا می‌کند که مدت در آن ذکر شود و اگر مدت ذکر نشود، عقد دائمی خواهد بود بنابراین وقتی موقت بودن عقد [به دلیل عدم ذکر مدت] منتفی شد، دائمی بودن آن ثابت می‌گردد زیرا اصل در عقد آن است که صحیح باشد [و دلیل دیگر برای این نظریه] خبر موثق ابن بُگیر از امام صادق (ع) که فرمود: «اگر مدت ذکر شود، عقد متعه است و اگر مدت ذکر نشود، عقد نکاح دائمی است.» و این نظریه مورد عمل مرحوم شیخ طوسی و اکثر فقها از جمله مصنف در کتاب شرح ارشاد قرار گرفته است [اما دلیل بطلان این عقد] چنین است که شرط عقد متعه به اجماع فقهای شیعه آن است که مدت در آن ذکر شود و مشروط [یعنی عقد] در صورت فقدان شرط، معدوم می‌شود [و از بین می‌رود یعنی عقد نکاح باطل می‌شود چون شرط آن که همان مدت است وجود ندارد. دلیل دیگر برای نظریه بطلان] روایت صحیحی از زراره از امام (ع) که فرمود: «عقد متعه جز با دوام، محقق نمی‌شود: به مدت معین و به مهریه معین [دلیل دیگر برای بطلان اینکه] دوام چنین عقدی، قصد نشده است [زیرا قصد طرفین آن بوده که عقد موقت را منعقد کنند و این در حالی است که عقود تابع قصد می‌باشند] بنا بر آنچه که واقع گردیده، قصد نشده است و آنچه که قصد شده، واقع نگردیده است. دلیل دیگر آن است که] صلاحیت داشتن صیغه برای عقد موقت و عقد دائم، سبب نمی‌شود که لفظ مشترک [یعنی مشترک لفظی] حمل بر یک معنا شود در حالیکه معنای دیگری که مباین با آن است، اراده شده است [یعنی گرچه لفظ نکاح بدون مدت، صلاحیت دارد که نکاح متعه و نکاح دائم را منعقد سازد اما نمی‌توان این لفظ را حمل بر نکاح دائم نمود زیرا طرفین، نکاح موقت را اراده کرده‌اند که مباین نکاح دائم است. شهیدثانی نظریه دوم را ترجیح داده می‌فرماید:] و این نظریه قوی‌تر است و روایت [ابن بُگیر] تصریحی ندارد به صورتی که طرفین عقد، نکاح متعه را اراده کرده و مدت را بیان نکرده باشد بلکه معنایش آن است که نکاح با مدت، نکاح متعه است و نکاح بدون مدت، نکاح دائم است و اختلافی در این معنا، وجود ندارد. اما دیدگاه دیگری که می‌گوید چنانچه عقد نکاح بالفظ «تزویج» و «نکاح» منعقد شده

باشد تبدیل به عقد دائم می‌شود و اگر بالفظ «تمتع» [یعنی «متعت»] واقع شده باشد، عقد باطل می‌شود، یا دیدگاه دیگری که می‌گوید اگر مدت بخاطر جهل یا فراموشی طرفین عقد یا جهل یا فراموشی یکی از آنها، ذکر نشده باشد، عقد باطل می‌شود و اگر عمداً ذکر نشده باشد، تبدیل به عقد دائم می‌گردد [این نظریه که منتسب به ابن ادریس است، صحیح نیست] و ضعف آنها از آنچه که بیان کردیم معلوم می‌شود بنابراین نظریه بطلان عقد به صورت مطلق [یعنی با هر صیغه‌ای که بیان شده باشد و به هر دلیلی، ذکر مدت فراموش شده باشد] موجه‌تر است در صورتی که طرفین قصد نکاح موقت را داشته باشد که مورد اختلاف می‌باشد. [البته احتیاط اقتضا می‌کند که اگر قصد عقد دائم را داشته‌اند، دوباره عقد دائم منعقد کنند و گرنه، زن را طلاق بدهد و مهریه را بپردازد. یکی از موارد مربوط به مدت عقد نکاح آن است که مدتی طولانی ذکر شود که معمولاً انسان در این مدت زنده نمی‌ماند. چنین نکاح موقتی به نظر، صحیح است زیرا فوت در زمان عقد مانع صحت عقد نیست و چنین عقدی تبدیل به عقد دائم نمی‌شود زیرا قصد طرفین، عقد موقت است. همچنین اگر ابتدای مدت استمتاع ذکر نشود از همان زمان عقد است.]

(وَلَوْ تَبَيَّنَ فُسَادُ الْعَقْدِ إِثْمًا يَظْهَرُ زَوْجًا، أَوْ عِدَّةً، أَوْ كَوْنَهَا مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ جَمْعًا أَوْ عَيْنًا، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمُفْسِدَاتِ (فَمَهْرُ الْمِثْلِ مَعَ الدُّخُولِ) وَ جَهْلُهَا حَالَةَ الْوُطءِ، لِأَنَّهُ وَطءٌ مُحْتَرَمٌ، فَلَا يَدُلُّ لَهُ مِنْ عَوَضٍ، وَقَدْ بَطَلَ الْمُسَمَّى فَيَبُتُّ مَهْرٌ مِثْلُهَا فِي الْمُنْعَةِ الْمُخْصُوصَةِ وَ قِيلَ: تَأْخُذُ مَا قَبَضَتْهُ وَلَا يُسَلَّمُ الْبَاقِي، اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةِ حَمْلُهَا عَلَى كَوْنِ الْمَقْبُوضِ بِقَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوَّلَى مِنْ إِطْلَاقِهَا الْمُخَالَفِ لِلْأَصْلِ.

وَقَبْلَ الدُّخُولِ لَا شَيْءَ لَهَا، لِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ الْمُقْتَضِي لِإِطْلَاقِ الْمُسَمَّى، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ قَبَضَتْهُ اسْتِعَادَةً، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهَا ضَمِنَتْهُ مُطْلَقًا، وَكَذَا لَوْ دَخَلَ وَهِيَ غَالِمَةٌ بِالْفُسَادِ، لِأَنَّهَا بَغِيٌّ، وَلَا مَهْرَ لِبَغِيٍّ.

و اگر معلوم شود که عقد نکاح موقت باطل بوده است یا بدلیل معلوم شدن شوهردار بودن زن یا بخاطر معلوم شدن در عده بودن زن یا به دلیل اینکه زن بر وی حرمت جمعی داشته است [یعنی زوجه موقت، خواهر همسر وی نباشد] یا بروی حرمت عینی داشته باشد [مثلاً خواهر یا مادر او باشد] یا بخاطر سایر عواملی که

موجب بطلان عقد می شود] در این صورت باید مهرالمثل پرداخت شود مشروط بر اینکه نزدیکی انجام شده باشد و زن در زمان نزدیکی، نسبت به بطلان عقد، جاهل باشد [پس اگر در زمان عقد جاهل بوده و در زمان نزدیکی عالم باشد مشمول این حکم نیست اما عکس آن، مشمول می باشد] زیرا این نزدیکی، عملی است که احترام دارد بنابراین باید عوض آن پرداخت شود و مهرالمسمی نیز [به تبع بطلان عقد نکاح] باطل شده است پس باید مهرالمثل در عقد متعه مخصوص، پرداخت شود [یعنی مهریه ای که معمولاً برای چنین عقدی با شرایطی که دارد پرداخت می شود بنابراین مهرالمثل عقد دائم، موردنظر نیست هر چند عده ای مهرالمثل عقد دائم را قابل پرداخت می دانند و عده ای هم با استناد به اصل برائت، کمترین مهریه از مهرالمثل عقد موقت و مهرالمثل عقد دائم را قابل پرداخت می دانند.] و یک دیدگاه نیز آن است که زوجه، آنچه را گرفته برمی دارد [اعم از اینکه تمام مهریه یا بخشی از مهریه را گرفته باشد یا هیچ چیزی نگرفته باشد] و زوج، بقیه را نمی پردازد و استناد این نظریه روایتی است که اگر آن را حمل بر حالتی نمائیم که مهریه اخذ شده به اندازه مهرالمثل باشد بهتر از آن است که به اطلاق روایت عمل شود که مخالف اصل می باشد [در اینجا اصل بر آن است که مهرالمثل پرداخت شود اما روایت اطلاق دارد و شامل صورتی هم می شود که مهرالمثل معادل مقدار اخذ شده نباشد. پس دو کار می توان کرد؛ یا اطلاق روایت را با قاعده مقید نمود یا قاعده را با روایت، تخصیص زد که شهید اول، راه نخست را برگزیده است] اما اگر [بطلان عقد] قبل از نزدیکی معلوم شود، مهریه ای به زن تعلق نمی گیرد زیرا عقد باطل است و لازمه آن بطلان مهریه ای است که در ضمن آن تعیین شده است بنابراین اگر زوجه [تمام یا بخشی از] مهریه را گرفته باشد، مرد آن را پس می گیرد و اگر مهریه نزد زوجه، تلف شده باشد، زوجه مطلقاً ضامن آن است [اعم از اینکه با تفریط یا بدون تفریط باشد و اعم از اینکه تمام مهریه یا مقداری از آن تلف شده باشد] و همین حکم را دارد چنانچه زن در زمان نزدیکی، نسبت به باطل بودن عقد آگاهی داشته باشد زیرا زناکار است و زناکار، مهریه ای ندارد [اما اگر مرد عالم به فساد عقد باشد، مهریه به زن تعلق می گیرد.]

(وَيَجُوزُ الْعَزْلُ عَنْهَا وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ) فِي مَتْنِ الْعَقْدِ، وَهُوَ هُنَا مَوْضِعُ وَفَاقٍ، وَ

هُوَ مَنْصُوصٌ بِخُصُوصِهِ، وَلِأَنَّ الْغَرَضَ الْأَصْلِيَّ مِنْهُ الْإِسْتِمْنَاعُ دُونَ النَّسْلِ، بِخِلَافِ الدَّوَامِ (و) لَكِنْ (يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ) عَلَى تَقْدِيرٍ وَلَادَتِهَا بَعْدَ وَطْئِهِ بِحَيْثُ يُمَكِّنُ كَوْنُهُ مِنْهُ (وَ إِنْ عَزَلَ)، لِأَنَّهَا فِرَاشٌ وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ أَيْضًا، لَكِنْ لَوْ نَفَاهُ انْتَفَى ظَاهِرًا بِغَيْرِ لَعَانٍ، بِخِلَافِ وَلَدِ الدَّوَامِ.

جایز است که مرد از ریختن نطفه به داخل رحم زن صیغه‌ای خودداری کند هر چند چنین شرطی در ضمن عقد نیامده باشد [و هر چند زن، رضایت نداشته باشد]. و این مسأله در اینجا [یعنی در نکاح متعه] مورد قبول همه فقهاست و روایت مخصوص در مورد آن وجود دارد و [جواز پیشگیری از حامله شدن] بخاطر آن است که هدف اصلی از عقد نکاح موقت، بهره‌گیری جنسی است [و این زنان به منزله کنیزان هستند که می‌توان از آنها عزل نمود] نه تولید نسل برخلاف نکاح دائم [که هدف اصلی آن، تولید مثل است] اما چنانچه بعد از نزدیکی مرد و زن، فرزندی به دنیا بیاید آن فرزند به زوج ملحق می‌شود در صورتی که بتوان او را به زوج منتسب ساخت [یعنی بچه کمتر از شش ماه و بیشتر از یک سال از تاریخ نزدیکی به دنیا نیامده باشد] هر چند نطفه را در رحم زن نریخته باشد [ممکن است نطفه مرد بگونه دیگری وارد رحم زن شده باشد] زیرا زوجه متعه، فراش مرد است فرزند نیز به [صاحب] فراش ملحق می‌شود و روایتی هم در این زمینه وجود دارد [وسائل الشیعه، باب ۳۳ از ابواب متعه، حدیث ۱ و ۴] اما اگر کودک را نفی کند، کودک به او منتسب نمی‌شود و ظاهراً نیازی به لعان هم نیست برخلاف کودکی که در نکاح دائم به دنیا می‌آید [زیرا نفی کودک از پدر در نکاح دائم نیاز به لعان دارد و علتش آن است که اماره فراش در نکاح موقت، ضعیف‌تر از اماره فراش در نکاح دائم است].

(وَيَجُوزُ اشْتِرَاؤُ السَّائِعِ فِي الْعَقْدِ كَاشْتِرَاكِ الْإِثْنَانِ لَيْلًا، أَوْ نَهَارًا) لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ، لِجَوَازِ تَعَلُّقِ الْغَرَضِ بِالْإِسْتِمْنَاعِ فِي وَقْتٍ دُونَ آخِرٍ، إِمَّا طَلَبًا لِلْإِسْتِبْدَادِ، أَوْ تَوْفِيرًا لِمَا سِوَاهُ عَلَى غَيْرِهِ مِنَ الْمَطَالِبِ (أَوْ) شَرْطُ إِثْنَانِهَا (مَرَّةً، أَوْ مِرَارًا) مَضْبُوطَةً (فِي الزَّمَانِ الْمُعَيَّنِ)، لِمَا ذَكَرَ. وَلَوْ لَمْ يُعَيَّنِ الْوَقْتُ بَلْ أَطْلَقَ الْمَرَّةَ وَالْمَرَاتِ بَطُلَ، لِلْجَهَالَةِ.

می‌توان امر جایزی را ضمن عقد نکاح موقت، شرط کرد مانند اینکه مرد شبانه یا

در روز نزد زن برود زیرا چنین شرطی با مقتضای عقد نکاح موقت، منافاتی ندارد و جایز است که هدف بهره‌گیری جنسی به وقت معینی تعلق بگیرد [و یا جواز شرط کردن استمتاع به وقت معین] بخاطر آن است که مرد، اقتدار خود را نشان دهد [یعنی هدف او نزدیکی با زن نباشد بلکه بخواهد ثابت کند که قدرت تصمیم‌گیری با مرد است که البته این دلیل، ضعیف است و علت دیگر برای چنین شرطی] آن است که مرد وقت کافی برای انجام بقیه کارهایش را داشته باشد [دلایل دیگری هم ممکن است برای آن وجود داشته باشد از جمله اجماع فقها و اصل جواز شرط و لزوم وفا کردن به شرط ضمن عقد. همچنین مرد می‌تواند شرط کند که رفتن نزد زن در ساعت خاصی از شب یا روز باشد و زن نیز حق دارد چنین شرطی را قرار دهد. همچنین جایز است] شرط شود که مرد یک مرتبه یا چند مرتبه معین در زمان معین نزد زن برود و دلایل آن همان دلایلی است که گفته شد و اگر وقت را معین نکند بلکه یک مرتبه یا چند مرتبه نزد زن رفتن را به صورت مطلق بیان کند [عقد نکاح] باطل است زیرا [مدّت عقد] مجهول می‌شود [البته مرحوم شیخ طوسی چنین عقدی را جایز می‌داند، اگر عقد برای یک هفته باشد اما فقط رفتن نزد زن در یکی از روزهای هفته تعیین شود، عقد صحیح است و در مورد جواز نزدیکی در سایر روزها با اجازه زن و اینکه اگر اجازه داد مهریه دیگری هم به وی تعلق می‌گیرد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد و اگر مرد، بدون اجازه زن در روزهای دیگر نزدیکی کند کار حرامی انجام داده اما مرتکب زنا نشده است و زن هم مستحق مهریه دیگری نیست.]

(وَلَا يَقَعُ بِهَا طَلَاَقٌ) بَلْ تَبَيَّنُ بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، أَوْ بِهَيْبَتِهِ إِثَابَهَا: وَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قُلْتُ: وَ تَبَيَّنُ بِغَيْرِ طَلَاَقٍ قَالَ: «نَعَمْ»،
(وَلَا إِثْلَاءٌ) عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي قِصَّةِ الْإِثْلَاءِ: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ وَ لَيْسَ فِي الْمُنْعَةِ طَلَاَقٌ، وَ لِأَنَّ مِنْ لَوَاظِمِ الْإِثْلَاءِ الْمُطَالَبَةَ بِالْوَطْءِ، وَ هُوَ مُتَنَفٍ فِي الْمُنْعَةِ، وَ بِإِثْلَاءٍ اللَّازِمِ يَنْتَفِي الْمَلْزُومُ، وَ لِلْمُرْتَضَى ﷺ، قَوْلٌ بِوُقُوعِهِ بِهَا، لِعُمُومِ لَفْظِ النِّسَاءِ، وَ دُفِعَ بِقَوْلِهِمْ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ فَإِنَّ عَوْدَ الضَّمِيرِ إِلَى بَعْضِ الْعَامِّ يُخَصِّصُهُ.

(وَلَا لِعَانٍ إِلَّا فِي الْقَدْفِ بِالزَّوْنِ) عَلَى قَوْلِ الْمُرْتَضَى وَ الْمُفِيدِ اسْتِنَادًا إِلَى أَنَّهَا زَوْجَةٌ

فَيَقَعُ بِهَا اللَّعَانُ، لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾ فَإِنَّ الْجَمْعَ الْمُضَافَ يَعُمُّ، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مَخْصُوصٌ بِالسَّنَةِ، لِصَحِيحَةِ ابْنِ سِنَانٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «لَا يُلَاعِنُ الْحُرُّ الْأَمَةَ، وَلَا الذَّمِّيَّةَ، وَلَا الَّتِي يَتَمَتَّعُ بِهَا».

وَمِثْلُهُ رَوَايَةُ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ. وَلَا قَائِلَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ، فَالْقَوْلُ بَعْدَهُمْ وَقُوَّتُهُ مُطْلَقاً قَوِيٌّ وَأَمَّا لِغَائِظِهَا لِنَفْيِ الْوَلَدِ، فَمَنْفِيٌّ إِجْمَاعاً، وَلَا نِسْتَفَائِهِ بِدُونِهِ.

در نکاح موقت، طلاق وجود ندارد [یعنی نمی توان با طلاق، عقد را خاتمه داد] بلکه با پایان یافتن مدت عقد یا با هبه کردن مدت توسط زوج، عقد خاتمه می یابد و در روایت محمد بن اسماعیل از امام رضا (ع) آمده است که از وی سؤال کردم آیا با غیر طلاق، زن جدا می شود؟ امام فرمود: «بله» [وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲۵ از ابواب متعه، حدیث ۱] همچنین بنا بر نظریه صحیح تر، ایلاء هم در نکاح موقت وجود ندارد زیرا [آیه ۲۲۷ سوره بقره] در مورد مسأله ایلاء می فرماید: «و اگر تصمیم به طلاق گرفتند» در حالیکه در نکاح متعه، طلاق وجود ندارد. [ابتدای آیه می فرماید: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَبِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَأَنْفَاءُ فَإِنْ غَفَرَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَأَنْ عَزَمُوا...»] [ایلاء در لغت به معنای قسم خوردن است و شرعاً به معنای قسم خوردن بر ترک نزدیکی با زن بیشتر از چهار ماه است تا بدینوسیله ضرر به زن وارد شود. ایلاء در زمان جاهلیت نوعی طلاق بود که در اسلام از این حالت خارج شد. و علت دیگر برای اینکه ایلاء در نکاح موقت وجود ندارد] آن است که یکی از لوازم ایلاء [جواز] درخواست نزدیکی [از سوی زوجه می باشد] اما چنین درخواستی در نکاح متعه، منتفی است [زیرا حق درخواست نزدیکی در نکاح متعه، مخصوص مرد است و زن چنین حقی ندارد] پس وقتی لازم از بین رفت، ملزوم هم منتفی می شود [یعنی وقتی لازمه ایلاء که جواز درخواست نزدیکی از سوی زن می باشد، منتفی شود، ملزوم یعنی ایلاء هم منتفی می شود] اما سید مرتضی گفته است که ایلاء در نکاح متعه نیز واقع می شود زیرا لفظ «نساء» [که در آیه قرآن بدین صورت: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ»] عام است [چرا که اسم جمع هرگاه به ضمیر اضافه شود افاده عموم می دهد بنابراین شامل زنانی هم می شود که با نکاح متعه به عقد مردی درمی آیند] اما عبارت دیگر آیه که می فرماید:

«اگر تصمیم به طلاق گرفتند» نظر ایشان را ردّ می‌کند زیرا بازگشت ضمیر به برخی از افراد عام، آن را تخصیص می‌زند. [نحوه ردّ سخن سید مرتضی با این عبارت، بدین صورت است که کلمه «الطلاق» در اصل «طلاقهن» بوده است زیرا معنای آیه چنین است: «اگر تصمیم به طلاق آنها گرفتند» و این ضمیر «هنّ» محذوف و در تقدیر است و این ضمیر به کلمه «نسائهم» برمی‌گردد اما شامل تمام زنان حتی زنان موقتی نمی‌شود بلکه به زنان دائمی برمی‌گردد و قرینه اینکه به تمام زنان بر نمی‌گردد کلمه «طلاق» می‌باشد زیرا طلاق ویژه زنان دائمی است و اصولیون گفته‌اند که هرگاه ضمیر به برخی از افراد عام برگردد، آن را تخصیص می‌زند بنابراین لفظ «نسائهم» به عموم خود باقی نیست تا شامل زنان موقتی نیز بشود.] همچنین لعان در نکاح موقت جاری نمی‌شود مگر در صورتی که شوهر به همسرش نسبت زنا بدهد براساس سخن سید مرتضی و شیخ مفید [یعنی فقط این دو نفر گفته‌اند که اگر شوهر به همسر موقت خود نسبت زنا بدهد، لعان جاری می‌شود و دلیل ایشان] استناد به این است که زوجۀ موقت نیز زوجه محسوب می‌شود بنابراین لعان نسبت وی واقع می‌شود زیرا خداوند [در آیه ۲۲۷ سوره بقره] به صورت عام فرموده: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ» و اسم جمعی که به ضمیر اضافه شود، عام است [یعنی کلمه «ازواجهم» در اینجا عام است و شامل زوجۀ دائمی و موقت می‌شود بنابراین آیه که در مورد لعان است شامل زوجۀ موقت نیز می‌شود. البته عده‌ای می‌گویند که کلمه «زوجه» حقیقتاً در مورد همسر موقتی بکار نمی‌رود.] و در پاسخ دیدگاه سید مرتضی گفته شده است که عموم آیه با روایت تخصیص خورده است زیرا روایت صحیح ابن سنان از امام صادق (ع) می‌فرماید: «مرد حرّ، کنیز و زن ذمی و زنی را که زوجۀ موقت اوست، لعان نمی‌کند» و روایت علی بن جعفر (ع) از برادرش موسی (ع) نیز همین مضمون را دارد [البته این پاسخ برای سید مرتضی که خبر واحد را معتبر نمی‌داند کافی نیست زیرا به اعتقاد وی، خبر واحد قرآن را تخصیص نمی‌زند] و هیچکس نگفته است که میان زوج حر و زوج برده تفاوت وجود دارد بنابراین نظریه عدم وقوع لعان به صورت مطلق [یعنی اعم از اینکه زوج، آزاد یا برده باشد] قوی و معتبر است. و اما لعان زوجۀ موقت به اجماع فقها، منتفی است زیرا کودک بدون لعان [و به محض نفی وی، از پدر] نفی می‌شود. [البته به ابن سعید در کتاب جامع نسبت داده

شده است که برای نفی ولد نیز لعان را جایز می‌داند.]

(وَلَا تَوَارِثُ) بَيْنَهُمَا (إِلَّا مَعَ شَرْطِهِ) فِي الْعَقْدِ، فَيُثْبِتُ عَلَى حَسَبِ مَا يَشْتَرِطَانِهِ، أَمَّا ائْتِفَاؤُهُ بِدُونِ الشَّرْطِ فَلِلْأَصْلِ، وَلِإِنَّ الْأَرِثَ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ فَيَتَوَقَّفُ ثُبُوتُهُ عَلَى تَوْظِيفِ الشَّارِعِ وَلَمْ يَثْبُتْ هُنَا، بَلِ الثَّابِتُ خِلَافُهُ كَقَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي صَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ: «مَنْ حُدِّدَهَا - يَعْنِي الْمُنْعَةَ - أَنْ لَا تَرِثَكَ وَلَا تَرِثَهَا»، وَأَمَّا ثُبُوتُهُ مَعَهُ فَلِعُمُومِ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» وَقَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي صَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ «إِنْ اشْتَرَطَا الْمِيرَاثَ فَهُمَا عَلَى شَرْطِهِمَا»، وَقَوْلِ الرِّضَا عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَسَنَةِ الْبَرْنُطِيِّ «إِنْ اشْتَرَطَ الْمِيرَاثُ كَانَ، وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ لَمْ يَكُنْ». وَفِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ أُخَرُ مَأْخُذُهَا أَخْبَارٌ، أَوْ إِطْلَاقَاتٌ لَا تَقَاوُمُ هَذِهِ. أَحَدُهَا: التَّوَارِثُ مُطْلَقًا وَثَانِيهَا: عَدَمُهُ مُطْلَقًا وَثَالِثُهَا: ثُبُوتُهُ مَعَ عَدَمِ شَرْطِ عَدَمِهِ وَالْأَظْهَرُ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ. ثُمَّ إِنْ شَرَطَاهُ لَهُمَا فَعَلَى مَا شَرَطَاهُ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا خَاصَّةً اخْتِمَلُ كَوْنُهُ كَذَلِكَ عَمَلًا بِالشَّرْطِ، وَبُطْلَانُهُ لِمُخَالَفَتِهِ مُقْتَضَاهُ، لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ إِنْ اقْتَضَتْ الْأَرِثَ وَانْتَفَتْ مَوَانِعُهُ ثَبَتَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَإِلَّا انْتَفَى مِنْهُمَا.

مرد و زوجه موقتی از یکدیگر ارث نمی‌برند مگر اینکه ارث بردن را ضمن عقد نکاح شرط کرده باشند سپس وراثت به همانگونه‌ای که شرط کرده‌اند برقرار می‌شود [یعنی شرط کرده باشند که هر دو ارث ببرند یا یکی از آنها ارث ببرد و احتمال هم می‌رود که بتواند میزان ارث را شرط کنند هر چند احتمال ضعیفی است چون میزان ارث در شرع مشخص است] اما علت منتفی بودن ارث بردن بدون اینکه در ضمن عقد نکاح شرط شده باشد بخاطر اصل است [زیرا اصل بر آن است که هیچکس از مال دیگری ارث نبرد مگر اینکه دلیل خاص شرعی برای ارث بردن وجود داشته باشد] و نیز ارث بردن، یک حکم شرعی است بنابراین ثبوت ارث متوقف بر پیش‌بینی شرعی است که دلیل شرعی در اینجا وجود ندارد بلکه خلاف آن ثابت شده است مانند سخن امام صادق (ع) در روایت صحیح محمد بن مسلم که فرمود: «از جمله حدود و احکام عقد متعه آن است که زن از او توارث نبرد و توهم از ارث نبوی» [وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۳۲ از ابواب متعه، حدیث ۸] و اما ثبوت ارث با شرط کردن آن ضمن عقد بخاطر عموم روایتی است که می‌فرماید: «مؤمنون پای‌بند به شروط خود هستند» و

سخن امام صادق (ع) در روایت صحیح محمد بن مسلم که فرمود: «اگر زوجین، ارث بردن را شرط کرده باشند به شرط خود عمل می‌کنند.» و نیز سخن امام رضا (ع) در روایت حسن بزنطی که فرمود: «اگر ارث بردن را شرط کرده باشند، محقق می‌شود و اگر شرط نکرده باشند، محقق نمی‌شود.» و در مورد ارث بردن زوجین در نکاح متعه، نظریه‌های دیگری هم وجود دارد که مبنای آن روایات و اطلاقاتی است [مانند اطلاق آیه ۱۲ و ۱۳ سوره نساء که در مورد ارث زوجین است و زوجین را به صورت مطلق بیان کرده است اما این روایات ضعیف هستند و] تاب معارضه با روایت صحیح محمد بن مسلم را ندارند. یکی از این نظریه‌ها آن است که زوجین، مطلقاً از یکدیگر ارث می‌برند [اعم از اینکه در ضمن عقد، آن را شرط کرده باشند یا شرط نکرده باشند]. نظریه دیگر آن است که مطلقاً از یکدیگر ارث نمی‌برند [حتی اگر در ضمن عقد، شرط کرده باشند]. نظریه سوم آن است که از یکدیگر ارث می‌برند در صورتی که عدم توارث را شرط نکرده باشند و نظریه ظاهرتر همان است که مصنف، اختیار کرده است [یعنی اگر ارث بردن را ضمن عقد، شرط کرده باشند از یکدیگر ارث می‌برند]. قاضی ابن براج گفته است که اگر زوجین شرط عدم توارث نمایند، این شرط باطل است زیرا عقد به تنهایی مقتضی ارث است و ارث جزء احکام آمده است که نمی‌توان خلاف آن را شرط کرد و آیه ارث تفاوتی میان عقد موقت و دائم قرار نداده است. همچنین شرط عدم ارث، شرط خلاف مقتضای عقد نکاح می‌باشد. مرحوم حلبی و ابن ادریس و علامه حلی و فخرالمحققین و محقق حلی، مطلقاً ارث بردن را جایز نمی‌دانند و به اصل عدم توارث، استناد می‌کنند و شرط ارث بردن هم خلاف مقتضای عقد است عده‌ای هم گفته‌اند شرط کردن ارث در صورتی جایز است که طرفینی باشد و نمی‌توان ارث را برای یک طرف قرارداد زیرا مشروعیت ارث، طرفینی است. عده‌ای هم جواز ارث را به معنای وصیت به اشتراط ارث دانسته‌اند بنابراین وارث حقیقی، موردنظر نیست. مرحوم سیدمرتضی و ابن ابی عقیل نیز نظریه توارث در صورت عدم شرط سقوط آن را پذیرفته‌اند و به عموم آیه قرآن استناد کرده‌اند. [حال اگر زوجین ارث بردن را برای هر دو، شرط کرده باشند براساس شرط عمل می‌شود اما اگر ارث بردن را فقط برای یک طرف، شرط کرده باشند احتمال دارد که براساس شرط عمل شود زیرا

باید به شرط عمل نمود و احتمال هم دارد که شرط باطل باشد زیرا چنین شرطی، مخالف مقتضای عقد نکاح موقت است چرا که اگر عقد نکاح سبب ارث باشد و مانعی برای آن نباشد پس باید طرفین ارث ببرند و گرنه [یعنی اگر عقد سبب ارث نباشد یا مانعی برای ارث باشد، هیچکدام از یکدیگر ارث نمی‌برند].

(وَيَقَعُ بِهَا الظَّهَارُ) عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، لِعُمُومِ الْآيَةِ فَإِنَّ الْمُسْتَمْتَعَ بِهَا زَوْجَةً وَلَمْ تُخَصَّ، بِخِلَافِ مَا سَبَقَ، وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ إِلَى عَدَمِ وَقُوعِهِ بِهَا، لِقَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الظَّهَارُ مِثْلُ الطَّلَاقِ». وَالْمُتَبَادَرُ مِنَ الْمُثَانِلَةِ أَنْ يَكُونَ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، وَلَئِنْ الْمُظَاهَرُ يُلْزَمُ بِالْفَيْتَةِ أَوْ الطَّلَاقِ. وَهُوَ هُنَا مُتَعَدِّرٌ، وَالْإِلْزَامُ بِالْفَيْتَةِ وَحْدَهَا بَعِيدٌ، وَبِهِبَةِ الْمُدَّةِ بَدَلَ الطَّلَاقِ أَبْعَدُ.

وَيُضَعَّفُ بِضَعْفِ الرِّوَايَةِ وَإِسَالِهَا وَالْمُثَانِلَةُ لَا تَقْتَضِي الْعُمُومَ، وَالْإِلْزَامُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ جَازٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِالذَّائِمِ، وَيَكُونُ أَثَرُ الظَّهَارِ هُنَا وَجُوبَ اعْتِرَالِهَا كَالْمَمْلُوكَةِ.

ظهار بنابر نظریه صحیح‌تر، نسبت به زوجه موقت، واقع می‌شود زیر آیه قرآن، عام است و شخصی که از وی بهره جنسی برده می‌شود همان زوجه است و عموم آیه، تخصیص نخورده است برخلاف آیه لعان و ایلاء که تخصیص خورده بودند [خلاصه اینکه آیه ۳ سوره مجادله می‌فرماید: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا» در این آیه هم لفظ «نسائهم» عام است اما عموم آن به زنان دائمی تخصیص نخورده است بلکه شامل زنان موقتی نیز می‌شود. البته این در صورتی است که واژه «زوجه» واقعاً شامل همسر موقتی نیز بشود. و عده‌ای گفته‌اند که زهار نسبت به زوجه موقت، واقع نمی‌شود زیرا امام صادق (ع) فرموده است: «ظهار مانند طلاق است [وسائل الشیعه، کتاب الظهار، باب ۲، حدیث ۲] و متبادر از مثل هم بودن آن است که در همه احکام مثل هم باشند [یعنی وقتی ظهار مثل طلاق باشد پس همانگونه که طلاق در متعه، جاری نمی‌شود، ظهار نیز نباید در آن جاری گردد. دلیل دیگر برای جاری نشدن ظهار در نکاح متعه] بخاطر آن است که ظهارکننده موظف است یا بعد از دادن کفاره به زنش رجوع کند و یا او را طلاق بدهد [یعنی آیه قرآن یکی از این دو تکلیف را برای ظهارکننده برقرار کرده است] اما طلاق در اینجا امکان ندارد [زیرا قبلاً گفتیم که طلاق در نکاح متعه وجود ندارد] و الزام ظهارکننده به اینکه فقط به

زنش رجوع کند، بعید است [یعنی نمی‌توان به زوج گفت، چون طلاق در نکاح موقت جایز نیست پس تو مختار میان انتخاب طلاق یا بازگشت به زن نیستی پس باید به همسرت رجوع کنی]. و نیز الزام شوهر به اینکه بجای طلاق، مدت نکاح را ببخشد، بعیدتر است [یعنی همچنین نمی‌توان به زوج گفت چون طلاق در عقد موقت، امکان ندارد پس بجای طلاق، مدت نکاح را ببخش. شهیدثانی به هر سه دلیل این گروه پاسخ می‌دهد و می‌فرماید:] نظر ایشان ضعیف است زیرا [اولاً] روایتی که به آن استناد کرده‌اند، روایتی ضعیف و مرسل است. [ثانیاً] مثل هم بودن طلاق وظهار به معنای آن نیست که در تمامی احکام، مانند هم باشند [بلکه در پاره‌ای احکام و شرایط، مثل هم هستند. پاسخ دلیل سوم هم آن است که] الزام به طلاق یا بازگشت به زن، ممکن است اختصاص به عقد دائم داشته باشد [یعنی هرگاه شوهر در عقد دائم، همسرش راظهار کند باید او را طلاق بدهد یا به وی رجوع کند اما] اثرظهار در عقد موقت، آن است که شوهر با همسرش نزدیکی نکند مانند کنیز [بنابراین مرد در اینجا بجای اینکه همسرش را طلاق بدهد تا پایان مدت نکاح از وی دوری می‌کند]

(وَعِدَّتُهَا) مَعَ الدُّخُولِ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّتُهَا أَوْ وَهَبَهَا، (حَيْضَتَانِ) إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحِيضُ، لِروَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْمَاضِي عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «طَلَاؤُ الْأُمَّةِ تَطْلِيقَتَانِ وَ عِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ» وَ رَوَى زُرَّارَةُ فِي الصَّحِيحِ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «أَنَّ عَلَى الْمَتَمَتَّةِ مَا عَلَى الْأُمَّةِ».

وَقِيلَ: عِدَّتُهَا قُرْآنٍ وَ هُنَا طَهْرَانِ لِحَسَنَةِ زُرَّارَةَ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «وَ إِنْ كَانَ حُرٌّ تَحْتَهُ أُمَةٌ فَطَلَاؤُهَا تَطْلِيقَتَانِ وَ عِدَّتُهَا قُرْآنٍ» مُضَافَةً إِلَى صَحِيحَةِ زُرَّارَةَ. وَ الْأَوَّلُ أَحْوْطٌ. وَ عَلَيْهِ لَوْ انْقَضَتْ أَيَّامُهَا، أَوْ وَهَبَهَا فِي أَثْنَاءِ الْحَيْضِ لَمْ يَحْسَبْ مَا بَقِيَ مِنْهُ، لِأَنَّ الْحَيْضَةَ لَا تَصُدَّقُ عَلَى بَعْضِهَا، وَ إِنْ اخْتَسَبَ مَا بَقِيَ مِنَ الطَّهْرِ طَهْرًا. (وَلَوْ اسْتَرَبَّتْ) بِأَنَّ لَمْ تَحِضْ وَ هِيَ فِي سِنٍّ مَنْ تَحِيضُ (فَخَمْسَةٌ وَ أَرْبَعُونَ يَوْمًا) وَ هُوَ مَوْضِعٌ وَفَاقٍ.

وَلَا فَرْقَ فِيهِمَا بَيْنَ الْحُرَّةِ وَ الْأُمَّةِ.

(وَ) تَعْتَدُ (مِنَ الْوَفَاةِ بِشَهْرَيْنِ وَ خَمْسَةِ أَيَّامٍ إِنْ كَانَتْ أُمَّةً، وَ بَضْعِيهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً). وَ مُسْتَنَدَ ذَلِكَ الْأَخْبَارُ الْكَثِيرَةُ الدَّالَّةُ عَلَى أَنَّ عِدَّةَ الْأُمَّةِ مِنْ وَفَاةِ زَوْجِهَا شَهْرَانِ وَ

خَمْسَةَ أَيَّامٍ، وَالْحُرَّةُ ضِعْفُهَا مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ الدَّوَامِ وَالْمُنْتَعَةِ، وَتَزِيدُ الْأُمَةُ هُنَا بِخُصُوصِهَا، مُرْسَلَةً عَلَيَّ بْنِ أَبِي شُعْبَةَ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مُنْتَعَةً ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا مَا عَدَّتْهَا؟ قَالَ: «خَمْسَةٌ وَسِتُّونَ يَوْمًا» بِحَمْلِهَا عَلَى الْأُمَةِ جَمْعًا.

وَقِيلَ: إِنَّ عَدَّتْهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا مُطْلَقًا، لِصَحِيحَةِ زُرَّارَةَ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ مَا عِدَّةُ الْمُتَمَتِّعَةِ إِذَا مَاتَ عَنْهَا الَّذِي تَمَتَّعَ بِهَا؟ قَالَ: «أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»، ثُمَّ قَالَ: «يَا زُرَّارَةُ كُلُّ النِّكَاحِ إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ فَعَلَى الْمَرْأَةِ حُرَّةٌ كَانَتْ، أَوْ أُمَةٌ وَعَلَى أَيِّ وَجْهِ كَانَ النِّكَاحُ مِنْهُ مُنْتَعَةً، أَوْ تَزَوَّجًا، أَوْ مِلْكًا يَمِينٍ، فَالْعِدَّةُ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»، وَصَحِيحَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحُبَّاجِ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَرْأَةِ يَتَزَوَّجُهَا الرَّجُلُ مُنْتَعَةً ثُمَّ يَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا هَلْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ؟ فَقَالَ: «تَعْتَدُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ». وَ يُشْكِلُ بَأَنَّ هَذِهِ مُطْلَقَةٌ، فَيُمْكِنُ حَمْلُهَا عَلَى الْحُرَّةِ جَمْعًا، وَصَحِيحَةُ زُرَّارَةَ تَصْمَنَتْ أَنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ فِي الدَّوَامِ كَالْحُرَّةِ، وَلَا قَائِلَ بِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ مُعَارَضَةٌ بِمُطْلَقِ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ الدَّالَّةِ عَلَى أَنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ فِي الْوَفَاةِ عَلَى نِصْفِ الْحُرَّةِ، وَبَأَنَّ كَوْنَهَا عَلَى النِّصْفِ فِي الدَّوَامِ يَفْتَضِي أَوَّلَوِيَّتَهُ فِي الْمُنْتَعَةِ، لِأَنَّ عَدَّتْهَا أَضْعَفُ فِي كَثِيرٍ مِنْ أَفْرَادِهَا وَنِكَاحِهَا أَضْعَفُ، فَلَا يُنَاسِبُهَا أَنْ تَكُونَ أَقْوَى. وَهَذِهِ مُخَالَفَةٌ أُخْرَى فِي صَحِيحَةِ زُرَّارَةَ لِلْأَصُولِ، وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ بِهَا أَحْوَطَ.

(وَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا فَبِأَبَعْدِ الْأَجَلَيْنِ) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةِ أَوْ شَهْرَيْنِ وَخَمْسَةِ، وَ مِنْ وَضْعِ الْحَمْلِ (فِيهِمَا) أَيِّ: فِي الْحُرَّةِ وَالْأُمَةِ. أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْأَشْهُرُ أَبْعَدَ فَطَاهِرٌ، لِلتَّحْدِيدِ بِهَا فِي الْآيَةِ وَالرَّوَايَةِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْوَضْعُ أَبْعَدَ فَلَا مِتْنَاعَ الْخُرُوجِ مِنَ الْعِدَّةِ مَعَ بَقَاءِ الْحَمْلِ. وَ عِدَّةُ زَوْجَةٍ مَوْتٍ فِي صَوْرَتِي كِه بَا وَی نَزْدِيكِي صَوْرَتِ گِرْفَتِه وَ مَدَّتِ عَقْدِ نِيزِ تَمَامِ شَدِه بَاشَدِ یَا زَوْجِ آن رَا بَخْشِیدِه بَاشَدِ، دُو حِیْضِ اسْتِ اِگَرِ زَوْجِه جِزْءِ زَنَانِی بَاشَدِ کِه حِیْضِ مِی شُونَدِ زَبِیرَا مُحَمَّدِ بْنِ فَضِیلِ اَزِ اِمَامِ کَاطِمِ (ع) رَوَايَتِ کَرْدِه اسْتِ کِه فَرَمُود: «طَلَاَقِ کَنِیزِ، دُو طَلَاَقِ اسْتِ وَ عِدَّةُ او، دُو حِیْضِ مِی بَاشَدِ.» وَ زَرَارِه دَرِ رَوَايَتِ صَحِیحِی اَزِ اِمَامِ بَاقِرِ (ع) چَنِینِ رَوَايَتِ کَرْدِه اسْتِ: «آنچه کِه بِرِ کَنِیزِ مِی بَاشَدِ بِرِ زَوْجَةٍ مَوْتٍ نِيزِ مِی بَاشَدِ.» [این دُو رَوَايَتِ بَاهِمِ، حَکَمِ دُو عِدِه بَرَایِ زَوْجَةٍ مَوْتٍ رَا مِی فِهْمَانَدِ زَبِیرَا رَوَايَتِ اَوَّلِ بَهِ مَنزَلَةِ صَغَرِی وَ رَوَايَتِ دُومِ بَهِ مَنزَلَةِ کَبَرِی مِی بَاشَدِ زَبِیرَا رَوَايَتِ اَوَّلِ عِدَّةِ کَنِیزِ رَا دُو حِیْضِ یَا چَهْلِ وَ پَنجِ رُوزِ مِی دَانَدِ کِه مِیَانِ آنِ یَکِ طَهْرِ وَاقِعِ شَدِه بَاشَدِ وَ

روایت دوم، زوجه موقت را مانند کنیز می‌داند] و یک دیدگاه آن است که عده زوجه موقت، دو قرء است که به معنای دو پاکیزگی و طهر می‌باشد [قرء به معنای حیض نیز می‌باشد اما مصنف توضیح می‌دهد که در اینجا معنای پاکیزگی، موردنظر است.] زیرا زراره در روایت حسنی از امام باقر (ع) آورده است: «و اگر مرد آزاد، کنیزی را در اختیار داشته باشد پس طلاق کنیز، دو طلاق و عده او، دو قرء است.» که با ضمیمه کردن به روایت، صحیح زراره [چنین استنباطی صورت می‌گیرد زیرا در آن روایت، زوجه موقت نیز مانند کنیز به حساب آمده بود.] اما نظریه نخست با احتیاط سازگارتر است [زیرا مدت این عده بیشتر از عده‌ای است که معادل دو پاکیزگی باشد هر چند نظریه دوم، قوی‌تر است] و براساس نظریه‌ای که دو حیض را مدت عده می‌داند چنانچه در اثنای حیض، مدت نکاح پایان یابد یا شوهر، مدت را ببخشد، مدت باقیمانده حیض به حساب نمی‌آید زیرا واژه «حیض» به مقداری از حیض، اطلاق نمی‌شود [بلکه به تمام حیض، حیض گفته می‌شود بنابراین حیضی که مدت نکاح در فاصله آن، پایان یافته است جزء دو حیض به حساب نمی‌آید و مدت آن جزء مدت حیض بعدی محسوب نمی‌شود و از حیض آخری هم کسر نمی‌شود بلکه باید بعد از پایان یافتن مدت نکاح، دو حیض کامل صورت گیرد. اما] در صورتی که مدت عده را دو پاکیزگی بدانیم و مدت نکاح در فاصله پاکیزگی، پایان یابد یا شوهر آن را ببخشد [مقداری از پاکیزگی که باقی مانده است، یک طهر به حساب می‌آید] بنابراین چنانچه بعد از این طهر، یک حیض رخ دهد، طهر بعدی، طهر دوم به حساب می‌آید و عده پس از آن طهر، پایان می‌یابد] و اگر زوجه، مستترابه باشد یعنی حیض نبیند در حالیکه در سنّ زنانی باشد که معمولاً حیض می‌بینند پس [عده او] چهل و پنج روز است و همه در این مورد اتفاق نظر دارند و در این دو مورد تفاوتی میان زن آزاد و کنیز وجود ندارد [یعنی در زن مستترابه که عده او چهل و پنج روز است و در زن غیرمستترابه که عده او دو حیض می‌باشد تفاوتی میان زن آزاد و کنیز وجود ندارد.] و زوجه موقت، دو ماه و پنج روز عده وفات نگه می‌دارد اگر کنیز باشد و دو برابر آن [یعنی چهار ماه و ده روز عده نگه می‌دارد] اگر زن آزاد باشد [و یک دیدگاه هم آن است که زن آزاد نیز دو ماه و پنج روز عده نگه می‌دارد] و مستند این نظریه [یعنی دو ماه و پنج روز برای کنیز و چهار ماه و ده

روز برای زن آزاد]، روایات فراوانی است که بیان می‌دارند، عده کنیز بخاطر فوت شوهرش، دو ماه و پنج روز و عده زن آزاد، دو برابر آن است بدون اینکه تفاوتی میان عقد دائم و موقت قرار دهند و [در مقام استدلال به دلیل قبلی] برای حکم عده وفات، در خصوص کنیز، مرسله علی بن ابی شعبه حلبی از امام صادق (ع) اضافه می‌شود که امام در مورد عده زنی که به نکاح موقت مردی درمی‌آید و سپس فوت می‌کند، فرمود: «شصت و پنج روز» و این روایت، حمل بر کنیز می‌شود تا میان روایت‌ها جمع شود. [یعنی در مورد عده وفات دو دسته روایت وجود دارد؛ دسته‌ای که عده وفات زن آزاد را چهار ماه و ده روز می‌دانند و روایت مرسله‌ای که این عده را شصت و پنج روز می‌دانند. پس برای جمع میان این روایت‌ها باید گفت که روایت مرسله، اختصاص به کنیز دارد.] و یک دیدگاه آن است که عده وفات مطلقاً چهار ماه و ده روز است [اعم از اینکه زوجه، کنیز باشد یا زن آزاد باشد] بخاطر روایت صحیح زراره از امام باقر (ع) که می‌گوید از امام درباره عده زوجه موقتی سؤال کردم که شوهرش فوت کرده است. امام فرمود: «چهار ماه و ده روز» و سپس فرمود: «ای زراره، در هر نکاحی که شوهر فوت می‌کند پس عده زن، چهار ماه و ده روز است، اعم از اینکه آزاد یا کنیز باشد و اعم از اینکه نکاح موقت یا دائم یا ملک یمین باشد.» [وسائل الشیعه، کتاب الطلاق، باب ۵۲ از ابواب عده‌ها، حدیث ۲] و نیز بخاطر روایت صحیح عبدالرحمان بن حجاج از امام صادق (ع) که می‌گوید از امام درباره زنی سؤال کردم که مردی به صورت موقت با وی ازدواج می‌کند و سپس شوهرش فوت می‌کند، آیا باید عده نگه دارد؟ امام فرمود: «چهار ماه و ده روز عده نگه می‌دارد.» [همان منبع]. اما استدلال به روایت عبدالرحمان به صورت مطلق، جایز نیست بلکه می‌توان آن را حمل بر زن آزاد کرد تا میان روایت‌ها جمع شود [یعنی اطلاق این روایت با روایاتی که فقط عده زن آزاد را چهار ماه و ده روز می‌دانند، مقید می‌شود] و روایت صحیح زراره که می‌گوید، عده وفات کنیز در عقد دائم مانند زن آزاد است [گرچه تصریح بر عدم تفاوت دارد اما] هیچکس چنین سخنی را نگفته است [که عده وفات برای کنیز در عقد دائم، چهار ماه و ده روز است] مضافاً بر اینکه، روایت مزبور با روایات فراوانی که عده وفات برای کنیز را نصف عده زن آزاد می‌دانند، در تعارض است و اینکه عده وفات برای کنیز در عقد دائم، نصف عده

وفات در عقد دائم باشد اقتضا می‌کند که در عقد موقت به طریق اولی، نصف آن باشد زیرا عده عقد موقت در بیشتر افراد عده، ضعیف‌تر است [یعنی بیشتر موارد عده عقد موقت، کمتر از عده عقد دائم است] و نکاح موقت نیز ضعیف‌تر از نکاح دائم است بنابراین مناسب عقد متعه نیست که [عده آن] قوی‌تر از [عده عقد دائم] باشد و قوی‌تر بودن عده نکاح متعه از نکاح دائم [یعنی مساوی بودن آنها در صحیحۀ زراعه] یکی از مخالفت‌های دیگر روایت زراعه با اصول و قواعد می‌باشد هر چند عمل به این روایت با احتیاط سازگارتر است [یعنی احتیاط اقتضا می‌کند که عده زوجه موقت نیز چهار ماه و ده روز باشد] و اگر زوجه موقت، حامله باشد، عده او طولانی‌ترین مدت از چهار ماه و ده روز یا دو ماه و پنج روز و از وضع حمل در زن آزاد و کنیز می‌باشد [یعنی اگر زن آزاد باشد، هر کدام از مدت‌ها یعنی چهار ماه و ده روز یا مدت وضع حمل که طولانی‌تر باشد و اگر کنیز باشد، هر کدام از مدت‌ها یعنی دو ماه و پنج روز و مدت وضع حمل که طولانی‌تر باشد، عده اوست و دلیل این امر آن است که] اگر ماهها، طولانی‌تر باشد [یعنی چهار ماه و ده روز بیشتر از مدت حمل باشد سپس دلیل آن] روشن است زیرا مدّت عده در آیه قرآن و روایت چهار ماه و ده روز تعیین شده است [یعنی آیه ۲۳۲ سورۀ بقره که می‌فرماید: «والذین يتوفون منکم و یذرون ازواجاً یتربصن بانفسهن اربعۃ اشهر و عشراً» روایت‌ها نیز قبلاً بیان شد. بنابراین نباید کمتر از این مدت را برای عده قرار داد.] اما اگر مدت وضع حمل، طولانی‌تر باشد، دلیل [اینکه باید مدّت وضع حمل را مدّت عده قرار داد] بخاطر آن است که در صورت وجود جنین در رحم زن، نمی‌توان گفت که وی از عده خارج شده است [هر چند چهار ماه و ده روز سپری شده باشد]

(الْفَضْلُ الْخَامِسُ: فِي نِكَاحِ الْإِمَاءِ)

يَكْسِرُ الْهَمْزَةَ مَعَ الْمَدِّ جَمْعُ أَمَةٍ يَفْتَحِيهَا (لَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ، وَلَا لِلْأَمَةِ أَنْ يَعْقِدَا لِنَفْسِهِمَا نِكَاحًا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى)، لِأَنَّهُمَا مِلْكٌ لَهُ فَلَا يَتَصَرَّفَانِ فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لِقَبْحِهِ، (أَوْ إِجَازَتِهِ) لِعَقْدِهِمَا لَوْ وَقَعَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَلَى أَشْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، لِحَسَنَةِ زُرَّارَةَ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ قَالَ: «ذَاكَ إِلَى السَّيِّدِ إِنْ شَاءَ أَجَارَ، وَإِنْ شَاءَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا». وَ عَلَى هَذَا فَتَكُونُ الْأَجَازَةُ كَاشِفَةً عَنْ صِحَّتِهِ مِنْ حِينَ إِبْقَاعِهِ كَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ الْفُضُولِيَّةِ.

وَقِيلَ: بَلْ يَكُونُ كَالْعَقْدِ كَالْمُسْتَأْنَفِ. وَقِيلَ يَقَعُ بَاطِلًا إِمَّا بِنَاءٍ عَلَى بُطْلَانِ الْعَقْدِ الْفُضُولِيِّ مُطْلَقًا، أَوْ بُطْلَانِ نِكَاحِ الْفُضُولِيِّ مُطْلَقًا، أَوْ بُطْلَانِ هَذَا بِخُصُوصِهِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ مِنْهُيٌّ عَنْهُ، لِقَبْحِ النَّصْرِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ فَيَكُونُ فَاسِدًا، وَلِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «أَيُّمَا مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ». وَكُلِّيَّةُ الْكُبْرَى وَالسَّنَدُ مَمْنُوعَانِ. وَقِيلَ: تَخْتَصُّ الْأَجَازَةُ بِعَقْدِ الْعَبْدِ دُونَ الْأَمَةِ، عَمَلًا بِظَاهِرِ النَّصِّ السَّابِقِ، وَرَجُوعًا فِي غَيْرِهِ إِلَى التَّهْيِ الْمُهَيِّدِ لِلْبُطْلَانِ، وَكِلَاهُمَا مَمْنُوعَانِ، فَإِنَّ الْمَمْلُوكَ يَصْلُحُ لَهُمَا، وَالتَّهْيِ لَا يَقْتَضِيهِ هُنَا وَحَيْثُ يَأْذَنُ الْمَوْلَى، أَوْ يُجِيزُ عَقْدَ الْعَبْدِ فَالْمَهْرُ وَنَفَقَةُ الزَّوْجَةِ عَلَيْهِ، سَوَاءٌ فِي ذَلِكَ كَسْبُ الْعَبْدِ، وَغَيْرُهُ مِنْ سَائِرِ أَمْوَالِهِ، عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَلَهُ مَهْرُ أَمَّتِهِ.

(وَإِذَا كَانَ) أَيِ الْأَبْوَانِ (رِقًّا فَالْوَلَدُ رِقٌّ)، لِأَنَّهُ فَرَعُهُمَا وَتَابِعٌ لَهُمَا وَيَمْلِكُهُ الْمَوْلَى إِنْ اتَّحَدَ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ مَنِهُمَا لِمَالِكٍ (يَمْلِكُهُ الْمَوْلَيَانِ إِنْ أَذْنَا لَهُمَا) فِي النِّكَاحِ (أَوْ لَمْ يَأْذَنَ أَحَدُهُمَا) أَيِ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكُهُمَا فَلَا مَرِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ، وَالتَّسَبُّ لَاحِقٌ بِهِمَا، بِخِلَافِ بَاقِي الْحَيَوَانَاتِ، فَإِنَّ التَّسَبُّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَالتَّمَوُّ وَالتَّبَعِيَّةُ فِيهِ لَاحِقٌ بِالْأَمِّ خَاصَّةً، وَالتَّصُّ ذَالٌّ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَالْفَرْقُ بِهِ أَوْضَحُ.

(وَلَوْ أْذَنَ أَحَدُهُمَا) خَاصَّةً (فَالْوَلَدُ لِمَنْ لَمْ يَأْذَنَ)، سَوَاءٌ كَانَ مَوْلَى الْأَبِ أَمْ مَوْلَى الْأُمِّ، وَغُلِّلَ مَعَ النَّصِّ بِأَنَّ الْأَدْنَ قَدْ أَقْدَمَ عَلَى فَوَاتِ الْوَلَدِ مِنْهُ فَإِنَّهُ قَدْ يَتَزَوَّجُ بِمَنْ لَيْسَ بِرِقٍّ، فَيَعْقِدُ الْوَلَدُ حَرًّا، بِخِلَافِ مَنْ لَمْ يَأْذَنَ فَيَكُونُ الْوَلَدُ لَهُ خَاصَّةً. وَ يُشْكِلُ الْفَرْقُ فِيمَا لَوْ

انْحَصَرَ إِذْنُ الْآذِنِ فِي وَطْءِ الْمَمْلُوكَةِ، فَإِنَّهُ لَمْ يُصَيِّحِ الْوَلَدَ حِينَئِذٍ.
وَيُشْكِلُ الْحُكْمُ فِيْمَا لَوْ اشْتَرَكَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَأَذِنَ مَوْلَى الْمُخْتَصِّ وَ أَحَدُ
الْمُشْتَرَكَيْنِ، دُونَ الْآخَرِ، أَوْ تَعَدَّدَ مَوْلَى كُلِّ مِنْهُمَا، فَإِنَّهُ خَارِجٌ عَنِ مَوْضِعِ النَّصِّ وَ الْفَتْوَى،
فَيُحْتَمَلُ كَوْنُهُ كَذَلِكَ فَيَخْتَصُّ الْوَلَدَ بِمَنْ لَمْ يَأْذِنِ، اتَّحَدَ أَمْ تَعَدَّدَ، وَ اشْتَرَكَهُ بَيْنَ الْجَمِيعِ
عَلَى الْأَصْلِ حَيْثُ لَا نَصٌّ.

(وَلَوْ شَرَطَ أَحَدُ الْمَوْلَيْنِ انْفِرَادَهُ بِالْوَلَدِ، أَوْ بَاكْتَرِهَ صَحَّ) الشَّرْطُ، لِعُمُومِ «الْمُؤْمِنُونَ
عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، وَ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُنَافِي النِّكَاحَ.

(وَلَوْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ حُرًّا فَالْوَلَدُ حُرًّا)، لِلْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ، سَوَاءً فِي
ذَلِكَ الْأَبُّ وَ الْأُمُّ، وَ لِأَنَّهُ نَمَاءُ الْحُرِّ فِي الْجُمْلَةِ، وَ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ مُقَدَّمٌ، لِأَنَّهَا أَقْوَى، وَ لِهَذَا يُبَيِّنُ
الْعِنْتُ عَلَى التَّغْلِبِ وَ السَّرَايَةِ.

وَ قَوْلُ ابْنِ الْجُبَيْنِيِّ: بِأَنَّهُ لِسَيِّدِ الْمَمْلُوكِ مِنْهُمَا إِلَّا مَعَ اشْتِرَاطِ حُرِّيَّتِهِ تَغْلِبًا لِحَقِّ الْآدَمِيِّ
عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، ضَعِيفٌ.

(وَلَوْ شَرَطَ مَوْلَى الرَّقِّ) مِنْهُمَا (رَقِيَّتَهُ جَازَ) وَ صَارَ رِقًّا (عَلَى قَوْلِ مَشْهُورٍ) بَيْنَ
الْأَصْحَابِ (ضَعِيفِ الْمَأْخُذِ)، لِأَنَّهُ رَوَايَةٌ مَقْطُوعَةٌ ذَلَّتْ عَلَى أَنَّ وَلَدَ الْحُرِّ مِنْ مَمْلُوكَةٍ
مَمْلُوكٌ، وَ حَمَلُوهَا عَلَى مَا إِذَا شَرَطَ الْمَوْلَى الرَّقِيَّةَ، وَ مِثْلُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَا تَصْلَحُ مُؤَسَّسَةً
لِهَذَا الْحُكْمِ الْمُخَالَفِ لِلْأَصْلِ، فَإِنَّ الْوَلَدَ إِذَا كَانَ مَعَ الْإِطْلَاقِ يَتَعَقَّدُ حُرًّا، فَلَا تَأْثِيرُ فِي رَقِيَّتِهِ
لِلشَّرْطِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِلْكًا لِأَبِيهِ حَتَّى يُوَثَّرَ شَرْطُهُ، كَمَا لَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ رَقِيَّةٍ مِنْ وَلَدٍ حُرًّا
سَيِّمًا مَعَ وُرُودِ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ بِحُرِّيَّةِ مَنْ أَحَدُ أَبَوَيْهِ حُرٌّ، وَ فِي بَعْضِهَا لَا يُمْلِكُ وَلَدُ حُرٍّ.

ثُمَّ عَلَى تَقْدِيرِ اشْتِرَاطِ رَقِيَّتِهِ فِي الْعَقْدِ أَوْ التَّحْلِيلِ، وَ قُلْنَا بَعْدَ صَحَّةِ الشَّرْطِ، هَلْ
يُحْكَمُ بِفَسَادِ الْعَقْدِ، لِعَدَمِ وَقُوعِ التَّرَاضِي بِدُونِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ كَمَا فِي غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ
الْمُشْتَمِلَةِ عَلَى شَرْطٍ فَاسِدٍ أَمْ يَصَحُّ وَ يَبْتَطِلُ الشَّرْطُ خَاصَّةً؟ يُحْتَمَلُ الْأَوَّلُ، لِأَنَّ الْعَقْدَ يَتَّبِعُ
الْقَصْدَ وَ لَمْ يَحْصُلْ إِلَّا بِالشَّرْطِ، وَ الشَّرْطُ لَمْ يَحْصُلْ.

وَ الثَّانِي لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ كَثِيرًا مَا يَصَحُّ بِدُونِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ، وَ إِنْ لَمْ يَصَحَّ غَيْرُهُ مِنْ
الْعُقُودِ، وَ فِي الْأَوَّلِ قُوَّةٌ، وَ صِحَّتُهُ فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ لِذَلِيلِ خَارِجٍ لَا يَفْتَضِي عُمُومَهُ فِي
جَمِيعِ مَوَارِدِهِ، وَ أَوَّلَى بَعْدَ الصَّحَّةِ لَوْ كَانَ تَحْلِيلًا، لِأَنَّهُ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْعَقْدِ وَ الْإِذْنِ، كَمَا
سَيَأْتِي. وَ لَا يَلْزَمُ مِنْ ثُبُوتِ الْحُكْمِ فِي الْعَقْدِ ثُبُوتُهُ فِي الْإِذْنِ الْمُجَرَّدِ، بَلْ يَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ.
وَ عَلَى هَذَا لَوْ دَخَلَ مَعَ فسادِ الشَّرْطِ، وَ حَكْمُنَا بِفسَادِ الْعَقْدِ، كَانَ زَانِيًا مَعَ عِلْمِهِ بِالْفَسَادِ

وَأَنْعَقَدَ الْوَلَدُ رِقًّا كَنْظَائِرِهِ.

نَعَمْ لَوْ جَهَلَ الْفَسَادَ كَانَ حُرًّا، لِلشُّبْهَةِ، وَإِنْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِ لَزِمَ بِالشَّرْطِ وَلَمْ يَسْقُطْ
بِالْإِسْقَاطِ بَعْدَ الْعَقْدِ، لِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى الْوَفَاءِ بِهِ مَعَ اخْتِمَالِهِ تَغْلِيْبًا لِلْحُرِّيَّةِ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ
حَقَّ التَّحْجِيرِ، وَنَحْوَهُ.

(وَيَسْتَحَبُّ إِذَا زَوَّجَ عَبْدَهُ أَمَتَهُ أَنْ يُعْطِيَهَا شَيْئًا مِنْ مَالِهِ) لِيَكُونَ بِصُورَةِ الْمَهْرِ،
جَبْرًا لِقَلْبِهَا وَرَفْعًا لِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ عِنْدَهَا، وَلِصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ:
سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ كَيْفَ يُنْكِحُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ قَالَ: «يُجْزِيهِ أَنْ يَقُولَ: قَدْ أَنْكَحْتُكَ فُلَانَةً وَيُعْطِيَهَا
شَيْئًا مِنْ قَبْلِهِ، أَوْ مِنْ قَبْلِ مَوْلَاهُ، وَلَا بُدَّ مِنْ طَعَامٍ أَوْ دَرَاهِمٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ».

وَقِيلَ: بِوُجُوبِ الْإِعْطَاءِ عَمَلًا بِظَاهِرِ الْأَمْرِ، وَلِتَلَّا يَلْزَمَ خُلُوءُ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ فِي الْعَقْدِ
وَالدُّخُولِ مَعًا.

وَيُضَعَّفُ بِأَنَّ الْمَهْرَ يَسْتَحِقُّهُ الْمَوْلَى، إِذْ هُوَ عَوَاضُ الْبُضْعِ الْمَمْلُوكِ لَهُ وَلَا يُعْقَلُ
اسْتِحْقَاقُهُ شَيْئًا عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ الدَّفْعُ مِنَ الْعَبْدِ كَمَا تَضَمَّنَتْهُ الرِّوَايَةُ، لِأَنَّ مَا بِيَدِهِ مِلْكٌ
لِلْمَوْلَى، أَمَّا الْإِسْتِحْبَابُ فَلَا حَرَجَ فِيهِ، لِمَا ذَكَرَ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ وَيَكْفِي فِيهِ كَوْنُهُ
إِبَاحَةً بَعْضِ مَالِهِ لِلْأَمَةِ تَنْتَفِعَ بِهِ بِإِذْنِهِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ التَّفَقُّعِ لِلْأَمَةِ لِلْمَوْلَى وَالْمَهْرِ، أَنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ شَيْءٍ هُوَ مِلْكُ الْمَوْلَى بِخِلَافِهَا،
فَإِنَّهَا مُجَرَّدُ نَفْعٍ، وَدَفْعُ ضَرَرٍ، لَا مُعَاوَضَةً.

وَأَعْلَمُ أَنَّهُ يَكْفِي فِي إِنْكَاحِ عَبْدِهِ لِأَمَتِهِ مُجَرَّدُ اللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَى الْإِذْنِ فِيهِمْ كَمَا يَظْهَرُ مِنَ
الرِّوَايَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الْعَبْدِ وَلَا الْمَوْلَى لَفْظًا، وَلَا يَقْدَحُ تَسْمِيَتُهُ فِيهَا نِكَاحًا - وَهُوَ
مُتَوَقَّفٌ عَلَى الْعَقْدِ - وَإِجْبَائِهِ إِعْطَاءَ شَيْءٍ وَهُوَ يُنَافِي الْإِبَاحَةَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يُجْزِيهِ»
ظَاهِرٌ فِي الْإِكْتِفَاءِ بِالْإِجَابِ وَالْإِعْطَاءِ عَلَى وَجْهِ الْإِسْتِحْبَابِ، وَلِأَنَّ رَفْعَهُ بِيَدِ الْمَوْلَى وَ
النِّكَاحُ الْحَقِيقِيُّ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْمَلِكِ فَلَا وَجْهَ لِقَبُولِهِ، وَالْمَوْلَى
بِيَدِهِ الْإِجْبَابُ وَالْجِهَتَانِ مِلْكُهُ فَلَا تَمَرَّةَ لِتَغْلِيْقِهِ مِلْكًا بِمِلْكٍ.

نَعَمْ يُعْتَبَرُ رِضَاهُ بِالْفِعْلِ وَهُوَ يَحْصُلُ بِالْإِبَاحَةِ الْخَاصَّةِ بِالْإِجْبَابِ الْمَذْمُولِ عَلَيْهِ
بِالرِّوَايَةِ وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ الْقَبُولُ مِنَ الْعَبْدِ، إِمَّا لِأَنَّهُ عَقْدٌ، أَوْ لِأَنَّ الْإِبَاحَةَ مُخَصَّرَةٌ فِي الْعَقْدِ أَوْ
التَّمْلِيكِ. وَكِلَاهُمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ وَرُبَّمَا قِيلَ: يُعْتَبَرُ قَبُولُ الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ الْوَلِيُّ كَمَا يُعْتَبَرُ
مِنْهُ الْإِجْبَابُ.

(وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْأَمَةِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، لِأَجْنَبِيٍّ بِاتِّفَاقِهِمَا)، لِإِنْ حَصَرَ الْحَقُّ فِيهِمَا،

وَ اتِّحَادِ سَبَبِ الْحِلِّ وَلَوْ عَقَدَ أَحَدُهُمَا وَ حَلَّلَهَا الْآخَرُ لَمْ يَصِحَّ، لِتَبَعُضِ الْبُضْعِ مَعَ اخْتِمَالِ الْجَوَازِ لَوْ جَعَلْنَا التَّحْلِيلَ عَقْدًا.

ثُمَّ إِنْ اتَّحَدَ الْعَقْدُ مِنْهُمَا فَلَا إِشْكَالَ فِي الصَّحَّةِ، وَإِنْ أَوْفَعَ كُلُّ مِنْهُمَا عَقْدًا عَلَى الْمَجْمُوعِ صَحَّ أَيْضًا، وَإِنْ أَوْفَعَهُ عَلَى مِلْكِهِ لَمْ يَصَحَّ.

(وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا لِأَحَدِهِمَا)، لِاسْتِزَامِهِ تَبَعُضِ الْبُضْعِ مِنْ حَيْثُ اسْتِبَاحَتُهُ بِالْمِلْكِ وَالْعَقْدِ، وَ الْبُضْعُ لَا يَتَبَعُضُ، وَلِأَنَّ الْحِلَّ مُنْهَضًا فِي الْأَزْوَاجِ وَ مِلْكِ الْأَيْمَانِ، وَ الْمُسْتَبَاحُ بِهِمَا خَارِجٌ عَنِ الْقِسْمَةِ، لِأَنَّ التَّفْصِيلَ يَقْطَعُ الْأَشْتِرَاكَ وَ دَوْرَانُ الْحُكْمِ بَيْنَ مَنْعِ الْحُلُولِ، وَ مَنْعِ الْجَمْعِ، يُوجِبُ الشَّكَّ فِي الْإِبَاحَةِ فَيُرْجَعُ إِلَى أَصْلِ الْمَنْعِ.

(وَلَوْ حَلَّلَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ) حِصَّتُهُ (فَالْوَجْهُ الْجَوَازُ)، لِأَنَّ الْإِبَاحَةَ بِمَنْزِلَةِ الْمِلْكِ، لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِلْمَنْفَعَةِ فَيَكُونُ حِلُّ جَمِيعِهَا بِالْمِلْكِ، وَلِرِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي جَارِيَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَاها جَمِيعًا ثُمَّ أَحَلَّ أَحَدُهُمَا فَرَجَهَا لِصَاحِبِهِ. قَالَ: «هِيَ لَهُ حَالًا».

وَ قِيلَ: بِالْمَنْعِ أَيْضًا بِنَاءً عَلَى تَبَعُضِ السَّبَبِ، حَيْثُ إِنْ بَعْضُهَا مُسْتَبَاحٌ بِالْمِلْكِ وَ الْبَعْضُ بِالتَّحْلِيلِ، وَ هُوَ مُتَابِعٌ لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ فِي الْجُمْلَةِ، أَوْ لِأَنَّهُ عَقْدٌ أَوْ إِبَاحَةٌ، وَ الْكُلُّ مُغَايِرٌ لِمِلْكِهِ كَمُغَايِرَةِ الْإِبَاحَةِ بِالْعَقْدِ لَهَا بِالْمِلْكِ، مَعَ اشْتِرَاكِهِمَا فِي أَصْلِ الْإِبَاحَةِ، وَ الرِّوَايَةُ ضَعِيفَةٌ السَّنَدِ.

وَ أَمَّا تَغْلِيلُ الْجَوَازِ بِأَنَّهَا قَبْلَ التَّحْلِيلِ مُحَرَّمَةٌ وَ إِنَّمَا حَلَّتْ بِهِ فَالسَّبَبُ وَاحِدٌ، فَفِيهِ أَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ تَمَامُ السَّبَبِ لَا السَّبَبَ الثَّامَّ فِي الْإِبَاحَةِ، ضَرُورَةٌ أَنَّ التَّحْلِيلَ مُخْتَصٌّ بِحِصَّةِ الشَّرِيكِ لَا بِالْجَمِيعِ، وَ تَحَقُّقُ الْمُسَبَّبِ عِنْدَ تَمَامِ السَّبَبِ لَا يُوجِبُ كَوْنَ الْجُزْءِ الْأَخِيرِ مِنْهُ سَبَبًا ثَامًّا.

(وَلَوْ أُعْتِقَتِ الْمَمْلُوكَةُ) الَّتِي قَدْ زَوَّجَهَا مَوْلَاهَا قَبْلَ الْعِتْقِ (فَلَهَا الْفُسْخُ)، لِخَبَرِ بُرَيْرَةَ وَ غَيْرِهِ، وَ لِمَا فِيهِ مِنْ حُدُوثِ الْكَمَالِ وَ زَوَالِ الْإِجْبَارِ، وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ حُدُوثِ الْعِتْقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَ بَعْدَهُ.

وَ الْفُسْخُ (عَلَى الْفَوْرِ) افْتِضَارًا فِي فَسْخِ الْعَقْدِ اللَّازِمِ عَلَى مَوْضِعِ الْيَقِينِ، وَ الضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِهِ، وَ تُعَذَّرُ مَعَ جَهْلِهَا بِالْعِتْقِ وَ فَوْرِيَّةِ الْخِبَارِ وَ أَصْلِهِ عَلَى الْأَقْوَى (وَ إِنْ كَانَتْ) الْأَمَةُ (تَحْتَ حُرٍّ)، لِعُمُومِ صَحِيحَةِ الْكِنَانِيِّ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أُعْتِقْتَ فَأَمْرُهَا بِيَدِهَا إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ وَ إِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْ» وَ غَيْرِهَا.

وَقِيلَ: يَخْتَصُّ الْخِيَارُ بِرَوْجَةِ الْعَبْدِ، لِمَا رُوِيَ مِنْ أَنَّ بُرَيْرَةَ كَانَتْ تَحْتَ عَدِيٍّ وَهُوَ مَغِيثٌ، وَلَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى التَّخْصِصِ لَوْ تَمَّ، (بِخِلَافِ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ بِالْعِتْقِ)، لِلْأَصْلِ، وَ لَا نَجْبَارٍ كَمَالِهِ بِكَوْنِ الطَّلَاقِ بِيَدِهِ، وَ كَذَا لَا خِيَارَ لِسَيِّدِهِ، وَ لَا لِزَوْجَتِهِ حُرَّةً كَانَتْ أَمْ أَمَةً، لِلْأَصْلِ.

(وَيَجُوزُ جَعْلُ عِتْقِ أَمَتِهِ صَدَاقَهَا) فَيَقُولُ: تَزَوَّجْتُكَ وَ أَعْتَقْتُكَ وَ جَعَلْتُ مَهْرَكَ عِتْقَكَ (وَيُقَدَّمُ) فِي اللَّفْظِ (مَا شَاءَ مِنَ الْعِتْقِ وَ التَّزْوِيجِ)، لِأَنَّ الصَّبِيغَةَ أَجْمَعَ جُمْلَةً وَاحِدَةً لَا يَتِمُّ إِلَّا بِآخِرِهَا، وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِ مِنْهَا وَ الْمُتَأَخِّرِ.

وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ تَقْدِيمُ الْعِتْقِ، لِأَنَّ تَزْوِيجَ الْمَوْلَى أَمَتُهُ بَاطِلٌ، وَ يُضَعَّفُ بِمَا مَرَّ وَ بِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ جَوَازِ جَعْلِ الْعِتْقِ مَهْرًا، لِأَنَّهُ لَوْ حُكِمَ بِوُقُوعِهِ بِأَوَّلِ الصَّبِيغَةِ امْتَنَعَ اعْتِبَارُهُ فِي التَّزْوِيجِ الْمُتَعَقِّبِ.

وَقِيلَ: بَلْ يُقَدَّمُ التَّزْوِيجُ لئَلَّا تُعْتَقَ، فَلَا تَصْلُحَ لِجَعْلِ عِتْقِهَا مَهْرًا، وَ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ أَمْرَهَا، فَلَا يَصِحُّ تَزْوِيجُهَا بِدُونِ رِضَاهَا، وَلِرِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ: قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِأَمَتِهِ: أَعْتَقْتُكَ وَ جَعَلْتُ مَهْرَكَ عِتْقَكَ. فَقَالَ: «عَتَقْتُ وَ هِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ تَزَوَّجَتْهُ، وَ إِنْ شَاءَتْ فَلَا، فَإِنْ تَزَوَّجَتْهُ فَلْيُعْطِهَا شَيْئًا»، وَ نَحْوُهُ رُوِيَ عَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ. وَ فِيهِ نَظَرٌ. لِمَا ذَكَرَ، وَ لِأَنَّ الْمَانِعَ فِي الْخَبَرِ عَدَمُ التَّصَرُّحِ بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ، لَا تَقْدِيمَهُ الْعِتْقِ، وَ هُوَ غَيْرُ الْمُتَنَازِعِ.

وَ الْحَقُّ أَنَّهُمَا صَبِيغَةٌ وَاحِدَةٌ لَا يَتَرْتَّبُ شَيْءٌ مِنْ مُقْتَضَاهَا إِلَّا بِتَمَامِهَا فَيَعَمَّ مَذْلُومُهَا، وَ هُوَ الْعِتْقُ وَ كَوْنُهُ مَهْرًا وَ كَوْنُهَا زَوْجَةً.

(وَيَجِبُ قَبُولُهَا عَلَى قَوْلٍ)، لِاشْتِمَالِ الصَّبِيغَةِ عَلَى عَقْدِ النِّكَاحِ وَ هُوَ مُرَكَّبٌ شَرْعًا مِنَ الْإِجَابِ وَ الْقَبُولِ، وَ لَا يَمْنَعُ مِنْهُ كَوْنُهَا حَالِ الصَّبِيغَةِ، لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْحُرَّةِ حَيْثُ تَصِيرُ حُرَّةً بِتَمَامِهِ، فَرَقِبْتُهَا غَيْرُ مُسْتَقَرَّةٍ، وَلَوْ لَا ذَلِكَ امْتَنَعَ تَزْوِيجُهَا.

وَ وَجْهُ عَدَمِ الْوُجُوبِ أَنَّ مُسْتَدَّ شَرْعِيَّةِ هَذِهِ الصَّبِيغَةِ هُوَ النَّقْلُ الْمُسْتَفِيضُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَ الْأَئِمَّةِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ الْقَبُولِ، وَ لَوْ وَقَعَ لِنَقْلِ، لِأَنَّهُ مِمَّا تَعَمُّ بِهِ الْبُلُوْى، وَ أَنَّ حِلَّ الْوُطْءِ مَمْلُوكٌ لَهُ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ التَّزْوِيجِ، فَإِذَا أَعْتَقَهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، كَانَ فِي مَعْنَى اسْتِثْنَاءِ بَقَاءِ الْحِلِّ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ الْعِتْقِ، وَ لِأَنَّ الْقَبُولَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ مِنَ الزَّوْجِ لَا مِنَ الْمَرْأَةِ، وَ إِنَّمَا وَظَفْتُهَا الْإِجَابُ وَ لَمْ يَقَعْ مِنْهَا، وَ بِذَلِكَ يَظْهَرُ أَنَّ عَدَمَ اعْتِبَارِ قَبُولِهَا أَقْوَى، وَ إِنْ كَانَ الْقَوْلُ بِهِ أَحْوَطَ.

وَيُظْهَرُ أَيْضاً جَوَابُ مَا قِيلَ: إِنَّهُ كَيْفَ يَتَزَوَّجُ جَارِيَتَهُ، وَكَيْفَ يَتَحَقَّقُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ؟

وَمَا قِيلَ: مِنْ أَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مُتَحَقِّقاً قَبْلَ الْعَقْدِ، وَمَعَ تَقْدِيمِ التَّزْوِيجِ لَا يَكُونُ مُتَحَقِّقاً، وَأَنَّهُ يَلُوحُ مِنْهُ الدَّوْرُ، فَإِنَّ الْعَقْدَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْمَهْرِ الَّذِي هُوَ الْعَتَقُ، وَالْعَتَقُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بَعْدَ الْعَقْدِ، مُنْذَفِعٌ بِمَنْعِ اعْتِبَارِ تَقَدُّمِهِ، بَلْ يَكْفِي مُقَارَنَتَهُ لِلْعَقْدِ وَهُوَ هُنَا كَذَلِكَ، وَبِمَنْعِ تَوَقُّفِ الْعَقْدِ عَلَى الْمَهْرِ وَإِنْ اسْتَلَزَمَهُ، وَإِذَا جَازَ الْعَقْدُ عَلَى الْأَمَةِ - وَهِيَ ضَالِحَةٌ لِأَنْ تَكُونَ مَهراً لغيرِها - جَازَ جَعْلُهَا، أَوْ جَعْلُ فَكٍّ مِلْكُهَا مَهراً لِنَفْسِهَا، مَعَ أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ فِي مُقَابِلَةِ النَّصِّ الصَّحِيحِ الْمُسْتَفِيزِ فَلَا يُسْمَعُ.

(وَلَوْ بَيْعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَلِلْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ الْخِيَارُ) فِي فَسْخِ النِّكَاحِ وَإِمْضَائِهِ، سَوَاءً دَخَلَ أَمْ لَا، وَسَوَاءً كَانَ الْآخَرُ حُرّاً أَمْ لَا، وَسَوَاءً كَانَا لِمَالِكٍ أَمْ كُلُّ وَاحِدٍ لِمَالِكٍ، وَهَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْقَوْرِ كَخِيَارِ الْعَتَقِ، وَيُعَدُّرُ جَاهِلُهُ، وَجَاهِلُ الْقَوْرِيَّةِ عَلَى الظَّاهِرِ. (وَكَذَلِكَ تَخَيَّرَ كُلُّ مَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْمَلِكُ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ) مِنْ هَبَّةٍ، أَوْ صُلْحٍ، أَوْ صَدَاقٍ وَغَيْرِهِ، وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُؤَلِّيَانِ فِي الْفَسْخِ وَالْإِلْتِزَامِ قُدِّمَ الْفَاسِخُ كَغَيْرِهِ مِنَ الْخِيَارِ الْمُشْتَرَكِ. (وَلَوْ بَيْعَ الزَّوْجَانِ مَعاً عَلَى وَاحِدٍ تَخَيَّرَ)، لِإِقْيَامِ الْمُقْتَضَى (وَلَوْ بَيْعَ كُلِّ مِنْهُمَا عَلَى وَاحِدٍ تَخَيَّرَ)، لِمَا ذَكَرَ، وَكَذَا لَوْ بَاعَهُمَا الْمَالِكُ مِنْ اثْنَيْنِ عَلَى جِهَةِ الْإِشْتِرَاكِ. (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ طَلَاقٌ أَمَةً سَيِّدِهِ) لَوْ كَانَ مُتَزَوِّجاً بِهَا بَعْدَ يَلْزَمُهُ جَوَازُ الطَّلَاقِ (إِلَّا بِرِضَاهُ) كَمَا أَنَّ تَزْوِيجَهُ بِيَدِهِ. وَهُوَ مَوْضِعُ نَصٍّ وَإِجْمَاعٍ.

(وَيَجُوزُ) لِلْعَبْدِ (طَلَاقُ غَيْرِهَا) أَيُّ: غَيْرِ أَمَةٍ سَيِّدِهِ وَإِنْ كَانَ قَدْ زَوَّجَهُ بِهَا مَوْلَاهُ، (أَمَةً كَانَتْ) الزَّوْجَةُ (أَوْ حُرَّةً، أَوْ حُرَّةً، أَوْ حُرَّةً، أَوْ حُرَّةً) فِي طَلَاقِهَا (أَوْ لَا، عَلَى الْمَشْهُورِ)، لِغُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، وَرَوَى لَيْثُ الْمُرَادِيُّ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَقَدْ سَأَلَهُ عَنْ جَوَازِ طَلَاقِ الْعَبْدِ، فَقَالَ: «إِنْ كَانَتْ أَمَتُكَ فَلَا، إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: ﴿عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ * وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً قَوْمٍ آخَرِينَ جَازَ طَلَاقُهَا». وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ الْإِسْتِئْذَانُ بِهِ كَالْأَوَّلِ، اسْتِئْذَاناً إِلَى أَخْبَارٍ مُطْلَقَةٍ حَمَلُهَا عَلَى كَوْنِ الزَّوْجَةِ أَمَةً أَوْ حُرَّةً طَرِيقُ الْجَمْعِ. وَفِي ثَالِثٍ يَجُوزُ لِلْسَيِّدِ إِجْبَارُهُ عَلَى الطَّلَاقِ كَمَا لَهُ إِجْبَارُهُ عَلَى النِّكَاحِ وَالرَّوَايَةُ مُطْلَقَةٌ يَتَعَيَّنُ حَمْلُهَا عَلَى أَمَتِهِ كَمَا مَرَّ.

(وَالسَيِّدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَ رَقِيقَتَيْهِ مَتَى شَاءَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ، وَغَيْرِهِ) مِنَ الْفَسْخِ وَالْأَمْرِ بِالْإِعْتِزَالِ، وَنَحْوِهِمَا. هَذَا إِذَا زَوَّجَهُمَا بَعْدَ النِّكَاحِ، أَمَّا إِذَا جَعَلَهُ إِباحَةً فَلَا طَلَاقَ، إِلَّا أَنْ

يَجْعَلُ ذَالًا عَلَى التَّفْرِيقِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُلْحِقَهُ أَحْكَامَهُ، وَلَوْ أَوْقَعَ لَفْظُ الطَّلَاقِ مَعَ كَوْنِ السَّابِقِ عَقْدًا فَظَاهِرُ الْأَصْحَابِ لُحُوقُ أَحْكَامِهِ، وَاشْتِرَاطُهُ بِشَرَائِطِهِ، عَمَلًا بِالْعُمُومِ، مَعَ احْتِمَالِ الْعَدَمِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ إِبَاحَةٌ وَإِنْ وَقَعَ بِعَقْدٍ.

(وَتُبَاحُ الْأَمَّةِ) غَيْرِ مَالِكِيهَا (بِالتَّحْلِيلِ) مِنَ الْمَالِكِ لِمَنْ يَجُوزُ لَهُ التَّزْوِيجُ بِهَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ شَرَائِطُهُ الَّتِي مِنْ جُمْلَتِهَا كَوْنُهُ مُؤْمِنًا فِي الْمُؤْمِنَةِ، وَمُسْلِمًا فِي الْمُسْلِمَةِ وَكَوْنُهَا كِتَابِيَّةً لَوْ كَانَتْ كَافِرَةً، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ النَّسَبِ وَالْمُصَاهَرَةِ وَغَيْرِهَا، وَحَلُّ الْأَمَةِ بِذَلِكَ هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، بَلْ كَادَ يَكُونُ إِجْمَاعًا، وَأَخْبَارُهُمُ الصَّحِيحَةُ بِهِ مُسْتَفِيضَةٌ.

وَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ صِغَةٍ ذَالَةٍ عَلَيْهِ (مِثْلَ أَحَلَّتْ لَكَ وَطَآهَا، أَوْ جَعَلْتُكَ فِي حِلٍّ مِنْ وَطْئِهَا). وَهَاتَانِ الصِّغَتَانِ كَافِيَتَانِ فِيهِ اتِّفَافًا.

(وَفِي صِحَّتِهِ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ قَوْلَانِ): أَحَدُهُمَا الْخَافِئُ بِهِ، لِمُشَارِكَتِهَا لَهُ فِي الْمَعْنَى فَيَكُونُ كَالْمُرَادِفِ الَّذِي يَجُوزُ إِفَادَتُهُ مَقَامَ رَدِّفِهِ. وَالْأَكْثَرُ عَلَى مَعْنَاهِ، وَقُوْفًا فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَوْضِعِ الْيَقِينِ، وَتَمَسُّكًا بِالْأَصْلِ، وَمُرَاعَاةً لِلِاخْتِطَاطِ فِي الْفُرُوجِ الْمُبْنِيَةِ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْأَقْوَى.

وَتُمْنَعُ الْمُرَادَفَةُ أَوَّلًا، ثُمَّ الْإِكْتِفَاءُ بِالْمُرَادِفِ مُطْلَقًا فَإِنَّ كَثِيرًا مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ تَوْقِيفِيَّةٌ وَفِيهِ شَائِبَةُ الْعِبَادَةِ، وَالِاخْتِطَاطُ فِيهِ مَعَهُمْ، فَإِنْ جَوَّزْنَاهُ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ كَفَى: أَذْنْتُ وَسَوَّعْتُ وَمَلَّكْتُ وَوَهَبْتُ وَنَحَوُّهَا.

(وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ مِلْكٌ يَمِينُ لَا عَقْدُ نِكَاحٍ)، لِإِنْحِصَارِ الْعَقْدِ فِي الدَّائِمِ وَالْمُنْعَةِ وَكِلَاهُمَا مُتَتَفِيَانِ عَنْهُ، لِتَوْقُفِ رَفْعِ الْأَوَّلِ عَلَى الطَّلَاقِ فِي غَيْرِ الْفَسْخِ بِأُمُورٍ مَحْصُورَةٍ لَيْسَ هَذَا مِنْهَا، وَلُزُومِ الْمَهْرِ فِيهِ بِالدُّخُولِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ لَوَازِمِهِ، وَانْتِفَاءُ اللَّازِمِ يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ الْمَلْزُومِ، وَلِتَوْقُفِ الثَّانِي عَلَى الْمَهْرِ وَالْأَجْلِ، وَهُمَا مُتَتَفِيَانِ هُنَا أَيْضًا فَيَسْتَفِي، وَلِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ لَازِمٌ، وَلَا شَيْءَ مِنَ التَّحْلِيلِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِذَا انْتَفَى كَوْنُهُ عَقْدًا ثَبَتَ الْمِلْكُ، لِإِنْحِصَارِ حَلِّ النِّكَاحِ فِيهِمَا بِمُقْتَضَى الْآيَةِ. وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لَا بُدَّ مِنَ الْقَبُولِ، لِتَوْقُفِ الْمِلْكِ عَلَيْهِ أَيْضًا. وَقِيلَ: إِنَّ الْفَائِدَةَ تَظْهَرُ فِيمَا لَوْ أَبَاحَ أَمَتَهُ لِعَبْدِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ عَقْدٌ، أَوْ تَمْلِكُكَ وَإِنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ حَلَّتْ، وَإِلَّا فَلَا.

وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ لَيْسَ عَلَى حَدِّ الْمِلْكِ الْمَحْضِ بَحِثٌ لَا يَكُونُ الْعَبْدُ أَهْلًا لَهُ، بَلِ الْمُرَادُ بِهِ الْإِسْتِحْقَاقُ كَمَا يُقَالُ: يَمْلِكُ زَيْدٌ إِحْضَارَ مَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَنَحْوُهُ، وَمِثْلُ هَذَا

يَسْتَوِي فِيهِ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ فَصِحَّةُ التَّحْلِيلِ فِي حَقِّهِ عَلَى الْقَوْلِ بَعْدَ الْمَلِكِ مُتَّجِهَةٌ.
(وَيَجِبُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى مَا تَنَاوَلَهُ اللَّفْظُ وَمَا يَشْهَدُ الْحَالُ بِدُخُولِهِ فِيهِ) فَإِنْ أَحَلَّهُ
بَعْضُ مُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ، كَالْتَقَبِيلِ وَالنَّظَرِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْآخَرُ وَلَا الْوَطْءُ، وَكَذَا لَوْ أَحَلَّهُ بَعْضُهَا
فِي عُضْوٍ مَخْصُوصٍ اخْتَصَّ بِهِ، وَإِنْ أَحَلَّهُ الْوَطْءُ حَلَّتِ الْمُقَدِّمَاتُ بِشَهَادَةِ الْحَالِ، وَلَئِنَّهُ لَا
يُنْفَكُّ عَنْهَا غَالِبًا، وَلَا مَوْقِعَ لَهُ بِدُونِهَا، وَلَئِنْ تَحْلِيلُ الْأَقْوَى يَدُلُّ عَلَى الْأَضْعَفِ بِطَرِيقِ
أَوَّلَى، بِخِلَافِ الْمُسَاوِي، وَالْعَكْسِ.

وَهَلْ يَدْخُلُ اللَّمَسُ بِشَهْوَةٍ فِي تَحْلِيلِ الْقُبْلَةِ؟ نَظَرٌ. مِنَ الْاِسْتِزَامِ الْمَذْكُورِ فِي الْجُمْلَةِ
فَيَدْخُلُ. وَمِنْ أَنْ اللَّازِمَ دُخُولُ لَمَسٍ مَا اسْتَلَزَمَتْهُ الْقُبْلَةُ، لَا مُطْلَقًا فَلَا يَدْخُلُ إِلَّا مَا تَوَقَّفَتْ
عَلَيْهِ خَاصَّةً. وَهُوَ الْأَقْوَى.

(وَالْوَلَدُ) الْحَاصِلُ مِنَ الْأَمَةِ الْمُحَلَّلَةِ (حُرٌّ) مَعَ اشْتِرَاطِ حُرِّيَّتِهِ أَوْ الْإِطْلَاقِ، وَلَوْ شَرَطَ
رَقِيَّتَهُ فَفِيهِ مَا مَرَّ، وَيُظْهَرُ مِنَ الْعِبَارَةِ عَدَمُ صِحَّةِ الشَّرْطِ، حَيْثُ أَطْلَقَ الْحُرِّيَّةَ وَهُوَ الْوَجْهُ، وَ
لَا يَخْفَى أَنَّ ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْغَالِبِ مِنْ حُرِّيَّةِ الْأَبِ، أَوْ عَلَى الْقَوْلِ بِاخْتِصَاصِهِ بِالْحُرِّ، فَلَوْ
كَانَ مَمْلُوكًا وَسَوَّغْنَاهُ كَمَا سَلَفَ فَهُوَ رَقٌّ، (وَ) حَيْثُ يُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ (لَا قِيَمَةَ عَلَى الْأَبِ)
مَعَ اشْتِرَاطِ حُرِّيَّتِهِ إجمالاً، وَمَعَ الْإِطْلَاقِ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَبِهِ أَخْبَارٌ كَثِيرَةٌ، وَلَئِنْ
الْحُرِّيَّةَ مَبْنِيَّةً عَلَى التَّغْلِبِ وَلِهَذَا يَسْرِي الْعِنُقُ بِأَقْلٍ جُزْءٍ يُتَصَوَّرُ، وَلَا شُبْهَةٌ فِي كَوْنِ الْوَلَدِ
مُتَّكُونًا مِنْ نُطْفَةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فَيَغْلِبُ جَانِبُ الْحُرِّيَّةِ، وَالْحُرُّ لَا قِيَمَةَ لَهُ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: إِنَّهُ يَكُونُ رِقًّا لِمَوْلَى الْجَارِيَةِ وَيُفَكُّهُ أَبُوهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وَإِلَّا اسْتَسْعَى
فِي تَمَنِّهِ، وَالْأَوَّلُ أَشْهَرُ.

(وَلَا بَأْسَ بِوَطْءِ الْأَمَةِ وَفِي الْبَيْتِ آخَرُ مُمَيِّزٌ) أَمَّا غَيْرُهُ فَلَا يُكْرَهُ مُطْلَقًا (وَأَنْ يَنَامَ
بَيْنَ امْتِنَيْنِ).

(وَيُكْرَهُ ذَلِكَ) الْمَذْكُورُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ (فِي الْحُرَّةِ، وَكَذَا يُكْرَهُ وَطْءُ الْأَمَةِ
الْفَاجِرَةِ كَالْحُرَّةِ الْفَاجِرَةِ)، لِمَا فِيهِ مِنَ الْغَارِ وَخَوْفِ اخْتِلَاطِ الْمَنَائِنِ، (وَ وَطْءُ مَنْ
وُلِدَتْ مِنَ الزَّنى، بِالْعَقْدِ)، وَلَا بَأْسَ بِهِ بِالْمَلِكِ، وَلَكِنْ لَا يَتَّخِذُهَا أُمَّ وَلَدٍ، بَلْ يَغْزِلُ عَنْهَا
حَذَرًا مِنَ الْحَمْلِ رَوَى ذَلِكَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ.

(الْفَصْلُ السَّادِسُ: فِي الْمَهْرِ)

(كُلُّ مَا صَحَّ أَنْ يُمْلَكَ) وَإِنْ قَلَّ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مُتَمَوِّلاً (عَيْنَا كَانَ، أَوْ مَنْفَعَةً) وَإِنْ كَانَتْ مَنْفَعَةٌ حُرّاً، وَلَوْ أَنَّهُ الزَّوْجُ، كَتَعْلِيمِ صَنْعَةٍ أَوْ سُورَةٍ، أَوْ عِلْمٍ غَيْرِ وَاجِبٍ، أَوْ شَيْءٍ مِنَ الْحِكْمِ وَالْآدَابِ أَوْ شِعْرِ، أَوْ غَيْرِهَا مِنَ الْأَعْمَالِ الْمُحَلَّلَةِ الْمُقْصُودَةِ (يَصِحُّ إِمْهَارُهُ)، وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ سِوَى الْعَقْدِ عَلَى مَنْفَعَةِ الزَّوْجِ فَقَدْ مَنَعَ مِنْهُ الشَّيْخُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ اسْتِنَاداً إِلَى رِوَايَةٍ لَا تَنْهَضُ دَلِيلًا مُتَنَاءً وَ سَنَدًا.

فصل ششم - درباره مهریه

هر چیزی را که قابلیت تملک داشته باشد می توان بعنوان مهریه قرارداد، هر چند مقدار آن ناچیز باشد به شرط آنکه مالیت داشته باشد اعم از اینکه عین یا منفعت باشد گرچه منفعت انسانی آزاد باشد و آن شخص آزاد، خود زوج باشد مانند آموزش حرفه یا سوره یا دانشی که [آموزش آن واجب نیست زیرا نمی توان برای آموزش واجبات مانند نماز و حج، اجرت گرفت و اجرت را مهریه قرارداد] یا مقداری از حکمت ها و آداب یا شعر یا سایر کارهایی که حلال بوده و فایده داشته باشد [مانند آموزش خیاطی] و درباره مواردی که گفته شد، اختلاف نظر وجود ندارد بجز موردی که منفعت شوهر بعنوان مهریه قرار می گیرد که مرحوم شیخ طوسی در یکی از دو نظریه خود با آن مخالفت کرده و به روایتی استناد نموده است که از نظر محتوا و سند، نمی تواند دلیل بر دیدگاه وی باشد. [متن روایت احمد بن ابی نصر از امام ابوالحسن (ع) چنین است که وی گوید سخن شعیب را به امام (ع) گفتم که: «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكَحَ أَحَدِي ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ» پس کدام زمان را انجام داد؟ امام (ع) فرمود: «أَوْفَاهُمَا وَ أَبْعَدُهُمَا: دَه سَالٍ رَا» گفتم: «آیا قبل از پایان یافتن

شرط با زن ازدواج کرد یا بعد از آن؟» امام (ع) فرمود: «قبل از آنکه زمان شرط شده پایان یابد.» گفتیم: «اگر مردی با زنی ازدواج کند و اجاره دو ماه را برای پدر زنش شرط کند آیا جایز است؟» امام فرمود: «حضرت موسی می دانست که شرطش را به پایان می رساند اما این مرد از کجا می داند که تا هنگام وفای به شرط زنده خواهد ماند.» این روایت که در کتاب وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۲۲ از ابواب المهور، حدیث ۱، آمده است از نظر سندی ضعیف است زیرا سهل بن زیاد و ابراهیم بن هاشم در میان راویان وجود دارد که ضعیف هستند و متن روایت نیز تصریحی بر ممنوعیت ندارد. مهریه، رکن عقد نکاح متعه است بنابراین اگر در عقد ذکر نشود، عقد باطل است و این عقد که هدف از آن استمتاع جنسی می باشد شبیه عقود معاوضی است اما رکن عقد دائم نیست بنابراین عدم ذکر آن ضمن عقد، موجب بطلان عقد نیست.]

(وَلَوْ عَقَدَ الذَّمِّيَانِ عَلَى مَا لَا يُمْلِكُ فِي شَرْعِنَا) كَالْخُمْرِ وَالْخِنْزِيرِ (صَحَّ) لَا تَهْمَا يَمْلِكَانِهِ (فَإِنْ أَسْلَمَا)، أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ التَّقَابُضِ (انْتَقَلَ إِلَى الْقِيَمَةِ) عِنْدَ مُسْتَحْلِبِهِ، لِخُرُوجِهِ عَنْ مَلِكِ الْمُسْلِمِ، سَوَاءٌ كَانَ عَيْنًا، أَوْ مَضْمُونًا لِأَنَّ الْمُسَمَّى لَمْ يَفْسُدْ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ قَدْ أَقْبَضَهَا إِثْبَاهُ قَبْلِ الْإِسْلَامِ بَرِيٌّ، وَإِنَّمَا تَعَذَّرَ الْحُكْمُ بِهِ فَوَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَى قِيَمَتِهِ، لِأَنَّهَا أَقْرَبُ شَيْءٍ إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ جَرَى الْعَقْدُ عَلَى عَيْنٍ وَتَعَذَّرَ تَسْلِيمُهَا، وَمِثْلُهُ مَا لَوْ جَعَلَاهُ تَمَنَّا لِمَبِيعٍ، أَوْ عَوْضًا لِصُلْحٍ، أَوْ غَيْرِهِمَا.

وَقِيلَ: يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ تَنْزِيلًا، لِتَعَذُّرِ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ مَنْزِلَةَ الْفَسَادِ، وَلِأَنَّ وَجُوبَ الْقِيَمَةِ فَرَعٌ وَجُوبِ الْعَيْنِ مَعَ الْإِمْكَانِ، وَهُوَ هُنَا مُمَكِّنٌ وَإِنَّمَا عَرَضَ عَدَمُ صَلَاحِيَّتِهِ لِلتَّمْلُكِ لَهُمَا.

وَيُضَعَّفُ بِمَنْعِ الْفَسَادِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالتَّعَذُّرُ الشَّرْعِيُّ مَنَزِلَةُ الْمَنْزِلَةِ الْجَسَدِيِّ أَوْ أَقْوَى، وَ مَهْرُ الْمِثْلِ قَدْ يَكُونُ أَرِيدَ مِنَ الْمُسَمَّى، فَهِيَ تَعْتَرَفُ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ الزَّائِدِ، أَوْ أَنْقَصَ فَيَعْرِفُ هُوَ بِاسْتِحْقَاقِ الزَّائِدِ، حَيْثُ لَمْ يَقَعِ الْمُسَمَّى فَاسِدًا، فَكَيْفَ يَرْجِعُ إِلَى غَيْرِهِ بَعْدَ اسْتِقْرَارِهِ. وَلَوْ كَانَ الْإِسْلَامُ بَعْدَ قَبْضِ بَعْضِهِ، سَقَطَ بِقَدْرِ الْقَبْضِ وَ وَجَبَ قِيَمَةُ الْبَاقِي، وَ عَلَى الْآخَرِ يَجِبُ بِنِسْبَتِهِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ.

اگر دو کافر ذمی، چیزی را مهریه قرار دهند که از نظر دین اسلام قابل تملک نیست مانند مشروب و خوک، صحیح است زیرا اینها برای کفار ذمی قابل تملک است پس

اگر هر دو یا یکی از آنها قبل از قبض مهریه، مسلمان شوند، این مال تبدیل به قیمت آن نزد حلال داندگان می شود [یعنی کسانی که آن را حلال می دانند برایش قیمت تعیین می کنند] زیرا مهریه تعیین شده از ملکیت شخص مسلمان خارج می شود اعم از اینکه عین معین باشد یا کلی در ذمه باشد [برخلاف نظر برخی از فقهای اهل سنت که میان عین و کلی در ذمه تفاوت می گذارند که در صورت اوّل می گویند، زن بغیر از عین نمی تواند مال دیگری را مطالبه کند اما در صورت دوم مستحقّ اجرت المثل می باشد] زیرا مهریه ای که تعیین شده فاسد و باطل نمی شود [تا گفته شود که آن مهریه باطل بوده و باید مهرالمثل پرداخت شود] و به همین دلیل است که اگر شوهر، مهریه تعیین شده را قبل از مسلمان شدن، پرداخته باشد بری می شود [چون مهریه با مسلمان شدن، فاسد نمی گردد] بلکه فقط حکم به آن مهریه، متعذر می شود بنابراین قیمت آن تعیین می گردد زیرا قیمت، نزدیکترین چیز به عین است و این مانند موردی است که دو کافر ذمی، چنین مالی [را که به ملکیت مسلمان در نمی آید] را بعنوان ثمن مبیع یا عوض صلح یا مانند اینها قرار دهند [مانند اینکه اجرت عمل، قرار داده شود. در این موارد چنانچه یکی از آنها مسلمان شود و امکان تسلیم این اموال نباشد تبدیل به قیمت می شود نه اینکه بکلی فاسد گردد] و یک دیدگاه آن است که باید مهرالمثل پرداخت شود زیرا تعذر تحویل عین به منزله فساد عین است و به این دلیل که وجوب پرداخت قیمت، فرع بر وجوب تحویل عین می باشد در صورتی که تحویل عین امکان داشته باشد و در اینجا تحویل عین، امکان دارد اما [مانع دیگری بوجود آمده است] که همین عارض شدن عدم صلاحیت طرفین عقد برای تملک آن است [پس در اینجا تحویل عین به رغم اینکه امکان دارد اما واجب نیست و وجوب تحویل قیمت نیز فرع بر وجوب تحویل عین می باشد پس وقتی تحویل عین واجب نباشد، تحویل قیمت نیز واجب نخواهد بود] اما این نظریه ضعیف است زیرا همانگونه که گفت، مهریه فاسد نمی شود [و تعذر تسلیم عین به منزله فساد شدن عین نیست بلکه] تعذر شرعی به منزله تعذر حسی [و مادی] می باشد یا قوی تر از آن است [زیرا شارع تصریح به ممنوعیت آن کرده است و هر جا تحویل عین، متعذر بود تبدیل به قیمت می شود. دلیل دیگر برای ضعیف بودن نظریه پرداخت مهرالمثل آن است که] مهرالمثل گاهی بیشتر از مهرالمسمی می باشد که در این

صورت زن اعتراف دارد که مستحق دریافت مقدار بیشتر نیست [بلکه مستحق دریافت مهرالمسمی یا قیمت آن می باشد] و گاهی مهرالمثل کمتر از مهر المسمی است که در این صورت مرد، اقرار دارد باید مقدار بیشتر را بپردازد [زیرا مقدار بیشتر را در ضمن عقد قرار داده است] پس وقتی مهرالمسمی، فاسد نمی شود چگونه به مهرالمثل مراجعه می شود در حالیکه مهرالمسمی برعهده او قرار گرفته است. و اگر مسلمان شدن [زوجین یا یکی از آنها] بعد از قبض مقداری از مهریه ای باشد که برای مسلمان قابل تملک نیست [به مقدار قبض شده از ذمه زوج ساقط می شود و باید قیمت مقدار باقیمانده را بپردازد و براساس نظریه دیگر [که می گفت شوهر باید مهرالمثل را بپردازد] باید به نسبت مهریه ای که باقی مانده است، مهرالمثل را بپردازد.

(و لَا تَقْدِيرَ فِي الْمَهْرِ قِلَّةً) مَا لَمْ يَقْضَ عَنِ التَّقْوِيمِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ (وَلَا كَثْرَةً) عَلَى الْمَشْهُورِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَتَيْتُمُ احْدِيهِنَّ قِنْطَارًا﴾ وَهُوَ الْمَالُ الْعَظِيمُ، وَفِي الْقَامُوسِ: الْقِنْطَارُ بِالْكَسْرِ وَزْنُ أَرْبَعِينَ أَوْقِيَّةً مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، أَوْ أَلْفٍ دِينَارٍ، أَوْ أَلْفٍ وَمِائَتَا أَوْقِيَّةٍ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، أَوْ سَبْعُونَ أَلْفَ دِينَارٍ، أَوْ ثَمَانُونَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، أَوْ مِائَةَ رَطَلٍ مِنْ ذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ، أَوْ مِئَةً مَسْكٍ ثَوْرٍ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً، وَفِي صَحِيحِهِ الْوُشَاءِ عَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَوْ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَجَعَلَ مَهْرَهَا عِشْرِينَ أَلْفًا، وَلِأَيُّهَا عَشْرَةُ أَلْفٍ كَانَ الْمَهْرُ جَائِزًا، وَالَّذِي جَعَلَهُ لِأَيُّهَا فَاسِدًا».

(وَيَكْرَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ مَهْرَ السَّنَةِ) وَهُوَ مَا أَصْدَقَهُ النَّبِيُّ ﷺ لِأَزْوَاجِهِ جَمْعٌ (وَهُوَ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ) قِيمَتُهَا خَمْسُونَ دِينَارًا، وَمَنْعَ الْمُزْتَضَى مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا، وَحَكَمَ بِرَدِّ مَنْ زَادَ عَنْهَا إِلَيْهَا مُحْتَجًّا بِالْإِجْمَاعِ، وَبِهِ خَبَرٌ ضَعِيفٌ لَا يَصْلَحُ حُجَّةً، وَالْإِجْمَاعُ مَمْنُوعٌ، وَجَمِيعُ التَّفْسِيرَاتِ السَّابِقَةِ لِلْقِنْطَارِ تَرَدُّ عَلَيْهِ، وَالْخَبَرُ الصَّحِيحُ حُجَّةٌ بَيِّنَةٌ، نَعَمْ يُسْتَحَبُّ الْإِفْتِصَارُ عَلَيْهِ، لِذَلِكَ.

مهریه فاقد حداقل است مشروط بر اینکه [به اندازه ای باشد که] قابل قیمت گذاری باشد مانند دانه گندم [که آنقدر ناچیز می باشد که نمی توان قیمتی برای آن تعیین کرد] و نیز براساس دیدگاه مشهور فقها از نظر حداکثری هم اندازه ای ندارد [بلکه حداقل و حداکثر آن به تراضی دو طرف بستگی دارد و شارع حداقل یا حداکثر برای آن تعیین نکرده است] زیرا خداوند [در آیه ۱۹ سوره نساء] می فرماید: «و به یکی از آن زنان،

مقدار زیادی مهریه دادید.» و [قنطار] به معنای مال زیاد است و در کتاب قاموس اللغة آمده است که «قنطار» [با کسره «قاف»] به اندازه چهل اوقیه [و هر اوقیه به اندازه هفت مثال می باشد] از طلا یا نقره یا هزار دینار یا هزار و دویست اوقیه از طلا یا نقره یا هفتاد هزار دینار یا هشتاد هزار درهم یا صدر طل طلا یا نقره یا پوست گاو پر از طلا یا نقره می باشد و در روایت صحیح و شاء از امام رضا (ع) آمده است: «اگر مردی با زنی ازدواج کند و مهریه او را بیست هزار قرار دهد [و علاوه بر آن] برای پدر زوجه هم ده هزار قرار دهد [در حالیکه چنین تعهدی بر او لازم نیست] مهریه جایز [و صحیح] است اما آنچه که برای پدرش قرار داده است، فاسد [و باطل] می باشد [مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط گفته است که حسن بن علی (ع)، صد کنیز را مهریه همسرش قرارداد و با هر کنیزی هم هزار درهم بود و عمر برای دختر امیرالمؤمنین (ع) چهل هزار درهم قرارداد و گروهی از صحابه و تابعین نیز به همین صورت، مهریه می دادند.] و مکروه است که مهریه بیشتر از مهرالسنة باشد یعنی مهریه ای که پیامبر (ص) برای همه همسرانش قرار داده است که عبارت از پانصد درهم بوده و ارزش آن معادل پنجاه دینار است و سید مرتضی مهریه بیشتر از مهرالسنة را ممنوع می داند و گفته است که هرکس بیشتر از مهرالسنة، مهریه بدهد حکم می شود که معادل مهرالسنة بپردازد و به اجماع فقها استناد کرده است و نیز روایت ضعیفی هم در این خصوص وجود دارد [که تعیین مهریه بیشتر از مهرالسنة را ممنوع دانسته و حکم به کاهش آن تا مهرالسنة کرده است اما این روایت] صلاحیت دلیل بودن را ندارد و اجماع هم ممنوع است [زیرا مخالفان زیادی وجود دارد] و تمامی تفسیرهایی که برای واژه «قنطار» بیان شد، نظر سید مرتضی را رد می کند و روایت صحیحی که [از امام رضا (ع)] بیان گردیده دلیل معتبری می باشد هر چند مستحب است بخاطر روایت [ضعیفی که سید مرتضی به آن استناد کرده است] مهریه به اندازه مهرالسنة باشد.

(وَيَكْفِي فِيهِ الْمُشَاهَدَةُ عَنِ اعْتِبَارِهِ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ أَوْ الْعَدَدِ، كَقِطْعَةٍ مِنْ ذَهَبٍ مُشَاهَدَةٍ لَا يُعْلَمُ وَزْنُهَا، وَقَتَّةٍ مِنْ طَعَامٍ لَا يُعْلَمُ كَيْلُهَا، لِإِرْتِفَاعِ مُعْظَمِ الْغَرَرِ بِالْمُشَاهَدَةِ، وَاعْتِفَارِ الْبَاقِي فِي النِّكَاحِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مُعَاوَضَةً مَحْضَةً بِحَيْثُ يُنَافِيهِ مَا زَادَ مِنْهُ. وَ يُشْكِلُ الْحَالُ لَوْ تَلَفَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أَوْ بَعْدَهُ، وَقَدْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ. وَلَوْ لَمْ يُشَاهَدْ

أُغْتَبِرَ التَّعْيِينَ قَدْرًا، وَ وَضْعًا إِنْ كَانَ مِمَّا يُعْتَبَرُ بِهِ، أَوْ وَضْعًا خَاصَّةً إِنْ اكْتَفِيَ بِهِ كَالْعَبْدِ.
(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ فَهُوَ خَمْسِمِائَةِ دِرْهَمٍ)، لِلنَّصِّ، وَ
الْإِجْمَاعِ، وَ بَيْنَهُمَا يَنْدِفِعُ الْأَشْكَالُ مَعَ جَهْلِ الزَّوْجَيْنِ، أَوْ أَحَدِهِمَا بِمَا جَرَتْ بِهِ السُّنَّةُ مِنْهُ، وَ
بِقَبُولِهِ الْغَرَرِ كَمَا تُقَرَّرُ.

(وَيَجُوزُ جَعْلُ تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ مَهْرًا)، لِرَوَايَةِ سَهْلِ السَّاعِدِيِّ الْمَشْهُورَةِ فَيُعْتَبَرُ تَقْدِيرُهُ
بِسُورَةٍ مُعَيَّنَةٍ، أَوْ آيَاتٍ خَاصَّةٍ، وَ يَجِبُ حِينَئِذٍ أَنْ يُعْلَمَهَا الْقِرَاءَةُ الْجَائِزَةُ شُرْعًا، وَ لَا يَجِبُ
تَعْيِينُ قِرَاءَةِ شَخْصٍ بَعِيْنِهِ وَ إِنْ تَفَاوَتْ فِي الشُّهُولَةِ وَ الصُّعُوبَةِ، وَ لَوْ تَشَاحَا فِي التَّعْيِينِ قُدِّمَ
مُخْتَارُهُ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي ذِمَّتِهِ مِنْهَا أَمْرٌ كُلِّيٌّ فَتَعْيِينُهُ إِلَيْهِ كَالَّذِينَ.

وَ حَدُّ التَّعْلِيمِ أَنْ تَسْتَقِلَّ بِالتَّلَاوَةِ، وَ لَا يَكْفِي تَتَبُّعُهَا نُطْقَهُ، وَ الْمَرْجِعُ فِي قَدْرِ الْمُسْتَقَلِّ بِهِ
إِلَى الْعُرْفِ، فَلَا يَكْفِي الْأَسْتِقْلَالُ بِنَحْوِ الْكَلِمَةِ وَ الْكَلِمَتَيْنِ، وَ مَتَى صَدَقَ التَّعْلِيمُ عُرْفًا لَا
يَقْدَحُ فِيهِ نِسْيَانُهَا مَا عَلِمْتُهُ، وَ إِنْ لَمْ تَكُنْ قَدْ أَكْمَلْتُ جَمِيعَ مَا شَرِطُ، لِتَحَقُّقِ الْبِرَاءَةِ وَ لَوْ
تَعَدَّرَ تَعْلُمُهَا لِبِلَادَتِهَا، أَوْ مَوْتِهَا، أَوْ مَوْتِ الزَّوْجِ حَيْثُ يُشْتَرَطُ التَّعْلِيمُ مِنْهُ، أَوْ تَعَلَّمَتْ مِنْ
غَيْرِهِ فَعَلَيْهِ أَجْرُهُ الْمِثْلُ، لِأَنَّهَا عَوَضُهُ حَيْثُ يَتَعَدَّرُ، وَ لَوْ افْتَقَرَتْ إِلَى مَسَقَّةٍ عَظِيمَةٍ زَائِدَةٍ
عَلَى عَادَةِ أَمْثَالِهَا لَمْ يَبْعُدُ الْخَافَةُ بِالتَّعَدُّرِ، وَ كَذَا الْقَوْلُ فِي تَعْلِيمِ الصَّنْعَةِ.

و کافی است بجای اینکه مهریه از راه کیل کردن یا وزن کردن یا شمردن تعیین شود
با مشاهده کردن، تعیین گردد [به شرط اینکه مال موضوع مهریه، حاضر باشد اما اگر
غایب باشد باید توصیف گردد تا رفع جهالت شود. کفایت مشاهده مهریه] مانند اینکه
قطعه‌ای طلا [مهریه قرار گیرد که طرفین آن را] دیده‌اند بدون اینکه وزن آن معلوم باشد
و یا مقداری از طعام که معلوم نیست چند پیمانه می‌باشد زیرا عمده جهل و غرر از راه
مشاهده کردن از بین می‌رود و [اگر هم اندکی غرر و جهل باقی مانده باشد] در نکاح،
این غرر باقی مانده، بخشیده می‌شود زیرا نکاح، معاوضه صرف نیست تا مقدار زاید
از آنچه که دیده شده و تخمین زده شده است منافات با معاوضه داشته باشد [یعنی به
فرض آنکه مقدار واقعی مهریه بیشتر از مقداری باشد که تخمین زده شده است، این
مقدار زیادی ضرری را در پی ندارد زیرا مانند سایر عقود معاوضی نیست که زیاد بودن
یکی از عوضین منافات با معاوضی بودن عقد داشته باشد] و مشکلی که مشاهده مهریه
در پی دارد در جایی است که مهریه قبل از تسلیم یا بعد از تسلیم، تلف شود در حالیکه

زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق داده باشد [زیرا در این صورت نیاز به تعیین نصف مهریه پیدا می شود در حالیکه نمی توان نصف مهریه ای را که با مشاهده و تخمین، تعیین شده است، مشخص نمود] و اگر مهریه، رؤیت نشده باشد باید مقدار و صفت آن تعیین شود اگر از اموالی است که باید مقدار آن مشخص گردد و اگر جزء اموالی است که توصیف آن به تنهایی کفایت می کند باید فقط توصیف شود مانند برده [که توصیف می شود مثلاً چقدر سن دارد و چه هنری دارد و ...] و اگر مردی با زنی ازدواج کند و مهریه وی را براساس آنچه که قرآن و سنت پیامبر (ص) می گوید، تعیین کند این مهریه، معادل پانصد درهم خواهد بود [ظاهر عبارت بیانگر آن است که مهریه براساس قرآن و سنت پیامبر (ص)، باهم است اما این امکان هم وجود دارد که زوج مهریه را براساس قرآن یا سنت پیامبر تعیین نماید که در هر صورت، ارزش مهریه معادل پانصد درهم خواهد بود. البته در قرآن، تصریحی در مورد مهریه وجود ندارد و آیه «و ما آتاکم الرسول فخذوه» به این معنا تفسیر شده است. اما روایات فراوانی در این زمینه وجود دارد بنابراین دلیل اینکه میزان مهرالسنة، پانصد درهم می باشد] بخاطر روایت و اجماع فقهاست [حال اگر اشکال شود که] و چنانکه زن و شوهر یا یکی از آنها ندانند که در سنت، میزان مهریه چقدر است [مهریه ای به ذمه شوهر تعلق نمی گیرد. پاسخ این اشکال] بخاطر وجود روایات و اجماع فقها برطرف می شود [یعنی در واقع، مقدار آن مشخص می باشد و کافی است که زوجین، مهریه را به قرآن و سنت، ارجاع دهند. همچنین این اشکال از این جهت نیز برطرف می شود] عقد نکاح همانگونه که قبلاً گفته شد، غرر و جهل را قبول می کند [زیرا عقد نکاح یک عقد معاوضی محض نیست که جهل نسبت به مقداری از عوضین موجب بطلان عقد شود.] و آموزش قرآن را می توان بعنوان مهریه قرارداد بخاطر روایت مشهوری که سهل ساعدی، نقل کرده است بنابراین می توان آموزش یک سوره معین یا چند آیه خاص را بعنوان مهریه تعیین کرد و در مواردی که آموزش قرآن بعنوان مهریه، تعیین می شود، باید قرائتی که از نظر شرعی جایز است، آموزش داده شود و واجب نیست که قرائت شخص معینی [از قاریان هفتگانه یا ده گانه] تعیین گردد هر چند قرائت های مختلف، از نظر سختی و آسانی، تفاوت دارند و اگر زن و شوهر در تعیین قرائت خاصی با یکدیگر اختلاف

پیدا کنند [و مرد بگوید قرائت فلان قاری را باید آموزش بدهم اما زن بگوید که قرائت قاری دیگری را باید آموزش بدهی] قرائتی ترجیح داده می‌شود که مرد می‌گوید زیرا قرائتی که آموزش آن برعهده شوهر می‌باشد، یک امر کلی است و مانند دین کلی می‌باشد بنابراین تعیین آن برعهده زوج می‌باشد [و این در صورتی است که وجود قرائت کلی بر ذمه مرد، ثابت گردد و گرنه اصل بر برائت شوهر است. در دین هم اگر به صورت کلی معلوم باشد که دینی برعهده مدیون می‌باشد، مدیون باید تعیین کند که مثلاً از نوع دلار است یا ریال]. و مقدار آموزش قرآن به اندازه‌ای است که زن بتواند به صورت مستقل [و بدون نیاز به کمک دیگری] قرآن را بخواند و پیروی زن از تلاوت مرد، کفایت نمی‌کند [یعنی اگر زن، قرائت قرآن توسط مرد را تقلید می‌کند به همراه مرد، آن را بخواند برای آموزش قرآن، کافی نیست بلکه باید بتواند مستقلاً قرآن را بخواند] و مرجع تحقق استقلال در قرائت قرآن، عرف است [یعنی عرفاً باید بتوان گفت که زن می‌تواند قرآن را قرائت کند] بنابراین توانایی مستقل زن برای خواندن یک یا دو کلمه قرآن، کفایت نمی‌کند اما وقتی آموزش عرفی قرآن محقق شد [و زن، توانایی پیدا کرد که قرآن را بخواند]، فراموش کردن آنچه که آموخته است، لطمه‌ای به آموزش وارد نمی‌کند هر چند زوجه تمامی آنچه را که شرط شده است، کامل نکرده باشد [مثلاً اگر شرط شده باشد که شوهر، دو سوره قرآن را آموزش بدهد، تمامی دو سوره به پایان نرسیده باشد و هنگامی که شوهر، آموزش سوره دوم را شروع می‌کند، زوجه سوره قبلی را که آموخته است فراموش کند] زیرا برائت حاصل شده است [مثلاً شوهر همینکه یک سوره را آموزش داد، ذمه شوهر نسبت به آموزش دادن آن سوره، بری می‌شود هر چند بعداً زوجه آن را فراموش کند] و اگر آموزش قرآن به زن، بخاطر کُندذهنی زوجه یا فوت وی یا فوت شوهر، در صورتی که آموزش قرآن توسط خود شوهر، شرط شده باشد یا بخاطر اینکه قبلاً، زوجه آن را از شخص دیگری آموخته باشد، ناممکن گردد زوج باید اجرت‌المثل آموزش قرآن را بدهد زیرا اجرت‌المثل، عوض آموزش قرآن است در مواردی که آموزش، ممکن نباشد و اگر آموزش قرآن به زوجه، زحمتی فراوان و بیشتر از زحمت آموزش به امثال چنین زنی را در پی داشته باشد بعید نیست که این مورد نیز مانند مورد تعدّر باشد [و اجرت‌المثل پرداخت گردد] و همین سخن در مورد

آموزش حرفه و صنعت نیز وجود دارد.

(وَيَصِحُّ الْعَقْدُ الدَّائِمُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْمَهْرِ) وَ هُوَ الْمُعْتَبَرُ عَنْهُ بِتَقْوِيضِ الْبُضْعِ بَأَنْ تَقُولَ: زَوْجَتُكَ نَفْسِي فَيَقُولَ: قَبِلْتُ، سَوَاءً أَهْمَلَا ذِكْرَهُ أَمْ نَفِيَاهُ صَرِيحاً، وَ حِينَئِذٍ فَلَا يَجِبُ الْمَهْرُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ، (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَمَهْرُ الْمِثْلِ). وَ الْمُرَادُ بِهِ مَا يُرْغَبُ بِهِ فِي مِثْلِهَا نَسَباً، وَ سِنّاً، وَ عَقْلاً، وَ يَسَاراً، وَ بَكَارَةً، وَ أَضْدَادَهَا، وَ غَيْرَهَا مِمَّا تَخْتَلِفُ بِهِ الْأَغْرَاضُ، (وَ إِنْ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ) وَ قَبْلَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى فَرْضِ مَهْرٍ (فَلَهَا الْمُتَعَّةُ) الْمَذْلُومُ عَلَيْهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ الْآيَةُ (حُرَّةٌ كَانَتْ) الزَّوْجَةُ الْمُفَوَّضَةُ (أُمَّ أَمَةً). وَ الْمُعْتَبَرُ فِي الْمُتَعَّةِ بِحَالِ الزَّوْجِ فِي السَّعَةِ وَ الْإِفْتَارِ (فَالْغَنِيُّ) يُمْتَعُ (بِالدَّابَّةِ) وَ هِيَ الْفَرَسُ، لِأَنَّهُ الشَّائِعُ فِي مَعْنَاهَا عُرْفاً.

وَ الْمُعْتَبَرُ مِنْهَا مَا يَقَعُ عَلَيْهَا اسْمُهَا صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً، بِرَدُونِهَا كَانَتْ أُمَّ عَتِيقاً فَارَبَتْ قِيَمَتُهُ التَّوْبَ وَ الْعَشْرَةَ الدَّنَائِرِ أَمْ لَا، (أَوْ الثَّوْبُ الْمُرْتَفِعُ) قِيَمَتُهُ عَادَةً، نَاسَبَتْ قِيَمَتُهُ قَسِيمِيهِ أَمْ لَا، (أَوْ عَشْرَةَ دَنَائِرٍ) وَ هِيَ الْمُنَاقِيلُ الشَّرْعِيَّةُ.

(وَ الْمُتَوَسِّطُ) فِي الْفَقْرِ وَ الْغِنَاءِ يُمْتَعُ (بِخَمْسَةِ دَنَائِرٍ، وَ الْفَقِيرُ بِدِينَارٍ أَوْ خَاتَمٍ) ذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ مُعْتَدِّ بِهِ عَادَةً (وَ شَبِهِهِ) مِنَ الْأَمْوَالِ الْمُنَاسِبَةِ لِمَا ذُكِرَ فِي كُلِّ مَرْتَبَةٍ، وَ الْمُرْجِعُ فِي الْأَحْوَالِ الثَّلَاثَةِ إِلَى الْعُرْفِ بِحَسَبِ زَمَانِهِ وَ مَكَانِهِ وَ شَأْنِهِ.

(وَ لَا مُتَعَّةَ لِغَيْرِ هَذِهِ) الزَّوْجَةُ: وَ هِيَ الْمُفَوَّضَةُ لِبُضْعِهَا الْمُطْلَقَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَ الْفَرْضِ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ لَوْ فَارَقَهَا بِغَيْرِ الطَّلَاقِ مِنْ لِعَانٍ وَ فَسَخٍ، بَلْ قِيلَ بِوُجُوبِهِ حِينَئِذٍ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الطَّلَاقِ. وَ الْأَوَّلُ أَقْوَى، لِأَنَّهُ مَذْلُومٌ الْآيَةُ، وَ أَصَالَةُ الْبَرَاءَةِ فِي غَيْرِهِ تَقْتَضِي الْعَدَمَ. وَ الْحَقُّ بِهَذِهِ مَنْ فُرِضَ لَهَا مَهْرٌ فَاسِدٌ، فَإِنَّهُ فِي قُوَّةِ التَّقْوِيضِ، وَ مَنْ فَسَخَتْ فِي الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِوَجْهِ مُجَوِّزٍ.

عقد نکاح دائم را می توان منعقد کرد بدون اینکه مهریه در ضمن عقد نکاح، ذکر شود و چنین عقدی را تعویض البضع می نامند [و نحوه انعقاد عقد بدین صورت است که زوجه] می گوید: «خودم را به عقد تو درآوردم» و زوج می گوید: «قبول کردم». اعم از اینکه مهریه را ضمن عقد بیان نکنند یا آن را بکلی نفی کنند. [تفویض در لغت به معنای واگذاری امری به دیگری است و در اینجا به معنای واگذاری تعیین مهریه یا بضع به زوجین یا شخص ثالث است و یا اینکه مسأله مهریه به سکوت برگزار شود. زوجه هم

در این حالت «مفوضه البضع» نامیده می‌شود. و در حالتی که عقد به صورت تفویض البضع صورت می‌گیرد، انعقاد عقد نکاح سبب بوجود آمدن مهریه‌ای نمی‌شود بنابراین اگر نزدیکی صورت گرفته باشد، مهرالمثل ثابت می‌شود و منظور از مهرالمثل، مهریه‌ای است که با توجه به نسب و سن و عقل و تمکن مالی و بکارت، مورد رغبت و توجه قرار می‌گیرد [یعنی مثلاً زن در سنی است که برای ازدواج با چنین زنی، رغبت دارند و] صفات متضاد [نیز در عدم رغبت به زن تأثیر دارند و موجب کاهش مهرالمثل می‌شوند] و سایر صفات‌ها که موجب تفاوت اهداف و غرض‌ها می‌شود [مانند زیبایی و داشتن هنر و متانت زن که در رغبت خواستگاران، مؤثر است] و اگر شوهر، همسر خود را قبل از نزدیکی و قبل از توافق زوجین برای تعیین مهریه، طلاق بدهد مهرالمتعه به زن تعلق می‌گیرد [و منظور از مهرالمتعه، مالی است که شوهر به همسر مطلقه خود می‌دهد تا از او بهره بگیرد و اگر زوج قبل از نزدیکی و طلاق و تعیین مهریه بمیرد، چیزی برعهده مرد تعلق نمی‌گیرد. و] مهرالمتعه در آیه [۲۳۶] سوره بقره [مورد اشاره قرار گرفته است که می‌فرماید: «لَا جُنَاحَ عَلَیْکُمْ اِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ اِذَا لَمْ تَمْسُوْهُنَّ اَوْ تَفْرِضُوْا لَهُنَّ فَرِیْضَةً وَ مَتَّعُوْهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَ عَلَى الْمَتَعَسْرِ قَدْرَهُ». و در نکاح تفویض البضع] تفاوتی ندارد که زوجه، حر باشد یا کنیز باشد [و شوهر نیز تفاوتی ندارد که آزاد یا برده باشد] و آنچه که در مهرالمتعه، معتبر است غنی بودن یا فقیر بودن شوهر است [هر چند عده‌ای گفته‌اند که غنی یا فقیر بودن زن نیز ملاک می‌باشد] پس شوهری که غنی باشد باید چهارپایی را مهریه قرار دهد که همان اسب می‌باشد زیرا اسب، مصداق عرفی و شایع برای چهارپا می‌باشد و چهارپایی موردنظر است که نام «چهارپا» بر آن صدق کند اعم از آنکه کوچک یا بزرگ باشد و اعم از اینکه اسب بر ذون باشد [که پدر و مادر آن غیرعربی هستند] یا عتیق باشد [که پدر و مادر آن، عربی هستند] و اعم از اینکه بهای اسب، نزدیک به بهای لباس و ده دینار باشد یا نزدیک به آن نباشد. [یکی دیگر از مصادیق مهرالمتعه] لباسی است که معمولاً با ارزش باشد اعم از اینکه ارزش لباس، متناسب با ارزش چهارپا و ده دینار باشد یا متناسب با آن نباشد. [یکی دیگر از مصادیق مهرالمتعه] ده دینار است که همان مثقال‌های شرعی می‌باشد [یعنی هر دینار، یک مثقال شرعی است و ده مثقال شرعی بعنوان مهریه قرار داده

می‌شود] و زوجی که در حدّ متوسط فقیر یا غنی بودن می‌باشد، پنج دینار بعنوان مهرالمتعه می‌دهد و زوجی که فقیر است، یک دینار یا یک انگشتر طلا یا نقره می‌دهد که عادتاً قابل توجّه است [و نوع مهرالمتعه، منحصر در اموال ذکر شده نیست بلکه می‌توان اموال مناسبی شبیه آنچه ذکر شد را بعنوان مهریه در هر مرتبه‌ای [از مراتب سه گانه یعنی غنی بودن، فقیر بودن و متوسط بودن] پرداخت و در همه حالات‌های سه گانه باید از نظر زمانی و مکانی و شأنیت زوج، به عرف مراجعه کرد. و برای غیرزوجه‌ای که قبل از نزدیکی و تعیین مهریه، طلاق داده شده و بضع آن به شوهر واگذار شده است، مهرالمتعه وجود ندارد [بلکه زوجه‌ای که مهریه‌اش تعیین شده است چنانچه قبل از نزدیکی، طلاق داده شود نصف مهریه به او پرداخت می‌شود و اگر مهریه‌اش تعیین نشده و بعد از نزدیکی، طلاق داده شود، مهرالمثل به او پرداخت می‌گردد و اگر جدایی به غیرطلاق صورت گیرد، مهریه‌ای به او پرداخت نمی‌شود]. اما مستحب است اگر مردی از راه غیرطلاق مانند فسخ و لعان از همسرش جدا شود [به وی مهرالمتعه بدهد] و یک دیدگاه آن است که مهرالمتعه در اینجا هم واجب می‌شود زیرا فسخ به معنای طلاق است اما نظریه مستحب بودن مهرالمتعه، قوی‌تر است زیرا آیه [۲۳۶ سوره بقره] بر چنین حکمی دلالت دارد و اصل در غیرطلاق بر برائت می‌باشد که اقتضای عدم وجوب مهرالمتعه را دارد. و به زوجه مقوضه البضع، ملحق می‌شود زوجه‌ای که مهریه فاسد برای او تعیین شده باشد زیرا مهریه فاسد به منزله تفویض بضع است [بنابراین اگر برای زوجه، مالی بعنوان مهریه تعیین شود که متعلق به دیگری است و این زن قبل از نزدیکی، طلاق داده شود مانند حالتی است که مهریه تعیین نشده است و باید مهرالمتعه پرداخت گردد. همچنین مهرالمتعه پرداخت می‌شود برای زوجه‌ای که به شکل مشروع و مجازی، عقد مهریه را قبل از نزدیکی، فسخ کرده باشد [مانند اینکه زن بموجب شرط ضمن عقد، حق فسخ مهریه را داشته باشد و قبل از نزدیکی، آن را فسخ کند و سپس طلاق داده شود که در این صورت، عقد بدون مهر خواهد ماند].

(وَلَوْ تَرَاضِيَا بَعْدَ الْعَقْدِ بِفَرْضِ الْمَهْرِ جَازًا وَ صَارَ لِزِمًا، لِأَنَّ الْحَقَّ فِيهِ لَهَا، زَادَ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ أَمْ سَاوَاهُ أَمْ قَصَرَ.

فَإِنْ اِخْتَلَفَا، قِيلَ: لِلْحَاكِمِ فَرَضُهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، كَمَا أَنَّ لَهُ تَعْيِينَ النَّفَقَةِ لِلزَّوْجَةِ عَلَى الْغَائِبِ، وَمَنْ جَرَى مَجْرَاهُ.
وَيُحْتَمَلُ إِيقَاءُ الْحَالِ إِلَى أَنْ يَخْصُلَ أَحَدُ الْأُمُورِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَدَرِ، أَوِ الْمُسْقِطَةِ لِلْحَقِّ، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا زَمَ التَّفْوِيزِ الَّذِي قَدْ قَدِمَا عَلَيْهِ.

و اگر زوجین [در ضمن عقد نکاح، مهریه را تعیین نکرده باشند] و بعد از عقد نکاح، نسبت به مهریه معینی تراضی کنند جایز است و لازم می باشد زیرا حق مربوط به مهریه، متعلق به زوجین است [و ایشان می توانند نسبت به هر مبلغ و مقدار و مالی توافق نمایند اعم از اینکه] بیشتر از مهرالمثل باشد یا معادل آن باشد یا کمتر از آن باشد پس اگر [نسبت به تعیین مهریه به توافق نرسند و] اختلاف پیدا کنند. یک دیدگاه آن است که حاکم می تواند مهرالمثل را بعنوان مهریه تعیین کند همانگونه که می تواند در موردی که زوج، غایب است و یا مواردی که نظیر آن می باشد [مانند اینکه زوج، مجنون یا زندانی باشد] برای زوج، نفقه تعیین کند. احتمال هم می رود که وضعیتی به همین شکل باقی بماند [یعنی عقد نکاح بدون مهریه باقی بماند] تا یکی از اموری رخ دهد که مقدار مهریه را تعیین می کند [یعنی صبر کنند تا طلاق قبل از نزدیکی رخ داده و مهرالمتعه ثابت شود یا نزدیکی صورت گیرد و مهرالمثل ثابت گردد]. یا امری رخ دهد که مهریه را ساقط نماید [یعنی شوهر قبل از نزدیکی فوت کند یا به اعتقاد برخی از فقها، عقد قبل از نزدیکی از طریق فسخ یا لعان، منحل شود]. و علت لزوم صبر کردن تا تحقق یکی از این امور، آن است که لازمه تفویض مهریه که زوجین نسبت به آن اقدام کرده اند چنین چیزی است [یعنی طرفین، مهریه را مشخص نکرده اند و لازمه مشخص نکردن مهریه، یکی از این امور است مگر اینکه بعد از عقد نسبت به تعیین مهریه با یکدیگر توافق نمایند].

(وَلَوْ فَوْضًا) فِي الْعَقْدِ (تَقْدِيرَ الْمَهْرِ إِلَى أَحَدِهِمَا صَحَّ) وَ هُوَ الْمُعَبَّرُ عَنْهُ بِتَفْوِيزِ الْمَهْرِ، بِأَنْ تَقُولَ: زَوْجَتُكَ نَفْسِي عَلَى أَنْ تَقْرِضَ مِنَ الْمَهْرِ مَا شِئْتَ أَوْ مَا شِئْتُ.
وَ فِي جَوَازِ تَفْوِيزِهِ إِلَى غَيْرِهِمَا، أَوْ إِلَيْهِمَا مَعًا وَ جِهَانٍ: مِنْ عَدَمِ النَّصِّ، وَ مِنْ أَنَّهُ كَالنَّائِبِ عَنْهُمَا، وَ الْوُقُوفُ مَعَ النَّصِّ طَرِيقُ الْيَقِينِ (وَلَزِمَ مَا حَكَمَ بِهِ الزَّوْجُ مِمَّا يَتِمُّوْلُ) وَ إِنْ قَلَّ (وَ مَا حَكَمَتْ بِهِ الزَّوْجَةُ إِذَا لَمْ يَتَجَاوَزْ مَهْرَ السَّنَةِ) وَ هُوَ خُمُسُمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَ كَذَا

الْأَجْنَبِيُّ لَوْ قِيلَ بِهِ، لِرِوَايَةِ زُرَّارَةَ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَ عَلَّلَهُ بِأَنَّهُ «إِذَا حَكَّمَهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَنْ تَتَجَاوَزَ مَا سَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَ تَزَوَّجَ عَلَيْهِ نِسَاءً، وَ إِذَا حَكَّمْتُهُ فَعَلَيْهَا أَنْ تَقْبَلَ حُكْمَهُ قَبْلًا كَانَ، أَوْ كَثِيرًا».

(وَ لَوْ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَنِصْفُ مَا يَحْكُمُ بِهِ الْحَاكِمُ)، لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْفَرَضُ الَّذِي يَنْتَصِفُ بِالطَّلَاقِ، سِوَاءٍ وَقَعَ الْحُكْمُ قَبْلَ الطَّلَاقِ أَمْ بَعْدَهُ، وَ كَذَا لَوْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ لَزِمَ الْحَاكِمُ الْفَرَضُ وَ اسْتَقَرَّ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ.

(وَ لَوْ مَاتَ الْحَاكِمُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَ الْحُكْمُ فَالْمَرْوِيُّ) فِي صَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى حُكْمِهَا، أَوْ حُكْمِهِ فَمَاتَ، أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ: (أَنَّ لَهَا الْمُتَعَةَ) وَ الْهِرَاثَ، وَ لَا مَهْرَ لَهَا، وَ يُؤَيَّدُ أَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ لَا يَجِبُ إِلَّا مَعَ الدُّخُولِ وَ لَمْ يَخْصُلْ، وَ لَا مَسْمًى، وَ لَا يَجُوزُ إِخْلَاءُ النِّكَاحِ عَنْ مَهْرٍ فَتَجِبُ الْمُتَعَةُ، إِذْ لَا رَابِعَ. وَ قِيلَ: يَنْبَغُ لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ، لِأَنَّهُ قِيمَةُ الْمُعَوَّضِ حَيْثُ لَمْ يَتَّعَيْنَ غَيْرُهُ، وَ لِأَنَّ الْمَهْرَ مَذْكُورٌ غَايَتُهُ أَنَّهُ مَجْهُولٌ فَإِذَا تَعَدَّرَتْ مَعْرِفَتُهُ وَ جَبَّ الرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ، وَ هُوَ غَيْرُ مَسْمُوعٍ فِي مُقَابِلِ النَّصِّ الصَّحِيحِ وَ لَا فَرْقَ مَعَ مَوْتِ الْحَاكِمِ بَيْنَ مَوْتِ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ مَعَهُ، وَ عَدَمِهِ، عَمَلًا بِإِطْلَاقِ النَّصِّ.

(وَ لَوْ مَاتَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ) وَ حَذَّاهُ (فَلِلْحَاكِمِ الْحُكْمُ)، إِذْ لَا يُشْتَرَطُ حُضُورُ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ عِنْدَهُ وَ التَّفْوِيضُ إِلَيْهِ قَدْ لَزِمَ بِالْعَقْدِ، فَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ، وَ لَا صَالَةِ بَقَائِهِ، وَ النَّصُّ لَا يُبَارِضُهُ. وَ زُبَيْنًا قِيلَ بِأَنَّهُ مَعَ مَوْتِ الْحَاكِمِ لَا شَيْءَ، وَ هُوَ ضَعِيفٌ. (وَ لَوْ مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَعَ تَفْوِيضِ الْبُضْعِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا شَيْءَ) لِإِرْضَاهُمَا بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَ لِصَحِيحَةِ الْحَلَبِيِّ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ: «إِنْ كَانَ فَرَضَ لَهَا مَهْرًا فَلَهَا، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فَرَضَ مَهْرًا فَلَا مَهْرَ لَهَا». وَ هَذَا مِمَّا لَا خِلَافَ فِيهِ ظَاهِرًا.

و اگر زوجین در ضمن عقد نکاح، تعیین مهریه را به زوج یا زوجه واگذار کنند صحیح است و از چنین عقدی با عنوان «تفویض المهر» یاد می شود بدین صورت که زوجه می گوید: «خودم را به عقد تو درمی آورم تا هر چه را که می خواهی یا من می خواهم بعنوان مهریه قرار دهی» [تفویض به دو صورت انجام می شود؛ یک صورت آن است که عقد بدون مهریه باشد تفویض البضع نامیده می شود. نوع دیگر آن است که

اختیار تعیین مهر به شخصی محول می‌شود و تفویض المهر نام دارد. فقهای شیعه چنین تفویضی را جایز می‌دانند اما برخی از فقهای اهل سنت، مهریه‌ای را بدین شکل تعیین می‌شود، فاسد دانسته و در نتیجه باید مهرالمثل پرداخت گردد. [و در مورد اینکه می‌توان [ضمن عقد نکاح] تعیین مهریه را به غیر از زوجین یا به هر دو باهم واگذار یا خیر، دو احتمال وجود دارد؛ [یک احتمال آن است که نمی‌توان آن را واگذار کرد و دلیل این احتمال،] فقدان نص است [و احتمال دیگر آن است که می‌توان آن را واگذار کرد زیرا] شخص ثالث به منزله نماینده زوجین [برای تعیین مهریه] است [و تعیین مهریه نیز جزء اموری نیست که قائم به شخص باشد. با این وجود شهیدثانی احتمال اول را ترجیح داده و می‌فرماید:] راه حصول جزم و یقین آن است که به مورد نص اکتفا کنیم [و نص هم فقط تفویض تعیین مهریه به زوج یا زوجه را جایز دانسته است و در مورد جواز واگذاری آن به شخص ثالث یا زوج و زوجه باهم تصریحی ندارد] و مهریه‌ای که زوج تعیین می‌کند و مالیت دارد، لازم است هر چند ناچیز باشد و مهریه‌ای را که زوجه تعیین می‌کند نیز لازم است مشروط بر اینکه بیشتر از مهرالسنة نباشد که همان پانصد درهم می‌باشد و نیز تعیین مهریه توسط شخص ثالث [نباید بیشتر از پانصد درهم باشد] چنانچه امکان واگذاری تعیین مهریه به شخص ثالث وجود داشته باشد [و علت اینکه تعیین مهریه توسط زوج به هر مقداری که باشد، جایز است اما تعیین مهریه توسط زوجه یا شخص ثالث نباید بیشتر از پانصد درهم باشد] بخاطر روایت زراره از امام باقر (ع) است که علت آن را چنین بیان می‌کند: «هرگاه زوج، زوجه را داور قرار دهد زوجه حق ندارد مهریه را بیشتر از سنت پیامبر (ص) هنگام ازدواج وی با همسرانش قرار دهد اما هرگاه زوجه، زوج را داور قرار دهد باید حکم مرد را بپذیرد اعم از اینکه کم یا زیاد باشد.» و اگر زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق بدهد باید نصف مهریه‌ای را که داور تعیین می‌کند به وی بدهد زیرا مهریه‌ای که او تعیین می‌کند، مهریه‌ای است که با طلاق، نصف می‌شود اعم از اینکه مهریه قبل از طلاق، تعیین شده باشد یا بعد از طلاق، تعیین گردد و اگر زوج، زوجه را بعد از نزدیکی طلاق بدهد داور باید مهریه را تعیین کند و تمامی این مهریه بر ذمه زوج ثابت می‌شود. و اگر شخصی که تعیین مهریه به او واگذار شده است قبل از نزدیکی و تعیین مهریه، فوت نماید در روایت آمده است

که مهرالمتعه به زوجه تعلّق می‌گیرد [و این حکم] در روایت صحیح محمد بن مسلم از امام باقر (ع) آمده که مربوط به مردی است که با زنی ازدواج می‌کند و تعیین مهریه به حکم زوجه یا زوج واگذار می‌شود و زوج یا زوجه قبل از نزدیکی فوت می‌کند. [در چنین موردی] زوجه ارث هم می‌برد اما مهریه‌ای [بجز مهرالمتعه] به وی تعلّق نمی‌گیرد. [البته اگر این روایت نبود اصولاً باید تعیین مهریه به وارث داور، ارث می‌رسید. و آنچه که نظریه مهرالمتعه را تأیید می‌کند آن است که مهرالمثل در صورتی پرداخت می‌گردد که نزدیکی انجام شده باشد حال آنکه در اینجا نزدیکی، صورت نگرفته است و مهرالمسمی نیز تعیین نشده است [تا پرداخت نصف آن، واجب باشد] و از طرفی نمی‌توان عقد نکاح را بدون مهریه دانست [حتی در صورتی که داور قبل از تعیین مهریه، فوت می‌کند]. بنابراین مهرالمتعه واجب می‌شود زیرا حالت چهارمی وجود ندارد. [بلکه سه حالت وجود دارد؛ مهرالمثل در صورت نزدیکی؛ نصف مهرالمسمی در صورت تعیین مهریه؛ مهرالمتعه] و یک دیدگاه آن است که [که هرگاه داور قبل از تعیین مهریه و نزدیکی فوت کند] مهرالمثل به زوجه پرداخت می‌شود زیرا مهرالمثل، بهای معوّض [یعنی بضع] می‌باشد در جایی که غیر از مهرالمثل، مهریه‌ای تعیین نشده باشد و دلیل دیگر [برای لزوم تعیین مهرالمثل آن است که] مهریه ضمن عقد نکاح، ذکر شده است [یعنی گرچه مقدار آن تعیین شده است اما به صورت واگذاری به حاکم، تعیین شده است] و نهایتش آن است که مقدار مهریه، معلوم نمی‌باشد بنابراین هرگاه دانستن مقدار مهریه [بخاطر فوت داور] متعذّر گردد باید مهرالمثل را پرداخت. [شهیدثانی این دیدگاه را نپذیرفته و می‌فرماید:] این دیدگاه در مقابل روایت صحیح، قابل پذیرش نیست. در صورتی که داور فوت می‌کند تفاوتی ندارد که محکوم علیه نیز با او فوت نماید یا فوت نکند زیرا به اطلاق روایت عمل می‌شود [که شامل هر دو صورت است] و اگر محکوم علیه [یعنی زوج که حکم به پرداخت مهریه علیه وی صادر می‌شود] به تنهایی فوت نماید [و داور، زنده باشد] داور می‌تواند مهریه را تعیین کند زیرا حضور [و زنده بودن] محکوم علیه، هنگام تعیین مهریه، لازم نیست و واگذاری تعیین مهریه به داور، هنگام عقد نکاح، لازم و تثبیت شد بنابراین فوت محکوم علیه، این واگذاری را باطل نمی‌کند و اصل هم بر بقای آن است

[یعنی حق تعیین مهریه، هنگام انعقاد عقد نکاح بوجود آمد و هنگام فوت محکوم علیه، در بقای این حق شک می‌کنیم و آن را استصحاب می‌نمائیم] و روایت هم تعارضی با این حکم ندارد [زیرا روایت، مربوط به فوت داور است و حکمی را در مورد فوت محکوم علیه بیان نکرده است] و یک دیدگاه هم آن است که [هرگاه داور قبل از تعیین مهریه و نزدیکی] فوت کند، مهریه‌ای ثابت نمی‌شود [زیرا مهرالمثل با نزدیکی، محقق می‌شود و مهرالمتعه با طلاق، تحقق می‌یابد و در اینجا هیچکدام از آنها رخ نداده است] اما این دیدگاه نیز ضعیف است [زیرا برخلاف روایت می‌باشد] و اگر زوج یا زوجه قبل از نزدیکی و در صورتی که تفویض بضع صورت گرفته باشد [نه اینکه تفویض مهر، صورت گرفته باشد]، فوت نماید مهریه‌ای به زوجه تعلق نمی‌گیرد زیرا زوجین توافق کرده‌اند که مهریه‌ای پرداخت نشود و بخاطر روایت صحیح حلبی از امام صادق (ع) که در خصوص زنی که شوهرش فوت کرده است فرمود: «اگر مهریه‌ای برای زوجه تعیین شده باشد همان مهریه به وی پرداخت می‌شود و اگر مهریه‌ای برای وی تعیین نشده باشد، مهریه به او داده نمی‌شود.» و این حکمی است که ظاهراً کسی با آن مخالفت نکرده است. [اصل عدم و برائت نیز مؤید این دیدگاه است مضافاً بر اینکه اسباب وجوب مهریه، احصاء شده است و این صورت جزء اسباب مذکور نیست.]

(و هُنَا مَسَائِلُ عَشْرُ)

الأولى: (الصَّدَاقُ يُمْلِكُ بِأَجْمَعِهِ) لِلزَّوْجَةِ (بِالْعَقْدِ) مِلْكاً مُتَرَزِلاً، وَ يَسْتَقِرُّ بِأَحَدِ أُمُورٍ أَرْبَعَةٍ: الدُّخُولُ إِجْمَاعاً، وَ رَدُّهُ الزَّوْجَ عَنْ فِطْرَةٍ، وَ مَوْتِهِ، وَ مَوْتِهَا فِي الْأَشْهَرِ، (وَلَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ) إِذْ لَا مَدْخِلِيَّةَ لِلْقَبْضِ هُنَا فِي الْمَلِكِ، سَوَاءً طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَمْ لَا، وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ نِصْفُهُ بِالطَّلَاقِ (فَلَوْ نَمَى) بَعْدَ الْعَقْدِ (كَانَ) التَّمَاءُ (لَهَا) خَاصَّةً، لِرِوَايَةِ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي زَوْجٍ سَاقٍ إِلَى زَوْجَتِهِ غَنَمًا وَ رَقِيقًا، فَوَلَدَتْ عِنْدَهَا وَ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ، فَقَالَ: «إِنْ كُنَّ حَمَلْنَ عِنْدَهُ فَلَهُ نِصْفُهَا وَ نِصْفُ وَلَدِهَا، وَإِنْ كُنَّ حَمَلْنَ عِنْدَهَا فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْأَوْلَادِ» (فَإِنْ تَعَقَّبَهُ طَلَاقٌ قَبْلَ الدُّخُولِ مَلَكَ الزَّوْجُ النِّصْفَ حِينَئِذٍ) وَ لَا شَيْءَ لَهُ فِي التَّمَاءِ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَهُ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِهَا أَجْمَعَ أَخَذَ نِصْفَهُ، وَإِنْ وَجَدَهُ تَالِفًا، أَوْ مُنْتَقِلًا عَنْ مِلْكِهَا فَصِصَ مِثْلُهُ أَوْ قِيمَتِهِ.

ثُمَّ إِنْ اتَّفَقَتِ الْقِيَمَةُ، وَإِلَّا فَلَهُ الْأَقْلُ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ إِلَى حِينَ التَّسْلِيمِ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ حَدَّثَتْ فِي مِلْكِهَا، وَإِنْ وَجَدَهُ مَعِيًّا رَجَعَ فِي نِصْفِ الْعَيْنِ مَعَ الْأَرْضِ، وَلَوْ نَقَصَتِ الْقِيَمَةُ لِلسُّوقِ فَلَهُ نِصْفُ الْعَيْنِ خَاصَّةً، وَكَذَا لَوْ زَادَتْ وَهِيَ بَاقِيَةٌ، وَلَوْ زَادَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ كَالسَّمَنِ تَخَيَّرَتْ بَيْنَ دَفْعِ نِصْفِ الْعَيْنِ الزَّائِدَةِ، وَنِصْفِ الْقِيَمَةِ مِنْ دُونِهَا، وَكَذَا لَوْ تَغَيَّرَتْ فِي يَدِهَا بِمَا أَوْجَبَ زِيَادَةَ الْقِيَمَةِ كَصِياغَةِ الْفِضَّةِ وَخِيَاطَةِ الثَّوبِ.

وَ يُجَبَّرُ عَلَى الْعَيْنِ لَوْ بَدَّلَتْهَا فِي الْأَوَّلِ، دُونَ الثَّانِي، لِقَبُولِ الْفِضَّةِ لِمَا يُرِيدُهُ مِنْهَا دُونَ الثَّوبِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُفَضَّلًا عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ قَبْلَ دَفْعِهِ إِلَيْهَا.

ده مسأله در اينجا وجود دارد:

مسأله اول - تمامی مهریه با عقد نکاح به ملکیت متزلزل زوجه درمی آید [زیرا
 آیه ای که می فرماید: «وَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً» عمومیت دارد و تمامی مهریه را بیان می کند و منافع مهریه نیز متعلق به زوجه است و مهریه، عوض بضع می باشد و چون بضع با عقد در اختیار مرد قرار می گیرد پس مهریه نیز به زن تعلق می گیرد با این وجود مرحوم ابن جنید اسکافی گفته است که نصف مهریه همزمان با عقد و نصف دیگر آن همزمان با نزدیکی به ملکیت زن درمی آید. نتیجه این اختلاف در مالکیت زوجین نسبت به منفعت و امکان تصرف زن در تمامی مهریه قبل از نزدیکی و تنصیف مهریه در مواردی است که نکاح قبل از نزدیکی فسخ می شود. مشهور که مالکیت زوجه نسبت به تمامی مهریه را متزلزل می دانند، گفته اند که این مالکیت [با یکی از این چهار امر، استقرار پیدا می کند؛ نزدیکی که مورد قبول همه فقهاست؛ ارتداد فطری زوج؛ فوت زوج؛ و فوت زوجه براساس نظریه ای که مشهورتر است [ظاهراً سه امر آخر، موردنظر مشهورتر است نه چهارمی فقط] و زن می تواند قبل از آنکه مهریه را قبض کند، در آن تصرف نماید زیرا قبض کردن در اینجا مدخلیتی در مالکیت ندارد [بلکه مالکیت با عقد حاصل می شود و قبض، شرط حصول مالکیت نیست] اعم از اینکه زوج، زوجه را قبل از نزدیکی یا بعد از نزدیکی، طلاق بدهد هر چند در صورتی که [قبل از نزدیکی]، طلاق صورت گیرد نصف مهریه به زوج برمی گردد. بنابراین اگر مهریه بعد از عقد، منفعتی داشته باشد فقط متعلق به زوجه است بخاطر روایت عبید بن زراره از امام صادق (ع) در مورد

زوجی که برای همسرش، گوسفند و برده‌ای را مهریه قرار داده بود و آن گوسفند نزد زوجه، گوسفندی را به دنیا آورد و زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق داد. سپس امام (ع) فرمود: «اگر گوسفند نزد زوج، حامله شده باشد نصف گوسفند و نصف بچه آن متعلق به زوج است و اگر گوسفند نزد زوجه، حامله شده باشد، شوهر سهمی از بچه گوسفند نمی‌برد.» [وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۳۴ از ابواب المهور] و اگر بعد از عقد نکاح و قبل از نزدیکی، طلاق صورت گیرد زوج در هنگام طلاق، مالک نصف مهریه می‌شود [و اگر مهریه بر ذمه زوج باشد نسبت به نصف آن بری می‌شود]. و بهره‌ای از منافع و نعمات [که در فاصله میان عقد نکاح و طلاق بوجود آمده است] ندارد. پس اگر عین مهریه به صورت کامل در ملک زوجه باقی مانده باشد، زوج نصف آن را پس می‌گیرد و اگر تلف شده باشد یا از ملکیت زوجه خارج شده باشد پس نصف مثل مهریه [در صورتی که مثلی باشد] یا نصف قیمت مهریه [در صورتی که قیمی باشد] به زوج تعلق می‌گیرد پس اگر قیمت‌ها فرقی نکرده باشد [اشکالی پیش نمی‌آید] اما اگر قیمت‌ها متفاوت باشد [یعنی قیمت زمان عقد با قیمت زمان قبض تفاوت داشته باشد بگونه‌ای که در زمان قبض، بیشتر یا کمتر باشد، در این صورت] زوج، کمترین قیمت از زمان عقد تا زمان قبض را خواهد گرفت زیرا قیمت زیادتر در زمان مالکیت زوجه بوجود آمده است [البته اگر قیمت مهریه در زمان قبض کمتر از زمان عقد باشد، افزایش قیمت وجود ندارد بلکه کاهش قیمت، صورت گرفته است اما مسئولیت این کاهش قیمت بر عهده زوجه نیست بلکه بر عهده زوج می‌باشد] و اگر مهریه نزد زوجه، معیوب شده باشد زوج، نصف عین [معیوب] را به همراه ارش آن [یعنی ارش نصف] می‌گیرد و اگر کاهش قیمت مهریه بخاطر قیمت بازاری باشد [یعنی قیمت عین در زمان عقد، بیشتر از قیمت آن در زمان طلاق باشد] زوج فقط نصف عین را می‌گیرد و همین حکم را دارد در صورتی که قیمت بازاری مهریه افزایش پیدا کرده و عین آن باقی باشد و اگر مهریه، زیادی متصل پیدا کند [اعم از اینکه زیادی در عین یا صفت باشد] مانند چاق شدن، در این صورت [زیادی در ملک زوجه بوجود آمده است بنابراین زوجه] اختیار دارد که نصف عین را به همراه زیادی به زوج بدهد [که در این صورت، مقدار زیادی را تبرعاً به زوج بخشیده است] و یا نصف قیمت را بدون احتساب زیادی به او بدهد. و

همین حکم را دارد هرگاه عین مهریه نزد زوجه تغییری پیدا کرده باشد که بر قیمت آن بیفزاید مانند ساختن نقره یا دوختن پارچه [که در اینجا هم زن اختیار دارد زیرا زیادی در ملک زوجه بوجود آمده است] و در صورت اول [یعنی صورتی که نقره، ساخته می شود] بر زوج لازم است که اگر زوجه، نصف نقره ساخته شده را [به همراه زیادی آن] به زوج بخشید، آن را قبول کند اما در صورت دوم [یعنی دوختن پارچه] بر زوج لازم نیست که نصف پارچه را قبول کند زیرا نقره قابل تصرفاتی است که زوج می خواهد در آن بدهد [یعنی زوج می تواند نصف نقره را تبدیل به اشیاء گوناگونی نموده و از آن استفاده کند] اما قبول نصف پارچه، لازم نیست [زیرا نمی توان از نصف پارچه ای که دوخته شده و مثلاً تبدیل به شلوار یا پیراهن شده است استفاده کرد] مگر اینکه پارچه به همان گونه ای بریده شده باشد که قبل از تحویل به زوجه، بریده شده بود [یعنی بریدگی جدیدی در پارچه بوجود نیامده باشد]

(وَيُسْتَحَبُّ لَهَا الْعَفْوُ عَنِ الْجَمِيعِ)، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ تَعْفُو أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ وَ الْمُرَادُ بِالْعَفْوِ إِسْقَاطُ الْمَهْرِ بِالْهَبَةِ إِنْ كَانَ عَيْنًا، وَ الْإِبْرَاءُ وَ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنَ الْعَفْوِ وَ الْإِسْقَاطِ إِنْ كَانَ دَيْنًا.

وَ زُبْنًا قَبِيلَ بِصَحَّتِهِ يَلْفِظُ الْعَفْوُ مُطْلَقًا عَمَلًا بِظَاهِرِ الْآيَةِ، وَ رَدُّهُ إِلَى الْقَوَانِينِ الشَّرْعِيَّةِ أَوَّلَى، وَ الْآيَةُ لَا تَدُلُّ عَلَى أَزِيدٍ مِنْهُ.

(وَلَوْلِيَّهَا الْأَجْبَارِيُّ) الَّذِي يَبْدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ أَصَالَةً، وَ هُوَ الْأَبُ وَ الْجَدُّ لَهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الصَّغِيرَةِ (الْعَفْوُ عَنِ الْبَعْضِ) أَيُّ: بَعْضِ النِّصْفِ الَّذِي تَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، لِأَنَّ عَفْوَ الْوَلِيِّ مَشْرُوطٌ بِكَوْنِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، (لَا الْجَمِيعِ) وَ اخْتَرَزَ بِالْأَجْبَارِيِّ عَنْ وَكِيلِ الرَّشِيدِ فَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ مَعَ الْإِطْلَاقِ، فِي أَصْحَاحِ الْقَوْلَيْنِ، نَعَمْ لَوْ وَكَلْتَهُ فِي الْعَفْوِ جَارَ قَطْعًا، وَ كَذَا وَكِيلُ الزَّوْجِ فِي النِّصْفِ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ.

و مستحب است که زوجه تمامی مهریه را عفو کند زیرا خداوند در آیه ۲۳۷ سوره نساء می فرماید: «و اگر ببخشید به تقوی نزدیک تر است.» و منظور از عفو مهریه، اسقاط آن از راه بخشیدن است در صورتی که مهریه، عین باشد و اگر مهریه، دین باشد عفو از راه ابراء و آنچه که به معنای ابراء است مانند عفو و اسقاط، صورت می گیرد و یک دیدگاه هم آن است که بخشیدن را می توان بالفظ «عفو» انجام داد اعم از اینکه

مهریه، عین یا دین باشد زیرا در این صورت به ظاهر آیه قرآن عمل شده است [زیرا آیه قرآن واژه «عفو» را بکاربرده است. شهیدثانی اعتقاد دارد که] بهتر است عقد را به قوانین و مقررات شرعی حمل کنیم [زیرا عفو در عین و دین، شکل‌های مختلفی دارد و بکاربردن واژه «هبه» یا «ابراء» نیز با آیه قرآن تغییری ندارد زیرا] آیه قرآن به بیشتر از عفو در معانی شرعی دلالت ندارد [یعنی قرآن هم واژه «عفو» را به مقررات شرعی، محول کرده است]. و ولی قهری که امر نکاح برعهده اوست یعنی پدر و جد پدری می‌توانند نسبت به زوجه صغیره، مقداری از مهریه را مورد عفو قرار دهند یعنی مقداری از نصف مهریه را که زوجه با طلاق قبل از نزدیکی مستحق آن می‌شود زیرا بخشیدن مهریه توسط ولی مشروط به آن است که طلاق قبل از نزدیکی انجام شود و ولی قهری حق عفو تمام مهریه را ندارد و شهید اول، ولی را مقید به ولی قهری کرد تا وکیل زوجه رشیده را خارج سازد زیرا وکیل براساس نظریه صحیح‌تر میان دو نظریه، حق عفو مهریه را ندارد در صورتی که وکالت وی به صورت مطلق باشد. بله اگر زوجه به وکیل وکالت داده باشد که مهریه را ببخشد، قطعاً حق این کار را خواهد داشت و همین حکم در مورد وکیل زوج نیز جاری است نسبت به نصف مهریه‌ای که با طلاق به وی تعلق می‌گیرد [یعنی اگر زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق بدهد می‌تواند به وکیل خود وکالت بدهد تا نصف مهریه‌ای را که به وی برمی‌گردد ببخشد اما اگر به صورت مطلق وکالت داده باشد، وکیل او چنین اختیاری نخواهد داشت].

(الثَّانِيَّةُ: لَوْ دَخَلَ قَبْلَ دَفْعِ الْمَهْرِ كَانَ دَيْنًا عَلَيْهِ وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ لِلْأَصْلِ وَالْأَخْبَارِ، وَ مَا رُوِيَ مِنْ أَنَّ الدُّخُولَ يَهْدِمُ الْعَاجِلَ أَوْ أَنَّ طَوْلَ الْمُدَّةِ يُسْقِطُهُ، شَاذٌ لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ، أَوْ مَوْوَلٌ يَقْبُولُ قَوْلَ الزَّوْجِ فِي بَرَاءَتِهِ مِنَ الْمَهْرِ لَوْ تَنَازَعَا.
(وَالدُّخُولُ) الْمَوْجِبُ لِلْمَهْرِ تَامًا (هُوَ الْوُطْءُ) الْمُتَحَقِّقُ بِعَيْبُوبَةِ الْحَشَفَةِ، أَوْ قَدْرِهَا مِنْ مَقْطُوعِهَا. وَ ضَابِطُهُ مَا أَوْجَبَ الْغُسْلَ (قُبْلًا أَوْ دُبْرًا، لَا مُجَرَّدَ الْخُلُوةِ) بِالْمَرْأَةِ وَ إِخْرَاءِ السِّرِّ عَلَى وَجْهِ يَنْتَفِي مَعَهُ الْمَنَاعُ مِنَ الْوُطْءِ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَ الْأَخْبَارُ فِي ذَلِكَ مُخْتَلِفَةٌ، فَبَعْضُهَا أَنَّ وَجُوبَهُ أَجْمَعَ مُتَوَقَّفٌ عَلَى الدُّخُولِ، وَ فِي آخَرٍ بِالْخُلُوةِ، وَ الْآيَةُ ظَاهِرَةٌ فِي الْأَوَّلِ، وَ مَعَهُ مَعَ ذَلِكَ الشُّهْرَةُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَ كَثَرَةُ الْأَخْبَارِ.

مسأله دوم - اگر زوج قبل از پرداخت مهریه با زوجه نزدیکی کند، مهریه به صورت دین بر ذمه وی قرار می‌گیرد، هر چند زمان زوجیت، طولانی باشد [یعنی نزدیکی سبب سقوط تمام یا قسمتی از مهریه معجل و فوری نمی‌شود و گویی زوجه، معجل بودن آن را اسقاط کرده است و این در صورتی است که زوجه به نزدیکی بدون مطالبه مهریه رضایت داده باشد. دلیل باقی بودن مهریه] اصل است [یعنی اصل بقای مهریه که در صورت شک در بقای مهریه، آن را استصحاب می‌کنیم و دلیل دیگر] روایات است [وسایل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۸ من ابواب المهور] و آنچه که روایت شده است مبنی بر اینکه نزدیکی سبب سقوط مهریه فوری می‌گردد یا اینکه طولانی شدن مدت ازدواج، مهریه را ساقط می‌کند نظریه نادر و ضعیفی است که نمی‌توان به آن عمل کرد و یا آن را حمل بر این معنا می‌کنیم که اگر زوج و زوجه نسبت به برائت ذمه زوج، باهم اختلاف پیدا کنند سخن زوج مبنی بر اینکه ذمه‌اش نسبت به پرداخت مهریه، بری شده است پذیرفته می‌شود [زیرا سخن وی مطابق با ظاهر می‌باشد و ظاهر آن است که زوجه با قبول نزدیکی، مهریه‌اش را گرفته یا آن را بخشیده است. اگر این تأویل را بپذیریم، روایت از حالت شاذ و نادر بودن خارج می‌شود] و منظور از نزدیکی که سبب می‌شود مهریه کامل به زوجه تعلق بگیرد، چنان نزدیکی است که حشفه در آلت تناسلی زن مخفی و گم شود یا اگر آلت تناسلی مرد، قطع شده است مقداری از آن وارد آلت تناسلی زن شده باشد و ملاک نزدیکی، مقداری است که غسل را واجب می‌کند اعم از اینکه نزدیکی از جلو یا عقب صورت گیرد بنابراین صرف خلوت کردن با زن و برداشتن پوشش از وی بگونه‌ای که مانعی برای نزدیکی وجود نداشته باشد براساس نظریه صحیح‌تر، [تمامی مهریه به زن تعلق نمی‌گیرد] هر چند روایات شرعی در مورد اینکه مهریه با نزدیکی، ثابت می‌شود یا صرف خلوت کردن نیز کفایت می‌کند، باهم اختلاف دارند؛ پاره‌ای از روایات، وجوب تمامی مهریه را متوقف بر نزدیکی می‌دانند و پاره‌ای دیگر، وجوب تمامی مهریه را با خلوت کردن زوجین می‌دانند اما آیه [۲۳۷ سوره نساء که می‌فرماید: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ»] ظهور در معنای اول دارد [زیرا کلمه «مس کردن» به معنای نزدیکی کردن است] و علاوه بر ظهور آیه قرآن، شهرت میان فقها و روایات فراوان نیز براساس نظریه اول است

[یعنی سه دلیل وجود دارد که تمامی مهریه با نزدیکی ثابت می شود؛ روایات، ظاهر قرآن، شهرت فقها].

(الثَّالِثَةُ: لَوْ اُبْرَأَتْهُ مِنَ الصَّدَاقِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَ) عَلَيْهَا (بِنِصْفِهِ)، لِأَنَّهَا حِينَ الْاِبْرَاءِ كَانَتْ مَالِكَةً لِجَمِيعِ الْمَهْرِ مُلْكًا تَامًّا، وَ مَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ بِالطَّلَاقِ مُلْكٌ جَدِيدٌ، وَ لِهَذَا كَانَ نَمَائُوهَا، فَإِذَا طَلَّقَهَا رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ كَمَا لَوْ صَادَفَهَا قَدْ أَتْلَفَتْهُ، فَإِنَّ تَصَرُّفَهَا فِيهِ بِالْاِبْرَاءِ بِمَنْزِلَةِ الْاِثْلَافِ فَيَرْجِعُ بِنِصْفِهِ، وَ كَذَا لَوْ كَانَ عَيْنًا وَ وَهَبَتْهُ إِياهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ.

وَ يُحْتَمَلُ ضَعِيفًا عَدَمُ الرُّجُوعِ فِي صُورَةِ الْاِبْرَاءِ، لِأَنَّهَا لَمْ تَأْخُذْ مِنْهُ مَالًا، وَ لَا نَقَلَتْ إِلَيْهِ الصَّدَاقُ، لِأَنَّ الْاِبْرَاءَ إِسْقَاطُ لَا تَمْلِكُ، وَ لَا أَتْلَفَتْهُ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ رَجَعَ الشَّاهِدَانِ بَدَيْنِ فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ لَعَمْرٍ وَ بَعْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ عَلَيْهِ، وَ قَبْلَ الْاِسْتِيفَاءِ وَ كَانَ قَدْ اُبْرَأَ الْمُشْهُودَ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِشَيْءٍ. وَ لَوْ كَانَ الْاِبْرَاءُ اِثْلَافًا عَلَى مَنْ فِي ذِمَّتِهِ لَعَرِمَا لَهُ.

وَ الْفَرْقُ وَاضِحٌ فَإِنَّ حَقَّ الْمَهْرِ ثَابِتٌ حَالِ الْاِبْرَاءِ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ ظَاهِرًا وَ بَاطِنًا فَاسْقَاطُ الْحَقِّ بَعْدَ ثُبُوتِهِ مُتَحَقِّقٌ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الشَّاهِدِ فَإِنَّ الْحَقَّ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا كَذَلِكَ فَلَمْ تُصَادَفِ الْاِبْرَاءَةُ حَقًّا يَسْقُطُ بِالْاِبْرَاءِ.

(وَ كَذَا) يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ (لَوْ خَلَعَهَا بِهِ أَجْمَعَ قَبْلَ الدُّخُولِ)، لِاسْتِحْقَاقِهِ لَهُ بِبَذْلِهَا عَوْضًا مَعَ الطَّلَاقِ، فَكَانَ اِنْتِقَالُهُ عَنْهَا سَابِقًا عَلَى اسْتِحْقَاقِهِ النِّصْفَ بِالطَّلَاقِ، فَيُنْزَلُ مَنْزِلَةُ الْمُنتَقِلِ عَنْهَا حِينَ اسْتِحْقَاقِهِ النِّصْفِ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ دَيْنًا أَوْ عَيْنًا.

مسأله سوم - اگر زوجه، ذمه زوج را نسبت به مهریه، ابراء کند و سپس زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق بدهد زوج نصف مهریه را از زوجه می گیرد زیرا زوجه در زمانی که ذمه زوج را ابراء کرد، مالک کامل تمامی مهریه بود و آنچه بواسطه طلاق به زوج برمی گردد، ملکیتی جدید است و به همین دلیل است که منافع و نمائات مهریه، متعلق به زوج است بنابراین چنانچه زوج، زوجه را طلاق بدهد، نصف مهریه را از زوجه می گیرد [خلاصه اینکه مهریه ای که زن مالک آن بوده و آن را به زوج می بخشد ارتباطی با نصف مهریه ای ندارد که زوج بموجب طلاق قبل از نزدیکی به دست می آورد و مرد به رغم اینکه از پرداخت تمامی مهریه، معاف شده است مالک نصف مهریه نیز می شود] همچنین است هرگاه زوجه، مهریه را [از راههایی همچون وقف کردن یا

فروختن] تلف کرده باشد [یعنی در اینجا هم زوج، نصف مهریه را می‌گیرد] زیرا تصرف زوج در مهریه از راه ابراء به منزله تلف کردن آن است بنابراین زوج، نصف مهریه را از زوج می‌گیرد و همین حکم را دارد چنانچه مهریه، عین باشد و زوج، مهریه را به زوج ببخشد [اعم از اینکه زوج، مهریه را قبض کند یا قبض نکند] و سپس زوج، زوج را طلاق بدهد؛ در این صورت زوج نصف قیمت مهریه را از زوج می‌گیرد. و احتمال ضعیف وجود دارد که چنانچه زوج، ذمه زوج را [نسبت به پرداخت مهریه] ابراء کرده باشد، زوج حق رجوع به زوج را نداشته باشد زیرا زوج مالی را از زوج دریافت نکرده است و مهریه [از راهایی همچون هبه یا هدیه یا تملیک] به زوج منتقل نشده است زیرا ابراء ذمه، اسقاط حق است و تملیک مال نمی‌باشد و نیز زوج، مهریه را بر علیه زوج تلف نکرده است مانند جایی که دو شاهد پس از آنکه شهادت دادند که زید، دینی را به عمرو بدهکار است و حاکم نیز زید را محکوم کرد از شهادت خود برگردند و این رجوع از شهادت قبل از پرداخت دین به عمرو باشد و مشهود له نیز، مشهود علیه را ابراء کرده باشد که در این صورت مشهود علیه نمی‌تواند برای مطالبه غرامت به دو شاهد مراجعه کند حال آنکه اگر ابراء به منزله اتلاف مال بر کسی بود که مال در ذمه اوست، دو شاهد باید خسارت را به مشهود علیه می‌پرداختند. [اگر دو نفر شهادت بدهند که علی به محمد بدهکار است و دادگاه به نفع محمد رأی بدهد اما محمد، طلب خود را به علی ببخشد و آن را نگیرد و سپس دو شاهد از شهادت خود برگردند، علی حق ندارد به دو شاهد مراجعه کرده و دینی را که ذمه وی نسبت به آن، ابراء شده است بگیرد زیرا ابراء دین از سوی محمد به معنای آن نیست که محمد در دین تصرف کرده و آن را تلف نموده است و همین حکم در مورد ابراء مهریه از سوی زوج وجود دارد و زوج تصرفی در مهریه نکرده و آن را تلف ننموده است تا گفته شود که ابراء به منزله تلف می‌باشد و زوج می‌تواند در صورت تلف مهریه از سوی زوج، به وی مراجعه کند. شهیدثانی شباهت این دو مسأله را نپذیرفته و می‌گوید [تفاوت میان آنها واضح و آشکار است زیرا زمانی که زوج، ذمه زوج را ابراء می‌کند مهریه در ظاهر و واقع برعهده زوج می‌باشد بنابراین اسقاط حق [و مهریه] بعد از ثبوت آن بر ذمه زوج، صورت گرفته است اما در مسأله شاهد، چنین نیست زیرا حق به صورت واقعی و ظاهری بر ذمه

مشهود علیه، ثابت نیست [بلکه ظاهراً و بموجب حکم حاکم، علی به محمد بدهکار است اما واقعاً بدهکار نیست] بنابراین برائت [ذمه علی] با حقی مصادف نمی شود که از طریق ابراء، ساقط شده است [بلکه برائت نسبت به حقی صورت گرفته است که ادعای وجود آن بر ذمه مدیون شده است. البته این تفاوت در صورتی پذیرفته می شود که رجوع شاهدان به معنای عدم وجود دین در ذمه مشهود علیه باشد اما نمی توان چنین ادعایی نمود بلکه ممکن است در اینجا هم واقعاً مشهود علیه به مشهود له بدهکار باشد بنابراین تفاوتی میان این دو صورت وجود ندارد]. و نیز چنانچه زوج، زوجه را در قبال تمامی مهریه قبل از نزدیکی، طلاق خلع داده باشد، نصف مهریه را از زوجه می گیرد زیرا زوج، مستحق تمام مهریه است و زن مهریه را در عوض طلاق قرار داده است بنابراین انتقال مهریه از زوجه به زوج، قبل از استحقاق زوج نسبت به نصف مهریه بواسطه طلاق بوده است و چنین انتقالی به منزله آن است که مهریه از زوجه به دیگری منتقل شده باشد در زمانی که زوج، استحقاق نصف مهریه را داشته است [یعنی مانند آن است که زوجه، مهریه را از طریق عقد بیع و نظایر آن به دیگری منتقل کرده باشد که تأثیری در حق زوج نسبت به نصف مهریه ندارد] بنابراین زوج، نصف مهریه را از زوجه می گیرد اعم از اینکه مهریه به صورت دین یا عین باشد. [البته اینکه شهیدثانی، انتقال مهریه به زوج را مقدم بر استحقاق زوج نسبت به نصف مهریه می داند، محل تأمل است زیرا هر دو استحقاق با طلاق خلع بوجود می آید و همزمان است. در هر صورت طلاق خلع، یک عقد معوض است که موجب انتقال مهریه به زوج می شود و مهریه در مقابل طلاق بوده و عوض آن است و زوج هم با طلاق، استحقاق نصف مهریه را پیدا می کند و این دو ارتباطی باهم ندارند].

(الرَّابِعَةُ: يَجُوزُ اشْتِرَاؤُ مَا يُؤَافِقُ) بِهِ (الشَّرْعَ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ)، سَوَاءٌ كَانَ مِنْ مُقْتَضَى عَقْدِ النِّكَاحِ كَأَنْ تَشْتَرِطَ عَلَيْهِ مَتَى شَاءَ، أَوْ يَتَسَرَّى، أَوْ خَارِجاً عَنْهُ كَشَرْطِ تَأْخِيلِ الْمَهْرِ أَوْ بَعْضِهِ إِلَى أَجَلٍ مُعَيَّنٍ.

(فَلَوْ شَرَطَ مَا يُخَالِفُهُ لَعَا الشَّرْطُ وَصَحَّ) الْعَقْدُ وَالْمَهْرُ (كَاشْتِرَاؤِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، أَوْ لَا يَتَسَرَّى)، أَوْ لَا يَطَّلَقَ، أَوْ يُطْلَقَ كَمَا فِي نِكَاحِ الْمُحَلَّلِ.

أَمَّا فَسَادُ الشَّرْطِ حِينَئِذٍ فَوَاضِحٌ، لِمُخَالَفَتِهِ الْمَشْرُوعَ، وَ أَمَّا صِحَّةُ الْعَقْدِ فَالظَّاهِرُ إِطْبَاقُ

الْأَصْحَابِ عَلَيْهِ، وَإِلَّا كَانَ لِلنَّظَرِ فِيهِ مَجَالٌ، كَمَا عَلِمَ مِنْ غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ الْمُشْتَمِلَةِ عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ. وَرُبَّمَا قِيلَ: بِفَسَادِ الْمَهْرِ خَاصَّةً، لِأَنَّ الشَّرْطَ كَالْعَوَضِ الْمُضَافِ إِلَى الصَّدَاقِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْمَالِ، وَ الرَّجُوعُ إِلَى قِيَمَتِهِ مُتَعَذِّرٌ، لِلْجَهَالَةِ فِيْجْهَلِ الصَّدَاقِ فَيَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ.

(وَلَوْ شَرَطَ إِتْقَانُهَا فِي بَلَدِهَا لَزِمَ)، لِأَنَّهُ شَرَطٌ لَا يُخَالِفُ الْمَشْرُوعَ فَإِنَّ خُصُوصِيَّاتِ الْوَطَنِ أَمْرٌ مَطْلُوبٌ لِلْعَقْلَاءِ بِوَاسِطَةِ التَّشْوِءِ وَالْأَهْلِ وَالْأَنْسِ وَغَيْرِهَا فَجَازَ شَرْطُهُ تَوْصُلًا إِلَى الْغَرَضِ الْمُبَاحِ، وَلِصَحِيحَةِ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً وَ يَشْتَرِطُ لَهَا أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ بَلَدِهَا. قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يَفِي لَهَا بِذَلِكَ أَوْ قَالَ: يَلْزِمُهُ ذَلِكَ»، وَ لِعُمُومِ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ».

(وَكَذَا) لَوْ شَرَطَ إِتْقَانُهَا (فِي مَنْزِلِهَا) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْصُوصًا، لِاتِّحَادِ الطَّرِيقِ. وَقِيلَ: يَبْطُلُ الشَّرْطُ فِيهِمَا، لِأَنَّ الْأِسْتِمْنَاعَ بِالزَّوْجَةِ فِي الْأَزْمَةِ وَالْأَمْكَنَةِ حَقُّ الزَّوْجِ بِأَصْلِ الشَّرْعِ، وَكَذَا السُّلْطَنَةُ عَلَيْهَا، فَإِذَا شَرَطَ مَا يُخَالِفُهُ كَانَ بَاطِلًا، وَحَمَلُوا الرِّوَايَةَ عَلَى الْأِسْتِحْبَابِ.

وَيُشْكِلُ بَأَنَّ ذَلِكَ وَارِدٌ فِي سَائِرِ الشَّرُوطِ السَّائِغَةِ الَّتِي لَيْسَتْ بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ كَتَأْجِيلِ الْمَهْرِ، فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَهَا الْمُطَالَبَةَ بِهِ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ ثَابِتٌ بِأَصْلِ الشَّرْعِ أَيْضًا، فَالْزَيَّامُ عَدَمُ ذَلِكَ فِي مُدَّةِ الْأَجَلِ يَكُونُ مُخَالِفًا، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي كُلِّ تَأْجِيلٍ، وَنَحْوِهِ مِنَ الشَّرُوطِ السَّائِغَةِ.

وَالْحَقُّ أَنَّ مِثْلَ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ خُصُوصًا مَعَ وَرُودِ النَّصِّ الصَّحِيحِ بِجَوَازِهِ. وَأَمَّا حَمْلُ الْأَمْرِ الْمُسْتَفَادِ مِنَ الْخَبَرِ الَّذِي بِمَعْنَاهُ عَلَى الْأِسْتِحْبَابِ، فَلَا رَيْبَ عَلَى أَنَّهُ خِلَافُ الْحَقِيقَةِ فَلَا يُضَارُّ إِلَيْهِ مَعَ إِمْكَانِ الْحَمْلِ عَلَيْهَا وَهُوَ مُمَكِّنٌ، فَالْقَوْلُ بِالْجَوَازِ أَوْجَهُ فِي مَسْأَلَةِ النَّصِّ. وَأَمَّا الْمَنْزُولُ فَيَمَكِّنُ الْقَوْلَ بِالْمَنْعِ فِيهِ، وَفُوقًا فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَوْضِعِ النَّصِّ. وَ فِي التَّعْدِي إِلَيْهِ قُوَّةٌ، لِعُمُومِ الْأَدِلَّةِ، وَاتِّحَادِ طَرِيقِ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَحُكْمِ الْمَحَلَّةِ وَالْمَوْضِعِ الْمَخْصُوصِ حُكْمَ الْمَنْزُولِ.

وَ مَتَى حَكَمْنَا بِصَحَّتِهِ لَمْ يَصِحَّ إِسْقَاطُهُ بِوَجْهِهِ، لِأَنَّهُ حَقٌّ يَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ آنٍ فَلَا يُعْقَلُ إِسْقَاطُ مَا لَمْ يُوجَدْ حُكْمُهُ وَإِنْ وَجَدَ سَبَبُهُ.

مسأله چهارم - می توان ضمن عقد نکاح هرگونه شرطی نمود که موافق شرع است

اعم از اینکه شرط ضمن عقد، مقتضای عقد نکاح باشد مانند اینکه بر زوج شرط شود که در تقسیم [شبهها میان زنان در صورتی که زوج دارای چند زوجه باشد] و در پرداخت نفقه، عدالت را رعایت کند یا بر زن شرط کند که زوج بتواند هر وقت بخواهد با زن دیگری ازدواج نماید [البته در اینکه شرط ازدواج مجدد، مقتضای عقد نکاح باشد تأمل وجود دارد زیرا این امر، یک جواز شرعی می باشد] یا زوج شرط کند که کنیزی بگیرد. [همچنین ممکن است شرط ضمن عقد، مقتضای عقد نکاح نباشد بلکه] خارج از مقتضای عقد نکاح باشد مانند اینکه شرط شود که مهریه به صورت مدت دار باشد یا مقداری از آن در مدت معینی پرداخت گردد بنابراین اگر ضمن عقد نکاح، شرطی شود که خلاف شرع باشد، شرط باطل و بی اثر بوده و عقد نکاح و مهریه صحیح است مانند اینکه شرط شود که مرد نتواند ازدواج مجدد کند یا نتواند کنیز بگیرد یا با همسرش نزدیکی نکند یا زوج، زوجه اش را طلاق دهد مانند نکاحی که محلل انجام می دهد [یعنی نمی توان بر محلل شرط کرد که پس از نکاح با زنی که نیاز به محلل دارد، آن زن را طلاق بدهد زیرا شرعاً طلاق به دست مرد است و هر وقت بخواهد طلاق می دهد و نمی توان او را ملزم به طلاق نمود]. اما فاسد بودن شرطی که خلاف شرع می باشد روشن است زیرا مخالف امر مشروعی می باشد [یعنی یک امر مباح و مجاز شرعی را تبدیل به امر حرامی می کند در حالیکه در روایت آمده است که هر شرطی جایز می باشد مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند] و اما صحّت عقد بخاطر آن است که همه فقها نسبت به آن اتفاق نظر دارند و اگر این اتفاق نظر نبود، تأمل در آن جایز بود همانگونه که از سایر عقود که مشتمل بر شرط فاسد است دانسته می شود [یعنی در سایر موارد، شرط فاسد موجب بطلان عقد می شود زیرا آنچه که طرفین اراده کرده اند عقد همراه با شرط است پس اگر شرط را فاسد بدانیم باید طرفین، عقدی را بپذیرند که قصد نکرده اند: ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد] و یک دیدگاه آن است که شرط خلاف شرع و فاسد فقط موجب فساد مهریه می شود [و عقد نکاح باطل نمی شود] زیرا شرط مانند عوض است که به مهریه اضافه می شود بنابراین در حکم مال است [یعنی مهریه، عوض بضع است منتها مهریه ای که همراه با شرط باشد بنابراین شرط نیز مقداری از مهریه را تشکیل می دهد اما اگر شرط، فاسد شود] نمی توان

به قیمت شرط رجوع کرد زیرا قیمت شرط معلوم نیست [یعنی معلوم نیست که مثلاً چه مقدار از ارزش مهریه در مقابل شرط بوده و چه مقدار از آن در مقابل مال است زیرا شرط، یک امر معنوی می باشد که از متممات و مکملات مهریه است. پس وقتی ارزش شرط، مجهول شود این جهل به مهریه نیز سرایت پیدا می کند و در نتیجه] **مهریه نیز مجهول** [و باطل] می شود بنابراین باید به **مهرالمثل** مراجعه کرد [مگر اینکه مهرالمثل بیشتر از مهرالمسمی شود در حالیکه شرط به نفع زوج باشد یا مهرالمثل کمتر از مهرالمسمی باشد و شرط به نفع زوج باشد که در این صورت باید مهرالمسمی پرداخت شود] و اگر شرط شود که زوج در شهر خود باقی بماند این شرط لازم است زیرا شرطی است که خلاف حکم شرعی [و امری که شرعاً مجاز باشد] نیست و ویژگی های شهر [و محل هر کسی] امری مطلوب و پسندیده برای عقد است که بر اثر بزرگ شدن در آن محل و اهل آن محل بودن و انس با محل و امور دیگر، بوجود می آید بنابراین برای رسیدن به یک هدف مباح و مشروع [یعنی اقامت در محل] می توان آن را شرط کرد [البته این استدلال در موارد دیگر هم وجود دارد مثلاً وقتی شرط می شود که زوج تجدیدفراش نکند ممکن است مقتضی عقلایی در آن وجود داشته باشد اما در این موارد، روایاتی وجود دارد که چنین شروطی را ممنوع کرده اند. علت دیگر جواز شرط اقامت در محل،] **روایت صحیح ابوالعباس از امام صادق (ع)** در مورد مردی است که با زنی ازدواج کرده و شرط می کند که زن را از محل خودش خارج ننماید. **امام (ع)** فرمود: «زوج باید به این شرط عمل کند» یا فرمود: «این شرط بر او لازم است.» و نیز عموم روایتی که می فرماید: «مؤمنین پای بند به شروط خود هستند.» [جایز است که] زوج شرط کند که زوج را در منزل زوج به باقی بگذارد [یعنی زوج در خانه خودش زندگی کند گرچه این حالت در روایت بیان نشده است زیرا علت صحت شرط، در هر دو مورد یکسان است [یعنی در هر دو مورد، فایده مشروعی وجود دارد] و یک دیدگاه آن است که شرط در هر دو صورت باطل است زیرا از نظر شرعی، بهره گیری جنسی از زن در زمانها و مکانهای مختلف، و سلطه بر زوج، حق زوج است بنابراین چنانچه شرطی ضمن عقد بیاید که مخالف شرع [و حق زوج] باشد آن شرط باطل است و روایت را نیز حمل بر استحباب کرده اند [یعنی عمل به چنین شرطی، مستحب است. اما

پذیرش نظریه بطلان شرط] مشکل است چرا که این استدلال در بقیه شروط جایزی که مقتضای عقد نکاح نیست نیز وجود دارد مانند اینکه شرط شود مهریه، مدت دار باشد زیرا زوجه از نظر شرعی حق دارد که مهریه خود را در هر زمان و مکانی مطالبه کند پس اگر زوجه ملزم شود که مهریه اش را تا زمان معینی نگیرد، شرط مخالف شرع است و این استدلال در هرگونه مدت قراردادنی و در تمامی شروط جایز وجود دارد. [شاهدثانی، این نظریه را قبول نکرده و می گوید:] و حق آن است که چنین استدلالی، مانع جواز و صحت شرط نیست [زیرا شرط اقامت در یک محل با شرط مدت دار بودن مهریه با شرط عدم ازدواج مجدد تفاوت دارد زیرا در دو مورد اول، شارع حکم نکرده است که زن نباید در شهر خودش اقامت کند یا مهریه باید بدون مدت باشد اما در شرع گفته شده است که مرد هر وقت بخواهد می تواند ازدواج کند بنابراین دو شرط اول، خلاف شرع نیست] بخصوص که روایت صحیح برای جواز چنین شرطی وارد شده است و اما اینکه امر به وفای به شرط را که از روایت فهمیده می شود و در معنای امر می باشد [یعنی گرچه به صورت جمله خبری آمده است: «یفی لها بذلک» اما معنای امر می دهد و] حمل بر استحباب شود، شکی نیست که برخلاف حقیقت می باشد [زیرا امر، حقیقت در وجوب است] بنابراین در صورتی که بتوان امر را حمل بر معنای حقیقی کرد، نمی توان به سراغ معنای مجازی [و استحبابی] رفت و حمل بر معنای حقیقی، امکان دارد پس نظریه جواز شرط [باقی ماندن زن در شهر خود] موجه تر است در خصوص مسأله ای که در روایت آمده است [یعنی حالت باقی ماندن زن در شهر خودش] اما در مورد شرط باقی ماندن زن در منزل خودش، ممکن است گفته شود که چنین شرطی صحیح نیست زیرا در هر موردی که مخالف اصل می باشد باید بر همان موردی که در نص و روایت آمده است اکتفا نمود. و با این وجود اگر صحت شرط به این مورد نیز تسری داده شود، قوی است [یعنی می توان شرط باقی ماندن زوجه در منزل خودش را نیز صحیح دانست] زیرا ادله و روایات، عام هستند [مانند: «المؤمنون عند شروطهم» و «یعنی لها بذلک» و «یلزمه ذلک» که شامل این مورد نیز می شوند] و علت در مسأله شهر و مسأله منزل، یکسان است [یعنی گرچه موضوع دو مسأله باهم تفاوت دارد اما علت هر دو یکسان می باشد] و حکم محله و مکان مخصوص [مانند

فلان خیابان] مانند حکم منزل است [این عبارت شهیدثانی دو معنا دارد؛ یک معنا آن است که اختلاف در مورد منزل، در مورد محله و مکان مخصوص نیز وجود دارد و معنای دیگر آن است که حکم بلد و شهر را می‌توان به محله و مکان مخصوص نیز تسری داد همانگونه که به منزل تسری داده می‌شود] و چنانچه بگوئیم که شرط اقامت در مکان معین، [شهر یا محله یا منزل]، صحیح است نمی‌توان آن را به هیچ نحوی اسقاط کرد زیرا آنچه که شرط شده است، حقی است که در هر لحظه بوجود می‌آید بنابراین معقول نیست حقی اسقاط گردد که هنوز حکم آن بوجود نیامده است هر چند سبب حق [که همان شرط ضمن عقد می‌باشد] بوجود آمده است. [فخرالمحققین گفته است که چنین شرطی را می‌توان اسقاط کرد اما شهیدثانی می‌گوید که نمی‌توان آن را اسقاط نمود اعم از اینکه اسقاط آن تبرعی یا در مقابل عوض باشد زیرا سکونت در هر زمانی بوجود می‌آید و از بین می‌رود و سکونت در زمان آینده هنوز بوجود نیامده است تا بتوان آن را اسقاط کرد بنابراین اگر زوجه با رضایت شوهر از منزل خود خارج شده می‌باشد می‌تواند دوباره به منزلش برگردد زیرا حق او در آینده بوجود می‌آید و این حق، قابل اسقاط نیست چون زمانی که تصمیم به اسقاط آن گرفته می‌شود، هنوز بوجود نیامده است.]

(الْخَامِسَةُ: لَوْ أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ صَنَاعَةٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، كَانَ لَهَا نِصْفُ أَجْرَةِ التَّعْلِيمِ)، لِعَدَمِ إِمْكَانِ تَعْلِيمِهَا نِصْفَ الصَّنْعَةِ وَهُوَ الْوَاجِبُ لَهَا بِالطَّلَاقِ خَاصَّةً (وَلَوْ كَانَ قَدْ عَلَّمَهَا) الصَّنْعَةَ (رَجَعَ بِنِصْفِ الْأَجْرَةِ)، لِعَدَمِ إِمْكَانِ إِزْتِجَاعِ نَفْسِ الْوَاجِبِ فَيَرْجِعُ إِلَى عَوَضِهِ.

(وَلَوْ كَانَ) الصَّدَاقُ (تَعْلِيمَ سُورَةٍ) وَنَحْوَهَا (فَكَذَلِكَ)، لِأَنَّهُ وَإِنْ أُمِّكَنَ تَعْلِيمُ نِصْفِهَا عَقْلًا إِلَّا أَنَّهُ مُمْتَنِعٌ شَرْعًا، لِأَنَّهَا صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً.

(وَقِيلَ: يُعَلِّمُهَا النِّصْفَ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ) كَمَا يُعَلِّمُهَا الْوَاجِبُ، (وَهُوَ قَرِيبٌ)، لِأَنَّ تَحْرِيمَ سَمَاعِ صَوْتِهَا مَشْرُوطٌ بِحَالَةِ الْإِخْتِيَارِ، وَالسَّمَاعُ هُنَا مِنْ بَابِ الضَّرُورَةِ.

مسأله پنجم - اگر زوج، آموزش حرفه‌ای [یا علمی] را بعنوان مهریه همسرش قرار داده و سپس او را قبل از نزدیکی طلاق دهد، نصف اجرت آموزش آن حرفه به زن تعلق می‌گیرد زیرا امکان آموزش نصف حرفه به زن وجود ندارد در حالیکه بواسطه

طلاق، فقط آموزش نصف حرفه به زن تعلق می‌گیرد. و اگر زوج، آن حرفه را [کاملاً] به زوجه آموزش داده باشد، نصف اجرت را از زوجه می‌گیرد زیرا امکان برگرداندن، خود واجب [یعنی نصف حرفه] وجود ندارد [و حرفه آموخته شده به منزله مال تلف شده می‌باشد] بنابراین عوض آن را از زوجه می‌گیرد. و اگر آموزش سوره‌ای از قرآن و نظایر آن بعنوان مهریه قرار داده شود، همین حکم را دارد [یعنی باید نصف اجرت آموزش آن پرداخت گردد] زیرا اگر چه آموزش نصف سوره قرآن از نظر عقلی ممکن است اما از نظر شرعی امکان ندارد زیرا زوجه پس از طلاق، یک زن بیگانه [و نامحرم] می‌شود [و شنیدن صدای زن نامحرم توسط مرد نامحرم و بالعکس حرام است] و یک دیدگاه آن است که زوج، نصف سوره را از پشت پرده آموزش می‌دهد همانگونه که هر واجبی را [بدین صورت] آموزش می‌دهد [بنابراین امکان استیفای عین حق وجود دارد و مانعی برای آن نیست. شهیدثانی این دیدگاه را پسندیده و می‌گوید:] و این دیدگاه، نزدیک به واقع است زیرا حرمت شنیدن صدای زن مشروط به حالت اختیار است در حالیکه شنیدن صدای زن در اینجا به جهت ضرورت می‌باشد [و ضرورت‌ها، امور ممنوع را مباح می‌سازند].

(الْسادِسَةُ: لَوْ اِعْتَاَضَتْ عَنِ الْمَهْرِ، بِدُونِهِ أَوْ أَرَادَتْ مِنْهُ) أَوْ بِمُغَايِرِهِ جِنْساً أَوْ وَضْعاً (ثُمَّ طَلَّقَهَا رَجَعَ يَنْصِفُ الْمُسَمَّى)، لِأَنَّهُ الْوَاجِبُ بِالطَّلَاقِ (لَا) يَنْصِفُ (الْعَوْضَ)؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ جَدِيدَةٌ لَا تَعْلُقُ لَهُ بِهَا.

مسأله ششم - اگر زوجه، مهریه خود را با مال دیگری عوض کند که ارزش آن مال، کمتر یا بیشتر از مهریه باشد یا جنس آن با جنس مهریه یا وصف مهریه، تفاوت داشته باشد [تفاوت جنس مانند اینکه طلا تبدیل به نقره شود و تفاوت صفت مانند اینکه طلای غیر مسکوک تبدیل به طلای مسکوک شود] و سپس زوج، زوجه را طلاق بدهد نصف مهرالمسمی را از زوجه می‌گیرد زیرا آنچه که با طلاق [برای زوج و به ذمه زوجه] واجب می‌شود همان مهرالمسمی است بنابراین نصف عوض را از زوجه نمی‌گیرد زیرا عوض کردن مهریه با مال دیگر یک معاوضه جدید است که این معاوضه ارتباطی با مهریه [و زوج] ندارد.

(السَّابِعَةُ: لَوْ وَهَبَتْهُ نِصْفَ مَهْرِهَا مُشَاعاً قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهُ الْبَاقِي)، لِأَنَّهُ يَقْدَرُ حَقُّهُ

فَيَنْحَصِرُ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَنْتَقِلُ مُسْتَحِقُّ الْعَيْنِ إِلَى بَدَلِهَا إِلَّا بِالْتَرَاضِي، أَوْ تَعَدُّرِ الرُّجُوعِ لِمَانِعٍ أَوْ تَلَفٍ، وَالْكُلُّ مُنْتَفٍ.

وَيُحْتَمَلُ الرُّجُوعُ إِلَى نِصْفِ النِّصْفِ الْمَوْجُودِ وَبَدَلَ نِصْفِ الْمَوْهُوبِ، لِأَنَّ الْهَبَةَ وَرَدَتْ عَلَى مُطْلَقِ النِّصْفِ، فَيَشْبَعُ، فَيَكُونُ حَقُّهُ فِي الْبَاقِي وَالتَّالِفِ، فَيَرْجِعُ بِنِصْفِهِ وَبَدَلَ الذَّاهِبِ، وَيَكُونُ هَذَا هُوَ الْمَانِعِ، وَهُوَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الْمُسَوِّغَةِ لِلِانْتِقَالِ إِلَى الْبَدَلِ.

وَرُدُّ بَأَنَّهُ يُوَدِّي إِلَى الضَّرَرِ بِنَبْعِضِ حَقِّهِ فَيَلْزَمُ ثُبُوتُ احْتِمَالٍ آخَرَ، وَهُوَ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ اخْتِذِ النِّصْفِ الْمَوْجُودِ وَبَيْنَ التَّشْطِيرِ الْمَذْكُورِ.

(وَلَوْ كَانَ) الْمَوْهُوبُ (مُعِينًا فَلَهُ نِصْفُ الْبَاقِي وَنِصْفُ مَا وَهَبْتَهُ مِثْلًا أَوْ قِيمَةً)، لِأَنَّ حَقَّهُ مُشَاعٌ فِي جَمِيعِ الْعَيْنِ وَقَدْ ذَهَبَ نِصْفُهَا مُعِينًا فَيَرْجِعُ إِلَى بَدَلِهِ، بِخِلَافِ الْمَوْهُوبِ عَلَى الْأَشَاعَةِ. وَتَبَّهَ يَقُولُ: «وَهَبْتُهُ» عَلَى أَنَّ الْمَهْرَ عَيْنٌ، فَلَوْ كَانَ دَيْنًا وَابْتَرَأَتْهُ مِنْ نِصْفِهِ بَرَاءً مِنَ الْكُلِّ وَجْهًا وَاحِدًا، (وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَهَا بِعَبْدَيْنِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا، أَوْ بَاعَتْهُ فَلِلزَّوْجِ نِصْفُ الْبَاقِي وَنِصْفُ قِيمَةِ التَّالِفِ)، لِأَنَّهُ تَلَفٌ عَلَى مِلْكِهَا وَاسْتِحْقَاقُهُ لِنِصْفِهِ تَجَدَّدَ بِالطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْمَوْجُودِ وَغَيْرِهِ. وَالتَّقْرِيبُ مَا تَقَدَّمَ.

مسأله هفتم - اگر زوجه، نصف مهریه خود را [که عین خارجی می باشد] به صورت مشاعی قبل از نزدیکی به زوج هبه کند. [و زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق بدهد] بقیه مهریه به زوج تعلق می گیرد [زیرا آنچه که هبه شده است، سهم زوجه بوده و آنچه که باقی مانده است سهم زوج می باشد] و مقدار باقیمانده به اندازه حق زوج است و زوج در آن استقلال و انحصار دارد [و تمام آن به وی تعلق می گیرد. البته این استدلال بدون خدشه نیست زیرا اینکه مقدار باقیمانده معادل حق زوج می باشد به معنای آن نیست که مقدار باقیمانده متعلق به زوج است و طلاق کاشف از این نیست که مقدار هبه شده متعلق به زن بوده است بلکه ناقل می باشد مگر اینکه گفته شود هبه نصف مهریه به معنای آن است که آنچه بعد از طلاق به زن تعلق می گیرد همان مقدار بخشیده شده بوده است هر چند در زمان هبه، به هر دو تعلق داشته است. استدلال دیگر برای تعلق نصف باقیمانده به زوج آن است که] عین مال زمانی تبدیل به بدل آن می شود که دو طرف رضایت داشته باشند یا مانعی برای رجوع به عین وجود داشته باشد [مانند اینکه عین مال، غصب شود] یا عین، تلف شود حال آنکه هیچیک از این موارد در اینجا وجود

ندارد [و زوج می‌تواند به عین مال، رجوع کند] و احتمال دارد که زوج به نصف نصف عین موجود، رجوع کند و بدل نصف مقدار بخشیده شده را بگیرد زیرا مطلق نصف مهریه، هبه شده است [نه اینکه فقط نصف عین، هبه شده باشد] بنابراین مقدار هبه شده در تمام مهریه، شیوع پیدا کرده [و به صورت مشاعی می‌شود] بنابراین حق زوج [که به صورت متزلزل وجود داشت و با طلاق، مستقر گردید] به نصف باقیمانده و نصف تلف شده [به صورت مشاعی] تعلق می‌گیرد و زوج به نصف نصف باقیمانده [یعنی یک چهارم عین] و بدل نصف تلف شده، مراجعه می‌کند و همین، مانع رجوع زوج به نصف باقیمانده می‌شود [یعنی همینکه حق زوج در مقدار باقیمانده و در مقدار هبه شده به صورت مشاعی، وجود دارد، مانع می‌شود که زوج به مقدار باقیمانده رجوع کند] و این مانع [یعنی هبه شدن و تلف شدن نصف مهریه] یکی از اقسام سه مانعی است که انتقال به بدل را ممکن می‌سازند [موانع رجوع به عین سه چیز بود؛ تراضی، تعذر رجوع به عین و تلف و در اینجا مانع سوم وجود دارد پس سخن پیروان نظریه اول که می‌گفتند مانعی وجود ندارد، صحیح نیست. شهیدثانی این نظریه را نپذیرفته و می‌گوید:] و این دیدگاه، مردود است زیرا بخاطر تبعیضی که در حق زوج بوجود می‌آید باعث ضرر وی می‌شود [یعنی اگر نیمی از حق زوج در عین موجود و نیمی در عین هبه شده باشد، حق وی تجزیه می‌گردد] بنابراین احتمال دیگری مطرح می‌شود بدین صورت که زوج اختیار دارد نصف مقدار موجود و باقیمانده را بگیرد یا تجزیه مذکور را بپذیرد. و اگر مقداری که هبه شده است [به صورت مشاعی نباشد بلکه] به صورت معین باشد، زوج نصف باقیمانده و مثل یا قیمت نصف مقدار هبه شده را می‌گیرد زیرا حق زوج در تمامی عین به صورت مشاعی است [یعنی حق زوج در زمان عقد نکاح، به صورت متزلزل و مشاع در تمامی عین وجود دارد بگونه‌ای که اگر طلاق بدهد، مستحق نصف مشاع از مهریه می‌شود] و نصف معین مهریه [بواسطه هبه کردن، از بین رفت] بنابراین زوج به بدل آن مراجعه می‌کند برخلاف صورتی که نصف هبه شده به صورت مشاعی باشد. [بنابراین چنانچه مهریه یک قطعه زمین پانصد متری باشد و زوجه، نصف آن را به صورت مشاعی هبه کند و سپس زوج، او را قبل از نزدیکی طلاق بدهد به اعتقاد شهید اول، نصف باقیمانده به زوج داده می‌شود زیرا معادل حق اوست و

مانعی برای مراجعه به عین باقیمانده وجود ندارد. اما اگر پانصد متر معین راهبه کرده باشد، نصف عین باقیمانده بدل نصف مقدار هبه شده به زوج داده می شود زیرا زوج هنگام عقد نکاح به صورت متزلزل در تمام مهریه، حق داشته است اما نصف مهریه، تلف شده است پس باید بدل آن داده شود. آنچه که گفته شد در صورتی است که مهریه، عین معین باشد و شهید اول نیز به صورت ضمنی به این شرط اشاره کرده است زیرا [با عبارت «به زوج ببخشد» اشاره کرد که مهریه، عین خارجی است بنابراین چنانچه مهریه، دین باشد و زوجه، ذمه زوج را نسبت به نصف مهریه، ابراء کند [و زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق بدهد] ذمه زوج نسبت به تمامی مهریه بری می شود و در اینجا یک احتمال بیشتر وجود ندارد [که همان بری شدن ذمه زوج نسبت به تمامی مهریه است و احتمال دیگری مطرح نیست] و نیز چنانچه زوج، دو برده را بعنوان مهریه قرار دهد و یکی از برده ها بمیرد یا زوجه یکی از آنها را بفروشد. در اینجا نصف برده باقیمانده و نصف قیمت برده تلف شده به زوج تعلق می گیرد زیرا تلف در ملک زوجه صورت گرفته است و استحقاق زوج نسبت به نصف مهریه بواسطه طلاق بوجود آمد [یعنی زمانی که عبد، تلف شد متعلق به زوجه بود و زوج نسبت به آن حقی نداشت زیرا حق زوج بعد از تلف و در زمان طلاق بوجود می آید. و در این مسأله] تفاوتی ندارد که کدام برده تلف شده و کدام برده باقی مانده است و توجیه مسأله همان است که قبلاً بیان گردید [که حق زوج به صورت مشاعی در تمام مهریه وجود دارد و چون نصف مهریه تلف شده است پس زوج به بدل آن رجوع می کند].

(الثَّامِنَةُ: لِلزَّوْجَةِ الْإِمْتِنَاعُ قَبْلَ الدُّخُولِ حَتَّى تَقْبِضَ مَهْرَهَا إِنْ كَانَ الْمَهْرُ خَالًا مُوسِرًا كَانَ الزَّوْجُ أَمْ مُعْسِرًا، عَيْنًا كَانَ الْمَهْرُ أَمْ مُنْفَعَةً، مُتَعَيْنًا كَانَ أَمْ فِي الذِّمَّةِ، لِأَنَّ التَّكَاحَ فِي مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَحْضَةً، وَ مِنْ حُكْمِهَا أَنَّ لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَاوِضِينَ الْإِمْتِنَاعَ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ الْآخَرُ فَيَجْبِرُهُمَا الْحَاكِمُ عَلَى التَّقَابُضِ مَعًا، لِعَدَمِ الْأَوْلَوِيَّةِ، بِوَضْعِ الصَّدَاقِ عِنْدَ عَدْلِ إِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهَا، وَيَأْمُرُهَا بِالتَّمَكُّينِ. وَ هَذَا الْحُكْمُ لَا يَخْتَلِفُ عَلَى تِلْكَ التَّقْدِيرَاتِ. وَ رَبَّمَا قِيلَ: بَأَنَّهُ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا لَيْسَ الْإِمْتِنَاعُ، لِمَنْعِ مُطَالَبَتِهِ وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّ مَنْعَ الْمُطَالَبَةِ لَا يَقْتَضِي وَجُوبَ التَّسْلِيمِ قَبْلَ قَبْضِ الْيَوْضِ. وَ اخْتَرَزَ بِالْحَالِّ عَمَّا لَوْ كَانَ مُوجَّلاً فَإِنَّ تَمَكُّينَهَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبْضِهِ إِذْ لَا يَجِبُ لَهَا

حِينَئِذٍ شَيْءٌ، فَيَبْقَى وَجُوبٌ حَقُّهُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ مُعَارَضٍ. وَلَوْ أَقْدَمَتْ عَلَى فِعْلِ الْمُحَرَّمَ وَامْتَنَعَتْ إِلَى أَنْ حَلَّ الْأَجَلَ، فَفِي جَوَازِ امْتِنَاعِهَا حِينَئِذٍ إِلَى أَنْ تَقْبِضَهُ تَنْزِيلًا لَهُ مَنْزِلَةُ الْحَالِ ابْتِدَاءً، وَعَدَمِهِ بِنَاءً عَلَى وَجُوبِ تَمَكُّينِهَا قَبْلَ حُلُولِهِ فَيُسْتَصْحَبُ، وَلَا تَنْهَا لَهَا رَضِيَتْ بِالتَّأْخِيلِ بَنْتَ أَمْرَهَا عَلَى أَنْ لَا حَقَّ لَهَا فِي الْأَمْتِنَاعِ فَلَا يَثْبُتُ بَعْدَ ذَلِكَ، لِإِثْتِفَاءِ الْمُقْتَضِي وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا الثَّانِي. وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُ خَالًا وَبَعْضُهُ مَوْجَلًا كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا حُكْمٌ مُمَثِّلُهُ.

مسأله هشتم - زوجه می تواند قبل از نزدیکی، از تمکین خودداری کند تا زمانی که مهریه خود را بگیرد مشروط بر اینکه مهریه [مدّت دار نباشد بلکه] حال باشد اعم از اینکه زوج، مال دار باشد یا معسر باشد و اعم از اینکه مهریه، عین باشد یا منفعت باشد و اعم از اینکه مهریه، عین خارج باشد یا کلی در ذمه باشد زیرا نکاح به معنای عقد معاوضی است هر چند عقد معاوضی محض نمی باشد [عقد نکاح، عقد شبه معاوضیه است که در آن، مهریه در مقابل بضع قرار دارد] و یکی از احکام عقد معاوضی آن است که هر یک از طرفین می تواند از تسلیم عوض خودداری کند تا زمانی که طرف دیگر، عوض را تسلیم نماید [و اگر هر دو از تحویل عوض خودداری کنند] حاکم آنها را مجبور می کند که همزمان عوض را به یکدیگر تسلیم نمایند زیرا اولویتی وجود ندارد [که کدامیک زودتر عوض را بدهد و نحوه قبض همزمان بدین صورت است که] چنانچه زوج، مهریه را به زوجه نمی دهد مهریه نزد شخص عادل قرار می گیرد و حاکم به زوجه دستور می دهد که از زوج تمکین نماید. [این شخص ثالث عادل قبل از نزدیکی، وکیل زوج در نگهداری مهریه است و بعد از نزدیکی وکیل زوجه می باشد] و این حکم در همه فرض ها وجود دارد [یعنی در فرض هایی که زوج، مال دار یا معسر باشد و ...] و یک دیدگاه آن است که اگر زوج، معسر باشد زوجه حق ندارد از تمکین، خودداری کند زیرا [شرعاً] حق مطالبه مهریه را ندارد [زیرا آیه قرآن می فرماید: «و ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» البته اگر زوجه نسبت به اعصار زوج، عالم بوده باشد حق مطالبه ندارد زیرا علیه خودش اقدام کرده است. شهیدثانی این دیدگاه را نپذیرفته و می گوید: این دیدگاه ضعیف است زیرا ممنوعیت مطالبه به معنای آن نیست که تسلیم قبل از قبض عوض، واجب باشد [یعنی ممنوعیت زوجه برای مطالبه مهریه به معنای آن نیست که ایشان باید قبل از قبض مهریه، از زوج تمکین نماید.] شهید اول با قید «حال بودن»

حالتی را که مهریه، مدّت دار باشد خارج نمود زیرا در این صورت، تمکین زوجه متوقف بر قبض مهریه نیست و چیزی به زوجه تعلّق نمی‌گیرد بنابراین وجوب حق زوج نسبت به زوجه [یعنی نزدیکی و تمکین] در مقابل عوضی قرار ندارد. حال اگر زوجه مرتکب عمل حرامی شود [یعنی به‌رغم وجوب تمکین از شوهر، تمکین نکند] و از تمکین خودداری نماید تا مدّت پرداخت مهریه فرا برسد، دو احتمال وجود دارد؛ [یک احتمال آن است که] زوجه در اینجا نیز حق دارد از تمکین خودداری نماید تا زمانی که مهریه را قبض کند و این حالت به منزله حالتی است که مهریه از همان ابتدا به صورت حالّ می‌باشد. [احتمال دیگر آن است که] زوجه حق ندارد از تمکین خودداری نماید زیرا قبل از فرارسیدن زمان مهریه، بر زوجه واجب بود که تمکین کند و همان وجوب [و عدم جواز امتناع از تمکین، در زمان فرارسیدن مدّت مهریه که نسبت به بقایا عدم بقای وجوب شک داریم] استصحاب می‌شود و [دلیل دیگر برای وجوب تمکین، آن است] وقتی زوجه رضایت داده باشد که مهریه، مدّت دار باشد، مسأله خود را بر این اساس پایه‌ریزی کرده است که حق امتناع از تمکین را ندارد بنابراین بعد از فرارسیدن زمان پرداخت مهریه، حقّ امتناع از تمکین برای او بوجود نمی‌آید زیرا مقتضی و سبب این حق وجود ندارد و احتمال دوم بهتر است [یعنی زوجه، حقّ عدم تمکین ندارد] و اگر مقداری از مهریه، حال بوده و مقداری از آن مدّت دار باشد، هر کدام از آنها حکم مثل خودش را دارد [یعنی زوجه می‌تواند قبل از قبض مقدار حال، تمکین نکند و باید نسبت به مقدار مدّت دار، تمکین نماید. [این حالت در عمل منتهی به عدم تمکین می‌شود. مسأله حاضر حدود هشتاد فرضیه دارد که در کتابهای فقهی مطرح شده است زیرا ممکن است زوجین، صغیر یا کبیر باشند و زوج، معسر یا مال دار باشد. مهریه حال یا مدت دار باشد و ...]

وَ إِنَّمَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ إِذَا كَانَتْ مُهَيَّأَةً لِلِاسْتِمْتَاعِ، فَلَوْ كَانَتْ مَمْنُوعَةً بِعُدْرٍ وَإِنْ كَانَ شَرْعِيًّا كَالْإِحْرَامِ لَمْ يَلْزَمْ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ التَّسْلِيمُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَإِذَا تَعَدَّرَ مِنْ أَحَدِهِمَا لَمْ يَجِبْ مِنَ الْآخَرِ.

نَعَمْ لَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً يَحْرُمُ وَطُؤُهَا فَلَا قُوَى وَجُوبُ تَسْلِيمِ مَهْرِهَا إِذَا طَلَبَهُ لَوْلِيٌّ، لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ حَالٌ طَلَبُهُ مِنْ لَهْ حَقُّ الطَّلَبِ، فَيَجِبُ دَفْعُهُ كَغَيْرِهِ مِنَ الْحُقُوقِ، وَ عَدَمُ قَبْضِ

الْعَوَضِ الْآخِرِ جَاءَ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ حَيْثُ عَقَّدَ عَلَيْهَا كَذَلِكَ مُوجِباً عَلَى نَفْسِهِ عَوْضاً خَالِئاً، وَرَضِي بِتَأْخِيرِ قَبْضِ الْمُعَوَّضِ إِلَى مَحَلِّهِ. وَهَذَا بِخِلَافِ النَّفَقَةِ، لِأَنَّ سَبَبَ وَجُوبِهَا التَّمَكُّينُ التَّامُّ دُونَ الْعَقْدِ، وَوَجْهُ عَدَمِ الْوُجُوبِ قَدْ عَلِمَ مِمَّا سَلَفَ مَعَ جَوَابِهِ.

و تسلیم مهریه به زوجه در صورتی بر زوج واجب است که زوجه آمادگی بهره گیری جنسی را داشته باشد بنابراین چنانچه زوجه بخاطر عذری [مانند بیماری یا زندانی بودن یا صغیر بودن] نتواند مورد استمتاع قرار گیرد هر چند بخاطر عذر شرعی باشد مانند اینکه در حالت احرام بسر ببرد، بر زوج واجب نیست که مهریه را [قبل از نزدیکی] بپردازد زیرا آنچه که واجب می باشد، تسلیم عوض از سوی طرفین است پس وقتی تسلیم عوض از سوی یک طرف متعذر و غیر ممکن باشد، از سوی طرف مقابل نیز واجب نخواهد بود. بلکه اگر زوجه، صغیر باشد و نتوان با وی نزدیکی کرد [صرف بالغ شدن کافی نیست بلکه علاوه بر بلوغ باید امکان نزدیکی هم فراهم باشد] نظریه قوی تر آن است که چنانچه ولی زوجه درخواست مهریه را بنماید باید مهریه به وی تسلیم گردد زیرا مهریه، حق ثابت و حالی است که صاحب حق، آن را درخواست نموده است بنابراین مانند بقیه حقوق باید پرداخت شود و قبض نشدن عوض دیگر [یعنی نزدیکی، مانعی است که] از سوی زوج بوجود آمده است زیرا زوجه را در وضعیتی به عقد خود درآورده است که صغیر بوده [و امکان نزدیکی با وی وجود نداشته است و زوج با این اقدام خویش] پرداخت عوض به صورت حال را بر خود واجب کرده و رضایت داده است که قبض معوض [یعنی نزدیکی و تمکین زوجه] به زمان خود محوّل شود [یعنی زمانی که زوجه به سن امکان نزدیکی برسد. بر این اساس چنانچه مانع دیگری هم در زمان عقد نکاح وجود داشته و زوج نسبت به آن آگاهی داشته باشد باید مهریه را قبل از نزدیکی بپردازد زیرا علت یعنی اقدام علیه خود در اینجا هم وجود دارد. البته عده ای از فقها حکم صغیره را نیز مانند سایر موانع می دانند زیرا ولی هم پذیرفته است که زوجه قبل از نزدیکی، حق مطالبه مهریه را نداشته باشد.] و حکم مهریه با حکم نفقه، تفاوت دارد زیرا سبب وجوب نفقه، صرف عقد نکاح نیست بلکه سبب آن، تمکین عام می باشد [یعنی مهریه با عقد نکاح ثابت می شود اما نفقه با تمکین عام یعنی نزدیکی، واجب می شود بنابراین تا زن، تمکین نکند نفقه هم به او تعلق

نمی‌گیرد.] اما دلیل سخن کسانی که تسلیم مهریه قبل از نزدیکی را واجب نمی‌دانند از آنچه گفته شد و پاسخ آن، معلوم می‌شود [دلیل ایشان آن است که تسلیم عوضین از سوی هر دو طرف، واجب است پس وقتی تسلیم از سوی زوجه، متعذر شد تسلیم از سوی طرف دیگر نیز واجب نخواهد بود. پاسخ ایشان نیز آن بود که تسلیم از سوی زوجه، واجب نیست و شوهر علیه خودش اقدام کرده است.]

(وَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ الْإِمْتِنَاعُ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ)، لِاسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ بِالْوُطْ وَ قَدْ حَصَلَ تَسْلِيمُهَا نَفْسَهَا بِرِضَاهَا، فَانْحَصَرَ حَقُّهَا فِي الْمَطْلَبَةِ دُونَ الْإِمْتِنَاعِ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ مُعَاوَضَةً، وَ مَتَى سَلَّمَ أَحَدُ الْمُتَعَاوِضَيْنِ الْعَوْضَ الَّذِي مِنْ قِبَلِهِ بِاخْتِيَارِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ حِسْبُهُ لِيَتَسَلَّمَ الْعَوْضَ الْآخَرَ، وَلِأَنَّ مَنَعَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ثَابِتٌ بِالْإِجْمَاعِ وَلَا دَلِيلَ عَلَيْهِ بَعْدَهُ، فَيَنْتَفِي بِالْأَصْلِ، فَإِنَّ التَّسْلِيمَ حَقٌّ عَلَيْهَا، وَالْمَهْرُ حَقٌّ عَلَيْهِ وَالْأَصْلُ عَدَمُ تَعَلُّقِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ فَيَتِمَّسِكُ بِهِ إِلَى أَنْ يَثْبُتَ التَّاقِلُ. وَقِيلَ: لَهَا الْإِمْتِنَاعُ قَبْلَ الدُّخُولِ، لِأَنَّ الْمُقْضُودَ بَعْدَ النِّكَاحِ مَنَافِعَ الْبُضْعِ فَيَكُونُ الْمَهْرُ فِي مُقَابِلِهَا، وَ يَكُونُ تَعَلُّقُ الْوُطْءِ الْأَوَّلِ بِهِ كَتَعَلُّقِ غَيْرِهِ، وَالْأَقْوَى الْأَوَّلُ. هَذَا كُلُّهُ إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا اخْتِيَارًا.

فَلَوْ دَخَلَ بِهَا كُرْهًا فَحَقُّ الْإِمْتِنَاعِ بِحَالِهِ، لِأَنَّهُ قَبْضٌ فَاسِدٌ فَلَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَثَرُ الصَّحِيحِ، وَلِإِصَالَةِ الْبُقَاءِ إِلَى أَنْ يَثْبُتَ الْمُرِيلُ، مَعَ احْتِمَالِ عَدَمِهِ لِصِدْقِ الْقَبْضِ.

و زوجه براساس نظریه صحیح تر حق ندارد بعد از نزدیکی، تمکین نکنند زیرا مهریه با نزدیکی [یعنی اولین نزدیکی] استقرار پیدا می‌کند [بنابراین نزدیکی‌های بعدی تأثیری ندارد] و زوجه با رضایت، خودش را در اختیار زوج قرار داده است بنابراین فقط حق درخواست مهریه برای وی باقی می‌ماند و حق ندارد که از تمکین، خودداری ورزد و [دلیل دیگر برای ممنوعیت خودداری از تمکین پس از نخستین نزدیکی] آن است که نکاح، یک عقد معاوضی [یا شبه معاوضی] می‌باشد و هرگاه یکی از طرفین عقد معاوضی، عوض مربوط به خود را با رضایت و اختیار تسلیم طرف دیگر نماید پس از آن، حق نگهداری عوض [متعلق به خود را نگه دارد] تا عوض دیگر را دریافت کند [همچنین دلیل دیگر برای ممنوعیت زن از خودداری از تمکین] آن است که [حق زوجه برای حبس و] خودداری از تمکین، قبل از نزدیکی، با دلیل اجماع به اثبات رسیده است [یعنی همه فقها پذیرفته‌اند که زوجه قبل از نزدیکی می‌تواند تا مهریه

را اخذ نکرده است از شوهرش تمکین ننماید] اما دلیلی برای وجود این حق پس از نزدیکی، وجود ندارد بنابراین چنین حقی با اصل، متنافی می‌شود [یعنی اصل بر عدم حق حبس برای زوجه است. البته ممکن است مخالفان به اصل استصحاب، استناد کنند بگویند که حق حبس، قبل از نزدیکی برای زوجه وجود داشت و در بقای این حق برای بعد از نزدیکی، تردید وجود دارد بنابراین باید آن را استصحاب کرد. دلیل دیگر آن است که تمکین زوجه از زوج و [تسلیم شدن او [در برابر خواسته‌های شوهر] حقی بر علیه زوجه [و به نفع زوج می‌باشد و متقابلاً] مهریه، حقی بر علیه زوج [و به نفع زوجه] می‌باشد و اصل بر آن است [که حق زوجه نسبت به مهریه و حق زوج نسبت به تمکین، دو حقی جدا و مستقل از یکدیگر هستند] و اصل بر آن است که یکی از این دو حق، وابسته به حق دیگر نباشد بنابراین باید به این اصل، استناد و عمل کرد تا خلاف آن ثابت شود [یعنی دلیلی پیدا شود که این دو حق را وابسته به یکدیگر بداند و چنین دلیلی فقط در مورد نزدیکی اول و حق مطالبه مهریه است یعنی روایات می‌گویند که زوجه فقط تا زمانی که اولین نزدیکی صورت نگرفته است حق دارد مهریه را مطالبه کرده و از شوهرش تمکین ننماید پس دلیلی برای وابستگی حق مطالبه مهریه به نزدیکی‌های بعدی وجود ندارد و اصل هم بر عدم وابستگی است و اصل تا زمانی که دلیلی برخلاف آن وجود نداشته باشد به اعتبار خود باقی است: الاصل دلیل حیث لادلیل]. و یک دیدگاه نیز می‌گوید که زوجه می‌تواند [پس از نزدیکی اول نیز] از تمکین، خودداری کند همانگونه که قبل از نزدیکی [نخست نیز چنین حقی داشت] زیرا مقصود از عقد نکاح، منفعت بضع است [یعنی هدف از عقد نکاح آن است که زوج از زن، بهره‌گیری جنسی کند] بنابراین مهریه در مقابل منفعت بضع قرار دارد و وابستگی نزدیکی نخست به مهریه مانند وابستگی سایر نزدیکی‌هاست [یعنی وقتی مهریه در مقابل نزدیکی باشد، خصوصیتی برای نزدیکی اول وجود ندارد بلکه مطلق نزدیکی و بهره‌گیری جنسی موردنظر است و فرد خاصی موردنظر نیست بنابراین زوجه حق دارد که برخی از نزدیکی‌ها را بپذیرد و نسبت به برخی نزدیکی‌ها، خودداری کند. شهیدثانی نظریه عدم امکان خودداری از تمکین پس از نزدیکی را ترجیح داده می‌گوید:] نظریه نخست، قوی‌تر است. آنچه که گفته شد مربوط به حالتی است که زوجه، خودش را با

اختیار [و آزادی اراده] تسلیم شوهر کند بنابراین چنانچه زوج با اکراه و اجبار با وی نزدیکی کند حق امتناع زن [از نزدیکی که اصطلاحاً «حق حبس» نامیده می شود] به اعتبار خود باقی می ماند [یعنی زوجه پس از نزدیکی اجباری نیز حق حبس دارد] زیرا تسلیم شدن اجباری، یک نوع قبض فاسد است که آثار قبض صحیح [از جمله سقوط حق حبس] بر آن مترتب نمی شود [چرا که اعمال حقوقی و ارادی زمانی اثر بخش هستند که به صورت صحیح منعقد شوند. و دلیل دیگر برای بقای حق امتناع زوجه] بخاطر اصل بقای حق است تا اینکه دلیلی، این حق را از بین ببرد [و چنین دلیلی وجود ندارد. البته شهیدثانی پس از بیان نظریه بقای حبس برای زوجه، احتمال زوال این حق را نیز منتفی نمی داند و می فرماید:] و احتمال هم دارد که حق امتناع زوجه [پس از نزدیکی اجباری] از بین برود زیرا قبض عوض، صدق می کند [یعنی تسلیم شدن زوجه متوقف بر پرداخت مهریه است و ادله مربوطه، تسلیم شدن زوجه را به صورت مطلق بیان کرده اند بدون اینکه آن را مقید به تسلیم شدن اختیاری کنند. بنابراین آنچه که در اینجا مهم است، تحقق عنوان «تسلیم شدن» است و این عنوان بر تسلیم شدن اجباری هم صدق می کند.]

(التَّاسِعَةُ: إِذَا زَوَّجَ الْأَبُ وَلَدَهُ الصَّغِيرَ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ وَ يَرِثُهُ (وَلِلْوَلَدِ مَالٌ يَفِي) بِالْمَهْرِ (فَفِي مَالِهِ الْمَهْرُ، وَ إِلَّا) يَكُنْ لَهُ مَالٌ أَصْلًا (فَفِي مَالِ الْأَبِ) وَ لَوْ مَلَكَ مِقْدَارَ بَعْضِهِ، فَهُوَ فِي مَالِهِ، وَ الْبَاقِي عَلَى الْأَبِ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَ نَسَبُهُ فِي التَّذَكُّرَةِ إِلَى عُلَمَائِنَا، وَ هُوَ يُشْعِرُ بِالِاتِّفَاقِ عَلَيْهِ، ثُمَّ اخْتَارَ أَنَّ ذَلِكَ مَعَ عَدَمِ شَرْطِهِ كَوْنُهُ عَلَى الْوَلَدِ مُطْلَقًا، أَوْ كَوْنُهُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا، وَ إِلَّا كَانَ عَلَى الْوَلَدِ فِي الْأَوَّلِ، وَ عَلَيْهِ فِي الثَّانِي مُطْلَقًا.

مسأله نهم - هرگاه پدر، برای فرزند صغیر خود که به سن بلوغ نرسیده و رشید نشده است [ظاهراً هر دو صفت باید برای مولی علیه وجود داشته باشد یعنی علاوه بر اینکه صغیر است باید رشید هم نباشد] عقد نکاح منعقد سازد در حالیکه کودک، مالی داشته باشد که برای پرداخت مهریه کفایت نماید، مهریه از مال کودک پرداخت می شود اما اگر بکلی مالی نداشته باشد [یا اگر مالی هم دارد امکان پرداخت مهریه از آن مال وجود نداشته باشد]، مهریه از مال پدر، پرداخت می شود [و پدر حق ندارد پس از

بلوغ کودک به وی مراجعه کرده و مهریه‌ای را که پرداخته است از او بگیرد هر چند قصد رجوع نموده باشد مگر اینکه مصلحت کودک، پرداخت چنین مهریه‌ای را اقتضاء کند و این مسأله تابع قواعد عمومی می‌باشد بنابراین چنانچه پدر، فوت کند مهریه از اصل ترکه پرداخت می‌شود اعم از اینکه کودک به سن بلوغ رسیده و مال دار شده باشد یا قبل از بلوغ، بمیرد آنچه که گفته شد مربوط به حالتی است که پدر، مال دار باشد اما فقها به حالتی نپرداخته‌اند که پدر نیز مانند کودک، فاقد مال باشد و به نظر، در چنین حالتی مهریه به ذمه پدر تعلق می‌گیرد. و اگر کودک، مالک مالی باشد که برای پرداخت مقداری از مهریه کفایت می‌کند، همان مقدار از مهریه، از مال کودک پرداخت می‌شود و پرداخت بقیه مهریه برعهده پدر است و این دیدگاهی است که میان فقها، مشهور گردیده است و علامه حلی در کتاب تذکره، این دیدگاه را به «علمای ما» نسبت داده است و این عبارت [و چنین نسبت دادنی به صورت ضمنی] اشاره به اجماع فقها بر آن دارد [یعنی ایشان به صورت ضمنی گفته است که فقهای شیعه نسبت به این مسأله و حکمی که بیان شد، اجماع و اتفاق نظر دارد. البته روایات صحیح شرعی نیز همین حکم را بیان می‌کنند که اگر کودک مالی نداشت، مهریه از مال پدر پرداخت می‌شود. آنچه که گفته شد در صورتی است که عقد نکاح به صورت مطلق منعقد شود و در مورد پرداخت مهریه از مال کودک یا مال پدر یا هر دو، شرطی قرار داده نشده باشد و در نتیجه به حکم شرعی مراجعه شود اما حکم شرعی یعنی پرداخت مهریه از مال کودک در صورتی که مال دار باشد یا پرداخت مهریه از مال پدر، در صورتی که کودک، مالی نداشته باشد، یک حکم تکمیلی و غیرآمره است بنابراین طرفین عقد نکاح می‌توانند خلاف آن را شرط نمایند و به همین جهت] مرحوم علامه سپس می‌گوید که حکم به پرداخت مهریه از مال پدر در صورتی که کودک، مالی نداشته باشد در جایی اجرا می‌شود که ضمن عقد نکاح، شرط نشده باشد که مهریه را مطلقاً، کودک بپردازد [اعم از اینکه کودک، مالی داشته باشد یا مالی نداشته باشد] و یا شرط نشده باشد که مهریه را مطلقاً، پدر بپردازد [اعم از اینکه پدر یا کودک، مال داشته باشند یا مال نداشته باشند] و گرنه، در حالت اول [یعنی حالتی که شرط شده باشد، مهریه را کودک بپردازد] پرداخت مهریه برعهده کودک خواهد بود و در حالت دوم [یعنی حالتی که شرط شده باشد، مهریه را پدر

بپردازد] پرداخت مهریه برعهده پدر خواهد بود اعم از اینکه پدر یا کودک، مالدار باشند یا مالی نداشته باشند [زیرا طرفین می‌توانند در مورد مسؤول پرداخت مهریه با یکدیگر توافق کنند و این توافق مغایرتی با حکم امره شرعی ندارد و آنچه که شارع گفته است یک حکم تکمیلی و ارشادی و غیرآمره است.]

(وَلَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ فَطُلِقَ قَبْلَ الدُّخُولِ كَانَ النِّصْفُ الْمُسْتَعَادَ لِلْوَلَدِ لَا لِلْأَبِ، لِأَنَّ دَفْعَ الْأَبِ لَهُ كَالْهَيَّةِ لِلْإِبْنِ، وَمِلْكُ الْإِبْنِ لَهُ بِالطَّلَاقِ مِلْكٌ جَدِيدٌ، لَا إِطْطَالٌ لِمِلْكِ الْمَرْأَةِ السَّابِقِ لِيَرْجِعَ إِلَى مَالِكِهِ، وَكَذَا لَوْ طُلِقَ قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ الْأَبُ عَنْهُ، لِأَنَّ الْمَرْأَةَ مَلَكَتْهُ بِالْعَقْدِ وَ إِنْ لَمْ تَقْبِضْهُ، وَقَطَعَ فِي الْقَوَاعِدِ هُنَا بِسُقُوطِ النِّصْفِ عَنِ الْأَبِ، وَأَنَّ الْإِبْنَ لَا يَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ بِشَيْءٍ. وَالْفَرْقُ غَيْرُ وَاضِحٍ، وَلَوْ دَفَعَ الْأَبُ عَنِ الْوَلَدِ الْكَبِيرِ الْمَهْرَ تَبَرُّعًا، أَوْ عَنْ أَجْنَبِيٍّ ثُمَّ طُلِقَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَفِي عَوْدِ النِّصْفِ إِلَى الدَّافِعِ، أَوِ الزَّوْجِ قَوْلَانِ، مِنْ مِلْكِ الْمَرْأَةِ لَهُ كَالْأَوَّلِ فَيَرْجِعُ إِلَى الزَّوْجِ، وَمِنْ أَنَّ الْكَبِيرَ لَا يَمْلِكُ بَغْيَ أَخِيَارِهِ، وَإِنَّمَا أُسْقِطَ عَنْهُ الْحَقُّ، فَإِذَا سَقَطَ نِصْفُهُ رَجَعَ النِّصْفُ إِلَى الدَّافِعِ وَ اخْتَلَفَ كَلَامُ الْعُلَمَاءِ هُنَا فِي التَّذَكُّرَةِ قَطَعَ بِرُجُوعِهِ إِلَى الزَّوْجِ كَالصَّغِيرِ، وَفِي التَّخْرِيرِ قَوْيٌ عَدَمُهُ، وَاسْتَشْكَلَ فِي الْقَوَاعِدِ بَعْدَ حُكْمِهِ بِالْحَاقَةِ بِالصَّغِيرِ، وَالْأَقْوَى الْأَوَّلُ.

و اگر کودک به سن بلوغ برسد و قبل از نزدیکی، زوجه را طلاق بدهد نصف مهریه به زوج داده می‌شود و به پدر داده نمی‌شود زیرا پرداخت مهریه از سوی پدر مانند هبه برای فرزند است و مالک شدن فرزند نسبت به نصف مهریه که بواسطه طلاق صورت می‌گیرد، ملکیت جدیدی است نه اینکه ابطال مالکیت قبلی زوجه نسبت به مهریه باشد تا نصف آن به مالک آن برگردد. [البته این مسأله، قابل تأمل و خدشه است و به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل آن، اجماع فقها باشد و گر نه نسبت به علتی که گفته شد می‌توان خدشه وارد کرد زیرا همانگونه که بیان گردید، طلاق سبب نمی‌شود که مالکیت زوجه نسبت به نصف مهریه باطل شود و آن نصف به مالک قبلی یعنی پدر برگردد بلکه طلاق، مالکیت جدیدی را بوجود می‌آورد زمانی که نصف مهریه با طلاق، از ملکیت زوجه خارج گردید باید دید این نصف به ملکیت چه کسی درمی‌آید و در این زمینه باید به سراغ اصول و قواعد رفت؛ از نظر اصول، اصل بر آن است که داخل در ملکیت پدر نشود همانگونه که اصل بر آن است که داخل در ملکیت زوج نشود و این دو اصل باهم

تعارض می‌کنند و مرجّحی نیز وجود ندارد که یکی از این دو اصل را بر دیگری ترجیح دهد بنابراین نمی‌توان با قاطعیت گفت که نصف مهریه به ملک فرزند درمی‌آید آنگونه که شهید اول با قاطعیت گفته است و ظاهراً ایشان با تکیه بر روایات، چنین حکمی را بیان کرده است. [و همین حکم را دارد موردی که زوج، زوجه را طلاق بدهد قبل از آنکه پدر، مهریه را از جانب فرزندش به زوجه بپردازد [یعنی در اینجا هم پدر باید نصف مهریه را به زوجه بدهد و نصف دیگر را به فرزندش بدهد] زیرا زوجه با عقد نکاح، مالک مهریه می‌شود هر چند آن را قبض نکرده باشد [چرا که عقد نکاح یک عقد رضائی نیست تا قبض جزء ارکان و از شرایط صحّت آن باشد بلکه مالکیت با عقد نکاح، تحقق می‌یابد. اما مرحوم علامّه دیدگاهی برخلاف دیدگاه شهیدثانی دارد] و در کتاب «قواعد» به صورت قاطع گفته است که در صورت طلاق قبل از تحویل مهریه به زوجه، پرداخت نصف مهریه از ذمه پدر ساقط می‌شود [و فقط باید نصف مهریه را به زوجه بدهد زیرا پرداخت مهریه توسط پدر به منزله هبه مهریه به فرزند نیست بنابراین] فرزند، حق ندارد از پدرش مالی را مطالبه کند [و نصف مهریه را بگیرد. شهیدثانی نسبت به سخن علامّه که میان حالت پرداخت مهریه توسط پدر و عدم پرداخت آن، تفاوت قائل شده است، ایراد نموده و می‌فرماید: تفاوت [میان این دو حالت] روشن نیست [زیرا در هر دو صورت، پدر مهریه را تبرعاً برعهده گرفته است و قبض یا عدم قبض مالک، تأثیری ندارد تا ملاک تمایز میان این دو حالت باشد. آنچه که گفته شد مربوط به حالتی است که زوج، صغیر باشد اما] اگر پدر، مهریه را به صورت تبرعی از سوی فرزند کبیرش یا از سوی شخص بیگانه‌ای بپردازد و سپس زوج، زوجه را قبل از نزدیکی طلاق بدهد، در مورد اینکه نصف مهریه به پرداخت کننده برمی‌گردد یا به زوج، دو نظریه وجود دارد؛ [یک دیدگاه آن است که نصف مهریه به زوج برمی‌گردد] زیرا زوجه، مالک مهریه می‌شود مانند حالت اول [که پدر، مهریه را از سوی فرزند صغیرش می‌پرداخت و زوج پس از بلوغ و قبل از نزدیکی، زوجه را طلاق می‌داد. سپس در اینجا هم طلاق، مالکیت جدیدی را بوجود می‌آورد و این مالکیت، برای طلاق دهنده است و طلاق، ابطال کننده مالکیت زوجه نسبت به نصف مهریه نیست تا گفته شود که آن نصف به مالک قبلی آن یعنی پدر، برمی‌گردد. خلاصه اینکه زوجه با عقد نکاح، مالک تمامی مهریه می‌شود و

طلاق، مالکیت جدیدی نسبت به نصف مهریه بوجود می‌آورد و این مالکیت برای عامل طلاق یعنی زوج، برقرار می‌شود احتمال دیگر آن است که نصف مهریه به زوج بر نمی‌گردد [زیرا شخص کبیر به صورت غیراختیاری مالک نمی‌شود] برخلاف صغیر که اراده‌ای از خود ندارد و اراده‌ی وی همان اراده‌ی پدر است اما اگر گفته شود که نصف مهریه به زوج بر می‌گردد معنایش آن است که شخص کبیر به صورت غیراختیاری و بدون اراده، مالک نصف مهریه شده است حال آنکه این برخلاف فرض است [و فقط مهریه از وی ساقط شده است] یعنی پرداخت مهریه به صورت تبرّعی از سوی پدر، سبب سقوط مهریه از عهده‌ی زوج می‌شود [پس زمانی که نصف مهریه [بخاطر طلاق] ساقط شد، این نصف به پرداخت کننده بر می‌گردد. سخنان مرحوم علامه حلی در مورد پرداخت تبرّعی مهریه توسط پدر از سوی فرزند کبیر یا شخص بیگانه متفاوت است] و ایشان نظریه‌ی واحدی ارائه نکرده است زیرا [در کتاب «تذکره» به صورت قاطع گفته است که مهریه به زوج بر می‌گردد مانند حالتی که پدر، مهریه را از سوی فرزند صغیرش می‌پردازد. اما در کتاب «تحریر» نظریه‌ی عدم بازگشت نصف مهریه به زوج را تقویت نموده است و در کتاب «قواعد» پس از آنکه فرزند کبیر را مانند فرزند صغیر می‌داند نسبت به این حکم [و یکسان دانستن فرزند صغیر و کبیر] اشکال می‌کند.] شهیدثانی پس از بیان دیدگاهها، نظریه‌ی بازگشت نصف مهریه به زوج را ترجیح داده و می‌گوید: [و نظریه‌ی نخست، قوی‌تر است.

(الْعَاشِرَةُ: لَوْ اخْتَلَفَا فِي التَّسْمِيَةِ) فَأَدَّاهَا أَحَدُهُمَا وَادَّعَى الْآخَرَ التَّفْوِضَ (حَلَفَ الْمُتَكِرُّ لَهَا)، لِأَصَالَةِ عَدَمِهَا، فَيُبَيَّنُ مُقْتَضَى عَدَمِهَا، مِنَ الْمُتَنَعَةِ أَوْ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ غَيْرِهَا.

مسأله دهم - اگر زوجین نسبت به تعیین مهریه ضمن عقد نکاح با یکدیگر اختلاف پیدا کنند بدینگونه که یکی از آنها بگوید، مهریه ضمن عقد نکاح تعیین شده است و دیگری بگوید [مهریه ضمن عقد نکاح، تعیین نشده بلکه عقد نکاح به صورت] تفویض [یعنی مفوضه‌المهر] منعقد شده است، کسی که تعیین مهریه را انکار می‌کند باید سوگند یاد کند چون اصل بر عدم تعیین مهریه می‌باشد [و کسی که مطابق اصل سخن بگوید، منکر محسوب می‌شود و منکر باید قسم بخورد همانگونه که مدعی باید دلیل بیاورد. سپس وقتی مهرالمسمی ثابت نشد،] مقتضا و نتیجه‌ی عدم تعیین مهریه،

ثابت می‌شود [و نتیجه عدم تعیین مهریه، چند چیز است؛ یکی] **مهرالمتهه است** [در موردی که طلاق قبل از نزدیکی صورت گیرد، دیگری] **مهرالمثل است** [در موردی که طلاق بعد از نزدیکی انجام شود. و نیز ممکن است] **غیر از مهرالمتهه و مهرالمثل نیز ثابت شود** [و آن، مواردی است که مهریه‌ای به زوجه تعلق نمی‌گیرد یعنی مواردی که جدایی قبل از نزدیکی بموجب غیر طلاق صورت گیرد مانند اینکه عقد نکاح، فسخ شود یا یکی از زوجین بمیرند یا مرتد شوند با توجه به اختلاف نظرهایی که قبلاً بیان شد].

(وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْقَدْرِ قَدْ قَوْلُ الزَّوْجِ)، لِأَصَالَةِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الزَّائِدِ عَلَى مَا يَعْتَرِفُ بِهِ. وَ اخْتِمَالُ الْعَلَامَةِ فِي الْقَوَاعِدِ تَقْدِيمَ قَوْلِ مَنْ يَدَّعِي مَهْرَ الْمِثْلِ، عَمَلًا بِالظَّاهِرِ مِنْ عَدَمِ الْعَقْدِ عَلَى مَا دُونَهُ، وَأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي عَوَضِ الْوُطْءِ الْمُجَرَّدِ عَنْهُ كَالشُّبْهَةِ.

وَفِيهِ أَنَّ الْأَصْلَ مُقَدَّمٌ عَلَى الظَّاهِرِ عِنْدَ التَّعَارُضِ إِلَّا فِيمَا نَدَّرُ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَوَضًا عَنْ وَطْءٍ مُجَرَّدٍ عَنِ الْعَقْدِ، أَوْ فِي مَوَاضِعٍ خَاصَّةٍ، وَلَوْ كَانَ النِّزَاعُ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا اشْتِبَاهَ فِي تَقْدِيمِ قَوْلِهِ، وَلَوْ قِيلَ يَقْبُولُ قَوْلُهَا فِي مَهْرِ الْمِثْلِ فَمَا دُونَ مَعَ الدُّخُولِ، لَيَتَطَبَّقُ الْأَصْلُ وَالظَّاهِرُ عَلَيْهِ إِذَا أُصْلَ عَدَمُ التَّسْمِيَةِ وَهُوَ مُوجِبٌ لَهُ جَبْنٌ لَهْ جَبْنٌ، وَالظَّاهِرُ تَسْمِيَتُهُ، وَعَدَمُ قَبُولِهِ قَبْلَهُ لِأَصَالَةِ الْبَرَاءَةِ وَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ، كَانَ حَسَنًا. نَعَمْ لَوْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي الْقَدْرِ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى التَّسْمِيَةِ، قَدْ قَوْلُ الزَّوْجِ مُطْلَقًا، وَمِثْلُهُ مَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْمَهْرِ، أَوْ ادَّعَتْ الزَّوْجَةُ مَهْرًا وَلَمْ يُمَكِّنِ الْجَوَابُ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ أَوْ وَارِثِهِ، لِصِغَرِ أَوْ غَيْبَةِ وَ نَحْوِهِمَا.

اگر زوجین نسبت به مقدار مهریه با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، سخن زوج مقدم می‌شود زیرا اصل بر برائت از مقدار زیادی است که زوج، اقرار به آن دارد [بنابراین اگر زوج بگوید که مهریه، پنج میلیون تومان بوده و زوجه ادعا کند که مهریه، ده میلیون تومان بوده است، اصل برائت می‌گوید که ذمه زوج نسبت به مقدار بیشتر از پنج میلیون تومان، بری است] و علامه حلی در کتاب قواعد، احتمال داده است که سخن کسی پذیرفته می‌شود که ادعا می‌کند مقدار مهریه معادل مهرالمثل بوده است زیرا ظاهر آن است که عقد نکاح با مهریه‌ای کمتر از مهرالمثل [یا بیشتر از آن] منعقد نشود [و کسی که مطابق ظاهر سخن بگوید، منکر به حساب می‌آید. دلیل دیگر برای مقدم شدن سخن کسی که به مقدار مهرالمثل، ادعا می‌کند آن است که] اصل در عوض نزدیکی که بدون مهریه صورت می‌گیرد، مهرالمثل است مانند نزدیکی با شبهه [یعنی هرگاه نزدیکی انجام شود

و عوضی برای آن تعیین نشده باشد اصل بر آن است که مهرالمثل بر زن پرداخت شود مانند اینکه نزدیکی همراه با شبهه انجام شود. البته ممکن است در مواردی هر دو، مخالف مهرالمثل را ادعا کنند مثلاً مرد، مقدار کمتر را وزن، مقدار بیشتر را ادعا کند. در چنین مورد هر دو باید سوگند یاد کنند و مهرالمثل پرداخت می شود. همچنین چنانچه هر دو، مهریه های مختلفی را ادعا کنند که بیشتر از مهرالمثل باشد احتمال می رود که سخن زوج، مقدم شود و اگر هر دو، مهریه های مختلفی را ادعا کنند که کمتر از مهرالمثل باشد احتمال می رود که سخن زن، مقدم شود. به هر حال شهیدثانی، نظریه علامه را نمی پذیرد و می گوید: [و اشکال سخن علامه، آن است که اصل [یعنی اصل برائت ذمه زوج نسبت به مقدار بیشتر] هرگاه با ظاهر تعارض پیدا کند، بر ظاهر مقدم می شود مگر در مواردی نادر] که ظاهر بر اصل مقدم می شود بنابراین سخن علامه مبنی بر تقدم ظاهر بر اصل را قبول نداریم و در مورد دلیل دیگر ایشان مبنی بر اینکه اصل در عوض نزدیکی، مهرالمثل می باشد نیز مردود می باشد زیرا [مهرالمثل، عوض از نزدیکی است که بدون عقد نکاح صورت می گیرد و یا [اگر هم برای نزدیکی همراه با عقد نکاح باشد] در موارد خاصی، مهرالمثل پرداخت می شود] مانند اینکه مهریه ضمن عقد تعیین نشده باشد یا مهرالمسمی باطل شود یا بخاطر خیار، فسخ شود بنابراین هر دو دلیل علامه، مخدوش می باشد. آنگاه شهیدثانی می فرماید: [و اگر اختلاف زوجین قبل از نزدیکی باشد تردیدی نیست که سخن زوج مقدم می شود] زیرا اصل برائت، سخن وی را تأیید می کند و روایت صحیح نیز در این زمینه وجود دارد. اما هرگاه اختلاف زوجین، پس از نزدیکی باشد] بهتر است گفته شود که سخن زن نسبت به مهرالمثل یا کمتر از آن، پذیرفته می شود زیرا اصل و ظاهر مطابق با مهرالمثل است چرا که اصل بر عدم تعیین مهریه می باشد و نزدیکی هم در چنین حالتی [که مهریه تعیین نشده است] مهرالمثل را ثابت می کند و ظاهر نیز اقتضا می کند که مهرالمثل تعیین شود. [بنابراین سخن زن که ادعای مهرالمثل یا کمتر را می نماید مطابق اصل و ظاهر است و بهتر است در صورتی که اختلاف آنها بعد از نزدیکی باشد، سخن زن را بر سخن مرد مقدم نمایم. اما اگر اختلاف آنها قبل از نزدیکی باشد بهتر است گفته شود: [سخن زوجه قبل از نزدیکی پذیرفته نمی شود زیرا اصل برائت] اقتضا می کند که ذمه شوهر نسبت به مقدار زاید، بری باشد و اصل هم بر آن است که [مهریه در عقد، ذکر نشده باشد]. خلاصه اینکه شهید اول مطلقاً

سخن زوج را در صورت اختلاف در مقدار مهریه، مقدم می‌داند و مرحوم علامه، سخن کسی را مقدم می‌داند که ادّعی‌المهرالمثل را دارد اما شهیدثانی میان اختلاف قبل از نزدیکی و بعد از نزدیکی، تفکیک نموده و در مورد ادّعی‌زن نسبت به مهرالمثل نیز میان حالت نزدیکی و عدم نزدیکی، تفکیک نموده است. [بله اگر اختلاف زوجین در مورد مقدار مهریه بعد از آن باشد که نسبت به تعیین مهریه اتفاق نظر پیدا کرده‌اند، سخن زوج مقدم می‌شود اعم از اینکه اختلاف آنها قبل از نزدیکی یا بعد از نزدیکی باشد. و مانند همین مورد است موردی که زوجین نسبت به اصل مهریه با یکدیگر اختلاف داشته باشند] یعنی زوجه ادّعا کند که مستحق مهریه است اما زوج ادّعا کند که زوجه، مستحق مهریه نیست. پس اینجا هم مانند موردی است که در اصل تعیین مهریه باهم اتفاق نظر دارند اما در مقدار آن با یکدیگر اختلاف دارند که سخن زوج مقدم می‌شود. و نیز همین حکم را دارد، جایی که [زوجه ادّعی‌مهریه می‌کند اما برای زوج یا وارث وی بخاطر صغیر بودن یا غایب بودن آنها و مسائلی نظیر آن [مانند فوت یا جنون یا حبس] امکان پاسخگویی وجود ندارد. [در اینجا هم سخن زوج پذیرفته می‌شود. البته یک دیدگاه هم آن است که شهیدثانی، دو مورد اخیر را با مورد اختلاف زوجین در مقدار مهریه و اتفاق آنها در تعیین مهریه، تشبیه نکرده است تا سخن زوج مقدم شود بلکه با صورت قبل از آن تشبیه کرده است که میان حالت اختلاف قبل از نزدیکی و بعد از نزدیکی تفکیک می‌شود زیرا در حالت آخر که امکان پاسخگویی برای زوج وجود ندارد نمی‌توان سخن وی را مقدم دانست.]

(وَكَذَا) لَوْ اخْتَلَفَا (فِي الصِّفَةِ) كَالْجَيْدِ وَالرَّدِيِّ، وَالصَّحِيحِ، وَالْمُكَسَّرِ، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ الْيَمِينِ، سَوَاءٌ كَانَ النَّزَاعُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَمْ بَعْدَهُ، وَسَوَاءٌ أَفَقَّ أَحَدُهُمَا مَهْرَ الْمَثَلِ أَمْ لَا، لِأَنَّهُ الْغَارِمُ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ كَمَا يُقْبَلُ فِي الْقَدْرِ.

همچنین اگر زوجین نسبت به صفت مانند خوب یا بد بودن و صحیح یا شکسته بودن مهریه با یکدیگر اختلاف پیدا کنند سخن زوج همراه با سوگند وی پذیرفته می‌شود اعم از اینکه اختلاف آنان، قبل از نزدیکی یا پس از آن باشد و اعم از اینکه ادّعی‌یکی از زوجین، به اندازه مهرالمثل باشد یا مخالف آن باشد [و علت پذیرفته شدن سخن زوج] بخاطر آن است که زوج، بدهکار است بنابراین سخن وی در مورد صفت مهریه [که موضوع بدهی است] پذیرفته می‌شود همانگونه که در صورت

اختلاف زوجین پیرامون مقدار مهریه، سخن زوج پذیرفته می‌شود [یعنی کسی که بدهکار است مشخص می‌کند، بدهی او چقدر است و موضوع بدهی دارای چه صفتی است زیرا اصل بر آن است که ذمه شوهر نسبت به صفت مرغوب‌تر و اضافه‌تر، بری می‌باشد مثلاً گندمی که بعنوان مهریه تعیین شده است از جنس مرغوب می‌باشد یا نامرغوب؛ یا سکه‌ای که تعیین شده است سکه صحیح و سالم می‌باشد یا سکه‌ای که شکستگی دارد و معیوب است گفته شده است که در صورت اختلاف زوجین نسبت به حال بودن یا مدت دار بودن مهریه و نیز اختلاف در مدت دین مؤجل، سخن زوج پذیرفته می‌شود.]

(وَفِي التَّسْلِيمِ يُقَدَّمُ قَوْلُهَا)، لِأَصَالَةِ عَدَمِهِ وَاسْتِصْحَابِ اشْتِغَالِ ذِمَّتِهِ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ. وَفِي قَوْلِ الشَّيْخِ أَنَّهُ بَعْدَ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا يُقَدَّمُ قَوْلُهُ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةٍ، وَهُوَ شَاذٌ.

و اگر زوجین در مورد تسلیم مهریه با یکدیگر اختلاف پیدا کنند [بدین صورت که زوج ادعا کند مهریه را پرداخته است اما زوجه ادعای عدم پرداخت آن را بنماید، سخن زوجه مقدم می‌شود زیرا اصل بر عدم پرداخت و تسلیم مهریه است و مشغول بودن ذمه شوهر نسبت به مهریه، استصحاب می‌شود [یعنی ذمه شوهر به محض انعقاد عقد نکاح، نسبت به مهریه مشغول می‌شود و در زمان‌های بعدی چنانچه در مورد مشغول بودن یا بری شدن ذمه زوج، تردید بوجود آید باید مشغول بودن قبلی را که با عقد نکاح بوجود آمده است استصحاب کرد.] و مقدم شدن سخن زوج، نظر مشهور فقهاست اما مرحوم شیخ طوسی گفته است بعد از اینکه [زوجه از شوهرش تمکین کرد] و خود را تسلیم وی نمود، سخن زوج مقدم می‌شود و استناد ایشان به روایتی است که شاذ و نادر است [التهدیب، ج، ص ۳۷۶]

(وَفِي الْمَوَاقَعَةِ لَوْ أَنْكَرَهَا) لَيَنْدَفِعَ عَنْهُ نِصْفُ الْمَهْرِ بِالطَّلَاقِ (يُقَدَّمُ قَوْلُهُ)، لِأَصَالَةِ عَدَمِهَا (وَقِيلَ: قَوْلُهَا مَعَ الْخُلُوعِ التَّامَّةِ) الَّتِي لَا مَانِعَ مَعَهَا عَنِ الْوُطْءِ شَرْعًا، وَلَا عَقْلًا وَلَا عُرْفًا. (وَهُوَ قَرِيبٌ) عَمَلًا بِالظَّاهِرِ مِنْ خَالِ الصَّحِيحِ إِذَا خَلَا بِالْحَبْلِيلَةِ، وَلِلْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى وَجُوبِ الْمَهْرِ بِالْخُلُوعِ التَّامَّةِ بِحَمْلِهَا عَلَى كَوْنِهِ دَخَلَ بِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ. وَالْأَشْهُرُ الْأَوَّلُ تَرْجِيحًا لِلْأَصْلِ. وَحُكْمُ اخْتِلَافٍ وَرَثَتَهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا مَعَ الْآخَرِ، حُكْمُهُ.

و اگر زوجین پیرامون نزدیکی با یکدیگر اختلاف نمایند بگونه‌ای که زوج، نزدیکی را انکار نماید تا پس از طلاق، نصف مهریه را از خود دور سازد [و فقط نصف

مهریه را بپردازد و متقابلاً زوجه، مدعی نزدیکی باشد تا تمام مهریه را دریافت کند [سخن زوج، مقدم می‌شود زیرا اصل بر عدم تحقق نزدیکی است و یک دیدگاه آن است که چنانچه خلوت کامل [میان زن و شوهر] صورت گرفته باشد یعنی خلوتی که از نظر شرعی و عقلی و عرفی بتوان در آن خلوت، نزدیکی نمود در این صورت سخن زوجه پذیرفته می‌شود و این نظریه، نزدیک به واقع است] [و اگر این نظریه را بپذیریم] عمل به ظاهر حال شخص صحیح و سالمی نموده‌ایم که با زوجه حلال خود، خلوت می‌کند [یعنی ظاهر آن است که هرگاه مردی سالم با زوجه خود خلوت نماید، با او نزدیکی می‌کند بنابراین سخن زوجه که ادعای وقوع نزدیکی را دارد مطابق با ظاهر می‌باشد. همچنین اگر این نظریه را بپذیریم به روایات هم عمل کرده‌ایم زیرا] روایاتی وجود دارد که دلالت بر وجوب مهریه، در صورت خلوت کامل می‌نماید و این روایات براساس شهادت ظاهر بر صورتی حمل می‌شوند که نزدیکی صورت گرفته باشد. [یعنی روایاتی وجود دارد که حکم به وجوب پرداخت تمامی مهریه در صورت خلوت زوجین نموده‌اند اما باید گفت که منظور روایات، حالتی است که نزدیکی صورت گرفته باشد و علت حمل روایات بر این حالت آن است که خلوت نمودن زوجین، ظهور در نزدیکی دارد بنابراین ظاهر نیز مؤید حمل روایات بر حالت نزدیکی است. شهیدثانی برخلاف شهید اول، دیدگاه نخست را ترجیح می‌رود که همان پذیرش سخن زوج می‌باشد و می‌گوید: [و دیدگاه اول، مشهورتر است و بخاطر اصل [عدم نزدیکی، بر نظریه دوم] ترجیح داده می‌شود. [شهید اول و شهیدثانی در اینجا هم مانند بسیاری موارد، پیرامون تقدم اصل بر ظاهر یا تقدم ظاهر بر اصل در صورتی که اصل و ظاهر باهم تعارض نمایند، اختلاف نظر دارند و شهید اول، ظاهر را بر اصل مقدم می‌داند در حالیکه شهیدثانی، اصل را بر ظاهر مقدم دانسته است.]] و حکم اختلاف ورثه زوجین یا حکم اختلاف ورثه یکی از آنها با دیگری مانند حکم اختلاف خود زوجین است [اعم از اینکه اختلاف در صفت مهریه، تسلیم مهریه، وقوع نزدیکی و ... باشد مانند اینکه ورثه زوجه ادعا کنند که نزدیکی صورت گرفته است اما ورثه زوج ادعا کنند که نزدیکی صورت نگرفته است یا زوجه ادعا کند که مهریه به وی پرداخت نشده است اما ورثه زوج ادعا کنند که مهریه پرداخت شده است و ... تمامی احکامی که در مورد اختلاف زوجین گفته شد، در مورد اختلاف ورثه آنها نیز اجرا می‌شود.]

الفصل السابع: في العيوب والتدليس

(وَهِيَ) أَي الْعُيُوبُ الْمُجَوِّزَةُ لِفَسْخِ النِّكَاحِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَأْتِي، (فِي الرَّجُلِ) بَلِ الزَّوْجِ مُطْلَقاً (خَمْسَةٌ: الْجُنُونُ وَالْخِصَاءُ) بِكَسْرِ الْخَاءِ مَعَ الْمَدِّ، وَهُوَ سَلُّ الْأُنْثِيَيْنِ وَإِنْ أُمَكَّنَ الْوُطْءُ (وَالْجَبُّ) وَهُوَ قَطْعُ مَجْمُوعِ الذَّكَرِ، أَوْ مَا لَا يَبْقَى مَعَهُ قَدْرُ الْحَشْفَةِ، (وَالْعَنُ) وَهُوَ مَرَضٌ يَعْجِزُ مَعَهُ عَنِ الْإِيلَاجِ، لِضَعْفِ الذَّكَرِ عَنِ الْإِنْتِشَارِ،

فصل هفتم: عيوب و تدليس

عیوبی که چنانچه در مرد بلکه در هر زوجی [هر چند صغیر باشد] وجود داشته باشد بگونه‌ای که بیان خواهد شد مجوز فسخ نکاح را فراهم می‌سازد، پنج عیب است: جنون، خصاء که با کسره حرف «خاء» و کشیدن حرف «الف» خوانده می‌شود و به معنای کشیده شدن بیضه‌هاست هر چند امکان نزدیکی وجود داشته باشد؛ جب که به معنای قطع شدن تمام آلت تناسلی یا مقداری از آن است که به اندازه حشفه باقی نماند؛ عن، بیماری است که امکان دخول با آن وجود ندارد زیرا آلت تناسلی نمی‌تواند انتشار پیدا کند؛ جذام که با ضمه حرف «جیم» خوانده می‌شود بیماری است که سبب خشک شدن اعضای بدن و ریختن گوشت می‌شود و به اعتقاد قاضی ابن برّاج و ابن جنید، حق فسخ می‌آورد و علامه در کتاب مختلف، این نظریه را نیکو دانسته و محقق حلّی آن را تقویت کرده است زیرا روایت صحیح حلبی از امام صادق (ع) که می‌فرماید: «عقد نکاح را برص و جذام و جنون و عقل باطل می‌کند» روایتی عام است که شامل زن و مرد می‌شود مگر برخی عیوب که با دلیل خاص از عموم این روایت خارج می‌شوند و موجب فسخ نیستند [و دلیل دیگر برای اینکه جزام سبب بوجود آمدن حق فسخ می‌شود] اینکه جزام منجر به ضرری می‌شود که در شرع،

نفی شده است زیرا جزام جزء بیماری‌هایی است که به اعتقاد همه پزشکان، واگیردار است و از پیامبر (ص) روایت شده است که فرمود: «از شخص جذامی فرار کن همانگونه که از شیر فرار می‌کنی» بنابراین باید راهی برای خلاصی و فرار زن وجود داشته باشد و هیچ راهی جز خیار فسخ برای وی وجود ندارد [برخلاف مرد که می‌تواند طلاق بدهد]. و [دلیل دیگر اینکه] روایت و فتوای فقها اقتضا می‌کند که جذام در مرد به طریق اول حق فسخ بیاورد زیرا براساس روایات و فتوای فقها، جذام در زن، عیب موجب فسخ نکاح است [یعنی مرد می‌تواند نکاح با همسر جذامی خود را فسخ نماید] در حالیکه راه طلاق برای جدا شدن از همسر برای مرد وجود دارد [پس زن که راهی جز فسخ نکاح ندارد به طریق اولی می‌تواند نکاح با شوهر جذامی خود را فسخ نماید]. اما اکثر فقها گفته‌اند که زن نمی‌تواند بخاطر جذام مرد، عقد نکاح را فسخ کند زیرا اصل بر عدم حق فسخ است و روایت غیاث ضبّی از امام صادق (ع) نیز بیانگر آن است که: «عیب در مرد موجب فسخ نکاح نمی‌شود» پس اطلاق این روایت شامل محل بحث ما [که جذام است] نیز می‌شود [و مواردی که زن حق فسخ پیدا می‌کند به صورت خاص بیان شده است]. مخفی نماند که نظریه اول [یعنی حق فسخ نکاح توسط زن]، قوی‌تر است و روایت مستند آن نیز برتری دارد زیرا صحیح و مشهور می‌باشد مضافاً بر اینکه روایات دیگری در تأیید آن وجود دارد و این روایت، حکم اصل را از بین می‌برد [زیرا اصل تا وقتی دلیل دارد که دلیلی در مقابل آن نباشد]. بدان کسانی که جذام در مرد را، عیب در مرد می‌دانند [که برای زن حق فسخ می‌آورد] برص را نیز به جذام الحاق کرده‌اند [یعنی برص نیز حق فسخ می‌آورد. برص به سفیدی یا سیاهی‌هایی گفته می‌شود که بر روی پوست بدن ظاهر می‌شود] زیرا برص نیز در روایت صحیحی [که مستند جذام بود]، آمده است و از نظر بوجود آوردن ضرر و ستم مانند جذام است بنابراین شایسته بود که مصنف، برص را نیز همراه با جذام بیان می‌کرد. [فلسفه‌ای که برای سببیت برخی بیماری‌ها برای حق فسخ بیان شده است اقتضا می‌کند که بیماری‌ها منحصر در بیماری‌های خاصی نباشد بلکه هر بیماری که موجب ضرر طرف مقابل گردیده و تحمّل آن غیرممکن یا سخت باشد، باید حق فسخ را بوجود آورد بویژه در مورد زنان که راه دیگری برای رهایی از این وضعیت نامطلوب ندارند بنابراین روایات

شرعی، اشاره به بیماری‌هایی نموده‌اند که در آن زمان متداول بوده و شناخته شده بودند.]

(وَالْجُذَامُ بِضَمِّ الْهَيْمِ وَهُوَ مَرَضٌ يَظْهَرُ مَعَهُ يُبْسُ الْأَعْضَاءِ وَ تَنَاضُرُ اللَّحْمِ عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي وَ ابْنِ الْجَنِيدِ، وَ اسْتَحْسَنَهُ فِي الْمُخْتَلَفِ وَ قَوَاهُ الْمُحَقِّقُ الشَّيْخُ عَلِيُّ، لِعُمُومِ قَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي صَحِيحَةِ الْحَلِيِّ: «إِنَّمَا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ، وَالْجُذَامِ، وَالْجُنُونِ وَ الْعَقْلِ» فَإِنَّهُ عَامٌّ فِي الرَّجُلِ وَ الْمَرْأَةِ، إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ، وَ لِأَدَائِهِ إِلَى الضَّرَرِ الْمُتَنَفِّيِّ، فَإِنَّهُ مِنَ الْأَمْرَاضِ الْمُعْدِيَةِ بِاتِّفَاقِ الْأَطْبَاءِ، وَ قَدْ رُوِيَ أَنَّهُ قَالَ: «فَرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فِرَارَكَ مِنَ الْأَسَدِ» فَلَا هَدَّ مِنْ طَرِيقٍ إِلَى التَّخَلُّصِ، وَ لَا طَرِيقَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا الْخِيَارُ، وَ النَّصُّ وَ الْفَتْوَى الدَّلَالَانِ عَلَى كَوْنِهِ عَيْنًا فِي الْمَرْأَةِ - مَعَ وُجُودِ وَسِيلَةِ الرَّجُلِ إِلَى الْفُرْقَةِ بِالطَّلَاقِ - قَدْ يَقْتَضِيهِ فِي الرَّجُلِ بِطَرِيقِ أَوَّلَى.

وَ ذَهَبَ الْأَكْثَرُ إِلَى عَدَمِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا بِهِ، تَمَسُّكَاً بِالْأَصْلِ وَ لِرِوَايَةِ غِيَاثِ الضَّبِّيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الرَّجُلُ لَا يُرَدُّ مِنْ عَيْبٍ» فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ مَحَلَّ النِّزَاجِ. وَ لَا يَخْفَى قُوَّةُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَ رُجْحَانُ رِوَايَتِهِ، لِصِحَّتِهَا وَ شُهْرَتِهَا مَعَ مَا ضَمَّ إِلَيْهَا، وَ هِيَ نَاقِلَةٌ عَنْ حُكْمِ الْأَصْلِ.

وَ اعْلَمْ أَنَّ الْقَائِلَ بِكَوْنِهِ عَيْنًا فِي الرَّجُلِ الْحَقَّ بِهِ الْبَرَصُ، لِوُجُودِهِ مَعَهُ فِي النَّصِّ الصَّحِيحِ، وَ مُشَارَكَتِهِ لَهُ فِي الضَّرَرِ وَ الْأَضْرَارِ وَ الْعَدْوَى فَكَانَ يَنْبَغِي ذِكْرُهُ مَعَهُ. (وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْجُنُونِ الْمُطْبِقِ) الْمُسْتَوْعِبِ لِجَمِيعِ أَوْقَاتِهِ (وَ غَيْرِهِ) وَ هُوَ الَّذِي يُتَوَبُّ أَدْوَاراً (وَ لَا بَيْنَ) الْخَاصِّ (قَبْلَ الْعَقْدِ وَ بَعْدَهُ) سَوَاءً (وَ طِيءَ أَوْ لَا) لِإِطْلَاقِ النَّصِّ بِكَوْنِهِ عَيْنًا، الصَّادِقِ لِجَمِيعِ مَا ذُكِرَ، لِأَنَّ الْجُنُونَ فُتُونٌ، وَ الْجَامِعُ لَهَا فَسَادُ الْعَقْلِ عَلَى أَيِّ وَجْهِ كَانَ. وَ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ تَضَرُّعٌ بِجَوَازِ فَسْخِهَا بِالْحَادِثِ مِنْهُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَ قِيلَ: يُشْتَرَطُ فِيهِ كَوْنُهُ بِحَيْثُ لَا يَعْقِلُ أَوْقَاتَ الصَّلَاةِ، وَ لَيْسَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ وَاضِحٌ.

[جنون یکی از بیماری‌هایی است که موجب حق فسخ می‌شود] و تفاوتی میان جنون مطبق یعنی جنونی که همواره وجود دارد و جنون غیرمطبق، وجود ندارد و جنون غیرمطبق به جنونی گفته می‌شود که در پاره‌ای اوقات عارض می‌شود [و دائماً وجود ندارد] همچنین تفاوتی نمی‌کند که جنون، قبل از عقد بوجود آمده باشد یا پس از عقد عارض گردد و نیز فرقی ندارد که نزدیکی انجام شده باشد یا انجام نشده باشد

زیرا روایت مستند آن، جنون را به صورت مطلق بیان کرده است و شامل همه مواردی که بیان شد، می‌گردد و جنون یک حالت است و قد مشترک جنون، آن است که عقل فاسد گردد و تفاوتی نمی‌کند که این فساد به چه شکلی حاصل شده باشد. اما در برخی روایات آمده است که فسخ نکاح بخاطر جنون در صورتی امکان دارد که بعد از عقد بوجود آمده باشد [زیرا اگر زوج در زمان عقد، مجنون باشد عقد اساساً باطل است و حق فسخ فقط در عقد صحیح بوجود می‌آید]. گفته شده است جنونی که حق فسخ می‌آورد باید بگونه‌ای باشد که شخص مجنون، اوقات نماز را تشخیص ندهد اما دلیل روشنی برای این نظریه وجود ندارد [زیرا جنون فاقد معنای شرعی است بلکه باید به معنای عرفی آن مراجعه کرد و تشخیص آن برعهده کارشناس و متخصص می‌باشد].

(وَفِي مَعْنَى الْخِصَاءِ الْوَجَاءُ) بِكَسْرِ أَوَّلِهِ وَالْمَدِّ، وَهُوَ الْخُصْيَتَيْنِ بِحَيْثُ تَبْطُلُ قُوَّتُهُمَا، بَلْ قِيلَ: إِنَّهُ مِنْ أَفْرَادِ الْخِصَاءِ فَيَتَنَاوَلُهُ نَفْسُهُ، أَوْ يُشَارِكُهُ فِي الْعِلَةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْحُكْمِ. «وجاء» که با کسره حرف «واو» و کشیدن حرف «الف» قرائت می‌شود، در حکم خصاء است و وجاء به کوبیده شدن بیضه‌ها گفته می‌شود بگونه‌ای که نیرو و توان بیضه‌ها از بین می‌رود [بنابراین چنانچه این حالت قبل از عقد نکاح در مرد وجود داشته باشد و زن، آن را نداند حق فسخ پیدا می‌کند زیرا روایات صحیحی در این زمینه وجود دارد (وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۱۳ از ابواب عیوب و تدلیس، حدیث ۱ و ۳ و ۷) و ضرر نیز که فلسفه خیار فسخ می‌باشد در اینجا وجود دارد. اما برخی از فقها مانند شیخ طوسی در کتاب صبوط و خلاف گفته‌اند که این عیب، حق فسخ بوجود نمی‌آورد زیرا مرد می‌تواند دخول کند و عدم انزال، عیب محسوب نمی‌شود بلکه عدم دخول، عیب است اما مشهور اعتقاد دارند که وجاء از این جهت حق فسخ می‌آورد که همراه با تدلیس است]. گفته شده است که وجاء یکی از مصادیق و نمونه‌های خصاء است بنابراین روایتی که خصاء را بعنوان عیب بیان می‌کند شامل «وجاء» نیز خواهد بود و علتی که برای پیدایش حق فسخ بخاطر خصاء وجود دارد، در مورد «وجاء» نیز وجود دارد [که همان فقدان تولید مثل است یعنی در هر دو صورت، امکان تولید مثل وجود ندارد. خصاء و وجاء در صورتی حق فسخ را در پی دارند که قبل از عقد نکاح وجود داشته باشند چون تدلیس فقط در این صورت محقق می‌شود].

(وَشَرَطُ الْجَبِّ أَنْ لَا يَبْقَى قَدْرُ الْحَشْفَةِ) فَلَوْ بَقِيَ قَدْرُهَا فَلَا خِيَارَ لِامْكَانِ الْوُطْءِ
جَبِّئِدْ.

جَبِّ در صورتی حق فسخ را بوجود می آورد که از آلت تناسلی، به اندازه حشفه باقی نمانده باشد بنابراین اگر به اندازه حشفه باقی مانده باشد، موجب حق فسخ نمی شود زیرا امکان نزدیکی در چنین حالتی وجود دارد. [جَبِّ نیز در صورتی حق فسخ بوجود می آورد که قبل از عقد نکاح وجود داشته باشد هر چند برخی از فقها مانند ابن ادریس و علامه حلی در کتاب ارشاد و تحریر و شیخ طوسی در کتاب خلاف آن را موجب حق فسخ می دانند حتی اگر بعد از عقد نکاح بوجود آید و فقها در مورد امکان تحقق حق فسخ بخاطر بریدگی آلت تناسلی به تردید افتاده اند. عده ای، آن را موجب حق فسخ نمی دانند زیرا در موارد خلاف نص باید به قدر متیقن عمل کرد و عده ای آن را با خصاء و عنن مقایسه کرده و موجب حق فسخ می دانند بویژه که تدلیس در اینجا صدق می کند. عده ای هم حق فسخ را در صورتی محقق می دانند که قبل از نزدیکی بوجود آمده باشد.]

(وَشَرَطُ الْعُنَّةِ بِالْضَّمِّ (أَنْ يَعْجَزَ عَنِ الْوُطْءِ فِي الْقُبْلِ وَ الدُّبْرِ مِنْهَا وَمِنْ غَيْرِهَا) فَلَوْ وَطَّئَهَا فِي ذَلِكَ النِّكَاحِ وَلَوْ مَرَّةً، أَوْ وَطَّيَ غَيْرَهَا فَلَيْسَ بِعَيْنٍ وَ كَذَا لَوْ عَجَزَ عَنِ الْوُطْءِ قُبْلًا وَقَدَّرَ عَلَيْهِ دُبْرًا عِنْدَ مَنْ يُجَوِّزُهُ لِتَحَقُّقِ الْقُدْرَةِ الْمُنَافِيَةِ لِلْعُنَّةِ. وَمَعَ تَحَقُّقِ الْعَجْزِ عَنْ ذَلِكَ أَجْمَعَ فَإِنَّمَا تَفْسَخُ (بَعْدَ رَفْعِ أَمْرِهَا إِلَى الْحَاكِمِ وَ إِنْظَارِهِ سَنَةً) مِنْ حِينَ الْمُرَافَعَةِ، فَإِذَا مَضَتْ أَجْمَعٌ وَ هُوَ عَاجِزٌ عَنِ الْوُطْءِ فِي الْفُضُولِ الْأَرْبَعَةِ جَازَ لَهَا الْفَسْخُ جَبِّئِدْ، وَلَوْ لَمْ تَرْفَعْ أَمْرُهَا إِلَيْهِ وَإِنْ كَانَ حَيَاءً فَلَا خِيَارَ لَهَا.

وَ إِنَّمَا احْتِجَّ إِلَى مُضِيِّ السَّنَةِ هُنَا، دُونَ غَيْرِهِ مِنَ الْعُيُوبِ، لِجَوَازِ كَوْنِ تَعَدُّرِ الْجَمَاعِ لِغَارِضِ حَرَارَةِ فَيَزُولُ فِي الشَّئَاءِ، أَوْ بُرُودَةِ فَيَزُولُ فِي الصَّيْفِ، أَوْ رُطُوبَةِ فَيَزُولُ فِي الْحَرِّيفِ، أَوْ يُبْوسَةِ فَيَزُولُ فِي الرَّبِيعِ.

شرط تحقق حق فسخ بخاطر عُنَّة آن است که شخص عنین نتواند با همسر خود یا زن دیگری از جلو و عقب، نزدیکی کند بنابراین اگر مرد با همسر خود در آن نکاح هر چند برای یک مرتبه نزدیکی کرده باشد یا با زن دیگری نزدیکی کرده باشد، عنین محسوب نمی شود [مرحوم مفید گفته است که اگر مرد نتواند با همسر خود نزدیکی کند

عنین محسوب می شود هر چند بتواند با زن دیگری نزدیکی کند. اطلاق کلام فقها شامل شخصی هم می شود که ابتدا سالم بوده و نزدیکی می کند اما پس از آن عاجز از نزدیکی می شود پس در این صورت نیز زن، حق فسخ خواهد داشت. [همچنین اگر مرد نتواند از جلو نزدیکی کند اما بتواند براساس نظر کسانی که نزدیکی از عقب را جایز می دانند، از عقب نزدیکی نماید [عنین محسوب نمی شود] زیرا قدرت بر نزدیکی در اینجا وجود دارد و چنین قدرتی با عَنَّة منافات دارد [زیرا عَنَّة صفت شخصی است که قدرت بر نزدیکی کردن ندارد. به اعتقاد کسانی که نزدیکی از عقب را جایز نمی دانند قدرت بر نزدیکی از عقب، شخص را از عنین بودن خارج نمی کند زیرا شخصی که نتواند از جلو نزدیکی کند، حالت نزدیکی کردن را محقق نمی سازد زیرا فقط نزدیکی از جلو، اعتبار دارد. گفته شده است که چنانچه عَنَّة بعد از عقد نکاح نیز عارض شود موجب حق فسخ می شود مشروط بر اینکه نزدیکی هر چند برای یک مرتبه با زوجه یا زن دیگری صورت نگرفته باشد. [زمانی که مرد نتواند در همه مواردی که بیان گردید، نزدیکی کند در صورتی حق فسخ پیدا می کند که موضوع خود را نزد حاکم مطرح کند و حاکم، یک سال از زمان طرح دعوا به وی مهلت بدهد پس اگر یک سال کامل سپری شود و مرد نتواند در چهار فصل سال نزدیکی کند زن در این صورت حق فسخ پیدا می کند بنابراین اگر زن، موضوع خود را نزد حاکم مطرح نکرده باشد هر چند بخاطر حیاء و خجالت کشیدن باشد، حق فسخ پیدا نمی کند و علت اینکه حق فسخ در عَنَّة نیاز به گذشتن یک سال دارد اما بقیه عیوب چنین شرطی ندارند آن است که امکان دارد عدم امکان نزدیکی بخاطر گرمی هوا باشد که این مانع در زمستان برطرف می شود یا بخاطر سردی هوا باشد که در تابستان برطرف می شود یا بخاطر رطوبت هوا باشد که در پائیز برطرف می گردد یا بخاطر خشکی هوا باشد که در بهار از بین می رود.

(وَشَرَطُ الْجُذَامِ تَحَقُّقُهُ بِظُهُورِهِ عَلَى الْبَدَنِ، أَوْ بِشَهَادَةِ عَدَلَيْنِ، أَوْ تَصَادُقِهِمَا عَلَيْهِ، لَا مُجَرَّدَ ظُهُورِ أَمَارَاتِهِ، مِنْ تَعَجُّرِ الْوَجْهِ وَ احْمِرَارِهِ، أَوْ اسْوَدَادِهِ، وَ اسْتِذَازَةِ السَّعِينِ وَ كُمُودَتِهَا إِلَى حُمْرَةٍ، وَ ضَيْقِ النَّفْسِ، وَ بُحَّةِ الصَّوْتِ، وَ ثَنَنِ الْعَرَقِ وَ تَسَاقُطِ الشَّعْرِ، فَإِنَّ ذَلِكَ قَدْ يَعْزُضُ مِنْ غَيْرِهِ. نَعَمْ مَجْمُوعُ هَذِهِ الْعَلَامَاتِ قَدْ يُفِيدُ أَهْلَ الْخَبَرَةِ بِهِ حُصُولَهُ، وَ الْعُمْدَةُ عَلَى تَحَقُّقِهِ كَيْفَ كَانَ.

شرط [پیدایش حق فسخ بخاطر بیماری] جذام آن است که این بیماری، محقق شده باشد [یعنی وجود آن محرز و قطعی باشد و به اماره‌ها و نشانه‌های احتمالی نمی‌توان اکتفا کرد. تحقق بیماری جذام، از راه‌های مختلفی ثابت می‌شود مانند اینکه] بر روی بدن، ظاهر و آشکار شده باشد یا دو مرد عادل به آن شهادت بدهند یا وجود آن مورد تأیید زن و شوهر قرار گیرد بنابراین صرف پیدا شدن نشانه‌ها کفایت نمی‌کند مانند اینکه پوست صورت، ضخیم شده یا رنگ آن قرمز یا سیاه شود و چشم‌ها گرد شده و به سوی قرمزی، تغییر رنگ بدهند و تنگی نفس پیدا شود و گرفتگی صدا بوجود آید و عرق بدن، بدبو شود و موها بریزد. [این نشانه‌ها برای تحقق جذام کفایت نمی‌کند] زیرا ممکن است علّت‌های دیگری داشته باشند هر چند ممکن است مجموع این نشانه‌ها سبب شود که کارشناسان، پی به تحقق بیماری جذام ببرند و آنچه که در اینجا مهم است، ثبوت وقوع بیماری است و مهم نیست که از چه راهی به اثبات برسد [زیرا احکام شرعی معلق بر نام‌هاست و نام بیماری‌ها باید بر آنچه که واقع شده است صدق نماید].

(وَلَوْ تَجَدَّدَتْ) هَذِهِ الْعُيُوبُ غَيْرِ الْجُنُونِ (بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَا فُسْخَ) تَمَسُّكَ بِأَصَالَةِ لُزُومِ الْعَقْدِ، وَاسْتِصْحَاباً لِحُكْمِهِ مَعَ عَدَمِ دَلِيلٍ صَالِحٍ عَلَى ثُبُوتِ الْفُسْخِ وَقِيلَ: يُفْسَخُ بِهَا مُطْلَقاً، نَظَرًا إِلَى إِطْلَاقِ الْأَخْبَارِ بِكُؤُنِهَا عُيُوباً الشَّامِلِ لِمَوْضِعِ النَّزَاعِ وَ مَا وَرَدَ مِنْهَا مِمَّا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْفُسْخِ بَعْدَ الْعَقْدِ غَيْرِ مُقَاوِمٍ لَهَا سَدّاً وَ دَلَالَةً، وَ لِمُشَارَكَةِ مَا بَعْدَ الْعَقْدِ لِمَا قَبْلَهُ فِي الضَّرَرِ الْمُنْفِيِّ.

وَ فَصَّلَ آخَرُونَ فَحَكَمُوا بِالْفُسْخِ قَبْلَ الدُّخُولِ لَا بَعْدَهُ اسْتِنَاداً إِلَى خَبَرَيْنِ لَا يَنْهَضَانِ حُجَّةً، وَ تَوَقَّفَ فِي الْمُخْتَلَفِ، وَلَهُ وَجْهٌ.

اگر عیوبی که حق فسخ می‌آورند بجز جنون، بعد از عقد نکاح بوجود آیند موجب حق فسخ نخواهند بود زیرا [هرگاه در امکان یا عدم امکان فسخ قرارداد، تردید شود] اصل لزوم عقد جاری شده و حکم بقای عقد را استصحاب می‌کنیم مضافاً بر اینکه دلیل محکمی وجود ندارد که حق فسخ را در صورت بوجود آمدن عیوب پس از عقد نکاح، برقرار بداند. یک دیدگاه آن است که عیوب یاد شده موجب حق فسخ می‌شوند هر چند بعد از عقد بوجود آمده باشند زیرا روایت‌های مستند این بحث، عیوب را به

صورت مطلق بیان کرده‌اند که شامل عیوبی هم می‌شود که بعد از عقد نکاح بوجود می‌آیند و آن دسته از روایت‌هایی که عیوب حادث شده پس از عقد را موجب حق فسخ نمی‌دانند از نظر مفهوم و سند تاب معارضه با روایت‌هایی را ندارند که عیوب را مطلقاً موجب حق فسخ می‌دانند [بنابراین نمی‌توانند روایت‌های مطلق را مقید سازند] و نیز ضرری که نفی شده است [و مبنای خیار فسخ می‌باشد] در عیوب بعد از عقد نیز وجود دارد همانگونه که در عیوب قبل از عقد وجود دارد [یعنی عیبی همچون جنون یا جذام، موجب ضرر و مشقت زوجه است و تفاوتی ندارد که بعد از عقد عارض شده باشد یا قبل از آن وجود داشته باشد بنابراین علت هر جا وجود داشته باشد، معلول نیز به دنبال آن خواهد بود]. گروهی از فقها در این زمینه تفصیل داده‌اند و گفته‌اند که اگر عیب قبل از نزدیکی بوجود آید موجب حق فسخ خواهد بود اما اگر بعد از نزدیکی بوجود آید موجب حق فسخ نخواهد بود و مستند این گروه، دو روایت می‌باشد [تهذیب، ج ۷، ص ۴۲۷] که نمی‌توان بعنوان دلیل به آنها استناد کرد. [و سرانجام نظریه چهارم، توقف می‌باشد که شهیدثانی، آن را به علامه حلی استناد داده و خودش هم تمایل به آن دارد و می‌فرماید:] علامه حلی در کتاب مختلف، توقف کرده است و این نظریه، نیکوست. [وقتی در مقام استناد به ادله نمی‌توان به دلیل خاصی استناد کرد باید به سراغ اصول عملیه رفت و اصل در اینجا عدم حق فسخ می‌باشد].

(وَقِيلَ) وَ الْقَائِلُ الشَّيْخُ: (لَوْ بَانَ) الزَّوْجُ (خُنِّيَ) فَلَهَا الْفُسْخُ، وَ كَذَا الْعَكْسُ.
(وَيُضَعَّفُ بَأَنَّهُ إِنْ كَانَ مُشْكَلًا فَالِنِّكَاحُ بَاطِلٌ) لَا يَحْتَاجُ رَفْعُهُ إِلَى الْفُسْخِ، (وَ إِنْ كَانَ مُحْكُومًا بِذُكُورِيَّتِهِ) بِإِخْدَى الْعَلَامَاتِ الْمُوجِبَةِ لَهَا (فَلَا وَجْهَ لِلْفُسْخِ، لِأَنَّهُ كَزِيَادَةِ عَضْوٍ فِي الرَّجُلِ)، وَ كَذَا لَوْ كَانَ هُوَ الزَّوْجَةُ، وَ حُكِمَ بِأُنُوثِيَّتِهَا، لِأَنَّهُ حَبِئَذٍ كَالزِّيَادَةِ فِي الْمَرْأَةِ وَ هِيَ غَيْرُ مُجَوِّزَةٍ لِلْفُسْخِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ.

وَ رُبَّمَا قِيلَ: إِنْ مَوْضِعُ الْخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ مُحْكُومًا عَلَيْهِ بِأَحَدِ الْقِسْمَيْنِ وَ وَجْهُ الْخِيَارِ حَبِئَذٍ أَنَّ الْعَلَامَةَ الدَّالَّةَ عَلَيْهِ ظَنِّيَّةٌ لَا تَدْفَعُ النَّفَرَةَ وَ الْعَارَ عَنِ الْآخِرِ. وَ هُمَا ضَرَرَانِ مَنْفِيَّانِ. وَ فِيهِ أَنَّ مُجَرَّدَ ذَلِكَ غَيْرُ كَافٍ فِي رَفْعِ مَا حُكِمَ بِصِحَّتِهِ وَ اسْتِصْحَابِهِ، مِنْ غَيْرِ نَصٍّ.
وَ رُبَّمَا مَنَعَ مِنَ الْأَمْرَيْنِ مَعًا، لِأَنَّ الزَّائِدَ هُنَا بِمَنْزِلَةِ السَّلْعَةِ وَ الثَّقْبَةِ وَ هُمَا لَا يُوجِبَانِ الْخِيَارَ.

وَ الظَّاهِرُ أَنَّ الشَّيْخَ فَرَضَهُ عَلَى تَقْدِيرِ الْأَشْتِبَاهِ لَا الْوُضُوحَ، لِأَنَّهُ حَكَمَ فِي الْمِيرَاثِ بِأَنَّ الْخُنْثَى الْمُشْكِلَ لَوْ كَانَ زَوْجاً أَوْ زَوْجَةً، أُعْطِيَ التَّصْيِبِينَ، لَكِنَّهُ ضَعِيفٌ جِدّاً فَالْمُبْنِيُّ عَلَيْهِ أَوْلَى بِالضَّعْفِ.

مرحوم شیخ طوسی گفته است که اگر معلوم شود زوج، خنثی بوده است زن حق دارد عقد نکاح را فسخ نماید و نیز اگر معلوم شود که زوجه، خنثی بوده است، مرد حق دارد نکاح را فسخ کند اما این نظریه، ضعیف است زیرا اگر خنثی، خنثای مشکل باشد پس عقد نکاح اساساً باطل است و بی اثر کردن آن نیازی به اعمال حق فسخ ندارد [زیرا حق فسخ فقط در عقد صحیح اعمال می گردد]. و اگر بخاطر وجود برخی نشانه های مردانگی حکم به مرد بودن خنثی بشود، باز هم اجرای حق فسخ معنایی ندارد زیرا عضو زنانه ای که در زوج وجود دارد به منزله عضو زایدی است که در مرد وجود دارد [مثلاً آلت تناسلی زن که علاوه بر آلت تناسلی مرد، در خنثی وجود دارد یک عضو زاید در مرد می باشد و آلت تناسلی مردانه، همان عضو اصلی است]. همچنین اگر خنثی، زوجه باشد و [بخاطر وجود برخی نشانه های زنانه] حکم به مؤنث بودن وی شود در این صورت این عضو، مانند عضو زایدی در زن خواهد بود [مثلاً اگر خنثی، علاوه بر آلت تناسلی زنانه دارای آلت تناسلی مردانه نیز باشد، آلت تناسلی مردانه به منزله عضو زایدی در بدن زن خواهد بود]. و در هر دو صورت [که حکم به مرد بودن یا زن بودن خنثی می شود] عضو زاید، مجوز حق فسخ برای طرف مقابل نخواهد بود [و از اصل لزوم قرارداد نیز می توان در اینجا بهره جست]. یک دیدگاه آن است که محل بحث و اختلاف، [خنثای مشکل نیست] بلکه جایی است که حکم به مرد بودن یا زن بودن خنثی می شود [یعنی مرد بودن یا زن بودن وی مشخص می شود] و علت اینکه در چنین موردی حق فسخ بوجود می آید آن است که علامتی که [بعنوان عضو زاید، در زن یا مرد وجود دارد] دلالت بر آن می کند، علامتی ظنی باشد که حالت تنفر و عار را از طرف مقابل سلب نمی کند [یعنی زنی که می بیند شوهر او دارای آلت تناسلی زنانه است یا مردی که می بیند، زوجه او دارای آلت تناسلی مردانه می باشد نسبت به وی حالت نفرت و سرافکندگی پیدا می کند هر چند که حکم به مرد بودن یا زن بودن آنها شده است] و وجود حالت تنفر یا عار، دو ضرری است که شرع مقدس اسلام آنها را نفی

کرده است. [اما این ادّعا صحیح نیست زیرا صرف این استدلال‌ها [که استدلال‌های ظنی و احتمالی می‌باشند] برای فسخ قراردادی که حکم به صحت آن شده و آن حکم همچنان استصحاب می‌شود، کافی نیست بویژه که روایتی هم در تأیید آن وجود ندارد. حتی چه بسا ممکن است که ادّعای وجود حالت نفرت و عار را در اینجا منتفی بدانیم زیرا عضو زاید در زن به منزله گوشت اضافی و در مرد به منزله سوراخ اضافی است [و این اعضای اضافی در جسم بسیاری افراد وجود دارد و موجب تنفّر یا عار برای همسر آنها نمی‌شود] و موجب حق فسخ نیز نمی‌گردند. ظاهر آن است که مرحوم شیخ طوسی [که اعتقاد به فسخ نکاح به دلیل خنثی بودن شخص دارد] مسأله را در حالتی فرض کرده است که شخص مشکوک، خنثای مشکل باشد نه خنثایی که زن یا مرد بودن وی معلوم است زیرا ایشان در مبحث ارث گفته است که اگر خنثای مشکل، مرد یا زن باشد، نصف سهم مرد و نصف سهم زن به وی داده می‌شود [و از این سخن وی برمی‌آید که ازدواج با خنثای مشکل را صحیح می‌داند و گرنه حکم به ارث بردن وی مفهومی نداشت و وقتی ازدواج با خنثای مشکل، صحیح باشد بحث در مورد فسخ آن به میان می‌آید اما اگر آن را اساساً باطل بدانیم، بحث فسخ نکاح نیز منتفی خواهد بود. [شهیدثانی، سخن شیخ طوسی مبنی بر صحت چنین ازدواجی را نپذیرفته و می‌فرماید:] فرض مسأله در خنثای مشکل [و صحت ازدواج با وی] بسیار ضعیف است و احکامی هم که بر آن بار می‌شود [مانند ارث بردن و حق خیار فسخ]، ضعیف‌تر خواهد بود.

(و عِیُوبُ الْمَرْأَةِ تِسْعَةٌ:)

(الْجُنُونُ، وَالْجَذَامُ، وَالْبَرَصُ، وَالْعَمَى، وَالْإِفْعَادُ، وَالْقَرْنُ) بِسُكُونِ الرَّاءِ وَفَتْحِهَا (عَظْمًا) كَمَا هُوَ أَحَدٌ تَفْسِيرُهُ كَالسِّنِّ يَكُونُ فِي الْفَرْجِ يَمْنَعُ الْوَطْءَ، فَلَوْ كَانَ لَحْمًا فَهُوَ الْعَقْلُ وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْقَرْنُ أَيْضًا، وَسَيَأْتِي حُكْمُهُ، (وَالْأَفْضَاءُ) وَقَدْ تَقَدَّمَ تَفْسِيرُهُ (وَالْعَقْلُ) بِالتَّخْرِيكِ وَهُوَ شَيْءٌ يَخْرُجُ مِنْ قُبْلِ النِّسَاءِ شَبِيهُ الْأَذْرَةِ لِلرَّجُلِ، (وَالرَّتْقُ) - بِالتَّخْرِيكِ - وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْفَرْجُ مُلْتَحِمًا لَيْسَ فِيهِ مَدْخَلٌ لِلذَّكْرِ (عَلَى خِلَافِ فِيهِمَا) أَي: فِي الْعَقْلِ وَالرَّتْقِ.

وَمَنْشَأُ الْخِلَافِ: مِنْ عَدَمِ النَّصِّ، وَ مُسَاوَاتِهِمَا لِلْقَرْنِ الْمَنْصُوصِ فِي الْمَعْنَى الْمُقْتَضَى

لِثُبُوتِ الْخِيَارِ وَهُوَ الْمَنْعُ مِنَ الْوُطْءِ، وَفِيهِ قُوَّةٌ.
وَفِي بَعْضِ كَلَامِ أَهْلِ اللَّغَةِ أَنَّ الْعَقْلَ هُوَ الْقَرْنَ فَيَكُونُ مُنْصُوصاً، وَفِي كَلَامِ آخَرِينَ أَنَّ
الْأَلْفَاظَ الثَّلَاثَةَ مُتَرَادِفَةً فِي كَوْنِهَا لِحُماً يَنْبُتُ فِي الْفَرْجِ يَمْنَعُ الْوُطْءَ.

عیوب زن [که موجب حق فسخ برای مرد می شود] نه عیب است: جنون، جذام؛
پیشی؛ نابینایی؛ زمین گیر بودن؛ قرن که حرف «راء» هم با سکون و هم با فتحه خوانده
می شود و به صورت استخوان می باشد و یکی از دو معنایی است که برای واژه «قرن»
بیان شده است و مانند دندان می باشد که در آلت تناسلی زن پیدا شده و مانع نزدیکی
می شود. [معنای دیگر واژه «قرن»، گوشتی است که در آلت تناسلی زن بوجود می آید]
پس اگر قرن به صورت گوشت باشد، همان «عقل» خواهد بود که گاهی به آن «قَرَن» نیز
گفته می شود که حکم آن در آینده می آید؛ افضاء که معنای آن قبلاً بیان گردید؛ عقل
که با حرکت حروف خوانده می شود و به چیزی گفته می شود که در قسمت جلو زنان
پیدا می شود و مانند فتق در مردان است؛ رتق که با حرکت حروف خوانده می شود و
به حالتی گفته می شود که آلت تناسلی زن، پر از گوشت باشد بگونه ای که راهی برای
داخل کردن آلت تناسلی مرد وجود نداشته باشد که البته در مورد [امکان یا عدم امکان
فسخ نکاح بخاطر] عقل و رتق، اختلاف نظر وجود دارد و منشأ این اختلاف آن است
که روایتی در مورد آنها وارد نشده است [بنابراین حق فسخ نمی آورند] و از طرفی از نظر
معنا که موجب حق فسخ می شود مانند قرن هستند که در روایت آمده است و [علت
فسخ قرارداد] مانع شدن برای نزدیکی است و این نظریه، قوی است [زیرا علت فسخ
نکاح در هر سه مورد وجود دارد پس هر جا علت وجود داشته باشد معلول نیز در پی آن
می آید]. برخی از لغت شناسان واژه «عقل» را مترادف با «قرن» می دانند بنابراین
می توان گفت که عقل نیز در روایت بیان شده است. همچنین گروهی از اهل لغت
گفته اند که قرن و عقل و رتق، مترادف هستند و به معنای گوشتی می باشند که در آلت
تناسلی زن روئیده و مانع دخول می شود [هر چند واژه «قَرَن» به استخوان نیز گفته
می شود. برخی از فقها، عیوب زنان را منحصر در هفت عیب نموده و نابینایی و رتق را
عیب نمی دانند همچنانکه، زناي زن را از موجبات حق فسخ قرار نداده اند. اختلاف در
تعداد عیوب گاهی بخاطر آن است که واژه های «قرن» و «رتق» و «عقل» و نیز واژه های

«اقعاد» و «عرج» مترادف یا متضاد به حساب آمده‌اند.

(وَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ (لَوْ تَجَدَّدَتْ) هَذِهِ الْعُيُوبُ (بَعْدَ الْعَقْدِ) وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْوُطْءِ فِي الْمَشْهُورِ، تَمَسَّكَ بِأَصَالَةِ الزَّوْمِ، وَاسْتِصْحَاباً لِحُكْمِ الْعَقْدِ، وَاسْتِضْعَافاً لِلدَّلِيلِ الْخِيَارِ وَ قِيلَ: يُفْسَخُ بِالْمُتَجَدِّدِ مُطْلَقاً عَمَلًا بِإِطْلَاقِ بَعْضِ التَّصَوُّصِ، وَ قَيَّدَ ثَالِثٌ بِكَوْنِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ. وَالْأَشْهُرُ الْأَوَّلُ.

(أَوْ كَانَ يُمَكِّنُ وَطْءَ الرِّقْطَاءِ أَوْ الْقِرْنَاءِ)، أَوْ الْعُقْلَاءِ، لِإِنْتِفَاءِ الضَّرَرِ مَعَ امْكِانِهِ (أَوْ) كَانَ الْوُطْءُ غَيْرَ مُمَكِّنٍ، لَكِنْ كَانَ يُمَكِّنُ (عِلَاجُهُ) بِفَتْحِ الْمَوْضِعِ أَوْ قَطْعِ الْمَانِعِ (إِلَّا أَنْ تَمْتَنَعَ الْمَرْأَةُ) مِنْ عِلَاجِهِ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْإِجَابَةُ، لِمَا فِيهَا مِنْ تَحْمَلِ الضَّرَرِ وَالْمَشَقَّةِ، كَمَا أَنَّهَا لَوْ أَرَادَتْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمَنْعُ، لِأَنَّهُ تَذَاوٍ وَلَا تَعَلُّقَ لَهُ بِهِ.

اگر عیوب زن پس از عقد نکاح، عارض شوند به اعتقاد مشهور فقها، برای مرد حق فسخ بوجود نمی‌آید هر چند قبل از وقوع نزدیکی باشد زیرا اصل لزوم قرارداد و استصحاب حکم عقد، چنین اقتضایی دارد و روایتی که حق فسخ را برقرار می‌داند ضعیف است. یک دیدگاه [که منسوب به شیخ طوسی می‌باشد آن است که] عیوبی که بعد از عقد نکاح در زن بوجود می‌آیند موجب حق فسخ می‌شوند اعم از اینکه قبل از نزدیکی یا بعد از نزدیکی عارض شده باشند زیرا برخی از روایات حق فسخ را به صورت مطلق بیان کرده‌اند [و عیوب را مقید به عیوبی نکرده‌اند که قبل از عقد نکاح بوجود آمده باشند. دیدگاه سوم آن است که چنانچه عیوب قبل از نزدیکی بوجود آیند موجب حق فسخ خواهند بود اما نظریه مشهورتر، همان نظریه اول است [یعنی عیوبی که بعد از عقد نکاح در زن عارض می‌شوند موجب حق فسخ نمی‌شوند. مرحوم ابوعلی گفته است که جنون زن چنانچه بعد از عقد نیز عارض شده باشد موجب حق فسخ است. در یک مورد دیگر نیز، عیوب زن حق فسخ برای مرد بوجود نمی‌آورد و آن جایی است که] امکان نزدیکی با زنی که دچار بیماری رتق یا قرن یا عقل می‌باشد وجود داشته باشد زیرا در صورت امکان نزدیکی، ضرری که مبنای حق فسخ است از بین می‌رود. [همچنین حق فسخ وجود ندارد هرگاه] نزدیکی امکان نداشته باشد اما بتوان آن را از طریق سوراخ کردن مکان یا بریدن عضو مانع، درمان کرد مگر اینکه زن مانع درمان خود شود و بر زن واجب نیست که درمان را بپذیرد زیرا برای او ضرر و سختی دارد

همچنانکه اگر درخواست درمان بنماید مرد نمی تواند مانع وی شود زیرا مرد حق نسبت به درمان زن ندارد. [اگر امکان نزدیکی برای شوهر وجود نداشته باشد اما مرد دیگری بتواند نزدیکی کند یا زن دچار بیماری های یاد شده نباشد اما به دلایل دیگری امکان نزدیکی با وی نباشد به نظر می رسد حق فسخ منتفی خواهد بود هر چند احتمال وجود حق فسخ نیز می رود زیرا علت آن در مورد شوهر وجود دارد.]

(وَ خِيَارُ الْعَيْبِ عَلَى الْفَوْرِ) عِنْدُنَا اقْتِصَارًا فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ، فَلَوْ آخَرَ مَنْ إِلَيْهِ الْفَسْخُ مُخْتَارًا مَعَ عِلْمِهِ بِهَا بَطَلَ خِيَارُهُ، سَوَاءَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ، وَلَوْ جَهْلُ الْخِيَارِ أَوْ الْفَوْرِيَّةَ، فَلَا قُوَى أَنَّهُ عُدْرٌ فَيُخْتَارُ بَعْدَ الْعِلْمِ عَلَى الْفَوْرِ وَ كَذَا لَوْ نَسِيَهُمَا، وَلَوْ مُنِعَ مِنْهُ بِالْقَبْضِ عَلَى «فِيهِ» أَوْ التَّهْدِيدِ عَلَى وَجْهِ يُعَدُّ إِكْرَاهًا فَالْخِيَارُ بِحَالِهِ إِلَى أَنْ يَزُولَ الْمَانِعُ، ثُمَّ تُعْتَبَرُ الْفَوْرِيَّةُ حِينَئِذٍ.

(وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْحَاكِمُ)، لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ، خِلَافًا لِابْنِ الْجَنِيدِ رحمته الله.

خيار عيب به اعتقاد ما، فوری است زیرا در مواردی که برخلاف اصل می باشد باید به مقدار ضرورت اکتفا کرد [حق فسخ نکاح برخلاف اصل لزوم قراردادهاست بنابراین باید به مقداری اکتفا کرد که نیاز را برطرف می کند و قدر متیقن می باشد و پیش بینی حق فسخ برای یک زمان کوتاه، نیاز صاحب حق را برطرف می کند. همچنین تأخیر در اعمال حق فسخ موجب ضرر طرف مقابل می شود که با مبنای حق فسخ که جلوگیری از ضرر صاحب حق می باشد تعارض دارد.] بنابراین چنانچه کسی که حق فسخ دارد به صورت اختیاری و با آگاهی از حق فسخ، اجرای آن را به تأخیر بیندازد، حق وی از بین می رود اعم از اینکه صاحب خيار، مرد باشد یا زن باشد. اما اگر صاحب خيار نسبت به وجود چنین حقی جاهل باشد یا فوری بودن آن را نداند نظریه قوی تر آن است که جهل وی، عذر محسوب می شود بنابراین صاحب حق پس از آنکه علم به وجود حق یا فوری بودن آن پیدا کرد بلافاصله باید حق خود را اعمال کند. همچنین اگر صاحب حق، وجود حق یا فوری بودن آن را بداند اما آنها را فراموش کرده باشد [باید بلافاصله پس از یادآوری حق فسخ یا فوریت آن، حق خيار را اجرا کند] اگر با گرفتن دهان یا تهدیدی که در حد اکراه می باشد، از اجرای حق فسخ جلوگیری

شود حق خیار به اعتبار خود باقی خواهد بود تا زمانی که مانع برطرف شود و بعد از برطرف شدن مانع باید فوری بودن آن را رعایت کرد. فسخ نکاح نیازی به دستور حاکم ندارد زیرا حق فسخ، حقی است که ثابت شده است و متوقف بر دستور حکم نیست [خیار فسخ متوقف بر وجود عیب است و متوقف بر اثبات آن نزد حاکم نمی باشد بنابراین تأخیر در اجرای حق برای طرح آن نزد حاکم با فوری بودن آن تعارض دارد پس این حق] مانند سایر حقوق مشروط به دستور حاکم نمی باشند اما ابن جنید، چنین شرطی را برقرار می داند.

(وَلَيْسَ) الْفَسْخُ (بِطَّلَاقٍ) فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الطَّلَاقِ، وَلَا يُعَدُّ فِي الثَّلَاثِ، وَلَا يَطْرُقُ مَعَهُ تَنْصِيفُ الْمَهْرِ، وَإِنْ ثَبَتَ فِي بَعْضِ مَوَارِدِهِ.

فسخ نکاح، طلاق محسوب نمی شود بنابراین شرایطی که برای طلاق لازم است در اینجا رعایت نمی شود [و فسخ را با صیغه طلاق اجرا نمی کنند] و فسخ نکاح جزء سه طلاق به حساب نمی آید [یعنی اگر مردی، عقد نکاح را فسخ کند و مجدداً با همسرش ازدواج نماید او را طلاق بدهد و دوباره با او ازدواج کرد و طلاقش بدهد طلاق آخری، طلاق سوم به حساب نمی آید تا نیاز به محلل داشته باشد] و حق فسخ در همه موارد موجب نمی شود که مهریه نصف شود و نصف شدن مهریه در پاره ای موارد [مانند فسخ نکاح بخاطر عین بودن زوج] بخاطر روایت است.

(وَيُسْتَرْطُ الْحَاكِمُ فِي ضَرْبِ أَجْلِ الْعَتَّةِ) لَا فِي فُسْخِهَا بَعْدَهُ، بَلْ تَسْتَقِلُّ بِهِ حِينَئِذٍ. [گرچه اعمال حق فسخ توسط زن یا مرد نیازی به اذن حاکم ندارد اما] برای تعیین مهلت عتّه نیاز به اذن حاکم می باشد [همانگونه که دیدیم بیماری عتّه در صورتی موجب حق فسخ می شود که یک سال به مرد مهلت داده شود و در این مدت، مرد نتواند نزدیکی کند. حال تعیین این مدت نیاز به مراجعه به حکم دارد] اما فسخ نکاح بعد از پایان مهلت نیازی به اذن حاکم ندارد و زن در این هنگام می تواند مستقلاً نکاح را فسخ کند [یعنی اگر مدت یک سال پایان یافت و ثابت شد که مرد توان نزدیکی ندارد زن می تواند بلافاصله حق فسخ را اجرا کند و نیازی به اذن حاکم ندارد زیرا حاکم فقط تحقق شرایط حق فسخ را احراز می کند. [مرحوم ابن جنید گفته است که اعمال حق فسخ نیز احتیاج به اذن حاکم دارد].

(وَيَقْدَمُ قَوْلُ مُنْكَرِ الْعَيْبِ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ)، لِأَصَالَةِ عَدَمِهِ فَيَكُونُ مُدَّعِيهِ هُوَ الْمُدَّعِي، فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَعَلَى مُنْكَرِهِ الْيَمِينُ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ ذَلِكَ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ الْوُقُوفَ عَلَيْهِ كَالْجَبِّ وَالْخُضَاءِ، وَإِلَّا تَوَصَّلَ الْحَاكِمُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ، وَمَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ بِهِ إِنْ كَانَ ظَاهِرًا كَالْعَيِّبِينَ الْمَذْكُورِينَ كَفَى فِي الشَّاهِدَيْنِ الْعَدَالَةُ، وَإِنْ كَانَ خَفِيًّا يَتَوَقَّفُ الْعِلْمُ بِهِ عَلَى الْخَبْرَةِ كَالْجُذَامِ وَالْبَرَصِ اشْتَرَطَ فِيهِمَا مَعَ ذَلِكَ الْخَبْرَةُ بِحَيْثُ يَقْطَعَانِ بِوُجُودِهِ. وَإِنْ كَانَ لَا يَعْلَمُهُ غَالِبًا غَيْرُ صَاحِبِهِ، وَلَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ إِلَّا مِنْ قَبْلِهِ كَالْعَتَّةِ فَطَرِيقُ ثَبُوتِهِ إِفْرَاؤُهُ، أَوِ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِفْرَاؤِهِ، أَوِ الْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ مِنَ الْمُنْكَرِ أَوْ مِنَ الْحَاكِمِ مَعَ نُكُولِ الْمُنْكَرِ عَنِ الْيَمِينِ، بِنَاءً عَلَى عَدَمِ الْقَضَاءِ بِمُجَرَّدِهِ.

وَأَمَّا اخْتِبَارُهَا بِجُلُوسِهِ فِي الْمَاءِ الْبَارِدِ، فَإِنْ اسْتَرَخَى ذَكَرَهُ فَهُوَ عَيْنٌ، وَإِنْ تَشَنَّجَ فَلَيْسَ بِهِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ، فَلَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فِي الْأَصَحِّ. وَفِي الْعُيُوبِ الْبَاطِنَةِ لِلنِّسَاءِ بِإِفْرَاؤِهَا، وَشَهَادَةِ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ، فَلَا تَسْمَعُ فِي عُيُوبِ الرِّجَالِ، وَإِنْ أُمِّكْنَ أَطْلَاعَهُنَّ، كَأَرْبَعِ زَوَاجَاتٍ طَلَّقَهُنَّ بِعُنَّتِهِ.

[هرگاه زوجین پیرامون وجود یا فقدان عیب با یکدیگر اختلاف پیدا کنند] و بینۀ ای وجود نداشته باشد سخن کسی پذیرفته می شود که عیب را انکار می کند زیرا اصل بر آن است که عیبی وجود نداشته باشد [اصل عدم] بنابراین کسی که ادعای وجود عیب را می نماید [و سخن او برخلاف اصل می باشد] مدعی بوده و باید دلیل بیاورد و کسی که وجود عیب را انکار می کند، منکر بوده و باید سوگند یاد کند [و در حقیقت این مسأله یکی از مصادیق قاعده «البیئة علی المدعی و الیمین علی من انکر» می باشد و احکام قاعده از جمله نکول و ردّ سوگند نیز اجرا می شود]. البته مخفی نماند که قاعده مدعی و منکر در مورد عیوبی اجرا می شود که نمی توان از آنها اطلاع پیدا کرد مانند قطع آلت تناسلی و اختگی [که قابلیت علم پیدا کردن نسبت به آنها وجود دارد پس این عیوب اگر مانند قطع آلت تناسلی و اختگی باشند] حاکم باید [از راههایی همچون معاینه یا جلب نظر پزشک] علم به آنها پیدا کند. حال اگر عیبی که مورد اختلاف است جزء عیوب ظاهری باشد [یعنی عیوبی که ظاهر بر جسم و بدن می باشند] مانند بریدگی آلت تناسلی یا اختگی که بیان گردید پس برای اثبات این عیبها، شهادت دو شاهد عادل کفایت می کند اما اگر جزء عیوب مخفی باشند که اطلاع و آگاهی از آنها نیازمند

اظهار نظر کارشناس می باشد مانند جذام و پیسی؛ پس برای اثبات این عیوب علاوه بر عادل بودن شاهدان خبره بودن نیز شرط است بگونه ای که علم قطعی به وجود عیب داشته باشد. اما اگر عیب مورد اختلاف، جزء عیوبی باشد که معمولاً جز صاحب عیب شخص دیگری از آن اطلاع ندارد [مالایعلم الآمن قبله] و هرگونه اطلاعی فقط از طریق صاحب آن ممکن است مانند عته؛ پس راه اثبات چنین عیبی آن است که صاحب عیب، اقرار نماید یا بینه ای برای اقرار آورده شود [یعنی دو شاهد شهادت بدهند که اقرار صاحب عیب را شنیده اند یا با سوگند ردّ شده ثابت می شود که ردّ سوگند به مدعی، ممکن است توسط منکر یا توسط حاکم صورت گیرد در صورتی که منکر، از سوگند خوردن نکول کند] مثلاً در مورد عیب عته باید زوج که آن را انکار می کند قسم بخورد اما اگر زوج، نکول کرده و سوگند را به زوجه ردّ کند او قسم می خورد و عته ثابت می شود] و ردّ سوگند به مدعی در صورتی است که به مجرد نکول منکر، حکم صادر نشود [و گرنه نیازی به ردّ سوگند به مدعی نخواهد بود]. برخی از فقها [مانند ابن بابویه و ابن حمزه] گفته اند که برای آزمایش و اثبات عیب عته، زوج در آب سرد می نشیند پس اگر آلت تناسلی وی به حالت شل بودن باقی بماند [و تغییر نکند] عنین می باشد اما اگر منقبض شده [و خود را جمع کند] عنین نمی باشد. این نظریه براساس دیدگاه صحیح تر فقها اعتباری ندارد [هر چند در روایتی از امام صادق (ع) بیان شده است اما این روایت، مرسله است و راه مذکور گرچه ظن آور است اما راهی شرعی نمی باشد] اگر عیب مورد اختلاف جزء عیوب درونی زنان باشد، با اقرار زنان و شهادت چهار زن ثابت می شود بنابراین شهادت زنان برای اثبات عیوب مردان، شنیده نمی شود هر چند امکان آگاهی زنان از عنین بودن مرد وجود داشته باشد مانند اینکه چهار زن، زوجه مردی بوده باشند که ادّعی عنین بودن وی شده است و این چهار زن طلاق داده شده باشند. [پس با اینکه علم به عنین بودن مرد دارند اما حق شهادت دادن ندارند زیرا شهادت زنان به تنهایی فقط برای اثبات عیوب باطنی زنان، شنیده می شود].

وَ حَيْثُ يَنْبُتُ الْعَيْبُ وَ يَحْصُلُ الْفَسْخُ (لَا مَهْرَ) لِلزَّوْجَةِ (إِنْ كَانَ الْفَسْخُ قَبْلَ الدُّخُولِ)
فِي جَمِيعِ الْعُيُوبِ (إِلَّا فِي الْعَنْتَةِ فَنِصْفُهُ) عَلَى أَصْحَ الْقَوَائِنِ، وَ إِنَّمَا خَرَجَتِ الْعَنْتَةُ بِالنِّصِّ
الْمُوَافِقِ لِلْحُكْمَةِ مِنْ إِشْرَافِهِ عَلَيْهَا وَ عَلَى مَخَارِمِهَا، فَتَنَاسَبَ أَنْ لَا يَخْلُوَ مِنْ عَوْضٍ، وَ لَمْ

يَجِبُ الْجَمِيعُ، لِإِنْتِفَاءِ الدُّخُولِ وَقِيلَ: يَجِبُ جَمِيعُ الْمَهْرِ وَإِنْ لَمْ يُؤْلَجْ.
 (وَإِنْ كَانَ) الْفَسْخُ (بَعْدَ الدُّخُولِ فَالْمُسَمَّى)، لِاسْتِقْرَارِهِ بِهِ، (وَيَرْجِعُ) الزَّوْجُ بِهِ
 (عَلَى الْمُدْلَسِ) إِنْ كَانَ، وَإِلَّا فَلَا رُجُوعَ، وَلَوْ كَانَتْ هِيَ الْمُدْلَسَةُ رَجَعَ عَلَيْهَا إِلَّا بِأَقْلٍ مَا
 يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا، وَهُوَ أَقْلٌ مُتَمَوِّلٌ عَلَى الْمَشْهُورِ.
 وَفِي الْفَرْقِ بَيْنَ تَدْلِيسِهَا، وَتَدْلِيسِ غَيْرِهَا فِي ذَلِكَ نَظَرٌ.
 وَلَوْ تَوَلَّى ذَلِكَ جَمَاعَةً وَزَّعَ عَلَيْهِمُ السَّوِيَّةَ ذُكُورًا كَانُوا أُمَّ إِنْثَاءً، أُمَّ بِالتَّقْرِيقِ.
 وَالْمُرَادُ بِالتَّدْلِيسِ السُّكُوتُ عَنِ الْعَيْبِ الْخَارِجِ عَنِ الْخِلْقَةِ مَعَ الْعِلْمِ بِهِ، أَوْ دَعْوَى صِفَةٍ
 كُنَالٍ مَعَ عَدَمِهَا.

هرگاه وجود عیب [در زن] به اثبات رسید و فسخ صورت گرفت چنانچه فسخ عقد
 قبل از نزدیکی، صورت گرفته باشد در هیچیک از عیوب، مهریه‌ای به زن پرداخت
 نمی‌شود مگر در مورد عتّه که براساس نظریه صحیح‌تر از دو نظریه‌ای که وجود دارد،
 نصف مهریه به زن داده می‌شود و پرداخت نصف مهریه در عتّه، از قاعده عمومی
 استثنا شده است زیرا روایتی در این زمینه وجود دارد که حکم آن مطابق با منطق و
 حکمت است [وسائل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۱۵ از ابواب عیوب و تدلیس، حدیث
 اوّل] زیرا منطق حکم می‌کند که زوج با توجه به اینکه بر زوجه و محارم وی اشراف
 پیدا کرده [و از بدن زوجه و همنشینی با وی لذت جنسی برده است هر چند با وی
 نزدیکی نکرده است] بنابراین شایسته است که بهره‌گیری جنسی زوج عنین از زوجه
 خود بدون عوض نباشد [و عوض آن، نصف مهریه است] و تمام مهریه پرداخت
 نمی‌شود زیرا نزدیکی صورت نگرفته است و یک دیدگاه آن است که تمامی مهریه
 پرداخت می‌شود هر چند دخول، انجام نشده باشد [مرحوم ابوعلی گفته است که
 خلوت کردن با زن نیز در حکم نزدیکی است بنابراین چنانچه خلوت شده باشد باید
 تمامی مهریه پرداخت شود]. اگر فسخ نکاح بعد از نزدیکی، صورت گیرد باید
 مهرالمسمی به زوجه داده شود زیرا به محض نزدیکی، مهرالمسمی ثابت می‌شود و
 چنانچه تدلیس کننده‌ای وجود داشته باشد زوج به او مراجعه کرده [و خسارت‌هایی را
 که فسخ قرارداد بروی تحمیل کرده است از تدلیس کننده می‌گیرد] و اگر تدلیس‌کننده‌ای
 وجود نداشته باشد طبعاً زوج نخواهد توانست خسارت‌های خود را مطالبه کند و اگر

تدلیس کننده همان زوجه باشد پس زوج به زوجه مراجعه می‌کند [روایتی هم در این زمینه وجود دارد «وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب دوم از ابواب عیوب و تدلیس، حدیث ۴». وقتی زوج به زوجه تدلیس کننده مراجعه می‌کند باید تمام مهریه را از او بگیرد اما شهیدثانی گفته است:] کمترین مقداری که ممکن است مهریه قرار گیرد که براساس نظر مشهور مقداری از مال است که بتوان نام مال را بر آن اطلاق کرد، از زوجه گرفته نمی‌شود. [علت اینکه مقداری از مهریه از زوجه تدلیس کننده گرفته نمی‌شود آن است که زوج از وی بهره جنسی برده است بنابراین باید عوض آن را بدهد و مرحوم ابوعلی گفته است مقدار مالی که از زوج گرفته نمی‌شود باید معادل مهرالمثل باشد زیرا عوض بهره جنسی، همین مقدار است. شهیدثانی، تفاوت گذاشتن میان زوجه و غیرزوجه را نیکو ندانسته و می‌گوید:] و تفاوت گذاشتن میان تدلیس زوجه و تدلیس دیگران بدین صورت که از زوجه تمامی مهریه گرفته نمی‌شود اما دیگران باید تمامی مهریه را بدهند، قابل توجیه نیست [بویژه که هرگاه زوجه، تدلیس کرده باشد پس خودش علیه خود اقدام نموده و موجب ضرر خویش گردیده است] اگر چند نفر موجب تدلیس شده باشند، مهریه [و خسارت] میان همه آنها به صورت مساوی تقسیم می‌شود اعم از اینکه تدلیس کنندگان، همگی مرد باشند یا همگی زن باشند یا برخی مرد و برخی زن باشند. منظور از تدلیس، سکوت در مقابل عیبی است که خارج از طبیعت و خلقت افراد است به شرط اینکه تدلیس کننده، آن عیب را بداند و [همچنین منظور از تدلیس] ادعای وجود صفتی است که واقعاً وجود ندارد [و مرد با فرض آن صفت، عقد را پذیرفته باشد].

(وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَىٰ أَنَّهَا حُرَّةٌ) أَي: شَرَطَ ذَلِكَ فِي مَثْنِ الْعَقْدِ (فَطَهَّرَتْ أَمَةً)، أَوْ مُبَعَّضَةً (فَلَهُ الْفُسْخُ) وَإِنْ دَخَلَ، لِأَنَّ ذَلِكَ فَائِدَةُ الشَّرْطِ. هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ وَوَقَعَ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا، أَوْ مُبَاشَرَتِهِ، وَإِلَّا بَطَلَ فِي الْأَوَّلِ وَوَقَعَ مَوْقُوفاً عَلَىٰ إِجَازَتِهِ فِي الثَّانِي عَلَىٰ أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطِ الْحُرِّيَّةَ فِي نَفْسِ الْعَقْدِ، بَلْ تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ أَنَّهَا حُرَّةٌ، أَوْ أَخْبَرَتْهُ بِهَا قَبْلَهُ، أَوْ أَخْبَرَهُ مُخْبِرٌ، فَفِي الْحَاقِقِ بِمَا لَوْ شَرَطَ نَظَرٌ، مِنْ ظُهُورِ التَّدْلِيسِ، وَعَدَمِ الْإِعْتِبَارِ بِمَا تَقَدَّمَ مِنَ الشُّرُوطِ عَلَى الْعَقْدِ. وَعِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ وَالْأَكْثَرِ مُحْتَمَلَةٌ لِلْأَمْرَيْنِ.

(وَكَذَا) تَفْسُخٌ (هِيَ) لَوْ تَزَوَّجْتَهُ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ فَظَهَرَ عَبْدًا بِتَقْرِيرِ مَا سَبَقَ (وَلَا مَهْرٍ) فِي الصُّورَتَيْنِ (بِالْفَسْخِ قَبْلَ الدُّخُولِ)، لِأَنَّ الْفَاسِخَ إِنْ كَانَ إِثَابًا فَقَدْ جَاءَ مِنْ قَبْلِهَا. وَهُوَ ضَائِبٌ عَدَمٌ وَجُوبُهُ لَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ كَانَ إِثَابًا فَيَسْبِبُهَا. (وَيَجِبُ) جَمِيعُ الْمَهْرِ (بَعْدَهُ)، لَا اسْتِقْرَارَهُ بِهِ.

(وَلَوْ شَرَطَ كَوْنُهَا بِنْتُ مَهِيرَةٍ) يَفْتَحُ الْمِيمَ وَكَسَرُهَا فَعِيلَةٌ بِمَعْنَى مَفْعُولَةٍ. أَي: بِنْتُ حُرَّةٍ تَتَكَحَّ بِمَهْرٍ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَقَةً فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، خِلَافَ الْأَمَةِ، فَإِنَّهَا قَدْ تَوَطَّأَ بِالْمَلِكِ (فَظَهَرَتْ بِنْتُ أَمَةٍ فَلَهُ الْفَسْخُ)، قَضِيَّةٌ لِلشَّرْطِ (فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرٍ)، لِمَا تَقَدَّمَ (وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ وَجَبَ الْمَهْرُ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُدْلَسِ)، لِغُرُورِهِ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ، بَلْ ذَكَرَهُ قَبْلَ الْعَقْدِ فَلَا حُكْمَ لَهُ، مَعَ احْتِمَالِهِ كَمَا سَلَفَ (فَإِنْ كَانَتْ هِيَ) الْمُدْلَسَةُ (رَجَعَ عَلَيْهَا) بِالْمُسَمَى (إِلَّا بِأَقْلٍ مَهْرٍ) وَهُوَ مَا يُتَمَوَّلُ، لِأَنَّ الْوَطْءَ الْمَحْتَرَمَ لَا يَخْلُو عَنْ مَهْرٍ، وَحَيْثُ وَرَدَ اللَّصُّ بِرُجُوعِهِ عَلَى الْمُدْلَسِ فَيَقْتَصِرُ فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَوْضِعِ الْيَقِينِ، وَهُوَ مَا ذُكِرَ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ آخَرَانِ، أَوْ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمُسْتَنْىَ أَقْلُ مَهْرٍ أَمْثَالِهَا، لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى مَنَفَعَةَ الْبُذْعِ فَوَجَبَ عِوَضُ مِثْلِهِ. الثَّانِي: عَدَمُ اسْتِثْنَاءِ شَيْءٍ عَمَلًا بِظَاهِرِ النُّصُوصِ. وَ الْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ. وَ كَذَا يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ عَلَى الْمُدْلَسِ لَوْ ظَهَرَتْ أَمَةٌ.

وَيُمْكِنُ سُؤْلُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ لَهُ بِتَكْلُفٍ. وَ تَخْتَصُّ الْأَمَةُ بِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ هِيَ الْمُدْلَسَةُ، فَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا عَلَى تَقْدِيرِ عِنْقِهَا. وَلَوْ كَانَ الْمُدْلَسُ مَوْلَاهَا أَعْتَبِرَ عَدَمُ تَلْقُظِهِ بِمَا يَفْتَضِي الْعِنَقَ، وَإِلَّا حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهَا ظَاهِرًا وَصَحَّ الْعَقْدُ.

(وَلَوْ شَرَطَهَا بِكَرٍّ أَظْهَرَتْ ثَبِيًّا فَلَهُ الْفَسْخُ) بِمُقْتَضَى الشَّرْطِ (إِذَا ثَبَتَ سَبْقُهُ) أَي: سَبْقُ الثُّبُوتِ (عَلَى الْعَقْدِ)، وَإِلَّا فَقَدْ يُمَكِّنُ تَجَدُّدَهُ بَيْنَ الْعَقْدِ وَ الدُّخُولِ بِنَحْوِ الْخَطْوَةِ وَ الْخُرُوفِصِ.

ثُمَّ إِنْ فَسَخَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ، وَ بَعْدَهُ فَيَجِبُ لَهَا الْمُسَمَى وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُدْلَسِ وَ هُوَ الْعَاقِدُ كَذَلِكَ الْعَالِمُ بِحَالِهَا، وَإِلَّا فَعَلَيْهَا مَعَ اسْتِثْنَاءِ أَقْلٍ مَا يَكُونُ مَهْرًا كَمَا سَبَقَ.

(وَقِيلَ) وَ الْقَائِلُ ابْنُ إِدْرِيسَ: لَا فَسْخَ، وَلَكِنْ يَنْقُصُ مِنْ مَهْرِهَا بِنِسْبَةِ مَا بَيْنَ مَهْرِ الْبِكْرِ وَ الثَّيِّبِ فَإِذَا كَانَ الْمَهْرُ الْمُسَمَى مِائَةً، وَ مَهْرُ مِثْلِهَا بِكَرٍّ مِائَةً، وَ ثَبِيًّا خَمْسُونَ نَقَصَ مِنْهُ النُّصْفَ، وَلَوْ كَانَ مَهْرُهَا بِكَرٍّ مِائَتَيْنِ، وَ ثَبِيًّا مِائَةً نَقَصَ مِنَ الْمُسَمَى خَمْسُونَ، لِأَنَّهَا نِسْبَةُ

مَا بَيْنَهُمَا، لَا مَجْمُوعٌ تَفَاوُتٍ مَا بَيْنَهُمَا، لِئَلَّا يَسْقُطَ جَمِيعُ الْمُسَمَّى كَمَا قُرِّرَ فِي الْأَرَشِ.
وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ الرِّضَا بِالْمَهْرِ الْمُعَيَّنِ إِنَّمَا حَصَلَ عَلَى تَقْدِيرِ اتِّصَافِهَا بِالْبِكَارَةِ وَلَمْ
تَحْصُلْ إِلَّا خَالِيَةً عَنِ الْوَصْفِ فَيَلْزَمُ التَّفَاوُتُ كَأَرَشٍ مَا بَيْنَ كَوْنِ الْمَبِيعِ صَحِيحاً وَمَعْبِياً.
وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمَوْجُودَ فِي الرِّوَايَةِ أَنَّ صَدَاقَهَا يَنْقُصُ. فَحَكَمَ الشَّيْخُ بِنَقْصِ شَيْءٍ مِنْ غَيْرِ
تَعْيِينٍ، لِإِطْلَاقِ الرِّوَايَةِ، فَأَعْرَبَ الْقُطْبُ الرَّاوَنْدِيُّ فِي أَنَّ التَّاقِصَ هُوَ السُّدُسُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ
«الشَّيْءَ» سُدُسٌ كَمَا وَرَدَ فِي «الْوَصِيَّةِ بِهِ» وَهُوَ قِيَاسٌ عَلَى مَا لَا يَطْرُدُ، مَعَ أَنَّ الشَّيْءَ مِنْ
كَلَامِ الشَّيْخِ قَصْدٌ لِلْإِنْفَاقِ تَبَعاً لِلرِّوَايَةِ الْمُتَضَمِّنَةِ لِلنَّقْصِ مُطْلَقاً.
وَرُبَّمَا قِيلَ: يَرْجِعُ إِلَى نَظَرِ الْحَاكِمِ، لِعَدَمِ تَفْسِيرِهِ لُغَةً، وَلَا شَرْعاً وَلَا عُرْفاً.

اگر زوج شرط کرده باشد که زوجه، باکره باشد اما معلوم شود که زوجه باکره نیست، زوج می تواند براساس شرط ضمن عقد، نکاح را فسخ نماید مشروط بر اینکه ثابت شود که عدم بکارت قبل از عقد نکاح وجود داشته است اما اگر ثابت نشود که عدم بکارت مربوط به قبل از عقد نکاح بوده است، امکان دارد که در فاصله زمانی میان عقد نکاح و نزدیکی از راههایی همچون جست و خیز یا ورود حشره «حُر قوص» در آلت تناسلی، بکارت از بین رفته باشد. [در مواردی که عقد نکاح با فرض باکره بودن زوجه، صورت می گیرد برای فسخ نکاح نیازی نیست که در ضمن عقد، شرط شده باشد.] اگر زوج، عقد نکاح را قبل از نزدیکی با زوجه، فسخ کند مهریه ای به زوجه تعلق نمی گیرد و اگر بعد از نزدیکی، فسخ کند باید مهرالمسمی را پرداخت نماید و زوج به شخصی مراجعه می کند که تدلیس کرده و علم به وضعیت زوجه [و باکره بودن وی] داشته است که همان عاقد می باشد اما اگر عاقد نسبت به وضعیت زوجه آگاهی نداشته باشد زوج به زوجه مراجعه می کند و همانگونه که قبلاً بیان شد حداقل مالی که ممکن است مهریه قرار گیرد از زوجه گرفته نمی شود. مرحوم ابن ادریس گفته است که زوج حق فسخ ندارد [زیرا اصل بر عدم حق فسخ است و احتیاط نیز چنین اقتضایی دارد مضافاً بر اینکه عدم بکارت، عیب نیست اما این نظریه حداقل در موردی که بکارت زوجه شرط شده باشد، قابل پذیرش نیست. به هر حال به اعتقاد ابن ادریس، عقد نکاح به اعتبار خود باقی می ماند و] به نسبت میان مهریه زوجه باکره و زوجه غیر باکره، از مهریه کاسته می شود بنابراین چنانچه مهرالمسمی، صد تومان باشد و مهرالمثل زن

باکره، صد تومان و مهرالمثل زن غیرباکره، پنجاه تومان باشد، نصف مهرالمسمی [یعنی پنجاه تومان] از آن کسر می‌شود. اگر مهرالمثل زن باکره، دویست تومان و مهرالمثل زن غیرباکره، صد تومان باشد، پنجاه تومان از مهرالمسمی کسر می‌شود زیرا پنجاه تومان [یا نصف] نسبت میان مهرالمثل در حالت باکره بودن و باکره نبودن است بنابراین مجموع تفاوت میان دو مهرالمثل [که معادل یکصد تومان است] کسر نمی‌شود زیرا در این صورت، تمامی مهرالمسمی کسر خواهد شد [و نحوه محاسبه مابه‌التفاوت مهریه] به همان شکلی است که مقدار ارش [در مبیع صحیح و معیوب] محاسبه می‌شود و مبنای این نظریه [یعنی نظریه ابن ادریس] آن است که رضایت شوهر به مهریه تعیین شده با این فرض بوده که زوجه، باکره باشد در حالیکه زوجه فاقد چنین وصفی بوده است بنابراین مابه‌التفاوت مهریه باید پس داده شود همانگونه که ارش میان مبیع سالم و مبیع معیوب، محاسبه می‌شود. اما آنچه که در روایت پیرامون این موضوع بیان شده آن است که، مهریه کم می‌شود [محمد بن حسن گوید از امام (ع) در این مورد سؤال کردم که آیا تمامی مهریه پس داده می‌شود یا کم می‌شود؟ امام فرمود: «کم می‌شود»] و مرحوم شیخ طوسی [براساس این روایت] حکم کرده است که چیزی کم می‌شود بدون اینکه مقدار مهریه‌ای که باید کم شود را تعیین کند زیرا روایت، به صورت مطلق، آن را بیان کرده است [و اشاره‌ای ندارد که چه مقدار کم شود و حتی واژه «شیء» را هم بیان نکرده است بلکه فقط گفته است: «ینقص»] بنابراین نظریه مرحوم قطب راوندی، عجیب است که می‌فرماید باید یک ششم مهریه کسر شود و ایشان کلمه «شیء» را معادل یک ششم دانسته است همانگونه که در مبحث وصیت نیز همین مقدار تعیین شده است [یعنی برخی فقها گفته‌اند که هرگاه موصی، وصیت کرده باشد که «شیء» را به فلانی بدهید باید یک ششم داد] اما چنین حکمی، قیاس بر امر نادر می‌باشد [زیرا جز در مورد وصیت، در جای دیگری واژه «شیء» را معادل یک ششم قرار نداده‌اند]. مضافاً بر اینکه واژه «شیء» را مرحوم شیخ طوسی بیان کرده است تا به تبع روایت، موضوع را در ابهام باقی بگذارد [و این کلمه در روایت بیان نشده است بلکه روایت] کم کردن مهریه را به صورت مطلق بیان کرده است. یک دیدگاه هم [که منسوب به محقق می‌باشد] آن است که [برای تعیین مقداری که باید از مهریه کسر گردد] به حاکم

مراجعه می‌شود زیرا در لغت و شرع و عرف، تفسیری برای نقصان بیان نشده است [یک دیدگاه هم آن است که باید نصف مهریه کسر شود زیرا در روایت‌های مربوط به کنیز، همین مقدار برای کنیز باکره و کنیز غیرباکره بیان شده است].

(الْفَصْلُ الثَّامِنُ: فِي الْقِسْمِ)

وَهُوَ يَفْتَحُ الْفَافَ مَصْدَرُ قَسَمْتُ الشَّيْءَ، أَمَّا بِالْكَسْرِ فَهُوَ الْحِظُّ وَ النَّصِيبُ، (وَالنُّشُوزُ) وَهُوَ اِزْتِفَاعُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَنِ طَاعَةِ الْآخَرِ (وَالشُّقَاقِ) وَهُوَ خُرُوجُ كُلِّ مِنْهُمَا عَنِ طَاعَتِهِ.

فصل هشتم - در مورد قسم است

قسم هرگاه با فتحه حرف «قاف» قرائت شود مصدر این عبارت است: «قسمت الشيء» [و به معنای تقسیم کردن شبها میان زوجه‌هاست] و اگر با کسره حرف «قاف» [یعنی «قسم»] خوانده شود به معنای بهره و نصیب [و تقدیر] است. نشوز [از واژه «نشز»] گرفته شده که به معنای مکان بلند است و در اصطلاح، عبارت از خودداری یکی از زوجین از اطاعت دیگری است. شقاق به معنای خارج شدن هر یک از زوجین از اطاعت یکدیگر است.

أَمَّا الْقِسْمُ فَهُوَ حَقٌّ لِكُلِّ مِنْهُمَا، لِاشْتِرَاكِ ثَمَرَتِهِ وَهُوَ الْعِشْرَةُ بِالْمَعْرُوفِ الْمَأْمُورِ بِهَا. (وَيَجِبُ لِلزَّوْجَةِ الْوَاحِدَةِ لَيْلَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ) وَلَهُ ثَلَاثُ لَيَالٍ يَبِيتُهَا حَيْثُ شَاءَ وَ لِلزَّوْجَيْنِ لَيْلَتَانِ مِنَ الْأَرْبَعِ، وَلَهُ لَيْلَتَانِ. (وَعَلَى هَذَا فَإِذَا تَمَّتِ الْأَرْبَعُ فَلَا فَاضِلَ لَهُ)، لِاسْتِعْرَافِهِنَّ النَّصَابَ، وَ مُقْتَضَى الْعِبَارَةِ أَنَّ الْقِسْمَةَ تَجِبُ ابْتِدَاءً وَإِنْ لَمْ يَبْتَدِئَا بِهَا، وَهُوَ أَشْهُرُ الْقَوْلَيْنِ، لَوْ رُودِ الْأَمْرِ بِهَا مُطْلَقاً. وَلِلشَّيْخِ قَوْلٌ، بِأَنَّهَا لَا تَجِبُ إِلَّا إِذَا ابْتَدَأَ بِهَا، وَ اخْتَارَهُ الْمُحَقِّقُ فِي الشَّرَائِعِ، وَ الْعَلَامَةُ فِي التَّحْرِيرِ وَهُوَ مُتَّجِهٌ وَ الْأَوَامِرُ الْمُدَّعَاةُ لَا تُنَافِيهِ.

ثُمَّ إِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَا قِسْمَةَ، وَ كَذَا لَوْ كُنَّ أَكْثَرَ وَ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ وَإِنْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ لَيْلَةٌ لَزِمَهُ لِلْبَاقِيَّاتِ مِثْلُهَا وَ عَلَى الْمَشْهُورِ يَجِبُ مُطْلَقاً، وَ حِينَئِذٍ فَإِنْ تَعَدَّدَنَ ابْتِدَاءً بِالْقُرْعَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ، وَ إِلَّا افْتَقَرَ إِلَى قُرْعَةٍ أُخْرَى لِلثَّانِيَةِ، وَ هَكَذَا لَيْلًا يُرَجَّحُ بَعِيرُ

مُرَجَّحٌ. وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ.

وَعَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ يَتَخَيَّرُ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ،

قسم، حقی برای زوجین است زیرا هر دو از آن بهره می‌گیرند و فایده قسم، همان همزیستی متعارف است که به آن دستور داده شده است [آیه ۱۸ سوره نساء: «و عاشروهُنَّ بالمعروف» پس هر یک از زوجین حقی بر گردن دیگری دارد که باید ادا شود هر چند حق زوج بر زوجه بسیار بزرگ‌تر است بگونه‌ای که پیامبر(ص) فرموده است؛ «اگر سجدۀ انسان بر انسان جایز بود به زن دستور می‌دادم که بر شوهرش سجده کند بخاطر حقّ زیادی که زوج بر زوجه دارد.» اما یکی از حقوقی که زن بر مرد دارد آن است که مرد باید شبها را میان همسرانش تقسیم کند: [بر شوهر واجب است که یک شب از هر چهار شب را به یگانه همسرش اختصاص دهد و سه شب باقیمانده متعلق به شوهر است که هر کجا می‌خواهد در آن بیتوته نماید و [چنانچه مرد، دارای دو همسر باشد] باید دو شب از هر چهار شب را به دو همسر خویش اختصاص دهد و دو شب باقیمانده متعلق به شوهر می‌باشد تا هر جا که می‌خواهد برود. [قسمت کردن شبها، حقی برای زوجین می‌باشد بنابراین همچون سایر حقوق قابل اسقاط هستند اما از آنجا که حقی مشترک می‌باشد، اسقاط حق از سوی یک طرف، مستلزم قبول این اسقاط از سوی طرف دیگر است] و تقسیم چهار شب به همین ترتیب ادامه پیدا می‌کند تا به چهار شب برسد که در این صورت، شبی اضافه باقی نمی‌ماند زیرا چهار زوجه، چهار شب را پر می‌کنند. مفهوم عبارت شهید اول آن است که تقسیم کردن شبها میان همسران از همان ابتدا واجب باشد اعم از اینکه زوج، خوابیدن نزدیکی از همسران را شروع کرده باشد یا شروع نکرده باشد و این نظریه، از نظریۀ دیگری که در این زمینه وجود دارد، مشهورتر است زیرا دستوری که برای تقسیم شبها میان همسران داده شده است به صورت مطلق می‌باشد [یعنی وجوب تقسیم شبها را مقید به آن نکرده است که اگر شوهر، خوابیدن نزدیکی از همسران خود را آغاز کرد باید بقیۀ شبها را میان همسرانش تقسیم کند اما اگر نزد هیچیک از آنها بیتوته نکرد، باز هم تقسیم شبها واجب باشد: وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۴ از ابواب قسمت و نشوز و شقاق] اما مرحوم شیخ طوسی گفته است که تقسیم شبها میان همسران در صورتی بر شوهر

واجب می شود که خوابیدن نزد یکی از آنها را شروع کرده باشد یعنی تقسیم شب ها مانند نفقه نیست که به محض انعقاد عقد نکاح و تمکین، واجب شود اما مشهور فقها گفته اند که دستور به معاشرت معروف اقتضا می کند که امر به صورت تکراری، اطاعت شود. براساس نظر شیخ طوسی، تقسیم شب ها میان همسران در صورتی واجب خواهد بود که شوهر، یک شب را نزدیکی از همسران خود بیتوته کرده باشد. [مرحوم محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام و مرحوم علامه در کتاب تحریر، نظریه مرحوم شیخ طوسی را برگزیده اند و [از دیدگاه شهیدثانی هم] این نظریه موجه است و دستورهایی که [در روایات بیان شده است] و ادعا می شود منافاتی با وجوب تقسیم شبها در صورتی که یک شب را نزد یکی از زن ها بیتوته کرده باشد ندارد [یعنی دستور به تقسیم شب ها منافاتی با این نظریه ندارد که تقسیم در صورتی انجام شود که زوج یک شب را نزدیکی از زوجه هایش سپری کند]. حال چنانچه زوج فقط یک همسر داشته باشد یا اگر چند همسر دارد نزد هیچکدام بیتوته نکند تقسیم شب ها منتفی خواهد شد اما اگر یک شب را پیش یکی از همسرانش بماند باید مانند همان شب را نزد هر یک از همسرانش باقی بماند. حال براساس نظریه مشهور فقها، مرد باید شب ها را در هر صورت میان همسرانش تقسیم کند هر چند نزدیکی از همسرانش بیتوته نکرده باشد [زیرا تقسیم کردن شب ها به محض انعقاد عقد نکاح بر مرد واجب می شود و مقید به شرط دیگری همچون بیتوته کردن نزد یکی از همسران نمی باشد] و در این صورت که باید شب ها را از ابتدا میان همسرانش تقسیم نماید بدون اینکه نیاز به بیتوته نزدیکی از آنها باشد بالاخره باید از یکی از همسرانش شروع کند و انتخاب یکی از آنها ترجیح بلامرجح می شود مگر اینکه همگی بر این امر توافق نمایند و گرنه [بیتوته کردن نزدیکی از همسران را از طریق قرعه شروع می کند] یعنی میان همسران خود قرعه می کشد و قرعه به نام هر کدام درآمد ابتدا نزد او بیتوته می کند] و اگر زوجه ها، دو نفر باشند [یک قرعه کشی کفایت می کند] و اگر بیش تر باشند نیاز به قرعه کشی دیگری برای انتخاب زوجه دوم می باشد و به همین صورت ادامه پیدا می کند تا ترجیح بدون مرجح صورت نگیرد [مثلاً اگر سه زوجه به نام های «الف» و «ب» و «ج» وجود داشته باشند و شوهر بخواهد خوابیدن نزدیکی از آنها را شروع کند، هر کدام را که انتخاب

نماید ترجیح بلامرجح خواهد بود پس قرعه کشی می‌کند. چنانچه قرعه به نام «ب» افتاد شب اول را نزد او سپری می‌کند و برای اینکه مشخص شود شب دوم را نزد «الف» یا «ج» سپری کند باید قرعه کشی دیگری انجام دهد پس اگر مثلاً قرعه به نام «الف» افتاد شب دوم را نزد او سپری می‌کند و شب سوم را هم نزد «ج» می‌گذراند. [دیدگاه دیگری می‌گوید زوج، اختیار دارد که بیتوته نزد هر یک از زوجه‌ها را که خودش تشخیص می‌دهد شروع کند] بدون اینکه نیازی به قرعه کشی باشد مثلاً شب اول را نزد «الف» و شب دوم را نزد «ج» و شب سوم را نزد «ب» سپری می‌کند و البته این نظریه در حالتی است که وجوب تقسیم شب‌ها به صورت مطلق باشد اعم از اینکه عملاً نزدیکی از زوجه‌ها بیتوته کرده باشد یا بیتوته نکرده باشد اما چنانچه وجوب تقسیم را مشروط به بیتوته کردن زوج نزدیکی از همسرانش بدانیم یعنی [براساس نظریه مرحوم شیخ طوسی، زوج ترتیب بیتوته کردن نزد هر یک از زوجه‌ها را به اختیار خودش انتخاب می‌کند بدون اینکه نیازی به قرعه کشی باشد] زیرا قبل از آنکه نزدیکی از همسرانش بیتوته کند اساساً تکلیفی متوجه او نیست و زمانی که نزدیکی از آنها بیتوته کرد، تکلیف متوجه او می‌شود بنابراین باید برای تعیین زوجه دوم و سوم و چهارم باید قرعه بکشد و معافیت از قرعه کشی فقط در مورد انتخاب زوجه اول خواهد بود که زوج می‌خواهد بیتوته را از او شروع کند.]

وَلَا تَجُوزُ الزَّيَادَةُ فِي الْقِسْمَةِ عَلَى لَيْلَةٍ بِدُونِ رِضَاهُنَّ، وَهُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ، لِأَنَّهُ الْأَصْلُ، وَ لِلنَّاسِ بِالنَّبِيِّ ﷺ، فَقَدْ كَانَ يَقْسِمُ كَذَلِكَ، وَلِئَلَّا يَلْحَقَ بَعْضُهُنَّ ضَرَرٌ مَعَ الزِّيَادَةِ بِعُرُوضٍ مَا يَقْطَعُهُ عَنِ الْقِسْمِ لِلْمُتَأَخَّرَةِ. وَالْآخَرُ جَوَازُهَا مُطْلَقاً، لِلْأَصْلِ.

وَلَوْ قِيلَ بِتَقْيِيدِهِ بِالضَّرَرِ، كَمَا لَوْ كُنَّ فِي أَمَا كِنْ مُتْبَاعَةً يَشُقُّ عَلَيْهِ الْكُونُ كُلَّ لَيْلَةٍ مَعَ وَاحِدَةٍ كَانَ حَسَنًا، وَ حِينَئِذٍ فَيَتَقَيَّدُ بِمَا يَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرَرُ، وَيَتَوَقَّفُ مَا زَادَ عَلَى رِضَاهُنَّ، وَ كَذَا لَا يَجُوزُ أَقْلٌ مِنْ لَيْلَةٍ، لِلضَّرَرِ.

مرد نمی‌تواند در تقسیم شب‌ها میان همسرانش، زیاده‌تر از یک شب را برای یکی از آنها قرار دهد مگر اینکه زوجه‌ها به این امر رضایت بدهند [مثلاً اگر مردی دارای دو همسر به نام‌های «الف» و «ب» باشد نمی‌تواند سه شب از چهار شب را به «الف» و یک شب را به «ب» اختصاص بدهد و البته نظریه مخالفی هم وجود دارد و آنچه که گفته شد]

یکی از دو نظریه‌ای است [که در این زمینه مطرح شده است و دلیل این نظریه] آن است که مطابق اصل می‌باشد [یعنی اصل و قاعدهٔ مسلمی که از روایات بدست می‌آید آن است که هر یک از زوجه‌ها استحقاق یک شب از چهار شب را دارند و پیروی سیرهٔ پیامبر نیز چنین اقتضایی دارد زیرا پیامبر (ص)، شب‌ها را به همین صورت تقسیم می‌کرد] و برای هر یک از همسرانش بیش‌تر از یک شب قرار نمی‌داد. دلیل سوم برای عدم جواز زیادی در قسمت برای یکی از همسران آن است که [با زیاد کردن قسمت یکی از زوجه‌ها، ضرری به برخی از آنها وارد نشود زیرا ممکن است مانعی بوجود آید و شوهر نتواند قسمت زوجهٔ دیگر را نزد او سپری کند] مثلاً هرگاه در مثال فوق، شوهر سه شب را نزد «الف» بیتوته کند ممکن است در روز سوم بیمار شود و نتواند شب چهارم را نزد «ب» بیتوته کند. [نظریهٔ دیگر آن است که زوج می‌تواند قسمت یکی از زوجه‌ها را اضافه‌تر قرار دهد بدون اینکه نیاز به رضایت همسرانش باشد زیرا اصل بر جواز است] و روایات شرعی هم به صورت مطلق دستور به تقسیم داده‌اند. مرحوم شهیدثانی دیدگاه سومی را در این زمینه مطرح کرده و می‌فرماید: [و مناسب است جواز زیادی قسمت برای یکی از زنان، مقید به ضرر شود] یعنی زیاد کردن سهم یکی از زنان در صورتی جایز است که انجام ندادن آن، ضرری را برای شوهر در پی داشته باشد] مانند اینکه زنان در مکان‌های دوری نسبت به یکدیگر زندگی کنند بگونه‌ای که اگر مرد بخواهد نزد هر یک از همسرانش یک شب بماند موجب سختی و مشقت وی گردد [مانند اینکه یکی از زن‌ها در تهران و دیگری در شیراز و سومی در مشهد باشد و در این صورت طبیعی است که شوهر نمی‌تواند یک شب را در تهران بوده و شب بعد را در شیراز و شب سوم را در مشهد باشد.] و در این حالت که افزودن بر قسمت زوجه، مشروط به ضرر شوهر می‌باشد، افزایش شب‌ها تا جایی امکان دارد که ضرر را دفع می‌کند و بیشتر از آن نیاز به رضایت همسران خواهد داشت [مثلاً اگر مرد بتواند دو شب در تهران بماند و شب سوم به شیراز برود، حق ندارد سه شب در تهران بماند زیرا همان دو شب، ضرر را از بین می‌برد و افزودن شب سوم نیاز به رضایت همسران دارد] همچنین مرد حق ندارد که کمتر از یک شب را نزد یکی از همسرانش بیتوته کند [مثلاً تا ساعت دو بامداد نزد وی بماند و سپس از آنجا خارج شود] زیرا موجب ضرر زوجه

می‌شود [و حق زوجه آن است که شوهرش یک شب کامل را نزد او سپری کند].
 (وَلَا فَرْقَ) فِي وُجُوبِ الْقَسَمِ (بَيْنَ الْحُرِّ، وَالْعَبْدِ، وَالْخَصِيِّ، وَالْعَيْنِ، وَغَيْرِهِمْ)
 لِإِطْلَاقِ الْأَمْرِ، وَكَوْنِ الْغَرَضِ مِنْهُ الْإِيْنَانُ بِالْمُضَاجَعَةِ لَا الْمُوَاقَعَةَ.

در تقسیم شب‌ها میان همسران تفاوتی ندارد که شوهر، انسانی آزاد یا برده باشد و شخصی آخته یا ناتوان جنسی یا غیر اینها باشد زیرا دستوری که برای تقسیم شب‌ها داده شده است، مطلق می‌باشد [و آن را مقید به آزاد بودن شوهر یا توانایی جنسی وی و شرایطی از این دست نکرده است] و هدف از تقسیم شب‌ها آن است که زن و مرد بواسطه همبستر شدن و در کنار یکدیگر خوابیدن، باهم دوست و صمیمی شوند و نزدیکی کردن، مورد نظر نمی‌باشد.

(وَتَسْقُطُ الْقِسْمَةُ بِالنَّشُوزِ) إِلَى أَنْ تَرْجِعَ إِلَى الطَّاعَةِ، (وَالسَّفَرِ) أَيُّ: سَفَرِهِ مُطْلَقاً مَعَ اسْتِصْحَابِهِ لِإِحْدَاهُنَّ، أَوْ عَلَى الْقَوْلِ بِوُجُوبِهِ مُطْلَقاً، فَإِنَّهُ لَا يَقْضِي لِلْمُتَخَلِّفَاتِ وَإِنْ لَمْ يُفْرَغْ لِلْخَارِجَةِ، وَقِيلَ مَعَ الْفُرْعَةِ، وَالْإِ قَضَى.
 أَمَّا سَفَرُهَا فَإِنْ كَانَ لَوَاجِبٍ أَوْ جَائِزٍ بِإِذْنِهِ وَجَبَ الْقَضَاءُ، وَلَوْ كَانَ لِعَرَضِهَا فِي الْقَضَاءِ قَوْلَانِ لِلْعَلَامَةِ فِي «الْقَوَاعِدِ» وَالتَّخْرِيرِ». وَ الْمُتَّجِهَةُ وَجُوبُهُ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ وَاجِبٍ بغيرِ إِذْنِهِ وَ لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ فَهِيَ نَاشِئَةٌ.

قسمت با نشوز زن از بین می‌رود تا زمانی که زوجه به تمکین و اطاعت از مرد بازگردد [زیرا قسمت، منفعتی مشترک برای دو طرف دارد و اجرای آن از سوی یک طرف، ممکن نیست] همچنین در صورتی که شوهر، یکی از زنانش را با خود به مسافرت برده باشد مسافرت وی مطلقاً قسمت را ساقط می‌کند [اعم از اینکه قسمت را از ابتدا واجب بدانیم چگونه که مشهور گفته‌اند یا وجوب آن را مشروط به زمانی نمائیم که زوج نزدیکی از همسرانش بیتوته کرده باشد بنابراین بر شوهر واجب نیست زمانی که از مسافرت بازگشت، سهم هر یک از زنان را که در زمان مسافرت با او نبوده‌اند، قضا کند. و همین حکم وجود دارد] در صورتی که شوهر، هیچیک از همسرانش را با خود نبرد بر وی واجب نیست زمانی که برمی‌گردد سهم همسران خود را قضا کند مشروط بر اینکه وجوب تقسیم را مطلق بدانیم یعنی اعم از آن باشد که نزدیکی از همسران بیتوته کرده باشد یا منوط به بیتوته کردن نزدیکی از همسران نباشد [اما اگر وجوب تقسیم منوط بر

آن باشد که شوهر، یک شب را پیش یکی از همسرانش بیتوته کرده باشد طبیعی است که سقوط تقسیم نیز سالبه به انتفای موضوع خواهد بود زیرا شوهر، هیچیک از همسرانش را با خود نبرده است تا نزد وی بیتوته کند و از طرفی وجوب تقسیم شبها منوط به بیتوته کردن است پس از اصل، وجوبی وجود ندارد تا ساقط شود] بنابراین سهم زنانی که همراه شوهرشان به مسافرت نرفته‌اند قضا نمی‌شود هر چند زنی که به مسافرت رفته است از طریق قرعه کشی انتخاب نشده باشد [عبارت اخیر اشاره به نظریه برخی از فقها دارد که چنانچه شوهر، یکی از زنان خود را از طریق قرعه کشی انتخاب کرده و به مسافرت ببرد لازم نیست قسمت زنانی را که همراه وی به مسافرت نرفته‌اند قضا کند اما اگر یکی از آنها را بدون قرعه کشی با خود ببرد باید قسمت بقیه را که با خود نبرده است قضا کند. شهیدثانی اظهار می‌دارد که انتخاب زن با قرعه و بدون قرعه تأثیری در این موضوع ندارد. صاحب کتاب قواعد گفته است که اگر شوهر، یکی از زنان خود را بدون قرعه با خودش به مسافرت ببرد، حکم به قضای قسمت زنانی که به سفر نرفته‌اند مشکل است زیرا زنان نسبت به مسافرت شوهرشان حقی ندارد و گرنه شوهر حق نداشت به تنهایی به مسافرت برود و اصل هم بر واجب نبودن قضاء است و زنی که به مسافرت می‌رود گرچه از همراهی با شوهرش بهره می‌برد اما رنج سفر نیز او را آزار می‌دهد بویژه سفرهایی که برای تفریح نیست. همچنین مرحوم علامه گفته است چنانچه مسافرت شوهر برای تجارت باشد قضای آن برای بقیه همسران لازم نیست اما اگر مسافرت تفریحی باشد باید قضایی قسمت را برای زنانی که به سفر نرفته‌اند بجا آورد. آنچه که گفته شد راجع به سفر شوهر بود و اما فقها در مورد مسافرت زن نیز سخن به میان آورده‌اند که چنانچه زوجه به تنهایی مسافرت کند، آیا بر شوهرش واجب است که قضایی قسمت او را در زمانی که در مسافرت بوده است بجا آورد؟ مرحوم شهیدثانی این مسأله را چنین مطرح کرده است: [چنانچه مسافرت زوجه برای امر واجبی باشد مانند سفر حج واجب یا سفری که برای درمان صورت می‌گیرد] یا اگر برای امر واجبی نیست با اذن شوهر باشد، شوهر باید قضای آن را بجا آورد اما اگر مسافرت زوجه [با اذن شوهر و] بخاطر مصلحت خودش باشد، مرحوم علامه در کتاب قواعد و تحریر، دو دیدگاه پیرامون وجوب یا عدم وجوب قضای قسمت و بهره زن بیان کرده است؛ [یک

دیدگاه آن است که باید قضا شود زیرا شوهر اذن داده است که حق خودش ساقط شود اما حق زوجه کماکان باقی است و دیدگاه دیگر آن است که قضای آن واجب نیست زیرا حق استمتاع مرد بخاطر مصلحت زن از بین رفته است. اگر مسافرت زوجه بخاطر کار واجبی نباشد و بدون اذن شوهر صورت گیرد و ضرورتی هم برای مسافرت وی وجود نداشته باشد، این زن ناشزه می باشد [و زن ناشزه حق قسمت ندارد زیرا قسمت نیز مانند نفقه، جزء حقوق زوجیت می باشد که با نشوز ساقط می شود].

(وَيَخْتَصُّ الْوَجُوبَ بِاللَّيْلِ، وَ أَمَّا النَّهَارُ فَلِمَعَاشِهِ) إِنْ كَانَ لَهُ مَعَاشٌ (إِلَّا فِي نَحْوِ الْحَارِسِ) وَمَنْ لَا يَتِمُّ عَمَلُهُ إِلَّا بِاللَّيْلِ (فَتَنْعَكِسُ) قِسْمَتُهُ فَتَجِبُ نَهَاراً دُونَ اللَّيْلِ وَقِيلَ: تَجِبُ الْإِقَامَةُ صَبِيحَةً كُلَّ لَيْلَةٍ مَعَ صَاحِبَتِهَا، لِرَوَايَةِ إِبْرَاهِيمَ الْكَرْخِيِّ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ هِيَ مَحْمُولَةٌ مَعَ تَسْلِيمِ سَدِّهَا عَلَى الْأَسْتِحْبَابِ وَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالصَّبِيحَةِ أَوَّلَ النَّهَارِ بِحَيْثُ يُسَمَّى صَبِيحَةً عُرْفاً، لَا مَجْمُوعُ الْيَوْمِ.

هَذَا كُلُّهُ فِي الْمُقِيمِ، وَأَمَّا الْمُسَافِرُ الَّذِي مَعَهُ زَوْجَاتُهُ فَعِمَادُ الْقِسْمَةِ فِي حَقِّهِ وَقْتُ التَّزْوِلِ لَيْلاً كَانَ أَمْ نَهَاراً، كَثِيراً كَانَ أَمْ قَلِيلاً.

(وَاللَّامَةِ) الْمَقْضُودِ عَلَيْهَا دَوَاماً حَيْثُ يَسُوعُ (نِصْفُ الْقِسْمِ) لِصَبِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِذَا كَانَ تَحْتَهُ أُمَةٌ مَمْلُوكَةٌ فَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا حُرَّةً قَسَمَ لِلْحُرَّةِ مِثْلِي مَا يَقْسِمُ لِلْمَمْلُوكَةِ». وَ حَيْثُ لَا تَكُونُ الْقِسْمَةُ فِي أَقَلِّ مِنْ لَيْلَةٍ فَلِلَّامَةِ لَيْلَةٌ مِنْ ثَمَانٍ، وَ لِلْحُرَّةِ لَيْلَتَانِ، وَ لَهُ خَمْسٌ.

وَ يَجِبُ تَفْرِيقُ لَيْلَتِي الْحُرَّةِ لِنَفْعٍ مِنْ كُلِّ أَرْبَعٍ وَاحِدَةً إِنْ لَمْ تَرْضَ بغيرِهِ، وَإِنَّمَا تَسْتَحِقُّ الْأُمَةُ الْقِسْمَةَ إِذَا اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ بِأَنْ كَانَتْ مُسْلِمَةً لِلزَّوْجِ لَيْلاً وَ نَهَاراً كَالْحُرَّةِ. (وَ كَذَا الْكِتَابِيَّةُ الْحُرَّةُ) حَيْثُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا دَوَاماً عَلَى الْمَشْهُورِ، وَ عُلِّلَ بِنَقْصِهَا بِسَبَبِ الْكُفْرِ فَلَا تَسَاوِي الْمُسْلِمَةَ الْحُرَّةَ.

(وَالْكِتَابِيَّةُ الْأُمَةُ رُبْعُ الْقِسْمِ) لَيْلاً تَسَاوِي الْأُمَةَ الْمُسْلِمَةَ (فَتَصِيرُ الْقِسْمَةُ مِنْ سِتِّ عَشْرَةَ لَيْلَةً) لِلَّامَةِ الْكِتَابِيَّةِ مِنْهَا لَيْلَةٌ، وَ لِلْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ أَرْبَعٌ كَمَا سَلَفَ وَ لِلَّامَةِ الْمُسْلِمَةِ لَيْلَتَانِ لَوْ اتَّفَقَتْ وَ كَذَا الْكِتَابِيَّةُ. وَ مِنْ هُنَا يَتَفَرَّعُ بَاقِي صُورِ اجْتِمَاعِ الزَّوْجَاتِ الْمُتَفَرِّقَاتِ فِي الْقِسْمَةِ وَ هِيَ أَرْبَعُونَ صُورَةً تُبْلَغُ مَعَ الصُّورِ الْمُتَّفِقَةِ اثْنَتَيْنِ وَ خَمْسِينَ تُعْرَفُ مَعَ أَحْكَامِهَا بِالتَّأَمُّلِ.

وجوب قسمت اختصاص به شب دارد [یعنی شوهر باید شب را نزد زوجه‌ای که نوبت اوست بماند و بیتوته کند زیرا خداوند شب را آرامشی برای مردم قرار داده است و زنان هم وسیله آرامش مردان هستند و در شب، مردان بهتر می‌توانند بهره جنسی ببرند] اما روز مخصوص کسب درآمد برای زندگی است اگر شوهر، اهل کسب و تحصیل درآمد باشد مگر اینکه شوهر اشتغال به نگهبانی و حرفه‌هایی نظیر آن داشته باشد که باید عمل خود را در شب انجام دهد که در این صورت، حکم تقسیم برعکس خواهد بود یعنی شوهر باید روزهای خود را میان همسرانش تقسیم کند. یک دیدگاه آن است که شوهر باید صبح هر شبی را نزد زنی بماند که آن شب متعلق به اوست [مثلاً اگر شنبه شب را نزد «الف» بوده است باید صبح روز یک‌شنبه نیز نزد «الف» بماند وجوب باقی ماندن نزد زوجه در صبح آن شب] بخاطر روایت ابراهیم کرخی از امام صادق (ع) است [که گوید از امام (ع) درباره مردی سؤال کردم که چهار زن دارد و سه شب را نزد سه زن می‌خوابد و با آنها نزدیکی می‌کند اما زمانی که نزد زن چهارم در شب مخصوص او می‌خوابد با وی نزدیکی نمی‌کند؛ آیا مرتکب گناه شده است؟ امام (ع) فرمود: «آنچه که بر شوهر واجب می‌باشد آن است که در شب مخصوص زن نزد وی بماند و در صبح آن شب نیز نزد او باشد اما بر شوهر واجب نیست که با همسرش نزدیکی کند هرگاه تمایلی به نزدیکی نداشته باشد: وسایل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۵ از ابواب قسم و نشوز، حدیث اول] این روایت با فرض اینکه سندش صحیح باشد حمل بر استحباب می‌شود یعنی مستحب است که شوهر، روز بعد از آن شب را نیز نزد همسرش بماند. مرحوم شیخ طوسی از باقی ماندن در صبح با عنوان «قیلوله صبح آن شب» یاد کرده است و ظاهراً آن را واجب می‌داند و توجیه مطلب آن است که یک شب یا یک روز، بیست و چهار ساعت می‌باشد و در حقیقت به یک شبانه‌روز، یک شب یا یک روز گفته می‌شود و این از باب اطلاق جزء بر کل است. [ظاهراً منظور از صبح [صبحه]، قسمت اول روز است بگونه‌ای که عرفاً «صبحه» نامیده می‌شود بنابراین مجموع روز موردنظر نیست [زیرا عرفاً به تمام روز، «صبح» یا «صبحه» گفته نمی‌شود. همچنین منظور از باقی ماندن نزد زن در شب به معنای آن نیست که از غروب تا طلوع آفتاب مستمراً در کنار همسر بیتوته کند بلکه باید به معنای عرفی آن مراجعه کرد بنا بر

این لازم نیست هنگام غذا خوردن یا عبادت یا سرکشی به کارهای روز قبل نیز نزد همسرش باشد. همانگونه که دیدیم مسافرت یکی از عوامل سقوط قسمت است بنابراین در زمانی که شوهر به مسافرت می‌رود، تقسیم شب‌ها نیز منتفی خواهد بود هر چند همسران خود را همراه خودش برده باشد با این وجود برخی از فقها، احکام قسمت در حالت مسافرت شوهر را نیز بیان کرده‌اند و شهید اول اشاره‌ای به تفکیک میان قسمت در حالت اقامت شوهر و مسافرت وی ندارد اما شهید ثانی چنین تفکیکی را پذیرفته و می‌فرماید: [آنچه که بیان شد مربوط به شوهری است که [در مسافرت بسر نمی‌برد] و در محل سکونت خویش اقامت دارد اما در مورد مسافری که همسرانش را به دنبال خود برده است مبنای قسمت کردن زمان میان زوجه‌ها، زمانی است که مسافر به محل مورد نظر می‌رسد اعم از اینکه شب باشد یا روز باشد؛ زمان کمی باشد یا زمان طولانی باشد] مثلاً اگر مسافر، ظهر روز یک شنبه به شهر مقصد رسید همین روز را بعنوان قسمت و بهره زوجه اول به او اختصاص داده می‌شود و روز جایگزین شب می‌شود هر چند فقط ساعات محدودی از روز باقی مانده باشد و همین چند ساعت بجای یک شب قرار می‌گیرد. البته این گفته محل تأمل است زیرا باقی بودن حق قسمت در حال سفر و نیز قرار گرفتن روز بجای شب که برخلاف اصل و قاعده می‌باشد نیاز به دلیل دارد.]

و تَسْتَحِقُّ الْقِسْمَ مَرِيضَةً، وَ رَتْقًا، وَ قَرْنًا، وَ حَائِضٌ، وَ نَفْسَاءٌ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ الْأُنْسَ لَا الْوَطْءَ.

(وَلَا قِسْمَةَ لِلصَّغِيرَةِ) الَّتِي لَمْ تَبْلُغِ التَّسَعِ، (وَلَا لِلْمَجْنُونَةِ الْمُطْبِقَةِ إِذَا خَافَ أَذَاهَا) مَعَ مُضَاجَعَتِهَا، لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مَشْرُوطَةٌ بِالتَّمَكُّينِ، وَ هُوَ مُتَنَفٍّ فِيهِمَا، وَ لَوْ لَمْ يَخَفْ مِنَ الْمَجْنُونَةِ وَجَبَ، وَ كَذَا غَيْرُ الْمُطْبِقَةِ.

زنی که بیمار است یا دارای عیب رتق یا قرن می‌باشد یا در حالت حیض و نافسه بودن به سر می‌برد از حق قسم برخوردار است زیرا هدف از «قسم» نزدیکی کردن نیست بلکه پیدایش حالت انس و مهربانی میان زن و شوهر است. اما زوجه صغیر که کمتر از نه سال دارد [یعنی به سن بلوغ شرعی نرسیده است] از چنین حقی بهره نمی‌برد [زیرا قسمت از جمله حقوقی است که به زوجه تعلق دارد و صغیر بودن زن، این حق را از بین می‌برد همچنانکه نشوز، حق نفقه را از بین می‌برد. البته فقها در مورد زوجه

صغیری که امکان لذت بردن جنسی از وی وجود دارد تردید کرده‌اند زیرا مشمول روایات و ادله مربوط به «حق قسم» قرار می‌گیرد و عدم امکان دخول نیز حق قسمت او را از بین نمی‌برد مگر اینکه گفته شود که شمول ادله حق قسمت نسبت به چنین زوجه‌ای با تردید روبروست بنابراین اصل براءت از وجوب حق را اجرا می‌کنیم. [زوجه‌ای که جنون دائمی دارد از حق قسمت بهره‌ای نمی‌برد مشروط بر اینکه شوهر از همبستر شدن با وی هراس داشته باشد زیرا حق قسمت در صورتی است که زن از مرد تمکین نماید اما تمکین نسبت به چنین زن و مردی منتفی می‌باشد [زوجه دیوانه فاقد قوه ادراکی است که او را به سوی انس و محبت فراخواند] اما اگر شوهر، بیم و ترسی از زوجه دیوانه‌اش نداشته باشد باید حق قسمت را نسبت به وی بجا آورد همچنانکه زوجه‌ای که دچار جنون ادواری است [در دوران جنون، حق قسمت ندارد و در دوران سلامت، از این حق بهره‌مند می‌باشد].

(وَيَقْسِمُ الْوَلِيُّ بِالْمَجْنُونِ) بِأَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَى أَزْوَاجِهِ بِالْعَدْلِ، أَوْ يَسْتَدْعِيَهُنَّ إِلَيْهِ، أَوْ بِالْتَّفَرُّيقِ، وَلَوْ خَصَّ بِهِ بَعْضَهُنَّ فَقَدْ جَارَ، وَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ، فَإِنْ أَفَاقَ الْمَجْنُونُ قَضَى مَا جَارَ فِيهِ الْوَلِيُّ، وَ فِي وَجُوبِهِ عَلَيْهِ نَظَرٌ، لِعَدَمِ جَوْرِهِ.

[قسمت برای شوهر، حق و تکلیف است و فایده‌ای که از قسمت برای زوج حاصل می‌شود اقتضا می‌کند که تفاوتی میان شوهر بیمار و سالم، شوهر معیوب و صحیح شوهر آزاد و برده و شوهر مجنون و عاقل نباشد اما اجرای این حق در مورد شوهری که دچار جنون است احکام خاصی دارد که مؤلف در اینجا به بیان این احکام می‌پردازد:] ولی از سوی مجنون، تقسیم شب‌ها میان همسران را انجام می‌دهد بدین صورت که با رعایت عدالت، شوهر را نزد همسرانش می‌برد [یعنی هر شب، وی را نزد زوجه‌ای می‌برد که آن شب به او تعلق دارد] یا زوجه‌ها را نزد شوهر می‌آورد [یعنی هر شب، زوجه‌ای را که آن شب به وی تعلق دارد به خانه شوهر می‌آورد یا به گونه مختلط عمل می‌کند] یعنی شوهر را نزد برخی از همسران وی برده و برخی همسران را نزد شوهر می‌آورد. [اگر ولی فقط قسمت را در مورد برخی از همسران شوهر مجنون، اجرا کرده باشد، ستم کرده است و ولی باید نسبت به زنی که قسمت در مورد وی اجرا نشده است، آن را قضا نماید و چنانچه شوهر، عاقل شود باید ستمی را که از سوی ولی صورت گرفته است جبران

نماید [زیرا حق قسمت همچون دینی است که برعهده شوهر باقی می ماند] اما وجوب قضای قسمت برای شوهر، محلّ تأمل است زیرا شوهر، ستمی نکرده است [و مجنون، تکلیفی ندارد در حالیکه قضاء تابع تکلیف می باشد که این تکلیف یا باید با همان امر قبلی به قسمت، ثابت شده باشد و یا امر جدیدی به آن تعلق گرفته باشد که هر دو صورت، منتفی است]. [اگر فایده قسمت در صورت جنون شوهر، منتفی باشد لاجرم حق قسمت نیز منتفی خواهد بود.]

(و تَخْتَصُّ الْبِكْرُ عِنْدَ الدُّخُولِ بِسَبْعٍ لَيَالٍ وَلَاءٌ، وَلَوْ فَرَّقَهُ لَمْ يُخْتَسَبْ وَ اشْتَأَفَ وَ قَضَى الْمَفْرَقُ لِلْآخِرِيَّاتِ. وَ يَحْتَمِلُ الْإِحْتِسَابُ مَعَ الْإِثْمِ، (وَ الشَّيْبُ بِثَلَاثٍ) وَلَاءٌ، وَ الظَّاهِرُ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْوُجُوبِ.

وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الزَّوْجَةِ حُرَّةً وَ أَمَةً، مُسْلِمَةً وَ كِتَابِيَّةً إِنْ جَوَزْنَا تَزْوِجَهَا دَوَامًا عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ وَ اسْتَقْرَبَ فِي التَّخْرِيرِ تَخْصِيصَ الْأَمَةِ يَنْصَفُ مَا تَخْتَصُّ بِهِ لَوْ كَانَتْ حُرَّةً، وَ فِي الْقَوَاعِدِ الْمُسَاوَاةِ.

وَ عَلَى التَّنْصِيفِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْخُرُوجُ مِنْ عِنْدِهَا بَعْدَ انْتِصَافِ اللَّيْلِ إِلَى مَكَانٍ خَارِجٍ عَنِ الْأَزْوَاجِ، كَمَا يَجِبُ ذَلِكَ لَو بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيْلَةٍ ثُمَّ مُنِعَ مِنَ الْإِكْمَالِ، فَإِنَّهُ يَبِيتُ عِنْدَ الْبَاقِيَّاتِ مِثْلَهَا مَعَ الْمُسَاوَاةِ، أَوْ بِحِسَابِهَا.

زوجه باکره که با وی نزدیکی صورت می گیرد [بر سایر زوجه ها برتری دارد و] هفت شب پی در پی به وی اختصاص داده می شود [یعنی اگر شخصی که یک یا چند زوجه دارد با دختر باکره ای ازدواج کند و بخواهد با وی زفاف نماید، هفت شب را به صورت متوالی برای زفاف او اختصاص می دهد و بقیه زوجه ها نسبت به این هفت شب، حقی نخواهند داشت. متوالی بودن این هفت شب، شرط تحقق قسمت است زیرا هدف از آن، برقراری انس و رفع وحشت است که این هدف با کمتر از هفت شب تحقق نمی یابد] بنابراین چنانچه [هفت شب را به صورت متوالی نزد زوجه باکره نرود] بلکه میان آنها فاصله بیندازد [مثلاً دو شب را نزد او برود و شب سوم را نزد زوجه دیگری برود و دوباره، دو شب نزد زوجه باکره برود و شب پنجم را نزد زوجه دیگری برود و به همین ترتیب ادامه بدهد تا هفت شب او تمام شود]، قسمت زوجه باکره به حساب نمی آید و زوج باید دوباره آن را تکرار کند [یعنی هفت شب متوالی را نزد زوجه باکره بماند زیرا

توالی شب‌ها شرط قسمتِ زوجۀ باکره است] و باید قضای شب‌هایی که به صورت غیرمتوالی نزد زوجۀ باکره بوده است را برای زوجه‌های دیگر بجا آورد. احتمال هم می‌رود که آن هفت شب غیرمتوالی بعنوان قسمت زوجۀ باکره به حساب آید و شوهر فقط مرتکب گناه شده باشد [زیرا امر به باقی ماندن هفت شب نزد زوجۀ باکره، امتثال شده است و به منزله قضایی برای هفت شب متوالی می‌باشد بویژه که شرط متوالی بودن در روایات بیان نشده است. آنچه که گفته شد در مورد زوجۀ باکره‌ای بود که به تازگی در علقۀ زوجیت شوهر قرار گرفته و برای اولین بار با وی زفاف صورت می‌گیرد اما اگر این زن، باکره نباشد و با وی زفاف شود یعنی به [زوجۀ ثیب، سه شب به صورت پی‌درپی اختصاص داده می‌شود] زیرا در حدیث نبوی (ص) آمده است که: «برای زوجه باکره، هفت شب و برای زوجۀ غیرباکره، سه شب اختصاص داده می‌شود.» و روایات دیگری هم با همین حکم بیان شده است: وسایل الشیعه، کتاب النکاح، باب دوم از ابواب قسم و نشوز، حدیث اول. البته روایت‌های مخالفی نیز وجود دارد که سه روز را به زوجۀ باکره اختصاص می‌دهد و این روایت‌ها مورد توجیه قرار گرفته‌اند مانند اینکه حمل بر استحباب شده‌اند.] اما ظاهر آن است که اختصاص دادن هفت شب به زوجۀ باکره و سه شب به زوجۀ غیرباکره، واجب است و در وجوب این حکم تفاوتی میان زوجۀ آزاد و کنیز و مسلمان و کافر کتابی وجود ندارد چنانچه ازدواج دائمی مرد مسلمان با زوجۀ کافر کتابی را جایز بدانیم زیرا اطلاق روایات و فتاوا شامل این زنان نیز می‌شود [و هدف از پیش‌بینی شب‌های بیشتر، بضع زن و بهره‌گیری جنسی و ایجاد محبت می‌باشد و این امور در زنان مختلف، یکسان است.] علامۀ حلی در کتاب تحریر این نظریه را نزدیک‌تر به واقع دانسته است که به کنیز، نصف شب‌هایی اختصاص داده می‌شود که به زوجۀ آزاد اختصاص دارد [و فقهاء، زوجۀ کافر کتابی را نیز در حکم کنیز می‌دانند. این گروه در پاسخ به استدلال بر اطلاق روایات نیز گفته‌اند که اطلاق روایات با تکیه بر این مسأله مفروض صادر شده است که قسمت کنیز نصف قسمت زوجۀ آزاد می‌باشد.] مرحوم علامۀ حلی در کتاب قواعد گفته است که کنیز با زوجۀ آزاد یکسان هستند [یعنی هفت شب برای کنیز باکره و سه شب برای کنیز غیرباکره در نظر گرفته می‌شود. براساس نظریه‌ای که قسمت کنیز را نصف زوجۀ آزاد می‌داند [یعنی سه شب و

نیم برای باکره و یک شب و نیم برای غیرباکره، شوهر باید نیمه شب، [یعنی نیمه شب چهارم یا نیمه شب دوم] کنیز را ترک کند و نیمه باقیمانده شب را در محلی بسربرد که نزد هیچیک از زوجه‌ها نباشد همچنانکه اگر نصف شب را نزدیکی از زوجه‌ها سپری کند و نسبت به تکمیل بقیه شب، مانعی بوجود آید [مثلاً مریض شود] باید نیمه باقیمانده را نزد هیچیک از زوجه‌های دیگر سپری نکند و به همان مقداری که نزد آن زوجه سپری کرده است [یعنی نصف یک شب] باید همان مقدار را نزد زوجه‌های دیگر بماند در صورتی که همه زوجه‌ها از نظر آزاد و کنیز بودن یا مسلمان یا کافر بودن، یکسان باشند و گرنه باید محاسبه شود [مثلاً اگر شوهر نزد «الف» که زوجه‌ای آزاد و مسلمان است، بیتوته کرد و نصفه شب مجبور شد آنجا را ترک کند باید به اندازه این نصفه شب، نزد «ب» که زوجه‌ای آزاد و مسلمان می‌باشد بیتوته نماید و یک چهارم شب را نزد «ج» که زوجه کنیز می‌باشد، بیتوته کند.]

(و لَيْسَ لِلزَّوْجَةِ أَنْ تَهَبَ لَيْلَتَهَا لِلضَّرَّةِ إِلَّا بِرِضَاءِ الزَّوْجِ)، لِأَنَّ الْقَسَمَ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُحْتَضٌ بِهِ عَلَى الْقَوْلِ بَعْدَ مُجُوبِهِ ابْتِدَاءً، فَإِنْ رَضِيَ بِالْهَبَةِ وَ هَبَتْ لِمَعِينَةٍ مِنْهُنَّ بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتُهُمَا، كُلُّ لَيْلَةٍ فِي وَفَّيْهَا مُتَّصِلَتَيْنِ كَانَتْ أَمْ مُنْفَصِلَتَيْنِ. وَقِيلَ: يَجُوزُ وَصْلُهُمَا، تَسْهِيلاً عَلَيْهِ، وَالْمِقْدَارُ لَا يَخْتَلِفُ، وَيُضَعَّفُ بِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقٍّ مَنْ بَيْنَ لَيْلَتَيْنِ، وَبِأَنَّ الْوَاهِبَةَ قَدْ تَرَجَّعَ بَيْنَهُمَا، وَالْمُؤَالَاةُ قَدْ تَقَوَّتْ حَقَّ الرَّجُوعِ، وَإِنْ وَهَبَتْهَا لَهَا سَوَى بَيْنَهُنَّ فَيَجْعَلُ الْوَاهِبَةَ كَالْمَعْدُومَةِ، وَلَوْ وَهَبَتْهَا لَهُ، فَلَهُ تَخْصِصُ نَوْبَتِهَا بِمَنْ شَاءَ، وَ يَأْتِي فِي الْأَتْصَالِ وَالْإِنْفِصَالِ مَا سَبَقَ.

زوجه حق ندارد که شب سهم خود را به هووی خود ببخشد مگر اینکه شوهر، رضایت بدهد زیرا حق قسم، حقی است که میان زن و شوهر، مشترک است حتی در صورتی که قسمت را از ابتدا واجب ندانیم، حق قسم، حقی اختصاصی برای شوهر خواهد بود [البته اختصاص قسمت به شوهر، معنایش آن است که شروع به قسمت، اختصاص به شوهر دارد بنابراین وقتی شوهر، قسمت را شروع کرد و شب‌ها را میان همسرانش تقسیم نمود، حق میان وی و زوجه، مشترک خواهد بود. به هر حال حق قسم، مانند حق مالی است و صاحب حق که همان زوجه است تسلط بر حق خود دارد اما از آنجا که زوج نیز شریک در این حق می‌باشد رضایت وی شرط است. در روایتی هم آمده

است که سوده بنت زمعه، حق خود را به عائشه داد و پیامبر (ص) دو شب را به عائشه اختصاص داد (سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۹۶). گفته شده است که اطلاق واژه «هبه» بر بخشیدن حق قسم، ناشی از نوعی تسامح است زیرا هبه اختصاص به عین دارد و قبول موهوب له نیز شرط است هر چند در اینجا هم گفته شده که قبول زوجه‌ای که قسم به او بخشیده شده است ضرورت دارد اما به هر حال نمی‌توان تمامی احکام هبه را بر آن بار کرد و اگر به شوهر بخشیده شود، عنوان «اسقاط» پیدا می‌کند و قبول شوهر نیز شرط است. به هر حال وقتی یکی از زوجه‌ها، حق خود را بخشد و شوهر رضایت به هبه داشت و هبه نسبت به یکی از هووهای معین، صورت گرفت، شوهر آن شب را نزد همان هوو سپری می‌کند و شب متعلق به هوو را هم جداگانه نزد او می‌ماند اعم از اینکه آن شب با شبی که متعلق به هوو می‌باشد، متصل به یکدیگر باشند یا جدا باشد [مثلاً اگر فاطمه، سهم خود را به زینب ببخشد و شبی که بخشیده شده است، شنبه شب باشد و شبی که تعلق به زینب دارد، دوشنبه شب باشد باید شنبه شب و دوشنبه شب را نزد زینب سپری کند] و یک دیدگاه آن است که برای آسایش شوهر، می‌توان شب‌های منفصل را به یکدیگر وصل کرد [یعنی زوج می‌تواند شنبه شب و یکشنبه شب را نزد زینب سپری کند. و دلیل دیگر برای جواز متصل کردن شب‌ها، آن است که] مقدار بیتوته کردن، فرق نمی‌کند [یعنی در هر صورت، شوهر به یک اندازه نزد زینب، می‌ماند]. اما این دیدگاه ضعیف است زیرا در این صورت، حق زوجه‌ای که سهم او میان این دو شب قرار دارد، به تأخیر می‌افتد [یعنی زوج باید دوشنبه شب را نزد زوجه‌ای بماند که یک شنبه شب، متعلق به او بوده است و دلیل دیگر برای عدم جواز وصل کردن شب‌ها آن است که] ممکن است زوجه‌ای که سهم خود را بخشیده است در فاصله میان این دو شب [یعنی شنبه شب و دوشنبه شب] از بخشش خود رجوع کند اما پشت سرهم قرار گرفتن شب‌ها، حق رجوع را از بین می‌برد [یعنی اگر فاصله‌ای میان شب متعلق زوجه‌ای که سهم خود را بخشیده است و شبی که متعلق به زوجه دیگری می‌باشد قرار نداشته باشد، زوجه‌ای که حق خود را بخشیده است امکان رجوع نخواهد داشت]. اگر یکی از زوجه‌ها سهم خود را به کلیه هووهای خود ببخشد، زوج باید آن شب را به صورت مساوی میان بقیه زوجه‌ها تقسیم کند [یعنی بخشی از شب را

نزد هر یک از زوجه‌ها بخوابد] و زوجه‌ای که سهم خود را بخشیده است مانند آن است که وجود نداشته باشد [یعنی به حساب نمی‌آید]. اگر زوجه، سهم خود را به شوهرش هبه کند، شوهر می‌تواند آن شب را نزد هر کدام از همسرانش که بخواهد، بیتوته کند [و اگر هم بخواهد نزد هیچکدام نمی‌رود] و اختلاف در مورد اتصال و انفصال شب‌ها به همان شکلی است که بیان شد [یعنی شبی که به وی بخشیده شده است امکان دارد با شب زنی که می‌خواهد نزد او بیتوته کند، متصل باشد یا منفصل باشد و اگر منفصل باشد اختلاف پیش می‌آید که آیا شوهر می‌تواند شب‌ها را به هم وصل کند یا باید به همان شکل جداگانه‌ای که هست، بجا آورد].

(وَلَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ تَمَامِ الْمَبِيتِ)، لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْبَذْلِ، لَا هِبَةً حَقِيقَةً، وَمِنْ ثَمِّ لَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمُوهُوبَةِ (لَا بَعْدَهُ)، لِذَهَابِ حَقِّهَا مِنَ اللَّيْلَةِ فَلَا يُمَكِّنُ الرُّجُوعُ فِيهَا، وَلَا يَجِبُ قَضَاؤُهَا لَهَا (وَلَوْ رَجَعَتْ فِي أَثْنَاءِ اللَّيْلَةِ تَحَوَّلَ إِلَيْهَا)، لِإِطْلَانِ الْهِبَةِ لِمَا بَقِيَ مِنَ الزَّمَانِ (وَلَوْ رَجَعَتْ وَلَمْ يَعْلَمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)، لِاسْتِحَالَةِ تَكْلِيفِ الْغَافِلِ وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ دُونَ الْمَاضِي، وَ يُنْبِئُ حَقُّهَا مِنْ حِينَ عِلْمِهِ بِهِ وَلَوْ فِي بَعْضِ اللَّيْلِ.

زوجه می‌تواند قبل از آنکه شب به پایان برسد [منظور، شبی است که سهم زوجه بوده و آن را بخشیده است]، از هبه و بخشیدن خود، رجوع کند [مثلاً یک شب به شب، متعلق به فاطمه است و او، این شب را در ساعت یک بعد از نیمه شب به شوهرش می‌بخشد جواز رجوع از بخشیدن قسمت] بخاطر آن است که بخشیدن سهم و قسمت توسط زوجه، به منزله بذل است و هبه واقعی نیست و به همین دلیل است که رضایت زوجه‌ای که سهم زوجه دیگر به او بخشیده شده است، ضرورتی ندارد [مثلاً اگر فاطمه سهم خود را به زینب ببخشد، وقوع بخشیدن نیازی به رضایت و قبول زینب ندارد]. اما زوجه نمی‌تواند بعد از آنکه شب متعلق به او پایان یافت، از بخشش خود، رجوع کند زیرا حقی که به آن شب داشت، از بین رفته است [چون شبی باقی نمانده است تا حق زوجه به آن تعلق بگیرد]. بنابراین امکان رجوع در آن شب وجود ندارد و بر شوهر نیز واجب نیست که قضایی آن شب را برای زوجه‌اش بجا آورد. [در اینجا گفته شده است که رجوع نسبت به گذشته امکان ندارد و قضا کردن آن واجب نیست هر چند زوجه‌ای که شب به او بخشیده شده است از اقوام زوجه‌ای باشد که شب را بخشیده است و در آنچه

که نسبت به آن رجوع صورت می‌گیرد، قبضی تحقق نمی‌یابد و قسمتی از شب هم که سپری شده است به منزله تلفی می‌باشد که مانع از رجوع است اما رجوع نسبت به آینده امکان دارد که متجدد می‌شود و قبضی هم در آن صورت نگرفته است. [اگر زوجه در اثنای شب رجوع کند [و از هبه خود برگردد] زوج باید [بقیه شب را] نزد او برود زیرا هبه نسبت به مقداری از شب که باقی مانده است باطل می‌شود. اگر زوجه از هبه خود رجوع کند اما زوج نسبت به رجوع زوجه، بی‌اطلاع باشد مسئولیتی متوجه زوج نخواهد بود زیرا محال است که شخص غافل، مسئولیت و تکلیف پیدا کند [بنابراین لازم نیست که شوهر، مقدار سپری شده قبل از علم خود را قضا کند زیرا اصل بر برائت است و زوج، مرتکب تقصیر هم نشده است. البته گروهی معتقدند که شوهر باید قضایی این مدت را بجا آورد زیرا تقصیر یا عدم تقصیر شوهر مدخلیتی در این موضوع ندارد و نمی‌توان آن را با وکالت مقایسه کرد که در مورد آن، روایت و فتوا وجود دارد.]. بنابراین زوجه می‌تواند نسبت به آینده، از هبه خود رجوع کند اما حق رجوع نسبت به گذشته را ندارد [منظور از آینده، زمان بعد از علم زوج است و منظور از گذشته، زمان قبل از علم است هر چند بعد از زمان رجوع باشد] و حق زوجه زمانی برقرار شده و تثبیت می‌گردد که زوج علم به رجوع پیدا کند هر چند در بخشی از شب، علم پیدا کرده باشد.

(وَلَا يَصِحُّ الْأَعْتِيَاظُ عَنِ الْقَسَمِ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَالِ، لِأَنَّ الْمُعَوَّضَ كَوْنُ الرَّجُلِ عِنْدَهَا وَهُوَ لَا يُقَابَلُ بِالْعَوَضِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنٍ وَلَا مَنْفَعَةٍ، كَذَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ وَتَبِعَهُ عَلَيْهِ الْجَمَاعَةُ، وَفِي التَّحْرِيرِ نَسَبَ الْقَوْلِ إِلَيْهِ سَاكِتاً عَلَيْهِ مُشْعِراً بِتَوَقُّفِهِ فِيهِ، أَوْ تَمَرُّبِضِهِ. وَلَهُ وَجْهٌ، لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ غَيْرُ مُنْخَصِرَةٍ فِيمَا ذُكِرَ، وَلَقَدْ كَانَ يَنْبَغِي جَوَازُ الصُّلْحِ عَلَيْهِ، كَمَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى حَقِّ الشُّفْعَةِ وَالتَّحْجِيرِ وَنَحْوِهِمَا مِنَ الْحُقُوقِ. وَحَيْثُ لَا تَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ (فَيَجِبُ عَلَيْهَا رَدُّ الْعَوَضِ) إِنْ كَانَتْ قَبْضَتْهُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ لَهَا إِنْ كَانَتْ لَيْلَتْهَا فَذُ فَاثَتْ، لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهَا الْعَوَضَ.

هَذَا مَعَ جَهْلِهِمَا بِالْفَسَادِ، أَوْ عِلْمِهِمَا وَبَقَاءِ الْعَيْنِ، وَإِلَّا أَشْكَلَ الرَّجُوعُ، لِتَسْلِيْطِهِ عَلَى إِثْلَافِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ، حَيْثُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُسَلِّمُ لَهُ. وَقَدْ تَقَدَّمَ الْبَحْثُ فِيهِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَأَنَّ الْمُصَنَّفَ مَالَ إِلَى الرَّجُوعِ مُطْلَقاً كَمَا هُنَا خِلَافاً لِلْأَكْثَرِ.

نمی‌توان مالی را در مقابل قسم قرارداد [مثلاً زوجه به زوج بگوید بجای اینکه یک

شب را نزد من بیتوته کنی، ده هزار تومان به من بده و زوج نیز آن را بپذیرد. ممنوعیت عوض قرار دادن مال] بخاطر آن است که معوض در اینجا، بیتوته کردن و سپری کردن شب نزد زوجه است [یعنی قرارداد معوضی در اینجا منعقد می شود که عوض آن، مقدار مالی است که زوج به زوجه می دهد و معوض، ماندن زوج نزد زوجه است] اما ماندن زوج نزد زوجه، صلاحیت آن را ندارد که [بعنوان معوض] در مقابل عوض قرار گیرد زیرا [معوض باید عین یا منفعت باشد] حال آنکه ماندن زوج نزد زوجه، نه عین است و نه منفعت می باشد [بلکه مأوی و سکونتی بیش نیست] مرحوم شیخ طوسی، حکم مسأله را به همین صورت بیان کرده است [یعنی گفته است که زوجه حق ندارد در مقابل اسقاط حق خود، مالی را بعنوان عوض دریافت کند] و گروهی از فقها، نظر ایشان را پذیرفته اند. علامه حلی در کتاب «تحریر الاحکام» این نظریه را به شیخ طوسی نسبت داده است بدون اینکه خود، نظریه بدهد و سکوت وی حکایت از توقف او در این مسأله یا ضعیف بودن نظریه دارد [یعنی سکوت علامه حلی یا بخاطر آن است که ایشان دیدگاه خاصی در اینجا ندارد و یا بخاطر آن است که نظریه شیخ طوسی را ضعیف می داند. شهیدثانی، توقف علامه حلی را نیکو دانسته و می گوید: توقف علامه حلی قابل توجیه است زیرا معاوضه، منحصر در مواردی نیست که بیان گردید [یعنی ضرورتی ندارد که عوض، عین یا منفعت باشد بلکه ممکن است چیز دیگری بعنوان عوض قرار داده شود مثلاً] می توان باقی ماندن نزد زوجه را مورد مصالحه قرارداد [یعنی می توان آن را موضوع عقد صلح قرارداد] همانگونه که نسبت به حق شفعه یا حق تحجیر یا حقوق دیگر [مانند حق اولویت در نشستن در پارک و مسجد و حق خیار و حق شفعه] نیز می توان مصالحه کرد [و عدم ادله صلح شامل حق قسمت نیز می شود و تفاوتی ندارد که صلح بر اسقاط حق قسمت صورت گیرد یا صلح بر انتقال حق واقع شود که بحث ما هم ناظر به قسمت دوم است. [با توجه به آنچه گفته شد جواز گرفتن عوض در مقابل حق قسم، اختصاص به زوجین ندارد بلکه دو زوجه نیز می توانند چنین توافقی را بنمایند. به هر حال چنانچه نظر شیخ طوسی مبنی بر عدم جواز گرفتن عوض در مقابل اسقاط حق قسم را ممنوع بدانیم] زوجه باید عوض را چنانچه تحویل گرفته است به زوج برگرداند و اگر شبی که متعلق به آن زوجه بوده است، سپری شده باشد شوهر باید

قضایی آن شب را برای زوجه بجا آورد زیرا عوض به زوجه منتقل نمی شود [بنابراین حق قسمت زوجه به اعتبار خود باقی است و عوضی برای آن دریافت نکرده است] و این در صورتی است که زوج و زوجه هر دو، نسبت به فساد معاوضه، جاهل باشند یا اگر هر دو عالم باشند، عین موجود باشد [یعنی مالی که زوج به زوجه داده است تلف نشده باشد] اما اگر هر دو عالم باشند و عین تلف شده باشد مشکل است که بتوان گفت مرد، حق رجوع به زوجه و بازپس گرفتن عوض را دارد زیرا هر یک از زوج و زوجه به طرف دیگر اختیار داده است که مال را بدون عوض، تلف کند چرا که او می دانسته بخاطر فاسد بودن معاوضه، عوضی به وی نمی رسد و بحث پیرامون این موضوع، در مبحث بیع فاسد بیان گردید و در آنجا دیدیم که شهید اول به سوی این نظریه گرایش داشت که شوهر مطلقاً حق رجوع دارد [اعم از اینکه عوض تلف شده باشد یا تلف نشده باشد] همانگونه که در اینجا هم چنین دیدگاهی دارد برخلاف نظر اکثر فقها [که رجوع زوج به عوض را منحصر در صورتی می دانند که هر دو جاهل باشند یا اگر هر دو عالم بوده اند، عین مال موجود باشد. البته باید توجه داشت که چنانچه بذل قسمت در مقابل حال را نوعی معاوضه بدانیم با بیع فاسد قابل قیاس نیست زیرا در آنجا، روایت خاص وجود دارد و دادن اختیار به طرف مقابل چنانچه اقتضای عدم رجوع در عوض را داشته باشد، اقتضای عدم رجوع در معوض را نیز خواهد داشت.]

(وَلَا يَزُورُ الزَّوْجُ الضَّرَّةَ فِي لَيْلَةٍ ضَرَّتْهَا)، لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْوِيَةِ حَقِّهَا زَمَنَ الزِّيَارَةِ، وَ كَذَا لَا يَدْخُلُ إِلَيْهَا فِيهَا لِغَيْرِ الزِّيَارَةِ، إِلَّا لِضَرُورَةٍ، فَإِنْ مَكَثَ عِنْدَهَا وَجَبَ قَضَاءُ زَمَانِهِ مَا لَمْ يَفْضُرْ جِدًّا بِحَيْثُ لَا يُعَدُّ إِقَامَةً عَرَفًا فَيَأْتُمُ خَاصَّةً. وَقِيلَ: لَا يَجِبُ الْقَضَاءُ إِلَّا مَعَ اسْتِغَابِ اللَّيْلَةِ، وَالْقَوْلَانِ لِلْفَاضِلِ فِي الْقَوَاعِدِ وَ التَّحْرِيرِ.

(وَيَجُوزُ عِيَادَتُهَا فِي مَرَضِهَا، لَكِنْ يَقْضَى لَوْ اسْتَوْعَبَ اللَّيْلَةَ عِنْدَ الْمَرْوَرَةِ)، لِعَدَمِ إِصْلَاحِهَا حَقَّهَا، وَقِيلَ: لَا، كَمَا لَوْ زَارَ أَجَنَبِيًّا. وَهَلْ تُحْسَبُ اللَّيْلَةُ عَلَى الْمَرْوَرَةِ؟ الظَّاهِرُ لَا، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَقَّهَا، وَلَوْ لَمْ يَسْتَوْعِبِ اللَّيْلَةَ فَلَا قَضَاءَ هُنَا.

زوج نباید در شبی که متعلق به یک زوجه است به دیدار هووی او برود [مثلاً شبیه شب را که متعلق به فاطمه است نزد زینب برود] زیرا این کار سبب می شود که حق زوجه برای زیارت وی توسط شوهر، از بین برود [بنابراین فاطمه حق دارد که شوهرش،

شنبه شب نزد او برود حال اگر شوهر، شنبه شب نزد زینب برود، فاطمه نمی‌تواند از این حق خود بهره‌مند شود مگر اینکه فاطمه، رضایت بدهد. دلیل دیگر آن است که چنین کاری با عدالت سازگار نیست و غالباً سبب آزار زوجه دیگر می‌شود زیرا وقتی تمامی شب متعلق به زوجه‌ای باشد شوهر نباید مقداری از شب را به دیدن زوجه دیگرش برود. همچنین شوهر نباید برای کار دیگری نزد زوجه دیگر برود مگر اینکه ضرورتی، آن را اقتضا کند [مثلاً برای انجام عبادت به آنجا برود یا قرائتی وجود داشته باشد که بر رضایت زوجه دلالت نماید] مثلاً تعدادی از دوستان زوج در خانه زینب باشند و زوج برای احوال پرسشی متعارف به خانه زینب برود و ماندن زوج در خانه زوجه دیگر باید به اندازه متعارف و ضرورت باشد [بنابراین اگر شوهر، نزد زوجه دیگر باقی بماند بدون اینکه، ضرورت اقتضا کند] باید زمانی را که در آنجا مانده است، قضا کند به شرط اینکه باقی ماندن شوهر در آنجا، بقدری کوتاه نباشد که عرفاً، اقامت و باقی ماندن به حساب نیاید که در این صورت فقط مرتکب گناه شده است [و قضای آن واجب نیست] یک دیدگاه هم آن است که وجوب قضا کردن آن شب، در صورتی است که تمام شب را نزد زوجه باقی مانده باشد و هر دو نظریه در کتاب قواعد و تحریر، متعلق به علامه حلی می‌باشد. زوج می‌تواند هنگام بیماری زوجه به عیادت وی برود [هر چند آن شب، متعلق به زوجه دیگری باشد] اما اگر تمام شب را نزد زوجه بیمار سپری کرده باشد باید قضایی آن را بجا آورد زیرا زوج، حق زوجه را به وی نرسانده است [یعنی ماندن نزد زوجه‌ای که آن شب به وی تعلق داشته، تحقق نیافته است و اصل هم بر بقای وجوب تدارک است و ماندن تمام شب را نمی‌توان ماندن به اندازه ضرورت دانست]. و یک دیدگاه آن است که قضا کردن آن شب، واجب نیست و این مانند جایی است که شوهر، شب را نزد شخص بیگانه‌ای سپری کرده باشد. [البته عده‌ای گفته‌اند ماندن نزد بیگانه نیز در صورتی قضایی ندارد که تمام شب را نزد وی نمانده باشد بنابراین نمی‌توان ماندن نزد زوجه بیمار را با ماندن نزد شخص بیگانه مقایسه کرد]. ظاهر آن است که آن شب از سهم زوجه بیمار، کسر نمی‌شود زیرا آن شب، حق زوجه بیمار نبوده است [مثلاً اگر شنبه شب متعلق به فاطمه و دوشنبه شب متعلق به زینب باشد و زینب، شنبه شب، بیمار شود و زوج، این شب را نزد زینب بماند، زوج نمی‌تواند دوشنبه

شب را بجای شنبه شب حساب کند زیرا شنبه شب، متعلق به زینب نبوده است] و اگر زوج، تمام شب را نزد زوجه بیمار باقی نمانده باشد، در صورتی که برای عیادت بیمار باشد، قضای آن واجب نیست [یعنی لازم نیست مقداری را که نزد زوجه بیمار مانده است برای زوجه‌ای که آن شب متعلق به او بوده است، قضا کند اما اگر برای غیر عیادت باشد باید قضای آن را بجا آورد و به همان اندازه از شبی که متعلق به اوست، کسر کند].

(وَالْوَاجِبُ) فِي الْمَهْبِيتِ (الْمُضَاجَعَةُ) وَهِيَ أَنْ يَنَامَ مَعَهَا قَرِيباً مِنْهَا عَادَةً، مُعْطِياً لَهَا وَجْهَهُ دَائِماً، أَوْ أَكْثَرِيّاً يَحِثُّ لَا يُعَدُّ هَاجِراً وَإِنْ لَمْ يَتَلَصَّقِ الْجِسْمَانِ (لَا الْمَوَاقِعَةُ)، فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ، إِلَّا فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مَرَّةً كَمَا سَلَفَ.

آنچه که برای تحقق عنوان «سپری کردن نزد زوجه» واجب می‌باشد، همبستر شدن زن و مرد است یعنی مرد بگونه‌ای که متعارف است نزدیک زن بخوابد و همواره چهره خود را بسوی همسرش بگرداند یا بیش تر اوقات را به همین صورت بخوابد در حدی که گفته نشود از او فراری و گریزان است هر چند بدن آنها به یکدیگر چسبیده نباشد. [اما برای تحقق عنوان «بیتوته کردن»] لازم نیست که زن و شوهر با یکدیگر نزدیکی کنند زیرا همانگونه که گذشت، نزدیکی کردن در هر چهار ماه، یک مرتبه واجب می‌شود.

(وَلَوْ جَارَ فِي الْقِسْمَةِ قَضَى) وَاجِباً لِمَنْ أَخْلَ بِأَيْلَتِهَا، فَلَوْ قَسَمَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأَرْبَعِ عَشْرًا فَوُفِّيَ مِنَ الزَّوْجَاتِ ثَلَاثًا، ثُمَّ عَادَ عَلَيْهِنَّ دُونَ الرَّابِعَةِ بَعْشَرٍ، قَضَى لَهَا ثَلَاثَ عَشْرَةَ لَيْلَةً وَ ثُلَاثًا. وَلَوْ بَاتَهَا مُنْفَرِداً قَضَى لَهَا عَشْرًا خَاصَّةً. وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ بَعْدَ حُضُورِ لَيْلَتِهَا قَبْلَ إِبْقَائِهَا بَقِيَ حَقُّهَا فِي ذِمَّتِهِ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا أَوْ رَاجَعَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ التَّحْلُصُ مِنْهَا، وَإِلَّا اسْتَقَرَّتِ الْمَظْلَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَكَذَا لَوْ فَارَقَ الْمَظْلُومَ بِهَا وَجَدَّ غَيْرَهَا، لِأَنَّ قَضَاءَ الظُّلْمِ يَسْتَلْزِمُ الظُّلْمَ لِلْجَدِيدَةِ، وَلَوْ كَانَ الظُّلْمُ بَعْضَ لَيْلَةٍ وَجَبَ عَلَيْهِ إِنْفَاؤُهَا قَدَرِ حَقِّهَا وَ اكْتِمَالِ بَاقِي اللَّيْلَةِ خَارِجاً عَنِ الزَّوْجَاتِ، وَلَوْ شَكَّ فِي الْقَدْرِ بَنَى عَلَى الْمُتَيَقِّنِ.

اگر شوهر در تقسیم شب‌ها میان همسرانش، ستم کرده [و به عدالت، رفتار ننماید مثلاً سه شب را نزد فاطمه و زهرا و محدثه سپری کند و شب چهارم را که اختصاص به زینب داشته است، نزد او نرود] بر مرد واجب است قضایی را برای زنی که نزد او نرفته

است بجا آورد بنابراین چنانچه شوهر برای هر یک از چهار زن خود، ده شب را اختصاص دهد و نزد هر یک از سه زن خویش، ده شب را سپری کند اما ده شب چهارم را نزد زن چهارم نرود بلکه دوباره نزد سه زن قبلی بازگردد [بعنوان نمونه در مثالی که زدیم، سی شب را نزد فاطمه و زهرا و محدثه، سپری کند و آنگاه دوباره به همان سه زن بازگشته و ده شب باقیمانده را میان آنها تقسیم نماید بدین صورت که نزد هر کدام از آنها، سه شب و یک سوم شب بخوابد] پس در این صورت باید سیزده شب و یک سوم شب را برای زوجه چهارم، قضایی کند و اگر زوج، ده شب باقیمانده را به تنهایی سپری کند [یعنی نزد هیچیک از زنهای خود نخوابد] باید فقط ده شب را قضایی کند [و نزد همسر چهارم باقی بماند] و اگر شوهر، همسر چهارم را قبل از آنکه قضایی او را بجا آورده [و] حشش را بدهد [طلاق دهد یا بعد از آنکه شب متعلق به زوجه چهارم فرارسید و قبل از آنکه حق او را ادا کند، وی را طلاق بدهد] [یعنی پس از آنکه شبی که متعلق به زوجه است فرابرسد و قبل از آنکه زوجه، حق خود را استیفا کند، زوج او را طلاق بدهد] حق زوجه بر ذمه زوج باقی می ماند. پس چنانچه شوهر [پس از آنکه زوجه مورد ستم قرار گرفته را] طلاق بدهد [یا در زمانی که در عده بسر می برد] به وی رجوع کند بر شوهر واجب است که بگونه ای حق او را بدهد [مثلاً مالی به او داده و با وی مصالحه نماید] اما اگر شوهر با این زن ازدواج کند یا در زمان عده، رجوع ننماید، این مظلومه و ستم در ذمه شوهر باقی می ماند [خلاصه اینکه قضا کردن شب هایی که به یکی از زوجه ها تعلق داشته و شوهر نزد او بیتوته نکرده است مستلزم آن می باشد که آن زوجه کماکان در علقه زوجیت باقی باشد] اگر زوج از زنی که به وی ستم کرده است جدا شود و با زن دیگری ازدواج کند [بازهم به صورت مظلومه بر ذمه شوهر باقی می ماند] زیرا قضا کردن ظلمی که بر همسر طلاق داده شده رفته است، مستلزم ظلم به همسر جدید می باشد. اگر به اندازه مقداری از شب [مثلاً نصف یا یک سوم یا یک چهارم شب] به زوجه خود، ستم کرده باشد باید به همان مقداری که ستم کرده است، قضایی آن را بجا آورد و بقیه شب را دور از بقیه همسرانش سپری کند. اگر نسبت به مدتی که ستم کرده است، دچار تردید شود [مثلاً نداند که نصف شب را نزد زوجه اش نبوده یا یک سوم آن را،] باید بنا را بر قدر متیقن بگذارد [که معمولاً، مقدار کمتر می باشد] [در مثال بالا، بنا را بر این

می نهد که یک سوم شب را نزد زوجه اش بوده است.]

(وَالنُّشُوزُ) وَأَصْلُهُ الِازْتِفَاعُ (وَهُوَ) هُنَا (الْخُرُوجُ عَنِ الطَّاعَةِ) أَي: خُرُوجُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَمَّا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ حَقِّ الْآخَرِ وَطَاعَتِهِ، لِأَنَّهُ بِالْخُرُوجِ يَتَعَالَى عَمَّا أُوجِبَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ مِنَ الطَّاعَةِ (فَإِذَا ظَهَرَتْ أَمَارَتُهُ لِلزَّوْجِ بِتَقْطِيبِهَا فِي وَجْهِهِ، وَالتَّبَرُّمِ) أَيِ الضَّجْرِ وَالسَّامِ (بِحَوَائِجِهِ) الَّتِي يَجِبُ عَلَيْهَا فِعْلُهَا مِنْ مُقَدِّمَاتِ الْأَسْتِمْتَاعِ بِأَنْ تَمْتَنِعَ، أَوْ تَتَنَاقَلَ إِذَا دَعَاها إِلَيْهِ، لَا مُطْلَقَ حَوَائِجِهِ، إِذْ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا قَضَاءُ حَاجَتِهِ الَّتِي لَا تَتَعَلَّقُ بِالْأَسْتِمْتَاعِ، (أَوْ تَغْيِيرِ عَادَتِهَا فِي أَدَبِهَا مَعَهُ قَوْلًا) كَأَنْ تُحْبِئَهُ بِكَلَامٍ خَشِنٍ بَعْدَ أَنْ كَانَ بَلِيْنٍ، أَوْ غَيْرِ مُقْبِلَةٍ بِوَجْهِهَا بَعْدَ أَنْ كَانَتْ تُقْبِلُ، (أَوْ فِعْلًا) كَأَنْ يَجِدَ إِعْرَاضًا وَغُبُوسًا بَعْدَ لُطْفٍ وَطَلَاقَةٍ، وَنَحْوِ ذَلِكَ (وَعَظْمُهَا) أَوْ لَا يَلَا هَجْرٍ وَلَا ضَرْبٍ، فَلَعَلَّهَا تُبْذِرُ عُذْرًا وَتَتُوبُ عَمَّا جَرَى مِنْهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرِ.

وَالْوَعْظُ كَأَنْ يَقُولَ: اتَّقِيَ اللَّهَ فِي الْحَقِّ الْوَاجِبِ لِي عَلَيْكَ، وَاحْذَرِي الْعُقُوبَةَ، وَبَيِّنَ لَهَا مَا يَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ عَذَابِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْآخِرَةِ، وَسُقُوطِ الثَّقَفَةِ وَالْقِسْمِ فِي الدُّنْيَا.

(ثُمَّ حَوَّلَ ظَهْرَهُ إِلَيْهَا فِي الْمَضْجَعِ) بِكَسْرِ الْجِيمِ إِنْ لَمْ يَنْجِعِ الْوَعْظُ، (ثُمَّ اعْتَرَلَهَا) نَاحِيَةً فِي غَيْرِ فِرَاشِهَا، (وَلَا يَجُوزُ ضَرْبُهَا) إِنْ رَجَا رُجُوعَهَا بِدُونِهِ (فَإِذَا امْتَنَعَتْ عَنْ طَاعَتِهِ فِيمَا يَجِبُ لَهُ) وَلَمْ يَنْجَعْ ذَلِكَ كُلُّهُ (ضَرْبُهَا مُقْتَصِرٌ عَلَى مَا يُؤْمَلُ بِهِ رُجُوعُهَا) فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ مَعَ حُصُولِ الْغَرَضِ بِهِ، وَإِلَّا تَدَرَّجَ إِلَى الْأَقْوَى فَلَا أَقْوَى (مَا لَمْ يَكُنْ مُدْمِيًا، وَلَا مُبْرِّحًا) أَي: شَدِيدًا كَثِيرًا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾. وَالْمُرَادُ فَعِظُوهُنَّ إِذَا وَجَدْتُمْ أَمَارَاتِ النُّشُوزِ، وَاهْجُرُوهُنَّ إِنْ نَشَرْنَ، وَاضْرِبُوهُنَّ إِنْ أَصْرَرْنَ عَلَيْهِ. وَأَفْهَمَ قَوْلُهُ تَعَالَى: فِي الْمَضَاجِعِ، أَنَّهُ لَا يَهْجُرُهَا فِي الْكَلَامِ، وَهَذَا فِيمَا زَادَ عَنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فِي الْكَلَامِ فَوْقَ ثَلَاثٍ» وَيَجُوزُ فِي الثَّلَاثَةِ إِنْ رَجَا بِهِ رُجُوعَهَا، وَلَوْ حَصَلَ بِالضَّرْبِ تَلَفٌ أَوْ إِدْمَاءٌ، ضَمِنَ.

نشوز در لغت به معنای بلند شدن است [بنابراین به کسی که از حالت نشسته برمی خیزد و می ایستد گفته می شود که نشوز کرده است] و نشوز در اینجا [یعنی در شرع و اصطلاح فقهی و حقوقی] به معنای خارج شدن از اطاعت و فرمانبرداری است یعنی

زوج یا زوجه از انجام حقی که هر یک بر دیگری دارد، خودداری نماید [و ارتباط معنای لغوی و معنای اصطلاحی در آن است که] زوج یا زوجه بواسطه نشوز و خروج از انجام تکالیف خانوادگی، از فرمانبرداری و اطاعتی که خداوند از او خواسته است بلند می‌شود. [در آیه ۱۱ سوره مجادله هم واژه «نشوز» به همین معنا آمده است: «و اذا قيل انشزوا فانشزوا» که به معنای بلند شدن به سوی فرمانی از فرمان‌های الهی است] پس هنگامی که مرد، نشانه‌های نشوز و سرپیچی را در همسرش یافت بدین صورت که زوجه، تندخویی نمود [یا چهره درهم کشید] یا خودداری از انجام نیازهایی که مرد به زن دارد مانند مقدمات بهره‌گیری جنسی از یکدیگر بدین صورت که زوجه آنها را انجام ندهد یا زمانی که مرد، این درخواست‌ها را از همسرش می‌نماید، با سنگینی و اکراه آنها را اجابت کند و [منظور از خواسته‌های مرد، خواسته‌های جنسی است] و همه درخواست‌ها، مورد نظر نمی‌باشد زیرا زوجه وظیفه ندارد آنچه را که مربوط به بهره‌گیری جنسی نیست برای همسرش انجام دهد. [نشانه دیگر برای نشوز زوجه، آن است که] زوجه ادب متعارف خود در سخن گفتن با شوهرش را تغییر بدهد یعنی سخنان خشن و تندی را به همسرش بگوید در حالیکه قبلاً با آرامی سخن می‌گفت یا هنگام سخن گفتن، نگاه به همسرش نکند در حالیکه قبلاً نگاه می‌کرد و یا رفتار متعارف خود را با شوهرش، تغییر بدهد یعنی با پشت کردن و ترشرویی با همسرش روبرو شود در حالیکه قبلاً با مهربانی و عطف و با وی روبرو می‌شد و کارهایی نظیر اینها [که نشانه نشوز زوجه است پس هرگاه شوهر، این نشانه‌ها را در همسرش ببیند]، ابتدا او را نصیحت می‌کند بدون اینکه از وی دوری کند و کتک بزند زیرا ممکن است زوجه، عذری داشته باشد [مثلاً ناراحتی عصبی و روحی پیدا کرده باشد] و اگر هم عذری نداشته باشد ممکن است نسبت به رفتارهای گذشته خویش، پشیمان گردد. موعظه کردن [شکل‌های گوناگونی دارد] مانند اینکه شوهر به همسرش بگوید: «نسبت به حقّ واجبی که من برعهده تو دارم، از خدا بترس و از مجازات آن پرهیز». همچنین شوهر، عذاب اخروی خدا را که در انتظار زنان ناشزه بسر می‌برد به وی گوشزد کند و اینکه در دنیا هم حق نفقه زوجه ناشزه و حق قسم او از بین می‌رود. [مرحله بعدی پس از اینکه شوهر، همسرش را موعظه کرد] آن است که شوهر چنانچه موعظه، اثر نکرد

پشت خود را در رختخواب به همسرش می‌کند و سپس رختخواب خویش را از رختخواب همسرش جدا می‌کند و اگر شوهر احتمال بدهد که همسرش بدون اینکه کتک بخورد، دست از نشوز برمی‌دارد حق ندارد که او را بزند اما اگر هیچیک از اقدامات قبلی [یعنی موعظه و پشت کردن و جدا کردن رختخواب، اثری نبخشند و] زوجه کماکان به نشوز خویش نسبت به تکالیفی که شوهرش بر وی دارد ادامه دهد شوهر می‌تواند به اندازه ناچیزی او را بزند اما در صورتی که همان زدن کم، هدف شوهر [یعنی بازگشت همسرش از نشوز] را تأمین کند اما چنانچه این مقدار از زدن، کافی نباشد مقدار زدن به تدریج زیاد می‌شود مشروط بر اینکه خون را جاری نکند و شدید و زیاد نباشد زیرا خداوند در آیه ۳۳ سوره نساء فرموده است: «زنانی را که از نشوزشان بیمناک هستید موعظه کنید و در بسترهایتان، پشت به آنها کنید و ایشان را بزنید.» منظور آیه آن است که هرگاه نشانه‌های نشوز را در زنان یافتید، ایشان را پند و اندرز دهید و اگر نشوز کردند، آنها را ترک کنید و اگر بر نشوز خویش، اصرار ورزیدند ایشان را بزنید. [در مورد ترتیب یا عدم ترتیب این موارد، اختلاف نظر وجود دارد اما ظاهر آن است که تحقق اماره‌های نشوز برای موعظه و ترک کردن، کفایت می‌کند اما زدن نیازمند تحقق خود نشوز است و اماره‌های نشوز کفایت نمی‌کند.] و عبارت «در رختخواب‌ها» بیانگر این نکته است که شوهر نباید سخن گفتن با همسرش را قطع کند [بلکه قطع رابطه فقط در قالب همبستر نشدن می‌باشد] و ممنوعیت قطع رابطه در جایی است که بیش‌تر از سه روز باشد زیرا پیامبر (ص) فرمود: «جایز نیست که مسلمانی، سخن گفتن با برادر خود را برای مدتی بیش‌تر از سه روز قطع کند.» اما چنانچه شوهر امید داشته باشد که سخن نگفتن با همسرش، موجب بازگشت وی از نشوز خواهد بود می‌تواند به مدت سه روز با او سخن نگوید. چنانچه زدن زوجه توسط شوهر موجب ورود تلف یا ریختن خونی شود، شوهر ضامن آن است.

(وَلَوْ نَشَرَ الرُّوجَ (بِمَنْعِ حُقُوقِهَا) الْوَاجِبَةِ لَهَا عَلَيْهِ مِنْ قَسَمٍ وَ نَفَقَةٍ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بِهَا) (وَلِلْحَاكِمِ الزَّامَةُ بِهَا)، فَإِنْ أَسَاءَ خُلُقَهُ وَ آذَاهَا بِضَرْبٍ وَ غَيْرِهِ بِلَا سَبَبٍ صَحِيحٍ نَهَا عَنْ ذَلِكَ، فَإِنْ غَادَ إِلَيْهِ عَزْرُهُ بِمَا يَرَاهُ، وَ إِنْ قَالَ كُلُّ مِنْهُمَا: إِنَّ صَاحِبَهُ مُتَعَدِّ تَعَرَّفَ الْحَاكِمُ الْحَالَ بِثِقَةٍ فِي جَوَارِهِمَا يَخْتَرِبُهُمَا وَ مَنَعَ الظَّالِمَ مِنْهُمَا).

(وَلَوْ تَرَكَتِ الزَّوْجَةَ (بَعْضَ حُقُوقِهَا) الْوَاجِبَةَ لَهَا عَلَيْهِ مِنْ قِسْمَةٍ وَنَفَقَةٍ (اسْتِمَالَةً لَهُ، حَلٍّ) لَهُ (قَبُولُهُ)، وَ لَيْسَ لَهُ مَنَعُ بَعْضِ حُقُوقِهَا لِتَبَدُّلِ لَهُ مَا لَا يَخْلَعُهَا، فَإِنْ فَعَلَ فَبَدَلْتُ أَمِنْ وَ صَحَّ قَبُولُهُ وَ لَمْ يَكُنْ إِكْرَاهًا. نَعَمْ لَوْ قَهَرَهَا عَلَيْهِ بِخُصُوصِهِ لَمْ يَحِلَّ).

اگر زوج حقوق واجبى را که زوجه بر ذمه او دارد مانند حق قسمت و حق نفقه، ادا نکند زوجه حق دارد که این حقوق را از شوهرش مطالبه کند و حاکم مى تواند شوهر را ملزم نماید که حقوق همسرش را بپردازد پس اگر شوهر، بدخلقى کند و همسرش را با کتک زدن و کارهایی از این قبیل، اذیت نماید بدون اینکه توجیه درستی برای کار خود داشته باشد، حاکم او را از انجام چنین کارهایی باز مى دارد و چنانچه باز هم شوهر به کارهایش ادامه دهد، حاکم او را به اندازه‌ای که لازم بداند تعزیر مى کند. اگر هر یک از زوجین ادعا کند که طرف مقابل، تجاوزگر است، حاکم از طریق شخص معتبرى که در همسایگی آنها قرار دارد، واقعیت را بدست مى آورد و آنها را زیر نظر گرفته و مى آزماید و جلو هر کدام را که ستمگر باشند مى گیرد. اگر زوجه مقداری از حقوق واجب خود مانند حق قسمت و نفقه را به شوهرش واگذار کند تا از او دلجویی کند [و شوهر را نسبت به ادامه زندگی دلگرم کند] برای شوهر حلال است که این بخشش همسرش را بپذیرد اما شوهر حق ندارد مقداری از حقوق همسرش را به وی ندهد تا زوجه مجبور شود که مالی را به وی بدهد و شوهر، متقابلاً او را طلاق خلعى بدهد و اگر شوهر، چنین کاری را کرد و زوجه، مالی را به او داد، شوهر مرتکب گناه شده است اما قبول مال برای شوهر صحیح است [و حلال مى باشد] و اکراه، محسوب نمى شود [یعنی معامله اکراهی به حساب نمى آید تا نفوذ آن نیاز به اجازه همسر داشته باشد]. بـله اگر شوهر با قهر و غلبه [و اجبار]، و به صورت خاص، همسرش را وادار کرده باشد که مالی را به وی بذل کند، [قبول این مال برای شوهر، صحیح و] حلال نیست.

(وَالشَّقَاقُ، هُوَ أَنْ يَكُونَ النُّشُوزُ مِنْهُمَا) كَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ صَارَ فِي شِقِّ غَيْرِ الْآخَرِ (وَتُخْشَى الْفُرْقَةُ)، أَوِ الْإِسْتِمْرَارُ عَلَى ذَلِكَ (فَيَبْعَثُ الْحَاكِمُ الْحَكَمَيْنِ مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ) أَي: أَحَدُهُمَا مِنْ أَهْلِهِ وَالْآخَرُ مِنْ أَهْلِهَا، كَمَا تَضَمَّنَتِ الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ لِيَنْظُرَا فِي أَمْرِهِمَا بَعْدَ اخْتِلَاءٍ حَكَمِهِ بِهِ وَحَكَمِهَا بِهَا وَ مَعْرِفَةٍ مَا عِنْدَهُمَا فِي ذَلِكَ.

وَهَلْ بَعَثَهُمَا وَاجِبٌ، أَوْ مُسْتَحَبٌّ؟ وَجَهَانٍ: أَوْجَهُمَا الْوُجُوبُ، عَمَلًا بِظَاهِرِ الْأَمْرِ مِنْ

الْآيَةِ (أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا) لِحُصُولِ الْغَرَضِ بِهِ، وَلِأَنَّ الْقَرَابَةَ غَيْرَ مُعْتَبَرَةٍ فِي الْحَكَمِ، وَلَا فِي التَّوَكُّلِ، وَكَوْنُهُمَا مِنَ الْأَهْلِ فِي الْآيَةِ لِلْإِشَادَةِ إِلَى مَا هُوَ الْأَصْلَحُ. وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِهِمَا عَمَلًا بِظَاهِرِ الْآيَةِ، وَلِأَنَّ الْأَهْلَ أَعْرَفُ بِالْمُصْلَحَةِ مِنَ الْأَجَانِبِ، وَلَوْ تَعَذَّرَ الْأَهْلُ فَلَا كَلَامَ فِي جَوَازِ الْأَجَانِبِ.

شقاق [مصدر است و از ریشه «شَقَّ» به معنای ناحیه گرفته شده است و] به معنای آن است که نشوز و کراهت از سوی دو طرف باشد بگونه‌ای که گویی هر یک از زن و شوهر، در ناحیه‌ای مقابل ناحیه طرف دیگر، قرار دارد [یعنی هر کدام در یک طرف اختلاف قرار گرفته‌اند. شقاق یا مشاققه به معنای اختلاف و دشمنی و تفرقه نیز آمده است و معنای اخیر با معنای اصطلاحی آن سازگارتر است بنابراین] بیم تفرقه و جدایی و استمرار آن می‌رود پس حاکم، دو داور را از خانواده زوجین انتخاب می‌کند بگونه‌ای که یکی از داوران، از خویشاوندان زوج و دیگری از خویشاوندان زوجه باشد همانگونه که آیه قرآن نیز به آن اشاره دارد [زیرا در آیه سوم سورة نساء آمده است: «وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَصْلَحِهِمَا» و انتخاب داوران از خویشاوندان زوج و زوجه] بخاطر آن است که داوران هر دو طرف بعد از آنکه داور زوج به صورت جداگانه با زوج مذاکره کرد و داور زوجه به صورت جداگانه با زوجه مذاکره نمود، وضعیت آنها را شناسایی کرده و با اختلاف آنها [و ریشه اختلاف] آشنا می‌شوند. در مورد اینکه انتخاب داور [در صورتی که شقاق رخ دهد] واجب است یا مستحب می‌باشد، دو احتمال وجود دارد و احتمال منطقی‌تر آن است که انتخاب داور، واجب باشد زیرا عمل به ظاهر آیه که در قالب صیغه امر بیان شده است، چنین اقتضایی دارد [یعنی آیه قرآن، امر به انتخاب داور کرده است و امر، ظهور در وجوب دارد. [ممکن است حاکم، داور را از خویشاوندان زوجین انتخاب نکند بلکه] از غیرخویشاوندان انتخاب نماید زیرا غرض و هدف از ارجاع به داوری در اینجا نیز حاصل می‌شود و از طرفی، خویشاوندی شرط حاکم نیست همانگونه که شرط وکیل نیست. [اگر خطاب آیه قرآن به زوجین باشد یعنی خودشان، داور تعیین کنند آنگاه داور، نقش وکیل را پیدا می‌کند و این بحث پیش می‌آید که وکیل باید جزء خویشاوندان باشد یا خیر؟ شهیدثانی می‌فرماید؛ داوران اعم از اینکه حاکم باشند یا وکیل باشند لازم نیست

جزء خویشاوندان زوجین قرار گیرند.] و اینکه در آیه قرآن اشاره به خویشاوندی آنها گردیده بخاطر آن است که آیه قرآن راهنمایی و ارشاد می‌کند که اگر داوران را از خویشاوندان انتخاب کنید بهتر است. یک دیدگاه هم آن است که عمل به ظاهر آیه قرآن اقتضا می‌کند که داوران باید از خویشاوندان باشند [و دلیل دیگر برای شرط خویشاوندی، آن است که] خویشاوندان بهتر از دیگران، مصلحت زوجین را تشخیص می‌دهند. البته اگر انتخاب داور از میان خویشاوندان، دشوار باشد شکی نیست که می‌توان آنها را از میان غیرخویشاوندان انتخاب کرد.

وَبَعَثْنَاهُمَا يُكُونُ (تَحْكِيمًا) لَا تَوْكِيلًا، لِأَنَّ اللَّهَ خَاطَبَ بِالْبُعْثِ الْحُكَّامَ وَجَعَلَهُمَا حَكَمَيْنِ، وَلَوْ كَانَ تَوْكِيلًا لَخَاطَبَ بِهِ الزَّوْجَيْنِ، وَلَئِنَّهُمَا إِنْ رَأَيَا الْإِصْلَاحَ فَعَلَاهُ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ، وَإِنْ رَأَيَا التَّفْرِيقَ تَوَقَّفَ عَلَى الْإِذْنِ، وَلَوْ كَانَ تَوْكِيلًا لَكَانَ تَابِعًا لِمَا دَلَّ عَلَيْهِ لَفْظُهُمَا.

وَبِذَلِكَ يُضَعَّفُ قَوْلُ الْقَاضِي بِكَوْنِهِ تَوْكِيلًا، اسْتِنَادًا إِلَى أَنَّ الْبُضْعَ حَقُّ لِلزَّوْجِ، وَالْمَالُ حَقُّ لِلْمَرْأَةِ. وَلَيْسَ لِأَحَدٍ التَّصَرُّفُ فِيهِمَا إِلَّا بِإِذْنِهِمَا، لِعَدَمِ الْحَجْرِ عَلَيْهِمَا، لِأَنَّ إِذْنَ الشَّارِعِ قَدْ يَجْرِي عَلَى غَيْرِ الْمَحْجُورِ كَالْمُطَاطِلِ.

وَ حَيْثُ كَانَ تَحْكِيمًا (فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْإِصْلَاحِ) بَيْنَهُمَا (فَعَلَاهُ) مِنْ غَيْرِ مُرَاجَعَةٍ (وَ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى التَّفْرِيقِ لَمْ يَصَحَّ إِلَّا بِإِذْنِ الزَّوْجِ فِي الطَّلَاقِ، وَ إِذْنِ الزَّوْجَةِ فِي الْبَدْلِ) إِنْ كَانَ خُلْعًا، لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ مُفْتَضَى التَّحْكِيمِ.

(وَ كُلُّ مَا شَرَطَاهُ) أَيِ الْحَكَمَانِ عَلَى الزَّوْجَيْنِ (يَلْزَمُ إِذَا كَانَ سَائِعًا) شَرْعًا وَ إِنْ لَمْ يَرْضَ بِهِ الزَّوْجَانِ، وَ لَوْ لَمْ يَكُنْ سَائِعًا كَاشْتِرَاطِ تَرْكِ بَعْضِ النَّفَقَةِ أَوْ الْقِسْمَةِ، أَوْ أَنْ لَا يُسَافِرَ بِهَا لَمْ يَلْزَمْ الْوَفَاءُ بِهِ.

وَ يُشْتَرَطُ فِي الْحَكَمَيْنِ: الْبُلُوغُ، وَ الْعَقْلُ، وَ الْحُرِّيَّةُ، وَ الْعَدَالَةُ، وَ الْإِهْتِدَاءُ إِلَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ بَعَثْنَاهُمَا، دُونَ الْإِجْتِهَادِ.

انتخاب دو داور، ماهیت حکمیت و داوری دارد و وکالت نیست [یعنی داوران بعنوان وکیل، انتخاب نمی‌شوند تا احکام داوری بر آنها بار شود بلکه بعنوان حکم، انتخاب می‌شوند و در نتیجه، احکام داوری بر آنها بار می‌شود. و وکیل نبودن آنها] بخاطر آن است که خداوند، حاکمان را مخاطب خود قرار داده است تا دو نفر را

بعنوان حَکَم و داور تعیین کنند پس اگر انتخاب دو نفر، از باب وکالت می بود باید زوجین را خطاب قرار می داد [یعنی به زوجین دستور می داد که دو وکیل انتخاب کنید. دلیل دیگر برای وکیل نبودن داوران] آن است که چنانچه داوران، صلح و سازش زوجین را صلاح بدانند صلح و سازش را برقرار می کنند بدون اینکه نیازی به اذن موکلین باشد و اگر جدایی آنها را صلاح بدانند، جدایی زوجین نیاز به اذن آنها دارد حال آنکه اگر اظهارنظر آنها، وکالت بود باید در هر دو صورت، زوجین اذن می دانند [یعنی اقدام وکیل در هر صورت نیاز به اذن موکل دارد اما در اینجا اقدام وکیل مبنی بر صلح و سازش زوجین، نیاز به اذن موکل ندارد بلکه اگر داوران تشخیص دهند که زوجین با یکدیگر سازش کنند باید آن را بپذیرند و فقط اگر تشخیص دادند که از هم جدا شوند، باید زوج رضایت به طلاق بدهد و زوجه نیز مهریه اش را ببخشد. قاضی ابن براج، ماهیت حکمیت در اینجا را وکالت می داند اما شهیدثانی، نظریه ایشان را نپذیرفته و می فرماید:] و با این استدلالی که بیان شد [مبنی بر اینکه اقدام وکیل نیاز به اذن موکل دارد] نظریه قاضی ابن براج که حکمیت را نوعی وکالت میدانند، تضعیف می شود و استناد ایشان بر این است که بضع زوجه، حقی است که متعلق به زوج می باشد و مهریه، حقی است که متعلق به زوجه است و هیچکس نمی تواند در این دو حق، تصرفی بنماید مگر اینکه صاحب حق اجازه بدهد زیرا صاحبان حق، محجور نیستند. [شهیدثانی، دلیل قاضی ابن براج را چنین پاسخ می دهد که اینگونه نیست که شارع، فقط تصرف در مال محجور را اجازه داده باشد بلکه] شارع در پاره ای موارد نسبت به تصرف در مال غیر محجور نیز اذن می دهد مانند بدهکاری که در پرداخت بدهی خود، طفره می رود [پس در اینجا شارع اجازه داده است که طلبکار به اندازه طلب خود، در اموال بدهکار، تصرف نماید]. حال که انتخاب داوران، ماهیت حکمیت و داوری دارد پس چنانچه داوران به توافق برسند که زوجین می توانند با یکدیگر سازش کنند، این نظر خود را اعمال می کنند بدون اینکه نیازی به اذن موکلان خود داشته باشند و اگر به این توافق برسند که زوجین باید از یکدیگر جدا شوند، جدایی آنها مشروط به اذن زوج برای طلاق و اذن زوجه برای بذل مهریه خواهد بود اگر طلاقی را که واقع می سازند طلاق خلعی باشد زیرا حکمیت و داوری چنین اقتضایی دارد. شرایطی که داوران برای زوجین تعیین می کنند چنانچه

شرطی باشد که شرعاً جایز است، برای طرفین لازم الاجرا خواهد بود گرچه زوجین نسبت به آن شرایط، رضایت نداشته باشند اما اگر شرطی باشد که شرعاً جایز نیست مانند اینکه شرط کنند که زوج، مقداری از نفقه یا حق قسمت را ندهد یا زوجه را به سفر نبرد، چنین شرطی لازم الوفاء نیست. داوران باید بالغ و عاقل و آزاد و عادل باشند و نسبت به موضوعی که برای اظهار نظر انتخاب شده‌اند، آگاهی داشته باشند اما مجتهد بودن آنها شرط نیست.

(وَيَلْحَقُ بِذَلِكَ نَظَرَانِ):

(الْأَوَّلُ: فِي الْأَوْلَادِ)

(وَيَلْحَقُ الْوَلَدُ بِالزَّوْجِ الدَّائِمِ نِكَاحُهُ بِالذَّخُولِ بِالزَّوْجَةِ (وَمُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ) هَالِئَةً (مِنْ جِهِنِ الْوَطْءِ). الْمُرَادُ بِهِ - عَلَى مَا يَظْهَرُ مِنْ إِطْلَاقِهِمْ، وَصَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي قَوَائِدِهِ غَيْبُوبَةُ الْحَشَقَةِ قُبْلًا أَوْ دُبْرًا وَإِنْ لَمْ يُنْزَلْ، وَلَا يَخْلُو ذَلِكَ مِنْ إِشْكَالٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُجْمَعًا عَلَيْهِ، لِلْقَطْعِ بِانْتِفَاءِ التَّوَلَّدِ عَنْهُ عَادَةً فِي كَثِيرٍ مِنْ مَوَارِدِهِ، وَلَمْ أَقِفْ عَلَى شَيْءٍ يُنَافِي مَا نَقَلْنَاهُ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ.

(وَعَدَمُ تَجَاوُزِ أَقْصَى الْحَمْلِ) وَقَدْ اخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي تَحْدِيدِهِ فَقِيلَ: تِسْعَةُ أَشْهُرٍ. وَقِيلَ: عَشْرَةٌ (وَأَغَايَةُ مَا قِيلَ فِيهِ عِنْدَنَا سَنَةٌ).

وَمُسْتَنَدُ الْكُلِّ مِنْهُمُ الرِّوَايَاتُ، وَعَدَلَ الْمُصَنِّفُ عَنْ تَرْجِيحِ قَوْلٍ، لِعَدَمِ دَلِيلٍ قَوِيٍّ عَلَى التَّرْجِيحِ. وَيُمْكِنُ حَمْلُ الرِّوَايَاتِ عَلَى اخْتِلَافِ عَادَاتِ النِّسَاءِ فَإِنَّ بَعْضَهُنَّ تَلِدُ لِتِسْعَةِ، وَبَعْضُهُنَّ لِعَشْرَةِ. وَقَدْ يَتَّفِقُ نَادِرًا بُلُوغُ سَنَةٍ، وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَنِ السَّنَةِ، مَعَ أَنَّهُمْ رَوَوْا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَمَلَتْ بِهِ أُمُّهُ أَيَّامَ التَّشْرِيقِ، وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ وُلِدَ فِي شَهْرِ رَبِيعِ الْأَوَّلِ، فَأَقْلُ مَا يَكُونُ لَبْنُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ سَنَةٌ وَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ، وَمَا نَقَلَ أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ أَنَّ ذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِهِ ﷺ.

دو موضوع به کتاب نکاح ملحق می‌شود

اول - در مورد فرزندان است

[اماره فراش یکی از اماره‌های قانونی است که بموجب آن چنانچه سه شرط محقق

شود، کودک به شوهر ملحق می‌شود و این بخش در مورد امارهٔ فراش است: [کودک به زوج دائمی که با همسرش نزدیکی کرده و شش ماه قمری از زمان نزدیکی نگذشته باشد، ملحق می‌شود] در این قسمت دو شرط از شرایط فراش بیان شده است؛ علت اینکه نباید کودک در کمتر از شش ماه از زمان نزدیکی زن و شوهر به دنیا آمده باشد آن است که معمولاً کودک پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی به دنیا می‌آید و با اجماع فقها، شش ماه حداقل مدت حاملگی است. و نیز از جمع دو آیهٔ قرآن، چنین نتیجه‌ای بدست می‌آید؛ یکی آیه‌ای که می‌فرماید: «مدت حمل و شیر خوردن کودک، سی ماه است» و دیگری آیه‌ای که می‌فرماید: «و شیر خوردن کودک در دو سال است» بنابراین دو سال شیر خوردن که از سی ماه کسر شود، شش ماه برای مدت حاملگی باقی می‌ماند اما شهیدثانی در مورد شرط نزدیکی می‌فرماید: [و براساس آنچه که از ظاهر اطلاق سخن فقها به دست می‌آید و مصنف نیز در کتاب قواعد به آن تصریح کرده است، منظور از نزدیکی گم شدن حشفه [و ختنه‌گاه] در جلو و عقب زن است هر چند شوهر، انزال منی نکند] در کتاب سرائر و تحریر آمده است که نزدیکی از عقب، کافی نیست. شهیدثانی هم اطلاق کلام فقها که واژهٔ «نزدیکی» را به صورت مطلق بیان کرده و شامل نزدیکی از جلو و عقب می‌شود و نیز تصریح شهید اول به اینکه نزدیکی از عقب نیز کفایت می‌کند را مورد انتقاد قرار داده می‌فرماید: [تحقق نزدیکی با دخول از عقب اگر مورد قبول تمامی فقها نبوده [و بر آن اجماع نداشته باشند] بدون اشکال و ایراد نیست زیرا در بسیاری از مواردی که نزدیکی از عقب صورت می‌گیرد، ولادتی از شوهر رخ نمی‌دهد [بخصوص اگر منی از مرد خارج نشود] و من به مطلب قابل اعتمادی برخورد نکردم که با آنچه نقل کردیم تعارض داشته باشد [یعنی ظاهراً این مسأله اجماعی است زیرا فقها مطلبی برخلاف اطلاق سخن خود بیان نکرده‌اند. اما سومین شرط برای تحقق امارهٔ فراش آن است که تولّد کودک پس از نزدیکی] بیش‌تر از حداکثر مدّت حاملگی نشود و فقها در مورد تعیین حداکثر مدّت حاملگی به اختلاف افتاده‌اند پس یک دیدگاه [که مشهورتر می‌باشد، آن است که این مدّت] نه ماه است و یک دیدگاه آن است که ده ماه است [شیخ طوسی در المبسوط و محقق حلّی در مختصر النافع، این دیدگاه را پذیرفته است] و حداکثر مدتی که فقهای شیعه گفته‌اند، یک سال است [و این سخن شیخ مفید و

سیدمرتضی و گروهی از متأخرین است و براساس استصحاب حکم فراش می‌باشد] و همه این نظریه‌ها، مستند به روایات شرعی است اما شهید اول هیچیک از این نظریه‌ها را ترجیح نداده است زیرا دلیل قوی برای ترجیح آنها وجود ندارد و می‌توان این روایات را حمل بر اختلاف عادت زنها نمود زیرا برخی از زنان در نه ماهگی وضع حمل می‌کنند و برخی دیگر در ده ماهگی و به‌ندرت اتفاق می‌افتد که [مدّت حمل] به یک سال برسد و فقهای شیعه اتفاق نظر دارند که مدت حمل بیشتر از یک سال نمی‌شود با اینکه ایشان روایت کرده‌اند که مادر پیامبر (ص) وی را در ایام تشریق باردار شد [یعنی سه روز پس از عید قربان که یازدهم تا سیزدهم ذی الحجه می‌باشد] و فقها اتفاق نظر دارند که پیامبر (ص) در ماه ربیع الاول به دنیا آمد [دوازدهم یا هفدهم ربیع الاول براساس اختلافی که میان فقهای شیعه و سنی است] بنابراین کمترین مدّتی که پیامبر (ص) در شکم مادرش سپری کرده است، یک سال و سه ماه می‌باشد. [زیرا منظور از ربیع الاول که پیامبر (ص) در آن به دنیا آمد، ربیع الاول همان سالی نیست که نطفه پیامبر در ماه ذی الحجه آن منعقد شده است و گر نه مدت حاملگی مادر وی، سه ماه خواهد بود که امری بعید است بنابراین مادر پیامبر (ص) در روز یازدهم یا دوازدهم یا سیزدهم ذی الحجه، وی را حامله شده و در دوازدهم یا هفدهم ربیع الاول سال بعد، وی را به دنیا آورده است و اگر تولد وی در دوازدهم باشد، یک سال و سه ماه در رحم مادرش بوده است بنابراین سخن فقها در مورد ولادت پیامبر (ص) که مورد قبول همه آنهاست با سخن دیگرشان که حداکثر مدت ولادت را یک سال می‌دانند، سازگاری ندارد و شهیدثانی قصد بیان همین ایراد را دارد و این در حالی است که پیامبر (ص) ویژگی خاصی نداشته است تا گفته شود که تجاوز مدّت حاملگی از یک سال فقط مخصوص پیامبر (ص) بوده است] و هیچیک از دانشمندان نگفته‌اند که این موضوع از ویژگی‌های خاص پیامبر (ص) بوده است. [البته علامه مجلسی روایت دیگری را بیان کرده است که نطفه پیامبر (ص) در ماه جمادی الثانی منعقد شده است که در این صورت وی نیز در نه ماهگی بدنیا آمده و خلاف عرف معمول نبوده است. در مورد حداقل مدت حمل گفته شده است که در انسان شش ماه و در پرندگان، بیست و یک روز در سگ، چهل روز و در گربه، دو ماه و در گوسفند، پنج ماه و در الاغ، و اسب و شتر، یک سال و در

فیل، برحسب نوع آن تفاوت دارد.]

(هَذَا فِي) الْوَلَدِ التَّامِّ (الَّذِي وَلَجَتْهُ الرُّوحُ، وَ فِي غَيْرِهِ) مِمَّا تُسْقِطُهُ الْمَرْأَةُ (يُرْجَعُ) فِي إلْحَاقِهِ بِالزَّوْجِ حَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَى الْإِلْحَاقِ لِيَجِبَ عَلَيْهِ تَكْفِينُهُ وَ مَوْنُهُ تَجْهِيْزُهُ، وَ نَحْوُ ذَلِكَ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي لَا تَتَرَتَّبُ عَلَى حَيَاتِهِ (إِلَى الْمُعْتَادِ) لِمِثْلِهِ (مِنَ الْأَيَّامِ وَ الْأَشْهُرِ، وَ إِنْ نَقَصَتْ عَنِ السَّنَةِ الْأَشْهُرِ) فَإِنْ أُمِّكَنْ عَادَةً كَوْنُهُ مِنْهُ لِحَقِّهِ الْحُكْمُ، وَ إِنْ عَلِمَ عَادَةً ائْتِفَاقُهُ عَنْهُ لِعَيْبَتِهِ عَنْهَا مُدَّةً تَزِيدُ عَنْ تَخْلُفِهِ عَادَةً مِنْهُ ائْتَفَى عَنْهُ.

آنچه که گفته شد [در مورد حداقل و حداکثر مدت حاملگی] در مورد کودک کاملی است که روح در آن دمیده است اما در مورد کودکی که ناقص الخلقه می باشد و زن، آن را سقط کرده است، در صورتی که برای پرداخت هزینه های کفن و دفن کردن و نظایر اینها از احکامی که نیاز به زنده بودن طفل نیست، چنانچه نیاز به الحاق وی به زوج باشد، به روزها و ماههای متعارف، مراجعه می شود هر چند [سقط جنین] کمتر از شش ماه باشد بنابراین چنانچه برحسب عرف و عادت امکان الحاق جنین سقط شده به زوج وجود داشته باشد به وی ملحق می شود و اگر عرفاً نتوان جنین را منتسب به زوج نمود به وی ملحق نمی شود مانند اینکه زوج برای مدتی که بیشتر از تولد طفل می باشد از نزد زوجه غیبت کرده باشد.

(وَلَوْ فَجَرَ بِهَا) أَي: بِالزَّوْجَةِ الدَّائِمَةِ فَاجِرٌ (فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ) وَ لِلغَايِرِ الْحَجَرِ، (وَلَا يَجُوزُ لَهُ نَفْيُهُ لِذَلِكَ)، لِلْحُكْمِ بِلُحُوقِهِ بِالْفِرَاشِ شَرْعاً وَ إِنْ أَشْبَهَ الزَّانِيَ خِلْفَةً (وَلَوْ نَفَاهُ لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ إِلَّا بِاللَّعَانِ) لِأُمِّهِ فَإِنْ لَمْ يُلَاعِنْ حَدَّ بِهِ.

و اگر مردی با زوجه دائمی زنا کرده باشد، فرزند به زوج ملحق می شد و نصیب شخص زناکار، سنگ است [عالم به معنای مانع است در اینجا به معنای شخص زناکار می باشد یعنی مرد زناکار، بهره ای نمی برد و بهره او سنگ و خاک است] و زوج نمی تواند به این دلیل که همسرش زنا کرده است، کودک را از خودش نفی کند زیرا شرع حکم می کند که براساس قاعده فراش، کودک به زوج ملحق شود هر چند از نظر خلقت [و شکل ظاهری] شبیه زانی باشد و اگر شوهر، کودک را از خودش نفی کند، کودک از او نفی نمی شود مگر اینکه لعان را نسبت به مادر کودک جاری سازد و اگر همسرش را لعان نکند بخاطر نفی کودک، حد بر او جاری می شود.

(وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الدُّخُولِ) فَادَّعَتْهُ وَانْكُرَهُ هُوَ (أَوْ فِي وَلَادَتِهِ) بَأَنّ أَنْكَرَ كَوْنَهَا وَلَدَتْهُ (حَلَفَ الزَّوْجُ)، لِأُضَالَةِ عَدَمِهِمَا، وَلِأَنَّ التَّرَاغِي فِي الْأَوَّلِ فِي فِعْلِهِ، وَ يُمَكِّنُهَا إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ فِي الثَّانِي، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيهَا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ. (وَلَوْ) اتَّفَقَا عَلَيْهِمَا (وَ اخْتَلَفَا فِي الْمُدَّةِ) فَادَّعَى وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ لِأَزِيدَ مِنْ أَفْصَى الْحَمْلِ (حَلَفَتْ) هِيَ تَغْلِيْبًا لِلْفِرَاشِ، وَلِأُضَالَةِ عَدَمِ زِيَادَةِ الْمُدَّةِ فِي الثَّانِي. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَصْلٍ مَعَهُ فَيُحْتَمَلُ قَبُولُ قَوْلِهِ فِيهِ، عَمَلًا بِالْأَصْلِ، وَلِأَنَّ مَالَهُ إِلَى التَّرَاغِي فِي الدُّخُولِ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ: لَمْ تَنْقُضِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ الْوُطْءِ، فَمَعْنَاهُ أَنَّهُ لَمْ يَطَأْ مُنْذُ مُدَّةِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْوُطْءُ فِيهَا دُونَهَا. وَرُبَّمَا فَسَّرَ بَعْضُهُمُ التَّرَاغِي فِي الْمُدَّةِ بِالْمَعْنَى الثَّانِي خَاصَّةً، لِيُؤَافِقَ الْأَصْلَ وَ لَيْسَ بِبَعِيدٍ إِنْ تَحَقَّقَ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ، إِلَّا أَنَّ كَلَامَ الْأَصْحَابِ مُطْلَقٌ.

و اگر زوجین در مورد نزدیکی با یکدیگر اختلاف پیدا کنند و زوجه ادّعا ی نزدیکی نماید اما زوج آن را انکار کند یا در مورد تولّد کودک با یکدیگر اختلاف پیدا کنند و زوج ادّعا کند که زوجه اش آن کودک را به دنیا نیاورده است، زوج سوگند یاد می کند زیرا اصل بر عدم نزدیکی و عدم ولادت است [بنابراین زوج، منکر به حساب می آید زیرا سخن او مطابق با اصل است و منکر باید قسم بخورد. دلیل دیگر برای سوگند خوردن زوج] بخاطر آن است که در مورد اختلاف پیرامون نزدیکی، اختلاف در مورد عمل زوج است [اما عمل زوج یعنی عمل نزدیکی، عملی است که نمی توان بینّه بر آن اقامه کرد زیرا مخفیانه انجام می شود و کسی از آن مطلع نمی گردد.] و زن می تواند در مورد نفی ولد، بینّه بر ولادت بیاورد [زیرا امکان اطلاع دیگران نسبت به ولادت طفل وجود دارد] بنابراین سخن زن در مورد ولادت، بدون بینّه پذیرفته نمی شود. [پس در هر دو صورت، مرد باید سوگند یاد کند.] و اگر زوجین در مورد نزدیکی و ولادت با یکدیگر اختلاف پیدا نکنند اما پیرامون مدّت با یکدیگر اختلاف پیدا کنند بگونه ای که زوج ادّعا کند، کودک کمتر از شش یا بیشتر از مدّت حاملگی [از زمان ولادت] به دنیا آمده است، زن بخاطر غلبه [و حاکمیت] قاعده فراش سوگند یاد می کند [البته اگر پذیرش سخن زن بخاطر اماره فراش باشد نیازی به سوگند نیست زیرا زن در اینجا منکر نیست تا قسم بخورد و هرکس مطابق قاعده فراش سخن بگوید بی نیاز از اثبات ادّعا ی خود می باشد بدون اینکه سوگند وی لازم باشد بنابراین لزوم قسم خوردن زن، محلّ

تردید است. و اما در مورد ادّعی دوّم شوهر مبنی بر اینکه کودک در مدّتی بیشتر از حداکثر زمان حمل به دنیا آمده است باز هم زن قسم می خورد [زیرا اصل در مورد ادّعی دوّم آن است که مدّت ولادت کودک بیش تر از مدّت حاملگی نباشد] و نیز اصل تأخر نزدیکی است. بنابراین سخن زن، مطابق اصل است و زن، منکر به حساب می آید. شهیدثانی در مورد توجّه قسم به زن در صورت اوّل یعنی ادّعی زوج مبنی بر اینکه کودک در مدّت کمتر از شش ماه به دنیا آمده است، ایراد کرده و می فرماید: [اما در مورد ادّعی اوّل زوج، اصل با اوست] یعنی سخن زوج، مطابق با اصل است و منظور از اصل، اصل تأخر حادث می باشد یعنی اصل بر آن است که نزدیکی با تأخیر انجام شده باشد و در نتیجه فاصله ولادت طفل و نزدیکی، کمتر از شش ماه باشد و نیز اصل بر عدم نزدیکی می باشد] بنابراین احتمال می دهد که سخن زوج در مورد وقوع ولادت در کمتر از شش ماه، پذیرفته شود زیرا اصل [عدم نزدیکی و اصل تأخر حادث] چنین اقتضایی دارد. و [دلیل دیگر برای پذیرش سخن زوج] آن است که اختلاف در مورد مدّت حاملگی به اختلاف در مورد نزدیکی برمی گردد زیرا وقتی زوج می گوید که شش ماه از تاریخ نزدیکی نگذشته است معنایش آن است که در مدّت شش ماه [قبل از ولادت، با همسرش] نزدیکی نکرده است بلکه نزدیکی در مدّتی کمتر از شش ماه صورت گرفته است [بنابراین ادّعی زوج آن است که نزدیکی در مدّتی کمتر از شش ماه قبل از ولادت، صورت گرفته است] و برخی از فقها، اختلاف در مدّت [یعنی اختلاف در مدت وضع حمل] را فقط حمل بر معنای دوم نموده اند تا مطابق با اصل باشد [یعنی گفته اند ادّعی مرد فقط آن است که کودک در مدّتی بیشتر از مدت حاملگی به دنیا آمده است زیرا در این صورت سخن زوجه مطابق با اصل عدم زیادی مدّت خواهد بود و سوگند زوجه قابل توجیه است. اما اختلاف در مدّت وضع حمل شامل صورتی نخواهد بود که زوج ادّعا می کند کودک در مدّتی کمتر از شش ماه از زمان نزدیکی به دنیا آمده است زیرا در این حالت، سخن زوج مطابق با اصل می باشد و سوگند زوجه توجیهی ندارد. شهیدثانی هم انحصار عوا در اختلاف پیرامون ولادت در حداکثر مدت حاملگی را نیکو دانسته و می فرماید [این تفسیر و انحصار، بعید نیست اگر در این مورد اختلاف بوجود آید] یعنی اگر فقها باهم اختلاف نمایند که آیا موضوع اختلاف، ولادت

در کمتر از شش ماه یا در بیشتر از مدت حاملگی است، بعید نیست که گفته شود اختلاف در مورد دوم است [اما کلام فقها، اطلاق دارد] و شامل هر دو صورت می شود و تصریح نکرده اند که اختلاف فقط در موردی است که زوج ادعا کند، کودک در مدت بیشتر از مدت حاملگی، به دنیا آمده است.]

(وَلَدُ الْمَمْلُوكَةِ إِذَا حَصَلَتِ الشُّرُوطُ الثَّلَاثَةُ) وَ هِيَ الدُّخُولُ وَ لِادَّتُهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْأَقْصَى (يَلْحَقُ بِهِ، وَكَذَلِكَ وَلَدُ الْمُتَعَةِ)، وَ لَا يَجُوزُ لَهُ نَفَاهُ لِمَكَانِ الشُّبْهَةِ فِيهِمَا (لَكِنْ لَوْ نَفَاهُ انْتَفَى) ظَاهِرًا (بِغَيْرِ لَعَانٍ فِيهِمَا وَ إِنِ فَعَلَ حَرَامًا) حَيْثُ نَفَى مَا حَكَمَ الشَّارِعُ ظَاهِرًا بِلُحُوقِهِ بِهِ، أَمَّا وَلَدُ الْأَمَةِ فَمَوْضِعُ وَفَاقٍ، وَ تَلْعَلِيقُ اللَّعَانِ عَلَى رَمِي الزَّوْجَةِ فِي الْآيَةِ، وَ أَمَّا وَلَدُ الْمُتَعَةِ فَانْتِفَاؤُهُ بِذَلِكَ هُوَ الْمَشْهُورُ. وَ مُسْتَنَدُهُ غَلْبَةُ إِطْلَاقِ الزَّوْجَةِ عَلَى الدَّائِمَةِ، وَ مِنْ ثَمَّ حُمِلَتْ عَلَيْهَا فِي آيَةِ الْإِرْثِ، وَ غَيْرِهِ. وَ ذَهَبَ الْمُرْتَضَى وَ جَمَاعَةٌ إِلَى إلْحَاقِهَا بِالْدَّائِمَةِ هُنَا، لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ حَقِيقَةٌ، وَ إلَّا لَحَرُمَتْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ قَوْلُكَ لَهُمُ الْعَادُونَ﴾.

(فَلَوْ عَادَ وَ اعْتَرَفَ بِهِ صَحَّ وَ لَحِقَ بِهِ)، بِخِلَافِ مَا لَوْ اعْتَرَفَ بِهِ أَوَّلًا ثُمَّ نَفَاهُ فَإِنَّهُ لَا يَنْتَفِي عَنْهُ وَ الْأَحَقُّ بِهِ. (وَ لَا يَجُوزُ نَفْيُ الْوَلَدِ) مُطْلَقًا (لِمَكَانِ الْعَزْلِ) عَنْ أُمِّهِ، لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَ الْفَتْوَى بِلُحُوقِ الْوَلَدِ لِفِرَاشِ الْوَاطِئِ، وَ هُوَ ضَادٌّ مَعَ الْعَزْلِ، وَ يُمَكِّنُ سَبْقُ الْمَاءِ قَبْلَهُ.

وَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ سَابِقًا لَا اعْتِبَارَ بِالْإِنْزَالِ فِي إلْحَاقِ الْوَلَدِ مُطْلَقًا، فَمَعَ الْعَزْلِ بِالْمَاءِ أَوَّلًا. وَ قَيَّدَ الْعَلَامَةُ هُنَا الْوُطْءَ مَعَ الْعَزْلِ بِكَوْنِهِ قُبْلًا، وَ الْمُصَنِّفُ صَرَّحَ فِي الْقَوَاعِدِ بِاسْتِوَاءِ الْقُبْلِ وَ الدُّبْرِ فِي ذَلِكَ، وَ فِي بَابِ الْعِدَّةِ صَرَّحُوا بِعَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِي اعْتِبَارِ الْعِدَّةِ.

و فرزند زوجه کنیز هم به مالکش ملحق می شود هرگاه سه شرط یعنی نزدیکی و ولادت در شش ماه یا بیشتر و عدم گذشتن حداکثر مدت حاملگی، وجود داشته باشد. همچنین کودک زوجه موقت [به شوهر ملحق می شود] و زوج یا مالک نمی تواند در مورد فرزند زوجه کنیز و متعه، بخاطر وجود شبهه [و شک در بنوت کودک] فرزند را از خودشان نفی کنند اما اگر زوج و مالک، کودک را از خودشان نفی کنند، کودک ظاهراً نفی می شود و نیازی به لعان در این دو مورد نیست هر چند کار حرامی کرده اند زیرا کودکی را نفی کرده اند که شارع ظاهراً حکم به لحوق آن به زوج یا مالک نموده

است اما در مورد لحوق کودک زوجه کنیز [به مالک بدون نیاز به لعان] اتفاق نظر وجود دارد و آیه قرآن هم لعان را منحصر به نسبت دادن زنا به زوجه، کرده است. [یعنی آیه ۶ سوره نور که در مورد لعان می باشد آن را منحصر به حالت نسبت زنا دادن کرده و می فرماید: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ.»] اما در مورد فرزند زوجه موقت، مشهور فقها اعتقاد دارند که کودک به محض اینکه نفی شد، به زوج ملحق نمی شود [بدون اینکه نیاز به لعان زوجه باشد] و مستند نظریه مشهور فقها [که نفی کودک زوجه موقت نیازی به لعان ندارد] آن است که کلمه «زوجه» به زوجه دائمی اطلاق می شود و به همین دلیل است که در آیه ارث و در غیرارث نیز واژه «زوجه» به زوجه دائمی اطلاق می شود اما سیدمرتضی و گروهی از فقها گفته اند که زوجه موقت در اینجا به زوجه دائمی ملحق می شود [یعنی زوجه موقت در مسأله لعان، حکم زوجه دائمی را دارد و زوج فقط با لعان می تواند، کودک را از خودش نفی کند] زیرا زوجه موقت نیز واقعاً زوجه می باشد و اگر زوجه واقعی نبود، حرام می بود زیرا خداوند می فرماید: «مگر بر همسرانشان یا زنانی که ملک ایشان است و هرکس از این موارد تجاوز کند، ستمگر است.» [در آیه ۳۱ سوره معارج، واژه «زوجه‌ها» بکار رفته است که بر انسان حرام نیستند بنابراین اگر این واژه شامل زوجه موقت نمی شود و در نتیجه زوجه موقت، زنانی هستند که بر انسان حرام می باشند یعنی زوجه موقت مشمول قسمت اول آیه که می فرماید: «الْأَعْلَى أَزْوَاجَهُ أَوْ مَمْلُكَتِ إِيْمَانِهِمْ» نبوده و مشمول قسمت دوم آیه یعنی «فَمَنْ ابْتَغَى...» می شود. بنابراین چنانچه [شوهری که فرزند زوجه موقت را لعان کرده و مرتکب عمل حرام شده است، از ادعای خود] برگردد و اعتراف به کودک نماید، صحیح است و کودک به او ملحق می شود برخلاف جایی که زوج، ابتدا اقرار به کودک نماید بعداً او را نفی کند پس در اینجا کودک از وی نفی نمی شود و ملحق به زوج می گردد [زیرا انکار بعد از اقرار، مسموع نیست اما عکس آن مسموع است یعنی اقرار بعد از انکار، پذیرفته می شود.] و زوج نمی تواند با این استناد که منی را در رحم مادر کودک نریخته است، کودک را از خودش نفی کند اعم از اینکه زوجه دائمی یا موقت باشد و اعم از اینکه کودک را با لعان یا بدون لعان از خودش نفی کند. زیرا روایات و فتوای فقها، در مورد

الحاق کودک به فراش وطی کننده [یعنی صاحب فراش]، مطلق هستند و شامل صورت نریختن منی در رحم نیز می‌شوند [بنابراین روایات و فتواها، مقید به صورتی نیستند که منی در رحم ریخته شده باشد] و ممکن است منی قبل از جلوگیری از ریختن منی در رحم، وارد رحم شده باشد. و با توجه به تعریفی که قبلاً در مورد نزدیکی بیان کردیم [و گفتیم که نزدیکی به معنای مخفی شدن حشفه در جلو یا عقب زن است هر چند منی از مرد خارج نشده باشد] در ملحق شدن کودک به صاحب فراش، خارج شدن منی از مرد، مداخلیتی ندارد اعم از اینکه منی خارج شده باشد یا خارج نشده باشد پس در صورتی که منی خارج شده و به خارج رحم ریخته شده باشد. به طریق اولی [کودک به صاحب فراش ملحق می‌شود. [یعنی وقتی کودک بدون خارج شدن منی از زوج به وی ملحق می‌شود پس در صورتی که منی از مرد خارج شده اما به بیرون رحم ریخته شده باشد به طریق اولی، کودک به زوج ملحق خواهد شد]. مرحوم علامه در اینجا [یعنی در مسألة الحاق کودک به زوج] نزدیکی را مقید به جلو زن نموده است در صورتی که منی به خارج رحم ریخته شده باشد اما شهید اول در کتاب قواعد تصریح کرده است که در مسألة الحاق کودک به زوج، نزدیکی از جلو و عقب تفاوتی باهم ندارند و تنها در مبحث عده‌ها تصریح کرده‌اند که در لزوم عده گرفتن تفاوتی میان نزدیکی از جلو و عقب نیست [یعنی در هر دو صورت، زوجه باید عده نگه‌دارد].

(وَوَلَدُ الشَّبَهَةِ يَلْحَقُ بِالْوَاطِئِ بِالشَّرْطِ) (الثَّلَاثَةِ) (وَعَدَمُ الزَّوْجِ الْحَاضِرِ) الدَّخِلِ بِهَا بِحَيْثُ يُمَكِّنُ الْحَاقُّ بِهِ، وَالْمَوْلَى فِي ذَلِكَ بِحُكْمِ الزَّوْجِ، لَكِنْ لَوْ انْتَفَى عَنِ الْمَوْلَى وَ لَحِقَ بِالْوَاطِئِ أُغْرِمَ قِيَمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ سَقَطَ حَيًّا لِمَوْلَاهَا.

و کودکی که از راه نزدیکی با شبهه به دنیا آمده است به مردی که نزدیکی کرده است ملحق می‌شود مشروط بر اینکه سه شرط فراهم باشد [یعنی نزدیکی؛ ولادت در شش ماه یا بیشتر؛ عدم گذشتن حداکثر مدت حمل. و علاوه بر این سه شرط، شرط دیگری هم لازم می‌باشد و آن] عدم حضور شوهر زن است که با وی نزدیکی کرده است بگونه‌ای که بتوان کودک را به وی ملحق نمود [زیرا در این صورت اماره فراش اقتضا می‌کند که کودک به زوج، ملحق شود] و مولی هم در مسألة الحاق کودک [در صورت وقوع نزدیکی با شبهه] به منزله زوج است اما اگر کودک از مولی، نفی شود و به نزدیکی

کننده ملحق گردد، نزدیکی کننده باید قیمت کودک را در روزی که زنده متولد می شود به مولایش بعنوان خسارت، بپردازد.

(وَیَجِبُ) کَفَايَةً (اسْتِئْذَانُ النِّسَاءِ) أَيِ انْفِرَادُ هُنَّ (بِالْمَرْأَةِ عِنْدَ الْوِلَادَةِ، أَوِ الزَّوْجِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالرِّجَالُ) الْمَحَارِمُ، فَإِنْ تَعَذَّرُوا فَغَيْرُهُمْ، وَقَدَّمَ فِي الْقَوَاعِدِ الرِّجَالُ الْأَقْرَبَ غَيْرَ الْمَحَارِمِ عَلَى الْأَجَانِبِ، وَهُنَا أُطْلِقَ الرِّجَالُ. هَذَا جُمْلَةً مَا ذَكَرُوهُ فِيهِ، وَلَا يَخْلُو عَنْ نَظَرٍ، بَلْ ذَلِكَ مُقَيَّدٌ بِمَا يَسْتَلْزِمُ إِطْلَاعَهُ عَلَى الْعَوْرَةِ، أَمَّا مَا لَا يَسْتَلْزِمُهُ، مِنْ مُسَاعَدَتِهَا، فَتَحْرِيمُهُ عَلَى الرِّجَالِ غَيْرِ وَاضِحٍ، وَتَبْنِي فِيهَا يَسْتَلْزِمُ الْإِطْلَاعَ عَلَى الْعَوْرَةِ تَقْدِيمُ الزَّوْجِ مَعَ امْتِنَانِهِ، وَمَعَ عَدَمِهِ يَجُوزُ غَيْرُهُ لِلضَّرُورَةِ كَنَظَرِ الطَّبِيبِ، وَأَمَّا الْفَرْقُ بَيْنَ أَقْرَبِ الرِّجَالِ مِنْ غَيْرِ الْمَحَارِمِ، وَالْأَجَانِبِ، فَلَا أَصْلَ لَهُ فِي قَوَاعِدِ الشَّرْعِ.

واجب کفایی است که هنگام زایمان کردن زن فقط زنان یا شوهر آن زن بر بالین وی حضور داشته باشند پس اگر حضور زنان یا شوهر آن زن، امکان نداشته باشد، مردان محرم حضور پیدا می کنند و اگر امکان حضور مردان محرم نیز فراهم نباشد سایر مردان می توانند حضور پیدا کنند و مرحوم علامه حلی در کتاب قواعد، مردان خویشاوند غیرمحرم را بر مردان غیرخویشاوند ترجیح داده است اما شهید اول در اینجا، مردان را به صورت مطلق بیان کرده [و هیچکدام را بر دیگری ترجیح نداده است. آنچه گفته شد بخشی از مطالبی است که در مورد ولادت طفل بیان کرده اند اما نظریه لزوم حضور انحصاری زنان در هنگام ولادت، بدون ایراد نیست زیرا لزوم انحصار حضور زنان، نسبت به مواردی است که مستلزم اطلاع پیدا کردن و دیدن آلت تناسلی زن است بنابراین حرمت اموری که کمک کردن و اقدام به آنها، مستلزم دیدن آلت تناسلی نیست، برای مردان، دلیل روشنی ندارد و در مواردی که مستلزم دیدن آلت تناسلی زن می باشد، شایسته است که شوهر زن در صورت امکان، مقدم بر دیگران باشد و اگر حضور شوهر، امکان نداشته باشد و ضرورت، اقتضا کند اشکالی ندارد که غیرشوهر نیز حضور پیدا کند مانند اینکه لازم باشد پزشک، به آلت تناسلی زن نگاه کند. و اما تفاوتی که میان خویشاوندان غیرمحرم زن و غیر خویشاوندان گذاشته می شود، مبنایی در میان قواعد شرعی ندارد.]

(وَيُسْتَحَبُّ غُسْلُ الْمَوْلُودِ) حِينَ يُولَدُ، (وَالْأَذَانُ فِي أُذُنِهِ الْيُمْنَى، وَالْإِقَامَةُ فِي

الْيُسْرَى)، وَلَيْكُنْ ذَلِكَ قَبْلَ قَطْعِ سُرَّتِهِ، فَلَا يُصْبِيهِ لَمَمٌ وَلَا تَابِعَةٌ، وَلَا يَقْزَعُ، وَلَا تُصْبِيهِ أُمُّ الصَّبِيَّانِ، وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَعَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «مَنْ وَلِدَ لَهُ مَوْلُودٌ فَلْيُؤَدِّنْ فِي أُذُنِهِ الْيُمْنَى بِأَذَانِ الصَّلَاةِ، وَلْيَقُمْ فِي أُذُنِهِ الْيُسْرَى، فَإِنَّهَا عِصْمَةٌ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ».

(وَتَحْنِيكُهُ بِتُرْتِيَةِ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَمَاءِ الْفُرَاتِ) وَهُوَ التَّهْرُ الْمَعْرُوفُ، (أَوْ مَاءِ فُرَاتٍ) أَيُّ: عَذَبٍ (وَلَوْ يَخْلُطُهُ بِالتَّمْرِ أَوْ بِالْعَسَلِ) لَيُعَذَّبُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَذْبًا.

وَظَاهِرُ الْعِبَارَةِ التَّخْيِيرُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ، وَالْأَجُودُ التَّرْتِيبُ بَيْنَهَا فَيَقْدَمُ مَاءُ الْفُرَاتِ مَعَ امْكِانِهِ ثُمَّ الْمَاءُ الْفُرَاتِ بِالْأَصَالَةِ، ثُمَّ بِإِصْلَاحِ مَا لِحِهِ بِالْحُلُوفِ.

وَ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ: «حَنَكُوا أَوْلَادَكُمْ بِمَاءِ الْفُرَاتِ، وَتُرْتِيَةِ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيمَاءِ السَّمَاءِ»، وَ الْمُرَادُ بِالتَّحْنِيكِ إِدْخَالُ ذَلِكَ إِلَى حَنَكِهِ وَهُوَ أَعْلَى دَاخِلِ الْفَمِ.

وَ كَذَا يُسْتَحَبُّ تَحْنِيكُهُ بِالتَّمْرِ، بِأَنْ يَمْضَغَ التَّمْرَةَ وَيَجْعَلَهَا فِي فِيهِ وَيُوصِّلَهَا إِلَى حَنَكِهِ بِسَبَابِئِهِ حَتَّى يَتَحَلَّلَ فِي حَلْقِهِ، قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، «حَنَكُوا أَوْلَادَكُمْ بِالتَّمْرِ، فَكَذَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْحَسَنِ وَالحُسَيْنِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ» قَالَ الْهَرَوِيُّ يُقَالُ: حَنَكَهُ وَحَنَكُهُ بِتَخْفِيفِ التَّوْنِ وَتَشْدِيدِهَا.

(وَتَسْمِيَتُهُ مُحَمَّدًا) إِنْ كَانَ ذَكَرًا (إِلَى الْيَوْمِ السَّابِعِ، فَإِنْ غَيَّرَ) بَعْدَ ذَلِكَ (جَارَ) قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يُؤَلَّدُ لَنَا وَلَدٌ إِلَّا سَمَّيْنَاهُ مُحَمَّدًا فَإِذَا مَضَى سَبْعَةُ أَيَّامٍ فَإِنْ شِئْنَا غَيَّرْنَاهُ، وَإِلَّا تَرَكْنَاهُ».

(وَ أَصْدَقُ الْأَسْمَاءِ مَا عَبْدَ لِلَّهِ) أَيُّ اشْتَمَلَ عَلَى عُبودِيَّتِهِ تَعَالَى كَعَبْدِ اللَّهِ، وَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَ الرَّحِيمِ، وَ غَيْرِهِ مِنْ أَسْمَائِهِ تَعَالَى (وَ أَفْضَلُهَا) أَيُّ الْأَسْمَاءِ مُطْلَقًا (اسْمُ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيٍّ، وَ أَسْمَاءُ الْأَنْبِيَاءِ، وَ الْأَئِمَّةِ عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ الْبَاقِرُ عَلَيْهِ السَّلَامُ، «أَصْدَقُ الْأَسْمَاءِ مَا سُمِّيَ بِالْعُبودِيَّةِ وَ أَفْضَلُهَا أَسْمَاءُ الْأَنْبِيَاءِ» وَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ وَلِدَ لَهُ أَرْبَعَةَ أَوْلَادٍ وَ لَمْ يُسَمِّ أَحَدَهُمْ بِاسْمِي فَقَدْ جَفَانِي».

وَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ، «لَيْسَ فِي الْأَرْضِ ذَا رٍ فِيهَا اسْمُ مُحَمَّدٍ إِلَّا وَ هِيَ تُقَدِّسُ كُلَّ يَوْمٍ» وَ عَنِ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثٍ طَوِيلٍ «لَوْ وَلِدَ لِي مِائَةً وَلَدٍ لَأَحْبَبْتُ أَنْ لَا أُسَمِّي أَحَدًا مِنْهُمْ إِلَّا عَلِيًّا وَ قَالَ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَدْخُلُ الْفَقْرُ بَيْنَنَا فِيهِ اسْمُ مُحَمَّدٍ، أَوْ أَحْمَدٍ، أَوْ عَلِيٍّ، أَوْ الْحَسَنِ، أَوْ الْحُسَيْنِ، أَوْ جَعْفَرٍ، أَوْ طَالِبٍ، أَوْ عَبْدِ اللَّهِ أَوْ فَاطِمَةَ مِنَ النِّسَاءِ».

(وَتَكْنِيَّتُهُ) بِأَبِي فَلَانٍ إِنْ كَانَ ذَكَرًا أَوْ أُمُّ فَلَانٍ إِنْ كَانَ أُنْثَى. قَالَ الْبَاقِرُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّا لَنَكْنِي أَوْلَادَنَا فِي صِغَرِهِمْ مَخَافَةَ التَّبَرُّ أَنْ يُلْحَقَ بِهِمْ».

(وَيَجُوزُ اللَّقَبُ) وَهُوَ مَا أَشْعَرَ مِنَ الْأَعْلَامِ بِمَدْحٍ أَوْ ذَمٍّ، وَالْمُرَادُ هُنَا الْأَوَّلُ خَاصَّةً.
(وَيَكْرَهُ الْجَمْعُ بَيْنَ كُنْيَتِهِ) بِضَمِّ الْكَافِ (بِأَبِي الْقَاسِمِ) وَتَسْمِيَّتِهِ مُحَمَّدًا قَالَ
الضَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ أَرْبَعِ كُنَى، عَنْ أَبِي عَيْسَى، وَ عَنْ أَبِي الْحَكَمِ، وَ عَنْ أَبِي مَالِكٍ، وَ عَنْ أَبِي الْقَاسِمِ إِذَا كَانَ الْإِسْمُ مُحَمَّدًا» (وَ أَنْ يُسَمِّيَ حَكَمًا، أَوْ حَكِيمًا، أَوْ خَالِدًا، أَوْ حَارِثًا، أَوْ ضَرَارًا، أَوْ مَالِكًا) قَالَ الْبَاقِرُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أَبْعَضُ الْأَسْمَاءِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى حَارِثٌ، وَ خَالِدٌ، وَ مَالِكٌ»، وَ عَنِ الضَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَعَى بِصَحِيفَةٍ حِينَ حَضَرَهُ الْمَوْتُ يُرِيدُ أَنْ يَنْهَى عَنْ أَسْمَاءٍ يُتَسَمَّى بِهَا، فَقَبِضَ وَ لَمْ يُسَمِّهَا، مِنْهَا: الْحَكَمُ، وَ حَكِيمٌ، وَ خَالِدٌ، وَ مَالِكٌ، وَ ذَكَرَ أَنَّهَا سِتَّةٌ أَوْ سَبْعَةٌ مِمَّا لَا يَجُوزُ أَنْ يُتَسَمَّى بِهَا».

مستحب است هنگامی که کودک به دنیا می آید، او را غسل داده و شستشو نمایند و در گوش راست وی، اذان و در گوش چپ، اقامه بخوانند و این کارها باید قبل از قطع ناف او صورت گیرد تا دچار بیماری جنون خفیف [لم] یا ابلهی یا ترس یا ام صبیان [بادی که در شکم طفل بوجود می آید] نگردد. از امام صادق (ع) از پیامبر (ص) روایت شده است که فرمود: «هرکس کودکی به دنیا بیاورد باید در گوش راست وی اذان نماز را بگوید و در گوش چپ او اقامه بگوید زیرا این کار، او را از شیطان رانده شده، ایمن می دارد.» مستحب است که کودک را با خاک تربت امام حسین و آب فرات که نهر معروفی می باشد یا آب گوارا، تحنیک کنند هر چند آب را با خرما یا عسل مخلوط کنند تا اگر گوارا نیست، گوارا شود. ظاهر عبارت [شهید اول] بیانگر آن است که استفاده از آب رود فرات و آب گوارا و آب آمیخته با خرما یا عسل، اختیاری باشد اما بهتر است که رعایت ترتیب شود یعنی در صورت امکان آب رود فرات، داده شود و سپس آب گوارا و بعداً آب همراه با خرما یا عسل داده شود. در برخی روایات آمده است که فرزندان خود را با آب رود فرات و تربت امام حسین (ع) تحنیک کنید سپس اگر آنها را پیدا نکردید آب آسمان تحنیک کنید و منظور از تحنیک آن است که خاک یا تربت به سقف دهان، داخل می شود. همچنین مستحب است که تحنیک با خرما صورت گیرد یعنی خرما را له کرده و در دهان کودک قرار می دهند و با انگشت سبابه به

سقف دهان وی می‌رسانند تا در حلق او حل شود. حضرت علی (ع) فرمود: «فرزندان خود را با خرما، تحنیک کنید زیرا پیامبر (ص) این عمل را نسبت به امام حسن و امام حسین (ع) انجام داد.» هروی گفته است که واژه «حنکه» با تخفیف و تشدید حرف «نون» خوانده می‌شود. مستحب است که چنانچه فرزند، پسر باشد نام او را تا روز هفتم، محمد بگذارند و بعد از هفت روز می‌توان آن را تغییر داد زیرا امام صادق (ع) فرمود: «فرزندی از ما متولد نمی‌شود مگر اینکه نام او را محمد می‌گذاریم سپس چنانچه هفت روز بگذرد اگر بخواهیم آن را تغییر می‌دهیم و گرنه همان اسم را باقی می‌گذاریم.» راستگوترین نام‌ها، نامی است که خداوند با آن ستایش می‌شود یعنی مشتمل بر بندگی خداست مانند «عبدالله»، «عبدالرحمان»، «عبدالرحیم» و سایر اسمهای خداوند؛ بهترین اسم‌ها اعم از اینکه متضمن پرستش باشد یا نباشد، نام «محمد» و «علی» و نام پیامبران و ائمه (ع) است. امام باقر (ع) فرمود: «صادق‌ترین نام‌ها، نامی است که برای پرستش خداوند باشد و بهترین نام‌ها، نام پیامبران است.» امام صادق (ع) از پیامبر (ص) روایت کرده است: «هرکس چهار فرزند به دنیا آورد و نام مرا برای یکی از آنها انتخاب نکند به من ستم کرده است.» و از امام (ع) نقل شده است هر خانه‌ای بر روی زمین وجود داشته باشد که نام محمد در آن وجود داشته باشد، هر روز مورد احترام و تقدیس قرار می‌گیرد. در حدیثی طولانی از امام رضا (ع) آمده است که: «اگر صد فرزند هم به دنیا بیاورم، دوست ندارم که نامی جز نام علی برای او انتخاب شود.» امام رضا (ع) فرمود: «فقر داخل خانه‌ای نمی‌شود که نام محمد یا احمد یا علی یا حسن یا حسین یا جعفر یا طالب یا عبدالله یا فاطمه در آن وجود داشته باشد.» مستحب است که برای کودک، کنیه انتخاب شود یعنی اگر پسر است گفته شود: «ابوفلان» [یا «ابوفلانة» مثلاً ابوعلی یا ابوفاطمه] و اگر دختر است گفته شود: «امّ فلان».

امام باقر (ع) فرمود: «ما برای کودکان خود در کودکی، کنیه انتخاب می‌کنیم تا مبادا با لقب‌های ناشایست، مورد خطاب قرار گیرد.» جایز است که برای کودک، لقبی انتخاب شود یعنی کلمه‌ای که دلالت بر ستایش یا نکوهش دارد و در اینجا، دلالت بر ستایش می‌کند. مکروه است که کنیه کودکی را «ابوالقاسم» و نام او را «محمد» قرار دهند. امام صادق (ع) فرمود: «پیامبر (ص) از انتخاب چهار کنیه، نهی کرد: ابوعلی، ابوالحکم،

ابو مالک و ابوالقاسم هرگاه همراه با نام محمد باشد. «مکروه است که کودک، حکم یا حکیم یا خالد یا حارث یا ضرار یا مالک نامیده شود. امام باقر (ع) فرمود: «مبغوض ترین نام‌ها نزد خداوند، حارث و خالد و مالک است» امام صادق (ع) فرمود: «پیامبر (ص) هنگام مرگ خویش، کاغذی را فراخواند تا نامهایی را که مورد استفاده قرار می‌گیرند و نباید مورد استفاده واقع شوند، تعیین کند و از جمله این نام‌هاست: حکم و حکیم و خالد و مالک؛ امام صادق (ع) بیان کردند که این نام‌ها، شش یا هفت نام هستند که نباید مورد استفاده قرار گیرند.»

احکام فرزندان در قالب چند امر است.

(وَ أَحْكَامُ الْأَوْلَادِ أُمُورٌ)

(مِنْهَا الْعَقِيقَةُ، وَالْحَلْقُ، وَالْخِتَانُ، وَ تَقْبُ الْأُذُنِ الْيُمْنَى) فِي شَحْمَتِهَا، وَ الْيُسْرَى فِي أَغْلَاهَا كُلُّ ذَلِكَ (فِي الْيَوْمِ السَّابِعِ) مِنْ يَوْمِ وُلْدٍ وَلَوْ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنَ النَّهَارِ. قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الْعَقِيقَةُ وَاجِبَةٌ وَكُلُّ مَوْلُودٍ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ»، وَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «عَقَّ عَنْهُ وَاحِلِقُ رَأْسِهِ يَوْمَ السَّابِعِ» وَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «اخْتِنُوا أَوْلَادَكُمْ لِسَبْعَةِ أَيَّامٍ فَإِنَّهُ أَطْهَرُ وَ أَسْرَعُ لِنَبَاتِ اللَّحْمِ، وَ إِنَّ الْأَرْضَ لَتَكْرَهُ بَوْلَ الْأَغْلَفِ»، وَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ، «إِنَّ تَقْبَ أُذُنِ الْغُلَامِ مِنَ الشُّنَّةِ، وَ خِتَانَهُ لِسَبْعَةِ أَيَّامٍ مِنَ الشُّنَّةِ» وَ فِي خَبَرٍ آخَرَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «إِنَّ الْأَرْضَ تَنْجَسُ مِنْ بَوْلِ الْأَغْلَفِ أَرْبَعِينَ صَبَاحًا» وَ فِي آخَرَ «إِنَّ الْأَرْضَ تَضْجُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مِنْ بَوْلِ الْأَغْلَفِ». (وَلْيَكُنِ الْحَلْقُ لِرَأْسِهِ (قَبْلَ) ذَبْحِ (الْعَقِيقَةِ، وَ يَتَصَدَّقُ بِوِزْنِ شَعْرِهِ ذَهَبًا، أَوْ فِضَّةً)، قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ عَمَّارٍ لِلصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: بِأَيِّ ذَلِكَ نَبْدَأُ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يُحْلَقُ رَأْسُهُ، وَ يُعَقَّ عَنْهُ، وَ يُتَصَدَّقُ بِوِزْنِ شَعْرِهِ فِضَّةً يَكُونُ ذَلِكَ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ»، وَ فِي خَبَرٍ آخَرَ، أَوْ ذَهَبًا.

(وَ يُكْرَهُ الْقَنَازِعُ) وَ هُوَ أَنْ يُحْلَقَ مِنَ الرَّأْسِ مَوْضِعًا، وَ يَتْرَكَ مَوْضِعًا فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ. رَوَى ذَلِكَ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَ فِي خَبَرٍ آخَرَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ كَرِهَ الْقَنَزُعَ فِي رُؤُسِ الصَّبِيَّانِ، وَ ذَكَرَ أَنَّ الْقَنَزُعَ أَنْ يُحْلَقَ الرَّأْسُ إِلَّا قَلِيلًا وَ سَطَّ الرَّأْسُ تُسَمَّى الْقَنَزُعَةُ، وَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «أَتَيْتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِصَبِيٍّ يَدْعُو لَهُ وَ لَهُ قَنَازِعُ، فَأَبَى أَنْ يَدْعُو لَهُ، وَ أَمَرَ أَنْ يُحْلَقَ رَأْسُهُ».

(وَ يَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ الْخِتَانُ عِنْدَ الْبُلُوغِ) أَيُّ: بَعْدَهُ بِلا فَضْلٍ لَوْ تَرَكَ وَلَيْتَهُ خِتَانَهُ. وَ

هَلْ يَجِبُ عَلَى الْوَلِيِّ ذَلِكَ قَبْلَهُ؟ وَجَهَان: مَنْ عَدِمَ التَّكْلِيفَ جَبْنًا، وَاسْتِزَام تَأْخِيرُهُ إِلَى الْبُلُوغِ تَأْخِيرَ الْوَاجِبِ الْمُضَيِّقِ عَنْ أَوَّلِ وَقْتِهِ، وَفِي التَّخْرِيرِ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُهُ إِلَى الْبُلُوغِ وَهُوَ دَالٌّ عَلَى الثَّانِي. وَدَلِيلُهُ غَيْرُ وَاضِحٍ. (وَيُسْتَحَبُّ خَفْضُ النِّسَاءِ وَإِنْ بَلَغْنَ) قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «خَفْضُ النِّسَاءِ مَكْرُمَةٌ وَأَيُّ شَيْءٍ أَفْضَلُ مِنَ الْمَكْرُمَةِ».

امر اول عبارت است از: عقیقه کردن، تراشیدن موی سر، ختنه کردن، سوراخ کردن نرمی گوش راست و قسمت بالای گوش چپ که همه این کارها در روز هفتم از لحظه ولادت کودک، انجام می شود هر چند در آخرین لحظه روز هفتم باشد. امام صادق (ع) فرمود: «عقیقه کردن واجب است و هر کودکی در گرو عقیقه خود است.» همچنین از امام صادق (ع) روایت شده است: «برای کودک، عقیقه کن و سر او را روز هفتم بتراش.» و نیز از ایشان نقل شده است: «فرزندان خویش را تا هفت روز ختنه کنید زیرا سبب پاکیزگی و سرعت روئیدن گوشت می شود و زمین کراحت دارد بول شخصی بر روی آن ریخته شود که ختنه نکرده است.» از امام (ع) روایت شده است: «سوراخ کردن گوش پسر، سنت است و ختنه کردن وی تا هفت روز نیز سنت می باشد.» در روایتی دیگر از پیامبر (ص) آمده است: «زمین تا چهل روز از بول شخصی که ختنه نکرده است، نجس می شود.» و در روایت دیگری می خوانیم: «زمین بخاطر بول شخصی که ختنه نکرده است به سوی خدا ناله می زند.» تراشیدن موی سر باید قبل از ذبح کردن عقیقه باشد و باید معادل و زن موی تراشیده شده کودک، طلا یا نقره داده شود. اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) پرسیده است که با کدامیک از این کارها شروع کنیم؟ امام (ع) پاسخ داد: «سر کودک تراشیده می شود و برای او عقیقه داده می شود و معادل وزن موی کودک، نقره بعنوان صدقه داده می شود و همه این کارها در یک محل، انجام می شود.» در روایت دیگری «نقره» [بجای «طلا» آمده است.] قنازع، مکروه است و قنازع به این معناست که مقداری از موهای کودک تراشیده شده و مقداری دیگر، تراشیده نمی شود. این حکم را از حضرت علی (ع) روایت کرده اند و در روایت دیگری از امام صادق (ع) آمده است که قنزع بر روی سر کودکان، کراحت دارد و آن را چنین معنا کرده اند که موی کودک، تراشیده شده و فقط مقدار کمی از وسط سر را نمی تراشند که اصطلاحاً «قنرعه» نامیده می شود. امام (ع) گوید که کودکی را نزد

پیامبر (ص) آوردند تا برای او دعا کنند اما این کودک دارای «قنازع» بود اما پیامبر (ص) دعا نکرد و دستور داد سر کودک را بتراشند. اگر ولی کودک، او را ختنه نکرده باشد بر کودک واجب می شود که هنگام بلوغ یعنی بلافاصله پس از آنکه بالغ شد، خود را ختنه کند. اما در مورد وجوب ختنه کودک بر ولی او قبل از اینکه بالغ شود، دو احتمال وجود دارد؛ [یک احتمال آن است که واجب نباشد] زیرا در این زمان تکلیفی متوجه طفل نمی باشد [زیرا شخص نابالغ، تکلیف ندارد. احتمال دیگر آن است که واجب باشد] زیرا به تأخیر انداختن ختنه کردن تا زمان بلوغ طفل، سبب می شود که واجب مضیق از اول وقت خود به تأخیر بیفتد [یعنی وجوب ختنه کردن طفل یک وجوب مضیق و مدت دار است که از تولد طفل شروع شده و هنگام بلوغ طفل، خاتمه پیدا می کند پس اگر ولی طفل هنگام تولد وی، او را ختنه نکند واجب را از ابتدای آن که همان لحظه تولد می باشد به تأخیر انداخته است]. علامه حلی در کتاب تحریر گفته است که ختنه کردن طفل را نمی توان تا زمان بلوغ وی به تأخیر انداخت و این گفته وی، دلالت بر وجوب ختنه کردن بر ولی دارد اما دلیل روشنی برای این وجوب، دیده نمی شود. ختنه کردن زنها مستحب است هر چند به سن بلوغ رسیده باشند زیرا امام صادق (ع) فرمود: «ختنه کردن زنها، تکریم ایشان است و چه چیزی گرامی تر از کرامت آنهاست». [تکریم زن ختنه شده بخاطر آن است که شوهر وی، بیش تر به او احترام می گذارد].

(وَالْعَقِيقَةُ شَاةٌ)، أَوْ جَزُورٌ (تَجْتَمِعُ فِيهَا شُرُوطُ الْأُضْحِيَّةِ) وَ هِيَ السَّلَامَةُ مِنَ الْغُيُوبِ، وَالسَّمْنِ، وَالسَّنِّ عَلَى الْأَفْضَلِ، وَيُجْزَى فِيهَا مُطْلَقُ الشَّاةِ. قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّمَا هِيَ شَاةٌ لَحْمٌ لَيْسَتْ بِمَنْزِلَةِ الْأُضْحِيَّةِ يُجْزَى مِنْهَا كُلُّ شَيْءٍ وَ خَيْرُهَا أَسْمُهَا».

(وَيُسْتَحَبُّ مُساوَاتُهَا لِلْوَلَدِ فِي الذُّكُورَةِ وَالْأُنْثَى)، وَ لَوْ خَالَفَتْهُ أَجْزَأَتْ. (وَالدُّعَاءُ عِنْدَ ذَبْحِهَا بِالْمَأْثُورِ) وَ هُوَ «بِسْمِ اللَّهِ وَ بِاللَّهِ اللَّهُمَّ هَذِهِ عَقِيقَةٌ عَنْ فُلَانٍ لَحْمُهَا بِلَحْمِهِ، وَ دَمُهَا بِدَمِهِ، وَ عَظْمُهَا بِعَظْمِهِ، اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ وَفَاءً لِآلِ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ»، رَوَاهُ الْكَرْخِيُّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ. وَ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِذَا ذَبَحْتَ فَقُلْ: بِسْمِ اللَّهِ وَ بِاللَّهِ وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ وَ اللَّهُ أَكْبَرُ إِيمَانًا بِاللَّهِ، وَ ثَنَاءً عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَ الْعَظْمَةُ لِأَمْرِهِ، وَ الشُّكْرُ لِرِزْقِهِ، وَ الْمَعْرِفَةُ بِفَضْلِهِ عَلَيْنَا أَهْلَ الْبَيْتِ فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقُلْ: اللَّهُمَّ إِنَّكَ وَهَبْتَ لَنَا ذَكَرًا وَ أَنْتَ أَعْلَمُ

بِمَا وَهَيْتَ، وَ مِنْكَ مَا أُعْطِيتَ، وَ كُلُّ مَا صَنَعْنَا فَتَقَبَّلَهُ مِنَّا عَلَى سُنَّتِكَ وَ سُنَّةِ نَبِيِّكَ وَ رَسُولِكَ ﷺ وَ اخْسَأْ عَنَّا الشَّيْطَانُ الرَّجِيمَ، اللَّهُمَّ لَكَ سُفِكَتِ الدَّمَاءُ لَا شَرِيكَ لَكَ وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ». وَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «اللَّهُمَّ لَحْمُهَا بِلَحْمِهِ، وَ دَمُهَا بِدَمِهِ، وَ عَظْمُهَا بِعَظْمِهِ، وَ شَعْرُهَا بِشَعْرِهِ وَ جِلْدُهَا بِجِلْدِهِ، اللَّهُمَّ اجْعَلْهَا وَفَاءً لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ». وَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَذْبَحَ الْعَقِيقَةَ قُلْتَ: يَا قَوْمِ إِنِّي بَرِيٌّ مِمَّا تُشْرِكُونَ، إِنِّي وَجَّهْتُ وَجْهِي لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضَ حَنِيفًا مُسْلِمًا وَ مَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ. إِنَّ صَلَاتِي وَ نُسُكِي وَ مَخْيَايَ وَ مَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ لَا شَرِيكَ لَهُ وَ بِذَلِكَ أُمِرْتُ وَ أَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ اللَّهُمَّ مِنْكَ وَ لَكَ بِسْمِ اللَّهِ وَ اللَّهُ أَكْبَرُ». وَ تُسَمَّى الْمُؤَلُودُ بِاسْمِهِ ثُمَّ تَذْبَحُ». وَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يَقَالُ عِنْدَ الْعَقِيقَةِ: اللَّهُمَّ مِنْكَ وَ لَكَ مَا وَهَيْتَ وَ أَنْتَ أُعْطِيتَ، اللَّهُمَّ فَتَقَبَّلْهُ مِنَّا عَلَى سُنَّةِ نَبِيِّكَ ﷺ وَ نَسْتَعِيدُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ، وَ تُسَمَّى وَ تَذْبَحُ وَ تَقُولُ: لَكَ سُفِكَتِ الدَّمَاءُ لَا شَرِيكَ لَكَ وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، اللَّهُمَّ اخْسَأْ عَنَّا الشَّيْطَانُ الرَّجِيمَ». فَهَذِهِ جُمْلَةُ مَا وَقَفْتُ عَلَيْهِ مِنَ الدُّعَاءِ الْمَأْثُورِ. (وَ سُؤَالُ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يَجْعَلَهَا فِدْيَةً لَهُ، لَحْمًا بِلَحْمِ، وَ عَظْمًا بِعَظْمِ، وَ جِلْدًا بِجِلْدِ) هَذَا ذَاخِلٌ فِي الْمَأْثُورِ فَكَانَ يَسْتَعْنِي عَنْ تَخْصِيصِهِ. وَ لَعَلَّهُ لِيَزِيدَ الْإِهْتِمَامَ بِهِ أَوْ التَّنْبِيهِ عَلَيْهِ حَيْثُ لَا يَتَّفِقُ الدُّعَاءُ بِالْمَأْثُورِ. (وَ لَا تَكْفِي الصَّدَقَةُ بِشَمَنِهَا) وَ إِنْ تَعَذَّرَتْ، بَلْ يَنْتَظِرُ الْوُجْدَانَ بِخِلَافِ الْأُضْحِيَّةِ. قِيلَ لِلصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّا طَلَبْنَا الْعَقِيقَةَ فَلَمْ نَجِدْهَا فَمَا تَرَى تَتَصَدَّقُ بِشَمَنِهَا، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا إِنْ اللَّهَ تَعَالَى يُحِبُّ إِطْعَامَ الطَّعَامِ، وَ إِرَاقَةَ الدَّمَاءِ». (وَلِتُخَصَّ الْقَابِلَةُ بِالرَّجُلِ وَ الْوَرَكِ)، وَ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ أَنَّ لَهَا رُبْعَ الْعَقِيقَةِ، وَ فِي بَعْضِهَا ثُلُثُهَا، (وَ لَوْ لَمْ تَكُنْ قَابِلَةً تَصَدَّقَتْ بِهِ الْأُمُّ) بِمَعْنَى أَنَّ حِصَّةَ الْقَابِلَةِ تَكُونُ لَهَا وَ إِنْ كَانَ الذَّابِحُ الْأَبُ، ثُمَّ هِيَ تَتَصَدَّقُ بِهَا، لِأَنَّهُ يُكْرَهُ لَهَا الْأَكْلُ كَمَا سَيَأْتِي. وَ لَا تَخْتَصُّ الصَّدَقَةُ بِالْفُقَرَاءِ، بَلْ تُعْطَى مَنْ شَاءَتْ كَمَا وَرَدَ فِي الْخَبَرِ. (وَ لَوْ بَلَغَ الْوَلَدُ وَ لَمَّا يَعْقَ عَنْهُ أَسْتَحَبَّ لَهُ الْعَقِيقَةُ عَنْ نَفْسِهِ، وَ إِنْ شَكَ) الْوَلَدُ هَلْ عَقَّ عَنْهُ أَمْ لَا؟ (فَلْيَعْقَ) هُوَ (إِذَا الْأَصْلُ عَدِمَ عَقِيقَةُ أَبِيهِ)، وَ لِرِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنِّي وَ اللَّهُ مَا أَذْرِي كَانَ أَبِي عَقَّ عَنِّي أَمْ لَا؟ قَالَ: فَأَمَرَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَعَقَّ عَنْ نَفْسِي وَ أَنَا شَيْخٌ كَبِيرٌ، وَ قَالَ عُمَرُ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: «كُلُّ امْرِئٍ مَرَّتَهُنَّ بِعَقِيقَتِهِ، وَ الْعَقِيقَةُ أَوْجَبُ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ». (وَ لَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ يَوْمَ السَّابِعِ بَعْدَ الزَّوَالِ لَمْ تَسْقُطْ، وَ قَبْلَهُ تَسْقُطُ) رَوَى ذَلِكَ إِدْرِيسُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

(وَيُكْرَهُ لِلْوَالِدَيْنِ أَنْ يَأْكُلَا مِنْهَا شَيْئًا، وَكَذَا مَنْ فِي عِيَالِهِمَا) وَإِنْ كَانَتِ الْقَابِلَةُ مِنْهُمْ، لِقَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَأْكُلُ هُوَ وَلَا أَحَدٌ مِنْ عِيَالِهِ مِنَ الْعَقِيقَةِ. وَقَالَ: لِلْقَابِلَةِ ثُلُثُ الْعَقِيقَةِ، فَإِنْ كَانَتِ الْقَابِلَةُ أُمُّ الرَّجُلِ أَوْ فِي عِيَالِهِ فَلَيْسَ لَهَا مِنْهَا شَيْءٌ»، وَتَنَاقُذُ الْكَرَاهَةِ فِي الْأُمِّ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي هَذَا الْحَدِيثِ: «يَأْكُلُ الْعَقِيقَةَ كُلُّ أَحَدٍ إِلَّا الْأُمُّ». (وَأَنْ تَكْسَرَ عِظَامُهَا، بَلْ تَفْصَلُ أَعْضَاءُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي هَذَا الْخَبَرِ: «وَيُجْعَلُ أَعْضَاءُ ثُمَّ يَطْبَخُهَا».

(وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُدْعَى لَهَا مُؤْمِنُونَ، وَأَقْلَهُمْ عَشْرَةٌ) قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يُطْعَمُ مِنْهُ عَشْرَةٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ زَادَ فَهُوَ أَفْضَلُ» وَفِي الْخَبَرِ السَّابِقِ «لَا يُعْطِيهَا إِلَّا لِأَهْلِ الْوِلَايَةِ» (وَأَنْ يُطْبَخَ طَبَخًا) دُونَ أَنْ تُفَرَّقَ لَحْمًا، أَوْ تُشَوَّى عَلَى النَّارِ، لِمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْأَمْرِ بِطَبْخِهَا. وَ الْمُعْتَبَرُ مُسَمَّاهُ وَأَقْلَهُ أَنْ يُطْبَخَ (بِالْمَاءِ وَالْمِلْحِ) وَلَوْ أُضِيفَ إِلَيْهِمَا غَيْرُهُمَا فَلَا بَأْسَ، لِإِطْلَاقِ الْأَمْرِ الصَّادِقِ بِهِ، بَلْ رُبَّمَا كَانَ أَكْمَلَ، وَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ لِلتَّنْبِيهِ عَلَى أَقَلِّ مَا يَتَأَدَّى بِهِ الطَّبْخُ لَا لِلْحَصْرِ، إِذْ لَمْ يَرِدْ نَصٌّ بِكَوْنِ الطَّبْخِ بِالْمَاءِ وَالْمِلْحِ خَاصَّةً، بَلْ بِهِ مُطْلَقًا.

عقیقه به گوسفند یا شتری گفته می شود که شرایط قربانی را داشته باشد و شرایط قربانی عبارت است از: عیب نداشتن، چاق بودن و داشتن سنی که نیکوتر است [مثلاً شتر، داخل در سال ششم شده باشد یا گاو داخل در سال دوم شده باشد یا گوسفند داخل در هشت سالگی شده باشد. اما اگر این شرایط نیز وجود نداشت.] هر گوسفندی کفایت می کند. امام صادق (ع) فرمود: «عقیقه گوسفند گوشت داری است که به منزله قربانی می باشد و هر گوسفندی کفایت می کند اما گوسفند چاق تر، بهتر است.» مستحب است که جنس عقیقه با جنس کودک از نظر مذکر یا مؤنث بودن یکسان باشد اما اگر یکسان هم نبود، کفایت می کند. مستحب است که هنگام ذبح کردن عقیقه، دعاهایی خوانده شود که از طریق ائمه (ع) به دست ما رسیده است و این دعا چنین می باشد: «به نام خدا و برای خدا؛ خدایا این عقیقه ای از سوی فلان شخص است که گوشت عقیقه در مقابل گوشت وی و خون عقیقه در مقابل خون او و استخوان عقیقه در مقابل استخوان وی قرار دارد. خداوند او را مایه نگهداری برای آل پیامبر (ص) قرار بده.» کرخی، از امام صادق و امام باقر (ع) چنین روایت کرده است: «هنگامی که ذبح کردی بگو: بنام خدا و برای خدا و ستایش مخصوص خداست و خدا بزرگتر است از جهت ایمان به خدا و دعا بر رسول خدا (ص) و بزرگی برای امر خداست و

سپاس برای رزق اوست و شناخت برای فضل خدا بر ما اهل بیت است. پس اگر کودک، پسر باشد بگو: خدایا تو به ما پسری دادی و تو نسبت به آنچه که به ما دادی، آگاه‌تر هستی و آنچه که عطا کردی، متعلق به توست و آنچه را که ما انجام دادیم براساس سنت خود و پیامبرت، از ما بپذیر و شیطان رانده شده را از ما دور کن. خدایا خون‌ها برای تو ریخته می‌شود و تو شریکی نداری و ستایش مخصوص خداوندی است که پروردگار جهانیان می‌باشد.» از امام صادق (ع) نیز مانند همین دعا روایت شده و امام (ع) اضافه کرده است: «خدایا، گوشت عقیقه در مقابل گوشت کودک، خون وی در مقابل خون او، استخوان وی در مقابل استخوان او و موی وی در مقابل موی او و پوست وی در مقابل پوست اوست. خدایا این عقیقه را وسیلهٔ محافظت از فلان شخص که فرزند فلانی است قرار بده.» از امام (ع) روایت شده است که هرگاه می‌خواهی، عقیقه را ذبح کنی بگو: «ای قوم من، از آنچه که شرک می‌ورزید بیزارم. من به سوی کسی گرایش دارم که آسمانها و زمین را آفرید در حالیکه اصیل و مسلمان هستم و جزء مشرکان نیستم. همانا نماز و پرستش و زندگی و مرگ من برای خداوند جهانیان است که شریکی ندارد و به این کار، مأمور شده‌ام و نخستین مسلمان هستم. خدایا از تو و برای تو، به نام خدا و خدا بزرگ‌تر است. آنگاه نام کودک را برده و ذبح انجام می‌شود.» از امام (ع) روایت شده است که هنگام عقیقه کردن باید چنین گفته شود: «خدایا آنچه که دادی، از سوی تو و برای توست و تو آن را عطا فرمودی. پس خداوندا، آن را بر سنت پیامبرت (ص) از ما بپذیر و ما از شیطان رانده شده به خدا پناه می‌بریم. آنگاه نام کودک را به زبان آورده و می‌گویی: خون‌ها برای تو ریخته می‌شود و تو شریکی نداری و ستایش مخصوص خدایی است که پروردگار جهانیان است. خدایا شیطان رانده شده را از ما دور کن.» و این مقداری از دعاهای نقل شده از ائمه (ع) است که به آنها دست یافتیم. [یکی دیگر از احکام عقیقه آن است که] از خداوند درخواست شود تا عقیقه را فدیة قرار دهد: گوشت در مقابل گوشت، استخوان در مقابل استخوان و پوست در مقابل پوست. این عبارت، در دعاهای وارد شده از ائمه (ع) وجود دارد پس نیازی نبود که مصنف، به صورت خاص آنها را بیان کند و شاید تکرار آن، بخاطر اهمیت زیادی است که دارد و یا اگر عقیقه‌کننده، دعا را مطابق

روایات نخوانده باشد، معنای آن را از خداوند بخواهد. نمی توان ثمن و بهای عقیقه را بعنوان صدقه داد هر چند دسترسی به عقیقه، دشوار باشد [یعنی کسی نمی تواند بجای اینکه حیوانی را ذبح کند، بهای آن را به فقرا بعنوان صدقه بدهد] بلکه باید منتظر بماند تا عقیقه را پیدا کند برخلاف قربانی ها [که می توان در صورت تعذر، بهای آن را صدقه داد]. به امام صادق (ع) گفته شد که ما به دنبال عقیقه گشتیم اما آن را پیدا نکردیم. آیا به نظر شما می توانیم بهای آن را بعنوان صدقه بدهیم؟ امام (ع) فرمود: «نه؛ خداوند دوست دارد که طعام داده شود و خون بر زمین بریزد.» پاهای و ران عقیقه به قابله داده می شود و در برخی روایات آمده است که یک چهارم عقیقه به قابله داده می شود و در برخی روایات، یک سوم عقیقه بیان شده است. اگر قابله ای وجود نداشته باشد، سهم قابله به مادر کودک، داده می شود یعنی حصه قابله متعلق به مادر است هر چند پدر، عقیقه را ذبح کرده باشد و آنگاه مادر، سهم خود را صدقه می دهد زیرا همانگونه که بیان خواهد شد مکروه است که مادر، چیزی از عقیقه بخورد. لازم نیست که این صدقه، فقط به فقرا داده شود بلکه همانگونه که در روایات آمده است مادر، آن را به هرکس بخواهد می دهد. اگر کودک به سن بلوغ برسد و عقیقه برای او داده نشده باشد مستحب است که خودش، عقیقه بدهد و اگر کودک، تردید داشته باشد که آیا عقیقه برای او داده شده است یا خیر، باید خودش، عقیقه بدهد زیرا اصل بر آن است که پدرش، عقیقه نداده باشد و در روایتی از امام صادق (ع) که عبدالله بن سنان از عمر بن یزید نقل کرده است چنین آمده که به امام (ع) عرض کردم: نمی دانم پدرم برای من عقیقه داده است یا خیر؟ امام (ع) به من دستور داد که برای خودم عقیقه کنم در حالی که پیرمردی بودم.» عمر گوید از امام صادق (ع) شنیدم که می فرمود: «هرکسی در گروه عقیقه خود می باشد و عقیقه، واجب تر از قربانی است.» اگر کودک بعد از ظهر روز هفتم بمیرد، عقیقه از او ساقط نمی شود اما اگر قبل از ظهر آن روز بمیرد، عقیقه ساقط می شود.» این مطلب را ادریس بن عبدالله از امام صادق (ع) روایت کرده است. مکروه است که پدر و مادر و کسانی که در عائله آنها هستند، عقیقه را بخورند هر چند قابله هم جزء آنها باشد [یعنی قابله هم اگر جزء عائله پدر و مادر طفل باشد حق ندارد عقیقه را بخورد] زیرا امام صادق (ع) فرمود: «پدر و افراد تحت تکفل وی نباید عقیقه را

بخورند.» همچنین امام (ع) می‌فرمود: «یک سوم عقیقه، برای قابله است و اگر قابله، مادر طفل باشد یا تحت تکفل وی باشد چیزی از عقیقه به او نمی‌رسد» کراهت خوردن عقیقه برای مادر، شدیدتر است زیرا امام (ع) در این روایت فرمود: «عقیقه را هر شخصی بجز مادر می‌تواند بخورد.» [مکروه است که] استخوان‌های عقیقه، شکسته شود بلکه اعضای آن را باید جدا کرد زیرا امام (ع) در این روایت فرمود: «اعضا را جدا کرده و می‌پزد.» مستحب است که مؤمنین برای خوردن عقیقه دعوت شوند در حالیکه حداقل ده نفر باشند. امام صادق (ع) فرمود: «ده نفر از مسلمانان، عقیقه را می‌خورند پس اگر بیش‌تر باشند بهتر است.» در روایت قبلی آمده است: «عقیقه فقط به اهل ولایت، داده می‌شود.» مستحب است که عقیقه، پخته شود و گوشت آن میان مردم، توزیع نشود و بر روی آتش، پخته نشود زیرا در روایات دستور داده شده است که باید آن را پخت [بنابراین نباید گوشت عقیقه را به صورت خام و نپخته میان مردم تقسیم کرد یا آن را به صورت کباب، پخت زیرا طبخ کردن به معنای پختن با آب و نمک و لوبیا و نظایر آن می‌باشد] آنچه که برای تحقق «پختن» ملاک می‌باشد، صدق عنوان «پختن» است و حداقل کاری که برای پختن، لازم می‌باشد آن است که گوشت را با آب و نمک بپزند و ایرادی ندارد و غیر آب و نمک نیز به آن افزوده شود زیرا امر به پختن که به صورت مطلق بیان شده است، بر چنین پختنی نیز صدق می‌کند بلکه چه بسا، پختن کامل‌تر شود. پس آنچه که شهید اول بیان کرد [که پختن با آب و نمک صورت می‌گیرد] برای اشاره به حداقل مقداری است که پختن بر آن صدق می‌کند نه اینکه پختن منحصر در پختن با آب و نمک باشد زیرا در هیچ روایتی نیامده است که پختن فقط با آب و نمک صورت می‌گیرد بلکه پختن به صورت مطلق بیان شده است.

یکی از احکام اولاد، شیر خوردن آنهاست.

(و مِنْهَا: الرِّضَاعُ)

(فَيَجِبُ عَلَى الْأُمِّ إِرْضَاعُ اللَّبَّاءِ) بِكَسْرِ اللَّامِ، وَ هُوَ أَوَّلُ اللَّبَنِ فِي النَّتَاجِ، قَالَهُ الْجَوْهَرِيُّ، وَ فِي نَهَايَةِ ابْنِ الْأَثِيرِ: هُوَ أَوَّلُ مَا يُحْلَبُ عِنْدَ الْوِلَادَةِ. وَلَمْ أَقِفْ عَلَى تَحْدِيدِ

مُقَدَّرَ مَا يَجِبُ مِنْهُ وَرُبَّمَا قَيَّدَهُ بَعْضُ بَثَلَاتِهِ أَيَّامٍ. وَظَاهِرٌ مَا نَقَلْنَاهُ عَنْ أَهْلِ اللُّغَةِ أَنَّهُ حَلَبُهُ وَاحِدَةٌ.

وَإِنَّمَا وَجِبَ عَلَيْهَا ذَلِكَ، لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَعِيشُ بِدُونِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا التَّبَرُّعُ بِهِ، بَلْ (بِأَجْرَةٍ عَلَى الْأَبِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ مَالٌ)، وَإِلَّا فَبِئْسَ مَالِهِ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَقَّيْنِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ وَجُوبِ الْفِعْلِ، وَاسْتِحْقَاقِ عَوَضِهِ كَبْذَلِ الْمَالِ فِي الْمَخَصَصَةِ لِلْمُحْتَاجِ. وَبِذَلِكَ يَظْهَرُ ضَعْفُ مَا قِيلَ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهَا الْأَجْرَةَ عَلَيْهِ لِوُجُوبِهِ عَلَيْهَا، لِمَا عَلِمَ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ اخْتِذِ الْأَجْرَةِ عَلَى الْعَمَلِ الْوَاجِبِ. وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمَمْنُوعَ مِنْ اخْتِذِ أَجْرَتِهِ هُوَ نَفْسُ الْعَمَلِ، لَا عَيْنُ الْمَالِ الَّذِي يَجِبُ بِذُلِّهِ وَالْبَتَّاءُ مِنْ قَبْلِ الثَّانِي، لَا الْأَوَّلُ. نَعَمْ يَجِبُ عَلَى هَذَا: أَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ أَجْرَةً عَلَى إِبْصَالِهِ إِلَى فَمِهِ، لِأَنَّهُ عَمَلٌ وَاجِبٌ. وَرُبَّمَا مُبْعٍ مِنْ كَوْنِهِ لَا يَعِيشُ بِدُونِهِ، فَيَنْقَدِحُ حِينَئِذٍ عَدَمُ الْوُجُوبِ وَالْعَلَامَةُ قَطْعُ فِي الْقَوَاعِدِ بِكَوْنِهِ لَا يَعِيشُ بِدُونِهِ، وَقَيَّدَهُ بَعْضُهُمْ بِالْغَالِبِ وَهُوَ أَوْلَى.

بر ما در واجب است که «لباء» به نوزاد خود بدهد و «لباء» که با کسره حرف «لام» قرائت می شود به گفته جوهری، اولین شیری است که در پستان جمع می شود و در کتاب نهایه ابن اثیر به اولین شیری گفته شده است که هنگام ولادت، دوشیده می شود. در خصوص مقدار شیری که واجب است مادر به نوزادش بدهد، مستند و دلیلی پیدا نکردم و برخی از فقها، آن را مقید به سه روز کرده اند و ظاهر سخن اهل لغت که آن را بیان کردیم، آن است که یک مرتبه شیر دادن، واجب است. دلیل وجوب شیر دادن بر مادر، آن است که نوزاد بدون این شیر، زنده نمی ماند و با اینکه کودک بدون این شیر، زنده نمی ماند اما واجب نیست که مادر این شیر را مجانی به کودک بدهد بلکه چنانچه کودک، مالی نداشته باشد باید پدر، اجرت آن را بدهد و اگر کودک، مال دارد از مال کودک پرداخت می شود تا میان دو حق، جمع شود [منظور از دو حق، یکی حق کودک برای خوردن شیر است و دیگری حق مادر برای گرفتن اجرت است] و میان وجوب عمل و استحقاق دریافت عوض، منافاتی وجود ندارد مانند مالی که در سال قحطی به شخص محتاج، داده می شود [یعنی گرچه بر مادر، واجب است که به نوزادش شیر بدهد اما می تواند در مقابل این عمل واجب، عوض بگیرد زیرا مواردی وجود دارد که به رغم وجوب عمل، عوض نیز پرداخت می شود مانند اینکه در سال قحطی هرکس مالی

داشته باشد واجب است آن را به نیازمندان بدهد و می تواند عوض آن را بگیرد] و از آنچه گفته شد ضعف سخن کسانی پدیدار می شود که مادر را مستحق دریافت اجرت نمی دانند [و دلیلشان آن است که] شیر دادن بر مادر، واجب است و برای عمل واجب نمی توان اجرت گرفت. [دلیل ضعیف بودن سخن این گروه آن است که] تفاوت آن است که آنچه ممنوع است، گرفتن اجرت برای عمل واجب می باشد نه مالی که دادن آن، واجب است و شیر لباء، از نوع دوم است و از نوع نخست نیست [یعنی کسانی که اجرت گرفتن برای کارهای واجب را جایز نمی دانند منظورشان آن است که این اجرت برای انجام کار، داده شود نه اینکه در مقابل مال دیگری قرار داده شود و در اینجا پولی که مادر می گیرد در مقابل عملیات شیر دادن نیست بلکه در مقابل خود شیر است یعنی مال در مقابل مال قرار می گیرد یعنی پول در مقابل شیر، قرار می گیرد نه اینکه شیر در مقابل عمل شیر دادن، پرداخت شده باشد] بلکه از آنجا که گرفتن اجرت برای انجام کار واجب، حرام می باشد، مادر نمی تواند در مقابل رسانیدن شیر به دهان کودک، اجرت بگیرد زیرا چنین عملی، یک عمل واجب است. چه بسا گفته شده است که کودک بدون خوردن «لباء» نیز زنده می ماند [یعنی توقف حیات کودک به خوردن لباء را قبول نداریم] که در این صورت، معلوم می شود که دادن لباء به کودک، واجب نیست [و در نتیجه عوضی که برای آن گرفته می شود، حرام نخواهد بود]. مرحوم علامه حلی در کتاب قواعد به یقین گفته است که کودک بدون خوردن لباء، زنده نمی ماند. برخی از فقها گفته اند اطفال بدون خوردن لباء زنده نمی مانند [نه اینکه همه آنها بدون لباء، بمیرند] و این نظریه، بهتر است.

(وَيُسْتَحَبُّ لِلْأُمِّ أَنْ تُرَضِعَهُ طُولَ الْمُدَّةِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي الرِّضَاعِ) وَ هِيَ ﴿حَوْلَانِ كَامِلَانِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتِمَّ الرِّضَاعَةُ﴾ فَإِنْ أَرَادَ الْإِفْتِسَارَ عَلَى أَقَلِّ الْمُجَرَّى فَأَحَدٌ وَ عَشْرُونَ شَهْرًا، وَ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ عَنْهَا، وَ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْحَوْلَيْنِ شَهْرًا وَ شَهْرَيْنِ خَاصَّةً، لَكِنْ لَا تَسْتَحِقُّ الْمُرْضِعَةُ عَلَى الرَّائِدِ أَجْرَةً. وَ إِنَّمَا كَانَ إِرْضَاعُ الْأُمِّ مُسْتَحَبًّا، لِأَنَّ لَبَنَهَا أَوْفَقُ بِمِزَاجِهِ، لَتَعْدِيهِ بِهِ فِي الرَّحِمِ دَمًا.

(وَالْأَجْرَةُ كَمَا قُلْنَا،) مِنْ كَوْنِهَا فِي مَالِ الْوَلَدِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وَ إِلَّا فَعَلَى الْآبِ وَ إِنْ عَلَا كَمَا سَيَأْتِي مَعَ يَسَارِهِ، وَ إِلَّا فَلَا أَجْرَةَ لَهَا، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهَا كَمَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ لَوْ

كَانَ الْأَبُّ مُعْسِرًا.

مستحب است که مادر در تمام مدتی که برای شیر خوردن قرار داده شده است به کودک خود شیر بدهد و این مدت، معادل دو سال کامل است برای کسی که می‌خواهد شیر دادن را به صورت کامل انجام دهد و اگر مادر بخواهد که به اندازه حداقل زمان شیر دادن که کفایت می‌کند به کودکش شیر بدهد این مدت معادل بیست و یک ماه خواهد بود اما کمتر از این مدت، جایز نیست. و [اگر مادر بخواهد بیش‌تر از مدت کامل شیرخوارگی که همان دو سال کامل است به کودک خود شیر بدهد] فقط یک یا دو ماه اضافه‌تر شیر خواهد داد اما مادر نسبت به مقدار زیادتر، مستحق دریافت اجرت نخواهد بود. دلیل استحباب شیر دادن مادر، آن است که شیر مادر با مزاج و طبیعت کودک، سازگارتر است زیرا کودک در رحم مادر، از خون وی تغذیه می‌کرده است. اجرت شیر دادن همانگونه که بیان گردد از مال کودک، پرداخت می‌شود مشروط بر اینکه کودک، مال‌دار باشد و اگر مال‌دار نباشد، از مال پدر پرداخت می‌شود هر چند بالاتر رود [یعنی جد و بالاتر از آن را نیز دربرمی‌گیرد] مشروط بر اینکه مال‌دار باشند و اگر مالی نداشته باشند، مادر مستحق دریافت اجرت نخواهد بود بلکه بر مادر واجب است که به کودکش [به صورت مجانی] شیر بدهد همانگونه که اگر پدر، ناتوان و فقیر باشد، نفقه کودک برعهده مادر خواهد بود.

(وَلَهَا إِذَا ضَاعَتْ) حَيْثُ يَسْتَأْجِرُهَا الْأَبُّ (بِنَفْسِهَا وَبَعِيرِهَا) إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَيْهَا إِذَا ضَاعَتْ بِنَفْسِهَا، كَمَا فِي كُلِّ أَحْيَرٍ مُطْلَقٍ.
(وَهِيَ أُولَى) بِإِذَا ضَاعَتْ وَلَوْ بِالْأُجْرَةِ (إِذَا قَنَعَتْ بِمَا يَقْنَعُ بِهِ الْغَيْرُ) أَوْ أَنْقَصَ، أَوْ تَبَرَّعَتْ بِطَرِيقٍ أُولَى فِيهَا.

(وَلَوْ طَلَبَتْ زِيَادَةً) عَنْ غَيْرِهَا (جَازَ لِلْأَبِّ انْتِزَاعُ مِنْهَا وَتَسْلِيمُهُ إِلَى الْغَيْرِ) الَّذِي يَأْخُذُ أَنْقَصَ، أَوْ يَتَبَرَّعُ. وَيُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ: انْتِزَاعُ وَتَسْلِيمُهُ: سُقُوطُ حَضَانَتِهَا أَيْضًا، وَهُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ.

وَوَجْهُهُ لَزُومُ الْحَرَجِ بِالْجَمْعِ بَيْنَ كَوْنِهِ فِي يَدِهَا، وَتَوَلَّى غَيْرِهَا إِذَا ضَاعَتْ، وَلِظَاهِرِ رِوَايَةِ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنْ وَجَدَ الْأَبُّ مَنْ يُرْضِعُهُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ، وَقَالَتِ الْأُمُّ: لَا أَرْضِعُهُ إِلَّا بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَنْزِعَ عَنْهَا».

وَالْأَقْوَى بَقَاءُ حَقِّ الْحَضَانَةِ لَهَا، لِعَدَمِ تَلَازُمِهَا، وَجَبْنِذِ فَتَاتِي الْمُرْضِعَةِ وَتُرْضِعُهُ عِنْدَهَا مَعَ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ حِمْلَ الصَّبِيِّ إِلَى الْمُرْضِعَةِ وَقَتَ الْإِرْضَاعِ خَاصَّةً، فَإِنْ تَعَدَّرَ جَمِيعُ ذَلِكَ اتَّجَهَ سَقُوطُ حَقِّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ، لِلْحَرَجِ، وَالضَّرَرِ.

(وَلِلْمَوْلَى إِجْبَارُ أُمِّهِ عَلَى الْإِرْضَاعِ لَوْلَدِهَا وَغَيْرِهِ)، لِأَنَّ مَنَافِعَهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا كَيْفَ شَاءَ، بِخِلَافِ الزَّوْجَةِ حُرَّةً كَانَتْ أَمْ مَمْلُوكَةً لِّغَيْرِهِ، مُعْتَادَةً لِإِرْضَاعِ أَوْلَادِهَا أَمْ غَيْرَ مُعْتَادَةٍ، لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ بِالزَّوْجِيَّةِ مَنَافِعَهَا وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْإِسْتِمْتَاعَ.

هرگاه پدر، مادر را اجیر کرده باشد تا به کودکش شیر بدهد، مادر می تواند خودش، کودک را شیر بدهد یا شیر دادن را به زن دیگری واگذار کند مشروط بر اینکه پدر شرط نکرده باشد که مادر، خودش [بالمباشره] کودک را شیر بدهد همانگونه که این حکم در مورد هر اجیر مطلق و وجود دارد [یعنی هرکس به صورت مطلق، اجیر شخصی شده باشد می تواند انجام آن کار را به شخص دیگری واگذار نماید]. اما مادر برای شیر دادن بر دیگران، اولویت دارد هر چند اجرت بگیرد و اجرتی که دریافت می کند به اندازه اجرتی باشد که دیگران دریافت می کنند یا اجرت کمتری را دریافت کند یا مجانی، شیر بدهد که اولویت شیر دادن مادر، در صورتی که اجرت کمتری بگیرد یا مجانی شیر بدهد، بیشتر است. اگر مادر، اجرتی بیش تر از اجرتی را که دیگران می گیرند، درخواست نماید پدر می تواند کودک را از مادر گرفته و به شخصی بدهد که اجرت کمتری می گیرد. از عبارت شهید اول که فرمود: «پدر، کودک را از مادر می گیرد و به دیگری می دهد» چنین فهمیده می شود که حضانت مادر نیز در این صورت ساقط می شود [زیرا لازمه حضانت آن است که کودک نزد مادر باشد پس وقتی کودک را برای شیر خوردن از مادر می گیرند، حضانت و نگهداری طفل نیز خود بخود منتفی خواهد شد. در مورد سقوط یا عدم سقوط حضانت مادر، دو نظریه وجود دارد] و نظریه سقوط حضانت مادر، یکی از دو نظریه ای است که در این زمینه بیان شده است و دلیل سقوط حضانت مادر آن است که باقی ماندن کودک نزد مادر برای حضانت و نگهداری وی و سپردن کودک به دیگری برای اینکه به او شیر بدهد مستلزم حرج است [و نمی توان میان این دو، جمع کرد. دلیل دیگر برای سقوط حق حضانت مادر]، ظاهر روایت داود بن حسین از امام صادق (ع) است که فرمود: «اگر پدر، شخصی را پیدا کند

که با چهار درهم، کودک را شیر بدهد و مادر بگوید که با پنج درهم شیر می‌دهم، پدر می‌تواند کودک را از مادرش بگیرد.» اما نظریه قوی‌تر آن است که حق حضانت مادر همچنان باقی است زیرا میان حضانت مادر و شیر دادن دیگری، ملازمه وجود ندارد و در این صورت زن شیرده چنانچه امکان داشته باشد نزد مادر می‌آید و کودک را شیر می‌دهد و اگر امکان نداشته باشد، کودک را فقط هنگام شیر دادن نزد زن شیرده می‌برند و اگر هیچیک از این کارها امکان نداشت، نظریه سقوط حق حضانت مادر، قابل توجیه خواهد بود زیرا وجود حق حضانت، موجب حرج و ضرر می‌شود [و حکم حرجی یا ضرری در شریعت اسلام وجود ندارد]. مولی می‌تواند کنیز خود را وادار کند که به فرزند کنیز یا کودک دیگری شیر بدهد زیرا منافع کنیز، ملک مولاست و مولی می‌تواند به هر شکلی که بخواهد در آن تصرف نماید برخلاف زوجه اعم از اینکه آزاد یا کنیز دیگری باشد و اعم از اینکه معمولاً به اولادش شیر بدهد و یا شیر ندهد زیرا مولی بواسطه عقد ازدواج، مالک منافع زوجه نمی‌شود بلکه فقط حق بهره‌گیری جنسی از او را دارد.

یکی از احکام فرزندان، حضانت است.

(و مِنْهَا: الْحَضَانَةُ)

بِالْفَتْحِ وَ هِيَ وَلَايَةُ عَلَى الطِّفْلِ وَ الْمَجْنُونِ، لِفَائِدَةِ تَرْبِيَّتِهِ وَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مِنْ مَصْلَحَتِهِ، مِنْ حِفْظِهِ، وَ جَعْلِهِ فِي سَرِيرِهِ، وَ رَفْعِهِ، وَ كَحْلِهِ، وَ دَهْنِهِ، وَ تَنْظِيفِهِ، وَ غَسْلِ خِرْقَةٍ وَ ثِيَابِهِ، وَ نَحْوِهِ، وَ هِيَ بِالْأُنْثَى أَلْيَقُ مِنْهَا بِالرَّجُلِ (فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مُدَّةَ الرِّضَاعِ وَ إِنْ كَانَ) الْوَلَدُ (ذَكَرًا إِذَا كَانَتْ) الْأُمُّ (حُرَّةً مُسْلِمَةً) عَاقِلَةً (أَوْ كَانَا) أَيِ الْأَبَوَانِ مَعًا (رَقِيقَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ) فَإِنَّهُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْحُرِّيَّةِ فِي الْأَوَّلِ وَ الْإِسْلَامِ فِي الثَّانِي، لِعَدَمِ التَّرْجِيحِ، وَ لَوْ كَانَتْ الْأُمُّ خَاصَّةً حُرَّةً مُسْلِمَةً فَهِيَ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مُطْلَقًا مِنَ الْأَبِ الرَّقُّ أَوْ الْكَافِرِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ وَ إِنْ تَزَوَّجَتْ.

حضانت که با فتحه حرف «حاء» خوانده می‌شود به معنای ولایت و سرپرستی نسبت به طفل و شخص دیوانه است و حضانت برای تربیت کودک است و آنچه که مرتبط با تربیت می‌باشد مانند محافظت و مراقبت از طفل، قرار دادن طفل در محل

خواب و برداشتن وی، سرمه کشیدن، روغن مالیدن، نظافت کردن، شستن کهنه و لباس بچه و نظایر این کارها که معمولاً زنان بهتر از مردان این کارها را انجام می دهند. مادر در طول مدت شیرخوارگی برای حضانت و نگهداری طفل [نسبت به پدر و دیگران]، شایسته تر است هر چند کودک، پسر باشد مشروط بر اینکه مادر، زن آزاد و مسلمان و عاقل باشد یا پدر و مادر، هر دو برده یا کافر باشند که در صورت برده بودن هر دو، آزاد بودن شرط حضانت نخواهد بود و در صورت کافر بودن هر دو، مسلمان بودن شرط حضانت نخواهد بود زیرا ترجیحی در اینجا وجود ندارد. اگر فقط مادر، زن مسلمان باشد برای حضانت و نگهداری کودک، مقدم بر پدری خواهد بود که برده یا کافر است و این حضانت همچنان باقی است تا کودک به سن بلوغ برسد هر چند مادر [قبل از بلوغ کودک]، ازدواج کرده باشد.

(فَإِذَا فُصِّلَ) عَنِ الرَّضَاعِ (فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْأُنْثَىٰ إِلَىٰ سَبْعِ سِنِينَ). وَ قِيلَ: إِلَىٰ تِسْعٍ. وَ قِيلَ: مَا لَمْ تَتَزَوَّجِ الْأُمُّ. وَ قِيلَ: إِلَىٰ سَبْعٍ فِيهِمَا، وَ الْأَوَّلُ مَعَ شَهْرَتِهِ جَامِعٌ بَيْنَ الْأَخْبَارِ الْمُطْلَقَةِ. (وَ الْأَبُّ أَحَقُّ بِالذَّكَرِ) بَعْدَ فَضَالِهِ (إِلَى الْبُلُوغِ) (وَ أَحَقُّ بِالْأُنْثَىٰ بَعْدَ السَّبْعِ) وَ الْأَفْوَىٰ أَنَّ الْخُنْثَى الْمُشْكِلَ هُنَا كَالْأُنْثَى اسْتِصْحَابًا لِوَلَايَةِ الْأُمِّ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً إِلَىٰ أَنْ يَنْبُتَ الْمَرْيِلُ، وَ لَا ثُبُوتَ لَهُ قَبْلَ السَّبْعِ، لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِالذَّكُورِيَّةِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ زَوَالٍ وَ لَا يَتِيهَا عَنْهُ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، وَ أَضَالَةِ عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ الْوَلَايَةَ قَبْلَهَا.

هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْأَبَّوَانِ مَوْجُودَيْنِ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا كَانَ الْآخَرُ أَحَقَّ بِالْوَلَدِ مُطْلَقًا مِنْ جَمِيعِ الْأَقَارِبِ إِلَىٰ أَنْ يَبْلُغَ (وَ) كَذَلِكَ (الْأُمُّ أَحَقُّ مِنَ الْوَصِيِّ) أَيُّ: وَصِيِّ الْأَبِّ (بِالْإِنِّ) وَ كَذَا بِالْبِنْتِ بَعْدَ السَّبْعِ كَمَا هِيَ أَحَقُّ مِنَ الْأَقَارِبِ وَ إِنْ تَزَوَّجَتْ.

اگر کودک از شیر گرفته شود، مادر تا هفت سالگی نسبت به حضانت دختر، تقدّم خواهد داشت و یک دیدگاه آن است که تا نه سالگی تقدّم خواهد داشت و یک دیدگاه آن است که حق تقدّم وی تا زمانی که ازدواج نکرده باشد، باقی خواهد بود. و یک دیدگاه آن است که مادر نسبت به حضانت پسر و دختر تا سن هفت سالگی تقدّم دارد اما نظریه نخست که مادر را نسبت به حضانت دختر تا سن هفت سالگی، مقدم می داند [بهتر است زیرا اولاً]، نظر مشهور فقهاست. [ثانیاً:] میان روایت های مطلق، جمع می کند [یعنی در زمینه حضانت، دو دسته روایت وجود دارد؛ یک دسته که

حضانت مادر را به صورت مطلق نفی می‌کند و یک دسته که حضانت مادر را به صورت مطلق برقرار می‌داند و این نظریه، میان این روایت‌ها جمع می‌کند بدین صورت که حضانت قبل از هفت سالگی را پذیرفته و مطابق روایات دسته اول است و حضانت بعد از هفت سالگی را ردّ می‌کند که مطابق روایات دسته دوم است. پدر برای حضانت پسر بچه‌ای که از شیر گرفته شده است تا زمان بلوغ وی، اولویت دارد و برای حضانت دختر بچه، بعد از هفت سالگی او، اولویت دارد و نظریه قوی‌تر آن است که حکم خنثای مشکل همان حکم دختر بچه است زیرا ولایت مادر که در ابتدای طفولیت، برقرار شده بود همچنان استصحاب می‌شود تا زمانی که از بین برود و قبل از هفت سالگی، عاملی رخ نداده است که حضانت مادر را از بین ببرد زیرا ملاک زوال ولایت مادر پس از رسیدن طفل به سن دو سالگی، مذکر بودن طفل می‌باشد حال آنکه مذکر بودن وی در این زمان به اثبات نرسیده است [یعنی مادر در زمان شیرخوارگی، حضانت خنثی را برعهده داشت. پس از دو سالگی شک می‌کنیم که حضانت وی باقی است یا خیر؟ در اینجا حضانت ثابت شده قبلی را استصحاب می‌کنیم زیرا دلیلی برای از بین رفتن حضانت، رخ نداده است. دلیل دیگر برای حضانت مادر و عدم حضانت پدر قبل از اینکه طفل به سن هفت سالگی برسد، آن است] که اصل بر عدم استحقاق ولایت پدر بر فرزند قبل از سن هفت سالگی است. [مرحوم شیخ مفید و سلاور قاضی گفته‌اند که مادر تا سن نه سالگی کودک، حق تقدم دارد] آنچه که گفته شد در صورتی است که پدر و مادر طفل، زنده باشند بنابراین چنانچه یکی از آن دو بمیرد، کسی که زنده است نسبت به حق حضانت در هر صورت بر سایر خویشاوندان، مقدم خواهد بود اعم از اینکه طفل، پسر یا دختر باشد تا زمانی که طفل به سن بلوغ برسد. همچنین مادر نسبت به شخصی که بعنوان وصی طفل تعیین شده است اولویت دارد همانگونه که نسبت به سایر خویشاوندان اولویت دارد هر چند ازدواج کرده باشد.

(فَإِنْ فَقِدَ الْأَبَوَانِ فَالْحَضَانَةُ لِلْأَبِ الْأَبِّ)، لِأَنَّهُ أَبٌ فِي الْجُمْلَةِ، فَيَكُونُ أُولَى مِنْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَقَارِبِ، وَ لِأَنَّهُ أُولَى بِالْمَالِ، فَيَكُونُ أُولَى بِالْحَضَانَةِ، وَ بِهَذَا جَزَمَ فِي الْقَوَاعِدِ، فَقَدَّمَ الْجَدَّ لِلْأَبِ عَلَى غَيْرِهِ مِنَ الْأَقَارِبِ. وَ يُشْكِلُ بَأَنَّ ذَلِكَ لَوْ كَانَ مُوجِباً لَتَقَدَّمَ عَلَيْهِ لَأَقْتَضَى تَقْدِيمُ أُمِّ الْأُمِّ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ، وَ هِيَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْأَبِ عَلَى مَا فَصَّلَ، وَ وَلَايَةُ الْمَالِ

لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي الْحَضَانَةِ، وَإِلَّا لَكَانَ الْأَبُّ أَوْلَى مِنَ الْأُمِّ، وَكَذَا الْجَدُّ لَهُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ
اجْتِمَاعاً وَالتَّصَوُّصُ خَالِيَةً مِنْ غَيْرِ الْأَبَوَيْنِ مِنَ الْأَقَارِبِ، وَإِنَّمَا اسْتَفِيدَ حُكْمُهُمْ مِنْ آيَةِ
أُولَى الْأَرْحَامِ، وَهِيَ لَا تَدُلُّ عَلَى تَقْدِيمِهِ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ دَرَجَتِهِ، وَبِهَذَا جَزَمَ فِي الْمُخْتَلَفِ
وَهُوَ أَجْوَدُ.

اگر طفل، پدر و مادر نداشته باشد حق حضانت به جد پدری می‌رسد زیرا جد پدری فی‌الجمله، پدر محسوب می‌شود بنابراین مقدم بر سایر خویشاوندان است [همچنین اصل حضانت به پدر تعلق دارد چون طفل، متعلق به پدر می‌باشد و اینکه در صورت وجود مادر و جدپدری، حضانت را به مادر می‌دهند بخاطر روایت می‌باشد و یک حکم استثنایی است بنابراین وقتی مادر وجود نداشته باشد، حضانت به جدپدری بازمی‌گردد و جدپدری در ولایت بر فرزند، شریک پدر است. دلیل دیگر برای ولایت و حضانت جدپدری آن است که جدپدری نسبت به اداره اموال کودک، مقدم بر سایر خویشاوندان است پس در حضانت نیز مقدم بر سایر خویشاوندان خواهد بود. مرحوم علامه حلی در کتاب قواعد، ثبوت حضانت برای جدپدری را به صورت قطعی بیان کرده و او را بر سایر خویشاوندان مقدم داشته است اما این نظریه با مشکل روبروست زیرا اگر فی‌الجمله پدر بودن جدپدری سبب مقدم شدن وی بر دیگران می‌بود باید سبب تقدّم مادر بر پدر پدر می‌شد زیرا مادر مادر به منزله مادر است و مادر براساس تفصیل‌هایی که داده شد، مقدم بر پدر است [سپس مادر مادر نیز در پاره‌ای موارد باید مقدم بر پدر پدر باشد حال آنکه هیچکس چنین ادعایی را نپذیرفته است [به این اشکال می‌توان پاسخ داد که حضانت مادر یک حکم استثنایی است بنابراین باید به مورد نص اکتفا کرد و نمی‌توان آن را به مادر مادر تسری داد. اما دلیلی که ولایت پدر بر مال را سبب تقدّم حضانت وی می‌دانست نیز با مشکل روبروست زیرا] ولایت بر مال ارتباطی با حضانت ندارد و گرنه باید پدر و نیز جدپدری [که ولایت بر مال دارند همواره] مقدّم بر مادر بودند حال آنکه هیچیک از فقها چنین سخنی را نمی‌پذیرد [بلکه اگر پدر نمیرد، حضانت برعهده مادر خواهد بود هر چند ولایت بر مال به‌عهده جدپدری است]. روایات شرعی دلالتی بر حضانت هیچیک از خویشاوندان به‌جز پدر و مادر ندارد بلکه حضانت آنها از آیه اولی الأرحام فهمیده می‌شود. [یعنی آیه ۵ سوره احزاب که

می فرماید: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» [اما این آیه دلالتی ندارد که جد پدری مقدم بر سایر خویشاوندان در همان درجه می باشد و صاحب کتاب مختلف با جزم و یقین گفته است که جد پدری مقدم بر دیگران است و این سخنی نیکوتر است.

(فَإِنْ قُتِلَ أَبُو الْأَبِ أَوْ لَمْ نُرَجِّحْهُ فَلِلْأَقْرَبِ، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ) إِلَى الْوَلَدِ (فَالْأَقْرَبُ) عَلَى الْمَشْهُورِ، لِأَيَّةِ أُولَى الْأَرْحَامِ، فَالْجَدَّةُ لِأُمِّ كَانَتْ أُمٌّ لِأَبٍ وَإِنْ عَلَتْ أُولَى مِنَ الْعَمَّةِ وَالْخَالَه، كَمَا أَنَّهُمَا أُولَى مِنْ بَنَاتِ الْعُمُومَةِ وَالْخَوَلَةِ وَكَذَا الْجَدَّةُ الدُّنْيَا وَالْعَمَّةُ، وَالْخَالَه أُولَى مِنَ الْعَالِيَا مِنْهُنَّ، وَكَذَا ذُكُورُ كُلِّ مَرْتَبَةٍ. ثُمَّ إِنْ اتَّحَدَ الْأَقْرَبُ فَالْحَضَانَةُ مُحْتَصَصَةٌ بِهِ، وَإِنْ تَعَدَّدَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، لِمَا فِي اشْتِرَاكِهَا مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْوَلَدِ. وَلَوْ اجْتَمَعَ ذَكَرٌ وَأُنْثَىٰ فَفِي تَقْدِيمِ الْأُنْثَىٰ قَوْلٌ، مَأْخُذُهُ: تَقْدِيمُ الْأُمِّ عَلَى الْأَبِ، وَكَوْنُ الْأُنْثَىٰ أَوْفَقَ لِتَرْبِيَةِ الْوَلَدِ، وَأَقْوَمَ بِمَصَالِحِهِ سَيِّمًا الصَّغِيرِ وَالْأُنْثَىٰ، وَإِطْلَاقُ الدَّلِيلِ الْمُسْتَفَادِ مِنَ الْآيَةِ يَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا كَمَا يَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ كَثِيرِ النَّصِيبِ وَقَلِيلِهِ وَمَنْ يَمُتُّ بِالْأَبَوَيْنِ وَالْأُمُّ خَاصَّةٌ، لِاشْتِرَاكِ الْجَمِيعِ فِي الْإِثْرِ. وَقِيلَ: إِنْ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ الْأَبِ أُولَىٰ مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ، وَكَذَا أُمُّ الْأَبِ أُولَىٰ مِنَ أُمِّ الْأُمِّ، وَالْجَدَّةُ أُولَىٰ مِنَ الْأَخَوَاتِ، وَالْعَمَّةُ أُولَىٰ مِنَ الْخَالَه، نَظَرًا إِلَىٰ زِيَادَةِ الْقُرْبِ أَوْ كَثَرَةِ النَّصِيبِ. وَفِيهِ نَظَرٌ بَيْنٌ، لِأَنَّ الْمُسْتَنَدَ - وَهُوَ الْآيَةُ - مُشْتَرَكٌ، وَمُجَرَّدٌ مَا ذَكَرَ لَا يَصْلُحُ دَلِيلًا. وَقِيلَ: لَا حَضَانَةَ لِغَيْرِ الْأَبَوَيْنِ اقْتِصَارًا عَلَىٰ مَوْضِعِ النَّصِّ، وَعُمُومُ الْآيَةِ يَدْفَعُهُ.

اگر کودک فاقد جد پدری باشد یا جد پدری را مقدم بر سایر خویشاوندان ندانیم حضانت برعهده خویشاوندان خواهد بود بدین صورت که براساس نظر مشهور فقها و مطابق آیه «اولی الارحام» خویشاوند نزدیک مقدم بر خویشاوند دورتر خواهد بود بنابراین جدّه اعم از اینکه جدّه مادری یا جدّه پدری باشد مقدم بر عمه و خاله است هر چند جدّه بالاتر رود [زیرا جدّه در طبقه دوم ارث قرار دارد اما عمه و خاله در طبقه سوم ارث قرار دارند] همانگونه که عمّه و خاله، مقدم بر فرزندان عمو و عمه و خاله و دایی هستند [زیرا درجه عمّه و خاله نزدیکتر از درجه فرزندان آنها در همان طبقه است] همچنین جدّه نزدیکتر و عمّه نزدیکتر و خاله نزدیکتر مقدم بر جدّه و عمّه و خاله دورتر می باشند. حکم خویشاوندان مذکور در هر طبقه نیز به همین صورت است

[یعنی خویشاوندان نزدیک‌تر مقدم بر خویشاوندان دورتر هستند بنابراین جدّ مقدم بر عمو و دایی است و جدّ یا عمو یا دایی نزدیک‌تر مقدم بر جدّ یا عمو یا دایی دورتر می‌باشند] البته یک دیدگاه نیز آن است که وصی پدر یا جدپدری مقدم بر سایر خویشاوندان هستند زیرا وصی، قائم مقام موصی می‌باشد در مواردی که حضانت برعهده خویشاوندان قرار می‌گیرد چنانچه یک خویشاوند بیشتر وجود نداشته باشد، حضانت منحصرّاً برعهده اوست و اگر متعدّد باشند میان آنها قرعه کشیده می‌شود زیرا همه خویشاوندان به اندازه مساوی برای کودک، نفع و ضرر دارند. اگر [در یک طبقه و یک درجه]، خویشاوند مذکر و مؤنثی وجود داشته باشد یک دیدگاه آن است که خویشاوند مؤنث، مقدم بر خویشاوند مذکر می‌باشد و استناد این نظریه به تقدم مادر بر پدر می‌باشد و اینکه زن بهتر می‌تواند کودک را تربیت کند و مصلحت وی را بهتر تشخیص می‌دهد مخصوصاً اگر کودک، خردسال و مؤنث باشد اما اطلاق دلیلی که از آیه قرآن به دست می‌آید اقتضا می‌کند که زن و مرد، مساوی باشند [زیرا آیه قرآن شامل مذکر و مؤنث می‌شود] همانگونه که آیه قرآن اقتضا می‌کند که تفاوتی میان اشخاصی که ارث زیاده‌تری می‌برند و اشخاصی که ارث کم‌تری می‌برند، وجود نداشته باشد [مثلاً اگر کودک، دارای برادر پدری و برادر مادری باشد گرچه برادر مادری، یک ششم و برادر پدری، پنجم ششم ارث می‌برد اما حضانت آنها یکسان است. همچنین آیه قرآن، اقتضا می‌کند که تفاوتی وجود نداشته باشد میان] خویشاوندی که از جانب پدر و مادر به کودک، منسوب می‌شود و خویشاوندی که فقط از جانب مادر، منسوب می‌شود [مانند برادر ابویی و برادر مادری]. تمامی این خویشاوندان به نحو یکسانی مشمول آیه قرآن هستند [یعنی در اصل ارث بردن، مشترک هستند هر چند میزان ارث آنها تفاوت دارد]. یک دیدگاه [که منسوب به علامه حلی در کتاب قواعد می‌باشد] آن است که خواهر ابویی بر خواهر مادری و مادر پدری بر مادر مادری و جدّه بر خواهران و عمّه بر خاله مقدم است زیرا [گرچه این خویشاوندان در یک طبقه و درجه هستند اما] نسبت به کودک، نزدیک‌تر بوده و سهم الارث بیش‌تری به ایشان می‌رسد اما این دیدگاه، بدون ایراد نیست زیرا مستند حضانت خویشاوندان که آیه اولی الأرحام می‌باشد [به یک نحو شامل کلیه خویشاوندان می‌شود و] مشترک میان همه آنهاست و

اینکه گفته شود [برخی از خویشاوندان، نزدیک‌تر به کودک هستند یا سهم الأثر بیش‌تری می‌برند] صلاحیت ندارد تا دلیل [بر این موضوع قرار گیرد که آیه قرآن را مقید ساخته و ایشان را مقدم بر دیگران نماید]. دیدگاه دیگری [که منسوب به ابن ادریس می‌باشد] بیانگر آن است که جز پدر و مادر، شخص دیگری حق حضانت بر کودک ندارد زیرا فقط باید به موضع نص اکتفا کرد [یعنی برقراری ولایت و حضانت بر دیگری یک حکم استثنائی می‌باشد و در موارد استثنائی فقط می‌توان به مواردی عمل کرد که در روایات آمده است و روایات مربوط به حضانت، فقط این حق را برای پدر و مادر برقرار می‌دانند و سایر خویشاوندان را به صراحت بیان نکرده‌اند بلکه حضانت ایشان از عدم یا اطلاق ادله دیگر مانند آیه اولی الارحام فهمیده می‌شود. شهادتانی دیدگاه مرحوم ابن ادریس و استدلال ایشان را نپذیرفته و می‌گوید: عموم آیه اولی الارحام، دیدگاه ایشان را رد می‌کند [زیرا آیه مزبور، عام است و عموم آن شامل کلیه خویشاوندان می‌شود].

(وَلَوْ تَزَوَّجْتَ الْأُمَّ) بِغَيْرِ الْأَبِ مَعَ وُجُودِهِ كَامِلًا (سَقَطَتْ حَضَانَتُهَا) لِلنَّصِّ وَ الْأَجْمَاعِ (فَإِنْ طَلَّقَتْ عَادَتِ) الْحَضَانَةُ عَلَى الْمَشْهُورِ، لِزَوَالِ الْمَانِعِ مِنْهَا، وَهُوَ تَزْوِجُهَا وَ اشْتِغَالُهَا بِحَقُوقِ الزَّوْجِ الَّتِي هِيَ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْحَضَانَةِ.

وَقِيلَ: لَا تَعُدُّ، لِخُرُوجِهَا عَنِ الْإِسْتِحْقَاقِ بِالنِّكَاحِ فَيُسْتَصْحَبُ، وَ يَحْتَاجُ عَوْدَهُ إِلَيْهَا إِلَى دَلِيلٍ آخَرَ وَهُوَ مَقْهُودٌ، وَلَهُ وَجْهٌ وَجِيهٌ، لَكِنَّ الْأَشْهَرُ الْأَوَّلُ، وَإِنَّمَا تَعُدُّ بِمَجَرَّدِ الطَّلَاقِ إِذَا كَانَ بَائِنًا، وَ إِلَّا فَبَعْدَ الْعِدَّةِ إِنْ بَقِيَ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الْمُدَّةِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْأَبُ مَوْجُودًا لَمْ تَسْقُطْ حَضَانَتُهَا بِالتَّزْوِيجِ مُطْلَقًا كَمَا مَرَّ.

اگر مادر با مردی غیر از شوهر سابق خویش [که پدر کودک می‌باشد] ازدواج کند و پدر طفل نیز در قید حیات بوده [و از نظر عقل و اسلام و آزاد بودن]، کامل باشد حضانت مادر ساقط شده [و پدر حضانت کودک خویش را برعهده می‌گیرد] زیرا روایات شرعی و اجماع فقها بر چنین حکمی دلالت دارد. حال چنانچه مادر طفل، طلاق داده شود براساس نظر مشهور فقها، حضانت دوباره به مادر برمی‌گردد زیرا مانع حضانت از بین رفت و مانع حضانت [، دو چیز است؛ یکی] ازدواج کردن با مردی دیگر است [و دیگری]، اشتغال زن به انجام حقوقی است که شوهرش بر او دارد و قوی‌تر از حق حضانت می‌باشد [یعنی زوجه باید از شوهر خود اطاعت کند و اطاعت از

شوهر، مانع از نگهداری فرزند می شود چون فرصتی برای این کار باقی نمی ماند. البته این دلیل را می توان چنین پاسخ داد که اگر شوهر دوّم بپذیرد که همسرش، کودک خود را نگهداری کند منافاتی با حقوق شوهر پیدا نمی کند چون شوهر، خودش اقدام به این کار نموده و به همسرش اجازه داده است مقداری از وقت خود را صرف حضانت کودک نماید. [یک دیدگاه هم آن است که [اگر مادر کودک از همسر دوّم خود طلاق بگیرد، حق حضانت به وی بر نمی گردد زیرا زمانی که مادر کودک، ازدواج می کند حق حضانت خویش را از دست می دهد و کماکان استصحاب می شود و بازگشت حق حضانت به مادر نیاز به دلیل دارد و چنین دلیلی وجود ندارد [یعنی وقتی مادر طفل با مرد دیگری ازدواج می کند، یقین به سقوط حق حضانت وی پیدا می کنیم و زمانی که طلاق می گیرد شک می کنیم که فقدان حضانت یقینی سابق از بین رفته است یا خیر؟ اصل بر بقای فقدان حق حضانت گذاشته می شود. شهیدثانی به رغم اینکه دیدگاه اخیر را موجه می داند به مخالفت آن با نظر مشهور اشاره کرده و می فرماید: [نظریه عدم بازگشت حق حضانت، قابل توجیه است اما مشهور فقها، دیدگاه نخست را برگزیده اند. [حال چنانچه اعتقاد داشته باشیم که حق حضانت پس از طلاق از شوهر دوّم، دوباره به مادر بازمی گردد] چنانچه طلاق مادر، طلاق بائن باشد حق حضانت به محض اینکه طلاق صورت گرفت به مادر برمی گردد اما اگر طلاق رجعی باشد، بعد از آنکه، عده تمام شد به مادر برمی گردد مشروط بر اینکه مقداری از مدت حضانت [بعد از سپری شدن مدت عده]، باقی باشد. اگر مادر با مرد دیگری ازدواج کند و پدر کودک در قید حیات نباشد، حضانت وی از بین نمی رود اعم از اینکه ازدواج دوّم او دائمی باشد یا موقت باشد؛ از شوهر دوم نیز طلاق بگیرد یا طلاق نگیرد [و دلیل عدم سقوط حق حضانت مادر] همان است که بیان گردید [و گفته شد که مادر بر وصی پدر، حق تقدم دارد هر چند ازدواج کرده باشد].

(وَ إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ رَشِيدًا سَقَطَتِ الْحَضَانَةُ عَنْهُ)، لَانْهَا وَلَايَةٌ وَ الْبَالِغُ الرَّشِيدُ لَا وَلَايَةَ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ، سِوَاءٍ فِي ذَلِكَ الذَّكَرِ وَ الْأُنْثَى، الْبِكْرُ وَ التَّيِّبُ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ لَا يُفَارِقَ أُمَّهُ خُصُوصًا الْأُنْثَى إِلَى أَنْ تَتَزَوَّجَ. وَ اعْلَمْ أَنَّهُ لَا شُبْهَةَ فِي كَوْنِ الْحَضَانَةِ حَقًّا لِمَنْ ذُكِرَ، وَ لَكِنْ هَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ مَعَ ذَلِكَ أَمْ لَهُ إِسْقَاطُ حَقِّهَا مِنْهَا؟ الْأَصْلُ يَقْتَضِي ذَلِكَ، وَ هُوَ الَّذِي صَرَّحَ بِهِ

الْمُصَنَّفُ فِي قَوَاعِدِهِ، فَقَالَ: «لَوْ اُمْتَنَعَتِ الْأُمُّ مِنَ الْحَضَانَةِ ضَارَّ الْأَبُّ أَوْلَىٰ بِهِ» قَالَ «وَلَوْ اُمْتَنَعَا مَعًا فَلَا ظَاهِرَ إِجْبَارِ الْأَبِّ». وَنَقَلَ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ وَجُوبَهَا وَهُوَ حَسَنٌ حَيْثُ يَسْتَلْزِمُ تَرْكُهَا تَضْيِيعَ الْوَلَدِ إِلَّا أَنَّ حَضَانَتَهُ حِينَئِذٍ تَجِبُ كِفَايَةً كَثِيرَةٍ مِنَ الْمُضْطَرِّينَ، وَفِي اخْتِصَاصِ الْوُجُوبِ بِذِي الْحَقِّ نَظَرٌ. وَلَيْسَ فِي الْأَخْبَارِ مَا يَدُلُّ عَلَىٰ غَيْرِ ثُبُوتِ أَصْلِ الْأِسْتِحْقَاقِ.

هرگاه کودک، بالغ و رشید شود حق حضانت بر او ساقط می شود [و کودک می تواند نزد هرکس که بخواهد زندگی کند] زیرا حضانت، نوعی ولایت است و هیچکس بر انسان بالغ و رشید، ولایتی ندارد و در این زمینه میان دختر و پسر یا باکره و غیر باکره، تفاوتی وجود ندارد اما مستحب است که فرزند نزد مادر خود باقی بماند بویژه دختر تا زمانی که ازدواج کند. تردیدی نیست که حضانت برای اشخاصی که برشمرده شدند [یعنی پدر، مادر و سایر خویشاوندان]، حق است اما آیا برای ایشان واجب است که حضانت را بپذیرند یا حق دارند، آن را از عهده خود ساقط کنند؟ [به عبارت دیگر آیا حضانت، حق محض است یا آمیخته ای از حق و تکلیف می باشد؟] می گوید: «چنانچه مادر، حضانت را نپذیرد، پدر تقدّم پیدا می کند و اگر هر دو امتناع کند، ظاهر آن است که پدر، مجبور می شود حضانت را بپذیرد.» از برخی فقها نقل شده است که حضانت، واجب می باشد و این نظریه، نیکوست در مواردی که ترک حضانت، موجب تلف شدن کودک می شود هر چند وجوب حضانت، وجوب کفایی است مانند کمک به سایر افرادی که در حالت اضطرار قرار می گیرند [بنابراین هرکس که به فرد نیازمند کمک کند، تکلیف از عهده دیگران ساقط می شود]. در منحصر کردن وجوب کفایی به کسانی که حق حضانت دارند، تردید وجود دارد [یعنی وقتی حضانت، واجب کفایی باشد بر عهده همگان قرار می گیرد و تفاوتی میان خویشاوندان و غیر خویشاوندان وجود ندارد و مفهوم واجب کفایی، همین است] همچنین در روایات فقط اصل حق حضانت بیان شده است [یعنی روایات فقط گفته اند که حق حضانت برای برخی خویشاوندان وجود دارد و متعرض سایر احکام حضانت از جمله امکان یا عدم امکان اسقاط آن نشده اند].

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي النِّفَقَاتِ)
(وَأَسْبَابُهَا ثَلَاثَةٌ: الزَّوْجِيَّةُ، وَالْقَرَابَةُ) الْبَعْضِيَّةُ (وَالْمِلْكُ).

مطلب دوم - در مورد نفقه‌هاست

نفقه‌ها، سه عامل و سبب دارند: زوجیت، برخی از خویشاوندان و ملکیت؛ [خویشاوندی بعضیه را چنین تفسیر کرده‌اند که خویشاوندان از نظر ولادت، جزء و بعضی از یکدیگر باشند مانند رابطه‌ای که میان پدر و فرزند وجود دارد و فرزند جزئی از پدر است.]

(فَالْأَوَّلُ: تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ بِالْعَقْدِ الدَّائِمِ) دُونَ الْمُنْقَطِعِ سَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ (بِشَرْطِ التَّمْكِينِ الْكَامِلِ) وَهُوَ أَنْ تُحَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ نَفْسِهَا قَوْلًا وَفِعْلًا (فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ يَسُوعُ فِيهِ الْأِسْتِمْتَاعُ) فَلَوْ بَذَلَتْ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ كَذَلِكَ يَصْلَحَانِ لِلْإِسْتِمْتَاعِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَحَيْثُ كَانَ مَشْرُوطًا بِالتَّمْكِينِ

اول - زوجه‌ای که با عقد دائمی به زوجیت درآمده باشد مستحق نفقه است اما زوجه موقت، مستحق نفقه نیست [و در وجوب نفقه برای زوجه دائمی و عدم وجوب نفقه برای زوجه موقت] تفاوتی میان زن آزاد و امه مسلمان و کافر وجود ندارد. [وجوب نفقه برای زوجه] به شرط تمکین کامل است یعنی زن باید تمامی موانع را در عمل و سخن از میان خود و همسرش بردارد و [و این تمکین را] در سخن و عمل [به شوهرش اعلام کند بنابراین آمادگی عملی برای تمکین کفایت نمی‌کند هر چند دلیل خاصی بر لزوم اعلام شفاهی تمکین وجود ندارد زیرا هدف، اعلام تمکین است که با عمل نیز می‌توان آن را اعلام کرد. علامه حلی نیز در کتاب تحریر، اعلام لفظی را لازم دانسته است. تمکین کامل، تمکین] در هر زمان و مکانی است که امکان بهره‌گیری جنسی وجود داشته باشد بنابراین اگر زوجه فقط در برخی زمانها یا برخی مکانها تمکین نماید که می‌توان در آنها تمکین نمود، نفقه به او تعلق نمی‌گیرد. [یعنی زوجه در برخی مکانها و زمانهایی که تمکین در آنها ممکن است تمکین نکند. البته شرط دیگری که در اینجا لازم است، عدم مانع شرعی برای زن یا مرد می‌باشد.]

(فَلَا نَفَقَةَ لِلصَّغِيرَةِ) الَّتِي لَمْ تَبْلُغْ سِنًا يَجُوزُ الْأِسْتِمْتَاعُ بِهَا بِالْجَمَاعِ - عَلَى أَشْهَرِ

الْقَوْلَيْنِ - لَفَقْدِ الشَّرْطِ وَهُوَ التَّمَكُّينُ مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ. وَقَالَ ابْنُ إِدْرِيسَ: تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الصَّغِيرَةِ، لِعُمُومِ وَجُوبِهَا عَلَى الزَّوْجَةِ، فَتَخْصِيصُهُ بِالْكَبِيرَةِ الْمُمَكِّنَةِ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ، وَ سَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ. وَلَوْ انْعَكَسَ بِأَنْ كَانَتْ كَبِيرَةً مُمَكِّنَةً وَالزَّوْجُ صَغِيرًا وَجَبَتْ النَّفَقَةُ، لَوْجُودِ الْمُقْتَضَى وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ، لِأَنَّ الصَّغَرَ لَا يَصْلَحُ لِلْمَنْعِ كَمَا فِي نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ، فَإِنَّهَا تَجِبُ عَلَى الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ، خِلَافًا لِلشَّيْخِ مُحْتَجًّا بِأَصَالَةِ الْبَرَاءَةِ، وَهِيَ مُنْذَرَعَةٌ بِمَا دَلَّ عَلَى وَجُوبِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ الْمُمَكِّنَةِ أَوْ مُطْلَقًا، وَلَوْ قِيلَ: إِنَّ الْوُجُوبَ مِنْ بَابِ خِطَابِ الشَّرْعِ الْمُخْتَصِّ بِالْمُكَلَّفِينَ أَمَكَنَ جَوَابُهُ بِكَوْنِ التَّكْلِيفِ هُنَا مُتَعَلِّقًا بِالْوَلِيِّ: أَنَّ يُؤَدِّي مِنْ مَالِ الطِّفْلِ، كَمَا يُكَلَّفُ بِأَذَاءِ أَعْوَاضِ مُتَلَفَاتِهِ الَّتِي لَا خِلَافَ فِي ضَمَانِهِ أَوْ قَضَاءِ دُيُونِهِ وَ غَرَامَاتِهِ.

با توجه به اینکه وجوب نفقه مشروط به تمکین زوجه می باشد براساس نظریه مشهورتر، نفقه ای به زوجه صغیر که در سنی نمی باشد که بتواند از او بهره جنسی برد، تعلّق نمی گیرد زیرا شرط نفقه که همان تمکین در استمتاع می باشد فراهم نیست [زوجه ای که عذر شرعی دارد نیز قابل استمتاع نیست اما عدم تمکین در اینجا ذاتی نیست برخلاف زوجه صغیر که ذاتاً قابل تمکین نیست]. ابن دریس گفته است که نفقه برای زوجه صغیره، واجب است زیرا نفقه به صورت عام و کلی برای زوجه واجب شده است بنابراین اختصاص دادن آن به زوجه کبیره ای که امکان استمتاع از او وجود دارد نیازمند دلیل است و بحث در مورد این شرط را بعداً پی می گیریم. اما اگر فرض مسأله برعکس شود یعنی زوجه، کبیر بوده و قابل استمتاع باشد اما زوج، صغیر باشد [براساس نظریه مشهور] نفقه برای زوجه واجب می شود زیرا مقتضی [که همان زوجیت است] وجود دارد و مانعی وجود ندارد و صغیر بودن زوج هم مانع به حساب نمی آید همانگونه که در نفقه خویشاوندان، نفقه بر صغیر و کبیر، واجب می شود برخلاف نظر مرحوم شیخ طوسی [و گروهی دیگر که نفقه را بر زوج صغیر، واجب نمی دانند] و به اصل براءت، استناد می کنند اما اصل براءت ردّ می شود با دلیل هایی که نفقه را برای زوجه ای که تمکین می کند یا برای مطلق زوجه، واجب می دانند [منظور از مطلق زوجه آن است که اگر هم تمکین نکند نفقه به او تعلّق می گیرد همانگونه که ابن ادریس می گفت. حال اگر به نظریه وجوب نفقه بر صغیر، ایراد شده] و گفته شود که

وجوب نفقه از نوع خطاب شرعی است که فقط به مکلفین تعلق می‌گیرد [یعنی وجوب نفقه یک حکم وضعی نیست که شامل غیر مکلفین هم بشود بلکه یک حکم تکلیفی است که فقط شامل افرادی می‌شود که مکلف باشند حال آنکه شخص صغیر، تکلیفی ندارد]. می‌توان این ایراد را چنین پاسخ داد که تکلیف در این خطاب به ولی صغیر می‌باشد تا نفقه را از مال صغیر بپردازد همانگونه که ولی صغیر، مکلف است عوض مالی را که صغیر تلف می‌کند بپردازد و هیچ خلافی هم در ضمان صغیر یا پرداخت دیون و خسارات وی وجود ندارد [زیرا اینها، احکام وضعی هستند که اختصاص به مکلفین ندارند و با این وجود، ولی باید از جانب صغیر، آنها را بپردازد].

(وَاللِّئَالِئَا شَرَّةَ) الْخَارِجَةِ عَنْ طَاعَةِ الزَّوْجِ وَلَوْ بِالْخُرُوجِ مِنْ بَيْتِهِ بِإِذْنٍ، وَمَنْعَ لَمْسٍ بِإِذْنٍ عَدْرٍ.

(وَاللِّئَالِئَا كِتَّةَ بَعْدَ الْعُقْدِ مَا) أَيُّ: مُدَّةٌ (لَمْ تَعْرِضِ التَّمْكِينَ عَلَيْهِ) بِأَنْ تَقُولَ: سَلَّمْتُ نَفْسِي إِلَيْكَ فِي أَيِّ مَكَانٍ شِئْتُ، وَنَحْوَهُ وَتَعْمَلَ بِمُقْتَضَى قَوْلِهَا حَيْثُ يَطْلُبُ. وَ مُقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ التَّمْكِينَ الْفِعْلِيَّ خَاصَّةً غَيْرُ كَافٍ، وَأَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْجَاهِلَةِ بِالْحَالِ وَالْعَالِمَةِ، وَلَا بَيْنَ مَنْ طَلَبَ مِنْهَا التَّمْكِينَ وَ طَلَبَتْهُ بِالتَّسْلِيمِ وَ غَيْرِهِ. وَ هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَ اسْتَدَلُّوا عَلَيْهِ بِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذَّمِّ مِنْ وَجُوبِ النَّفَقَةِ، خَرَجَ مِنْهُ حَالُ التَّمْكِينِ بِالْإِجْمَاعِ، فَيَقْتَضِي الْبَاقِيَ عَلَى الْأَصْلِ. وَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ التَّصَوُّصَ عَامَّةً أَوْ مُطْلَقَةً، فَهِيَ فَاطِعَةٌ لِلْأَصْلِ إِلَى أَنْ يُوجَدَ الْمُخَصَّصُ وَالْمُقَيَّدُ إِلَّا أَنَّ الْخِلَافَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ، فَالْقَوْلُ بِمَا عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ مُتَعَيِّنٌ.

وَ تَظْهَرُ الْفَائِدَةُ فِيْمَا ذُكِرَ، وَ فِيْمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي التَّمْكِينِ وَ فِي وَجُوبِ قَضَاءِ النَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ، فَعَلَى الْمَشْهُورِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي عَدَمِهَا، عَمَلًا بِالْأَصْلِ فِيْمَا، وَ عَلَى الْإِحْتِمَالِ قَوْلُهَا، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا وَجَبَ، كَمَا يُقَدَّمُ قَوْلُهَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي دَفْعِهَا مَعَ اتِّفَاقِهَا عَلَى الْوُجُوبِ.

به زوجه ناشزه که اطاعت شوهرش را نمی‌کند، نفقه تعلق نمی‌گیرد هر چند [عدم اطاعت از شوهر بدین صورت باشد که زوجه] از منزل زوج بدون اجازه خارج شود یا بدون عذر، اجازه لمس بدنش را به زوج ندهد. [اگر تمکین شرط نفقه باشد حکم این مسأله روشن است و اگر تمکین شرط نفقه نباشد، عدم تعلق نفقه به زوجه ناشزه بخاطر

آن است که نشوز، مانع نفقه می‌باشد. در صورت اوّل، اصل بر عدم وجوب نفقه است اما در صورت دوم اصل بر وجوب نفقه می‌باشد. [به زنی که بعد از عقد سکوت می‌کند] یعنی آمادگی خود را برای تمکین، در سخن و عمل به شوهر نشان نمی‌دهد [در مدتی که خود را در تمکین زوج قرار نمی‌دهد، نفقه تعلق نمی‌گیرد] و عرضه عملی برای تمکین کافی نیست بلکه عرضه برای تمکین بدین صورت است که [زوجه بگوید: «خودم را در هر مکانی که بخواهی در اختیار تو قرار دادم» و عباراتی مانند آن و زوجه باید هرگاه که زوج درخواست کند براساس آنچه گفته است عمل نماید و مقتضای سخن مؤلف [که فرمود نفقه به زوجه ساکت، تعلق نمی‌گیرد] آن است که فقط تمکین عملی برای وجوب نفقه کفایت نمی‌کند و در این مورد [که اگر زن سکوت کند، نفقه به وی تعلق نمی‌گیرد] تفاوتی میان زوجه جاهل و عالم به وضعیت وجود ندارد [یعنی تفاوتی ندارد که زوجه بداند باید به این صورت تمکین کند یا نداند و نیز تفاوتی ندارد که زوج از زوجه درخواست تمکین کرده باشد یا درخواست تمکین نکرده باشد. و نیز تفاوتی ندارد که [زوجه، درخواست پرداخت نفقه را از زوج کرده باشد یا درخواست نکرده باشد]. شهیدثانی قبلاً گفت که در مورد شرط تمکین برای نفقه، در آینده سخن می‌گوئیم و اکنون این بحث را مطرح کرده و می‌فرماید: [و این دیدگاه] که تمکین عملی و لفظی شرط وجوب نفقه می‌باشد [نظریه مشهور میان فقهاست و برای این نظریه چنین استدلال شده است که اصل بر براءت ذمه زوج از وجوب نفقه می‌باشد] یعنی اصل اوّلی آن است که زوج، مسؤولیتی برای پرداخت نفقه به زوجه نداشته باشد] و حالت تمکین از شوهر بوسیله اجماع فقها، از شمول این اصل خارج شده است [یعنی همه گفته‌اند که اگر زوجه از زوج تمکین نماید، نفقه به او تعلق می‌گیرد پس اصل براءت در اینجا جاری نمی‌شود] بنابراین بقیه حالت‌ها تحت شمول اصل براءت باقی می‌ماند [یعنی حالت عدم تمکین، مشمول اصل براءت است و اگر زوجه تمکین نکند، زوج مسؤولیتی برای پرداخت نفقه ندارد. شهیدثانی همانگونه که قبلاً گفته بود که دیدگاه خود را در مورد شرط تمکین بیان خواهد کرد در اینجا نسبت به نظریه شرط تمکین برای وجوب نفقه می‌فرماید: [و در این نظریه، تأمل وجود دارد زیرا آیات و روایاتی که در مورد نفقه هستند] عام یا مطلق می‌باشند [بنابراین عموم یا اطلاق آنها شامل حالت

تمکین و عدم تمکین می شود. تفاوت عام و مطلق آن است که الفاظ عام برای عموم وضع شده‌اند اما الفاظ مطلق از راه مقدمات حکمت بر اطلاق دلالت می‌کنند. پس حال که دلیل لفظی عام و مطلق برای وجوب نفقه وجود دارد، اصل برائت را از بین می‌برند [زیر اصل تا زمانی دلیلی دارد که دلیلی در مقابل آن وجود نداشته باشد. و این الفاظ عام و مطلق به عمومیت و اطلاق خود باقی هستند] تا زمانی که **مخصّص یا مقیدی برای آنها پیدا شود اما مخالفتی در این زمینه ابراز نشده است** [یعنی هیچیک از فقها نگفته‌اند که نفقه در صورت عدم تمکین زوجه، واجب است] بنابراین باید نظریه‌ای را پذیرفت که **فقهای شیعه پذیرفته‌اند** [یعنی نفقه در صورت تمکین زوجه، به وی تعلق می‌گیرد برخلاف نظریه دیگر که می‌گوید نفقه به محض انعقاد عقد نکاح به زوجه تعلق می‌گیرد و تمکین یا عدم تمکین وی تأثیری ندارد] و **فایده این اختلاف نظر** [در چند مورد، آشکار می‌شود. یکی از این موارد] **همان است که بیان شد** [یعنی مسأله سکوت زن که اگر تمکین شرط وجوب نفقه باشد، نفقه به چنین زنی تعلق نمی‌گیرد اما اگر تمکین شرط وجوب نفقه نباشد، نفقه به زوجه ساکت تعلق می‌گیرد. مورد دیگری که فایده این اختلاف در آنجا آشکار می‌شود] **موردی است که زوجین نسبت به تمکین با یکدیگر اختلاف پیدا کنند** [بدین صورت که زوجه ادعای تمکین نماید تا نفقه را بگیرد و زوج، ادعای عدم تمکین را بنماید تا نفقه ندهد. در اینجا اگر تمکین شرط وجوب نفقه باشد سخن زوج مقدم است و زوجه باید دلیل بیاورد زیرا اصل بر عدم تمکین است و اگر تمکین شرط وجوب نفقه نباشد سخن زوج مقدم است زیرا وجوب نفقه که با عقد نکاح ثابت شد، استصحاب می‌شود و زوج که ادعای سقوط وجوب را بوسیله نشوز می‌نماید باید نشوز را ثابت کند. مورد دیگری که فایده این اختلاف در آنجا آشکار می‌شود] **در مورد وجوب قضای نفقه گذشته است** [بدین صورت که زوجه ادعای عدم پرداخت نفقه گذشته را می‌نماید اما زوج، ادعای پرداخت آن را دارد] **پس براساس نظریه مشهور فقها** [که تمکین را شرط وجوب نفقه می‌دانند] **سخن زوج مبنی بر عدم نفقه در هر دو صورت، پذیرفته می‌شود** [یعنی هم صورتی که اختلاف در تمکین دارند و هم صورتی که اختلاف در وجوب قضای نفقه گذشته دارند] **زیرا اصل در هر دو صورت، چنین اقتضایی دارد** [یعنی اصل عدم تمکین اقتضا می‌کند که تمکین صورت

نگرفته باشد و نیز اصل بر آن است که نفقه گذشته برعهده زوج نباشد. اما اگر نظریه مشهور را نپذیریم [براساس احتمال] [عدم شرط تمکین برای وجوب نفقه] سخن زوجه مقدم می شود زیرا اصل بر آن است که آنچه واجب شده است، باقی باشد [یعنی نفقه به محض انعقاد عقد نکاح، واجب می شود و زوج باید نفقه را بپردازد. حال اگر زوج ادعای پرداخت نفقه را بنماید و زوجه ادعای عدم پرداخت را بنماید، سخن زوجه مقدم می شود زیرا اصل بر عدم پرداخت می باشد و وجوب نفقه ثابت شده با عقد را استصحاب می کنیم]. همچنانکه اگر زوجین بر وجوب نفقه اتفاق نظر داشته باشند اما در مورد پرداخت آن با یکدیگر اختلاف نظر پیدا کنند، سخن زوجه مقدم می شود [مثلاً اگر زوج بپذیرد که زوجه از او تمکین کرده است اما ادعا کند که نفقه را پرداخته است و زوجه ادعای عدم پرداخت را بنماید، سخن زوجه مقدم می شود زیرا اصل بر عدم پرداخت نفقه است].

(وَالْوَاجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الْفِيَّامُ بِمَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْمَرْأَةُ) الَّتِي تَجِبُ نَفَقَتُهَا (مِنْ طَعَامٍ وَإِذَامٍ وَكِسْوَةٍ وَإِسْكَانٍ وَإِخْدَامٍ وَآلَةِ الدَّهْنِ وَالتَّنْظِيفِ) مِنَ الْمُسْطِ وَالدَّهْنِ وَ الصَّابُونِ، دُونَ الْكُحْلِ وَ الطَّيِّبِ وَ الْحَمَّامِ، إِلَّا مَعَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ لِبُرْدٍ وَ نَحْوِهِ (تَبَعًا لِعَادَةِ أَمْثَالِهَا مِنْ بَلَدِهَا) الْمُقِيمَةِ بِهَا، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وَمِنْ الْعَشْرَةِ بِهِ: الْأِنْفَاقُ عَلَيْهَا بِمَا يَلِيقُ بِهَا عَادَةً (و) لَا يَتَقَدَّرُ الْأَطْعَامُ بِمُدٍّ وَلَا بِسُدْنٍ وَلَا غَيْرِهِمَا، بَلِ (الْمَرْجِعُ فِي الْأَطْعَامِ إِلَى سَدِّ الْخَلَّةِ) بِفَتْحِ الْخَاءِ وَ هِيَ الْحَاجَةُ.

[از اینجا به بعد، بحث به میزان نفقه اختصاص می یابد] نفقه ای که بر زوج واجب است، برآورده کردن نیازهای زنی است که نفقه وی واجب می باشد [آیات و روایاتی که به نفقه اشاره دارند، میزان نفقه را تعیین نکرده اند و در چنین مواردی به عرف مراجعه می شود. در آیه قرآن آمده است: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» بنابراین نصوص شرعی نیز میزان نفقه را به عرف ارجاع داده اند و از نظر عرفی، نفقه عبارت است [از غذا و خورشت و لباس و مسکن و خادم گرفتن و وسیله روغن مالیدن] یا وسیله آرایش] و وسیله نظافت مانند شانه و روغن و صابون اما سرمه و عطر و حمام [وسیله نظافت نیست و جزء نفقه نمی باشد] مگر اینکه به دلالی مانند سرما و نظایر آن نیاز به اینها باشد که برحسب عادت و عرف امثال چنین زنی که در شهری که فعلاً در

آن زندگی می‌کند [تعیین می‌شود. علت مراجعه به عرف و عادت، آیه ۱۸ سوره نساء است که] خداوند می‌فرماید: «به صورت متعارف با زنان رفتار کنید» و یکی از مصادیق رفتار متعارف آن است که نفقه زن بگونه‌ای پرداخت شود که عادتاً شایسته آن زن باشد و [در مورد طعام عده‌ای گفته‌اند که طعام باید یک مدّ باشد زیرا شارع در کفاره‌ها، یک مدّ را برای مسکین در نظر گرفته است و عده‌ای، دو مدّ را واجب می‌دانند زیرا در برخی کفاره‌ها بعنوان طعام مسکین تعیین شده است. عده‌ای هم میان غنی و فقیر تفاوت گذاشته و به ترتیب، یک مد و دو مدّ را لازم می‌دانند. شهید اوّل و ثانی، این نظریه‌ها را ردّ کرده و می‌فرمایند:] و طعام دادن به اندازه یک مدّ یا دو مدّ یا غیر اینها نیست بلکه ملاک در طعام دادن، رفع نیاز است [خَلّه که با فتحة حرف «خ» می‌باشد به معنای نیاز است]

(وَيَجِبُ الْخَادِمُ إِذَا كَانَتْ مِنْ أَهْلِهِ فِي بَيْتِ أَبِيهَا، دُونَ أَنْ تَرْتَفِعَ بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى بَيْتِ زَوْجِهَا، أَوْ كَانَتْ مَرِيضَةً أَوْ زَمَنَةً تَخْتِاجُ إِلَى الْخَادِمِ، وَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ إِحْدَامِهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ وَلَوْ بِأَجْرَةٍ، وَلَوْ كَانَ مَعَهَا خَادِمٌ تَخَيَّرَ بَيْنَ إِفْقَائِهَا وَيُنْفِقَ عَلَيْهَا، وَبَيْنَ إِبْدَالِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَأْلُوفَةً لَهَا، لِأَنَّ حَقَّ التَّعْيِينِ لَهَا لَا لَهَا، حَتَّى لَوْ أَرَادَ أَنْ يَخْدُمَهَا بِنَفْسِهِ أَجْزَاءً، وَلَوْ خَدَمَتْ نَفْسَهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمَطْلَبَةُ بِنَفَقَةِ الْخَادِمِ).

و خادم گرفتن برای زن [اعم از اینکه خدمتکار مرد یا زن باشد هر چند معمولاً خدمتکار زن بکار گرفته می‌شود.] در صورتی واجب است که زن در منزل پدرش نیز اهل خادم گرفتن باشد نه اینکه پس از انتقال به منزل شوهرش، خود را دارای مرتبه‌ای بلند ببیند. [همچنین خادم گرفتن در صورتی واجب می‌شود که] زن، بیمار یا زمین‌گیر باشد بگونه‌ای که نیاز به خدمتکار داشته باشد و زوج مخیر است که زن آزاد یا کنیزی را بعنوان خدمتکار زوجه‌اش بگیرد هر چند به کنیز، اجرت بدهد و اگر زوجه، خودش خدمتکار داشته باشد زوج مخیر است که همان خدمتکار را نگه داشته و هزینه‌اش راپردازد یا خدمتکار را عوض کرده و خدمتکار دیگری بیاورد هر چند زوجه با خدمتکار خودش، مأنوس باشد زیرا حق تعیین خدمتکار برعهده زوجه نیست بلکه برعهده زوج می‌باشد. [البته عوض کردن خادم به معنای آن نیست که زوج می‌تواند مانع معاشرت و فعالیت خدمتکار قبلی زوجه شود بلکه زوجه می‌تواند از خدمت او نیز بهره

بگیرد و هزینه‌هایش را بپردازد و حق اخراج وی از منزل، ارتباطی به این موضوع ندارد. اما با توجه به اینکه هدف خادم گرفتن، برطرف کردن نیازهای زن می‌باشد [حتی اگر زوج، خودش به خدمت زن درآید کفایت می‌کند] البته این موضوع در مواردی که زن مریض یا زمین‌گیر می‌شود قابل توجیه است اما در مواردی که زوج اهل خادم گرفتن می‌باشد شایسته است که خادمی برای وی گرفته شود [اما اگر زوج به [در مواردی که حق دارد خادم بگیرد] کارهایش را خودش انجام دهد حق مطالبه هزینه خادم را ندارد.

(وَجِنْسُ الْمَادُومِ وَالْمَلْبُوسِ وَالْمَسْكَنِ يَتَّبِعُ عَادَةَ أُمَّثَالِهَا) فِي بَلَدِ السُّكْنَى لَا فِي بَيْتِ أَهْلِهَا، وَلَوْ تَعَدَّدَ الْقَوْتُ فِي الْبَلَدِ، أُعْتَبِرَ الْغَالِبُ، فَإِنْ اخْتَلَفَ الْغَالِبُ فِيهَا أَوْ قُوتُهَا مِنْ غَيْرِ غَالِبٍ وَجَبَ اللَّائِقُ بِهِ.

و جنس خورشت و لباس و مسکن برحسب عادت امثال این زن در شهری که زندگی می‌کند، تعیین می‌شود نه شهری که خویشاوندان زن در آنجا هستند [منظور از خورشت، طعام است که شامل میوه هم می‌شود و در فصل‌های مختلف، تفاوت دارد]. و اگر طعام‌های متعددی در آن شهر وجود داشت، طعام غالب انتخاب می‌شود [البته باید طعام‌های مختلف عادتاً مورد استفاده آن زن باشد] و اگر طعام‌های غالب در آن شهر، متعدد باشند یا طعام‌ها در آن شهر، متعدد باشد بدون اینکه برخی از آنها، غلبه داشته باشند باید طعامی انتخاب شود که شایسته حال زوج می‌باشد [بنابراین حق انتخاب با زوج خواهد بود].

(وَلَهَا الْمَنْعُ مِنْ مُشَارَكَةِ غَيْرِ الزَّوْجِ) فِي الْمَسْكَنِ بِأَنْ تَنْفَرِدَ بِبَيْتِ صَالِحٍ لَهَا وَلَوْ فِي دَارٍ لَا بِدَارٍ، لِمَا فِي مُشَارَكَةِ غَيْرِهِ مِنَ الضَّرَرِ.

زوجه می‌تواند مانع سکونت شخص دیگری غیر از زوج در خانه شود یعنی در اتاقی که شایسته اوست به تنهایی زندگی کند هر چند این اتاق، در خانه‌ای وجود داشته باشد [یعنی خانه مستقل نباشد بلکه یکی از اتاق‌های خانه باشد. اما زن حق ندارد که درخواست زندگی انفرادی] در خانه‌ای را بنماید [یعنی تمام خانه در اختیار کامل وی باشد. اما علت اینکه زن می‌تواند مانع سکونت غیرهمسرش در اتاق شود] بخاطر ضرری است که مشارکت غیرشوهر، به همراه دارد [زیرا زندگی شخص دیگر در اتاقی که زن در آن زندگی می‌کند موجب مشقت و سختی زن می‌شود].

(وَيَزِيدُ كِسْوَتَهَا فِي الشِّتَاءِ الْمُحْشَوَةِ بِالْقُطْنِ لِلْيَقْظَةِ، وَاللَّخَافِ لِلنَّوْمِ) إِنْ أُعْثِدَ ذَلِكَ فِي الْبَلَدِ (وَلَوْ كَانَ فِي بَلَدٍ يُعْتَادُ فِيهِ الْفَرُّ لِلنِّسَاءِ وَجَبَ) عَلَى الزَّوْجِ بَذْلُهُ (وَيَرْجِعُ فِي جَنْسِهِ) مِنْ حَرِيرٍ أَوْ كَتَانٍ أَوْ قُطْنٍ، أَوْ فِي جَنْسِ الْفَرِّ مِنْ غَنَمٍ وَسِنْجَابٍ وَغَيْرِهِمَا (إِلَى عَادَةِ أَمْثَالِهَا) فِي الْبَلَدِ، وَيُعْتَبَرُ فِي مَرَاتِبِ الْجَنْسِ الْمُعْتَادِ خَالُهُ فِي يَسَارِهِ وَغَيْرِهِ. وَقِيلَ لَا تَجِبُ الرِّبَاذَةُ عَلَى الْقُطْنِ، لِأَنَّ غَيْرَهُ رُغُونَةٌ وَهُوَ ضَعِيفٌ، لَا قِتْضَاءَ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ (وَكَذَا لَوْ احْتِيجَ إِلَى تَعَدُّدِ اللَّخَافِ) لِشِدَّةِ الْبَرْدِ أَوْ لِاخْتِلَافِ الْفُصُولِ فِيهِ، وَلَكِنْ هُنَا لَا يَجِبُ إِثْقَاءُ الْمُسْتَعْنَى عَنْهُ فِي الْوَقْتِ الْآخَرِ عِنْدَهَا (وَتَزَادُ الْمُتَجَمِّلَةُ ثِيَابَ التَّجَمُّلِ بِحَسَبِ الْعَادَةِ) لِأَمْثَالِهَا فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ.

و هنگام زمستان، پوشش زن برای زمان بیداری [علاوه بر لباس عادی] لباسی است که از پنبه پر شده باشد [یعنی لباس پنبه‌ای] و برای زمان خواب، لحاف می‌باشد مشروط بر اینکه چنین پوششی در آن شهر، متعارف باشد و اگر در شهری باشد که معمولاً زنان از پوستین استفاده می‌کنند بر زوج واجب است که پوستین تهیه کند و در مورد جنس پوشش [یعنی لحاف و لباس پنبه‌ای] که از حریر یا کتان یا پنبه باشد یا در مورد جنس پوستین که از پوست گوسفند یا سنجاب یا حیوان دیگری باشد، باید به عرف و عادت امثال این زن در آن شهر مراجعه کرد و در انتخاب نوع جنس متعارف، وضعیت زوج از نظر مال‌دار بودن و شرایط دیگر در نظر گرفته می‌شود و یک دیدگاه آن است که [بر شوهر] واجب نیست که بیش‌تر از پنبه را انتخاب کند زیرا غیرپنبه [از جنس‌های گران‌قیمت] زینت [و تجمل‌گرایی] است اما این دیدگاه ضعیف می‌باشد زیرا رفتار متعارف [که در آیه قرآن به آن دستور داده شده است: «عاشروهنَّ بالمعروف»] چنین اقتضایی دارد [که شأن و منزلت زن نیز رعایت شود] و نیز چنانچه بخاطر شدت سرما یا تفاوت فصول در آن شهر، نیاز به چند لحاف باشد [زوج باید چند لحاف تهیه کند] اما در اینجا [که فقط در فصل‌های خاصی نیاز به چند لحاف می‌شود] لازم نیست که لحاف‌هایی که از آن رفع نیاز می‌شود در زمانی که نیاز به آن نیست نزد زن، نگه‌داشته شود [مثلاً در فصل تابستان هم لحاف‌ها نزد زن باقی بماند] و برای زنی که اهل تجمل است لباس تجمل [و گران‌قیمت] اضافه می‌شود برحسب عادت امثال این زن که در آن شهر وجود دارد.

(وَلَوْ دَخَلَ بِهَا، وَاسْتَمَرَّتْ تَأْكُلُ مَعَهُ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَيْسَ لَهَا مُطَالَبَتُهُ بِمُدَّةٍ مُؤَاكَلَتِهِ)، لِحُصُولِ الْعَرَضِ وَإِطْبَاقِ النَّاسِ عَلَيْهِ فِي سَائِرِ الْأَعْصَارِ، وَيُحْتَمَلُ جَوَازُ مُطَالَبَتِهَا بِالنَّفَقَةِ، لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَدَّ عَيْنَ الْوَاجِبِ، وَتَطَوُّعَ بَعْضِهِ.

و اگر زوجین باهم باشند و زوجه بر طبق معمول و متعارف با همسرش غذا بخورد [زیرا عرف این است که زوجین باهم غذا می‌خورند بدون اینکه قصد زوج، آن باشد که این غذا را بعنوان نفقه بدهد و قصد زوجه نیز آن باشد که این غذا را بعنوان نفقه، تناول نماید. در این صورت] زوجه حق ندارد نفقه خود را برای مدتی که با همسرش غذا خورده است، مطالبه نماید زیرا هدف [که همان رفع نیاز زن می‌باشد] تأمین شده است و همه مردم در همه زمان‌ها چنین رفتاری دارند [یعنی زوجین باهم غذا می‌خورند و نفقه جداگانه‌ای برای طعام داده نمی‌شود]. و احتمال هم دارد که زوجه حق مطالبه نفقه [برای این مدت را] داشته باشد زیرا شوهر، همان نفقه واجب را پرداخت نکرده است بلکه غیرنفقه را تبرعاً داده است [یعنی غذایی که زوجه خورده است، غذای مجانی بوده زیرا هیچکدام قصد نفقه را نکرده‌اند بنابراین نفقه به جای خود باقی است].

وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ مِنَ الْمَسْكَنِ الْأَمْتِنَاعِ اتِّفَاقًا، وَ مِنَ الْمَوْوَنَةِ التَّمْلِيكِ فِي صَبِيحَةِ كُلِّ يَوْمٍ، لَا أَزِيدُ، بِشَرْطِ بَقَائِهَا مُمَكَّنَةً إِلَى آخِرِهِ، فَلَوْ نَشَرَتْ فِي أَثْنَائِهِ اسْتَحَقَّتْ بِالنِّسْبَةِ، وَ فِي الْكِسْوَةِ قَوْلَانِ، أَجُودُهُمَا أَنَّهَا امْتِنَاعٌ فَلَيْسَ لَهَا بَيْعُهَا وَلَا التَّصَرُّفُ فِيهَا بِغَيْرِ الْبَيْسِ مِنْ أَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَا لُبْسُهَا زِيَادَةً عَلَى الْمُعْنَادِ، كَيْفِيَّةً وَ كَمِّيَّةً، فَإِنْ فَعَلَتْ فَأَبْلَنَتْهَا قَبْلَ الْمُدَّةِ الَّتِي تُبْلَى فِيهَا عَادَةً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِذْهَا، وَ كَذَا لَوْ أَبَقَتْهَا زِيَادَةً عَلَى الْمُدَّةِ، وَلَهُ إِذْهَا بِغَيْرِهَا مُطْلَقًا، وَ تَخْصِيلُهَا بِالْإِعَارَةِ وَالْإِسْتِجَارِ وَ غَيْرِهِمَا، وَلَوْ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَتْ أَوْ نَشَرَتْ اسْتَحَقَّ مَا يَجِدُهُ مِنْهَا مُطْلَقًا. وَ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ الْفُرْشِ وَالْأَلَاتِ فِي حُكْمِ الْكِسْوَةِ.

و بدان آنچه که به اجماع فقها، ملاک سکونت [بعنوان نفقه] می‌باشد بهره‌مند کردن و برطرف نمودن نیاز است [و ملاک در خادم نیز همین است و ملاک] در مخارج زندگی، آن است که [هزینه یک روز] صبح هر روز به تملیک زن درآید [و هزینه] بیشتر از یک روز، واجب نیست [زیرا به همین مقدار رفع نیاز می‌شود و معلوم نیست که شرایط وجوب نفقه در روزهای آینده فراهم باشد و نیازی هم به اجازه نظر حاکم برای تعیین میزان نفقه نیست]. مشروط بر اینکه زوجه تا پایان روز در تمکین زوج باشد بنابراین

اگر در میانه روز، نشوز کند به نسبتی که در تمکین بوده است، مستحق دریافت نفقه خواهد بود و در مورد لباس، دو دیدگاه وجود دارد؛ نظریه بهتر آن است که [رفع نیاز زوجه] و نفع بردن از لباس کفایت می‌کند بنابراین زوجه حق ندارد لباس‌هایش را بفروشد و یا تصرفی غیر از پوشیدن و استفاده کردن بنماید و نمی‌تواند از نظر کیفیت کمیّت، استفاده غیر متعارف بنماید [مثلاً پوشیدن لباس میهمانی در منزل، کیفیت غیر متعارف است] پس اگر زن برخلاف متعارف عمل کرد و لباس‌ها را قبل از مدّتی که معمولاً کهنه می‌شود کهنه نمود، بر زوج واجب نیست که لباس‌ها را نگه دارد [بر مرد واجب نیست که آنها را عوض کند] و مرد حق دارد که لباس‌ها را با لباس‌های دیگری عوض کند اعم از اینکه مورد استفاده قرار گرفته باشد یا خیر و اعم از اینکه کهنه شده باشد یا خیر. و زوج می‌تواند لباس‌ها را از طریق عاریه کردن یا اجاره کردن یا راه‌های دیگر تهیه کند [و نیازی نیست که آنها را بخرد] و اگر زوج، زوجه را طلاق بدهد یا زوجه و یا زوج بمیرد یا زوجه، نشوز کند [زوج یا وارث او] لباس‌های باقیمانده را برمی‌دارند اعم از اینکه مورد استفاده قرار گرفته باشد یا خیر اعم از اینکه از راه تملک یا راه دیگری، تهیه شده باشد؛ اعم از اینکه زوج بیشتر از حدّ متعارف آنها را نگه داشته باشد یا خیر. و اشیائی همچون فرش و وسایل در حکم لباس است [یعنی تمامی احکامی که برای لباس گفته شد، در مورد این اشیاء نیز گفته می‌شود. در پایان بحث نفقه زوجه به این مطلب نیز اشاره می‌کنیم که نفقه زوجه، دینی بر ذمه شوهر است پس اگر شوهر هم دینی بر ذمه زن داشته باشد می‌تواند تقاص کند مشروط بر اینکه زوجه، محتاج نفقه نباشد و در مواردی هم ممکن است تهاتر صورت گیرد. همچنین نفقه به صورت روز به روز به تملیک زن درمی‌آید و اگر نفقه آینده پرداخت شده باشد و مانعی همچون فوت یا طلاق یا نشوز رخ دهد زوج می‌توان نفقه باقیمانده را پس بگیرد. نفقه زوجه بر نفقه خویشاوندان مقدم است زیرا عوض استمتاع می‌باشد و به همین دلیل، گذشت زمان آن را از بین نمی‌برد و حتی عده‌ای گفته‌اند لباس هم که عوض استمتاع می‌باشد باید به تملیک زوجه درآید.

(الْثَّانِي: الْقَرَابَةُ) الْبَعْضِيَّةُ دُونَ مُطْلَقِ النَّسَبَةِ (وَتَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الْأَبَوَيْنِ فَضَاعِدًا) وَهُمْ: آبَاءُ الْأَبِّ وَ أُمَّهَاتُهُ وَ إِنِّ عُلُوًّا، وَ آبَاءُ الْأُمِّ وَ أُمَّهَاتُهَا وَ إِنِّ عُلُوًّا (وَالْأَوْلَادُ فَتَنَازُلًا)

ذُكُورًا كَانُوا أُمَّ إِنْثَاءً لِابْنِ الْمُتْنِقِ أُمَّ لِبْنَتِهِ.

سبب دوّم نفقه، خویشاوندان بعضیه است [یعنی خویشاوندانی که بعض و جزء یکدیگر هستند مانند فرزند که جزء پدر می باشد بنابراین] هرگونه خویشاوندی، سبب نفقه نمی شود. نفقه بر پدر و مادر واجب است هر چقدر که بالا رود و منظور [از پدر و مادری که بالا روند] پدران پدر و مادران پدر و پدران مادر و مادران مادر هستند هر چقدر که بالا روند و نفقه بر اولاد واجب است هر چقدر پائین روند اعم از اینکه مذکر یا مؤنث باشند و اعم از اینکه فرزندان پسر نفقه دهنده یا فرزندان دختر او باشد. [وجوب نفقه پدر و مادر و فرزندان مستقیم، مورد اختلاف نیست اما در مورد نفقه اجداد و جدّات و نوه‌ها، اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف ناشی از آن است که معنای حقیقی واژه «ابوین» پدر و مادر مستقیم هستند و به اجداد و جدّات، مجازاً پدر و مادر گفته می شود. همچنین معنای حقیقی واژه «اولاد»، فرزند مستقیم است و مجازاً به نوه هم اولاد گفته می شود.]

(وَيُسْتَحَبُّ) النَّفَقَةُ (عَلَى بَاقِي الْأَرْقَابِ) مِنَ الْأَخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ وَأَوْلَادِهِمْ وَالْأَعْمَامِ وَالْأَخْوَالِ ذُكُورًا وَإِنثَاءً وَأَوْلَادِهِمْ (وَيَتَأَكَّدُ) الْإِسْتِحْبَابُ (فِي الْوَارِثِ مِنْهُمْ) فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَقِيلَ: تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ بَعْدَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وَإِذَا وَجَبَ عَلَى الْوَارِثِ وَالْعَلَّةُ هِيَ الْأَرْثُ ثَبَتَ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، لَتَسَاوِيَهُمَا فِيهِ وَلَا فَرْقَ فِي الْمُتْنِقِ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَلَا بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ عَمَلًا بِالْعُمُومِ.

و نفقه بقیه خویشاوندان مانند برادران و خواهران و فرزندان آنها و عموها و عمه‌ها و خاله‌ها و دایی‌ها و فرزندان‌شان، مستحب است و این استحباب براساس نظریه صحیح تر، نسبت به خویشاوندانی که ارث می برند، مورد تأکید قرار گرفته است [زیرا نزدیک تر می باشند] و یک دیدگاه آن است که نفقه خویشاوند وارث، واجب است زیرا خداوند [در آیه ۲۳۳ سوره بقره] بعد از آنکه می فرماید: «و بر کسی که فرزند متعلق به اوست [یعنی پدر]، رزق و لباس زنان به طور متعارف لازم است». فرموده است: «و بر وارث نیز همین حکم وجود دارد» [یعنی وارث پدر نیز قائم مقام پدر است و آنچه بر پدر

واجب می باشد بر وارث هم واجب است] پس هر گاه نفقه بر وارث بخاطر ارث، واجب باشد بر هر دو طرف واجب خواهد بود زیرا هر دو طرف در علت [یعنی ارث] باهم مساوی هستند [پس اگر نفقه دادن وارث بر مورث لازم باشد، نفقه دادن مورث هم بر وارث، لازم خواهد بود و هر دو از جهتی نفقه دهنده و از جهتی نفقه گیرنده هستند]. با توجه به عموم ادله نفقه، [در وجوب نفقه] تفاوتی ندارد که نفقه دهنده، مرد یا زن باشد؛ صغیر یا کبیر باشد.

(وَ إِنَّمَا يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَى الْفَقِيرِ الْعَاجِزِ عَنِ التَّكْسِبِ) فَلَوْ كَانَ مَالِكاً مُؤَنَّةً سَنَةً أَوْ فَادِراً عَلَى تَحْصِيلِهَا بِالْكَسْبِ تَدْرِجاً لَمْ يَجِبِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ وَ لَا يُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُ وَ لَا إِسْلَامُهُ بَلْ يَجِبُ (وَ إِنْ كَانَ فَاسِقاً أَوْ كَافِراً)، لِلْعُمُومِ، وَ يَجِبُ تَقْيِيدُ الْكَافِرِ بِكُونِهِ مَحْقُونِ الدَّمِ، فَلَوْ كَانَ حَرْبِيّاً لَمْ يَجِبْ لِحَوَازِ إِنْتِلَافِهِ، فَتَرُكُ الْإِنْفَاقِ لَا يَزِيدُ عَنْهُ. وَ أَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَهِيَ شَرْطٌ، لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ نَفَقَتُهُ عَلَى مَوْلَاهُ، نَعَمْ لَوْ امْتَنَعَ مِنْهَا أَوْ كَانَ مُعْسِراً أَمْكَنَ وَجُوبُهُ عَلَى الْقَرِيبِ، عَمَلًا بِالْعُمُومِ. وَ قِيلَ: لَا يَجِبُ مُطْلَقاً بَلْ يَلْزَمُ بَيْعِهِ أَوْ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ، كَمَا سَيَأْتِي، وَ هُوَ حَسَنٌ.

نفقه دادن به شخصی واجب است که فقیر بوده و نتواند کسب درآمد کند [زیرا شخصی که قدرت بر کسب درآمد دارد به منزله شخص بی نیاز است و می تواند نیازهای خود را برطرف کند. فقیر بودن، شرط وجوب نفقه زوجه نیست بلکه شرط وجوب نفقه سایر خویشاوندان است] پس اگر خویشاوند، خرجی یک سال خود را داشته باشد [البته داشتن خرجی یک سال، ملاک مناسبی نیست چون داشتن خرجی کمتر نیز انسان را از حالت فقر خارج می کند] یا بتواند از راه کاسبی کردن به تدریج این خرجی را به دست آورد، نفقه دادن به او واجب نیست. عدالت و مسلمان بودن شخص واجب النفقه [که فقیر و ناتوان باشد] شرط نیست و نفقه دادن به او واجب است هر چند فاسق یا کافر باشد بخاطر عموم [ادله ای که نفقه را واجب کرده اند زیرا عموم این ادله شامل کافر و فاسق نیز می شود و اختصاص به مسلمان پیدا نکرده اند] البته کافر را باید مقید به کافر محقون الدم نمود [یعنی نفقه دادن به کافری واجب است که ریختن خونس جایز نباشد] بنابراین نفقه دادن به کافر حربی، واجب نیست زیرا از بین بردن او جایز است

و ترک نفقه چیزی اضافه‌تر از تلف کردن وی نمی‌باشد [یعنی دادن نفقه به دیگری بخاطر حفظ جان اوست در حالیکه حفظ جان کافر حربی، واجب نیست و می‌توان او را از بین برد پس نفقه دادن با لزوم از بین بردن او منافات دارد] اما آزاد بودن شرط وجوب نفقه دادن به خویشاوند است زیرا نفقه برده برعهده مولای او می‌باشد مگر اینکه مولی از دادن نفقه خودداری کند یا مولی، معسر باشد که در این صورت ممکن است نفقه دادن به وی از سوی خویشاوندانش واجب باشد بخاطر عموم [ادله نفقه که برده‌ای که مولای او نفقه‌اش را می‌دهد از عموم ادله خارج شده و سایر بردگان تحت عموم ادله وجوب نفقه باقی می‌مانند] و یک دیدگاه هم آن است که نفقه دادن به برده، واجب نیست اعم از اینکه مولای او غنی یا معسر باشد و اعم از اینکه نفقه او را بدهد یا ندهد بلکه در این صورت، مولی را مجبور می‌کنند که برده را بفروشد یا نفقه‌اش را بپردازد که شرح آن بعداً می‌آید و این، نظریه خوبی است.

(وَيَشْتَرِطُ فِي الْمُنْفِقِ أَنْ يَفْضَلَ مَالُهُ عَنْ قُوَّتِهِ وَقُوَّتِ زَوْجَتِهِ لِيَوْمِهِ الْحَاضِرِ وَلَيْلَتِهِ لِيَصْرِفَ إِلَى مَنْ ذَكَرَ، فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا مُوَالَسَةٌ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا. (وَالْوَجِبُ) مِنْهَا (قَدْرُ الْكِفَايَةِ) لِلْمُنْفِقِ عَلَيْهِ (مِنَ الْأَطْعَامِ وَالْكِسْوَةِ وَالْمَسْكَنِ) بِحَسَبِ زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ.

(وَلَا يَجِبُ إِعْطَافُ وَاجِبِ النَّفَقَةِ) أَي: تَرْوِيحُهُ، لِيَصِيرَ ذَا عِفَّةٍ وَإِنْ كَانَ أَبًا، وَلَا النَّفَقَةُ عَلَى زَوْجَتِهِ، لِلْأَصْلِ. نَعَمْ يُسْتَحَبُّ تَرْوِيحُ الْأَبِ وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ مَا وَرَدَ مِنَ الْأَمْرِ بِهِ، وَكَذَا لَا يَجِبُ إِخْدَامُهُ، وَلَا النَّفَقَةُ عَلَى خَادِمِهِ إِلَّا مَعَ الزَّمَانَةِ الْمُحَوَّجَةِ إِلَيْهِ.

و شرط است که مال نفقه دهنده [علاوه بر مستثنیات دین] بیش‌تر از طعام همان روز و شب خود و همسرش باشد تا آن را هزینه اشخاص [واجب النفقه‌ای نماید] که ذکر شد پس اگر مالی بیشتر نداشته باشد مسئولیتی برای پرداخت نفقه ندارد زیرا نفقه [اقارب] یاری رساندن [و نوعی مساعدت به خویشاوندان] است و شخصی [که مالی اضافه‌تر از طعام یک شبانه‌روز خود را ندارد] اهل یاری رساندن نیست و نفقه واجب، مقداری از طعام، لباس و مسکن است که برحسب زمان و مکان نفقه دهنده، برای نفقه گیرنده کافی باشد. عقیف کردن شخص که واجب النفقه می‌باشد، واجب نیست هر

چند آن شخص پدر نفقه دهنده باشد و عقیف کردن به معنای متاهل کردن شخص است تا دارای عفت شود. همچنین نفقه دادن برای زوجه شخص واجب النفقه [مانند زوجه پسر] واجب نیست زیرا اصل بر براءت است. بلکه زوجه گرفتن برای پدر، مستحب است و روایاتی هم که دستور به این کار داده‌اند حمل بر استحباب می‌شوند. خادم گرفتن [برای خویشاوند واجب النفقه] واجب نیست و دادن نفقه به خادم او هم واجب نیست مگر اینکه [شخص واجب النفقه] زمین‌گیر بوده و نیاز به خادم داشته باشد.

(و تَقْضَى نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ)، لِأَنَّهَا حَقٌّ مَالِيٌّ وَجَبَ فِي مُقَابِلَةِ الْإِسْتِمْتَاعِ فَكَانَتْ كَالْعَوَضِ اللَّازِمِ فِي الْمُعَاوَضَةِ (لَا نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ)، لِأَنَّهَا وَجَبَتْ عَلَى طَرِيقِ الْمُوَاسَاةِ وَ سَدِّ الْخَلَّةِ لَا التَّمْلِيكِ، فَلَا تَسْتَقَرُّ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا يَأْتُمُّ بِتَرْكِهَا (وَلَوْ قَدَّرَهَا الْحَاكِمُ) لِأَنَّ التَّقْدِيرَ لَا يُفِيدُ الْإِسْتِقْرَارَ (نَعَمْ لَوْ أْذِنَ) الْحَاكِمُ لِلْقَرِيبِ (فِي الْإِسْتِدَانَةِ) لِعِيَّتِهِ، أَوْ مُدَافَعَتِهِ بِهَا (أَوْ أَمَرَهُ الْحَاكِمُ) بِالْإِنْفَاقِ (قُضِيَ)، لِأَنَّهَا تَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ بِذَلِكَ.

نفقه گذشته زوجه، قضا می‌شود [یعنی زوج باید نفقه گذشته زوجه را بپردازد] زیرا نفقه یک حق مالی است که در مقابل استمتاع و بهره‌گیری جنسی، واجب می‌شود بنابراین به منزله عوض است که در عقد معاوضی باید داده شود [البته نفقه را نمی‌توان عوض به معنای واقعی آن دانست زیرا معوض که استمتاع است مجهول می‌باشد، در حالیکه عوض و معوض واقعی باید کاملاً معلوم باشند] اما نفقه گذشته خویشاوندان قضا نمی‌شود زیرا این نفقه بخاطر یاری رساندن و رفع نیاز، واجب شده است نه اینکه به ملکیت اشخاص واجب النفقه درآید بنابراین نفقه در ذمه نفقه دهنده، قرار نمی‌گیرد بلکه فقط ترک نفقه [در زمانی که باید پرداخت می‌شد]، گناه است. [قضای نفقه خویشاوندان واجب نیست] هر چند حاکم، آن را تعیین کرده باشد زیرا تعیین کردن حاکم به معنای استقرار نفقه در ذمه نیست [برخلاف نظر برخی از شافعیه که چنین نفقه‌ای را دین در ذمه می‌دانند] بلکه اگر حاکم به خویشاوند [که نفقه دادن به او واجب است] اجازه داده باشد که بخاطر غیبت نفقه دهنده یا استنکاف از پرداخت نفقه، مالی را قرض کند یا حاکم به نفقه دهنده دستور داده باشد که نفقه را بپردازد، چنین نفقه‌ای قضا می‌شود زیرا قرض گرفتن یا دستور حاکم سبب می‌شود که نفقه

تبدیل به دینی در ذمه نفقه دهنده شود.

(وَ الْأَبُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأُمِّ وَ غَيْرُهَا فِي الْأِنْفَاقِ) عَلَى الْوَلَدِ مَعَ وُجُودِهِ وَ يَسَارِهِ (وَ مَعَ عَدَمِهِ أَوْ فَقْرِهِ فَعَلَى أَبِ الْأَبِّ فَصَاعِدًا) يُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَلَا اقْرَبُ (وَ إِنْ عَدِمَتِ الْأَبَاءُ) أَوْ كَانُوا مُعْسِرِينَ (فَعَلَى الْأُمِّ) مَعَ وُجُودِهَا وَ يَسَارِهَا (ثُمَّ عَلَى أَبَوَيْهَا بِالسَّوِيَّةِ) لَا عَلَى جِهَةِ الْإِثْرِ. وَ أُمُّ الْأَبِّ بِحُكْمِ أُمِّ الْأُمِّ وَ أَبِيهَا، وَ كَذَا أُمُّ الْجَدِّ لِلْأَبِّ مَعَ أَبَوَيْ الْجَدِّ وَ الْجَدَّةِ لِلْأُمِّ، وَ هَكَذَا.

پدر در صورتی که زنده بوده و غنی باشد برای نفقه دادن به فرزند، مقدم بر مادر و غیرمادر است [حتی اگر پدر مرده باشد و ترکۀ زیادی بر جای گذاشته باشد پرداخت نفقه از ترکۀ، واجب نیست بلکه از طبقات بعدی گرفته می شود] و اگر پدر، زنده نباشد یا فقیر باشد، دادن نفقه بر پدر پدر لازم است هر چقدر بالاتر روند و او که نزدیک تر است بر بقیه، مقدم می شود [اما دادن نفقه بر پدر مادر و پدر مادر پدر، واجب نیست] و اگر هیچیک از اجداد، زنده نباشند یا فقیر باشند، دادن نفقه بر مادر واجب می شود در صورتی که زنده و غنی باشد و پس از آن بر پدر و مادر مادر به نحو مساوی، واجب می شود و دادن نفقه منوط به مراتب ارث نیست [بنابراین برادران و خواهران گرچه در مرتبۀ اجداد هستند و با ایشان ارث می برند اما دادن نفقه بر آنها واجب نیست] و مادر پدر در حکم مادر و پدر مادر می باشد [یعنی با وجود پدر پدر، نوبت به مادر پدر نمی رسد همانگونه که با وجود پدر پدر، نوبت به پدر و مادر مادر نمی رسد اما اگر پدر پدر وجود نداشته باشد باید مادر پدر و پدر و مادر مادر به نحو مساوی نفقه را بپردازند زیرا مادر پدر، در مرتبۀ پدر و مادر مادر قرار دارند] و نیز مادر جد پدری در مرتبۀ پدر و مادر جد یا جدۀ مادری هستند [یعنی مادر جد پدری و پدر و مادر جد یا جدۀ مادری باید باهم نفقه را بپردازند] و به همین صورت ادامه پیدا می کند [بنابراین مادران اجداد پدری هر چقدر که بالا روند با پدر و مادر اجداد یا جدات مادری در یک مرتبۀ قرار دارند].

(وَ الْأَقْرَبُ) إِلَى الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ (فِي كُلِّ مَرْتَبَةٍ) مِنَ الْمَرَاتِبِ (مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَبْعَدِ) وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْأَبْعَدِ مَعَ عَدَمِهِ أَوْ فَقْرِهِ، فَالْوَلَدُ مُقَدَّمٌ فِي الْأِنْفَاقِ عَلَى أَبِيهِ وَ أُمِّهِ، وَإِنْ عَلَوْا عَلَى

اِنَّهٗ وَ هٰکِذَا وَ مَتٰی تَعَدَّدَ مَنْ یَّجِبُ عَلَیْهِ الْاِنْفَاقُ تَسَاوَا فِیْهِ، وَ اِنْ اَخْتَلَفُوْا فِی الدُّکُوْرِیَّةِ وَ الْاُتُوْیَّةِ، وَ کَذَا یَتَسَاوٰی الْعِنٰی فِعْلاً وَ قُوَّةً عَلٰی الْاَقْوٰی فِیْهِمَا.

و نفقه دهنده‌ای که در هر یک از مراتب، نزدیک‌تر به نفقه گیرنده باشد، مقدم بر نفقه دهنده دورتر است [مرتبه‌ها عبارتند از: اولاد، پدر، اجداد پدری، مادران اجداد پدری و پدر و مادر مادر، پدر و مادر اجداد و جدات مادری]. و زمانی می‌توان به خویشاوند دورتر مراجعه کرد که خویشاوند نزدیک‌تر وجود نداشته یا فقیر باشد بنابراین فرزند برای نفقه دادن بر پدر و مادرش، مقدم بر فرزند فرزند است هر چقدر پدر و مادر بالا روند و به همین شکل ادامه می‌یابد [یعنی پدر مقدم بر پدر پدر است و پدر پدر مقدم بر جد پدر است و همه اینها مقدم بر مادر پدر و مادر اجداد و پدر و مادر مادر و اجداد مادر هستند و فرزند فرزند هم مقدم بر فرزند فرزند می‌باشد و ...] و هرگاه کسانی که باید نفقه بدهند، متعدد باشند [مانند اینکه پدری، چهار فرزند داشته باشد که نفقه دادن بر همه آنها واجب است] باید به شکل مساوی نفقه را بپردازند هر چند در مذکر و مؤنث بودن باهم متفاوت باشند [بنابراین دختر هم باید به اندازه پسر نفقه بدهد زیرا میزان ارث در اینجا رعایت نمی‌شود] و نیز غنی بالفعل و غنی بالقوه باهم مساوی هستند [منظور از غنی بالقوه کسی است که توان کسب درآمد داشته باشد. نظریه مساوی بودن نفقه دهندگان] در موردی که اختلاف در مذکر بودن و مؤنث بودن دارند و در موردی که اختلاف در غنای فعلی و بالقوه دارند، نظریه قوی‌تر است [یعنی نظریه ضعیفی هم وجود دارد که آنها را مساوی نمی‌داند].

(وَ اَمَّا تَرْتِیْبُ الْمُتَّفِقِ عَلَیْهِمْ: فَالْاَبَوَانِ وَ الْاَوَّلَادُ سَوَاءٌ)، لِاَنَّ نِسْبَتَهُمْ اِلٰی الْمُتَّفِقِ وَاحِدَةٌ بِحَسَبِ الدَّرَجَةِ، وَ اِنَّمَا اَخْتَلَفَتْ بِکَوْنِهَا فِی اَحَدِهِمَا عَلَیًّا وَ فِی الْاٰخَرِ دُنِیًّا، فَلَوْ کَانَ لَهُ اَبٌ وَ اِبْنٌ، اَوْ اَبَوَانِ وَ اَوَّلَادٌ مَعَهُمَا اَوْ مَعَ اَحَدِهِمَا، وَ جَبَّ قِسْمَةُ الْمِیْسُوْرِ عَلٰی الْجَمِیْعِ بِالسَّوِیَّةِ ذُکُوْرًا اَمْ اِنَاثًا، اَمْ ذُکُوْرًا وَ اِنَاثًا. ثُمَّ اِنْ کَفَّاهُمْ اَوْ نَفَعَ کُلَّ وَاحِدٍ نَصِیْبُهُ نَفْعًا مُّعْتَدًّا بِهٖ اِفْتِسْمُوْهُ، وَ اِنْ لَمْ یَنْتَفِعْ بِهٖ اَحَدُهُمْ لِقَلَّتِیْهِ وَ کَثُرَتْهُمْ، فَالْاَجُوْدُ الْقُرْعَةُ، لِاَسْتِحَالَةِ التَّرْجِیْحِ بَغَیْرِ مُرْجِحٍ، وَ التَّشْرِیْکُ یُنَافِی الْغَرَضَ، وَ لَوْ کَانَ نَصِیْبُ بَعْضِهِمْ یُکْفِیْهِ لِصِغَرِهِ وَ نَحْوِهِ، وَ نَصِیْبُ الْبَاقِیْنَ لَا یَنْفَعُهُمْ مُنْقَسِمًا، اَعْتَبِرْتَ الْقُرْعَةَ فِی مَنْ عَدَا الْمُتَّفِعِ.

(وَهُمْ) یَغْنِی الْآبَاءَ وَالْأَوْلَادَ (أُولَى مِنْ آبَائِهِمْ وَأَوْلَادِهِمْ) لِزِيَادَةِ الْقُرْبِ (وَ) هَكَذَا (كُلُّ طَبَقَةٍ أُولَى مِنْ الَّتِي بَعْدَهَا)، وَیَتَسَاوَى الْأَعْلَى وَالْأَدْنَى مَعَ تَسَاوِي الدَّرَجَةِ كَالْأَجْدَادِ وَأَوْلَادِ الْأَوْلَادِ وَهَكَذَا، كُلُّ ذَلِكَ (مَعَ الْقُصُورِ) أَمَّا مَعَ سَعَةِ مَالِهِ لِلْإِنْفَاقِ عَلَى الْجَمِيعِ فَيَجِبُ التَّعْمِيمُ (وَلَوْ كَانَ لِلْعَاجِزِ أَبٌ وَابْنٌ قَادِرَانِ فَعَلَيْهِمَا) نَفَقَتُهُ (بِالسَّوِيَّةِ)، لَتَسَاوَى بَيْنَهُمَا فِي الْمَرْتَبَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ، وَابْنُ كَالْإِبْنِ أَمَّا الْأُمُّ فَفِي مُسَاوَاتِهَا لِلْأَبِ فِي مُشَارَكَةِ الْوَلَدِ، أَوْ تَقْدِيمِهِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ، مَأْخُذُهُمَا: اتِّحَادُ الرُّتَبَةِ، وَكَوْنُ الْوَلَدِ مُقَدِّمًا عَلَى الْجَدِّ الْمُقَدَّمِ عَلَيْهَا، فَيَكُونُ أُولَى بِالتَّقْدِيمِ.

فَإِنْ اجْتَمَعُوا فَعَلَى الْأَبِ وَالْوَلَدَيْنِ خَاصَّةً بِالسَّوِيَّةِ، لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْأَبَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأُمِّ، وَأَمَّا الْأَوْلَادُ فَعَلَى أَصْلِ الْوُجُوبِ، مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ، مَعَ احْتِمَالِ تَقْدِيمِ الذُّكُورِ، نَظَرًا إِلَى الْخِطَابِ فِي الْأَمْرِ بِهَا بِصِغَةِ الْمَذَكَّرِ.

و اما ترتيب اشخاصی که نفقه بر آنان واجب است بدین صورت می باشد: پدر و مادر و اولاد، مساوی هستند زیرا برحسب درجه، نسبت یکسانی با نفقه دهنده دارند و اختلاف آنها فقط در این است که پدر و مادر در گروه بالا و فرزندان در گروه پائین قرار دارند بنابراین اگر شخصی پدر و فرزند داشته باشد یا پدر و مادر یا یکی از آنها را با چند اولاد داشته باشد باید نفقه ای که آن شخص توان پرداخت آن را دارد میان همه آنها به شکل مساوی تقسیم کند اعم از اینکه نفقه گیرندگان، مذکر یا مؤنث باشند یا برخی مذکر و برخی مؤنث باشند. حال اگر نفقه برای همه آنها کافی بود یا به هر یک از آنان، مقداری داده شد که منفعت قابل توجهی را برای او داشت، نفقه را تقسیم می کنند اما اگر نفقه بخاطر کم بودن آن یا بخاطر کثرت نفقه گیرندگان، منفعتی را برای یکی از آنان نداشت، نظریه بهتر آن است که قرعه کشیده می شود زیرا محال است که یکی از آنان بر دیگری ترجیح داده شود بدون اینکه علتی برای ترجیح وجود داشته باشد و مشارکت همه آنها در نفقه هم با هدف نفقه سازگار نیست [زیرا هدف نفقه آن است که نیاز نفقه گیرنده را برطرف کند حال آنکه در اینجا فرض بر آن است که تقسیم نفقه کم، نیاز هیچکدام را برطرف نمی کند] و اگر سهم برخی از نفقه گیرندگان بخاطر کم سن بودن و نظیر آن [مانند مریض بودن یا صرفه جو بودن] برای او کافی باشد و سهم

بقیه آنان در صورتی که تقسیم شود برایشان کافی نباشد، نسبت به بقیه، بجز کسی که سهمش برای او کافی است، قرعه کشی می شود. [یک دیدگاه هم آن است که شخصی ترجیح داده می شود که نیازمندتر است و یک دیدگاه آن است که در هر صورت باید نفقه را تقسیم کرد و نباید قرعه کشید] و پدران و فرزندان مقدم بر پدران پدران و فرزندان فرزندان هستند زیرا نزدیک تر به نفقه دهنده می باشند و به همین ترتیب هر طبقه ای [از خویشاوندان] مقدم بر طبقه بعدی می باشد [مثلاً پدر و فرزند که در یک طبقه هستند مقدم بر جدّ و نوه می باشند و جدّ مقدم بر جدّ پدر و نوه مقدم بر فرزند نوه می باشد] و مقدم شدن برخی از خویشاوندان در صورتی است که مال نفقه دهنده به اندازه همه خویشاوندان نباشد اما اگر مال نفقه دهنده برای نفقه دادن به تمامی خویشاوندان کافی باشد باید به همه داده شود [و اما اگر نفقه دهندگان، متعدد باشند مثلاً] چنانچه شخص عاجز [که نفقه به او تعلق می گیرد] دارای پدر و پسر و پسر باشد پدر و پسر باید نفقه او را به نحو مساوی بدهند زیرا مرتبه پدر و پسر نسبت به شخص واجب النفقه، یکسان است و دختر نیز مانند پسر است [بنابراین اگر شخص ناتوانی، دارای دختر و پدر باشد، هر دو باید به نحو مساوی نفقه او را بدهند] اما در مورد اینکه مادر در مشارکت کردن با فرزند مانند پدر است [یعنی اگر شخص ناتوانی دارای فرزند و مادر باشد، هر دو باید نفقه او را بدهند] یا فرزند بر مادر مقدم می شود [و مادر مسؤولیتی برای پرداخت نفقه ندارد] دو دیدگاه وجود دارد و مبنای این دو دیدگاه آن است که رتبه مادر [با رتبه فرزند] یکسان است [بنابراین باید نفقه را مشترکاً بپردازند و از طرفی] فرزند مقدم بر جدّ می باشد در حالیکه جدّ، مقدم بر مادر است بنابراین فرزند مقدم بر مادر می باشد [و فقط نفقه بر فرزند واجب می شود زیرا مقدم بر مقدم، مقدم است و فرزند بر جدّ مقدم می شود در حالیکه جدّ، مقدم بر مادر است] پس اگر پدر و مادر و پسر و دختر [که نفقه دهنده هستند] همگی باهم جمع شدند فقط باید پدر و دختر و پسر به نحو مساوی نفقه را بپردازند [و مادر نفقه نمی دهد] زیرا قبلاً گفته شد که پدر مقدم بر مادر است [و در جایی که پدر باشد نوبت به مادر نمی رسد] و اما [و جوب نفقه بر] اولاد بخاطر اصل وجوب است و پسر بر دختر ترجیح ندارد و احتمال هم دارد که پسر مقدم بر دختر باشد زیرا در امر به نفقه با صیغه مذکر خطاب شده است [یعنی آیه

۷ سورة طلاق عبارت «لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ» را با صیغه مذکر بکاربرده و دستور به نفقه داده است اما این استدلال ضعیف است زیرا معمولاً اوامر و نواهی شرعی با صیغه مذکر بیان می شود.

(وَيَجْبِرُ الْحَاكِمُ الْمُتَمَتِّعَ عَنِ الْإِنْفَاقِ) مَعَ وَجُوبِهِ عَلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ) يَجِبُ صَرْفُهُ فِي الدِّينِ (بَاعَهُ الْحَاكِمُ) إِنْ شَاءَ (وَ أَنْفَقَ مِنْهُ).

و فِي كَيْفِيَّةِ بَيْعِهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَبِيعَ كُلَّ يَوْمٍ جُزْأً يَقْدِرُ الْحَاجَّةُ، وَ الثَّانِي: أَنْ لَا يَفْعَلَ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يَشُقُّ، وَلَكِنْ يَقْتَرِضُ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَجْتَمِعَ مَا يَسْهُلُ بَيْعُ الْعَقَارِ لَهُ. وَ الْأَقْوَى: جَوَازُ الْأَمْرَيْنِ. وَلَوْ تَعَدَّزَا، فَلَمْ يُوْجَدْ رَاغِبٌ فِي شِرَاءِ الْجُزْءِ الْيَسِيرِ وَلَا مُفْرَضٌ، وَ لَا بَيْتٌ مَالٍ يَقْتَرِضُ مِنْهُ جَازَ بَيْعِ أَقَلِّ مَا يُمَكِّنُ بَيْعَهُ، وَ إِنْ زَادَ عَنْ قَدْرِ نَفَقَةِ الْيَوْمِ، لَتَوَقَّفَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ.

حاکم شخصی را که دادن نفقه بر او واجب است مجبور می کند [که نفقه را بپردازد] پس اگر این شخص، مالی داشته باشد که باید نفقه از آن مال پرداخت گردد [یعنی جزء مستثنیات دیون نباشد] حاکم اگر بخواهد آن مال را می فروشد و نفقه را از محل آن می پردازد [بنابراین حاکم دو اختیار دارد؛ یکی اینکه شخص ممتنع را وادار به پرداخت نفقه کند و دیگر اینکه اموال او را بفروشد و نفقه را از محل آن بپردازد] و در مورد نحوه فروش مال، دو احتمال وجود دارد: یک احتمال آن است که هر روز مقداری از مال را که مورد نیاز همان روز شخص واجب النفقه می باشد بفروشد و احتمال دیگر آن است که چنین کاری انجام ندهد زیرا سخت و مشقت آور است بلکه حاکم از جانب [و برعهده] نفقه دهنده قرض می کند تا قرض و دین به اندازه ای برسد که فروختن ملک برای آن دین، آسان شود و نظریه قوی تر آن است که حاکم می تواند هر دو کار را انجام دهد [یعنی به مقدار نیاز یک روز شخص واجب النفقه، مقداری از مال را بفروشد یا برعهده نفقه دهنده قرض بگیرد تا به مقدار قابل توجهی برسد و آنگاه مال نفقه دهنده یعنی مدیون را برای پرداخت دین بفروشد] و اگر هر دو صورت، متعذر و دشوار باشد یعنی کسی پیدا نشود که مقدار کمی از مال را بخرد و کسی هم مالی به نفقه دهنده، قرض ندهد و بیت المال هم وجود نداشته باشد که بتوان از آن قرض

کرد، حاکم می تواند کمترین مقدار مال را که قابل فروش است بفروشد هر چند آن مقدار از مقدار نفقه یک روز شخص واجب النفقه، بیش تر باشد [مثلاً حداقل مالی که می توان فروخت صد هزار تومان ارزش داشته باشد اما نفقه یک روز آن شخص، ده هزار تومان باشد. علت جواز این کار برای حاکم آن است] که انجام واجب، متوقف بر فروش حداقل ممکن است.

(الثَّالِثُ: الْمَلِكُ) (وَتَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الرَّقِيقِ) ذَكَرًا وَأُنْثَى وَإِنْ كَانَ أَعْمَى وَزَمِنًا وَ الْبَهِيمَةَ بِالْعَلْفِ وَالسَّقْيِ حَيْثُ تَقْتَرِ الْبَهِيمَا، وَالْمَكَانِ، مِنْ مُرَاحٍ وَإِصْطَبَلٍ يَلِيقُ بِحَالِهَا وَ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُنْتَفَعٍ بِهَا أَوْ مُشْرِفَةً عَلَى التَّلَفِ، وَمِنْهَا دُودُ الْقَرْ، فَيَأْتُمُّ بِالتَّقْصِيرِ فِي إِبْصَالِهِ قَدَرِ كِفَايَتِهِ، وَ وَضْعِهِ فِي مَكَانٍ يَقْضُرُ عَنْ صَلَاحِيَّتِهِ لَهُ بِحَسَبِ الزَّمَانِ، وَمِثْلُهُ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْبَهِيمَةُ مُطْلَقًا مِنَ الْأَلَاتِ حَيْثُ يَسْتَعْمِلُهَا أَوْ الْجُلَّ لِدَفْعِ الْبُرْدِ وَ غَيْرِهِ حَيْثُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ. (وَلَوْ كَانَ لِلرَّقِيقِ كَسْبٌ جَازٍ لِلْمَوْلَى أَنْ يَكِيلَهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَفَاهُ) الْكَسْبُ بِجَمِيعِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ النَّفَقَةِ (اِقْتَصَرَ عَلَيْهِ، وَ إِلَّا) يَكْفِيهِ (أَتَمُّ لَهُ) قَدَرُ كِفَايَتِهِ وَجُوبًا.

(وَيُرْجَعُ فِي جِنْسِ ذَلِكَ إِلَى عَادَةِ مَمَالِيكَ أَمْثَالِ السَّيِّدِ مِنْ أَهْلِ بَلَدِهِ) بِحَسَبِ شَرْفِهِ وَ ضِعْفِهِ، وَاعْسَارِهِ وَ بَسَارِهِ وَ لَا يَكْفِي سَائِرُ الْعَوْرَةِ فِي اللَّبَاسِ بِلَادِنَا، وَإِنْ اكْتَفَى بِهِ فِي بِلَادِ الرَّقِيقِ. وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ نَفَقَةِ السَّيِّدِ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ الْغَالِبِ فِي نَفَقَةِ الرَّقِيقِ عَادَةً تَقْتِيرًا أَوْ بَخْلًا أَوْ رِيَاضَةً، وَفَوْقَهُ، فَلَيْسَ لَهُ الْاِقْتِصَارُ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ فِي الْأَوَّلِ، وَ لَا عِزَّةً فِي الْكَمِّيَّةِ بِالْغَالِبِ، بَلْ تَجِبُ الْكِفَايَةُ لَوْ كَانَ الْغَالِبُ أَقَلَّ مِنْهَا، كَمَا لَا يَجِبُ الزَّائِدُ لَوْ كَانَ فَوْقَهَا وَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْكِفَايَةُ.

(وَيُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى الْإِنْفَاقِ أَوْ الْبَيْعِ) مَعَ امْكَانِهِمَا، وَ إِلَّا أُجْبِرَ عَلَى الْمُمْكِنِ مِنْهُمَا خَاصَّةً، وَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْإِجَارَةُ مَعَ شَرْطِ النَّفَقَةِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَ الْعِثْقُ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ بَاعَهُ الْخَاكِمُ أَوْ آجَرَهُ، وَ هَلْ يَبِيعُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا أَوْ يَسْتَنْدِينُ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَجْتَمِعَ شَيْءٌ فَيَبِيعَ مَا يَفِي بِهِ؟ الْوَجْهَانِ.

(وَ لَا فَرْقَ) فِي الرَّقِيقِ (بَيْنَ الْقِنِّ)، وَ أَصْلُهُ الَّذِي مُلِكَ هُوَ وَ أَبَوَاهُ، وَ الْمُرَادُ هُنَا الْمَمْلُوكُ الْخَالِصُ غَيْرُ الْمُتَسَبِّثِ بِالْحُرِّيَّةِ بِنْدَبِيرٍ، وَ لَا كِتَابَةٍ، وَ لَا اسْتِيلَادٍ (وَالْمُدَبِّرِ، وَ أُمُّ الْوَلَدِ) لَا شَتْرَاكَ الْجَمِيعِ فِي الْمَمْلُوكِيَّةِ وَ إِنْ تَشَبَّثَ الْأَخِيرَانِ بِالْحُرِّيَّةِ وَ أَمَّا الْمُكَاتَبُ فَنَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ وَ إِنْ كَانَ مَشْرُوطًا أَوْ لَمْ يُوَدَّ شَيْئًا.

سوم - [سومین سبب و علت وجوب نفقه] مالکیت است. نفقه دادن به برده اعم از اینکه مرد یا زن باشد واجب است هر چند نابینا و زمین‌گیر باشد [زیرا نفقه دادن به برده در مقابل خدمتش نیست بلکه همینکه برده‌ای در ملکیت شخصی باشد باید نفقه او را بدهد. همچنین نفقه] حیوان از طریق علف و آب دادن واجب است در صورتی که حیوان نیاز به آب و علف داشته باشد. همچنین تهیه مکان استراحت برای حیوان و اصطبل‌ی که مناسب حال حیوان باشد، واجب است هر چند حیوان، مورد استفاده قرار نگیرد یا در آستانه تلف شدن باشد [و تفاوتی میان حیوان حلال گوشت و حرام گوشت نیست و اگر حیوان، مشترک میان چند نفر باشد همه مالکان باید مخارج حیوان را بدهند] و یکی از حیوانات واجب النفقه، کرم ابریشم می‌باشد بنابراین اگر مالک در فراهم کردن احتیاجات کرم ابریشم کوتاهی کند و آن را در مکانی قرار دهد که برحسب زمان، مناسب آن نباشد [مثلاً در تابستان، آن را در مکان گرم قرار دهد] مرتکب گناه شده است و وسیله‌هایی که هنگام استفاده از هر حیوانی، مورد نیاز آن حیوان است مانند علوفه و آب و مکان است [یعنی باید برای حیوان تهیه شود و نمی‌توان حیوان را بدون آن وسیله‌ها مورد استفاده قرارداد] یا پوششی که برای دفع سرما و غیرسرما [مانند گرما و حشرات] مورد نیاز حیوان می‌باشد [باید برای حیوان، تهیه شود].

(وَكَذَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَى الْبَهِيمَةِ الْمَمْلُوكَةِ إِلَّا أَنْ تَجْتَرِي بِالرَّغْيِ) وَ تَرَدَّ الْمَاءُ بِنَفْسِهَا فَيَجْتَرِي بِهِ فَيَسْقُطَانِ عَنْهُ مَا دَامَ ذَلِكَ مُمَكِّناً (فَإِنْ امْتَنَعَ أَجْبَرَ عَلَى الْإِنْفَاقِ) عَلَيْهَا (أَوْ الْبَيْعِ أَوْ الذَّبْحِ إِنْ كَانَتْ) الْبَهِيمَةُ (مَقْصُودَةً بِالذَّبْحِ) وَالْأَجْبَرُ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ الْإِنْفَاقِ صَوْنًا لَهَا عَنِ التَّلَفِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَابَ الْحَاكِمُ عَنْهُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا يَرَاهُ وَ تَقْتَضِيهِ الْحَالُ، وَ إِنَّمَا يَتَخَيَّرُ مَعَ امْكَانِ الْأَفْرَادِ، وَ إِلَّا تَعَيَّنَ الْمُمَكِّنُ مِنْهَا (وَ إِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ وَ قَرَّ عَلَيْهِ مِنْ لَبَنِهَا مَا يَكْفِيهِ) وَ جُوبًا وَ حَلَبًا مَا يَفْضَلُ مِنْهُ خَاصَّةً (إِلَّا أَنْ يَقُومَ بِكَفَايَتِهِ) مِنْ غَيْرِ اللَّبَنِ حَيْثُ يَكْتَفِي بِهِ.

و نیز مالک مجبور می‌شود که نفقه حیوان ملکی خود را بدهد مگر اینکه حیوان با چریدن، خودش را تأمین کند و خودش نزد آب برود [و آب بنوشد]. در این صورت به همان چریدن اکتفا می‌شود و علف دادن و آب دادن از عهده صاحب حیوان، ساقط می‌شود تا زمانی که چریدن و آب خوردن [برای حیوان] امکان داشته باشد اما اگر

چریدن و آب خوردن، امکان نداشته باشد مالک مجبور می‌شود که نفقه حیوان را بدهد یا آن را بفروشد یا اگر قابل ذبح باشد [یعنی گوشت یا پوست وی قابل استفاده باشد] آن را ذبح کند و اگر قابل ذبح کردن نباشد [مانند الاغ و قاطر] مالک مجبور می‌شود که آن را بفروشد یا برای جلوگیری از تلف شدن حیوان، نفقه آن را بدهد و اگر مالک، این کارها را انجام ندهد حاکم برای فروختن حیوان یا فروختن مال یا ذبح کردن، نماینده مالک است تا برحسب شرایط و اوضاع و احوال تصمیمی که مناسب می‌داند، اتخاذ کند و [مالک یا حاکم] در صورتی مخیر [میان فروش و نفقه دادن و ذبح کردن] است که امکان [این کارها] وجود داشته باشد و گرنه باید همان کاری را انجام دهد که امکان دارد [مثلاً اگر هیچ راهی جز ذبح کردن حیوان نباشد باید آن را ذبح نماید]. و اگر حیوان، بچه‌ای داشته باشد، مالک باید از شیر حیوان به مقداری که مورد نیاز بچه است به بچه بدهد و فقط مقدار اضافه‌تر از [شیر مورد نیاز بچه را] بدوشد مگر اینکه مالک، نیاز بچه حیوان را با غیر شیر تأمین کند و بچه به غیر شیرمادر اکتفا کند [و نیاز به شیر مادر نداشته باشد].

وَبَقِيَ مِنَ الْمَمْلُوكِ: مَا لَا رُوحَ فِيهِ كَالزَّرْعِ وَالشَّجَرِ مِمَّا يَتَلَفُ بِتَرْكِ الْعَمَلِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي وَجُوبِ عَمَلِهِ. فِي التَّخْرِيرِ قَرَبَ الْوُجُوبِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ فَلَا يُقَرُّ عَلَيْهِ. وَفِي الْقَوَاعِدِ قَطْعَ بَعْدِهِ، لِأَنَّهُ تَنْمِيَةٌ لِلْمَالِ فَلَا تَجِبُ كَمَا لَا يَجِبُ تَمْلُكُهُ. وَيُسْكَلُ بِأَنَّ تَرْكَ التَّمْلُكِ لَا يَقْضِي الْإِضَاعَةَ بِخِلَافِ التَّنْمِيَةِ الَّتِي يُوجِبُ تَرْكُهَا فَوَاتَهُ رَأْسًا، أَمَّا عِمَارَةُ الْعَقَارِ فَلَا تَجِبُ، لَكِنْ يُكْرَهُ تَرْكُهُ إِذَا أَدَّى إِلَى الْخَرَابِ.

[مالکیت معمولاً در مواردی سبب وجوب نفقه می‌شود که واجب النفقه، برده باشد یا حیوان باشد که روح دارد و] بقیه چیزهایی که ملک انسان هستند، اشیایی می‌باشند که روح ندارند مانند زراعت و درخت که اگر از آنها مراقبت نشود، از بین می‌روند و در مورد وجوب عمل و مراقبت از این اموال، اختلاف نظر وجود دارد. [علامه] در کتاب تحریر، نظریه وجوب عمل را نزدیک به واقع دانسته است زیرا عمل نکردن و عدم مراقبت، سبب از بین رفتن مال می‌شود بنابراین جایز نیست که در قبال تضییع شدن مال، سکوت شود. اما علامه در کتاب قواعد، نگهداری و مراقبت را قطعاً واجب نمی‌داند زیرا نگهداری از مال، رشد دادن مال [و زیاد کردن] مال است پس همانگونه

که اصل تملک مال، واجب نیست، زیاد کردن و رشد دادن آن نیز واجب نیست اما نظریه واجب نبودن نگهداری با مشکل روبرو می شود زیرا جواز ترک تملک مال، مقتضی جواز تلف کردن آن نیست [و میان این دو، ملازمه ای وجود ندارد] برخلاف رشد دادن [و پرورش دادن مال] که ترک آن موجب از بین رفتن اصل مال می شود [زیرا میان ترک نگهداری و از بین رفتن مال، ملازمه وجود دارد] اما تعمیر ساختمان، واجب نیست مگر اینکه تعمیر نکردن، سبب خرابی ساختمان شود که در این صورت تعمیر نکردن ساختمان، مکروه خواهد بود.

(كِتَابُ الطَّلَاقِ)

وَهُوَ إِذْ أَلَّهَ قَيْدَ النِّكَاحِ بِغَيْرِ عَوْضٍ بِصِيغَةِ «طَالِقٌ».

باب طلاق

طلاق در لغت به معنای آزادی و بدون قید بودن است بدون اینکه عوضی در مقابل آن قرار گیرد (برخلاف خلع که طلاق همراه با عوض می‌باشد). طلاق با صیغه «انتِ طالق» صورت می‌گیرد.

(و فِيهِ فُصُولٌ):

(الْأَوَّلُ: فِي أَزْكَانِهِ)

(وَهِيَ) أَزْبَعَةُ (الصِّيغَةُ، وَالْمُطَلَّقُ، وَالْمُطَلَّقَةُ، وَالْأَشْهَادُ) عَلَى الصِّيغَةِ، (وَاللَّفْظُ الصَّرِيحُ) مِنَ الصِّيغَةِ (أَنْتِ، أَوْ هَذِهِ، أَوْ فُلَانَةٌ) - وَيَذْكُرُ اسْمَهَا، أَوْ مَا يُفِيدُ التَّعْيِينَ - (أَوْ زَوْجَتِي مَثَلًا طَالِقٌ).

وَيَنْحَصِرُ عِنْدَنَا فِي هَذِهِ اللَّفْظَةِ (فَلَا يَكْفِي أَنْتِ طَالِقٌ) وَإِنْ صَحَّ إِطْلَاقُ الْمُصْدَرِ عَلَى اسْمِ الْفَاعِلِ وَقَصْدُهُ فَضَارَ بِمَعْنَى طَالِقٍ، وَقُوْفًا عَلَى مَوْضِعِ النَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ، وَاسْتِصْحَابًا لِلزَّوْجِيَّةِ، وَلِأَنَّ الْمُضَادِرَ إِنَّمَا تُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِ مَوْضِعِهَا مَجَازًا وَإِنْ كَانَ فِي اسْمِ الْفَاعِلِ شَهِيرًا، وَهُوَ غَيْرُ كَافٍ فِي اسْتِعْمَالِهَا فِي مِثْلِ الطَّلَاقِ.

وَلَا مِنَ الْمُطَلَّاقَاتِ (وَلَا مُطَلَّقَةً، وَلَا طَلَّقْتُ فَلَانَةً عَلَى قَوْلِ مَشْهُورٍ)، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ إِخْبَارٌ، وَنَقْلُهُ إِلَى الْإِنْشَاءِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، فَيُقْتَصَرُ فِيهِ عَلَى مَوْضِعِ

الْوُفَاقِ وَهُوَ صَيْغُ الْعُقُودِ، فَاطْرَادُهُ فِي الطَّلَاقِ قِيَاسُ، وَ النَّصُّ دَلٌّ فِيهِ عَلَى «طَالِقٍ»، وَ لَمْ يَدُلَّ عَلَى غَيْرِهِ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ،

وَ مِنْهُ يَظْهَرُ جَوَابُ مَا احْتَجَّ بِهِ الْقَائِلُ بِالْوُقُوعِ، وَهُوَ الشَّيْخُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ اسْتِنَادًا إِلَى كَوْنِ صِيغَةِ الْمَاضِي فِي غَيْرِهِ مَنْقُولَةً إِلَى الْإِنْشَاءِ، وَنِسْبَةُ الْمُصَنَّفِ الْبُطْلَانِ إِلَى الْقَوْلِ مُشْعِرٌ بِمِثْلِهِ إِلَى الصَّحَّةِ.

(وَ لَا عِبْرَةَ) عِنْدَنَا (بِالسَّرَاحِ وَ الْفِرَاقِ) وَ إِنْ عُبِّرَ عَنِ الطَّلَاقِ بِهِمَا فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ بِقَوْلِهِ: ﴿أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾، ﴿أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾، لَا تَهْمَا عِنْدَ الْإِطْلَاقِ لَا يُطْلَقَانِ عَلَيْهِ، فَكَانَا كِنَايَةً عَنْهُ لَا صَرَاخَةً فِيهِمَا. وَ التَّعْبِيرُ بِهِمَا لَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ إِيقَاعِهِ بِهِمَا.

(وَ) كَذَا (الْخَلِيَّةُ وَ الْبَرِيَّةُ) وَ غَيْرُهُمَا مِنَ الْكِنَايَاتِ كَالْبَيْتَةِ، وَ الْبَيْتَةِ، وَ حَرَامٍ، وَ بَائِنٍ، وَ اعْتَدَى (وَ إِنْ قَصَدَ الطَّلَاقَ)، لِأَصَالَةِ بَقَاءِ النِّكَاحِ إِلَى أَنْ يُثْبِتَ شَرْعًا مَا يُزِيلُهُ.

ارکان طلاق عبارتند از: صیغه طلاق؛ طلاق دهنده؛ زنی که طلاق داده می شود و شاهد گرفتن برای اجرای صیغه طلاق. الفاظ صریحی که برای صیغه طلاق بکار می روند عبارتند از: «انت طالق» یا «هذه طالق» یا «فلانة طالق» که همراه با نام زوجه بکار می رود (مثلاً گفته می شود: «فاطمة طالق») و یا همراه با لفظی بکار می رود که زوجه را مشخص کند (مثلاً گفته می شود: «هذه الزوجة طالق»). از نظر فقهای شیعه فقط صیغه «طالق» را می توان برای طلاق بکار برد. بنابراین نمی توان صیغه «انت طلاق» را برای طلاق بکاربرد هر چند می توان در مواردی مصدر را بجای اسم فاعل بکاربرد و معنای اسم فاعلی را اراده نمود اما آنها فقط منحصر در مواردی است که به صراحت تجویز شده است و اجماع فقها نیز چنین اقتضایی دارد و اگر شک کنیم که طلاق با صیغه صدر نیز جاری می شود یا خیر باید زوجیت سابق را استصحاب کرد و اصل بر عدم انتقال است و مصدر نیز چنانچه در غیرمعنای حدثی و مصدری بکار رود، استعمال در معنای مجازی بوده و نیاز به قرینه دارد هر چند به صورت گسترده در اسم فاعل نیز بکار می رود اما این گستردگی استعمال مجوز بکاربردن لفظ «طلاق» نیست و نیز مرد نمی تواند بگوید: «تواز طلاق داده شدگان هستی همچنین بنابر نظر مشهور فقها، کافی نیست که مرد بگوید: «طلّقت فلانة». زیرا صراحت در مطلب ندارد و جمله خبری می باشد و برای انشای عقد بوسیله جمله خبری نیاز به قرینه می باشد بنابراین باید به همان مواردی که به صراحت

اجازه داده شده است، اکتفا کرد و گسترش دادن آن به طلاق، نوعی قیاس می باشد و آنچه که به صراحت در روایات آمده است صیغه «طالق» می باشد و صیغه دیگری را اجازه نداده است بنابراین باید به موضع خودش اکتفا کرد و از همین جا پاسخ سخنان کسانی که طلاق را قابل تحقق با جمله خبری می دانند، روشن می شود. از جمله مرحوم شیخ طوسی که اعتقاد دارد صیغه ماضی در غیر طلاق نیز برای انشاء بکار می رود اما شهید اول بطلان انعقاد طلاق با صیغه ماضی را به صراحت اعلام نکرده است بلکه می گوید: «براساس قول مشهور باطل است» و این نحوه بیان حکایت از تمایل وی به صحت انشای طلاق با صیغه ماضی دارد. همچنین انعقاد طلاق با صیغه های «انت مسرحة» یا «انت فراق» صحیح نیست هر چند به قصد طلاق باشد و هر چند در قرآن برای طلاق بکار رفته اند مانند آیه دوم سوره طلاق که می فرماید: «یا جدادنی نیکو و یا از راه معروف از آنها جدا شوید» زیرا این دو عبارت هرگاه به صورت طلاق بکار روند، معنای طلاق را نمی دهند بلکه به صورت کنایه و اشاره برای طلاق بکار می روند و صراحتی در آن ندارند و صرف اینکه طلاق با این دو واژه مورد تعبیر قرار گرفته است به معنای آن نیست که طلاق را می توان با این عبارتها منعقد کرد. عبارتهای «انت خلیة» و «انت بریة» و سایر عبارتهای کنایه ای مانند «انت بته» و «انت حرام» و «انت بتلة: جدا شده» و «انت بائن» یا «عده بگیر» نیز همین وضعیت را دارد هر چند قصد طلاق شده باشد زیرا اصل بر بقای نکاح است تا دلیل شرعی بر زوال آن بوجود آید.

(وَ طَلَقُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ الْمَفْهُمَةِ لَهُ (وَ الْقَاءِ الْقِنَاعِ) عَلَى رَأْسِهَا لِيَكُونَ قَرِينَةً عَلَى وَجُوبِ سِتْرِهَا مِنْهُ، وَ الْمَوْجُودُ فِي كَلَامِ الْأَصْحَابِ الْإِشَارَةُ خَاصَّةً، وَ فِي الرُّوَايَةِ الْقَاءِ الْقِنَاعِ، فَجَمَعَ الْمُصَنِّفُ بَيْنَهُمَا. وَ هُوَ أَقْوَى دَلَالَةً. وَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْقَاءَ الْقِنَاعِ مِنْ جُمْلَةِ الْإِشَارَاتِ وَ يَكْفِي مِنْهَا مَا دَلَّ عَلَى قَصْدِهِ الطَّلَاقَ، كَمَا يَقَعُ غَيْرُهُ مِنَ الْعُقُودِ، وَ الْإِيقَاعَاتِ، وَ الدَّعَاوَى، وَ الْأَقَارِبِ).

شخص لال، صیغه طلاق را با اشاره و انداختن روسری بر سر همسرش جاری می سازد مشروط بر اینکه طلاق را بفهماند و انداختن روسری قرینه بر آن است که زن، نامحرم شده و باید خودش را از شوهرش بپوشاند اما فقهای شیعه فقط «اشاره» را وسیله طلاق دانسته اند اما در روایت، عبارت «انداختن روسری» نیز بکار رفته است و

شهید اول، هر دو را بیان کرده است و اگر هر دو باهم انجام شود دلالت قوی تری بر طلاق خواهد داشت. ظاهر، آن است که انداختن روسری هم یکی از مصادیق و افراد اشاره است بنابراین (بعنوان مصداق، بیان شده است) و هر اشاره‌ای که دلالت بر طلاق نماید کفایت می‌کند همانگونه که در بقیه قراردادها و ایقاعات و دعاوی نیز چنین است.

(وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالْكِتَابِ) بِفَتْحِ الْكَافِ مَصْدَرُ كِتَابٍ كَالْكِتَابَةِ، مِنْ دُونِ تَلْفِظِ مَمْنُ يُحْسِنُهُ (حَاضِرًا) كَانَ الْكَاتِبُ (أَوْ غَائِبًا) عَلَى أَشْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، لِأَصَالَةِ بَقَاءِ النِّكَاحِ، وَ لِحَسَنَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ ع: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ» الْخَبَرُ، وَ حَسَنَةُ زُرَّارَةَ عَنْهُ ع فِي رَجُلٍ كَتَبَ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ قَالَ: «لَيْسَ ذَلِكَ بِطَلَاقٍ». وَلِلشَّيْخِ قَوْلُ يَوْفُو عِهِ بِهِ لِلْغَائِبِ، دُونَ الْحَاضِرِ، لِصَحِيحَةِ أَبِي حَمْزَةَ الثُّمَالِيِّ عَنِ الصَّادِقِ ع: «فِي الْغَائِبِ لَا يَكُونُ طَلَاقٌ حَتَّى يَنْطِقَ بِهِ لِسَانُهُ، أَوْ يَخْطُهُ بِيَدِهِ وَهُوَ يُرِيدُ بِهِ الطَّلَاقَ» وَ حَمِلَ عَلَى حَالَةِ الْإِضْطِرَارِ، جَمْعًا. ثُمَّ عَلَى تَقْدِيرِ وَقُوعِهِ لِلضَّرُورَةِ، أَوْ مُطْلَقًا عَلَى وَجْهِ، يُعْتَبَرُ رُؤْيُ الشَّاهِدَيْنِ لِكِتَابَتِهِ حَالَتَهَا، لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ التَّنْطِقِ بِالطَّلَاقِ، فَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالشَّاهِدَيْنِ، وَ كَذَا يُعْتَبَرُ رُؤْيُهُمَا إِشَارَةَ الْعَاجِزِ.

طلاق با نوشتن محقق نمی‌شود از سوی کسی که قادر به سخن گفتن است اعم از اینکه حضور داشته باشد و یا براساس نظریه مشهورتر، غایب باشد زیرا اصل بر بقای نکاح است و نیز روایت حسن محمد بن مسلم از امام باقر(ع) بر آن دلالت دارد که می‌فرماید: «طلاق فقط با این صیغه منعقد می‌شود. «انتِ طالق» و نیز روایت حسن زراره از امام(ع) بر این مطلب دلالت دارد که درباره مردی که همسر خود را از طریق نوشته طلاق داده بود فرمود: «طلاق واقع نمی‌شود (وسائل، کتاب طلاق، باب ۱۴ از ابواب مقدمات طلاق) اما یکی از نظریه‌های شیخ طوسی دلالت بر آن دارد که مرد غایب می‌تواند همسر خود را از طریق نوشتن طلاق بدهد ولی مرد حاضر حق این کار را ندارد زیرا روایت صحیح ابو حمزه شمالی از امام صادق(ع) می‌گوید: «مرد غایب نمی‌تواند همسرش را طلاق بدهد مگر اینکه با لفظ آن را بیان کند یا با دستش بنویسد و این کار را به قصد طلاق انجام بدهد» (وسائل، همان) و برای جمع کردن میان روایت‌هایی که طلاق به صورت نوشتن را اجازه می‌دهند و روایت‌هایی که اجازه نمی‌دهند گفته شده است که طلاق با نوشتن فقط در حالتی جایز است که اضطرار وجود داشته باشد (مانند شخصی

که توان سخن گفتن را ندارد) سپس به فرض آنکه طلاق از طریق نوشتن را جایز بدانیم اعم از اینکه در حالت ضرورت باشد یا در غیر حالت ضرورت نیز جایز باشد، باید دو شاهد، هنگام نوشتن طلاق حضور داشته باشد زیرا طلاق از طریق نوشتن مانند طلاق از طریق تلفظ کردن است.

(وَلَا بِالتَّخْيِيرِ)، لِذَرَجَةِ بَيْنِ الطَّلَاقِ وَالبَقَاءِ بِقَصْدِ الطَّلَاقِ (وَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسُهَا فِي الْحَالِ)، عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ. لِمَا مَرَّ، وَقَوْلِ الصَّادِقِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «مَا لِلنَّاسِ وَالْخِيَارِ، إِنَّمَا هَذَا شَيْءٌ خَصَّ اللَّهُ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)». وَذَهَبَ ابْنُ الْجُنَيْدِ إِلَى وَفْوِ عِهِ بِهِ، لِصَحِيحَةِ حُمَرَانَ عَنْ الْبَاقِرِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «الْمُخَيَّرَةُ تَبِينُ مِنْ سَاعَتِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ» وَحُمِلَتْ عَلَى تَخْيِيرِهَا بِسَبَبٍ غَيْرِ الطَّلَاقِ كَتَدْلِيسٍ وَغَيْبٍ، جَمْعًا.

همچنین طلاق به این صورت صحیح نیست که مرد به همسرش بگوید: «اختیار داری جدا شوی یا در نکاح باقی بمانی» و هدف مرد نیز طلاق همسرش باشد (و طلاق محقق نمی شود) هر چند بلافاصله زن پس از این سخن شوهرش، طلاق را اختیار کند و نظریه عدم انعقاد طلاق از این راه، یکی از دو نظری است که صحیح تر می باشد (یعنی نظریه ای که طلاق را صحیح می داند، ضعیف است) زیرا قبلاً گفته شد که (هر کجا شک شود که نکاح از بین رفته است یا خیر)، اصل بر بقای آن است و نیز امام فرمود: «مردم حق انتخاب کردن ندارند بلکه این، امری است که خداوند آن را به پیامبرش محول کرده است» (وسائل، کتاب طلاق، باب ۴۱ از ابواب طلاق). اما ابن جنید گفته است که طلاق از راه مخیر نمودن زن امکان دارد زیرا حمران در روایت صحیحی از امام باقر (ع) فرموده است: «زنی که به او اختیار جدا شدن داده می شود بلافاصله از همسرش جدا می شود بدون اینکه نیازی به طلاق باشد» اما برای اینکه میان این روایت که دلالت بر طلاق دارد و روایت دیگری که طلاق از این راه صحیح نمی داند، جمع کنیم می توان گفت که این روایت، حمل بر سبب دیگری غیر از طلاق می شود مانند تدلیس و عیب (که اگر بوجود آید حق فسخ را در پی دارد نه اینکه حق طلاق به زن داده شود).

(وَلَا مُعْلَقًا عَلَى شَرَطٍ) وَهُوَ مَا أَمُكَنَ وَفُوُّهُ وَعَدَمُهُ كَقُدُومِ الْمُسَافِرِ، وَدُخُولِهَا الدَّارَ (أَوْ صِفَةً) وَهُوَ مَا قُطِعَ بِحُضُولِهِ غَاذَةٌ كَطُلُوعِ الشَّمْسِ وَزَوَالِهَا. وَهُوَ مَوْضِعٌ وَفَاقٌ مِنَّا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرْطُ مَعْلُومٌ الْوُقُوعَ لَهُ خَالَ الصَّيِّغَةِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ يَفْعُ

بِكِ، وَ هُوَ يَعْلَمُ وَقُوعَهُ عَلَى الْأَقْوَى، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ غَيْرُ مُعَلَّقٍ، وَ مِنْ الشَّرْطِ تَعْلِيقُهُ عَلَى مَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى.

طلاق را نمی‌توان معلق بر شرطی نمود و منظور از شرط عملی است که امکان وقوع و عدم وقوع آن وجود داشته باشد مانند اینکه گفته شود: «اگر فلانی از مسافرت بیاید، تو مطلقه هستی» یا «اگر داخل خانه شوی» و... و نیز نمی‌توان طلاق را معلق به صفتی نمود و منظور از صفت، واقعه‌ای است که معمولاً به صورت قطعی رخ می‌دهد مانند طلوع و غروب خورشید؛ فقهای امامیه نسبت به عدم امکان وقوع طلاق به صورت معلق، اتفاق نظر دارند مگر اینکه وقوع شرط در زمان اجرای صیغه طلاق، قطعی و مسلم باشد مانند اینکه مرد بگوید: «اگر تو قابل طلاق دادن باشی، تو را طلاق می‌دهم» و مرد می‌داند که زن قابل طلاق دادن هست زیرا چنین طلاق‌ی که شرط آن، یقینی است، طلاق معلق به حساب نمی‌آید و یکی از اقسام شرط (که طلاق را نمی‌توان معلق بر آن کرد) معلق کردن طلاق به مشیت و درخواست خدا می‌باشد.

(وَلَوْ فَسَّرَ الطَّلَاقَ بِأَزِيدَ مِنَ الْوَاحِدَةِ) كَقَوْلِهِ: أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا (لَعَا التَّفْسِيرُ) وَ وَقَعَ وَاحِدَةً، لِوُجُودِ الْمُقْتَضِي وَ هُوَ أَنْتَ طَالِقٌ وَ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ، إِذْ لَيْسَ إِلَّا الضَّمِيمَةُ وَ هِيَ تُؤَكِّدُهُ لَا تَنْفَاهُ، وَ لِصَحِيحَةِ جَمِيلٍ وَ غَيْرِهَا فِي الَّذِي يُطَلَّقُ فِي مَجْلِسٍ ثَلَاثًا قَالَ: «هِيَ وَاحِدَةٌ». وَ قِيلَ: يَبْطُلُ الْجَمِيعُ، لِأَنَّهُ بِدْعَةٍ لِقَوْلِ الصَّادِقِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «مَنْ طَلَّقَ ثَلَاثًا فِي مَجْلِسٍ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ، مَنْ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ رُدَّ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ» وَ حُمِلَ عَلَى إِزَادَةِ عَدَمِ وَقُوعِ الثَّلَاثِ الَّتِي أَرَادَهَا.

اگر طلاق دهنده، طلاق را بیشتر از یک مرتبه قرار دهد، مقدار زیادی باطل است مانند اینکه بگوید: «تو سه مرتبه طلاق داده شدی» و طلاق برای یک مرتبه محقق می‌شود زیرا مقتضی که همان صیغه طلاق می‌باشد (یعنی: انت طالق)، وجود دارد و مانعی هم برای عمل کردن مقتضی وجود ندارد بلکه عبارت ضمیمه (که می‌گوید: «سه مرتبه») فقط برای تأکید بر طلاق است و تعارضی با آن ندارد و نیز روایت صحیح جمیل و روایت‌های دیگری که سه مرتبه طلاق در یک جلسه را طلاق واحد می‌دانند، بر این مطلب دلالت دارند. دیدگاه دیگری می‌گوید که اگر بعد از صیغه طلاق، تفسیر به زیادتیر صورت گیرد تمام صیغه طلاق باطل است زیرا چنین طلاق‌ی بدعت در دین است و امام

صادق (ع) فرمود: «هرکس سه مرتبه در یک مجلس طلاق بدهد، اعتباری ندارد و هرکس با حکم خدا مخالفت کند به کتاب خدا برمی‌گردد و روایت امام صادق (ع) نیز چنین معنا می‌شود که سه طلاق مورد نظر طلاق دهنده، صورت نمی‌گیرد (بلکه یک طلاق انجام می‌شود بنابراین نمی‌توان گفت که طلاق بکلی باطل است).

(وَيَعْتَبِرُ فِي الْمُطَلَّقِ الْبُلُوغُ) فَلَا يَصِحُّ طَلَاؤُ الصَّبِيِّ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ أَوْ بَلَغَ عَشْرًا عَلَى أَصْحَابِ الْقَوْلَيْنِ، (وَالْعَقْلُ) فَلَا يَصِحُّ طَلَاؤُ الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ مُطْلَقًا، وَلَا غَيْرِهِ حَالِ جُنُونِهِ.

(وَيُطَلِّقُ الْوَلِيُّ) وَهُوَ الْأَبُ وَالْجَدُّ لَهُ مَعَ اتِّصَالِ جُنُونِهِ بِصِغَرِهِ، وَالْحَاكِمُ عِنْدَ عَدَمِهِمَا، أَوْ مَعَ عَدَمِهِ (عَنِ الْمَجْنُونِ) الْمُطْبِقِ مَعَ الْمَصْلَحَةِ (لَا عَنِ الصَّبِيِّ)، لِأَنَّ لَهُ أَمْدًا يُزْتَقَبُ وَ يُزُولُ نَقْصُهُ فِيهِ، وَكَذَا الْمَجْنُونُ ذُو الْأَذْوَارِ.

وَلَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ فَاسِدَ الْعَقْلِ طَلَّقَ عَنْهُ الْوَلِيُّ حَبْنَدٍ، وَأَطْلَقَ جَمَاعَةً مِنَ الْأَصْحَابِ جَوَازَ طَلَاقِ الْوَلِيِّ عَنِ الْمَجْنُونِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ الْمُطْبِقِ وَغَيْرِهِ، وَفِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ، وَالتَّفْصِيلُ مُتَوَجِّهٌ، وَبِهِ قَطَعَ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْأَخْبَارَ غَيْرُ صَرِيحَةٍ فِي جَوَازِهِ مِنْ وَلِيِّهِ، وَلَكِنَّ فَخْرَ الْمُحَقِّقِينَ ادَّعَى الْأَجْمَاعَ عَلَى جَوَازِهِ فَكَانَ أَقْوَى فِي حُجَّتِهِ مِنْهَا. وَالْعَجَبُ أَنَّ الشَّيْخَ فِي الْخِلَافِ ادَّعَى الْأَجْمَاعَ عَلَى عَدَمِهِ.

(و) كَذَا (لَا) يُطَلِّقُ الْوَلِيُّ (عَنِ السَّكَرَانِ) وَكَذَا الْمُعْمَى عَلَيْهِ، وَشَارِبُ الْمُزَقِّدِ كَالْتَائِمِ، لِأَنَّ عُدْرَهُمْ مُتَوَقَّعُ الزَّوَالِ.

طلاق دهنده باید بالغ باشد بنابراین انعقاد طلاق از سوی کودک، صحیح نیست هر چند ولی به او اجازه بدهد و نیز یک دیدگاه آن است که اگر کودک ده ساله طلاق بدهد، صحیح است. طلاق دهنده باید عاقل باشد بنابراین طلاق مجنون دائمی برای همیشه و طلاق مجنون ادواری در زمان جنون، صحیح نیست. بنابراین طلاق ایشان از سوی ولی آنها یعنی پدر و جدپدری با رعایت مصلحت مجنون، صورت می‌گیرد البته مشروط بر اینکه مجنون از زمان کودکی، مجنون باشد اما اگر پس از بلوغ، عاقل شده و دوباره مجنون شده باشد، حاکم طلاق می‌دهد و نیز اگر ولی وجود نداشته باشد طلاق بدست حاکم است. ولی حق طلاق دادن از سوی کودک را ندارد چون محجور بودن کودک،

مدّت معینی است که برطرف می‌شود و جنون ادواری نیز همین حکم را دارد (یعنی حاکم باید صبر کند تا مجنون، عاقل شود، اگر صغیر در زمانی که بالغ می‌شود، مجنون باشد، ولی از طرف او طلاق می‌دهد اما گروهی از فقها گفته‌اند که ولی حق دارد از سوی مجنون، طلاق بدهد بدون اینکه میان مجنون دائمی و مجنون ادواری تفاوتی وجود داشته باشد و برخی روایت‌ها نیز این اطلاق را تأیید می‌کنند اما بهتر است تفصیل داده (و بگوئیم که ولی فقط حق طلاق از سوی مجنون دائمی را دارد و علامه در کتاب «قواعد» همین دیدگاه تفصیلی را پذیرفته است. بدان که روایت‌ها، صراحتی در مورد جواز طلاق از سوی ولی ندارند اما فخرالمحققین ادعا کرده است که تمامی فقها اتفاق نظر دارند که ولی می‌تواند از سوی مجنون، طلاق بدهد و دلالت اجماع بر جواز طلاق ولی از سوی مجنون، قوی‌تر از دلالت روایت‌هاست و عجیب است که شیخ طوسی در کتاب «خلاف»، ادعای اجماع بر عدم جواز طلاق ولی از سوی مجنون را نموده است (یعنی دو اجماع مغایر در اینجا وجود دارد) همچنین ولی حق ندارد از سوی شخص مست و بیهوش و خواب طلاق بدهد زیرا معذوریّت ایشان موقتی بوده و برطرف می‌شود.

(وِ الْاِخْتِيَارُ، فَلَا يَقَعُ طَلَاُقُ الْمُكْرَهَةِ) كَمَا لَا يَقَعُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ عَدَا مَا اسْتَشْنِي، وَ يَتَحَقَّقُ الْاِكْرَاهُ بِتَوَعُّدِهِ بِمَا يَكُونُ مُضِرّاً بِهِ فِي نَفْسِهِ، أَوْ مَنْ يَجْرِي مَجْرَاهُ بِحَسَبِ خَالِهِ مَعَ قُدْرَةِ الْمُتَوَعَّدِ عَلَى فِعْلِهِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ وَ الْعِلْمُ أَوْ الظَّنُّ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ بِهِ لَوْ لَمْ يَفْعَلْ. وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُتَوَعَّدِ بِهِ قَتْلًا، وَ جُرْحًا، وَ اخْذَ مَالٍ وَ اِنْ قَلَّ، وَ شَتْمًا، وَ ضَرْبًا، وَ حَبْسًا، وَ يَسْتَوِي فِي الثَّلَاثِ الْأَوَّلِ جَمِيعُ النَّاسِ. أَمَّا الثَّلَاثَةُ الْآخِرَةُ فَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ النَّاسِ، فَقَدْ يُؤْثَرُ قَلْبُهَا فِي الْوَجْهِ الَّذِي يُنْقَضُ ذَلِكَ، وَ قَدْ يَحْتَمِلُ بَعْضُ النَّاسِ شَيْئًا مِنْهَا لَا يُؤْثَرُ فِي قَدْرِهِ، وَ الْمَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ، وَ لَوْ خَيْرُهُ الْمُكْرَهُ بَيْنَ الطَّلَاقِ وَ دَفْعِ مَالٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ فَهُوَ اِكْرَاهٌ، بِخِلَافِ مَا لَوْ خَيْرُهُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ فِعْلٍ يَسْتَحِقُّهُ الْأَمْرُ، مِنْ مَالٍ وَ غَيْرِهِ، وَ اِنْ حَتَمَ أَحَدُهُمَا عَلَيْهِ. كَمَا لَا اِكْرَاهَ لَوْ أَلْزَمَهُ بِالطَّلَاقِ فَفَعَلَهُ قَاصِدًا إِلَيْهِ، أَوْ عَلَى طَلَاقٍ مُعَيَّنَةٍ فَطَلَّقَ غَيْرَهَا أَوْ عَلَى طَلْقَةٍ فَطَلَّقَ أَزِيدَ.

وَ لَوْ اِكْرَاهُهُ عَلَى طَلَاقٍ اِحْدَى الرَّوَجَتَيْنِ فَطَلَّقَ مُعَيَّنَةً فَلَا قُوَى أَنَّهُ اِكْرَاهٌ، إِذْ لَا يَتَحَقَّقُ فِعْلٌ مُقْتَضِي أَمْرِهِ بِدُونِ إِحْدَاهُمَا، وَ كَذَا الْقَوْلُ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ وَ الْإِبْقَاعِ، وَ لَا يُشْتَرَطُ التَّوَرِيَةُ بِأَنْ يَنْوِي غَيْرَهَا وَ اِنْ أَمْكَنْتَ.

طلاق دهنده باید دارای اختیار باشد بنابراین طلاق شخصی که با اجبار طلاق می‌دهد، جایز نیست همانگونه که سایر اعمال حقوقی او نیز جایز نیست مگر مواردی که استثنا شده باشد و اکراه به معنای آن است که کسی را نسبت به مضرات و خطرهای جانی برای خودش یا افرادی که مانند خودش هستند (مثل پدر و مادر و فرزند) بترسانند و این اکراه با توجّه به وضعیّت اکراه‌کننده و قدرت وی نسبت به عملی کردن تهدیدی که می‌نماید و نیز علم یا ظن تهدید شونده نسبت به انجام یا عدم انجام مورد تهدید، سنجیده می‌شود. برای تحقق اکراه تفاوتی ندارد که موضوع تهدید، قتل یا جراحت یا گرفتن مال هر چند ناچیز یا ضرب و شتم یا زندان و نظایر اینها باشد و در مورد قتل و جراحت و گرفتن مال، همه مردم یکسان هستند اما در مورد ضرب و شتم و حبس باید به تفاوت مردم نیز توجّه داشت زیرا گاهی ممکن است ضرب و شتم ناچیزی، نسبت به شخص آبرومندی یا شخص ناتوانی، اثر فراوان داشته باشد و ممکن است گروهی از مردم، توان تحمل مقداری از آن را داشته باشند که تأثیری در صحّت آن ندارد و به هر حال برای تشخیص سه مورد اخیر باید به عرف مراجعه کرد بنابراین اگر اکراه‌کننده به مردی بگوید که همسرت را طلاق بده یا مال زور بپرداز، اکراه محقق می‌شود برخلاف جایی که اکراه‌کننده بگوید یا همسرت را طلاق بده یا مالی را که باید بپردازی بپرداز یا کاری را که باید انجام بدهی انجام بده هر چند اکراه‌کننده، او را مشخصاً وادار به انجام یکی از این دو کار نماید. همچنین اگر طلاق دهند، خودش نیز تمایل و قصد به طلاق داشته باشد و شخصی او را ملزم نماید، اکراه محقق نمی‌شود یا اکراه‌کننده به اکراه شونده بگوید که فلان زن را طلاق بده اما اکراه شونده، زن دیگری را طلاق بدهد یا به او بگوید یکی از همسران را طلاق بده و او تعداد بیشتری را طلاق بدهد سپس طلاق در این موارد، تحقق نمی‌یابد. اگر اکراه‌کننده به اکراه شونده بگوید که یکی از این دو زن را طلاق بده (مثلاً «الف» یا «ب» را طلاق بدهد) و اکراه شونده، یکی از آن دو را به دلخواه خودش طلاق بدهد، نظریه قوی‌تر آن است که اکراه محقق می‌شود زیرا اگر یکی از آنها را طلاق ندهد، خواسته اکراه‌کننده محقق نمی‌شود و این حکم در مورد بقیه عقود و ایقاعات بغیر از طلاق نیز وجود دارد (یعنی عقد و ایقاع اکراهی، اثر ندارد) و توریه در این موارد شرط نیست بدین صورت که اکراه شونده، زنی غیر از زن خودش را نیت کند

هر چند امکان توریه وجود داشته باشد (یعنی اکراه، طلاق را بی اثر می کند هر چند اکراه شونده، امکان توریه داشته باشد و توریه نکند).

(وَالْقَصْدُ، فَلَا عِبْرَةَ بِعِبَارَةِ السَّاهِي، وَالنَّائِمِ، وَالْغَالِطِ).

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْأَوَّلِ وَالْآخِرِ: أَنَّ الْأَوَّلَ لَا قَصْدَ لَهُ مُطْلَقاً، وَالثَّانِي لَهُ قَصْدٌ إِلَى غَيْرِ مَنْ طَلَّقَهَا فَعَلَطَ وَتَلَفَّظَ بِهَا.

وَمِثْلُهُ مَا لَوْ ظَنَّ زَوْجَتَهُ أَجْنَبِيَّةً بِأَنْ كَانَتْ فِي ظُلْمَةٍ، أَوْ أَنْكَحَهَا لَهُ وَلِيُّهُ أَوْ وَكِيلُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ، وَيُصَدَّقُ فِي ظَنِّهِ ظَاهِراً وَفِي عَدَمِ الْقَصْدِ لَوْ ادَّعَاهُ مَا لَمْ تَخْرُجِ الْعِدَّةُ الرَّجْعِيَّةُ، وَلَا يُقْبَلُ فِي غَيْرِهَا، إِلَّا مَعَ اتِّصَالِ الدَّعْوَى بِالصَّبِغَةِ، وَأُطْلِقَ جَمَاعَةً مِنَ الْأَصْحَابِ قَبُولَ قَوْلِهِ فِي الْعِدَّةِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ.

طلاق دهنده باید قصد داشته باشد بنابراین طلاق شخصی که سهواً طلاق می دهد یا در خواب طلاق دهد یا اشتباهاً طلاق می دهد، اعتباری ندارد و تفاوت میان سهو و اشتباه، آن است که سهوکننده، اساساً هیچ معنایی را قصد نمی کند اما اشتباه کننده، معنایی را قصد می کند اما معنای طلاق را قصد نمی کند (یعنی معنای لفظی که بیان می کند در نظر او نیست) و مانند اشتباه کننده است کسی که گمان می کند همسرش، همسر او نیست مانند اینکه همسرش در تاریکی باشد (یعنی به زنی که در تاریکی می باشد و همسر واقعی اوست اما گمان می کند زن بیگانه ای است بگوید: «تو را طلاق دادم» پس این طلاق محقق نمی شود، یا ولی یا وکیل مرد، زنی را به عقد او درآورده باشند اما شوهر، اطلاع نداشته باشد (و این زن را که گمان می کرده است زن او نیست طلاق بدهد پس طلاق وی محقق نمی شود) و شوهر را باید در ظاهر تأیید کرد و نیز باید اگر ادعای عدم قصد طلاق را می نماید، او را تأیید نمود اما اگر زن از عده رجعی خارج شده باشد نمی توان سخنان مرد را تأیید کرد و نیز اگر طلاق غیر رجعی و بائن داده باشد، سخن وی پذیرفته نمی شود (زیرا اگر طلاق بائن داده باشد، رابطه زوجیت قطع شده و بازگشت شوهر نیاز به عقد جدید دارد اما اگر طلاق رجعی داده باشد بازگشت وی نیاز به عقد جدید ندارد و آن زن در زمان عقد، زوجۀ اوست اعم از اینکه ادعای قصد طلاق را بنماید یا خیر؛ مگر اینکه بلافاصله پس از آنکه صیغه طلاق را جاری نمود، ادعا کند که قصد طلاق را نداشته است (که در این صورت، ادعای او پذیرفته می شود) البته گروهی از فقها گفته اند که تفاوتی میان طلاق بائن و رجعی وجود ندارد بلکه در هر صورت،

ادعای مرد پذیرفته می شود.

(وَيَجُوزُ تَوَكُّيلُ الزَّوْجَةِ فِي طَلَقِ نَفْسِهَا وَغَيْرِهَا)، كَمَا يَجُوزُ تَوَلِّيُّهَا غَيْرَهُ مِنْ الْعُقُودِ، لِأَنَّهَا

كَامِلَةٌ، فَلَا وَجْهَ لِسَلْبِ عِبَارَتِهَا فِيهِ، وَلَا يَقْدَحُ كَوْنُهَا بِمَنْزِلَةِ مُوجِبَةٍ وَقَابِلَةٍ عَلَى تَقْدِيرِ طَلَقِ نَفْسِهَا، لِأَنَّ الْمُغَايِرَةَ الْإِغْتِبَارِيَّةَ كَافِيَةٌ. وَهُوَ مِمَّا يَقْبَلُ التَّيَابَةَ فَلَا خُصُوصِيَّةَ لِلنَّائِبِ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» لَا يُنَافِيهِ، لِأَنَّ يَدَهَا مُسْتَفَادَةٌ مِنْ يَدِهِ، مَعَ أَنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى الْحَصْرِ ضَعِيفَةٌ.

مرد می تواند به همسرش وکالت بدهد تا خودش و امطلقه یا شخص دیگری را طلاق بدهد همانگونه که زن می تواند انجام بقیه عقود و اعمال حقوقی را برعهده بگیرد زیرا زن، انسان کاملی است و عبارت هایی را که بکار می برد، صحیح است و دلیلی برای بی اعتبار دانستن وکالت یا نمایندگی وی وجود ندارد و ایرادی ندارد که زن در صورتی که وکیل در طلاق دادن خودش باشد، طلاق را بعنوان موجب و قابل، انجام دهد زیرا مغایرت اعتباری میان موجب و قابل، کفایت می کند (یعنی هر چند زن در خارج، یک نفر است ولی عنوان موجب بودن و قابل بودن، دو عنوان مغایر و جدا هستند هر چند تغایر آنها، واقعی و ذاتی نیست بلکه اعتباری و قراردادی می باشد و طلاق نیز جزء اموری است که می توان آنها را به نمایندگی انجام داد و وکیل، ویژگی خاصی ندارد و روایتی که می فرماید: «طلاق بدست شوهر است» منافاتی با دادن نمایندگی به زن ندارد زیرا زن به نمایندگی از مرد، طلاق می دهد (و گویی شوهر، صیغه طلاق را جاری می کند) و این روایت نیز دلالتی ندارد که اجرای صیغه طلاق در اختیار انحصاری مرد می باشد (چون هیچیک از عبارتهای انحصار لفظ در اینجا بکار نرفته است).

(وَيَعْتَبَرُ فِي الْمُطَلَّاقَةِ الزَّوْجِيَّةِ) فَلَا يَقَعُ بِالْأَجْنَبِيَّةِ وَإِنْ عَلَّقَهُ عَلَى النِّكَاحِ، وَلَا بِالْأَمَةِ، (وَالِدَوَامِ)، فَلَا يَقَعُ بِالْمَتَمَتِّعِ بِهَا (وَالطَّهْرُ مِنَ الْحَيْضِ وَالتَّفَاسِ إِذَا كَانَتْ الْمُطَلَّاقَةُ مَدْخُولًا بِهَا خَائِلًا حَاضِرًا زَوْجُهَا مَعَهَا) فَلَوْ اخْتَلَّ أَحَدُ الشَّرُوطِ الثَّلَاثَةِ بَأَنَّ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، أَوْ خَائِلًا إِنْ قُلْنَا بِجَوَازِ حَيْضِهَا، أَوْ زَوْجُهَا غَائِبٌ عَنْهَا صَحَّ طَلَقُهَا وَإِنْ كَانَتْ خَائِضًا أَوْ نَفْسَاءً، لَكِنْ لَيْسَ مُطْلَقُ الْعَيْبَةِ كَافِيًا فِي صِحَّةِ طَلَقِهَا، بَلِ الْعَيْبَةُ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ.

وَ قَدْ اخْتَلَفَ فِي حَدِّ الْعَيْبَةِ الْمَجْزُورَةِ لَهُ عَلَى أَقْوَالٍ: أَجْوَدُهَا مُضِيُّ مُدَّةٍ يُعْلَمُ أَوْ يُظَنُّ انْتِقَالُهَا مِنَ الطُّهْرِ الَّذِي وَقَعَهَا فِيهِ إِلَى غَيْرِهِ. وَ يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ عَادَتِهَا فَمِنْ نَمَّ اخْتَلَفَ الْأَخْبَارُ فِي تَقْدِيرِهَا، وَ اخْتَلَفَ بِسَبَبِهَا الْأَقْوَالُ، فَإِذَا حَصَلَ الظَّنُّ بِذَلِكَ جَارَ طَلَاقُهَا، وَإِنْ اتَّفَقَ كَوْنُهَا حَائِضًا حَالَ الطَّلَاقِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَيْضِهَا حَبْنَدٌ وَلَوْ بِخَبَرٍ مَنْ يُعْتَمَدُ عَلَى خَبَرِهِ شَرْعًا، وَإِلَّا بَطَلَ، وَ فِي حُكْمِ عِلْمِهِ بِحَيْضِهَا عِلْمُهُ بِكَوْنِهَا فِي طُّهْرِ الْمُوَافَقَةِ عَلَى الْأَقْوَى. وَ فِي الْمَسْأَلَةِ بَحْثٌ عَرِضٌ قَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي رِسَالَةٍ مُفْرَدَةٍ مَنْ أَرَادَ تَحْقِيقَ الْأَحَالِ فَلْيَقِفْ عَلَيْهَا. وَ فِي حُكْمِ الْغَائِبِ مَنْ لَا يُمَكِّنُهُ مَعْرِفَةُ حَالِهَا لِحَيْسٍ وَ نَحْوِهِ مَعَ حُضُورِهِ. كَمَا أَنَّ الْغَائِبَ الَّذِي يُمَكِّنُهُ مَعْرِفَةُ حَالِهَا أَوْ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ الْمُعْتَبَرَةِ، فِي حُكْمِ الْحَاضِرِ. وَ يَتَحَقَّقُ ظَنُّ انْقِضَاءِ نِفَاسِهَا بِمُضِيِّ زَمَانٍ تَلَدٌ فِيهِ عَادَةً وَ أَكْثَرُ النَّفَاسِ بَعْدَهَا، أَوْ عَادَتِهَا فِيهِ. وَ لَوْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ كُلُّهُ وَ لَمْ يَظُنَّهُ تَرَبُّصَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ كَالْمُسْتَرَاتَةِ.

زنی که طلاق داده می شود باید همسر طلاق دهنده باشد بنابراین طلاق زن بیگانه، جایز نیست هر چند معلق بر نکاح شود (یعنی مرد به زنی بگوید: «اگر همسر من شدی، تو را طلاق می دهم») همچنین کنیز را نمی توان طلاق داد (چون طلاق مخصوص زنان آزاد و غیر برده است) و زنی که طلاق داده می شود باید همسر دائمی طلاق دهنده باشد بنابراین طلاق دادن زنی که در ازدواج موقت می باشد، جایز نیست. زنی که طلاق داده می شود باید چنانچه با وی نزدیکی شده است، در حال حیض و نفاس نباشد و باید حامله نباشد البته مشروط بر اینکه شوهرش حاضر باشد (بنابراین اگر مرد، غایب باشد و علم به حیض بودن همسرش نداشته باشد، اشکالی ندارد که او را طلاق بدهد و احراز حیض نبودن زن، لازم نیست. بنابراین اگر یکی از این سه شرط فراهم نبود (یعنی با زن نزدیکی صورت گرفته باشد یا حامله باشد یا شوهرش حاضر باشد، زن باید در حال حیض و نفاس نباشد البته مشروط بر اینکه اعتقاد داشته باشیم که حیض بودن زن با حامله بودن زن قابل جمع است (یعنی امکان داشته باشد که زن حامله، حیض نیز بشود. طلاق زن توسط شوهر غایب وی، صحیح است هر چند زن در حال حیض یا نفاس باشد. البته هرگونه غیبتی در اینجا برای صحت طلاق، کفایت نمی کند بلکه باید غیبت مخصوصی باشد (یعنی غیبتی که امکان اطلاع شوهر از حیض بودن زن وجود نداشته باشد). در مورد میزان غیبتی که می توان در آن غیبت، زن را طلاق داد اختلاف نظر وجود دارد؛ بهترین نظریه آن است که مدتی سپری شده باشد که مرد، علم یا ظن داشته باشد

که زن از طهارتی که نزدیکی در آن واقع شده است، منتقل شده است (یعنی از زمانی که مرد با همسرش نزدیکی کرده و از وی جدا شده است، مدتی گذشته باشد که در آن مدت معمولاً زن از حالت طهارت خارج شده وارد طهارت دیگری شده است چون نزدیکی و طلاق باید در حالت طهارت زن باشد منتها طهارت‌ها نباید، یکی باشد) و زمانی که طول می‌کشد تا زن از یک طهارت خارج شده و وارد طهارت دیگری گردد، در زنان مختلف، تفاوت دارد و به همین جهت است که روایت‌ها نیز، زمان‌های گوناگونی را اعلام کرده‌اند و در نتیجه نظریه‌ها نیز متفاوت شده است (برخی از فقها، مدت یک ماه و برخی، پنج تا شش ماه را تعیین کرده‌اند و برخی هم زمانی را بیان نکرده‌اند) بنابراین وقتی مرد، ظن پیدا کند که از یک طهارت خارج شده و وارد طهارت دیگری شده است، می‌تواند همسرش را طلاق بدهد هر چند زن در زمانی که طلاق داده می‌شود، در حالت حیض باشد زیرا مرد در زمانی که همسرش را طلاق می‌دهد، علم به حریض بودن همسرش ندارد هر چند به صورت خبر شخص موثق و معتمدی باشد اما اگر مرد بداند که همسرش در حال حیض بوده است، طلاق وی باطل است و نیز اگر مرد بداند که زن از طهارتی که در آن نزدیکی کرده است، خارج نشده است مانند حالتی است که بداند زنش در حالت حیض می‌باشد بنابراین براساس نظریه قوی‌تر، طلاق باطل است (چون طلاق و نزدیکی نباید در یک طهارت، صورت گیرد). این مساله، بحثی طولانی دارد که در رساله‌ای مستقل، آن را بیان کرده‌ایم بنابراین هرکس نیاز به اطلاع بیشتر دارد به آنجا مراجعه کند. شوهری که بخاطر زندان بودن یا مسائلی از این دست نمی‌تواند از وضعیت همسرش باخبر شود مانند همسری است که در غیبت بسر می‌برد همانگونه که اگر شوهر غایب بتواند از وضعیت حیض بودن یا نبودن همسرش اطلاع پیدا کند مانند شوهری است که حضور دارد. برای اینکه ظن پیدا شود که نفاس زن پایان یافته است یا خیر باید زمانی بگذرد که معمولاً ولادت در آن رخ می‌دهد یا اکثر زمان نفاس بعد از ولادت، سپری شود یا عادت زن در حیض بگذرد هر چند مرد با گذشتن این سه زمان، علم به منقضی شدن نفاس نداشته باشد.

(وَالْتَّعِينُ) أَيْ: تَعِينُ الْمُطَلَّقَةَ لَفْظاً أَوْ نِيَّةً، فَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ لَا بَعِيْثُهَا بَطَلَ (عَلَى الْأَقْوَى)، لِأَصَالَةِ بَقَاءِ النِّكَاحِ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِسَبَبٍ مُحَقَّقٍ السَّبَبِيَّةِ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ أَمْرٌ مُعَيَّنٌ فَلَا يَبْدَأُ لَهُ مِنْ مَحَلٍّ مُعَيَّنٍ، وَ حَيْثُ لَا مَحَلٍّ فَلَا طَّلَاقَ، وَلِأَنَّ الْأَحْكَامَ مِنْ قَبِيلِ

الْأَعْرَاضِ، فَلَا بُدَّ لَهَا مِنْ مَحَلٍّ تَقُومُ بِهِ، وَلِأَنَّ تَوَابِعَ الطَّلَاقِ مِنَ الْعِدَّةِ وَغَيْرِهَا لَا بُدَّ لَهَا مِنْ مَحَلٍّ مُعَيَّنٍ.

وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ وَتُسْتَخْرَجُ الْمُطَلَّقَةُ بِالْقُرْعَةِ أَوْ يُعَيَّنُ مِنْ شَاءٍ، لِغُضْمٍ مَشْرُوعٍ عِيَّةِ الطَّلَاقِ، وَ مَحَلُّ الْمُبْهَمِ جَازٍ أَنْ يَكُونَ مُبْهَمًا، وَلِأَنَّ إِحْدَاهُمَا زَوْجَةً وَكُلُّ زَوْجَةٍ يَصِحُّ طَلَاقُهَا، وَقَوَاهُ الْمُصَنَّفُ فِي الشَّرْحِ، وَ يَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ الْعِدَّةِ، فَقِيلَ: ابْتِدَاؤُهَا مِنْ حِينِ الْإِيقَاعِ. وَقِيلَ: مِنْ حِينِ التَّعْيِينِ، وَ يَتَفَرَّغُ عَلَيْهِ أَيْضًا قُرْعٌ كَثِيرَةٌ لَيْسَ هَذَا مَوْضِعَ ذِكْرِهَا.

زن باید در هنگام طلاق، معین و مشخص باشد یعنی زن در لفظ و قصد خودش، او را مشخص کند بنابراین اگر مردی، یکی از زنان خود را به صورت نامعین طلاق بدهد بنابراین نظریه قوی تر، طلاقش باطل است زیرا هنگام شک در تحقق طلاق، اصل بر بقای نکاح است (یعنی وجود نکاح را استصحاب می کنیم) بنابراین نکاح در صورتی از بین می رود که سبب آن (یعنی طلاق معین)، بوجود آید و نیز طلاق نامعین از آن جهت، باطل است که طلاق، یک امر معین می باشد بنابراین باید بر روی شخص معین صورت گیرد و اگر بر روی شخص معینی صورت نگیرد، طلاقی بوجود نمی آید و (دلیل سوم برای بطلان طلاق نامعین، آن است که) احکام شرعی، عرض هایی هستند که بر جسمی عارض می شوند (مانند سفیدی که تا چوب یا پارچه یا جسمی نباشد امکان بوجود آوردن آن نیست) بنابراین احکام شرعی نیاز به محلی دارند که در آن تحقق پیدا کنند و (دلیل چهارم اینکه)، احکام تبعی و آثار طلاق مانند عده و نظایر آن باید در محل معینی، تحقق یابد (مثلاً وقتی معلوم نباشد چه کسی طلاق داده شده است پس چه کسی عده نگه دارد؟) یک دیدگاه، آن است که معین بودن زن، شرط صحت طلاق نیست بلکه زن مطلقه از راه قرعه مشخص می شود و یا تعیین وی برعهده شوهر قرار داده می شود زیرا مشروعیت طلاق، عام است (و عدم آن شامل چنین طلاقی نیز می شود) و محل چیزی که مبهم است امکان دارد که مبهم باشد و در هر صورت یکی از دو زن نامعین، همسر طلاق دهنده هستند و هر همسری را می توان طلاق داد. مصنف در شرح خود، این نظریه را قوی دانسته است و مسأله عده نیز متفرع بر این مسأله است (یعنی عده نیز بستگی به طلاق نامعین دارد) پس یک دیدگاه، آن است که عده از زمان وقوع طلاق شروع می شود و یک نظر، آن است که زن باید از زمانی عده را شروع کند که همسرش او را تعیین می کند و مسائل فرعی دیگری نیز بر این مسأله بار می شود.

(الفصل الثاني: في أقسامه)

وَهُوَ يَنْقَسِمُ أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ (وَهِيَ) مَا عَدَا الْمُبَاحَ وَهُوَ مُتَسَاوِي الطَّرْفَيْنِ مِنَ الْأَحْكَامِ الْخُمْسِيَّةِ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ، بَلْ إِمَّا رَاجِحٌ أَوْ مَرْجُوحٌ مَعَ الْمَنْعِ مِنَ النَّقِيزِ وَتَعَيُّنِهِ أَمْ لَا، وَتَفْصِيلُهَا أَنَّهُ: (إِمَّا حَرَامٌ وَهُوَ طَلَاقُ الْحَائِضِ لَا مَعَ الْمُصَحِّحِ لَهُ) وَهُوَ أَحَدُ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ السَّابِقَةِ أَغْنَى: عَدَمَ الدُّخُولِ، أَوِ الْحَمْلِ، أَوِ الْغَيْبَةِ، (وَكَذَا لِنَفْسَاءٍ، وَفِي طَهْرٍ جَامِعِهَا فِيهِ) وَهِيَ غَيْرُ صَغِيرَةٍ وَلَا يَأْسَةِ، وَلَا حَامِلٍ مَعَ عِلْمِهِ بِحَالِهَا أَوْ مُطْلَقًا، نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ لَا يُسْتَنْبَى لِلْغَائِبِ إِلَّا كَوْنُهَا حَائِضًا، عَمَلًا بِظَاهِرِ النَّصِّ.

(وَالثَّلَاثُ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ) وَالتَّخْرِيمُ هُنَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَجْمُوعِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَجْمُوعٌ وَذَلِكَ لَا يُنَافِي تَحْلِيلَ بَعْضِ أَفْرَادِهِ وَهُوَ الطَّلَاقُ الْأَوَّلِيُّ إِذَا لَا مَنَعَ مِنْهَا إِذَا اجْتَمَعَتِ الشَّرَائِطُ. (وَكُلُّهُ) أَيِ الطَّلَاقِ الْمَحْرَمِ بِجَمِيعِ أَقْسَامِهِ (لَا يَقَعُ) بَلْ يَبْطُلُ (لَكِنْ يَقَعُ فِي) الطَّلَاقَاتِ (الثَّلَاثِ) مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ (وَاحِدَةً) وَهِيَ الْأَوَّلِيُّ، أَوِ الثَّانِيَّةُ عَلَى تَقْدِيرِ وَفُوعٍ خَلَلٍ فِي الْأَوَّلِيِّ، أَوِ الثَّلَاثَةُ عَلَى تَقْدِيرِ فُسَادِ الْأَوَّلِيَيْنِ.

فصل دوم - اقسام طلاق

طلاق را به چهار متهم، تقسیم کرده‌اند؛ و این چهار قسم، غیر از طلاقی است که از نظر برتری داشتن یا نداشتن، مساوی الطرفین می‌باشد البته این متهم (وگرنه با آن طلاق، پنج قسم می‌شود). بنابراین طلاقی که متساوی الطرفین نیست یا رجحان دارد و یا رجحان ندارد بلکه مرجوع است و نقیض آن نیز ممنوع می‌باشد و یا انجام آن حرام است و یا نقیض آن ممنوع نیست (یعنی طلاقی که انجام آن برتری دارد یا واجب است در صورتی که نقیض آن ممنوع باشد و یا مستحب است و طلاقی که مرجوح است یا حرام است در صورتی که نقیض آن ممنوع باشد و یا مکروه است پس اقسام طلاق عبارت

است از: واجب، مستحب، حرام و مکروه که غیر از طلاق مباح می باشد.) تفصیل اتهام طلاق بدین صورت است که یا حرام می باشد و عبارت است از طلاق زنی که در حیض می باشد و مجوز طلاق را ندارد و مجوزهای طلاق، یکی از سه امری است که قبلاً بیان گردید یعنی عدم نزدیکی، حامله نبودن و غیبت شوهر؛ طلاق زنی که در نفاس باشد نیز حرام است و نیز طلاق زنی که در همان طهارت نزدیکی، طلاق داده شده است در حالی که، صغیر و یائسه و حامله نیست و مرد نیز از وضعیت همسرش اطلاع دارد (یعنی می داند که هنوز از طهارت نزدیکی خارج نشده است) و یا حتی اگر علم به خروج از طهارت نزدیکی ندارد باز هم طلاق وی جایز نیست زیرا در مورد شخص غایب فقط حالت حیض بودن زن براساس ظاهر روایت، استثنا شده است (یعنی استثنائاً اجازه داده شده است که اگر وضعیت حیض زن را نمی داند بتواند او را طلاق بدهد اما در مورد جهل به طهارت، استثنایی وجود ندارد بنابراین مرد باید علم پیدا کند. سه بار طلاق دادن بدون اینکه رجوعی میان آنها صورت گیرد نیز جزء طلاق های حرام است (یعنی مرد با یک صیغه به همسرش بگوید: «تو را سه بار طلاق دارم») البته حرمتی که در اینجا وجود دارد، حرمت مجموعی است یعنی هر سه طلاق صورت نمی گیرد بنابراین منافاتی ندارد که یکی از آنها یعنی طلاق اولی، محقق شود زیرا طلاق اولی، شرایط صحت را دارد. طلاق های حرام، کلاً باطل هستند بجز سه طلاق که بدون رجوع، صورت می گیرد زیرا طلاق اولی، صحیح است و یا اگر طلاق اولی، شرایط صحت را نداشته باشد، طلاق دوم صحیح است و اگر طلاق دومی نیز شرایط صحت را نداشته باشد، طلاق سوم صحیح است (و خلاصه اینکه یکی از این سه طلاق که شرایط صحت را داشته باشد، صحیح است مگر اینکه هیچکدام، شرایط صحت را نداشته باشد و در هر حال، امکان صحّت هر سه طلاق وجود ندارد).

(وَإِمَّا مَكْرُوهٌ، وَهُوَ الطَّلَاقُ مَعَ التِّثَامِ الْأَخْلَاقِ) أَي: أَخْلَاقِ الرِّوَجَيْنِ، فَإِنَّهُ مَا مِنْ شَيْءٍ مِّمَّا أَحَلَّهُ اللَّهُ تَعَالَى أَبْغَضُ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ. وَ ذَلِكَ حَيْثُ لَا مُوجِبَ لَهُ.

طلاق مکروه، طلاقی است که زن و مرد، تفاهم اخلاقی دارند و بدون توجیه خاصی صورت می گیرد و علت کرامت این طلاق آن است که در روایات آن است که طلاق، مبعوض ترین حلالی است که خداوند برای بندگان قرار داده است و این طلاق، طلاقی

است که هیچ سبب و علتی ندارد.

(وَإِمَّا وَاجِبٌ، وَهُوَ طَلَاقُ الْمُؤَلِّي، وَالْمُظَاهِرُ)، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ: الْفَيْئَةُ، أَوْ الطَّلَاقُ كَمَا سَيَأْتِي، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُوصَفُ بِالْوُجُوبِ التَّخْيِيرِيِّ، وَهُوَ وَاجِبٌ يَقُولُ مُطْلَقٌ.

طلاق واجب، طلاق مردی است که همسر خود را ایلاء یاظهار کرده است. چنین مردی باید یا ندیه بدهد یا همسرش را طلاق بدهد و ندیه یا طلاق، واجب تخییری می باشد بنابراین طلاق، واجب است هر چند وجوب آن، وجوب تخییری باشد (یعنی در هر صورت، عنوان «طلاق واجب» را دارد.

(وَإِمَّا سُنَّةٌ، وَهُوَ الطَّلَاقُ مَعَ الشَّقَاقِ) بَيْنَهُمَا، (وَعَدَمَ رَجَاءِ الْإِجْتِمَاعِ) وَالْوِفَاقِ، (وَالْخَوْفِ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْمَعْصِيَةِ)، يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مِنْ تَتِمَّةِ شَرَائِطِ سُنَّتِهِ عَلَى تَقْدِيرِ الشَّقَاقِ، وَ يُمَكِّنُ كَوْنَهُ فَرْدًا بِرَأْسِهِ. وَهُوَ الْأَظْهَرُ، فَإِنَّ خَوْفَ الْوُقُوعِ فِي الْمَعْصِيَةِ قَدْ يُجَامِعُ اتِّفَاقَهُمَا فَيُسَنُّ تَخَلُّصًا مِنَ الْخَوْفِ الْمَذْكُورِ إِنْ لَمْ يَجِبْ كَمَا وَجَبَ النِّكَاحُ لَهُ.

طلاق مستحب، طلاقی است که در حالت کینه و دشمنی میان زن و شوهر، صورت می گیرد و امیدی هم به سازش و توافق آنها وجود ندارد و بیم آن می رود که ادامه زندگی موجب گناه (از قبیل فحاشی و ضرب و شتم) شود. احتمال می رود که شرایط «ترس از وقوع در گناه، در تکمیل شرایط مستحب بودن طلاق در صورت اختلاف باشد و امکان هم دارد که شرط جداگانه ای به حساب آید و بهتر است آن را شرط و سبب مستقل به حساب آوریم زیرا ممکن است زن و شوهری باهم تفاهم اخلاقی داشته باشند اما بازهم بیم گناه وجود داشته باشد بنابراین برای رهایی از این بیم، طلاق مستحب می شود در صورتی که آن را واجب ندانیم همانگونه که نکاح برای ترس از معصیت، ممکن است واجب شود.

(وَيُطْلَقُ الطَّلَاقُ السُّنِّيُّ) الْمُنْسُوبُ إِلَى السُّنَّةِ (عَلَى كُلِّ طَلَاقٍ جَائِزٍ شَرْعًا). وَ الْمُرَادُ بِهِ الْجَائِزُ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَ (وَهُوَ هُنَا مَا قَابِلَ الْحَرَامِ) وَيُقَالُ لَهُ: طَلَاقُ السُّنَّةِ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَ. وَيُقَابِلُهُ الْبِدْعِيُّ وَهُوَ الْحَرَامُ. وَيُطْلَقُ السُّنِّيُّ عَلَى مَعْنَى أَحْصَ مِنَ الْأَوَّلِ، وَهُوَ أَنْ يُطْلَقَ عَلَى الشَّرَائِطِ ثُمَّ يَتْرُكَهَا حَتَّى تَخْرُجَ مِنَ الْعِدَّةِ وَ يَعْقِدَ عَلَيْهَا ثَانِيًا، وَيُقَالُ لَهُ: طَلَاقُ السُّنَّةِ بِالْمَعْنَى الْأَخْصَ، وَ سَيَأْتِي مَا يَخْتَلِفُ مِنْ حُكْمِهِمَا.

(وَهُوَ) أَيِ الطَّلَاقِ السَّنِيِّ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَى (ثَلَاثَةً) أَقْسَامًا:
 (بَائِنٌ) لَا يُمَكِّنُ لِلْمُطَلَّقِ الرُّجُوعَ فِيهِ ابْتِدَاءً (وَهُوَ سِتَّةٌ: طَلَاقٌ غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا)
 دُخُولاً يُوجِبُ الْغُسْلَ فِي قَبْلِ أَوْ دُبُرٍ، (وَالْيَائِسَةُ) مِنَ الْحَيْضِ وَمِثْلُهَا لَا يَحِضُ، (وَالصَّغِيرَةُ)، إِذْ لَا عِدَّةَ لِهَذِهِ الثَّلَاثِ وَلَا رُجُوعَ إِلَّا فِي عِدَّةٍ (وَ) طَلَاقُ (الْمُخْتَلَعَةِ، وَ
 الْمُبَارَاةِ مَا لَمْ تَرْجِعَا فِي الْبَذْلِ) فَإِذَا رَجَعْنَا صَارَ رَجْعِيًّا (وَالْمُطَلَّاقَةُ ثَالِثَةً) ثَلَاثَةً (بَعْدَ
 رَجْعَتَيْنِ) كُلُّ وَاحِدَةٍ عَقِيبَ طَلْقَةٍ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، وَثَانِيَةً بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْأُولَى رَجْعَةٌ إِنْ كَانَتْ
 أَمَةً.

طلاق سنی به هر طلاقی گفته می شود که در شرع، جایز باشد و منظور از جواز نیز جواز به معنای اعم است که در مقابل حرام قرار دارد، به این طلاق که (شامل طلاق واجب، مستحب و مکروه می شود)، طلاق سنی به معنای اعم گفته می شود و در مقابل طلاق بدعی قرار دارد که همان طلاق حرام است. همچنین طلاق سنی به معنای اخص نیز وجود دارد و آن، طلاقی است که براساس شرایط طلاق انجام می شود (یعنی زن در حیض و طهر مواقعه و حاملگی نیست) و سپس زوج، زن را رها می کند تا از عده خارج شود و بعد از انقضای عده، دوباره او را به عقد خود درمی آورد که به آن «طلاق سنی به معنای اخص» گفته می شود و احکام این دو طلاق را بعداً بیان می کنیم. طلاق سنی به معنای اعم بر سه قسم است؛ یکی طلاق بائن است که طلاق دهنده پس از طلاق، حق رجوع ابتدائی به همسرش را ندارد و این طلاق، برشش نوع می باشد:

طلاق اول، طلاق زنی که با وی نزدیکی صورت نگرفته باشد و منظور از نزدیکی، نزدیکی از جلو یا عقب می باشد که موجب غسل می شود طلاق دوّم بائن، طلاق زن یائسه است یعنی زنی که معمولاً در چنین سنی، حیض نمی شود. طلاق سوّم بائن، طلاق زن صغیر است زیرا این سه گروه، عده ندارند و رجوع هم فقط در مورد زنی است که باید عده نگه دارد. طلاق بائن چهارم و پنجم، طلاق زنی است که از راه طلاق خلع و مبارات، جدا شده است تا زمانی که زن، نسبت به بغل خود رجوع نکرده باشد بنابراین به محض اینکه رجوع کنند، طلاق آنها رجعی می شود. طلاق بائن ششم، طلاق زنی است که بعد از دو رجوع، سه بار طلاق داده شده است و هر رجوعی نیز بعد از یک طلاق، رخ داده است و اگر کنیز باشد، دو طلاق داده شده باشد و در فاصله دو طلاق، یک رجوع

صورت گرفته باشد.

(وَرَجْعِيٌّ: وَهُوَ مَا لِلْمُطَلَّقِ فِيهِ الرَّجْعَةُ)، سَوَاءٌ (رَجَعَ أَوْ لَا) فَإِذَا طُلِّقَ الرَّجْعِيُّ عَلَيْهِ بِسَبَبٍ جَوَّازٍ هَا فِيهِ كَاطِلَاقِ الْكَاتِبِ عَلَى مُطَلَّقِ الْإِنْسَانِ مِنْ حَيْثُ صَلَاحِيَّتُهُ لَهَا.

طلاق رجعی به طلاق گفته می شود که طلاق دهنده حق رجوع به همسرش را داشته باشد اعم از اینکه رجوع کرده باشد یا رجوع نکرده باشد بنابراین نام «رجعی» را از آن جهت به چنین طلاق، اطلاق کرده اند که سبب جواز رجوع در آن وجود دارد مانند اینکه واژه «کاتب» به تمامی انسان ها گفته می شود زیرا صلاحیت کاتب بودن را دارند (هر چند فعلاً کاتب نباشند)

(وَالثَّالِثُ طَلَاقُ الْعِدَّةِ، وَهُوَ أَنْ يُطْلَقَ عَلَى الشَّرَاطِ ثُمَّ يَرْجِعَ فِي الْعِدَّةِ وَيَطَأَ، ثُمَّ تُطْلَقَ فِي طَهْرٍ آخَرَ)، وَإِذَا طُلِّقَ الْعِدِّيُّ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ الرَّجُوعُ فِيهِ فِي الْعِدَّةِ، وَجَعَلَهُ قَسِيمًا لِلأَوَّلَيْنِ يَفْتَضِي مُغَايَرَتَهُ لهُمَا مَعَ أَنَّهُ أَخَصَّ مِنَ الثَّانِي، فَإِنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ أَفْرَادِهِ بَلْ أَظْهَرُهَا حَيْثُ رَجَعَ فِي الْعِدَّةِ، فَلَوْ جَعَلَهُ قَسَمَيْنِ ثُمَّ قَسَمَ الرَّجْعِيُّ إِلَيْهِ وَإِلَى غَيْرِهِ كَانَ أَجُودَ. (وَهَذِهِ) أَعْنِي: الْمُطَلَّقةَ لِلْعِدَّةِ (تَحْرُمُ فِي التَّاسِعَةِ أَبَدًا) إِذَا كَانَتْ حُرَّةً، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهَا تَحْرُمُ فِي كُلِّ ثَلَاثَةٍ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، وَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ طَلَاقُهَا لِلْعِدَّةِ مَرَّتَيْنِ مِنْ كُلِّ ثَلَاثَةٍ، لِأَنَّ الثَّالِثَ لَا يَكُونُ عِدَّتِيًّا حَيْثُ لَا رُجُوعَ فِيهَا فِيهِ (وَمَا عِدَّةُ) مِنْ أَقْسَامِ الطَّلَاقِ الصَّحِيحِ وَهُوَ مَا إِذَا رَجَعَ فِيهَا وَتَجَرَّدَ عَنِ الْوُطْءِ، أَوْ بَعْدَهَا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ وَإِنْ وَطِئَ (تَحْرُمُ) الْمُطَلَّقةُ (فِي كُلِّ ثَلَاثَةٍ لِلْحُرَّةِ، وَفِي كُلِّ ثَانِيَةٍ لِلْأَمَةِ).

وَفِي الْخَاقِ طَلَاقِ الْمُخْتَلَعَةِ إِذَا رَجَعَ فِي الْعِدَّةِ بَعْدَ رُجُوعِهَا فِي الْبَدَلِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهَا فِي الْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ بِهِ قَوْلَانِ: مُنْشَوُّهُمَا، مِنْ أَنَّ الْأَوَّلَ مِنْ أَقْسَامِ الْبَائِنِ وَالْعِدِّيِّ مِنْ أَقْسَامِ الرَّجْعِيِّ، وَأَنَّ شَرْطَهُ الرَّجُوعُ فِي الْعِدَّةِ وَالْعَقْدُ الْجَدِيدُ لَا يُعَدُّ رُجُوعًا. وَمِنْ أَنَّ رُجُوعَهَا فِي الْبَدَلِ صَيَّرَهُ رَجْعِيًّا. وَأَنَّ الْعَقْدَ فِي الرَّجْعِيِّ بِمَعْنَى الرَّجْعَةِ. وَالْأَفْوَى الْخَاقُ الْأَوَّلُ بِهِ دُونَ الثَّانِي، لِاخْتِلَالِ الشَّرْطِ وَمَنْعِ الْخَاقِ الْمُسَاوِي بِمِثْلِهِ.

طلاق عدی، سومین قسم از اقسام طلاق می باشد و به طلاق گفته می شود که مرد، همسرش را با شرایط لازم طلاق می دهد و پس در زمان عده به وی رجوع می کند و با وی نزدیکی می نماید و پس او را در طهارت دیگری طلاق می دهد. این طلاق را از آن جهت «طلاق عدی» می نامند که مرد در زمان عده رجوع می کند و مصنف، این طلاق را در

مقابل طلاق بائن و رجعی قرار داده است و بنابراین اصولاً باید با آن دو طلاق، تفاوت داشته باشد در حالیکه خاص‌تر از طلاق رجعی می‌باشد (چون طلاق رجعی، اعم از آن است که رجوع صورت بگیرد یا نگیرد اما در اینجا رجوع صورت می‌گیرد) بنابراین طلاق عدّی، یکی از افراد و اقسام طلاق رجعی می‌باشد بلکه فرد ظاهرتر آن می‌باشد زیرا در زمان عدّه، رجوع صورت می‌گیرد پس اگر مصنّف، طلاق را به دو دسته تقسیم می‌کرد و سپس، طلاق رجعی را به طلاق که رجوع در عده صورت می‌گیرد و طلاق که رجوع در عدّه صورت نمی‌گیرد، تقسیم می‌نمود بهتر بود. زنی که طلاق عدّی داده می‌شود چنانچه زن آزاد باشد، در مرتبه نهم حرام ابدی می‌شود قبلاً گفته می‌شد که زن در هر سه مرتبه طلاق، حرام می‌شود تا اینکه با مرد دیگری ازدواج کند (که آن مرد را «محلّل» می‌گویند). در طلاق عدّی لازم است که زن در هر سه طلاق، دو مرتبه طلاق عدّی داده شود زیرا طلاق سوم، طلاق عدّی محسوب نمی‌شود زیرا مرد حق ندارد در زمان عدّه طلاق سوم، رجوع نماید. اما در غیر طلاق عدّی از اقسام طلاق، صحیح، زن اگر آزاد باشد در هر سه طلاق و اگر کنیز باشد در هر دو طلاق، حرام می‌شود و منظور از چنین طلاق، آن است که مرد در زمان عدّه رجوع کند اما نزدیکی ننماید یا بعد از عدّه، زن را با عقد جدید به نکاح خودش درآورد هر چند با وی نزدیکی کرده باشد. اگر مرد در طلاق خلعی بعد از رجوع زن در بذل خودش و در زمان عده به زن رجوع کند و نیز اگر مرد، زن طلاق داده شده را به عقد خود درآورد، دو نظریه وجود دارد آن آیا طلاق این زن را در این دو حالت در عدّه رجعی می‌توان ملحق به طلاق عدّی نمود یا خیر؟ مبنای این دو نظریه، آن است که (عدم الحاق این در مورد به عدّی) بخاطر آن است که طلاق خلعی، جزء طلاق‌های بائن می‌باشد اما طلاق عدّی جزء طلاق‌های رجعی است و نیز شرط اطلاق عدّی، آن است که مرد در زمان عدّه رجوع کند در حالیکه عقد جدید، رجوع نیست. (اما دلیل الحاق این دو مورد به طلاق عدّی)، آن است که رجوع زن از بذل خودش، طلاق را تبدیل به طلاق رجعی می‌کند (بنابراین طلاق خلعی به منزله طلاق عدّی است) و نیز عقد در طلاق رجعی به منزله رجوع است (بنابراین طلاق که رجوع آن با عقد است به منزله طلاق عدّی می‌باشد). نظریه قوی‌تر، آن است که طلاق خلعی به طلاق عدّی، ملحق می‌شود اما طلاق که رجوع با عقد صورت می‌گیرد، ملحق به عدّی

نمی شود زیرا شرط طلاق عدی که رجوع است در اینجا وجود ندارد و ما قبول نداریم که مساوی را بتوان به مساوی، الحاق کرد (یعنی عقد در عده گرچه مساوی با رجوع در عده است اما دلیل نمی شود که طلاق خلعی را بتوان به طلاق عدی ملحق کرد).

(وَالْأَفْضَلُ فِي الطَّلَاقِ أَنْ يُطْلَقَ عَلَى الشَّرَائِطِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ يَتْرُكُهَا حَتَّى تَخْرُجَ مِنَ الْعِدَّةِ، ثُمَّ يَتَزَوَّجَهَا إِنْ شَاءَ وَعَلَى هَذَا). وَهَذَا هُوَ طَلَاقُ الشُّنَّةِ بِالْمَعْنَى الْأَخْصَى، وَلَا تَخْرُمُ الْمُطْلَقَةُ بِهِ مُؤَبَّدًا أَبَدًا. وَإِنَّمَا كَانَ أَفْضَلَ، لِلْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ أَفْضَلَ حَيْثُ تَشْتَرِكُ أَفْرَادُهُ فِي أَضَلِّ الْأَفْضَلِيَّةِ وَجُوبًا أَوْ نَدْبًا، لِاقْتِضَاءِ أَفْعَلِ التَّفْضِيلِ الْإِشْتِرَاكِ فِي أَضَلِّ الْمَضْدَرِّ، وَمَا يَكُونُ مَكْرُوهًا أَوْ حَرَامًا لَا فَضِيلَةَ فِيهِ.

(وَقَدْ قَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ) وَهُوَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ بُكَيْرٍ: (إِنَّ هَذَا الطَّلَاقَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مُحَلِّلٍ بَعْدَ الثَّلَاثِ)، بَلِ اسْتِبْقَاءُ الْعِدَّةِ الثَّلَاثَةِ يَهْدِمُ التَّحْرِيمَ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةِ أَشْنَدَهَا إِلَى زُرَّارَةَ، قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام يَقُولُ: «الطَّلَاقُ الَّذِي يُحِبُّهُ اللَّهُ تَعَالَى وَالَّذِي يُطْلَقُ الْفَقِيهُ وَهُوَ الْعَدْلُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ، أَنْ يُطْلَقَهَا فِي اسْتِقْبَالِ الطُّهْرِ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَإِزَادَةِ مِنَ الْقَلْبِ، ثُمَّ يَتْرُكُهَا حَتَّى تَمُضِيَ ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ فَإِذَا رَأَتْ الدَّمَ فِي أَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنَ الثَّلَاثَةِ وَهُوَ آخِرُ الْقُرْءِ، لِأَنَّ الْأَفْرَاءَ هِيَ الْأَطْهَارُ، فَقَدْ بَانَ مِنْهُ، وَهِيَ أَمْلَكَ بِنَفْسِهَا فَإِنْ شَاءَتْ تَزَوَّجَتْهُ وَحَلَّتْ لَهُ، فَإِنْ فَعَلَ هَذَا بِهَا مِائَةً مَرَّةٍ هَدَمَ مَا قَبْلَهُ وَحَلَّتْ لَهُ بِلاَ زَوْجٍ» أَلْحَدَيْتْ. وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ، لِأَنَّهُ قَالَ حِينَ سُئِلَ عَنْهُ: هَذَا مِمَّا رَزَقَ اللَّهُ مِنَ الرَّأْيِ. وَمَعَ ذَلِكَ رَوَاهُ بِسَنَدٍ صَحِيحٍ، وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ: إِنَّ الْعِصَابَةَ أَجْمَعَتْ عَلَى تَصْحِيحِ مَا يَصِحُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ، وَأَقْرَأُوا لَهُ بِالْفَقْهِ وَالثَّقَةِ. وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ فَطَحِي الْمَذْهَبِ، وَلَوْ كَانَ مَا رَوَاهُ حَقًّا لَمَا جَعَلَهُ رَأْيًا لَهُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ اخْتَلَفَ سَنَدُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ، فَتَارَةً أَسْنَدَهَا إِلَى رِفَاعَةَ، وَآخَرَى إِلَى زُرَّارَةَ، وَمَعَ ذَلِكَ نَسَبَهُ إِلَى نَفْسِهِ. وَالْعَجَبُ مِنَ الشَّيْخِ - مَعَ دَعْوَاهُ الْإِجْمَاعَ الْمَذْكُورَ - أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ إِسْنَادَهُ إِلَى زُرَّارَةَ وَقَعَ نُصْرَةً لِمَذْهَبِهِ الَّذِي أَفْتَى بِهِ، لَمَّا رَأَى أَنَّ أَصْحَابَهُ لَا يَقْبَلُونَ مَا يَقُولُهُ بِرَأْيِهِ. قَالَ: وَقَدْ وَقَعَ مِنْهُ مِنَ الْعُدُولِ عَنِ اعْتِقَادِ مَذْهَبِ الْحَقِّ إِلَى الْفَطْحِيَّةِ مَا هُوَ مَعْرُوفٌ، وَالْعَلَطُ فِي ذَلِكَ أَعْظَمُ مِنَ الْعَلَطِ فِي إِسْنَادِ قُتَيْبَةَ يَعْتَقِدُ صِحَّتَهُ لِشُبْهَةِ دَخَلَتْ عَلَيْهِ إِلَى بَعْضِ أَصْحَابِ الْأَيْمَةِ عليه السلام.

(وَالْأَصَحُّ احتِياجهُ إِلَيْهِ) أَيُّ: إِلَى الْمُحَلِّلِ، لِلْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ، وَعُمُومِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ،

بَلْ لَا يَكَادُ يَتَحَقَّقُ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ، لِأَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ إِلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَحَدٌ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ. وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ بُكَيْرٍ لَيْسَ مِنْ أَصْحَابِنَا الْإِمَامِيَّةِ، وَنَسَبُهُ الْمُصَنَّفُ إِلَى أَصْحَابِنَا التَّفَاتَا إِلَى أَنَّهُ مِنَ الشَّيْعَةِ فِي الْجُمْلَةِ، بَلْ مِنْ فُقَهَائِهِمْ عَلَى مَا نَقَلْنَاهُ عَنِ الشَّيْخِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِمَامِيًّا. وَلَقَدْ كَانَ تَرَكُ حِكَايَةَ قَوْلِهِ فِي هَذَا الْمُخْتَصَرِ أَوَّلِي.

مناسب‌ترین راه برای طلاق، آن است که مرد، همسرش را با شرایطی که برای طلاق، لازم است طلاق بدهد و سپس زن را رها کند تا از عده خارج شود و سپس چنانچه تمایل داشت با او ازدواج کند و به همین صورت ادامه بدهد. این طلاق را طلاق سنی به معنای اخص می‌نامند و زن در این طلاق، هیچگاه حرام ابدی نمی‌شود (هر چند پس از هر سه بار طلاق نیاز به محلل دارد). این طلاق از آن جهت، بهتر است که روایت‌ها بر آن تأکید دارند و نیز مناسب‌تر بودن آن بخاطر اشتراک افرادش یعنی طلاق واجب و مستحب در اصل نیکو بودن است (یعنی مبدأ اشتقاق آنها که مصدر است، نیکو می‌باشد) زیرا وزن «افضل» اقتضا می‌کند که در اصل مصدر (یعنی در اصل فضیلت)، مشترک باشند و عملی که مکروه یا حرام باشد، فضیلتی ندارد. عبدالله بن بکیر که از فقهای شیعه می‌باشد عقیده دارد که این طلاق بعد از سه مرتبه هم نیاز به محلل ندارد بلکه تمام شدن عدهٔ سوم، حرمت را از بین می‌برد و او به روایتی استناد کرده است که زراره از امام باقر(ع) نقل کرده و می‌گوید: «طلاق که خداوند دوست دارد و فقیه از آن استفاده می‌کند و عدالت میان زن و مرد است، طلاقی می‌باشد که مرد، همسرش را بعد از طهر نزدیکی با حضور دو شاهد، طلاق بدهد و با میل درونی این کار را انجام بدهد و سپس زن را رها کند تا سه قُرء بگذرد پس زمانی که زن اولین قطرهٔ خون سوم را دید که انتهای پاکی سوم می‌باشد چون قُرء‌ها عبارت از سه پاکی است پس از او جدا شده است و آن زن در اختیار خودش می‌باشد که اگر بخواهد با آن مرد ازدواج کند و برای او حلال است و اگر این مرد، صدمرتبه با همسرش اینگونه رفتار نماید، گذشته را از بین می‌برد و زن بدون همسر برای او حلال می‌شود.» البته این سخن که طلاق نیاز به محلل ندارد، سخن خود عبدالله بن بکیر است (و جزء روایت نیست) زیرا وقتی از وی دربارهٔ این مسأله، سؤال شد گفت که خداوند این رأی را به من ارزانی کرد. با این وجود، با سند صحیحی این روایت را نقل کرده است و شیخ طوسی گفته است که گروهی از فقهای شیعه روایت‌های عبدالله بن

بگیر را صحیح دانسته و به فقاہت و وثاقت او اقرار کرده‌اند. اما دیدگاه شیخ طوسی راجع به عبدالله بن بکیر صحیح نیست زیرا وی فطحی مذهب است و اگر آنچه بیان کرده است، صحیح می‌بود، آن را نظر شخص خودش قرار نمی‌داد و به‌رغم این اشکال‌ها، سند روایت نیز متفاوت است زیرا گاهی آن را به «رفاعه» نسبت داده و گاهی به «زراره» نسبت داده است و با این وجود، این نظریه را به خودش نسبت داده است و تعجب است که شیخ طوسی به‌رغم اینکه ادعای اجماع فقهای شیعه نسبت به تائید عبدالله بن بکیر را می‌نماید، چنین گفته است که عبدالله از آن جهت روایت خویش را به اداره نسبت داده است که نظریه و فتوای خود را تقویت کند زیرا پیروان وی، سخنانش را قبول نمی‌کنند. شیخ طوسی می‌گوید که انحراف وی از مذهب شیعه به مذهب قطحیه، معروف و آشکار است و اشتباه عدول از مذهب تشیع، بزرگتر از این اشتباه است که کسی بواسطه شبهه در فتوایی که آن را قبول دارد، آن را به یکی از اصحاب ائمه نسبت بدهد. به هر حال نظریه صحیح‌تر، آن است که چنین طلاق هم نیاز به محلل دارد زیرا روایت‌های صحیحی در مورد آن وجود دارد و عموم آیه قرآن نیز بر آن دلالت می‌کند و بعید است که اختلاف نظری در مورد آن بوجود آید زیرا هیچیک از فقهای شیعه، نظریه عدم نیاز به محلل را نپذیرفته‌اند. و عبدالله بن بکیر نیز جزء فقهای شیعه نیست و دلیل اینکه مصنف، این نظریه را به فقهای شیعه نسبت داده است بخاطر آن بوده که عبدالله بن بکیر را فی الحجله، شیعه و حتی فقیه اما می‌دانسته است بگونه‌ای که شیخ طوسی، او را از نظر وثاقت و فقاہت، مورد تائید فقهای شیعه دانست هر چند شیعه نیست. بهتر است سخن در مورد ایشان را کوتاه کنیم.

(وَيَجُوزُ طَلَقُ الْحَامِلِ أَزِيدَ مِنْ مَرَّةٍ) مُطْلَقًا عَلَى الْأَقْوَى (وَيَكُونُ طَلَاقُ عِدَّةٍ إِنْ وَطِئَ) بَعْدَ الرَّجْعَةِ ثُمَّ طَلَّقَ، وَإِلَّا يَطَأُ بَعْدَهَا (فَسُنَّةٌ بِمَعْنَاهُ الْأَعْمَى). وَأَمَّا طَلَاقُ السَّنَةِ بِالْمَعْنَى الْأَخْصِ فَلَا يَتَّعَ بِهَا، لِأَنَّهُ مَشْرُوطٌ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، ثُمَّ تَرْوِجُهَا ثَانِيًا كَمَا سَبَقَ، وَ عِدَّةُ الْحَامِلِ لَا تَنْقُضِي إِلَّا بِالْوَضْعِ، وَبِهِ تَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهَا حَامِلًا، فَلَا يَصْدُقُ أَنَّهَا طُلِّقَتْ طَلَاقَ السَّنَةِ بِالْمَعْنَى الْأَخْصِ مَا دَامَتْ حَامِلًا، إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ وَضْعُهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ كَاشْفًا عَنْ كَوْنِ طَلَاقِهَا السَّابِقِ طَلَاقَ سُنَّةٍ بِذَلِكَ الْمَعْنَى، وَالْأَقْوَالُ هُنَا مُخْتَلِفَةٌ كَالْأَخْبَارِ، وَالْمُحْصَلُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

زن حامله را براساس نظریه قوی‌تر، بیش از یک مرتبه می‌توان طلاق داد اعم از اینکه سه ماه از مدت حامله شدن وی گذشته باشد یا نگذشته باشد و اگر شوهرش پس از رجوع با وی نزدیکی کند و سپس طلاق بدهد، طلاق عدی محسوب می‌شود و اگر نزدیکی نکرده باشد پس از رجوع با وی نزدیکی می‌کند و طلاق وی، طلاق سنی به معنای اعم خواهد بود اما طلاق سنی به معنای اخص در مورد زن حامله امکان ندارد زیرا در طلاق سنی به معنای اخص باید عدّه تمام شود و پس شوهر با زن ازدواج کند همانگونه که قبلاً نحوه تحقق این طلاق را توضیح دادیم و عدّه زن حامله با وضع حمل او سپری می‌شود و وقتی که زن حامله وضع حمل کند، از عنوان «حامله بودن» خارج می‌شود بنابراین تا زمانی که حامله باشد نمی‌توان گفت که از راه طلاق سنی به معنای اخص، طلاق داده شده است مگر اینکه وضع حمل وی قبل از رجوع را نشانه آن بدانیم که طلاق قبلی وی، طلاق سنی به معنای اخص بوده است و نظریه‌ها در این زمینه، گوناگون است همانگونه که روایت‌های گوناگونی وجود دارد و خلاصه نظریه‌ها همان بود که گفته شد (یعنی طلاق سنی به معنای اعم صورت می‌گیرد که همان عدم نزدیکی بعد از رجوع است و طلاق سنی به معنای اخص صورت نمی‌گیرد که عبارت از طلاق و انتظار تا زمان خروج از عدّه بواسطه وضع حمل می‌باشد).

(وَالْأُولَى تَفْرِيقُ الطَّلَاقَاتِ عَلَى الْأَطْهَارِ) بَأَنْ يُوقَعَ كُلُّ طَلْقَةٍ فِي طَهْرٍ غَيْرِ طَهْرِ الطَّلَاقِ السَّابِقَةِ (لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَ وَيُرَاجِعَ) أَزِيدَ مِنْ مَرَّةٍ.

وَهَذِهِ الْأُولَى بِالْإِضَافَةِ إِلَى مَا يَأْتِي بَعْدَهُ، وَالْأَفْهَمُ مَوْضِعُ الْخِلَافِ وَإِنْ كَانَ أَصَحُّ الرِّوَايَتَيْنِ صِحَّتَهُ، وَإِنَّمَا الْأُولَى الْمُخْرَجُ مِنَ الْخِلَافِ أَنْ يُرَاجِعَ وَيَطَّأ، ثُمَّ يُطَلِّقَ فِي طَهْرٍ آخَرَ فَإِنَّ الطَّلَاقَ هُنَا يَقَعُ إِجْمَاعًا.

(وَلَوْ طَلَّقَ مَرَّاتٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ) بَأَنْ يُطَلِّقَ وَيُرَاجِعَ، ثُمَّ يُطَلِّقَ وَيُرَاجِعَ، وَهَكَذَا ثَلَاثًا (فَخِلَافٌ، أَقْرَبُهُ الْوُقُوعُ مَعَ تَخَلُّلِ الرَّجْعَةِ) بَيْنَ كُلِّ طَلَاقَيْنِ، لِعُمُومِ الْقُرْآنِ، وَ الْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ بِصِحَّةِ الطَّلَاقِ لِمَنْ أَرَادَهُ فِي الْجُمْلَةِ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ، وَ رَوَى إِسْحَاقُ بْنُ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عليه السلام قَالَ: قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ رَاجَعَهَا بِشُهُودٍ، ثُمَّ طَلَّقَهَا بِشُهُودٍ، ثُمَّ رَاجَعَهَا بِشُهُودٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا بِشُهُودٍ تَبَيَّنَ مِنْهُ؟ قَالَ: «نَعَمْ» قُلْتُ كُلُّ ذَلِكَ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ قَالَ: «تَبَيَّنَ مِنْهُ».

وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ مِنَ الْمُؤْتَقِ، وَ لَا مُعَارَضَ لَهَا إِلَّا رِوَايَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ، لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا قَالَ: «لَا يُطْلَقُ التَّطْلِيقَةُ الْأُخْرَى حَتَّى يَمْسَهَا»، وَ هِيَ لَا تَدُلُّ عَلَى بَطْلَانِهِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّ التَّهْيَ فِي غَيْرِ الْعِبَادَةِ لَا يُفْسِدُ. وَ اعْلَمْ أَنَّ الرَّجْعَةَ بَعْدَ الطَّلَاقِ تَجْعَلُهَا بِمَنْزِلَةِ الْمَعْدُومَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى اعْتِبَارِ خَالِهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ وَ إِنْ بَقِيَ لَهَا أَثَرٌ فِي الْجُمْلَةِ، كَعَدُّهَا مِنَ الثَّلَاثِ فَيَبْقَى حُكْمُ الزَّوْجِيَّةِ بَعْدَهَا كَمَا كَانَ قَبْلُهَا، فَإِذَا كَانَتْ

مَدْخُولًا بِهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَ رَاجَعَ ثُمَّ طَلَّقَ، يَكُونُ طَلَاقُهُ طَلَاقَ مَدْخُولٍ بِهَا لَا طَلَاقَ غَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا، نَظَرًا إِلَى أَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلَةِ الزَّوْجِ الْجَدِيدِ، فَيَكُونُ طَلَاقُهَا بَعْدَهُ وَاقِعًا عَلَى غَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا، لِمَا عَرَفْتَ مِنْ أَنَّ الرَّجْعَةَ أَشَقَطَتْ حُكْمَ الطَّلَاقِ، وَ لَوْ لَا ذَلِكَ لَمْ يُمَكِّنِ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا، وَ إِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقُ عَلَى الْأَطْهَارِ مِنْ غَيْرِ دُخُولٍ. وَ الرِّوَايَاتُ الصَّحِيحَةُ نَاطِقَةٌ بِصِحَّتِهَا حَبِيبٌ، وَ كَذَا فَتَوَى الْأَصْحَابُ إِلَّا مَنْ شَدَّ. وَ حَبِيبٌ فَيَكُونُ الطَّلَاقُ الثَّانِي رَجْعِيًّا لَا بَائِنًا، وَ إِنْ وَقَعَ بِغَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَعْدَ الرَّجْعَةِ، فَإِنَّهَا مَدْخُولٌ بِهَا قَبْلُهَا، وَ هُوَ كَافٍ.

(وَ تَحْتَاجُ) الْمُطَلَّقَةُ مُطْلَقًا (مَعَ كَمَالِ) الطَّلَاقِ (الثَّلَاثِ إِلَى الْمُحْلَلِ، لِلنِّصِّ) وَ الْأَجْنَاعِ، وَ مُخَالَفَةُ مَنْ سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي بَعْضِ مَوَارِدِهِ غَيْرُ قَادِحٍ فِيهِ بِوَجْهِ.

بهتر است هرگاه مردی بخواهد همسرش را چند بار طلاق بدهد و به او رجوع کند، هر طلاقی را در طهر جداگانه ای انجام بدهد و این اولویت با توجه به نوع طلاقی است که اکنون بیان می شود و گر نه (چنانچه این اولویت را در مقایسه با چند طلاق در یک طهر، در نظر نگیریم)، این اولویت، محل اختلاف نظر قرار می گیرد هر چند روایت صحیح تر، بیانگر آن است که چنین طلاقی (که نزدیکی در آن واقع نمی شود)، صحیح است و تنها طلاقی که از محل اختلاف نظر، خارج می باشد، طلاقی است که مرد پس از طلاق، رجوع کند و نزدیکی نماید و در طهر دیگری همسرش را طلاق بدهد (و دوباره رجوع کند و سپس در طهر دیگری طلاق بدهد تا طلاق سوم محقق شود) بنابراین طلاق سوم به اجماع فقها در اینجا محقق می شود. اگر مردی، همسرش را در یک طهر، طلاق بدهد یعنی طلاق بدهد و رجوع کند و سپس طلاق بدهد و رجوع کند و تا سه مرتبه این کار را انجام بدهد، اختلاف نظر وجود دارد و نظریه نزدیک تر به واقع، آن است که اگر میان دو

طلاق، رجوع صورت گیرد، طلاق محقق می‌شود زیرا آیه قرآن به صورت عام می‌فرماید: «دو مرتبه طلاق که نگه‌داشتنی معروف یا رها کردنی با نیکی: آیه ۲۲۹ بقره) و روایت‌های صحیحی نیز دلالت بر صحت چنین طلاقی دارند و صحت آن را فی الجمله در صورتی که قصد طلاق کرده باشد، تأیید می‌کنند مگر در مواردی که دلیل خاص برای عدم صحت طلاق وجود داشته باشد (مانند طلاق زن حائض و طلاق در طهر نزدیکی). اسحاق بن عمار از امام ابوالحسن (ع) روایت کرده است که به وی گفتم، مردی همسرش را طلاق می‌دهد و سپس در حضور شاهدان به وی رجوع می‌کند و سپس او را در حضور شاهدان طلاق می‌دهد و سپس در حضور شاهدان رجوع می‌کند و سپس در حضور شاهدان، طلاق می‌دهد. امام فرمود: «زن از وی جدا می‌شود» گفتم که همه این طلاق‌ها در یک طهارت رخ داده است. امام فرمود: «از وی جدا می‌شود». این روایت، خبر موثقی است که معارض هم ندارد مگر روایت عبدالرحمن بن حجاج از امام صادق (ع) درباره مردی که همسرش را طلاق می‌دهد و می‌خواهد به وی رجوع کند. امام فرمود: «نباید طلاق دیگری بدهد مگر پس از آنکه با وی نزدیکی کند» این روایت، دلالتی بر بطلان چنین طلاقی ندارد زیرا نهی از معامله و غیرعبادت موجب فساد منهی عنه نمی‌شود (یعنی گرچه امام دستور داده است که چند طلاق در یک طهر صورت نگیرد اما معنایش آن نیست که اگر صورت گیرد، باطل می‌شود). بدان که وقتی مرد پس از طلاق به همسرش رجوع می‌کند. طلاق قبلی را از بین می‌برد و وضعیت آن زن مانند وضعیت قبل از طلاق است (یعنی گویا اصلاً طلاق داده نشده است و هر حالتی که زن قبل از طلاق داشته است بعد از رجوع نیز دارد مثلاً اگر مدخول بها بوده است بعد از رجوع نیز حکم مدخول بها را دارد) هر چند این طلاق، دارای اثراتی نیز می‌باشد مانند اینکه جزء سه طلاق قرار می‌گیرد (بگونه‌ای که زوجه را بر شوهرش حرام می‌کند تا زمانی که محلل بگیرد) بنابراین اگر زن قبل از طلاق، مدخول بها بوده باشد و شوهرش او را طلاق بدهد و رجوع نماید و سپس طلاقش بدهد، طلاق وی، طلاق زنی خواهد بود که با وی نزدیکی صورت گرفته است زیرا رجوع به زن به منزله ازدواج جدید است بنابراین طلاق زن بعد از رجوع، طلاق زنی خواهد بود که با وی نزدیکی صورت نگرفته است زیرا تو دانستی که رجوع، حکم طلاق را از بین می‌برد و اگر رجوع اول، حکم طلاق را از بین نمی‌برد و

زوجیت قبلی برنمی‌گشت، طلاق سوم محقق نمی‌شد هر چند طلاق‌ها میان سه طهر تقسیم گردد بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد و روایت‌های صحیحی، این طلاق‌های سه گانه را که میان طهارت‌ها تقسیم شده‌اند، صحیح می‌دانند هر چند نزدیکی صورت نگرفته باشد و فتوای فقها نیز بر صحت این طلاق‌ها دلالت دارد (اعم از اینکه بعد از رجوع نزدیکی صورت بگیرد یا صورت نگیرد) مگر تعداد کمی از فقها (مانند ابن ابی عقیل که نزدیکی بعد از رجوع را شرط صحت طلاق بعدی می‌داند و در نتیجه این سه طلاق را صحیح نمی‌داند.) و اینک که رجوع را رجوع به زوجیت قبلی می‌دانیم و نزدیکی بعد از رجوع را لازم نمی‌دانیم، پس طلاق دوم، طلاق رجعی به حساب می‌آید و طلاق بائن نیست هر چند نسبت به بعد از رجوع، طلاق بر زنی محسوب می‌شود که با وی نزدیکی نشده است اما قبل از طلاق اول، طلاق زنی است که با وی نزدیکی شده است و همین مقدار (یعنی نزدیکی قبل از طلاق اول)، کفایت می‌کند.

زنی که طلاق داده می‌شود در تمامی اقسام طلاق، پس از تمام شدن سه طلاق نیاز به محلل دارد زیرا روایت صریح و اجماع وجود دارد و مخالفت عبدالله بن بکیر در مورد برخی اقسام طلاق (یعنی طلاق سنی به معنای اخص) که نیازی به محلل نمی‌دید، خللی در بحث ما وارد نمی‌کند (چون ایشان، شیعه نیست)

(و لَا يُلْزَمُ الطَّلَاقُ بِالشَّكِّ) فِيهِ لَتَنْدَفِعَ الشُّبْهَةُ النَّاشِئَةُ مِنْ اِخْتِمَالِ وُقُوعِهِ، بَلْ تَبْقَى عَلَى حُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ، لِأَصَالَةِ عَدَمِهِ وَبَقَاءِ النِّكَاحِ.

لَكِنْ لَا يَخْفَى الْوَرَعُ فِي ذَلِكَ، فَيُرَاجَعُ إِنْ كَانَ الشَّكُّ فِي طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ، لِيَكُونَ عَلَى يَقِينٍ مِنَ الْحِلِّ، أَوْ فِي الْبَائِنِ بِدُونِ ثَلَاثٍ، جَدَّدَ النِّكَاحَ، أَوْ بِثَلَاثٍ أَمْسَكَ عَنْهَا وَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا لِتَحِلَّ لِغَيْرِهِ يَقِينًا، وَكَذَا يَبْنِي عَلَى الْأَقْلِّ لَوْ شَكَّ فِي عَدَدِهِ وَالْوَرَعُ الْأَكْثَرُ.

اگر مردی شک کند که همسرش را طلاق داده است یا خیر نیازی نیست برای دور کردن شبهه طلاق، همسرش را طلاق بدهد بلکه زن همچنان همسر او باقی می‌ماند زیرا اصل بر عدم طلاق و بقای نکاح می‌باشد (اصل عدم و اصل استحباب) البته اگر کسی احتیاط کند و شبهه را دور سازد بهتر است بنابراین چنانچه شک او نسبت به طلاق رجعی باشد، به همسرش رجوع می‌کند تا یقین پیدا کند که همسرش از او جدا نشده باشد و اگر شک او نسبت به طلاق بائن باشد و به سه طلاق نرسیده باشد دوباره با

همسرش ازدواج می‌کند و اگر شک کند که طلاق‌های او به سه عدد رسیده است تا از او دوری کند و سه مرتبه طلاقش بدهد تا مردی دیگری با وی نزدیکی کند و نیز آیا در صورت شک در تعداد طلاق‌ها، بنا را بر اقل می‌گذارد؟ تقوا اقتضا می‌کند که بنا را بر اکثر بگذارد (و احتیاط کند و طلاق مشکوک را طلاق سوم قرار داده و محلل می‌گیرد تا یقین پیدا کند).

(وَيُكْرَهُ لِلْمَرِيضِ الطَّلَاقُ)، لِلَّتَّهْيِ عَنْهُ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ الْمَحْمُولَةِ عَلَى الْكَرَاهَةِ جَمْعًا بَيْنَهَا وَبَيَّنَ مَا دَلَّ عَلَى وُقُوعِهِ صَرِيحًا.
(فَإِنْ فَعَلَ تَوَارَثًا) فِي الْعِدَّةِ (الرَّجْعِيَّةِ) مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَغَيْرِهِ (وَوَرِثَتْهُ هِيَ فِي الْبَائِنِ وَ الرَّجْعِيِّ إِلَى سَنَةٍ) مِنْ حِينِ الطَّلَاقِ، لِلتَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ.
وَرُبَّمَا عُلِّلَ بِالتَّهْمَةِ بِإِرَادَةِ إِسْقَاطِ إِرْثِهَا، فَيُؤَاخَذُ بِنَقِضِ مُطْلُوبِهِ، وَ هُوَ لَا يَتِمُّ حَيْثُ تَسَاءَلَهُ الطَّلَاقُ، أَوْ تَخَالَعَهُ، أَوْ تَبَارَثَهُ.
وَالْأَفْوَى عُمُومُ الْحُكْمِ، لِإِطْلَاقِ التَّصْوِصِ (مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ) بَعْدَهُ (أَوْ يَبْرَأَ مِنْ مَرَضِهِ) فَيَنْتَفِي إِرْثُهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَإِنْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ.
وَعَلَى هَذَا لَوْ طَلَّقَ أَرْبَعًا فِي مَرَضِهِ ثُمَّ تَزَوَّجَ أَرْبَعًا وَ دَخَلَ بِهِنَّ، وَ مَاتَ فِي السَّنَةِ مَرِيضًا، قَبْلَ أَنْ تَتَزَوَّجَ الْمُطَلَّاتُ، وَرِثَ الثَّمَانُ الثُّمْنُ، أَوِ الرُّبْعُ بِالسُّوِّيَّةِ.
وَلَا يَرِثُ أَزِيدَ مِنْ أَرْبَعِ زَوَاجَاتٍ اتِّفَاقًا إِلَّا هُنَا، وَ لَا يَلْحَقُ الْفُسْخُ فِي الْمَرَضِ بِالطَّلَاقِ، عَمَلًا بِالْأَصْلِ.

کرامت دارد که که مرد بیمار، همسرش را طلاق بدهد زیرا پاره‌ای از روایت‌ها، چنین طلاقی را ممنوع دانسته‌اند بنابراین برای جمع کردن میان این روایت‌ها و روایت‌هایی که به صراحت طلاق مریض را جایز می‌دانند می‌گوئیم که روایت‌های گروه نخست، حرمت را بیان نمی‌کنند بلکه نهی کراهتی هستند. حال اگر مرد بیمار، همسرش را طلاق بدهد، زن و مرد در طلاق رجعی مانند سایر موارد از یکدیگر ارث می‌برند اما در طلاق بائن فقط زن از مرد ارث می‌برد و مدت آن در طلاق رجعی تا یک سال از زمان طلاق است (یعنی اگر تا یک سال پس از طلاق، فوت رخ دهد ارث می‌برند) زیرا روایت و اجماع، چنین دلالتی دارد. دلیلی که برای سقوط ارث زن بیان شده است، آن است که از موضع اتهام دوری شود بنابراین برخلاف خواسته مرد عمل می‌شود (یعنی ممکن است مرد در

معرض اتهام قرار گیرد که همسرش را در حالت بیماری طلاق داد تا او را از ارث محروم کند که برای دفع اتهام، حکم به بقای (ارث می شود) اما این علت در مواردی که طلاق به درخواست زن صورت می گیرد یا طلاق خلعی و مبارات می باشد، وجود ندارد (زیرا مرد در معرض اتهام نیست) اما نظریه قوی تر، آن است که باید به عموم حکم و اطلاق روایت ها عمل نمود. ارث بردن زن تا زمانی است که با مرد دیگری ازدواج نکرده باشد یا مرد بهبودی حاصل نکرده باشد بنابراین بعد از انقضای مدت عده رجعی، زن ارث نمی برد هر چند مرد در فاصله یک سال پس از طلاق بمیرد. بنابراین اگر مردی، چهار همسر خود را در زمان بیماری، طلاق بدهد و سپس با چهار زن دیگر ازدواج کرده و با آنها نزدیکی نماید و در فاصله یک سال بر اثر بیماری بمیرد بدون اینکه زن های طلاق داده شده، ازدواج کنند، هشت زن به اندازه یک هشتم یا یک چهارم از ترکه را به صورت مساوی ارث می برند. و تنها جایی که بیشتر از چهار زن از یک مرد ارث می برند همین مورد است اما نباید فسخ نکاح در زمان بیماری را مانند طلاق در زمان بیماری قرارداد چون اصل بر عدم ارث بردن شخصی از شخص دیگر است (مگر در موارد استثناء که طلاق در زمان بیماری، یک مورد استثنائی است)

(وَالرَّجْعَةُ تَكُونُ بِالْقَوْلِ، مِثْلَ رَجَعْتُ وَ ارْتَجَعْتُ) مُتَّصِلًا بِضَمِيرِهَا فَيَقُولُ: رَجَعْتُكَ وَ ارْتَجَعْتُكَ، وَ مِثْلُهُ رَاجَعْتُكَ.

وَ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ صَرِيحَةٌ، وَ يَنْبَغِي إِضَافَةُ إِلَيْ، أَوْ إِلَى نِكَاحِي، وَ فِي مَعْنَاهَا رَدُّتُكَ وَ أَمْسَكْتُكَ، لَوْزُودِهِمَا فِي الْقُرْآنِ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾، ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ﴾ وَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةِ الرَّجْعَةِ، لِصَرَاخَةِ الْأَلْفَاظِ. وَ قِيلَ يَفْتَقِرُ إِلَيْهَا فِي الْأَخِيرِينَ، لِاحْتِمَالِهَا غَيْرَهَا كَالْأَمْسَاكِ بِالْيَدِ، أَوْ فِي الْبَيْتِ، وَ نَحْوِهِ، وَ هُوَ حَسَنٌ.

(وَالْفِعْلُ كَالْوُطْئِ، وَ التَّقْبِيلِ، وَ اللَّمْسِ بِشَهْوَةٍ)، لِذَلَالَتِهِ عَلَى الرَّجْعَةِ كَالْقَوْلِ وَ زُبْمَا كَانَ أَقْوَى مِنْهُ. وَ لَا تَتَوَقَّفُ إِبَاحَتُهُ عَلَى تَقَدُّمِ رَجْعَةٍ، لِأَنَّهَا رُوحَةٌ، وَ يَنْبَغِي تَقْيِيدُهُ بِقَصْدِ الرُّجُوعِ بِهِ، أَوْ بِعَدَمِ قَصْدِ غَيْرِهِ، لِأَنَّهُ أَعَمُّ خُصُوصًا لَوْ وَقَعَ مِنْهُ سَهْوًا، وَ الْأَجُودُ اعْتِبَارُ الْأَوَّلِ.

(وَ انْكَارُ الطَّلَاقِ رَجْعَةً)، لِذَلَالَتِهِ عَلَى ارْتِفَاعِهِ فِي الْأَزْمَةِ الثَّلَاثَةِ، وَ دَلَالَةِ الرَّجْعَةِ عَلَى رَفْعِهِ فِي غَيْرِ الْمَاضِي، فَيَكُونُ أَقْوَى، أَوْ دَلَالَتِهِ عَلَيْهَا ضِمْنًا، وَ لَا يَقْدَحُ فِيهِ كَوْنُ

الرَّجْعَةُ مِنْ تَوَابِعِ الطَّلَاقِ فَتَنْتَفِي حَيْثُ يَنْتَفِي الْمَتَّبِعُ، لِأَنَّ غَايَتَهَا التَّزَامُ ثُبُوتِ النِّكَاحِ، وَ
الْإِنْكَارُ يَدُلُّ عَلَيْهِ، فَيَحْصُلُ الْمَطْلُوبُ مِنْهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ سَبَبَ شَرْعِيَّتِهَا.

رجوع به زن ممکن است در قالب گفتار و لفظ باشد مانند: «رجوع کردم» و «برگشتم» البته باید ضمیر خطاب به دنبال آن بیاید یعنی مرد باید بگوید: «به تو برگشتم یا به تو مراجعه نمودم». این سه عبارت (یعنی: رجعتک، ارتجعتک، راجعتک) صراحت در رجوع دارد و می‌توان عبارت «نکاحم لا» یا «به نکاحی» را به آن اضافه کند (و بگوید: «برای نکاح خود به تو مراجعه کردم»). الفاظ دیگری نیز به همین معنا وجود دارد مانند: «رد دُتک» و «امسکتک»: تو را نگه داشتم» زیرا این دو عبارت در آیه ۲۲۸ سوره بقره آمده است: «و شوهران آنها برای رجوع به آنها، سزاوارترند» یا آیه: «پس نگه داشتنی نیکو». در این موارد نیازی به نیت و قصد رجوع (و بکار بردن قرینه) نیست زیرا الفاظ یاد شده صراحت دارند. گفته شده است که دو واژه اخیر (یعنی: ردّ و امساک) نیاز به نیت و قرینه دارند زیرا احتمال می‌رود که در معنای دیگری غیر از رجوع نیز بکار بروند مانند نگه داشتن با دست یا نگه داشتن در خانه و نظایر اینها (که معنای غیر از معنای رجوع به نکاح را می‌دهد) بنابراین بهتر است عبارت‌های غیر صریح همراه با قرینه بکار بروند. رجوع با عمل نیز رخ می‌دهد (رجوع عملی) مانند اینکه شوهر با همسرش نزدیکی کند یا او را ببوسد یا با شهوت او را لمس نماید زیرا این کارها نیز مانند لفظ، دلالت بر رجوع دارند و حتی ممکن است دلالت آنها بر رجوع، قوی‌تر از دلالت الفاظ باشد. مباح بودن رجوع با فعل نیازی به رجوع قبلی ندارد زیرا آن زن، همسر اوست و بهتر است رجوع فعلی همراه با نیت و قصد رجوع باشد یا قصد دیگری غیر از قصد رجوع نشده باشد زیرا رجوع فعلی، معنایی عام‌تر از رجوع به نکاح دارد (و امکان دارد برای معانی و مقاصد دیگری نیز بکار رود بویژه اگر از روی سهو و اشتباه باشد و بهتر است که قصد رجوع را شرط بدانیم. انکار کردن طلاق نیز رجوع محسوب می‌شود زیرا انکار طلاق، دلالت بر رفع طلاق در زمان گذشته، حال و آینده می‌کند اما رجوع، دلالت بر رفع طلاق در زمان حال و آینده می‌کند بنابراین دلالت التزامی انکار طلاق بر رجوع، قوی‌تر از خود رجوع است و اینکه رجوع یکی از توابع و آثار طلاق می‌باشد، خدشه‌ای به این وارد نمی‌کند که انکار طلاق، رجوع است بنابراین هرکجا که متبوع، منتفی شود تابع نیز منتفی

می‌گردد زیرا هدف رجوع، اثبات و بقای زوجیت است و انکار طلاق دلالت بر بقای نکاح دارد بنابراین مطلوب که همان بقای نکاح می‌باشد، حاصل می‌گردد هر چند سبب شرعیت آن را انکار کند (چون هدف از اثبات زوجیت، اثبات احکام آن است نه اینکه سبب عقلی آن، اثبات گردد).

(وَلَوْ طَلَّقَ الذَّمِّيَّةَ جَارَ مُرَاجَعَتِهَا وَلَوْ مَنَعْنَا مِنْ ابْتِدَاءِ نِكَاحِهَا دَوَامًا)، لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الرَّجْعَةَ تَرْفَعُ حُكْمَ الطَّلَاقِ، فَيُسْتَصْحَبُ حُكْمُ الزَّوْجِيَّةِ السَّابِقَةِ، لَا أَنَّهَا تُحْدِثُ حُكْمَ نِكَاحٍ جَدِيدٍ، وَمِنْ ثَمَّ امْكَانُ طَلَاقِهَا ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بَعْدَهَا اسْتِصْحَابًا لِحُكْمِ الدُّخُولِ السَّابِقِ، وَلِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ، وَلِهَذَا يَتَبَيَّنُ لَهَا أَحْكَامُ الزَّوْجِيَّةِ، وَلِجَوَازِ وَطْئِهِ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ تَلَفُّظٍ بِشَيْءٍ.

وَرُبَّمَا يُخَيَّلُ الْمَنَعُ هُنَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ الطَّلَاقَ أزالَ قَيْدَ النِّكَاحِ، وَالرَّجْعَةُ تَقْتَضِي ثُبُوتَهُ، فَإِمَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ بِالرَّجْعَةِ عَيْنُ النِّكَاحِ الْأَوَّلِ أَوْ غَيْرُهُ، وَالْأَوَّلُ مُحَالٌ لِاسْتِحَالَةِ إِعَادَةِ الْمَعْدُومِ، وَالثَّانِي يَكُونُ ابْتِدَاءً لَا اسْتِدَامَةً.

وَيُضَعَّفُ بِمَنْعِ زَوَالِ النِّكَاحِ أَصْلًا، بَلْ إِنَّمَا يَزُولُ بِالطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَلَمْ يَحْصُلْ.

اگر مردی، همسر خود را که کافر ذمی است طلاق بدهد حق دارد که به وی مراجعه کند هر چند نکاح ابتدائی مرد مسلمان با زن کافر ذمی به صورت دائمی را جایز ندانیم زیرا قبلاً دانستی که رجوع به زن، حکم طلاق را از بین می‌برد بنابراین زوجیت و نکاحی قبلی، استصحاب می‌شود نه اینکه رجوع، نکاح جدیدی را بوجود آورد (و آنگاه گفته شود که نکاح ابتدائی با زن کافر ذمی جایز نیست. و به همین دلیل که رجوع، طلاق قبلی را از بین می‌برد هر چند طلاق قبل از نزدیکی صورت گرفته باشد، می‌توان زن را بعد از رجوع سه مرتبه قبل از نزدیکی طلاق داد زیرا حکم نزدیکی قبلی (که بعد از عقد صورت گرفته است را) استصحاب می‌کنیم. همچنین زنی که طلاق رجعی داده شده باشد به منزله همسر است و به همین دلیل است که احکام زوج بودن (مانند نفقه وارث) بر چنین زنی مترتب می‌شود و نیز شوهر می‌تواند با زنی که طلاق رجعی داده است، نزدیکی کند بدون اینکه لفظی پیرامون رجوع بکار ببرد (چون نزدیکی، همان رجوع است) ممکن است گفته شود که امکان رجوع به زن ذمی در اینجا وجود ندارد زیرا طلاق به معنای از بین بردن رابطه نکاح زوجیت است و رجوع به زن، دوباره نکاح و زوجیت را

برقرار می‌کند بنابراین نکاحی که دوباره برقرار می‌شود یا همان نکاحی است که قبل از طلاق وجود داشت و یا نکاح دیگری است. اما حالت اول (یعنی گشتن همان نکاحی که با طلاق از بین رفت)، امکان ندارد زیرا نمی‌توان چیزی را که از بین رفته است دوباره احیاء کرد و اگر نکاح بعد از رجوع را نکاح جدیدی به حساب آوریم پس ادامه نکاح قبلی نخواهد بود (بنابراین رجوع به زن بمنزله نکاح جدید است و می‌دانیم که نکاح ابتدائی دائمی با زن ذمی جایز نیست). اما این دیدگاه ضعیف است زیرا طلاق، بکلی نکاح را از بین نمی‌برد بلکه نکاح زمانی از بین می‌رود که علاوه بر طلاق، عده نیز از بین برود در حالیکه فرض بر آن است که هنوز عده از بین نرفته (و مرد در زمان عده رجوع می‌کند).

(وَلَوْ أَنْكَرْتَ الدُّخُولَ عَقِيبَ الطَّلَاقِ) لَتَمَنَعَهُ مِنَ الرَّجْعَةِ، قُدِّمَ قَوْلُهَا (وَ حَلَفَتْ) لِأَصَالَةِ عَدَمِ الدُّخُولِ، كَمَا يَقْدِّمُ قَوْلُهُ لَوْ أَنْكَرَهُ لَيَسْقُطَ عَنْهُ نِصْفُ الْمَهْرِ. ثُمَّ مَعَ دَعْوَاهُ الدُّخُولَ يَكُونُ مُقَرَّراً بِالْمَهْرِ، وَ هِيَ مُقَرَّرَةٌ عَلَى نَفْسِهَا بِسُقُوطِ نِصْفِهِ فَإِنْ كَانَتْ قَبْضَتُهُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ بِشَيْءٍ، عَمَلًا بِإِقْرَارِهِ، وَإِلَّا فَلَا تَطَالُبُهُ إِلَّا بِنِصْفِهِ عَمَلًا بِانْكَارِهَا، وَ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْإِقْرَارِ بِالدُّخُولِ لَتَأْخُذَ النِّصْفَ، فَفِي ثُبُوتِهِ لَهَا، أَوْ تَوَقُّفِهِ عَلَى إِقْرَارٍ جَدِيدٍ مِنْهُ وَجْهَانِ. وَأَوَّلَى بِالْعَدَمِ لَوْ كَانَ رُجُوعُهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ عَلَى تَقْدِيرِ الدُّخُولِ.

اگر زن ادعا کند که بعد از طلاق، نزدیکی صورت نگرفته است تا مانع رجوع شوهرش به وی شود (اما مرد ادعای نزدیکی بنماید)، سخن زن بر سخن مرد، مقدم می‌شود و سوگند یاد می‌کند زیرا اصل بر عدم نزدیکی است همچنانکه اگر مرد، ادعای عدم نزدیکی را بنماید تا نصف مهریه را نپردازد، سخن مرد، مقدم می‌شود (زیرا اصل بر عدم نزدیکی است). سپس اگر مرد ادعا کند که نزدیکی صورت گرفته است، در حقیقت اقرار به تمامی مهریه کرده است (و باید تمامی مهریه را بپردازد) و اگر زن ادعا کند که نزدیکی صورت نگرفته است، در حقیقت علیه خودش اقرار کرده و نصف مهریه به وی تعلق نمی‌گیرد (زیرا طلاق برحسب اقرار زن، قبل از نزدیکی صورت گرفته است) بنابراین اگر زن تمامی مهریه را گرفته باشد، مرد برحسب اقراری که به نزدیکی کرده است حق رجوع به نصف مهریه و پس گرفتن آن را ندارد و اگر زن تمامی مهریه را نگرفته باشد، فقط حق دارد نصف آن را درخواست کند زیرا زن، نزدیکی را انکار می‌کند. اگر

زن از انکار قبلی دست برداشته و اقرار به نزدیکی نماید دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال، آن است که نصف باقیمانده مهریه را می‌گیرد و احتمال دیگر، آن است که پرداختن بقیه مهریه، متوقف بر آن است که مرد نیز اقرار جدیدی بنماید و اگر زن پس از منقضی شدن عده، از انکار خودش رجوع کند با فرض اینکه نزدیکی صورت گرفته باشد، احتمال دوم قوی‌تر خواهد بود.

(وَرَجْعَةُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ الْمُفْهِمَةِ لَهَا) (وَ أَخَذِ الْقِنَاعِ) عَنْ رَأْسِهَا، لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ وَضَعَهُ عَلَيْهِ إِشَارَةً إِلَى الطَّلَاقِ، وَ ضِدُّ الْعَلَامَةِ عَلَامَةُ الضِّدِّ، وَ لَا نَصَّ هُنَا عَلَيْهِ بِخُصُوصِهِ، فَلَا يَجِبُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بَلْ يَكْفِي الْإِشَارَةُ مُطْلَقًا.

رجوع شخص لال بدینصورت است که اشاره‌ای می‌نماید که رجوع را می‌فهماند و نیز با برداشتن روسری از سر زن، صورت می‌گیرد زیرا قرار دادن روسری بر سر زن، اشاره به طلاق دارد و ضد نشانه‌ای، نشانه ضد است (قرار دادن روسری، نشانه طلاق است و برداشتن روسری، نشانه رجوع است چون رجوع و طلاق ضد یکدیگرند و برداشتن روسری هم ضد قرار دادن روسری است) و در اینجا روایتی وجود ندارد که برداشتن روسری از سر زن را نشانه رجوع بداند (برخلاف طلاق که قرار دادن روسری بعنوان نشانه طلاق در روایت‌ها آمده است) بنابراین لازم نیست که میان اشاره کردن و برداشتن روسری از سر زن، جمع شود (و گفته شود که رجوع با هر دو عمل صورت می‌گیرد یعنی اشاره باید از طریق برداشتن روسری باشد) بلکه اشاره به رجوع به تنهائی کفایت می‌کند اعم از اینکه اشاره از راه برداشتن روسری باشد یا از راه دیگری باشد.

(وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِي الزَّمَانِ الْمُحْتَمِلِ) لِانْقِضَائِهَا فِيهِ، (وَ أَقَلُّهُ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا وَ لَحْظَتَانِ) إِنْ كَانَتْ مُعْتَدَةً بِالْأَفْرَاءِ. وَ ذَلِكَ بِأَنْ يُطْلَقَ وَ قَدْ بَقِيَ مِنَ الطَّهْرِ لَحْظَةٌ، ثُمَّ تَحِيضَ أَقَلِّ الْحَيْضِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، ثُمَّ تَطَهَّرَ أَقَلَّ الطَّهْرِ عَشْرَةً، ثُمَّ تَحِيضَ وَ تَطَهَّرَ كَذَلِكَ، ثُمَّ تَطْعَنَ فِي الْحَيْضِ لَحْظَةً.

(وَ) هَذِهِ اللَّحْظَةُ (الْأَخِيرَةُ دَلَالَةٌ عَلَى الْخُرُوجِ) مِنَ الْعِدَّةِ أَوْ مِنَ الطَّهْرِ الثَّالِثِ، لِاسْتِثْنَائِهِ بِهَا (لَا جُزْءٌ) مِنَ الْعِدَّةِ، لِأَنَّهَا ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ وَ قَدْ انْقَضَتْ قَبْلُهَا فَلَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ فِيهَا وَ يَصِحُّ الْعَقْدُ. وَقِيلَ: هِيَ مِنْهَا، لِأَنَّ الْحُكْمَ بِانْقِضَائِهَا مَوْقُوفٌ عَلَى تَحَقُّقِهَا وَ هُوَ لَا يَدُلُّ عَلَى الْمُدَّعَى.

هَذَا إِذَا كَانَتْ حُرَّةً، وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً فَأَقْلُ عِدَّتِهَا ثَلَاثَةٌ عَشَرَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ.
وَقَدْ يَتَّفِقُ نَادِرًا انْقِضَاؤُهَا فِي الْحُرَّةِ بِثَلَاثَةِ وَعِشْرِينَ يَوْمًا وَثَلَاثِ لَحْظَاتٍ وَفِي الْأَمَةِ
بِعَشْرَةٍ وَثَلَاثٍ: بَأَنْ يُطْلَقَهَا بَعْدَ الْوَضْعِ وَقَبْلَ رُؤْيَا دَمِ النَّفَاسِ بِلَحْظَةٍ، ثُمَّ تَرَاهُ لَحْظَةً، ثُمَّ
تَطْهَرُ عَشْرَةً، ثُمَّ تَحِيضُ ثَلَاثَةً. ثُمَّ تَطْهَرُ عَشْرَةً، ثُمَّ تَرَى الْحَيْضَ لَحْظَةً وَالنَّفَاسَ مَعْدُودٌ
بِحَيْضَةٍ، وَمِنْهُ يُعْلَمُ حُكْمُ الْأَمَةِ.

وَلَوْ ادَّعَتْ وَلَادَةً تَامًا، فَاِمْكَانُهُ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَحْظَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ، لَحْظَةً لِلْوَطْءِ وَ
لَحْظَةً لِلْوِلَادَةِ، وَإِنْ ادَّعَتْهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ بِلَحْظَةٍ، وَلَوْ ادَّعَتْ وَلَادَةً سَقِطَ مُصَوِّرٌ أَوْ مُضْغَةٌ أَوْ
عَلَقَةٌ، أُعْتَبِرَ اِمْكَانُهُ عَادَةً. وَرُبَّمَا قِيلَ: إِنَّهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ فِي الْأَوَّلِ، وَ
ثَمَانُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ فِي الثَّانِي، وَأَرْبَعُونَ كَذَلِكَ فِي الثَّلَاثِ وَلَا بَأْسَ بِهِ.

اگر زن ادعا کند که عده او سپری شده است، سخن وی پذیرفته می شود مشروط بر این که زمانی گذشته باشد که احتمال منقضی شدن عده وجود دارد (یعنی حداقل زمانی که برای سپری شدن عده، لازم است گذشته باشد) و کمترین زمان ممکن برای سپری شدن عده، بیست و شش روز و دو لحظه است (یک لحظه، آخرین لحظه طهارتی است که طلاق در آن صورت می گیرد و لحظه دیگر، لحظه ای است که حکایت از انقضای عده دارد. البته این زمان در صورتی است که) زن با قرءاها، عده نگه می دارد (یعنی عده خود را با پاک شدن و حیض دیدن، محاسبه می کند) و راه احتساب این مدت، چنین است که مرد، همسرش را طلاق می دهد در حالیکه یک لحظه از طهارت زن باقی مانده است (چون زن را باید در حالت طهارت، طلاق داد) و پس زن، حیض می شود و حداقل مدت حیضگی، سه روز است و پس زن پاک می شود و حداقل مدت پاک بودن، ده روز است و دوباره زن حیض می شود (و حداقل مدت حیض، سه روز است) و دوباره پاک می شود (و حداقل مدت پاک بودن، ده روز است) و آنگاه زن برای یک لحظه وارد حیض می شود (و در این لحظه، عده او سپری می شود بنابراین در اینجا دو مدت ده روز برای پاک بودن و دو مدت سه روز برای حیض و دو لحظه وجود دارد که مجموعاً بیست و شش روز و دو لحظه برای زمان عده لازم است که کمتر از آن، امکان ندارد.) لحظه آخر، دلالت بر خروج از عده یا خروج از سومین پاکی دارد (و سه بار پاک شدن برای عده، لازم است که «اقرءا» نامیده می شود و دلیل اینکه لحظه آخر، نشانه خروج از عده

می باشد آن است که) پاک شدن، نشانه خروج از عده است و جزء عده نیست (یعنی هر لحظه آخر، از آن جهت لازم است که بیانگر خروج زن از پاکی و دخول در حیض و پایان یافتن عده است چون برای یک لحظه هم که شده است زن باید حیض شود تا معلوم گردد که از حالت طهارت، خارج شده است.) و عده معادل سه «قرء» می باشد که این مدّت قبل از آخرین لحظه حیض، پایان می یابد بنابراین در این لحظه آخر، حق رجوع وجود ندارد (چون لحظه آخر، جزء عده نیست بلکه نشانه خروج از عده می باشد) اما عقد نکاح را می توان در این لحظه آخر انجام داد (چون زن در این لحظه از عده خارج شده است.) یک دیدگاه نیز، آن است که لحظه آخر، جزء زمان عده می باشد (بنابراین می توان در آن لحظه، رجوع کرد و نمی توان عقد را در این لحظه منعقد نمود و دلیل اینکه لحظه آخر، جزء عده می باشد، آن است که) حکم به منقضی شدن عده، متوقّف بر تحقق لحظه آخر است اما این مطلب، دلالتی بر ادعا ندارد (یعنی درست است که منقضی شدن عده، متوقّف بر لحظه آخر است اما توقّف انقضای عده بر این لحظه، دلالتی بر آن ندارد که این لحظه، جزء زمان عده می باشد بلکه کاشف از انقضای عده است و اعم از مدّعی می باشد) پیش بینی بیست و شش روز و دو لحظه برای حداقل مدت عده، در صورتی است که زوجه طلاق داده شده، زن آزادی باشد اما اگر کنیز باشد، حداقل مدّت عده، سیزده روز و دو لحظه خواهد بود (زیرا شوهر، کنیز را در آخرین لحظه پاکی، طلاق می دهد که همان لحظه اولی می باشد و پس کنیز، حیض می شود که حداقل آن، سه روز است و دوباره پاک می شود که حداقل آن، ده روز است بنابراین مجموع این زمان ها، سیزده روز و یک لحظه می شود و با لحظه آخر که زن وارد حیض می شود و کشف از انقضای عده می کند، سیزده روز و دو لحظه می شود.) به ندرت اتفاق می افتد که عده در زن آزاد معادل بیست و سه روز و سه لحظه باشد و در کنیز معادل ده روز و سه لحظه باشد بدین صورت که مرد، بعد از وضع حمل یک لحظه قبل از دیدن خون نفاس، زن را طلاق بدهد و پس زن برای یک لحظه، خون نفاس را ببیند و پس به مدّت ده روز پاک شود و دوباره حیض شود و سپس ده روز، پاک شود و مجدداً برای یک لحظه، خون حیض را ببیند و نفاس نیز بعنوان یک حیض محسوب گردد (که مجموعاً بیست روز برای پاکی و سه روز برای حیض و دو لحظه حیض و یک لحظه نفاس

معادل بیست و سه روز و سه لحظه می شود) و وضعیت کنیز هم به همین صورت معلوم می شود (یعنی شوهر، کنیز را بعد از ولادت و یک لحظه قبل از دیدن خون نفاس، طلاق می دهد و سپس کنیز، یک لحظه خون نفاس را می بیند و این لحظه نیز، لحظه حیض محسوب می شود. دوباره زن برای ده روز پاک می شود و سپس حیض را برای یک لحظه می بیند و در این لحظه از عده خارج می شود و مجموع این مدت ها، ده روز و سه لحظه می شود) اگر زن ادعا کند که کودک را به صورت کامل بدنیا آورده است، در صورتی امکان دارد که شش ماه و دو لحظه از زمان نکاح گذشته باشد که یک لحظه برای نزدیکی و یک لحظه برای ولادت می باشد (و حداقل مدت حاملگی نیز شش ماه است) و اگر زن ادعا کند که کودک را یک لحظه بعد از طلاق به دنیا آورده است (باید شش ماه و یک لحظه از طلاق گذشته باشد و گرنه ادعای او پذیرفته نمی شود. اگر زن ادعا کند که جنین را به صورت مصور یا مضغه یا علقه بدنیا آورده است، از نظر عرف و عادت امکان آن وجود دارد. یک دیدگاه، آن است که امکان عرفی برای ادعای ولادت جنین سقط شده صد و بیست روز و دو لحظه برای جنین مصور و هشتاد روز و دو لحظه برای سقط مضغه و چهل روز و دو لحظه برای ادعای سقط علقه می باشد و ایرادی متوجه این نظریه ها نیست.

(وَ ظَاهِرُ الرِّوَايَاتِ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهَا غَيْرُ الْمُعْتَادِ إِلَّا بِشَهَادَةِ أَرْبَعٍ مِنَ النِّسَاءِ الْمُطْلَعَاتِ عَلَى بَاطِنِ أَمْرِهَا، وَ هُوَ قَرِيبٌ). عَمَلًا بِالْأَصْلِ وَ الظَّاهِرِ، وَ اسْتِصْحَابًا لِحُكْمِ الْعِدَّةِ، وَ لِإِمْكَانِ إِقَامَتِهَا الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ.

وَ وَجْهُ الْمَشْهُورِ: أَنَّ النِّسَاءَ مُؤْتَمِّنَاتٌ عَلَى أَرْحَامِهِنَّ، وَ لَا يَعْرِفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِنَّ غَالِبًا، وَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ عَسَرَةٌ عَلَى ذَلِكَ غَالِبًا، وَ رَوَى زُرَّارَةُ فِي الْحَسَنِ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «الْعِدَّةُ وَ الْحَيْضُ لِلنِّسَاءِ، إِذَا ادَّعَتْ صُدِّقَتْ»، وَ الْأَفْزَى الْمَشْهُورُ.

ظاهر روایت ها بیان گر آن است که ادعای ولادت غیر متعارف از زن پذیرفته نمی شود مگر اینکه چهار زن که از وضعیت درونی و خصوصی وی اطلاع دارند، شهادت بدهند و ظاهر روایت ها، موجه است زیرا مطابق با اصل و ظاهر می باشد (منظور از اصل، اصل عدم تحقق ادعای زن است و منظور از ظاهر، خروج زن از عده برحسب متعارف زنان است) و استصحاب حکم عده نیز چنین اقتضایی دارد (زیرا وقتی تردید وجود دارد که

زن از عده خارج شده است یا خیر، بقای عده را استصحاب می‌کنیم) و این مسأله نیز قابل اثبات از طریق شهادت می‌باشد. مبنای دیدگاه مشهور (که ادعای زن مبنی بر خروج از عده را می‌پذیرند)، آن است که زنان نسبت به رحم خود، امین محسوب می‌شوند و غالباً شخص دیگری غیر از خودشان، از وضعیّت آنها آگاهی ندارد و اثبات آن با شاهد، غالباً کار دشواری است و زراره در روایت حسنی از امام باقر(ع) روایت کرده است که فرمود: «هرگاه زنان ادعای عده و حیض بنمایند از آنها پذیرفته می‌شود.» و نظریه قوی‌تر، دیدگاه مشهور است (یعنی سخن زن، پذیرفته می‌شود).

(الفصل الثالث: في العِدَّة)

جَمْعُ عِدَّةٍ، وَهِيَ مُدَّةٌ تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِتَعْرِفَ بَرَاءَةَ رَحِمِهَا مِنَ الْحَمْلِ، أَوْ تَعْبُدًا.
(وَلَا عِدَّةَ عَلَى مَنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الزَّوْجُ) مِنَ الطَّلَاقِ وَالْفُسْخِ (إِلَّا فِي الْوَفَاةِ،
فَيَجِبُ) عَلَى الزَّوْجَةِ مُطْلَقًا الْإِعْتِدَادُ (أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً) وَإِنْ
كَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا (وَنِصْفُهَا) شَهْرَانِ وَخَمْسَةَ أَيَّامٍ (إِنْ كَانَتْ أَمَةً) وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا
عَلَى الْأَشْهُرِ، وَمُسْتَنَدُهُ صَحِيحُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «الْأَمَةُ إِذَا تُوُفِّيَ
عَنْهَا زَوْجُهَا فَعِدَّتُهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ».

وَقِيلَ: كَالْحُرَّةِ اسْتِنَادًا إِلَى عُمُومِ الْآيَةِ وَبَعْضِ الرُّوَايَاتِ، وَتَخْصِيصُهَا بِغَيْرِهَا طَرِيقُ
الْجَمْعِ (سِوَاءٍ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَا)، صَغِيرَةٌ كَانَتْ أَمْ كَبِيرَةً وَلَوْ يَأْسَةً، ذَائِمًا كَانَ النِّكَاحُ أَمْ
مُنْقَطِعًا.

فصل سوم - در مورد عده هاست

واژه «عدد»، جمع «عده» می باشد و عده، مدتی است که زن باید صبر کند تا مطمئن شود که جنینی در رحم او وجود ندارد و یا مدتی را بعنوان تعبّدی صبر کند (مثلاً عده زنی که با وی نزدیکی نشده است برای خالی بودن رحم از جنین نیست بلکه تعبّدی می باشد زیرا جنین زنی، حامله نمی شود) زنی که با وی نزدیکی نشده است، لازم نیست بعد از طلاق یا فسخ نکاح، عده بگیرد مگر در مورد وفات شوهر که زن باید در هر صورت، عده بگیرد اعم از اینکه با وی نزدیکی شده باشد یا خیر، موقت باشد یا دائم، کافر باشد یا مسلمان و عده وفات، چهار ماه و ده روز برای زن آزاد است و اگر شوهر، برده بوده و زن، کنیز باشد دو ماه و پنج روز عده می گیرد و براساس نظر مشهورتر اگر همسر کنیز، آزاد باشد بازهم عده او، دو ماه و پنج روز است و مستند آن، روایت صحیح

محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است که فرمود: «اگر شوهر کنیز بمیرد، دو ماه و پنج روز، عده اوست.» (وسائل، کتاب طلاق، باب ۴۲ از ابواب عده‌ها) و دیدگاه ضعیفی می‌گوید که عده کنیز هم مانند عده زن آزاد است زیرا عموم آیه قرآن (که می‌فرماید: والدين يتوفون منكم و يذرون أزواجاً يقربصن بانفسهن اربعة اشهر و عشراً) شامل کنیز هم می‌شود و برخی روایت‌ها نیز عام هستند و کسانی که عموم آیات را به غیر کنیز تخصیص زده‌اند (یعنی آیات را مخصوص زنان آزاد دانسته‌اند)، میان ادله جمع کرده‌اند (یعنی برخی روایات می‌گویند که عده کنیز نصف عده زن آزاد است اما آیات و برخی روایات، عام هستند و عده کنیز را نیز معادل عده زن آزاد می‌دانند که برای جمع میان این ادله از قاعده تخصیص استفاده می‌کنیم) و در مورد عده وفات، تفاوتی میان زن صغیر و زن کبیر و زن یائسه و زن دائمی و موقت، وجود ندارد (یعنی همه اینها باید عده نگه‌دارند).

(و فِي بَاقِي الْأَسْبَابِ) الْمَوْجِبَةِ لِلْفُرْقَةِ (تَعْتَدُ ذَاتُ الْأَقْرَاءِ) جَمْعُ قُرَى بِالْفَتْحِ وَالضَّمِّ، وَهُوَ الطُّهُرُ أَوْ الْحَيْضُ (الْمُسْتَقِيمَةُ الْحَيْضُ) بِأَنْ يَكُونَ لَهَا فِيهِ عَادَةٌ مَضْبُوتَةٌ وَقْتًا، سَوَاءً انْضَبَطَ عَدَدًا أَمْ لَا (مَعَ الدُّخُولِ) بِهَا الْمُتَحَقِّقُ بِإِيلَاجِ الْحَشْفَةِ، أَوْ قَدَرِهَا مِنْ مَقْطُوعِهَا قُبْلًا أَوْ دُبْرًا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ لَمْ يُنْزَلْ (بِثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ) أَحَدُهَا مَا بَقِيَ مِنْ طَهْرِ الطَّلَاقِ بَعْدَهُ وَ إِنْ قَلَّ. وَ غَيْرُ مُسْتَقِيمَةِ الْحَيْضِ تَرْجِعُ إِلَى التَّمْيِيزِ ثُمَّ إِلَى عَادَةِ نِسَائِهَا إِنْ كَانَتْ مُبْتَدَأَةً، ثُمَّ تَعْتَدُ بِالشُّهُورِ.

(و ذَاتُ الشُّهُورِ، وَ هِيَ الَّتِي لَا يَحْصُلُ لَهَا الْحَيْضُ الْمُعْتَادُ، وَ هِيَ فِي سِنِّ مَنْ تَحِيضُ) سَوَاءً كَانَتْ مُسْتَرَابَةً كَمَا عَبَّرَ بِهِ كَثِيرٌ أَمْ انْقَطَعَ عَنْهَا الْحَيْضُ لِغَارِضٍ، مِنْ مَرَضٍ وَ حَمْلٍ وَ رَضَاعٍ وَ غَيْرِهَا، تَعْتَدُ (بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ) هِلَالِيَّةٍ إِنْ طَلَّقَهَا عِنْدَ الْهَلَالِ، وَ إِلَّا أَكْمَلَتْ الْمُتَكَسِّرَ ثَلَاثِينَ بَعْدَ الْهَلَالَيْنِ عَلَى الْأَقْوَى.

(و الْأَمَةُ) تَعْتَدُ (بِطَهْرَيْنِ) إِنْ كَانَتْ مُسْتَقِيمَةَ الْحَيْضِ (أَوْ خَمْسَةَ وَ أَرْبَعِينَ يَوْمًا) إِنْ لَمْ تُكُنْ.

در بقیه اسباب و علت‌های جدایی زن و مرد (بغیر از فوت)، زنی که عده خود را با «قرء» می‌گیرد و به صورت طبیعی حیض می‌شود باید به اندازه سه طهر، عده بگیرد. واژه «أقراء»، جمع واژه «قرء» می‌باشد که با فتحه «قاف» و ضحه «قاف» قرائت می‌شود،

یکی از واژه‌های متضاد است که در دو معنای متفاوت استعمال می‌شود و در اینجا به معنای پاکی یا حیض است و منظور از زن «مستقیم الحیض»، زنی است که عادت زنانگی او به صورت منظم و در زمان‌های مشخصی، رخ می‌دهد اعم از اینکه عادت را به صورت عددی بگذرانند یا به شکل دیگری عده نگه دارد و نگه داشتن عده برای چنین زنی در صورتی واجب است که نزدیکی با وی انجام شده باشد و منظور از نزدیکی، داخل کردن آلت تناسلی مرد در آلت تناسلی زن است که حداقل به اندازه ختنه‌گاه باید از جلو، داخل شود و براساس نظر مشهور، نزدیکی از عقب نیز مانند نزدیکی از جلو می‌باشد اما لازم نیست که منی هم از مرد خارج شود. یکی از سه طهری که زن بعنوان عده، نگه می‌دارد همان طهارتی است که طلاق در آن صورت می‌گیرد هر چند مدت آن، کم باشد. اگر زنی که عده می‌گیرد، عادت ماهانه خود را به صورت منظم نبیند که اصطلاحاً «غیرمستقیم الحیض» نامیده می‌شود، باید به قواعد و ملاک‌ها مراجعه کند و زمان عده را بدست آورد و گرنه چنانچه مبتدئه باشد باید مانند زنان مثل خودش عده بگیرد و اگر زنان مثل او وجود نداشته باشند باید عده خود را با سپری شدن ماهها، نگه دارد و به چنین زنی که عده خود را با ماه می‌گیرد «ذات المشهور» گفته می‌شود) یعنی زنی که حیض را به صورت متعارف نمی‌بیند اما سن او اقتضا می‌کند که حیض شود اعم از اینکه «مستترابه» باشد همانگونه که اکثر فقها این تعبیر را بکار می‌برند (زن مستترابه زنی است که در سن حیض می‌باشد اما حیض نبیند) یا حیض بخاطر مانعی همچون بیماری و حاملگی و شیر دادن، قطع شده باشد و چنین زنی باید سه ماه هلالی را عده بگیرد مشروط بر اینکه در ابتدای ماه، طلاق داده شده باشد و گرنه براساس دیدگاه قوی‌تر بعد از دو ماه باید مقدار باقیمانده را جبران کند (مثلاً اگر در پانزدهم ماه طلاق داده شده باشد باید پانزده روز از ماه سوم را نیز عده نگاه دارد تا سه ماه کامل شود). کنیز چنانچه مستقیم الحیض باشد باید دو طهر عده بگیرد و اگر مستقیم الحیض نباشد باید چهل و پنج روز عده نگه دارد.

(وَلَوْ رَأَتْ) الْحُرَّةُ (الدَّمَّ فِي الْأَشْهُرِ) الثَّلَاثَةِ (مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ) ثُمَّ احْتَبَسَ إِلَى أَنْ انْقَضَتْ الْأَشْهُرُ (انْتَظَرَتْ تَمَامَ الْأَقْرَاءِ)، لِأَنَّهَا قَدِ اسْتَرَابَتْ بِالْحَمْلِ غَالِبًا (فَإِنْ تَمَّتِ) الْأَقْرَاءُ قَبْلَ أَقْصَى الْحَمْلِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا (وَإِلَّا صَبَرَتْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ) عَلَى أَشْهُرِ الْقَوْلَيْنِ

(أَوْ سَنَةً) عَلَى قَوْلٍ فَإِنْ وَضَعَتْ وَلَدًا، أَوْ اجْتَمَعَتِ الْأَقْرَاءُ الثَّلَاثَةُ فَذَاكَ هُوَ الْمَطْلُوبُ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ (وَإِلَّا يَتَّفِقُ) أَحَدُ الْأُمْرَيْنِ (اعْتَدْتُ بَعْدَهَا) أَي: بَعْدَ التَّسْعَةِ، أَوْ السَّنَةِ (بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ إِلَّا أَنْ تَتِمَّ الْأَقْرَاءُ قَبْلَهَا) فَتَكْتَفِي بِهَا.

وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ وَقُوعِ الثَّلَاثَةِ الْأَقْرَاءِ بَعْدَ أَقْصَى الْحَمْلِ كَالثَّلَاثَةِ الْأَشْهُرِ. وَالأَوَّلُ أَقْوَى، وَاطِّلاقُ النَّصِّ وَالْفَتْوَى يَفْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ اسْتِرَائِبِهَا بِالْحَمْلِ وَعَدَمِهِ فِي وُجُوبِ التَّرْبِصِ تِسْعَةً، أَوْ سَنَةً، ثُمَّ الْإِعْتِدَادُ بِعَدِّهَا حَتَّى لَوْ كَانَ زَوْجُهَا غَائِبًا عَنْهَا، فَحُكْمُهَا كَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُ الْحِكْمَةِ يَفْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِالْمُسْتَرَابَةِ. وَاحْتِمَالُ الْمُصَنِّفِ فِي بَعْضِ تَحْقِيقَاتِهِ الْإِكْتِفَاءَ بِالتَّسْعَةِ لِرُوحَةِ الْغَائِبِ مُحْتَاجًا بِحُصُولِ مُسَمًّى الْعِدَّةِ، وَالدَّلِيلُ فِي مَحَلِّ النَّزَاعِ، وَهَذِهِ أَطْوَلُ عِدَّةٍ تُفَرِّضُ.

اگر زن آزاد در فاصله سه ماهی که عده می‌گیرد، یک یا دو مرتبه خون بیند و خون او قلع شود تا زمانی که سه ماه به پایان برسد (مثلاً در ماه اول خون ببیند اما در ماه دوم و سوم، خون نبیند) باید صبر کند تا سه قُرء به پایان برسد زیرا برهم خوردن رؤیت خون حیض غالباً بخاطر حاملگی است بنابراین اگر قبل از اینکه حداکثر مدت حاملگی به پایان برسد، سه قُرء تمام شود، عده او نیز تمام شده است (یعنی باید وضع حمل کند یا سه قُرء به پایان برسد و اگر حامله نباشد وقتی که سه قُرء تمام شد، زن هم از عده خارج می‌گردد) اما اگر حداکثر مدت حاملگی به پایان برسد و قُرءها تمام نشود باید براساس نظر مشهورتر تا نه ماه و براساس نظری دیگر تا یک سال صبر کند پس اگر در این مدت، وضع حمل کرد یا سه قُرء به پایان رسید، عده او نیز منقضی می‌شود (یعنی اگر حداکثر مدت حاملگی به پایان برسد باید منتظر دیدن خود بماند پس اگر قبل از پایان یافتن حداکثر مدت حاملگی، خون را دید، سه قُرء او تمام شده و از عده خارج می‌گردد اما اگر خون نبیند باید نه ماه صبر کند و در ماه دهم از عده خارج می‌شود و نیز اگر اصلاً خون ندیده باشد باید تا حداکثر مدت حاملگی صبر کند) بنابراین چنانچه سه قُرء به پایان رسید و نه وضع حمل کرد بعد از نه ماه یا یک سال باید به مدت سه ماه عده نگه دارد، مگر اینکه قبل از سه ماه، قُرئها به پایان برسد که در این صورت، عده او به پایان می‌رسد. دیدگاه دیگری بر آن است که پس از حداکثر مدت حاملگی باید سه قُرء نیز مانند سه

ماه، محقق شود (یعنی زن باید پس از حداکثر مدّت حاملگی، سه قُرء صبر کند اعم از اینکه مدت قُرءها معادل سه ماه باشد یا بیشتر باشد بنابراین زن باید تا پایان مدّت قُرءها صبر نماید که دورترین زمان از دو زمان سه ماه و سه قُرء می‌باشد و نیز اگر مدت قُرءها کمتر از سه ماه باشد یعنی زن، خون را به کمتر از مدت حیض ببیند باید صبر کند تا سه ماه کامل گردد و به همین صورت باید ادامه دهد تا سه ماه به پایان برسد) اما نظریهٔ اوّل (یعنی سه ماه عده گرفتن)، بهتر است و اطلاق روایت و فتوای فقها نیز اقتضا می‌کند که برای وجوب نه ماه یا یک سال صبر کردن، تفاوتی ندارد که زن مسترابه به حمل باشد یا نباشد و سپس بعد از نه ماه یا یک سال باید دوباره به مدّت سه ماه عده بگیرد حتی اگر شوهر زن، غایب باشد پس در این حالت نیز باید سه ماه بعد از نه ماه یا یک سال صبر کند هر چند فلسفه نگهداری عده اقتضا می‌کند که فقط زنی که مستراب به حمل است باید بعد از نه ماه یا یک سال، صبر کند (زیرا فلسفه عده نگه داشتن، آن است که زن، حامله نباشد و این فلسفه در مورد زنی است که مستراب به حمل می‌باشد). شهید اوّل در برخی نوشته‌های خود گفته است که اکتفا کردن به نه ماه برای زنی است که همسروی غایب می‌باشد زیرا نام «عده» در این مورد، تحقق پیدا می‌کند (یعنی سه ماه که نام و مدت عده است در ضمن نه ماه، حاصل می‌شود و این دلیل، همان ادعا و محل نزاع است) (یعنی ادعای ما آن است که آیا عده زنی که شوهرش غایب می‌باشد، نه ماه است یا خیر؟ و دلیل، آن است که مسمای عده حاصل می‌شود پس دلیل، همان مدعاست) و این مدت (یعنی نه ماه در زن مسترابه و سه ماه بعد از نه ماه، طولانی‌ترین مدّت عده است یعنی از همه عده‌های دیگر، طولانی‌تر می‌باشد)

وَالضَّابِطُ: أَنَّ الْمُعْتَدَةَ الْمَذْكُورَةَ إِن مَضَى لَهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ قَبْلَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِهَا، وَإِن مَضَى عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ لَمْ تَزَفْ بِهَا دَمَ حَيْضٍ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِهَا وَإِنْ كَانَتْ لَهَا عَادَةٌ مُسْتَقِيمَةً فِيمَا زَادَ عَلَيْهَا بَانَ كَانَتْ تَرَى الدَّمَ فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مَرَّةً، أَوْ مَا زَادَ، أَوْ مَا نَقَصَ بِحَيْثُ يَزِيدُ عَنْ ثَلَاثَةٍ وَلَوْ بِلَحْظَةٍ، وَمَتَى رَأَتْ فِي الثَّلَاثَةِ دَمًا وَلَوْ قَبْلَ انْقِضَائِهَا بِلَحْظَةٍ فَحُكْمُهَا مَا فَضَّلَ سَابِقًا: مِنْ ائْتِظَارِ أَقْرَبِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ تَمَامِ الْأَقْرَاءِ، وَوَضْعِ الْوَلَدِ، فَإِنْ ائْتَفَقَا اُعْتِدَّتْ بَعْدَ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، إِلَّا أَنْ يَتِمَّ لَهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ قَبْلَهَا، وَلَوْ مَبْنِيَّةً عَلَى مَا سَبَقَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهَا دَمٌ آخَرَ فِي الثَّلَاثَةِ أَوْ قَبْلَهَا وَعَدَمِهِ.

ملاک و قاعده برای عدهٔ غیروفات، آن است که اگر قبل از سپری شدن سه ماه، سه قُرء حاصل شود پس عده نیز سپری شده است (چون ملاک اصلی «سه قُرء» سپس اگر ماهها مطابق با قرءها باشد، عده نیز سپری می شود و اگر ماهها بگذرد و زن، خون نبیند عدهٔ او نیز سپری می شود.) و اگر سه ماه بگذرد و زن در این مدت، خون نبیند عدهٔ او سپری می شود هر چند عادت وی در حیض بیشتر از سه ماه باشد یعنی در هر چهار ماه یا بیشتر یا کمتر خون ببیند بگونه ای که از سه ماه هر چند به اندازهٔ یک لحظه، بیشتر شود و اگر زن در مدت سه ماه، خون ببیند هر چند یک لحظه قبل از پایان یافتن سه ماه باشد، حکمش همان است که به تفصیل بیان گردید یعنی باید نزدیک ترین امر را از تمام کردن قرءها و وضع حمل، انتخاب نماید اما اگر نه قرءها به پایان رسید و نه وضع حمل نموده باید بعد از نه ماه، سه ماه دیگر صبر کند مگر اینکه قبل از پایان یافتن سه ماه اضافی، سه قُرء به پایان برسد هر چند تمام شدن قرءها مبتنی بر آن باشد که خون را در سه ماه اول که وصل به طلاق می باشد ببیند (یعنی خون را یک مرتبه یا دو مرتبه در سه ماه اول ببیند و سپس قرءها را در سه ماه آخر، به پایان برساند.) و تفاوتی ندارد که خون حیض در سه ماه آخر دیده شود یا قبل از سه ماه آخر در ضمن نه ماه دیده شود یا اصلاً خونی در این مدت دیده نشود.

(وَعِدَّةُ الْحَامِلِ وَضْعُ الْحَمْلِ) أَجْمَعَ كَيْفَ وَقَعَ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ نَشَأُ آدَمِيٍّ (وَإِنْ كَانَ عَاقِلَةً) وَ وَضَعَتْهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ بِلَحْظَةٍ، وَلَا عِبْرَةَ بِالنُّطْقَةِ (فِي غَيْرِ الْوَفَاةِ، وَ فِيهَا بَابُ بَعْدِ الْأَجَلَيْنِ مِنْ وَضْعِهِ، وَ مِنْ الْأَشْهُرِ) الْأَرْبَعَةِ وَالْعَشْرَةِ الْأَيَّامِ فِي الْحُرَّةِ، وَالشَّهْرَيْنِ وَالْخَمْسَةِ الْأَيَّامِ فِي الْأَمَةِ.

عدهٔ زن حامله برای غیروفات، وضع حمل اوست و تفاوتی ندارد که وضع حمل به چه صورتی رخ دهد (یعنی حمل، زنده باشد یا مرده باشد) مشروط بر اینکه مشخص باشد که جنین انسان است هر چند به صورت علقه (یعنی خون جامد) باشد و زن، آن را هر چند یک لحظه بعد از طلاق، بدنیا بیاورد اما نطفه، اعتباری ندارد (یعنی افتادن نطفه از رحم زن را نمی توان خروج از عده دانست) اما عدهٔ وفات برای زن حامله، طولانی ترین مدت از زمان وضع حمل و از چهار ماه و ده روز برای زن آزاد و دو ماه و پنج روز برای کنیز است (یعنی اگر وضع حمل، طولانی تر بودن باید وضع حمل را خروج از

عده دانست و اگر چهار ماه و ده روز، طولانی تر بود باید این مدت را ملاک قرار داد.)
 (وَيَجِبُ الْحِدَادُ عَلَى الزَّوْجَةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) فِي جَمِيعِ مَدَّةِ الْعِدَّةِ (وَهُوَ تَرْكُ الزَّيْنَةِ مِنَ الثِّيَابِ، وَالْأَذْهَانِ، وَالطَّيِّبِ، وَالْكُحْلِ الْأَسْوَدِ)، وَالْحِنَاءِ، وَخَضْبِ الْحَاجِبَيْنِ بِالسَّوَادِ، وَاسْتِعْمَالِ الْأَسْفِدَاجِ فِي الْوَجْهِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُعَدُّ زِينَةً عُرْفًا. وَلَا يَخْتَصُّ الْمَنْعُ بِلَوْنٍ خَاصٍّ مِنَ الثِّيَابِ، بَلْ يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ وَالْأَزْمَانِ وَالْعَادَاتِ، فَكُلُّ لَوْنٍ يُعَدُّ زِينَةً عُرْفًا يَحْرُمُ لُبْسُ الثَّوْبِ الْمَصْبُوغِ بِهِ، وَلَوْ احْتِاجَتْ إِلَى الْاِكْتِحَالِ بِالسَّوَادِ لِعَلَّةٍ جَارٍ، فَإِنْ تَأَدَّتِ الضَّرُورَةُ بِاسْتِعْمَالِهِ لَيْلًا وَمَسَحِهِ نَهَارًا وَجَبَ، وَإِلَّا اقْتَصَرَتْ عَلَى مَا تَتَأَدَّى بِهِ الضَّرُورَةُ.

وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْهَا التَّنْظِيفُ، وَلَا دُخُولُ الْحَمَّامِ، وَلَا تَسْرِيحُ الشَّعْرِ، وَلَا السَّوَاكُ، وَلَا قَلَمُ الْأُظْفَارِ، وَلَا السُّكْنَى فِي الْمَسَاكِينِ الْعَالِيَةِ، وَلَا اسْتِعْمَالُ الْفُرُوشِ الْفَاحِرَةِ، وَلَا تَزْيِينُ أَوْلَادِهَا وَخَدَمِهَا. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الزَّوْجَةِ الْكَبِيرَةِ وَالصَّغِيرَةِ الْحَائِلِ وَالْحَامِلِ إِذَا كَانَتْ حُرَّةً. (وَفِي الْأَمَةِ قَوْلَانِ، الْمَرْوِيُّ) صَحِيحًا عَنِ الْبَاقِرِ عليه السلام (أَنَّهَا لَا تَحُدُّ)، لِأَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ الْحُرَّةَ وَالْأَمَةَ كَلْتُمَاهُمَا إِذَا مَاتَ عَنْهُمَا زَوْجُهُمَا سَوَاءٌ فِي الْعِدَّةِ، إِلَّا أَنَّ الْحُرَّةَ تَحُدُّ وَالْأَمَةَ لَا تَحُدُّ».

وَهَذَا هُوَ الْأَفْقَى، وَذَهَبَ الشَّيْخُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ وَجَمَاعَةً إِلَى وَجُوبِ الْحِدَادِ عَلَيْهَا، لِعُمُومِ قَوْلِ النَّبِيِّ صلی الله علیه و آله «لَا يَجِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحُدَّ عَلَى مِيتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا». وَفِيهِ مَعَ سَلَامَةِ السَّنَدِ أَنَّهُ عَامٌّ وَذَاكَ خَاصٌّ، فَيَجِبُ التَّوْفِيقُ بَيْنَهُمَا بِتَخْصِصِ الْعَامِّ، وَلَا حِدَادَ عَلَى غَيْرِ الزَّوْجِ مُطْلَقًا، وَفِي الْحَدِيثِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ، بَلْ مُقْتَضَاهُ أَنَّهُ مُحَرَّمٌ. وَالأُولَى حَمْلُهُ عَلَى الْمُبَالَغَةِ فِي التَّنْفِي وَالْكَرَاهَةِ.

زنی که شوهرش فوت کرده است باید در تمامی مدت عدّه «حداد» را رعایت کند و منظور از «حداد»، آن است که با لباس و روغن و عطر و سرمه سیاه و حناء و رنگ کردن ابرو و استفاده از سفید آب در صورت و سایر زینت‌های عرفی، آرایش نکند و ممنوعیت مذکور اختصاص به لباس خاصی ندارد بلکه در شهرها و زمان‌ها و عادت‌های مختلف، تفاوت دارد بنابراین هر رنگی که از نظر عرفی، زینت به حساب می‌آید استفاده از آن در لباس، حرام است اما اگر زن، بیماری داشته باشد که باید از سرمه استفاده کند ممنوعیتی

ندارد و اگر نیاز شود که در شب از آن، استفاده کند و در روز، پاک نماید باید این کار را انجام دهد و گرنه باید به مقداری که ضرورت را برطرف می‌کند، بسنده نماید و نظافت کردن، استحمام، شانه کردن مو، مسواک، گرفتن ناخن، سکونت در خانه‌های اعیان، استفاده از فرش عالی و زینت کردن فرزندان و خادمان، بر زن شوهر مرده حرام نیست و تفاوتی ندارد که زن، بزرگ باشد یا کوچک باشد، حامله باشد یا نباشد، در مورد حداد کنیز، اختلاف نظر وجود دارد.... اما حداد بر غیر شوهر مطلقاً واجب نیست (یعنی اگر پدر یا فرزند یا اقوام دیگر زن فوت کنند، حداد بر وی واجب نیست حتی در فاصله سه روزی که در برخی روایات آمده است.) و در روایت نیز اشاره به این حکم شده است (که حداد بر غیر شوهر، واجب نیست) و حتی این روایت، اقتضا می‌کند که حداد بر غیر شوهر، حرام است اما بهتر است این روایت را حمل بر مبالغه در نفی و کراهت نمائیم (یعنی هدف امام، آن است که بر کراهت آن، تأکید نماید).

(وَالْمَقْفُودُ إِذَا جُهِلَ خَبَرُهُ) وَ كَانَ لِرَوْجَتِهِ مَنْ يُنْفِقُ عَلَيْهَا (وَجَبَ عَلَيْهَا التَّرْصُصُ) إِلَى أَنْ يَحْضُرَ، أَوْ تَنْبُتَ وَفَاتُهُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا (وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ يُنْفِقُ عَلَيْهَا) وَلَا مُتَبَرِّعٌ، فَإِنْ صَبَرَتْ فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ بَحَثَ عَنْ أَمْرِهِ (وَ طَلَبَ أَرْبَعَ سِنِينَ) مِنْ حِينِ رَفَعِ أَمْرَهَا إِلَيْهِ فِي الْجَهَةِ الَّتِي فَقَدَ فِيهَا إِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً، وَإِلَّا فِي الْجِهَاتِ الْأَرْبَعِ حَيْثُ يُحْتَمَلُ الْأَرْبَعُ (ثُمَّ يُطَلِّقُهَا الْحَاكِمُ) بِنَفْسِهِ، أَوْ بِأَمْرِ الْوَلِيِّ بِهِ. وَ الْأَجُودُ تَقْدِيمُ أَمْرِ الْوَلِيِّ بِهِ، فَإِنْ امْتَنَعَ طَلَّقَ الْحَاكِمُ، لِأَنَّهُ مَذْلُولُ الْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ (بَعْدَهَا) أَيُّ: بَعْدَ الْمُدَّةِ، وَ رُجُوعِ الرُّسْلِ، أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ (وَ تَعْتَدُ) بَعْدَهُ (وَالْمَشْهُورُ) بَيْنَ الْأَصْحَابِ (أَنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ)، وَ فِي خَبَرٍ سَمَاعَةَ دَلَالَةً عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الطَّلَاقَ، وَ قَالَ: «بَعْدَ مُضِيِّ أَرْبَعِ سِنِينَ أَمْرَهَا أَنْ تَعْتَدَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا» وَ بَاقِي الْأَخْبَارِ إِلَّا أَنَّ ظَاهِرَهَا أَنَّ الْعِدَّةَ عِدَّةُ الطَّلَاقِ، حَيْثُ حُكِمَ فِيهَا بِأَنَّهُ يُطَلِّقُهَا ثُمَّ تَعْتَدُ، وَ فِي حَسَنَةِ بَرِيدٍ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا: «فَإِنْ جَاءَ زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا فَبَدَأَ لَهُ أَنْ يُرْاجِعَهَا، فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَ هِيَ عِنْدَهُ عَلَى تَطْلِيقَتَيْنِ وَ إِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ أَنْ يَجِيءَ وَ يُرَاجَعَ، فَقَدْ حَلَّتْ لِلزَّوْاجِ وَ لَا سَبِيلَ لِلأَوَّلِ عَلَيْهَا» وَ فِي الرِّوَايَةِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ إِذَا جَاءَ فِي الْعِدَّةِ لَا يَصْبِرُ أَحَقُّ بِهَا إِلَّا مَعَ الرَّجْعَةِ، فَلَوْ لَمْ يَرْجِعْ بَانَتْ مِنْهُ. وَ وَجْهُهُ أَنَّ ذَلِكَ لَزِمَ حُكْمِ الطَّلَاقِ الصَّحِيحِ، وَ إِنَّمَا نَسَبَ الْمُصَنِّفُ الْقَوْلَ إِلَى الشُّهْرَةِ،

لِضَعْفِ مُسْتَنَدِهِ. وَ تَظْهَرُ الْفَائِدَةُ فِي الْمِقْدَارِ وَالْحِدَادِ وَالنَّفَقَةِ.

اگر شوهر زنی، مفقود شود و کسی پیدا شود که نفقه آن زن را پردازد باید صبر کند تا شوهرش پیدا شود یا فوت او ثابت گردد یا عامل که جایگزین فوت می‌باشد به اثبات برسد (مثلاً خبر برسد که شوهر، مرتد شده است) اما اگر زن، ولی سرپرستی نداشته باشد که نفقه او را بدهد و شخص دیگری هم نفقه او را ندهد پس اگر صبر کند، بهتر است و اگر دعوای خود را نزد حاکم ببرد، حاکم تا چهار سال از زمان اقامه دعوا به جستجو در مکان‌هایی می‌پردازد که در آنجا بوده است و اگر مکان مشخصی نبود باید در همه نواحی و جهت‌های چهارگانه، جستجو کند و سپس حاکم رأساً او را طلاق می‌دهد یا به ولی زن، اجازه می‌دهد که او را طلاق بدهد و بهتر آن است که، تصمیم ولی زن بر تصمیم حاکم، مقدم شود و اگر ولی، امتناع کرد، حاکم طلاق بدهد زیرا روایت‌های صحیح، چنین دلالتی دارند. بنابراین پس از آنکه مدت چهار ساله گذشت و فرستادگان حاکم، خبری از او نیاورند و سایر راهها نیز به نتیجه نرسید (مثلاً پاسخ مکاتبات، داده نشد)، حاکم زن را طلاق می‌دهد و زن باید پس از انقضای این مدت، عده نگه‌دارد و مشهور فقها عقیده دارند که عده او، عده وفات است و روایت «سماعه» نیز چنین دلالتی دارد زیرا در این روایت، سخن از طلاق به میان نیامده است بلکه می‌فرماید: «بعد از سپری شدن چهار سال باید چهار ماه و ده روز عده نگه‌دارد، و بقیه روایت‌ها نیز اطلاق دارد اما ظاهر این روایت‌ها، بیان‌گر آن است که عده زن، عده طلاق می‌باشد زیرا در این روایت‌ها آمده است که حاکم، طلاق می‌دهد و سپس زن، عده می‌گیرد (پس منظور از عده که بعد از طلاق، آمده است عده طلاق می‌باشد) و در روایت حسن برید نیز اشاره به عده طلاق شده است زیرا در این روایت می‌خوانیم: «اگر شوهر زن، قبل از آنکه عده زن به پایان برسد، حضور پیدا کند و به زن رجوع کند، همسر اوست و آن زن نزد شوهرش، بر دو طلاق است و اگر عده قبل از آمدن مرد و رجوع وی، سپری شده باشد، آن زن برای همه مردان حلال می‌باشد و شوهر اول، اولیتی بر مردان دیگر ندارد.» در روایت دیگری آمده است که اگر شوهر در زمان عده برگردد، در صورتی اولویت پیدا می‌کند که رجوع کند و گر نه همسرش از وی جدا خواهد شد و دلیل دیدگاه اخیر، آن است که لازمه حکم طلاق صحیح، آن است که شوهر بدون رجوع به همسرش، اولیتی

نداشته باشد (یعنی وقتی طلاق به صورت صحیح، انجام شد، لازم‌هاش آن است که شوهر وی فقط حق رجوع داشته باشد و وقتی رجوع کرد، اولویت پیدا کند.) مصنف، عده وفات را از آن جهت به مشهور فقها نسبت داده است که سند آن ضعیف می‌باشد (یعنی با این کار، نظریه را تقویت کرده است. اثری که بر این اختلاف نظر، مترتب می‌شود آن است که حکم مدت و حداد و نفقه، متفاوت می‌شود (زیرا مدت عده وفات و عده طلاق، تفاوت دارد و حداد در عده طلاق، واجب نیست و ...)

(و تَبَاحُ) بَعْدَ الْعِدَّةِ (لِلزَّوْجِ)، لِذَلَالَةِ الْأَخْبَارِ عَلَيْهِ، وَ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ فَائِدَةُ الطَّلَاقِ (فَإِنْ جَاءَ) الْمَفْقُودُ (فِي الْعِدَّةِ فَهُوَ أَمْلَكُ بِهَا) وَ إِنْ حُكِمَ بِكُونِهَا عِدَّةً وَفَاةً بَائِنَةً، لِلنَّصِّ (وَ إِلَّا) يَجِئُ فِي الْعِدَّةِ (فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا) سَوَاءٌ وَجَدَهَا قَدْ (تَزَوَّجَتْ) بِغَيْرِهِ (أَوْ لَا)، أَمَّا مَعَ تَزَوُّجِهَا فَمَوْضِعُ وَفَاقٍ وَ أَمَّا بِدُونِهِ فَهُوَ أَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ، وَ فِي الرَّوَايَةِ السَّابِقَةِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ، وَ لِأَنَّ حُكْمَ الشَّارِعِ بِالْبَيِّنَاتِ يَمْثِلُ الطَّلَاقَ، فَكَيْفَ مَعَ الطَّلَاقِ، وَ الْحُكْمُ بِالتَّسْلُطِ بَعْدَ قَطْعِ السَّلْطَنَةِ يَخْتِاجُ إِلَى دَلِيلٍ وَ هُوَ مَنْفِيُّ.

وَ وَجْهُ الْجَوَازِ بَطْلَانُ ظَنِّ وَفَاتِهِ، فَيَبْطُلُ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ. وَ هُوَ مُتَّجِهٌ إِنْ لَمْ نَوْجِبْ طَلَاقَهَا بَعْدَ الْبَحْثِ، أَمَّا مَعَهُ فَلَا.

(وَ عَلَى الْأِمَامِ أَنْ يُتَّفَقَ عَلَيْهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ طُولَ الْمُدَّةِ) أَيُّ: مُدَّةِ الْغَيْبَةِ إِنْ صَبَرَتْ، وَ مُدَّةِ الْبَحْثِ إِنْ لَمْ تَصْبِرْ، هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، وَ إِلَّا أَنْفَقَ الْحَاكِمُ مِنْهُ مُقَدَّمًا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

(وَ لَوْ أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ أَكْمَلَتْ عِدَّةَ الْحُرَّةِ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، أَوْ عِدَّةَ وَفَاةٍ) أَمَّا الْأَوَّلُ، فَلِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَةِ وَ قَدْ أُعْتِقَتْ، وَ أَمَّا الثَّانِي فَلِروَايَةِ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام. وَ لَوْ كَانَ بَائِنًا أَتَمَّتْ عِدَّةَ الْأَمَةِ، لِلْحُكْمِ بِهَا ابْتِدَاءً، وَ صَبْرُ وَرَثَتِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ أَجَنِبِيَّةٌ مِنْهُ، فَلَا يَقْدَحُ عِتْقُهَا فِي الْعِدَّةِ.

زنی که شوهر وی غایب است پس از آنکه طلاق داده شد وعده گرفت ازدواج با وی برای همه مردان، مباح است زیرا روایت‌ها بر مباح بودن ازدواج با او دلالت دارند و فایده و اثر طلاق نیز همین است که بتواند با مردان دیگر ازدواج نماید بنابراین چنانچه شوهر این زن در زمانی که عده او تمام نشده است برگردد، نسبت به بقیه مردان برای رجوع به وی، اولویت دارد هر چند عده زن را عده وفات و بائن بدانیم زیرا روایت‌ها چنین

اقتضایی دارند اما اگر شوهر در زمان عده برنگشت، اولویتی نسبت به زن نخواهد داشت اعم از اینکه همسرش با مرد دیگری ازدواج کرده باشد یا ازدواج نکرده باشد زیرا اگر ازدواج کرده باشد که جای هیچگونه شبهه و تردیدی وجود ندارد و اگر ازدواج نکرده باشد بازهم نظریه صحیح‌تر، آن است که شوهر سابق، اولویتی ندارد و روایت قبلی نیز همین حکم را بیان می‌کرد و دلیل دیگر برای عدم اولویت شوهر، آن است که وقتی شارع، حکم به جدائی زن و مرد می‌دهد، همان حکم طلاق را دارد بنابراین همانگونه که اگر زن، طلاق داده شود شوهرش اولویت ندارد در صورتی که شارع نیز حکم به جدا شدن زن بدهد، شوهر اولویتی نخواهد داشت و حکم به اولویت شوهر بعد از آنکه اولویت وی قطع شد، نیاز به دلیل دارد حال آنکه دلیلی در اینجا وجود ندارد. اما کسانی که شوهر را بعد از انقضای عده، در اولویت می‌دانند دلیلشان آن است که در زمان غیبت شوهر و حکم به جدایی زن، گمان می‌شد که شوهر، مرده است اما این گمان، از بین رفت بنابراین آثار آن (از جمله طلاق) نیز از بین رود اما این استدلال و نظریه در صورتی منطقی و موجه است که بعد از چهار سال تحقیق و جستجو، طلاق را واجب ندانیم اما وقتی طلاق صورت گرفت و عده تمام شد، اولویتی برای شوهر باقی نمی‌ماند. اگر زنی که شوهرش مفقود شده است بخواهد تا زمان بازگشت وی صبر کند امام باید در طول مدت غیبت، هزینه و مخارج وی را تأمین نماید و اگر هم صبر نکرد مخارج وی در طول مدت جستجو را باید بپردازد و همه اینها در صورتی است که شوهر آن زن، مالی نداشته باشد و گرنه حاکم باید هزینه‌ها را از اموال شوهر بپردازد و این محل، مقدم بر بیت‌المال است.....

(وَالذِّمِّيَّةُ كَالْحُرَّةِ فِي الطَّلَاقِ، وَالْوَفَاةُ عَلَى الْأَشْهَرِ) بَلْ لَا نَعْلَمُ الْقَائِلَ بِخِلَافِهِ، نَعَمْ رَوَى زُرَّارَةُ فِي الصَّحِيحِ عَنِ الْبَاقِرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ نَضْرَانِيَّةٍ كَانَتْ تَحْتَ نَضْرَانِيٍّ فَطَلَّقَهَا، هَلْ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِثْلُ عِدَّةِ الْمُسْلِمَةِ؟ فَقَالَ: «لَا» إِلَى قَوْلِهِ: قُلْتُ فَمَا عِدَّتُهَا إِنْ أَرَادَ الْمُسْلِمُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؟ قَالَ: «عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ أَوْ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْمًا» الْحَدِيثُ وَالْعَمَلُ عَلَى الْمَشْهُورِ.

وَ تَظْهَرُ فَايِدَةُ الْخِلَافِ لَوْ جَعَلْنَا عِدَّةَ الْأَمَةِ فِي الْوَفَاةِ نِصْفَ عِدَّةِ الْحُرَّةِ كَمَا سَلَفَ، وَ لَوْ جَعَلْنَاهَا

كَالْحُرَّةِ، فَلَا إِشْكَالَ هُنَا فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِلدَّمِيَّةِ، وَبَيَّتِي الْكَلَامَ مَعَ الطَّلَاقِ.
(وَتَعْتَدُ أُمُّ الْوَلَدِ مِنْ وَفَاةِ زَوْجِهَا) لَوْ كَانَ مَوْلَاهَا قَدْ زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِهِ بَعْدَ أَنْ صَارَتْ
أُمًّا وَلَدِهِ، (أَوْ مِنْ وَفَاةِ سَيِّدِهَا) لَوْ لَمْ يَكُنْ حَيًّا وَفَاتِهِ مُزَوَّجًا لَهَا (عِدَّةُ الْحُرَّةِ)، لِرَوَايَةِ
إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنِ الْكَاطِمِ عليه السلام فِي الْأَمَّةِ يَمُوتُ سَيِّدُهَا قَالَ: «تَعْتَدُ عِدَّةَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا
زَوْجُهَا».

وَقِيلَ: لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا مِنْ وَفَاةِ سَيِّدِهَا، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً كَغَيْرِهَا مِنْ إِمَائِهِ الْمُوْطُونَاتِ
مِنْ غَيْرِ وَلَدٍ، فَإِنَّ عِدَّتَهُنَّ مِنْ وَفَاةِ الْمَوْلَى الْوَاطِئِ قُرْءٌ وَاحِدٌ.
وَهَذَا الْقَوْلُ لَيْسَ بِبَعِيدٍ لِمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِالْخَبَرِ الْمُوْتَقِي، فَإِنَّ خَبَرَ إِسْحَاقٍ كَذَلِكَ، وَالْأَجْوَدُ
الْأَوَّلُ.

وَلَوْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ مُزَوَّجَةٌ مِنْ غَيْرِهِ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا قَطْعًا وَلَا اسْتِبْرَاءً. وَكَذَا لَوْ
مَاتَ سَيِّدُهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، أَمَّا لَوْ مَاتَ بَعْدَهَا وَقَبْلَ دُخُولِهِ فِي اعْتِدَادِهَا مِنْهُ أَوْ
اسْتِبْرَائِهَا نَظَرٌ مِنْ إِطْلَاقِ النَّصِّ بِاعْتِدَادِ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ سَيِّدِهَا، وَانْتِفَاءِ حِكْمَةِ الْعِدَّةِ وَ
الِاسْتِبْرَاءِ، لِعَدَمِ الدُّخُولِ وَسُقُوطِ حُكْمِ السَّابِقِ بِتَوْسِطِ التَّزْوِيجِ.
(وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ أَمَّتَهُ) الْمُوْطُوءَةَ سَوَاءً كَانَتْ أُمًّا وَلَدٍ أَمْ لَا (فَثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ)، لَوْطِئِهِ إِنْ
كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ، وَالْأَفْثَلَاثَةُ أَشْهُرٌ.

(وَيَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ) لِلْأَمَّةِ (بِحُدُوثِ الْمُلْكِ) عَلَى الْمُتَمَلِّكِ (وَزَوَالِهِ) عَلَى الثَّقَلِ
بِأَيِّ وَجْهِ كَانَ مِنْ وَجْهِهِ الْمُلْكِ إِنْ كَانَ قَدْ وَطِئَ، (بِحَيْضَةٍ) وَاحِدَةٍ (إِنْ كَانَتْ تَحِيضُ،
أَوْ بِخَمْسَةٍ وَارْبَعِينَ يَوْمًا إِذَا كَانَتْ لَا تَحِيضُ وَهِيَ فِي سِنٍّ مِّنْ تَحِيضٍ).
وَالْمُرَادُ بِالِاسْتِبْرَاءِ تَرْكُ وَطْئِهَا قُبْلًا وَدُبْرًا فِي الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ، دُونَ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهِهِ
الِاسْتِمْتَاعِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْبَحْثُ فِي ذَلِكَ مُسْتَوْفَى وَمَا يَسْقُطُ مَعَهُ الْاسْتِبْرَاءُ فِي بَابِ الْبَيْعِ،
فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِعَادَةِ فِي الْإِفَادَةِ.

زن کافر ذمی از نظر طلاق وفات براساس دیدگاه مشهور فقها، مانند زن آزاد است و
کسی خلاف این نظریه را بیان نکرده است. بله، زرارہ در یک روایت صحیح از امام
باقر(ع) چنین روایت کرده است کہ از وی در مورد یک زن کافر نصرانی سؤال کردم کہ در
نکاح یک مرد کافر نصرانی بود و شوهرش او را طلاق می‌دهد، آیا چنین زنی باید
همچون زن مسلمان، عده نگه‌دارد؟ امام فرمود: «نه» تا آنجا کہ زرارہ می‌گوید از امام

پرسیدم چنانچه مرد مسلمان بخواهد با او ازدواج نماید، تکلیفش چیست؟ امام فرمود: «مانند کنیز باید عده بگیرد یعنی عده او، دو حیض یا چهل و پنج روز است.» اما عمل کردن براساس دیدگاه مشهور، رواست (یعنی از نظر وفات و طلاق مانند زن آزاد است). نتیجه عملی این اختلاف در جایی ظاهر می شود، که عده کنیز را در وفات، نصف عده زن آزاد بدانیم اما اگر عده وفات کنیز مانند عده وفات زن آزاد باشد، اشکالی در عده وفات زن ذمی پیش نمی آید (به هر حال اگر زن کافر مانند زن آزاد باشد وعده وفات برای زن آزاد، دو برابر عده وفات برای کنیز باشد، زن کافر نیز باید چهار ماه و ده روز عده بگیرد اما اگر زن کافر مانند کنیز باشد، زن کافر باید دو ماه و چهار روز عده وفات بگیرد و در این صورت، اختلاف در هر دو مورد دارای اثر خواهد بود و اگر عده برای زن کافر مانند زن آزاد باشد، در مورد عده وفات اثری بر اختلاف آنها بار نمی شود) بلکه اثر اختلاف فقط در عده طلاق، ظاهر می شود (یعنی براساس نظر مشهور، زن کافر نیز باید سه قُرء، عده بگیرد و براساس نظر مخالف باید دو حیض عده بگیرد)...

(الفصل الرابع: في الأحكام)

(يَجِبُ الْإِنْفَاقُ) عَلَى الزَّوْجَةِ (فِي الْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ مَعَ عَدَمِ نُشُوزِهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ، وَ فِي زَمَنِ الْعِدَّةِ كَمَا كَانَ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ) شُرُوطاً وَ كَمِّيَّةً وَ كَيْفِيَّةً.
(وَ يَحْرُمُ عَلَيْهَا الْخُرُوجُ مِنْ مَنْزِلِ الطَّلَاقِ) وَ هُوَ الْمَنْزِلُ الَّذِي طُلِّقَتْ وَ هِيَ فِيهِ إِذَا كَانَ مَسْكَنَ أُمْنَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَسْكَنُهَا الْأَوَّلَ، فَإِنْ كَانَ دُونَ حَقِّهَا فَلَهَا طَلَبُ الْمُنَاسِبِ، أَوْ فَوْقَهُ فَلَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْخُرُوجُ مَعَ الْإِخْتِيَارِ.

وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَنْزِلِ الْحَضَرِيَّةِ وَ الْبَدَوِيَّةِ الْبَرِّيَّةِ وَ الْبَحْرِيَّةِ، وَ لَوْ اضْطُرَّتْ إِلَيْهِ لِحَاجَةٍ خَرَجَتْ بَعْدَ انْتِصَافِ اللَّيْلِ، وَ عَادَتْ قَبْلَ الْفَجْرِ، مَعَ تَأْدِيهَا بِذَلِكَ، وَ إِلَّا خَرَجَتْ بِحَسَبِ الضَّرُورَةِ، وَ لَا فَرْقَ فِي تَحْرِيمِ الْخُرُوجِ بَيْنَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ وَ عَدَمِهِ عَلَى الْأَقْوَى، لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَ قَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ﴾ بِخِلَافِ زَمَنِ الزَّوْجِيَّةِ فَإِنَّ الْحَقَّ لَهَا. وَ اسْتَفْرَبَ فِي التَّخْرِيرِ جَوَازُهُ بِإِذْنِهِ وَ هُوَ بَعِيدٌ.

وَ لَوْ لَمْ تَكُنْ خَالَ الطَّلَاقِ فِي مَسْكَنِ، وَ جَبَّ الْعَوْدُ إِلَيْهِ عَلَى الْفَوْرِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي وَاجِبٍ كَحَجِّ قَتْمَتِهِ، كَمَا يَجُوزُ لَهَا ابْتِدَاؤُهُ، وَ لَوْ كَانَتْ فِي سَفَرٍ مُبَاحٍ، أَوْ مُنْدُوبٍ فِيهِ وَ جُوبِ الْعَوْدِ إِنْ أَمَكَنَ إِذْ رَأَاهَا جُزْءاً مِنَ الْعِدَّةِ أَوْ مُطْلَقاً، أَوْ تَخَيَّرَ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الْإِعْتِدَادِ فِي السَّفَرِ أَوْجُهُ: مِنْ إِطْلَاقِ النَّهْيِ عَنِ الْخُرُوجِ مِنْ بَيْتِهَا، فَيَجِبُ عَلَيْهَا تَحْصِيلُ الْكُؤُونِ بِهِ، وَ مِنْ عَدَمِ صَدْقِ النَّهْيِ هُنَا لِأَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَوْطِنَةٍ، وَ لِلْمَشَقَّةِ فِي الْعَوْدِ وَ انْتِفَاءِ الْفَائِدَةِ، حَيْثُ لَا تُدْرِكُ جُزْءاً مِنَ الْعِدَّةِ، كُلُّ ذَلِكَ مَعَ امْتِنَانِ الرُّجُوعِ، وَ عَدَمِ الضَّرُورَةِ إِلَى عَدَمِهِ.

فصل چهارم - در احکام طلاق

شوهر باید نفقه زن را در زمانی که در عده رجعی بسر می برد بپردازد مشروط بر اینکه زن قبل از طلاق و در زمان عده، نشوز نکرده باشد همانگونه که شوهر در اصل نکاح نیز

باید نفقه زن را بپردازد (و زن در زمان عده نیز به منزله همسر است). شرایط مقدار و کیفیت نفقه در زمان عده رجعی، همان شرایط و مقدار و کیفیت نفقه در اصل نکاح می باشد. بر زن حرام است که در زمان عده رجعی از منزلی که در آنجا طلاق داده شده است خارج شود مشروط بر اینکه آن منزل، در شأن و شایسته زن باشد هر چند منزل طلاق، همان منزلی نباشد که زن در زمان ازدواج در آن زندگی می کرده است بنابراین اگر منزل طلاق، شایسته زن نباشد، حق دارد که منزل مناسبی را درخواست کند و اگر منزل طلاق، بالاتر از شأن زن باشد، مرد حق دارد که زن را به منزل دیگری که مناسب وی می باشد، انتقال دهد. حرمت خروج زن از منزل طلاق، مربوط به زمانی است که زن با اختیار و اراده خودش آنجا را ترک کند. در مورد این مسأله، تفاوتی میان خانه شهری و روستائی و خشکی و دریای وجود ندارد. اگر زن ناچار شود که از منزل خارج گردد می تواند پس از نیمه شب از خانه خارج شود و قبل از طلوع فجر، کار خود را انجام داده و بازگردد و اگر نتواند در شب نیاز خودش را برآورده کند می تواند برحسب ضرورت از منزل طلاق خارج شود. در مورد حرمت خروج زن از منزل طلاق براساس دیدگاه قوی تر تفاوتی نمی کند که زن و شوهر نسبت به خارج شدن زن از منزل، توافق داشته باشند یا خیر؛ زیرا حرمت خروج از منزل طلاق، جزء حقوق الهی می باشد و خداوند در آیه اول سوره طلاق در این زمینه می فرماید: «زنان را از خانه هایشان بیرون نکنید و آنها نیز بیرون نروند، برخلاف زمان زندگی مشترک که این حق، متعلق به زن و شوهر است (و می توانند هرگونه توافقی در مورد آن انجام دهند) اما علامه در تحریر، نظریه «جواز خارج شدن از منزل» با اجازه شوهر را، نزدیک به واقع دانسته است اما این نظریه، بعید است. اگر زن در زمان طلاق، داخل خانه ای نباشد باید فوراً به خانه برگردد مگر اینکه در عمل واجبی مانند سفر حج باشد که باید واجب را تمام کرده و به خانه بازگردد همچنانکه زن می تواند عمل واجب را شروع کند (مثلاً وقتی که طلاق می گیرد و در عده بسر می برد، حق دارد به حج برود) و اما اگر در زمان طلاق، در سفر مباحی باشد (مثلاً کنار دریا رفته باشد) یا در سفر مستحبی باشد (مثلاً به حج عمره رفته باشد)، اختلاف نظر وجود دارد که آیا چنانچه بعداً بتواند آن عمل را انجام دهد باید فوراً برگردد تا مقداری از عده را سپری کند یا به صورت مطلق بر او واجب است که برگردد (اعم از اینکه مقداری از عده را درک

کند یا پس از بازگشت، عده او سپری شود) و یا زن، اختیار دارد که فوراً به خانه برگردد یا عده را در سفر نگه دارد؟ (بنابراین سه دیدگاه در اینجا وجود دارد؛ دلیل دیدگاه اول، یعنی وجوب بازگشت فوری، آن است که) خداوند به صورت مطلق، دستور داده است که زنان از خانه‌های خود خارج نشوند بنابراین زن باید تکلیف باقی ماندن در خانه را، انجام دهد. اما دلیل نظریه تخییر، آن است که) نهی از خارج شدن از خانه در اینجا صدق نمی‌کند زیرا زن، داخل در خانه نیست (تا گفته شود که از خانه خارج نشود و دلیل دیگر برای نظریه تخییر، آن است که) دستور به بازگشت زن از سفر و نظایر آن موجب سختی و مشقت زن می‌شود. اما دیدگاه دیگر، آن بود که اگر زن بتواند مقداری از عده را در خانه سپری کند باید برگردد و دلیل این نظریه، آن است که) اگر زن نتواند مقداری از عده را درک کند، فایده‌ای بر بازگشت وی به خانه مترتب نخواهد شد. تمامی مطالبی که بیان گردید، ناظر بر موردی است که امکان بازگشت زن به منزل وجود داشته باشد و ضرورتی برای عدم بازگشت وی وجود نداشته باشد (مثلاً اگر زن برای درمان به خارج کشور رفته و باید درمان را ادامه دهد، وجوب بازگشت وی منتفی خواهد بود).

(و) كَمَا يَحْرُمُ عَلَيْهَا الْخُرُوجُ (يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْإِخْرَاجُ)، لِتَعْلَقَ النَّهْيُ بِهِمَا فِي الْآيَةِ، إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ (يَجِبُ بِهَا الْحَدُّ، أَوْ تُوْذِي أَهْلَهُ) بِالْقَوْلِ أَوْ الْفِعْلِ، فَتُخْرَجُ فِي الْأَوَّلِ لِإِقَامَتِهِ ثُمَّ تَرُدُّ إِلَيْهِ عَاجِلًا، وَفِي الثَّانِي تُخْرَجُ إِلَى مَسْكَنِ آخَرٍ يُنَاسِبُ حَالَهَا مِنْ غَيْرِ عَوْدٍ إِنْ لَمْ تَتَّبْ، وَإِلَّا فَوَجْهَانِ: أَجُودُهُمَا جَوَازُ إِنْقَائِهَا فِي الثَّانِي لِلْإِذْنِ فِي الْإِخْرَاجِ مَعَهَا مُطْلَقًا، وَلِعَدَمِ الْوُثُوقِ بِتَوْبَتِهَا، لِنَقْضِ عَقْلِهَا وَدِينِهَا. نَعَمْ يَجُوزُ الرَّدُّ، فَإِنْ اسْتَمَرَّتْ عَلَيْهَا وَالْأُخْرَجَتْ وَهَكَذَا.

وَاعْلَمْ أَنَّ تَفْسِيرَ الْفَاحِشَةِ فِي الْعِبَارَةِ بِالْأَوَّلِ هُوَ ظَاهِرُ الْآيَةِ، وَمَذْلُولُهَا لُغَةً مَا هُوَ أَعَمُّ مِنْهُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَفِيهِ رَوَايَتَانِ مُرْسَلَتَانِ، وَالْآيَةُ غَيْرُ ظَاهِرَةٍ فِيهِ، لَكِنَّهُ مَشْهُورٌ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَتَرَدَّدَ فِي الْمُخْتَلَفِ، لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَلَهُ وَجْهٌ.

(وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ) فِي الْعِدَّةِ (الرَّجْعِيَّةِ عَلَى الْأَمَةِ) كَمَا يَجِبُ عَلَى الْحُرَّةِ (إِذَا أُرْسِلَتْهَا مَوْلَاهَا لَيْلًا وَنَهَارًا)، لِيَتَحَقَّقَ بِهِ تَمَامُ التَّمَكُّنِ، كَمَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي وَجُوبِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَلَوْ مَعَهَا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا أَوْ بَعْضَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا سُكْنَى، لَكِنْ لَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ إِمْسَاكُهَا نَهَارًا لِلْخِدْمَةِ، وَإِنْ تَوَقَّفَتْ عَلَيْهِ التَّفَقُّةُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِزْسَالُهَا

لَيْلًا وَكَذَا الْحُكْمُ قَبْلَ الطَّلَاقِ.

همانگونه که بر زن حرام است که از خانه خارج شود بر مرد نیز حرام است که زن را از خانه اش بیرون نماید زیرا آیه قرآن، نهی را متوجه زن و مرد کرده است: «آیه اَوَّلِ سوره طلاق: لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجَنَّ» مگر اینکه زن، مرتکب عمل زشت آشکاری شده باشد که مستوجب حدّ بر زن شود یا با سخن و عمل خود، قوم شوهر را آزار دهد بنابراین در حالت اَوَّل (که زن مرتکب زنا می شود)، او را برای اجرای حدّ از منزل طلاق بیرون برده و دوباره سریعاً به خانه برمی گردد و در مورد دوم (یعنی اذیت و آزار اقوام شوهر)، به منزل دیگری که مناسب اوست برده می شود و اگر توبه نکند دوباره بازگردانده نمی شود اما اگر توبه کند (در مورد وجوب بازگشت به منزل طلاق) دو احتمال وجود دارد و نظریه بهتر، آن است که زن می تواند در منزل دوم باقی بماند زیرا وقتی زن، اذیت کند اذن به اخراج وی داده می شود اعم از اینکه توبه کند یا توبه نکند و نیز اطمینانی به توبه زن وجود ندارد زیرا عقل و دین زن، ناقص می باشد. بلکه اگر توبه کند برگرداندن وی جایز است و اگر بر توبه خود باقی بماند که اشکالی پیش نمی آید اما اگر دوباره اذیت کند، دوباره اخراج می شود و این عمل، ادامه پیدا می کند: بدان که مصنف، عمل «فاحشه» را عملی دانست که مستوجب حدّ است و این تفسیر براساس ظاهر آیه قرآن، صورت گرفت در حالیکه واژه «فاحشه» در لغت، معنای گسترده تری دارد. اما در مورد معنای واژه «اذیت»، دو روایت مرسل و یک آیه وجود دارد که ظهوری در معنا ندارند اما این معنا، میان فقهای شیعه مشهور شده است و علامه را در کتاب «مختلف» بخاطر همان مطلبی که پیرامون آیه قرآن بیان کردیم، به تردید انداخته است...

(وَلَا تَفْقَهُ لِلْبَّائِنِ طَلَاقُهَا) (إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا) فَتَجِبُ لَهَا التَّفَقُّهُ وَالشُّكْنَى حَتَّى تَضَعَ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وَلَا شُبْهَةَ فِي كَوْنِ التَّفَقُّهِ بِسَبَبِ الْحَمْلِ، لَكِنْ هَلْ هِيَ لَهُ أَوْ لَهَا؟ قَوْلَانِ: أَشْهُرُهُمَا الْأَوَّلُ لِلدَّوْرَانِ وَجُودًا وَعَدَمًا كَالزَّوْجِيَّةِ. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ لِلْوَلَدِ لَسَقَطَتْ عَنِ الْأَبِ بِسَارِهِ كَمَا لَوْ وَرَثَ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأَبُوهُ قَاتِلٌ لَا يَرِثُ، وَلَا وَارِثٌ غَيْرُ الْحَمْلِ، وَلَوْ جَبَّتْ عَلَى الْجَدِّ مَعَ فَقْرِ الْأَبِ، لَكِنَّ التَّالِيَّ فِيهِمَا بَاطِلٌ فَالْمَقْدَمُ مِثْلُهُ.

وَأُجِيبَ بِمَنْعِ بَطْلَانِهِ فِيهِمَا. وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ الْقَوْلَيْنِ فِي مَوَاضِعَ مِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ الْحُرُّ أَمَةً

شَرَطَ مَوْلَاهَا رِقَّ الْوَلَدِ وَ جَوَزَنَاهُ. وَ فِي الْعَبْدِ إِذَا تَزَوَّجَ أَمَةً أَوْ حُرَّةً وَ شَرَطَ مَوْلَاهُ الْإِنْفِرَادَ بِرِقِّ الْوَلَدِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهَا لِلْحَمْلِ فَلَا نَفَقَةَ عَلَى الزَّوْجِ، أَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلِأَنَّهُ مِلْكٌ لِّغَيْرِهِ، وَأَمَّا فِي الثَّانِي فَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ، وَإِنْ جَعَلْنَاهَا لِلْحَامِلِ وَجَبَتْ، وَ هُوَ فِي الْأَوَّلِ ظَاهِرٌ، وَ فِي الثَّانِي فِي كَسْبِ الْعَبْدِ أَوْ ذِمَّةِ مَوْلَاهُ عَلَى الْخِلَافِ.

وَ تَظْهَرُ الْفَائِدَةُ أَيْضاً فِيمَا لَوْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِداً وَ الزَّوْجُ حُرّاً فَمَنْ جَعَلَ النَّفَقَةَ لَهَا نَفَاهَا هُنَا، إِذْ لَا نَفَقَةَ لِلْمُعْتَدَةِ عَنْ غَيْرِ نِكَاحٍ لَهُ حُرْمَةٌ، وَ مَنْ جَعَلَهَا لِلْحَمْلِ فَعَلَيْهِ لِأَنَّهَا نَفَقَةٌ وَلَدِهِ.

به زنی که طلاق بائن داده می شود، نفقه تعلق نمی گیرد مگر اینکه حامله باشد که در این صورت باید نفقه و مسکن به او داده شود تا زمانی که وضع حمل کند زیرا خداوند در آیه ششم سوره طلاق می فرماید: «و اگر زنان شما حامله بودند به آنها نفقه بدهید تا زمانی که وضع حمل کنند» و تردیدی نیست که نفقه (بخاطر رابطه زوجیت نیست بلکه) بخاطر حامله بودن زن است اما اختلاف نظر وجود دارد که آیا نفقه، برای کودک است یا برای زن حامله می باشد؟ نظریه مشهورتر، آن است که نفقه متعلق به جنین می باشد زیرا وجوب نفقه همانگونه که دائر مدار زوجیت است، دائر مدار حمل نیز می باشد (یعنی اگر حمل وجود داشته باشد نفقه نیز وجود دارد و اگر حمل وجود نداشته باشد، نفقه نیز وجود ندارد)، اما دلیل دیدگاهی که نفقه را متعلق به مادر می داند، آن است که اگر نفقه متعلق به جنین بود باید در صورتی که جنین، مال دار باشد نفقه وی از پدر ساقط شود مانند جائی که جنین از برادر پدری خود که توسط پدرش به قتل رسیده است، ارث ببرد زیرا پدر از او ارث نمی برد و ارثی جز جنین ندارد. همچنین اگر نفقه متعلق به جنین بود باید در صورت فقیر بودن پدر، بر جد او واجب می شد اما تالی در هر دو مورد باطل است (یعنی در صورت مال دار بودن جنین، نفقه از پدر ساقط نمی شود و در صورت فقیر بودن پدر نیز نفقه برعهده جد قرار نمی گیرد) بنابراین مقدم نیز مانند تالی است (یعنی مقدم نیز باطل است و مقدم، تعلق نفقه به جنین است). اما پاسخ داده شده است که ما بطلان دو تالی را قبول نداریم (یعنی ما می پذیریم که در صورت مال دار بودن جنین، نفقه از عهده پدر ساقط می شود و نیز ما قبول داریم که اگر پدر، فقیر باشد نفقه جنین برعهده پدر بزرگ قرار می گیرد) فایده این دو نظریه در چند مورد، آشکار می شود؛ یک مورد، آن است که نکاح، باطل بود و زوج نیز حدّ باشد پس اگر نفقه را متعلق به مادر بدانیم در

اینجا نفقه‌ای وجود نخواهد داشت زیرا زنی که برای غیرنکاح محترم عده بگیرد نفقه ندارد اما کسی که نفقه را متعلق به جنین می‌داند در اینجا هم قائل به نفقه است (چون بطلان عقد تأثیری در نفقه جنین ندارد).

(وَلَوْ أَنَّهُدَمَ الْمَسْكَنُ) الَّذِي طُلِّقَتْ فِيهِ (أَوْ كَانَ مُسْتَعَارًا فَرَجَعَ مَالِكُهُ) فِي الْعَارِيَّةِ، (أَوْ مُسْتَأْجَرًا انْقَضَتْ مُدَّتُهُ أَخْرَجَهَا إِلَى مَسْكَنِ يُنَاسِبُهَا) وَ يَجِبُ تَحْرِي الْأَقْرَبِ إِلَى الْمُتَنَقِّلِ عَنْهُ فَلَا اقْرَبَ اقْتِصَارًا عَلَى مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ، وَ ظَاهِرُهُ كَعَبْرِهِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَجَدُّدُ اسْتِجَارِهِ ثَانِيًا وَإِنْ أُمُكِنَ، وَ لَيْسَ بِبَعِيدٍ وَجُوبُهُ مَعَ امْكَانِهِ، تَخْصِيلًا لِلْوَاجِبِ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ، وَ قَدْ قَطَعَ فِي التَّخْرِيرِ بِوُجُوبِ تَحْرِي الْأَقْرَبِ، وَ هُوَ الظَّاهِرُ فَتَخْصِيلُ نَفْسِهِ أَوْلَى. (وَ كَذَا لَوْ طُلِّقَتْ فِي مَسْكَنِ لَا يُنَاسِبُهَا أَخْرَجَهَا إِلَى مَسْكَنِ مُنَاسِبٍ) مُتَحَرِّيًا لِلْأَقْرَبِ فَلَا اقْرَبَ كَمَا ذُكِرَ.

(وَلَوْ مَاتَ فَوْرَثَ الْمَسْكَنَ جَمَاعَةٌ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ قِسْمَتُهُ) حَيْثُ يُنَافِي الْقِسْمَةُ سُكْنَاهَا، لِسَبْقِ حَقِّهَا إِلَّا مَعَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

(هَذَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا وَقُلْنَا لَهَا السُّكْنَى) مَعَ مَوْتِهِ كَمَا هُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ. وَ أَشْهَرُ الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا وَ لَا سُكْنَى مُطْلَقًا فَيَبْطُلُ حَقُّهَا مِنَ الْمَسْكَنِ وَ جَمَعَ فِي الْمُخْتَلَفِ بَيْنَ الْأَخْبَارِ بِوُجُوبِ نَفَقَتِهَا مِنْ مَالِ الْوَلَدِ، لَا مِنْ مَالِ الْمُتَوَفَّى (وَ إِلَّا) تَكُنْ حَامِلًا أَوْ قُلْنَا: لَا سُكْنَى لِلْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا (جَازَتْ الْقِسْمَةُ)، لِعَدَمِ الْمَانِعِ مِنْهَا حِينَئِذٍ.

اگر منزلی که زن در آنجا طلاق داده شده است، خراب شود یا عاریه‌ای باشد و مالک آن برای پس گرفتن منزل، مراجعه کند یا استیجاری باشد و مدت اجاره آن به پایان برسد، شوهر باید زن را از آن خانه خارج کرده و به خانه‌ای ببرد که در شأن زن می‌باشد و در این صورت باید نزدیک‌ترین منزل نسبت به منزل طلاق برگزیده شود تا در محلّ ضرورت به مقدار موردنیاز، اکتفا شود (یعنی ضرورت اقتضا می‌کند که زن از منزل طلاق خارج شود و هر جا ضرورت اقتضا کند باید به موضع یقین اکتفا نمود و موضع یقین، منزل نزدیک‌تر است) و ظاهراً شهید اول نیز همچون دیگران، واجب نمی‌داند که منزل استیجاری مجدداً تجدید اجاره شود هر چند اسکان تجدید اجاره وجود داشته باشد اما اگر امکان تجدید اجاره وجود داشته باشد، بعید نیست که تجدید اجاره آن را واجب بدانیم زیرا با

این کار، واجب را تا سرحدّ امکان تحصیل کرده‌ایم (منظور از واجب، باقی ماندن زن در منزل طلاق می‌باشد) و علامه در کتاب «تحریر» گفته است که باید نزدیک‌ترین منزل را انتخاب کرد و این نظریه، ظاهرتر است بنابراین اگر بتوان خود منزل طلاق را برگزید، مناسب‌تر خواهد بود. همچنین اگر زن در منزلی طلاق داده شود که در شأن وی نمی‌باشد باید به منزلی انتقال داده شود که مناسب با اوست تا نزدیک‌تر به مناسب، انجام شود همانگونه که بیان گردید. اگر شوهر بمیرد و گروهی، منزل طلاق را به ارث ببرند و حق ندارند منزل را میان خودشان تقسیم کنند زیرا تقسیم آنها با حق سکونت زن منافات دارد و حق زن، مقدم بر حق تقسیم ورثه می‌باشد مگر اینکه عده زن به پایان برسد. آنچه که گفته شد راجع به موردی است که زن، حامله باشد و با فوت شوهر، حق سکونت به وی داده شود همانگونه که یک دیدگاه در این زمینه، همین را بیان می‌کند اما مفاد روایت مشهورتر، آن است که نفقه‌ای به زن تعلق نمی‌گیرد و زن نیز حق سکونت ندارد اعم از اینکه حامله باشد یا حامله نباشد بنابراین حق سکونت زن با مرگ شوهر از بین می‌رود. مرحوم علامه در کتاب «مختلف» میان روایت‌ها جمع کرده و گفته است که اگر جنین، مال دار باشد باید نفقه از اموال جنین پرداخت شود و پدر وی مسؤولیتی ندارد و اگر زن، حامله نباشد یا اعتقاد داشته باشیم که زن حامله‌ای که شوهرش مرده است، حق سکونت ندارد، ورثه می‌توانند منزل طلاق را تقسیم کنند زیرا در صورت فوت پدر، ممنوعیتی برای تقسیم وجود ندارد.

(وَتَعْتَدُ زَوْجَةُ الْخَاضِرِ مِنْ حِينَ السَّبَبِ) الْمَوْجِبِ لِلْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقٍ أَوْ فُسْخٍ، وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهِ، (وَزَوْجَةُ الْغَائِبِ فِي الْوَفَاةِ مِنْ حِينَ بُلُوغِ الْخَبَرِ بِمَوْتِهِ) وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ شَرْعًا، لَكِنْ لَا يَجُوزُ لَهَا التَّرْوِيجُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِهِ (وَفِي الطَّلَاقِ مِنْ حِينَ الطَّلَاقِ).
وَالْفَرْقُ مَعَ النَّصِّ ثُبُوتُ الْحِدَادِ عَلَى الْمُتَوَقَّعِ عَنْهَا، وَلَا يَتِمُّ إِلَّا مَعَ بُلُوغِهَا الْخَبَرَ بِمَوْتِهِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ لَمْ يَبْلُغْهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ مِقْدَارِ الْعِدَّةِ، جَازَ لَهَا التَّرْوِيجُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ بِخِلَافِ الْمُتَوَقَّعِ عَنْهَا.

وَقِيلَ تَشْتَرِكُ فِي الْأَعْتِدَادِ مِنْ حِينَ بُلُوغِ الْخَبَرِ، وَبِهِ رِوَايَاتُ وَالْأَشْهُرُ الْأَوَّلُ، وَلَوْ لَمْ نَوْجِبِ الْحِدَادَ عَلَى الْأَمَةِ، فَهِيَ كَالْمُطَلَّقَةِ، عَمَلًا بِالْعِلَّةِ الْمَنْصُوصَةِ.

عده زنی که حاضر است از زمانی که سبب نگهداری عده مانند طلاق یا فسخ رخ

می‌دهد، شروع می‌شود هر چند اطلاعی از تحقق سبب عدّه نداشته باشد (مثلاً اگر در آخرین روزهای عدّه متوجه شود که طلاق داده شده است، عدّه او تمام می‌شود و نیازی نیست که از زمان اطلاع، شروع به عدّه گرفتن کند). عدّه وفات برای زنی که شوهر او غایب است زمانی شروع می‌شود که خبر فوت شوهرش را دریافت می‌کند هر چند فوت شوهر از راه شرعی به اثبات نرسیده باشد اما زمانی حق ازدواج دارد که فوت شوهرش از راه شرعی به اثبات برسد. عدّه طلاق از زمان طلاق شروع می‌شود (اگر شوهر طلاق غیابی بدهد، عدّه از زمان طلاق شروع می‌شود هر چند زن اطلاع نداشته باشد. تفاوت میان طلاق غائب و فوت غائب با وجود او است، در این است که زن در صورت فوت شوهرش باید حداد کند و حداد زمانی واجب می‌شود که خبر فوت به زن برسد اما در طلاق اینگونه نیست (یعنی حداد بر زن واجب نیست) بنابراین با توجه به اینکه عدّه زن از زمان طلاق وی آغاز می‌شود، چنانچه خبر طلاق بعد از گذشتن مدّتی از زمان عدّه به زن برسد می‌تواند پس از ثبوت طلاق، ازدواج کند برخلاف وفات که زن تنها پس از رسیدن خبر وفات شوهرش می‌تواند عدّه بگیرد هر چند زمانی طولانی سپری شود. یک دیدگاه نیز می‌گوید که حکم زنی که طلاق داده می‌شود و زنی که شوهرش فوت می‌کند از نظر عدّه نگه داشتن یکسان است یعنی باید هر دو از زمان رسیدن خبر طلاق یا فوت، عدّه بگیرند و روایاتی هم در این زمینه وجود دارد اما دیدگاه اول مشهورتر است (یعنی دیدگاهی که می‌گوید عدّه طلاق از زمان طلاق و عدّه وفات از زمان رسیدن خبر فوت، آغاز می‌شود).

(كِتَابُ الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ)

وَهُوَ طَلَاقٌ بِعَوْضٍ مَقْضُودٍ، لَا زِمَ لِجِهَةِ الرَّوْجِ، وَ يَفْتَرِ قَانِ بِأُمُورٍ تَأْتِي.
وَالْخُلْعُ - بِالضَّمِّ - اسْمٌ لِذَلِكَ مَا خُوذُ مِنْهُ بِالْفَتْحِ، اسْتِغَارَةٌ مِنْ خُلْعِ الثَّوْبِ وَهُوَ نَزْعُهُ،
لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿هَنَ لِبَاسٌ لَكُمْ﴾ (وَصِيغَةُ الْخُلْعِ أَنْ يَقُولَ الرَّوْجُ: خَلَعْتُكَ عَلَى كَذَا، أَوْ
أَنْتِ مُخْتَلَعَةٌ عَلَى كَذَا) أَوْ خَلَعْتُ فُلَانَةً أَوْ هِيَ مُخْتَلَعَةٌ عَلَى كَذَا (ثُمَّ يَتَّبِعُهُ بِالطَّلَاقِ) عَلَى
الْفَوْرِ فَيَقُولُ بَعْدَ ذَلِكَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ (فِي الْقَوْلِ الْأَقْوَى)، لِرِوَايَةِ مُوسَى ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ
الْكَأْظِمِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «الْمُخْتَلَعَةُ يُتَّبَعُهَا بِالطَّلَاقِ مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا». وَقِيلَ: يَقَعُ بِمُجَرَّدِهِ مِنْ
غَيْرِ إِتْبَاعِهِ بِهِ، ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمُرْتَضَى وَابْنُ الْجُنَيْدِ وَتَبِعَهُمَا الْعَلَّامَةُ فِي الْمُخْتَلَفِ وَالتَّحْرِيرِ، وَ
الْمُصَنِّفُ فِي شَرْحِ الْأَرْشَادِ، لِصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ نُوحٍ بَنِ بَزِيعٍ أَنَّهُ قَالَ
لِلرَّضَاءِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثٍ: قَدْ رُوِيَ لَنَا أَنَّهَا لَا تَبِينُ حَتَّى يُتَّبِعَهَا بِالطَّلَاقِ، قَالَ «لَيْسَ ذَلِكَ إِذَنْ
خُلْعًا» فَقُلْتُ: تَبِينُ مِنْهُ قَالَ: «نَعَمْ» وَغَيْرُهَا مِنَ الْأَخْبَارِ. وَالْخَبَرُ السَّابِقُ ضَعِيفُ السَّنَدِ مَعَ
إِمْكَانِ حَمْلِهِ عَلَى الْأَفْضَلِيَّةِ، وَمُخَالَفَتِهِ لِمَذْهَبِ الْعَامَّةِ فَيَكُونُ أَبْعَدَ عَنِ التَّقْيَةِ، مَعَ تَسْلِيمِهِ
لَا يَكْفِي فِي الْمَصِيرِ إِلَيْهِ وَتَرْكِ الْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ، وَهُوَ عَلَى مَا وَصَفْنَاهُ، فَالْقَوْلُ الثَّانِي
أَصَحُّ.

ثُمَّ إِنْ اعْتَبَرْنَا إِتْبَاعَهُ بِالطَّلَاقِ فَلَا شُبْهَةَ فِي عِدَّةِ طَلَاقًا وَ عَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ هَلْ يَكُونُ
فَسْخًا أَوْ طَلَاقًا؟

قَوْلَانِ، أَصَحُّهُمَا الثَّانِي، لِذِلَالَةِ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ عَلَيْهِ فَيَعْدُّ فِيهَا، وَ يَفْتَرِ إِلَى الْمُحْلَلِ بَعْدَ
الثَّلَاثِ، وَ عَلَى الْقَوَائِنِ لَا بُدَّ مِنْ قَبُولِ الْمَرْأَةِ عَقِبَهُ بِلا فَضْلِ مُعْتَدٍ بِهِ، أَوْ تَقْدُّمِ سُؤْلِهَا لَهُ قَبْلَهُ
كَذَلِكَ.

(وَلَوْ أَتَى بِالطَّلَاقِ مَعَ الْعَوْضِ) فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى كَذَا مَعَ سَبْقِ سُؤْلِهَا لَهُ، أَوْ مَعَ
قَبُولِهَا بَعْدَهُ كَذَلِكَ (أَغْنَى عَنْ لَفْظِ الْخُلْعِ) وَ أَفَادَ فَايِدَتَهُ، وَ لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى مَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ
الْخُلْعُ، مِنْ كَرَاهَتِهَا لَهُ خَاصَّةً، لِأَنَّهُ طَلَاقٌ بِعَوْضٍ لَا خُلْعٍ.

باب خلع و مبارات

خلع و مبارات، یک نوع طلاق معوض است و از جانب شوهر، لازم است (یعنی مرد حق رجوع در طلاق را ندارد مگر اینکه زن نسبت به مالی که بذل کرده است رجوع نماید). خلع و مبارات، تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند که بیان خواهد شد. خُلع، اسم برای طلاق است که در مقابل عوض، صورت می‌گیرد و از مصدر «خَلَع» گرفته شده است و کنایه از کندن لباس است (چون مرد، لباس زوجیت را از خودش می‌کند همانگونه که خداوند، زنان را لباس مردان دانسته است. صیغه طلاق خلع بدین صورت است که شوهر می‌گوید: «تو را در مقابل فلان مال خلع کردم» یا «تو در مقابل فلان مال خلع می‌شوی» یا «فلانی را خلع کردم» یا «آن زن در مقابل فلان مال، خلع می‌شود» و براساس دیدگاه قوی‌تر سپس صیغه طلاق بلافاصله پس از صیغه خلع قرار می‌گیرد و مرد می‌گوید: «تو را در مقابل فلان مبلغ، خلع کردم پس تو طلاق داده می‌شوی» زیرا روایت موسی بن بکیر از امام کاظم (ع) می‌فرماید: «طلاق به دنبال صیغه خلع می‌آید تا زمانی که زن در عده باشد» و یک دیدگاه آن است که خلع بدون اینکه نیازی به صیغه طلاق باشد، محقق می‌شود (یعنی زن و مرد با همان صیغه خلع از یکدیگر جدا می‌شوند و نیازی به صیغه طلاق نیست). سیدمرتضی و ابن جنید همین دیدگاه را برگزیده و علامه نیز در کتاب «مختلف» و «تحریر» و مصنف در «شرح ارشاد» از ایشان پیروی کرده‌اند زیرا روایت صحیحی وجود دارد که در آن محمد بن اسماعیل بن نوح بن بزیع گوید که به امام رضا (ع) گفت که برای ما در حدیثی روایت شده است که زن زمانی جدا می‌شود که مرد به دنبال خلع، صیغه طلاق را نیز جاری کند. امام فرمود: «پس در این صورت، خلع نخواهد بود» سؤال کردم آیا زن جدا می‌شود؟ امام فرمود: «بله» و روایت‌های دیگری نیز وجود دارد اما سند روایت قبلی، ضعیف است (زیرا موسی بن بکیر، فطحی مذهب بوده است) مضافاً بر اینکه می‌توان آن را حمل بر افضل بودن کرد (یعنی آوردن صیغه طلاق بدنبال خلع، از آن جهت می‌باشد که بهتر است نه اینکه واجب باشد) و مخالفت این روایت با فتوای اهل سنت که آن را از تقیه دور می‌کند، مورد قبول ما نیست (یعنی ممکن

است کسی بگوید که روایت موسی بن بکیر، مخالفت فتوای اهل سنت است زیرا فقهای اهل سنت، صیغه طلاق پس از خلع را لازم می‌دانند بنابراین باید به این خبر که مبتنی بر تقیه نمی‌باشد عمل کرد. مصنف می‌فرماید که مخالفت آن با فتوای اهل سنت را ما قبول نداریم) و به فرض آنکه، چنین استدلالی را بپذیریم نمی‌توان با این استدلال ضعیف، چنین روایت ضعیفی را پذیرفت و روایت‌های صحیح را رها ساخت و عبدالله بن بکیر شخصی است که ویژگی‌های او را بیان کردیم، بنابراین نظریه دوم (یعنی عدم لزوم همراهی طلاق با صیغه خلع)، صحیح‌تر است. سپس اگر همراه آوردن طلاق به دنبال خلع را لازم بدانیم، تردیدی نیست که این خلع، از طلاق بودن خارج نمی‌شود اما اگر همراه آوردن طلاق را لازم ندانیم اختلاف نظر وجود دارد که آیا این خلع، فسخ است یا طلاق می‌باشد و نظریه صحیح‌تر، آن است که طلاق می‌باشد زیرا روایت‌های فراوانی وجود دارد که این خلع را طلاق می‌دانند بنابراین جزء سه طلاق قرار می‌گیرد و بعد از سه طلاق نیاز به محلل می‌باشد و در هر دو صورت (که خلع را فسخ بدانیم یا طلاق بدانیم)، باید قبول زن به دنبال خلع قرار گیرد و فاصله‌ای میان آن دو نیفتد یا زن قبل از آنکه صیغه خلع خوانده شود باید درخواست خلع را کرده باشد و بلافاصله خلع صورت گیرد. اگر مرد پس از درخواست زن، طلاق را در مقابل عوض، انجام دهد و بگوید: «تو در مقابل فلان مبلغ، طلاق داده می‌شوی» یا زن بلافاصله پس از انشای صیغه خلع، آن را قبول کند، نیازی به صیغه خلع نخواهد بود و بیان طلاق همراه با عوض، بجای خلع قرار می‌گیرد و نیازی به شرائط مورد نیاز خلع نیست مانند اینکه زن از مرد، کراهت داشته باشد زیرا این طلاق، یک طلاق معوض می‌باشد و خلع نیست.

(وَكُلُّ مَا صَحَّ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا) مِنَ الْمَالِ الْمَعْلُومِ، وَالْمَنْفَعَةِ، وَالتَّغْلِيمِ وَغَيْرِهَا (صَحَّ أَنْ يَكُونَ فِدْيَةً) فِي الْخُلْعِ، (وَلَا تَقْدِيرُ فِيهِ) أَيُّ: فِي الْمَجْعُولِ فِدْيَةٌ فِي طَرَفِ الزَّيَادَةِ وَالتَّقْضَانِ، بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مُتَمَوَّلًا (فَيَجُوزُ عَلَى أَزِيدَ مِمَّا وَصَلَ إِلَيْهَا مِنْهُ) مِنْ مَهْرٍ وَغَيْرِهِ، لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ مِنْهَا، فَلَا يَتَقَدَّرُ عَلَيْهَا فِي جَانِبِ الزَّيَادَةِ. (وَيَصِحُّ بِذَلِكَ الْفِدْيَةُ مِنْهَا، وَمِنْ وَكَيْلِهَا) الْبَازِلُ لَهُ مِنْ مَالِهَا، (وَمِمَّنْ يَضُمُّهُ) فِي ذِمَّتِهِ (بِإِذْنِهَا) فَيَقُولُ لِلزَّوْجِ: طَلَّقْ زَوْجَتَكَ عَلَى مَائَةٍ وَعَلَيَّ ضَمَانُهَا.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَكِيلِ، أَنَّ الْوَكِيلَ يَبْذُلُ مِنْ مَالِهَا بِإِذْنِهَا، وَهَذَا مِنْ مَالِهِ بِإِذْنِهَا.

وَقَدْ يُشْكِلُ هَذَا بِأَنَّهُ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ، لَكِنْ قَدْ وَقَعَ مِثْلُهُ صَحِيحاً فِيمَا لَوْ قَالَ رَاكِبُ الْبَحْرِ لِذِي الْمَتَاعِ: أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلَيَّ ضَمَانُهُ، وَ فِي ضَمَانٍ مَا يُخَدِّثُهُ الْمُشْتَرِي مِنْ بِنَاءٍ، أَوْ غَرَسٍ عَلَى قَوْلٍ، وَ فِي أَخَذِ الطَّبِيبِ الْبَرَاءَةَ قَبْلَ الْفِعْلِ.

هر چیزی که بتوان آن را مهریه قرارداد مانند مال معلوم، منفعت، آموزش و نظایر اینها، می‌توان آن را بعنوان فدیة در خلع قرارداد و مقدار معینی ندارد یعنی از نظر زیادی و نقصان محدودیتی ندارد بلکه کافی است که مالیت داشته باشد بنابراین ممکن است که مقدار فدیة، بیشتر از مهریه‌ای باشد که به زن داده شده است یا مالی غیر از مهریه باشد زیرا کراهت از ناحیه زن می‌باشد بنابراین در جانب زیادی، محدودیتی برای او وجود ندارد. دادن فدیة ممکن است از سوی زن باشد و ممکن است از سوی وکیل وی باشد که از مال زن، آن را می‌دهد و ممکن است شخص ثالثی فدیة را از جانب خودش بدهد بنابراین، آن شخص به شوهر می‌گوید: «همسرت را در مقابل صد واحد طلاق بده و ضمانت آن برعهده من می‌باشد. تفاوتی که میان ضامن و وکیل وجود دارد، آن است که وکیل، فدیة را از سوی زوجه و با اذن او می‌دهد اما ضامن، فدیة را از مال خودش با اذن زوجه می‌دهد. در مورد ضمانت فدیة از سوی ضامن، این ایراد مطرح شده است که چنین ضمانتی، ضمانت مال لم یجب است (زیرا هنوز خلعی صورت نگرفته است تا کسی از آن ضمانت کند) اما نمونه این ضمانت‌ها، زیاد رخ می‌دهد و صحیح است مانند اینکه ناخدای کشتی به صاحب اجناس بگوید: «اجناس خود را در دریا بینداز و ضمانت آن برعهده من است» و نیز مانند ضمانتی که برای احداث بنا یا کاشتن درخت برای مشتری، صورت می‌گیرد (یعنی «الف» زمینی را به «ب» می‌فروشد و «ج» ضمانت فروشنده را می‌کند و به «ب» می‌گوید که در این زمین، درخت بکار یا ساختمان بساز پس اگر فروشنده، معادله را فسخ کرد من ضامن خسارت‌هایی هستم که به تو وارد می‌شود) و مانند برائتی که پزشک قبل از شروع به درمان از بیمار می‌گیرد (پس ضمانت در همه این موارد، «ضمانت مال لم یجب» است منتها هیچکس حکم به بطلان آنها نکرده است).

(وَفِي) صِحَّتِهِ مِنَ (الْمُبْتَرَعِ) بِالْبَدْلِ مِنْ مَالِهِ (قَوْلَانِ، أَقْرَبُهُمَا الْمَنْعُ)، لِأَنَّ الْخُلْعَ مِنْ عَقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ، فَلَا يَجُوزُ لُزُومُ الْعَوَضِ لِغَيْرِ صَاحِبِ الْمُوَضَّعِ كَالْبَيْعِ، وَلِأَنَّهُ تَعَالَى أَضَافَ الْفِدْيَةَ إِلَيْهَا فِي قَوْلِهِ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ وَ بَدَلَ الْوَكِيلِ وَالضَّامِنِ

بِإِذْنِهَا كَبَدْلُهَا، فَيَبْقَى الْمُتَبَرِّعُ عَلَى أَصْلِ الْمَنْعِ، وَلِأَصَالَةِ بَقَاءِ النِّكَاحِ إِلَى أَنْ يَثْبُتَ الْمَرْبُلُ، وَ لَوْ قُلْنَا بِمَفْهُومِ الْخِطَابِ فَالْمَنْعُ أَوْضَحُ، وَ حَبْنَدٌ فَلَا يَمْلِكُ الزَّوْجُ الْبَدْلَ، وَ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ إِنْ لَمْ يُتْبِعْ بِهِ، فَإِنْ أَتْبَعَ بِهِ كَانَ رَجْعِيًّا.

وَ وَجْهُ الصَّحَّةِ أَنَّهُ افْتِدَاءٌ وَ هُوَ جَائِزٌ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ كَمَا تَقَعُ الْجُعَالَةُ مِنْهُ عَلَى الْفِعْلِ لِعَيْرِهِ وَ إِنْ كَانَ طَلَقًا.

وَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْجُعَالَةِ وَ الْبَدْلِ تَبَرُّعًا، أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبَدْلِ جَعْلُ الْوَاقِعِ خُلْعًا لِيَتَرْتَبَ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ الْمَخْصُوصَةُ، لَا مُجَرَّدُ بَدْلِ الْمَالِ فِي مُقَابَلَةِ الْفِعْلِ، بِخِلَافِ الْجُعَالَةِ، فَإِنَّ غَرَضَهُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، بِأَنْ يَقُولَ: طَلَّقَهَا وَ عَلَيَّ أَلْفٌ، وَ لَا مَانِعَ مِنْ صِحَّتِهِ حَتَّى لَا يُشْتَرَطَ فِي إِجَابَتِهِ الْفَوْرِيَّةُ وَ الْمُقَارَنَةُ لِسُؤَالِهِ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ، وَ لَوْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ فَهُوَ خُلْعٌ لَفْظًا وَ حُكْمًا، فَلِأَجْنَبِيِّ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْبَدْلِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ،

فَلِلزَّوْجِ حَبْنَدٌ أَنْ يَرْجِعَ فِي الطَّلَاقِ، وَ لَيْسَ لِلزَّوْجَةِ هُنَا رُجُوعٌ فِي الْبَدْلِ، لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُهُ فَلَا مَعْنَى لِرُجُوعِهَا فِيهِ.

وَ يُحْتَمَلُ عَدَمُ جَوَازِ الرُّجُوعِ هُنَا مُطْلَقًا اقْتِصَارًا فِيهَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَوْضِعِ الْيَقِينِ، وَ هُوَ رُجُوعُ الزَّوْجَةِ فِيهَا بِذَلِكَ خَاصَّةً.

وَ فِي مَعْنَى التَّبَرُّعِ مَا لَوْ قَالَ: طَلَّقَهَا عَلَى أَلْفٍ مِنْ مَالِهَا وَ عَلَيَّ ضَمَانُهَا، أَوْ عَلَى عَبْدِهَا هَذَا كَذَلِكَ، فَلَا يَقَعُ الْخُلْعُ وَ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّهُ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ، وَ إِنْ جَازَ أَلْقَى مَتَاعَكَ فِي الْبُخْرِ وَ عَلَيَّ ضَمَانَهُ، لِمَسْپِسِ الْحَاجَةِ بِحِفْظِ النَّفْسِ ثُمَّ دُونَ هَذَا، أَوْ لِلِاتِّفَاقِ عَلَى ذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ فَيَقْتَضِرُ عَلَيْهِ.

اگر شخص ثالثی از سوی زوجه، فدیة را از اموال خودش بدهد در مورد صحّت آن، دو نظریه وجود دارد؛ نظریه نزدیک‌تر به واقع، آن است که چنین فدیة‌ای صحیح نیست زیرا خلع، یکی از عقود معاوضی می‌باشد بنابراین جایز نیست که عوض از سوی شخصی غیر از صاحب معوض داده شود (یعنی در اینجا، فدیة عوض است و خلع، معوض است و چون خلع به زوجه می‌رسد پس عوض را نیز خود او باید بدهد مانند عقد بیع (که عوض را باید کسی بدهد که معوض به او می‌رسد یعنی ثمن را باید خریدار بدهد پس اگر عوض را شخص ثالثی غیر از خریدار بدون عقد بیع محقق نمی‌شود و دلیل دوم برای عدم جواز دادن فدیة از سوی شخص ثالث)، آن است که خداوند اوصاف فدیة

را به زوجه نسبت داده و در آیه ۲۲۹ سوره بقره می‌فرماید: «پس جناحی بر زوجین نیست در فدیهای که زن می‌دهد.» و اینکه وکیل و ضامن با اذن زوجه می‌توانند فدیة را بدهند مانند آن است که خود زوجه، فدیة را می‌دهد بنابراین شخص ثالث همچنان ممنوع از پرداخت فدیة می‌باشد (یعنی نباید شخص ثالث را با ضامن و وکیل مقایسه کرد چون آن دو نفر به نمایندگی فدیة را می‌دهند اما در اینجا شخص ثالث، خودش فدیة را می‌دهد. دلیل سوم برای ممنوعیت پرداخت فدیة از سوی شخص ثالث، آن است که) اصل بر بقای زوجیت است تا دلیل آن را از بین ببرد (یعنی اگر شک شود که با بذل شخص ثالث، عقد نکاح از بین می‌رود یا خیر، بقای آن را استصحاب می‌کنیم.) و اگر به مفهوم مختلف آیه قرآن، استناد شود، ممنوعیت آن، آشکارتر خواهد شد (یعنی آیه قرآن می‌فرماید «اگر زن فدیة بدهد، جناحی نیست» و مفهومش آن است که «اگر زن فدیة ندهد، جناحی هست» پس مفهوم مخالف آیه را نیز می‌توان دلیل عدم صحّت بذل فدیة از سوی شخص ثالث دانست.) و اگر پرداخت فدیة از سوی شخص ثالث را ممنوع بدانیم، زوج مالک فدیة نمی‌شود (زیرا خلع محقق نمی‌شود) و طلاق نیز رخ نمی‌دهد اگر خلع تابع طلاق نباشد اما اگر تابع آن باشد، طلاق رجعی خواهد بود. اما کسانی که پرداخت فدیة از سوی شخص ثالث را صحیح می‌دانند، آن را نوعی فدیة می‌دانند که شخص ثالث نیز می‌تواند آن را بدهد و مانند جعالة که از سوی شخص ثالث بر فعل دیگری به نفع شخص دیگری صورت می‌گیرد هر چند آن عمل، طلاق باشد (یعنی مانند جعالة است که بیگانه‌ای می‌تواند مالی را به عوض کاری برای دیگری بدهد. تفاوت جعالة (یعنی گرفتن مال برای انجام طلاق) و بذل فدیة از سوی شخص ثالث، آن است که در بذل فدیة هدف از بذل، آن است که جدائی زن و مرد، خلع باشد تا احکام مخصوص خلع بر آن بار شود نه اینکه فقط مالی در مقابل انجام کاری پرداخت شود اما در جعالة، چنین نیست چون هدف، آن است که طلاق، صورت گیرد یعنی سرمایه‌گذار می‌گوید: «فلان زن را طلاق بده و من هزار تومان می‌دهم» و ممنوعیتی برای صحّت این کار وجود ندارد و در اجابت کردن شخص ثالث، فوریت و همراه بودن با درخواست سرمایه‌گذار، شرط نیست برخلاف خلع (که هرگاه شخص ثالث، مالی را از سوی زوجه بدهد باید دادن مال همزمان با صیغۀ خلع صورت گیرد یعنی شخص ثالث می‌گوید: «از

سوی زوجهات این مال را دادم تا او را خلع کنی» و زوج نیز بلافاصله می‌گوید: «او را خلع کردم» و اگر بذل فدیة از سوی شخص ثالث را صحیح بدانیم، از نظر لفظی و حکمی، خلع محقق می‌شود (یعنی شخص ثالث باید صیغه خلع را بکار ببرد و بگوید: «او را در مقابل فلان مبلغ، خلع کن» و حکم خلع نیز جاری می‌شود یعنی طلاق باین صورت می‌گیرد و مرد حق رجوع ندارد مگر اینکه شخص ثالث در فدیة خود رجوع کند) بنابراین شخص ثالث می‌تواند تا زمانی که زن در عده می‌باشد از بذل فدیة رجوع کند و مرد نیز می‌تواند در طلاق رجوع کند و زوج در اینجا رجوع در بذل را ندارد زیرا مالک فدیة نیست و رجوع وی در فدیة معنایی ندارد. احتمال هم دارد که در اینجا هیچکس (یعنی شخص ثالث و زوجه)، حق رجوع به فدیة را نداشته باشد زیرا در مواردی که خلاف اصل می‌باشد باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن نیز جایی است که زوجه نسبت به فدیة‌ای که داده است رجوع می‌کند. اگر شخصی به زوج بگوید: «زوجهات را در مقابل هزار تومان از اموال خودش طلاق بده و من ضامن هزار تومان هستم» یا «زوجهات را طلاق بده و عوض آن، برده‌ای است که ملک زوجهات می‌باشد و من ضامن برده هستم»، خلع محقق نمی‌شود و آن شخص نیز ضمانتی پیدا نمی‌کند زیرا ضمانت تعهدی است که هنوز بوجود نیامده است هر چند انداختن اجناس در دریا جایز باشد و ضمانت آن نیز برعهده ضامن قرار گیرد زیرا در مسأله انداختن جنس در دریا، نیاز به حفظ جان انسانی می‌باشد اما در اینجا ضرورتی وجود ندارد. همچنین در آنجا، فقها اتفاق نظر دارند و باید به همان موضوع اکتفا کرد (یعنی در مورد انداختن جنس در دریا، اتفاق نظر وجود دارد و در اینجا چنین اجماعی وجود ندارد و نمی‌توان آن موضوع را به موارد دیگر تسری داد).

(وَلَوْ تَلَفَ الْعَوْضُ الْمُعَيَّنُ الْمُبْدُولُ (قَبْلَ الْقَبْضِ فَعَلَيْهَا ضَمَانُهُ مِثْلًا) أَي: بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا (أَوْ قِيَمَةً) إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا، سَوَاءً أَتْلَفْتُهُ بِاخْتِيَارِهَا أَمْ تَلَفَ بِآفَةٍ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى أَمْ أَتْلَفَهُ أَجَنَبِيًّا، لَكِنْ فِي الثَّلَاثِ يَتَخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ الرُّجُوعِ عَلَيْهَا وَعَلَى الْأَجَنَبِيِّ، وَتَرْجِعُ هِيَ عَلَى الْأَجَنَبِيِّ لَوْ رَجَعَ عَلَيْهَا إِنْ أَتْلَفَهُ بَعِيرٌ إِذْنَهَا، وَلَوْ غَابَ فَلَهُ أَرْضُهُ، (وَكَذَا) تَضْمَنُ مِثْلُهُ أَوْ قِيَمَتَهُ (لَوْ ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُهُ) لِغَيْرِهَا وَلَا يَبْطُلُ الْخُلْعُ، لِأَصَالَةِ الصَّحَّةِ، وَالْمُعَاوَضَةُ هُنَا لَيْسَتْ حَقِيقَةً كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَلَا يُؤْتَرُ بَطْلَانُ الْعَوْضِ الْمُعَيَّنِ فِي بَطْلَانِهِ، بَلْ يُنَجَّبُ بِضْمَانِهَا

الْمِثْلَ، أَوْ الْقِيَمَةَ.

وَيُشْكِلُ مَعَ عِلْمِهِ بِاسْتِحْقَاقِهِ حَالَةَ الْخُلْعِ، لِقُدُومِهِ عَلَى مُعَاوَضَةٍ فَاسِدَةٍ إِنْ لَمْ يُتْبِعْهُ بِالطَّلَاقِ، وَمُطْلَقاً مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَوَضَ لَا زِمَ لِمَاهِيَّتِهِ، وَبُطْلَانُ اللَّازِمِ يَسْتَلْزِمُ بُطْلَانُ الْمَلْزُومِ.

وَالْمُتَّحِجُ الْبُطْلَانُ مُطْلَقاً إِنْ لَمْ يُتْبِعْهُ بِالطَّلَاقِ، وَإِلَّا وَقَعَ رَجْعِيّاً.

(وَيَصِحُّ الْبَدْلُ مِنَ الْأَمَةِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى) فَإِنْ أَذِنَ فِي عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ تَعَيَّنَتْ فَإِنْ زَادَتْ عَنْهَا شَيْئاً مِنْ مَالِهِ وَقَفَ عَلَى إِجَارَتِهِ، فَإِنْ رَدَّ بَطَلَ فِيهِ. وَفِي صَحَّةِ الْخُلْعِ وَيَلْزِمُهَا مِثْلُهُ أَوْ قِيَمَتُهُ تُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ، أَوْ بُطْلَانِهِ، الْوُجْهَانِ، وَكَذَا لَوْ بَدَلَتْ شَيْئاً مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يُجْزِهِ، وَلَوْ أَجَارَ فَكَالِإِذْنِ الْمُتَبَدِّلِ. وَإِنْ أَذِنَ فِي بَدْلِهَا فِي الذِّمَّةِ، أَوْ مِنْ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ (فَإِنْ عَيَّنَ قَدْرًا) تَعَيَّنَ وَكَانَ الْحُكْمُ مَعَ تَخَطُّبِهِ مَا سَقَى، (وَإِلَّا) يُعَيَّنُ قَدْرًا (انصرفت) إِطْلَاقُ الْإِذْنِ (إِلَى) بَدْلِ (مَهْرِ الْمِثْلِ) كَمَا يَنْصَرِفُ الْإِذْنُ فِي الْبَيْعِ إِلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَقِيقِيَّةً، وَمَهْرُ الْمِثْلِ عَوَضُ الْبُضْعِ، فَيَحْمَلُ الْإِطْلَاقُ عَلَيْهِ. (وَلَوْ لَمْ يَأْذِنْ) لَهَا فِي الْبَدْلِ مُطْلَقاً صَحَّ الْخُلْعُ فِي ذِمَّتِهَا دُونَ كَسِبِهَا (وَتُبِعَتْ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ) كَمَا لَوْ غَامَلَهَا بِإِقْرَاضٍ وَغَيْرِهِ.

وَلَا إِشْكَالَ هُنَا وَإِنْ عَلِمَ بِالْخَالِ، لِأَنَّ الْعَوَضَ صَحِيحٌ مُتَعَلِّقٌ بِذِمَّتِهَا، وَإِنْ امْتَنَعَ قَبْضَهُ خَالاً خُصُوصاً مَعَ عِلْمِهِ بِالْحُكْمِ، لِقُدُومِهِ عَلَيْهِ وَثُبُوتِ الْعَوَضِ فِي الْجُمْلَةِ، بِخِلَافِ بَدْلِ الْعَيْنِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ، لِخُلُوقِ الْخُلْعِ عَنِ الْعَوَضِ، وَلَوْ بَدَلَتْ مَعَ الْإِطْلَاقِ أَرِيدَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَالزَّائِدُ كَالْمُبْتَدَأِ بِغَيْرِ إِذْنٍ.

(وَالْمُكَاتَبَةُ الْمَشْرُوطَةُ كَالْقَنَّ)، فَيَتَعَلَّقُ الْبَدْلُ بِمَا فِي يَدِهَا مَعَ الْإِذْنِ، وَبِذِمَّتِهَا مَعَ عَدَمِهِ إِنْ كَانَ مُطْلَقاً وَإِنْ كَانَ مُعَيَّناً وَلَمْ يُجْزِ الْمَوْلَى بَطَلَ، وَفِي صَحَّةِ الْخُلْعِ، وَلُزُومِ الْمِثْلِ، أَوْ الْقِيَمَةِ تُتْبَعُ بِهِ الْوُجْهَانِ وَ(أَمَّا) الْمُكَاتَبَةُ (الْمُطْلَقَةُ فَلَا اعْتِرَاضَ عَلَيْهَا) لِلْمَوْلَى، مُطْلَقاً، هَكَذَا أَطْلَقَ الْأَصْحَابُ تَبَعاً لِلشَّيْخِ رحمته الله.

وَفِي الْفَرْقِ نَظَرٌ، لِمَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ، مِنْ أَنَّ الْمُكَاتَبَ مُطْلَقاً مَمْنُوعٌ مِنَ التَّنَصُّفِ الْمُنَافِي لِلْإِكْتِسَابِ وَمُسَوَّغٌ فِيهِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَهُمَا، فَالْفِدْيَةُ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ اكْتِسَابٍ كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ، لِأَنَّ الْعَائِدَ إِلَيْهَا الْبُضْعُ، وَهُوَ غَيْرُ مَالٍ، لَمْ يَصِحَّ فِيهِمَا، وَإِنْ اعْتَبِرَ كَوْنُهُ مُعَاوَضَةً وَأَنَّهُ كَالْمَالِ مِنْ وَجْهِهِ، وَجَبَ الْحُكْمُ بِالصَّحَّةِ فِيهِمَا، وَالْأَصْحَابُ، لَمْ يَنْقُلُوا

فِي ذَلِكَ خِلَافًا. لَكِنَّ الشَّيْخَ عليه السلام فِي الْمُبْسُوطِ حَكَى فِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالَ: الصَّحَّةُ مُطْلَقًا. وَ الْمَنْعُ مُطْلَقًا. وَ اخْتَارَ التَّفْصِيلَ وَ جَعَلَهُ الْمُوَافِقَ لِأُصُولِنَا وَ تَبِعَهُ الْجَمَاعَةُ.
وَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْأَقْوَالَ الَّتِي نَقَلْنَاهَا لِلْعَامَّةِ كَمَا هِيَ عَادَتُهُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْمَسْأَلَةُ إِجْمَاعِيَّةً فَالْمُتَّجِهُ عَدَمُ الصَّحَّةِ فِيهِمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى.

اگر عوضی که زوجه بذل می کند قبل از تحویل به شوهر، تلف شود، زوجه ضامن مثل آن است اگر مثلی باشد و ضامن قیمت آن است اگر قیمی باشد اعم از اینکه زوجه، فدیة را با اختیار خودش تلف کرده باشد یا به صورت طبعی تلف شده باشد یا شخص ثالثی آن را تلف کرده باشد اما اگر شخص ثالثی، آن را تلف کرده باشد، زوج می تواند به زوجه مراجعه کند یا به شخص ثالث مراجعه نماید و اگر زوج به زوجه مراجعه نماید او نیز می تواند به شخص ثالث مراجعه کند مشروط بر اینکه شخص ثالث، فدیة را بدون اجازه زوجه، تلف کرده باشد، اگر عیبی هم در فدیة بوجود آمده باشد، زوج حق گرفتن ارش دارد. اگر معلوم شود که فدیة، متعلق به شخص دیگری بوده است، زوجه ضامن مثل یا قیمت آن می باشد و اصل خلع باطل نمی شود زیرا اصل بر صحت خلع می باشد و معاوضه در اینجا برخلاف بیع به صورت حقیقی نیست (بگونه ای که اگر یک عوض، متعلق به دیگری بود عقد باطل شود) بنابراین باطل بودن عوض معین، موجب بطلان عقد نمی شود بلکه با دادن مثل یا قیمت، جبران می شود. البته اگر زوج در زمان انعقاد خلع بداند که فدیة، متعلق به به زوجه نیست صحت خلع با مشکل روبرو می شود زیرا زوج اقدام به معامله باطلی کرده است اگر طلاق بعد از خلع لازم نباشد. همچنین صحت خلع ممکن است با مشکل روبرو شود حتی اگر زوج، علم به عدم مالکیت زوجه نداشته باشد زیرا وجود عوض برای تحقق ماهیت خلع، لازم است (یعنی خلع، عقد معوض است و طرفین باید مالک عوض و معوض باشند و وقتی لازم (یعنی عوض)، باطل باشد ملزوم (یعنی خلع) نیز باطل خواهد بود. بنابراین بهتر است که خلع را در هر صورت باطل بدانیم هر چند زوج، علم به عدم مالکیت زوجه نیست به فدیة نداشته باشد مشروط بر اینکه طلاق به دنبال خلع، نیاز نباشد اما اگر نیاز به طلاق باشد، طلاق رجعی محقق می شود (یعنی خلع باطل است اما طلاق، صورت می گیرد).

(وَلَا يَصِحُّ الْخُلْعُ إِلَّا مَعَ كَرَاهَتِهَا) لَهُ (فَلَوْ طَلَّقَهَا) وَ الْأَخْلَاقُ مُلْتَمِئَةٌ (وَلَمْ تَكْرَهُ،

بَطَلَ الْبَذْلُ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا) مِنْ حَيْثُ الْبَذْلُ، وَقَدْ يَكُونُ بَائِنًا مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، كَكُونِهَا غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، أَوْ كَوْنِ الطَّلَاقِ نَائِلَةً.
(وَلَوْ أَكْرَهَهَا عَلَى الْفِدْيَةِ فَعَلَ حَرَامًا)، لِإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ (وَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْبَذْلِ)، لِطُلَانِ تَصَرُّفِ الْمُكْرَهِ إِلَّا مَا اسْتَشْنَى.
(وَطَلَّاقُهَا رَجْعِيٌّ) مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ، لِطُلَانِ الْفِدْيَةِ، فَلَا يُنَافِي كَوْنُهُ بَائِنًا مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى إِنْ اتَّفَقَتْ.

(نَعَمْ لَوْ أَتَتْ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَهِيَ الزَّنى. وَقِيلَ: مَا يُوجِبُ الْحَدَّ مُطْلَقًا وَقِيلَ: كُلُّ مَعْصِيَةٍ (جَارَ عَضْلُهَا) وَهُوَ مَنَعُهَا بَعْضَ حُقُوقِهَا أَوْ جَمِيعِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يُفَارِقَهَا) (لِتَقْتَدِي نَفْسَهَا)، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ وَالِاسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّهْيِ إِباحَةٌ، وَلِأَنَّهَا إِذَا زَنَتْ لَمْ يُؤْمَرْ أَنْ تُلْحَقَ بِهِ وَلَدًا مِنْ غَيْرِهِ، وَتُفْسِدَ فِرَاشَهُ، فَلَا تُقِيمُ حُدُودَ اللَّهِ فِي حَقِّهِ فَتَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ ذَلِكَ وَلَا يَسْتَبِيحُ الْمَبْدُولُ مَعَ الْعَضْلِ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْإِكْرَاهِ، وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾. وَالْمَشْرُوطُ عَدَمٌ عِنْدَ عَدَمِ شَرْطِهِ.

وَقِيلَ: إِنْ الْآيَةُ الْأُولَى مَنْسُوخَةٌ بِآيَةِ الْحَدِّ وَلَمْ يَثْبُتْ، إِذْ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَهُمَا وَالْأَصْلُ عَدَمُ النَّسْخِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ هَلْ يَتَقَيَّدُ جَوَازُ الْعَضْلِ بِبَذْلِ مَا وَصَلَ إِلَيْهَا مِنْهُ مِنْ مَهْرٍ وَغَيْرِهِ، فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ أَمْ لَا يَتَقَيَّدُ إِلَّا بِرِضَاهُ؟

اخْتَارَ الْمُصَنِّفُ الْأَوَّلَ، حَدَرًا مِنَ الضَّرَرِ الْعَظِيمِ، وَاسْتِنَادًا إِلَى قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِجَمِيلَةَ بِنْتِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي لَمَّا كَرِهَتْ زَوْجَهَا ثَابِتَ بْنَ قَيْسٍ، وَقَالَ لَهَا: «أَتَرَدِّدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» فَالْتَمَعَتْ وَارْزَيْدَهُ لَا حَدِيقَتَهُ فَقَطُّ. وَوَجْهُ الثَّانِي إِطْلَاقُ الْإِسْتِثْنَاءِ الشَّامِلِ لِلزَّائِدِ، وَعَدُّ الْأَصْحَابِ مِثْلَ هَذَا خُلْعًا وَهُوَ غَيْرُ مُقَيَّدٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ إِذَا هَابُ بَعْضُ مَا أُعْطَاهَا فَالْمُسْتَشْنَى هُوَ ذَلِكَ الْبَعْضُ فَيَبْقَى الْمُسَاوِي وَالزَّائِدُ عَلَى أَصْلِ الْمَنَعِ، فَإِنْ خَرَجَ الْمُسَاوِي بِدَلِيلٍ آخَرَ بَقِيَ الزَّائِدُ،

وَإِطْلَاقُ الْخُلْعِ عَلَيْهِ مَحَلُّ نَظَرٍ، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ كَارِهَةً، أَوْ الْكَرَاهَةُ غَيْرُ مُخْتَصَّةٍ بِهَا بِحَسَبِ الظَّاهِرِ، وَذَكَرَهَا فِي بَابِ الْخُلْعِ لَا يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهَا مِنْهُ.

خلع در صورتی تحقق می‌یابد که زوجه از شوهرش، ناخشنود باشد بنابراین اگر زوج، همسرش را در حالیکه تفاهم اخلاقی دارند، و زوجه از همسرش ناراضی نیست، طلاق بدهد فدیة‌ای که زوجه می‌دهد باطل است و طلاق نیز به صورت رجعی تحقق می‌یابد و رجعی بودن طلاق فقط از ناحیه بذل فدیة می‌باشد اما ممکن است که طلاق از جهات دیگر، طلاق بائن باشد مثلاً چنانچه زوج با زوجه نزدیکی نکرده باشد یا طلاق انجام شده، سومین طلاق باشد (طلاق از این جهات، طلاق بائن خواهد بود بنابراین چنانچه فدیة باطل باشد فقط وصف «خلعی بودن» را از دست می‌دهد و از این جهت، طلاق رجعی به حساب می‌آید). اگر زوج، همسرش را مجبور کند که فدیة‌ای در مقابل خلع به وی بدهد، کار حرامی را مرتکب شده است زیرا اکراه وی بدون توجیه و به ناحق بوده است و در این صورت، زوج مالک فدیة نمی‌شود زیرا تصرف زن در مال خودش که با اجبار صورت گرفته است، باطل می‌باشد مگر در موارد استثنایی که اجبار موجب بطلان عمل نمی‌شود. طلاق که فدیة آن با اجبار داده شده باشد (باطل نیست بلکه) طلاق از این جهت، طلاق رجعی می‌باشد زیرا فدیة، باطل است بنابراین منافاتی ندارد که طلاق از جهت دیگری که ممکن است وجود داشته باشد، به صورت بائن تحقق پیدا کند بله، اگر زوجه مرتکب فحشای آشکار یعنی زنا شود می‌تواند او را نسبت به تمام یا برخی از حقوقش محروم کرد و یک دیدگاه آن است که چنانچه مرتکب هر جرمی شود که مستوجب حد است و یا مرتکب هر گناهی بشود، محروم کردنش جایز است بدون اینکه شوهر از وی جدا شود بلکه در سختی و تنگنا قرار می‌گیرد تا در مقابل فدیة، درخواست طلاق بنماید زیرا خداوند در آیه ۱۹ سوره نساء می‌فرماید: «و همسران را از خود نرانید تا مقداری از آنچه را که به ایشان داده‌اید به شما بدهند مگر اینکه مرتکب فاحشه‌ای آشکار شده باشند» و استثناء کردن از نهی به معنای اباحه است (یعنی اگر شارع، عملی را نهی کند و سپس موردی را استثنا نماید، آن مورد، مباح خواهد بود مانند اینجا که اجبار زنان را مورد نهی قرار داده است که حرام می‌باشد و سپس یک مورد را اجازه داده است و آن، موردی است که زن، مرتکب فحشا شده باشد پس اجبار چنین زنی، مباح است و دلیل دیگر برای جواز اجبار این زن، آن است که) اگر زن مرتکب زنا شود اطمینانی وجود نخواهد داشت که در خانه همسرش، فرزند متعلق به دیگری را به

دنیا نیاورد و فراش همسرش را آلوده نسازد و چنین زنی، حدود الهی را در مورد همسرش رعایت نمی‌کند و مشمول آیه ۲۲۹ سوره بقره قرار می‌گیرد که فرمود: «اگر بیم آن دارید که حدود الهی را بجا نیاورند پس جناحی نیست بر آنها نیست به فدیهای که زن می‌دهد.» و یک دیدگاه ضعیف وجود دارد که اگر زن مرتکب فحشا نیز بشود، شوهرش حق ندارد که او را مجبور نماید تا مالی بعنوان فدی به وعی بدهد و مالی را زوجه در این وضعیت به شوهرش می‌دهد برای زوج، مباح نخواهد بود زیرا عضل نیز به منزله اکراه است و نیز خداوند در آیه چهارم سوره نساء می‌فرماید: «پس اگر زنان مالی را با رضایت خاطر به شما دادند، آن مال بر شما گوارا باد.» اما اگر شرط گوارا شدن مال که رضایت خاطر می‌باشد وجود نداشته باشد، مال هم گوارا نخواهد بود. و یک دیدگاه، آن است که آیه ۱۹ سوره نساء بوسیله آیه حدّ (یعنی آیه دوم سوره نور که می‌فرماید: «به زن و مرد زناکار، هر کدام صد تازیانه بزنید» منسوخ گردیده است (بنابراین حکم الزام زوجه به دادن فدی، منسوخ است و فقط باید حدّ بخورد اما چنین نسخی به اثبات نرسیده است زیرا منافاتی میان وجوب حدّ و فدی وجود ندارد (یعنی زنی که زنا می‌دهد ممکن است تازیانه بخورد و طلاق خلعی هم داده شود) و اصل هم بر عدم نسخ می‌باشد. و اما چنانچه عضل زوجه توسط زوج، جایز باشد این پرسش مطرح می‌شود که آیا عضل زن تا جایی جایز است که زوجه حاضر به دادن مهریه و فدی شود و زیادت از آن جایز نیست یا عضل وی محدودیتی ندارد بلکه مرد می‌تواند اجبار و عضل خود را تا جایی ادامه دهد که موجب قناعت وجدان و رضایت او شود. شهید اول، دیدگاه اول را برگزیده است (یعنی عضل زوجه تا جایی امکان دارد که زوجه، حاضر به دادن فدی شود) زیرا نامحدود بودن عضل موجب ضرر فراوانی برای زوجه می‌شود و روایتی از پیامبر نیز در این زمینه وجود دارد؛ این روایت مربوط به جمیله دختر عبدالله بن ابی می‌باشد که از شوهرش ثابت بن قیس، ناراضی بود پس پیامبر به این زن فرمود: «آیا باغش را به او پس می‌دهی؟» زن پاسخ مثبت داد و گفت که آن را افزایش نیز می‌دهم اما پیامبر فرمود که فقط باغ را بعنوان فدی بده» (صحیح بخاری، ج ۷، ص ۶۰) اما دلیل نظریه دوم (که فشار بر زوجه تا مقدار نامحدود را جایز می‌داند)، اطلاق قسمت استثنای آیه است که شامل عضل زیادت نیز می‌شود (یعنی قسمت آخر آیه که فرمود: «مگر اینکه مرتکب فحشای

آشکاری شود» اطلاق دارد و محدودیتی برای میزان عضل بیان نکرده است) و فقها نیز چنین موردی را از مصادیق و افراد خلع می‌دانند در حالیکه قیدی برای این خلع و خلع‌های شبیه آن وجود ندارد. اما این دیدگاه، صحیح نیست زیرا آنچه که مورد استثناء قرار گرفته است بخشی از مهریه‌ای می‌باشد که زوج به زوجه داده است بنابراین آنچه که استثناء شده است، بخشی از مهریه می‌باشد (یعنی عضل زوجه تا زمانی که زوجه حاضر می‌شود مقداری از مهریه را بدهد، جایز است) اما نسبت به مقدار مساوی با مهریه یا مقدار بیشتر باید اصل ممنوعیت عضل و اجبار را جاری ساخت پس اگر عضل زوجه تا رضایت دادن نسبت به مقدار مساوی با مهریه نیز جایز باشد، مقدار اضافه‌تر، مشمول اصل ممنوعیت باقی می‌ماند و اطلاق نام «خلع» به طلاق که فدیۀ آن با اجبار زوجه پرداخت می‌شود، محل اشکال و تأمل است زیرا زوجه در حقیقت از شوهرش کراهت ندارد و یا (به فرض آنکه کراهت داشته باشد)، کراهت ظاهراً فقط از ناحیه زوجه نیست (بلکه این، زوج است که از زوجه کراهت دارد) و صرف اینکه مسأله «فشار بر زوجه برای دادن فدیۀ»، در مبحث «خلع» بیان شده است دالیتی ندارد که این مسأله نیز یکی از مصادیق خلع می‌باشد.

(وَ إِذَا تَمَّ الْخُلْعُ فَلَا رَجْعَةَ لِلزَّوْجِ) قَبْلَ رُجُوعِهَا فِي الْبَدْلِ (وَلِلزَّوْجَةِ الرُّجُوعُ فِي الْبَدْلِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ) إِنْ كَانَتْ ذَاتَ عِدَّةٍ، فَلَوْ خَرَجَتْ عِدَّتُهَا، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهَا عِدَّةٌ كَعَمَلِ الْمَذْخُولِ بِهَا، وَ الصَّغِيرَةِ، وَ الْيَاسَةِ فَلَا رُجُوعَ لَهَا مُطْلَقاً (فَإِذَا رَجَعَتْ) هِيَ حَيْثُ يَجُوزُ لَهَا الرُّجُوعُ ضَارَ الطَّلَاقِ رَجْعِيّاً يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ مِنَ التَّفَقُّهِ، وَ تَحْرِيمِ الْأُخْتِ، وَ الرَّابِعَةِ (وَ رَجَعَ هُوَ إِنْ شَاءَ) مَا دَامَتْ الْعِدَّةُ بَاقِيَةً، وَ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ رُجُوعِهِ مَانِعٌ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا، أَوْ رَابِعَةٍ قَبْلَ رُجُوعِهَا إِنْ جَوَّزْنَاهُ.

نَعَمْ لَوْ طَلَّقَهَا بَائِناً فِي الْعِدَّةِ جَازَ لَهُ الرُّجُوعُ حَبْنِذٍ فِيهَا، لِزَوَالِ الْمَانِعِ، وَ لَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِناً مَعَ وُجُودِ الْعِدَّةِ، كَالطَّلَاقِ الثَّالِثَةِ، فَفِي جَوَازِ رُجُوعِهَا فِي الْعِدَّةِ وَجْهَانِ، مِنْ إِطْلَاقِ الْأُذْنِ فِيهِ الْمُتَنَاولُ لَهُ، وَ مِنْ أَنَّ جَوَازَ رُجُوعِهَا فِي الْبَدْلِ مَشْرُوطٌ بِإِمْكَانِ رُجُوعِهِ فِي النِّكَاحِ، بِالنَّظَرِ إِلَى الْخُلْعِ، لَا بِسَبَبِ أَمْرِ خَارِجِيٍّ يُمَكِّنُ زَوَالَهُ كَتَزْوِيجِهِ بِأُخْتِهَا وَ لِأَنَّهُ يَرْجُو عَمَّا يَصِيرُ الطَّلَاقُ رَجْعِيّاً، وَ هَذَا لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ رَجْعِيّاً.

وَ لَا يَخْفَى أَنَّ هَذَيْنِ مُضَادَرَةٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ، لَكِنَّ الْمَشْهُورَ الْمَنْعُ. وَ الْوَجْهَانِ آتِيَانِ

فِيمَا لَوْ رَجَعَتْ وَلَمْ يَعْلَمْ حَتَّى خَرَجَتْ الْعِدَّةُ، حَيْثُ يُمَكِّنُهُ الرُّجُوعُ لَوْ عَلِمَ، مِنْ إِطْلَاقِ
 الْأُذُنِ لَهَا فِي الرُّجُوعِ، وَلَزُومِ الْإِضْرَارِ بِهِ.
 وَالْأَقْوَى الْجَوَازُ هُنَا، لِلْإِطْلَاقِ، وَلِأَنَّ جَوَازَ رُجُوعِهِ مَشْرُوطٌ بِتَقَدُّمِ رُجُوعِهَا فَلَا يَكُونُ
 شَرْطًا فِيهِ، وَإِلَّا دَارَ. وَالْإِضْرَارُ حَصَلَ بِاخْتِيَارِهِ حَيْثُ أَفْذَمَ عَلَى ذَلِكَ مَعَ أَنَّ لَهُ طَرِيقًا إِلَى
 الرَّجْعَةِ فِي الْأَوْقَاتِ الْمُحْتَمَلَةِ إِلَى آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الْعِدَّةِ.

وقتی طلاق خلعی محقق شد زوج حق رجوع به زوجه را ندارد مگر اینکه زوجه نیز در فدیة خود رجوع کند بنابراین زوجه در صورتی که عدّه نگه می‌دارد، می‌تواند تا زمانی که در عدّه بسر می‌برد نسبت به فدیة‌ای که داده است رجوع نماید اما اگر از عدّه خارج شده باشد یا عدّه نگه دارد مانند زنی که با وی نزدیکی نشده است یا صغیر یا یائسه می‌باشد پس در هیچ زمانی حق رجوع نخواهد داشت. اما زنی که حق رجوع دارد چنانچه به فدیة خودش رجوع کند، طلاق نیز تبدیل به طلاق رجعی شده و احکام طلاق رجعی به آن تعلق می‌گیرد یعنی زوج باید نفقه زوجه در زمان عدّه را بدهد و خواهر آن زن بر زوج، حرام است و زوج، حق ازدواج با همسر چهارم را ندارد (و مرد باید آنچه را بعنوان فدیة گرفته است به زوجه بازگرداند). بنابراین تا زمانی که عدّه زن باقی است، مرد نیز می‌تواند به همسرش رجوع کند مشروط بر اینکه مانعی برای رجوع وی وجود نداشته باشد مانند اینکه زوج قبل از رجوع به همسرش، با خواهر زنی که طلاق داده است، ازدواج کرده باشد یا زوج با زن چهارم ازدواج کرده باشد البته این، در صورتی است که ازدواج با خواهر یا ازدواج با زن چهارم در زمان طلاق خلع و قبل از رجوع مرد به فدیة را جایز بدانیم. بلکه اگر زوج، زن چهارم یا خواهر زن طلاق داده شده را (که قبل از رجوع زوجه به بذل با آنها ازدواج کرده است) در زمانی که زوجه طلاق داده شده در عدّه بسر می‌برد، طلاق بائن بدهد، حق رجوع به زوجه در زمان عدّه را خواهد داشت چون مانعی در اینجا وجود ندارد (مثلاً مردی، همسر خود یعنی «الف» را در مقابل یک میلیون تومان، طلاق خلعی می‌دهد و در همین زمان با خواهر «الف» یعنی خانم «ب» ازدواج می‌کند و دوباره «ب» را طلاق بائن بدهد و در این زمان «الف» به فدیة خود رجوع کند پس ایرادی ندارد که زوج به «الف» رجوع کند چون خواهر «الف»، همسر او نیست و در عدّه رجعی هم نیست تا به منزله همسر باشد) اما اگر زوج، همسر خود را طلاق بائن

داده باشد و آن زن، در عده بسر ببرد مانند جائی که او را طلاق سوم داده باشد، اختلاف نظر وجود دارد که آیا امکان رجوع به زوجه در زمان عده وجود دارد یا خیر؟ (پس در مثالی که گفته شد طلاق «الف» و «ب»، طلاق بائن بوده است. یک احتمال، آن است که زوج حق رجوع در زمان عده بائن را دارد زیرا) اذن در رجوع به صورت مطلق می باشد و شامل طلاق بائن نیز می شود (یعنی زوایات به صورت مطلق گفته اند که اگر زوجه در فدیۀ خود رجوع کند، مرد نیز حق رجوع به زوجه را دارد و تفاوتی قائل نشده اند میان حالتی که زوج، زوجه اش را طلاق رجعی داده باشد یا طلاق بائن داده باشد. اما احتمال هم می رود که زوج، حق رجوع نداشته باشد زیرا) جواز رجوع زوجه در فدیۀ، مشروط بر آن است که امکان رجوع زوج به زوجه از نظر طلاق خلعی بودن وجود داشته باشد نه اینکه امکان رجوع بخاطر مانع خارجی باشد که می توان آن را از بین برد مانند اینکه با خواهر وی ازدواج کرده باشد (یعنی اگر زوج، همسرش را طلاق سوم داده باشد، ممنوعیت ذاتی پیدا می کند بنابراین وقتی زوجه به فدیۀ خود رجوع می کند، نمی توان ممنوعیت رجوع به زوجه را از بین برد چون طلاق سوم نیاز به محلل دارد اما در جایی که مانع رجوع به زوجه، ازدواج با خواهر وی یا ازدواج با زن چهارم باشد می توان مانع را برطرف کرد چون زوج می تواند آن زن ها را طلاق بائن بدهد و به همسرش رجوع کند اما اگر همسرش را طلاق سوم داده باشد، مانع در خود زن وجود دارد و در علت خارجی نیست) همچنین وقتی زوجه به فدیۀ خودش رجوع می کند، طلاق خلعی تبدیل به طلاق رجعی می شود (و زوج حق رجوع پیدا می کند) اما در اینجا امکان ندارد که طلاق خلعی تبدیل به طلاق رجعی شود (چون مانعی در خلعی بودن نیست بلکه مانع در سه طلاقه بودن است) مصنف این دو علت را که برای عدم جواز رجوع در عده بائن بیان شده است، رد کرده و می گوید: مخفی نماند که این دو علت، مصادره به مطلوب است (یعنی مشروط بودن امکان رجوع زوجه به فدیۀ به امکان رجوع زوج را ما قبول نداریم و اول بحث ماست، همچنین اینکه رجوع زوجه به فدیۀ موجب می شود که طلاق خلعی تبدیل به طلاق رجعی شود، اول بحث ماست بلکه رجوع زوجه به فدیۀ، طلاق را تبدیل به رجعی می کند که امکان رجعی بودن آن وجود داشته باشد). با این وجود، مشهور فقها گفته اند که زوجه، حق رجوع به فدیۀ را ندارد و همان اختلاف نظر (یعنی احتمال جواز

رجوع زن و احتمال عدم جواز رجوع وی،) در موردی هم وجود دارد که زوجه به فدیة رجوع می‌کند اما زوج از رجوع زوجه، اطلاع پیدا نمی‌کند تا زمانی که عده تمام می‌شود زیرا زوج در صورتی می‌تواند به زوجه رجوع کند که از رجوع زوجه، آگاهی پیدا کرده باشد. (پس یک احتمال آن است که زوجه، حق رجوع به فدیة را داشته باشد هر چند زوج، آگاهی نداشته باشد زیرا) اذنی که برای رجوع به فدیة به زوجه داده شده است، مطلق می‌باشد (یعنی مقید به آگاهی زوج از رجوع زوجه نیست. احتمال هم دارد که زوجه، حق رجوع به فدیة را نداشته باشد زیرا) موجب ورود ضرر به زوج می‌شود (چون زوج آگاهی پیدا نکرده و نمی‌تواند به زوجه رجوع کند) اما نظریه قوی‌تر، آن است که زوجه حق رجوع در فدیة را دارد هر چند زوج، آگاهی نداشته باشد زیرا جواز رجوع زوجه به فدیة، مطلق است و نیز جواز رجوع زوج به زوجه، شرط جواز رجوع زوجه به فدیة نیست بلکه فقط گفته شده است که رجوع زوجه باید قبل از رجوع زوج باشد) و گرنه مستلزم دور می‌شد (یعنی جواز رجوع زوج به زوجه، متوقف بر تقدم رجوع زوجه در فدیة است و جواز رجوع زوجه در فدیة نیز متوقف بر جواز رجوع زوج می‌باشد و این، معنای دور است. ایراد مربوط به متضرر شدن زوج نیز پذیرفته نیست زیرا) زوج خودش موجب ورود ضرر بر خودش شده است زیرا در حالی اقدام به ورود ضرر کرده است که می‌توانست در زمان‌هایی که احتمال رجوع زوجه را می‌داد، تا آخرین لحظه باقی بودن عده، به زوجه رجوع کند. (یعنی زوج باید در مورد زوجه تحقیق می‌کرد و در زمان‌هایی که احتمال می‌داد که زوجه نسبت به فدیة خود رجوع می‌کند، او نیز رجوع می‌کرد اما این کار را نکرد و سبب ورود ضرر به خودش شد.)

(وَلَوْ تَنَزَّاعًا فِي الْقُدْرِ) أَي: قَدَرِ الْفِدْيَةِ (حَلَفْتُ)، لِأَصَالَةِ عَدَمِ زِيَادَتِهَا عَمَّا تَعْتَرَفُ بِهِ مِنْهَا، (وَكَذَا) يُقَدَّمُ قَوْلُهَا مَعَ الْيَمِينِ (لَوْ تَنَزَّاعًا فِي الْجِنْسِ) مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى الْقُدْرِ، بِأَنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ لَكِنْ ادَّعَى أَنَّهَا دَنَانِيرٌ وَادَّعَتْ أَنَّهَا ذَرَاهِمُ، لِأَصَالَةِ عَدَمِ اسْتِحْقَاقِ مَا يَدَّعِيهِ، وَلِأَنَّهُ مُدَّعٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ فَتَحْلِفُ يَمِينًا جَامِعَةً بَيْنَ نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ، وَإِثْبَاتِ مَا تَدَّعِيهِ، فَيَنْتَفِي مَا ادَّعَاهُ، وَلَيْسَ لَهُ اخْذُ مَا تَدَّعِيهِ، لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّهُ. وَيَنْبَغِي جَوَازُ اخْذِهِ مُقَاصَّةً، لَا أَصْلًا.

وَ يَحْتَمِلُ تَخَالَفُهُمَا، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُنْكَرٌ لِمَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَ هِيَ قَاعِدَةُ التَّخَالُفِ، وَ

حَبِئْتُ فَيَسْقُطُ مَا تَدَا عَيَاهُ بِالْفَسْخِ أَوْ الْإِنْفِسَاحِ وَ يَثْبُتُ مَهْرُ الْمَثَلِ، إِلَّا أَنْ أَصْحَابُنَا أَعْرَضُوا عَنْ هَذَا الْإِحْتِمَالِ رَأْسًا، وَ مُخَالَفُونَا جَزَمُوا بِهِ

اگر زوج و زوجه در مورد میزان فدیہ با یکدیگر اختلاف پیدا کنند زوجه سوگند یاد می‌کند زیرا اصل بر آن است که فدیہ بیشتر از مقداری نباشد که زوجه به آن اقرار کرده است (معمولاً زوج، مقدار زیادتر را ادعا می‌کند و اصل هم بر عدم زیادی است بنابراین زوجه منکر است چون مطابق با اصل، سخن می‌گوید). همچنین اگر زوج و زوجه نسبت به مقدار فدیہ اتفاق نظر داشته باشند اما در جنس فدیہ با یکدیگر اختلاف نظر داشته باشند، سخن زوج همراه با سوگند وی پذیرفته می‌شود مانند اینکه اتفاق نظر داشته باشند که فدیہ معادل صد واحد بوده است اما زوج ادعا کند که صد دینار بوده و زوجه ادعا کند که صد درهم بوده است (و معمولاً مرد، جنس بهتر را ادعا می‌کند چون ارزش بیشتری دارد اما) اصل بر آن است که زوج استحقاق جنسی را که ادعا می‌کند نداشته باشد و از طرفی زوج، مدعی می‌باشد (چون خلاف اصل عدم زیادی سخن می‌گوید) و مدعی باید دلیل بیاورد بنابراین زوجه سوگند یاد می‌کند و سوگند وی (اثبات محض یا نفی محض نیست بلکه) از یک طرف ادعای زوج را نفی می‌کند و از طرف دیگر، ادعای خودش را اثبات می‌کند (یعنی سوگند یاد می‌کند که فدیہ، دینار نبوده بلکه درهم بوده است) بنابراین ادعای زوج منتفی می‌شود و از سوی زوج نمی‌تواند فدیہ‌ای را بگیرد که زوجه، ادعای آن را دارد زیرا زوج، اقرار دارد که فدیہ، درهم نبوده است بنابراین بهتر است گفته شود که زوج (نباید درهم‌ها را بعنوان فدیہ بگیرد) بلکه مال مورد ادعای زوج را بعنوان تقاص می‌گیرد و بعنوان فدیہ اصلی و واقعی نمی‌گیرد (یعنی بعنوان حق خود، آن را نمی‌گیرد بلکه طلب خود را از این محل وصول می‌کند. احتمال هم دارد که لازم باشد زوج و زوجه سوگند یاد کنند زیرا هر کدام از آنها فدیہ مورد ادعای طرف مقابل را انکار می‌کند و در جائیکه هر دو از یک جهت مدعی و از یک جهت، منکر باشند، قاعده تحالف اجرا می‌شود بنابراین وقتی هر دو سوگند یاد کردند، آنچه که هر دو ادعا می‌کنند بواسطه فسخ هر یک از آن دو بواسطه انفساح از بین می‌رود و مهرالمثل ثابت می‌شود (یعنی هر یک از آنها سوگند یاد می‌کند که ادعای طرف مقابل، صحیح نیست بنابراین وقتی زوج سوگند یاد کند، آنچه که زوجه ادعا می‌کند فسخ می‌شود و

وقتی زوجه سوگند یاد می‌کند، آنچه که زوج ادعا می‌کند فسخ می‌شود و بعد از فسخ یا انفساخ دو ادعا، مهرالمثل ثابت می‌شود (اما فقهای شیعه نسبت به احتمال «تحالف»، بکلی روی گردان شده‌اند و فقهای اهل سنت به این احتمال، گرایش پیدا کرده و با قطعیت، آن را پذیرفته‌اند.

(أَوْ الْإِزَادَةِ) مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهَا بِأَنْ اتَّفَقَا عَلَى ذِكْرِ الْقَدْرِ وَ عَدَمِ ذِكْرِ الْجِنْسِ لَفْظًا، وَ عَلَى إِزَادَةِ جِنْسٍ مُعَيَّنٍ، لَكِنْ اخْتِلَافًا فِي الْجِنْسِ الْمُرَادِ.
وَ إِنَّمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فِيهَا، لِأَنَّ الْإِخْتِلَافَ فِي إِزَادَتِهَا وَ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهَا إِلَّا مِنْ قِبَلِهَا فَيَقْدَمُ قَوْلُهَا فِيهَا.

وَ يُشْكِلُ بِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ إِزَادَتُهُمَا مَعَ الْجِنْسِ وَ لَا تَكْفِي إِزَادَتُهَا خَاصَّةً، وَ إِزَادَةُ كُلِّ مِنْهُمَا لَا يُطْلَعُ عَلَيْهَا إِلَّا مِنْ قِبَلِهِ.

وَ لَوْ عُلِّلَ بِأَنَّ الْإِزَادَةَ إِذَا كَانَتْ كَافِيَةً عَنْ ذِكْرِ الْجِنْسِ الْمُعَيَّنِ، كَانَ الْإِخْتِلَافُ فِيهَا اخْتِلَافًا فِي الْجِنْسِ الْمُعَيَّنِ فَتَقْدِمُ قَوْلُهَا مِنْ هَذِهِ الْحَيَازَةِ لَا مِنْ جِهَةِ تَخْصِصِ الْإِزَادَةِ.
وَ قَالَ الشَّيْخُ: يَبْطُلُ الْخُلْعُ هُنَا مَعَ مُوَافَقَتِهِ عَلَى السَّابِقِ، وَ لِلْقَوْلِ بِالتَّحَالِفِ هُنَا وَجْهُ كَالسَّابِقِ.

وَ لَوْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي أَصْلِ الْإِزَادَةِ مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى عَدَمِ ذِكْرِ الْجِنْسِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: أَرَدْنَا جِنْسًا مُعَيَّنًا، وَ قَالَ الْآخَرُ: إِنَّا لَمْ نَرِدْ بَلْ أَطْلَقْنَا، رَجَعَ النَّزَاعُ إِلَى دَعْوَى الصَّحَّةِ وَ الْفُسَادِ. وَ مُفْتَضَى الْقَاعِدَةِ تَقْدِيمُ مُدَّعِيهَا مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ.

وَ يُحْتَمَلُ تَقْدِيمُ مُنْكَرِهَا وَ الْبُطْلَانُ، لِأَصَالَةِ عَدَمِهَا، وَ هُوَ ظَاهِرُ الْقَوَاعِدِ، وَ تَقْدِيمُ قَوْلِ الْمَرْأَةِ، لِجُجُوعِ النَّزَاعِ إِلَى إِزَادَتِهَا كَمَا مَرَّ وَ هُوَ ظَاهِرُ التَّخْرِيرِ، وَ فِيهِ مَا ذُكِرَ.

اگر زوج و زوجه در مورد موضوع اراده خود با یکدیگر اختلاف نظر پیدا کنند در حالیکه نسبت به اصل اراده، اتفاق نظر دارند مثلاً در مورد مقدار فدیهِ و یا عدم بین لفظی جنس یا اراده جنس معین، اتفاق نظر دارند اما نسبت به جنسی که اراده شده است، اختلاف نظر دارند (مثلاً زوج می‌گوید که من دینار عراقی را اراده کردم اما زوجه می‌گوید که من دینار کویتی را اراده نمودم) در این صورت، سخن زوجه در مورد اراده پذیرفته می‌شود زیرا اختلاف در مورد اراده زوجه است (چون فدیهِ را زوجه انتخاب می‌کند پس نوع و جنس فدیهِ را نیز زوجه انتخاب می‌کند) و جز از طریق زوجه نمی‌توان

نسبت به اراده‌ی وی، اطلاع پیدا کرد (زیرا اراده، یک امر درونی می‌باشد) بنابراین سخن زوجه در مورد اراده بر سخن زوج، مقدم می‌شود. اما پذیرش این استدلال با مشکل روبرو می‌شود زیرا آنچه که در اینجا اراده شده است، جنس معینی می‌باشد که زوج و زوجه، آن را اراده کرده‌اند و اراده‌ی زوجه به تنهایی کفایت نمی‌کند و در مورد هر دو، این ادعا صادق است که جز خودشان، شخص دیگری از اراده‌ی درونی آنها اطلاعی ندارد (خلاصه اینکه در بحث اراده، یک اراده وجود ندارد بلکه اراده‌ی هر دو لازم است و در مورد هر دو می‌توان گفت که کسی غیر از خودشان، از اراده‌ی آنها اطلاعی ندارد). و اگر چنین استدلال شود که اراده مربوط به ذکر جنس معین است بنابراین اختلاف در اراده، همان اختلاف در جنس معین است و سخن زوجه از این جهت، مقدم می‌شود نه از آن جهت که کسی غیر از زوجه نسبت به اراده‌ی او آگاهی ندارد (خلاصه اینکه اختلاف در اراده، به اختلاف در جنس برمی‌گردد و در مورد اختلاف در جنس، گفته شد که سخن زوجه مقدم می‌شود پس در اینجا هم سخن زوجه مقدم می‌شود منتها نه از آن جهت که در اراده با یکدیگر اختلاف دارند بلکه از آن جهت که در جنس باهم، اختلاف دارند). شیخ طوسی گفته است که در صورت اختلاف در اراده، خل باطل می‌شود حال آنکه ایشان در مسأله اختلاف در جنس، با نظر مشهور، موافق بود (یعنی ایشان برخلاف مشهور فقها، میان اختلاف در جنس و اختلاف در اراده، تفکیک کرده است. به هر حال نظریه «تحالف» در مسأله اختلاف در اراده، بهتر است همانگونه که در مسأله اختلاف در جنس نیز نظریه تحالف، مناسب‌تر است. اگر زوج و زوجه اتفاق نظر داشته باشند که جنس فدیہ را بیان نکرده‌اند اما نسبت به اصل اراده، اختلاف پیدا کنند (یعنی اختلاف پیدا کنند که اصلاً جنس را اراده کرده‌اند یا خیر یعنی اختلاف آنها مربوط به مرحله اثبات نیست بلکه نسبت به مرحله ثبوت، اختلاف دارند) بنابراین یکی از آنها می‌گوید که جنس معینی را اراده کردیم و دیگری می‌گوید که جنس معینی را اراده نکردیم بلکه فدیہ را به صورت مطلق اراده کردیم. در اینجا اختلاف به ادعای صحت و فاسد خلع برمی‌گردد یعنی کسی که ادعا می‌کند اراده جنس را کرده‌اند، ادعای صحت خلع را می‌نماید و کسی که ادعا می‌کند اراده جنس را نکرده‌اند، ادعای بطلان خلع را می‌نماید چون خلع، معادله معوض است و باید عوض آن، تعیین شده باشد). قاعده اقتضا می‌کند

که در اینجا سخن کسی پذیرفته شود که ادعای صحت معامله را می‌نماید و او باید سوگندی هم یاد کند (در اینجا مدعی صحت، کسی است که می‌گوید جنس معینی را اراده کردیم و سخن وی مطابق با اصل صحت قراردادهاست بنابراین منکر می‌باشد). احتمال هم می‌رود که سخن کسی پذیرفته شود که اراده جنس معین را انکار می‌کند و ادعای بطلان خلع را می‌نماید زیرا اصل بر عدم اراده است (و کسی که مطابق اصل سخن بگوید، منکر است) و ظاهر سخنان علامه در کتاب «قواعد» نیز همین است. احتمال دیگر، آن است که سخن زوجه، مقدم شود زیرا اختلاف بر سر اراده زوجه می‌باشد (و اراده زوجه را فقط از طریق خودش می‌توان بدست آورد) و علامه در کتاب «تحریر»، همین دیدگاه را برگزیده است اما این دیدگاه، محل اشکال است (زیرا اراده یک طرف به تنهایی کافی نیست).

(وَلَوْ قَالَ: خَلَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي ذِمَّتِكَ فَقَالَتْ: بَلْ فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ حَلَفْتُ عَلَى الْأَقْوَى)، لِأَنَّهُ مُدَّعٍ وَ هِيَ مُنْكَرَةٌ لِثُبُوتِ شَيْءٍ فِي ذِمَّتِهَا فَكَانَتْ الْيَمِينُ عَلَيْهَا. وَ قَالَ ابْنُ الْبَرَّاجِ: عَلَيْهِ الْيَمِينُ، لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي مَالِ الْخُلْعِ أَنْ يَكُونَ فِي ذِمَّتِهَا فَإِذَا ادَّعَتْ كَوْنَهُ فِي ذِمَّةِ غَيْرِهَا لَمْ تُسْمَعْ، لِأَصَالَةِ عَدَمِ انْتِقَالِهَا عَنْ ذِمَّتِهَا. وَ عَلَى الْأَوَّلِ لَا عِوَضَ عَلَيْهَا، وَ لَا عَلَى زَيْدٍ، إِلَّا بِاعْتِرَافِهِ، وَ تَبَيَّنَ مِنْهُ بِمُقْتَضَى دَعْوَاهُ. وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ قَالَتْ: بَلْ خَالَعَكَ فُلَانٌ وَ الْعِوَضُ عَلَيْهِ، لِرُجُوعِهِ إِلَى انْكَارِهَا الْخُلْعَ مِنْ قَبْلِهَا، أَمَّا لَوْ قَالَتْ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ ضَمَنْهَا فُلَانٌ عَنِّي، أَوْ دَفَعْتُهَا، أَوْ أَبْرَأْتُنِي، وَ نَحْوَ ذَلِكَ فَعَلَيْهَا الْمَالُ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ.

اگر زوج به زوجه بگوید: «تو را در مقابل هزار واحد، طلاق خلعی دادم مشروط بر اینکه فدیة بر ذمه خودت باشد» اما زوجه بگوید: «فدیة بر ذمه زید قرار گرفت» براساس نظریه قوی‌تر، سخن زوجه همراه با سوگند وی پذیرفته می‌شود زیرا زوج، مدعی است و زوجه، منکر آن است که یزی در ذمه او می‌باشد بنابراین سخن زوجه همراه با سوگند وی پذیرفته می‌شود. ابن برّاج گفته است که زوج باید قسم بخورد زیرا اصل بر آن است که فدیة در ذمه زوجه باشد (چون زوجه، متعهد پرداخت آن می‌باشد) بنابراین اگر زوجه ادعا کند که فدیة در ذمه شخص ثالثی می‌باشد، ادعای او پذیرفته نمی‌شود زیرا اصل بر عدم انتقال فدیة از ذمه زوجه به ذمه دیگری است (یعنی اصل بر عدم انتقال فدیة از ذمه

مدیون اصلی به غیر مدیون می‌باشد.) اما براساس دیدگاه اوّل (که سخن زوجه را مقدم می‌دارد)، دادن فدیّه برعهده زوجه نیست و برعهده زید هم نمی‌باشد مگر اینکه زید اقرار کند که فدیّه برعهده او می‌باشد و در این صورت، زوجه نیز بر مبنای ادّعی خودش از زوج جدا می‌شود (یعنی در مقابل همان فدیّه‌ای که زید می‌دهد، جدا می‌شود و زوجه حق رجوع به فدیّه را ندارد اما زید، حق رجوع ندارد که تفصیل آن قبلاً بیان گردید.) همچنین اگر زوجه بگوید: «با فلان شخص درباره خلع توافق کردی و فدیّه نیز برعهده اوست» (سخن زوجه پذیرفته می‌شود) زیرا این دعوا نیز مانند آن است که زوجه، طلاق خلع از سوی خودش را انکار کند (بنابراین زوجه، منکر است) اما اگر زوجه بگوید: «طلاق خلعی را با تو انجام دادم اما فلان شخص از سوی من ضامن فدیّه شد» یا «فدیّه را به تو دادم» یا «ذمه مرا نسبت به فدیّه، تبرئه کردی» و نظایر اینها؛ در چنین مواردی چنانچه زوجه نسبت به ادّعی خودش دلیل نداشته باشد باید فدیّه را بدهد (و ادّعی او پذیرفته نمی‌شود چون برخلاف اصل سخن می‌گوید و مدّعی است).

(و الْمُبَارَاةُ)

وَأَصْلُهَا الْمَفَارَقَةُ. قَالَ الْجَوْهَرِيُّ: تَقُولُ: بَارَأْتُ شَرِيكَي إِذَا فَارَقْتَهُ، وَ بَارَأَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، (وَهِيَ كَالْخُلْعِ) فِي الشَّرَائِطِ وَالْأَحْكَامِ (إِلَّا أَنَّهَا) تُفَارِقُهُ فِي أُمُورٍ مِنْهَا: أَنَّهَا تَتَرَتَّبُ عَلَى كَرَاهِيَةٍ كُلِّ مِنْ (الزَّوْجَيْنِ) لِصَاحِبِهِ. فَلَوْ كَانَتِ الْكَرَاهَةُ مِنْ أَحَدِهِمَا خَاصَّةً، أَوْ خَالِيَةً عَنْهُمَا لَمْ تَصَحَّ بِلَفْظِ الْمُبَارَاةِ. وَ حَيْثُ كَانَتِ الْكَرَاهَةُ مِنْهُمَا (فَلَا تَجُوزُ لَهُ الزِّيَادَةُ) فِي الْفِدْيَةِ (عَلَى مَا أُعْطَاهَا) مِنَ الْمَهْرِ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ حَيْثُ كَانَتِ الْكَرَاهَةُ مِنْهَا فَجَازَتْ الزِّيَادَةُ. وَ نَبَّهَ بِإِلْفَاءِ عَلَى كَوْنِ هَذَا الْحُكْمِ مُرْتَبّاً عَلَى الْكَرَاهَةِ مِنْهُمَا، وَ إِنْ كَانَ حُكْمًا آخَرَ يَخْصُلُ بِهِ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَ بَيَّنَّ الْخُلْعَ.

طلاق مبارات؛ مبارات در لغت به معنای جدایی است و جوهری گفته است: «زمانی که از شریک خود جدا می‌شوی، می‌گویی: بارأتک شریکی» و در طلاق مبارات، زوج همسرش را مبارات می‌کند (یعنی از او جدا می‌شود). طلاق مبارات نیز از نظر شرایط و احکام مانند طلاق خلع است و فقط در چند امر با یکدیگر تفاوت دارند:

امر اوّل - در طلاق مبارات، زن و شوهر از یکدیگر ناراضی هستند و کراهت دارند

بنابراین اگر فقط یکی از آن دو نفر، ناراضی باشد یا هیچکدام ناراضی نباشند نمی‌توان از صیغه مبارات استفاده کرد. حال با توجه به اینکه نارضایتی و کراهت از سوی هر دو می‌باشد بنابراین نباید فدیة بیشتر از مهریه باشد برخلاف طلاق خلعی که کراهت از سوی زوجه می‌باشد بنابراین می‌توان فدیة را بیشتر از مهریه قرار داد. مصنف حکم عدم جواز زیادی فدیة را با حرف «فاء» متفرع بر کراهت هر دو نمود و این امر برای اشاره به آن است که میزان فدیة بستگی به میزان کراهت دارد (یعنی فرمود: چون کراهت از سوی زوجه است پس فدیة بیشتر از مهریه نیست بنابراین میان کراهت و میزان فدیة رابطه سببیت وجود دارد) هر چند ممنوع بودن زیادی فدیة بر مهریه، حکم دیگری است که موجب تفاوت خلع و مبارات می‌شود. (یعنی گرچه میزان فدیة یکی از موارد تفاوت خلع و مبارات است اما میزان فدیة وابسته به کراهت است که از سوی زوجه باشد یا از سوی هر دو باشد).

(و) مِنْهَا: أَنَّهُ (لَا بُدَّ فِيهَا مِنَ الْإِثْبَاعِ بِالطَّلَاقِ) عَلَى الْمَشْهُورِ، بَلْ لَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا، وَ ادَّعَى جَمَاعَةٌ أَنَّهُ إِجْمَاعٌ، (وَلَوْ قُلْنَا فِي الْخُلْعِ: لَا يَجِبُ) إِثْبَاعُهُ بِالطَّلَاقِ، وَ رَوَى أَنَّهُ لَا تَفْتَقَرُ أَيْضًا إِلَى الْإِثْبَاعِ، وَ زُبْنَا كَانَ بِهِ قَائِلٌ، لِأَنَّ الشَّيْخَ نَسَبَ فِي كِتَابِي الْحَدِيثِ الْقَوْلَ بِلَزُومِ إِثْبَاعِهَا بِالطَّلَاقِ إِلَى الْمُحْصِلِينَ مِنْ أَصْحَابِنَا، وَ هُوَ يَدُلُّ بِمَقْهُومِهِ عَلَى مُخَالَفِ مِنْهُمْ غَيْرِ مُحْصِلٍ. وَ الْمُحَقِّقُ فِي النَّافِعِ نَسَبَهُ إِلَى الشُّهْرَةِ، وَ كَيْفَ كَانَ فَالْعَمَلُ بِهِ مُتَعَيِّنٌ. (وَصِيغَتُهَا بَارَأْتُكَ) بِالْهَمْزَةِ (عَلَى كَذَا) فَأَنْتَ طَالِقٌ.

یکی از تفاوت‌های خلع و مبارات، آن است که در طلاق مبارات براساس نظر مشهور فقها، صیغه طلاق باید بعد از مبارات بیاید و هیچیک از فقها با این حکم، مخالفت نکرده است و حتی ادعای اجماع نسبت به آن شده است هر چند در مورد طلاق خلع بگوئیم که آوردن صیغه طلاق پس از صیغه خلع، لازم نیست. البته در مورد طلاق مبارات نیز روایتی وجود دارد که آوردن صیغه طلاق پس از صیغه مبارات، لازم نیست و ممکن است طرفداری هم برای آن وجود داشته باشد زیرا شیخ طوسی در کتاب «تهذیب» و «استبصار» به محصلین از فقها نسبت داده است که صیغه طلاق پس از مبارات، لازم است و مفهوم مخالف این عبارت، آن است که گروهی از فقها که جزء محصلین نبوده‌اند، آوردن صیغه طلاق پس از مبارات را لازم نمی‌دانند. مرحوم محقق در کتاب «نافع» به

مشهور فقها نسبت داده است که صیغه طلاق بعد از صیغه مبارات، لازم است بنابراین باید آوردن صیغه طلاق پس از مبارات را ضروری دانست. صیغه طلاق مبارات، چنین است: «تو را در مقابل فلان مبلغ مبارات کردم پس تو طلاق گرفته هستی».

وَمِنْهَا: أَنْ صَيَّغَتْهَا لَا تَنْحَصِرُ فِي لَفْظِهَا، بَلْ تَقَعُ بِالْكِنَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا كَفَاسَخْتِكَ عَلَى كَذَا أَوْ أَتَيْتِكَ، أَوْ تَبَيْتِكَ، لِأَنَّ الْبَيُّوْنَةَ تَحْصُلُ بِالطَّلَاقِ وَهُوَ صَرِيحٌ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ عَلَى الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ فِيهِ، وَيَنْبَغِي عَلَى الْقَوْلِ بِإِفْتِقَارِهِ إِلَى الطَّلَاقِ أَنْ يَكُونَ كَالْمُبَارَاةِ.

یکی از تفاوت‌های طلاق خلع و مبارات، آن است که طلاق مبارات، صیغه خاصی ندارد بلکه با الفاظ کنایه‌ای که دلالت بر مبارات داشته باشد نیز منعقد می‌شود مانند: «فاسختک علی کذا» و «ابتکت» یا «بتکت» زیرا جدایی با صیغه طلاقی که بعد از مبارات می‌آید، حاصل می‌شود و صیغه طلاق، ظهور در جدایی دارد برخلاف طلاق خلع که اگر اعتقاد داشته باشیم نیازی به آوردن صیغه طلاق پس از آن نیست (ظهور در جدایی ندارد و باید صیغه صریحی بکار رود) اما اگر اعتقاد داشته باشیم که آوردن طلاق پس از خلع، لازم است، بهتر است آن را مانند مبارات بدانیم (یعنی آوردن صیغه مخصوص، لازم نیست چون صیغه طلاق ظهور در جدایی دارد و در این صورت تفاوتی از نظر صیغه مخصوص میان خلع و مبارات نخواهد بود).

(وَيُسْتَرْطُ فِي الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ شُرُوطُ الطَّلَاقِ) مِنْ كَمَالِ الزَّوْجِ، وَقَصْدِهِ، وَ اخْتِيَارِهِ، وَ كَوْنِ الْمَرْأَةِ طَاهِرًا طَهْرًا لَمْ يُقَارِبْهَا فِيهِ بِجَمَاعٍ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا حَائِلًا غَيْرَ يَأْسَئِهِ، وَ الزَّوْجُ حَاضِرًا أَوْ فِي حُكْمِهِ، وَ غَيْرِهَا مِنَ الشُّرُوطِ.

شرایطی که برای طلاق لازم است، برای خلع و مبارات نیز لازم است یعنی زوج باید بالغ و عاقل باشد؛ دارای قصد و اختیار باشد؛ زوجه در زمان طلاق، پاک باشد و در آن پایی، نزدیکی صورت نگرفته باشد چنانچه با زن، نزدیکی صورت گرفته و حامله و غیر یائسه نیست (یعنی باید طهر نزدیکی و طهر طلاق، یکی نباشد)؛ زوج باید حاضر باشد یا در حکم حاضر باشد (یعنی امکان اطلاع از وضعیت زوجه را داشته باشد) و بقیه شروطی که بیان گردید.