١- في حقيقة مقابلة حق القسم بعوض.

٢- عدم وجوب تعويض الزوجة المسافرة والغائبة من حق القسم.

في حقيقة مقابلة حق القسم بعوض

لو وهبت إحدى الزوجات حقها من القَسْم لإحدى الزوجات أو للزوج، فحقيقته إسقاط الحق، وتتوقف صحة الهبة على القبول والقبض، ويجوز لها الرجوع في المتجدد، ولا تستحق العوض على الماضي.

و "لو طلبت عوضا عن هذه الهبة فأجابها الزوج والضرات، فهل يكون العوض المذكور لازما أم لا؟ نقل عن الشيخ في المبسوط الثاني محتجا بأن العوض إنما يكون في مقابلة عين أو منفعة، و هذا الحق ليس عينا و لا منفعة، و إنما هو مأوى و مسكن فلا تصح المعاوضة عليه بالمال.

و المحقق في الشرائع نقل هذا القول بلفظ «قيل» مؤذنا بتمريضه و تضعيفه أو تردده فيه، و وجهه في المسالك بمنع انحصار المعاوضة في الأمرين المذكورين، قال: لجواز المعاوضة بالصلح على حق الشفعة و التحجير و غيرهما من الحقوق "[١].

أقول: دليل القائلين بجواز المعاوضة المالية -الحقيقية- على حق القسم دون المصالحة بالمال وقبال الإسقاط، ما رواه الشيخ بسنده عن مُحَمَّدِ بْن أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعَمْرَكِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا: لَيْلَتِي وَ يَوْمِي لَكَ يَوْماً أَوْ شَهْراً أَوْ مَا كَانَ، أَ يَجُوزُ ذَلِكَ ؟ قَالَ: إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ "[٢].

---

[١] الحدائق ٢٤: ٦١٣.

[٢] التهذيب ٧: ٤٧٤/ ح١١٠ ب الزيادات في فقه النكاح.

ولا بأس بالسند، ومحمد بن أحمد العلوي مشهور لم يغمز فيه وفي أخباره.

وتؤيدها ما رواه الكليني عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ، عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ، عَنْ زُرَارَةَ، قَالَ:

سُئِلَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْنَّهَارِيَّةِ[٣] يَشْتَرِطُ عَلَيْهَا عِنْدَ عُقْدَةِ النِّكَاحِ أَنْ يَأْتِيَهَا مَتى شَاءَ كُلَّ شَهْرٍ وَ كُلَ جُمْعَةٍ يَوْماً، وَ مِنَ النَّفَقَةِ كَذَا وَ كَذَا؟

---

[٣] فى هامش الكافي ط دار الحديث: هكذا في جميع النسخ التي قوبلت و الوافي و الوسائل و التهذيب و تفسير العيّاشي. و في المطبوع و المرآة:« المهاريّة». و قال المحقّق الشعراني في هامش الوافي:« قوله: عن النهاريّة، أي التي تزار نهاراً».

و قال في المرآة:« قال الفاضل الإسترآبادي: تفسيرالمهاريّة، و ملخّصه أنّ الرجل يخاف من امرأته فيتزوّج امرأة اخرى سرّاً عنها و يشترط على الثانية أن لا يجيئها ليلًا. و ملخّص جوابه عليه السلام أنّ أصل العقد صحيح و الشرط باطل، و أنّه بعد تمام صيغة النكاح تستحقّ المرأة القسمة و غيرها على الزوج، فبعد أن استحقّت ذلك لها إسقاط بعضها بصلح و غيره».

قَالَ: «لَيْسَ ذلِكَ الشَّرْطُ بِشَيْءٍ، وَ مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَهَا مَا لِلْمَرْأَةِ مِنَ النَّفَقَةِ وَ الْقِسْمَةِ، وَ لكِنَّهُ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَخَافَتْ مِنْهُ نُشُوزاً، أَوْ خَافَتْ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَو يُطَلِّقَهَا، فَصَالَحَتْهُ مِنْ حَقِّهَا عَلى شَيْءٍ مِنْ نَفَقَتِهَا أَوْ قِسْمَتِهَا، فَإِنَّ ذلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ».[٤]

واختلفت النسخ والكتب في لفظ " النهارية " وفي بعضها " المهارية "، والصحيح أنها النهارية، لفظ استعمل في البصرة لنوع

و في هامش الكافي المطبوع عن فضل اللهّ:« المهيرة على وزن فعيلة- كما في الصحاح- بمعنى مفعولة: بنت حرّة تنكح بمهر. و الجمع: مهيرات و المهاري. و مهرة بن حيدان: أبو قبيلة. و في بعض النسخ: النهاريّة، و كأنّه تصحيف، و يحتمل أن يصحّح و يكون المراد بها التي يتعيّن الإتيان عليها في النهار». راجع: الصحاح، ج ٢، ص ٨٢١(مهر).

[٤] التهذيب، ج ٧، ص ٣٧٢، ح ١٥٠٥، بسنده عن عليّ بن الحكم. تفسير العيّاشي، ج ١، ص ٢٧٨، ح ٢٨٣، عن زرارة الوافي، ج ٢٢، ص ٥٤٣، ح ٢١٦٨٣؛ الوسائل، ج ٢١، ص ٣٤٣، ح ٢٧٢٥٢؛ و فيه، ص ٢٩٨، ح ٢٧١٢٤، إلى قوله:« فلها ما للمرأة من النفقة و القسمة».

من النكاح يشترط فيه الزوج أن لا يأتي المرأة التي تزوجها سرا إلا نهارا.

ويدل عليه ويرفع إجمال الرواية ما رواه زرارة قال: " كَانَ النَّاسُ بِالْبَصْرَةِ يَتَزَوَّجُونَ سِرّاً - فَيَشْتَرِطُ عَلَيْهَا أَنْ لَا آتِيَكِ إِلَّا نَهَاراً وَ لَا آتِيَكِ بِاللَّيْلِ وَ لَا أَقْسِمَ لَكِ، قَالَ زُرَارَةُ: وَ كُنْتُ أَخَافُ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَزْوِيجاً فَاسِداً - فَسَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ - يَعْنِي التَّزْوِيجَ إِلَّا أَنَّهُ يَنْبَغِي - أَنْ يَكُونَ هَذَا الشَّرْطُ بَعْدَ النِّكَاحِ - وَ لَوْ أَنَّهَا قَالَتْ لَهُ بَعْدَ هَذِهِ الشُّرُوطِ قَبْلَ التَّزْوِيجِ نَعَمْ - ثُمَّ قَالَتْ بَعْدَ مَا تَزَوَّجَهَا - إِنِّي لَا أَرْضَى إِلَّا أَنْ تَقْسِمَ لِي وَ تَبِيتَ عِنْدِي - فَلَمْ يَفْعَلْ كَانَ آثِماً "[٥].

فبطلان الشرط لأنه بني أصل النكاح، فإن ردته بعد النكاح فسخ العقد وبطل بلا طلاق، وليس بشيء لأن أسباب النكاح والطلاق والفسخ والرد محصورة منصوصة، ويصح له جعل

---

[٥] التهذيب ٧- ٣٧٤- ١٥١٠.

شرطا تابعا للعقد، وهو معنى قوله: "لا بأس به أن يكون هذا الشرط بعد النكاح"، ويلزمها الشرط، ولا يسقط إلا بإسقاط الزوج له.

وقد يقال: أن الشرط هنا إما على نحو شرط النتيجة – أي وقوع الطلاق بنفس العقد مثلا بلا إيقاع ولا إنشاء جديد باشتراط أن يكون نفس صورة العقد سببا لأمر آخر وهو ثبوت خيار فسخ النكاح– فباطل، وإن كان على نحو شرط الفعل – وهو اشتراط تعقب العقد بشيء كإنشاء وكالة أو شرط – فصحيح ملزم.

وقد مر مثيله عند البحث عن معنى مخالفة وموافقة مقتضى الشرط ومعنى إنما يُحِلُّ الكلام ويحرِم الكلام.

وعودا على المسألة؛ فالشراء في معتبرة علي بن جعفر غير ظاهر في المعاوضة المالية ولا الشراء على وجه الحقيقة، لأن الاستعمال فيه أعم، ومنه قوله تعالى: (إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم

وأموالهم بأن لهم الجنة) أي قابلهما، ولا مُعيِّن لما ادعوه من القرائن.

وأما المصالحة في موثقة زرارة فهي على إسقاط الحق في قبال الطلاق وخوف النشوز كما هو صريحها وهي تصح في كل موضع يطلب فيه التراضي، فلا تصلح دليلا على صحة المعاوضة على حق القسم في قبال بذل العوض على جهة الحقيقة المعاوضية، ولا مفسرا للفظ الشراء في معتبرة علي بن جعفر.

نعم، يمكن أن يكون الإسقاط في قبال أمر ما يستجلب به رضاها على إسقاط حقها تحقيقا للشرطية في قوله ع: " إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ "، بحمل الشراء على بيان المقابل للإسقاط من الأسباب ولو ببذل مال المصالحة غير المعاوضية.

وقياس حق الشفعة والتحجير على حق القسم قياس لا دليل على حده المشترك المنتج في القياس القطعي فلا تستنبط منه قاعدة

أو عموم؛ فإن الحقوق المتمولة عرفا وشرعا هي التي تقابل بمال، وأما الحقوق التي هي من جملة الواجبات الشرعية فلا تقابل ولا تنقل، كحق الزوجة على زوجها وحق الوالد على أولاده والجيرة والإمام، ولا تسقط ولا تنتقل لأنها من وضع الشارع، وإنما إسقاطها بمعنى الرضا والتنازل والسماح بالإذن من ذي الحق، مجانا أو في قبال ما يجلب الرضا كالمال لا في قبال انتقال الحق أو إسقاطه حقيقة كما هو في المعاوضات المبنية على التقابل الحقيقي بين الحق والمال والقابلة للنقل والانتقال، فالتقابل في حق القَسْم هو بين إسقاط الحق و سبب استجلاب رضا الزوجة، وبدونه يجب أداء حقها على الزوج.

عدم وجوب تعويض الزوجة المسافرة والغائبة من حق القسم:

وهل يجب تعويض الزوجة المسافرة بعذر من حج واجب أو سفر مأذون فيه أو غيره من الأسباب -غير الناشزة أو الصغيرة لعدم استحقاقهما للقسم وقيل في الثانية النفقة أيضا- هكذا قيل، وليس فيه نص خاص ولا إشارة له في دليل عام في أدلة

القسم، وقد تبين لك أن أكثر المسائل في القسمة من هذا النحو، وهي - مع عموم الابتلاء بها - لا يمكن أن تكون خارجة عن عمومات العدل والعشرة بالمعروف، ولا شك أن القسمة لمن لا يمتنع إتيانهن ولا يمنعن ذلك من سفر أو احتجاب حقٌّ محفوظ، وأما غيرهن فسقوط تكليف الزوج بالعشرة بالمعروف بالمبيت واضح؛ لامتناع صلتهن به أولاً فلا يثبت القضاء والتعويض ثانيا، نعم لو كانت الزوجة معذورة في الغياب مدة يسيرة لا يصدق عليها تعمد التفويت، ولا القسمة لها يلزم منها تفضيلها على غيرها في أصل الحق، وجب جبران ما فات منها وإرضاؤها بالعوض، لكنه احتمال يذكر على سبيل التنبيه لعدم اطراد الحكم في الأفراد النادرة.