



السُّوْضَةُ الْبَهِيَّةُ

فِي نَيْج

الْبَحْثِ الدِّمَشْقِيِّ

الشيخ محمد بن عبد الله الخليلي

(الشيخ العلامة)

الشيخ العلامة

تتميم

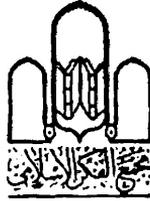
مجمع الفكر الإسلامي

الروضتين البهيمتين

في تبيين

المعجزات المشقة

الحجج القاطنة



٤٢

الروضة البهيبة

في شرح

المعتمد المتقين

الشيخ زين الدين العراقي



(الشهيد الثاني)



الجزء الثالث

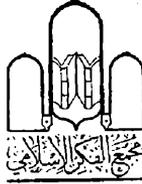
تحقيق

مجمع الفكر الإسلامي

شهيد ثاني، زين الدين بن علي، ٩١١ - ٩٦٦ ق.
الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (شهيد اول) زين الدين العاملي؛ المؤلف مجمع الفكر
الاسلامي. - قم: مجمع الفكر الاسلامي، ١٤٢٤ ق. ١٣٨٢.

ج
(١. ج) ISBN 964 - 5662 - 45 - 1 (دوره) ISBN 964 - 5662 - 44 - 3
(ج. ٢) ISBN 964 - 5662 - 46 - X (ج. ٣) ISBN 964 - 5662 - 47 - 8
(ج. ٤) ISBN 964 - 5662 - 48 - 6

عربي.
فهرستويسی بر اساس اطلاعات فييا.
کتابنامه به صورت زیرنویس.
١. شهيد اول. محمد بن مكي، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق.
اللمعة الدمشقية - نقد و تفسير. ٢. فقه جعفري - قرن ٨ ق. الف. شهيد اول، محمد بن مكي،
٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعة الدمشقية. شرح. ب. مجمع الفكر الاسلامي.
ج. عنوان. د. عنوان: اللمعة الدمشقية. شرح.
٢٩٧ / ٣٤٢ BP ١٨٢ / ٣ / ٩ ش ٢١٥٥ ل ٨
١٣٨٢
کتابخانه ملی ایران
م ٨٢ - ٩٦٩٤



قم - ص. ب ٣٦٥٤ - ٣٧١٨٥ - ت : ٣٧٧٤٤٨١٠

الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية / ج ٣

المؤلف : شيخ زين الدين العاملي (شهيد ثاني)

الناشر : مجمع الفكر الإسلامي

الطبعة : الثالث عشر / ١٤٣٧ هـ . ق

تنضيد الحروف : رؤيا کامبيوتر

المطبعة : شريعت - قم

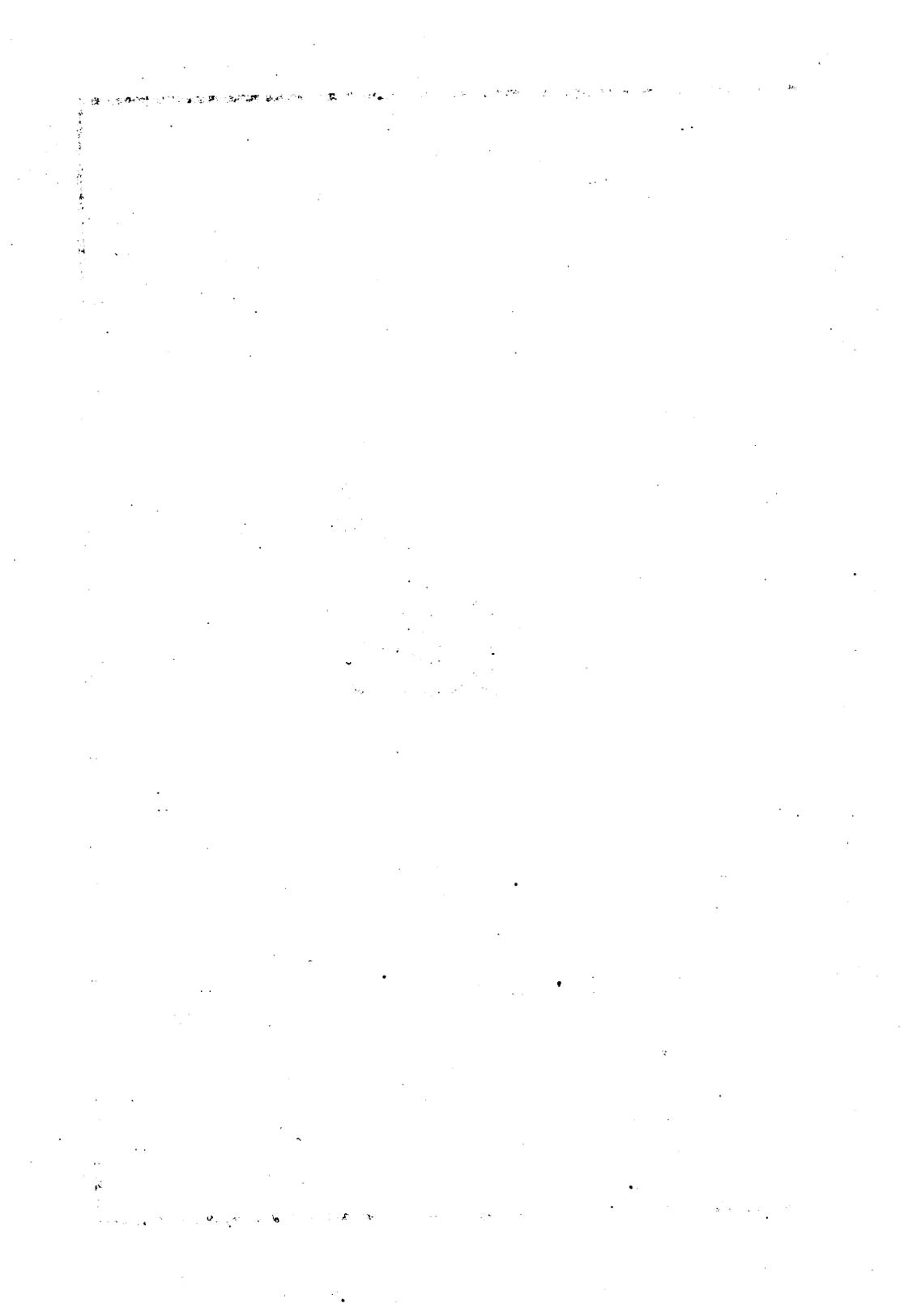
الكمية المطبوعة : ٢٠٠٠ نسخة

جميع الحقوق محفوظة لمجمع الفكر الاسلامي

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



کتاب الفیاض



بسم الله الرحمن الرحيم
وبه نستعين^(١)

﴿ كتاب الإجارة ﴾

﴿ وهي العقد على تملك المنفعة المعلومه بعوض معلوم ﴾ فالعقد بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود، وخرج بتعلقه بالمنفعة البيع والصلح المتعلق بالأعيان، وبالعوض الوصية بالمنفعة، وبالمعلوم إصداقها؛ إذ ليس في مقابلها عوض معلوم وإنما هو البضع.

ولكن ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم، فإنه ليس إجارة بناءً على جعله أصلاً.

﴿ وإيجابها آجرتك، أو* أكريتك، أو ملكتك منفعتها سنة ﴾ قيد التمليك بالمنفعة، ليحترز عما لو عبّر بلفظ الإيجار والإكراء، فإنه لا يصح تعلقه إلا بالعين، فلو أوردتها على المنفعة فقال: آجرتك منفعة هذه الدار - مثلاً - لم يصح. بخلاف التمليك؛ لأنه يفيد نقل ما تعلق به، فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها و^(٢) ليس ذلك مورد الإجارة؛ لأن العين تبقى على ملك المؤجر، فيتعين فيها إضافته إلى المنفعة ليفيد نقلها إلى المستأجر حيث يعبر بالتمليك.

(١) في (ف) بعد البسمة: رب يسر وأعين.

(*) في (س) بدل «أو»: و. وهكذا في نسخة (ش) من الشرح.

(٢) في (ش): إذ ليس.

﴿ ولو ﴾ عبّر بالبيع و ﴿ نوى بالبيع الإجارة ، فإن أوردته على العين ﴾ فقال : بعتك هذه الدار شهراً - مثلاً - بكذا ﴿ بطل ﴾ لإفادته نقل العين وهو منافٍ للإجارة ﴿ وإن قال : بعتك سكنها ﴾ سنة ﴿ مثلاً ، ففي الصحة وجهان ﴾ مأخذهما : أن البيع موضوع لنقل الأعيان والمنافع تابعة لها ، فلا يثمر الملك لو تجوّز به في نقل المنافع منفردة وإن نوى به الإجارة . وأنه يفيد نقل المنفعة أيضاً في الجملة - ولو بالتبع - فيقوم مقام الإجارة مع قصدتها . والأصحّ المنع .

﴿ وهي لازمة من الطرفين ﴾ لا تبطل إلا بالتقاعيل ، أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ ، وسيأتي بعضها ﴿ ولو تعقبها البيع لم تبطل ﴾ لعدم المنافاة ، فإن الإجارة تتعلّق بالمنافع ، والبيع بالعين وإن تبعتها المنافع حيث يمكن ﴿ سواء كان المشتري هو المستأجر أو غيره ﴾ فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجارة على الأقوى ، بل يجتمع عليه الأجرة والتمن . وإن كان غيره وهو عالم بها صبر إلى انقضاء المدّة ، ولم يمنع ذلك من تعجيل الثمن . وإن كان جاهلاً بها تخير بين فسخ البيع وإمضائه مجاناً مسلوب المنفعة إلى انقضاء المدّة . ثم لو تجدد فسخ الإجارة عادت المنفعة إلى البائع ، لا إلى المشتري .

﴿ وعذر المستأجر لا يبطلها ﴾ وإن بلغ حداً يتعذّر عليه الانتفاع بها ﴿ كما لو استأجر حانوتاً فسرق متاعه ﴾ ولا يقدر على إيداله ؛ لأنّ العين تامّة صالحة للانتفاع بها فيستصحب اللزوم ﴿ أمّا لو عمّ العذر كالثلج المانع من قطع الطريق ﴾ الذي استأجر الدابة لسلوكه - مثلاً - ﴿ فالأقرب جواز الفسخ لكلّ منهما ﴾ لتعذّر استيفاء المنفعة المقصودة حسّاً ، فلو لم يُجبر بالخيار لزم الضرر المنفي^(١) ومثله

(١) بقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار . أنظر الوسائل ١٧ : ٣١٩ ، الباب ٥ من أبواب الشفعة ،

الحديث الأوّل ، و ٣٤١ ، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ، الحديث ٣ .

ما لو عرض مانع شرعي كخوف الطريق؛ لتحريم السفر حينئذٍ، أو استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين ينقضي مدة العذر. ويحتمل انفساخ العقد في ذلك كله، تنزيلاً للتعدّر منزلة تلف العين.

﴿ ولا تبطل ﴾ الإجارة ﴿ بالموت ﴾ كما يقتضيه لزوم العقد، سواء في ذلك موت المؤجر والمستأجر ﴿ إلا أن تكون العين موقوفة ﴾ على المؤجر وعلى من بعده من البطون فيؤجرها مدة ويتفق موته قبل انقضائها فتبطل؛ لانتقال الحق إلى غيره، وليس له التصرف فيها إلا زمن استحقاقه، ولهذا لا يملك نقلها ولا إتلافها.

نعم لو كان ناظراً وأجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته، لكن الصحة حينئذٍ ليست من حيث إنه موقوف عليه، بل من حيث إنه ناظر.

ومثله الموصى له بمنفعتها مدة حياته فيؤجرها كذلك^(١) ولو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه بطلت بموته أيضاً.

﴿ وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته وإيجارته ﴾ وينعكس في الإجارة كلياً^(٢) دون الإعارة؛ لجواز إعارة

(١) أي مدة يتفق موته قبل انقضائها.

(٢) الغرض من هذا العكس : ضبط مورد الإجارة على وجه يلزم من تحقّقه صحّتها ومن عدمه عدمها؛ لأنّ ذلك هو المقصود بالذات هنا وذلك لا يتمّ إلا بالعكس المذكور؛ لأنّ المقدّمة التي ذكرها المصنّف من أنّه كلّما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه يصحّ إيجارته، إنّما يستلزم حصوله حصولها ولا يلزم من رفعه رفعها، ضرورة أنّ وضع المقدّم يستلزم وضع التالي ولا يلزم من رفعه رفعه. كما أنّ التالي بالعكس يلزم من رفعه رفع المقدّم ولا يلزم من ثبوته ثبوته. وأمّا إذا عكسنا المقدّم، فقلنا: كلّما صحّ إيجارته صحّ الانتفاع مع بقاء عينه، فإنّه يستلزم أنّ كلّما لا يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه لا يصحّ إيجارته. فيفيد حينئذٍ انحصار

المنحة^(١) مع أن المقصود منها وهو اللين لا تبقى عينه، ولا تصح إجارتها لذلك ﴿ منفرداً كان ﴾ ما يؤجر ﴿ أو مشاعاً ﴾ إذ لا مانع من المشاع باعتبار عدم القسمة؛ لإمكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك ولا فرق بين أن يؤجره من شريكه و^(٢) غيره عندنا.

﴿ ولا يضمن المستأجر العين إلا بالتعدي ﴾ فيها ﴿ أو التفريط ﴾ لأنها مقبوضة بإذن المالك لحق القابض. ولا فرق في ذلك بين مدة الإجارة وبعدها قبل طلب المالك وبعده إذ لم يؤخر مع طلبها اختياراً ﴿ ولو شرط ﴾ في عقد الإجارة ﴿ ضمانها ﴾ بدونها ﴿ فسد العقد ﴾ لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع ومقتضى الإجارة.

﴿ ويجوز اشتراط الخيار لهما ولأحدهما ﴾ مدة مضبوطة؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) ولا فرق بين المعينة والمطلقة عندنا^(٤).

مورد الإجارة فيما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، وإنما استلزم ذلك؛ لأن التالي هو المقدم في مقدمة المصنف والمقدم هو التالي فيها فيلزم من ارتفاع ما لا ينتفع به مع بقاء عينه ارتفاع ما يصح إجارته؛ لما أسلفناه من المقدم وذلك هو المطلوب. ومن هنا لم يصح مقدمة الإجارة كلياً؛ إذ لا يلزم من ارتفاع ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه ارتفاع مورد الإجارة؛ لتخلفه في المنحة. (منه بَيِّنَاتٌ).

(١) وهي الشاة المستعارة للحلب، كما تقدم من الشارح في كتاب العارية، راجع الجزء الثاني: ٤٨٨.

(٢) في (ش) : أو.

(٣) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٤) نبه بالتسوية على خلاف بعض العامة حيث جوز خيار الشرط في المطلقة - وهو ما كان موردها الذمة - لا المعينة، وهو تحكّم. (منه بَيِّنَاتٌ).

﴿ نعم ليس للوكيل والوصي فعل ذلك ﴾ وهو اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم بحيث يفسخ إذا أراد ﴿ إلا مع الإذن، أو ظهور الغبطة ﴾ في الفسخ فيفسخ حيث يشترطها لنفسه، لا بدون الإذن في الوكيل، ولا الغبطة في الوصي؛ لعدم اقتضاء إطلاق التوكيل فيها إضافة الخيار المقتضي للتسلط على إبطالها، وكذا الوصاية، فإن فعل الوصي منوط بالمصلحة.

﴿ ولا بد من كمال المتعاقدين، وجواز تصرفهما ﴾ فلا تصح إجارة الصبي وإن كان مميزاً أو أذن له الولي، ولا المجنون مطلقاً، ولا المحجور بدون إذن الولي، أو من في حكمه ﴿ ومن كون المنفعة ﴾ المقصودة من العين ﴿ والأجرة معلومتين ﴾.

ويتحقق العلم بالمنفعة بمشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلقة بالمنفعة، أو وصفها بما يرفع الجهالة، وتعيين المنفعة إن كانت متعدّدة في العين ولم يرد الجميع. وفي الأجرة بكيلاها أو وزنها أو عدّها إن كانت ممّا يعتبر بها في البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك.

﴿ والأقرب أنّه لا تكفي المشاهدة في الأجرة عن اعتبارها ﴾ بأحد الأمور الثلاثة إن كانت ممّا يعتبر بها؛ لأنّ الإجارة معاوضة لازمة مبنية على المغابنة فلا بدّ فيها من انتفاء الغرر عن العوضين. أمّا لو كانت الأجرة ممّا يكفي في بيعها المشاهدة كالعقار كفت فيها هنا قطعاً، وهو خارج بقرينة الاعتبار.

﴿ وتُملك ﴾ الأجرة ﴿ بالعقد ﴾ لاقتضاء صحّة المعاوضة انتقال كل من العوضين إلى الآخر، لكن لا يجب تسليمها قبل العمل. وإنّما تظهر الفائدة في ثبوت أصل الملك، فيتبعها النماء متّصلاً ومنفصلاً.

﴿ ويجب تسليمها بتسليم العين ﴾ المؤجرة ﴿ وإن كانت على عملٍ فبعده ﴾ لا قبل ذلك، حتّى لو كان المستأجر وصيّاً أو وكيلاً لم يجز له التسليم

قبله، إلا مع الإذن صريحاً أو بشاهد الحال. ولو فرض توقّف الفعل على الأجرة كالحجّ وامتنع المستأجر من التسليم تسلّط الأجير على الفسخ.

﴿ ولو ظهر فيها ﴾ أي في الأجرة ﴿ عيب فلأجير الفسخ أو الأرش مع التعيين ﴾ للأجرة في متن العقد؛ لاقتضاء الإطلاق السليم وتعيينه مانع من البديل كالبيع، فيُجبر العيب بالخيار ﴿ ومع عدمه ﴾ أي عدم التعيين ﴿ يُطالب بالبديل ﴾ لعدم تعيين المعيب أجرة، فإن أُجيب إليه وإلا جاز له الفسخ والرضا بالمعيب فيطالب بالأرش؛ لتعيين المدفوع عوضاً بتعدّر غيره.

﴿ وقيل : له الفسخ ﴾ في المطلقة مطلقاً^(١) ﴿ وهو قريب إن تعدّر

الإبدال ﴾ كما ذكرناه، لا مع بدله؛ لعدم انحصار حقه في المعيب.

﴿ ولو جعل أجرتين على تقديرين - كنقل المتاع في يوم بعينه بأجرة

وفي ﴿ يوم ﴾ آخر ب ﴿ أجرة ﴾ أخرى، أو ﴿ جعل أجرتين : إحداهما ﴾ في الخياطة الرومية وهي التي بدرزين، و ﴿ الأخرى على الخياطة ﴾ الفارسية وهي التي بواحد، فالأقرب الصحة ﴿ لأنّ كلا الفعلين معلوم، وأجرته معلومة والواقع لا يخلو منهما، ولأصالة الجواز.

ويشكل بمنع معلوميته؛ إذ ليس المستأجر عليه المجموع، ولا كلّ واحد

وإلا لوجبا، فيكون واحداً غير معيّن، وذلك غرر مبطل لها كالبيع بثمنين على تقديرين. ولو تحمّل مثل هذا الغرر لزم مثله في البيع بثمنين؛ لاشتراكهما في العقد اللازم المشتمل على المعاوضة. نعم لو وقع ذلك جعالة توجّهت الصحة؛ لاحتمالها من الجهالة ما لا تحتمله الإجارة.

(١) أي تعدّر الإبدال أم لا. قاله المحقّق في الشرائع ٢ : ١٨١ والعلامة في الإرشاد ١ : ٤٢٤

﴿ ولو شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر لم تصح في مسألة النقل ﴾ في اليومين، وتثبت أجرة المثل على المشهور.

ومستند الحكمين خبران: أحدهما صحيح^(١) وليس بصريح في المطلوب، والآخر ضعيف أو موثق^(٢) فالرجوع فيهما إلى الأصول الشرعية أولى.

(١) الخبر الصحيح ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سمعته يقول: كنت جالساً عند قاضي من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: إني تكرّيت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا وإنه لم يفعل. قال: فقال: ليس له كراء. قال: فدعوته وقلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه، وقلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه اصطحتما فتراداً بينكما [الوسائل ١٣: ٢٥٣، الباب ١٣ من أحكام الإجارة، الحديث الأول].

وهذا الخبر كما ترى ليس فيه تعرض لما عدا اليوم المعين بأجرة ولا بغيرها. وكذلك ليس في كلام الإمام عليه السلام أن اللازم في غيره أجرة المثل أو غيرها، ومع ذلك فما تضمنه الخبر من الحكم لا يوافق القواعد الشرعية؛ لأن اللازم من تعيينه العمل في اليوم المعين والسكوت عن غيره أنه لا يستحق في غيره أجرة كما قاله القاضي، إلا أن ن فرض اطلاع عليه السلام على ما يوجب بطلان الإجارة فحكم عليهما بالاصطلاح؛ لأن الثابت حينئذٍ أجرة المثل وهي خارجة عن المعين، كما أشار إليه في كلامه عليه السلام لهما. (منه عليه السلام).

(٢) وجه التردد بين كون الخبر ضعيفاً أو موثقاً أن في طريقه منصور بن يونس برزج وكان واقفياً إلا أن النجاشي مع ذلك وثقه [رجال النجاشي: ٤١٣] وغيره ردّ روايته، والعلامة عليه السلام قال: الوجه عندي التوقف فيما يرويه [رجال العلامة: ٢٥٨] فعلى قول النجاشي هو من الموثق وعلى قول غيره هو من الضعيف خصوصاً على ما ذكره الكشي من أن سبب وقوفه أموال كانت في يده للكاظم عليه السلام فجدد النصّ للرضا عليه السلام لذلك [اختيار معرفة الرجال ٢: ٧٦٨]، هذا من حيث السند وأما من حيث الدلالة: فهي صريحة في حكم المسألتين معاً وهما ما لو جعل للقسم الآخر أجرة وما لو شرط إسقاطها فيه رأساً ولفظ الرواية عن الحلبي قال: كنت قاعداً إلى قاضي وعنده أبو جعفر عليه السلام فأتاه رجلان فقال

وللمصنّف ﷺ في الحكم الثاني بحث تبّه عليه بقوله: ﴿ وفي ذلك نظر؛ لأنّ قضية كلّ إجارة المنع من نقيضها ﴾ فيمكن أن يجعل مورد الإجارة هنا القسم الذي فرض فيه أجره، والتعرّض للقسم الآخر الخالي عنها تعرّضاً في العقد لحكم يقتضيه^(١) فإنّ قضية الإجارة بالأجرة المخصوصة في الزمن المعين حيث يُطلق عدم استحقاق شيء لو لم ينقل أو نقل في غيره ﴿ فيكون ﴾ على تقدير اشتراط عدم الأجرة لو نقله في غير المعين ﴿ قد شرط قضية العقد، فلم تبطل ﴾ الإجارة ﴿ في مسألة النقل أو في غيرها ﴾ ممّا شاركها في هذا المعنى، وهو اشتراط عدم الأجرة على تقدير مخالفة مقتضى الإجارة الخاصّة ﴿ غاية ما في الباب أنّه إذا أخلّ بالمشروط ﴾ وهو نقله في اليوم المعين ﴿ يكون البطلان منسوباً إلى الأجير ﴾ حيث فوّت الزمان المعين، ولم يفعل فيه ما شرط عليه، فلا يستحقّ شيئاً؛ لأنّه لم يفعل ما استؤجر عليه. ﴿ ولا يكون ﴾ البطلان ﴿ حاصلاً من جهة العقد ﴾ فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير وإثبات أجره المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء وإن نقل المتاع إلى المكان المعين في غير الزمان؛ لأنّه فعل ما لم يؤمر به ولا استؤجر عليه.

أحدهما: إنّي تكرّيت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن فاشتربت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا؛ لأنّها سوق وأتخوّف أن يفوتني فإن احتبست عن ذلك حطّطت من الكراء لكلّ يوم احتبست كذا وكذا، وإنّه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً. فقال القاضي: هذا شرط فاسد وفه كراه. فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه [الوسائل ١٣: ٢٥٣، الباب ١٣ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث ٢ مع تفاوت يسير] (منه ﷺ).

(١) في (ف) ونسخة بدل (ر): نقيضه.

وهذا النظر ممّا لم يتعرّض له أحد من الأصحاب، ولا ذكره المصنّف في غير هذا الكتاب. وهو نظر موجّه، إلّا أنّه لا يتمّ إلّا إذا فرض كون مورد الإجارة هو الفعل في الزمن المعين، وما خرج عنه خارج عنها، وظاهر الرواية وكلام الأصحاب أنّ مورد الإجارة كلا القسمين، ومن ثمّ حكموا بصحّتها مع إثبات الأجرة على التقديرين، نظراً إلى حصول المقتضي وهو الإجارة المعيّنة المشتملة على الأجرة المعيّنة وإن تعدّدت واختلّفت؛ لانحصارها وتعيّنها^(١) كما تقدّم، وبطلانها على التقدير الآخر. ولو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأوّل خاصّة - وهو النقل في الزمن المعين - لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض أجرة مع نقله في غيره أولى؛ لأنّه خلاف قضيّة الإجارة وخلاف ما تعلّقت به، فكان أولى بثبوت أجرة المثل.

وجعل القسمين متعلّقهما على تقدير ذكر الأجرة، والأوّل خاصّةً على تقدير عدمه في الثاني مع كونه خلاف الظاهر موجب لاختلاف الفرض بغير دليل.

ويمكن الفرق بكون تعيين الأجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الإجارة حيث أتى بلازمها، وهو الأجرة فيهما، وإسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعله مورداً من حيث نفي اللازم الدالّ على نفي الملزوم، وحينئذٍ فتنزيله على شرط قضيّة العقد أولى من جعله أجنياً مفسداً للعقد بتخلّله بين الإيجاب والقبول.

﴿ ولا بدّ ﴾ في صحّة الإجارة على وجه اللزوم ﴿ من كون المنفعة مملوكة له ﴾ أي للمؤجر ﴿ أو لمولاه ﴾* وهو من يدخل تحت ولايته بينونة، أو وصاية

(١) في (ف) وظاهر (ش) : تعينها.

(* في (ق) و (س) ونسخة (ش) من الشرح : لوليّه.

أو حكم ﴿ سواء كانت مملوكة ﴾ له ﴿ بالأصالة ﴾ كما لو استأجر العين فملك منفعتها بالأصالة لا بالتبعية للعين ثم آجرها، أو أوصي له بها ﴿ أو بالتبعية ﴾ لملكه للعين.

﴿ وللمستأجر* أن يؤجر ﴾ العين التي استأجرها ﴿ إلا مع شرط ﴾ المؤجر الأول عليه ﴿ استيفاء المنفعة بنفسه ﴾ فلا يصح له حينئذ أن يؤجر، إلا أن يشترط المستأجر الأول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه، فيصح أن يؤجر أيضاً؛ لعدم منافاتها لشرط المؤجر الأول، فإن استيفاءه المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه.

وعلى تقدير جواز إيجاره لغيره هل يتوقف تسليم العين على إذن مالِكها؟ قيل: نعم^(١) إذ لا يلزم من استحقاقه استيفاء المنفعة والإذن له في التسلم جواز تسليمها لغيره، فيضمن لو سلمها بغير إذن.

وقيل: يجوز تسليمها من غير ضمان^(٢) لأن القبض من ضرورات الإجارة للعين وقد حكم بجوازها، والإذن في الشيء إذن في لوازمه.

وهذا هو الذي رجّحه المصنّف في بعض حواشيه^(٣) وفيه قوّة. ويؤيده صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم

(* في (ق) و (س): فللمستأجر.

(١) قاله ابن إدريس في السرائر ٢: ٤٦٧، والعلامة في القواعد ٢: ٢٨٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٢٥.

(٢) قاله العلامة في المختلف ٦: ١٥١ - ١٥٢، كما نسبه السيّد العاملي إليه في مفتاح الكرامة ٧: ٨٥، والشهيد في غاية المراد ٢: ٣١٧.

(٣) الظاهر أنّها الحاشية على القواعد ولا توجد لدينا.

إلى الغير^(١) وغيرها أولى.

﴿ ولو آجر الفضولي فالأقرب الوقوف على الإجارة ﴾ كما يقف غيرها من العقود. وخصّها بالخلاف؛ لعدم النصّ فيها بخصوصه. بخلاف البيع، فإنّ قصّة عروة البارقي مع النبيّ ﷺ في شراء الشاة تدلّ على جواز بيع الفضولي وشرائه. فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النصّ^(٢) والأشهر توقّفه على الإجارة مطلقاً.

﴿ ولا بدّ من كونها ﴾ أي المنفعة ﴿ معلومة إمّا بالزمان ﴾ فيما لا يمكن ضبطه إلّا به ﴿ كالسكنى ﴾ والإرضاع ﴿ وإمّا به أو بالمسافة ﴾ فيما يمكن ضبطه بهما ﴿ كالركوب ﴾ فإنّه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر، وبالمسافة كالركوب إلى البلد المعين ﴿ وإمّا به أو بالعمل ﴾ كاستئجار الآدمي لعمل ﴿ كالخياطة ﴾ فإنّه يمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر، وبالعمل كخياطة هذا الثوب.

﴿ ولو جمع بين المدّة والعمل ﴾ كخياطة هذا^(٣) الثوب في هذا اليوم ﴿ فالأقرب البطلان إن قصد التطبيق ﴾ بين العمل والزمان بحيث يبتدئ بابتدائه وينتهي بانتهاؤه؛ لأنّ ذلك ممّا لا يتّفق غالباً، بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس، فإن أمر بالإكمال في الأوّل لزم العمل في غير المدّة المشروطة وإلا كان تاركاً للعمل الذي وقع عليه العقد، وإن أمر في الثاني بالعمل إلى أن تنتهي المدّة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في المدّة المشروطة.

ولو قصد مجرّد وقوع الفعل في ذلك الزمان صحّ مع إمكان وقوعه فيه. ثمّ

(١) الوسائل ١٣ : ٢٥٥، الباب ١٦ من أبواب الإجارة، الحديث الأوّل.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣ : ٢٤٥، الباب ١٨ من عقد البيع وشروطه، والسنن الكبرى ٦ : ١١٢.

(٣) لم يرد «هذا» في (ع) و (ف).

إن وقع فيه ملك الأجرة؛ لحصول الغرض. وإن خرجت المدّة قبله، فإن كان قبل الشروع فيه بطلت، وإن خرجت في أثنائه استحقّ المسمّى لما فعل. وفي بطلانها في الباقي، أو تخيّر المستأجر بين الفسخ في الباقي أو الإجازة، فيكمل خارجة ويستحقّ المسمّى، وجهان. وقيل: يستحقّ مع الفسخ أجرةً مثل ما عمل^(١) لا المسمّى والأوسط أجود.

﴿ ولا يعمل الأجير الخاص ﴾ وهو الذي يستأجره للعمل بنفسه مدّة معيّنة حقيقة أو حكماً. كما إذا استؤجر لعملٍ معيّن أوّل زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده. ﴿ لغير المستأجر ﴾ إلا بإذنه؛ لانحصار منفعه فيه بالنسبة إلى الوقت الذي جرت عادته بالعمل فيه كالنهار. أمّا غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤدّ إلى ضعف في العمل المستأجر عليه.

وفي جواز عمله لغيره في المعين عملاً لا ينافي حقه. كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه. وجهان، من التصرف في حقّ الغير، وشهادة الحال. ومثله عمل مملوكٍ لغيره كذلك.

وباعتبار هذا الانحصار سُمّي خاصّاً؛ إذ لا يمكنه أن يشرك غير من استأجره في العمل في الزمان المعهود.

فإن عمل لغيره في الوقت المختصّ، فلا يخلو إمّا أن يكون بعقد إجازة، أو جُعالة، أو تبرّعاً.

ففي الأوّل: يتخيّر المستأجر بين فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد أو بعضها، وبين إبقائه، فإن اختار الفسخ وكان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئاً فلا شيء عليه، وإن كان بعده تبعضت الإجازة ولزمه من المسمّى

(١) قاله العلامة في التحرير ٣ : ٨٦.

بالنسبة. وإن بقي على الإجارة تخيّر في فسخ العقد الطارئ وإجازته؛ إذ المنفعة ملوكة له فالعاقد عليها فضوليّ، فإن فسّخه رجع إلى أجرة المثل عن المدة الفائتة؛ لأنّها قيمة العمل المستحقّ له بعقد الإجارة وقد أتلف عليه.

ويتخيّر في الرجوع بها على الأجير؛ لأنّه المباشر للإتلاف، أو المستأجر؛ لأنّه المستوفي. وإن أجازته ثبت له المسمّى فيه، فإن كان^(١) قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر؛ لأنّ الأجير هنا بمنزلة فضوليّ باع ملك غيره فأجاز المالك، فإنّ الفضولي لا يطالب بالثمن. وإن كان بعد القبض وكانت الأجرة معيّنة فالمطالب بها من هي في يده، وإن كانت مطلقة، فإن أجاز القبض أيضاً فالمطالب الأجير، وإلاّ المستأجر. ثمّ المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله أو علمه وبقاء العين.

وإن كان عمله بجعالة تخيّر مع عدم فسخ إجارته بين إجازته فيأخذ المسمّى، وعدمه فيرجع بأجرة المثل.

وإن عمل تبرّعاً وكان العمل ممّا له أجرة في العادة تخيّر مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما بأجرة المثل، وإلاّ فلا شيء، وفي معناه عمله لنفسه.

ولو حاز شيئاً من المباحات بنيّة التملّك ملكه، وكان حكم الزمان المصروف في ذلك ما ذكرناه.

﴿ ويجوز للمطلق ﴾ وهو الذي يُستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوماً، أو عن المدة مع تعيين المباشرة كأن يخيّط له ثوباً بنفسه من غير تعرّض إلى وقت، أو مجرد عنهما كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان. وسُمّي مطلقاً؛ لعدم انحصار منفعته في شخص معيّن، فمن ثمّ جاز له أن

(١) في (ش): كانت، وما أثبتناه من سائر النسخ أيضاً صحيح بتأويل «الإجازة» بالإذن.

يعمل لنفسه وغيره. وتسميته بذلك أولى من تسميته «مشاركاً» كما صنع غيره^(١) لأنه في مقابلة المقيد وهو الخاص، ويبين هذا الخاص باعتباراته الثلاثة؛ إذ الأول مطلق بالنسبة إلى المباشر^(٢) والثاني بالنسبة إلى المدّة، والثالث فيهما معاً. وللمصنّف ﷺ قول بأن الإطلاق في كلّ الإجازات يقتضي التعجيل وأنه يجب المبادرة إلى ذلك الفعل^(٣) فإن كان مجرداً عن المدّة خاصّة فبنفسه، وإلاّ تخير بينه وبين غيره، وحينئذ فيقع التنافي بينه وبين عملٍ آخر في صورة المباشرة. وفرّع عليه عدم صحّة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدّة مع تعيين^(٤) المباشرة كما مُنِع الأجير الخاص. ويرشد إليه ما تقدّم في الحجّ من عدم صحّة الإجارة الثانية مع اتّحاد زمان الإيقاع نصّاً أو حكماً^(٥) كما لو أُطلق فيهما، أو عُيّن في إحدهما بالسنة الأولى وأُطلق في الأخرى.

وما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور.

﴿ وإذا تسلّم ﴾ المستأجر ﴿ العين ومضت مدّة يمكن فيها الانتفاع ﴾ بها فيما استأجرها له ﴿ استقرّت الأجرة ﴾ وإن لم يستعملها. وفي حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين فلم يأخذها المستأجر حتّى انقضت المدّة، أو مضت مدّة يمكنه الاستيفاء فتستقرّ الأجرة.

﴿ ولا بدّ من كونها ﴾ أي المنفعة ﴿ مباحة، فلو استأجره لتعليم كفر أو

(١) كالمحقّق في الشرائع ٢: ١٨٢، والعلامة في القواعد ٢: ٢٩١.

(٢) في (ش): المباشرة.

(٣) نسبه في المسالك ٥: ١٩٢، إلى بعض تحقيقاته ولم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتبه.

(٤) كذا في النسخ، والظاهر زيادة «تعيين» والعبارة قد وردت في المسالك بدون هذه الكلمة.

(٥) تقدّم في الجزء الأول: ٤٥٧.

غناء ﴿ ونحوه من المعلومات الباطلة ﴾ ﴿ أو حمل مسكر بطل ﴾ العقد. ويُستثنى من حمل المسكر الخمر بقصد الإراقة أو التخليل، فإنّ الإجارة لهما جائزة.

﴿ وأن يكون مقدوراً على تسليمها، فلا تصحّ إجارة الآبق ﴾ لاشتمالها فيه على الغرر ﴿ وإن ضمّ إليه ﴾ شيئاً متموّلاً ﴿ أمكن الجواز ﴾ كما يجوز في البيع، لا بالقياس، بل لدخولها في الحكم بطريق أولى؛ لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله. وبهذا الإمكان أفتى المصنّف في بعض فوائده^(١).

ووجه المنع: فقد النصّ المجوّز هنا فيقتصر فيه على مورده وهو البيع، ومنع الأولويّة.

وعلى الجواز هل يعتبر في الضميّة إمكان إفرادها بالإجارة أم بالبيع، أم يكفي كلّ واحد منهما في كلّ واحد منهما؟ أوجه: من حصول المعنى في كلّ منهما، ومن أنّ الظاهر ضميّة كلّ شيء إلى جنسه، وقوى المصنّف الثاني^(٢).

ولو آجره مّتن يقدر على تحصيله صحّ من غير ضميّة. ومثله المغصوب لو آجره الغاصب أو من يتمكّن من قبضه.

﴿ ولو طرأ المنع ﴾ من الانتفاع بالعين المؤجرة فيما أوجرت له ﴿ فإن كان ﴾ المنع ﴿ قبل القبض فله الفسخ ﴾ لأنّ العين قبل القبض مضمونة على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذّرها ومطالبة المؤجر بالمسّمي لفوات المنفعة، وله الرضا بها وانتظار زوال المنع، أو مطالبة المنع بأجرة المثل لو كان غاصباً بل يحتمل مطالبة المؤجر بها أيضاً؛ لكون العين مضمونة عليه حتّى يقبض. ولا يسقط

(١) أفتى به في حواشيه على القواعد كما نقله المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٣٤،

ولكن لا توجد لدينا.

(٢) لم نعر عليه.

التخيير بزوال المانع في أثناء المدّة؛ لأصالة بقائه.

﴿ وإن كان ﴾ المنع ﴿ بعده ﴾ أي بعد القبض ﴿ فإن كان تلفاً ﴾ بطلت ﴿ الإجارة؛ لتعدّر تحصيل المنفعة المستأجر عليها ﴾ وإن كان غصباً ﴿ لم تبطل؛ لاستقرار العقد بالقبض وبراءة المؤجر، والحال أنّ العين موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها، وإنّما المانع عارض و ﴿ رجع المستأجر على الغاصب ﴾ بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده، ولا فرق حينئذٍ بين وقوع الغصب في ابتداء المدّة وخلالها. والظاهر عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر وغيره.

﴿ ولو ظهر في المنفعة عيب فله الفسخ ﴾ لفوات بعض المالّة بسببه فيجبر بالخيار، ولأنّ الصبر على العيب ضرر منفيّ ﴿ وفي الأرش ﴾ لو اختار البقاء على الإجارة ﴿ نظر ﴾ من وقوع العقد على هذا المجموع وهو باقٍ فإمّا أن يفسخ أو يرضى بالجميع، ومن كون الجزء الفاتت أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل، وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فيجبر بالأرش. وهو حسن.

وطريق معرفته: أن ينظر إلى أجرة مثل العين سليمة ومعيبةً ويرجع من المسمّى بمثل نسبة المعيبة إلى الصحيحة.

وإن اختار الفسخ وكان قبل مضيّ شيء من المدّة فلا شيء عليه، وإلاّ فعليه من المسمّى بنسبة ما مضى إلى المجموع.

﴿ ولو طرأ ﴾ العيب ﴿ بعد العقد فكذلك، كأنهدام المسكن ﴾ وإن كان بعد استيفاء شيءٍ من المنفعة. ولا يمنع من ذلك كون التصرف مسقطاً للخيار؛ لأنّ المعتر منهُ ما وقع في العوض المعيب الذي تعلّقت به المعاوضة وهو هنا المنفعة

وهي تتجدد شيئاً فشيئاً، وما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه^(١) التصرف. وإنما يتخير مع انهدام المسكن إذا أمكن الانتفاع به وإن قلّ أو أمكن إزالة المانع، وإلا بطلت. ولو أعاده المؤجر بسرعة بحيث لا يفوت عليه شيء معتدّ به، ففي زوال الخيار نظر، من زوال المانع، وثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب. وهو أقوى.

﴿ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجرة أولاً﴾ للأمر به في الأخبار، فعن الصادق عليه السلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ما أجره»^(٢) وعن الرضا عليه السلام أنه ضرب غلماناً حيث استعملوا رجلاً بغير مقاطعة، وقال: «إنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبةً عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته»^(٣).

﴿وأن يوقيه﴾ أجرته ﴿عقيب فراغه﴾ من العمل، قال الصادق عليه السلام في الحمال والأجير: «لا يجفّ عرقه حتى تعطيه أجرته»^(٤) وعن حنان بن شعيب قال: تكارينا لأبي عبد الله عليه السلام قوماً يعملون في بستان له وكان أجّلهم إلى العصر، فلما فرغوا قال لمعتب: «أعطيهم أجورهم قبل أن يجفّ عرقهم»^(٥).

﴿ويكره أن يضمن﴾ - أي يُغرّم - عوض ما تلف بيده بناءً على ضمان الصانع ما يتلف بيده، أو مع قيام البيّنة على تفريطه، أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه عليه لو قضينا بالنكول ﴿إلا مع التهمة﴾ له بتقصيره على وجه يوجب الضمان.

(١) في (ع): فيها.

(٢) الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ٣ من كتاب الإجارة، الحديث ٢. وفيه: حتى يعلم ما أجره.

(٣) نفس المصدر: الحديث الأوّل.

(٤) المصدر السابق: الباب ٤ من كتاب الإجارة، الحديث الأوّل.

(٥) المصدر السابق: الحديث ٢. وفيه وفي الكافي والتهديب: عن حنان بن شعيب.

﴿ مسائل ﴾

﴿ الأولى ﴾ :

﴿ من تقبل عملاً فله تقييله غيره * بأقل ﴾ ﴿ ممّا تقبله به ﴾ ﴿ على الأقرب ﴾ لأصالة الجواز، وما ورد من الأخبار دالاً على النهي عنه^(١) يحمل على الكراهة جمعاً بينها وبين ما يدلّ على الجواز^(٢) هذا إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه وإلاّ فلا إشكال في المنع، وإذا لم يحدث فيه حدثاً وإن قلّ ﴿ ولو أحدث فيه حدثاً فلا بحث ﴾ في الجواز؛ للاتفاق عليه حينئذٍ. وعلى تقدير الجواز فالمشهور اشتراط إذن المالك في تسليم العين للمتقبّل؛ لأنّها مال الغير فلا يصحّ تسليمه لغيره بغير إذنه. وجواز إيجارته لا ينافيه، فيستأذن المالك فيه، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم. فإن تعذّر، ففي جوازه بغير إذنه، أو تسلّطه على الفسخ وجهان. وجواز التسليم بغير إذنه مطلقاً - خصوصاً إذا كان المتقبّل ثقة - قويّ.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ لو استأجر عيناً فله إيجارته بأكثر ممّا استأجرها به ﴾ للأصل، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود^(٣).

﴿ وقيل بالمنع إلاّ أن تكون ﴾ إيجارته ﴿ بغير جنس الأجرة، أو يحدث

(*) في (ق) : لغيره.

(١) أنظر الوسائل ١٣ : ٢٦٥ - ٢٦٦، الباب ٢٣ من كتاب الإجارة، الأحاديث ١، ٤، ٧.

(٢) المصدر السابق : الحديثان ٢، ٣.

(٣) المائة : ١.

فيها صفة كمال ﴿^(١) استناداً إلى روايتين^(٢) ظاهرتين في الكراهة وإلى استلزامه الربا. وهو ضعيف؛ إذ لا معاوضة على الجنس الواحد.

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ إذا فرط في العين ﴾ المستأجرة ﴿ ضمن قيمتها يوم التفريط ﴾ لأنه يوم تعلقها بدمته، كما أن الغاصب يضمن القيمة يوم الغصب. هذا قول الأكثر^(٣) ﴿ والأقرب ﴾ ضمان قيمتها ﴿ يوم التلف ﴾ لأنه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قبله وإن حكم بالضمان؛ لأن المفروض بقاء العين فلا ينتقل إلى القيمة. وموضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة. أمّا لو كان بسبب نقص في العين فلا شبهة في ضمانه.

﴿ ولو اختلفا في القيمة حلف الغارم ﴾ لأصالة عدم الزيادة ولأنه منكر. وقيل: قول المالك إن كانت دابة^(٤) وهو ضعيف.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ مؤونة العبد أو الدابة على المالك ﴾ لا المستأجر؛ لأنها تابعة للملك، وأصالة عدم وجوبها على غير المالك. وقيل: على المستأجر مطلقاً^(٥) وهو ضعيف.

(١) قاله المحقق في الشرائع ٢ : ١٨١ .

(٢) الوسائل ١٣ : ٢٦٣ ، الباب ٢٢ من كتاب الإجارة ، الحديثان ٤ ، ٥ .

(٣) منهم المحقق في الشرائع ٢ : ١٨٧ ، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٢٩٤ ، والعلامة في التحرير ٣ : ١٣٠ ، والقواعد ٢ : ٣٠٤ .

(٤) قاله الشيخ في النهاية : ٤٤٦ .

(٥) قاله المحقق في الشرائع ٢ : ١٨٧ ، والعلامة في الإرشاد ١ : ٤٢٥ .

ثم إن كان المالك حاضراً عندها أنفق، وإلا استأذنه المستأجر في الإنفاق ورجع عليه ﴿ ولو أنفق عليه المستأجر بنيتة الرجوع ﴾ على المالك ﴿ صحّ مع تعذر إذن المالك أو الحاكم ﴾ وإن لم يُشهد على الأقوى. ولو أهمل مع غيبة المالك ضمن؛ لتفريطه، إلا أن ينهاه المالك.

﴿ ولو استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر في المشهور ﴾ استناداً إلى رواية سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام (١) ولاستحقاق منافع المانع من ثبوت النفقة عليه.

والأقوى أنه كغيره لا تجب نفقته إلا مع الشرط، وتحمل الرواية - مع سلامة سندها (٢) - عليه، واستحقاق منفعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملة الأجرة.

وحيث يشترط فيه وفي غيره من الحيوان على المستأجر يعتبر بيان قدرها ووصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداءً، فإنه يكفي القيام بعادة أمثاله.

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ لا يجوز إسقاط المنفعة المعيّنة ﴾ أي الإبراء منها، سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الدالة عليه؛ لأنه عبارة عن إسقاط ما في الذمة فلا يتعلّق بالأعيان ولا بالمنافع المتعلّقة بها ﴿ ويجوز إسقاط ﴾ المنفعة ﴿ المطلقة ﴾ المتعلّقة بالذمة وإن لم يستحقّ المطالبة بها ﴿ و ﴾ كذا الأجرة ﴿ يصحّ إسقاطها إن تعلّقت بالذمة، لا إن كانت عيناً.

(١) الوسائل ١٣ : ٢٥٠ - ٢٥١، الباب ١٠ من كتاب الإجارة، الحديث الأوّل.

(٢) نبّه بقوله « مع سلامة سندها » إلى قصوره عمّا يوجب العمل بها؛ لأنّ سليمان بن سالم مجهول الحال. (منه ﷺ).

﴿ وإذا تسلّم ﴾ أجيراً ليعمل له عملاً ﴿ فتلّف لم يضمن ﴾ صغيراً كان أم كبيراً، حرّاً كان أم عبداً؛ لأنّه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقّة لا يمكن تحصيلها إلاّ بإثبات اليد عليه، فكان أمانة في يده. ولا فرق بين تلفه مدّة الإجارة وبعدها، إلاّ أن يحبسه مع الطلب بعد انقضاء المدّة فيصير بمنزلة المغضوب، وسيأتي - إن شاء الله - أنّ الحرّ البالغ لا يُضمن مطلقاً^(١) وما عليه من الثياب تابع له، ولو كان صغيراً أو عبداً ضمنه.

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ كلّ ما يتوقّف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر . كالتّب^(٢) والزمّام والحزام ﴾ والسرج والبرّذعة ورفع المحمل والأحمال وشدّها وحطّها والتّائد والسائق إن شرط مصاحبته ﴿ والمداد في النسخ ﴾ لتوقّف إيفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم، فيجب من باب المقدّمة.

والأقوى الرجوع فيه إلى العرف، فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر؛ لأنّ الواجب على المؤجر إنّما هو العمل؛ لأنّ ذلك هو المقصود من إجارة العين، أمّا الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجهٍ يجب إزهاؤها لأجلها، إلاّ في مواضع نادرة تثبت على خلاف الأصل كالرضاع والاستحمام. ومثله الخيوط للخياطة، والصبغ للصبغة، والكُشّ^(٣) للتلقيح.

﴿ و ﴾ كذا يجب على المؤجر ﴿ المفتاح في الدار ﴾ لأنّه تابع للغلق المثبت الذي يدخل في الإجارة، بل هو كالجُزء منه وإن كان منقولاً، ومن شأن

(١) وإن كان مغضوباً، يأتي في الصفحة ٥٦٧.

(٢) الرحل.

(٣) بالضمّ ما يُلقح به النخل.

المنقول أن لا يدخل في إجارة العقار الثابت. وأما مفتاح القفل فلا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم القفل؛ لانتفاء التبعية عرفاً.

﴿ السابعة ﴾ :

﴿ لو اختلفا في عقد الإجارة حلف المنكر ﴾ لها، سواء كان هو المالك أم غيره؛ لأصالة عدمها.

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه. وإن كان بعد استيفاء شيء منها أو الجميع - الذي يزعم من يدعي وقوع الإجارة أنه متعلق العقد - وكان المنكر المالك، فإن أنكر مع ذلك الإذن في التصرف وحلف استحق أجره المثل وإن زادت عن المسمى بزعم الآخر. ولو كان المتصرف يزعم تعيينها في مال مخصوص وكان من جنس النقد الغالب لزم المالك قبضه عن أجره المثل، فإن ساواها أخذه، وإن نقص وجب على المتصرف الإكمال، وإن زاد صار الباقي مجهول المالك؛ لزعم المتصرف استحقاق المالك وهو ينكر، وإن كان مغايراً له ولم يرض المالك به وجب عليه الدفع من الغالب، وبقي ذلك بأجمعه مجهولاً. ويضمن العين بإنكار الإذن، ولو اعترف به فلا ضمان.

وإن كان المنكر المتصرف وحلف وجب عليه أجره المثل، فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة به إن كان دفعه؛ لاعترافه باستحقاق المالك له، ووجب عليه دفعه إن لم يكن دفعه، وليس للمالك قبضه؛ لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى. وإن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه، وسقط إن لم يكن. والعين ليست مضمونة عليه هنا؛ لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة.

﴿ و ﴾ لو اختلفا ﴿ في قدر الشيء المستأجر ﴾ - بفتح الجيم - وهو العين

المستأجرة، بأن قال: آجرتك البيت بمئة، فقال: بل الدار أجمع بها ﴿ حلف النافي ﴾ لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما اتَّفقا عليه. وقيل: يتحالفان^(١) وتبطل الإجارة؛ لأنَّ كلاً منهما مدَّعٍ ومنكر.

﴿ وفي ردِّ العين حلف المالك ﴾ لأصالة عدمه، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله فيه، مع مخالفته للأصل.

﴿ وفي هلاك المتاع المستأجر عليه حلف الأجير ﴾ لأنَّه أمين، ولا يمكن صدقه فيه، فلو لم يقبل قوله فيه لزم تخليده الحبس ولا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر كالغرق، أو خفي كالسرِّق.

﴿ وفي كفيَّة الإذن ﴾ في الفعل ﴿ كالتقاء والقميص ﴾ بأن قطعه الخياط قباءً فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصاً ﴿ حلف المالك ﴾ لأنَّه منكر لما يدَّعيه الخياط من التصرف في ماله، والأصل عدم ما يدَّعيه الخياط من الإذن، ولتبول قول المالك في أصل الإذن وكذا في صفته؛ لأنَّ مرجع هذا النزاع إلى الإذن على وجه مخصوص. وقيل: يحلف الخياط؛ لدعوى المالك عليه ما يوجب الأرش، والأصل عدمه^(٢).

وعلى المختار إذا حلف المالك ثبت على الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً وقبائاً، ولا أجرة له على عمله. وليس له فتقه ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك؛ إذ لا عين له ينزعها، والعمل ليس بعين وقد صدر عدواناً ظاهراً.

(١) لم نعثر على القائل به بتأً. نعم، في جامع المقاصد ٧: ٢٩٧: ولا ريب أنَّ التحالف أقوى.

(٢) قاله الشيخ في الخلاف ٣: ٣٤٨، في المسألة ١١ من كتاب الوكالة، وإن ذهب في كتاب

الإجارة إلى مقالة المشهور، أنظر الصفحة ٥٠٦، المسألة ٣٤.

ولو كانت الخيوط للخيّاط، فالأقوى أن له نزعها كالمغصوب. ووجه المنع: استلزامه التصرف في مال الغير، ولو طلب المالك أن يشدّ في طرف كلّ خيط منها خيطاً لتصير خيوطه في موضع خيوط الخيّاط إذا سلّها لم يجب إجابته؛ لأنّه تصرف في مال الغير يتوقّف على إذنه، كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمة الخيوط.

﴿ وفي قدر الأجرة حلف المستأجر ﴾ لأصالة عدم الزائد. وقيل: يتحالفان^(١) كما لو اختلفا في قدر المستأجر؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر. وهو ضعيف؛ لاتّفاقهما على وقوع العقد ومقدار العين والمدّة، وإنّما تخالفا على القدر الزائد عمّا يتفقان عليه، فيحلف منكره.

(١) قاله ابن البرّاج في المهذّب ١ : ٤٧٤.

کتابت الکتب



﴿ كتاب الوكالة ﴾

بفتح الواو وكسرهما ﴿ وهي استنابة في التصرف ﴾ بالذات؛ لئلا يرد الاستنابة في نحو القراض والمزارعة والمساقاة. وخرج بقيد «الاستنابة» الوصيّة بالتصرف، فإنّها إحداث ولاية، لا استنابة وبـ«التصرف» الوديعة، فإنّها استنابة في الحفظ خاصّة. وتفتقر إلى إيجاب وقبول؛ لأنّها من جملة العقود وإن كانت جائزة.

﴿ وإيجابها: وكلتك، أو استنتبتك ﴾ أو ما شاكله من الألفاظ الدالّة على الاستنابة في التصرف، وإن لم تكن على نهج الألفاظ المعتبرة في العقود ﴿ أو الاستيجاب والإيجاب ﴾ كقوله: وكّلني في كذا، فيقول: وكّلتك ﴿ أو الأمر بالبيع والشراء ﴾ كما دلّ عليه قول النبي ﷺ لعروة البارقي: «اشتر لنا شاء».

﴿ وقبولها قولني ﴾ كقبلت ورضيت، وما أشبهه ﴿ وفعلني ﴾ كفعله ما أمره بفعله ﴿ ولا يشترط فيه ﴾ أي في القبول ﴿ الفوريّة ﴾ بل يجوز تراخيه عن الإيجاب وإن طالّت المدّة ﴿ فإنّ الغائب يوكل ﴾ والقبول متأخّر. وكانّ جواز توكيل الغائب موضع وفاق، فلذا جعله شاهداً على الجواز، وإلّا فهو فرع المدعى. ﴿ ويشترط فيها التنجيز ﴾ فلو علّقت على شرط متوقّع كقدوم المسافر، أو صفة مترقّبة كطلوع الشمس، لم يصحّ.

وفي صحّة التصرف بعد حصول الشرط أو الصفة بالإذن الضمني قولان^(١) منشوئهما : كون الفاسد بمثل ذلك إنّما هو العقد، أمّا الإذن الذي هو مجرد إباحة تصرف فلا، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال : «بع كذا على أنّ لك العشر من ثمنه» فتفسد الوكالة دون الإذن، ولأنّ الوكالة أخصّ من مطلق الإذن، وعدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعمّ. وأنّ^(٢) الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن، وما يزيد عنه من مثل الجعل أمر زائد عليها؛ لصحّتها بدونها، فلا يعقل فسادها مع صحّته.

﴿ ويصحّ تعليق التصرف ﴾ مع تنجيز الوكالة، بأن يقول : «وكنتك في كذا، ولا تتصرف إلّا بعد شهر»؛ لأنّه بمعنى اشتراط أمر سائغ زائد على أصلها الجامع لشرائطه^(٣) التي من جملتها التنجيز وإن كان في معنى التعليق؛ لأنّ العقود المتلقّاة من الشارع منوطة بضوابط، فلا تقع بدونها وإن أفاد فائدتها.

﴿ وهي جائزة من الطرفين ﴾ فلكلّ منهما إبطالها في حضور الآخر وغيبته. لكن إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقاً ﴿ ولو عزله ﴾ الموكل ﴿ اشترط علمه ﴾ بالعزل، فلا ينعزل بدونها في أصحّ الأقوال^(٤).

(١) استقرب العلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ١١٤ القول بصحّة التصرف، واختار فخر المحقّقين في الإيضاح ٢ : ٣٣٤ عدم صحّته.

(٢) هذا دليل لعدم بقاء الإذن الضمنيّ.

(٣) في (ر) : لشرائطها.

(٤) في المسألة أقوال ثلاثة :

الأوّل : اشتراط الانعزال بالعلم وهو الذي قوّاه الشيخ في الخلاف ٣ : ٣٤٣، المسألة ٣ من الوكالة وقال : وقد رجّحناه في الكتابين، واختاره المحقّق في الشرائع ٢ : ١٩٣ - ١٩٤، والمختصر النافع : ١٥٤، وابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع : ٣٢٠، والعلامة في

والمراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يُقبل خبره وإن كان عدلاً واحداً؛ لصحيفة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام (١) ولا عبرة بخبر غيره وإن تعدّد ما لم يحصل به العلم أو الظنّ المتأخّر له.

﴿ ولا يكفي ﴾ في انزاله ﴿ الإشهاد ﴾ من الموكل على عزله على الأقوى؛ للخبر السابق، خلافاً للشيخ وجماعة.

﴿ و ﴾ حيث كانت جائزة ﴿ تبطل بالموت والجنون والإغماء ﴾ من كل واحد منهما، سواء طال زمان الإغماء أم قصر، وسواء أطبق الجنون أم كان أدواراً، وسواء علم الموكل بعروض المبطل أم لم يعلم ﴿ وبالْحَجْر على الموكل فيما وكّل فيه ﴾ بالسفه والفلس؛ لأنّ منعه من مباشرة الفعل يقتضي منعه من التوكيل فيه.

وفي حكم الحجر طرؤ الرقّ على الموكل بأن كان حريباً فاسترقّ، ولو كان وكيلاً صار بمنزلة توكيل عبد الغير.

و ﴿ لا ﴾ تبطل ﴿ بالنوم وإن تناول ﴾ لبقاء أهلية التصرف ﴿ ما لم يؤدّ إلى الإغماء ﴾ فتبطل من حيث الإغماء، لا من حيث النوم. ومثله السكر، إلّا أن يشترط عدالته كوكيل الوكيل والوليّ ﴿ وتبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة ﴾ كما لو وكّله في بيع عبد ثمّ باعه. وفي حكمه فعله ما ينافيها كعتقه.

الإرشاد ١ : ٤١٧ وغيره، والصيمري في غاية المرام ٢ : ٣٣٩، وغيرهم.

الثاني : الانعزال بأحد الأمرين الإشهاد أو الإعلام، وهو اختيار الشيخ في النهاية : ٣١٨، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٩٢، وابن حمزة في الوسيلة : ٢٨٣، وغيرهم.

الثالث : الانعزال بالعزل من غير شرط الإشهاد والإعلام، وهو مذهب العلامة في القواعد ٢ : ٣٦٤. وراجع لتفصيل الأقوال مفتاح الكرامة ٧ : ٦١٤ - ٦١٥.

(١) الوسائل ١٣ : ٢٨٦، الباب ٢ من كتاب الوكالة، الحديث الأوّل.

﴿ وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بثمن المثل ﴾ إلا بنقصان عنه يتسامح بمثله عادة كدرهم في مئة، وإلا مع وجود باذل لأزيد منه فلا يجوز الاقتصار عليه، حتى لو باع بخيارٍ لنفسه فوجد في مدة الخيار باذلاً للزيادة وجب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له، إلا أن يعين له قدرًا فلا يجب تحصيل الزائد وإن بُذل ﴿ حالاً ﴾ فلا يجوز بالمؤجل مطلقاً^(١) ﴿ بنقد البلد ﴾ فإن اتحد تعين، وإن تعدد باع بالأغلب، فإن تساوت النقود باع بالأنفع للموكل، فإن استوت نفعاً تخير. ﴿ وكذا ﴾ التوكيل ﴿ في الشراء ﴾ يقتضيه بثمن المثل حالاً بنقد البلد ﴿ ولو خالف ﴾ ما اقتضاه الإطلاق أو التنصيص ﴿ ففضولي ﴾ يتوقف بيعه وشرائه على إجازة المالك.

﴿ وإما تصحّ الوكالة فيما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه كالعتق ﴾ فإنّ غرضه فيه فك الرقبة سواء أحدثه المالك أم غيره ﴿ والطلاق ﴾ فإنّ غرضه منه رفع الزوجية كذلك. ومثله النكاح ﴿ والبيع ﴾ وغيرهما من العقود والإيقاعات ﴿ لا فيما يتعلّق ﴾ غرضه بإيقاعه من مباشر بعينه.

ومرجع معرفة غرضه في ذلك وعدمه إلى النقل، ولا قاعدة له لا تنخرم. وقد علّم تعلق غرضه بجملة من العبادات؛ لأنّ الغرض منها امتثال المكلف ما أمر به واتباعه وتذللّه بفعل الأمور به ولا يحصل ذلك بدون المباشرة ﴿ كالطهارة ﴾ فليس له الاستنابة فيها أجمع، وإن جاز في غسل الأعضاء ومسحها حيث يعجز عن مباشرتها مع تولّيه النية، ومثل هذا لا يعدّ توكيلاً حقيقياً، ومن ثمّ يقع ممّن لا يجوز توكيله كالمجنون، بل استعانة على إيصال المطهر إلى العضو كيف اتفق ﴿ والصلاة الواجبة في ﴾ حال ﴿ الحياة ﴾ فلا يستتاب فيها

(١) زاد على ثمن المثل أم لا.

مطلقاً إلا ركعتا الطواف، حيث يجوز استنابة الحيّ في الحجّ الواجب، أو فيها^(١) خاصة على بعض الوجوه.

واحترز بالواجبة عن المندوبة، فيصح الاستنابة فيها في الجملة، كصلاة الطواف المندوب، أو في الحجّ المندوب وإن وجب، وصلاة الزيارة. وفي جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه.

وبالجملة، فضبط متعلّق غرض الشارع في العبادات وغيرها يحتاج إلى تفصيلٍ ومستندٍ نقليّ.

﴿ ولا بدّ من كمال المتعاقدين ﴾ بالبلوغ والعقل، فلا يُوكّل ولا يتوكّل الصبيّ والمجنون مطلقاً ﴿ وجواز تصرّف الموكّل ﴾ فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته. وخصّ الموكّل؛ لجواز كون المحجور في الجملة وكياً لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف، كالسفيه والمفلس مطلقاً والعبد بإذن سيّده.

﴿ وتجاوز الوكالة في الطلاق للحاضر ﴾ في مجلسه ﴿ كالعائب ﴾ على أصحّ القولين^(٢) لأنّ الطلاق قابل للنيابة، وإلّا لما صحّ توكيل العائب. ومنع الشيخ من توكيل الحاضر فيه^(٣) استناداً إلى رواية ضعيفة السند قاصرة الدلالة^(٤).

(١) أي صلاة الطواف، وفي (ر) : فيهما، باعتبار رجوع الضمير إلى الركعتين.

(٢) اختاره ابن إدريس في السرائر ٢ : ٨٣، والمحقّق في المختصر النافع : ١٥٤، والشرائع ٢ : ١٩٧، والعلامة في المختلف ٦ : ٢٠.

(٣) النهاية : ٣١٩.

(٤) هي رواية جعفر بن سماعة عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال : لا يجوز الوكالة في الطلاق [الوسائل ١٥ : ٣٣٤، الباب ٣٩ من كتاب الطلاق، الحديث ٥] ووجه قصور دلالتها ظاهر؛ لتضمّنها النهي عن طلاق الوكيل مطلقاً فتقيده بالعائب لا وجه له، وأمّا ضعف سندها فبابن سماعة فإنّه واقفي، وفيه أيضاً مجاهيل. (منه عليه السلام).

﴿ ولا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن صريحاً ﴾ ولو بالتعميم كـ «اصنع ما شئت» ﴿ أو فحوى، كاتساع متعلقها ﴾ بحيث تدلّ القرائن على الإذن له فيه، كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم إلا بمساعد. ومثله عجزه عن مباشرته وإن لم يكن متسعاً مع علم الموكل به ﴿ وترفع الوكيل عمّا وُكِّل فيه عادة ﴾ فإنّ توكيله حينئذٍ يدلّ بفحواه على الإذن له فيه مع علم الموكل بترفعه عن مثله، وإلا لم يجز؛ لأنّه مستفاد من القرائن، ومع جهل الموكل بحاله ينتفي.

وحيث أذن له في التوكيل، فإن صرّح له بكون وكيله وكيلاً عنه أو عن الموكل لزمه حكم من وكّله، فينزل في الأوّل بانعزاله - لأنّه فرعه - وبعزل كلّ منهما له، وفي الثاني لا ينزل إلا بعزل الموكل أو بما أبطل توكيله.

وإن أطلق، ففي كونه وكيلاً عنه أو عن الموكل أو تخيير الوكيل في توكيله عن أيهما شاء، أوجه. وكذا مع استفادته من الفحوى، إلا أنّ كونه هنا وكيلاً عن الوكيل أوجه.

﴿ ويستحبّ أن يكون الوكيل تامّ البصيرة ﴾ فيما وُكِّل فيه، ليكون مليئاً بتحقيق مراد الموكل ﴿ عارفاً باللغة التي يُحاور بها ﴾ فيما وُكِّل فيه، ليحصل الغرض من توكيله. وقيل: إنّ ذلك واجب^(١) وهو مناسب لمعنى الشرط بالنسبة إلى الأخير^(٢).

﴿ ويستحبّ لذوي المروءات ﴾ وهم أهل الشرف والرفعة والمروءة ﴿ التوكيل في المنازعات ﴾ ويكره أن يتولّوها بأنفسهم لما يتضمّن من الامتهان

(١) وهو ظاهر الحلبي في الكافي: ٣٣٧، كما قال في المختلف ٦: ٢٥، وابن حمزة في

الوسيلة: ٢٨٢، ونسبه في المختلف إلى القاضي، ولم نثر عليه فيما بأيدينا من كتبه.

(٢) وهو كونه عارفاً باللغة التي يحاور بها.

والوقوع فيما يُكره، روي «أنَّ عليّاً عليه السلام وكلَّ عقيلًا في خصومة، وقال: إنَّ للخصومة قُحماً، وإنَّ الشيطان ليحضرها، وإنِّي لأكره أن أحضرها»^(١) والقُحْم - بالضّم - المهلكة، والمراد هنا أنَّها تُقحم بصاحبها إلى ما لا يريد.

﴿ ولا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل ﴾ من حيث إنَّه ارتداد، وإن كانت قد تبطل من جهة أخرى في بعض الموارد، ككونه وكيلًا على مسلم، فإنَّه في ذلك بحكم الكافر. ولا فرق بين الفطري وغيره وإن حكم ببطلان تصرفاته لنفسه ﴿ ولا يتوكَّل المسلم للذمي على المسلم على قول ﴾ الشيخ^(٢) والأقوى الجواز على كراهية؛ للأصل ﴿ ولا الذمي على المسلم لمسلم، ولا لذمي قطعاً ﴾ فيهما؛ لاستلزامهما إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية^(٣) ﴿ وباقي الصور جائزة، وهي ثمان ﴾ بإضافة الصور الثلاث المتقدِّمة إلى باقيها. وتفصيلها: أن كلاً من الموكل والوكيل والموكل عليه إمَّا مسلم أو كافر، ومنه تتشعب الثمان بضرب قسمي الوكيل في قسمي الموكل، ثم المجتمع في قسمي الموكل عليه. ولا فرق في الكافر بين الذمي وغيره، كما يقتضيه التعليل.

﴿ ولا يتجاوز الوكيل ما حدَّ له ﴾ في طرف^(٤) الزيادة والنقصان ﴿ إلا أن تشهد العادة بدخوله ﴾ - أي دخول ما تجاوز - في الإذن ﴿ كالزيادة في ثمن ما وُكِّل في بيعه ﴾ بثمن معيَّن إن لم يعلم منه الغرض في التخصيص به ﴿ والنقيصة

(١) عوالي اللآلئ ٣: ٢٥٧، الحديث ٦، والسنن الكبرى ٦: ٨١، وليس فيهما عبارة: وإنَّ الشيطان... إلى: أن أحضرها. ولم نعثَر على العبارة فيما بأيدينا من مصادر الحديث.

(٢) النهاية: ٣١٧.

(٣) النساء: ١٤١.

(٤) كذا في المخطوطات، وفي (ر): طرفي.

في ثمن ما وكلّ في شرائه ﴿ بضمن معيّن؛ لشهادة الحال غالباً بالرضا بذلك فيهما .
 لكن قد يتخلف بأن لا يريد الإشطاط^(١) في البيع، أو غيره من الأغراض .
 ﴿ وثبتت الوكالة بعدلين ﴿ كما يثبت بهما غيرها من الحقوق الماليّة
 وغيرها ﴿ ولا تُقبل فيها شهادة النساء منفردات ﴿ لا اختصاصها بما يعسر اطلاع
 الرجال عليه والوصيّة كما سلف في بابه^(٢) ﴿ ولا منضمّات ﴿ إلى الرجال؛
 لا اختصاصها حينئذٍ بالمال وما في حكمه^(٣) والوكالة ولاية على التصرف وإن
 ترتّب عليها المال، لكنّه غير مقصود .

﴿ ولا تثبت بشاهد ويمين ﴿ لما ذكر، إلا أن يشتمل على جهتين
 كما لو ادّعى شخص على آخر وكالة بجعلٍ وأقام شاهداً وامرأتين، أو شاهداً
 وحلف معه، فالأقوى ثبوت المال، لا الوكالة وإن تبعّضت الشهادة، كما لو أقام
 ذلك بالسرقة يثبت المال لا القطع . نعم، لو كان ذلك قبل العمل لم يثبت شيء
 ﴿ ولا بتصديق الغريم ﴿ لمدّعي الوكالة عليها في أخذ حقٍّ منه لغيره؛ لأنّه
 تصديق في حقّ غيره .

هذا إذا كان الحقّ الذي يدّعي الوكالة فيه عيناً . أمّا لو كان ديناً ففي وجوب
 دفعه إليه بتصديقه قولان^(٤) أجودهما ذلك؛ لأنّه إقرار في حقّ نفسه خاصّة؛
 إذ الحقّ لا يتعيّن إلاّ بقبض مالكة أو وكيله، فإذا حضر وأنكر بقي دينه في ذمّة

(١) الشطط : مجاوزة القدر في كلّ شيء .

(٢) في كتاب الشهادة، راجع الجزء الثاني : ١٢٥ .

(٣) كالجناية الموجبة للدية مثلاً .

(٤) قول بوجوب الدفع، ذهب إليه ابن إدريس في السرائر ٢ : ٩٨، والمحقّق الثاني في جامع

المقاصد ٨ : ٢٩٩ . وقول بعدم وجوب الدفع، ذهب إليه الشيخ في الخلاف ٣ : ٣٤٩،

الغريم، فلا ضرر عليه في ذلك، وإنما ألزم الغريم بالدفع؛ لاعترافه بلزومه له. وبهذا يظهر الفرق بينه وبين العين؛ لأنّها حقّ محض لغيره وفائتها لا يُستدرك. نعم، يجوز له تسليمها إليه مع تصديقه له؛ إذ لا منازع له الآن ويبقى المالك على حجّته، فإذا حضر وصدّق الوكيل برئ الدافع. وإن كذّبه فالقول قوله مع يمينه، فإن كانت العين موجودة أخذها، وله مطالبة من شاء منهما بردها؛ لترتب أيديهما على ماله. وللدافع مطالبة الوكيل بإحضارها لو طولب به، دون العكس. وإن تعذّر ردها بتلف وغيره تخيّر في الرجوع على من شاء منهما، فإن رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقاً؛ لاعترافه ببراءته بدفعها إليه. وإن رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل مع تلفها في يده بغير تفريط؛ لأنّه بتصديقه له أمين عنده، وإلا رجع عليه.

﴿ والوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدّي أو التفريط ﴾ وهو وفاق^(١).

﴿ ويجب عليه تسليم ما في يده إلى الموكل إذا طولب به ﴾ سواء في ذلك المال الذي وُكّل في بيعه وثنّته والمبيع الذي اشتراه وثنّته، قبل الشراء وغيرها. وتبّه بقوله: «إذا طولب» على أنّه لا يجب عليه دفعه إليه قبل طلبه بل معه، ومع إمكان الدفع شرعاً وعرفاً كالوديعة ﴿ فلو أحرّ مع الإمكان ﴾ أي إمكان الدفع شرعاً، بأن لا يكون في صلاة واجبة مطلقاً ولا مريداً لها مع تضيق وقتها، ونحو ذلك من الواجبات المنافية. أو عرفاً، بأن لا يكون على حاجةٍ يريد قضاءها، ولا في حتمّ أو أكل طعام، ونحوها من الأعذار العرفيّة ﴿ ضمن. وله أن يمتنع ﴾ من التسليم ﴿ حتّى يُشهد ﴾ على الموكل بقبض حقّه، حذراً من إنكاره فيضمن له ثانياً أو يلزمه اليمين.

(١) في (ر): موضع وفاق.

﴿ وكذا ﴾ ﴿ حكم ﴾ كل من عليه حق وإن كان وديعة ﴿ يُقبل قوله في ردّها؛ لافتقاره إلى اليمين ، فله دفعها بالإشهاد وإن كان صادقاً.

ولا فرق في ذلك بين من يكون له على الحق بيّنة وغيره؛ لما ذكرناه من الوجه^(١) هذا هو أجود الأقوال في المسألة.

وفرق بعضهم بين من يُقبل قوله في الردّ وغيره^(٢) وآخرون بين من عليه بقبض الحق بيّنة وغيره. ودفعُ ضرر اليمين يدفع ذلك كلّهُ، خصوصاً في بعض الناس، فإنّ ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين.

﴿ والوكيل في الوديعة ﴾ لمال شخص عند آخر ﴿ لا يجب عليه الإشهاد ﴾ على المستودع ﴿ بخلاف الوكيل في قضاء الدين وتسليم المبيع ﴾ فليس له ذلك حتّى يُشهد. والفرق: أنّ الوديعة مبنية على الإخفاء بخلاف غيرها، ولأنّ الإشهاد على الودعي لا يفيد ضمانه؛ لقبول قوله في الردّ بخلاف غيره ﴿ فلو لم يُشهد ﴾ على غير الوديعة ﴿ ضمن ﴾ لتفريطه إذا لم يكن الأداء بحضرة الموكل، وإلا انتفى الضمان؛ لأنّ التفريط حينئذٍ مستند إليه.

﴿ ويجوز للوكيل تولّي طرفي العقد بإذن الموكل ﴾ لانتهاء المانع حينئذٍ. ومغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار. ولو أطلق له الإذن، ففي جواز توليها لنفسه قولان^(٣) منشئهما: دخوله في الإطلاق، ومن ظاهر الروايات الدالة

(١) وهو قوله: حذراً من إنكاره....

(٢) فرّق بذلك الشيخ في المبسوط ٢: ٣٧٥-٣٧٦، ووافقه يحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائح: ٣٢٣.

(٣) قول بالجواز للعلامة في المختلف ٥: ٥٧-٥٨، ونسبه فيه إلى أبي الصلاح، وانظر الكافي في الفقه: ٣٦٠، والمختلف ٦: ٣١-٣٢. وقول بالمنع للشيخ في المبسوط ٢: ٣٨٢، والخلاف ٣: ٣٤٦، المسألة ٩، وابن إدريس في السرائر ٢: ٩٧-٩٨.

على المنع^(١) وهو أولى .

واعلم أنّ تولّيه طرفي العقد أعمّ من كون البيع أو الشراء لنفسه . وموضع الخلاف مع عدم الإذن تولّيه لنفسه . أمّا لغيره بأن يكون وكيلاً لهما فلا إشكال إلّا على القول بمنع كونه موجباً قابلاً^(٢) وذلك لا يفرق فيه بين إذن الموكل وعدمه .

﴿ ولو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر ﴾ لأصالة عدمها ، سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل .

وتظهر فائدة إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع ، فيدعي الموكل حصولها ليتّم له العقد ، وينكرها الوكيل ليتزلزل ويتسلّط على الفسخ .

﴿ و ﴾ لو اختلفا ﴿ في الردّ حلف الموكل ﴾ لأصالة عدمه ، سواء كانت الوكالة بجعل أم لا .

﴿ وقيل ﴾ : يحلف ﴿ الوكيل ، إلّا أن تكون بجعل ﴾ فالموكل^(٣) أمّا الأوّل : فلاّنه أمين وقد قبض المال لمصلحة المالك فكان محسناً محضاً كالودّعي . وأمّا الثاني : فلما مرّ^(٤) ولاّنه قبض لمصلحة نفسه كعامل القراض والمستأجر .

(١) أنظر الوسائل ١٢ : ٢٨٨ - ٢٨٩ ، الباب ٥ من أبواب آداب التجارة ، الحديثين ١ ، ٢ ، و ١٤ : ٢١٦ ، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد .

(٢) قاله الشيخ في المبسوط ٢ : ٣٨١ ، وهو المنسوب إلى ابن الجنيّد ، أنظر المختلف ٦ : ٣١ ، وانظر للتفصيل مفتاح الكرامة ٧ : ٥٤٩ .

(٣) قاله الشيخ في المبسوط ٢ : ٣٧٢ - ٣٧٣ ، والقاضي في جواهر الفقه : ٧٨ ، المسألة ٢٨٨ ، والمحقق في المختصر النافع : ١٥٥ ، وابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع : ٣٢٢ .

(٤) من أصالة عدم الردّ .

يُضَعَّفُ بَأَنَّ الأمانة لا تستلزم القبول كما لا يستلزمه في الثاني مع اشتراكهما في الأمانة، وكذلك الإحسان، والسبيل المنفي^(١) مخصوص، فإنَّ اليمين سبيل.

﴿ و ﴾ لو اختلفا ﴿ في التلف ﴾ أي تلف المال الذي بيد الوكيل كالعين الموكَّل في بيعها وشرائها أو الثمن أو غيره ﴿ حلف الوكيل ﴾ لآته أمين، وقد يتعدَّر إقامة البيِّنة على التلف فاقْتَنَح بقوله وإن كان مخالفاً للأصل. ولا فرق بين دعواه التلف بأمر ظاهر وخفي ﴿ وكذا ﴾ يحلف لو اختلفا ﴿ في التفريط ﴾ والمراد به ما يشمل التعدي؛ لآته منكر ﴿ و ﴾ كذا يحلف لو اختلفا في ﴿ القيمة ﴾ على تقدير ثبوت الضمان؛ لأصالة عدم الزائد.

﴿ ولو زوجه امرأة بدعوى الوكالة ﴾ منه ﴿ فأنكر الزوج ﴾ الوكالة ﴿ حلف ﴾ لأصالة عدمها ﴿ وعلى الوكيل نصف المهر ﴾ لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^(٢) ولآته فسح قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق ﴿ ولها التزويج ﴾ بغيره لبطان نكاحه بإنكاره الوكالة ﴿ ويجب على الزوج ﴾ فيما بينه وبين الله تعالى ﴿ الطلاق إن كان وكَّل ﴾ في التزويج؛ لآنها حينئذٍ

(١) السبيل المنفي في الآية [التوبة : ٩١] نكرة في سياق النفي فيعم، وتخصيصه في بعض أفراد - بإثبات اليمين عليه إجماعاً - لا ينفي حجَّيته في الباقي - على المختار عند المحقِّقين - فيبقى دالاً على محلِّ النزاع، إلا أن يدعى أن السبيل لا يتناول مثل ذلك. (منه عليه السلام).

(٢) الوسائل ١٣ : ٢٨٨، الباب ٤ من كتاب الوكالة، الحديث الأول، في طريقه داود بن الحصين وهو واقفي، ودينار بن حكيم وهو مجهول، وأما عمر بن حنظلة فالأصحاب وإن لم ينصوا عليه بجرح ولا تعديل، لكن عندي أنه ثقة؛ لمدح رأيته في حديث الصادق عليه السلام [التهذيب ٢ : ٢٠، الحديث ٥٦]. (منه عليه السلام).

زوجته فإنكارها وتعريضها للتزويج بغيره محرّم ﴿ ويسوق نصف المهر إلى الوكيل ﴾ للزومه بالطلاق، وغرم الوكيل له بسببه.

﴿ وقيل : يبطل ﴾ العقد ﴿ ظاهراً^(١) ولا غُرم على الوكيل ﴾ لعدم ثبوت عقد حتّى يحكم بالمهر أو نصفه، ولأنّه على تقدير ثبوته إنّما يلزم الزوج؛ لأنّه عوض البضع والوكيل ليس بزوج، والحديث ضعيف السند، وإلّا لما كان عنه عدول مع عمل الأكثر بمضمونه، والتعليل بالفسخ فاسد. فالقول الأخير قويّ. نعم لو ضمن الوكيل المهر كلّهُ أو نصفه لزمه حسب ما ضمن.

وإنّما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدّق الوكيلَ عليها، وإلّا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق؛ لأنّها بزعمها زوجة، بخلاف ما إذا لم تكن عالمةً بالحال. ولو امتنع من الطلاق حينئذٍ لم يُجبر عليه؛ لانتهاء النكاح ظاهراً. وحينئذٍ ففي تسلّطها على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلّط الحاكم عليه أو على الطلاق، أو بقائه كذلك حتّى يطلّق أو يموت؟ أوجه.

ولو أوقع الطلاق معلّقاً على الشرط كـ «إن كانت زوجتي فهي طالق» صحّ ولم يكن إقراراً ولا تعليقاً مانعاً؛ لأنّه أمر يعلم حاله، وكذا في نظائره كقول من يعلم أنّ اليوم الجمعة: «إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا» أو غيره من العقود.

﴿ ولو اختلفا في تصرّف الوكيل ﴾ بأن قال: بعث، أو قبضت، أو اشتريت ﴿ حلف ﴾ الوكيل؛ لأنّه أمين وقادر على الإنشاء، والتصرّف إليه ومرجع الاختلاف إلى فعله، وهو أعلم به.

﴿ وقيل ﴾ : يحلف ﴿ الموكل ﴾ لأصالة عدم التصرّف وبقاء الملك على

(١) نقله المحقّق في الشرائع ٢: ٢٠٦، وقال: وهو قويّ، ومثله العلامة في المختلف ٦: ٢٩ -

٣٠، واختاره المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٢٩٤.

مالكة^(١) والأقوى الأول.

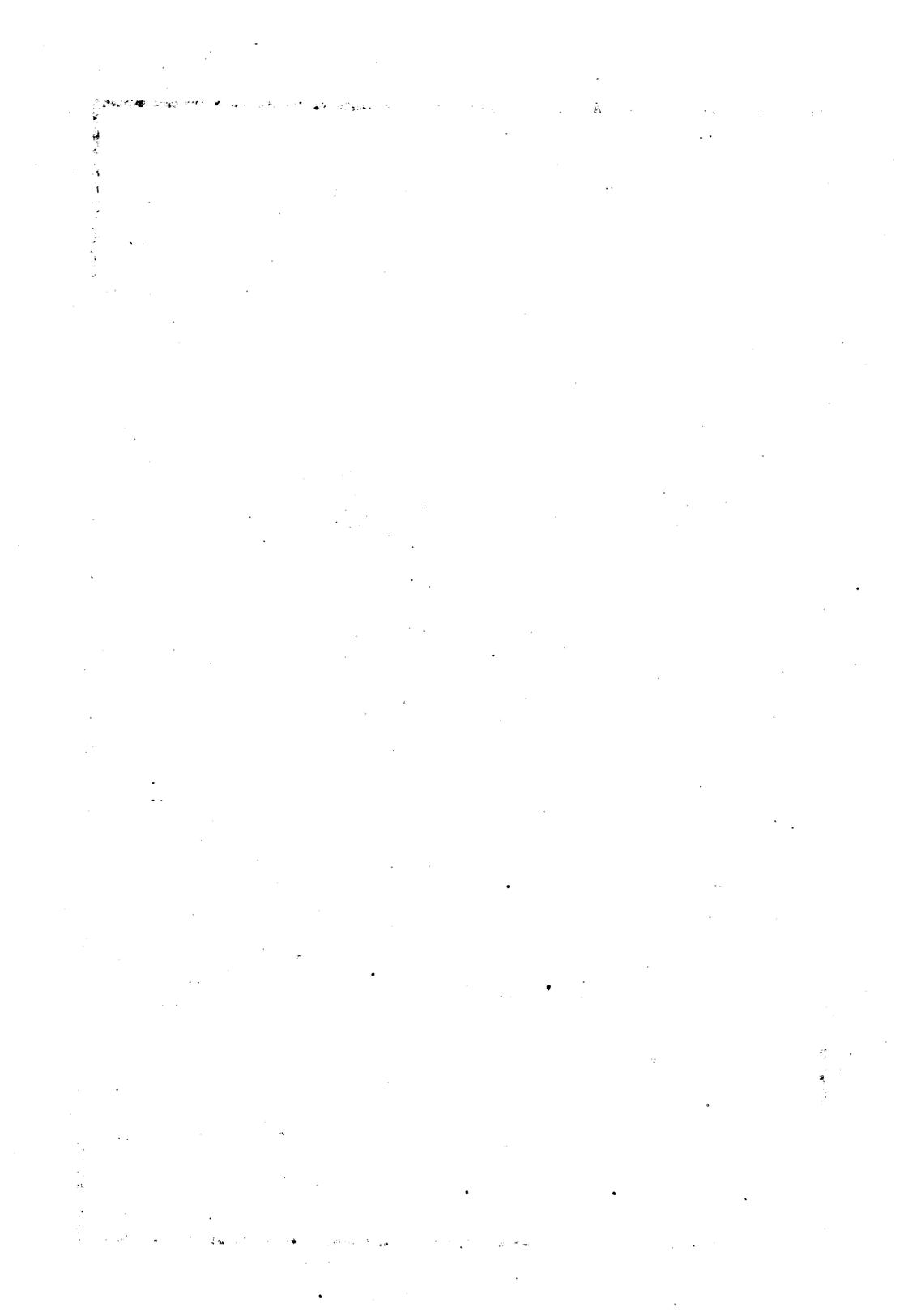
ولا فرق بين قوله في دعوى التصرف: «بعت» و «قبضت الثمن» و «تلف في يدي» وغيره؛ لاشتراك الجميع في المعنى، ودعوى التلف أمر آخر. ﴿ وكذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترت به السلعة ﴾ كأن قال الوكيل: «اشتريته بمئة» والحال أنه يساوي مئة، ليمنح صحة البيع، فقال الموكل: «بل بثمانين» فقيل: يقدم قول الوكيل؛ لأنه أمين^(٢) والاختلاف في فعله ودلالة الظاهر على كون الشيء إنما يباع بقيمته وهو الأقوى. وقيل: قول الموكل^(٣) لأصالة براءته من الزائد، ولأن في ذلك إثبات حقّ للبائع عليه فلا يُسمع.

(١) قاله العلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ١٣٧، في ما إذا كان النزاع بعد عزل الوكيل.

(٢) قانه الشيخ في المبسوط ٢ : ٣٩٢، وقوّاه الكركي في جامع المقاصد ٨ : ٣١٥.

(٣) اختاره المحقّق في الشرائع ٢ : ٢٠٦.

كتاب الشفاعة



﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ وهي ﴾ فُعلت من قولك : شفعتُ كذا بكذا، إذا جعلته شَفْعاً به أي زوجاً، كأنّ الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه. وأصلها التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة والشفع. وشرعاً ﴿ استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته ﴾ ولا يحتاج إلى قيد الاتّحاد وغيره ممّا يعتبر في الاستحقاق؛ لاستلزام «الاستحقاق» له وإنّما يفتقر إلى ذكرها في الأحكام.

ولا يرد النقص في طرده^(١) بشراء الشريك حصة شريكه، فإنّه بعد البيع يصدق «استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته» إذ ليس في التعريف أنّها مبيعة لغيره أو له، وكما يصدق «الاستحقاق» بالأخذ يصدق بنفس الملك.

ووجه دفعه: أنّ الاستحقاق المذكور هنا للشريك المقتضي لكونه شريكاً حال شركته، والأمر في البيع ليس كذلك؛ لأنّه حال الشركة غير مستحقّ، وبعد الاستحقاق ليس بشريك؛ إذ المراد بالشريك هنا الشريك بالفعل؛ لأنّه المعتبر شرعاً، لا ما كان فيه شريكاً مع ارتفاع الشركة، نظراً إلى عدم اشتراط بقاء المعنى المشتقّ منه في المشتقّ. نعم، يمكن ورود ذلك مع تعدّد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركة في غير الحصة المبيعة.

(١) في (ف): عكسه.

ولو قيّد المبيع بكونه لغير المستحقّ، أو علّق الاستحقاق بتملّك الحصّة فقال: «استحقاق الشريك تملّك الحصّة المبيعة...» سلّم من ذلك؛ لأنّ استحقاق التملّك غير استحقاق الملك.

﴿ ولا تثبت لغير ﴾ الشريك ﴿ الواحد ﴾ على أشهر القولين^(١) وصحيح الأخبار^(٢) يدلّ عليه. وذهب بعض الأصحاب إلى ثبوتها مع الكثرة^(٣) استناداً إلى روايات^(٤) معارضة بأقوى منها.

﴿ وموضوعها ﴾ وهو المال الذي تثبت فيه على تقدير بيعه ﴿ ما لا ينقل، كالأرض والشجر ﴾ إذا بيع منضمّاً إلى مغرسه، لا منفرداً. ومثله البناء، فلو اشتركت غرفة بين اثنين دون قرارها فلا شفعة فيها، وإن ضمّت إلى أرض غيره، كالشجر إذا ضمّ إلى غير مغرسه.

﴿ وفي اشتراط إمكان قسمته قولان ﴾^(٥) أجودهما اشتراطه؛ لأصالة

(١) القول بعدم الثبوت لغير الشريك الواحد للمفيد في المقنعة: ٦١٨، والسيد في الانتصار: ٤٥٠، المسألة ٢٥٧، والشيخ في النهاية: ٤٢٣ - ٤٢٤، وابن إدريس في السرائر ٢: ٣٨٧ وأدعى عليه الإجماع.

(٢) الوسائل ١٧: ٣٢١ - ٣٢٢، الباب ٧ من أبواب الشفعة، الأحاديث ١ - ٤، ٧.

(٣) ابن الجنيّد [كما نقل عنه العلامة في المختلف ٥: ٣٣٤] والصدوق [في من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٠، ذيل الحديث ٣٣٧٧ في غير الحيوان]. (منه رحمته).

(٤) أنظر الوسائل ١٧: ٣١٨، الباب ٤ من أبواب الشفعة، الحديثين ١، ٢، و ٣١٩، الباب ٥ من الأبواب، الحديث الأوّل، و ٣٢٢، الباب ٧ من الأبواب، الحديث ٥.

(٥) القول بالاشتراط للشيخ في النهاية: ٤٢٤، والمبسوط ٣: ١١٩، والقاضي في المهذب ١: ٤٥٨، وسلار في المراسم: ١٨٤، وغيرهم، وقال الشارح في المسالك ١٢: ٢٦٥:

عدم ثبوتها في محلّ النزاع، وعليه شواهد من الأخبار^(١) لكن في طريقها ضعف^(٢) ومن لم يشترط نظر إلى عموم أدلّة ثبوتها، مع ضعف المخصّص. وعلى الأوّل فلا شفعة في الحثام الصغير، والعضائد الضيقة، والنهر والطريق الضيقين، والرحى حيث لا يمكن قسمة أحجارها وبيتها. وفي حكم الضيق قلّة النصب بحيث يتضرّر صاحب القليل بالقسمة.

﴿ ولا تثبت ﴾ الشفعة ﴿ في المقسوم ﴾ بل غير المشترك مطلقاً ﴿ إلا مع الشركة في المجاز ﴾ وهو الطريق ﴿ والشرب^(٣) ﴾ إذا ضمّهما في البيع إلى المقسوم.

وهل يشترط قبولهما القسمة كالأصل؟ إطلاق العبارة يقتضي عدمه، وفي الدروس اشترطه^(٤) والأقوى الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة. نعم، لو بيعا منفردين اعتبر قبولهما كالأصل.

﴿ ويشترط قدرة الشفيع على الثمن ﴾ وبذله للمشتري، فلا شفعة للعاجز، ولا للممتنع مع قدرته، والمماطل. ويرجع في العجز إلى اعترافه، لا إلى حاله؛ لإمكان استدانته. ولا يجب على المشتري قبول الرهن والضامن والعوض.

والقول بعدم الاشتراط للسيد في الانتصار: ٤٤٨، المسألة ٢٥٦، وابن الجنيّد كما حكاه عنه العلامة في المختلف ٥: ٣٣٢، وابن إدريس في السرائر ٢: ٣٩٠.

(١) أنظر الوسائل ١٧: ٣٢٣، الباب ٨ من أبواب الشفعة، الحديث ١ وذيله و ٢، وعوالي اللآلئ ٣: ٤٧٥، الحديث ١ و ٣.

(٢) فإنّ بعضها روايات عامّة وبعضها الآخر ضعيفة بالإرسال وغيره، راجع المسالك ١٢: ٣٦٢.

(٣) وهو مورد الماء.

(٤) الدروس ٣: ٣٥٦.

﴿ وإسلامه إذا كان المشتري مسلماً ﴾ فلا شفعة لكافر مطلقاً على مسلم .
 ﴿ ولو ادعى غيبته اثنان أجل ثلاثة أيام ﴾ ولو ملقفاً، وفي دخول الليالي
 وجهان. نعم، لو كان الأخذ عشية دخلت الليلة تبعاً، ولا إشكال في دخول
 الليلتين المتوسّطتين كالاكتاف. ولو ادعى أنّه في بلد آخر أجل زماناً يسع
 ذهابه وإيابه، وثلاثة ﴿ ما لم يتضرر المشتري ﴾ لبعد البلد عادةً كالعراق
 من الشام.

وفي العبارة: أنّ تضرر المشتري يُسقط الإمهال ثلاثة مطلقاً، والموجود في
 كلامه في الدروس^(١) وكلام غيره^(٢) اعتباره في البلد النائي خاصة .
 ﴿ وتثبت ﴾ الشفعة ﴿ للغائب ﴾ وإن طالت غيبته ﴿ فإذا قدم ﴾ من سفره
 ﴿ أخذ ﴾ إن لم يتمكن من الأخذ في الغيبة بنفسه أو وكيله، ولا عبرة بتمكّنه من
 الإشهاد. وفي حكمه المريض والمحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه، ولو قدر عليه
 ولم يطالب بعد مضيّ زمانٍ يتمكّن من التخلّص والمطالبة بطلت .

﴿ و ﴾ كذا تثبت ﴿ للصبّيّ والمجنون والسفيه، ويتولّى الأخذ ﴾ لهم
 ﴿ الوليّ مع الغبطة ﴾ لهم في الأخذ كسائر التصرفات. ولا فرق بين كون الشريك
 البائع هو الوليّ وغيره، وكما يأخذ لهم يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، وكذا
 يأخذ لأحد الموليين نصيب الآخر لو باعه بشركته ﴿ فإن ترك ﴾ في موضع
 الثبوت ﴿ فلهم عند الكمال الأخذ ﴾ لا إن ترك لعدم المصلحة. ولو جهل الحال
 ففي استحقاقهم الأخذ نظراً إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا التفاتاً إلى أنّه

(١) الدروس ٣ : ٣٥٩ - ٣٦٠.

(٢) مثل الشيخ في النهاية : ٤٢٥، والقاضي في المهذب ١ : ٤٥٩، والمحقق في الشرائع ٣ :
 ٢٥٥، والعلامة في القواعد ٢ : ٢٤٤، وغيرهم. راجع للتفصيل مفتاح الكرامة ٦ : ٣٣٤.

مقيّد بالمصلحة ولم تُعلم، وجهان، أو جههما الثاني.

أما المفلس فتثبت له أيضاً، لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن، فإن بذلوه أو رضي المشتري بذمته فأخذ تعلق بالشفقة حقّ الغرماء. ولا يجب عليه الأخذ ولو طلبوه منه مطلقاً.

﴿ ويستحقّ ﴾ الأخذ بالشفقة ﴿ بنفس العقد وإن كان فيه خيار ﴾ بناءً على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به، فلو أوقفناه على انقضاء الخيار - كالشيخ^(١) - توقف على انقضائه.

﴿ و ﴾ على المشهور ﴿ لا يمنع ﴾ الأخذ ﴿ من التخاير ﴾ لأصالة بقاء الخيار ﴿ فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت ﴾ الشفعة وإلا استقرّ الأخذ. وجعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد^(٢) نظراً إلى عدم الفائدة به قبله؛ إذ ليس له انتزاع العين قبل مضيّ مدّة الخيار؛ لعدم استقرار ملكه. والظاهر أنّ ذلك جائز، لا لازم، بل يجوز قبله وإن منع من العين. والفائدة تظهر في النماء وغيره.

واحتمل المصنّف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ^(٣) لانتهاء فائدته؛ إذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، كما لو أراد الردّ بالعيب فأخذ الشفيع.

ويضعّف بأنّ الفائدة ليست منحصرة في الثمن، فجاز أن يريد دفع الدرك عنه.

(١) أنظر المبسوط ٣: ١٢٣.

(٢) مثل العلامة في الإرشاد ١: ٣٧٥ و ٣٨٥.

(٣) الدروس ٣: ٣٦٢.

﴿ وليس للشفيع أخذ البعض ، بل يأخذ الجميع ، أو يدع ﴾ لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة؛ ولأنَّ حقَّه في المجموع من حيث هو مجموع كالأخبار، حتَّى لو قال : أخذت نصفه - مثلاً - بطلت الشفعة؛ لمنافاته الفوريَّة، حيث تعتبر .
﴿ ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ﴾ أي بمثله؛ لعدم إمكان الأخذ بعينه، إلَّا أن يتملَّكه، وليس بلازم ﴿ ولا يلزمه غيره من دلالة أو وكالة ﴾ وأجرة نقد ووزن، وغيرها؛ لأنَّها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه .

﴿ ثمَّ إن كان ﴾ الثمن ﴿ مثلياً فعليه مثله ، وإن كان قيميّاً فقيمته ﴾ .

وقيل : لا شفعة هنا^(١) لتعدُّر الأخذ بالثمن، وعملاً برواية^(٢) لا تخلو من ضعفٍ وقصورٍ عن الدلالة .

وعلى الأوَّل يعتبر قيمته ﴿ يومَ العقد ﴾ لأنَّه وقت استحقاق الثمن، فحيث لا يمكن الأخذ به تعتبر قيمته حينئذٍ . وقيل : أعلى القيم من حينه إلى حين دفعها^(٣)

(١) قاله الشيخ في الخلاف ٣ : ٤٣٢، المسألة ٧، وابن حمزة في الوسيلة : ٢٥٨، والعلامة في المختلف ٥ : ٣٣٨ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٢٤، الباب ١١ من أبواب الشفعة، الحديث الأوَّل، وهي رواية عليِّ بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبزّ وجوهر، قال : ليس لأحد فيها شفعة . وضعف سندها بالحسن بن سماعة وهو واقفي . وأمّا قصورها عن الدلالة فلأنَّه لم يذكر فيها أنَّ فيها شركة لأحد، فجاز أن تكون الشفعة المنفية شفعة الجوار ونحوها . ولو سلّم أنَّها مشتركة فليس فيها ما يدلُّ على أنَّ المانع كون الثمن قيميّاً فجاز كونه غيره كعدم قبولها القسمة وغيره . وتبَّه بذلك على خلاف العلامة في التحرير [٤ : ٥٧٣] وغيره [المختلف ٥ : ٣٣٨] حيث جعل الرواية صحيحة ودالّة على عدم ثبوت الشفعة في القيمي ، وقد عرفت ضعفها . (منه عليه السلام) .

(٣) قاله فخر المحقّقين في الإيضاح ٢ : ٢١٠ .

كالغاصب. وهو ضعيف.

﴿ وهي على الفور ﴾ في أشهر القولين ^(١) اقتصاراً فيما خالف الأصل على محلّ الوفاق، ولما رُوي أنّها كحلّ العقال ^(٢) ولأنّها شرّعت لدفع الضرر. وربما جاء من التراخي على المشتري ضرر أقوى؛ لأنّه إن تصرف كان معرضاً للنقص، وإن أهمل انتفت فائدة الملك.

وقيل: على التراخي ^(٣) استصحاباً لما ثبت، وأصالة عدم الفورية وهو مخرج عن الأصل، والرواية عامية. نعم، روى عليّ بن مهزيار عن الجواد عليه السلام: إنظاره بالثمن ثلاثة أيام ^(٤) وهو يؤذن بعدم التراخي مطلقاً ^(٥) ولا قائل بالفرق ^(٦) وهذا حسن.

وعليه ﴿ فإذا علم وأهمل ﴾ عالماً مختاراً ﴿ بطلت ﴾ ويعذر جاهل الفورية كجاهل الشفعة وناسيها. وتقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقّه عادة. وكذا يعذر مؤخّر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلاً، وإلى الطهارة والصلاة ولو بالأذان والإقامة والسنن المعهودة، وانتظار الجماعة لها، والأكل والشرب،

(١) وهو قول المفيد في المقنعة: ٦١٨ - ٦١٩، والشيخ في المبسوط ٣: ١٠٨، والخلاف ٣: ٤٣٠، المسألة ٤، وأتباع الشيخ مثل القاضي في المهذب ١: ٤٥٨ - ٤٥٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٥٨.

(٢) السنن الكبرى ٦: ١٠٨، وكنز العمال ٧: ٤، الحديث ١٧٦٨٦.

(٣) قاله السيّد في الانتصار: ٤٥٤ - ٤٥٧، المسألة ٢٥٩، والإسكافي وعليّ بن بابويه على ما نقل عنهما في المختلف ٥: ٣٤١، وابن إدريس في السرائر ٢: ٣٨٨.

(٤) الوسائل ١٧: ٣٢٤، الباب ١٠ من أبواب الشفعة، وفيه حديث واحد.

(٥) حتّى في الثلاثة.

(٦) يعني من جوّز التراخي جوّزه مطلقاً ومن لم يجوّزه لم يجوّز أصلاً.

والخروج من الحّمّام بعد قضاء وطره منه، وتشيع المسافر، وشهود الجنّازة، وقضاء حاجة طالبها، وعيادة المريض، ونحو ذلك؛ لشهادة العرف به، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده بحيث لا يمنعه من شغله.

ولا بدّ من ثبوت البيع عنده بشهادة عدلين أو الشياخ، فلا عبرة بخبر الفاسق والمجهول والصبيّ والمرأة مطلقاً، وفي شهادة العدل الواحد وجه، واكتفى به المصنّف في الدروس مع القرينة^(١) نعم لو صدّق المخبر كان كتبوته في حقّه. وكذا لو علم صدقه بأمر خارج.

﴿ ولا تسقط الشفعة بالفسخ المتعقب للبيع بتقاييل، أو فسخ بعيب ﴾ أمّا مع التقاييل فظاهر؛ لأنّه لا حقّ للعقد، والشفعة تثبت به فتقدّم. وأمّا [مع]^(٢) العيب، فلأنّ استحقاق الفسخ به فرع دخول الميعب في ملكه؛ إذ لا يعقل ردّ ما كان ملكاً للغير، ودخوله في ملكه إنّما يتحقّق بوقوع العقد صحيحاً، وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقترنان ويقدم حقّ الشفيع؛ لعموم أدلّة الشفعة للشريك واستصحاب الحال، ولأنّ فيه جمعاً بين الحقّين؛ لأنّ العيب إن كان في الثمن المعيّن فالبائع يرجع إلى قيمة الشقص، وإن كان في الشقص فالمشتري يطلب الثمن، وهو حاصل له من الشفيع. بخلاف ما إذا قدّمنا البائع في الأوّل، فإنّه يقتضي سقوط حقّ الشفيع من الشقص عيناً وقيمة، وكذا لو قدّمنا المشتري.

وربما فرّق بين أخذ الشفيع قبل الفسخ وبعده؛ لتساويهما في الثبوت، فيقدّم السابق في الأخذ. ويضعّف بما ذكرناه^(٣).

(١) الدروس ٣ : ٣٦٥.

(٢) لم يرد في المخطوطات.

(٣) من تقديم حقّ الشفيع؛ لعموم الأدلّة.

وقيل بتقديم حقّ المتبايعين^(١) لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق.

وفيه نظر؛ لأنّ مجرد وجود العيب غير كافٍ في السببيّة بل هو مع العقد، كما أنّ الشركة غير كافية في سببيّة الشفعة بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، وإن كان جانب العيب لا يخلو من قوّة، إلّا أنّها لا توجب التقديم، فالعمل على ما اختاره المصنّف أولى.

ولو اختار البائع أخذ أرش الثمن المغيّب من المشتري رجع المشتري به على الشفيع إن كان أخذ بقيمة المغيّب أو بمغيّب مثله، وإلّا فلا. ولو ترك البائع الردّ والأرش معاً مع أخذ الشفيع له بقيمة المغيّب أو مثله، فلا رجوع له بشيء؛ لأنّه كإسقاط بعض الثمن.

وكذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص قبل أخذ الشفيع أخذه الشفيع بما بعد الأرش؛ لأنّه كجزءٍ من الثمن. ولو أخذه بعد أخذ الشفيع رجع الشفيع به. ويُفهم من تقييد الفسخ بالعيب أنّه لو كان بغيره بطلت، وقد تقدّم ذلك في الفسخ بالخيار.

وبقي تجددّ الفسخ بذاته - كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض - وفي بطلانها به قول^(٢) من حيث إنّّه يوجب بطلان العقد. وآخر بعده^(٣) لأنّ البطلان من

(١) لم نعره عليه.

(٢) قاله الشيخ في المبسوط ٣: ١٣٣.

(٣) استقره العلامة في المختلف ٥: ٣٦٠ و ٣٦١، وصحّحه ولده في الإيضاح ٢: ٢١٧،

واختاره الصيمري في غاية المرام ٤: ١٢٠.

حين التلف لا من أصله، فلا يزيل ما سبق من استحقاقها. وثالث بالفرق بين أخذ الشفيع قبل التلف فتثبت وبعده فتبطل^(١) والأوسط أوسط.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ تسقط الشفعة ﴿ بالعقود اللاحقة ﴾ للبيع ﴿ كما لو باع ﴾ المشتري الشقص ﴿ أو وهب أو وقف ﴾ لسبق حقّ الشفيع على ما تأخّر من العقود ﴿ بل للشفيع إبطال ذلك كله ﴾ والأخذ بالبيع الأوّل ﴿ وله أن ﴾ يجيز البيع و ﴿ يأخذ بالبيع الثاني ﴾ لأنّ كلّاً من البيعين سبب تامّ في ثبوت الشفعة، والثاني صحيح وإن توقّف على إجازة الشفيع، فالتعيين إلى اختياره.

وكذا لو تعدّدت العقود، فإن أخذ من الأخير صحّت العقود السابقة، وإن أخذ من الأوّل بطلت اللاحقة، وإن أخذ من المتوسّط صحّ ما قبله وبطل ما بعده.

ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره الشفيع بين اللازمة وغيرها، ولا بين المعوّض عنها وغيرها، فيأخذ الواهب الثمن ويرجع العوض إلى باذله.

﴿ والشفيع يأخذ من المشتري ﴾ لا من البائع؛ لأنّه المالك الآن ﴿ ودركه ﴾ أي درك الشقص لو ظهر مستحقاً ﴿ عليه ﴾ فيرجع عليه بالثمن وبما اغترمه لو أخذه المالك. ولا فرق في ذلك بين كونه في يد المشتري ويد البائع بأن لم يكن أقبضه، لكن هنا لا يكلف المشتري قبضه منه، بل يكلف الشفيع الأخذ منه أو الترك؛ لأنّ الشقص هو حقّ الشفيع، فحيثما وجده أخذه، ويكون قبضه كقبض المشتري، والدرك عليه على التقديرين.

﴿ والشفعة تورث ﴾ عن الشفيع كما يورث الخيار وحدّ القذف والقصاص

(١) قاله العلامة في القواعد ٢: ٢٥٦.

في أصحّ القولين^(١) لعموم أدلّة الإرث. وقيل: لا تورث^(٢) استناداً إلى رواية^(٣) ضعيفة السند^(٤) وعلى المختار فهي ﴿ كالمال ﴾ فتقسم ﴿ بين الورثة ﴾ على نسبة سهامهم، لا على رؤوسهم. فللزوجة مع الولد الثمن، فلو عفى أحد الورث عن نصيبه لم تسقط؛ لأنّ الحقّ للجميع، فلا يسقط حقّ واحد بترك غيره ﴿ فلو عفوا إلاّ واحداً أخذ الجميع، أو ترك ﴾ حذراً من تبعض الصفقة على المشتري. ولا يقدر هنا تكثّر المستحقّ وإن كانوا شركاء؛ لأنّ أصل الشريك متّحد، والاعتبار بالوحدة عند البيع، لا الأخذ.

﴿ ويجب تسليم الثمن أولاً ﴾ جبراً لقهر المشتري ﴿ ثمّ الأخذ ﴾ أي تسلّم المبيع، لا الأخذ بالشفعة القولية، فإنّه متقدّم على تسليم الثمن مراعاة للفوريّة ﴿ إلاّ أن يرضى الشفيع بكونه ﴾ أي الثمن ﴿ في ذمّته ﴾ فله أن يتسلّم المبيع أولاً؛ لأنّ الحقّ في ذلك للمشتري، فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمّة الشفيع فله ذلك.

والمراد بالشفيع هنا المشتري؛ لما ذكرناه إمّا تجوّزاً؛ لكونه سبباً في إثبات الشفيع، أو وقع سهواً.

(١) ذهب إليه المفيد في المقنعة: ٦١٩، والسيد في الانتصار: ٤٥١، المسألة ٢٥٧، والشيخ في الخلاف ٣: ٢٧، المسألة ٣٦، وابن سعيد في الجامع للشرائع: ٢٧٨، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٤: ٩٥، وغيرهم.

(٢) قاله الشيخ في النهاية: ٤٢٥-٤٢٦، وفي موضع آخر من الخلاف ٣: ٤٣٦، المسألة ١٢، والقاضي في المهذب ١: ٤٥٩، والطوسي في الوسيلة: ٢٥٩.

(٣) أنظر الوسائل ١٧: ٣٢٥، الباب ١٢ من أبواب الشفعة، وفيه حديث واحد.

(٤) والضعف بطلحة بن زيد الواقع في سندها، فإنّه بتري. راجع المسالك ١٢: ٣٤١.

﴿ ولا يصحّ الأخذ إلا بعد العلم بقدره وجنسه ﴾ ووصفه؛ لأنّه معاوضة تفتقر إلى العلم بالعوضين ﴿ فلو أخذ قبله لغى ولو قال : أخذته بمهما كان ﴾ للغرر، ولا تبطل بذلك شفيعته. ويُعتفر بعد اجتماعه بالمشتري السؤال عن كميّة الثمن والشفيع بعد السلام والكلام المعتاد.

﴿ ولو انتقل الشقص بهبة أو صلح أو صداق فلا شفعة ﴾ لما تقدّم في تعريفها من اختصاصها بالبيع، وما ذكر ليس بيعاً حتّى الصلح بناءً على أصلته.

﴿ ولو اشتراه بثمن كثير ثمّ عوضه عنه بيسير أو أبرأه من الأكثر ﴾ ولو حيلةً على تركها ﴿ أخذ الشفيع بالجميع ﴾ إن شاء؛ لأنّه الثمن والباقي معاوضة جديدة أو إسقاط لما ثبت، ومقتضى ذلك : أنّ الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري وجائز للبائع أخذه وإن كان بينهما مواطاة على ذلك؛ إذ لا يستحقّ المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت في ذمّته، ولا يثبت في ذمّته إلا ما يستحقّ البائع المطالبة به.

وقال في التحرير: لو خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهر له لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن؛ لأنّ صاحبه إنّما رضي بالعقد للتواطؤ^(١).

﴿ أو ترك ﴾ الشفيع الأخذ؛ لما يلزمه من الغرم.

﴿ ولو اختلف الشفيع والمشتري في ﴾ مقدار ﴿ الثمن حلف المشتري ﴾ على المشهور؛ لأنّه أعرف بالعقد، ولأنّه المالك فلا يزال مُلكه إلا بما يدّعيه.

ويشكل بمنع كون حكم المالك كذلك مطلقاً، وقد تقدّم قبول قول المنكر في

كثير^(١) خصوصاً مع تلف العين، وعموم «اليمين على من أنكر» وارد هنا، ومن ثم ذهب ابن الجنيدي إلى تقديم قول الشفيع؛ لأنه منكر^(٢).

والاعتذار للأول بأن المشتري لا دعوى له على الشفيع؛ إذ لا يدعي شيئاً في ذمته ولا تحت يده، وإنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يدعيه، والمشتري ينكره ولا يلزم من قوله: «اشتريته بالأكثر» أن يكون مدّعياً عليه وإن كان خلاف الأصل؛ لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه ولا يطلب تغريمه إياه، وإنما يتم^(٣) قبل الأخذ بالشفعة. أما بعده فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع ويأتي فيه جميع ما سبق.

لا يقال: إنه لا يأخذ حتى يستقر أمر الثمن؛ لما تقدم من اشتراط العلم بقدره، فما داما متنازعين لا يأخذ ويتجه الاعتذار.

لأننا نقول: المعتبر في أخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده، لا على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ ووقع النزاع فيه بعد تملكه للشقص، فيكون المشتري هو المدعي. ويمكن أيضاً أن يملك الشقص برضاء المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعد^(٤) فيصير المشتري مدّعياً.

وتظهر الفائدة لو أقاما بينة بالحكم لبينة الشفيع على المشهور، وبينة

(١) منها: قبول قوله مع اليمين في إنكار أصل الوكالة (الصفحة ٤٥)، ومنها في عقد الإجارة

(الصفحة ٣٠)، ومنها الاختلاف في مدة المساقاة (الجزء الثاني: ٥١٤)، وكذا في

المزارعة (الجزء الثاني: ٥٠١) وغيرها.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف ٥: ٣٤٧.

(٣) خبر لقوله: والاعتذار للأول.

(٤) في غير (ع): بعده.

المشتري على الثاني.

﴿ ولو ادّعى أن شريكه اشترى بعده ﴾ وأنه يستحقّ عليه الشفعة فأنكر الشريك التأخر ﴿ حلف الشريك ﴾ لأنه منكر والأصل عدم الاستحقاق ﴿ ويكفيه الحلف على نفي الشفعة ﴾ وإن أجاب بنفي التأخر؛ لأن الغرض هو الاستحقاق ويكفي اليمين لنفيه، وربما كان صادقاً في نفي الاستحقاق وإن كان الشراء متأخراً لسبب من الأسباب المسقطّة للشفعة، فلا يكلف الحلف على نفيه. ويحتمل لزوم حلفه على نفي التأخر على تقدير الجواب به؛ لأنه ما أجاب به إلا ويمكنه الحلف عليه، وقد تقدّم مثله في القضاء^(١).

﴿ ولو تداعيا سبق تحالفا ﴾ لأنّ كلّ واحد منهما مدّع ومدّعى عليه، فإذا تحالفا استقرّ ملكهما؛ لاندفاع دعوى كلّ منهما بيمين الآخر ﴿ ولا شفعة ﴾ لانتفاء سبق.

(١) راجع الجزء الثاني : ٩٦.

كتاب السبق والمناجاة



﴿ كتاب السبق والرماية ﴾

وهو عقد سُرع لفائدة التمرّن على مباشرة النضال والاستعداد لممارسة القتال. والأصل فيه قوله ﷺ: « لا سبق إلاّ في نصل أو خفّ، أو حافر»^(١) وقوله ﷺ: «إنّ الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل»^(٢).

و ﴿ إنّما ينعد السبق ﴾ بسكون الباء ﴿ من الكاملين ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ الخالين من الحجر ﴾ لأنّه يقتضي تصرفاً في المال ﴿ على الخيل والبغال والحمير ﴾ وهي داخلة في «الحافر» المثبت في الخبر ﴿ والإبل والفيلة ﴾ وهما داخان في الخفّ ﴿ وعلى السيف والسهم والحراب^(٣) ﴾ وهي داخلة في «النصل» ويدخل السهم في «الريش» على الرواية الثانية إذا اشتمل عليه، تسميةً للشيء باسم جزئه. وأطلق السبق على ما يعمّ الرمي، تبعاً للنصّ وتغليباً للاسم.

(١) الوسائل ١٣ : ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب السبق والرماية، الحديث ٤ مع تقديم وتأخير.

(٢) الفقيه ٣ : ٤٩، الحديث ٣٣٠٣، ونقله في الوسائل ١٣ : ٣٤٧، الباب الأوّل من أبواب

السبق والرماية، الحديث ٦ مع حذف الإسناد إلى الرسول ﷺ.

(٣) بكسر الحاء، جمع حربة : آلة للحرب من الحديد.

﴿ لا بالمصارعة والسفن والطيور، والعدو ﴾ ورفع الأحجار ورميها، ونحو ذلك؛ لدلالة الحديث السابق على نفي مشروعيتها ما خرج عن الثلاثة. هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض. أما لو تجرد عنه ففي تحريمه نظر، من دلالة النص على عدم مشروعيتها إن روي السبق بسكون الباء ليفيد نفي المصدر، وإن روي بفتحها - كما قيل^(١) إنه الصحيح رواية - كان المنفي مشروعيتها العوض عليها، فيبقى الفعل على أصل الإباحة؛ إذ لم يرد شرعاً ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصاً مع تعلق غرض صحيح بها. ولو قيل بعدم ثبوت رواية الفتح فاحتمال الأمرين يسقط دلالته على المنع.

﴿ ولا بدّ فيها* من إيجاب وقبول على الأقرب ﴾ لعموم قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^(٢) «والمؤمنون عند شروطهم»^(٣) وكلّ من جعله لازماً حكم بافتقاره إلى إيجاب وقبول.

وقيل: هو جُعالة^(٤) لوجود بعض خواصها فيه وهي: أن بذل العوض فيه على ما لا يوثق بحصوله وعدم تعيين العامل، فإنّ قوله: «من سبق فله كذا» غير متعيّن عند العقد، ولأصالة عدم اللزوم وعدم اشتراط القبول، والأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه وهو موضع النزاع؛ سلّمنا لكنّ الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوماً وجوازاً، وإلا لوجب الوفاء بالعقود الجائزة.

(١) قاله الخطّابي على ما حكاه عنه ابن الأثير في النهاية ٢: ٣٣٨ (سبق).

(*) في (س): «فيهما».

(٢) المائدة: ١.

(٣) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٤) قاله الشيخ في المبسوط ٦: ٣٠٠، والخلاف ٦: ١٠٥، المسألة ٩، وابن سعيد في الجامع

للشرائع: ٣٣٥، والعلامة في القواعد ٢: ٣٧٥، والمختلف ٦: ٢٥٥.

وفيه نظر؛ لأنّ وجود بعض الخواصّ لا يقتضي الاتّحاد في الحكم مطلقاً، وأصالة عدم اللزوم ارتفعت بما دلّ عليه والأصل في الوفاء العمل بمقتضاه دائماً وخروج العقد الجائز تخصيصاً للعامّ فيبقى حجّة في الباقي. نعم بقي الشكّ في كونه عقداً.

﴿وتعيين العوض﴾ وهو المال الذي يبذل للسابق منهما قدرأً وجنسأً ووصفاً. وظاهر العبارة ككثير: أنّه شرط في صحّة العقد، وفي التذكرة أنّه ليس بشرط، وإّما يعتبر تعيينه لو شرط^(١) وهو حسن.

﴿ويجوز كونه منهما﴾ معاً ومن أحدهما، وفائدته حينئذٍ أنّ الباذل إن كان هو السابق أحرز ماله، وإن كان غيره أحرزه ﴿ومن بيت المال﴾ لأنّه معدّ للمصالح وهذا منها؛ لما فيه من البعث على التمرّن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد ﴿ومن أجنبيّ﴾ سواء كان الإمام أم غيره. وعلى كلّ تقدير فيجوز كونه عيناً ودينأً، حالأً ومؤجلاً.

﴿ولا يشترط المحلّل﴾ وهو الذي يدخل بين المتراهنين^(٢) بالشرط في عقده فيسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما. ثمّ إن سبق أخذ العوض وإن سبق لم يغرم، وهو بينهما كالأمين، وإّما لم يشترط؛ للأصل وتناول ما دلّ على الجواز للعقد الخالي منه. وعند^(٣) بعض العامّة^(٤) وبعض أصحابنا^(٥)

(١) التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٣٥٥.

(٢) في (ر) : المتراضيين.

(٣) في (ف) : وعن.

(٤) قاله الشافعي في الأمّ ٤ : ٢٣٠، وانظر المغني والشرح الكبير ١١ : ١٣٥.

(٥) وهو الإسكافي كما نقله عنه العلامة في المختلف ٦ : ٢٥٦.

هو شرط، وبه سُمِّي محللاً؛ لتحريم العقد بدونه عندهم. وحيث شرط لزم، فيُجري دأبته بينهما أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق، وإلى (١) ما شرط مع التعيين؛ لأنهما بإخراج السبق متنافران، فيدخل بينهما، لقطع تنافرهما.

﴿ ويشترط في السبق تقدير المسافة ﴾ التي يستبان فيها ﴿ ابتداءً وغاية ﴾ لثلاً يؤدي إلى التنازع، ولاختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً ظاهراً؛ لأنّ من الخيل ما يكون سريعاً في أول عدّوه دون آخره، فصاحبه يطلب قصر المسافة، ومنها ما هو بالعكس، فيعكس الحكم.

﴿ و ﴾ تقدير ﴿ الخطر ﴾ وهو العوض إن شرطاه، أو مطلقاً.

﴿ وتعيين ما يُسابق عليه ﴾ بالمشاهدة ولا يكفي الإطلاق، ولا التعيين بالوصف؛ لاختلاف الأغراض بذلك كثيراً ﴿ واحتمال السبق في المعيّنين ﴾ بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه ﴿ فلو علم قصور أحدهما بطل ﴾ لانتفاء الفائدة حينئذٍ؛ لأنّ الغرض منه استعمال السابق. ولا يقدر رجحان سبق أحدهما إذا أمكن سبق الآخر؛ لحصول الغرض معه.

﴿ وأن يجعل السبق ﴾ بفتح الباء وهو العوض ﴿ لأحدهما ﴾ وهو السابق منهما، لا مطلقاً ﴿ أو للمحلل إن سبق، لا لأجنبي ﴾ ولا للمسبوق منهما ومن المحلل، ولا جعل القسط الأوفر للمتأخر أو للمُصلي والأقلّ للسابق؛ لمنافاة ذلك كَلّه للغرض الأقصى من شرعيته وهو الحثّ على السبق والتمرّن عليه.

﴿ ولا يشترط التساوي في الموقف ﴾ للأصل، وحصول الغرض مع تعيين المبدأ والغاية.

وقيل: يشترط؛ لانتفاء معرفة جودة عدّو الفرس وفروسيّة الفارس مع عدم

(١) في (ع) و (ش): أو إلى.

التساوي^(١) لأنَّ عدم السبق قد يكون مستنداً إليه، فيخلَّ بمقصوده. ومثله إرسال إحدى الدابَّتين قبل الأخرى.

﴿ والسابق هو الذي يتقدَّم ﴾ على الآخر ﴿ بالعنق ﴾ ظاهره اعتبار التقدَّم بجميعة. وقيل: يكفي بعضه^(٢) وهو حسن. ثمَّ إنَّ اتَّفقا في طول العنق أو قصره وسبق الأقصرُ عنقاً ببعضه فواضح، وإلاَّ اعتبر سبق الطويل بأكثر من قدر الزائد، ولو سبق بأقلَّ من قدر الزائد فالتصير هو السابق.

وفي عبارة كثير أنَّ السبق يحصل بالعنق والكتِّد معاً^(٣) وهو - بفتح الفوقائيَّة أشهر من كسرهما - مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر، وعليه يسقط اعتبار بعض العنق. وقد يتَّفق السبق بالكتِّد وحده، كما لو قصر عنق السابق به أو رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به، وبالقوائم فالمتقدَّم بيديه عند الغاية سابق؛ لأنَّ السبق يحصل بهما والجري عليهما.

والأولى حينئذٍ تعيين السبق بأحد الأربعة ومع الإطلاق يتَّجه الاكتفاء بأحدها؛ لدلالة العرف عليه.

ويطلق على السابق «المُجَلِّي».

﴿ والمُصَلِّي هو الذي يحاذي رأسه صَلَوِي السابق وهما: العظمان الناتان عن يمين الذنَّب وشماله ﴾ والتالي هو الثالث. والبارع الرابع. والمرتاح الخامس. والحظِّي السادس. والعاطف السابع. والمؤمِّل - مبيئاً للفاعل - الثامن. واللطيم

(١) قاله العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٣٥٥.

(٢) قاله الإسكافي كما نقل عنه العلامة في المختلف ٦ : ٢٥٧.

(٣) مثل الشيخ في الخلاف ٦ : ١٠٤، المسألة ٨ من السبق، والمحقق في الشرائع ٢ : ٢٣٥،

والعلامة في القواعد ٢ : ٣٧٢.

-بفتح أوله وكسر ثانيه - التاسع . والسكيت - بضم السين ففتح الكاف - العاشر .
والفِسْكِـل - بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف ، أو بضمّهما كقُنْفُذ - الأخير .
وتظهر الفائدة فيما لو شرط للمجليّ ما لا ، وللمصليّ أقلّ منه ، وهكذا...
إلى العاشر .

﴿ ويشترط في الرمي معرفة الرشق ﴾ بكسر الراء ، وهو عدد الرمي الذي يتفقان عليه ﴿ كعشرين ، وعدد الإصابة ﴾ كعشرة منها ﴿ وصفتها من المارق ﴾ وهو الذي يخرج من الغرض نافذاً ويقع من ورائه ﴿ والخاسق ﴾ بالمعجمة والمهملة^(١) وهو الذي يثقب الغرض ويقف فيه ﴿ والخازق ﴾ بالمعجمة والزاي ، وهو ما خدشه ولم يثقبه . وقيل : ثقبه ولم يثبت فيه^(٢) ﴿ والخاصل ﴾ بالخاء المعجمة والصاد المهمله ، وهو يطلق على القارع وهو ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه ، وعلى الخازق وعلى الخاسق - وقد عرفتهما - وعلى المصيب له كيف كان ﴿ وغيرها ﴾ من الأوصاف ، كالخاصر وهو ما أصاب أحد جانبيه . والخارم وهو الذي يخرم حاشيته . والحايي وهو الواقع دونه ثمّ يجبو إليه مأخوذ من حَبُو الصبي^(٣) ويقال على ما وقع بين يدي الغرض ثمّ وثب إليه فأصابه وهو المزدلف . والقارع وهو الذي يصيبه بلا خدش .

ومقتضى اشتراطه تعيين الصفة بطلان العقد بدونه - وهو أحد القولين^(٤) -

(١) في (ر) : فالمهمله .

(٢) لم نعرث عليه في كتب الإمامية ، نعم يوجد في كتب العامة ، أنظر المجموع ١٦ : ٨٠ .

(٣) حبا الصبيّ : زحف على يديه وبطنه .

(٤) قاله الشيخ في المبسوط ٦ : ٢٩٦ ، والقاضي في المهذب ١ : ٣٣٢ - ٣٣٣ ، والعلامة في

لاختلاف النوع الموجب للغرر.

وقيل: يحمل على أخير ما ذكره بمعناه الأخير^(١) وهو الأقوى؛ لأنَّ ابداء المشترك بين الجميع، فيحمل الإطلاق عليه، ولأصالة البراءة من وجوب التعيين، ولأنَّ اسم الإصابة واقع على الجميع، فيكفي اشتراطه، ولا غرر حيث يُعلم من الإطلاق الدلالة على المشترك.

﴿ وقدر المسافة ﴾ إمَّا بالمشاهدة، أو بالتقدير كمئة ذراع؛ لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد ﴿ و ﴾ قدر ﴿ الغرض ﴾ وهو ما يقصد إصابته من قرطاس أو جلد أو غيرهما؛ لاختلافه بالسعة والضيق. ويشترط العلم بوضعه من الهدف وهو ما يجعل فيه الغرض من تراب وغيره؛ لاختلافه في الرفة والانحطاط الموجب لاختلاف الإصابة.

﴿ والسَّبَق ﴾ وهو العوض ﴿ وتماثل جنس الآلة ﴾ أي نوعها الخاص كالقوس العربي، أو المنسوب إلى وضع خاص؛ لاختلاف الرمي باختلافها ﴿ لاشخصها ﴾ لعدم الفائدة بعد تعيين النوع، ولأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يحوج إلى إبداله، بل قيل: إنَّه لو عيَّنه لم يتعيَّن وجاز الإبدال وفسد الشرط^(٢).

وشمل إطلاق «الآلة» القوس والسهم وغيرهما. وقد ذكر جماعة أنَّه لا يشترط تعيين السهم^(٣) لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي،

(١) قاله العلامة في القواعد ٢: ٣٧٨، وقواه ولده فخر المحققين في الإيضاح ١: ٣٧١-٣٧٢.

(٢) قاله العلامة في القواعد ٢: ٣٧٩، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ٣٥٥.

(٣) قاله المحقق في الشرائع ٢: ٢٣٨، والعلامة في القواعد ٢: ٣٧٩، والتحرير ٣: ١٧٥.

والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ٣٥٥.

بخلاف القوس. وأنه لو لم يعين جنس الآلة انصرف إلى الأغلب عادة؛ لأنه جارٍ مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت فسد العقد؛ للغرر.

﴿ ولا يشترط ﴾ تعيين ﴿ المبادرة ﴾ وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عددٍ معيّن من مقدار رشق معيّن مع تساويهما في الرشق، كخمسـة من عشرين ﴿ ولا المحاطة ﴾ وهي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه.

﴿ ويحمل المطلق على المحاطة ﴾ لأنّ اشتراط السبق إنّما يكون لإصابة معيّنة من أصل العدد المشترك في العقد، وذلك يقتضي إكمال العدد كلّـه لتكون الإصابة المعيّنة منه، وبالمبادرة قد لا يفتقر إلى الإكمال، فإنّهما إذا اشترطا رشق عشرين وإصابة خمسـة فرمى كلّ واحد عشرة فأصاب أحدهما خمسـة، والآخر أربعة - مثلاً - فقد نضله^(١) صاحب الخمسة، ولا يجب عليه الإكمال. بخلاف ما لو شرطا المحاطة، فإنّهما يتحاطان أربعة بأربعة ويبقى لصاحب الخمسة واحد، ويجب الإكمال؛ لاحتمال اختصاص كلّ واحد بإصابة خمسـة فيما يبقى.

وقيل: يحمل على المبادرة^(٢) لأنّ المتبادر من إطلاق سبق لمن أصاب عدداً معيّنًا، وعدم وجوب الإكمال مشترك بينهما، فإنّه قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته؛ للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كلّ تقدير، بأن رمى أحدهما في المثال خمسـة عشر فأصابها ورماها الآخر فأصاب خمسـة، فإذا تحاطا خمسـة بخمسـة بقي للآخر عشرة،

(١) في (ع): فضله.

(٢) لم نعر عليه في كتب الإمامية، نعم قاله بعض الشافعية، أنظر مغني المحتاج ٤: ٣١٥،

وغاية ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشرة الخمسة ويصيبها الآخر، فيبقى له فضل خمسة، وهي الشرط.

وما اختاره المصنّف أقوى؛ لأنّه المتبادر وما ادّعي منه في المبادرة غير متبادر، ووجوب الإكمال فيها أغلب، فتكثر الفائدة التي بسببها شرّعت المعاملة. ولو عيّنا إحداهما^(١) كان أولى.

﴿ فإذا تمّ النضال ﴾ وهو الرماية، وتمامه بتحقيق الإصابة المشروطة لأحدهما، سواء أتمّ العدد أجمع أم لا ﴿ ملك الناضل ﴾ وهو الذي غلب الآخر ﴿ العوض ﴾ سواء جعلناه لازماً كالإجارة، أم جعالة. أمّا الأوّل: فلأنّ العوض في الإجارة وإن كان يُملك بالعقد، إلّا أنّه هنا لما كان للغالب وهو غير معلوم بل يمكن عدمه أصلاً^(٢) توقّف الملك على ظهوره. وجاز كونه لازماً برأسه يخالف الإجارة في هذا المعنى. وأمّا على الجعالة: فلأنّ المال إنّما يملك فيها بتمام العمل، وجواز الرهن عليه قبل ذلك وضمّانه نظراً إلى وجود السبب المملّك، وهو العقد. وهذا يتمّ في الرهن. أمّا في الضمان فيشكل بأنّ مجرد السبب غير كافٍ، كيف! ويمكن تخلفه بعدم الإصابة فليس بتامّ. وهذا ممّا يرجّح كونه جعالة.

﴿ وإذا فضل أحدهما صاحبه ﴾ بشيءٍ ﴿ فصالحه على ترك الفضل لم يصح ﴾ لأنّه مفوّت للغرض من المناضلة أو مخالف لوضعها.

﴿ ولو ظهر استحقاق العوض ﴾ المعيّن في العقد ﴿ وجب على الباذل مثله أو قيمته ﴾ لأنّهما أقرب إلى ما وقع التراضي عليه من العوض الفاسد، كالصداق إذا ظهر فساده.

(١) المحاطة أو المبادرة. في (ع) و (ر): أحدهما.

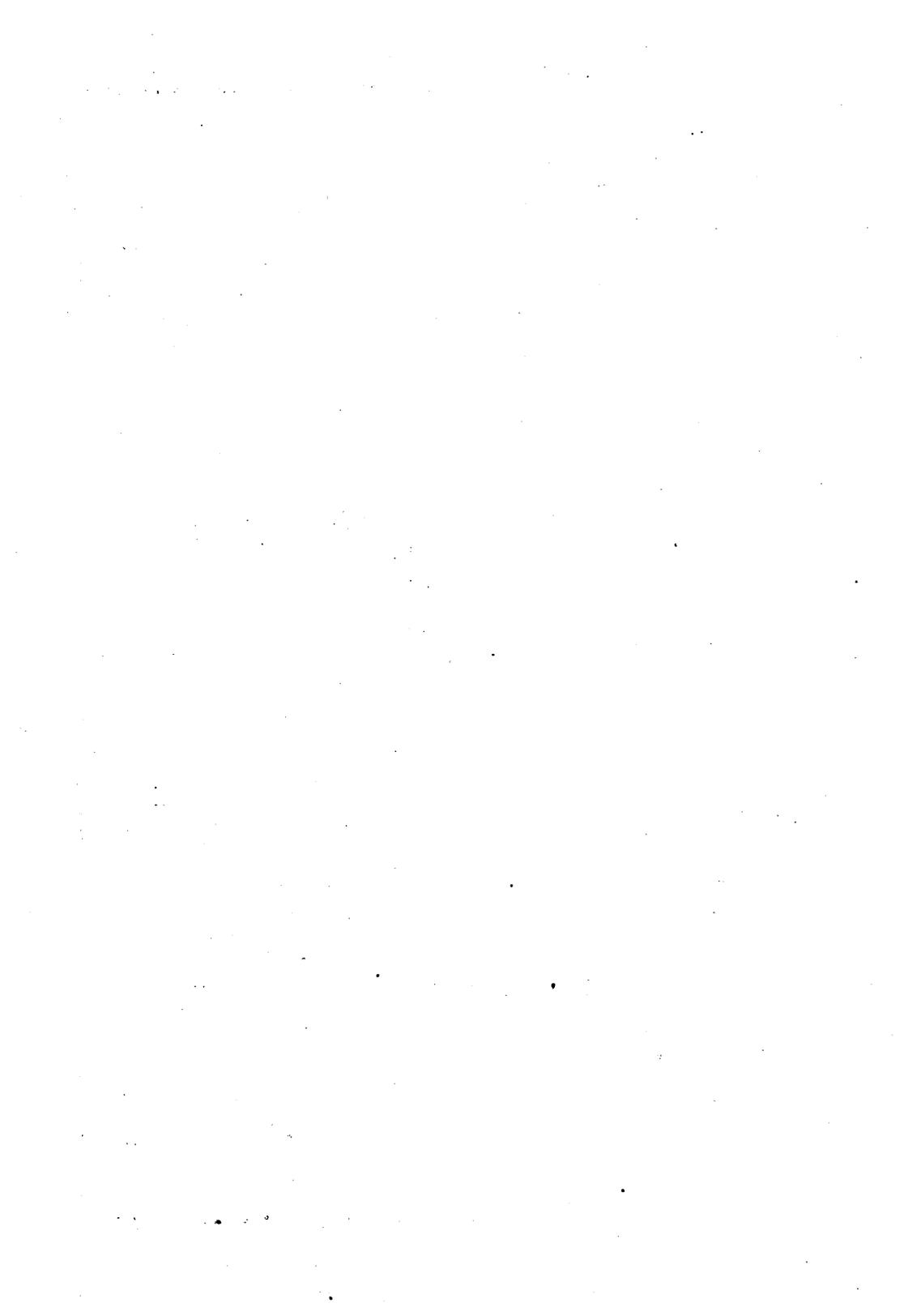
(٢) في (ع): أيضاً.

ويشكل بأن استحقاق العوض المعين يقتضي فساد المعاملة كظائره، وذلك
يوجب الرجوع إلى أجره المثل للعوض الآخر. نعم، لو زادت أجره المثل عن مثل
المعين أو قيمته اتجه سقوط الزائد؛ لدخوله على عدمه. وهذا هو الأقوى. والمراد
بأجره المثل هنا ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عادة. فإن لم تستقر
العادة على شيء يرجع إلى الصلح.

وربما قيل بأنه أجره مثل الزمان الذي وقع العمل فيه، نظراً إلى أن ذلك
أجره مثل الحرّ لو غصب تلك المدّة^(١) والأجود الأوّل.

(١) لم نعر على القائل. نعم، يظهر من التذكرة (الحجرية) ٢ : ٣٥٧ الميل إليه.

كتاب الجبال



﴿ كتاب الجعالة ﴾

﴿ وهي لغة مال يجعل على فعل، وشرعاً ﴾ صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما ﴿ في العمل والعوض، ك«من ردّ عبدي فله نصفه» مع الجهالة به وبمكانه، وبهذا تتميز عن الإجارة على تحصيل منفعة معينة؛ لأنّ التعيين شرط في الإجارة، وكذا عوضها. أمّا عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق، وأمّا العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه.

﴿ ويجوز على كلّ عمل محلّل مقصود ﴾ للعقلاء غير واجب على العامل، فلا يصحّ على الأعمال المحرّمة كالزنا، ولا على ما لا غاية له معتدّ بها عقلاً، كنزف ماء البئر والذهاب ليلاً إلى بعض المواضع الخطيرة، ونحوهما ممّا يقصده العابثون. نعم، لو كان الغرض به التمرّن على الشجاعة وإضعاف الوهم ونحوه من الأغراض المقصودة للعقلاء صحّ، وكذا لا يصحّ على الواجب عليه كالصلاة.

﴿ ولا يفتر إلى قبول ﴾ لفظي، بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به ﴿ ولا إلى مخاطبة شخص معيّن، فلو قال: من ردّ عبدي أو خاط ثوبي ﴾ بصيغة العموم ﴿ فله كذا صحّ، أو فله مال، أو شيء ﴾ ونحوهما من العوض المجهول صحّ ﴿ إذ العلم بالعوض غير شرط في تحقّق الجعالة وإنّما هو ﴾ شرط ﴿ في تشخّصه وتعيّنه، فإنّ أراد ذلك ﴾ التعيّن ﴿ فليذكر جنسه وقدره، وإلّا ﴾ يذكره أو ذكره

ولم يعينه ﴿ ثبت بالردّ أجره المثل ﴾ .

ويشكل بأن ثبوت أجره المثل لا تقتضي صحة العقد، بل هي ظاهرة في فساد، وإنما أوجبها الأمر بعمل له أجره عادةً، كما لو استدعاه ولم يعين عوضاً. إلا أن يقال: إن مثل ذلك يُعدّ جعالة أيضاً، فإنها لا تنحصر في لفظ، ويرشد إليه اتّفاقهم على الحكم من غير تعرّض للبطالان.

وفيه: أن الجعالة مستلزمة لجعل شيء، فإذا لم يذكره لا يتحقّق مفهومها وإن ترتّب عليها العوض.

وقيل: إن كانت الجهالة لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوض المعين لأجره المثل كـ «من ردّ عبدي فله نصفه»^(١) فردّه من لا يعرفه. ولا بأس به. وعلى هذا فيصحّ جعله صبرة مشاهدة مجهولة المقدار، وحصّة من نماء شجر على عمله، وزرع كذلك، ونحوها.

والفرق بينه وبين «الشيء» و «المال» مقولتيهما على القليل والكثير المفضي إلى التنازع والتجاذب فلم يصحّ على هذا الوجه، بخلاف ما لا يمنع من التسليم، فإنّه أمر واحد لا يقبل الاختلاف، ومسمّاه لتشخصه لا يقبل التعدّد، وقبوله للاختلاف قيمة بالزيادة والنقصان قد قدم عليه العامل كيف كان ويمكن التبرّع به، فإذا قدم على العوض الخاصّ انتفى الغرر؛ لأنّه معيّن في حدّ ذاته.

﴿ ويشترط في الجاعل الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ وعدم الحجر ﴾ لأنّه باذل لمال^(٢) فيعتبر رفع الحجر عنه، بخلاف العامل، فإنّه يستحقّ الجعل وإن كان

(١) استحسّنه العلامة في القواعد ٢: ٢١٦، والتحرير ٤: ٤٤١، وقال ولده في الإيضاح ٢:

١٦٣: والأصحّ عندي الصحة.

(٢) في سوى (ع): المال.

صبيّاً مميّزاً بغير إذن وليّه، وفي غير المميّز والمجنون وجهان : من وقوع العمل المبذول عليه، ومن عدم القصد .

﴿ ولو عيّن الجعالة لواحد وردّ غيره فهو متبرّع ﴾ بالعمل ﴿ لا شيء له ﴾ للتبرّع، ولا للمعيّن؛ لعدم الفعل ﴿ ولو شارك المعيّن فإن قصد التبرّع عليه فالجميع للمعيّن ﴾ لوقوع الفعل بأجمعه له ﴿ وإلا ﴾ يقصد التبرّع عليه بأن أطلق أو قصد العمل لنفسه أو التبرّع على المالك ﴿ فالنصف ﴾ للمعيّن خاصّة؛ لحصوله بفعلين : أحدهما مجعول له والآخر متبرّع، فيستحقّ النصف بناءً على قسمة العوض على الرؤوس .

والأقوى بسطه على عملهما، فيستحقّ المعيّن بنسبة عمله، قصر عن النصف أم زاد، وهو خيرة المصنّف في الدروس^(١) ومثله ما لو عمل معه المالك ﴿ ولا شيء للمتبرّع ﴾ .

﴿ وتجاوز الجعالة من الأجنبيّ ﴾ فيلزّمه المال، دون المالك إن لم يأمره به، ولو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضوليّ .

﴿ ويجب عليه ﴾ أي على الجاعل مطلقاً ﴿ الجُعَل مع العمل المشروط ﴾ حيث يتعيّن، وإلاّ فما ذكر بدله .

﴿ وهي جائزة من طرف العامل مطلقاً ﴾ قبل التلبّس بالعمل وبعده، فله الرجوع متى شاء، ولا يستحقّ شيئاً لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقاً .

﴿ وأمّا الجاعل فجائزة ﴾ من طرفه ﴿ قبل التلبّس ﴾ بالعمل ﴿ وأمّا بعده فجائزة بالنسبة إلى ما بقي من العمل ﴾ فإذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته من العوض ﴿ أمّا الماضي فعليه أجرته ﴾ وهذا في الحقيقة لا يخرج عن كونها جائزة من قبله

مطلقاً، فإنّ المراد بالعقد الجائز أو الإيقاع ما يصحّ فسخه لمن جاز من طرفه. وثبوت العوض لا ينافي جوازَه، كما أنّها بعد تمام العمل يلزمها جميع العوض مع أنّها من العقود الجائزة. وكذا الوكالة بجعل بعد تمام العمل، واستحقاق الجعل لا يخرجها عن كونها عقداً جائزاً، فينبغي أن يقال: إنّها جائزة مطلقاً، لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبة ما سبق من العمل إلى المسمّى على الأقوى. وقيل: أجرة مثله^(١).

وربما أشكل ذلك فيما لو كانت على ردّ ضالّة مثلاً ثمّ فسخ وقد صارت بيده، فإنّه لا يكاد يتحقّق للفسخ معنى حينئذٍ؛ إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك أو من يقوم مقامه، فلا يتحقّق فائدة للفسخ حينئذٍ. ويمكن دفعه بأنّ فائدة البطلان عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير، بل يستحقّ لما سبق بنسبته ويبقى له فيما بعد ذلك أجرة المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلّمه المالك وهو حفظه عنده ونحوه؛ إذ لا يجب عليه حينئذٍ ردّه إلى المالك، بل تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه.

﴿ ولو ﴾ رجع المالك فيها قبل العمل، أو في أثناءه و ﴿ لم يعلم العامل رجوعه ﴾ حتّى أكمل العمل ﴿ فله كمال الأجرة ﴾ ولو علم في الأثناء فله بنسبة ما سلف قبل العلم. وينبغي أن يراد بالعلم ما يثبت به ذلك شرعاً ليشمل السماع من المالك، والشياخ المفيد للعلم، وخبر العدلين، لا الواحد وإن حكم به في عزل الوكالة بنصّ خاصّ^(٢).

(١) قاله العلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٢٨٨.

(٢) أنظر الوسائل ١٣ : ٢٨٦، الباب ٢ من كتاب الوكالة، الحديث الأوّل.

﴿ ولو أوقع ﴾ المالك ﴿ صيغتين ﴾ للجعالة مختلفتين في مقدار العوض أو في بعض أوصافها ﴿ عمل بالأخيرة إذا سمعها العامل ﴾ لأن الجعالة جائزة، فالثانية رجوع عن الأولى، سواء زادت أم نقصت ﴿ وإلا ﴾ يسمعها ﴿ فالمعتبر ما سمع ﴾ من الأولى والأخيرة. ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل، فله من الأولى بنسبة ما عمل إلى الجميع^(١) ومن الثانية بنسبة الباقي.

﴿ وإنما يستحقّ الجُعَل على الرَدّ بتسليم المردود ﴾ إلى مالكة مع الإطلاق أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده ﴿ فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شيء للعامل ﴾ لعدم إتمامه العمل الذي هو شرط الاستحقاق. ومثله ما لو مات قبل وصوله إلى يده وإن كان بداره. مع احتمال الاستحقاق هنا؛ لأنّ المانع من قبل الله تعالى، لا من قبل العامل. ولو كان الجعل على إيصاله إلى البلد أو إلى منزل المالك استحقّ الجميع بالامتثال.

﴿ ولا يستحقّ الأجرة إلاّ ببذل الجاعل ﴾ أي استدعائه الرَدّ، سواء كان مع بذل عوض أم لا ﴿ فلو ردّ بغيره كان متبرّعاً ﴾ لا عوض له مطلقاً، وكذا لو ردّ من لم يسمع الجعالة على قصد التبرّع، أو بقصد يغاير ما بذله المالك جنساً أو وصفاً.

(١) هكذا ذكره جماعة من الأصحاب منهم المصنّف في الدروس [٣ : ١٠٠] في مطلق فسخ المالك في الأثناء، وكذا العلامة في أكثر كتبه [القواعد ٢ : ٢١٦، والمختلف ٦ : ١١٤، والتذكرة (الحجرية) ٢ : ٢٨٨] مع حكمه بأنّ فسخ المالك في الأثناء يوجب الرجوع إلى أجره المثل، وهذا لا يخلو من تناقض. نعم حكم في التذكرة ((الحجرية) ٢ : ٢٨٨) بالرجوع إلى أجره المثل في الموضوعين؛ لأنّ الجعالة الثانية بمنزلة فسخ الأولى وهو متّجه. وإن كان القول باستحقاقه بالنسبة من المسمّى أوجه؛ لقدومهما على ذلك، خصوصاً لو كانت أجره المثل أزيد من المسمّى قيمةً. نعم، لو قيل بثبوت أقلّ الأمرين من أجره المثل ونسبة المسمّى كان وجهاً. (منه ﷺ).

ولو ردّ بنية العوض مطلقاً^(١) وكان ممن يدخل في عموم الصيغة أو إطلاقها، ففي استحقاقه قولان^(٢) منشؤهما: فعله متعلقّ الجعل مطابقاً لصدوره من المالك على وجه يشمله، وأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرّع وقد وقع بإذن الجاعل، فقد وُجد المقتضي، والمانع ليس إلاّ عدم علمه بصدور الجعل، ومثله يشكّ في مانعيته؛ لعدم الدليل عليه، فيعمل المقتضي عمّله. ومن أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرّع؛ إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك، وعدم سماعه في قوّة عدمه عنده.

وفصل ثالث ففرّق بين من ردّ كذلك عالماً بأنّ العمل بدون الجعل تبرّع وإن قصد العامل العوض، وبين غيره؛ لأنّ الأوّل متبرّع محضاً، بخلاف الثاني^(٣). واستقر المصنّف الأوّل، والتفصيل متّجه.

مسائل

﴿ كلّمّا لم يُعيّن جُعِل ﴾ إمّا تركه أصلاً، بأن استدعى الردّ وأطلق، أو لذكره مبهماً كما سلف ﴿ فأجرة المثل ﴾ لمن عمل مقتضاه سامعاً للصيغة غير متبرّع بالعمل، إلاّ أن يصرّح بالاستدعاء مجاناً فلا شيء.
وقيل: لا أجرة مع إطلاق الاستدعاء^(٤) والأوّل أجود. نعم لو كان العمل ممّا

(١) مماثل ما بذله المالك أو مغايره (هامش ر).

(٢) القول بالاستحقاق للعلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٢٨٦، وللخير في الإيضاح ٢ :

١٦٢، والشهيد في الدروس ٣ : ٩٨. والقول بالعدم للعلامة في التحرير ٤ : ٤٤١.

(٣) جامع المقاصد ٦ : ١٩٠.

(٤) قاله المحقّق في الشرائع ٣ : ١٦٤، والعلامة في التحرير ٤ : ٤٤٣.

لا أجره له عادةً لقلته فلا شيء للعامل، كمن أمر غيره بعمل من غير أن يذكر أجره. ﴿ إلا في ردّ الآبق من المصر ﴾ الذي فيه مالكة إليه ﴿ فدينار، و ﴾ في ردّه ﴿ من غيره ﴾ سواء كان من مصر آخر أم لا ﴿ أربعة دنانير ﴾ في المشهور. ومستنده ضعيف^(١).

ولو قيل بثبوت أجره المثل فيه كغيره كان حسناً. والمراد بالدينار على القول به: الشرعي، وهو المثقال الذي كانت قيمته عشرة دراهم. ﴿ والبعير كذا ﴾ أي كالأبق في الحكم المذكور، ولا نصّ عليه بخصوصه، وإنما ذكره الشيخان^(٢) وتبعهما عليه جماعة^(٣) ويظهر من المفيد أن به رواية؛ لأنه قال: «بذلك ثبتت السنّة» وفي إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم في الآبق إشكال. ويقوى الإشكال لو قصرت قيمتهما عن الدينار والأربعة. وينبغي حينئذ أن يثبت على المالك أقلّ الأمرين من قيمته والمقدّر شرعاً. ومبنى الرواية على الغالب من زيادة قيمته عن ذلك كثيراً.

﴿ ولو بذل جُعلاً ﴾ لمن ردّه واحداً كان أم أكثر ﴿ فردّه جماعة استحقّوه

(١) والمستند: رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن النبي ﷺ جعل في جعل الآبق ديناراً إذا وجد في مصره، وإن وجد في غير مصره فأربعة دنانير [التهديب ٦: ٣٩٨، الحديث ١٢٠٣ مع اختلاف في العبارة] وعمل بها أكثر الأصحاب مع ضعف عظيم في طريق الخبر بجماعة: منهم محمّد بن الحسن بن شمون وهو ضعيف جداً غالٍ وضاع. ومنهم عبد الله بن عبد الرحمن الأصمّ وحاله كذلك وزيادة. ومنهم سهل بن زياد وحاله مشهور. (منه الله).

(٢) المقنعة: ٦٤٨ - ٦٤٩، والنهية: ٣٢٣.

(٣) مثل القاضي في المهذب ٢: ٥٧٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٧٧، وابن إدريس في

السرائر ٢: ١٠٩، والكيدري في إصباح الشيعة: ٣٢٩.

بينهم بالسوية ﴿ ولو كان العمل غير الردّ من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم كدخول داره مع الغرض الصحيح فلكل ما عيّن .

﴿ ولو جعل لكل من الثلاثة ﴿ جعلاً ﴾ مغيراً ﴿ للآخرين، كأن جعل لأحدهما ديناراً وللآخر دينارين وللثالث ثلاثة ﴾ فردّوه، فلكل ثلث ما جعل له ﴾ ولو ردّه أحدهم فله ما عيّن له أجمع، ولو ردّه اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عيّن له ﴾ ولو لم يسم لبعضهم ﴿ جعلاً مخصوصاً ﴾ فله ثلث أجرة المثل ﴿ ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عيّن له . ولو ردّه من لم يسم له وأحدهما فله نصف أجرة مثله، وللآخر نصف ما سمى له، وهكذا... ﴾ ولو كانوا أزيد ﴿ من ثلاثة ﴾ فبالنسبة ﴿ أي لو ردّوه أجمع فلكل واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أجرة المثل أو المسمّى .

﴿ ولو اختلفا في أصل الجعالة ﴾ بأن ادّعى العامل الجعل وأنكره المالك وادّعى التبرّع ﴿ حلف المالك ﴾ لأصالة عدم الجعل ﴿ وكذا ﴾ يحلف المالك لو اختلفا ﴿ في تعيين الآبق ﴾ مع اتّفاقيهما على الجعالة، بأن قال المالك : إنّ المردود ليس هو المَجْعُول وادّعاها العامل ؛ لأصالة براءة ذمّته من المال الذي يدّعي العامل استحقاّقه .

﴿ ولو اختلفا في السعي، بأن قال المالك : حصل في يدك قبل الجعل ﴾ - بفتح الجيم - وقال الرادّ : بل بعده ﴿ حلف ﴾ المالك أيضاً ﴿ للأصل ﴾ وهو براءة ذمّته من حقّ الجعالة، أو عدم تقدّم الجعل على حصوله في يده، وإن كان الأصل أيضاً عدم تقدّم وصوله إلى يده على الجعل، إلاّ أنّه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمّة المالك شيء . ومثله ما لو قال المالك : حصل في يدك قبل علمك بالجعل، أو من غير سعي وإن كان بعد صدوره .

﴿ وفي قدر الجعل كذلك ﴾ يحلف المالك ؛ لأصالة براءته من الزائد، ولأنّ

العامل مدّع للزائد والمالك منكر ﴿ فيثبت للعامل ﴾ يمين المالك ﴿ أقلّ الأمرين من أجره المثل ومما ادّعاه ﴾ لأنّ الأقلّ إن كان الأجرة فقد انتفى ما يدّعيه العامل يمين المالك، وإن كان ما يدّعيه العامل فلاعترافه بعدم استحقاق الزائد^(١) وبراءة ذمة المالك منه، والحال أنّهما معترفان بأنّ عمله يجعل في الجملة وأنّه عمل محترم، فتثبت له الأجرة إن لم ينتف بعضهما بإنكاره ﴿ إلا أن يزيد ما ادّعاه المالك ﴾ عن أجره المثل فتثبت الزيادة؛ لاعترافه باستحقاق العامل إيّاها والعامل لا ينكرها.

﴿ وقال ﴾ الشيخ نجيب الدين ﴿ ابن نما رحمته الله^(٢) : إذا حلف المالك ﴾ على نفي ما ادّعاه العامل ﴿ ثبت ما ادّعاه ﴾ هو؛ لأصالة عدم الزائد وأتفاقهما على العقد المشخص بالعوض المعين وانحصاره في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما ادّعاه العامل ثبت مدّعاه، لقضيّة الحصر ﴿ وهو قويّ كمال الإجارة ﴾ إذا اختلفا في قدره.

وقيل : يتحالفان^(٣) لأنّ كلّاً منهما مدّع ومدّعى عليه، فلا ترجيح لأحدهما، فيحلف كلّ منهما على نفي ما يدّعيه الآخر ويثبت الأقلّ كما مرّ.

والتحقيق : أنّ اختلافهما في القدر إن كان مجرداً عن التسمية، بأن قال العامل : إنّي أستحقّ مئة من جهة الجعل الفلاني، فأنكر المالك وادّعى أنّه خمسون فالقول قول المالك؛ لأنّه منكر محض والأصل براءته من الزائد، كما يقدم قوله لو أنكر أصل الجعل. ولا يتوجّه اليمين هنا من طرف العامل أصلاً.

(١) في (ر)؛ بعدم استحقاقه للزائد.

(٢) وهو محمّد بن جعفر بن أبي البقاء هبة الله بن نما شيخ المحقّق الحلبي، ولا يوجد لدينا كتابه.

(٣) قاله العلامة في القواعد ٢ : ٢١٨.

وإن قال: جعلت لي مئة، فقال: بل خمسين، ففيه الوجهان الماضيان في الإجارة^(١).

والأقوى تقديم قول المالك أيضاً؛ لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض واختلافهما في مقداره خاصة، فليس كلّ منهما مدّعياً لما ينفيه الآخر.

وإن كان اختلافهما في جنس المَجْعُول مع اختلافه بالقيمة، فادّعى المالك جعل شيء معين يساوي خمسين، وادّعى العامل جعل غيره ممّا يساوي مئتين، فالتحالف هنا متعين؛ لأنّ كلّاً منهما يدّعي ما ينكره الآخر، إلا أنّ ذلك نشأ من اختلاف الجعل جنساً أو وصفاً، لا من اختلافه قدراً، وإذا فرض اختلاف الجنس فالقول بالتحالف [أولى]^(٢) وإن تساويا قيمة. وإنّما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم؛ لأنّ جماعة - كالمحقق والعلامة^(٣) - شرّكوا بينه وبين الاختلاف قدراً في الحكم. وليس بواضح.

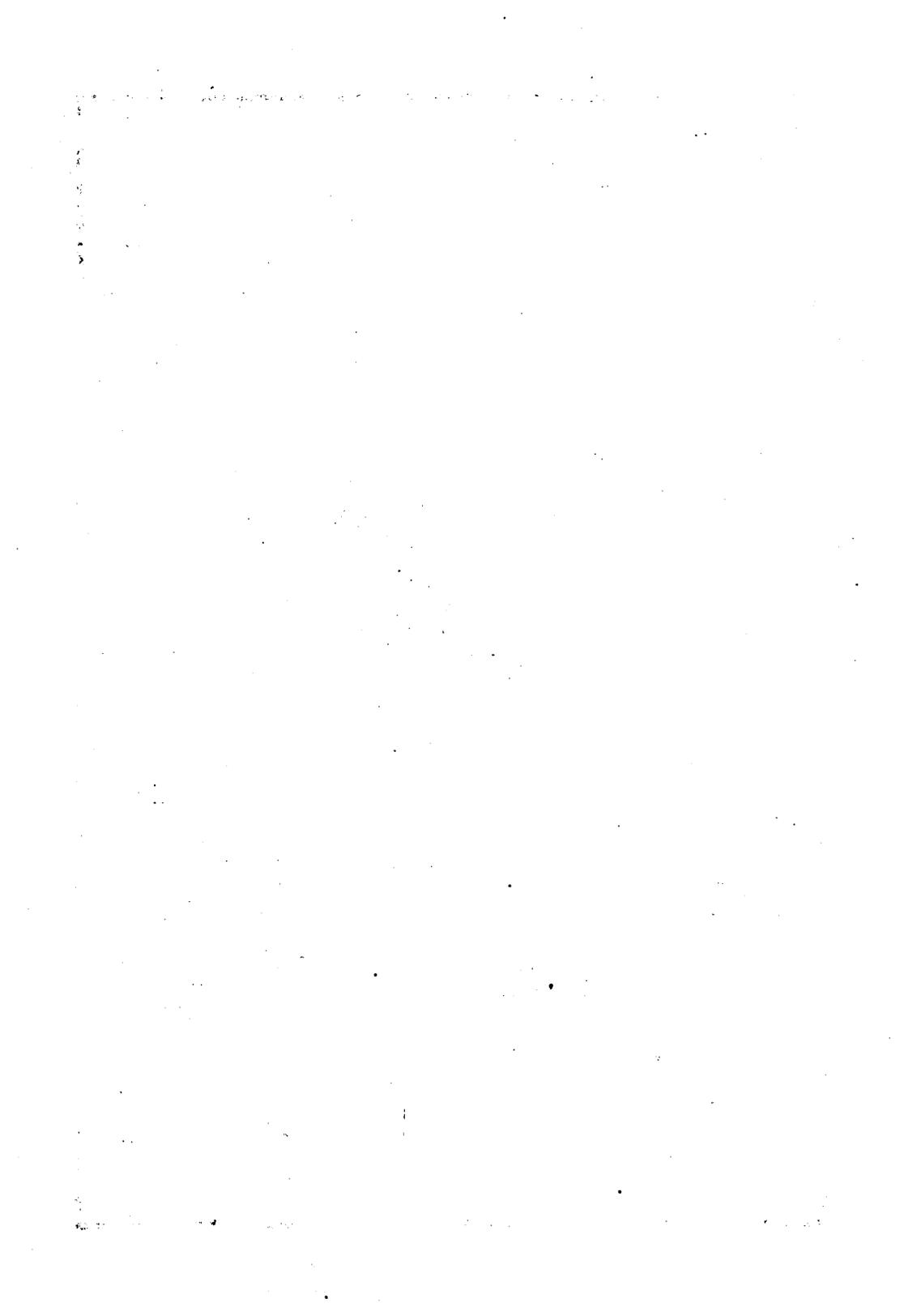
ويبقى في القول بالتحالف مطلقاً إشكال آخر، وهو فيما إذا تساوت الأجرة وما يدّعيه المالك، أو زاد ما يدّعيه عنها، فإنّه لا وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد الذي يدّعيه العامل؛ لثبوت ما حكم به من مدّعى المالك زائداً عن الأجرة أو مساوياً باعترافه، فتكليف العامل باليمين حينئذٍ لا وجه له؛ لاعتراف المالك به، وإنّما يتوجّه لو زادت أجرة المثل عمّا يدّعيه المالك، فيتوقّف إثبات الزائد من الأجرة عمّا يدّعيه على يمين المدّعي، وهو العامل.

(١) راجع الصفحة ٣٠ - ٣١.

(٢) من مصحّحة (ر).

(٣) أنظر الشرائع ٣: ١٦٦، والقواعد ٢: ٢١٨، والتحرير ٤: ٤٤٤.

کتاب الوصایا



﴿ كتاب الوصايا ﴾

﴿ وفيه فصول ﴾ :

﴿ الأوّل ﴾

﴿ الوصيّة ﴾

مأخوذة من وصى يصي، أو أوصى يوصي، أو وصّى يوصّي. وأصلها الوصل، وسُمّي هذا التصرّف وصيّة لما فيه من وُصلة التصرّف في حال الحياة به بعد الوفاة، أو وُصلة القرابة في تلك الحال بها في الحالة الأخرى. وشرعاً: ﴿ تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرّف بعد الوفاة ﴾ فالتمليك بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرّفات المملّكة من البيع والوقف والهبة. وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلّقي الوصيّة. ويندرج في «العين» الموجود منها بالفعل كالشجرة، والقوّة كالثمرة المتجدّدة. وفي «المنفعة» المؤبّدة والمؤقتة والمطلقة. ويدخل في «التسليط على التصرّف» الوصاية إلى الغير بإنفاذ الوصيّة، والولاية على من للموصي عليه ولاية. ويخرج بـ«بعديّة الموت» الهبة وغيرها من التصرّفات المنجزّة في الحياة المتعلّقة بإحداهما والوكالة؛ لأنّها تسليط على التصرّف في الحياة.

وينتقض في عكسه بالوصية بالعتق فإنه فكّ ملك، والتدبير فإنه وصية به عند الأكثر^(١) والوصية بإبراء المديون، وبوقف المسجد فإنه فكّ ملك أيضاً، وبالوصية بالمضاربة والمساقاة، فإنهما وإن أفادا ملك العامل الحصّة من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما، إلا أنّ حقيقتهما ليست كذلك، وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة، فينتفي التملك.

﴿ وإيجابها : أوصيت ﴿ لفلان بكذا ﴾ أو افعلوا كذا بعد وفاتي ﴾ هذا القيد يحتاج إليه في الصيغة الثانية خاصة؛ لأنها أعمّ ممّا بعد الوفاة. أمّا الأولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاة ﴿ أو لفلان بعد وفاتي ﴾ كذا، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المعنى المطلوب.

﴿ والقبول : الرضا ﴾ بما دلّ عليه الإيجاب، سواء وقع باللفظ أم بالفعل الدالّ عليه كالأخذ والتصرّف. وإنّما يفتقر إليه في من يمكن في حقّه كالمحصور، لا غيره كالفقراء والفقهاء وبنو هاشم والمسجد والقنطرة، كما سيأتي^(٢). واستفيد من افتقارها إلى الإيجاب والقبول أنّها من جملة العقود، ومن جواز رجوع الموصي ما دام حيّاً والموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاة - كما سيأتي - أنّها من العقود الجائزة. وقد تلحق باللازمة على بعض الوجوه^(٣) كما يعلم ذلك من القيود.

ولمّا كان الغالب عليها حكم الجواز لم يشترط فيها القبول اللفظي، ولا مقارنته للإيجاب، بل يجوز مطلقاً سواء ﴿ تأخر ﴾ عن الإيجاب ﴿ أو قارن ﴾.

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٢ : ٢١٣، والقاضي في المهذب ٢ : ٥٩، والمحقّق في المختصر النافع : ٢٣٨.

(٢) يأتي في الصفحة ٩٧.

(٣) كالردّ بعد القبول بعد وفاة الموصي حيث لا يقبل، وغير ذلك ممّا سيأتي.

ويمكن أن يريد بتأخره تأخره عن الحياة ومقارنته للوفاة. والأول أوفق بمذهب المصنّف؛ لأنّه يرى جواز تقديم القبول على الوفاة^(١) والثاني للمشهور^(٢). ومبنى القولين على أنّ الإيجاب في الوصية إنّما يتعلّق بما بعد الوفاة؛ لأنّها تمليك أو ما في حكمه بعد الموت، فلو قبل قبله لم يطابق القبول الإيجاب، وأنّ المتعلّق بالوفاة تمام الملك على تقدير القبول والقبض لا إحداث سببه، فإنّ الإيجاب جزء السبب فجاز أن يكون القبول كذلك وبالموت يتمّ، أو يجعل الموت شرطاً لحصول الملك بالعقد، كالبيع على بعض الوجوه^(٣) وهذا أقوى. وتعلّق الإيجاب بالتمليك بعد الموت لا ينافي قبوله قبله؛ لأنّه قبوله بعده أيضاً.

وإنّما يصحّ القبول على التقديرين ﴿ ما لم يردّ ﴾ الوصية قبله ﴿ فإن ردّ ﴾ حينئذٍ لم يؤثّر القبول؛ لبطلان الإيجاب برده. نعم لو ردّ ﴿ في حياة الموصي جاز القبول بعد وفاته ﴾ إذ لا اعتبار برده السابق، حيث إنّ الملك لا يمكن تحقّقه حال الحياة، والمتأخّر لم يقع بعد.

وهذا بمذهب من يعتبر تأخّر القبول عن الحياة أوفق. أمّا على تقدير جواز تقدّمه^(٤) في حال الحياة فينبغي تأثير الردّ حالتها أيضاً؛ لفوات أحد ركني العقد حال اعتباره. بل يمكن القول بعدم جواز القبول بعد الردّ مطلقاً^(٥) لإبطاله الإيجاب

(١) الدروس ٢ : ٣٢٦.

(٢) ذهب إليه ابن زهرة في الغنية : ٣٠٦، والعلامة في المختلف : ٦ : ٣٣٨، والقواعد ٢ : ٤٤٤، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ١٠ : ١١.

(٣) فإنّه لا يثمر الملك إلّا بعد انقضاء مدّة الخيار على رأي الشيخ، راجع الخلاف ٣ : ٢٢، المسألة ٢٩.

(٤) في سوى (ع) : تقديمه.

(٥) ولو في حياة الموصي.

السابق، ولم يحصل بعد ذلك ما يقتضيها، كما لو ردّ المتّهب الهبة.
ولو فرّق بأنّ المانع هنا^(١) انتفاء المقارنة بين القبول والإيجاب. قلنا: مثله في ردّ الوكيل الوكالة، فإنّه ليس له التصرف بعد ذلك بالاذن السابق وإن جاز تراخي القبول. وفي الدروس نسب الحكم بجواز القبول حينئذٍ بعد الوفاة إلى المشهور^(٢) مؤذناً بتمريضه، ولعلّ المشهور مبنيّاً^(٣) على الحكم^(٤) المشهور السابق^(٥).
﴿ وإن ردّ بعد الوفاة قبل القبول بطلت وإن قبض ﴾ اتفاقاً؛ إذ لا أثر للقبض من دون القبول ﴿ وإن ردّ بعد القبول لم تبطل وإن لم يقبض ﴾ على أجدود القولين^(٦) لحصول الملك بالقبول فلا يبطله الردّ، كردّ غيره من العقود المملّكة بعد تحقّقه، فإنّ زوال الملك بعد ثبوته يتوقّف على وجود السبب الناقل ولم يتحقّق، والأصل عدمه.

وقيل: يصحّ الردّ بناءً على أنّ القبض شرط في صحّة الملك كالهبة، فتبطل بالردّ قبله^(٧).

(١) أي في الهبة.

(٢) الدروس ٢: ٢٩٦.

(٣) كذا في المخطوطات، وفي (ر): مبنيّ.

(٤) في (ع) و (ف): حكم.

(٥) وهو عدم جواز تقديم القبول على الوفاة.

(٦) ذهب إليه المحقّق في الشرائع ٢: ٢٤٣، والعلامة في الإرشاد ١: ٤٥٧، والتذكرة

(الحجرية) ٢: ٤٥٤، والقواعد ٢: ٤٤٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٠: ١٣ -

١٤، والصيمري في غاية المرام ٢: ٤١٦، وغيرهم.

(٧) قاله الشيخ في المبسوط ٤: ٣٣، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٧٧، ويحيى بن سعيد الحلّي

في الجامع: ٤٩٩. وانظر للتفصيل مفتاح الكرامة ٩: ٣٧٢.

ويضعف ببطان القياس وثبوت حكمها بأمر خارج لا يقتضي المشاركة بمجردة وأصالة عدم الزوال بذلك، واستصحاب حكم الملك ثابت.

﴿ وينتقل حقّ القبول إلى الوارث ﴾ لو مات الموصي له قبله، سواء مات في حياة الموصي أم بعدها على المشهور، ومستنده رواية^(١) تدلّ بإطلاقها عليه. وقيل: تبطل الوصية بموته^(٢) لظاهر صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام^(٣).

وفصل ثالث فأبطلها بموته في حياته، لا بعدها^(٤).

والأقوى البطان مع تعلق غرضه بالمورث، وإلا فلا. وهو مختار المصنّف في الدروس^(٥) ويمكن الجمع به بين الأخبار لو وجب^(٦).

(١) متن الرواية أنّه عليه السلام سئل عن رجلٍ أوصى لرجلٍ فمات الموصي له قبل الموصي، قال: ليس بشيء. ومثلها موثقة منصور بن حازم عنه عليه السلام [الوسائل ١٣: ٤١٠، الباب ٣٠ من كتاب الوصايا، الحديث ٤ و ٥]. (منه عليه السلام).

(٢) نسبه العلامة إلى الإسكافي ونفى عنه البأس في المختلف ٦: ٤٠٨، والتذكرة (الحجرية) ٤٥٣: ٢.

(٣) الوسائل ١٣: ٤١٠، الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٤.

(٤) وهو المنقول في الدروس ٢: ٢٩٧، والتنقيح الرائع ٢: ٣٨٣، عن المحقق. وانظر النهاية ونكتها ٣: ١٦٥ - ١٦٧.

(٥) الدروس ٢: ٢٩٧.

(٦) أشار بقوله: «لو وجب» إلى أنّ في طريق الرواية الأولى [المتقدمة في الهامش رقم ١، الحديث ٤] محمد بن قيس، وهو مشترك بين الثقة وغيره، فلا عبرة بها وإن اشتهرت، فلا تعارض الصحيح. وما قيل من احتمال الصحيحة لغير المطلوب من الصحة فلا تعارض الأولى، مردودٌ بأنّ ظاهرها ذلك فلا تعارضها الأولى تأمل. (منه عليه السلام).

ثم إن كان موته قبل موت الموصي لم تدخل العين في ملكه، وإن كان بعده ففي دخولها وجهان مبنيان على أن القبول هل هو كاشف عن سبق الملك من حين الموت، أم ناقل له من حينه، أم الملك يحصل للموصى له بالوفاة متزلزلاً ويستقر بالقبول؟ أوجه تأتي.

وتظهر الفائدة فيما لو كان الموصى به يعتقد على الموصى له الميت لو ملكه. ﴿وتصح﴾ الوصية ﴿مطلقة﴾ غير مقيدة بزمان أو وصف ﴿مثل ما تقدم﴾ من قوله: «أوصيت» أو «افعلوا كذا بعد وفاتي» أو «لفلان بعد وفاتي» ﴿ومقيدة، مثل﴾ افعلوا ﴿بعد وفاتي في سنة كذا، أو﴾ في سفر كذا، فيتخصص ﴿بما خصصه من السنة أو السفر ونحوهما، فلو مات في غيرها أو غيره بطلت الوصية؛ لاختصاصها بمحل القيد فلا وصية بدونه.

﴿وتكفي الإشارة﴾ الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية ﴿مع تعذر اللفظ﴾ لخرس، واعتقال لسانٍ بمرض ونحوه ﴿وكذا﴾ تكفي ﴿الكتابة﴾ كذلك ﴿مع القرينة﴾ الدالة قطعاً على قصد الوصية بها، لا مطلقاً؛ لأنها أعم.

ولا تكفيان مع الاختيار وإن شوهد كاتباً أو علم خطه أو عمل الورثة ببعضها - خلافاً للشيخ في الأخير^(١) - أو قال: «إنه بخطي وأنا عالم به» أو «هذه وصيتي فاشهدوا عليّ بها» ونحو ذلك، بل لا بد من تلفظه به أو قراءته عليه واعترافه بعد ذلك؛ لأن الشهادة مشروطة بالعلم وهو منفي هنا. خلافاً لابن الجنيدي حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده^(٢).

(*) في (ع) ونسخة (ق) من المتن بدل «أو»: و.

(١) النهاية: ٦٢١ - ٦٢٢.

(٢) أنظر المختلف ٧: ٥١٧.

والأقوى الاكتفاء بقراءة الشاهد له مع نفسه مع اعتراف الموصي بمعرفته ما فيه وأنه موسى^(١) به. وكذا القول في المقرّ.

﴿ والوصية للجهة العامة مثل الفقراء ﴾ والفقهاء وبني هاشم ﴿ والمساجد والمدارس لا تحتاج إلى القبول ﴾ لتعذّره إن أريد من الجميع، واستلزامه الترجيح من غير مرجّح إن أريد من البعض. ولا يفتقر إلى قبول الحاكم أو منصوبه وإن أمكن كالوقف.

وربما قيل فيه بذلك^(٢) ولكن لا قائل به هنا. ولعلّ مجال الوصية أوسع، ومن ثمّ لم يشترط فيها التنجيز ولا فورية القبول ولا صراحة الإيجاب ولا وقوعه بالعريّة مع القدرة.

﴿ والظاهر أنّ القبول كاشف عن سبق الملك ﴾ للموصى له ﴿ بالموت ﴾ لا ناقل له من حينه؛ إذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك؛ إذ الميّت لا يملك؛ لخروجه به عن أهليّته كالجمادات وانتقال ماله عنه، ولا الوارث، لظاهر قوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين)^(٣) فلو لم ينتقل إلى الموصى له لزم خلوه عن المالك؛ إذ لا يصلح لغير من ذكر.

ووجه الثاني أنّ القبول معتبر في حصول الملك، فهو إمّا جزء السبب أو شرط - كقبول البيع - فيمتنع تقدّم الملك عليه. وكونها من جملة العقود يرشد إلى أنّ القبول جزء السبب الناقل للملك والآخر الإيجاب، كما يستفاد من تعريفهم

(١) في (ر) : يوصى .

(٢) لم نثر على القائل به بتأً، نعم في جامع المقاصد ٩ : ١٢ - بعد أن نسب الميل إلى الاشتراط إلى العلامة في التذكرة - قال : ولا ريب أنّه أولى .

(٣) النساء : ١١ .

العقود بأنّها «الألفاظ الدالّة على نقل الملك على الوجه المناسب له»^(١) وهو العين في البيع والمنفعة في الإجارة، ونحو ذلك، فيكون الموت شرطاً في انتقال الملك، كما أنّ الملك للعين والعلم بالعرضين شرط فيه. فإن اجتمعت الشرائط قبل تمام العقد بأن كان مالكا للمبيع تحققت ثمرته به^(٢) وإن تخلف بعضها، فقد يحصل منه بطلانه كالعلم بالعرض، وقد تبقى موقوفة على ذلك الشرط، فإذا حصل تحقّق تأثير السبب الناقل وهو العقد، كإجازة المالك في عقد الفضولي، والموت في الوصية. فالانتقال حصل بالعقد، لكنّه موقوف على الشرط المذكور، فإذا تأخّر قبول الوصية كان الملك موقوفاً عليه، والشرط - وهو الموت - حاصل^(٣) قبله، فلا يتحقّق الملك قبل القبول.

ويشكل بأنّ هذا لو تمّ يقتضي أنّ قبول الوصية لو تقدّم على الموت حصل الملك به حصولاً متوقفاً على الشرط وهو الموت، فيكون الموت كاشفاً عن حصوله بعد القبول كإجازة المالك بعد العقد، والقائل بالنقل لا يقول بحصول الملك قبل الموت مطلقاً^(٤).

فتبيّن أنّ الموت شرط في انتقال الملك، بل حقيقة الوصية التمليك بعده، كما علم من تعريفها. فإن تقدّم القبول توقّف الملك على الموت، وإن تأخّر عنه فمقتضى حكم العقد عدم تحقّقه بدون القبول، فيكون تمام الملك موقوفاً على الإيجاب والقبول والموت. وبالجملة فالقول بالكشف متوجّه لولا مخالفة ما علم

(١) الوسيلة: ٢٣٨، والمختلف ٥: ٥١، والشرائع ٢: ١٣.

(٢) يعني تحصل ثمرة العقد - وهو النقل - بالقبول.

(٣) في (ف) و (ش): حاصلًا.

(٤) سواء تقدّم القبول أو لا.

من حكم العقد.

﴿ ويشترط في الموصي الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل ورفع الحجر. ﴿ وفي وصية من بلغ عشرين قول مشهور ﴾ بين الأصحاب مستند^(١) إلى روايات متظافرة^(٢) بعضها صحيح^(٣) إلا أنها مخالفة لأصول المذهب وسبيل الاحتياط .

﴿ أما المجنون والسكران ومن جرح نفسه بالمهلك فالوصية ﴾ من كل منهم ﴿ باطلة ﴾ أما الأولان فظاهر، لانتفاء العقل ورفع القلم. وأما الأخير فمستنده صحيحة أبي ولاد عن الصادق عليه السلام : « فإن كان أوصى بوصية بعدما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته »^(٤) ولدلالة هذا الفعل على سفهه؛ ولأنه في حكم الميت فلا تجري عليه الأحكام الجارية على الحيي، ومن ثم لا تقع عليه الزكاة لو كان قابلاً لها.

وقيل : تصح وصيته مع ثبات عقله كغيره^(٥) وهو حسن، لولا معارضة النص المشهور^(٦) وأما دلالة الفعل على سفهه فغير واضح. وأضعف منه كونه في حكم الميت، فإنه غير مانع من التصرف مع تيقن رشده.

وموضع الخلاف ما إذا تعمّد الجرح، فلو وقع منه سهواً أو خطأ لم تمتنع^(٧)

(١) في (ف) و (ر) : مستنداً.

(٢) أنظر الوسائل ١٣ : ٤٢٨ - ٤٣٠، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢ - ٧.

(٣) مثل الرواية الثانية والثالثة من التخريج السابق. راجع المسالك ٦ : ١٤٠.

(٤) الوسائل ١٣ : ٤٤١، الباب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا.

(٥) قاله ابن إدريس في السرائر ٣ : ١٩٧.

(٦) الظاهر أن الرواية [رواية أبي ولاد] صحيحة والمشهور العمل بها ولا وجه للعدول عنها. (منه عليه السلام).

(٧) في (ش) و (ر) : لم يُمنع.

وصيته إجماعاً.

﴿ و ﴾ يشترط ﴿ في الموصى له الوجود ﴾ حالة الوصية ﴿ وصحة التملك، فلو أوصى للحمل اعتبر ﴾ وجوده حال الوصية ﴿ بوضعه لدون ستة أشهر منذ حين* الوصية ﴾ فيعلم بذلك كونه موجوداً حالها ﴿ أو بأقصى مدة ﴿ الحمل ﴾ فما دون ﴿ إذا لم يكن هناك زوج ولا مولى ﴾ فإن كان أحدهما لم تصح؛ لعدم العلم بوجوده عندها، وأصالة عدمه؛ لإمكان تجددّه بعدها. وقيام الاحتمال مع عدمهما بإمكان الزنا والشبهة مندفع بأن الأصل عدم إقدام المسلم على الزنا كغيره من المحرّمات وندور الشبهة. ويشكل الأوّل^(١) لو كانت كافرة حيث تصحّ الوصية لحملها.

وربما قيل على تقدير وجود الفراش باستحقاقه بين الغائتين^(٢) عملاً بالعادة الغالبة من الوضع لأقصاهما^(٣) أو ما قاربها.

وعلى كلّ تقدير فيشترط انفصاله حيّاً، فلو وضعته ميتاً بطلت. ولو مات بعد انفصاله حيّاً كانت لوارثه. وفي اعتبار قبوله هنا وجه قويّ؛ لإمكانه منه، بخلاف الحمل. وقيل: يعتبر قبول وليّه^(٤) ثمّ إن اتّحد فهي له، وإن تعدّد قُسم الموصى به على العدد بالسوية، وإن اختلفوا بالذكورية والأنوثة.

(* في (ع) و (ش): من حين. وفي (ق) من المتن مثل ما أثبتناه، ولم ترد كلمة «حين» في (س).

(١) يعني أصل عدم إقدام المسلم على الزنا.

(٢) لم نعثر على القائل به صريحاً، نعم نسبه في التنقيح الرائع ٢: ٣٦٩، إلى إطلاق المحقّق في المختصر والشرائع. أنظر المختصر: ١٦٣، والشرائع ٢: ٢٥٥.

(٣) في مصحّحة (ش): لأقصاه.

(٤) قاله ابن إدريس في السرائر ٣: ٢١٢.

﴿ ولو أوصى للعبد لم يصح ﴾ سواء كان قنّاً أم مدبراً أم أمّ ولد، أجاز مولاه أم لا؛ لأنّ العبد لا يملك بتمليك سيّده، فبتمليك غيره أولى، ولرواية عبد الرحمن ابن الحجّاج عن أحدهما عليه السلام قال: « لا وصية لمملوك»^(١) ولو كان مكاتباً مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً ففي جواز الوصية له قولان^(٢) من أنّه في حكم المملوك حيث لم يتحرّر منه شيء، ولرواية محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام^(٣) ومن انقطاع سلطنة المولى عنه، ومن ثمّ جاز اكتسابه، وقبول الوصية نوع منها. والصحة مطلقاً أقوى، والرواية لا حجة فيها^(٤).

﴿ إلا أن يكون ﴾ العبد الموصى له ﴿ عبده ﴾ أي عبد الموصي ﴿ فتصرف ﴾ الوصية ﴿ إلى عتقه ﴾ فإن ساواه عتق أجمع وإن نقص عتق بحسابه ﴿ وإن زاد المال عن ثمنه فله ﴾ الزائد. ولا فرق في ذلك بين القنّ وغيره، ولا بين المال المشاع والمعين على الأقوى. ويحتمل اختصاصه بالأول، لشيوعه في جميع المال وهو من جملة ما يكون كعتق جزء منه، بخلاف المعين،

(١) الوسائل ١٣ : ٤٦٦، الباب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢.

(٢) القول بالجواز للمفيد في المقنعة : ٦٧٧، والديلمى في المراسم : ٢٠٧، والشهيد في الدروس ٢ : ٢٥١، وقوّه الفاضل المقداد في التنقيح ٢ : ٣٧٢. والقول بعدمه للشيخ في النهاية : ٦١٠، والحلي في السرائر ٣ : ١٩٩، ويحيى بن سعيد في الجامع : ٤٩٥، والمحقق في الشرائع ٢ : ٢٥٣، وغيرهم. وراجع للتفصيل مفتاح الكرامة ٩ : ٣٩٩.

(٣) الوسائل ١٣ : ٤٦٨، الباب ٨٠ من أبواب أحكام الوصايا، وفيه حديث واحد.

(٤) إمّا لاشتراك محمّد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام بين الثقة وغيره، أو لأنّها واقعة حال فلا يعمّ؛ لأنّه يسأله عن مكاتب كانت تحته امرأة حرّة، فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث : لا نجيز وصيتها، إنّه مكاتب لم يُعتق ولا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه ... الحديث (منه عليه السلام).

ولا بين أن تبلغ قيمته ضعف الوصية وعدمه. وقيل: تبطل في الأوّل^(١) استناداً إلى رواية^(٢) ضعيفة.

﴿ وتصحّ الوصية للمشقص ﴾ وهو الذي عُتق منه شقص - بكسر الشين - وهو الجزء ﴿ بالنسبة ﴾ أي بنسبة ما فيه من الحرّية. والمراد به مملوك غير السيّد، أمّا هو فتصحّ في الجميع بطريق أولى.

﴿ ولأمّ الولد ﴾ أي أمّ ولد الموصي؛ لأنّها في حياته من جملة ممتلكاته، وإنّما خصّها ليرتّب^(٣) عليها قوله: ﴿ فتعتق من نصيبه ﴾ أي نصيب ولدها ﴿ وتأخذ الوصية ﴾ لصحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام^(٤) ولأنّ التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث فيستقرّ ملك ولدها على جزءٍ منها فتعتق عليه وتستحقّ الوصية. والوصية للمملوك وإن لم تتوقّف على القبول فينتقل إلى ملك الموصي له بالموت، إلّا أنّ تنفيذها يتوقّف على معرفة القيمة ووصول التركة إلى الوارث، بخلاف ملك الوارث. وقيل: تعتق من الوصية، فإن ضاقت فالباقى من نصيب ولدها^(٥) لتأخّر الإرث عن الوصية والدين بمقتضى الآية^(٦)

(١) قاله المفيد في المقنعة: ٦٧٦، والشيخ في النهاية: ٦١٠، والقاضي في المهذب ٢: ١٠٧.

(٢) أنظر الوسائل ١٣: ٣٦٧، الباب ١١ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١٠. والرواية

ضعيفة بالحسن (الحسن بن صالح) فإنّ حاله في الزيدية مشهور. راجع المسالك ٦: ٢٢٤

- ٢٢٥.

(٣) في (ش): ليرتّب.

(٤) الوسائل ١٣: ٤٧٠، الباب ٨٢ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٤.

(٥) قاله ابن إدريس في السرائر ٣: ٢٠٠، والعلامة في الإرشاد ١: ٤٥٨، والتحرير ٣:

٣٦٨، والقواعد ٢: ٤٤٩، ونسبه في المهذب البارع ٣: ١٠٩، إلى المشهور.

(٦) النساء: ١١ و ١٢.

وظاهر الرواية^(١).

﴿ والوصية لجماعة تقتضي التسوية ﴾ بينهم فيها، ذكوراً كانوا أم إناثاً أم مختلفين، وسواء كانت الوصية لأعمامه وأخواله أم لغيرهم على الأقوى ﴿ إلا مع التفضيل ﴾ فيتبع شرطه، سواء جعل المفضل الذكر أم الأنثى.

﴿ ولو قال : على كتاب الله ، فللذكر ضعف الأنثى ﴾ لأن ذلك حكم الكتاب في الإرث، والمتبادر منه هنا ذلك.

﴿ والقراية : من عرف بنسبه ﴾ عادة؛ لأن المرجع في الأحكام إلى العرف حيث لا نص، وهو دال على ذلك. ولا يكفي مطلق العلم بالنسب كما يتفق ذلك في الهاشميين، ونحوه ممن يُعرف نسبه مع بعده الآن مع انتفاء القراية عرفاً. ولا فرق بين الوارث وغيره، ولا بين الغني والفقير، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين الذكر والأنثى.

وقيل : ينصرف إلى أنسابه الراجعين إلى آخر أب وأم له في الإسلام، لا مطلق الأنساب^(٢) استناداً إلى قوله ﷺ : « قطع الإسلام أرحام الجاهلية »^(٣) فلا يرتقى إلى آباء الشرك وإن عرفوا بالنسب.

وكذا لا يُعطى الكافر وإن انتسب إلى مسلم؛ لقوله تعالى عن ابن نوح : (إنه

(١) أي الرواية السابقة عن أبي عبيدة، فإنه قال فيها : تعتق من ثلث الميت وتُعطى ما أوصى لها به. وفي ظاهرها تدافع ولكن ورد فيها أنها تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به [الوسائل ١٣ : ٤٧٠، الباب ٨٢ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٤] (منه ﷺ).

(٢) قاله المفيد في المقنعة : ٦٧٥، والشيخ في النهاية : ٦١٤.

(٣) لم نعر عليه في الجوامع الحديثية.

ليس من أهلك^(١) ودلالتهما على ذلك ممنوعة مع تسليم سند الأول.

﴿ والجيران لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً ﴾ من كلِّ جانب على المشهور. والمستند^(٢) ضعيف. وقيل: إلى أربعين داراً^(٣) استناداً إلى رواية عامية^(٤).

والأقوى الرجوع فيهم إلى العرف. ويستوي [فيه]^(٥) مالك الدار ومستأجرها ومستعيرها، وغاصبها على الظاهر. ولو انتقل منها إلى غيرها اعتبرت الثانية. ولو غاب لم يخرج عن الحكم ما لم تطل الغيبة بحيث يخرج عرفاً. ولو تعددت دور الموصي وتساوت في الاسم عرفاً استحقَّ جيران كلِّ واحدة، ولو غلب أحدها اختصَّ. ولو تعددت دور الجار واختلفت في الحكم اعتبر إطلاق اسم «الجار» عليه عرفاً كالمتحد. ويحتمل اعتبار الأغلب سكنى فيها.

وعلى اعتبار الأذرع ففي استحقاق ما كان على رأس الغاية وجهان، أجمعهما الدخول. وعلى اعتبار الدور قيل: يقسم على عددها، لا على عدد

(١) هود: ٤٦.

(٢) قال الشارح في المسالك ٥ : ٣٤٣: الثاني (أربعون ذراعاً) قول الأكثر ومنهم الشيخان وأتباعهما وابن إدريس والشهيد وما إلى العلامة في التحرير ومع ذلك لم نقف على مستند خصوصاً لمثل ابن إدريس الذي لا يعول في مثل ذلك على الأخبار الصحيحة ونحوها ...

(٣) نسبه في الإيضاح ٢ : ٣٨٦، وغاية المرام ٢ : ٣٧١، وجامع المقاصد ٩ : ٤٥ إلى بعض الأصحاب. ولكن لم نعثر عليه بعينه، نعم نسبه في مفتاح الكرامة ٩ : ٥٩ إلى خيرة الدروس، ولكنّه سهو منه ﷺ. أنظر الدروس ٢ : ٢٧٣ و ٣٠٨.

(٤) روتها عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: الجار إلى أربعين داراً [كنز العمال ٩ : ٥٢، الحديث ٢٤٨٩٥. وراجع الوسائل ٨ : ٤٩١ - ٤٩٢، الباب ٩٠ من أحكام العشرة]. (منه ﷺ).

(٥) لم يرد في المخطوطات.

سكانها ثم تقسم حصّة كلّ دار على عدد سكانها^(١) ويحتمل القسمة على عدد السكان مطلقاً^(٢) وعلى المختار فالقسمة على الرؤوس مطلقاً.

﴿ وللموالي ﴾ أي موالي الموصي واللام عوض عن المضاف إليه ﴿ تحمل على العتيق ﴾ بمعنى المفعول ﴿ والمعتيق ﴾ بالبناء للفاعل على تقدير وجودهما، لتناول الاسم لهما كالإخوة^(٣) ولأنّ الجمع المضاف يفيد العموم فيما يصلح له. ﴿ إلا مع القرينة ﴾ الدالّة على إرادة أحدهما خاصّة، فيختصّ به بغير إشكال، كما أنّه لو دلّت على إرادتهما معاً تناولتهما بغير إشكال، وكذا لو لم يكن له موالٍ إلا من إحدى الجهتين^(٤).

﴿ وقيل : تبطل ﴾ مع عدم قرينة تدلّ على إرادتهما أو أحدهما^(٥) لأنّه لفظ مشترك، وحمله على معنويه مجاز؛ لأنّه موضوع لكلّ منهما على سبيل البدل، والجمع تكرير الواحد فلا يتناول غير صنف واحد، والمعنى المجازي لا يصار إليه عند الإطلاق؛ وبذلك يحصل الفرق بينه وبين الإخوة؛ لأنّه لفظ متواطئ لا مشترك؛ لأنّه موضوع لمعنى يقع على المتقرّب بالأب وبالأمّ وبهما. وهذا أقوى.

﴿ و ﴾ الوصية ﴾ للفقراء تنصرف إلى فقراء ملة الموصي ﴿ لا مطلق الفقراء وإن كان جمعاً معرّفاً مفيداً للعموم، والمخصّص شاهد الحال الدالّ على عدم إرادة فقراء غير ملته ونحلته ﴾ ويدخل فيهم المساكين إن جعلناهم

(١) لم نعر عليه.

(٢) سواء وافقت حصّة كلّ واحد منهم حصّته على تقدير القسمة على الدور أم لا.

(٣) فإنّها تتناول الإخوة من الأب ومن الأمّ ومنهما.

(٤) يعني العتيق والمعتيق.

(٥) قاله العلامة في المختلف ٦ : ٣٢٦، والقواعد ٢ : ٤٠٠ و ٤٥١.

مساوين ﴿ لهم في الحال بأن جعلنا اللفظين بمعنى واحد، كما ذهب إليه بعضهم ^(١) ﴿ أو أسوأ ﴾ حالاً كما هو الأقوى ﴿ وإلا فلا ﴾ يدخلون؛ لاختلاف المعنى، وعدم دلالة دخول الأضعف على دخول الأعلى، بخلاف العكس.

وذكر جماعة من الأصحاب أنّ الخلاف في الأسوأ والتساوي إنّما هو مع اجتماعها كآية الزكاة، أمّا مع انفراد أحدهما خاصة فيشمل الآخر إجماعاً ^(٢) وكانّ المصنّف أم تثبت عنده هذه الدعوى ﴿ وكذا ﴾ القول ﴿ في العكس ﴾ بأن أوصى للمساكين، فإنّه يتناول الفقراء على القول بالتساوي أو كون الفقراء أسوأ حالاً، وإلا فلا. وعلى ما نقلناه عنهم يدخل كلّ منهما في الآخر هنا مطلقاً.

(١) قاله المحقّق في الشرائع ١ : ١٩٥.

(٢) قاله ابن إدريس في السرائر ١ : ٤٥٦، والعلامة في المختلف ٣ : ١٩٨، ونهاية الأحكام ٢ : ٣٧٩، والتحرير ٢ : ٤٠١، والصيمري في غاية المرام ١ : ٢٦٣، وغيرهم، ولكن لم نعثر فيها وفي غيرها على الإجماع، نعم ادّعى في النهاية عدم الخلاف.

﴿ الفصل الثاني ﴾ ﴿ في متعلّق الوصيّة ﴾

﴿ وهو كلّ مقصود ﴾ للتمكّك عادةً ﴿ يقبل النقل ﴾ عن الملك من مالكة إلى غيره، فلا تصحّ الوصيّة بما ليس بمقصود كذلك، إمّا لحقارته كفضلة الإنسان، أو لقلّته كحبّة الحنطة وقشر الجوزة، أو لكون جنسه لا يقبل الملك كالخمر والخنزير، ولا بما لا يقبل النقل كالوقف وأمّ الولد.

﴿ ولا يشترط كونه معلوماً ﴾ للموصي ولا للموصى له ولا مطلقاً ﴿ ولا موجوداً ﴾ بالفعل ﴿ حال الوصيّة ﴾ بل يكفي صلاحيّته للوجود عادة في المستقبل.

﴿ فتصحّ الوصيّة بالقسط والنصيب وشبهه ﴾ كالحظّ والقليل والكثير والجزيل ﴿ ويتخيّر الوارث ﴾ في تعيين ما شاء إذا لم يعلم من الموصي إرادة قدر معيّن أو أزيد ممّا عيّنه الوارث.

﴿ أمّا الجزء : فالعشر ﴾ لحسنة أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام متمثلاً بالجبّال العشرة التي جعل على كلّ واحد منها جزءاً من الطيور الأربعة^(١).

(١) الوسائل ١٣ : ٤٤٣، الباب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٤.

﴿ وقيل : السبع ^(١) ﴾ لصحيحة البنظي عن أبي الحسن عليه السلام متمثلاً بقوله تعالى : (لها سبعة أبواب لكل باب منها جزء مقسوم) ^(٢) ورجح ^(٣) الأوّل بموافقتة للأصل . ولو أضافه إلى جزءٍ آخر - كالثلث - فعُشره ؛ لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام وتمثّل أيضاً بالجبال ^(٤) وهو مرجح آخر .

﴿ والسهم : الثمن ﴾ لحسنة صفوان عن الرضا عليه السلام ^(٥) ومثله روى السكوني عن الصادق عليه السلام معللاً بآية أصناف الزكاة الثمانية ^(٦) وأنّ النبي صلى الله عليه وآله قسّمها على ثمانية أسهم ^(٧) .

ولا يخفى أنّ هذه التعليلات لا تصلح للعلية ، وإنّما ذكرها عليه السلام على وجه التقريب والتمثيل .

وقيل : السهم العُشر ، استناداً إلى رواية ^(٨) ضعيفة .

(١) قاله المفيد في المقنعة : ٦٧٣ ، والشيخ في النهاية : ٦١٣ ، والخلاف ٤ : ١٣٩ ، المسألة ٧ من الوصايا ، وابن إدريس في السرائر ٣ : ١٨٧ و ٢٠٧ ، وابن سعيد في الجامع للشرائع : ٤٩٥ ، وغيرهم .

(٢) الوسائل ١٣ : ٤٤٧ ، الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ، الحديث ١٢ ، والآية في سورة الحجر : ٤٤ .

(٣) رجّحه العلامة في المختلف ٦ : ٣٤٩ .

(٤) الوسائل ١٣ : ٤٤٢ - ٤٤٣ ، الباب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ، الحديث ٢ .

(٥) و (٦) الوسائل ١٣ : ٤٤٨ ، الباب ٥٥ من أبواب أحكام الوصايا ، الحديث ٢ و ٣ .

(٧) المصدر السابق : ذيل الحديث ٢ .

(٨) لم نعر على القائل ، وأمّا الرواية فهي الحديث ٤ من المصدر السابق . والظاهر أنّ ضعفها بطلحة بن زيد الواقع في سندها فهو بترّي ، والبترية فرقة من الزيدية لا يعتدّ بروايتهم .

راجع المسالك ١٢ : ٣٤١ و ١٤ : ١٣ .

وقيل: السُدس؛ لما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ أَعْطَاهُ لِرَجُلٍ أُوصِيَ لَهُ بِسَهْمٍ^(١).

وقيل: إِنَّ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ أَنَّ السَّهْمَ سُدْسٌ^(٢) وَلَمْ يَثْبُتْ.

﴿ وَالشَّيْءُ : السُّدْسُ ﴾ وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا.

وقيل: إِنَّهُ إِجْمَاعٌ^(٣) وَبِهِ نِصَاصٌ^(٤) غَيْرُ مَعْلُومٌ.

﴿ وَ ﴾ حَيْثُ لَمْ يَشْتَرَطْ فِي الْمَوْصِي بِهِ كَوْنَهُ مَوْجُودًا بِالْفِعْلِ ﴿ تَصَحَّ

الْوَصِيَّةُ بِمَا سَتَحْمَلُهُ الْأُمَّةُ أَوْ الشَّجَرَةُ ﴾ إِمَّا دَائِمًا أَوْ فِي وَقْتٍ مَخْصُوصٍ كَالسَّنَةِ

الْمُسْتَقْبَلَةِ ﴿ وَبِالْمَنْفَعَةِ ﴾ كَسَكْنَى الدَّارِ مَدَّةً مَعْيِنَةً أَوْ دَائِمًا. وَمَنْفَعَةُ الْعَبْدِ كَذَلِكَ

وَشَبْهُهُ وَإِنْ اسْتَوْعَبَتْ قِيَمَةَ الْعَيْنِ.

﴿ وَلَا تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ بِمَا لَا يَقْبَلُ النُّقْلَ، كَحَقِّ الْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقِذْفِ

وَالشَّفْعَةِ ﴾ فَإِنَّ الْغَرَضَ مِنَ الْأَوَّلِ تَشْفِي الْوَارِثِ بِاسْتِيفَائِهِ فَلَا يَتِمُّ الْغَرَضُ بِنُقْلِهِ

إِلَى غَيْرِهِ، وَمِثْلُهُ حَدُّ الْقِذْفِ، وَالتَّعْزِيرُ لِلشُّتْمِ. وَأَمَّا الشَّفْعَةُ فَالْغَرَضُ مِنْهَا دَفْعُ الضَّرْرِ

عَنِ الشَّرِيكَ بِالشَّرِكَةِ وَلَا حِظٌّ لِلْمَوْصِي لَهُ فِي ذَلِكَ. نَعَمْ لَوْ أُوصِيَ لَهُ بِالشَّقِصِ

وَالخِيَارِ مَعًا لَمْ تَبْعُدِ الصَّحَّةُ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالمَالِ وَالخِيَارِ تَابِعٌ، وَنَفْعُهُ ظَاهِرٌ مَقْصُودٌ،

وَكَذَا غَيْرُهَا مِنَ الْخِيَارِ.

﴿ وَتَصَحَّ ﴾ الْوَصِيَّةُ ﴿ بِأَحَدِ الْكِلَابِ الْأَرْبَعَةِ ﴾ وَالْجِزْوَ^(٥) الْقَابِلِ لِلتَّلْمِيمِ؛

(١) قَالَ الشَّيْخُ فِي الْخِلَافِ ٤ : ١٤٠، الْمَسْأَلَةُ ٩ مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا، وَالْمَبْسُوطُ ٤ : ٨،

وَلَمْ نَعْرِ عَلَى الرِّوَايَةِ فِي الْمَجَامِعِ الْحَدِيثِيَّةِ، نَعَمْ أوردَهُ الشَّيْخُ فِي الْخِلَافِ نَفْسَ الْمَوْضِعِ.

(٢) قَالَ الْعَلَّامَةُ فِي التَّذَكْرَةِ (الْحَجْرِيَّة) ٢ : ٤٩٦.

(٣) قَالَ السَّيِّدُ ابْنَ زَهْرَةَ فِي الْغِنْيَةِ : ٣٠٨.

(٤) أَنْظَرَ الْوَسَائِلَ ١٣ : ٤٥٠، الْبَابُ ٥٦ مِنْ أَبْوَابِ أَحْكَامِ الْوَصَايَا، الْحَدِيثُ الْأَوَّلُ وَذِيْلَهُ

(٥) بِتَثْلِيثِ الْجَيْمِ : صَغِيرٌ كُلُّ شَيْءٍ حَتَّى الرَّمَّانَ وَالْبَطِّيخَ، وَغُلْبٌ عَلَى وَلَدِ الْكَلْبِ وَالْأَسَدِ.

لكونها مالا مقصوداً ﴿ لا بالخنزير، وكلب الهراش ﴾ لانتهاء المايّة فيهما. ومثله طبل اللهو الذي لا يقبل التغيير عن الصفة المحرّمة مع بقاء المايّة.

﴿ ويشترط في الزائد عن الثلث إجازة الوارث ﴾ وإلا بطل ﴿ وتكفي ﴾ الإجازة ﴿ حال حياة الموصي ﴾ وإن لم يكن الوارث مالكا الآن؛ لتعلّق حقه بالمال، وإلا لم يمنع الموصي من التصرف فيه، ولصحيحة منصور بن حازم وحسنة محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام^(١).

وقيل: لا تعتبر إلا بعد وفاته؛ لعدم استحقاق الوارث المال حينئذ^(٢) وقد عرفت جوابه.

ولا فرق بين وصية الصحيح والمريض في ذلك؛ لاشتراكهما في الحجر بالنسبة إلى ما بعد الوفاة، ولو كان التصرف منجزاً افترقا.

ويعتبر في المجيز جواز التصرف، فلا عبرة بإجازة الصبيّ والمجنون والسفيه. أمّا المفلس فإن كانت إجازته حال الحياة نفذت؛ إذ لا ملك له حينئذ، وإنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصي. ولو كان بعد الموت ففي صحّتها وجهان، مبناهما على أنّ التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت وبالإجازة تنتقل عنه إلى الموصي له، أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت. فعلى الأوّل لا تنفذ؛ لتعلّق حقّ الغرماء بالتركة قبل الإجازة. وعلى الثاني يحتمل الأمرين وإن كان النفوذ أوجه.

(١) أنظر الكافي ٧: ١٢، الحديث الأوّل وذيله، والفتاوى ٤: ٢٠٠، الحديث ٥٤٦١ وذيله، والوسائل ١٣: ٣٧١، الباب ١٣ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث الأوّل وذيله.

(٢) قاله المفيد في المقنعة: ٦٧٠، والدليمي في المراسم: ٢٠٦، وابن إدريس في السرائر

﴿ والمعتبر بالتركة ﴾ بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها ﴿ حين الوفاة ﴾ لا حين الوصية ولا ما بينهما؛ لأنه وقت تعلق الوصية بالمال ﴿ فلو قتل فأخذت ديته حُسبت ﴾ الدية ﴿ من تركته ﴾ واعتبر ثلثها؛ لثبوتها بالوفاة وإن لم تكن عند الوصية.

وهذا إنما يتمّ بغير إشكال لو كانت الوصية بمقدار معيّن كمئة دينار مثلاً، أو كانت بجزءٍ من التركة مشاع - كالثلث - وكانت التركة حين الوصية أزيد منها حين الوفاة. أمّا لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بإرادة الموصي للزيادة المتجدّدة؛ لأصالة عدم التعلّق، وشهادة الحال بأنّ الموصي لا يريد ثلث المتجدّد حيث لا يكون تجدّده متوقّعاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً.

وينبغي على ما ذكر اعتبارها بعد الموت أيضاً؛ إذ قد يتجدّد للميت مال بعد الموت كالدية إذا ثبتت صلاحاً. وقد يتجدّد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث، فلا يكون محسوباً عليه.

والأقوى اعتبار أقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض.

﴿ ولو أوصى بما يقع اسمه على المحرّم والمحلّل صرف إلى المحلّل ﴾ حملاً لتصرّف المسلم على الصحيح ﴿ كالعود ﴾ وله عود لهو، وعيدان قسي^(١) وعيدان عصي^(٢) وعيدان السقف والبنيان ﴿ والطبل ﴾ وله طبل لهو وطبل حرب. ثمّ إن اتّحد المحلّل حُمّل عليه، وإن تعدّد تخيّر الوارث في تعيين ما شاء. ولو لم يكن له إلاّ المحرّم بطلت الوصية إن لم يمكن إزالة الوصف المحرّم مع بقاء ماليته، وإلاّ صحّت وحُوّل إلى المحلّل.

﴿ ويتخير الوارث في المتواطئ ﴾ وهو المقول على معنى يشترك فيه كثير
 ﴿ كالعبد، وفي المشترك ﴾ وهو المقول على معنيين فصاعداً بالوضع الأول^(١)
 من حيث هو كذلك ﴿ كالقوس ﴾ لأنّ الوصية بالمتواطئ وصية بالماهية الصادقة
 بكلّ [فرد]^(٢) من الأفراد كالعبد؛ لأنّ مدلول اللفظ فيه هو الماهية الكلية،
 وخصوصيات الأفراد غير مقصودة إلاّ تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أيّ فرد
 شاء؛ لوجود متعلّق الوصية في جميع الأفراد.

وكذا المشترك؛ لأنّ متعلّق الوصية فيه هو الاسم، وهو صادق على ما تحته
 من المعاني حقيقة، فتحصل البراءة بكلّ واحدٍ منها.

وربما احتمل هنا القرعة^(٣) لأنّه أمر مشكل؛ إذ الموصى به ليس كلّ أحد؛
 لأنّ اللفظ لا يصلح له، وإنّما المراد واحد غير معيّن، فيتوصّل إليه بالقرعة.
 ويضعّف بأنّها لبيان ما هو معيّن في نفس الأمر مشكل ظاهراً، وليس هنا
 كذلك، فإنّ الإبهام حاصل عند الموصي وعندنا وفي نفس الأمر، فيتخير الوارث،
 وسيأتي في هذا الإشكال بحث^(٤).

(١) احترز بـ «الوضع الأوّل» عن المجاز، فإنّ لفظه استعمل لمعنيين فصاعداً، لكن لا بوضع
 واحد بل وضع أوّلاً للمعنى الحقيقي ثمّ استعمل في الثاني من غير نقلٍ كالأسد، فإنّه وضع
 أوّلاً للحيوان المفترس ثمّ استعمل في الرجل الشجاع لعلاقةٍ بينهما وهي الشجاعة. وبقيد
 «الحيثية» عن المتواطئ المتناول للمختلفين لكن لا من حيث الاختلاف بل باعتبار اتّحاد
 المعنى المتناول لهما. (منه ﷺ).

(٢) لم يرد في المخطوطات.

(٣) احتملها العلامة في القواعد ٢ : ٤٦٠.

(٤) يأتي في الصفحة ١١٦.

﴿ والجمع يُحمل على الثلاثة ﴾ ﴿ جمع ﴾ قلة كان كأعبد، أو كثرة كالعبيد ﴿ لتطابق اللغة والعرف العامّ على اشتراط مطلق الجمع في إطلاقه على الثلاثة فصاعداً.﴾

والفرق بحمل جمع الكثرة على ما فوق العشرة اصطلاح خاصّ^(١) لا يستعمله أهل المحاورات العرفيّة والاستعمالات العامّة، فلا يحمل إطلاقهم عليه. ولا فرق في ذلك بين تعيين الموصي قدرأ من المال يصلح لعتق العبيد بما يوافق جمع الكثرة لو اقتصر على الخسيس من ذلك الجنس وعدمه، فيتخيّر بين شراء النفيس المطابق لأقلّ الجمع فصاعداً، وشراء الخسيس الزائد المطابق لجمع الكثرة حيث يعبر بها.

﴿ ولو أوصى بمنافع العبد دائماً أو بثمره البستان دائماً قوّمت المنفعة على الموصى له، والرقبة على الوارث إن فرض لها قيمة ﴾ ﴿ كما يتفق في العبد؛ لصحة عتق الوارث له ولو عن الكفّارة، وفي البستان بانكسار جذع ونحوه، فيستحقّه الوارث حطباً أو خشباً؛ لأنّه ليس بثمره. ولو لم يكن للرقبة نفع البتّة قوّمت العين أجمع على الموصى له.﴾

وطريق خروجها من الثلث - حيث يعتبر منه - يستفاد من ذلك، فتقوّم العين بمنافعها مطلقاً ثمّ تقوّم مسلوبة المنافع الموصى بها، فالتفاوت هو الموصى به، فإن لم يكن تفاوت فالمخرج من الثلث جميع القيمة. ومنه يعلم حكم ما لو كانت المنفعة مخصوصة بوقت.

(١) وهو اصطلاح النحاة على ما أشار إليه في تمهيد القواعد : ١٦٠، وانظر شرح ابن عقيل

﴿ ولو أوصى بعق مملوكه وعليه دين قُدِّم الدين ﴾ من أصل المال الذي من جملته المملوك ﴿ وعق من الفاضل ﴾ عن الدين من جميع التركة ﴿ ثلثه ﴾ إن لم يزد على المملوك. فلو لم يملك سواه بطل منه فيما قابل الدين وعُتق ثلث الفاضل إن لم يُجز الوارث.

ولا فرق بين كون قيمة العبد ضِعَفَ الدين وأقلّ على أصحّ القولين^(١).

وقيل: تبطل الوصية مع نقصان قيمته عن ضِعَفَ الدين^(٢).

﴿ ولو نجّز عتقه ﴾ في مرضه ﴿ فإن كانت قيمته ضِعَفَ الدين صحّ العتق ﴾ فيه أجمع ﴿ وسعى في ﴾ قيمة ﴿ نصفه للديان وفي ثلثه ﴾ الذي هو ثلثا النصف الباقي عن الدين ﴿ للوارث ﴾ لأنّ النصف الباقي هو مجموع التركة بعد الدين، فيعتق ثلثه ويكون ثلثاه للورثة، وهو ثلث مجموعته، وهذا ممّا لا خلاف فيه.

إنّما الخلاف فيما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين، فقد ذهب الشيخ^(٣) وجماعة^(٤) إلى بطلان العتق حينئذٍ استناداً إلى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام^(٥) ويفهم من المصنّف هنا الميل إليه، حيث شرط في صحّة العتق

(١) ذهب إليه العلامة في القواعد ٢: ٤٦٩، والمختلف ٦: ٣٧٢، وغيرهما، وولده في الإيضاح ٢: ٥٣٠ - ٥٣١.

(٢) قاله الشيخ في النهاية: ٦١٠، والقاضي في المهذّب ٢: ١٠٨، والمحقّق في الشرائع ٢: ٢٥٣ - ٢٥٤. وراجع للتفصيل مفتاح الكرامة ٩: ٥٢٤.

(٣) النهاية: ٥٤٥.

(٤) وهو مذهب المفيد في المقنعة: ٦٧٦ - ٦٧٧، والقاضي في المهذّب ٢: ٣٦١، والمحقّق في الشرائع ٢: ٢٥٤، والمختصر: ١٦٤، وأبي العباس في المقتصر: ٢١٦، وغيرهم.

(٥) الوسائل ١٣: ٤٢٣ - ٤٢٤، الباب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٥.

كون قيمته ضعف الدين، إلا أنه لم يصرح بالشق الآخر.

والأقوى أنه كالأول، فينتق منه بمقدار ثلث ما يبقى من قيمته فاضلاً عن الدين، ويسعى للديان بمقدار دينهم، وللورثة بضعف ما عتق منه مطلقاً، فإذا أذاه عتق أجمع. والرواية المذكورة مع مخالفتها للأصول معارضة بما يدل على المطلوب، وهو حسنة الحلبي عنه عليه السلام (١).

﴿ ولو أوصى بعتق ثلث عبده، أو عدد منهم ﴾ مبهم كتلاثة ﴿ استخرج ﴾ الثلث والعدد ﴿ بالقرعة ﴾ لصلاحيّة الحكم لكل واحد، فالقرعة طريق التعيين؛ لأنّها لكل أمر مشكل؛ ولأنّ العتق حقّ للمعتق ولا ترجيح لبعضهم؛ لانتهاء التعيين، فوجب استخراجها بالقرعة.

وقيل: يتخيّر الوارث في الثاني (٢) لأنّ متعلق الوصية متواطئ فيتخيّر في تعيينه الوارث كما سبق (٣) ولأنّ المتبادر من اللفظ هو الاكتفاء بعتق أيّ عدد كان من الجميع فيحمل عليه. وهو قويّ. وفي الفرق بينه وبين الثلث نظر.

﴿ ولو أوصى بأموال متعدّدة ﴾ فإن كان فيها واجب قُدّم ﴿ على غيره وإن تأخّرت الوصية به، سواء كان الواجب مالياً أم غيره، وبُدئ بعده بالأوّل فالأوّل. ثمّ إن كان الواجب مالياً - كالدين والحجّ - أخرج من أصل المال والباقي من الثلث. وإن كان بدنياً - كالصلاة والصوم - قُدّم من الثلث وأكمل من الباقي مرتباً للأوّل فالأوّل.

(١) الوسائل ١٣: ٤٢٣، الباب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣.

(٢) استحسنه في الشرائع ٢: ٢٥٢، واستجوده في التحرير ٣: ٣٥٢، واختاره في الإرشاد ١: ٤٦٢، وقوّاه في جامع المقاصد ١٠: ٢٠٩.

(٣) سبق في الصفحة ١١٢ عند قول الماتن: ويتخيّر الوارث في المتواطئ.

﴿ وإلا ﴾ يكن فيها واجب ﴿ بدئ بالأوّل ﴾ منها ﴿ فالأوّل حتّى يستوفى الثلث ﴾ ويبطل الباقي إن لم يُجز الوارث. والمراد بالأوّل: الذي قدّمه الموصي في الذكر ولم يعقبه بما ينافيه، سواء عطف عليه التالي^(١) بثمّ أم بالفاء أم بالواو، أم قطعه عنه، بأن قال: «أعطوا فلاناً مئة، أعطوا فلاناً خمسين» ولو رتب ثمّ قال: «ابدؤوا بالأخير» أو غيره أتبع لفظه الأخير ﴿ ولو لم يرتّب ﴾ بأن ذكر الجميع دفعة فقال: «أعطوا فلاناً وفلاناً وفلاناً مئة» أو رتب باللفظ ثمّ نصّ على عدم التقديم ﴿ بسط الثلث على الجميع ﴾ وبطل من كلّ وصيّة بحسابها. ولو علم الترتيب واشتبه الأوّل أقرع. ولو اشتبه الترتيب^(٢) وعدمه فظاهرهم إطلاق التقديم بالقرعة كأوّل.

ويشكل باحتمال كون الواقع عدمه وهي لإخراج المشكل ولم يحصل، فينبغي الإخراج على الترتيب وعدمه؛ لاحتمال أن يكون غير مرتّب فتقديم كلّ واحد ظلم.

ولو جامع الوصايا منجزاً^(٣) يخرج من الثلث قدّم عليها مطلقاً وأكمل الثلث منها كما ذكر.

﴿ ولو أجاز الورثة ﴾ ما زاد على الثلث ﴿ فادّعوا ﴾ بعد الإجازة ﴿ ظنّ القلّة ﴾ أي قلّة الموصى به وأنه ظهر أزيد ممّا ظنّوه ﴿ فإن كان الإيصاء بعين لم يقبل منهم ﴾ لأنّ الإجازة وقعت على معلوم لهم فلا تسمع دعواهم أنّهم ظنّوا

(١) في (ش) و (ر): الثاني.

(٢) ينبغي تأمل ذلك؛ لأنّ أحداً لم يتنبّه عليه. (منه ﷺ).

(٣) كذا في (ع) التي قوبلت بالأصل، وفي سائر النسخ: منجز.

زيادته عن الثلث بيسير مثلاً فظهر أزيد أو ظنَّ أنَّ المال كثير؛ لأصالة عدم الزيادة في المال، فلا تعتبر دعواهم ظنَّ خلافه ﴿ وإن كان ﴾ الإيضاء ﴿ بجزء شائع ﴾ في التركة ﴿ كالنصف قُبَل ﴾ قولهم ﴿ مع اليمين ﴾ لجواز بنائهم على أصالة عدم زيادة المال فظهر خلافه، عكس الأوَّل.

وقيل: يُقبل قولهم في الموضوعين^(١) لأنَّ الإجازة في الأوَّل وإن وقعت على معلوم إلاَّ أنَّ كونه بمقدار جزءٍ مخصوص من المال كالنصف لا يعلم إلاَّ بعد العلم بمقدار التركة؛ ولأنَّه كما احتمل ظنَّهم قلة النصف في نفسه يحتمل ظنَّهم قلة المعين بالإضافة إلى مجموع التركة ظناً منهم زيادتها. وأصالة عدمها لا دخل لها في قبول قولهم وعدمه؛ لإمكان صدق دعواهم وتعذر إقامة البيِّنة عليها، ولأنَّ الأصل عدم العلم بمقدار التركة على التقديرين، وهو يقتضي جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع، وإمكان ظنَّهم أنَّه لا دين على الميت فظهر، مع أنَّ الأصل عدمه.

وهذا القول متَّجه، وحيث يحلفون على مدَّعاهم يُعطي الموصى له من الوصية ثلث المجموع وما ادَّعوا ظنَّه من الزائد.

﴿ ويدخل في الوصية بالسيف جَفُّه ﴾ بفتح أوَّله، وهو غمَّده بكسره. وكذا تدخل جليته؛ لشمول اسمه لها عرفاً وإن اختصَّ لغةً بالنصل^(٢) ورواية أبي جميلة بدخولها^(٣) شاهد مع العرف ﴿ وبالصُّندوق أثوابه ﴾ الموضوعه فيه، وكذا غيرها من الأموال المظروفة.

(١) جامع المقاصد ١٠: ١٢٦.

(٢) أنظر العين: ٨٠٩، وتاج العروس ٨: ١٣٦-١٣٧.

(٣) الوسائل ١٣: ٤٥١، الباب ٥٧ من أبواب أحكام الوصية، الحديث ١ و ٢.

﴿ وبالسفينة متاعها ﴾ الموضوع فيها عند الأكثر^(١) ومستنده رواية أبي جميلة عن الرضا عليه السلام^(٢) وغيرها مما لم يصحّ سنده^(٣) والعرف قد يقضي بخلافه في كثير من الموارد، وحقيقة الموصى به مخالفة للمظروف، فعدم الدخول أقوى، إلا أن تدلّ قرينة حالية أو مقالية على دخول الجميع أو بعضه فيثبت ما دلّت عليه خاصة. والمصنّف اختار الدخول ﴿ إلا مع القرينة ﴾ فلم يعمل بمدلول الرواية مطلقاً^(٤) فكان تقييد الدخول بالقرينة أولى. ويمكن حمل الروايات عليه.

﴿ ولو عقب الوصية بمضادها ﴾ بأن أوصى بعين مخصوصة لزيد ثم أوصى بها لعمره ﴿ عمل بالأخيرة ﴾ لأنها ناقضة للأولى، والوصية جائزة من قبله فتبطل الأولى.

﴿ ولو أوصى بعق رتبة مؤمنة وجب ﴾ تحصيل الوصف بحسب الإمكان ﴿ فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب ﴾ على المشهور. ومستنده رواية علي بن

(١) منهم المفيد في المقنعة : ٦٧٤، والشيخ في النهاية : ٦١٤، وابن إدريس في السرائر ٣ : ٢٠٩، والمحقق في الشرائع ٢ : ٢٤٨، ويحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع : ٤٩٦.
(٢) الكافي ٧ : ٤٤، الحديث الأوّل، والوسائل ١٣ : ٤٥٢، الباب ٥٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢. وضعفه أبى جميلة وهو المفضّل بن صالح. راجع فهارس المسالك ١٦ : ٣٠٠.

(٣) مثل رواية عقبه بن خالد، وانظر الوسائل ١٣ : ٤٥٢، الباب ٥٨ من أبواب الوصايا، الحديث الأوّل. فإنّها ضعيفة بعقبه بن خالد؛ لأنّه لم يرد فيه مدح. راجع جامع الرواة ١ : ٥٣٩.

(٤) أي على الإطلاق، بل مقيداً بعدم القرينة على الخلاف.

أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام (١) والمستند ضعيف (٢) فالأقوى عدم الإجزاء، بل يتوقع المكنة وفاقاً لابن إدريس (٣) ﴿ ولو ظنّها مؤمنة ﴾ على وجه يجوز التعويل عليه بإخبارها أو إخبار من يُعتدّ به فأعتقها ﴿ كفى وإن ظهر خلافه ﴾ لإتيانه بالمأمور به على الوجه المأمور به، فيخرج عن العهدة؛ إذ لا يعتبر في ذلك اليقين، بل ما ذكر من وجوه الظنّ.

﴿ ولو أوصى بعق رقبة بثمن معيّن وجب ﴾ تحصيلها به مع الإمكان
 ﴿ ولو تعذّر إلا بأقلّ ﴾ اشترى وعتق** ودفع إليه ما بقي ﴿ من المال المعين على المشهور بين الأصحاب.

وربما قيل: إنّه إجماع (٤) ومستنده رواية سماعة عن الصادق عليه السلام (٥)
 ولو لم يوجد إلاّ بأزيد تُوقّع المكنة، فإنّ يئس من أحد الأمرين ففي وجوب شراء بعض رقبة، فإنّ تعذّر صرف في وجوه البرّ، أو بطلان الوصية ابتداءً، أو مع تعذّر بعض الرقبة، أو جهه أو جهها الأوّل. ويقوى لو كان التعذّر طارئاً على زمن الوصية أو على الموت؛ لخروج القدر عن ملك الورثة فلا يعود إليهم.

(١) الوسائل ١٣ : ٤٦٢، الباب ٧٣ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث الأوّل، وانظر الرواية الثانية من الباب، أيضاً.

(٢) بعليّ بن أبي حمزة. أنظر المسالك ٦ : ٢١٢.

(٣) السرائر ٣ : ٢١٣.

(*) في (ق) و (س) : بالأقلّ.

(**) في النسختين : أعتق.

(٤) لم نثر عليه بعينه، كما اعترف به في مفتاح الكرامة ٩ : ٥٣٤، نعم ادّعى الشيخ في المبسوط ٤ : ٢٢ عدم الخلاف في المسألة.

(٥) الوسائل ١٣ : ٤٦٥ - ٤٦٦، الباب ٧٧ من أبواب أحكام الوصايا، وفيه حديث واحد.



﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في الأحكام ﴾

﴿ تصحّ الوصيّة للذمي وإن كان أجنبيّاً ﴾ للأصل والآية^(١) والرواية^(٢)
﴿ بخلاف الحربي وإن كان رحماً ﴾ لا لاستلزامها المواءمة المنهيّ عنها لهم^(٣) لمنع
الاستلزام، بل لأنّ صحّة الوصيّة تقتضي ترتيب أثرها الذي من جملته وجوب
الوفاء بها وترتب العقاب على تبديلها ومنعها، وصحّتها تقتضي كونها مالاً^(٤)
للحربي، وماله فيء للمسلم في الحقيقة ولا يجب دفعه إليه، وهو ينافي صحّتها

(١) و (٢) أمّا الأصل فظاهر في الصحّة والجواز. وأمّا الآية: فهي قوله تعالى: (لا ينهاكم الله
عن الذين لم يقاتلوكم في الدين) إلى قوله: (أن تبرّوهم وتقسطوا إليهم إنّما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين) [المتحنة: ٨ - ٩] فأجاز مبرّة الذمي ومنع مبرّة الحربي،
والوصيّة مبرّة. وأمّا الرواية: فرواها محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في رجل أوصى بماله
في سبيل الله. قال: أعطه لمن أوصى له، وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إنّ الله يقول: (فمن
بدّله من بعد ما سمعه فإنّما إثمه على الذين يبدّلونه) [البقرة: ١٨١]، [الوسائل ١٣:
٤١٧، الباب ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٥]. (منه عليه السلام).

(٣) المنهيّ عنها في الآية ٢٢ من سورة المجادلة.

(٤) لم يرد «مالاً» في (ع).

بذلك المعنى، بخلاف الذمي.

وهذا المعنى من الطرفين يشترك فيه الرّحم وغيره. ويمكن أن تمنع المنافاة، فإنّ منع الحربي منها من حيث إنّها ماله غير منافٍ للوفاء بالوصية من حيث إنّها وصية، بل منعه من تلك الحيثية مترتب على صحّة الوصية وعدم تبديلها. وفي المسألة أقوال آخر^(١).

﴿ وكذا المرتدّ ﴾ عطف على الحربيّ، فلا تصحّ الوصية له؛ لأنّه بحكم الكافر المنهيّ عن موادّته.

ويشكل بما مرّ. نعم يتمّ ذلك في الفطري بناءً على أنّه لا يملك الكسب المتجدّد. أمّا المّلي والمرأة مطلقاً فلا مانع من صحّة الوصية له، وهو خيرة المصنّف في الدروس^(٢).

﴿ ولو أوصى في سبيل الله فلكلّ قرية ﴾ لأنّ «السبيل» هو الطريق والمراد هنا ما كان طريقاً إلى ثوابه، فيتناول كلّ قرية جرياً له على عمومه.

(١) قول بعدم الصحّة مطلقاً وهو المشهور بين الأصحاب كما في المهدّب البارع ٣ : ١٠٠، والمقتصر : ٢١٥. وقول بالصحّة مطلقاً وهو ابن إدرس في السرائر ٣ : ١٨٦، ويحيى بن سعيد في الجامع : ٤٩٤. وقول بالتفصيل بين الرّحم وغيره فيصحّ في الأوّل ولا يصحّ في الثاني، وهو المنسوب في المهدّب البارع ٣ : ١٠٠ إلى ظاهر المبسوط وإطلاق المفيد وأبي الصلاح، وانظر المبسوط ٤ : ٤، والمقنعة : ٦٧١، والكافي في الفقه : ٢٦٤، ومثلها في الغنية : ٣٠٧، والوسيلة : ٣٧٥. وهنا تفصيل آخر من الحلبي في الكافي بين ما كانت مكافأة على مكرمة دنيوية أو مبتدأ بها فتجوز، وبين غيره فلا تجوز، راجع للتفصيل كشف الرموز ٢ : ٧٠-٧١، والتنقيح الرائع ٢ : ٣٧٠-٣٧١.

(٢) الدروس ٢ : ٣٠٨.

وقيل : يختصّ الغزاة^(١).

﴿ ولو قال : أعطوا فلاناً كذا ولم يبيّن ما يصنع به ، دفع إليه يصنع به ما شاء ﴾ لأنّ الوصيّة بمنزلة التملك ، فتقتضي تسلّط الموصى له تسلّط المالك ، ولو عيّن له المصرف تعيّن .

﴿ وتستحبّ الوصيّة لذّي القرابة ، وارثاً كان أم غيره ﴾^(٢) لقوله تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ)^(٣) ولأنّ فيه صلة الرحم^(٤) وأقلّ مراتبه الاستحباب .

﴿ ولو أوصى للأقرب ﴾ أي أقرب الناس إليه نسباً ﴿ نُزِّلَ عَلَىٰ مَرَاتِبِ الْإِرْثِ ﴾ لأنّ كلّ مرتبة أقرب إليه من التي بعدها ، لكن يتساوى المستحقّ هنا ؛ لاستواء نسبتهم إلى سبب الاستحقاق وهو الوصيّة ، والأصل عدم التفاضل ، فللذكر مثل حظّ^(٥) الأنثى . وللمتقرّب بالأب مثل المتقرّب بالأمّ . ولا يتقدّم ابن العمّ من الأبوين على العمّ للأب وإنّ قدّم في الميراث . ويتساوى الأخ من الأمّ والأخ من الأبوين . وفي تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب وجه قويّ ؛ لأنّ تقدّمه عليه^(٦) في الميراث يقتضي كونه أقرب شرعاً ، والرجوع

(١) قاله المفيد في المقنعة : ٦٧٤ ، والشيخ في المبسوط ٤ : ٣٥ ، والنهية : ٦١٣ ، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٧١ .

(٢) خالف في ذلك بعض العامّة فمنع من الوصيّة للوارث [راجع المغني لابن قدامة ٦ : ٤٥٠] . (منه ﷺ) .

(٣) البقرة : ١٨٠ .

(٤) في (ع) : صلة للرحمة .

(٥) لم يرد « حظّ » في (ع) و (ف) .

(٦) لم يرد « عليه » في (ع) .

إلى مراتب الإرث يرشد إليه. ولا يرد مثله في ابن العمّ للأبوين؛ لاعترافهم بأنّ العمّ أقرب منه، ولهذا جعلوه مستثنى بالإجماع^(١) ويحتمل تقديمه هنا؛ لكونه أولى بالميراث.

﴿ ولو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف إن كان له ابن واحد، والثلث إن كان له ابنان، وعلى هذا ﴾ والضابط: أنّه يجعل كأحد الوراث ويزاد في عددهم. ولا فرق بين أن يوصي له بمثل نصيب معيّن وغيره.

ثمّ إن زاد نصيبه على الثلث توقّف الزائد عليه على الإجازة، فلو كان له ابن وبنت وأوصى لأجنبيّ بمثل نصيب البنت فللموصى له ربع التركة، وإن أوصى له بمثل نصيب الابن فقد أوصى له بخمسي التركة، فيتوقّف الزائد عن الثلث - وهو ثلثُ خمس - على إجازتهما، فإن أجازا فالمسألة من خمسة؛ لأنّ الموصى له بمنزلة ابن آخر وسهام الابنين مع البنت خمسة. وإن ردّا فمن تسعة؛ لأنّ للموصى له ثلث التركة، وما يبقى لهما أثلاثاً، فتضرب ثلاثة في ثلاثة. وإن أجاز أحدهما وردّ الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الردّ، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة في مسألة الردّ، ومن ردّ ضربت نصيبه من مسألة الردّ في مسألة الإجازة، فلها مع إجازتها تسعة من خمسة وأربعين، وله عشرون، وللموصى له ستة عشر هي ثلث الفريضة وثلث الباقي من النصيب على تقدير الإجازة. وله مع إجازته ثمانية عشر، ولها عشرة، وللموصى له سبعة عشر، وعلى هذا القياس...

﴿ ولو قال ﴾ : أعطوه ﴿ مثل سهم أحد ورّاثي أعطي مثل سهم الأقل ﴾

(١) منهم العلامة في القواعد ٣ : ٣٧٠، والتحرير ٥ : ٣٣، المسألة ٦٣١٤، وغيرهما، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٤ : ١٨١، وابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٤ : ٣٩٣، والشهيد في الدروس ٢ : ٣٣٦.

لصدق السهم به وأصالة البراءة من الزائد، فلو ترك ابناً وبناتاً فله الربع، ولو ترك ابناً وأربع زوجات فله سهم من ثلاثة وثلاثين.

﴿ ولو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه ﴾ على المشهور بين الفقهاء^(١) وأهل اللغة^(٢) وقيل: مثله^(٣) وهو قول بعض أهل اللغة^(٤) والأصح الأول.

﴿ وبضعفیه ثلاثة أمثاله ﴾ لأنّ ضعف الشيء ضمّ مثله إليه، فإذا قال: «ضعفیه» فكأنّه ضمّ مثليه إليه. وقيل: أربعة أمثاله^(٥) لأنّ الضعف مثلان كما سبق، فإذا تثنى كان أربعة. ومثله القول في ضعف الضعف.

﴿ ولو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كلُّ ثلث إلى فقراء بلد المال ﴾ الذي هو فيه، وهو الأفضل؛ ليسلم من خطر النقل. وفي حكمه احتسابه على غائب مع قبض وكيله في البلد ﴿ ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي ﴾ أو غيره ﴿ جاز ﴾ لحصول الغرض من الوصية، وهو صرفه إلى الفقراء.

واستشكل المصنّف جواز ذلك في بعض الصور: بأنّه إن نقل المال من البلاد المتفرّقة إلى بلد الإخراج كان فيه تغرير في المال وتأخير للإخراج، وإن أخرج

(١) منهم الشيخ في الخلاف ٤: ١٣٨، المسألة ٥، والمبسوط ٤: ٧، والمحقق في الشرائع ٢: ٢٥٩، والعلامة في القواعد ٢: ٤٧٨، والشهيد في الدروس ٢: ٣١٦، وغيرهم.

(٢) مثل ابن الأثير في النهاية ٣: ٨٩، وابن منظور في اللسان ٨: ٦٢.

(٣) قاله أبو عبيدة، كما في الخلاف ٤: ١٣٨، المسألة ٥، والتحرير ٣: ٣٥٥، الرقم ٤٧٨٤، وغيرهما.

(٤) مثل الجوهري في الصحاح ٤: ١٣٩٠، والفيروزآبادي في القاموس ٣: ١٦٥، ونسبه في اللسان ٨: ٦٢ إلى الزجاج.

(٥) قاله الشيخ في المبسوط ٤: ٧، وقوّاه في الخلاف ٤: ١٣٩، المسألة ٦.

قدر الثلث من بعض الأموال ففيه خروج عن الوصية؛ إذ مقتضاها الإشاعة^(١) والأوسط^(٢) منها متوجه، فإن تأخير إخراج الوصية مع القدرة عليه غير جائز، إلا أن يفرض عدم وجوبه، إما لعدم المستحق في ذلك الوقت الذي نقل فيه، أو تعيين الموصي الإخراج في وقت مترقب بحيث يمكن نقله إلى غير البلد قبل حضوره، ونحو ذلك.

وينبغي جوازه أيضاً لغرض صحيح، ككثرة الصلحاء، وشدة الفقر، ووجود من يرجع إليه في أحكام ذلك، كما يجوز نقل الزكاة للغرض. وأمّا التغير فغير لازم في جميع أفراد النقل. وأمّا إخراج الثلث من بعض الأموال فالظاهر أنه لا مانع منه؛ إذ ليس الغرض الإخراج من جميع أعيان التركة، بل المراد إخراج ثلثها بالقيمة، إلا أن يتعلّق غرض الموصي بذلك، أو تتفاوت فيه مصلحة الفقراء. والمعتبر صرفه إلى الموجودين في البلد، ولا يجب تتبع الغائب. ويجب الدفع إلى ثلاثة فصاعداً، لا في كل بلد، بل المجموع.

﴿ ولو أوصي له بأبيه فقبل وهو مريض ثم مات ﴾ الموصى له
 ﴿ عتق ﴾ أبوه ﴿ من صلب ماله ﴾ لآته لم يترك على الورثة شيئاً ممّا هو
 محسوب مالاً له وإنما يعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه كذلك^(٣) وإنما ملكه هنا

(١) نقله في جامع المقاصد ١٠ : ٢٢٣ عن بعض حواشيه، والظاهر أنه في حاشيته على القواعد، ولا توجد لدينا.

(٢) أي أوسط التعليقات الثلاثة وهي التغير وتأخير الإخراج وإخراج الثلث من بعض الأموال دون بعض. (منه ﷺ).

(٣) وهنا لم يخرج المريض كذلك وإنما أخرجه الله تعالى عن ملكه بالقبول وانعتق عليه تبعاً لملكه بغير اختياره، فلم يكن مفوتاً بغير اختياره وإنما جاء الفوات من قبل الله تعالى. (هامش ر).

بالقبول وانعتق عليه قهراً تبعاً لملكه. ومثله ما لو ملكه بالإرث أو بالاتّهاب على الأقوى.

أما لو ملكه بالشراء فإنه ينعتق من الثلث على الأقوى؛ لاستناد العتق إلى حصول الملك الناشئ عن الشراء وهو ملكه في مقابلة عوض، فهو بشرائه ما لا يبقى في ملكه مضيق للثمن على الوارث، كما لو اشتري ما يقطع بتلفه. ويحتمل اعتباره من الأصل؛ لأنه مال متقوم بثمن مثله؛ إذ الفرض^(١) ذلك، والعتق أمر قهري طرأ بسبب القرابة. وضعفه واضح؛ لأنّ بذل الثمن في مقابلة ما قطع بزوال ماليته محض التضييع على الوارث.

﴿ ولو قال : أعطوا زيداً والفقراء ، فلزيد النصف ﴾ لأنّ الوصية لفريقين فلا يُنظر إلى أحادهما كما لو أوصى لشخصين أو قبيلتين ﴿ وقيل : الربع ﴾ لأنّ أقلّ الفقراء ثلاثة من حيث الجمع وإن كان جمع كثرة؛ لما تقدّم من دلالة العرف واللغة على اتّحاد الجمعين^(٢) فإذا شَرِك بين زيد وبينهم بالعطف كان كأحدهم^(٣). ويضعّف بأنّ التشريك بين زيد والفقراء، لا بينه وبين أحادهم، فيكون زيد فريقاً والفقراء فريقاً آخر.

وفي المسألة وجه ثالث، وهو أن يكون زيد كواحد منهم؛ لأنّهم وإن كانوا جمعاً يصدق بالثلاثة، لكنّه يقع على ما زاد، ولا يتعيّن الدفع إلى ثلاثة بل يجوز إلى ما زاد. أو يتعيّن حيث يوجد في البلد، ومقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم. وهو أمتن من السابق، وإن كان الأصحّ الأوّل.

(١) في (ع) و (ش) : الغرض .

(٢) تقدّم في الصفحة ١١٣ .

(٣) قوّه الشيخ في المبسوط ٤ : ٣٩ .

﴿ ولو جمع بين ﴿ عطية ﴾ منجزة ﴿ في المرض كهبة ووقف وإبراء ﴾ ومؤخّرة ﴾ إلى بعد الموت ﴾ قدّمت المنجزة ﴾ من الثلث وإن تأخّرت في اللفظ، فإن بقي من الثلث شيء بُدئ بالأوّل فالأوّل من المؤخّرة كما مرّ^(١) ولا فرق في المؤخّرة بين أن يكون فيها واجب يخرج من الثلث وغيره. نعم لو كان ممّا يخرج من الأصل قدّم مطلقاً.

واعلم أنّ المنجزة تشارك الوصيّة في الخروج من الثلث في أجود القولين^(٢) وأنّ خروجها من الثلث يعتبر حال الموت، وأنّه يقدم الأسبق منها فالأسبق لو قصر الثلث عنها. وتفارقها في تقدّمها^(٣) عليها^(٤) ولزومها من قبل المعطي، وقبولها كغيرها من العقود، وشروطها شروطه، وأنّه لو برئ من مرضه لزمّت من الأصل، بخلاف الوصيّة.

﴿ ويصحّ ﴿ للموصي ﴾ الرجوع في الوصيّة ﴾ ما دام حيّاً ﴾ قولاً، مثل رجعت، أو نقضت، أو أبطلت ﴿ أو فسخت^(٥) أو «هذا لوارثي أو ميراثي»، أو «حرام على الموصي له» ﴾ أو لا تفعلوا كذا ﴾ ونحو ذلك من الألفاظ الدالّة عليه

(١) مرّ في الصفحة ١١٥ - ١١٦.

(٢) نسب في المسالك ٦ : ٣٠٥، قول الأجود إلى الأكثر، وذهب إليه الشيخ في المبسوط ٤ : ٤٣ - ٤٤، والعلامة في التحرير ٣ : ٣٨٦، والمختلف ٦ : ٤١٣، وغيرهما، والفخر في الإيضاح ٢ : ٥٩٣، والصيمري في غاية المرام ٢ : ٤٥١، وغيرهم. والقول الآخر وهو الخروج من الأصل للمفيد في المقنعة ٦٧١، والشيخ في النهاية ٦٢٠، والقاضي في المهذّب ١ : ٤٢٠، وابن إدريس في السرائر ٣ : ١٩٩ - ٢٢١، والآبي في كشف الرموز ٢ : ٩١.

(٣) في (ش) و (ر) : تقديمها.

(٤) يعني تفارق المنجزة الوصيّة في تقدّم المنجزة على الوصيّة.

(٥) لم يرد «أو فسخت» في (ع).

﴿ وفعلاً، مثل بيع العين الموصى بها ﴾ وإن لم يقبضها ﴿ أو رهنها ﴾ مع الإقباض قطعاً، وبدونه على الأقوى.

ومثله ما لو وهبها، أو أوصى بها لغير من أوصى [بها] ^(١) له أولاً.

والأقوى أن مجرد العرض على البيع والتوكيل فيه وإيجابه وإيجاب العقود الجائزة المذكورة كافٍ في الفسخ؛ لدلالته عليه، لا تزويج العبد والأمة وإجارتها وختانها وتعليمها، ووطء الأمة بدون الإحبال.

﴿ أو ﴾ فعل ما يبطل الاسم ويدلّ على الرجوع مثل ﴿ طحن الطعام، أو عجن الدقيق ﴾ أو غزل القطن أو نسج مغزوله ﴿ أو خلطه بالأجود ﴾ بحيث لا يتميِّز، وإنما قيّد بالأجود لإفادته الزيادة في الموصى به، بخلاف المساوي والأردأ. وفي الدروس لم يفرّق بين خلطه بالأجود وغيره في كونه رجوعاً ^(٢) وفي التحرير لم يفرّق كذلك في عدمه ^(٣) والأنسب عدم الفرق وتوقّف كونه رجوعاً على القرائن الخارجة، فإن لم يُحكم بكونه رجوعاً يكون مع خلطه بالأجود شريكاً بنسبة القيمتين.

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) الدروس ٢: ٣١٧.

(٣) أنظر التحرير ٣: ٣٣٦، ذيل الرقم ٤٧٣٥.



﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في الوصاية ﴾

بكسر الواو وفتحها، وهي استنابة الموصي غيره بعد موته في التصرف فيما كان له التصرف فيه، من إخراج حق أو استيفائه أو ولاية على طفل أو مجنون يملك الولاية عليه بالأصالة أو بالعرض^(١) ﴿ وإتّما تصحّ الوصية على الأطفال بالولاية من الأب والجدّ له ﴿ وإنّ علا ﴿ أو الوصيّ ﴿ لأحدهما ﴿ المأذون له من أحدهما ﴿ في الإيضاء لغيره، فلو نهاه عنه لم تصحّ إجماعاً. ولو أطلق قيل: جاز^(٢) لظاهر مكاتبة الصّفار^(٣) ولأنّ الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما ثبت له، ولأنّ الاستنابة من جملة التصرفات المملوكة له بالنصّ.

وفيه: منع دلالة الرواية، وإقامته مقام نفسه في فعله مباشرة كما هو الظاهر، ونمّنع كون الاستنابة من جملة التصرفات، فإنّ رضاه بنظره مباشرة لا يقتضي رضاه بفعل غيره؛ لاختلاف الأنظار والأغراض في ذلك. والأقوى المنع.

﴿ ويعتبر في الوصيّ الكمال ﴿ بالبلوغ والعقل، فلا يصحّ إلى صبيّ بحيث

(١) كالوصي إذا أذن له في الوصاية. ويمكن دخول الحاكم فيها.

(٢) جوّزه الشيخ في النهاية: ٦٠٧، والقاضي في المهذب ٢: ١١٧.

(٣) الوسائل ١٣: ٤٦٠، الباب ٧٠ من أبواب أحكام الوصايا، وفيه حديث واحد.

يتصرّف حال صباه مطلقاً^(١) ولا إلى مجنون كذلك^(٢) ﴿ والإسلام ﴾ فلا تصحّ الوصية إلى كافر وإن كان رحماً؛ لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين، ولا من أهل الأمانة، وللنهي عن الركون إليه^(٣) ﴿ إلا أن يوصي الكافر إلى مثله ﴾ إن لم نشترط العدالة في الوصي؛ لعدم المانع حينئذٍ. ولو اشترطناها فهل تكفي عدالته في دينه، أم تبطل مطلقاً؟ وجهان: من أنّ الكفر أعظم من فسق المسلم، ومن أنّ الغرض صيانة مال الطفل وأداء الأمانة، وهو يحصل بالعدل منهم. والأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا. ولو أريد صحّتها عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك، ولو ترافعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم، وإلا فاللازم الحكم ببطالها بناءً على اشتراط العدالة؛ إذ لا وثوق بعدالته في دينه ولا ركون إلى أفعاله؛ لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام.

﴿ والعدالة في قول قوي ﴾^(٤) لأنّ الوصية استئمان والفاسق ليس أهلاً له؛ لوجوب الثبوت عند خبره، ولتضمّنها الركون إليه، والفاسق ظالم منهّي عن الركون إليه؛ ولأنّها استنابة على الغير، فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل

(١) مستقلاً أو منضمّاً إلى بالغ.

(٢) أي بحيث يتصرّف حال جنونه مطلقاً، أي سواء كان جنونه أدوارياً أو لا. (هامش ر).

(٣) نهي عنه في الآية ١١٣ من سورة هود بقوله تعالى: (ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار).

(٤) ذهب إليه المفيد في المقنعة: ٦٦٨، والشيخ في النهاية: ٦٠٥، والمبسوط ٤: ٥١، والقاضي في المهذب ٢: ١١٦، وابن حمزة في الوسيطة: ٣٧٣، ونسبه في جامع المقاصد ١١: ٢٧٤ إلى أكثر الأصحاب. والقول الآخر هو عدم الاشتراط، ذهب إليه ابن إدريس في السرائر ٣: ١٨٩، ورجّحه المحقّق في المختصر النافع: ١٦٤، وقربّه العلامة في المختلف ٦: ٣٩٥.

أولى؛ لأنّ تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل وتفحصهما على مصلحتهما، بخلاف نائب الميّت. ورضاه به غير عدل لا يقدر في ذلك؛ لأنّ مقتضاها إثبات الولاية بعد الموت، وحينئذٍ فترفع أهليّته عن الإذن والولاية، فيصير التصرف متعلّقاً بحقّ غير المستنيب من طفل ومجنون وفقير وغيرهم، فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل ووكيل الحاكم على مثل هذه المصالح.

وبذلك يظهر ضعف ما احتجّ به نافي اشتراطها: من أنّها في معنى الوكالة ووكالة الفاسق جائزة إجماعاً وكذا استيداعه^(١) لما عرفت من الفرق بينها وبين الوكالة والاستيداع، فإنّهما متعلّقان بحقّ الموكل والمودع، وهو مسلّط على إتلاف ماله فضلاً عن تسليط غير العدل عليه. والموصي إنّما سلّطه على حقّ الغير؛ لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً، مع أنّا نمنع أنّ مطلق الوكيل والمستودع لا يشترط فيهما العدالة.

واعلم أنّ هذا الشرط إنّما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصيّ ويقبل خبره به، كما يستفاد ذلك من دليله، لا في صحّة الفعل في نفسه، فلو أوصى لمن ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصيّة فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة.

ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى إليه فيما بينه وبينه وفعل مقتضاه، بل لو فعله ظاهراً كذلك لم تبعد الصحّة وإن حكم ظاهراً بعدم وقوعه وضمّانه ما ادّعى فعله.

وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصيّة باطلاً عدلين أو باطلاً الحاكم.

(١) احتجّ به ابن إدريس في السرائر ٣: ١٨٩، والعلامة في المختلف ٦: ٣٩٤ - ٣٩٥.

إلا أن ظاهر اشتراط العدالة ينافي ذلك كله. ومثله يأتي في نيابة الفاسق عن غيره في الحج ونحوه.

وقد ذكر المصنف وغيره: أن عدالة النائب شرط في صحة الاستنابة، لا في صحة النيابة^(١).

﴿ و ﴾ كذا يشترط في الوصي ﴿ الحرّيّة ﴾ فلا تصحّ وصاية المملوك؛ لاستلزامها التصرف في مال الغير بغير إذنه، كما لا تصحّ وكالته ﴿ إلا أن يأذن المولى ﴾ فتصحّ؛ لزوال المانع، وحينئذٍ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصي، ويصحّ قبله، كما إذا قبل الحرّ.

﴿ وتصحّ الوصيّة إلى الصبيّ منضمّاً إلى كامل ﴾ لكن لا يتصرّف الصبيّ حتّى يكمل، فينفرد الكامل قبله ثمّ يشتركان فيها مجتمعين. نعم، لو شرط عدم تصرّف الكامل إلى أن يبلغ الصبيّ أتبع شرطه. وحيث يجوز تصرّف الكامل قبل بلوغه لا يختصّ بالضروري، بل له كمال التصرف، وإنما يقع الاشتراك في المتخلف. ولا اعتراض للصبيّ بعد بلوغه في نقض ما وقع من فعل الكامل موافقاً للمشروع.

﴿ وإلى المرأة والخنثى ﴾ عندنا مع اجتماع الشرائط؛ لانتفاء المانع. وقياس الوصيّة على القضاء واضح الفساد.

﴿ ويصحّ تعدّد الوصيّ فيجتمعان ﴾ لو كانا اثنين في التصرف، بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وإن باشره أحدهما ﴿ إلا أن يشترط لهما الانفرد ﴾ فيجوز حينئذٍ لكلّ منهما التصرف بمقتضى نظره ﴿ فإن تعاسرا ﴾ فأراد أحدهما نوعاً من التصرف ومنعه الآخر ﴿ صحّ ﴾ تصرفهما ﴿ فيما لا بدّ منه، كمؤونة

(١) الدروس ١: ٣٢٠، والقواعد ١: ٤١٠، والإيضاح ١: ٢٧٧.

﴿ واليتم ﴾ والدابة وإصلاح العقار، ووقف غيره على اتفاقهما. ﴿ وللحاكم ﴾ الشرعي ﴿ إجبارهما على الاجتماع ﴾ من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان؛ إذ لا ولاية له فيما فيه وصي ﴿ فإن تعذر ﴾ عليه جمعهما ﴿ استبدل بهما ﴾ تنزيلاً لهما بالتعذر منزلة المعدوم؛ لاشتراكهما في الغاية.

كذا أطلق الأصحاب، وهو يتم مع عدم اشتراط عدالة الوصي، أمّا معه فلا؛ لأنهما بتعاسرهما يفسقان؛ لوجوب المبادرة إلى إخراج الوصيّة مع الإمكان، فيخرجان بالفسق عن الوصاية ويستبدل بهما الحاكم، فلا يتصور إجبارهما على هذا التقدير، وكذا لو لم نشترطها وكانا عدلين؛ لبطلانها بالفسق حينئذٍ على المشهور. نعم لو لم نشترطها ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاح.

﴿ وليس لهما قسمة المال ﴾ لأنّه خلاف مقتضى الوصيّة من الاجتماع في التصرف.

﴿ ولو شرط لهما الانفرد ففي جواز الاجتماع نظر ﴾ من أنه خلاف الشرط فلا يصح، ومن أن الاتفاق على الاجتماع يقتضي صدوره عن رأي كلّ واحد منهما، وشرط الانفرد اقتضى الرضا برأي كلّ واحد وهو حاصل إن لم يكن هنا آكد.

والظاهر أنّ شرط الانفرد رخصة لهما، لا تضييق. نعم لو حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف له حالة الانفرد توجه المنع؛ لجواز كون المصيب هو حالة الانفرد ولم يرخص الموصي إلا به.

﴿ ولو نهاهما عن الاجتماع اتّبع ﴾ قطعاً، عملاً بمقتضى الشرط الدالّ صريحاً على النهي عن الاجتماع، فيمتنع.

﴿ ولو جوّز لهما الأمرين ﴾ الاجتماع والانفراد ﴿ أمضي ﴾ ما جوّزه وتصرف كلّ منهما كيف شاء من الاجتماع والانفراد ﴿ فلو اقتسما المال ﴾ في

هذه الحالة ﴿ جاز ﴾ بالتصنيف والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر؛ لأن مرجع القسمة حينئذٍ إلى تصرف كلٍّ منهما في البعض وهو جائز بدونها. ثم بعد القسمة لكلٍّ منهما التصرف في قسمة الآخر وإن كانت في يد صاحبه؛ لأنه وصي في المجموع، فلا تزيل القسمة ولايته فيه.

﴿ ولو ظهر من الوصي المتحد والمتعدد على وجه يفيد الاجتماع عجز ضمّ الحاكم إليه ﴾ معيناً؛ لأنه بعجزه خرج عن الاستقلال المانع من ولاية الحاكم، وبقدرته على المباشرة في الجملة لم يخرج عن الوصاية بحيث يستقلّ الحاكم، فيجمع بينهما بالضمّ.

ومثله ما لو مات أحد الوصيين على الاجتماع. أمّا المأذون لهما في الانفراد فليس للحاكم الضمّ إلى أحدهما بعجز الآخر؛ لبقاء وصي كامل. وبقي قسم آخر، وهو ما لو شرط لأحدهما الاجتماع وسوّغ للآخر الانفراد، فيجب اتباع شرطه، فيتصرف المستقلّ بالاستقلال والآخر مع الاجتماع خاصة.

وقريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين وانفراد الباقي بعد موت الآخر أو عجزه، فيتبع شرطه.

وكذا يصحّ شرط مشرف على أحدهما بحيث لا يكون للمشرف شيء من التصرفات وإنّما تصدر عن رأيه، فليس للوصي التصرف بدون إذنه مع الإمكان، فإن تعذّر - ولو بامتناعه - ضمّ الحاكم إلى الوصي معيناً كالمشروط له الاجتماع على الأقوى؛ لأنه في معناه حيث لم يرض الوصي برأيه منفرداً. وكذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما في نوع خاصّ والآخر في الجميع منفردين ومجتمعين على ما اشتركا فيه.

﴿ ولو خان ﴾ الوصي المتَّحد أو أحد المجتمعين^(١) أو فسق بغير الخيانة
 ﴿ عزله ﴾ الحاكم، بل الأجود انعزاله بذلك من غير توقّف على عزل الحاكم؛
 لخروجه عن شرط الوصاية ﴿ وأقام ﴾ الحاكم ﴿ مكانه ﴾ وصياً مستقلاً إن كان
 المعزول واحداً، أو منضماً إلى الباقي إن كان أكثر.

﴿ ويجوز للوصي استيفاء دينه ممّا في يده ﴾ من غير توقّف على حكم
 الحاكم بثبوته، ولا على حلفه على بقاءه؛ لأنّ ذلك للاستظهار ببقاءه؛ لجواز
 إبراء صاحب الدين أو استيفائه، والمعلوم هنا خلافه، والمكلف بالاستظهار
 هو الوصي.

﴿ و ﴾ كذا يجوز له ﴿ قضاء ديون الميّت التي يعلم بقاءها ﴾ إلى حين
 القضاء. ويتحقّق العلم بسماعه إقرار الموصي بها قبل الموت بزمان لا يمكنه بعده
 القضاء ويكون المستحقّ [ممن] ^(٢) لا يمكن في حقّه الإسقاط كالطفل
 والمجنون ^(٣). أمّا ما كان أربابها مكلفين يمكنهم إسقاطها فلا بدّ من إحلافهم على
 بقائها وإن علم بها سابقاً، ولا يكفي إحلافه إيّاهم إلا إذا كان مستجعماً لشرائط
 الحكم. وليس للحاكم أن يأذن له في التحليف استناداً إلى علمه بالدين، بل لا بدّ
 من ثبوته عنده؛ لأنّه تحكيم لا يجوز لغير أهله. نعم، له بعد ثبوته عنده بالبيّنة
 توكيله في الإحلاف.

وله ردّ ما يعلم كونه وديعة أو عارية أو غصباً، أو نحو ذلك من الأعيان التي
 لا يحتمل انتقالها عن ملك مالكها إلى الموصي، أو إلى وارثه في ذلك الوقت.

(١) في هامش (ش) زيادة: على ما اشتركا فيه.

(٢) في المخطوطات: ممّا.

(٣) في (ع) زيادة: والمسجد.

﴿ ولا يوصي ﴾ الوصي إلى غيره عمّن أوصى إليه ﴿ إلا بإذن ﴾ منه له في الإيلاء على أصحّ القولين^(١) وقد تقدّم وإنّما أعادها لفائدة التعميم؛ إذ السابقة مختصة بالوصي^(٢) على الطفل ومن بحكمه من أبيه وجدّه، وهنا شاملة لسائر الأوصياء. وحيث يأذن له فيه فيقتصر على مدلول الإذن، فإن خصّه بشخص أو وصفٍ اختصّ، وإن عمّم أوصى إلى مستجمع الشروط. ويتعدّى الحكم إلى وصي الوصيّ أبدأً مع الإذن فيه، لا بدونه.

﴿ و ﴾ حيث لا يصرّح له بالإذن في الإيلاء ﴿ يكون النظر بعده ﴾ في وصية الأول ﴿ إلى الحاكم ﴾ لأنّه وصي من لا وصي له ﴿ وكذا ﴾ حكم كلّ ﴿ من مات ولا وصي له. ومع تعذّر الحاكم ﴾ لفقده أو بُعده بحيث يشقّ الوصول إليه عادةً يتولّى إنفاذ الوصية ﴿ بعض عدول المؤمنين ﴾ من باب الحسبة والمعونة على البرّ والتقوى المأمور بها^(٣) واشتراط العدالة يدفع محذور إتلاف مال الطفل وشبهه والتصرّف فيه بدون إذن شرعيّ، فإنّ ما ذكرناه هو الإذن. وينبغي الاقتصار على القدر الضروري الذي يضطرّ إلى تقديمه قبل مراجعة الحاكم وتأخير غيره إلى حين التمكن من إذنه، ولو لم يمكن لفقده لم يختصّ. وحيث يجوز ذلك يجب؛ لأنّه من فروض الكفاية.

(١) القول الأصحّ للمفيد في المقنعة : ٦٧٥، والحلي في الكافي : ٣٦٦، وابن إدريس في السرائر ٣ : ١٨٥ و ١٩٢، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٢٥٧، ونسبه في جامع المقاصد ١٠ : ٢٦٥ إلى أكثر الأصحاب. وأمّا القول الآخر فقد تقدّم عن الشيخ والقاضي في الصفحة ١٣١ في الهامش رقم ٢.

(٢) في (ع) : بالوصية.

(٣) بقوله تعالى : (وتعاونوا على البرّ والتقوى ...) المائدة : ٣.

وربما منع ذلك كله بعض الأصحاب^(١) لعدم النصّ. وما ذكر من العمومات^(٢) كافٍ في ذلك. وفي بعض الأخبار ما يرشد إليه^(٣).

﴿ والصفات المعتبرة في الوصي ﴾ من البلوغ والعقل والإسلام - على وجه - والحرية والعدالة يشترط حصولها ﴿ حال الإيضاء ﴾ لأنه وقت إنشاء العقد، فإذا لم تكن مجتمعة لم يقع صحيحاً كغيره من العقود؛ ولأنه وقت الوصية ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات.

﴿ وقيل ﴾ : يكفي حصولها حال الوفاة، حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق حصول صفات الأهلية له قبل الموت صح؛ لأن المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت وهو محلّ الولاية ولا حاجة إليها قبله^(٤) ويضعف بما مر^(٥).

وقيل : يعتبر ﴿ من حين الإيضاء إلى حين الوفاة ﴾^(٦) جمعاً بين الدليلين. والأقوى اعتبارها من حيث الإيضاء واستمراره ما دام وصياً.

﴿ وللوصي أجره المثل عن نظره في مال الموصى عليهم مع الحاجة ﴾ وهي الفقر، كما نبّه عليه تعالى بقوله : (ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف)^(٧)

(١) منع ذلك ابن إدريس في السرائر ٣ : ١٩٤.

(٢) المقصود بها عمومات الحسبة والأمر بالمعونة على البرّ والتقوى.

(٣) الوسائل ١٣ : ٤٧٤ - ٤٧٥، الباب ٨٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢ و ٣.

(٤) لم نثر على القائل بعينه، ولعلّه هو مختار العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٥١١. وقد

نسبه في المغني ٦ : ٥٧١ إلى بعض الشافعية، وانظر المجموع ١٦ : ٤٩٨.

(٥) مرّ بقوله آنفاً : لأنه وقت إنشاء العقد...

(٦) اختاره المصنّف في الدروس ٢ : ٣٢٣، ولم نثر على غيره.

(٧) النساء : ٦.

ولا يجوز مع الغناء؛ لقوله تعالى: (ومن كان غنياً فليستعفف)^(١).
 وقيل: يجوز أخذ الأجرة مطلقاً^(٢) لأنها عوض عمل محترم.
 وقيل: يأخذ قدر الكفاية؛ لظاهر قوله تعالى: (فليأكل بالمعروف)^(٣) فإنّ
 المعروف ما لا إسراف فيه ولا تقتير من القوت.
 وقيل: أقلّ الأمرين^(٤) لأنّ الأقلّ إن كان أجره المثل فلا عوض لعمله شرعاً
 سواها، وإن كان الأقلّ الكفاية فلاّنها هي القدر المأذون فيه بظاهر الآية.
 والأقوى جواز أخذ أقلهما مع فقره خاصّة؛ لما ذكر، ولأنّ حصول قدر
 الكفاية يوجب الغنا فيجب الاستعفاف عن الزائد وإن كان من جملة أجره المثل.
 ﴿ ويصحّ ﴾ للوصيّ ﴿ الردّ ﴾ للوصيّة ﴿ ما دام ﴾ الموصي ﴿ حياً ﴾ مع
 بلوغه الردّ ﴿ فلو ردّ ولما يبلغ ﴾ الموصي ﴿ الردّ بطل الردّ. ولو لم يعلم بالوصيّة
 إلا بعد وفاة الموصي لزمه القيام بها ﴾ وإن لم يكن قد سبق قبول ﴿ إلا مع
 العجز ﴾ عن القيام بها، فيسقط وجوب القيام عن المعجوز عنه قطعاً؛ للخرج.
 وظاهر العبارة أنّه يسقط غيره أيضاً. وليس بجيد، بل يجب القيام بما أمكن
 منها؛ لعموم الأدلّة. ومستند هذا الحكم المخالف للأصل من إثبات حقّ على
 الموصي إليه على وجه قهريّ وتسليط الموصي على إثبات وصيته على من شاء
 أخبار كثيرة^(٥) تدلّ بظاهرها عليه.

(١) النساء: ٦.

(٢) قاله الشيخ في النهاية: ٣٦٢، وابن الجنيد كما نقله العلامة في المختلف ٥: ٣٥، واختاره
 هو أيضاً.

(٣) قاله ابن إدريس في السرائر ٢: ٢١١.

(٤) قاله الشيخ في الخلاف ٣: ١٧٩، المسألة ٢٩٥، والمبسوط ٢: ١٦٣.

(٥) أنظر الوسائل ١٣: ٣٩٨-٣٩٩، الباب ٢٣ من أبواب أحكام الوصايا.

وذهب جماعة - منهم العلامة في المختلف والتحرير^(١) - إلى أنّ له الردّ ما لم يقبل؛ لما ذكر^(٢) ولاستلزامه الحرج العظيم والضرر في أكثر مواردّها، وهما منفيّان بالآية^(٣) والخبر^(٤) والأخبار ليست صريحة الدلالة على المطلوب. ويمكن حملها على شدّة الاستحباب، وأمّا حملها على سبق قبول الوصية فهو منافٍ لظاهرها.

والمشهور بين الأصحاب هو الوجوب مطلقاً.

وينبغي أن يستثنى من ذلك ما يستلزم الضرر والحرج، دون غيره. وأمّا استثناء المعجوز عنه فواضح.



(١) المختلف ٦ : ٣٣٧، والتحرير ٣ : ٢٨٠.

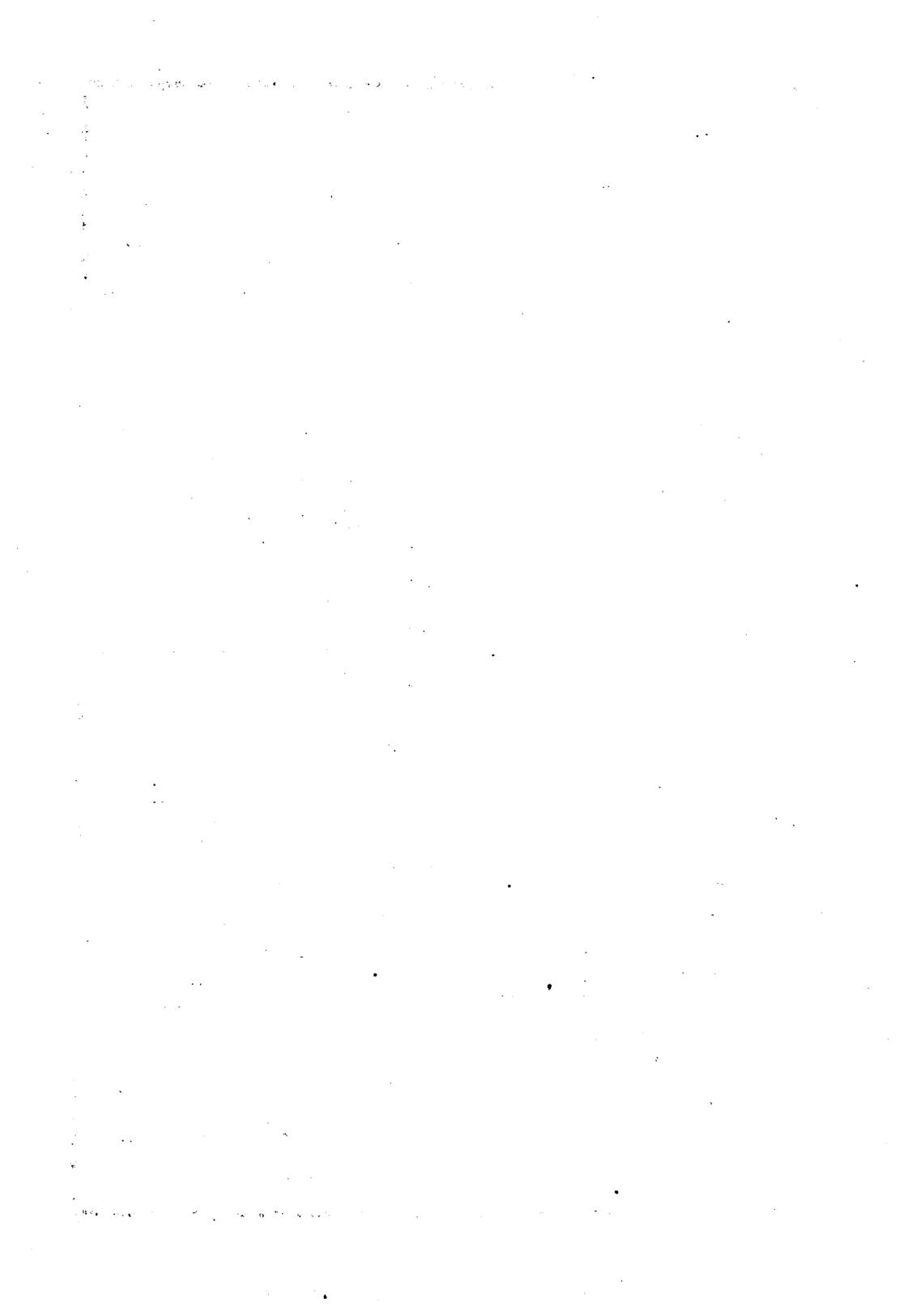
(٢) من أنّ الحكم بوجوب القبول على الموصى إليه وتسليط الموصي على إثبات وصيته على من شاء مخالف للأصل.

(٣) وهي قوله تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج)، الحجّ : ٧٨.

(٤) وهو قوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. أنظر الوسائل ١٧ : ٣٧٦، الباب الأوّل من موانع الإرث، الحديث ١٠.



کتاب النکاح



﴿ كتاب النكاح ﴾

﴿ وفيه فصول ﴾ :

﴿ الأوّل ﴾

﴿ في المقدمات ﴾

﴿ النكاح مستحبّ مؤكّد ﴾ لمن يمكنه فعله ولا يخاف بتركه الوقوع في محرّم، وإلّا وجب. قال الله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء)^(١). وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يُغْنِهِم الله من فضله والله واسعٌ عليم)^(٢) وأقلّ مراتب الأمر الاستحباب. وقال ﷺ: «من رغب عن سنّتي فليس منّي»^(٣) و«إنّ من سنّتي النكاح»^(٤).

﴿ وفضله مشهور ﴾ بين المسلمين ﴿ محقّق ﴾ في شرعهم ﴿ حتّى أنّ المتزوِّج يُحرز نصف دينه ﴾ رواه في الكافي بإسناده إلى النبيّ ﷺ قال: «من

(١) النساء : ٣.

(٢) النور : ٣٢.

(٣) الوسائل ١٤ : ٩، الباب ٢ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٩.

(٤) المستدرک ١٤ : ١٤٩ - ١٥٠، الباب الأوّل من مقدمات النكاح، الحديث ١ و ٦.

تزوج أحرز نصف دينه، فليتيق الله في النصف الآخر» أو «الباقي»^(١) ﴿ وروي «ثلاثا دينه»^(٢) وهو من أعظم الفوائد في الإسلام ﴿ فقد روي عن النبي ﷺ بطريق أهل البيت عليه السلام أنه قال: «ما استفاد امرئ مسلم فائدة بعد الإسلام أفضل من زوجة مسلمة تسره إذا نظر إليها، وتطيعه إذا أمرها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها وماله»^(٤) وقال ﷺ: «قال الله عز وجل: إذا أردت أن أجمع للمسلم خير الدنيا وخير الآخرة جعلت له قلباً خاشعاً، ولساناً ذاكراً، وجسداً على البلاء صابراً، وزوجة مؤمنة تسره إذا نظر إليها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها وماله»^(٥).

﴿ وليتخير البكر ﴾ قال النبي ﷺ: «تزوجوا الأبكار، فإنهن أطيب شيء أفواهاً، وأنشفه أرحاماً، وأدرّ شيء أخلاقاً، وأفتح شيء أرحاماً»^(٦) ﴿ العفيفة ﴾ عن الزنا ﴿ الولود ﴾ أي ما من شأنها ذلك، بأن لا تكون يائسة ولا صغيرة ولا عقيماً، قال ﷺ: «تزوجوا بكرةً ولوداً، ولا تزوجوا حسناء جميلة عاقراً، فإنني أباهي بكم الأمم يوم القيامة»^(٧) حتى بالسقط، يظل محببناً^(٨) على

(١) الكافي ٥: ٣٢٨ - ٣٢٩، الحديث ٢، والوسائل ١٤: ٥، الباب الأول من مقدمات

النكاح، الحديث ١١ و ١٢.

(٢) المستدرک ١٤: ١٤٩ - ١٥٠، الباب الأول من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٢ و ٧.

(٣) في (ف) بدل «في» بعد.

(٤) الوسائل ١٤: ٢٣، الباب ٩ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٩.

(٥) المصدر السابق: الحديث ٨.

(٦) الوسائل ١٤: ٣٤، الباب ١٧ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١ و ٢.

(٧) المصدر السابق: ٣٣، الباب ١٦ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث الأول.

(٨) المتنصب المستبطن للشيء. وقيل: هو الممتنع امتناع طلبه لا امتناع إياه. راجع النهاية

لابن الأثير (حبط).

باب الجنّة، فيقول الله عزّ وجلّ: ادخل الجنّة، فيقول: لا حتى يدخل أبوي قبلي! فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة: ائتني بأبويه فيأمر بهما إلى الجنّة، فيقول: هذا بفضل رحمتي لك»^(١).

﴿ الكريمة الأصل ﴾ بأن يكون أبواها صالحين مؤمنين، قال ﷺ: «أنكحوا الأكفاء وانكحوا فيهم واختاروا النطفكم»^(٢).

﴿ ولا يقتصر على الجمال أو الثروة ﴾ من دون مراعاة الأصل والعفة.

قال ﷺ: «إياكم وخضراء الدمن! قيل: يا رسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء»^(٣) وعن أبي عبد الله عليه السلام «إذا تزوّج الرجل المرأة لجمالها، أو لمالها وكُل إلى ذلك، وإذا تزوّجها لدينها رزقه الله الجمال والمال»^(٤).

﴿ ويستحبّ ﴾ لمن أراد التزويج قبل تعيين المرأة ﴿ صلاة ركعتين

والاستخارة ﴾ وهو أن يطلب من الله تعالى الخيرة له في ذلك ﴿ والدعاء بعدهما

بالخيرة ﴾ بقوله: «اللهم إني أريد أن أتزوج فقدّر لي من النساء أعفهنّ فرجاً،

وأحفظهنّ لي في نفسها ومالي، وأوسعهنّ رزقاً، وأعظمنّ بركة، وقدّر لي ولداً

طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي»^(٥) أو غيره من الدعاء ﴿ وركعتي

الحاجة ﴾ لأنّها من مهامّ الحوائج ﴿ والدعاء ﴾ بعدهما بالمأثور أو بما سنّح

﴿ والإشهاد ﴾ على العقد ﴿ والإعلان ﴾ إذا كان دائماً ﴿ والخُطبة ﴾ بضمّ الخاء

﴿ أمام العقد ﴾ للنّاسي، وأقلّها «الحمد لله» ﴿ وإيقاعه ليلاً ﴾ قال الرضا عليه السلام:

(١) الوسائل ١٤ : ٣٤ - ٣٥، الباب ١٧ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٢.

(٢) و (٣) الوسائل ١٤ : ٢٩، الباب ١٣ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٣ و ٤.

(٤) المصدر السابق : ٣٠، الباب ١٤ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث الأوّل.

(٥) المصدر السابق : ٧٩، الباب ٥٣ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث الأوّل.

من السنّة التزويج بالليل، لأنّ الله جعل الليل سكناً، والنساء إنّما هنّ سكن^(١).
 ﴿ وليجتنب إيقاعه والقمر في ﴿ برج ﴾ العقرب ﴾ لقول الصادق عليه السلام :
 « من تزوّج والقمر في العقرب لم ير الحسنى »^(٢) والتزويج حقيقة في العقد ﴿ فإذا
 أراد الدخول ﴾ بالزوجة ﴿ صَلَّى ركعتين ﴾ قبله ﴿ ودعا ﴾ بعدهما بعد أن
 يمجّد^(٣) الله ويصلّي على النبي ﷺ بقوله : « اللهم ارزقني إلفها ووُدّها ورضاها،
 وأرضني بها، واجمع بيننا بأحسن اجتماع وآنس ائتلاف، فإنّك تحبّ الحلال
 وتكره الحرام »^(٤) أو^(٥) غيره من الدعاء ﴿ و ﴾ تفعل ﴿ المرأة كذلك ﴾ فتصلّي
 ركعتين بعد الطهارة وتدعو الله تعالى بمعنى ما دعا^(٦).

﴿ وليكن ﴾ الدخول ﴿ ليلاً ﴾ كالعقد، قال الصادق عليه السلام : « رُفُوا نساءكم
 ليلاً، وأطعموا ضحىً »^(٧) ﴿ ويضع يده على ناصيتها ﴾ وهي ما بين نزعتيها من
 مقدّم رأسها عند دخولها عليه، وليقل : « اللهم على كتابك تزوّجتها، وفي أمانتك
 أخذتها، وبكلماتك استحللت فرجها، فإن قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله
 مسلماً سوياً، ولا تجعله شرك شيطان »^(٨) ﴿ ويسمّي ﴾ الله تعالى ﴿ عند الجماع

(١) الوسائل ١٤ : ٦٢، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق : ٨٠، الباب ٥٤ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأوّل.

(٣) في (ر) : يحمد.

(٤) الوسائل ١٤ : ٨١، الباب ٥٥ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأوّل.

(٥) في (ش) : و.

(٦) في (ش) : بما دعاه، وفي نسخة بدله : بمعنى ما دعاه.

(٧) الوسائل ١٤ : ٦٢، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٢. وفيه بدل :

نساءكم : عرائسكم.

(٨) الوسائل ١٤ : ٧٩، الباب ٥٣ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأوّل.

دائماً ﴿ عند الدخول بها وبعده ليتباعد عنه الشيطان ويسلم من شركه ^(١) .

﴿ ويسأل الله الولد الذكر السويّ الصالح ﴾ قال عبد الرحمن بن كثير: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرغني، فقلت: جعلت فداك! فما المخرج من ذلك؟ فقال: «إذا أردت الجماع فقل: بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض، اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظاً، واجعله مؤمناً مخلصاً صفيّاً من الشيطان ورجزه، جلّ ثناؤك» ^(٢) .

﴿ وليؤلم ﴾ عند الزفاف ﴿ يوماً أو يومين ﴾ تأسيّاً بالنبي صلى الله عليه وآله فقد أولم على جملة من نسائه، وقال صلى الله عليه وآله: «إن من سنن المرسلين الإطعام عند التزويج» ^(٣) وقال صلى الله عليه وآله: «الوليمة أول يوم حقّ، والثاني معروف، وما زاد رياءً وسُمة» ^(٤) .

﴿ ويدعو المؤمنين ﴾ إليها، وأفضلهم الفقراء، ويكره أن يكونوا كلّهم أغنياء ولا بأس بالشركة. ﴿ ويستحب ﴾ لهم ﴿ الإجابة ﴾ استحباباً مؤكداً، ومن كان صائماً ندباً فالأفضل له الإفطار، خصوصاً إذا شقّ بصاحب الدعوة صيامه. ﴿ ويجوز أكل نثار العرس وأخذه بشاهد الحال ﴾ أي مع شهادة الحال بالإذن في أخذه؛ لأنّ الحال يشهد بأخذه دائماً. وعلى تقدير أخذه به فهل يملك بالأخذ، أم هو مجرد إياحة؟ قولان ^(٥) أجودهما الثاني. وتظهر الفائدة في جواز

(١) المصدر السابق: ٩٦، الباب ٦٨ من أبواب مقدمات النكاح.

(٢) نفس المصدر: الحديث ٤.

(٣) و (٤) الوسائل ١٤ : ٦٥، الباب ٤٠ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١ و ٤.

(٥) القول بالملك للشيخ في المبسوط ٤ : ٣٢٣، والمحقق في الشرائع ٢ : ٢٦٨، والعلامة في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٥٨١. والقول بعدم الملك للعلامة في المختلف ٧ : ٩١، والمحقق

الثاني، في جامع المقاصد ١٢ : ٢١، وهو الظاهر من الصيمري في غاية المرام ٣ : ٦.

الرجوع فيه ما دامت عينه باقية.

﴿ ويكره الجماع ﴾ مطلقاً ﴿ عند الزوال ﴾ إلا يوم الخميس، فقد روي: «أن الشيطان لا يقرب الولد الذي يتولد حينئذٍ حتى يشيب»^(١) ﴿ و ﴾ بعد ﴿ الغروب حتى يذهب الشفق ﴾ الأحمر، ومثله ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس؛ لوروده معه في الخبر^(٢) ﴿ وعارياً ﴾ للنهي عنه رواه الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣) ﴿ وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء ﴾ قال عليه السلام: «يكره أن يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فإن فعل ذلك وخرج الولد مجنوناً فلا يلومن إلا نفسه»^(٤) ولا تكره معاودة الجماع بغير غسل؛ للأصل.

﴿ والجماع عند ناظر إليه ﴾ بحيث لا يرى العورة، قال النبي ﷺ: «والذي نفسي بيده! لو أن رجلاً غشي امرأته وفي البيت مستيقظ يراها ويسمع كلامهما ونفسهما ما أفلح أبداً، إن كان غلاماً كان زانياً، وإن كانت جارية كانت زانية»^(٥) وعن الصادق عليه السلام قال: «لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريتها وفي البيت صبي، فإن ذلك ممّا يورث الزنا»^(٦).

وهل يعتبر كونه مميزاً؟ وجه يشعر به الخبر الأول، وأما الثاني فمطلق.
﴿ والنظر إلى الفرج حال الجماع ﴾ وغيره، وحال الجماع أشدّ كراهةً،

(١) البحار ١٠٣: ٢٨٣، ذيل الحديث الأول.

(٢) الوسائل ١٤: ٨٨-٨٩، الباب ٦٢ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأول.

(٣) المصدر السابق: ٨٤، الباب ٥٨ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٢ و ٣.

(٤) المصدر السابق: ٩٩، الباب ٧٠ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأول.

(٥) و (٦) الوسائل ١٤: ٩٤، الباب ٦٧ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٢ و ١.

وإلى باطن الفرج أقوى شدة، وحرّمه بعض الأصحاب^(١) وقد روي أنّه يورث العمى في الولد^(٢).

﴿ والجماع مستقبل القبلة ومستدبرها ﴾ للنهي عنه^(٣).

﴿ والكلام ﴾ من كلّ منهما ﴿ عند التقاء الختانين إلا بذكر الله تعالى ﴾ قال الصادق عليه السلام: « اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنّه يورث الخرس »^(٤) ومن الرجل أكد، ففي وصيّة النبي ﷺ: « يا عليّ، لا تتكلم عند الجماع كثيراً، فإنّه إن قضى بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس »^(٥).

﴿ وليلة الخسوف ويوم الكسوف وعند هبوب الريح الصفراء أو السوداء، أو الزلزلة ﴾ فعن الباقر عليه السلام أنّه قال: « والذي بعث محمداً ﷺ بالنبوّة واختصّه بالرسالة واصطفاه بالكرامة، لا يجامع أحد منكم في وقت من هذه الأوقات فيرزق ذرّيّة فيرى فيها قرّة عين »^(٦).

﴿ وأوّل ليلة من كلّ شهر إلا شهر رمضان، ونصفه ﴾ عطف على « أوّل » لا على المستثنى، ففي الوصيّة: « يا عليّ، لا تجامع امرأتك في أوّل الشهر ووسطه وآخره، فإنّ الجنون والجذام والخبل يُسرّع إليها وإلى ولدها »^(٧) وعن الصادق عليه السلام: « يكره للرجل أن يجامع في أوّل ليلة من الشهر وفي وسطه وفي آخره، فإنّه من فعل ذلك خرج الولد مجنوناً، ألا ترى أنّ المجنون أكثر ما يصرع

(١) حرّمه ابن حمزة في الوسيلة: ٣١٤.

(٢) الوسائل ١٤: ٨٥، الباب ٥٩ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق: ٩٨، الباب ٦٩ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١ و ٣.

(٤) و (٥) المصدر السابق: ٨٦، الباب ٦٠ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١ و ٣.

(٦) المستدرک ١٤: ٢٢٤، الباب ٤٧ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث الأوّل.

(٧) الوسائل ١٤: ٩١، الباب ٦٤ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٥.

في أوّل الشهر ووسطه وآخره؟»^(١) وروى الصدوق عن عليّ عليه السلام أنّه قال: «يستحبّ للرجل أن يأتي أهله أوّل ليلة من شهر رمضان؛ لقول الله عزّ وجلّ: (أحلّ لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم)»^(٢).

﴿ وفي السفر مع عدم الماء ﴾ للنهي عنه عن الكاظم عليه السلام^(٣) مستثنياً منه خوفه على نفسه.

﴿ ويجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وإن لم يستأذنها، بل يستحبّ له النظر ليرتفع عنه الغرر، فإنّه مستام^(٤) يأخذ بأعلى ثمن كما ورد في الخبر^(٥). ﴾
 ﴿ ويختصّ الجواز بالوجه والكفين ﴾ : ظاهرهما وباطنهما إلى الزندين
 ﴿ وينظرها قائمة وماشية ﴾ وكذا يجوز للمرأة نظره كذلك ﴿ وروى ﴾ عبد الله ابن الفضل مرسلًا عن الصادق عليه السلام : ﴿ جواز النظر إلى شعرها ومحاسنها ﴾ وهي مواضع الزينة إذا لم يكن متلذذاً^(٦) وهي مردودة بالإرسال وغيره^(٧).
 ويشترط العلم بصلاحيّتها للتزويج، بخلوّها من البعل والعدّة والتحرّيم، وتجويز إيجابتها. ومباشرة المرید بنفسه، فلا يجوز الاستتابة فيه وإن كان أعمى.

(١) و (٢) الوسائل ١٤ : ٩١ ، الباب ٦٤ من أبواب مقدّمات النكاح ، الحديث ٣ و ٤ ، والآية في سورة البقرة : ١٨٧ .

(٣) الوسائل ٢ : ٩٩٨ ، الباب ٢٧ من أبواب التيمّم ، الحديث الأوّل ، وانظر الوسائل ١٤ : ٧٦ ، الباب ٥٠ من أبواب مقدّمات النكاح ، الحديث الأوّل وذيله .

(٤) سام البائع السلعة سوماً من باب قال أي : عرضها للبيع ، وسامها المشتري واستامها طلب بيعها . راجع المصباح المنير (سوم) .

(٥) الوسائل ١٤ : ٦٠ - ٦١ ، الباب ٣٦ من أبواب مقدّمات النكاح ، الأحاديث ٨ و ١٢ .

(٦) المصدر السابق : الحديث ٥ .

(٧) فإنّها ضعيفة بأحمد بن محمّد بن خالد وأبيه الواقعيين في سندها . أنظر المسالك ٧ : ٤٦٧ .

وأن لا يكون بريية ولا تلذذ.

وشرط بعضهم أن يستفيد بالنظر فائدة، فلو كان عالماً بحالها قبله لم يصح^(١) وهو حسن، لكنّ النصّ مطلق. وأن يكون الباعث على النظر إرادة التزويج، دون العكس^(٢) وليس بجيّد؛ لأنّ المعبر قصد التزويج قبل النظر كيف كان الباعث.

﴿ ويجوز النظر إلى وجه الأمة ﴾ أمة الغير ﴿ ويديها و ﴾ كذا ﴿ الذمّية ﴾ وغيرها من الكفّار بطريق أولى ﴿ لا لشهوة ﴾ قيّد فيهما.

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ أن ينظر الرجل إلى مثله ﴾ ما عدا العورتين ﴿ وإن كان ﴾ المنظور ﴿ شاباً حسن الصورة، لا لريية ﴾ وهو خوف الفتنة ﴿ ولا تلذذ ﴾ وكذا تنظر المرأة إلى مثلها كذلك ﴿ والنظر إلى جسد الزوجة باطناً وظاهراً ﴾ وكذا أمته غير المزوجة والمعتدة وبالعكس، ويكره إلى العورة فيهما.

﴿ وإلى المحارم ﴾ وهنّ من يحرم نكاحهنّ مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة ﴿ خلا العورة ﴾ وهي هنا القبل والدبر. وقيل: تختصّ الإباحة بالمحاسن^(٣) جمعاً بين قوله تعالى: ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿ ولا يبدین زینتهنّ إلا لبعولتهنّ ﴾^(٥) إلى آخره.

﴿ ولا ينظر ﴾ الرجل ﴿ إلى ﴾ المرأة ﴿ الأجنبية ﴾ وهي غير المحرم

(١) لم نعثر على من طرح المسألة قبل الشارح، ولعلّ ذلك يستظهر من التذكرة ٢: ٥٧٣

(الحجرية)، حيث شرط في جواز النظر الحاجة إلى النظر.

(٢) لم نظفر بمن صرّح بهذا الشرط. نعم، يظهر ذلك ممّن قيّد جواز النظر بمن يريد النكاح، مثل المحقّق في الشرائع ٢: ٢٦٨، والعلامة في القواعد ٣: ٦، وغيرهما.

(٣) لم نعثر على قائل به من أصحابنا. نعم نسب العلامة إلى بعض الشافعية تحريم النظر إلى ما عدا الوجه والكفين، وكذا إلى الثدي في غير حال الرضاع. أنظر التذكرة ٢: ٥٧٤ (الحجرية).

(٤) و (٥) النور: ٣٠ و ٣١.

والزوجة والأمة ﴿ إلا مرة ﴾ واحدة ﴿ من غير معاودة ﴾ في الوقت الواحد عرفاً ﴿ إلا لضرورة كالمعاملة والشهادة ﴾ عليها إذا دُعي إليها أو لتحقيق الوطء في الزنا وإن لم يُدعَ ﴿ والعلاج ﴾ من الطيب وشبهه ﴿ وكذا يحرم على المرأة أن تنظر إلى الأجنبي أو تسمع صوته إلا لضرورة ﴾ كالمعاملة والطب ﴿ وإن كان ﴾ الرجل ﴿ أعمى ﴾ لتناول النهي^(١) له، ولقول النبي ﷺ لأُمّ سلمة وميمونة - لَمَّا أمرهما بالاحتجاب من ابن أم مكتوم، وقولهما: إنه أعمى - : «أعميا وان أتما؟ أَلستما تبصرايه؟»^(٢) (٣).

﴿ وفي جواز نظر المرأة إلى الخصي المملوك لها أو بالعكس خلاف ﴾^(٤) منشؤه ظاهر قوله تعالى: (أو ما ملكت أيمانهنّ)^(٥) المتناول بعمومه لموضع النزاع، وما قيل^(٦): من اختصاصه بالإماء جمعاً بينه وبين الأمر بغضّ البصر وحفظ الفرج مطلقاً، ولا يرد دخولهن في (نساءهنّ) لاختصاصهنّ بالمسلمات، وعموم ملك اليمين للكافرات، ولا يخفى أنّ هذا كله خلاف ظاهر الآية^(٧)

(١) النور: ٣٠، وراجع الوسائل ١٤: ١٧١ - ١٧٢، الباب ١٢٩ من أبواب مقدّمات النكاح.

(٢) الوسائل ١٤: ١٧٢، الباب ١٢٩ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٤.

(٣) رواها في الكافي [٥: ٥٣٤] مقطوعة وأنّ المرأتين عائشة وحفصة، وما نقلناه ذكره جماعة من الفقهاء [مثل العلامة في التذكرة ٢: ٥٧٣، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ٤٢] والظاهر أنّ طريقه عامي. (منه ﷺ).

(٤) القول بالجواز للعلامة في المختلف ٧: ٩٢، وقوّاه في جامع المقاصد ١٢: ٣٨. والقول بالعدم للشيخ في المبسوط ٤: ١٦١، والخلاف ٤: ٢٤٩، المسألة ٥، وابن إدريس في السرائر ٢: ٦٠٩، والمحقّق في الشرائع ٢: ٢٦٩، ونسبه في غاية المرام ٣: ١٣ إلى المشهور.

(٥) و (٧) النور: ٣١.

(٦) قاله الصيمري في غاية المرام ٣: ١٣.

من غير وجه للتخصيص ظاهر.

﴿ ويجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجة، إلا القبل في الحيض والنفاس ﴾^(١) وكذا^(٢) في الأمة.

﴿ والوطء في دبرها مكروه كراهةً مغلظة ﴾ من غير تحريم على أشهر القولين^(٣) والروايتين^(٤) وظاهر آية الحرث^(٥) ﴿ وفي رواية ﴾ سدير عن الصادق عليه السلام ﴿ يحرم ﴾ لأنه روى عن النبي ﷺ أنه قال: «محاش النساء على أمّتي حرام»^(٦) وهو مع سلامة سنده محمول على شدة الكراهة، جمعاً بينه وبين صحيحة ابن أبي يعفور^(٧) الدالة على الجواز صريحاً. و«المحاش» جمع «محشة» وهو الدبر، ويقال أيضاً بالسين المهملة^(٨) كُنِّيَ بالمحاش عن الأدبار،

(١) في هامش (ش) و (ر) زيادة ما يلي: وهو موضع وفاق إلا من شاذ من الأصحاب، حيث حرّم النظر إلى الفرج [الوسيلة: ٣١٤] والأخبار ناطقة بالجواز [الوسائل ١٤: ٨٤-٨٥، الباب ٥٩ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٢ و ٣ و ٥].

(٢) في (ر) زيادة: القول.

(٣) اختاره السيّد في الانتصار: ٢٩٣، المسألة ١٦٦، والشيخ في الخلاف ٤: ٣٣٦، المسألة ١١٧، والمبسوط ٤: ٢٤٣، والحلي في السرائر ٢: ٦٠٦، ونسبه في المختلف ٧: ٩٣ إلى أكثر علمائنا بعد أن نسبه إلى المشهور. وأما القول بالحرمة فهو منسوب إلى القميين وابن حمزة، أنظر التنقيح ٣: ٢٣، وجامع المقاصد ١٢: ٤٩٧، والوسيلة: ٣١٣.

(٤) أنظر الوسائل ١٤: ١٠٠-١٠٤، الباب ٧٢ و ٧٣ من أبواب مقدمات النكاح.

(٥) البقرة: ٢٢٣.

(٦) الاستبصار ٣: ٢٤٤، الحديث ٨٧٤.

(٧) الوسائل ١٤: ١٠٣، الباب ٧٢ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٥.

(٨) كما في الصحاح ٣: ١٠٠١ (حشش).

كما كُنِّي بالحُشوش عن مواضع الغائط، فإنَّ أصلها الحشّ - بفتح الحاء المهملة - وهو الكنيف، وأصله البستان؛ لأنَّهم كانوا كثيراً ما يتغوَّطون في البساتين، كذا في نهاية ابن الأثير^(١).

﴿ ولا يجوز العزل عن الحرّة بغير شرط ﴾ ذلك حال العقد؛ لمنافاته لحكمة النكاح وهي الاستيلاء فيكون منافياً لغرض الشارع.

والأشهر الكراهة؛ لصحيفة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنّه سأله عن العزل، فقال: «أمّا الأمة فلا بأس، وأمّا الحرّة فإنّي أكره ذلك، إلّا أن يشترط عليها حين يتزوَّجها»^(٢) والكراهة ظاهرة في المرجوح الذي لا يمنع من التقيض، بل حقيقة فيه، فلا تصلح حجة للمنع من حيث إطلاقها على التحريم في بعض مواردنا؛ فإنّ ذلك على وجه المجاز. وعلى تقدير الحقيقة فاشتراكها يمنع من دلالة التحريم، فيرجع إلى أصل الإباحة.

وحيث يحكم بالتحريم ﴿ فيجب دية النطفة لها ﴾ أي للمرأة خاصّة ﴿ عشرة دنانير ﴾ ولو كرهناه فهي على الاستحباب. واحترز بالحرّة عن الأمة فلا يحرم العزل عنها إجماعاً وإن كانت زوجة.

ويشترط في الحرّة الدوام فلا تحريم في المتعة، وعدمُ الإذن فلو أذنت انتفى أيضاً.

وكذا يكره لها العزل بدون إذنه. وهل يحرم لو قلنا به منه؟ مقتضى الدليل الأوّل ذلك، والأخبار خالية عنه. ومثله القول في دية النطفة له.

﴿ ولا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر ﴾ والمعتبر في

(١) النهاية ١: ٣٩٠ (حشش).

(٢) الوسائل ١٤: ١٠٦، الباب ٧٦ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأوّل.

الوجوب مسّماه وهو الموجب للغسل، ولا يشترط الإنزال. ولا يكفي الدبر.
 ﴿ و ﴿ كذا ﴿ لا ﴿ يجوز ﴿ الدخول قبل ﴿ إكمالها ﴿ تسع ﴿ سنين
 هلائية ﴿ فتحرم ﴿ عليه مؤبداً ﴿ لو أفضاها ﴿ بالوطء، بأن صير مسلك البول
 والحيض واحداً، أو مسلك الحيض والغائط. وهل تخرج بذلك من [حبالته] ^(١)؟
 قولان ^(٢) أظهرهما العدم. وعلى القولين يجب الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما.
 وعلى ما اخترناه يحرم عليه أختها والخامسة. وهل يحرم عليه وطؤها في الدبر
 والاستمتاع بغير الوطء؟ وجهان أجودهما ذلك. ويجوز له طلاقها، ولا تسقط به
 النفقة وإن كان بائناً. ولو تزوّجت بغيره ففي سقوطها وجهان، فإن طلقها الثاني
 بائناً عادت. وكذا لو تعدّر إنفاقه عليها لغيبه أو فقر. مع احتمال وجوبها على
 المفضي مطلقاً؛ لإطلاق النصّ ^(٣) ولا فرق في الحكم بين الدائم والمتمتع بها.
 وهل يثبت الحكم في الأجنبية؟ قولان ^(٤) أقربهما ذلك في التحريم المؤبد،
 دون النفقة. وفي الأمة الوجهان وأولى بالتحريم. ويقوى الإشكال في الإنفاق
 لو أعتقها.

ولو أفضى الزوجة بعد التسع ففي تحريمها وجهان، أجودهما العدم. وأولى

(١) في المخطوطات: حباله.

(٢) القول بالخروج لابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٢، ونسبه في المختلف ٧: ٤٤ إلى ظاهر كلام
 الشيخ، وانظر النهاية: ٤٥٣، وهو اختيار فخر المحققين في الإيضاح ٣: ٧٨. والقول بعدم
 الخروج لابن إدريس في السرائر ٢: ٥٣٠ - ٥٣١، والمحقق في الشرائع ٢: ٢٧٠.

(٣) الوسائل ١٤: ٣٨١، الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٤.

(٤) القول بالتحريم المؤبد للعلامة في القواعد ٣: ٣٣، والمحقق الثاني في جامع المقاصد
 ١٢: ٣٣٤، وولده في الإيضاح ٣: ٧٨، وهو الظاهر من السيد عميد الدين في كنز الفوائد
 ٢: ٣٦٩. وأمّا القول بعدم ثبوت الحرمة فلم نقف عليه.

بالعدم إفضاء الأجنبي كذلك.

وفي تعدّي الحكم إلى الإفضاء بغير الوطاء وجهان، أجودهما عدم وقوفاً فيما خالف الأصل على مورد النصّ، وإن وجبت الدية في الجميع.

﴿ ويكره للمسافر أن يطرق أهله ﴾ أي يدخل إليهم من سفره ﴿ ليلاً ﴾ وقيده بعض بعدم إعلامهم بالحال^(١) وإلا لم يكره، والنصّ مطلق.

روي عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام أنه قال: « يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح »^(٢).

وفي تعلق الحكم بمجموع الليل أو اختصاصه بما بعد المييت وغلق الأبواب نظر، منشؤه دلالة كلام أهل اللغة على الأمرين، ففي الصحاح: أتانا فلان طروقاً: إذا جاء بليل^(٣) وهو شامل لجميعة. وفي نهاية ابن الأثير قيل: أصل الطروق من الطرُق وهو الدقّ، وسُمّي الآتي بالليل طارقاً؛ لاحتياجه إلى دقّ الباب^(٤) وهو مشعر بالتاني، ولعله أجود.

والظاهر عدم الفرق بين كون الأهل زوجة وغيرها عملاً بإطلاق اللفظ وإن كان الحكم فيها أكد، وهو باب النكاح أنسب.

(١) قيده يحيى بن سعيد الحلبي في الجامع: ٤٥٣.

(٢) الوسائل ١٤: ٩٣، الباب ٦٥ من أبواب مقدّمات النكاح، وفيه حديث واحد.

(٣) الصحاح ٤: ١٥١٥ (طرق).

(٤) النهاية ٣: ١٢١ (طرق).

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في العقد ﴾

ويعتبر اشتماله على الإيجاب والقبول اللفظيين كغيره من العقود اللازمة ﴿ فالإيجاب : زوّجتك وأنكحتك ومتّعتك ، لا غير ﴾ أمّا الأولان فموضع وفاق ، وقد ورد بهما القرآن في قوله تعالى : (زوّجناكها)^(١) (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء)^(٢) وأمّا الأخير فاكتمى به المصنّف وجماعة^(٣) لأنّه من ألفاظ^(٤) النكاح ؛ لكونه حقيقة في المنقطع وإن توقّف معه على الأجل ، كما لو عبّر بأحدهما فيه وميّزه به ، فأصل اللفظ صالح للنوعين ، فيكون حقيقة في القدر المشترك بينهما ، ويتميّزان بذكر الأجل وعدمه ، ولحكم الأصحاب - تبعاً للرواية^(٥) -

(١) الأحزاب : ٣٧ .

(٢) النساء : ٢٢ .

(٣) مثل المحقّق في الشرائع ٢ : ٢٧٣ ، والمختصر : ١٦٩ ، والعلامة في القواعد ٣ : ٩ ، والإرشاد ٢ : ٦ ، وهو الظاهر من الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢ : ٩٦ - ٩٧ .

(٤) في (ع) : لفظ .

(٥) الوسائل ١٤ : ٤٦٩ - ٤٧٠ ، الباب ٢٠ من أبواب المتعة ، الحديث ١ - ٣ .

بأنّه لو تزوّج متعة ونسي ذكر الأجل انقلب دائماً^(١) وذلك فرع صلاحية الصيغة له.

وذهب الأكثر إلى المنع منه^(٢) لأنّه حقيقة في المنقطع شرعاً فيكون مجازاً في الدائم، حذراً من الاشتراك. ولا يكفي ما يدلّ بالمجاز، حذراً من عدم الانحصار. والقول المحكي ممنوع، والرواية مردودة بما سيأتي. وهذا أولى.

﴿ والقبول : قبلت التزويج والنكاح ، أو تزوّجت ، أو قبلت ، مقتصراً ﴾ عليه من غير أن يذكر المفعول ﴿ كلاهما ﴾ أي الإيجاب والقبول ﴿ بلفظ المضي ﴾* فلا يكفي قوله : « أتزوّجك » بلفظ المستقبل منشأً على الأقوى ، وقوفاً على موضع اليقين . وما روي من جواز مثله في المتعة^(٣) ليس صريحاً فيه ، مع مخالفته للقواعد .

﴿ ولا يشترط تقديم الإيجاب ﴾ على القبول ؛ لأنّ العقد هو الإيجاب والقبول . والترتيب كيف اتفق غير مخلّ بالمقصود . ويزيد النكاح على غيره من العقود أنّ الإيجاب من المرأة وهي تستحي غالباً من الابتداء به ، فاغتر هنا وإن

(١) مثل الشيخ في النهاية : ٤٨٩ ، والقاضي في المهذب ٢ : ٢٤١ ، والحلي في الكافي : ٢٩٨ ، وابن زهرة في الغنية : ٣٥٥ ، والكيدري في الإصباح : ٤١٩ ، ونسبه في غاية المراد ٣ : ٨٣ إلى أكثر الأصحاب .

(٢) ذهب إليه السيّد في الناصريات : ٣٢٤ - ٣٢٥ ، المسألة ١٥٢ ، والشيخ في المبسوط ٤ : ٨٧ ، والإسكافي كما نقل عنه في المختلف ٧ : ٨٧ ، والحلي في الكافي : ٢٩٣ ، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٥٧٤ ، والعلامة في المختلف ٧ : ٨٧ ، والتذكرة (الحجرية) ٢ : ٥٨١ ، وغيرهم .

(*) في (س) و (ف) من الشرح : الماضي .

(٣) الوسائل ٤ : ٤٦٦ - ٤٦٧ ، الباب ١٨ من أبواب المتعة ، الحديث ١ و ٣ و ٦ .

خولف في غيره، ومن ثم ادعى بعضهم^(١) الإجماع على جواز تقديم القبول هنا، مع احتمال عدم الصحة كغيره؛ لأنّ القبول إنّما يكون للإيجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً. وحيث يتقدّم يعتبر كونه بغير لفظ «قبلت» كتروّجت ونكحت، وهو حينئذٍ في معنى الإيجاب.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يشترط ﴿ القبول بلفظه ﴾ أي بلفظ الإيجاب، بأن يقول: «زوّجتك» فيقول: «قبلت التزويج» أو «أنكحتك» فيقول: «قبلت النكاح» ﴿ فلو قال: «زوّجتك» فقال: «قبلت النكاح» صحّ ﴿ لصراحة اللفظ واشتراك الجميع في الدلالة على المعنى.

﴿ ولا يجوز ﴾ العقد إيجاباً وقبولاً ﴿ بغير العربيّة مع القدرة ﴾ عليها؛ لأنّ ذلك هو المعهود من صاحب الشرع كغيره من العقود اللازمة، بل أولى.

وقيل: إنّ ذلك مستحبّ لا واجب^(٢) لأنّ غير العربيّة من اللغات من قبيل المترادف، فيصحّ أن يقام مقامه، ولأنّ الغرض إيصال المعاني المقصودة إلى فهم المتعاقدين، فيتأدّى بأيّ لفظ اتّفق. وهما ممنوعان.

واعتبر ثالث كونه بالعربيّة الصحيحة^(٣) فلا يتعدّد بالملحون والمحرف مع القدرة على الصحيح، نظراً إلى الواقع من صاحب الشرع. ولا ريب أنّه أولى.

ويسقط مع العجز عنه. والمراد به ما يشمل المشقة الكثيرة في التعلّم، أو فوات بعض الأغراض المقصودة. ولو عجز أحدهما اختصّ بالرخصة ونطق القادر

(١) هو الشيخ كما صرح به في المسالك ٧: ٩٤، ونسبه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢:

٧٣ إلى الشيخ في المبسوط، وانظر المبسوط ٤: ١٩٤، وفيه: بلا خلاف.

(٢) قاله ابن حمزة في الوسيلة: ٢٩١.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٧٥.

بالعربية بشرط أن يفهم كلٌّ منهما كلام الآخر ولو بترجمين عدلين. وفي الاكتفاء بالواحد وجه، ولا يجب على العاجز التوكيل وإن قدر عليه؛ للأصل.

﴿ والأخرس ﴾ يعقد إيجاباً وقبولاً ﴿ بالإشارة ﴾ المفهمة للمراد.

﴿ ويعتبر في العاقد الكمال، فالسكران باطل عقده ولو أجاز بعده ﴾
 وخصّه بالذكر تنبيهاً على ردِّ ما روي من «أنَّ السكري لو زوّجت نفسها ثم أفادت فرضيت، أو دخل بها فأفادت وأقرّته كان ماضياً»^(١) والرواية صحيحة، إلاّ أنّها مخالفة للأصول الشرعيّة فأطرحها الأصحاب، إلاّ الشيخ في النهاية^(٢).

﴿ ويجوز تولّي المرأة العقد عنها وعن غيرها إيجاباً وقبولاً ﴾ بغير خلاف عندنا، وإنّما نبه على خلاف بعض العامة^(٣) المانع منه.

﴿ ولا يشترط الشاهدان ﴾ في النكاح الدائم مطلقاً ﴿ ولا الولي في نكاح الرشيدة وإن كانا أفضل ﴾ على الأشهر. خلافاً لابن أبي عقيل حيث اشترطهما فيه^(٤) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٥) تصلح سنداً للاستحباب، لا للشرطيّة.

﴿ ويشترط تعيين الزوجة والزوج ﴾ بالإشارة أو بالاسم أو الوصف الرافعين للاشتراك ﴿ فلو كان له بنات وزوجه واحدة ولم يُسمّها، فإن أبهم ولم يعين شيئاً في نفسه بطل ﴾ العقد؛ لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معيّن

(١) الوسائل ١٤ : ٢٢١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح، وفيه حديث واحد.

(٢) النهاية : ٤٦٨.

(٣) أنظر المغني والشرح الكبير ٧ : ٣٣٧ و ٤٠٨، ومغني المحتاج ٣ : ١٤٧.

(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف ٧ : ١٠١، وعنه في الشهادة الشيخ في الخلاف ٤ : ٢٦١،

المسألة ١٣.

(٥) الوسائل ١٤ : ٤٥٩، الباب ١١ من أبواب المتعة، الحديث ١١. ولعلّ ضعفها لوجود

مجاهيل في طريقها، مثل فضل بن كثير والمهلب الدلال. أنظر جامع الرواة ٢ : ٧ و ٢٨٣.

﴿ وَإِنْ عَيَّنَ ﴾ في نفسه من غير أن يُسمِّيها لفظاً ﴿ فاختلفا في المعقود عليها حلف الأب إن كان الزوج رَاهَنَ، وإلَّا بطل العقد ﴾. ومستند الحكم رواية أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام^(١) وفيها على تقدير قبول قول الأب: أنَّ عليه فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التي نوى أن يزوجه إياه عند عقدة النكاح. ويشكل بأنَّه إذا لم يسمَّ للزوج واحدة منهنَّ فالعقد باطل، سواء رَاهَنَ أم لا؛ لما تقدّم وأنَّ رؤية الزوجة غير شرط في صحّة النكاح، فلا مدخل لها في الصحّة والبطان.

ونزّلها الفاضلان على أنَّ الزوج إذا كان قد رَاهَنَ فقد رضي بما يعقد عليه الأب منهنَّ ووكّل الأمر إليه فكان كوكيله وقد نوى الأب واحدة معيّنة فصرف العقد إليها، وإن لم يكن رَاهَنَ بطل؛ لعدم رضا الزوج بما يسمّيه الأب^(٢). ويشكل بأنَّ رؤيته لهنَّ أعمّ من تفويض التعيين إلى الأب، وعدمها أعمّ من عدمه، والرواية مطلقة، والرؤية غير شرط في الصحّة فتخصيصها بما ذكر والحكم به لا دليل عليه. فالعمل بإطلاق الرواية - كما صنع جماعة^(٣) - أو ردّها مطلقاً نظراً إلى مخالفتها لأصول المذهب - كما صنع ابن إدريس^(٤) وهو الأولى - أولى. ولو فرض تفويضه إليه التعيين ينبغي الحكم بالصحّة وقبول قول الأب مطلقاً نظراً إلى أنَّ الاختلاف في فعله وأنَّ نظر الزوجة ليس بشرط في صحّة النكاح. وإن لم يفوض إليه التعيين بطل مطلقاً.

(١) الوسائل ١٤: ٢٢٢، الباب ١٥ من أبواب عقد النكاح، وفيه حديث واحد.

(٢) الشرائع ٢: ٢٧٤ - ٢٧٥، والمختلف ٧: ١١٩، والقواعد ٣: ١٠.

(٣) مثل الشيخ في النهاية: ٤٦٨، والقاضي في المهذب ٢: ١٩٦، ويحيى بن سعيد الحلبي في

الجامع للشرائع: ٤٣٦.

(٤) السرائر ٢: ٥٧٣.

﴿ ولا ولاية في النكاح لغير الأب والجدّ له ﴾ وإن علا ﴿ والمولى والحاكم والوصيّ ﴾ لأحد الأولين ﴿ فولاية القرابة ﴾ للأوليين ثابتة ﴿ على الصغيرة أو المجنونة أو البالغة سفيهة، وكذا الذكر ﴾ المتّصف بأحد الأوصاف الثلاثة ﴿ لا على ﴾ البكر البالغة ﴿ الرشيدة في الأصحّ ﴾ للآية^(١) والأخبار^(٢) والأصل.

وما ورد من الأخبار الدالّة على أنّها لا تتزوّج إلا بإذن الوليّ^(٣) محمولة على كراهة الاستبداد جمعاً؛ إذ لو عمل بها لزم إطراح ما دلّ على انتفاء الولاية. ومنهم من جمع بينهما^(٤) بالتشريك بينهما في الولاية^(٥) ومنهم من جمع بحمل إحداها على المتعة والأخرى على الدوام^(٦) وهو تحكّم. ﴿ ولو عضلها ﴾ الوليّ، وهو أن لا يزوّجها بالكفو مع وجوده ورغبتها

(١) البقرة: ٢٣٢ و ٢٣٤.

(٢) الوسائل ١٤: ٢٠١، الباب ٣ من أبواب عقد النكاح، الحديث الأوّل، و ٢٠٣ نفس الباب، الحديث ١٠، و ٢١٤ - ٢١٥، الباب ٩ من الأبواب، الحديث ٤ و ٦، وغيرهما.

(٣) أنظر الوسائل ١٤: ٢٠٥ - ٢٠٦، الباب ٤ من أبواب عقد النكاح وغيره من الأبواب.

(٤) في (ع) و (ف): بينها.

(٥) القائل بالتشريك المفيد [المتّعة: ٥١١] وأبو الصلاح [الكافي في الفقه: ٢٩٢]، والذي فضّل فأجاز تفرّدها بالمتعة ذرن الدوام الشيخ في كتابي الأخبار [التهذيب ٧: ٣٨١، ذيل الحديث ١٥٣٨، والاستبصار ٣: ١٤٥، ذيل الحديث ٥٢٧]، وعكس آخر، ولا يعلم بعينه. (منه ﷺ).

(٦) بحمل أخبار الولاية على الدائم وخلافه على المتعة، حملها الشيخ في التهذيب ٧:

٢٥٤، ذيل الخبر ١٠٩٤، و ٣٨٠، ذيل الخبر ١٥٣٨، والاستبصار ٣: ١٤٥، الباب ٩٤،

و ٢٣٦، ذيل الخبر ٨٥٠.

﴿ فلا بحث في سقوط ولايته ﴾ وجواز استقلالها به . ولا فرق حينئذٍ بين كون النكاح بمهر المثل وغيره ، ولو منع من غير الكفو لم يكن عضلاً .

﴿ وللمولى تزويج* رقيقه ﴾ ذكراً كان أم أنثى رشيداً كان أم غير رشيد . ولا خيار له معه . وله إجباره عليه مطلقاً ، ولو تحرّر بعضه لم يملك إجباره حينئذٍ ، كما لا يصحّ نكاحه إلا بإذنه .

﴿ والحاكم والوصي يزوجان من بلغ فاسدَ العقل ﴾ أو سفهاً ﴿ مع كون النكاح صلاحاً له وخلوّه من الأب والجدّ ﴾ ولا ولاية لهما على الصغير مطلقاً في المشهور ، ولا على من بلغ رشيداً . ويزيد الحاكم الولاية على من بلغ ورشد ثم تجدد له الجنون^(١) .

وفي ثبوت ولاية الوصي على الصغيرين مع المصلحة مطلقاً ، أو مع تصريحه له في الوصية بالنكاح أقوال اختار المصنّف هنا انتفاءها مطلقاً . وفي شرح الإرشاد اختار الجواز مع التنصيص ، أو مطلقاً^(٢) وقبله العلامة في المختلف^(٣) وهو حسن ؛ لأنّ تصرفات الوصي منوطة بالغبطة وقد تتحقّق في نكاح الصغير ، ولعموم (فمن بدّله ...)^(٤) ولرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : « الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والأخ والرجل يُوصى إليه »^(٥) وذكر « الأخ » غير

(*) في (ق) : والمولى يزوّج .

(١) في (ع) و (ش) : جنون .

(٢) غاية المراد ٣ : ٤٩ - ٥٠ .

(٣) كذا حملة العلامة في المختلف [٧ : ١٢٧] وهو أولى من إطراح الرواية . (منه عليه السلام) .

(٤) البقرة : ١٨١ .

(٥) الوسائل ١٤ : ٢١٣ ، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح ، الحديث ٤ .

مناف؛ لإمكان حمله على كونه وصياً أيضاً؛ ولأنّ الحاجة قد تدعو إلى ذلك؛ لتعدّر تحصيل الكفو حيث يراد، خصوصاً مع التصريح بالولاية فيه.

﴿ وهنا مسائل ﴾

[الأولى] (١) :

﴿ يصحّ اشتراط الخيار في الصداق ﴾ لأنّ ذكره في العقد غير شرط في صحّته، فيجوز إخلاؤه عنه واشتراط عدمه، فاشتراط الخيار فيه غير منافٍ لمقتضى العقد، فيندرج في عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٢) فإن فسّخه ذو الخيار ثبت مهر المثل مع الدخول، ولو اتّفقا على غيره قبله صحّ. ﴿ ولا يجوز ﴾ اشتراطه ﴿ في العقد ﴾ لأنّه ملحق بضروب العبادات، لا المعاوضات ﴿ فيبطل ﴾ العقد باشتراط الخيار فيه؛ لأنّ التراضي إنّما وقع بالشرط الفاسد ولم يحصل. وقيل: يبطل الشرط خاصّة (٣) لأنّ الواقع شيئان فإذا بطل أحدهما بقي الآخر.

ويضعّف بأنّ الواقع شيء واحد وهو العقد على وجه الاشتراط فلا يتبعّض. ويمكن إرادة القول الثاني من العبارة.

﴿ ويصحّ توكيل كلّ من الزوجين في النكاح ﴾ لأنّه ممّا يقبل النيابة ولا يختصّ غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معيّن ﴿ فليقل الوليّ ﴾ وليّ المرأة لوكيل الزوج: ﴿ زوجت من موكلّ فلان، ولا يقل: منك ﴾ بخلاف البيع

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٥٧٥.

ونحوه من العقود.

والفرق أن الزوجين في النكاح ركنان بمثابة الثمن والمثمن في البيع، ولا بدّ من تسميتهما في البيع، فكذا الزوجان في النكاح، ولأنّ البيع يرد على المال وهو يقبل النقل من شخص إلى آخر، فلا يمتنع أن يخاطب به الوكيل وإن لم يذكر الموكل، والنكاح يرد على البضع وهو لا يقبل النقل أصلاً، فلا يُخاطب به الوكيل إلاّ مع ذكر المنقول إليه ابتداءً، ومن ثمّ لو قبل النكاح وكالة عن غيره فأنكر الموكل الوكالة بطل ولم يقع للوكيل، بخلاف البيع فإنه يقع مع الإنكار للوكيل، ولأنّ الغرض في الأموال متعلّق بحصول الأعواض الماليّة ولا نظر غالباً إلى خصوص الأشخاص، بخلاف النكاح، فإنه متعلّق بالأشخاص فيعتبر التصريح بالزوج، ولأنّ البيع يتعلّق بالمخاطب دون من له العقد، والنكاح بالعكس، ومن ثمّ لو قال: «زوّجتها من زيد» فقبل له وكيله صحّ، ولو حلف أن لا ينكح فقبل له وكيله حنث، ولو حلف أن لا يشتري فاشترى له وكيله لم يحنث. وفي بعض هذه الوجوه نظر.

﴿ وليقل ﴾ الوكيل: ﴿ قبلت لفلان ﴾ كما ذكر في الإيجاب، ولو اقتصر على «قبلت» ناوياً موكّله فالأقوى الصحّة؛ لأنّ القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب السابق، فإذا وقع بعد إيجاب النكاح للموكل صريحاً كان القبول الواقع بعده رضاً به فيكون للموكل.

ووجه عدم الاكتفاء به: أنّ النكاح نسبة فلا يتحقّق إلاّ بتخصيصه بمعيّن كالإيجاب. وضعفه يعلم ممّا سبق، فإنه لما كان رضاً بالإيجاب السابق اقتضى التخصيص بمن وقع له.

﴿ ولا يزوّجها الوكيل من نفسه إلاّ إذا أذنت ﴾ فيه ﴿ عموماً ﴾ كـ «زوّجني ممّن شئت»، أو «ولو من نفسك» ﴿ أو خصوصاً ﴾ فيصحّ حينئذٍ على الأقوى.

أما الأول: فلأنّ المفهوم من إطلاق الإذن تزويجها من غيره؛ لأنّ المتبادر أنّ الوكيل غير الزوجين .

وأما الثاني: فلأنّ العامّ ناصّ على جزئياته، بخلاف المطلق. وفيه نظر .
وأما الثالث: فلانتفاء المانع مع النصّ^(١).

ومنعُ بعض الأصحاب^(٢) استناداً إلى رواية عمّار^(٣) الدالّة على المنع وأنه يصير موجباً قابلاً، مردود بضعف الرواية وجواز تولّي الطرفين اكتفاءً بالمغايرة الاعتبارية .

وله تزويجها مع الإطلاق من والده وولده وإن كان مولّى عليه .

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ لو ادّعى زوجية امرأة فصدّقته حكم بالعقد ظاهراً ﴾ لانحصار الحقّ فيهما، وعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ﴿ وتوارثا ﴾ بالزوجية؛ لأنّ ذلك من لوازم ثبوتها، ولا فرق بين كونها غريبين أو بلديين ﴿ ولو اعترف أحدهما ﴾ خاصّة ﴿ قُضي عليه به دون صاحبه ﴾ سواء حلف المنكر أم لا، فيمنع من التزويج إن كان امرأة ومن أختها وأمّها وبنت أخويها^(٤) بدون إذنها. ويثبت عليه ما أقرّ به من المهر، وليس لها مطالبته به. ويجب عليه التوصل إلى تخلص ذمّته إن كان صادقاً. ولا نفقة عليه؛ لعدم التمكين.

(١) يعني نصّ المرأة.

(٢) لم نعر على المانع، كما اعترف به في التنقيح الرائع ٣ : ٣٣.

(٣) الوسائل ١٤ : ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٤. والظاهر أنّ ضعفها بعمّار الساباطي؛ إذ حاله في الفطحية معلوم. المسالك ٧ : ٢٢١.

(٤) أي بنت أخيها وأختها من باب التغليب. وفي (ع) : إختها.

ولو أقام المدعي بيّنة أو حلف اليمين المردودة مع نكول الآخر تثبت الزوجية ظاهراً، وعليهما فيما بينهما وبين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع. ولو انتفت البيّنة ثبت على المنكر اليمين.

وهل له التزويج الممتنع على تقدير الاعتراف قبل الحلف؟ نظر: من تعلق حقّ الزوجية في الجملة، وكون تزويجها يمنع من نفوذ إقرارها به على تقدير رجوعها؛ لأنّه إقرار في حقّ الزوج الثاني، ومن عدم ثبوته، وهو الأقوى. فيتوجّه اليمين متى طلبه المدعي، كما يصحّ تصرّف المنكر في كلّ ما يدّعيه عليه غيره قبل ثبوته، استصحاباً للحكم السابق المحكوم به ظاهراً، ولاستلزام المنع منه الحرج في بعض الموارد كما إذا غاب المدعي، أو آخر الإحلاف.

ثمّ إن استمرت الزوجة على الإنكار فواضح، وإن رجعت إلى الاعتراف بعد تزويجها بغيره لم يسمع بالنسبة إلى حقوق الزوجية الثابتة عليها، وفي سماعه بالنسبة إلى حقوقها قوّة؛ إذ لا مانع منه، فيدخل في عموم «جواز إقرار العقلاء على أنفسهم»^(١) وعلى هذا فإن ادّعت أنّها كانت عالمةً بالعقد حال دخول الثاني بها فلا مهر لها عليه ظاهراً؛ لأنّها بزعمها بغيّ، وإن ادّعت الذكر بعده فلها مهر المثل؛ للشبهة، ويرثها الزوج ولا ترثه هي.

وفي إرث الأوّل ممّا يبقى من تركتها بعد نصيب الثاني نظر: من نفوذ الإقرار على نفسها وهو غير منافٍ، ومن عدم ثبوته^(٢) ظاهراً، مع أنّه إقرار في حقّ الوارث.

(١) الوسائل ١٦: ١١١، الباب ٣ من كتاب الإقرار، الحديث ٢.

(٢) في نسخة بدل (ر): ثبوتها.

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ لو ادعى زوجية امرأة وادّعت أختها عليه الزوجية حلف ﴾ على نفي زوجية المدّعية؛ لأنّه منكر، ودعواه زوجية الأخت متعلّق بها وهو أمر آخر. وبشكل تقديم قوله مع دخوله بالمدّعية؛ للنصّ على أنّ الدخول بها مرجّح لها^(١) فيما سيأتي. ويمكن أن يقال: هنا تعارض الأصل والظاهر فيرجّح الأصل، وخلافه خرج بالنصّ، وهو منفيّ هنا.

هذا إذا لم تُقيم بيّنة ﴿ فإن أقامت بيّنة فالعقد لها، وإن أقام بيّنة ﴾ ولم تُقيم هي ﴿ فالعقد ﴾ على الأخت ﴿ له ﴾.

ويشكل أيضاً مع معارضة دخوله بالمدّعية؛ لما سيأتي من أنّه مرجّح على البيّنة، ومع ذلك فهو مكذّب بفعله لبيّنته. إلّا أن يقال - كما سبق -: إنّ ذلك على خلاف الأصل ويمنع كونه تكديباً، بل هو أعمّ منه، فيقتصر في ترجيح الظاهر على الأصل على مورد النصّ ﴿ والأقرب توجه اليمين على الآخر ﴾ وهو ذو البيّنة ﴿ في الموضعين ﴾ وهما: إقامته البيّنة فيحلف معها، وإقامتها فتحلف معها.

ولا يخفى منافرة لفظ «الآخر» لذلك. وفي بعض النسخ «الآخذ» بالذال المعجمة^(٢) والمراد به أخذ الحقّ المدّعى به، وهو من حكم له بيّنة، وهو قريب من «الآخر» في الغرابة.

وإنّما حكم باليمين مع البيّنة ﴿ لجواز صدق البيّنة ﴾ الشاهدة لها بالعقد ﴿ مع تقدّم عقده على من ادّعاها ﴾ والبيّنة لم تطّلع عليه، فلا بدّ من تحليفها لينتفي الاحتمال. وليس حلفها على إثبات عقدها تأكيداً للبيّنة؛ لأنّ ذلك لا يدفع

(١) الوسائل ١٤ : ٢٢٥، الباب ٢٢ من أبواب عقد النكاح، وفيه حديث واحد.

(٢) لم ترد «المعجمة» في (ع) و(ف).

الاحتمال، وإنما حَلَفُها على نفي عقد أختها.

وهل تحلف على البتّ أو على نفي العلم به؟ مقتضى التعليل الأوّل؛ لأنّ بدونه لا يزول الاحتمال. ويشكل بجواز وقوعه مع عدم اطلاعها، فلا يمكنها القطع بعدمه، وبأنّ اليمين هنا ترجع إلى نفي فعل الغير، فيكفي فيه حلفها على نفي علمها بوقوع عقد أختها سابقاً على عقدها، عملاً بالقاعدة.

﴿ و ﴾ وجه حلفه مع بيّنته على نفي عقده على المدّعية جواز ﴿ صدق بيّنته ﴾ بالعقد على الأخت ﴿ مع تقدّم عقده على من ادّعته ﴾ والبيّنة لا تعلم بالحال، فيحلف على نفيه لرفع الاحتمال. والحلف هنا على القطع؛ لأنّ حلف على نفي فعله.

واليمين في هذين الموضوعين لم يَنْبَ عليها أحد من الأصحاب، والنصّ خالٍ عنها، فيحتمل عدم ثبوتها لذلك، ولثلاً يلزم تأخير البيان عن وقت الخطاب أو الحاجة.

﴿ ولو أقاما بيّنة ﴾ فإمّا أن تكونا مطلقتين أو مؤرّختين أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة، وعلى تقدير كونهما مؤرّختين إمّا أن يتّفق التأريخان أو يتقدّم تأريخ بيّنته أو تأريخ بيّنتها، وعلى التقادير الستّة إمّا أن يكون قد دخل بالمدّعية أو لا.

فالصور [اثنتا عشرة]^(١) مضافة إلى ستّة سابقة. وفي جميع هذه الصور [الاثنتي عشرة]^(٢) ﴿ فالحكم لبيّنته، إلا أن يكون معها ﴾ أي مع الأخت المدّعية ﴿ مرجّح ﴾ لبيّنتها ﴿ من دخول ﴾ بها ﴿ أو تقدّم تأريخ ﴾ بيّنتها على تأريخ بيّنته حيث تكونان مؤرّختين، فيقدّم قولها في سبع صور من [الاثنتي عشرة]^(٣) وهي

(١) في النسخ: اثنا عشر. والقياس ما أثبتناه.

(٢) و (٣) في النسخ: الاثني عشر.

الستة المجامعة للدخول مطلقاً، وواحدة من الستة الخالية عنه، وهي ما لو تقدّم تأريخها، وقوله في الخمسة الباقية.

وهل يفتر من قدّمت بيّنته بغير سبق التأريخ إلى اليمين؟ وجهان: منشؤهما الحكم بتساقط البيّنتين حيث تكونان متّفقتين فيحتاج من قدّم قوله إلى اليمين، خصوصاً المرأة؛ لأنّها مدّعية محضة، وخصوصاً إذا كان المرجّح لها الدخول، فإنّه بمجردّه لا يدلّ على الزوجيّة، بل الاحتمال باقيّ معه. ومن إطلاق النصّ^(١) بتقديم بيّنته مع عدم الأمرين، فلو توقّف على اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

والأقوى الأوّل، وإطلاق النصّ غير منافٍ لثبوت اليمين بدليل آخر، خصوصاً مع جريان الحكم على خلاف الأصل في موضعين: أحدهما تقديم بيّنته مع أنّه مدّع، والثاني ترجيحها بالدخول وهو غير مرجّح. ومورد النصّ الأختان كما ذكر^(٢) وفي تعديّه^(٣) إلى مثل الأمّ والبنت وجهان: من عدم النصّ وكونه خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده. ومن اشتراك المقتضي.

والأوّل أقوى، فتقدّم بيّنتها مع انفرادها أو إطلاقها أو سبق تأريخها. ومع عدمها يحلف هو؛ لأنّه منكر.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ لو اشترى العبد زوجته لسيّده فالنكاح باقي ﴾ فإنّ شراءها لسيّده

(١) المتقدّم تخريجه في الصفحة ١٧٠، الهامش رقم ١.

(٢) في (ش) : كما ذكروا.

(٣) في (ر) و (ش) : تعديته.

ليس مانعاً منه ﴿ وإن اشتراها ﴾ العبد ﴿ لنفسه بإذنه أو ملكه إيّاها ﴾ بعد شرائها له ﴿ فإن قلنا بعدم ملكه فكالأوّل ﴾ لبطلان الشراء والتملك، فبقيت كما كانت أولاً على ملك البائع أو السيّد ﴿ وإن حكمنا بملكه بطل العقد ﴾ كما لو اشترى الحرّ زوجته الأمة واستباح بضعها بالملك.

﴿ أمّا المبعّض فإنّه ﴾ بشرائه لنفسه أو تملكه ﴿ يبطل العقد قطعاً ﴾ لأنّه بجزئه الحرّ قابل للتمكّن^(١) ومتى ملك ولو بعضها بطل العقد.

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ لا يزوّج الوليّ ولا الوكيل بدون مهر المثل* ولا بالمجنون ولا بالخصيّ ﴾ ولا بغيره ممّن به أحد العيوب المجوّزة للفسخ. ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يزوّج ﴾ الوليّ ﴿ الطفل بذات العيب فيتخيّر ﴾ كلّ منهما ﴿ بعد الكمال ﴾^(٢) لو زوّج بمن لا يقتضيه الإذن الشرعي. لكن في الأوّل إن وقع العقد بدون مهر المثل على خلاف المصلحة تخيّرت في المهر على أصحّ القولين^(٣).

وفي تخيّرهما في أصل العقد قولان: أحدهما التخيير^(٤) لأنّ العقد الذي جرى عليه التراضي هو المشتمل على المسمّى، فمتى لم يكن ماضياً كان لها

(١) في (ع) و (ر): للتمليك.

(*) في (ق): إلّا بمهر المثل.

(٢) في (ع) ونسخة بدل (ش): زيادة: كما.

(٣) ذهب إليه المحقّق في الشرائع ٢: ٢٧٨، والعلامة في القواعد ٣: ١٥، وولده في الإيضاح

٣: ٢٧، وقالوا: (إنّ لها الاعتراض) ولم يفصلوا بين المهر والعقد ولا بين المصلحة

وعدمها، وقال العلامة في الإرشاد ٢: ١٦: إنّ لها بدون المصلحة مهر المثل.

(٤) وهو قول المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ١٤٩.

فسخه من أصله. والثاني عدمه^(١) لعدم مدخلية المهر في صحة العقد وفساده.
وقيل: ليس لها مطلقاً^(٢) لأن ما دون مهر المثل أولى من العفو، وهو جائز
للذي بيده عقدة النكاح، وإذا لم يكن لها خيار في المهر ففي العقد أولى.
وعلى القول بتخييرها في المهر يثبت لها مهر المثل. وفي توقّف ثبوته على
الدخول أم يثبت بمجرد العقد قولان^(٣).

وفي تخيير الزوج لو فسخت المسمى وجهان: من التزامه بحكم العقد وهذا
من جملة أحكامه. ومن دخوله على المهر القليل فلا يلزم منه الرضا بالزائد جبراً.
ولو كان العقد عليها بدون مهر المثل على وجه المصلحة - بأن كان هذا
الزوج بهذا القدر أصلح وأكمل من غيره بأضعافه، أو لاضطرارها إلى الزوج
ولم يوجد إلا هذا بهذا القدر، أو غير ذلك - ففي تخييرها قولان^(٤) والمتّجه هنا
عدم الخيار، كما أنّ المتّجه هناك ثبوته.

وأما تزويجها بغير الكفو أو المعيب، فلا شبهة في ثبوت خيارها في أصل
العقد. وكذا القول في جانب الطفل، ولو اشتمل على الأمرين ثبت الخيار فيهما.
وعبارة الكتاب في إثبات أصل التخيير [فيهما]^(٥) مجملة تجري على جميع الأقوال.

(١) وهو للصميري في غاية المرام ٣: ٣١، وظاهر العلامة في الإرشاد ٢: ١٦.

(٢) أي لا في المهر ولا في العقد. وهو قول الشيخ في الخلاف ٤: ٣٩٢، المسألة ٣٧ من كتاب
الصدّاق، والمبسوط ٤: ٣١١.

(٣) لم نعثر على التفصيل.

(٤) القول بعدم التخيير للعلامة في الإرشاد ٢: ١٦. والقول بالتخيير هو ظاهر المحقّق في
الشرائع ٢: ٢٧٨، والعلامة في القواعد ٣: ١٥، كما أشير إليه في جامع المقاصد ١٢:
١٤٧، والمسالك ٧: ١٥٤.

(٥) لم يرد في المخطوطات.

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ عقد النكاح لو وقع فضولاً ﴾ من أحد الجانبين أو منهما ﴿ يقف على الإجازة من المعقود عليه ﴾ إن كان كاملاً ﴿ أو وليه ﴾ الذي له مباشرة العقد إن لم يكن ﴿ ولا يبطل ﴾ من أصله ﴿ على الأقرب ﴾ لما روي من أن جارية بكرة أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ (١) وروى محمد بن مسلم أنه سأل الباقر عليه السلام عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال : « النكاح جائز، إن شاء الزوج قبل، وإن شاء ترك » (٢) وحمل القبول على تجديد العقد خلاف الظاهر. وروى أبو عبيدة الحداد في الصحيح أنه سأل الباقر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين، فقال : « النكاح جائز، وأيهما أدرك كان له الخيار » (٣) وحمل الولي هنا على غير الأب والجد بقريته التخيير (٤) وغيرها من الأخبار (٥) وهي دالة على صحة النكاح موقوفاً وإن لم نقل به في غيره من العقود. ويدل على جواز البيع أيضاً حديث عروة البارقي في شراء الشاة (٦) ولا قائل باختصاص الحكم بهما، فإذا ثبت فيهما ثبت في سائر العقود.

(١) السنن الكبرى ٧ : ١١٧.

(٢) الوسائل ١٤ : ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٣.

(٣) الوسائل ١٧ : ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

(٤) حمله على ذلك في المختلف ٧ : ١٠٥.

(٥) الوسائل ١٧ : ٥٢٨، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٢.

(٦) السنن الكبرى ٦ : ١١٢، والمستدرک ١٣ : ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع

نعم، قيل باختصاصه بالنكاح^(١) وله وجه لو نوقش في حديث عروة.
وقيل بطلان عقد الفضولي مطلقاً^(٢) استناداً إلى أن العقد سبب الإباحة^(٣)
فلا يصح صدوره من غير معقود عنه أو وليه؛ لثلاً يلزم من صحته عدم سببته
بنفسه، وأن رضا المعقود عنه أو وليه شرط والشرط متقدم، وما روي من بطلان
النكاح بدون إذن الولي^(٤) وأن العقود الشرعية تحتاج إلى الأدلة وهي منفية.
والأول عين المتنازع فيه، والثاني ممنوع، والرواية عامية، والدليل
موجود.

﴿ السابعة ﴾ :

﴿ لا يجوز نكاح الأمة إلا بإذن مالِكها وإن كان ﴿ المالك ﴾ امرأة في
الدائم والمتعة ﴾ لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، ولقوله تعالى : (فانكحوهنَّ
بإذن أهلهنَّ)^(٥) ﴿ ورواية سيف ﴾ بن عميرة عن علي بن المغيرة قال : « سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة من غير إذنها فقال : لا بأس »^(٦)
﴿ منافية للأصل ﴾ وهو تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً،

(١) وهو المنسوب إلى ابن إدريس، انظر السرائر ٢ : ٢٧٤ - ٢٧٥، و ٥٦٤ - ٥٦٥.

(٢) نسبه في غاية المراد ٣ : ٣٧ إلى الشيخ حيث حكم ببطلان بيع الفضولي ونكاحه، أنظر
المبسوط ٢ : ١٥٨، و ٤ : ١٦٣. وكما حكم فخر المحققين بالبطلان في الموضوعين، أنظر

الإيضاح ١ : ٤١٧، و ٣ : ٢٧ - ٢٨.

(٣) في (ف) و (ر) : للإباحة.

(٤) راجع الإيضاح ٣ : ٢٧ - ٢٨.

(٥) النساء : ٢٥.

(٦) الوسائل ١٤ : ٤٦٣، الباب ١٤ من أبواب المتعة، الحديث ٢.

فلا يعمل بها وإن كانت صحيحة، فلذلك أطرحها الأصحاب غير الشيخ في النهاية^(١) جرياً على قاعدته^(٢).

وإذا أذن المولى لعبده في التزويج فإن عيّن له مهراً تعيّن وليس له تخطّيه، وإن أطلق انصرف إلى مهر المثل ﴿ ولو زاد العبد المأذون ﴾ في المعين في الأوّل و ﴿ على مهر المثل ﴾ في الثاني ﴿ صح ﴾ للإذن في أصل النكاح، وهو يقتضي مهر المثل على المولى أو ما عيّنه ﴿ وكان الزائد في ذمته يتبع به بعد عتقه، ومهر المثل ﴾ أو المعين ﴿ على المولى ﴾ وكذا النفقة. وقيل: يجب ذلك في كسبه^(٣). والأقوى الأوّل؛ لأنّ الإذن في النكاح يقتضي الإذن في توابعه والمهر والنفقة من جملتها، والعبد لا يملك شيئاً فلا يجب عليه شيء؛ لامتناع التكليف بما لا يطاق، فيكون على المولى كسائر ديونه.

وأما الزوجة: فإن أطلقها تخيّر ما يليق به، وإن عيّن تعيّن، فلو تخطّأها كان فضولياً يقف على إجازة المولى.

﴿ ومن تحرّر بعضه ليس للمولى إجبارد على النكاح ﴾ مراعاةً لجانب الحرّية ﴿ ولا للمبعض الاستقلال ﴾ مراعاةً لجانب الرقيّة، بل يتوقّف نكاحه على رضاه وإذن المولى جمعاً بين الحقيّن.

﴿ الثامنة ﴾ :

﴿ لو زوج الفضولي الصغيرين فبلغ أحدهما وأجاز ﴾ العقد لزم من جهته، وبقي لزومه من جهة الآخر موقوفاً على بلوغه وإجازته، فلو أجاز الأوّل ﴿ ثمّ

(١) النهاية : ٤٩٠.

(٢) وهو العمل على الخبر الصحيح وإن كان مخالفاً للقواعد ولم يعمل به الأصحاب.

(٣) قاله الشيخ في المبسوط ٤ : ١٦٧ - ١٦٨، و ٦ : ٢٠.

مات ﴿ قبل بارغ الآخر عزل للصغير قسطه من ميراثه على تقدير إجازته ﴿ و ﴿ إذا ﴿ بلغ الآخر ﴿ بعد ذلك وفسخ فلا مهر ولا ميراث؛ لبطان العقد بالرد ﴿ و ﴿ إن ﴿ أجاز حلف على عدم سببية الإرث في الإجازة ﴿ بمعنى أن الباعث على الإجازة ليس هو الإرث، بل لو كان حياً لرضي بتزويجه ﴿ وورث ﴿ حين يحلف كذلك.

ومستند هذا التفصيل صحيحة أبي عبيدة الحذاء عن الباقر عليه السلام (١) وموردها الصغيران كما ذكر (٢).

ولو زوج أحد الصغيرين الولي أو كان أحدهما بالغاً رشيداً وزوج الآخر الفضولي فمات الأول عزل للثاني نصيبه وأحلف بعد بلوغه كذلك، وإن مات قبل ذلك بطل العقد. وهذا الحكم وإن لم يكن مورد النص، إلا أنه ثابت فيه بطريقتين أدليتين، نزوم العقد هنا من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى الثبوت مما هو جائز من الطرفين.

نعم لو كانا كبيرين وزوجهما الفضولي، ففي تعدّي الحكم إليهما نظر: من مساواته للمنصوص في كونه فضولياً من الجانبين ولا مدخل للصغر والكبر في ذلك، ومن ثبوت الحكم في الصغيرين على خلاف الأصل من حيث توقّف الإرث على اليمين وظهور التهمة في الإجازة، فيحكم فيما خرج عن المنصوص ببطان العقد متى مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته وقبل إجازة الآخر.

ويمكن إثبات الأولوية في البالغين بوجه آخر، وهو أن عقد الفضولي متى كان له مجيز في الحال فلا إشكال عند القائل بصحته في صحته. بخلاف ما إذا

(١) الوسائل ١٧ : ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

(٢) ذكره في الصفحة ١٧٥.

لم يكن له مجيز كذلك، فإنّ فيه خلافاً عند من يجوز عقد الفضولي^(١) فإذا ثبت الحكم في العقد الضعيف الذي لا مجيز له في الحال وهو عقد الصغيرين، فتعدّيه إلى الأقوى أولى.

ولو عرض للمجيز الثاني مانع عن اليمين كالجنون والسفر الضروري عُزل نصيبه إلى أن يحلف، ولو نكل عن اليمين فالأقوى أنّه لا يرث؛ لأنّ ثبوته بالنصّ والفتوى موقوف على الإجازة واليمين معاً، فينتفي بدون أحدهما.

وهل يثبت عليه المهر لو كان هو الزوج بمجرّد الإجازة من دون اليمين؟ وجهان: من أنّه مترتب على ثبوت النكاح ولم يثبت بدونها، ومن أنّ إجازته كالإقرار في حقّ نفسه بالنسبة إلى ما يتعلّق به كالمهر، وإنّما يتوقّف الإرث على اليمين لقيام التهمة وعود النفع إليه محضاً، فيثبت ما يعود عليه دون ما له، ولا بُعد في تبعض الحكم وإن تنافى الأصلان، وله نظائر كثيرة، وقد تقدّم منه^(٢) ما لو اختلفا في حصول النكاح، فإنّ مدّعيه يُحكم عليه بلوازم الزوجيّة دون المنكر ولا يثبت النكاح ظاهراً. وإطلاق النصّ^(٣) بتوقّف الإرث على حلفه لا ينافي ثبوت المهر عليه بدليل آخر. وهذا منّجه.

واعلم أنّ التهمة بطمعه في الميراث لا تأتي في جميع الموارد؛ إذ لو كان المتأخّر هو الزوج والمهر بقدر الميراث أو أزيد انتفت التهمة، وينبغي هنا عدم اليمين إن لم يتعلّق غرض بإثبات أعيان التركة بحيث يترجّح على ما يثبت عليه

(١) القول بعدم اشتراط المجيز في الحال للشهيد في الدروس ٣: ١٩٣، وللفاضل المقداد في

التنقيح الرائع ٢: ٢٦. والقول بالاشتراط للعلامة في القواعد ٢: ٩٩.

(٢) تقدّم في المسألة الثانية.

(٣) يعني صحيحة أبي عبيدة المتقدّمة في أوّل المسألة.

من الدين، أو يخاف امتناعه من أدائه أو هربه ونحو ذلك مما يوجب التهمة. ومع ذلك فالموجود في الرواية^(١): «موت الزوج وإجازة الزوجة وأنها تحلف بالله «ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتزويج» فهي غير منافية لما ذكرناه^(٢) ولكن فتوى الأصحاب مطلقة في إثبات اليمين.

﴿ التاسعة ﴾ :

﴿ لو زوّجها الأبوان ﴾ الأب والجدّ ﴿ برجلين واقترنا ﴾ في العقد بأن اتحد زمان القبول ﴿ قُدِّم عقد الجدّ ﴾ لا نعلم فيه خلافاً، وتدلّ عليه من الأخبار رواية عبيد بن زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل؟ فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوّجها قبله»^(٣) وعلّل مع ذلك بأن ولاية الجدّ أقوى؛ لثبوت ولايته على الأب على تقدير نقصه بجنون ونحوه، بخلاف العكس^(٤). وهذه العلة لو تمت لزم تعدّي الحكم إلى غير النكاح ولا يقولون به. والأجود قصره على محلّ الوفاق؛ لأنّه على خلاف الأصل حيث إنهما مشتركان في الولاية، ومثل هذه القوة لا تصلح مرجحاً.

(١) صحيحة أبي عبيدة.

(٢) من عدم اليمين على الزوج في صورة انتفاء التهمة.

(٣) هذه الرواية رواها عبيد في الموثّق [الوسائل ١٤ : ٢١٨، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢] ويشكل إثبات الحكم بمجردّه، إلا أنّها من المشاهير، إن لم يكن حكمها إجماعياً. (منه عليه السلام).

(٤) علّل به العلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٥٩٤.

وفي تعدّي الحكم إلى الجدّ مع جدّ الأب وهكذا صاعداً وجه، نظراً إلى العلة. والأقوى العدم؛ لخروجه عن موضع النصّ، واستوائهما في إطلاق الجدّ حقيقة والأب كذلك، أو مجازاً ﴿ وإن سبق ﴾ عقد ﴿ أحدهما صحّ عقده ﴾ لما ذكر من الخبر وغيره، ولأنّهما مشتركان في الولاية، فإذا سبق أحدهما وقع صحيحاً فامتنع الآخر.

﴿ ولو زوجها الأخوان برجلين فالعقد للسابق ﴾ منهما ﴿ إن كانا ﴾ أي الأخوان ﴿ وكيلين ﴾ لما ذكر في عقد الأبوين^(١) ﴿ وإلا ﴾ يكونا وكيلين ﴿ فلتتخير ﴾ المرأة ﴿ ما شاءت ﴾ منهما، كما لو عقد غيرهما فضولاً. ﴿ ويستحب ﴾ لها ﴿ إجازة عقد ﴾ الأخ ﴿ الأكبر ﴾ مع تساوي مختارهما في الكمال أو رجحان مختار الأكبر. ولو انعكس فالأولى ترجيح الأكمل ﴿ فإن اقترنا ﴾ في العقد قبولاً ﴿ بطلا ﴾ لاستحالة الترجيح والجمع ﴿ إن كان كلّ منهما وكياً ﴾ والقول بتقديم عقد الأكبر^(٢) هنا ضعيف؛ لضعف مستنده^(٣) ﴿ وإلا ﴾ يكونا وكيلين ﴿ صحّ عقد الوكيل منهما ﴾ لبطلان عقد الفضولي بمعارضة العقد الصحيح ﴿ ولو كانا فضوليين ﴾ والحال أنّ عقديهما اقتترنا ﴿ تخيرت ﴾ في إجازة ما شاءت منهما وإبطال الآخر أو إبطالهما.

(١) وهو ما تقدّم آنفاً من قوله: «لأنّهما مشتركان في الولاية...» والاشترار هنا في الوكالة.

(٢) وهو قول الشيخ وأتباعه، النهاية: ٤٦٦، والمهذب ٢: ١٩٥، والوسيلة: ٣٠٠.

(٣) الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٤. ووجه ضعفه: أنّ وليداً

المذكور فيها مجهول الحال وفي الرجال: الوليد بن صبيح ثقة وكونه يّاه غير معلوم. راجع

﴿ العاشرة ﴾ :

﴿ لا ولاية للأُم ﴾ على الولد مطلقاً ﴿ فلو زوّجته أو زوّجتها اعتبر رضاهما ﴾ بعد الكمال كالفضولي ﴿ فلو ادّعت الوكالة عن الابن ﴾ الكامل ﴿ وأنكر ﴾ بطل العقد و ﴿ غرمت ﴾ للزوجة ﴿ نصف المهر ﴾ لتفويتها عليها البضع وغرورها بدعوى الوكالة، مع أنّ الفرقة قبل الدخول.

وقيل : يلزمها جميع المهر^(١) لما ذكر، وإنّما ينتصف بالطلاق ولم يقع، ولرواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٢) ويشكل بأنّ البضع إنّما يضمن بالاستيفاء على بعض الوجوه^(٣) لا مطلقاً، والعقد لم يثبت فلم يثبت موجبُه.

والأقوى أنّه لا شيء على الوكيل مطلقاً إلاّ مع الضمان، فيلزمه ما ضمن. ويمكن حمل الرواية - لو سلّم سندها - عليه. وعلى هذا يتعدّى الحكم إلى غير الأُم. وبالعقائل بلزوم المهر فحكم به على الأُم وإن لم تدّع الوكالة، استناداً إلى ظاهر الرواية وهو بعيد. وقريب منه^(٤) حملها على دعواها الوكالة، فإنّ مجرد ذلك لا يصلح لثبوت المهر في ذمّة الوكيل.

(١) قاله الشيخ في النهاية : ٤٦٨، والقاضي في المهذب ٢ : ١٩٦، والكيدري في الإصباح : ٤٠٧.

(٢) الوسائل ١٤ : ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٣.

(٣) وهو العقد عليها أو طء الشبهة (هامش ر).

(٤) في البعد.

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في المحرّمات ﴾ بالنسب والرضاع

وغيرهما من الأسباب ﴿ وتوابعها ﴾

﴿ يحرم ﴾ على الذكر ﴿ بالنسب ﴾ تسعة أصناف من الإناث : ﴿ الأمّ وإن علّت ﴾ وهي كلّ امرأة ولّدته أو انتهى نسبه إليها من العلو بالولادة لأبٍ كانت أمّ لأمّ. ﴿ والبنت وبنّتها ﴾ وإن نزلت ﴿ وبنّت الابن فنازلاً ﴾ وضابطهما : من ينتهي إليه نسبه بالتولّد ولو بوسائط .

﴿ والأخت وبنّتها فنازلاً ﴾ وهي كلّ امرأة ولّدها أبواه أو أحدهما، أو انتهى نسبها إليهما أو إلى أحدهما بالتولّد ﴿ وبنّت الأخ ﴾ وإن نزلت ﴿ كذلك ﴾ لأبٍ كانت أمّ لأمّ أمّ لهما .

﴿ والعمة ﴾ وهي كلّ أنثى هي أخت ذكر ولّده بواسطة أو غيرها من جهة الأب أو الأمّ أو منهما ﴿ والخالة فصاعداً ﴾ فيهما، وهي كلّ أنثى هي أخت أنثى ولّدته بواسطة أو بغير واسطة . وقد يكون من جهة الأب كأخت أمّ الأب . والمراد بالصاعد فيهما : عمّة الأب والأمّ وخالتهما، وعمّة الجدّ والجدة وخالتهما، وهكذا... لا عمّة العمّة وخالة الخالة، فإنّهما قد لا تكونان محرّمتين .

ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل بالقياس .

وضابط المحرّمات الجامع لها : أنّه يحرم على الإنسان كلّ قريب عداً أو لاد

العمومة والخوولة .

﴿ ويحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب ﴾ فأَمَك من الرضاعة هي كل امرأة أرضعتك أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى وإن علا، كمرضعة أحد أبويك أو أجدادك أو جدّاتك. وأختها خالتك من الرضاعة، وأخوها خالك، وأبوها جدك. كما أن ابن مرضعتك أخ، وبننتها أخت، إلى آخر أحكام النسب.

والبنت من الرضاع: كل أنثى رضعت من لبنك أو لبن من وُلدته أو أرضعتها امرأة وُلدتها، وكذا بناتها من النسب والرضاع.

والعمّات والخالات: أخوات الفحل والمرضعة، وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع؛ وكذا كل امرأة أرضعتها واحدة من جدّاتك، أو أرضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب والرضاع.

وبنات الأخ وبنات الأخت: بنات أولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب، وكذا كل أنثى أرضعتها أختك وبننت أخيك^(١) وبنات كل ذكر أرضعته أمك أو ارتضع بلبن أبيك.

وإنما يحرم الرضاع ﴿ بشرط كونه عن نكاح ﴾ دواماً ومتعة، وملك يمين، وشبهة على أصحّ القولين^(٢) مع ثبوتها من الطرفين، وإلا ثبت الحكم في حق من ثبت له النسب. ولا فرق في اللبن الخالي عن النكاح بين كونه من صغيرة وكبيرة، بكر وثيب، ذات بعل وخليّة.

(١) في (ر): بنت أختك.

(٢) اختار ذلك المحقق في الشرائع ٢: ٢٨٢. وأمّا القول بعدم نشر الحرمة من اللبن الحاصل من وطء الشبهة فلم نعثر على القائل به جزءاً. نعم تردّد فيه ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٥٢، بل مال إلى العدم.

ويعتبر مع صحّة النكاح صدور اللبن عن ذات حمل أو ولد بالنكاح المذكور، فلا عبرة بلبن الخالية منهما وإن كانت منكوحة نكاحاً صحيحاً، حتّى لو طلق الزوج وهي حامل منه أو مرضع فأرضعت ولداً نشر الحرمة، كما لو كانت في حباله وإن تزوّجت بغيره.

والأقوى اعتبار حياة المرضعة، فلو ماتت في أثناء الرضاع فأكمل النصاب ميتةً لم ينشر وإن تناوله إطلاق العبارة وصدق عليه اسم «الرضاع» حملاً على المعهود المتعارف وهو إرضاع الحيّة، ودلالة الأدلّة اللفظيّة على الإرضاع بالاختيار، كقوله تعالى: (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم)^(١) واستصحاباً لبقاء الحلّ.

﴿ وأن ينبت اللحم أو يشدّ العظم ﴾ والمرجع فيهما إلى قول أهل الخبرة. ويشترط العدد والعدالة ليثبت به حكم التحريم، بخلاف خبرهم في مثل المرض المبيح للفطر والتميم، فإنّ المرجع في ذلك إلى الظنّ وهو يحصل بالواحد. والموجود في النصوص^(٢) والفتاوى^(٣) اعتبار الوصفين معاً، وهنا اكتفى بأحدهما، ولعلّه للتلازم عادةً. والأقوى اعتبار تحقّقهما معاً.

﴿ أو يتمّ يوماً وليلة ﴾ بحيث ترضع كلّما تقاضاه أو احتاج إليه عادة وإن لم يتمّ العدد ولم يحصل الوصف السابق. ولا فرق بين اليوم الطويل وغيره؛ لانجباره بالليلة أبداً.

(١) النساء: ٢٣.

(٢) منها ما في الوسائل ١٤: ٢٨٣ و ٢٨٦ - ٢٨٧، الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٢ و ١٤ و ١٩، و ٢٨٩، الباب ٣ من الأبواب، الحديث ٢، وغيرهما من الأبواب.

(٣) كما في الشرائع ٢: ٢٨٢، والقواعد ٣: ٢٢.

وهل يكفي الملقق منهما لو ابتداء في أثناء أحدهما؟ نظر، من الشك في صدق الشرط، وتحقق المعنى.

﴿ أو خمس عشرة رضعة ﴾ تامة متوالية؛ لرواية زياد بن سوقة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حدّ يؤخذ به؟ فقال: «لا يُحرّم الرضاع أقلّ من يوم وليلة، أو خمس عشرة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل [بينها] ^(١) برضعة امرأة غيرها» ^(٢) وفي معناها أخبار أخر ^(٣).

﴿ والأقرب النشربالعشر ﴾ وعليه المعظم ^(٤) لعموم قوله تعالى: (وأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ) ^(٥) ونظائره من العمومات ^(٦) المخصّصة بما دون العشر قطعاً، فيبقى الباقي، ولصحيحة الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام [قال] ^(٧): «لا يحرم من الرضاع إلاّ المجبور» ^(٨) قال: قلت: وما المجبور ^(٩)؟ قال: أمّ تربّي، أو ظئر

(١) في المخطوطات: بينهم.

(٢) الوسائل ١٤: ٢٨٣، الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث الأوّل.

(٣) منها ما في الوسائل ١٤: ٢٨٦، الباب ٢ من الأبواب، الحديث ١٤.

(٤) مثل المفيد في المقتنة: ٥٠٢، والحلبي في الكافي: ٢٨٥، والديلمي في المراسم: ١٥١،

والقاضي في المهذب ٢: ١٩٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٠١، واختاره العلامة ونسبه إلى

العماني أيضاً في المختلف ٧: ٥ و ٧.

(٥) النساء: ٢٣.

(٦) مثل: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». أنظر الوسائل ١٤: ٢٨٠، الباب الأوّل

من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(٧) لم يرد في المخطوطات.

(٨) و (٩) في (ش): المخبور - بالخاء - طبقاً لما في الوسائل، وفي التهذيب بالجيم مثل

ما أثبتناه.

تُستأجر، أو أمة تُشتري، ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبيّ وبنام»^(١) ولأنّ العشر تنبت اللحم؛ لصحيحة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام إلى أن قال: «قلت: وما الذي ينبت اللحم والدم؟ فقال: كان يقال: عشر رضعات»^(٢) والأخبار المصرّحة بالخمس عشرة ضعيفة السند أو قريبة منه^(٣).

وفيه نظر؛ لمنع صحّة الخبر الدالّ على العشر فإنّ في طريقه «محمّد بن سنان» وهو ضعيف على أصحّ القولين وأشهرهما^(٤) وأمّا صحيحة عبيد فنسب العشر إلى غيره مشعراً بعدم اختياره، وفي آخره ما يدلّ على ذلك، فإنّ السائل لما فهم منه عدم إرادته قال له: فهل تحرّم عشر رضعات؟ فقال: «دع ذا» وقال: «ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع» فلو كان حكم العشر حقّاً لما نسب عليه السلام إلى غيره، بل كان يحكم به من غير نسبة. وإعراضه عليه السلام ثانياً عن الجواب إلى غيره مشعراً بالتقيّة وعدم التحريم بالعشر، فسقط الاحتجاج من الجانبين. وبقي صحيحة عبد الله بن رثاب عن الصادق عليه السلام قال: «قلت: ما يحرم من

(١) قد حصل الخلط بين حديثين: أحدهما عن الباقر عليه السلام، والآخر عن الصادق عليه السلام على نقل التهذيب، راجع الوسائل ١٤: ٢٨٤ - ٢٨٥، الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١١ و٧.

(٢) الوسائل ١٤: ٢٨٧، الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١٨.

(٣) أشار بالضعيف إلى الأوّل [رواية زياد بن سوقة] وبالقريب منه إلى غيره؛ فإنّ فيه خبرين آخرين من الموثق. (منه عليه السلام). وقال الشارح في وجه ضعف الأوّل: إنّ في طريقها عمّار بن موسى وحاله في الفطحية معلوم. المسالك ٧: ٢٢١.

(٤) ذهب إليه النجاشي في رجاله: ٣٢٨، الرقم ٨٨٨، والشيخ في الفهرست: ٤٠٦، الرقم ٦٢٠، وعدّه العلامة في رجاله: ٢٥١، الرقم ١٧ من الضعفاء. لكنّ المفيد عدّه من الثقات ورجّح العلامة العمل بروايته، راجع الإرشاد ٢: ٢٤٨، والمختلف ٧: ٨.

لرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم وشدّ العظم. قلت: فتحرمّ عشر رضعات؟ قال: لا؛ لأنّها لا تنبت اللحم ولا تشدّ العظم عشر رضعات»^(١) فانتفت العشر بهذا الخبر، فلم يبق إلا القول بالخمس عشرة وإن لم يُذكر؛ إذ لا واسطة بينهما. وبهذا يُخصّ عموم الأدلّة أيضاً، ويضعّف قول ابن الجنيد بالاكْتفاء بما وقع عليه اسم الرضعة نظراً إلى العموم حيث أطرّح الأخبار من الجانبين^(٢) وما أوردناه من الخبر الصحيح^(٣) حجة عليه. وتبقى الأخبار المثبتة للخمس عشرة والنافية للعشرة^(٤) من غيره^(٥) شاهدة وعاضدة له^(٦) وهي كثيرة.

﴿ وأن يكون المرتضع في الحولين ﴾ فلا عبرة برضاعه بعدهما وإن كان جائزاً كالشهر والشهرين معهما. والحولان معتبران في المرتضع دون ولد المرضعة، فلو كمل حولاً ولدها ثم أرضعت بلبنه غيره نشر في أصحّ القولين^(٧) ولا فرق بين أن ينظم المرتضع قبل الرضاع في الحولين وعدمه. والمعتبر في الحولين الهاليتية، ولو انكسر الشهر الأوّل أكمل بعد الأخير ثلاثين كغيره من الآجال.

﴿ وأن لا يفصل ﴾ بين الرضعات في الأحوال الثلاثة ﴿ برضاع أخرى ﴾

(١) انوسائل ١٤ : ٢٨٣، الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٢.

(٢) نقله عنه في المختلف ٧ : ٦.

(٣) المروي عن ابن رثاب.

(٤) في سوى (ش) : للعشر.

(٥) و (٦) الظاهر رجوع الضمير إلى «الخبر الصحيح».

(٧) اختاره ابن إدريس في السرائر ٢ : ٥١٩، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٢٨٣، والعلامة في

القواعد ٣ : ٢٣، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢ : ٢٢٢. والقول باشتراط الحولين

للحلب في الكافي : ٢٨٥، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٠١، وابن زهرة في الغنية : ٣٣٥.

وإن لم يكن رضعة كاملة .

ولا عبرة بتخلل غير الرضاع من المأكول والمشروب وشرب اللبن من غير الثدي ونحوه، وإنما يقطع اتصال الرضعات إرضاع غيرها من الثدي. وصرح العلامة في القواعد بالاكْتفاء في الفصل (١) بأقل من رضعة كاملة (٢) من غير تردد، وفي التذكرة بأن الفصل لا يتحقق إلا برضعة تامة وأن الناقصة بحكم المأكول وغيره والرواية مطلقة في اعتبار كونها من امرأة واحدة، قال الباقر عليه السلام : « لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد » (٤) ولعل دلالتها على الاكْتفاء بفصل مسمي الرضاع أكثر.

﴿ وأن يكون اللبن لفحل واحد، فلو أرضعت المرأة جماعة ﴾ ذكوراً وإناثاً
 ﴿ بلبن فحلين ﴾ فصاعداً بحيث لم يجتمع ذكر وأنتى منهم على رضاع لبن فحل واحد، بأن أرضعت جماعة ذكوراً بلبن واحدٍ ثم جماعة إناثاً بلبن فحل آخر، أو أرضعت صبيّاً بلبن فحل ثم أنتى بلبن فحل آخر ثم ذكراً بلبن ثالث ثم أنتى بلبن رابع، وهكذا... ﴿ لم يحرم بعضهم على بعض ﴾ ولو اتحد فحل اثنين منهم تحقّق التحريم فيهما دون الباقيين، كما لو أرضعت ذكراً وأنتى بلبن فحل ثم ذكراً آخر وأنتى بلبن فحل آخر، وهكذا... فإنه يحرم كل أنتى رضعت مع ذكرها من لبن فحل واحد عليه، ولا يحرم على الذكر الآخر. والعبارة لا تنفي بذلك، ولكن المراد منها حاصل.

ولا فرق مع اتحاد الفحل بين أن تتحد المرضعة - كما ذكر - أو تتعدّد بحيث

(١) في (ع) : بالفصل .

(٢) القواعد ٣ : ٢٣ .

(٣) التذكرة (الحجرية) ٢ : ٦٢٠ .

(٤) الوسائل ١٤ : ٢٨٣ ، الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث الأول .

يرتضع أحدهما من إحداهما كمال النصاب والآخر من الأخرى كذلك وإن تعدد نفلن مئة كالمنكوحات بالمتعة أو بملك اليمين .

وعلى اعتبار اتحاد الفحل معظم الأصحاب^(١) وجملة من الأخبار، وقد تقدّم بعضها .

﴿ وقال ﴾ أبو علي ﴿ الطبرسي صاحب التفسير رحمة الله عليه ﴾ فيه : لا يشترط اتحاد الفحل بل يكفي اتحاد المرضعة؛ لأنّه ﴿ يكون بينهم ﴾ مع اتحادها ﴿ أخوة الأم ﴾ وإن تعدد الفحل ﴿ وهي تحرّم التناكح ﴾ بالنسب، والرضاع يحرم منه ما يحرم بالنسب^(٢) وهو متّجه لولا ورود النصوص عن أهل البيت عليهم السلام بخلافه^(٣) وهي مخصّصة لما دلّ بعمومه على اتحاد الرضاع والنسب في حكم التحريم .

﴿ ويستحب ﴾ في الاسترضاع ﴿ اختيار ﴾ المرضعة ﴿ العاقلة المسلمة العفيفة الوضيئة ﴾ الحسنة ﴿ للرضاع ﴾ لأنّ الرضاع مؤثّر في الطباع والأخلاق والصّور، قال النبي صلى الله عليه وآله : «أنا أفصح العرب، بيد أنّي من قريش ونشأت في بني سعد وارتضعت من بني زهرة»^(٤) وكانت هذه القبائل أفصح العرب، فافتخر صلى الله عليه وآله

(١) مثل المحقّق في الشرائع ٢ : ٢٨٤، والعلامة في القواعد ٣ : ٢٣، والإرشاد ٢ : ٢٠، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣ : ٥٠، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢ : ٢٢٣ - ٢٢٤، ونسبه في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٦٢١ إلى علمائنا أجمع .

(٢) مجمع البيان ٢ : ٢٨ .

(٣) راجع الوسائل ١٤ : ٢٩٣، الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(٤) تلخيص الحبير ٤ : ٦، الرقم ١٦٥٨، وفيه : أنّ هذا اللفظ مقلوب؛ فإنّه نشأ في بني زهرة وارتضع في بني سعد . وفي غريب الحديث ١ : ١٤٠ . والاختصاص : ١٨٧، وفردوس الأخبار ١ : ٧٤، الرقم ١٠٠ ما يقرب من ذلك .

بالرضاع كما افتخر بالنسب. وقال أمير المؤمنين عليه السلام: «أنظروا من يرضع أولادكم، فإن اللبن يشبّ عليه»^(١) وقال الباقر عليه السلام: «عليكم بالوضاء من الظّورة فإن اللبن يُعدي»^(٢) وقال عليه السلام لمحمد بن مروان: «استرضع لولدك بلبن الحسان، وإيتاك والقياح، فإن اللبن قد يُعدي»^(٣).

﴿ ويجوز استرضاع الذمّية عند الضرورة ﴾ من غير كراهة، ويكره بدونها. ويظهر من العبارة -كعبارة كثير- التّبريم من دونها. والأخبار^(٤) دالة على الأوّل. ﴿ ويمنعها ﴾ زمن الرضاعة ﴿ من أكل الخنزير وشرب الخمر ﴾ على وجه الاستحقاق إن كانت أمته أو مستأجرته وشرط عليها ذلك، وإلاّ توصل إليه بالرفق ﴿ ويكره تسليم الولد إليها لتحمله إلى منزلها ﴾ لأنّها ليست مأمونة عليه ﴿ والمجوسية أشدّ كراهة ﴾ أن تُسترضع؛ للنهي عنها في بعض الأخبار المحمول على الكراهة جمعاً، قال عبد الله بن هلال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مظاهرة المجوس، فقال: لا، ولكن أهل الكتاب»^(٥).

﴿ ويكره أن تُسترضع من ولادتها ﴾ التي يصدر عنها اللبن ﴿ عن زنا ﴾ قال الباقر عليه السلام: «لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية أحبّ إليّ من ولد الزنا» والمراد به ما ذكرناه؛ لأنّه قال بعد ذلك: «وكان لا يرى بأساً بولد الزنا إذا جعل مولى الجارية الذي فجر بالمرأة في حلّ»^(٦).

(١) الوسائل ١٥ : ١٨٨، الباب ٧٨ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل، وفيه: «فإنّ الولد».

(٢) و (٣) الوسائل ١٥ : ١٨٩، الباب ٧٩ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢ و ١.

(٤) أنظر الوسائل ١٥ : ١٨٥، الباب ٧٦ من أبواب أحكام الأولاد.

(٥) الوسائل ١٥ : ١٨٦، الباب ٧٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٣.

(٦) المصدر السابق : ١٨٤، الباب ٧٥ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢.

وكذا يكره استرضاع ذات البدعة في دينها والتشويه في خلقها والحمقاء، قال النبي ﷺ: «لا تسترضعوا الحمقاء، فإنّ الولد يُشبّ عليه»^(١) وقال أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام: «لا تسترضعوا الحمقاء، فإنّ اللبن يغلب الطباع»^(٢).
 ﴿ وإذا كملت الشرائط ﴾ المعتبرة في التحريم ﴿ صارت المرضعة أمّاً ﴾
 للرضيع ﴿ والفحل ﴾ صاحب اللبن ﴿ أباً، وإخوتهما أعماماً وأخوالاً، وأولادهما إخوة، وآبأؤهما أجداداً فلا ينكح أبو المرتضع* في أولاد صاحب اللبن ولادةً ورضاعاً ﴾ لأنّهم صاروا إخوة ولده، وإخوة الولد محرّمون على الأب، ولذلك عطف المصنّف التحريم بالفاء، ليكون تفريراً على ما ذكر. والأخبار الصحيحة مصرّحة بالتحريم هنا، وأنّهم بمنزلة ولده^(٣).

وقيل: لا يحرم من عليه مطلقاً؛ لأنّ أخت الابن النسيب إذا لم تكن بنتاً إنّما حرمت لأنّها بنت الزوجة المدخول بها، فتحريمها بسبب الدخول بأُمّها وهو منتفٍ هنا؛ ولأنّ النصّ إنّما ورد بأنّه «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٤) لا «ما يحرم من المصاهرة» وأخت الولد إذا لم تكن ولداً إنّما تحرم بالمصاهرة^(٥)

(١) الوسائل ١٥ : ١٨٨، الباب ٧٨ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٣، وفيه: فإنّ اللبن يشبّ عليه.

(٢) الوسائل ١٥ : ١٨٨، الباب ٧٨ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٣.

(٣) في (س) ونسخة (ع) من الشرح: «أب المرتضع».

(٤) الوسائل ١٤ : ٢٥٣، الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١٠ و ٣٠٦ - ٣٠٧.

الباب ١٦ من الأبواب، الحديث ١ و ٢.

(٥) الوسائل ١٤ : ٢٨٠ - ٢٨٢، الباب الأوّل من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(٥) قاله الشيخ في المبسوط ٥ : ٣٠٥، وانظر الصفحة ٢٩٢.

وهو حسن لولا معارضة النصوص الصحيحة، فالقول بالتحريم أحسن.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ ينكح أبو المرتضع ﴿ في أولاد المرضعة ولادة ﴾
 لصحيحة عبد الله بن جعفر، قال: « كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أن امرأة أرضعت
 ولدًا لرجل هل يحلّ لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه [المرضعة] ^(١) أم لا؟ فوقع:
 لا تحلّ له ^(٢) ومثلها صحيحة أيوب بن نوح وفيها « لأنّ وُلدها صارت بمنزلة
 وُلده ^(٣) » و يترتب على ذلك تحريم زوجة أبي المرتضع عليه لو أرضعته جدّته
 لأُمّه، سواء كان بلبن جدّه أم غيره؛ لأنّ الزوجة حينئذٍ من جملة أولاد صاحب
 اللبن إن كان جدًّا، ومن جملة أولاد المرضعة نسباً إن لم يكن، فلا يجوز لأبي
 المرتضع نكاحها لاحقاً كما لا يجوز سابقاً، بمعنى أنّه يمنعه سابقاً ويطلبه لاحقاً.
 وكذا لو أرضعت الولدَ بعضُ نساء جدّه لأُمّه بلبنه وإن لم تكن جدّة للرضيع؛
 لأنّ زوجة أب الرضيع حينئذٍ من جملة أولاد صاحب اللبن ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾
 يجوز له نكاح أولادها ﴿ رضاعاً على قول الطبرسي ﴾ ^(٤) لأنّهم بمنزلة إخوة
 أولاده من الأمّ وقد تقدّم ضعفه ^(٥) لما عرفت من أنّ التحريم مشروط باتحاد الفحل
 وهو منفيّ هنا.

﴿ وينكح إخوة المرتضع نسباً في إخوته رضاعاً ﴾ إذ لا أخوة بينهم وإنما
 هم إخوة أخيهم وإخوة الأخ إذا لم يكونوا إخوة لا يحرمون على إخوته، كالأخ
 من الأب إذا كان له أخت من الأمّ، فإنّها لا تحرم على أخيه؛ لانتفاء القرابة بينهما.

(١) في المخطوطات بدل «المرضعة»: المرأة.

(٢) و (٣) الوسائل ١٤: ٣٠٦-٣٠٧، الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١ و ٢.

(٤) مجمع البيان ٢: ٢٨-٢٩.

(٥) راجع الصفحة ١٩٠.

﴿ وقيل ﴾ والفاضل الشيخ ﴿ بالمنع ﴾^(١) لدلالة تعليل التحريم على أب المرتضع في المسألة السابقة بـ «أنهن بمنزلة ولده» عليه^(٢)، ولأن أخت الأخ من النسب محرمة، فكذا من الرضاع.

ويُضَعَّف بمنع وجود العلة هنا؛ لأن كونهن بمنزلة أولاد أب المرتضع غير موجود هنا وإن وجد ما يجري مجراها، وقد عرفت فساد الأخير.

﴿ ولو لحق الرضاعُ العقدَ حرّم كالسابق ﴾ فلو أرضعت أمه أو من يحرم النكاح بإرضاعه كأخته وزوجة أبيه وابنه وأخيه بلبنهم زوجته فسد النكاح. ولو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما حُرِّمَتَا أبداً مع الدخول بالكبيرة، وإلا الكبيرة، وينفسخ نكاح الجميع مطلقاً.

﴿ ولا تقبل الشهادة به إلا مفصلة ﴾ فلا تكفي الشهادة بحصول الرضاع المحرّم مطلقاً؛ للاختلاف في شرائطه كقيّة وكميّة، وجاز^(٣) أن يكون مذهب الشاهد مخالفاً لمذهب الحاكم فيشهد بتحريم ما لا يُحرّمه. ولو عُلم موافقة رأي الشاهد لرأي الحاكم في جميع الشرائط فالمتّجه الاكتفاء بالإطلاق، إلا أن الأصحاب أطلقوا القول بعدم صحّتها إلا مفصلة^(٤) فيشهد الشاهدان بأن فلاناً

(١) الخلاف ٤ : ٣٠٢، مسألة ٧٣ من النكاح، والنهاية : ٤٦٢، والمبسوط ٥ : ٢٩٢.

(٢) هذا القول اختاره المصنّف في بعض تحقيقاته، واحتجّ له بما ذكرناه من فحوى الرواية السابقة [صحيحة أيوب بن نوح] فإنّها تدلّ على أنّهم صاروا أولاد أبيهم، وذلك يمنع من كونهم إخوة الأخ بل أخوه، وقد عرفت جوابه. (منه ﷺ).

(٣) في سوى (ع) : فجاز.

(٤) مثل الشيخ في المبسوط ٥ : ٣١٢، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٢٨٦، والعلامة في القواعد ٣ : ٢٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢ : ٢٦٧.

ارتضع من فلانة من الثدي من لبن الولادة خمس عشرة رضة تامّات في الحولين، من غير أن يفصل بينها برضاع امرأةٍ أخرى.
وبالجملة، فلا بدّ من التعرّض لجميع الشرائط، ولا يشترط التعرّض لوصول اللبن إلى الجوف على الأقوى.

ويشترط في صحّة شهادته به أن يعرف المرأة في تلك الحال ذات لبن، وأن يشاهد الولد قد التقم الثدي، وأن يكون مكشوفاً؛ لئلا يلتقم غير الحلمة، وأن يشاهد امتصاصه له وتحريك شفثيه والتجرّع، وحركة الحلق على وجه يحصل له القطع به. ولا يكفي حكاية القرائن وإن كانت هي السبب في علمه، كأن يقول: رأيتَه قد التقم الثدي وحلقه يتحرّك...؛ لأنّ حكاية ذلك لا تعدّ شهادة وإن كان علمه مترتباً عليها، بل لا بدّ من التلقّظ بما يقتضيه عند الحاكم. ولو كانت الشهادة على الإقرار به قبلت مطلقة؛ لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وإن أمكن استناد المقرّ إلى ما لا يحصل به التحريم عند الحاكم، بخلاف الشهادة على عينه.

﴿وتحرم بالمصاهرة﴾ وهي علاقة تحدث بين الزوجين وأقرباء كلّ منهما بسبب النكاح توجب الحرمة. ويلحق بالنكاح: الوطء، والنظر، واللمس على وجه مخصوص. وهذا هو المعروف من معناها لغةً وعرفاً، فلا يحتاج إلى إضافة وطء الأمة، والشبهة، والزنا ونحوه إليها وإن أوجب حرمة على بعض الوجوه؛ إذ ذاك ليس من حيث المصاهرة، بل من جهة ذلك الوطء، وإن جرت العادة بإلحاقه بها في بابها ﴿زوجة كلّ من الأب فصاعداً﴾ كالجدّ وإن علا من الطرفين ﴿والابن فنازلاً﴾ وإن كان للبنت - وأطلق عليه الابن مجازاً - ﴿على الآخر﴾ وإن لم يدخل بها الزوج؛ لعدم (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) ^(١) وقوله تعالى:

(وحلائل أبنائكم)^(١) والنكاح حقيقة في العقد على الأقوى، والحليلة حقيقة في المعقود عليها للابن قطعاً.

﴿ وأُمّ الموطوءة ﴾ حلالاً أو حراماً ﴿ وأُمّ المعقود عليها ﴾ وإن لم يدخل بها ﴿ فصاعداً ﴾ وهي جدّتها من الطرفين وإن علت.

﴿ وابنة الموطوءة ﴾ مطلقاً ﴿ فنازلاً ﴾ أي ابنة ابنها وابنتها وإن لم يطلق عليها «ابنة» حقيقة ﴿ لا ابنة المعقود عليها ﴾ من غير دخول، فلو فارقتها قبل الدخول حلّ له تزويج ابنتها، وهو موضع وفاق، والآية الكريمة صريحة في اشتراط الدخول في التحريم. وأمّا تحريم الأمّ وإن لم يدخل بالبنت فعليه المعظم، بل كاد يكون إجماعاً، وإطلاق قوله تعالى: (وأُمَّهَاتِ نِسَائِكُمْ)^(٢) يدلّ عليه. والوصف بعده بقوله تعالى: (من نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ)^(٣) لا حجة فيه، إمّا لوجوب عوده إلى الجملة الأخيرة كالاستثناء، أو لتعدّد حمله عليهما من جهة أنّ «من» تكون مع الأولى بيانيّة، ومع الثانية ابتدائيّة، والمشارك لا يُستعمل في معنييه معاً. وبه مع ذلك نصوص^(٤) إلّا أنّها معارضة بمثلها^(٥) ومن ثمّ ذهب ابن أبي عقيل إلى اشتراط الدخول بالبنت في تحريمها^(٦) كالعكس. والمذهب هو الأوّل.

(١) النساء: ٢٣.

(٢) و (٣) النساء: ٢٣.

(٤) الوسائل ١٤: ٣٥١-٣٥٢، الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٤ و ٥.

و ٣٥٥، الباب ٢٠ من الأبواب، الحديث ٢. و ٣٥٧، الحديث ٧.

(٥) المصدر السابق: ٣٥٤-٣٥٦، الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١ و ٣

و ٥ و ٦.

(٦) كما نُقل عنه في المختلف ٧: ٢٧، وغاية المرام ٣: ٤٩، وغيرهما.

﴿ أمّا الأخت ﴾ للزوجة ﴿ فتحرم جمعاً ﴾ بينها وبينها، فمتى فارق الأولى بموت أو فسخ أو طلاق بائن أو انقضت عدتها حلّت الأخرى ﴿ لا عيناً والعمّة والخالة ﴾ وإن علتا ﴿ يجمع بينهما* وبين ابنة أخيها أو أختها ﴾ وإن نزلتا ﴿ برضاء العمّة والخالة، لا بدونه ﴾ بإجماع أصحابنا، وأخبارنا متظافرة به^(١).

ثم إن تقدّم عقد العمّة والخالة توقّف العقد الثاني على إذنهما، فإن بادر بدونه ففي بطلانه أو وقوفه على رضاهما فإن فسختاه بطل أو تخيرهما^(٢) فيه وفي عقدهما، أوجه أوسطها الأوسط. وإن تقدّم عقد بنت الأخ أو الأخت وعلمت العمّة والخالة بالحال فرضاهما بعقدتهما رضاً بالجمع، وإلا ففي تخيرهما^(٣) في فسخ عقد أنفسهما أو فيه وفي عقد السابقة أو بطلان عقدهما، أوجه أجودها^(٤) الأوّل.

وهل يلحق الجمع بينهما بالوطء في ملك اليمين بذلك؟ وجهان. وكذا لو ملك إحداهما وعقد على الأخرى. ويمكن شمول العبارة لاتّحاد الحكم في الجميع.

﴿ وحكم ﴾ وطف ﴿ الشبهة والزنا السابق على العقد حكم الصحيح في المصاهرة ﴾ فتحرم الموطوءة بهما على أبيه وابنه، وعليه أمّها وبناتها، إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة.

ولو تأخّر الوطف فيهما عن العقد أو^(٥) الملك لم تحرم المعقود عليها

(*) في (ق) : بينهما.

(١) أنظر الوسائل ١٤ : ٣٧٥، الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(٢) في (ف) : تخيرهما.

(٣) في (ف) : تخيرهما.

(٤) في (ر) : أوجهها.

(٥) في (ع) : والملك.

والمملوكة. هذا هو الأصح فيهما^(١) وبه يجمع بين الأخبار الدالة على المنع مطلقاً^(٢) وعلى عدمه كذلك^(٣).

﴿ وتكره مملوسة الابن ومنظورته ﴾ على وجه لا تحلّ لغير مالك الوطاء بعقد أو ملك ﴿ على الأب. وبالعكس ﴾ وهو منظورة الأب وملموسته ﴿ تحرم ﴾ على ابنه.

أما الأول: فلأنّ فيه جمعاً بين الأخبار التي دلّ بعضها على التحريم كصحيحة محمد بن بزيع^(٤) وغيرها^(٥) وبعضها على الإباحة كموثقة عليّ بن يقطين عن الكاظم عليه السلام بنفي البأس عن ذلك^(٦) بحمل النهي على الكراهة.

وأما الثاني - وهو تحريم منظورة الأب وملموسته على الابن - فلصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «إذا جرّد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحلّ لابنه»^(٧) ومفهومها الحلّ لأبيه، فإن عمل بالمفهوم، وإلا فبدلالة الأصل وما سبق^(٨) وفيه نظر؛ لأنّ صحيحة ابن بزيع دلّت على التحريم فيهما، ورواية ابن يقطين دلّت على نفيه فيهما، فإن وجب الجمع بينهما بالكراهة فالحكم في صحيحة محمد بن مسلم كذلك - وهذا هو الذي اختاره المصنّف في شرح

(١) في صورتني تقدّم الوطاء على العقد وتأخّره عنه.

(٢) الوسائل ١٤: ٣٢٢ - ٣٢٣، الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١ و ٢ و ٤.

(٣) المصدر السابق: ٣٢٤ - ٣٢٥، الحديث ٧ و ٩ - ١٢.

(٤) الوسائل ١٤: ٣١٧، الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث الأول.

(٥) مثل خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام، وانظر نفس المصدر: الحديث ٦.

(٦) الوسائل ١٤: ٥٨٥، الباب ٧٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

(٧) المصدر السابق: ٣١٨، الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٤.

(٨) بعني موثقة عليّ بن يقطين.

الإرشاد^(١) وجماعة^(٢) - أو يُعمل بالأولى ترجيحاً للصحيح على الموثق حيث يتعارضان أو مطلقاً، وتكون صحيحة محمد بن مسلم مؤيدة لأحد الطرفين. وهو الأظهر، فتحرم فيهما، فالنفصيل غير متوجّه.

وقيدنا النظر واللمس بكونهما لا يحلان لغيره؛ للاحتراز عن نظر مثل الوجه والكفّين بغير شهوة، فإنّه لا يُحرّم اتفاقاً. وأمّا اللمس فظاهر الأصحاب وصرّح به جماعة^(٣) منهم تحريمه فيهما مطلقاً فيتعلّق به الحكم مطلقاً^(٤).

نعم، يشترط كونهما بشهوة، كما ورد في الأخبار^(٥) وصرّح به

(١) غاية المراد ٣: ١٥٨ - ١٦١.

(٢) مثل ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٢٨، والمحقّق في الشرائع ٣: ٢٨٩، والمختصر النافع: ١٧٧، والعلامة في القواعد ٣: ٣٠، والإرشاد ٢: ٢١ - ٢٢، والصيمري في غاية المرام ٣: ٥٤.

(٣) ممّن صرّح به العلامة في التذكرة ((الحجريّة) ٢: ٥٧٥) فإنّه قال فيها: لا يجوز مسّ وجه الأمة وإن جوّزنا النظر إليه وتصافحها من وراء الثياب، ويظهر من القواعد [٣: ٣٠] والتحرير [٣: ٤٦٢] جواز لمس كفّها بغير شهوة والمنع أقوى. والفرق بين اللمس والنظر واضح، وقد صرّح المجوّزون النظر إلى وجه الأجنبية وكفّيها لعدم جواز لمسها، وأدعى فخر المحقّقين في الشرح عليه الإجماع [الإيضاح ٣: ٩] ولأنّه أقوى في التلذّذ والاستمتاع من النظر وأغرب المقداد في التنقيح [٣: ٧٣] فخصّ موضع النزاع بنظر الفرج ولمسه خاصّة والنصوص والفتوى مصرّحة بالعموم وحينئذٍ فيتحرّر لهم في المسألة ثلاث عبارات يترتّب عليها ثلاثة أقوال: الأوّل: عموم النظر واللمس مع استثناء ما وقع منهما في الكفّين ونحوهما، الثاني: كذلك مع استثناء النظر خاصّة، الثالث: تخصيصها بالفرج. (منه ﷺ).

(٤) من غير تقييد بكونه على وجه لا يحلّ لغير المالك. (هامش ر).

(٥) أنظر الوسائل ١٤: ٣١٧ - ٣١٨، الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١ و ٦.

الأصحاب^(١) فلا عبرة بالنظر المتفق، ولمس الطيب، ونحوهما، وإن كانت العبارة مطلقة. هذا حكم المنظورة والملموسة بالنسبة إليهما.

وهل يتعدى التحريم إلى أمها وابتنتها^(٢) في حقّ الفاعل؟ قولان^(٣) مأخذهما: أصالة الحلّ واشتراط تحريم البنت بالدخول بالأمّ في الآية^(٤). ولا قائل بالفرق، وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام الدالة على التحريم. ويمكن الجمع بحمل النهي على الكراهة. وهو أولى.

واعلم أنّ الحكم مختصّ بنظر المملوكة على ذلك الوجه. وما ذكرناه من الروايات دالّ عليها.

وأما الحرّة: فإن كانت زوجة حرمت على الأب والابن بمجرد العقد، وإن كانت أجنبية ففي تحريمها قولان^(٥) ويظهر من العبارة الجزم به؛ لأنّه فرضها مطلقة، والأدلة لا تساعد عليه.

(١) مثل الشيخ في الخلاف ٤: ٣٠٨، المسألة ٨١ من النكاح، والمبسوط ٤: ٢٠٩، والعلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢: ٦٣٣، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣: ٧٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ٢٨٩، وغيرهم.

(٢) في (ر): أمّهما وابتنتها.

(٣) القول بالتحريم للإسكافي كما نقل عنه في المختلف ٧: ٤٧، وللشيخ في الخلاف ٤: ٣٠٨، المسألة ١٨. والقول بالعدم للعلامة في المختلف ٧: ٤٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ٢٩١، ونسبه إلى أكثر المتأخّرين.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) القول بالعدم للفخر في الإيضاح ٣: ٦٦، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣: ٧٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ٢٩٣. وأما القول بالتحريم فلم نعثر على القائل به، كما اعترف به الشارح في المسالك ٧: ٣٠٩.

﴿ مسائل عشرون ﴾

[الأولى]^(١) :

﴿ لو تزوّج الأمّ وابنتها في عقد ﴾ واحد ﴿ بطلا ﴾ للنهي عن العقد الجامع بينهما^(٢) واستحالة الترجيح؛ لاتّحاد نسبه إليهما ﴿ ولو جمع بين الأختين فكذلك ﴾ لاشتراكهما في ذلك.

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ^(٣) وجماعة منهم العلامة في المختلف^(٤) :
﴿ يتخير ﴾ واحدة منهما؛ لمرسلة جميل بن درّاج عن أحدهما عليه السلام : « في رجل تزوّج أختين في عقد واحد، قال : هو بالخيار أن يمك أيتهما شاء، ويخلّي سبيل الأخرى »^(٥) وهي مع إرسالها غير صريحة في ذلك؛ لإمكان إمساك إحداهما بعقد جديد.

ومثله ما لو جمع بين خمس في عقد أو بين اثنتين وعنده ثلاث، أو بالعكس، ونحوه. ويجوز الجمع بين الأختين في الملك، وكذا بين الأمّ وابنتها فيه، وإّما يحرم الجمع بينهما في النكاح وتوابعه من الاستمتاع.

﴿ ولو وطئ إحدى الأختين المملوكتين حرمت الأخرى حتّى تخرج الأولى

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) الوسائل ١٤ : ٣٥٨، الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٥.

(٣) النهاية : ٤٥٤.

(٤) المختلف ٧ : ٤٩، واختاره القاضي في المهذب ٢ : ١٨٤.

(٥) الوسائل ١٤ : ٣٦٨، الباب ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢.

عن ملكه ﴿ بيع أو هبة، أو غيرهما.

وهل يكفي مطلق العقد الناقل للملك أم يشترط لزومه، فلا يكفي البيع بخيار والهبة التي يجوز الرجوع فيها؟ وجهان: من إطلاق النصّ اشتراط خروج الأولى عن ملكه^(١) وهو حاصل بمطلقه، ومن أنّها مع تسلّطه على فسخه بحكم المملوكة.

ويُضعف بأنّ غاية التحريم إذا علّقت على مطلق الخروج لم يُشترط معها أمر آخر؛ لئلا يلزم جعل ما جعله الشارع غاية ليس بغاية. وقدرته على ردّها إلى ملكه لا تصلح للمنع؛ لأنّه بعد الإخراج اللازم متمكّن منه دائماً على بعض الوجوه بالشراء والاتّهاب، وغيرهما من العقود. فالإكتفاء بمطلق الناقل أجد.

وفي الإكتفاء بفعل ما يقتضي تحريمها عليه - كالتزويج والرهن والكتابة - وجهان، منشؤهما: حصول الغرض وهو تحريم الوطء، وانتفاء النقل الذي هو مورد النصّ^(٢) وهو الأقوى.

ولا فرق في تحريم الثانية بين وطء الأولى في القبل والدبر. وفي مقدّماته من اللمس والقُبلة والنظر بشهوة نظر من قيامها مقام الوطء كما سلف، وعدم صدق الوطء بها.

﴿ فلو وطئ الثانية فعل حراماً ﴾ مع علمه بالتحريم ﴿ ولم تحرم الأولى ﴾ لأنّ الحرام لا يُحرّم الحلال، والتحريم إنّما تعلّق بوطء الثانية فيستصحب، ولأصالة الإباحة.

وعلى هذا فمتى أخرج إحداهما عن ملكه حلّت الأخرى، سواء أخرجها

(١) و (٢) الوسائل ١٤ : ٣٧١، الباب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١ و ٢

للعود إليها أم لا، وإن لم يخرج إحداهما فالثانية محرمة دون الأولى .

وقيل : متى وطئ الثانية عالماً بالتحريم حرمت عليه الأولى أيضاً إلى أن تموت الثانية أو يُخرجها عن ملكه لا لغرض العود إلى الأولى، فإن اتفق إخراجها لا لذلك حلت له الأولى، وإن أخرجها ليرجع إلى الأولى فالتحريم باقٍ، وإن وطئ الثانية جاهلاً بالتحريم لم تحرم عليه الأولى^(١).

ومستند هذا التفصيل روايات بعضها صريح فيه وخالية عن المعارض، فالقول به متعين، وبه ينتفي ما علّوه في الأوّل^(٢).

ولو ملك أمّاً وبناتها ووطئ إحداهما حرمت الأخرى مؤبداً، فإن وطئ المحرمة عالماً حُدّ ولم تحرم الأولى، وإن كان جاهلاً قيل : حرمت الأولى أيضاً مؤبداً^(٣).

ويشكل بأنه حينئذٍ لا يخرج عن وطء الشبهة أو الزنا وكلاهما لا يحرم لاحقاً كما مر^(٤) وخروج الأخت عن الحكم للنص^(٥) وإلا كان اللازم منه عدم تحريم الأولى مطلقاً كما اختاره هنا .

(١) قيّد الشيخ [في النهاية : ٤٥٥] ومن تبعه [القاضي في المهذب ٢ : ١٨٥] وابن حمزة في الوسيلة : ٢٩٤ - ٢٩٥] عدم تحريم الأولى في صورة الجهالة بما إذا أخرج الثانية عن ملكه، والأخبار [الوسائل ١٤ : ٣٧١ - ٣٧٤]، الباب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة [مطلقة في حلّها . فهذا أطلقنا هنا الحكم بعدم تحريم الأولى . (منه)] .

(٢) يعني في القول الأوّل في المسألة، وهو قوله : لأنّ الحرام لا يحرم الحلال

(٣) لم نعر عليه في كتب أصحابنا، ونسبه في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٦٣٧ إلى الشافعية .

(٤) مرّ في الصفحة ١٩٧ .

(٥) المتقدم تخريجه في الرقم ١ .

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ لا يجوز أن يتزوج أمة على حرّة إلا بإذنها ﴾ وهو موضع وفاق ﴿ فلو فعل ﴾ بدون إذنها ﴿ وقف ﴾ العقد ﴿ على إجازتها ﴾ ولا يقع باطلاً؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقد^(١) وليس المانع هنا إلا عدم رضاها، وهو مجبور بإيقافه على إجازتها، كعقد الفضولي، ولرواية سماعة عن الصادق عليه السلام^(٢).

وقيل: يبطل^(٣) لحسنة الحلبي «من تزوج أمة على حرّة فنكاحه باطل»^(٤) ونحوه روى حذيفة بن منصور عنه عليه السلام «أنه يُعزّر اثني عشر سوطاً ونصفاً ثمن حدّ الزاني وهو صاغر»^(٥) وتأويل البطان بأنه آئل إليه على تقدير اعتراض الحرّة خلاف ظاهره. ورواية سماعة قاصرة عن معارضته.

وعلى البطان يُنزّل عقد الأمة منزلة المعدوم. وعلى إيقافه قيل: للحرّة فسخ عقدها أيضاً كالعمّة والخالة^(٦) وهو ضعف في ضعف.

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل ١٤: ٣٩٤، الباب ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٣.

(٣) نسبه في المسالك ٧: ٣٣١ إلى جماعة، منهم العماني والإسكافي، كما نقل عنهما العلامة في المختلف ٧: ٦٥، وذهب إليه ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٤٥، والمحقق في الشرائع ٢: ٢٩١، والمختصر النافع: ١٧٧، والآبي في كشف الرموز ٢: ١٤١، والفخر في الإيضاح ٣: ٩٠.

(٤) الوسائل ١٤: ٣٩٢، الباب ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث الأوّل.

(٥) الوسائل ١٤: ٢٩٤، الباب ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢ مع تفاوت في بعض الألفاظ.

(٦) قاله المفيد في المقنعة: ٥٠٦ - ٥٠٧، والشيخ في النهاية: ٤٥٩، والقاضي في المهذب ٢: ١٨٨، وسلار في المراسم: ١٥٢، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٤.

وجواز تزويج الأمة بإذن الحرّة^(١) المستفاد من الاستثناء مختصّ بالعبد، أو بمن يعجز عن وطء الحرّة دون الأمة ويخشى العنت^(٢) أو مبنّي على القول بجواز تزويج الأمة بدون الشرطين^(٣) وإن كان الأقوى خلافه، كما تبّه عليه بقوله:

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يجوز للحرّ ﴿ أن يتزوَّج الأمة مع قدرته على تزويج الحرّة ﴾ بأن يجد الحرّة ويقدر على مهرها ونفقتها ويمكنه وطؤها، وهو المعبرّ عنه بالطول ﴿ أو مع عجزه إذا لم يخش العنت ﴾ وهو لغةً: المشقّة الشديدة^(٤) وشرعاً: الضرر الشديد بتركه بحيث يخاف الوقوع في الزنا؛ لغلبة الشهوة وضعف التقوى.

وينبغي أن يكون الضرر الشديد وحده كافياً وإن قويت التقوى؛ للحرص أو الضرر المنفيين وأصالة عدم النقل.

وعلى اعتبار الشرطين ظاهر الآية^(٥) وبمعناها رواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٦) ودالتهما بمفهوم الشرط، وهو حجة عند المحقّقين^(٧).

(١) قيّده في التحرير [٣: ٥٢٢] بالدوام، فلا يحرم التمتع بالأمة على الحرّة حملاً للآية [النساء:

٢٥] على الفرد الظاهر، وإن كان عموم المنع متوجّهاً نظراً إلى عموم الآية. (منه لئنه).

(٢) لم يرد «ويخشى العنت» في (ع).

(٣) هما العنت وعدم الطول.

(*) في (ق) و (س): زواج.

(٤) أنظر تاج العروس ١: ٥٦٥، ولسان العرب ٩: ٤١٦.

(٥) النساء: ٢٥.

(٦) الوسائل ١٤: ٣٩١، الباب ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٦.

(٧) مثل المحقّق والعلامة وغيرهما، أنظر معارج الأصول: ٦٨، ومبادئ الوصول: ٩٨.

وتهذيب الوصول: ١٠٠، والشهيد في الذكرى ١: ٥٣.

﴿ وقيل : يجوز ﴾ العقد على الأمة مع القدرة على الحرّة على كراهة^(١) الأصل، وعمومات الكتاب مثل (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم)^(٢) (ولأمة مؤمنة خير من مشركة)^(٣) (وأحلّ لكم ما وراء ذلكم)^(٤) (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم)^(٥) ولرواية ابن بكير المرسلة عن الصادق عليه السلام « لا ينبغي »^(٦) وهو ظاهر في الكراهة.

ويضعّف بأنّ الاشتراط المذكور مخصّص لما ذكر من العمومات. والرواية مع إرسالها ضعيفة^(٧) وضعف مطلق المفهوم ممنوع. وتنزيل الشرط على الأغلب خلاف الظاهر.

﴿ وهو ﴾ أي القول بالجواز ﴿ مشهور ﴾ بين الأصحاب، إلا أنّ دليله غير ناهض عليه، فلذا نسبته إلى الشهرة ﴿ فعلى ﴾ القول ﴿ الأوّل لا يباح ﴾ نكاح الأمة ﴿ إلا بعدم الطول ﴾ وهو لغة الزيادة والفضل، والمراد به هنا الزيادة في المال وسعته بحيث يتمكّن معها من نكاح الحرّة، فيقوم بما لا بدّ منه من مهرها ونفقتها. ويكفي للنفقة وجوده بالقوّة، كغلة الملك وكسب ذي الحرفة.

﴿ وخوف العنت ﴾ بالفتح، وأصله انكسار العظم بعد الجبر، فاستعير لكلّ

(١) قاله الشيخ في النهاية : ٤٦٠، والمحقّق في المختصر النافع : ١٧٧، ونسبه في الشرائع ٢ :

٢٩١ إلى الأشهر.

(٢) المؤمنون: ٦.

(٣) البقرة : ٢٢١.

(٤) النساء : ٢٤.

(٥) النور : ٣٢.

(٦) الوسائل ١٤ : ٣٩١-٣٩٢، الباب ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٥.

(٧) والظاهر أنّ ضعفها بابن فضّال وابن بكير، فإنّهما فطحيان. أنظر المسالك ٩ : ٩-١٠.

مشقة وضرر، ولا ضرر أعظم من موافقة المأثم، والصبر عنها مع الشرطين أفضل؛ لقوله تعالى: (وأن تصبروا خير لكم)^(١) ﴿ وتكفي الأمة الواحدة ﴾ لاندفاع العنت بها. وهو أحد الشرطين في الجواز.

﴿ وعلى الثاني ﴾ وهو الجواز مطلقاً ﴿ يباح اثنتان ﴾ لا أزيد كما سيأتي.

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ من تزوج امرأة في عدتها بئنة كانت أو رجعية ﴾ أو عدّة وفاة أو عدّة شبهة ولعلّه غلب عليهما اسم البئنة ﴿ عالماً بالعدّة والتحريم بطل العقد وحرمت ﴾ عليه ﴿ أبداً ﴾ ولا فرق بين العقد الدائم والمنقطع فيهما؛ لإطلاق النصوص^(٢) الشامل لجميع ما ذكر ﴿ وإن جهل أحدهما ﴾ : العدّة أو التحريم ﴿ أو جهلها حرمت إن دخل ﴾ بها قبلاً أو دبراً ﴿ وإلا فلا ﴾ ولو اختص العلم بأحدهما دون الآخر اختص به حكمه، وإن حرم على الآخر التزوّج^(٣) به من حيث المساعدة على الإثم والعدوان.

ويمكن سلامته من ذلك بجهله التحريم، أو بأن يخفى عليه عين الشخص المحرّم مع علم الآخر، ونحو ذلك. وفي الحكم بصحة العقد على هذا التقدير نظر. ويتعدّى التحريم على تقدير الدخول إلى أبيه وابنه، كالموطوءة بشبهة مع الجهل والمزنيّ بها مع العلم.

وفي إلحاق مدّة الاستبراء بالعدّة فتحرم بوطنها فيها وجهان، أجودهما

(١) النساء : ٢٥.

(٢) أنظر الوسائل ١٤ : ٣٤٤، الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(٣) في (ر) : التزويج.

العدم؛ للأصل. وكذا الوجهان في العقد عليها مع الوفاة المجهولة ظاهراً قبل العدة مع وقوعه بعد الوفاة في نفس الأمر، أو الدخول^(١) مع الجهل.

والأقوى عدم التحريم؛ لانتفاء المقتضي له، وهو كونها معتدة أو مزوجة، سواء كانت المدة المتخللة بين الوفاة والعدة بقدرها، أم أزيد أم أنقص، وسواء وقع العقد أو الدخول في المدة الزائدة عنها أم لا؛ لأنّ العدة إنّما تكون بعد العلم بالوفاة، أو ما في معناه وإن طال الزمان.

وفي إلحاق ذات البعل بالمعتدة وجهان: من أنّ علاقة الزوجية فيها أقوى، وانتفاء النص.

والأقوى أنّه مع الجهل وعدم الدخول لا تحرم، كما أنّه لو دخل بها عالماً حرمت؛ لأنّه زان بذات البعل، والإشكال فيها واهٍ، وإنّما يقع الاشتباه مع الجهل والدخول أو العلم مع عدمه. ووجه الإشكال: من عدم النصّ عليه بخصوصه، وكون الحكم بالتحريم هنا أولى للعلاقة. ولعلّه أقوى.

وحيث لا يحكم بالتحريم يجدد العقد بعد العدة إن شاء. ويلحق الولد مع الدخول والجهل بالجاهل منهما إن وُلد في وقت إمكانه منه. ولها مهر المثل مع جهلها بالتحريم، وتعتدّ منه بعد إكمال الأولى.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ لا تحرم المزنيّ بها على الزاني، إلا أن تكون ذات بعل ﴾ دواماً ومتعة، والمعتدة رجعيةً بحكمها، دون البائن. والحكم موضع وفاق.

وفي إلحاق الموطوءة بالملك بذات البعل وجهان، مأخذهما: مساواتها لها

(١) في (ع) زيادة: بها.

في كثير من الأحكام خصوصاً المصاهرة، واشتراكهما في المعنى المقتضي للتحريم وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط، وأن ذلك كله لا يوجب اللحاق مطلقاً^(١) وهو الأقوى.

﴿ ولا تحرم الزانية ﴾ على الزاني ولا على غيره ﴿ ولكن يكره تزويجها ﴾ مطلقاً ﴿ على الأصح ﴾ خلافاً لجماعة^(٢) حيث حرّموه على الزاني ما لم تظهر منها التوبة.

ووجه الجواز الأصل، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ فَجَرَ بِامْرَأَةٍ ثُمَّ بَدَأَ لَهَا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا حَلَالًا، أَوَّلَهُ سَفَاحٌ وَآخِرُهُ نِكَاحٌ، فَمِثْلُهُ كَمِثْلِ النَّخْلَةِ أَصَابَ الرَّجُلَ مِنْ ثَمَرِهَا [حَرَامًا]»^(٣) ثم اشتراها فكانت له حلالاً^(٤) ولكن تكره للنهي عن تزويجها مطلقاً^(٥) في عدّة أخبار^(٦) المحمول على الكراهة جمعاً.

واحتجّ المانع^(٧) برواية أبي بصير، قال: «سألته عن رجل فجر بامرأة ثم

(١) في جميع الموارد والأحكام (هامش ر).

(٢) مثل المفيد في المقنعة: ٥٠٤، والشيخ في النهاية: ٤٥٨، والحلي في الكافي: ٢٨٦.

والقاضي في المهذب ٢: ١٨٨.

(٣) أثبتناه من المصدر.

(٤) الوسائل ١٤: ٣٣١، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٣.

(٥) على الزاني وغيره.

(٦) أنظر الوسائل ١٤: ٣٣٥، الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(٧) المانع هو الشيخ في النهاية [٤٥٨] وابن البرّاج [المهذب ٢: ١٨٨] وأبو الصلاح

[الكافي في الفقه: ٢٨٦] إلا أنه أطلق تحريم تزويج الزانية بحيث يشمل الزاني وغيره،

وأخبار النهي مطلقة أيضاً ولكن لم يذكره قولاً. (منه ﷺ).

أراد بعد أن يتزوجها، فقال: إذا تاب حلّ له نكاحها. قلت: كيف يعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كانت عليه من الحرام، فإن امتنعت واستغفرت ربّها عرف توبتها»^(١) وقريب منه ما روى عمّار عن الصادق عليه السلام^(٢) والسند فيهما ضعيف^(٣) وفي الأولى قطع، ولو صحّتا لوجب حملهما على الكراهة جمعاً.

﴿ ولو زنت امرأته لم تحرم ﴾ عليه ﴿ على الأصحّ، وإن أصرت ﴾ على الزنا؛ للأصل والنصّ^(٤) خلافاً للمفيد وسالار^(٥) حيث ذهب إلى تحريمها مع الإصرار، استناداً إلى فوات أعظم فوائد النكاح - وهو التناسل - معه؛ لاختلاط النسب حينئذٍ، والغرض من شرعية الحدّ والرجم للزاني حفظه عن ذلك. ويضعّف بأنّ الزاني لا نسب له ولا حرمة.

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ من أوقب غلاماً أو رجلاً ﴾ بأن أدخل به بعض الحشفة وإن لم يجب الغسل ﴿ حرمت على الموقب أمّ الموطوء ﴾ وإن علت ﴿ وأخته ﴾ دون بناتها ﴿ وبنته ﴾ وإن نزلت من ذكر وأنتى من النسب اتفاقاً، ومن الرضاع على الأقوى. ولا فرق في المفعول بين الحيّ والميت على الأقوى، عملاً بالإطلاق^(٦). وإِنما تحرم المذكورات مع سبقه على العقد عليهنّ ﴿ ولو سبق العقد ﴾ على

(١) و (٢) الوسائل ١٤ : ٣٣٢، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٧ و ٢.

(٣) فإنّ الأولى ضعيفة بعمّار بن موسى وهو فطحي. راجع المسالك ٧ : ٢٢١. والثانية ضعيفة بأبي المغرا حيث لم يرد فيه مدح ولا ذمّ. راجع جامع الرواة ٢ : ٤١٨.

(٤) الوسائل ١٤ : ٣٣٣، الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث الأوّل.

(٥) المقنعة : ٥٠٤، والمراسم : ١٥١.

(٦) راجع الوسائل ١٤ : ٣٣٩، الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

الفعل ﴿ لم يحرم ﴾ للأصل، ولقولهم عليه السلام: « لا يحرم الحرام الحلال »^(١).

والظاهر عدم الفرق بين مفارقة من سبق عقدها بعد الفعل، وعدمه، فيجوز له تجديد نكاحها بعده مع احتمال عدمه؛ لصدق سبق الفعل بالنسبة إلى العقد الجديد. ولا فرق فيهما بين الصغير والكبير على الأقوى؛ للعموم، فيتعلّق التحريم قبل البلوغ بالوليّ وبعده به.

ولا يحرم على المفعول بسببه شيء عندنا^(٢) للأصل. وربما نقل عن بعض الأصحاب تعلّق التحريم به كالفاعل^(٣) وفي كثير من الأخبار إطلاق التحريم^(٤) بحيث يمكن تعلّقه بكلّ منهما، ولكنّ المذهب الأوّل.

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ لو عقد المحرم ﴾ بفرض أو نفل بحجّ أو عمرة بعد إفساده وقبله على أنثى ﴿ عالمًا بالتحريم حرّمت أبدأ بالعقد ﴾ وإن لم يدخل ﴿ وإن جهل ﴾ التحريم ﴿ لم تحرم وإن دخل بها ﴾ لكن يقع عقده فاسدًا، فله العود إليه بعد الإحلال.

(١) الوسائل ١٤ : ٣٢٥، الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١١ و ١٢.

(٢) نَبّه بقوله: « عندنا » على خلاف أحمد [الشرح الكبير ٧ : ٤٨٢] حيث حرّم على الغلام أمّ اللاتط وبنته. (منه عليه السلام).

(٣) و (٤) هذا القول ما نقله السيّد الفاخر عن بعض الأصحاب ولم يعبّنه، قال المصنّف : هذا هو الظاهر من كلام الراوندي في شرح النهاية محتجّاً بشمول الرواية والأخبار المطلقة، منها : حسنة ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعبت بالغلام، قال : إذا أوقب حرمت عليه ابنته وأخته. وقريبٌ منها رواية إبراهيم بن عمرو وموسى بن سعدان عنه [الوسائل ١٤ : ٣٣٩ - ٣٤١، الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١ و ٣ و ٧]. (منه عليه السلام).

هذا هو المشهور، ومستنده رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١) الدالة بمنطوقها على حكم العلم، وبمفهومها على غيره، وهو معتضد بالأصل، فلا يضّر ضعف دلالته. ولا تحرم الزوجة بوطئها في الإحرام مطلقاً.

﴿ السابعة ﴾ :

﴿ لا يجوز للحرّ أن يجمع زيادة على أربع حرائر، أو حرّتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة ﴾ بناءً على جواز نكاح الأمة بالعقد بدون الشرطين، وإلا لم تجز الزيادة على الواحدة؛ لانتهاء العنت معها، وقد تقدّم من المصنّف اختيار المنع ^(٢) ويبعد فرض بقاء الحاجة إلى الزائد عن الواحدة. ولا فرق في الأمة بين القنّة والمدبّرة والمكاتبّة بقسميها حيث لم تؤدّ شيئاً، وأمّ الولد.

﴿ ولا للعبد أن يجمع أكثر من أربع إماء أو حرّتين أو حرّة وأمتين، ولا يباح له ثلاث إماء وحرّة ﴾ والحكم في الجميع إجماعي، والمعنقُ بعضه كالحرّ في حقّ الإماء وكالعبد في حقّ الحرائر. والمعنقُ بعضها كالحرّة في حقّ العبد، وكالأمة في حقّ الحرّ ﴿ كلّ ذلك بالدوام ﴾.

﴿ أمّا المتعة فلا حصر له على الأصحّ ﴾ للأصل، وصحيحة زرارة قال: «قلت: ما يحلّ من المتعة؟ قال: كم شئت» ^(٣) وسأل أبو بصير أبا عبد الله عليه السلام «عن المتعة أهي من الأربع؟ قال: لا ولا من السبعين» ^(٤) وعن زرارة عن

(١) الوسائل ١٤ : ٣٧٨، الباب ٣١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث الأول. في طريق الرواية: المثني، وهو مشترك بين اثنين لا بأس بهما ولم يبلغا حدّ الثقة، إلا أنه لا رادّ للحكم مطلقاً. (منه عليه السلام).

(٢) تقدّم في الصفحة ٢٠٥.

(٣) و (٤) الوسائل ١٤ : ٤٤٦ - ٤٤٧، الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ٣ و ٧.

الصادق عليه السلام قال : « ذكر له المتعة أهي من الأربع ؟ قال : تزوّج منهنّ ألفاً ، فإنّهنّ مستأجرات »^(١) .

وفيه نظر : لأنّ الأصل قد عدل عنه بالدليل الآتي ، والأخبار المذكورة وغيرها في هذا الباب ضعيفة أو مجهولة السند أو مقطوعة^(٢) فإثبات مثل هذا الحكم المخالف للآية الشريفة^(٣) وإجماع باقي علماء الإسلام مشكل . لكنّه مشهور ، حتّى أنّ كثيراً من الأصحاب لم ينقل فيه خلافاً ، فإن ثبت الإجماع كما ادّعاه ابن إدريس^(٤) وإلّا فالأمر كما ترى .

ونبه بالأصحّ على خلاف ابن البرّاج حيث منع في كتابيه^(٥) من الزيادة فيها على أربع ، محتجّاً بعموم الآية وبصحيحة أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن [الرضا] عليه السلام قال : « سألته عن الرجل تكون عنده المرأة ، أيحلّ له أن يتزوّج بأختها متعة ؟ قال : لا . قلت : حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام إنّما هي مثل الإماء

(١) الوسائل ١٤ : ٤٤٧ ، الباب ٤ من أبواب المتعة ، الحديث ٢ .

(٢) صحيح زرارة الأوّل مقطوع ، وخبر أبي بصير في طريقه جهالةً بالحسين بن محمّد وضعيفٌ بالمعلّى بن محمّد . وخبر زرارة الثاني فيه جهالةً بالحسين وسعدان بن مسلم . وبقي فيه خبر محمّد بن مسلم ، وفيه جهالةً بالقاسم بن عروة . وخبر بكير بن محمّد الأزدي وفيه جهالةً بالحسين ، وفي بكر نظرٌ ، تأمّل . (منه عليه السلام) .

(٣) النساء : ٣ .

(٤) السرائر ٢ : ٦٢٤ ، وفيه : بغير خلاف .

(٥) المهذب ٢ : ٢٤٣ ، والظاهر أنّ ثانيهما هو كتاب الكامل ، ولا يوجد لدينا ، والأصل في النقل العلامة في المختلف ٧ : ٢٣٠ .

(٦) لم يرد في المخطوطات .

يتزوّج ما شاء؟ قال: لا، هي (١) من الأربع» (٢) و (٣) روى عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام في المتعة، قال: «هي إحدى الأربع» (٤).

وأجيب بأنّه محمول على الأفضل والأحسب (٥) جمعاً بينهما وبين ما سبق ولصحيحة أحمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: اجعلوهنّ من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: نعم» (٦).

واعلم أنّ هذا الحمل يحسن لو صحّ شيء من أخبار الجواز لا مع عدمه، والخبر الأخير ليس بصريح في جواز مخالفة الاحتياط. وفي المختلف اقتصر من نقل الحكم على مجرد الشهرة (٧) ولم يصرّح بالفتوى. ولعلّه لما ذكرناه.

﴿ وكذا ﴾ لا حصر للعدد ﴿ بملك اليمين إجماعاً ﴾ والأصل فيه قوله تعالى: (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) (٨).

هذا في ملك العين، أمّا ملك المنفعة - كالتحليل - ففي إلحاقه به نظر، من الشكّ في إطلاق اسم «ملك اليمين» عليه، والشكّ في كونه عقداً أو إباحة. والأقوى إلحاقه به، وبه جزم في التحرير (٩).

(١) في سوى (ف): هنّ.

(٢) الوسائل ١٤: ٤٤٨، الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ١١.

(٣) في (ش) و (ر) زيادة: قد.

(٤) الوسائل ١٤: ٤٤٨، الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ١٠.

(٥) حمله الشيخ في التهذيب ٧: ٢٥٩، ذيل الحديث ١١٢٣.

(٦) الوسائل ١٤: ٤٤٨، الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ٩.

(٧) المختلف ٧: ٢٣٠.

(٨) المؤمنون: ٦.

(٩) التحرير ٣: ٥١٤-٥١٥، المسألة ٥٠٩١.

﴿ الثامنة ﴾ :

﴿ إذا طلق ذو النصاب ﴾ الذي لا يجوز تجاوزه واحدةً أو أكثر، طلاقاً
 ﴿ رجعيّاً لم يجز له التزويج دائماً حتّى تخرج ﴾ المطلّقة من ﴿ العدة ﴾ لأنّ
 المطلّقة رجعيّاً بمنزلة الزوجة، فالنكاح الدائم زمن العدة بمنزلة الجمع زائداً على
 النصاب ﴿ وكذا ﴾ لا يجوز له تزويج ﴿ الأخت ﴾ أي أخت المطلّقة رجعيّاً
 ﴿ دائماً ومتعة ﴾ وإن كانت المطلّقة واحدة؛ لأنّه يكون جامعاً بين الأختين .

﴿ ولو كان ﴾ الطلاق ﴿ بائناً جاز ﴾ تزويج الزائدة عن (١) النصاب
 والأخت؛ لاتقطاع العصمة بالبائن وصورتيها كالأجنبيّة. لكن ﴿ على كراهيّة
 شديدة ﴾ لتحرّمها بحرمة الزوجيّة، وللنهي عن تزويجها مطلقاً في صحيحة زرارة
 عن الصادق عليه السلام قال: « إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهنّ فلا يتزوّج الخامسة
 حتّى تنقضي عدة المرأة التي طلّقت. وقال: لا يجمع ماءه في خمس» (٢) وحُمِل (٣)
 النهي على الكراهة جمعاً.

﴿ التاسعة ﴾ :

﴿ لا تحلّ الحرّة على المطلّق ثلاثاً ﴾ يتخلّلها رجعتان - أيّ أنواع الطلاق
 كان - ﴿ إلاّ بالمحلّل، وإن كان المطلّق عبداً ﴾ لأنّ الاعتبار في عدد الطلقات
 عندنا بالزوجة ﴿ ولا تحلّ الأمة المطلّقة اثنتين ﴾ كذلك ﴿ إلاّ بالمحلّل، ولو كان

(١) في (ش) و (ر) : على .

(٢) الوسائل ١٤ : ٣٩٩، الباب ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد، الحديث الأوّل .

(٣) حملة في جامع المقاصد ١٢ : ٣٧٥ .

المطلق حرّاً ﴿ للآية والرواية ^(١) .

﴿ أما المطلقة تسعاً للعدّة ﴾ والمراد به : أن يطلقها على الشرائط ثمّ يراجع في العدّة ويطأ ثمّ يطلق في طهر آخر ثمّ يراجع في العدّة ويطأ ثمّ يطلق ^(٢) الثالثة، فينكحها بعد عدتها زوج آخر ثمّ يفارقها بعد أن يطأها، فيتزوجها الأوّل بعد العدّة ويفعل كما فعل أولاً إلى أن يكمل لها تسعاً كذلك ﴿ ينكحها رجلان ﴾ بعد الثالثة والسادسة ﴿ فإنّها تحرم أبداً ﴾ وإطلاق التسع للعدّة مجاز؛ لأنّ الثالثة من كلّ ثلاث ليست للعدّة، فإطلاقه عليها إمّا إطلاقاً ^(٣) لاسم الأكثر على الأقلّ أو باعتبار المجاورة.

وحيث كانت النصوص والفتاوى مطلقة في اعتبار التسع للعدّة في التحريم المؤبّد كان أعمّ من كونها متوالية ومتفرّقة، فلو اتّفق في كلّ ثلاث واحدة للعدّة اعتبر فيه إكمال التسع كذلك.

لكن هل يغتفر منها الثالثة من كلّ ثلاث لاغتفارها لو جامعت الاثنتين

(١) وفيه لفٌّ ونشرٌ مرتّبٌ، أي دليل اعتبار الثلاث في الحرّة إطلاق الآية [البقرة : ٢٣٠] المتناول للزوج الحرّ والعبد. ولكن إطلاق المطلقة مقيّد بالحرّة؛ لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام [الوسائل ١٥ : ٣٩٣، الباب ٢٥ من أقسام الطلاق، الحديث ٥] ودليل اعتبار الطلقتين في الأمة مع مطلق الزوج روايتا محمّد بن مسلم والحلي عن الباقر والصادق عليهما السلام قال : طلاق الحرّة إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، وطلاق الأمة إذا كانت تحت الحرّ تطليقتان. [المصدر المتقدّم]. والعامّة جعلوا الاعتبار بالزوج، فإن كان حرّاً اعتبر الطلاق ثلاثاً وإن كانت الزوجة أمة، وإن كان عبداً ثبت التحريم بعد طلقتين وإن كانت الزوجة حرّة [الشرح الكبير ٨ : ٣٢٢، ومغني المحتاج ٣ : ٢٩٤، والخلاف ٤ : ٤٩٧]. (منه عليه السلام).

(٢) في (ر) : يطلقها.

(٣) في (ش) و (ر) : إطلاق.

للعدّة، فيكفي وقوع ستّ للعدّة، أو يعتبر إكمال التسع للعدّة حقيقة؟ يحتلّل الأوّل؛ لأنّه المعترف عند التوالي، ولأنّ الثالثة لم يتحقّق اعتبار كونها للعدّة، وإنّما استفيد من النصّ^(١) التحريم بالستّ الواقعة لها، فيستصحب الحكم مع عدم التوالي. والثاني؛ لأنّ اغتفار الثالثة ثبت مع التوالي على خلاف الأصل، فإذا لم يحصل اعتبار الحقيقة، خصوصاً مع كون طلقّة العدّة هي الأولى خاصّة، فإنّ علاقتي المجاز منتفيتان عن الثالثة؛ إذ لا مجاورة لها للعدّة، ولا أكثرية لها. بخلاف ما لو كانت العدّة هي الثانية، فإنّ علاقة المجاورة موجودة.

والثاني أقوى، فإن كانت العدّة هي الأولى تعلق التحريم بالخامسة والعشرين، وإن كانت الثانية فبالسادسة والعشرين.

ويبقى فيه إشكال آخر، وهو أنّ طلاق العدّة حينئذٍ لا يتحقّق إلا بالرجعة بعده والوطء، فإذا توقّف التحريم على تحقّق التسع كذلك لزم تحريمها بعد الدخول في الأخيرة بغير طلاق، وهو بعيد. ولو توقّف على طلاق آخر بعده ولم يكن ثالثاً لزم جعل ما ليس بمحرّم محرّماً، والحكم بالتحريم بدون طلاقٍ موقوفٍ على التحليل، وكلاهما بعيد. وليس في المسألة شيء يعتمد عليه، فللتوقّف فيما خالف النصّ مجال. هذا كلّ حكم الحرّة.

أمّا الأمة فقد عرفت أنّها تحرم بعد كلّ طلقتين، فلا يجتمع لها طلاق تسع للعدّة مع نكاح رجلين، وهما معتبران في التحريم نصّاً وفتوى، فيحتمل تحريمها بستّ؛ لأنّها قائمة مقام التسع للحرّة وينكحها بينها رجلان. ويحتمل اعتبار التسع كالحرّة، استصحاباً للحلّ إلى أن يثبت المحرّم، ولا يقدر نكاح أزيد من رجلين؛ لصدقهما مع الزائد.

(١) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٥٧، الباب ٤ من أبواب أقسام الطلاق.

وعلى التقديرين فيحتمل اعتبار العدد كله للعدة اقتصاراً في المجاز على المتحقق، والاكتفاء في كل اثنتين بواحدة للعدة، وهي الأولى؛ لقيامها مقام الاثنتين، ولصدق المجاز في إطلاق العديّة على الجميع بعلاقة المجاورة. فعلى الأوّل يعتبر اثنتا عشرة تطليقة إذا وقعت الأولى من كل اثنتين للعدة، وعلى التسع ثماني عشرة، ويبقى الكلام في الثانية عشرة والثامنة عشرة كما مرّ.

وعلى الثاني يُكتفى بالستّ أو التسع.

ويحتمل في الأمة عدم تحريمها مؤبداً مطلقاً؛ لأنّ ظاهر النصّ أنّ مورده الحرّة بقرينة نكاح الرجلين من التسع، فيتمسك في الأمة بأصالة بقاء الحلّ، ولعدم اجتماع الشرطين^(١) فيها. وللتوقّف مجال.

﴿ العاشرة ﴾ :

﴿ تحرم الملاعنة أبدأ ﴾ وسيأتي الكلام في تحقيق حكمها وشرائطها^(٢)

﴿ وكذا ﴾ ﴿ تحرم ﴾ الصّماء والخرساء إذا قذفها زوجها بما يوجب اللعان ﴿ لولا الآفة، بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البيّنة، فلو لم يدع المشاهدة حدّ ولم تحرم. ولو أقام بيّنة بما قذفها به سقط الحدّ عنه والتحريم كما يسقط اللعان؛ لأنّ ذلك هو مقتضى حكم القذف في إيجاب اللعان وعدمه. ولا يسقط الحدّ بتحريمها عليه، بل يجمع بينهما إن ثبت القذف عند الحاكم، وإلا حرمت فيما بينه وبين الله تعالى وبقي الحدّ في ذمّته على ما دلّت عليه رواية

(١) هما : نكاح رجلين، وتسع طلاقات.

(٢) في (ع) و(ف) : شرائطه.

أبي بصير^(١) التي هي الأصل في الحكم، وإن كان المستند الآن الإجماع عليه كما ادّعاه الشيخ رحمته الله^(٢).

ودلت الرواية أيضاً على اعتبار الصمم والخرس معاً، فلو اتّصفت بأحدهما خاصّة، فمقتضى الرواية ودليل الأصل عدم التحريم. ولكن أكثر الأصحاب^(٣) عطفوا أحد الوصفين على الآخر بـ «أو» المقتضي للاكتفاء بأحدهما، والمصنّف عطف بالواو وهو يدلّ عليه أيضاً. ولكن ورد الخرس وحده في روايتين^(٤) فالإكتفاء به وحده حسن. أمّا الصمم وحده، فلا نصّ عليه بخصوصه يُعتدّ به.

وفي التحرير استشكل حكم الصمّاء خاصّة بعد أن استقرب التحريم^(٥) ولو نفى ولدها على وجه يثبت اللعان به لو كانت غير مؤفة، ففي ثبوت اللعان أو تحريمها به كالقذف وجهان: من مساواته للقذف في التحريم المؤبّد باللعان فيساويه في المعلول الآخر، ودعوى الشيخ في الخلاف الإجماع على أنه لا لعان

(١) رواية أبي بصير [الوسائل ١٥ : ٦٠٣، الباب ٨ من أبواب اللعان، الحديث ٢] رواها الشيخ في الموثّق [التهذيب ٧ : ٣١٠، ح ١٢٨٨] والكافي في الصحيح [٦ : ١٦٦، الحديث ١٨]. (منه رحمته الله).

(٢) أنظر الخلاف ٥ : ١٣، المسألة ٩ من كتاب اللعان.

(٣) منهم الشيخ في الخلاف في الموضع المتقدّم آنفاً، والمبسوط ٥ : ١٨٨، والقاضي في المهذب ٢ : ١٨٣ و ٣٠٨، والطوسي في الوسيلة : ٣٣٦، والديلمى في المراسم : ١٦٥، والعلامة في القواعد ٣ : ١٨٧، والتحرير ٤ : ١٢٩.

(٤) الوسائل ١٥ : ٦٠٢ - ٦٠٣، الباب ٨ من أبواب اللعان، الحديث ١ و ٤.

(٥) التحرير ٣ : ٤٧١، المسألة ٥٠٠٧.

للصّماء والخرساء^(١) ومن عموم الآية^(٢) المتناول لكلّ زوجة، خرج منه قذفهما بالنصّ^(٣) أو الإجماع^(٤) فيبقى الباقي داخلاً في عموم الحكم باللعان، وتوقّف التحريم عليه. ولا يلزم من مساواة النفي القذف في حكم مساواته في غيره؛ لأنّ الأسباب متوقّفة على النصّ، والإجماع إنّما تُقل على عدم لعانها مع القذف كما صرّح به الشيخ، فلا يلحق به غيره.

والظاهر أنّه لا فرق هنا مع القذف بين دخوله بهما وعدمه عملاً بالإطلاق، أمّا نفي الولد فاشتراطه حسن. ومتى حرمت قبل الدخول فالأجود ثبوت جميع المهر؛ لثبوته بالعقد فيستصحب، وتنصّفه في بعض الموارد لا يوجب التعدي. وألحق الصدوق في الفقيه^(٥) بذلك قذف المرأة زوجها الأصمّ فحكم بتحريمها عليه مؤبداً حملاً على قذفه لها. وهو مع غرابته قياس لا نقول به.

﴿ الحادية عشرة ﴾ :

﴿ تحرم الكافرة غير الكتابية ﴾ وهي اليهودية^(٦) والنصرانية، [و]^(٧) المجوسية ﴿ على المسلم إجماعاً و ﴾ تحرم ﴿ الكتابية ﴾ عليه ﴿ دواماً

(١) الخلاف ٥ : ١٣، المسألة ٩ من كتاب اللعان.

(٢) النور : ٦ - ٩.

(٣) أنظر الوسائل ١٥ : ٦٠٢ - ٦٠٣، الباب ٨ من أبواب اللعان.

(٤) تقدّم عن الشيخ آنفاً.

(٥) الفقيه ٤ : ٥٠.

(٦) في (ف) و (ش) : أو.

(٧) في المخطوطات : أو.

لا متعة وملك يمين ﴿ على أشهر الأقوال^(١) والقول الآخر الجواز مطلقاً^(٢) والثالث المنع مطلقاً^(٣) وإنّما جعلنا المجوسية من أقسام الكتابية مع أنّها مغايرة لها وإن ألحقت بها في الحكم؛ لدعواه الإجماع على تحريم نكاح من عداها مع وقوع الخلاف في المجوسية، فلولا تغليب الاسم عليها لدخلت في المجمع على تحريمه. ووجه إطلاقه عليها أنّ لها شبهة كتاب صحّ بسببه التجوّز. والمشهور بين المتأخّرين أنّ حكمها حكمها فناسب الإطلاق.

وإنّما يمنع من نكاح الكتابية ابتداءً لا استدامة؛ لما سيأتي من أنّه لو أسلم زوج الكتابية فالنكاح بحاله.

﴿ ولو ارتدّ أحد الزوجين ﴾ عن الإسلام ﴿ قبل الدخول بطل النكاح ﴾ سواء كان الارتداد فطرياً أم مليئاً ﴿ ويجب ﴾ على الزوج ﴿ نصف المهر إن كان

(١) ذهب إليه الشيخ في النهاية : ٤٥٧، إلّا أنّه جوّز الدائم أيضاً اضطراراً، والحلي في الكافي : ٢٨٦ و ٢٩٩، والديلمي في المراسم : ١٥٠ و ١٥٧، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٢٩٤، والمختصر النافع : ١٧٩، والعلامة في القواعد ٣ : ٣٨، والمختلف ٧ : ٧٦.

(٢) اختاره العثماني في حرائر اليهود والنصارى، على ما نقل عنه في غاية المراد ٣ : ٧٩، وانظر كلامه في المختلف ٧ : ٧٣، ونسبه في كشف الرموز ٢ : ١٤٧، إلى المفيد في المسائل الغريبة كما ونسب ذلك في المختلف ٧ : ٧٣ وغاية المراد ٣ : ٧٩ إلى ابن بابويه وابنه في الفريقين (اليهودية والنصرانية)، وانظر المقنع : ٣٠٨.

(٣) اختاره السيّد المرتضى في الانتصار : ٢٧٩، المسألة ١٥٥، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ٢٢، وقال : إنّ الذي استقرّ عليه رأي والدي المصنّف في البحث، وابن فهد الحلي في المهذّب البارع ٣ : ٢٩٧، والمقتصر : ٢٣٩، وهناك أقوال وتفصيلات أخرى في المسألة راجع للاطلاع عليها في الإيضاح ٣ : ٢٢، والمهذّب البارع ٣ : ٢٩٤ - ٢٩٦، وغاية المراد ٣ : ٧٦ - ٨٢.

الارتداد من الزوج ﴿ لأنّ الفسخ جاء من جهته فأشبه الطلاق. ثمّ إن كانت التسمية صحيحة فنصف المسمّى، وإلّا فنصف مهر المثل. وقيل: يجب جميع المهر؛ لوجوبه بالعقد ولم يثبت تشطيره إلّا بالطلاق^(١) وهو الأقوى^(٢).

ولو كان الارتداد منها فلا مهر لها؛ لأنّ الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول^(٣).
 ﴿ ولو كان ﴾ الارتداد ﴿ بعده ﴾ أي بعد الدخول ﴿ وقف ﴾ انفساخ النكاح ﴿ على انقضاء العدة ﴾ إن كان الارتداد من الزوجة مطلقاً، أو من الزوج عن غير فطرة، فإن رجع المرتدّ قبل انقضائها ثبت النكاح، وإلّا انفسخ.

﴿ ولا يسقط شيء من المهر ﴾ لاستقراره بالدخول ﴿ ولو كان ﴾ ارتداده ﴿ عن فطرة بانت ﴾ الزوجة ﴿ في الحال ﴾ إذ لا تقبل توبته بل يقتل وتخرج عنه أمواله بنفس الارتداد وتبين منه زوجته وتعدّد عدّة الوفاة.

﴿ ولو أسلم زوج الكتائية ﴾ دونها ﴿ فالنكاح بحاله ﴾ قبل الدخول وبعده، دائماً ومنقطعاً، كتابياً كان الزوج أم وثيقاً، جوّزنا نكاحها للمسلم ابتداءً أم لا ﴿ ولو أسلمت دونه ﴾ بعد الدخول ﴿ وقف ﴾ الفسخ ﴿ على ﴾ انقضاء العدة ﴿ وهي عدّة الطلاق من حين إسلامها، فإن انقضت ولم يسلم تبين أنّها بانت منه حين إسلامها، وإن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح. هذا هو المشهور بين الأصحاب، وعليه الفتوى.

(١) قاله المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢ : ٤١٠.

(٢) في سوى (ع) : أقوى.

(٣) أشار بذلك إلى ضابط كلفي وهو أنّه متى كان الفسخ منها قبل الدخول، فلا شيء لها ولا يستثنى عن ذلك إلّا شيء واحد وهو ما لو فسخت قبله لعنته فإنّ لها نصف المهر؛ للنصّ [الوسائل ١٤ : ٦١٣، الباب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث الأوّل]. (منه ﷺ).

وللشيخ رحمته قول بأن النكاح لا يفسخ بانقضاء العدة إذا كان الزوج ذمياً، لكن لا يمكن من الدخول عليها ليلاً، ولا من الخلوة بها ولا من إخراجها إلى دار الحرب ما دام قائماً بشرائط الذمة^(١) استناداً إلى رواية^(٢) ضعيفة^(٣) مرسلة أو معارضة بما هو أقوى منها^(٤).

﴿ وإن كان ﴾ الإسلام ﴿ قبل الدخول وأسلمت الزوجة بطل ﴾ العقد ولا مهر لها؛ لأنَّ الفرقة جاءت من قبلها، وإن أسلم الزوج بقي النكاح كما مرّ. ولو أسلما معاً ثبت النكاح؛ لانتفاء المقتضي للفسخ.

﴿ الثانية عشرة ﴾ :

﴿ لو أسلم أحد ﴾ الزوجين ﴿ الوثنيين ﴾ المنسويين إلى عبادة الوثن - وهو الصنم - وكذا من بحكمهما من الكفار غير الفرق الثلاثة، وكان الإسلام ﴿ قبل الدخول بطل ﴾ النكاح مطلقاً؛ لأنَّ المسلم إن كان هو الزوج استحال بقاؤه على نكاح الكافرة غير الكتابية؛ لتحريمه ابتداءً واستدامةً، وإن كان [هي]^(٥) الزوجة فأظهر ﴿ ويجب النصف ﴾ أي نصف المهر ﴿ بإسلام الزوج ﴾ وعلى

(١) قاله في النهاية : ٤٥٧، والتهذيب ٧ : ٣٠٠، ذيل الحديث ١٢٥٣، و ٣٠٢، ذيل الحديث ١٢٥٩، والاستبصار ٣ : ١٨٣، ذيل الحديث ٦٦٢.

(٢) أنظر التهذيب ٧ : ٣٠٠، الحديث ١٢٥٤ و ٣٠٢، الحديث ١٢٥٩، والاستبصار ٣ : ١٨١ و ١٨٣، الحديث ٦٥٨ و ٦٦٣، وعنهما في الوسائل ١٤ : ٤٢٠ - ٤٢١، الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر، الحديث ١.

(٣) بعلي بن حديد الواقع في سندها. المسالك ٧ : ٣٦٦.

(٤) مثل ما في الوسائل ١٤ : ٤١٧، الباب ٥ من أبواب ما يحرم بالكفر، الحديث ٥.

(٥) لم يرد في المخطوطات.

ما تقدّم^(١) فالجميع . ويسقط بإسلامها؛ لما ذكر^(٢).

﴿ وبعده ﴾ أي بعد الدخول ﴿ يقف ﴾ الفسخ ﴿ على ﴾ انقضاء
 ﴿ العدة ﴾ فإن انقضت ولم يسلم الآخر تبيّن انفساخه من حين الإسلام، وإن
 أسلم فيها استمرّ النكاح، وعلى الزوج نفقة العدة مع الدخول إن كانت هي
 المسلمة، وكذا في السابق^(٣) ولو كان المسلم هو فلا نفقة لها عن زمن الكفر
 مطلقاً^(٤) لأنّ المانع منها مع قدرتها على زواله .

﴿ ولو أسلما معاً فالنكاح بحاله ﴾ لعدم المقتضي للفسخ . والمعتبر في ترتّب
 الإسلام ومعيّته بآخر كلمة الإسلام، لا بأولها . ولو كانا صغيرين قد أنكحهما الوليّ
 فالمعتبر إسلام أحد الأبوين في إسلام ولده، ولا اعتبار بمجلس الإسلام عندنا .
 ﴿ ولو أسلم الوثني ﴾ ومن في حكمه^(٥) ﴿ أو الكتابي على أكثر من
 أربع ﴾ نسوة بالعقد الدائم ﴿ فأسلمن ، أو كنّ كتابيات ﴾ وإن لم يسلمن ﴿ تخيير
 أربعاً ﴾ منهنّ وفارق سائرهنّ إن كان حرّاً وهنّ حرّات، وإلاّ اختار ما عيّن له
 سابقاً من حرّتين وأمتين، أو ثلاث حرّات وأمة، والعبد يختار حرّتين، أو أربع
 إماء، أو حرّة وأمتين، ثمّ تتخير الحرّة في فسخ عقد الأمة وإجازته كما مرّ^(٦).

(١) تقدّم في الصفحة ٢٢٢ القول بوجود جميع المهر؛ لوجوبه بالعقد ولم يثبت تشطيره
 إلاّ بالطلاق .

(٢) من أنّ الفسخ جاء من قبلها .

(٣) وهو إسلام الكتابيّة .

(٤) سواء أسلمت في العدة أم لا . (هامش ر) .

(٥) من سائر المشركين والملحدين .

(٦) مرّ في الصفحة ٢٠٤ .

ولو شرطنا في نكاح الأمة الشرطين توجه انفساخ نكاحها هنا إذا جمعت حرّة؛ لقدرته عليها المنافية لنكاح الأمة. ولو تعددت الحرائر اعتبر رضاهنّ جُمع ما لم يزدن على أربع، فيعتبر رضاء من يختارهنّ من النصاب.

. ولا فرق في التخيير بين من ترتّب عقدهنّ واقترن، ولا بين اختيار الأوائل والأواخر، ولا بين من دخل بهنّ وغيرهنّ. ولو أسلم معه أربع وبقي أربع كتائبات فالأقوى بقاء التخيير.

﴿ الثالثة عشرة ﴾ :

﴿ لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإبائه وإن لم يعد في العدة على الأقوى ﴾

لأصالة بقاء الزوجية ﴿ ورواية عمار ﴾ الساباطي عن الصادق عليه السلام قال : « سألته عن رجل أذن لعبد في تزويج امرأة فتروّجها، ثم إنَّ العبد أبق ؟ فقال : ليس لها على مولاه نفقة، وقد بانت عصمتها منه، فإنَّ إباق العبد طلاق امرأته، وهو بمنزلة المرتدّ عن الإسلام. قلت : فإن رجع إلى مولاه ترجع امرأته إليه ؟ قال : إن كانت قد انقضت عدتها ثم تزوّجت غيره فلا سبيل له عليها، وإن لم تتزوَّج ولم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الأوّل»^(١) ﴿ ضعيفة ﴾ السند، فإنَّ عماراً وإن كان ثقةً إلاَّ أنه فطحيّ لا يُعتمد على ما ينفرد به. وثبه بالأقوى على خلاف الشيخ في النهاية^(٢) حيث عمل بمضمونها، وتبعه ابن حمزة^(٣) إلاَّ أنه خصَّ الحكم بكون العبد زوجاً لأمة غير سيّده، وقد تزوّجها بإذن السيّد.

والحقّ المنع مطلقاً ووجوب النفقة على السيّد، ولا تبين المرأة إلا بالطلاق.

(١) الوسائل ١٤ : ٥٨٣، الباب ٧٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

(٢) النهاية : ٤٩٨.

(٣) الوسيلة : ٣٠٧.

﴿ الرابعة عشرة ﴾ :

﴿ الكفاءة ﴾ - بالفتح والمدّة - وهي تساوي الزوجين في الإسلام والإيمان، إلا أن يكون المؤمن هو الزوج والزوجة مسلمة من غير الفِرَق المحكوم بكفرها مطلقاً، أو كتابيّة في غير الدائم.

وقيل : يعتبر مع ذلك يسار الزوج بالنفقة قوّةً أو فعلاً^(١).

وقيل : يُكتفى بالإسلام^(٢) والأشهر الأوّل. وكيف فسّرت فهي ﴿ معتبرة في النكاح، فلا يجوز للمسلمة ﴾ مطلقاً ﴿ التزويج ﴾ بالكافر ﴿ وهو موضع وفاق.

﴿ ولا يجوز للناصب التزويج بالمؤمنة ﴾ لأنّ الناصبي شرّ^(٣) من اليهودي والنصراني على ما رُوي في أخبار أهل البيت عليهم السلام^(٤) وكذا العكس، سواء الدائم والمتعة. ﴿ ويجوز للمسلم التزويج متعة أو استدامة ﴾ للنكاح على تقدير إسلامه ﴿ كما مرّ^(٥) بالكافرة ﴾ الكتابيّة ومنها المجوسيّة، وكان عليه أن يقيدّها، ولعلّه اكتفى بالتشبيه بما مرّ.

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٤ : ١٧٨ - ١٧٩، والعلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٦٠٣، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٢٩٩.

(٢) قاله المفيد في المقنعة : ٥١٢، وابن سعيد في الجامع للشرائع : ٤٣٢.

(*) في (ع) و (ف) : التزوُّج.

(٣) في (ر) : أشرّ.

(٤) أنظر الوسائل ١ : ١٥٩، الباب ١١ من أبواب الماء المضاف، الحديث ٥، و ١٦٥، الباب ٣

من أبواب الأسأر، الحديث ٢.

(٥) مرّ في الصفحة ٢٢٠ - ٢٢١.

﴿ وهل يجوز للمؤمنة التزويج بالمخالف ﴾ من أيّ فِرَق الإسلام كان

ولو من الشيعة غير الإمامية؟ ﴿ قولان ﴾ :

أحدهما - وعليه المعظم - المنع ^(١) لقول النبي ﷺ : « المؤمنون بعضهم أكفاء

بعض » ^(٢) دلّ بمفهومه على أنّ غير المؤمن لا يكون كفواً للمؤمنة . وقوله ﷺ :

« إذا جاءكم من ترضون خلقة ودينه فزوّجوه ، إن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض

وفساد كبير » ^(٣) والمؤمن لا يرضى دين غيره . وقول الصادق عليه الصلاة

والسلام : « إنّ العارفة لا توضع إلّا عند عارف » ^(٤) وفي معناها أخبار كثيرة ^(٥)

واضحة الدلالة على المنع لو صحّ سندها ، وفي بعضها تعليل ذلك بأنّ المرأة تأخذ

من أدب زوجها ويقهرها على دينه ^(٦) .

والثاني : الجواز على كراهية ، اختاره المفيد ^(٧) والمحقّق ابن سعيد ^(٨) إمّا لأنّ

(١) مثل الشيخ في المبسوط ٤ : ١٧٨ ، والخلاف ٤ : ٢٧١ ، المسألة ٢٧ ، وابن إدريس في

السرائر ٢ : ٥٥٧ ، والعلامة في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٦٠٣ - ٦٠٤ ، والقواعد ٣ : ١٤ .

(٢) الوسائل ١٤ : ٣٩ ، الباب ٢٣ من أبواب مقدّمات النكاح ، الحديث ٢ .

(٣) الوسائل ١٤ : ٥١ - ٥٢ ، الباب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح ، الحديث ١ و ٢ و ٦ .

(٤) الوسائل ١٤ : ٤٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ، الحديث ٥ .

(٥) مثل ما في الوسائل ١٤ : ٤٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ، الحديث ٣ و ٤

وغيرهما في الباب ١١ من الأبواب .

(٦) الوسائل ١٤ : ٤٢٨ ، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ، الحديث ٢ .

(٧) لم نعثر على تصريحه به ، نعم نسبه في المقتصر : ٢٤٠ وفي المهذب البارع ٣ : ٣٠١ إلى

ظاهر المفيد ، أنظر المقنعة : ٥١٢ .

(٨) الشرائع ٢ : ٣٠٠ ، والمختصر النافع : ١٨٠ .

الإيمان هو الإسلام، أو لضعف الدليل الدالّ على اشتراط الإيمان، فإنّ الأخبار بين مرسل وضعيف ومجهول^(١) ولا شكّ أنّ الاحتياط المطلوب في النكاح - المترتب عليه مهامّ الدين مع تظافر الأخبار بالنهاي وذهاب المعظم إليه حتّى ادّعى بعضهم الإجماع عليه^(٢) - يرجّح القول الأوّل. واقتصار المصنّف على حكاية القولين مشعر بما تبيّنا عليه^(٣).

﴿ أمّا العكس فجائز ﴾ قطعاً ﴿ لأنّ المرأة تأخذ من دين בעلها ﴾ فيقودها إلى الإيمان. والإذن فيه من الأخبار^(٤) كثير.

﴿ الخامسة عشرة ﴾ :

﴿ ليس التمكن من النفقة ﴾ قوّة أو فعلاً ﴿ شرطاً في صحّة العقد ﴾ لقوله تعالى : (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله)^(٥) وللخبرين السابقين.

(١) فالمرسل مثل خبر الكليني (المشار إليه في الصفحة السابقة في الهامش رقم ٢)، والضعيف مثل خبر سهل بن زياد (المشار إليه في الصفحة السابقة في الهامش رقم ٣) وهو فاسد المذهب، والمجهول كخبر فضيل بن يسار (المشار إليه في الصفحة السابقة في الهامش رقم ٥، الحديث ٤) وفي طريقه مروان بن مسلم وعليّ بن يعقوب وهما مجهولان. راجع المسالك ٧: ٤٠٢ - ٤٠٣.

(٢) مثل الشيخ وابن إدريس، راجع الصفحة المتقدّمة، التخرّيج ١.

(٣) من تظافر الأخبار على المنع وذهاب المعظم إليه، ومطلوبيّة الاحتياط في النكاح من جهة، وموافقة القول الثاني للأصول وضعف ما دلّ على خلافه من جهة أخرى.

(٤) أنظر الوسائل: ٤٢٧، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر.

(٥) النور: ٣٢.

ثم إن كانت عالمة بفقره لزم العقد، وإلا ففي تسلطها على الفسخ إذا علمت قولان^(١) مأخذهما: لزوم التضرر ببقائها معه كذلك المنفي بالآية^(٢) والرواية^(٣) وأن النكاح عقد لازم والأصل البقاء، ولقوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)^(٤) وهو عام. وهو الأجود. والوجهان آتيان فيما إذا تجدد عجزه. وقيل: هو شرط في صحة النكاح كالإسلام، وأن الكفاءة مركبة منهما أو منهما ومن الإيمان^(٥).

والأقوى عدم شرطيته مطلقاً^(٦) ﴿ نعم هو شرط في وجوب الإجابة ﴾ منها أو من وليها؛ لأن الصبر على الفقر ضرر عظيم في الجملة، فينبغي جبره بعدم وجوب إجابته، وإن جازت أو رجحت مع تمام خلقه وكمال دينه، كما أمر به النبي ﷺ في إنكاح جويبر^(٧) وغيره^(٨). وملاحظة المال مع تمام الدين ليس محطاً نظر ذوي الهمم العوالي.

(١) القول بتسلطها على الفسخ لابن إدريس في السرائر ٢: ٥٥٧، والعلامة في المختلف ٧: ٢٩٩. والقول بعدم للصميري في غاية المرام: ٧٨، ونسب ذلك في المهذب ٣: ٣٠٤ وغيره إلى المحقق والعلامة وولده ولكن الموجود في كتبهم عدم اشتراط التمكن ولم يتعرضوا للفسخ.

(٢) الحج: ٧٨.

(٣) أنظر الوسائل ١٢: ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

(٤) البقرة: ٢٨٠.

(٥) تقدم عن الشيخ والعلامة في الصفحة ٢٢٦، الرقم ١.

(٦) يعني عدم شرطية التمكن مع العلم بفقره وعدمه، ومع سبق عجزه أو تجدده.

(٧) الوسائل ١٤: ٤٤، الباب ٢٥ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث الأول.

(٨) المصدر السابق: الحديث ٢، والأبواب ٢٦ و ٢٧ و ٢٨.

﴿ السادسة عشرة ﴾ :

﴿ يكره تزويج الفاسق خصوصاً شارب الخمر ﴾ قال الصادق عليه السلام : « من زوّج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها »^(١) وذهب بعض العامة^(٢) إلى عدم جواز تزويج الفاسق مطلقاً^(٣) إلا لمثله؛ لقوله تعالى : (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستون)^(٤).

﴿ السابعة عشرة ﴾ :

﴿ لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل ﴾ اتفاقاً، ولما فيه من الفساد ﴿ ولا للمعتدة رجعية ﴾ لأنها في حكم المزوجة.

والمراد بالتعريض : الإتيان بلفظٍ يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها مع ظهور إرادتها، مثل : ربّ راغب فيك وحريص عليك، أو إني راغب فيك، أو أنت عليّ كريمة أو عزيزة، أو إنّ الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً، ونحو ذلك. وإذا حرم التعريض لهما فالتصريح أولى.

﴿ ويجوز في المعتدة بائناً ﴾ كالمختلعة ﴿ التعريض من الزوج ﴾ وإن لم تحلّ له في الحال ﴿ وغيره، والتصريح منه ﴾ وهو الإتيان بلفظٍ لا يحتمل

(١) الوسائل ١٤ : ٥٣، الباب ٢٩ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأوّل.

(٢) هو الشافعي ذهب إلى أنّ الفاسق ليس بكفو للعدل [أنظر الشرح الكبير ٧ : ٣٧٤ - ٣٧٥،

ومغني المحتاج ٣ : ١٦٦]. (منه ﷺ).

(٣) لم يرد «مطلقاً» في (ع).

(٤) السجدة : ١٨.

غير إرادة النكاح ﴿ إن حلت له في الحال ﴾ بأن تكون على طليقة أو طليقتين، وإن توقّف الحلّ على رجوعها في البذل ﴿ ويحرم ﴾ التصريح منه ﴿ إن توقّف ﴾ حلّها له ﴿ على المحلّل . وكذا يحرم التصريح ﴾ في العدة ﴿ من غيره مطلقاً ﴾ سواء توقّف حلّها للزوج على محلّل أم لا، وكذا منه بعد العدة .

﴿ ويحرم التعريض للمطلّقة تسعاً ﴾ للعدة ﴿ من الزوج ﴾ لامتناع نكاحه لها والملاعنة ونحوها من المحرمات على التأييد . ﴿ ويجوز ﴾ التعريض لها ﴿ من غيره ﴾ كغيرها من المطلّقات بائناً .

واعلم أنّ الإجابة تابعة للخطبة في الجواز والتحريم، ولو فعل الممنوع تصريحاً أو تعريضاً لم تحرم بذلك، فيجوز له بعد انقضاء العدة تزويجها، كما لو نظر إليها في وقت تحريمه ثمّ أراد نكاحها .

﴿ الثامنة عشرة ﴾ :

﴿ تحرم الخطبة بعد إجابة الغير ﴾ منها أو من وكيلها أو وليّها؛ لقوله ﷺ : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه »^(١) فإنّ النهي ظاهر في التحريم، ولما فيه من إيذاء المؤمن وإثارة الشحناء المحرّم، فيحرم ما كان وسيلة إليه، ولو ردّ لم تحرم إجماعاً. ولو انتفى الأمران^(٢) فظاهر الحديث التحريم أيضاً، لكن لم نقف على قائل به. ﴿ ولو ﴾ خالف وخطب و ﴿ عقد صحّ ﴾ وإن فعل محرّماً؛ إذ لا منافاة بين تحريم الخطبة وصحة العقد .

(١) عوالي اللآلئ ٢ : ٢٧٤، الحديث ٣٩، وكنز العمال ١٦ : ٢٩٢، الرقم ٤٤٥٣٨ - ٤٤٥٣٩،

والسنن الكبرى ٧ : ١٧٩ .

(٢) أي الردّ والإجابة من المرأة .

﴿ وقيل : تكره الخطبة ﴾ بعد إجابة الغير من غير تحريم^(١) لأصالة الإباحة وعدم صيرورتها بالإجابة زوجة، ولعدم ثبوت الحديث، كحديث النهي عن الدخول في سومه^(٢) وهذا أقوى، وإن كان الاجتناب طريق الاحتياط. هذا كله في الخاطب المسلم.

أمّا الذمي إذا خطب الذمية لم تحرم خطبة المسلم لها قطعاً؛ للأصل وعدم دخوله في النهي؛ لقوله ﷺ: « على خطبة أخيه ».

﴿ التاسعة عشرة ﴾ :

﴿ يكره العقد على القابلة المريية ﴾ للنهي عنه في عدة أخبار^(٣) المحمول على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دلّ صريحاً على الجِل^(٤).

وقيل : تحرم^(٥) عملاً بظاهر النهي. ولو قبلت ولم ترتب، أو بالعكس لم تحرم ولم تكره قطعاً. والمعتبر في الترية مسماها، عملاً بالإطلاق.

وكذا يُكره العقد على بنتها؛ لأنها بمنزلة أخته، كما أنّ القابلة بمنزلة أمّه؛ لورودها معها في بعض الأخبار^(٦) وكان عليه أن يذكرها، إلا أنه لا قائل هنا بالمنع.

(١) قاله المحقق في المختصر النافع : ١٨١، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣ : ١١٤، ونسبه في غاية المرام ٣ : ٨٢ إلى المشهور وقال : وهو المعتمد.

(٢) أنظر الوسائل ١٢ : ٣٣٨، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٣) أنظر الوسائل ١٤ : ٣٨٦ - ٣٨٩، الباب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(٤) المصدر السابق : ٣٨٧، الحديث ٥ و ٦.

(٥) قاله الصدوق في المقنع : ٣٢٦.

(٦) أنظر الوسائل ١٤ : ٣٨٦ - ٣٨٧، الباب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١ و ٣ و ٨.

﴿ و ﴾ كذا يُكره ﴿ أن يزوّج ابنه بنت زوجته المولودة بعد مفارقتة ﴾ لأمّها.
وكذا ابنة أمته كذلك؛ للنهي عنه عن الباقر عليه السلام معللاً بأنّ أباه لها بمنزلة الأب^(١).
وكذا يُكره تزويج ابنته لابنها كذلك، والرواية شاملة لهما؛ لأنّه فرضها في
تزويج ولده لولدها، فلو فرضها المصنّف كذلك كان أشمل ﴿ أمّا ﴾ لو ولدتها
﴿ قبل تزويجه فلا كراهة ﴾ لعدم النهي وانتفاء العلة ﴿ وأن يتزوَّج بضرة الأمّ مع
غير الأب لو فارقتها الزوج ﴾ لرواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «ما أحبّ للرجل
المسلم أن يتزوَّج ضرة كانت لأمّه مع غير أبيه»^(٢) وهو شامل لما إذا كان تزوّج
ذلك الغير قبل أبيه وبعده.

﴿ العشرون ﴾ :

﴿ نكاح الشغار ﴾ بالكسر. وقيل: بالفتح^(٣) أيضاً ﴿ باطل ﴾ * إجماعاً
﴿ وهو أن يزوّج كلّ من الوالدين الآخر على أن يكون بضع كلّ واحدة مهراً
للأخرى ﴾ وهو نكاح كان في الجاهليّة، مأخوذ من الشغر وهو رفع إحدى
الرجلين، إمّا لأنّ النكاح يُفضي إلى ذلك ومنه قولهم: «أشغراً وفخراً؟» أو لأنّه
يتضمّن رفع المهر، أو من قبيل شغر البلد: إذا خلا من القاضي والسلطان؛ لخلوّه
من المهر. والأصل في تحريمه ما روي من النهي عنه عن النبي صلى الله عليه وآله.

(١) الوسائل ١٤ : ٣٦٥، الباب ٢٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٥.

(٢) الوسائل ١٤ : ٣٨٩، الباب ٤٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، وفيه حديث واحد.

(٣) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٥٨٠.

(*) في (ق) : يحرم نكاح الشغار.

(٤) أنظر الوسائل ١٤ : ٢٢٩ - ٢٣٠، الباب ٢٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢ و ٣ و ٤.

ولو خلا المهر من أحد الجانبين بطل خاصّة، ولو شرط كلّ منهما تزويج^(١) الأخرى بمهر معلوم صحّ العقدان وبطل المسمّى؛ لأنّه شرط معه تزويج وهو غير لازم، والنكاح لا يقبل الخيار، فيثبت مهر المثل. وكذا لو زوّجه بمهر وشرط أن يزوّجه ولم يذكر مهراً.

(١) في (ع) و (ف): تزوّج.

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في نكاح المتعة ﴾

وهو النكاح المنقطع ﴿ ولا خلاف ﴾ بين الإمامية ﴿ في شرعيته ﴾ مستمراً إلى الآن، أو^(١) لا خلاف بين المسلمين قاطبةً في أصل شرعيته، وإن اختلفوا بعد ذلك في نسخه ﴿ والقرآن ﴾ الكريم ﴿ مصرح به ﴾ في قوله تعالى: (فما استمتعتم به منهنّ فاتوهنّ أجورهنّ)^(٢) اتفق جمهور المفسرين على أنّ المراد به نكاح المتعة، وأجمع أهل البيت عليهم السلام على ذلك، وروي عن جماعة من الصحابة - منهم أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود - أنّهم قرأوا (فما استمتعتم به منهنّ إلى أجل مسمى)^(٣).

﴿ ودعوى نسخه ﴾ أي نسخ جوازه من الجمهور^(٤) ﴿ لم تثبت ﴾ لتناقض رواياتهم بنسخه، فإنهم رووا عن عليّ عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن متعة النساء

(١) في (ف) ونسخة بدل (ش): إذ.

(٢) النساء: ٢٤.

(٣) أنظر تفسير الطبري ٥: ٩، والتبيان ٣: ١٦٦، ومجمع البيان ٢: ٣٢.

(٤) أنظر المغني والشرح الكبير ٧: ٥٧١-٥٧٣، و٥٣٦-٥٣٨، والمجموع ١٧: ٣٥٦-٣٦٠.

ونيل الأوطار ٦: ١٣٦-١٣٧، وشرح النووي ٩: ١٧٩-١٨٩.

يوم خبير^(١) ورووا عن ربيع بن سبرة عن أبيه أنه قال: «شكونا الغزبة في حجة الوداع فقال: استمتعوا من هذه النساء، فتزوجت امرأة ثم غدوت على رسول الله ﷺ وهو قائم بين الركن والباب وهو يقول: إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع، ألا وإن الله قد حرّمها إلى يوم القيامة»^(٢).

ومن المعلوم ضرورةً من مذهب عليّ وأولاده عليهم الصلاة والسلام حلّها بإنكار تحريمها بالغاية، فالرواية عن عليّ عليه السلام بخلافه باطلة. ثمّ اللازم من الروايتين أن تكون قد نسخت مرتين؛ لأنّ إباحتها في حجة الوداع أولاً ناسخة لتحريمها يوم خبير، ولا قائل به، ومع ذلك فيتوجّه إلى خبر سبرة الطعن في سنده واختلاف ألفاظه ومعارضته لغيره. ورووا عن جماعة من الصحابة منهم جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وابن مسعود وسلمة بن الأكوع وعمران بن حصين وأنس بن مالك: أنّها لم تُنسخ^(٣) وفي صحيح مسلم بإسناده إلى عطاء قال: «قدم جابر بن عبد الله معتمراً فجنّاه في منزله، فسأله القوم عن أشياء ثمّ ذكروا المتعة، فقال: نعم استمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر»^(٤) وهو صريح في بقاء شرعيّتها بعد موت النبي ﷺ من غير نسخ.

﴿ وتحريم بعض الصحابة ﴾ وهو عمر ﴿ إياه تشريع ﴾ من عنده ﴿ مردود ﴾ عليه؛ لأنّه إن كان بطريق الاجتهاد فهو باطل في مقابلة النصّ

(١) السنن الكبرى ٧: ٢٠١-٢٠٢، وكنز العمال ١٦: ٥٢٢، الحديث ٤٥٧٢٨.

(٢) السنن الكبرى ٧: ٢٠٣، وكنز العمال ١٦: ٥٢٥، الحديث ٤٥٧٣٩، ونيل الأوطار ٦:

١٣٤، الرقم ٦.

(٣) أنظر المحلّي ٩: ١٢٩، ونيل الأوطار ٦: ١٣٥، وشرح النووي ٩: ١٧٩.

(٤) صحيح مسلم ٤: ١٣١.

إجمالاً، وإن كان بطريق الرواية فكيف خفي ذلك على الصحابة أجمع في بقية زمن النبي وجميع خلافة أبي بكر وبعض خلافة المحرم؟ ثم يدل على أن تحريمه من عنده لا بطريق الرواية قوله في الرواية المشهورة عنه بين الفريقين: «متعتان كانتا في عهد رسول الله ﷺ حلالاً أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما»^(١) ولو كان النبي ﷺ قد نهى عنهما في وقت من الأوقات لكان إسناده إليه ﷺ أولى وأدخل في الزجر. وروى شعبة عن الحكم بن عتيبة - وهو من أكابرهم - قال: سألته عن هذه الآية (فما استمتعتم به منهن)^(٢) - أمسوخة هي؟ قال: لا، ثم قال الحكم: قال علي بن أبي طالب عليه السلام: «لولا أن عمر نهى عن المتعة ما زنى إلا شقي»^(٣) وفي صحيح الترمذي «أن رجلاً من أهل الشام سأل ابن عمر عن متعة النساء فقال: هي حلال، فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر: رأيت إن كان أبي نهى عنها وصنعها»^(٤) رسول الله ﷺ أترك السنة وتتبع قول أبي!«^(٥).

وأما الأخبار بشرعيتها^(٦) من طريق أهل البيت عليهم السلام فبالغة - أو كادت أن تبلغ - حد التواتر؛ لكثرتها، حتى أنه مع كثرة اختلاف أخبارنا - الذي أكثره بسبب التقية - وكثرة مخالفينا فيه لم يوجد خبر واحد منها يدل على منعه، وذلك عجيب!

(١) السنن الكبرى ٧: ٢٠٦، وكنز العمال ١٦: ٥١٩، الرقم ٤٥٧١٥.

(٢) النساء: ٢٤.

(٣) تفسير الطبري ٥: ٩.

(٤) في (ش): وسنها، وفي (ر): وقد سنها.

(٥) سنن الترمذي ٣: ١٨٥، الرقم ٨٢٤، ولكنه في متعة الحج، ولم نعثر على غيره فيه.

(٦) في (ع) و(ف): شرعيتها.

﴿ وإيجابه كالدائم ﴾ بأحد الألفاظ الثلاثة ولا إشكال هنا في «متعتك»
 ﴿ وقبوله كذلك. ويزيد ﴾ هنا ذكر ﴿ الأجل ﴾ المضبوط المحروس عن الزيادة
 والنقصان ﴿ وذكر المهر ﴾ المضبوط كذلك بالكيل أو الوزن أو العدد مع المشاهدة
 أو الوصف الراجع للجهالة، ولو أخلّ به بطل العقد، بخلاف الدائم.
 ﴿ وحكمه كالدائم في جميع ما سلف ﴾ من الأحكام شرطاً وولايةً،
 وتحريماً بنوعيه^(١) ﴿ إلا ما استثنى ﴾ من أنّ المتعة لا تنحصر في عدد^(٢) وأنّها
 تصحّ بالكتائية ابتداءً.

﴿ ولا تقدير في المهر قلة ولا كثرة ﴾، بل ما تراضيا عليه ممّا يتموّل
 ولو بكفٍّ من بُرٍّ، وقدره الصدوق بدرهم^(٣) ﴿ وكذا ﴾ لا تقدير في ﴿ الأجل ﴾
 قلة وكثرة. وشذّ قول بعض الأصحاب بتقديره قلة بما بين طلوع الشمس
 والزوال^(٤) ﴿ ولو وهبها المدة قبل الدخول فعليه نصف المسمى ﴾ كما لو طلق
 في الدوام قبله. وفي إلحاق هبة بعض المدة قبله بالجميع نظر، والأصل يقتضي
 عدم السقوط. ولو كانت الهبة بعد الدخول للجميع أو البعض لم يسقط منه شيء
 قطعاً؛ لاستقراره بالدخول. والظاهر أنّ هذه الهبة إسقاط بمنزلة الإبراء فلا يفترق
 إلى القبول.

﴿ ولو أخلّت بشيء من المدة ﴾ اختياراً قبل الدخول أو بعده ﴿ قاصها ﴾
 من المهر بنسبة ما أخلّت به من المدة بأن يبسط المهر على جميع المدة ويسقط منه

(١) عيناً وجمعاً.

(٢) في (ر) زيادة: ونصاب.

(٣) المقنع : ٣٣٩.

(٤) قاله ابن حمزة في الوسيلة : ٣١٠.

بحسابه، حتى لو أخلّت بها أجمع سقط عنه المهر.

ولو كان المنع لعذر - كالحيض والمرض والخوف من ظالم - لم يسقط باعتباره شيء. ويحتمل ضعيفاً السقوط بالنسبة كالاختياري، نظراً إلى أنه في مقابلة الاستمتاع بقريئة المنع الاختياري. وهو مشترك بين الاختياري والاضطراري. وضعفه ظاهر. وفي رواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^(١) ما يدلّ على الحكمين^(٢).

وإطلاق المقاصة على ذلك الوجه مجاز؛ لأنّ مجرد إخلالها بالمدة يوجب سقوط مقابلها من العوض الآخر، ومثل هذا لا يُعدّ مقاصة. ولو ماتت في أثناء المدة أو قبل الدخول فأولى بعدم سقوط شيءٍ كالدائم.

﴿ ولو أخلّ بالأجل في ﴾ متن ﴿ العقد انقلب دائماً، أو بطل على خلاف ﴾ في ذلك، منشؤه: من صلاحية أصل العقد لكلّ منهما، وإنّما يتمخض للمتعة بذكر الأجل وللدوام بعده، فإذا انتفى الأوّل ثبت الثاني؛ لأنّ الأصل في العقد الصحة، وموثقة ابن بكير عن الصادق عليه السلام قال: «إن سُمّي الأجل فهو متعة، وإن لم يُسمَّ الأجل فهو نكاح باقٍ»^(٣) وعلى هذا عمل الشيخ^(٤) والأكثر^(٥) ومنهم المصنّف

(١) الوسائل ١٤ : ٤٨٢، الباب ٢٧ من أبواب المتعة، الحديث ٤.

(٢) السقوط في الاختياري وعدمه في الاضطراري.

(٣) الوسائل ١٤ : ٤٦٩، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث الأوّل.

(٤) النهاية : ٤٨٩.

(٥) مثل الحلبي في الكافي : ٢٩٨، والقاضي في المهذب ٢ : ٢٤١، والسيد ابن زهرة في

الغنية : ٣٥٥، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٣٠٦، والمختصر النافع : ١٨٢.

في شرح الإرشاد^(١) ومن أنّ المتعة شرطها الأجل إجماعاً والمشروط عدمٌ عند عدم شرطه، ولصحيحة زرارة عنه عليه السلام: « لا تكون متعة إلاّ بأمرين: بأجل مسمّى، وأجرٍ مسمّى »^(٢) وأنّ الدوام لم يُقصد والعقود تابعة للقصد، وصلاحيّة الإيجاب لهما لا يوجب حمل المشترك على أحد معنييه مع إرادة المعنى^(٣) الآخر المبين له.

وهذا هو الأقوى، والرواية ليس فيها تصريح بأنّهما أرادا المتعة وأخلاً بالأجل، بل مضمونها: أنّ النكاح مع الأجل متعة وبدونه دائم، ولا نزاع فيه. وأمّا القول بأنّ العقد إن وقع بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، أو بلفظ التمتع بطل^(٤) أو بأنّ ترك الأجل إن كان جهلاً منهما أو من أحدهما أو نسياناً كذلك بطل، وإن كان عمداً انقلب دائماً^(٥) فقد ظهر ضعفه ممّا ذكرناه، فالقول بالبطان مطلقاً مع قصد التمتع الذي هو موضع النزاع أوجه.

﴿ ولو تبيّن فساد العقد ﴾ إمّا بظهور زوج أو عدّة، أو كونها محرّمة عليه جمعاً أو عيناً أو غير ذلك من المفسدات ﴿ فمهر المثل مع الدخول ﴾ وجعلها حالة الوطء؛ لأنّه وطء محترم، فلا بدّ له من عوض وقد بطل المسمّى، فيثبت مهر مثلها في المتعة المخصوصة.

(١) غاية المراد ٣ : ٨٥ .

(٢) الوسائل ١٤ : ٤٦٥ ، الباب ١٧ من أبواب المتعة ، الحديث الأوّل .

(٣) في (ع) : معنى .

(٤) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٦٢٠ .

(٥) لم نعثر عليه .

وقيل : تأخذ ما قبضته ولا يُسَلَّم الباقي^(١) استناداً إلى رواية^(٢) حملها على كون المقبوض بقدر مهر المثل أولى من إطلاقها المخالف للأصل .

وقبل الدخول لا شيء لها ؛ لبطان العقد المقضي لبطان المسمّى ، فإن كانت قد قبضته استعاده ، وإن تلف في يدها ضمته مطلقاً ، وكذا لو دخل وهي عالمة بالفساد ؛ لأنّها بغيّ ولا مهر لبغيّ .

﴿ ويجوز العزل عنها وإن لم يشترط ﴾ ذلك في متن العقد ، وهو هنا موضع وفاق ، وهو منصوص بخصوصه^(٣) ولأنّ الغرض الأصلي منه الاستمتاع دون النسل ، بخلاف الدوام . ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يلحق به الولد ﴾ على تقدير ولادتها بعد وطئه بحيث يمكن كونه منه ﴿ وإن عزل ﴾ لأنّها فرأش والولد للفرأش ، وهو مرويّ أيضاً^(٤) لكن لو نفاه انتفى ظاهراً بغير لعان ، بخلاف ولد الدوام .

﴿ ويجوز اشتراط السائغ في العقد ، كاشتراط الإتيان ليلاً أو نهاراً ﴾ لأنّه شرط لا ينافي مقتضى العقد ؛ لجواز تعلّق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر ، إمّا طلباً للاستبداد أو توفيراً لما سواه على غيره من المطالب ﴿ أو ﴾ شرط إتيانها ﴿ مرّة أو مراراً ﴾ مضبوطة ﴿ في الزمان المعين ﴾ لما ذكر . ولو لم يعيّن الوقت بل أطلق المرّة والمرّات بطل ؛ للجهالة .

﴿ ولا يقع بها طلاق ﴾ بل تبيّن بانقضاء المدّة أو بهبته إيّاها . وفي رواية

(١) قاله الشيخ في النهاية : ٤٩١ .

(٢) وهي رواية حفص البخري في الوسائل ١٤ : ٤٨٢ ، الباب ٢٨ من أبواب المتعة ، الحديث الأوّل .

(٣) أنظر الوسائل ١٤ : ٤٩٠ ، الباب ٣٤ من أبواب المتعة .

(٤) أنظر الوسائل ١٤ : ٤٨٨ ، الباب ٣٣ من أبواب المتعة .

محمد بن إسماعيل عن الرضا عليه السلام «قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: نعم»^(١).
 ﴿ولا إيلاء﴾ على أصح القولين^(٢) لقوله تعالى في قصة الإيلاء: (وإن
 عزموا الطلاق)^(٣) وليس في المتعة طلاق، ولأن من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء
 وهو منتفٍ في المتعة وبانتفاء اللازم ينتفي الملزوم. وللمرتضى رحمه الله قول بوقوعه
 بها^(٤) لعموم لفظ «النساء»^(٥) ودفع^(٦) بقوله تعالى: (وإن عزموا الطلاق) فإنّ عود
 الضمير إلى بعض العامّ يخصّصه.

﴿ولا لعان إلا في القذف بالزنا على قول﴾ المرتضى والمفيد^(٧) استناداً
 إلى أنّها زوجة فيقع بها اللعان؛ لعموم قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم)^(٨)
 فإنّ الجمع المضاف يعمّ. وأجيب^(٩) بأنّه مخصوص بالسنة؛ لصحيفة ابن سنان
 عن الصادق عليه السلام «لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذميمة، ولا التي يتمتع بها»^(١٠) ومثله

(١) الوسائل ١٤ : ٤٧٩، الباب ٢٥ من أبواب المتعة، الحديث الأوّل.

(٢) قاله الشيخ في النهاية : ٥٢٨، والمحقّق في المختصر النافع : ٢٠٧، وابن فهد في
 المقتصر : ٢٩٤. وهو المشهور بين الفقهاء.

(٣) البقرة : ٢٢٧.

(٤) لم نعر على قوله وإن نسب إليه في الإيضاح ٣ : ١٣١، وجامع المقاصد ١٣ : ٣٥، بل
 ما أفاده في الانتصار : ٢٧٧ يوافق قول المشهور كما اعترف به في كشف اللثام ٧ : ٢٨٦.

(٥) في الآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٦) دفعه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٣ : ٣٥.

(٧) راجع خلاصة الإيجاز (مصنّفات المفيد ٦ : ٣٧) والانتصار : ٢٧٦.

(٨) النور : ٦.

(٩) أجاب به المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٣ : ٣٦.

(١٠) الوسائل ١٥ : ٥٩٦، الباب ٥ من أبواب اللعان، الحديث ٤.

رواية علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام ^(١) ولا قائل بالفرق بين الحرّ والعبد، فالقول بعدم وقوعه مطلقاً قويّ. وأمّا لعانها لنفي الولد فممنفيّ إجماعاً، ولا نتفائه بدونه.

﴿ ولا توارث ﴾ بينهما ﴿ إلا مع شرطه ﴾ في العقد، فيثبت على حسب ما يشترطانه. أمّا انتفاؤه بدون الشرط فللأصل، ولأنّ الإرث حكم شرعيّ فيتوقّف ثبوته على توظيف الشارع ولم يثبت هنا، بل الثابت خلافه، كقول الصادق عليه السلام ^(٢): «من حدودها - يعني المتعة - أن لا تترك، ولا ترثها» ^(٣) وأمّا ثبوته معه فلعوم «المؤمنون عند شروطهم» ^(٤) وقول الصادق عليه الصلاة والسلام في صحيحة محمد بن مسلم: «إن اشترطت ^(٥) الميراث فهما على شرطهما» ^(٦) وقول الرضا عليه الصلاة والسلام في حسنة البيهقي «إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشترط لم يكن» ^(٧).

وفي المسألة أقوال أخر، مأخذها أخبار أو إطلاق لا تقاوم هذه: أحدها: التوارث مطلقاً ^(٨).

(١) الوسائل ١٥ : ٢٩٦، الباب ٥ من أبواب اللعان، الحديث ١١.

(٢) في (ر) زيادة: في صحيحة محمد بن مسلم.

(٣) الوسائل ١٤ : ٤٨٧، الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ٨، وليس في طريقها محمد بن مسلم.

(٤) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٥) في (ر) والوسائل: اشترطاً.

(٦) الوسائل ١٤ : ٤٨٦، الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ٥.

(٧) المصدر السابق: ٤٨٥، الحديث الأول.

(٨) اختاره القاضي في المهذب ٢ : ٢٤٠ و ٢٤٣.

وثانيها: عدمه مطلقاً^(١).

وثالثها: ثبوته مع عدم شرط عدمه^(٢).

والأظهر مختار المصنّف.

ثم إن شرطاه لهما فعلى ما شرطاه، أو لأحدهما خاصّة احتمال كونه كذلك عملاً بالشرط، وبطلانه: لمخالفته مقتضاه؛ لأنّ الزوجيّة إن اقتضت الإرث وانتفت موانعه ثبت من الجانبين، وإلا انتفى منهما.

﴿ ويقع بها الظهار ﴾ على أصحّ القولين^(٣) لعموم الآية^(٤) فإنّ المستمتع بها زوجة ولم تخصّ، بخلاف ما سبق. وذهب جماعة إلى عدم وقوعه بها^(٥) لقول الصادق عليه الصلاة والسلام: «الظهار مثل الطلاق»^(٦) والمتبادر من المماثلة أن يكون في جميع الأحكام، ولأنّ المظاهر يُلزم بالفئة أو الطلاق، وهو هنا متعدّد، والإلزام بالفئة وحدها بعيد، وبهية المدّة بدل الطلاق أبعد.

(١) اختاره الحلبي في الكافي: ٢٩٨، وابن إدريس في السرائر ٢: ٦٢٤، والعلامة في المختلف

٧: ٢٢٨، وولده في الإيضاح ٣: ١٣٢، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٣: ٣٧.

(٢) اختاره العماني كما نقل عنه العلامة في المختلف ٧: ٢٢٦، والسيد المرتضى في الانتصار: ٢٧٥، ذيل المسألة ١٥٣ في المتعة.

(٣) ذهب إليه ابن أبي عقيل على ما حكاه عنه العلامة في المختلف ٧: ٤١٨، والسيد في الانتصار: ٢٧٦، والحلبي في الكافي: ٣٠٣، وابن زهرة في الغنية: ٣٥٦، واختاره العلامة في المختلف ٧: ٤١٨ - ٤١٩.

(٤) المجادلة: ٣.

(٥) نسبة العلامة في المختلف ٧: ٤١٨ إلى الصدوق وابن الجنيد، وراجع الهداية: ٢٧٤،

واختاره ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٢٤ و ٧٠٩.

(٦) الوسائل ١٥: ٥١٠، الباب ٢ من أبواب الظهار، الحديث ٣ مع اختلاف في العبارة.

ويضعّف بضعف الرواية^(١) وإرسالها، والمماثلة لا تقتضي العموم والإلزام^(٢) بأحد الأمرين جاز أن يختصّ بالدائم، ويكون أثر الظهار هنا وجوب اعتزالها كالمملوكة.

﴿ وعدّتها ﴾ مع الدخول إذا انقضت مدّتها أو وهبها ﴿ حيضتان ﴾ إن كانت ممّن تحيض؛ لرواية محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: «طلاق الأمة تطليقتان وعدّتها حيضتان»^(٣) وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام: «أنّ على المتمتعة ما على الأمة»^(٤).

وقيل: عدّتها قرءان^(٥) وهما طهران؛ لحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام: «إن كان حرّاً تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدّتها قرءان»^(٦) [مضافة]^(٧) إلى صحيحة زرارة.

والأوّل أحوط، وعليه لو انقضت أيّامها أو وهبها في أثناء الحيض لم يُحسب ما بقي منه؛ لأنّ الحيضة لا تصدق على بعضها، وإن احتسب ما بقي من الطهر طهراً.

(١) وضعفها بابن فضّال، فإنّه فطحيّ. أنظر المسالك ٩ : ٩ - ١٠.

(٢) في (ع) : والالتزام.

(٣) الوسائل ١٥ : ٤٧٠، الباب ٤٠ من أبواب العدد، الحديث ٥.

(٤) المصدر السابق : ٤٨٤، الباب ٥٢ من أبواب العدد، الحديث ٢.

(٥) قاله المفيد في المقنعة : ٥٣٦، والحلي في الكافي : ٣١٢، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٢٧، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٦٢٥، واعتمد عليه العلامة في المختلف ٧ : ٢٣٢.

(٦) الوسائل ١٥ : ٤٦٩، الباب ٤٠ من أبواب العدد، الحديث الأوّل.

(٧) في المخطوطات : مضافاً.

﴿ ولو استرايت ﴾ بأن لم تحض وهي في سنّ من تحيض ﴿ فخمسة وأربعون يوماً ﴾ وهو موضع وفاق. ولا فرق فيهما بين الحرّة والأمة ﴿ و ﴾ تعتدّ ﴿ من الوفاة بشهرين وخمسة أيّام إن كانت أمة، وبضعفها إن كانت حرّة ﴾.

ومستند ذلك الأخبار الكثيرة الدالّة على أنّ عدّة الأمة من وفاة زوجها شهران وخمسة أيّام^(١) والحرّة ضعّفها^(٢) من غير فرق بين الدوام والمتعة. وتزيد الأمة هنا بخصوصها مرسله عليّ بن أبي شعبة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة متعة ثمّ مات عنها، ما عدّتها؟ قال: خمسة وستون يوماً »^(٣) بحملها على الأمة جمعاً.

وقيل: إنّ عدّتها أربعة أشهر وعشرّاً مطلقاً^(٤) لصحيحة زرارة عن الباقر عليه الصلاة والسلام قال: « سألته ما عدّة المتمتعة إذا مات عنها زوجها^(٥) قال: أربعة أشهر وعشرّاً. ثمّ قال: يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت، أو أمة وعلى أيّ وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدّة أربعة أشهر وعشرّاً »^(٦) وصحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق عليه السلام قال: « سألته عن المرأة يتزوّجها الرجل متعة ثمّ يتوفّى عنها، هل عليها العدّة؟ فقال:

(١) أنظر الوسائل ١٥ : ٤٧٣، الباب ٤٢ من أبواب العدد، الحديث ٦ و ٧ و ٨ و ٩.

(٢) الوسائل ١٥ : ٤٥١ - ٤٥٥، الباب ٣٠ من أبواب العدد.

(٣) المصدر السابق : ٤٨٥، الباب ٥٢ من أبواب العدد، الحديث ٤.

(٤) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٦٢٥ و ٧٣٥، وقوّه العلامة في المختلف ٧ : ٢٣٥،

وجعله الأصحّ المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٣ : ٤٤.

(٥) لم يرد « زوجها » إلّا في (ع)، وفي الوسائل مكانه: الذي يتمّع بها.

(٦) الوسائل ١٥ : ٤٨٤، الباب ٥٢ من أبواب العدد، الحديث ٢.

تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام»^(١).

ويشكل بأن هذه مطلقة، فيمكن حملها على الحرّة جمعاً. وصحيحة زرارة تضمنت أنّ عدّة الأمة في الدوام كالحرّة ولا قائل به، ومع ذلك معارضة بمطلق الأخبار الكثيرة الدالة على أنّ عدّة الأمة في الوفاة على نصف الحرّة، وبأن كونها على النصف في الدوام يقتضي أولويته في المتعة؛ لأنّ عدتها أضعف في كثير من أفرادها، ونكاحها أضعف، فلا يناسبها أن تكون أقوى. وهذه مخالفة أخرى في صحيحة زرارة للأصول، وإن كان العمل بها أحوط.

﴿ ولو كانت حاملاً فبأبعد الأجلين ﴾ من أربعة أشهر وعشرة أو شهرين وخمسة، ومن وضع الحمل ﴿ فيهما ﴾ أي في الحرّة والأمة. أمّا إذا كانت الأشهر أبعد فظاهر؛ للتحديد بها في الآية^(٢) والرواية^(٣) وأمّا إذا كان الوضع أبعد فلا متناع الخروج من العدّة مع بقاء الحمل.

(١) الوسائل ١٥ : ٤٨٤، الباب ٥٢ من أبواب العدد، الحديث الأول.

(٢) وهي الآية ٢٣٤ من سورة البقرة.

(٣) أنظر الوسائل ١٥ : ٤٥١ و ٤٥٥، الباب ٣٠ و ٣١ من أبواب العدد.



﴿ الفصل الخامس ﴾

﴿ في نكاح الإماء ﴾

بكسر الهمزة مع المدّ جمع أمة بفتحها ﴿ لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً إلا بإذن المولى ﴾ لأنّهما ملك له فلا يتصرّفان في ملكه بغير إذنه؛ لقبه ﴿ أو إجازته ﴾ لعقدهما لو وقع بغير إذنه على أشهر القولين^(١) لحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده قال: ذاك إلى السيّد إن شاء أجاز، وإن شاء فرّق بينهما»^(٢).

وعلى هذا فتكون الإجازة كاشفة عن صحّته من حين إيقاعه كغيره من العقود الفضوليّة. وقيل: بل يكون كالعقد المستأنف^(٣) وقيل: يقع باطلاً إمّا بناءً على بطلان العقد الفضولي مطلقاً^(٤) أو بطلان نكاح الفضولي

(١) ذهب إليه المحقّق في الشرائع ٢: ٣٠٩، والمختصر: ١٨٣، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٤٥، والعلامة في القواعد ٣: ٥٥، والمختلف ٧: ٢٦٨، وغيرهما، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٣: ٦١، ونسبه في المسالك ٨: ٦ إلى الأكثر.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

(٣) وهو المنسوب إلى الشيخ في النهاية كما في غاية المراد ٣: ٤١، والمسالك ٨: ٦، وانظر النهاية: ٤٧٦، واختاره القاضي في المهذب ٢: ٢١٦.

(٤) وهو أحد قولَي الشيخ في المبسوط ٤: ١٦٣، والخلاف ٣: ١٦٨، المسألة ٢٧٥ من كتاب البيع، واختاره فخر المحقّقين في الإيضاح ١: ٤١٧، و ٣: ٢٧.

مطلقاً^(١) أو بطلان هذا بخصوصه، نظراً إلى أنه منهى عنه^(٢) لقبح التصرف في ملك الغير فيكون فاسداً، ولما روي عن النبي ﷺ: «أيما مملوك تزوج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل»^(٣) وكلية الكبرى والسند ممنوعان.

وقيل: تختص الإجازة بعقد العبد دون الأمة^(٤) عملاً بظاهر النص السابق، ورجوعاً في غيره إلى النهي المفيد للبطلان، وكلاهما ممنوعان، فإن المملوك يصلح لهما، والنهي لا يقتضيه هنا.

وحيث يأذن المولى أو يجيز عقد العبد فالمهر ونفقة الزوجة عليه، سواء في ذلك كسب العبد وغيره من سائر أمواله على أصح الأقوال^(٥) وله مهر أمته.

﴿ وإذا كانا ﴾ أي الأبوان ﴿ رقاً فالولد رق ﴾ لأنه فرعها وتابع لهما. ويملكه المولى إن اتحد، وإن كان كل منهما لمالك ﴿ يملكه المولى إن أذنا لهما ﴾ في النكاح ﴿ أو لم يأذن أحدهما ﴾ أي كل واحد منهما؛ لأنه نماء ملكهما، فلا مزية لأحدهما على الآخر، والنسب لاحق بهما. بخلاف باقي الحيوانات، فإن

(١) سواء كان من العبد أو الحر، قاله الشيخ في الخلاف ٤: ٢٥٧-٢٥٨، المسألة ١١.

(٢) نسبه العلامة في المختلف ٧: ٢٦٨ إلى ابن إدريس. أنظر السرائر ٢: ٥٩٦.

(٣) سنن أبي داود ٢: ٢٢٨، الحديث ٢٠٧٩، منقول بالمضمون.

(٤) وهو المنسوب في غاية المرام وغيره إلى ابن حمزة، أنظر غاية المرام ٣: ٩٦، والوسيلة: ٣٠٠.

(٥) ذهب إليه المحقق في الشرائع ٢: ٣٠٩، والعلامة في التحرير ٣: ٥٠٣.

والقول الثاني: أنه على العبد في كسبه، قاله الشيخ في المبسوط ٤: ١٦٧.

والقول الثالث: التفصيل بأن العبد إن كان غير مكتسب فعلى سيده وإن كان مكتسباً فمولاه مخير، واختاره ابن حمزة في الوسيلة: ٣٠٦. أنظر غاية المرام ٣: ٣٣.

(*) في (ق) و (س) زيادة: و.

النسب غير معتبر، والنمو والتبعية فيه لاحق بالأم خاصة، والنص^(١) دالّ عليه أيضاً، والفرق به أوضح.

﴿ ولو أذن أحدهما ﴾ خاصة ﴿ فالولد لمن لم يأذن ﴾ سواء كان مولى الأب أم مولى الأمّ. وعُلِّلَ مع النصّ^(٢) بأنّ الآذن قد أقدم على فوات الولد منه، فإنّه قد يتزوَّج من ليس برقّ فينعقد الولد حرّاً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة^(٣).

ويُشكل الفرق فيما لو انحصر إذن الآذن في وطء المملوكة، فإنّه لم يضيّع الولد حينئذٍ.

ويُشكل الحكم فيما لو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختصّ وأحد المشتركين دون الآخر، أو تعدّد مولى كلّ منهما، فإنّه خارج عن موضع النصّ والفتوى، فيحتمل كونه كذلك فيختصّ الولد بمن لم يأذن اتّحد أم تعدّد، واشتراكه^(٤) بين الجميع على الأصل حيث لا نصّ.

﴿ ولو شرط أحد الموليين انفراده بالولد، أو بأكثره صحّ الشرط ﴾ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٥) ولأنّه شرط لا ينافي النكاح.

﴿ ولو كان أحد الزوجين حرّاً فالولد حرّاً ﴾ للأخبار الكثيرة الدالة عليه^(٦) سواء في ذلك الأب والأمّ؛ ولأنّه نماء الحرّ في الجملة وحقّ الحرّيّة مقدّم؛

(١) لم نعثر عليه.

(٢) لم نعثر عليه. كما اعترف به في المسالك ٨ : ٢٧.

(٣) نقله في جامع المقاصد ١٣ : ٨٦ عن بعض الأصحاب وقال : لم نقف عليه.

(٤) أي احتمال اشتراكه.

(٥) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٦) أنظر الوسائل ١٤ : ٥٢٨، الباب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

لأنّها أقوى، ولهذا بُني العتق على التغليب والسراية. وقول ابن الجنيد: بأنّه لسيد المملوك منها إلّا مع اشتراط حرّيته^(١) - تغليباً لحقّ الآدمي على حقّ الله تعالى - ضعيف.

﴿ ولو شرط ﴾ مولى الرقّ منهما ﴿ رقيته جاز ﴾ وصار رقاً ﴿ على قول مشهور ﴾ بين الأصحاب ﴿ ضعيف، المأخذ ﴾ لأنّه رواية مقطوعة^(٢) دلّت على أنّ ولد الحرّ من مملوكة مملوك، حملوها على ما إذا شرط المولى الرقيّة. ومثل هذه الرواية لا تصلح مؤسّسة لهذا الحكم المخالف للأصل، فإنّ الولد إذا كان مع الإطلاق ينعقد حرّاً فلا تأثير في رقيته للشرط؛ لأنّه ليس ملكاً لأبيه حتّى يؤثّر شرطه، كما لا يصحّ اشتراط رقيّة من ولد حرّاً، سيّما مع ورود الأخبار الكثيرة^(٣) بحرّيّة من أحد أبويه حرّاً، وفي بعضها: « لا يملك ولد حرّاً »^(٤).

ثمّ على تقدير اشتراط رقيته في العقد أو التحليل وقلنا بعدم صحّة الشرط، هل يحكم بفساد العقد؛ لعدم وقوع التراضي بدون الشرط الفاسد كما في غير، من العقود المشتملة على شرط فاسد، أم يصحّ ويبطل الشرط خاصّة؟

يحتمل الأوّل؛ لأنّ العقد يتبع القصد ولم يحصل إلّا بالشرط والشرط لم يحصل. والثاني؛ لأنّ عقد النكاح كثيراً ما يصحّ بدون الشرط الفاسد وإن لم يصحّ غيره من العقود. وفي الأوّل قوّة. وصحّته في بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضي عمومته في جميع مواردّه، وأولى بعدم الصحّة لو كان تحليلاً؛ لأنّه متردّد بين العقد والإذن، كما سيأتي. ولا يلزم من ثبوت الحكم في العقد ثبوته في الإذن

(١) نقله عنه في المختلف ٧: ٢٦٣.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٣٠، الباب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١٠.

(٣) أنظر الوسائل ١٤: ٥٢٨، الباب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) الوسائل ١٤: ٥٧٩، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥.

المجرّد، بل يبقى على الأصل.

وعلى هذا لو دخل مع فساد الشرط وحكمنا بفساد العقد كان زانياً مع علمه بالفساد وانعقد الولد رقاً كنظارته. نعم، لو جهل الفساد كان حرّاً؛ للشبهة. وإن قلنا بصحّته لزم بالشرط ولم يسقط بالإسقاط بعد العقد؛ لأنّ ذلك مقتضى الوفاء به، مع احتمالته تغليباً للحرّيّة، كما لو أسقط حقّ التحجير ونحوه.

﴿ وَيُسْتَحَبُّ إِذَا زَوَّجَ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ أَنْ يُعْطِيَهَا شَيْئاً مِنْ مَالِهِ ﴾ ليكون بصورة المهر جبراً لقلبها، ورفعاً لمنزلة العبد عندها، ولصحيحة محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل كيف يُنكح عبده أُمته؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطيها شيئاً من قبله أو من قبل مولاه ولو بمدّ من طعام أو درهم، أو نحو ذلك»^(١).

وقيل: بوجوب الإعطاء^(٢) عملاً بظاهر الأمر، ولئلا يلزم خلوّ النكاح عن المهر في العقد والدخول معاً. ويضعف بأنّ المهر يستحقّه المولى؛ إذ هو عوض البُضع المملوك له، ولا يُعقل استحقاقه شيئاً على نفسه وإن كان الدفع من العبد كما تضمّنته الرواية؛ لأنّ ما بيده ملك للمولى. أمّا الاستحباب فلا حرج فيه؛ لما ذكر وإن لم يخرج عن ملكه. ويكفي فيه كونه إباحة بعض ماله للأمة تنتفع به بإذنه. والفرق بين النفقة اللازمة للمولى والمهر: أنّه في مقابلة شيء هو ملك المولى، بخلافها فإنّها مجرد نفع، ودفع ضرورة لا معاوضة.

(١) الوسائل ١٤: ٥٤٨، الباب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل مع بعض الاختلاف، ولعلّه خلط بين هذه الصحيحة وبين ما روي عن الحلبي عن الصادق عليه السلام في الحديث ٢ من نفس الباب.

(٢) قاله المفيد في المقنعة: ٥٠٧، والشيخ في النهاية: ٤٧٨، والحلي في الكافي: ٢٩٧، والقاضي في المهذب ٢: ٢١٨، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٠٥.

واعلم أنه يكفي في إنكاح عبده لأتمته مجرد اللفظ الدالّ على الإذن فيه كما يظهر من الرواية. ولا يشترط قبول العبد ولا المولى لفظاً. ولا يقدح تسميته فيها نكاحاً وهو متوقّف على العقد، وإيجابه إعطاء شيء وهو ينافي الإباحة؛ لأنّ قوله **عَلَيْهَا** : «يجزيه»^(١) ظاهر في الاكتفاء بالإيجاب والإعطاء على وجه الاستحباب، ولأنّ رفعه بيد المولى والنكاح الحقيقي ليس كذلك، ولأنّ العبد ليس له أهلية الملك فلا وجه لقبوله، والمولى بيده الإيجاب والجهتان ملكه، فلا ثمره لتعليقه ملكاً بملك، نعم يعتبر رضاه بالفعل وهو يحصل بالإباحة الحاصلة بالإيجاب المدلول عليه بالرواية^(٢).

وقيل : يعتبر القبول من العبد^(٣) إمّا لأنّه عقد، أو لأنّ الإباحة منحصرة في العقد أو التملك، وكلاهما يتوقّف على القبول.

وربما قيل : يعتبر قبول المولى ؛ لأنّه الوليّ كما يعتبر منه الإيجاب^(٤).
 ﴿ ويجوز تزويج الأمة بين الشريكين لأجنبيّ باتّفاقهما ﴾ لانحصار الحقّ فيهما واتّحاد سبب الجِلِّ. ولو عقد أحدهما وحلّها الآخر لم يصحّ؛ لتبعض البُضع، مع احتمال الجواز لو جعلنا التحليل عقداً.

ثمّ إن اتّحد العقد منهما فلا إشكال في الصحّة، وإن أوقع كلّ منهما عقداً على المجموع صحّ أيضاً، وإن أوقعه على ملكه لم يصحّ ﴿ ولا يجوز تزويجها لأحدهما ﴾ لاستلزامه تبعض البُضع من حيث استباحته بالملك والعقد والبُضع لا يتبعض؛ ولأنّ الجِلِّ منصرف في الأزواج وملك الأيمان، والمستباح بهما خارج عن القسمة؛ لأنّ التفصيل يقطع الاشتراك.

(١) و (٢) أنظر صحيحة محمد بن مسلم المذكورة في الصفحة السابقة.

(٣) لم نعر على قائله.

(٤) نسبه إلى المشهور في غاية المرام ٣ : ١٠١.

ودوران الحكم بين منع الخلوّ ومنع الجمع يوجب الشكّ في الإباحة، فيرجع إلى أصل المنع^(١).

﴿ ولو حلّ أحدهما لصاحبه ﴾ حصّته ﴿ فالوجه الجواز ﴾ لأنّ الإباحة بمنزلة الملك؛ لأنّها تملك للمنفعة فيكون حلّ جميعها بالملك، ولرواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هي له حلال »^(٢).

وقيل بالمنع أيضاً بناءً على تبعض السبب^(٣) حيث إنّ بعضها مستباح بالملك والبعض بالتحليل، وهو مغاير لملك الرقبة في الجملة، أو لأنّه عقد أو إباحة، والكلّ مغاير لملكه، كمغايرة الإباحة بالعقد لها بالملك مع اشتراكهما في أصل الإباحة، والرواية ضعيفة السند^(٤).

(١) جواب سؤالٍ تقديره: أنّ الآية الحاضرة للحلّ من الأزواج أو ملك الأيمان [المؤمنون: ٦] كما يحتمل إرادة منع الجمع الذي ادّعيتموه يحتمل إرادة منع الخلوّ منهما، فلا تدلّ على منع الجمع، فإذا استباح بهما صحّ.

وتقرير الجواب: أنّ المنفصلة يحتمل إرادة منع الجمع والخلوّ ومنع كلّ واحدٍ منهما على انفراده، ومع قيام الاحتمال يتحقّق الجواز مع وجود أحدهما خاصّة، ويحصل الشكّ مع اجتماعهما، فيستصحب حكم المنع الثابت قبل ذلك. وإنّ أمكن إرادة منع الخلوّ؛ لأنّ مجرد احتمال غير كافٍ في رفع الحظر. (منه عليه السلام).

(٢) الوسائل ١٤: ٥٤٥، الباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

(٣) نسبه في المسالك ٨: ٢٩، إلى الأكثر، واختاره الإسكافي والعلامة في المختلف ٧: ٢٦٢، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٣: ١٤٩، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٣: ٩٧، واعتمد عليه في غاية المرام ٣: ١٠٢، وغيرهم.

(٤) والظاهر أنّ ضعفها بمحمّد بن قيس، فإنّه مشترك بين الثقة وغيره. راجع المسالك ٨: ٤٧٥.

وأما تعليل الجواز بأنها قبل التحليل محرمة وإنما حلت به، فالسبب واحد. ففيه: أنه حينئذ يكون تمام السبب، لا السبب التام في الإباحة، ضرورة أن التحليل مختص بحصة الشريك، لا بالجميع، وتحقق المسبب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير منه سبباً تاماً.

﴿ ولو أعتقت المملوكة ﴾ التي قد زوجها مولاهما قبل العتق ﴿ فلها الفسخ ﴾ لخبر بريرة وغيره^(١) ولما فيه من حدوث الكمال وزوال الإيجاب. ولا فرق بين حدوث العتق قبل الدخول وبعده.

والفسخ ﴿ على الفور ﴾ اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، والضرورة تندفع به. وتُعدر مع جهلها بالعتق أو فوريتها الخيار أو أصله على الأقوى ﴿ وإن كانت ﴾ الأمة ﴿ تحت حرّ ﴾ لعموم صحيحة الكناني عن الصادق عليه السلام: «أَيُّمَا امْرَأَةً أَعْتَقْتَ فَأَمْرَهَا بِيَدِهَا إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْ»^(٢) وغيرها^(٣). وقيل: يختص الخيار بزوجة العبد^(٤) لما روي من أن بريرة كانت تحت عبد وهو مغيب^(٥) ولا دلالة فيه على التخصيص لو تم^(٦) ﴿ بخلاف العبد، فإنه لا خيار

(١) أنظر الوسائل ١٤ : ٥٥٩ - ٥٦١، الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) المصدر السابق : ٥٦١، الحديث ٨.

(٣) المصدر السابق : الحديث ١١ - ١٣.

(٤) قاله الشيخ في المبسوط ٤ : ٢٥٨، والخلاف ٤ : ٣٥٤ ذيل المسألة ١٣٤ من كتاب النكاح، والمحقق في الشرائع ٢ : ٣١١.

(٥) المستدرک ١٥ : ٣٢، الباب ٣٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣، والسنن الكبرى ٧ : ٢٢١ - ٢٢٢.

(٦) أشار بقوله: «لو تم» إلى أنه روي أيضاً [السنن الكبرى ٧ : ٢٢٣] أن زوجها كان حرّاً، فسقط الاستدلال بها. (منه ﷺ).

له بالعتق ﴿ للأصل، ولانجبار كماله بكون الطلاق بيده. وكذا لا خيار لسيدّه ولا لزوجه حرّة كانت أم أمة؛ للأصل.

﴿ ويجوز جعل عتق أمته صداقها ﴾ فيقول: تزوّجتك وأعتقتك وجعلت مهرك عتقك ﴿ ويقدم ﴿ في اللفظ ﴿ ما شاء من العتق والتزويج ﴿ لأنّ الصيغة أجمع جملة واحدة لا يتمّ إلاّ بآخرها، فلا فرق بين المتقدّم منها والمتأخّر.

وقيل: يتعيّن تقديم العتق^(١) لأنّ تزويج المولى أمته باطل.

ويضغّف بما مرّ^(٢) وبأنّه يستلزم عدم جواز جعل العتق مهراً؛ لأنّه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج المتعقب.

وقيل: بل يُقدّم التزويج^(٣) لئلاّ تعتق فلا تصلح لجعل عتقها مهراً، ولأنّها تملك أمرها فلا يصحّ تزويجها بدون رضاها، ولرواية عليّ بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك وجعلت مهرك عتقك؟ فقال: عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوّجته، وإن شاءت فلا، فإن تزوّجته فليعطها شيئاً»^(٤) ونحوه روي عن الرضا عليه السلام^(٥).

(١) قاله الشيخ في الخلاف ٤: ٢٦٨، المسألة ٢٢ من كتاب النكاح، والحلي في الكافي:

٣١٧، والعلامة في المختلف ٧: ٢٨٦، والإرشاد ٢: ١٣.

(٢) آنفاً من أنّ الصيغة جملة واحدة لا تتمّ إلاّ بآخرها.

(٣) نُسب في جامع المقاصد ١٣: ١٢١، والمسالك ٨: ٤١ إلى المشهور وأنّه مختار الشيخ

وأتباعه وجماعة كابن إدريس والمحقّق وابن سعيد والعلامة، أنظر النهاية: ٤٩٧، والمهدّب

٢: ٢٤٧، والوسيلة: ٣٠٤، وإصباح الشيعة: ٤١٢، والسرائر ٢: ٦٣٨، والجامع

للشرائح: ٤٤٢، والمختصر النافع: ١٨٤، والقواعد ٣: ٥٩.

(٤) و (٥) الوسائل ١٤: ٥١١، الباب ١٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٢.

وفيه نظر؛ لما ذكر، ولأنّ المانع في الخبر^(١) عدم التصريح بلفظ «التزويج» لا تقديم العتق، وهو غير المتنازع.

والحقّ أنّهما صيغة واحدة لا يترتب شيء من مقتضاها إلاّ بتمامها، فيقع مدلولها وهو العتق وكونه مهراً وكونها زوجة.

﴿ ويجب قبولها على قول ﴾^(٢) لاشتمال الصيغة على عقد النكاح، وهو مركّب شرعاً من الإيجاب والقبول. ولا يمنع منه كونها حال الصيغة رقيقة؛ لأنّها بمنزلة الحرّة حيث تصير حرّة بتمامه، فرقيتها غير مستقرّة، ولولا ذلك امتنع تزويجها.

ووجه عدم الوجوب: أنّ مستند شرعيّة هذه الصيغة هو النقل المستفيض عن النبي ﷺ^(٣) والأئمّة عليهم صلوات الله^(٤) وليس في شيء منه ما يدلّ على اعتبار القبول، ولو وقع لنقل؛ لأنّه ممّا تعمّ به البلوى، وأنّ حلّ الوطء مملوك له، فهو بمنزلة التزويج، فإذا أعتقها على هذا الوجه كان في معنى استثناء بقاء الحلّ من مقتضيات العتق، ولأنّ القبول إنّما يُعتبر من الزوج، لا من المرأة، وإنّما وظيفتها الإيجاب ولم يقع منها. وبذلك يظهر أنّ عدم اعتبار قبولها أقوى، وإن كان القول به أحوط. ويظهر أيضاً جواب ما قيل: أنّه كيف يتزوّج جاريتها، وكيف

(١) الوسائل ١٤ : ٥١١، الباب ١٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

(٢) لم نعثر على من قطع به، نعم ذكر العلامة في القواعد ٣ : ٥٩ اشتراط القبول على إشكال، وقال المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٣ : ١٢٠ : الأحوط اعتباره.

(٣) أنظر السنن الكبرى ٧ : ٥٨.

(٤) أنظر الوسائل ١٤ : ٥٠٩ - ٥١١، الباب ١١ و ١٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

يتحقق الإيجاب والقبول وهي مملوكة؟^(١).

وما قيل: من أن المهر يجب أن يكون متحققاً قبل العقد ومع تقديم التزويج لا يكون متحققاً وأنه يلوح منه الدور، فإنّ العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق، والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد^(٢) مندفع بمنع اعتبار تقدّمه، بل يكفي مقارنته للعقد وهو هنا كذلك، وبمنع توقّف العقد على المهر وإن استلزمه، وإذا جاز العقد على الأمة وهي صالحة لأن تكون مهراً لغيرها جاز جعلها أو جعل فك ملكها مهراً لنفسها، مع أن ذلك كلّه في مقابلة النصّ الصحيح المستفيض^(٣) فلا يُسمع.

﴿ ولو بيع أحد الزوجين للمشتري والبائع الخيار ﴾ في فسخ النكاح وإمضائه، سواء دخل أم لا، وسواء كان الآخر حرّاً أم لا، وسواء كانا لملك أم كلّ واحد لملك. وهذا الخيار على الفور كخيار العتق. ويُعذر جاهله وجاهل الفوريّة على الظاهر.

﴿ وكذا ﴾ يتخير كلّ ﴿ من انتقل إليه الملك بأيّ سبب كان ﴾ من هبة و صلح وإصداق وغيره. ولو اختلف الموليان في الفسخ والإلزام^(٤) قدّم الفاسخ كغيره من الخيار المشترك ﴿ ولو بيع الزوجان معاً على واحد تخير ﴾ لقيام المقتضي ﴿ ولو بيع كلّ منهما على واحد تخيراً ﴾ لما ذكر. وكذا لو باعهما المالك من اثنين على جهة الاشتراك.

﴿ وليس للبعد طلاق أمة سيّده ﴾ لو كان متزوجاً بها بعقد يلزمه جواز

(١) و (٢) قاله المحقّق في النهاية ونكتها ٢: ٣٩٣.

(٣) تقدّم تخريجه في الهامش ٣ و ٤ من الصفحة السابقة.

(٤) في (ف) و (ر): الالتزام.

الطلاق ﴿ إلا برضاه ﴾ كما أنّ تزويجه بيده. وهو موضع نصّ^(١) وإجماع^(٢).
 ﴿ ويجوز ﴾ للعبد ﴿ طلاق غيرها ﴾ أي غير أمة سيّده وإن كان قد زوّجه
 بها مولاه ﴿ أمة كانت ﴾ الزوجة ﴿ أو حرّة ﴾، أذن المولى ﴿ في طلاقها ﴾ أو لا ﴿
 على المشهور؛ لعموم قوله عليّؑ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٣) وروى ليث
 المرادي عن الصادق عليّؑ وقد سأله عن جواز طلاق العبد، فقال: «إن كانت أمتك
 فلا، إن الله تعالى يقول: (عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء)^(٤) وإن كانت أمة قوم
 آخرين جاز طلاقه»^(٥).

وقيل: ليس له الاستبداد به كالأول^(٦) استناداً إلى أخبار مطلقة^(٧) حملها
 على كون الزوجة أمة المولى طريق الجمع.
 وفي ثالث^(٨) يجوز للسيّد إجباره على الطلاق كما له إجباره على النكاح،

(١) الوسائل ١٤ : ٥٧٥، الباب ٦٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٨، و ١٥ : ٣٤١،
 الباب ٤٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١ و ٢ و ٤.

(٢) ادّعاء ابن زهرة في الغنية : ٣٥٢.

(٣) المستدرک ١٥ : ٣٠٦، الباب ٢٥ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣.

(٤) النحل : ٧٥.

(٥) الوسائل ١٥ : ٣٤١، الباب ٤٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٢.

(٦) قاله القديمان حسب ما نقل العلامة في المختلف ٧ : ٣٧٨، وقال: ليس عندي بعيداً
 من الصواب.

(٧) أنظر الوسائل ١٤ : ٥٥١، الباب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٧، و ٥٧٦،

الباب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٢، و ١٥ : ٣٤٣، الباب ٤٥ من
 أبواب مقدّمات الطلاق.

(٨) ذهب إليه الحلبي في الكافي : ٢٩٧.

والرواية مطلقة يتعيّن حملها على أمته كما مرّ.

﴿ وللسيّد أن يفرّق بين رقيقه* متى شاء بلفظ الطلاق وبغيره** ﴾ من

الفسخ والأمر بالاعتزال، ونحوهما.

هذا إذا زوّجها بعقد النكاح. أمّا إذا جعله إباحة فلا طلاق، إلا أن يجعل

دالّاً على التفريق من غير أن يلحقه أحكامه. ولو أوقع لفظ الطلاق مع كون السابق

عقدًا فظاهر الأصحاب لحوق أحكامه واشتراطه بشرائطه، عملاً بالعموم مع

احتمال عدم بناءً على أنه إباحة وإن وقع بعقد.

﴿ وتباح الأمة ﴾ لغير مالکها ﴿ بالتحليل ﴾ من المالك لمن يجوز له

التزويج بها، وقد تقدّمت^(١) شرائطه التي من جملتها كونه مؤمناً في المؤمنة

ومسلمات في المسلمة، وكونها كتابيّة لو كانت كافرة، وغير ذلك من أحكام النسب

والمصاهرة وغيرها. وحلّ الأمة بذلك هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون

إجماعاً، وأخبارهم الصحيحة به مستفيضة^(٢).

ولا بدّ له من صيغة دالّة عليه ﴿ مثل: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حلّ

من وطئها ﴾ وهاتان الصيغتان كافيتان فيه اتفاقاً.

﴿ وفي ﴾ صحّته بلفظ ﴿ الإباحة قولان ﴾: أحدهما إلحاقها به^(٣)

(*) في (ق) و (س): رقيقه. والرقيق يُطلق على الواحد والجمع.

(**) في (ق): أو غيره.

(١) تقدّمت في الصفحة ٢٢٦.

(٢) أنظر الوسائل ١٤: ٥٣٢-٥٣٣، الباب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء، وغيره.

(٣) اختاره الشيخ في المبسوط ٣: ٥٧، وابن إدريس في السرائر ٢: ٦٣٣، والمحقّق في

الشرائع ٢: ٣١٦، والعلامة في المختلف ٧: ٢٧٧، والقواعد ٣: ٦٢.

لمشاركتها له في المعنى، فيكون كالمرادف الذي يجوز إقامته مقام رديفه. والأكثر على منعه^(١) وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وتمسكاً بالأصل، ومراعاةً للاحتياط في الفروج المبنية عليه. وهو الأقوى، وتمنع المرادفة أولاً، ثم الاكتفاء بالمرادف مطلقاً، فإن كثيراً من أحكام النكاح توقيفية وفيه شائبة العبادة، والاحتياط فيه مهم. فإن جَوَّزناه بلفظ الإباحة كفي «أذنت» و«سوَّغت» و«ملَّكت» و«وهبت» ونحوها.

﴿ والأشبه أنه ملك يمين لا عقد ﴾ نكاح؛ لانحصار العقد في الدائم والمتعة، وكلاهما منتفیان عنه؛ لتوقّف رفع الأوّل على الطلاق في غير الفسخ بأمر محصورة ليس هذا منها، ولزوم المهر فيه بالدخول وغير ذلك من لوازمه، وانتفاء اللازم يدلّ على انتفاء الملزوم. ولتوقّف الثاني على المهر والأجل وهما منتفیان هنا أيضاً فينتفي، ولأنّ عقد النكاح لازم ولا شيء من التحليل بلازم، وإذا انتفى كونه عقداً ثبت الملك؛ لانحصار حلّ النكاح فيهما بمقتضى الآية^(٢).

وعلى القولين لا بدّ من القبول؛ لتوقّف الملك عليه أيضاً.

وقيل: إنّ الفائدة تظهر فيما لو أباح أمته لعبده، فإن قلنا: إنّ عقد أو تمليك وأنّ العبد يملك حلّت، وإلا فلا^(٣).

(١) منهم: الشيخ في النهاية: ٤٩٤، وابن زهرة في الغنية: ٣٦٠، والعلامة في التحرير ٣: ٥١٦، الرقم ٥٠٩٦، وولده في الإيضاح ٣: ١٦٦، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣: ١٨٣.

(٢) وهي الآية ٦ من سورة المؤمنون.

(٣) لم نعر على قائله.

وفيه نظر؛ لأنَّ الملك فيه ليس على حدِّ الملك المحض بحيث لا يكون العبد أهلاً له، بل المراد به الاستحقاق كما يقال: يملك زيد إحضار مجلس الحكم ونحوه. ومثل هذا يستوي فيه الحرّ والعبد، فصحة التحليل في حقّه على القول [بعدم الملك] ^(١) متّجهة.

﴿ ويجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ وما يشهد الحال بدخوله فيه ﴾ فإنَّ أحلّه بعض مقدّمات الوطء كالثقبيل والنظر لم يحلّ له الآخر ولا الوطء، وكذا لو أحلّه بعضها في عضو مخصوص اختصّ به. وإنَّ أحلّه الوطء حلّت المقدّمات بشهادة الحال؛ ولأنّه لا ينفكّ عنها غالباً، ولا موقع له بدونها؛ ولأنَّ تحليل الأقوى يدلّ على الأضعف بطريق أولى، بخلاف المساوي والعكس.

وهل يدخل اللبس بشهوة في تحليل القُبلة؟ نظر، من الاستلزام المذكور في الجملة فيدخل، ومن أنّ اللازم دخول لمس ما استلزمته القُبلة لا مطلقاً فلا يدخل إلا ما توقّفت عليه خاصّة، وهو الأقوى.

﴿ والولد ﴾ الحاصل من الأمة المحلّلة ﴿ حرّ ﴾ مع اشتراط حرّيّته، أو الإطلاق، ولو شرط رقيّته ففيه ما مرّ ^(٢) ويظهر من العبارة عدم صحّة الشرط، حيث أطلق الحرّيّة وهو الوجه. ولا يخفى أنّ ذلك مبنيّ على الغالب من حرّيّة الأب، أو على القول باختصاصه بالحرّ فلو كان مملوكاً وسوّغناه - كما سلف - فهو رقّ.

﴿ و ﴾ حيث يحكم بحرّيّته ﴿ لا قيمة على الأب ﴾ مع اشتراط حرّيّته

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) مرّ في الصفحة ٢٥٢.

إجمالاً، ومع الإطلاق على أصح القولين^(١) وبه أخبار كثيرة^(٢) ولأن الحرية مبنية على التغليب، ولهذا يسري العتق بأقل جزء يتصور. ولا شبهة في كون الولد متكوّناً من نطفة الرجل والمرأة فيغلب جانب الحرية، والحر لا قيمة له. وفي قول آخر: إنّه يكون رقاً لمولى الجارية ويفكّه أبوه إن كان له مال، وإلا استسعى في ثمنه^(٣) والأول أشهر.

﴿ ولا بأس بوطء الأمة وفي البيت آخر ﴾ مميّز، أمّا غيره فلا يكره مطلقاً ﴿ وأن ينام بين أمتين. ويكره ذلك ﴾ المذكور في الموضوعين ﴿ في الحرّة. و ﴾ كذا ﴿ يكره وطء الأمة الفاجرة كالحرّة الفاجرة ﴾ لما فيه من العار وخوف اختلاط الماءين ﴿ ووطء من وُلدت من الزنا بالعقد* ﴾ ولا بأس به بالملك، لكن لا يتخذها أمّ ولد، بل يعزل عنها حذراً من الحمل، روى ذلك محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام^(٤).

(١) ذهب إليه ابن إدريس في السرائر ٢ : ٥٩٨، والمحقق في الشرائع ٢ : ٣١٧، والمختصر : ١٨٦، والعلامة في المختلف ٧ : ٢٦٢ - ٢٦٤، والقواعد ٣ : ٦٣، وولده في الإيضاح ٣ : ١٦٨، والمحقق الثاني في الجامع ١٣ : ١٩٥، والصيمري في غاية المرام ٣ : ١١٩، والسيوري في التنقيح الرائع ٣ : ١٧٧.

(٢) أنظر الوسائل ١٤ : ٥٢٨، الباب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، و ٥٤٠ - ٥٤١، الباب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣ و ٤ و ٦ و ٧.

(٣) قاله الشيخ في النهاية : ٤٩٤.

(*) في (ق) و (س) : بالعقد والملك.

(٤) الوسائل ١٤ : ٥٧٠، الباب ٦٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

﴿ الفصل السادس ﴾

﴿ في المهر ﴾

﴿ كل ما صحَّ أن يُملك وإن قلَّ بعد أن يكون متمولاً عيناً كان أو منفعة ﴾
وإن كانت منفعة حرّ ولو أنّه الزوج، كتعليم صنعة أو سورة أو علم غير واجب
أو شيء من الحكّم والآداب أو شعر، أو غيرها من الأعمال المحلّلة المقصودة
﴿ يصحّ إمهاره ﴾ ولا خلاف في ذلك كلّه سوى العقد على منفعة الزوج، فقد منع
منه الشيخ في أحد قوليّه^(١) استناداً إلى رواية^(٢) لا تنهض دليلاً متناً وسنداً^(٣).

﴿ ولو عقد الذمّيّان على ما لا يُملك في شرعنا ﴾ كالخمر والخنزير
﴿ صحَّ ﴾ لأنّهما يملكانه ﴿ فإن أسلما ﴾ أو أسلم أحدهما قبل التقابض ﴿ انتقل
إلى القيمة ﴾ عند مستحلّيه؛ لخروجه عن ملك المسلم، سواء كان عيناً أو
مضموناً؛ لأنّ المسمّى لم يفسد، ولهذا لو كان قد أقبضها إياه قبل الإسلام برئى،

(١) النهاية : ٤٦٩ .

(٢) وهي رواية البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام، أنظر الوسائل ١٥ : ٣٣، الباب ٢٢ من أبواب
المهور، الحديث الأوّل .

(٣) فإنّ في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف، ولها طريق آخر حسن، فيه إبراهيم بن هاشم،
ولم يبلغ حدّ الثقة وإن كان ممدوحاً . المسالك ٨ : ١٥٩ .

وإنما تعذر الحكم به فوجب المصير إلى قيمته؛ لأنها أقرب شيء إليه، كما لو جرى العقد على عينٍ وتعذر تسليمها.

ومثله ما لو جعلاه ثمناً لمبيع أو عوضاً لصلح أو غيرهما.

وقيل: يجب مهر المثل^(١) تنزيلاً لتعذر تسليم العين منزلة الفساد، ولأنَّ وجوب القيمة فرع وجوب دفع العين مع الإمكان، وهو هنا ممكن، وإنما عرض عدم صلاحيته للملك لهما.

ويضعف بمنع الفساد كما تقدم^(٢) والتعذر الشرعي منزل منزلة الحسي أو أقوى، ومهر المثل قد يكون أزيد من المسمى فهي تعترف بعدم استحقاق الزائد، أو أنقص فيعترف هو باستحقاق الزائد حيث لم يقع المسمى فاسداً، فكيف يرجع إلى غيره بعد استقراره؟ ولو كان الإسلام بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب قيمة الباقي، وعلى الآخر يجب بنسبته من مهر المثل.

﴿ ولا تقدير في المهر قلة ﴾ ما لم يقصر عن التقويم كحبة حنطة، ﴿ ولا كثرة ﴾ على المشهور؛ لقوله تعالى: (وَأَتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً)^(٣) وهو المال العظيم. وفي القاموس: القِنْطَار - بالكسر - وزن أربعين أوقية من ذهب أو فضة أو ألف^(٤) دينار أو ألف ومئتا أوقية [من ذهب أو فضة]^(٥) أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مئة رطل من ذهب أو فضة، أو مِلاء مسك ثور ذهباً

(١) لم نعر على القائل، نعم احتمله المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣ : ٣٣٧.

(٢) تقدم في الصفحة السابقة.

(٣) النساء : ٢٠.

(٤) في المصدر : أو ألف ومئتا.

(٥) لم يرد في المخطوطات والمصدر.

أو فضة^(١) وفي صحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام: «لو أنّ رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً، ولأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، والذي جعله لأبيها فاسداً»^(٢).

﴿ ويكره أن يتجاوز ﴾ مهر ﴿ السنّة ﴾ وهو ما صدقه النبي صلى الله عليه وآله لأزواجه جُمع^(٣) ﴿ وهو خمسمئة درهم ﴾ قيمتها خمسون ديناراً. ومنع المرتضى من الزيادة عليها وحكم بردّ من زاد عنها إليها محتجاً بالإجماع^(٤) وبه خبر ضعيف^(٥) لا يصلح حجة، والإجماع ممنوع، وجميع التفسيرات السابقة للقطار ترد عليه، والخبر الصحيح^(٦) حجة بيّنة. نعم، يستحبّ الاقتصار عليه؛ لذلك.

﴿ ويكفي فيه المشاهدة عن اعتباره ﴾ بالكيل أو الوزن أو العدد، كقطعة من ذهب مشاهدة لا يُعلم وزنها، وقُتية من طعام لا يُعلم كيلها؛ لارتفاع معظم الغرر بالمشاهدة واغتفار الباقي في النكاح؛ لأنّه ليس معاوضة محضة بحيث ينافيه ما زاد منه. ويشكل الحال لو تلف قبل التسليم أو بعده وقد طلقها قبل الدخول. ولو لم يشاهد اعتبر التعيين قدراً ووصفاً إن كان ممّا يُعتبر به، أو وصفاً

(١) القاموس المحيط ٢: ١٢٢.

(٢) الوسائل ١٥: ١٩، الباب ٩ من أبواب المهور، الحديث الأوّل.

(٣) أنظر الوسائل ١٥: ٥-٨، الباب ٤ من أبواب المهور.

(٤) الانتصار: ٢٩٢، المسألة ١٦٤.

(٥) وهو خبر مفضل بن عمر عن الصادق عليه السلام، أنظر الوسائل ١٥: ١٧-١٨، الباب ٨ من

أبواب المهور، الحديث ١٤. ووجه ضعفه أنّ في طريقه محمّد بن سنان، وهو ضعيف غالٍ

مطعون عليه بأمر كثيرة، وكذا المفضل بن عمر وهو مثله في الضعف. المسالك ٨: ١٦٩.

(٦) أنظر الوسائل ١٥: ١-٣، الباب الأوّل من أبواب المهور، وغيره.

خاصّة إن اكتفي به كالعبد ﴿ ولو تزوّجها على كتاب الله وسنة نبيّه ﷺ فهو خمسمئة درهم ﴾ للنصّ^(١) والإجماع. وبهما يندفع الإشكال مع جهل الزوجين أو أحدهما بما جرت به السنّة منه وبقبوله الغرر كما تقرّر.

﴿ ويجوز جعل تعليم القرآن مهراً ﴾ لرواية سهل الساعدي^(٢) المشهورة، فيعتبر تقديره بسورة معيّنة أو آيات خاصّة. ويجب حينئذٍ أن يُعلّمها القراءة الجائزة شرعاً، ولا يجب تعيين قراءة شخص بعينه وإن تفاوتت في السهولة والصعوبة، ولو تشاحاً في التعيين فُدّم مختاره؛ لأنّ الواجب في ذمته منها أمر كلّي فتعيّنه إليه كالدين.

وحدّ التعليم أن تستقلّ بالتلاوة، ولا يكفي تتبّعها نطقه، والمرجع في قدر المستقلّ به إلى العرف، فلا يكفي الاستقلال بنحو الكلمة والكلمتين. ومتى صدق التعليم عرفاً لا يقدح فيه نسيانها ما علمته وإن لم تكن قد أكملت جميع ما شرط؛ لتحقق البراءة.

ولو تعدّر تعلّمها لبلادها أو موتها أو موت الزوج حيث يشترط^(٣) التعليم منه، أو تعلّمت من غيره فعليه أجره المثل؛ لأنّها عوضه حيث يتعدّر، ولو افتقرت إلى مشقّة عظيمة زائدة على عادة أمثالها لم يبعد إلحاقه بالتعدّر؛ وكذا القول في تعليم الصنعة.

﴿ ويصحّ العقد الدائم من غير ذكر المهر ﴾ وهو المعبر عنه بتفويض البضع،

(١) الوسائل ١٥ : ٢٥، الباب ١٣ من أبواب المهور، الحديث الأوّل.

(٢) المستدرک ١٥ : ٦١، الباب ٢ من أبواب المهور، الحديث ٢.

(٣) في (ش) : شرط.

بأن تقول: «زوّجتك نفسي» فيقول: «قبلت» سواء أهمل ذكره أم نفياه صريحاً. وحينئذٍ فلا يجب المهر بمجرد العقد ﴿ فإن دخل ﴾ بها ﴿ فمهر المثل ﴾ والمراد به ما يُرغَب به في مثلها نسباً وسناً وعقلاً ويساراً وبكارةً، وأضدادها، وغيرها ممّا تختلف به الأغراض.

﴿ وإن طلق قبل الدخول ﴾ وقبل اتّفاقيهما على فرض مهر ﴿ فلها المتعة ﴾ المدلول عليها بقوله تعالى: (لا جناح عليكم إن طلّتم النساء)... الآية^(١) ﴿ حرّة كانت ﴾ الزوجة المفوّضة ﴿ أو أمة ﴾ والمعتبر في المتعة بحال الزوج في السعة والإقتار ﴿ فالغني ﴾ يمتّع ﴿ بالدابة ﴾ وهي الفرس؛ لأنّه الشائع في معناها عرفاً. والمعتبر منها ما يقع عليه اسمها صغيرة كانت أم كبيرة، برذوناً كانت أم عتيقاً، قاربت قيمة^(٢) الثوب والعشرة الدنانير أم لا ﴿ أو الثوب المرتفع ﴾^(٣) عادةً، ناسبت قيمته قسيمه أم لا ﴿ أو عشرة دنانير ﴾ وهي المثاقيل الشرعيّة.

﴿ والمتوسّط ﴾ في الفقر والغناء يمتّع ﴿ بخمسة دنانير، والفقير بدينار أو خاتم ﴾ ذهب أو فضة معتدّ به عادةً ﴿ وشبهه ﴾ من الأموال المناسبة لما ذكر في كلّ مرتبة. والمرجع في الأحوال الثلاثة إلى العرف بحسب زمانه ومكانه وشأنه.

﴿ ولا متعة لغير هذه ﴾ الزوجة وهي المفوّضة لبضعها المطلّقة قبل الدخول والفرز، لكن يستحبّ لو فارقتها بغير الطلاق من لعان وفسخ، بل قيل بوجوبه

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) في (ع) و(ر): قيمته.

(٣) في (ر) زيادة: قيمته.

حينئذٍ؛ لأنّه في معنى الطلاق^(١).

والأوّل أقوى؛ لأنّه مدلول الآية، وأصالة البراءة في غيره تقتضي العدم. وألحق بهذه مَنْ فُرِضَ لها مهر فاسد، فإنّه في قوّة التفويض، ومَنْ فسخت في المهر قبل الدخول بوجهٍ مجوّز.

﴿ ولو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز وصار لازماً ﴾ لأنّ الحقّ فيه لهما، زاد عن مهر المثل أم ساواه أم قصر. فإن اختلفا قيل: للحاكم فرضه بمهر المثل^(٢) كما أنّ له تعيين^(٣) النفقة للزوجة على الغائب ومن جرى مجراه. ويحتمل إبقاء الحال إلى أن يحصل أحد الأمور الموجبة للقدر أو المسقطه للحق؛ لأنّ ذلك لازم التفويض الذي قد قدما عليه.

﴿ ولو فَوْضَا ﴾ في العقد ﴿ تقدير المهر إلى أحدهما صحّ ﴾ وهو المعبر عنه بتفويض المهر، بأن تقول: زوّجتك^(٤) على أن تفرض من المهر ما شئت أو ما شئت. وفي جواز تفويضه إلى غيرهما أو إليهما معاً وجهان: من عدم النصّ، و [من] ^(٥) أنّه كالنائب عنهما والوقوف مع النصّ طريق اليقين ﴿ ولزم ما حكم به الزوج ممّا يتموّل ﴾ وإن قلّ ﴿ وما حكمت به الزوجة إذا لم يتجاوز ﴾ مهر السنّة ﴿ وهو خمسمئة درهم. وكذا الأجنبيّ لو قيل به؛ لرواية زرارة عن الباقر ^{عليه السلام}، وعلّله بأنّه «إذا حكّمها لم يكن لها أن تتجاوز ما سنّ رسول الله ^{صلّى الله عليه وآله}»

(١) قوّه الشيخ في المبسوط ٤ : ٣٢٠، واختاره العلامة في المختلف ٧ : ١٨٠.

(٢) قاله العلامة في القواعد ٣ : ٨٠، والتحرير ٣ : ٥٦٥، الرقم ٥٢١٢.

(٣) في (ع) و (ف) : كما يعين.

(٤) في مصحّحة (ع) زيادة : نفسي.

(٥) لم يرد في المخطوطات.

وتزوّج عليه نساءه، وإذا حكّمته فعليها أن تقبل حكمه قليلاً كان أو كثيراً»^(١).
 ﴿ ولو طلق قبل الدخول فنصف ما يحكم به ﴾ الحاكم؛ لأنّ ذلك هو الفرض الذي يتنصّف^(٢) بالطلاق، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أم بعده. وكذا لو طلقها بعد الدخول لزم الحاكم الفرض واستقرّ في ذمّة الزوج.

﴿ ولو مات الحاكم قبل الدخول ﴾ والحكم ﴿ فالمروي ﴾ في صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة على حكمها أو حكمه فمات أو ماتت قبل الدخول، أنّ لها ﴿ المتعة ﴾ والميراث، ولا مهر لها»^(٣) ويؤيده أنّ مهر المثل لا يجب إلّا مع الدخول ولم يحصل، ولا مسمّى، ولا يجوز إخلاء النكاح عن مهر، فتجب المتعة؛ إذ لا رابع.

وقيل: يثبت لها مهر المثل^(٤) لأنّه قيمة المعوّض حيث لم يتعيّن غيره، ولأنّ المهر المذكور غايته أنّه مجهول، فإذا تعدّرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل. وهو غير مسموع في مقابلة النصّ الصحيح.

ولا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه وعدمه، عملاً بإطلاق النصّ.

ولو مات المحكوم عليه وحده فللحاكم الحكم؛ إذ لا يشترط حضور المحكوم عليه عنده، والتفويض إليه قد لزم بالعقد فلا يبطل بموت المحكوم عليه، ولأصالة بقائه، والنصّ لا يعارضه.

(١) الوسائل ١٥: ٣١-٣٢، الباب ٢١ من أبواب المهور، الحديث الأوّل.

(٢) في (ش) و(ر): يتنصف.

(٣) الوسائل ١٥: ٣٢، الباب ٢١ من أبواب المهور، الحديث ٢.

(٤) قاله العلامة في القواعد ٣: ٨٢.

وربما قيل بأنه مع موت الحاكم لا شيء^(١) وهو ضعيف .

﴿ ولو مات أحد الزوجين مع تفويض البضع قبل الدخول فلا شيء ﴾
 لرضاها بغير مهر، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام « في المتوفى عنها زوجها
 قبل الدخول، إن كان فرض لها مهراً فلها، وإن لم يكن فرض [لها]^(٢) مهراً فلا مهر
 لها^(٣) » وهذا مما لا خلاف فيه ظاهراً .

﴿ وهنا مسائل عشر ﴾

الأولى^(٤) :

﴿ الصادق يُملك ﴾ بأجمعه للزوجة ﴿ بالعقد ﴾ ملكاً متزلزلاً، ويستقرّ
 بأحد أمور أربعة^(٥) : الدخول إجماعاً، وردة الزوج عن فطرة، وموته، وموتها
 في الأشهر ﴿ ولها التصرف فيه قبل القبض ﴾ إذ لا مدخلية للقبض هنا في
 الملك، سواء طلقها قبل الدخول أم لا وإن رجع إليه نصفه بالطلاق ﴿ فلو نما ﴾
 بعد العقد ﴿ كان ﴾ النماء ﴿ لها ﴾ خاصة؛ لرواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام
 « في زوج ساق إلى زوجته غنماً ورقيقاً فولدت عندها وطلقها قبل أن يدخل،
 فقال : إن كنّ حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها، وإن كنّ حملن عندها

(١) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٥٨٧ .

(٢) أثبتناه من المصدر .

(٣) الوسائل ١٥ : ٧٦ ، الباب ٥٨ من أبواب المهور ، الحديث ٢٢ .

(٤) لم يرد « الأولى » في (ف) و (ش) .

(٥) قد تقدّم أنه يستقرّ بالفرقة في مواضع ولكنها غير مشهورة . (منه عليه السلام) .

فلا شيء له من الأولاد»^(١).

﴿ فَإِنْ تَعَقَّبَهُ طَلَاقٌ قَبْلَ الدَّخُولِ مَلَكَ الزَّوْجَ النِّصْفَ حِينَئِذٍ ﴾ ولا شيء له في النماء، ثم إن وجدته باقياً على ملكها أجمع أخذ نصفه، وإن وجدته تالفاً أو منتقلاً عن ملكها فنصف مثله أو قيمته.

ثم إن اتفقت القيمة، وإلا فله الأقل من حين العقد إلى حين التسليم؛ لأن الزيادة حدثت في ملكها. وإن وجدته معيباً رجع في نصف العين مع الأرض، ولو نقصت القيمة للسوق فله نصف العين خاصة. وكذا لو زادت وهي باقية، ولو زاد زيادةً متصلةً كالسمن تخيَّرت بين دفع نصف العين الزائدة ونصف القيمة من دونها. وكذا لو تغيَّرت في يدها بما أوجب زيادة القيمة كصياغة الفضة وخياطة الثوب. ويُجبر على العين لو بذلتها في الأوَّل دون الثاني؛ لقبول الفضة لما يريد منها، دون الثوب، إلا أن يكون مفصلاً على ذلك الوجه قبل دفعه إليها.

﴿ وَيُسْتَحَبُّ لَهَا الْعَفْوُ عَنِ الْجَمِيعِ ﴾ لقوله تعالى: (وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى)^(٢) والمراد بالefw إسقاط المهر بالهبة إن كان عيناً، والإبراء وما في معناه من العفو والإسقاط إن كان ديناً.

وربما قيل بصحته بلفظ «العفو» مطلقاً^(٣) عملاً بظاهر الآية. وردّه إلى القوانين الشرعية أولى، والآية لا تدلّ على أزيد منه.

(١) التهذيب ٧: ٣٦٨، الحديث ١٤٩١، والوسائل ١٥: ٤٣، الباب ٣٤ من أبواب المهور، الحديث الأوَّل.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) نسبه في المسالك ٨: ٢٦١ إلى مقتضى إطلاق المحقق وقال: وبهذا صرح الشيخ في المبسوط والأكثر، أنظر الشرائع ٢: ٣٣٠، والمبسوط ٤: ٣٠٦-٣٠٧.

﴿ ولوليتها الإجماري ﴾ الذي بيده عقدة النكاح أصالة وهو الأب والجد له بالنسبة إلى الصغيرة ﴿ العفو عن البعض ﴾ أي بعض النصف الذي تستحقه بالطلاق قبل الدخول؛ لأنّ عفو الوليّ مشروط بكون الطلاق قبل الدخول ﴿ لا الجميع ﴾ .

واحترز بـ «الإجماري» عن وكيل الرشيدة، فليس له العفو مع الإطلاق في أصحّ القولين^(١) نعم، لو وكتته في العفو جاز قطعاً. وكذا وكيل الزوج في النصف الذي يستحقّه بالطلاق.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ لو دخل قبل دفع المهر كان ديناً عليه وإن طالّت المدّة ﴾ للأصل والأخبار^(٢) وما روي : من أنّ الدخول يهدم العاجل أو^(٣) أنّ طول المدّة يسقطه^(٤) شاذ^(٥)

(١) نسبه فخر المحققين في الإيضاح ٣ : ٢٢٦ إلى المشهور، وقال : وهو اختيار الشيخ الطوسي في الخلاف [٤ : ٣٨٩] وأدعى فيه الإجماع، واختاره ابن إدريس في السرائر ٢ : ٥٧٢ - ٥٧٣، والعلامة في المختلف ٧ : ١١٧ - ١١٨ . والقول الآخر للشيخ في النهاية : ٤٦٨، والقاضي في المهذب ٢ : ١٩٦ .

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ١٦ - ١٧، الباب ٨ من أبواب المهور، الحديث ٩ - ١٢، و ١٥ : ٦٥، الباب ٥٤ من أبواب المهور .

(٣) في (ش) و (ر) : و .

(٤) أنظر الوسائل ١٥ : ١٤ - ١٥، الباب ٨ من أبواب المهور، الحديث ٤ - ٦ و ٨ وغيرها .

(٥) قال الشارح : عمل بمضمون هذه الأخبار بعض الأصحاب، لكنّها بعيدة عن أصول المذهب بل إجماع الأمة، معارضة لما دلّ على ثبوت المهر في ذمة الزوج على كل حال من الكتاب والسنة . راجع المسالك ٨ : ٢٢٤ .

لا يُلتفت إليه، أو مؤوّل بقبول قول الزوج في براءته من المهر لو تنازعا.
 ﴿ والدخول ﴾ الموجب للمهر تاماً ﴿ هو الوطاء ﴾ المتحقق بغيوبة
 الحشفة أو قدرها من مقطوعها.

وضابطه: ما أوجب الغسل ﴿ قبلاً أو دبراً، لا مجرد الخلوة ﴾ بالمرأة
 وإرخاء الستر على وجهٍ ينتفي معه المانع من الوطاء على أصحّ القولين^(١)
 والأخبار في ذلك مختلفة، ففي بعضها: أنّ وجوبه أجمع متوقف على الدخول^(٢)
 وفي آخر: بالخلوة^(٣) والآية^(٤) ظاهرة في الأوّل، ومعه مع ذلك الشهرةُ بين
 الأصحاب وكثرة الأخبار.

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ لو أبرأته من الصداق ثمّ طلقها قبل الدخول رجع ﴾ عليها ﴿ بنصفه ﴾
 لأنّها حين الإبراء كانت مالكة لجميع المهر ملكاً تاماً، وما يرجع إليه بالطلاق ملك
 جديد؛ ولهذا كان نماؤه لها، فإذا طلقها رجع عليها بنصفه، كما لو صادفها قد

(١) اختاره المحقّق في الشرائع ٢ : ٣٢٨، والمختصر النافع : ١٨٩، والعلامة في المختلف ٧ :
 ١٤٢، والتحرير ٣ : ٥٧٥، والقواعد ٣ : ٨٢، والإرشاد ٢ : ١٧، وفخر المحقّقين في
 الإيضاح ٣ : ١٩٩، ونسبه في التنقيح الرائع ٣ : ٢٢٦ إلى الأكثر، ومثله في المسالك ٨ :
 ٢٢٦. وأمّا الخلوة وإرخاء الستر ففيهما أقوال وتفصيلات، راجع الإيضاح ٣ : ١٩٩،
 والمهذب البارع ٣ : ٣٩٨ - ٤٠٢.

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٦٥، الباب ٥٤ من أبواب المهور، و ٥٥ من أبواب المهور،
 الحديث ١ و ٥.

(٣) أنظر الوسائل ١٥ : ٦٧ - ٦٨، الباب ٥٦ من أبواب المهور، الحديث ٢ و ٤ و ٦.

(٤) وهي الآية ٢٣٧ من سورة البقرة.

أتلفتها، فإنَّ تصرّفها فيه بالإبراء بمنزلة الإتلاف، فيرجع بنصفه. وكذا لو كان عيناً ووهبته إيّاها ثمّ طلّقها، فإنّه يرجع عليها بنصف القيمة.

ويحتمل ضعيفاً عدم الرجوع في صورة الإبراء؛ لأنّها لم تأخذ منه مالاً ولا نقلت إليه الصداق؛ لأنّ الإبراء إسقاط لا تمليك، ولا أتلفتها عليه، كما لو رجع الشاهدان بدّين في ذمّة زيد لعمر وبعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء وكان قد أبرأ المشهود عليه، فإنّه لا يرجع على الشاهدين بشيء، ولو كان الإبراء إتلافاً على من في ذمّته لغرما له.

والفرق واضح، فإنّ حقّ المهر ثابت حال الإبراء في ذمّة الزوج ظاهراً وباطناً، فإسقاط الحقّ بعد ثبوته متحقّق بخلاف مسألة الشاهد، فإنّ الحقّ لم يكن ثابتاً كذلك فلم تصادف البراءة حقّاً يسقط بالإبراء.

﴿ وكذا ﴾ يرجع عليها بنصفه ﴿ لو خلعها به أجمع ﴾ قبل الدخول؛ لاستحقاقه له ببذلها عوضاً مع الطلاق، فكان انتقاله عنها سابقاً على استحقاقه النصف بالطلاق، فينزّل منزلة المنتقل عنها حين استحقاقه النصف، فيرجع عليها بنصفه ديناً أو عيناً.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ يجوز اشتراط ما يوافق* الشرع في عقد النكاح ﴾ سواء كان من مقتضى عقد النكاح كأن تشترط عليه العدل في القسّم والنفقة، أو يشترط عليها أن يتزوَّج عليها متى شاء، أو يتسرّى^(١) أو خارجاً عنه كشرط تأجيل المهر أو بعضه

(*) في (س) زيادة: «به»، وهكذا في (ر) من الشرح.

(١) أي يأخذ السريّة، وهي - بضمّ السين - الأمة المنسوبة إلى السّرّ، وهو الجماع. (هامش ر).

إلى أجل معيّن.

﴿ فلو شرط ما يخالفه لغا الشرط ﴾ وصحّ العقد والمهر ﴿ كاشتراط أن لا يتزوَّج عليها أو لا يتسرّى ﴾ أو لا يطاء، أو يطلق كما في نكاح المحلّل. أمّا فساد الشرط حينئذٍ فواضح؛ لمخالفته المشروع. وأمّا صحّة العقد فالظاهر إطباق الأصحاب عليه، وإلاّ كان للنظر فيه مجال كما علّم من غيره من العقود المشتملة على الشرط الفاسد^(١).

وربما قيل بفساد المهر خاصّة^(٢) لأنّ الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، فهو في حكم المال، والرجوع إلى قيمته متعذّر للجهاالة، فيجهل^(٣) الصداق فيرجع إلى مهر المثل.

﴿ ولو شرط إبقاءها في بلدها لزم ﴾ لأنّه شرط لا يخالف المشروع، فإنّ خصوصيّات الوطن أمر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء والأهل والأنس وغيرها، فجاز شرطه توصلاً إلى الغرض المباح، ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يتزوَّج امرأة ويشترط أن لا يُخرجها من بلدها، قال عليه السلام: يفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك»^(٤) ولعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٥).

(١) نسب في المسالك ٨ : ٢٤٥ إفساد الشرط الفاسد للعقد إلى المحقّق والأكثر، وراجع للتفصيل مفتاح الكرامة ٤ : ٧٣٢.

(٢) لم نعثر عليه، نعم قال العلامة في القواعد ٣ ٧٧ - بعد الحكم بفساد الشرط وصحّة العقد والمهر - : وفي فساد المهر وجه.

(٣) في (ع) و (ف) ونسخة بدل (ش) : فيتجهل.

(٤) الوسائل ١٥ : ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث الأوّل.

(٥) المصدر السابق : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

﴿ وكذا ﴾ لو شرط إبقاءها ﴿ في منزلها ﴾ وإن لم يكن منصوصاً؛ لاتّحاد الطريق.

وقيل: يبطل الشرط فيهما^(١) لأنّ الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حقّ الزوج بأصل الشرع، وكذا السلطنة له عليها، فإذا شرط ما يخالفه كان باطلاً، وحملوا الرواية على الاستحباب.

ويشكل بأنّ ذلك وارد في سائر الشروط السائغة التي ليست بمقتضى العقد كتأجيل المهر، فإنّ استحقاقها المطالبة به في كلّ زمان ومكان ثابت بأصل الشرع أيضاً، فالتزام عدم ذلك في مدّة الأجل يكون مخالفاً، وكذا القول في كلّ تأجيل ونحوه من الشروط السائغة.

والحقّ أنّ مثل ذلك لا يمنع، خصوصاً مع ورود النصّ الصحيح بجوازه. وأمّا حمل الأمر المستفاد من الخبر الذي بمعناه على الاستحباب فلا ريب أنّه خلاف الحقيقة، فلا يصار إليه مع إمكان الحمل عليها، وهو ممكن. فالقول بالجواز أوجه في مسألة النصّ.

وأما المنزل فيمكن القول بالمنع فيه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النصّ. وفي التعديّ إليه قوّة؛ لعموم الأدلّة واتّحاد طريق المسألتين. وحكم المحلّة والموضع المخصوص حكم المنزل.

ومتى حكمنا بصحّته لم يصحّ إسقاطه بوجه؛ لأنّه حقّ يتجدّد في كلّ آن، فلا يُعقل إسقاط ما لم يوجد حكمه وإن وجد سببه.

(١) قاله ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٩٠، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٣: ٢٠٩، والكركي في جامع المقاصد ١٣: ٣٩٨-٣٩٩.

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ لو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف أجره التعليم ﴾ لعدم إمكان تعليمها نصف الصنعة وهو الواجب لها بالطلاق خاصة .
﴿ ولو كان قد علّمها ﴾ الصنعة ﴿ رجع بنصف الأجرة ﴾ لعدم إمكان ارتجاع نفس الواجب فيرجع إلى عوضه .

﴿ ولو كان ﴾ الصداق ﴿ تعليم سورة ﴾ ونحوها ﴿ فذلك ﴾ لأنّه وإن أمكن تعليم نصفها عقلاً إلاّ أنّه ممتنع شرعاً؛ لأنّها صارت أجنبيّة ﴿ وقيل : يعلمها النصف من وراء حجاب ﴾ كما يعلمها الواجب^(١) ﴿ وهو قريب ﴾ لأنّ تحريم سماع صوتها مشروط بحالة الاختيار ﴿ والسماع هنا من باب الضرورة ﴾ .

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزيد منه ﴾ أو بمغايره جنساً أو وصفاً
﴿ ثمّ طلقها رجع بنصف المسمى ﴾ لأنّه الواجب بالطلاق ﴿ لا ﴾ بنصف
﴿ العوض ﴾ لأنّه معاوضة جديدة لا تعلق له بها .

﴿ السابعة ﴾ :

﴿ لو وهبته نصف مهرها مشاعاً قبل الدخول فله الباقي ﴾ لأنّه بقدر حقّه
فينحصر فيه، ولأنّه لا ينتقل مستحقّ العين إلى بدلها إلاّ بالتراضي أو تعدّر الرجوع
لمانع أو تلف، والكلّ منتفٍ .

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٤ : ٢٧٥، والخلاف ٤ : ٣٦٨، المسألة ٥ من الصداق .

ويحتمل الرجوع إلى نصف النصف الموجود وبدل نصف الموهوب؛ لأنَّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيكون حقّه في الباقي والتالف، فيرجع بنصفه ويبدل الذاهب، ويكون هذا هو المانع، وهو أحد الثلاثة المسوّغة للانتقال إلى البدل.

وردّ بأنّه يؤدّي إلى الضرر بتبعيض حقّه، فيلزم ثبوت احتمال آخر، وهو تخييره بين أخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور^(١).

﴿ ولو كان ﴾ الموهوب ﴿ معيّناً فله نصف الباقي ونصف ما وهبته مثلاً أو قيمة ﴾ لأنَّ حقّه مشاع في جميع العين وقد ذهب نصفها معيّناً، فيرجع إلى بدله، بخلاف الموهوب على الإشاعة. وتبّه بقوله: « وهبته » على أنّ المهر عين، فلو كان ديناً وأبرأته من نصفه برئ من الكلّ وجهاً واحداً ﴿ وكذا لو تزوّجها بعدين فمات أحدهما أو باعته، فللزوجة نصف الباقي ونصف قيمة التالف ﴾ لأنّه تلف على ملكها واستحقاقه لنصفه تجدد بالطلاق من غير اعتبار الموجود وغيره. والتقريب ما تقدّم.

﴿ الثامنة ﴾ :

﴿ للزوجة الامتناع قبل الدخول حتّى تقبض مهرها إن كان ﴾ المهر ﴿ حالاً ﴾ موسراً كان الزوج أم معسراً، عيناً كان المهر أم منفعة، متعيّناً كان أم في الذمّة؛ لأنّ النكاح في معنى المعاوضة وإن لم تكن محضّة. ومن حكمها أنّ لكلّ من المتعاضين الامتناع من التسليم إلى أن يسلم إليه الآخر، فيجبرهما الحاكم على التقابض معاً؛ لعدم الأولوية، بوضع الصداق عند عدل إن لم يدفعه إليها،

(١) ردّه فخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ٢٢٣.

ويأمرها بالتمكين. وهذا الحكم لا يختلف على تلك التقديرات^(١).
 وربما قيل بأنه إذا كان معسراً ليس لها الامتناع؛ لمنع مطالبته^(٢) ويُضَعَّف
 بأن منع المطالبة لا يقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض.
 واحترز بالحال عمّا لو كان مؤجّلاً، فإنّ تمكينها لا يتوقّف على قبضه؛
 إذ لا يجب لها حينئذٍ شيء، فيبقى وجوب حقّه عليها بغير معارض.
 ولو أقدمت على فعل المحرّم وامتنعت إلى أن حلّ الأجل ففي جواز
 امتناعها حينئذٍ إلى أن تقبضه تنزيلاً له منزلة الحال ابتداءً، وعدمه بناءً على
 وجوب تمكينها قبل حلوله فيستصح، ولأنّها لمّا رضيت بالتأجيل بنت
 أمرها على أن لا حقّ لها في الامتناع فلا يثبت بعد ذلك؛ لانتهاء المقتضي،
 وجهان أجودهما الثاني. ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجّلاً كان لكلّ منهما
 حكم مماثله.

وإنّما يجب تسليمه إذا كانت مهيةً للاستمتاع، فلو كانت ممنوعة بعذر وإن
 كان شرعيّاً كالإحرام لم يلزم؛ لأنّ الواجب التسليم من الجانبين، فإذا تعدّر من
 أحدهما لم يجب من الآخر.

نعم، لو كانت صغيرة يحرم وطؤها فالأقوى وجوب تسليم مهرها إذا طلبه
 الولي؛ لأنّه حقّ ثابت حال طلبه من له حقّ الطلب فيتجب دفعه كغيره من الحقوق،
 وعدم قبض العوض الآخر جاء من قبل الزوج حيث عقد عليها كذلك موجباً على

(١) التقديرات التي بينها بقوله: موسراً كان الزوج أم معسراً...

(٢) قال الشارح في المسالك ٨: ١٩٥، وابن فهد في المهدّب ٣: ٤١٧؛ يظهر ذلك من
 ابن إدريس. أنظر السرائر ٢: ٥٩١، حيث قيّد حقّ الامتناع بكون الزوج موسراً به
 قادراً على أدائه.

نفسه عوضاً حالاً، ورضي بتأخير قبض المعوض إلى محلّه. وهذا بخلاف النفقة؛ لأنّ سبب وجوبها التمكين التامّ، دون العقد. ووجه عدم الوجوب قد علم ممّا سلف مع جوابه^(١).

﴿ وليس لها بعد الدخول الامتناع ﴾* في أصحّ القولين^(٢) لاستقرار المهر بالوطء وقد حصل تسليمها نفسها برضاها فانحصر حقّها في المطالبة دون الامتناع، ولأنّ النكاح معاوضة ومتى سلّم أحد المتعاضين العوض الذي من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه ليتسلّم^(٣) العوض الآخر، ولأنّ منعها قبل الدخول ثابت بالإجماع ولا دليل عليه بعده، فينتفي بالأصل، فإنّ التسليم حقّ عليها والمهر حقّ عليه، والأصل عدم تعلّق أحدهما بالآخر، فيتمسك به إلى أن يثبت الناقل.

وقيل: لها الامتناع كقبل الدخول^(٤) لأنّ المقصود بعقد النكاح منافع البضع، فيكون المهر في مقابلها، ويكون تعلّق الوطاء الأوّل به كتعلّق غيره

(١) من أن الواجب التسليم من الجانبين، فإذا تعذّر أحدهما لم يجب على الآخر. (هامش ر).
 (* في (ق): امتناع.

(٢) ذهب إليه السيّد في الانتصار: ٢٨٧، المسألة ١٦٠، والشيخ في الخلاف ٤: ٣٩٣، المسألة ٣٩ من الصداق، والحلي في الكافي: ٢٩٤، والمحقّق في الشرائع ٢: ٣٢٥، والمختصر: ١٩٠، ونسبه في جامع المقاصد ١٣: ٣٥٤ إلى عمّة المتأخّرين واختاره هو نفسه.

(٣) في (ش): لتسليم، وفي (ر): ليسلّم.

(٤) قاله المفيد في المقنعة: ٥١٠، والشيخ في النهاية: ٤٧٥، والمبسوط ٤: ٣١٣، والقاضي في المهذب ٢: ٢١٤، وجواهر الفقه: ١٧٤، المسألة ٦١٨.

والأقوى الأوّل.

هذا كلّه إذا سلّمت نفسها اختياراً، فلو دخل بها كرهاً فحقّ الامتناع بحاله؛ لأنّه قبض فاسد فلا يترتّب عليه أثر الصحيح، ولأصالة البقاء إلى أن يثبت المزيل مع احتمال عدمه؛ لصدق القبض.

﴿ التاسعة ﴾ :

﴿ إذا زوّج الأب ولده الصغير ﴾ الذي لم يبلغ ويرشد ﴿ وللولد مال ﴾ يفي بالمهر ﴿ ففي ماله المهر، وإلا ﴾ يكن له مال أصلاً ﴿ ففي مال الأب ﴾ ولو ملك مقدار بعضه فهو في ماله والباقي على الأب. هذا هو المشهور بين الأصحاب، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا^(١) وهو يُشعر بالاتّفاق عليه، ثمّ اختار أنّ ذلك مع عدم شرطه كونه على الولد مطلقاً أو كونه عليه مطلقاً وإلا كان على الولد في الأوّل وعليه في الثاني مطلقاً.

﴿ ولو بلغ ﴾ الصبيّ ﴿ فطلق قبل الدخول كان النصف المستعاد للولد ﴾ لا للأب؛ لأنّ دفع الأب له كالهبة لابن، وملك الابن له بالطلاق ملك جديد، لا إبطال لملك المرأة السابق ليرجع إلى مالكة. وكذا لو طلق قبل أن يدفع الأب عنه؛ لأنّ المرأة ملكته بالعقد وإن لم تقبضه. وقطع في القواعد هنا بسقوط النصف عن الأب، وأنّ الابن لا يستحقّ مطالبته بشيء^(٢) والفرق غير واضح.

ولو دفع الأب عن الولد الكبير المهر تبرّعاً أو عن أجنبيّ ثمّ طلق قبل

(١) التذكرة (الحجريّة) ٢: ٦٠٨ - ٦٠٩.

(٢) القواعد ٣: ٨٨.

الدخول ففي عود النصف إلى الدافع أو الزوج قولان^(١) من ملك المرأة له كالأول فيرجع إلى الزوج، ومن أن الكبير لا يملك بغير اختياره، وإنما أسقط^(٢) عنه الحق، فإذا سقط نصفه رجع النصف إلى الدافع. واختلف كلام العلامة هنا، ففي التذكرة قطع برجوعه إلى الزوج كالصغير^(٣) وفي التحرير قوى عدمه^(٤) واستشكل في القواعد بعد حكمه بإلحاقه بالصغير^(٥) والأقوى الأول.

﴿ العاشرة ﴾ :

﴿ لو اختلفا في التسمية ﴾ فادّعاها أحدهما وادّعى الآخر التفويض ﴿ حلف المنكر ﴾ لها؛ لأصالة عدمها، فيثبت مقتضى عدمها من المتعة أو مهر المثل أو غيرهما^(٦) ﴿ ولو اختلفا في القدر قُدّم ﴾ قول ﴿ الزوج ﴾ لأصالة البراءة من الزائد على ما يعترف به.

واحتمل العلامة في القواعد تقديم قول من يدّعي مهر المثل^(٧) عملاً بالظاهر من عدم العقد على ما دونه، وأنه الأصل في عوض الوطاء المجرد عنه كالشبهة.

(١) القول بكونه للدافع قواه العلامة في التحرير ٣ : ٥٧٥، ولم نعر على غيره. والقول بكونه للزوج قطع به الشيخ في المبسوط ٤ : ٢٩٣، والعلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٦٠٩، والإرشاد ٢ : ١٨.

(٢) في (ع) : سقط.

(٣) و (٤) تقدّم في الهامش رقم ١.

(٥) القواعد ٣ : ٨٧.

(٦) كسقوطه إذا كانت المفارقة قبل الدخول بغير طلاق على قول، أو موت أحدهما بعد الحلف قبل الدخول. (هامش ر).

(٧) القواعد ٣ : ٨٨.

وفيه: أن الأصل مقدّم على الظاهر عند التعارض إلا فيما ندر، وإنما يكون عوضاً عن وطءٍ مجردٍ^(١) عن العقد، أو في مواضع خاصّة. ولو كان النزاع قبل الدخول فلا اشتباه في تقديم قوله.

ولو قيل بقبول قولها في مهر المثل فما دون مع الدخول؛ لتطابق الأصل والظاهر عليه؛ إذ الأصل عدم التسمية وهو موجب له حينئذٍ والظاهر تسميته، وعدم قبوله قبله لأصالة البراءة وعدم التسمية، كان حسناً. نعم، لو كان اختلافهما في القدر بعد اتّفاقيهما على التسمية قدّم قول الزوج مطلقاً.

ومثله ما لو اختلفا في أصل المهر أو ادّعت الزوجة مهراً ولم يمكن الجواب من قبيل الزوج أو وارثه؛ لصغر أو غيبة ونحوهما.

﴿ وكذا ﴾ لو اختلفا ﴿ في الصفة ﴾ كالجيد والرديء والصحيح والمكسّر، فإنّ القول قول الزوج مع اليمين، سواء كان النزاع قبل الدخول أم بعده، وسواء وافق أحدهما مهر المثل أم لا؛ لأنّه الغارم فيقبل قوله فيه كما يقبل في القدر.

﴿ وفي التسليم يقدم قولها ﴾ لأصالة عدمه واستصحاب اشتغال ذمّته. هذا هو المشهور. وفي قول للشيخ^(٢) إنّه بعد تسليم نفسها يُقدّم قوله استناداً إلى رواية^(٣) وهو شاذّ.

(١) في (ع): الوطاء مجرداً.

(٢) في (ش) و (ر): قول الشيخ.

(٣) قاله في النهاية: ٤٧٠ - ٤٧١، وهو أحد قوليه في الخلاف ٥: ١١٦، المسألة ١٢ من النفقات. والرواية هي رواية حسن بن زياد، أنظر الوسائل ١٥: ١٥، الباب ٨ من أبواب المهور، الحديث ٧. ولعلّ ضعفها بأبي جميلة الواقع في سندها. راجع المسالك ١٥: ٤١١

﴿ وفي الواقعة لو أنكرها ﴾ ليندفع عنه نصف المهر بالطلاق يُقدّم
﴿ قوله ﴾ لأصالة عدمها.

﴿ وقيل : قولها مع الخلوة التامّة ﴾ التي لا مانع معها من الوطاء شرعاً
ولا عقلاً ولا عرفاً^(١) ﴿ وهو قريب ﴾ عملاً بالظاهر من حال الصحيح إذا
خلا بالحليلة، وللأخبار الدالّة على وجوب المهر بالخلوة التامّة بحملها على كونه
دخل بشهادة الظاهر. والأشهر الأوّل^(٢) ترجيحاً للأصل.
وحكم اختلاف ورثتهما أو أحدهما مع الآخر حكمه.

(١) وهو المنسوب إلى الشيخ وأتباعه، أنظر النهاية : ٤٧١، والوسيلة : ٢٩٨، والمهذب ٢ :

٢٠٤، وإصباح الشيعة : ٤٢٤ - ٤٢٥.

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٦٧ - ٦٨، الباب ٥٥ من أبواب المهور، الحديث ٣ و ٤ و ٦.

﴿ الفصل السابع ﴾

﴿ في العيوب والتدليس ﴾

﴿ وهي ﴾ أي العيوب المجوّزة لفسخ النكاح على الوجه الذي يأتي ﴿ في الرجل ﴾ بل الزوج مطلقاً ﴿ خمسة : الجنون والخصاء ﴾ بكسر الخاء مع المدّ، وهو سلّ الأثنيين وإن أمكن الوطء ﴿ والجَبّ ﴾ وهو قطع مجموع الذكر، أو ما لا يبقى معه قدر الحشفة ﴿ والعَنّ ﴾ وهو مرض يعجز معه عن الإيلاج؛ لضعف الذكر عن الانتشار ﴿ والجذام ﴾ بضمّ الجيم، وهو مرض يظهر معه يبس الأعضاء وتناثر اللحم ﴿ على قول ﴾ القاضي ^(١) وابن الجنيّد ^(٢) واستحسنه في المختلف ^(٣) وقوّاه المحقّق الشيخ علي ^(٤) لعموم قول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي : «إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل» ^(٥) فإنّه عامّ في الرجل والمرأة إلّا ما أخرجه الدليل، ولأدائه إلى الضرر المنفيّ، فإنّه من الأمراض المعدية باتّفاق الأطباء، وقد روي أنّه صلى الله عليه وآله قال : «فرّ من المجذوم فرارك من

(١) المهذب ٢ : ٢٣١ .

(٢) و (٣) نقله عنه العلامة في المختلف ٧ : ١٨٣ و ١٨٥ واستحسنه .

(٤) جامع المقاصد ١٣ : ٢٦٩ .

(٥) الوسائل ١٤ : ٥٩٤ ، الباب الأوّل من أبواب العيوب والتدليس ، الحديث ٦ .

الأسد»^(١) فلا بدّ من طريق إلى التخلّص، ولا طريق للمرأة إلاّ الخيار، والنصّ^(٢) والفتوى^(٣) الدالّان على كونه عيباً في المرأة - مع وجود وسيلة الرجل إلى الفُرقة بالطلاق - قد يقتضيه في الرجل بطريق أولى.

وذهب الأكثر إلى عدم ثبوت الخيار لها به تمسكاً بالأصل، ولرواية غياث الضبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام «الرجل لا يُردّ من عيب»^(٤) فإنّه يتناول محلّ النزاع. ولا يخفى قوّة القول الأوّل ورجحان روايته؛ لصحّتها وشهرتها مع ما ضمّ إليها وهي ناقلة عن حكم الأصل.

واعلم أنّ القائل بكونه عيباً في الرجل ألحق به البرص؛ لوجوده معه في النصّ الصحيح، ومشاركته له في الضرر والإضرار والعدوى، فكان ينبغي ذكره معه.

﴿ ولا فرق بين الجنون المطبق ﴾ المستوعب لجميع أوقاته ﴿ وغيره ﴾ وهو الذي ينوب أدواراً ﴿ ولا ﴾ بين الحاصل ﴿ قبل العقد وبعده ﴾ سواء ﴿ وطئ أو لا ﴾ لإطلاق النصّ بكونه عيباً الصادق لجميع ما ذكر؛ لأنّ الجنون فنون، والجامع لها فساد العقل على أيّ وجه كان.

وفي بعض الأخبار تصريح بجواز فسخها بالحادث منه بعد العقد^(٥) وقيل:

(١) الوسائل ٨ : ٤٣١، الباب ٢٨ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٢.

(٢) أنظر الوسائل ١٤ : ٥٩٣ - ٥٩٥، الباب الأوّل من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١، ٢.

و ٦، ٧ و ١١ و ١٣، ١٤.

(٣) نسبه في المختلف ٧ : ١٨٤ إلى المشهور.

(٤) الوسائل ١٤ : ٦١٠، الباب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٢.

(٥) المصدر السابق : ٦٠٧، الباب ١٢ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل.

يشترط فيه كونه بحيث لا يعقل أوقات الصلوات^(١) وليس عليه دليل واضح .

﴿ وفي معنى الخصاء الوجاء ﴾ بكسر أوله والمدّ، وهو رَضّ الخصيتين بحيث تبطل قوّتهما. بل قيل^(٢) : إنّه من أفراد الخصاء^(٣) فيتناوله نصّه أو يشاركه في العلة المقتضية للحكم .

﴿ وشرط الجبّ أن لا يبقى قدر الحشفة ﴾ فلو بقي قدرها فلا خيار؛ لإمكان الوطء حينئذٍ .

﴿ وشرط العتّة ﴾ بالضمّ ﴿ أن يعجز عن الوطء في القبل والدُّبر منها ومن غيرها ﴾ فلو وطئها في ذلك النكاح ولو مرّة أو وطئ غيرها فليس بعنّين .

وكذا لو عجز عن الوطء قبلاً وقدّر عليه دُبراً عند من يجوّزه؛ لتحقّق القدرة المنافية للعتّة . ومع تحقّق العجز عن ذلك أجمع فإنّما تفسخ ﴿ بعد ﴾ رفع أمرها إلى الحاكم ﴿ وإنظاره سنة ﴾ من حين المرافعة، فإذا مضت أجمع وهو عاجز عن الوطء في الفصول الأربعة جاز لها الفسخ حينئذٍ . ولو لم ترفع أمرها إليه وإن كان حياً فلا خيار لها .

وإنّما احتيج إلى مُضيّ السنة هنا دون غيره من العيوب؛ لجواز كون تعدّر الجماع لعارض حرارة فيزول في الشتاء، أو برودة فيزول في الصيف، أو رطوبة فيزول في الخريف، أو يبوسة فيزول في الربيع .

﴿ وشرط الجذام تحقّقه ﴾ بظهوره على البدن أو شهادة عدلين

(١) نسبه في المسالك ٨ : ١٠١ إلى أكثر المتقدّمين مثل الشيخ وأتباعه، أنظر النهاية : ٤٨٦ ،

والمهذب ٢ : ٢٣٥ ، والغنية : ٣٥٤ .

(٢) لم نعر على القائل .

(٣) في (ع) و (ف) : الخصيّ .

٢٩٠ الروضة البهية / ج ٣

أو تصادقهما عليه، لا مجرد ظهور أماراته من تعجُّر الوجه^(١) واحمراره أو اسوداده، واستدارة العين وكمودتها^(٢) إلى حمرة^(٣) وضيق النَّفَس، وبُحَّة^(٤) الصوت، وتَنُّن العرق، وتساقط الشعر، فإنَّ ذلك قد يعرض من غيره. نعم، مجموع هذه العلامات قد يفيد أهل الخبرة به حصوله. والعمدة على تحقُّقه كيف كان.

﴿ ولو تجددت ﴾ هذه العيوب غير الجنون ﴿ بعد العقد فلا فسخ ﴾ تمسكاً بأصالة لزوم العقد، واستصحاباً لحكمه مع عدم دليل صالح على ثبوت الفسخ. وقيل: يفسخ بها مطلقاً^(٥) نظراً إلى إطلاق الأخبار بكونها عيوباً^(٦) الشامل لموضع النزاع. وما ورد منها ممّا يدلُّ على عدم الفسخ بعد العقد^(٧) غير مقاوم لها دلالة وسنداً^(٨) ولمشاركة ما بعد العقد لما قبله في الضرر المنفي.

(١) أي تضخّمه.

(٢) تغيّر لونها وذهاب صفائها.

(٣) في (ش): الحمرة.

(٤) البُحَّة: خشونة وغلظة في الصوت.

(٥) قاله ابن البرّاج في المهذب ٢: ٢٣٤ - ٢٣٥، واعتمد عليه العلامة في المختلف ٧: ١٩٣.

(٦) راجع للخضاء والعُتّة الوسائل ١٤: ٦٠٨ و ٦١٠، الباب ١٣ و ١٤ من العيوب والتدليس.

وأما الجبِّ فيمكن استفادة حكمه من الأخبار الواردة في الخضاء والعُتّة كما قال في

المسالك ٨: ١٠٧.

(٧) وهي رواية أبي عبيدة في الوسائل ١٤: ٥٩٦، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس،

الحديث الأوّل، حيث ورد فيها: إذا دلّست نفسها، وإّما يكون التدليس مع وجود العيب

قبل العقد، كما في جامع المقاصد ١٣: ٢٥٢.

(٨) لأنّ في سنده سهل بن زياد وهو ضعيف لفساد مذهبه. المسالك ٧: ٤٠٢ و ٤٥٤.

وفصل آخرون فحكموا بالفسخ قبل الدخول لا بعده^(١) استناداً إلى خبرين^(٢) لا ينهضان حجة. وتوقف في المختلف^(٣) وله وجه.

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ رحمته الله^(٤) ﴿ لو بان ﴾ الزوج ﴿ خشي فلها الفسخ ﴾

وكذا العكس.

﴿ ويضعف بأنه إن كان مشكلاً فالنكاح باطل ﴾ لا يحتاج رفعه إلى الفسخ ﴿ وإن كان محكوماً بذكوريته ﴾ بإحدى العلامات الموجبة لها ﴿ فلا وجه للفسخ ؛ لأنه كزيادة عضو في الرجل ﴾ وكذا لو كان هو الزوجة وحكم بأنوثيتها؛ لأنه حينئذٍ كالزيادة في المرأة، وهي غير مجوزة للفسخ على التقديرين^(٥).

وربما قيل^(٦) : إن موضع الخلاف ما لو كان محكوماً عليه بأحد القسمين ، ووجه الخيار حينئذٍ أن العلامة الدالة عليه ظنيّة لا تدفع النفرة والعار عن الآخر، وهما ضرران منفئان.

وفيه : أن مجرد ذلك غير كافٍ في رفع ما حكم بصحته واستصحابه من غير

(١) قاله يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٤٦٣ ، في العيوب كلّها ، وقاله الأكثر في العنن كما في جامع المقاصد ١٣ : ٢٣٠ ، والمسالك ٨ : ١٠٤ - ١٠٥ ، حيث قالوا بثبوت الخيار فيه ولو تجدد بعد العقد بشرط عدم الوطء ، أنظر الشرائع ٢ : ٣١٩ ، والتواعد ٢ : ٦٦ .

(٢) أنظر الوسائل ١٤ : ٦١٠ - ٦١٢ ، الباب ١٤ من أبواب العيوب ، الحديث ٢ و ٨ . وهما ضعيفان لأنّ في سند الأوّل غياث الضبي وفي سند الثاني إسحاق بن عمّار وهما مجهولان .
المسالك ٨ : ١٠٦ .

(٣) المختلف ٧ : ١٩٦ .

(٤) المبسوط ٤ : ٢٦٣ و ٢٦٦ .

(٥) في الرجل والمرأة . (هامش ر) .

(٦) لم نعر على مصرّح بموضع الخلاف .

نصّ. وربما مُع من الأمرين معاً؛ لأنّ الزائد هنا بمنزلة السلعة والثقبة، وهما لا يوجبان الخيار.

والظاهر أنّ الشيخ فرضه على تقدير الاشتباه، لا الوضوح؛ لأنّه حكم في الميراث بأنّ الخنثى المشكل لركان زوجاً أو زوجة أُعطي نصف النصيبين^(١) لكنّه ضعيف جداً فالمبنيّ عليه أولى بالضعف.

﴿ وعيوب المرأة تسعة : الجنون والجذام والبرص والعمى والإقعاد والقرن ﴾ بسكون الراء وفتحها ﴿ عظماً ﴾ كما هو أحد تفسيريه كالسنّ يكون في الفرج يمنع الوطء. فلو كان لحمًا فهو العفل، وقد يطلق عليه القرن أيضاً، وسيأتي حكمه ﴿ والإيفضاء ﴾ وقد تقدّم تفسيره^(٢) ﴿ والعفل ﴾ بالتحريك، وهو شيء يخرج من قُبُل النساء شبيه الأذرة^(٣) للرجل ﴿ والرّتق ﴾ بالتحريك وهو أن يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر ﴿ على خلاف فيهما ﴾ أي في العفل والرّتق. ومنشأ الخلاف من عدم النصّ، ومساواتهما للقرن المنصوص في المعنى المقتضي لثبوت الخيار وهو المنع من الوطء، وفيه قوّة.

وفي بعض كلام أهل اللغة: أنّ العفل هو القرن^(٤) فيكون منصوصاً. وفي كلام آخرين: أنّ الألفاظ الثلاثة مترادفة في كونها لحمًا ينبت في الفرج يمنع الوطء^(٥).

(١) المبسوط ٤ : ١١٧.

(٢) تقدّم في الصفحة ١٥٧.

(٣) الأذرة : نفخة في الخصية.

(٤) في لسان العرب ٩ : ٢٩٣، وتاج العروس ٨ : ٢٤ : أنّ الأزهري حكى عن ابن الأعرابي :

العفل ... وهو القرن.

(٥) قاله العلامة في التحرير ٣ : ٥٣٤، المسألة ٥١٤٥.

﴿ ولا خيار ﴾ للزوج ﴿ لو تجددت ﴾ هذه العيوب ﴿ بعد العقد ﴾ وإن كان قبل الوطء في المشهور، تمسكاً بأصالة اللزوم، واستصحاباً لحكم العقد، واستضعافاً لدليل الخيار

وقيل: يفسخ بالمتجدد مطلقاً^(١) عملاً بإطلاق بعض النصوص^(٢) وقيد ثالث بكونه قبل الدخول^(٣). والأشهر الأوّل.

﴿ أو كان يمكن وطء الرتقاء أو القرناء ﴾ أو العفلاء؛ لانتفاء الضرر مع إمكانه ﴿ أو ﴾ كان الوطء غير ممكن لكن كان يمكن ﴿ علاجه ﴾ بفتح الموضوع أو قطع المانع ﴿ إلا أن تمتنع ﴾ المرأة من علاجه. ولا يجب عليها الإجابة؛ لما فيها من تحمّل الضرر والمشقة، كما أنّها لو أرادت له لم يكن له المنع، لأنّه تداوٍ لا تعلق له به.

﴿ وخيار العيب على الفور ﴾ عندنا اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة، فلو أحرّ من إليه الفسخ مختاراً مع علمه بها^(٤) بطل خياره، سواء الرجل والمرأة. ولو جهل الخيار أو^(٥) الفورية فالأقوى أنّه عذر فيختار بعد العلم

(١) وهو المنسوب إلى الشيخ، حيث حكم بثبوت الخيار في العيوب الحادثة ولم يقيد حدودها بقبول الدخول، أنظر المبسوط ٤: ٢٥٢، والخلاف ٤: ٣٤٩ - ٣٥٠، المسألة ١٢٨ من كتاب النكاح.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٩٣ - ٥٩٥، الباب الأوّل من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١ و ٤ و ٦ و ٩.

(٣) قاله ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٦٣.

(٤) أي بالفورية. وفي (ش): به.

(٥) في (ع): و.

على الفور وكذا لو نسيهما. ولو مُنِع منه بالقبض على فيه أو التهديد على وجه يُعدّ إكراهاً فالخيار بحاله إلى أن يزول المانع، ثمّ تعتبر الفوريّة حينئذٍ.

﴿ ولا يشترط فيه الحاكم ﴾ لأنّه حقّ ثبت، فلا يتوقّف عليه كسائر الحقوق، خلافاً لابن الجنيّد رحمته الله ^(١).

﴿ وليس ﴾ الفسخ ﴿ بطلاق ﴾ فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق ولا يُعدّ في الثلاث، ولا يطردّ معه تنصيف المهر وإن ثبت في بعض موارد.

﴿ ويشترط الحاكم في ضرب أجل العنة ﴾ لا في فسخها بعده، بل تستقلّ به حينئذٍ ﴿ ويقدم قول منكر العيب مع عدم البيّنة ﴾ لأصالة عدمه، فيكون مدّعيه هو المدّعي، فعليه البيّنة وعلى منكره اليمين. ولا يخفى أنّ ذلك فيما لا يمكن الوقوف عليه كالجبّ والخصاء، وإلاّ توصل الحاكم إلى معرفته، ومع قيام البيّنة به إن كان ظاهراً كالعييين المذكورين كفى في الشاهدين العدالة، وإن كان خفياً يتوقّف العلم به على الخبرة، كالجدام والبرص اشترط فيهما مع ذلك الخبرة بحيث يقطعان بوجوده. وإن كان لا يعلمه غالباً غير صاحبه ولا يطلع عليه إلاّ من قبله كالعنة فطريق ثبوته إقراره أو البيّنة على إقراره، أو اليمين المردودة من المنكر، أو من الحاكم مع نكول المنكر عن اليمين بناءً على عدم القضاء بمجرّده.

وأما اختبارها بجلوسه في الماء البارد فإن استرخى ذكره فهو عيّن، وإن تشنّج فليس به كما ذهب إليه بعض ^(٢) فليس بمعتبر في الأصحّ.

وفي العيوب الباطنة للنساء بإقرارها، وشهادة أربع منهنّ. ولا تُسمع في عيوب الرجال وإن أمكن اطلاعهنّ كأربع زوجات طلقهنّ بعنته.

(١) نقله عنه في المختلف ٧: ٢٠٧.

(٢) ذهب إليه الصدوق في المقنع: ٣٢٢، وابن حمزة في الوسيلة: ٣١١.

﴿ و ﴾ حيث يثبت العيب ويحصل الفسخ ﴿ لا مهر ﴾ للزوجة ﴿ إن كان الفسخ قبل الدخول ﴾ في جميع العيوب ﴿ إلا في العنة فنصفه ﴾ على أصح القولين^(١) وإنما خرجت العنة بالنص^(٢) الموافق للحكمة من إشرافه عليها وعلى محارمها، فناسب أن لا يخلو من عوض، ولم يجب الجميع؛ لانتفاء الدخول. وقيل: يجب جميع المهر وإن لم يولج^(٣).

﴿ وإن كان ﴾ الفسخ ﴿ بعد الدخول فالمسمّى ﴾ لاستقراره به.
﴿ ويرجع ﴾ الزوج ﴿ به على المدّس ﴾ إن كان، وإلا فلا رجوع. ولو كانت هي المدّسة رجع عليها إلا بأقلّ ما يمكن أن يكون مهراً، وهو أقلّ متموّل على المشهور. وفي الفرق بين تدليسها وتدليس غيرها في ذلك نظر. ولو تولّى ذلك جماعة وُزّع عليهم بالسويّة، ذكوراً كانوا أم إناثاً، أم بالتفريق.

والمراد بالتدليس السكوت عن العيب الخارج عن الخلقة مع العلم به، أو دعوى صفة كمال مع عدمها.

﴿ ولو تزوّج امرأة على أنّها حرّة ﴾ أي شرط ذلك في متن العقد ﴿ فظهرت أمة ﴾ أو مبعّضة ﴿ فله الفسخ ﴾ وإن دخل؛ لأنّ ذلك فائدة الشرط.

(١) وهو المشهور كما في المختلف ٧: ١٩٧، واختاره العلامة، ونسبه إلى الصدوق في المقنع وأبيه والشيخ في النهاية وغيرها. أنظر المقنع: ٣١٥، والنهاية: ٤٧١.

(٢) هو رواية أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام: إنّ زوجة العتّين تعطي نصف الصداق ولا عدّة عليها [الوسائل ١٤: ٦١٣، الباب ١٥ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل]. (منه عليه السلام).

(٣) نسب ذلك ابن فهد في المهذب البارع ٣: ٣٧١ إلى الإسكافي، وأنظر كلامه المنقول عنه في المختلف ٧: ١٩٧.

هذا إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة ووقع بإذن مولاها أو مباشرته، وإلا بطل في الأول ووقع موقوفاً على إجازته في الثاني على أصح القولين^(١).
ولو لم يشترط الحرّية في نفس العقد بل تزوّجها على أنّها حرّة أو أخبرته بها قبله أو أخبره مخبر، ففي إلحاقه بما لو شرط نظر، من ظهور التدليس، وعدم الاعتبار بما تقدّم من الشروط على العقد. وعبارة المصنّف والأكثر^(٢) محتملة للأمرين.

﴿ وكذا تفسخ ﴾ هي ﴿ لو تزوّجته على أنّه حرّ فظهر عبداً ﴾ بتقريب ما سبق.

﴿ ولا مهر ﴾ في صورتين ﴿ بالفسخ قبل الدخول ﴾ لأنّ الفاسخ إن كان هي فقد جاء من قبلها، وهو ضابط عدم وجوبه لها قبل الدخول، وإن كان هو فبسببها ﴿ ويجب ﴾ جميع المهر ﴿ بعده ﴾ لاستقراره به.

﴿ ولو شرط كونها بنت مهيّرة ﴾ بفتح الميم وكسر الهاء، فعيلة بمعنى مفعولة، أي بنت حرّة تُنكح بمهر وإن كانت معتقة في أظهر الوجهين، خلاف الأمة فإنّها قد تُوطأ بالملك ﴿ فظهرت بنت أمة فله الفسخ ﴾ قضية للشرط ﴿ فإن كان قبل الدخول فلا مهر ﴾ لها، لما تقدّم ﴿ وإن كان بعده وجب المهر ويرجع به على المدّس ﴾ لغروره، ولو لم يشترط ذلك بل ذكر قبل العقد فلا حكم له مع احتمالاه كما سلف ﴿ فإن كانت هي ﴾ المدّسة ﴿ رجع عليها ﴾ بالمسّمي ﴿ إلا بأقلّ مهر ﴾ وهو ما يتموّل؛ لأنّ الوطاء المحترم لا يخلو عن مهر، وحيث ورد النصّ

(١) تقدّم القولان في عقد الأمة في الصفحة ٢٤٩.

(٢) مثل الشيخ في النهاية: ٤٨٤، والمحقّق في الشرائع ٢: ٣٢١، ويحيى بن سعيد في

برجوعه على المدّس^(١) يقتصر فيما خالف الأصل^(٢) على موضع اليقين وهو ما ذكر. وفي المسألة وجهان آخران، أو قولان :
أحدهما : أنّ المستثنى أقلّ مهر أمثالها ؛ لأنّه قد استوفى منفعة البضع فوجب عوض مثله^(٣).

والثاني : عدم استثناء شيء عملاً بظاهر النصوص^(٤) والمشهور الأوّل .
وكذا يرجع بالمهر على المدّس لو ظهرت أمة . ويمكن شمول هذه العبارة له بتكلف ، وتخصّص الأمة بأنّها لو كانت هي المدّسة فإنّما يرجع عليها على تقدير عتقها ، ولو كان المدّس مولاهما اعتبر عدم تلفّظه بما يقتضي العتق ، وإلّا حكم بحرّيّتها ظاهراً وصحّ العقد .

﴿ ولو شرطها بكرةً فظهرت ثيباً فله الفسخ ﴾ بمقتضى الشرط ﴿ إذا ثبت سبقه ﴾ أي سبق الثبوبة ﴿ على العقد ﴾ وإلّا فقد يمكن تجدّده بين العقد والدخول بنحو الخطوة والحرّ قوص^(٥).

ثمّ إن فسخ قبل الدخول فلا مهر ، وبعده يجب لها المسمّى ويرجع به على المدّس وهو العاقد كذلك العالم بحالها ، وإلّا فعليها مع استثناء أقلّ ما يكون مهراً كما سبق .

(١) الوسائل ١٤ : ٦٠٣ ، الباب ٨ من أبواب العيوب والتدليس ، الحديث الأوّل .

(٢) في (ش) : النصّ .

(٣) وهو المنسوب إلى الإسكافي ، وانظر كلامه في المختلف ٧ : ٢٠٦ .

(٤) وهو ظاهر المحقّق في الشرائع ٢ : ٣٢٢ ، والمختصر النافع : ١٨٨ ، حيث لم يستثن شيئاً .

ونسبه في الرياض ١٠ : ٣٨٩ إلى تصريح جماعة .

(٥) الحرّ قوص - بالضمّ - دويبة كالبرغوث ... يدخل في فروج الجوّاري . مجمع البحرين

(حرّ قوص) .

﴿ وقيل ﴾ والقائل ابن إدريس^(١): لا فسخ، ولكن ﴿ ينقص مهرها بنسبة ما بين مهر البكر والثيب ﴾ فإذا كان المسمى مئة ومهر مثلها بكرة مئة وثيباً خمسون، نقص منه النصف. ولو كان مهرها بكرة مئتين وثيباً مئة نقص من المسمى خمسون؛ لأنها نسبة ما بينهما، لا مجموع تفاوت ما بينهما؛ لئلا يسقط جميع المسمى، كما قرّر في الأرش^(٢).

ووجه هذا القول: أن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتّصافها بالبكارة ولم تحصل إلاّ خالية عن الوصف، فيلزم التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحاً ومعيباً.

واعلم أن الموجود في الرواية أن صداقها ينقص^(٣) فحكم الشيخ رحمته الله بنقص شيء من غير تعيين^(٤) لإطلاق الرواية، فأغرب القطب الراوندي في أن الناقص هو السدس^(٥) بناءً على أن «الشيء» سدس، كما ورد في الوصية به^(٦) وهو قياس على ما لا يطّرد، مع أن «الشيء» من كلام الشيخ قصداً للإيهام تبعاً للرواية المتضمنة للنقص مطلقاً.

وربما قيل: يرجع إلى نظر الحاكم^(٧) لعدم تفسيره لغةً ولا شرعاً ولا عرفاً.

(١) السرائر ٢: ٦١٥.

(٢) راجع الجزء الثاني: ٣١٣.

(٣) الوسائل ١٤: ٦٠٥، الباب ١٠ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٢.

(٤) حكم به الشيخ في النهاية: ٤٨٦.

(٥) نقله عنه المحقق، أنظر النهاية ونكتها ٢: ٣٦١.

(٦) الوسائل ١٣: ٤٥٠، الباب ٥٦ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث الأوّل.

(٧) قاله المحقق في نكته على النهاية ٢: ٣٦٢.

﴿ الفصل الثامن ﴾

﴿ في القسم ﴾

وهو بفتح القاف مصدر قسمت الشيء، أمّا بالكسر فهو الحظّ والنصيب
﴿ والنشوز ﴾ وهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة الآخر ﴿ والشقاق ﴾ وهو
خروج كلّ منهما عن طاعته.

أمّا القسم: فهو حقّ لكلّ منهما؛ لاشتراك ثمرته وهو العشرة بالمعروف
المأمور بها^(١).

﴿ ويجب للزوجة الواحدة ليلة من أربع ﴾ وله ثلاث ليالٍ يبيتها حيث شاء،
وللزوجتين ليلتان من الأربع وله ليلتان ﴿ وعلى هذا فإذا تمت الأربع فلا فاضل
له ﴾ لا استغراقهنّ النصاب. ومقتضى العبارة: أنّ القسمة تجب ابتداءً وإن لم يبتدئ
بها، وهو أشهر القولين^(٢) لورود الأمر بها مطلقاً^(٣) وللشيخ رحمه الله قول بأنّها لا تجب

(١) في قوله تعالى: (وعاشروهنّ بالمعروف). النساء: ١٩.

(٢) نُسب ذلك إلى المشهور في المختلف ٧: ٣١٨، وغاية المراد ٣: ٢٠١، وغاية المرام ٣:
١٦١. واختاره العلامة في المختلف، والقواعد ٣: ٩٠، والإرشاد ٢: ٣١ وغيرها، وابنه في
الإيضاح ٣: ٢٤٨.

(٣) مثل الآية المتقدّمة آنفاً وبعض الروايات الواردة في هذا الباب، أنظر الوسائل ١٥: ٨٠،
الباب الأوّل من أبواب القسم والنشوز والشقاق، وغيره.

إلا إذا ابتدأ بها^(١) واختاره المحقق في الشرائع^(٢) والعلامة في التحرير^(٣) وهو متّجه، والأوامر المدّعاة لا تنافيه.

ثم إن كانت واحدة فلاقسمة، وكذا لو كنّ أكثر وأعرض عنهنّ.

وإن بات عند واحدة منهنّ ليلة لزمه للباقيات مثلها. وعلى المشهور يجب مطلقاً، وحينئذٍ فإن تعدّد ابتداء بالقرعة، ثم إن كانتا اثنتين، وإلا افتقر إلى قرعة أخرى للثانية، وهكذا... لئلا يرجح بغير مرجح. وقيل: يتخيّر^(٤) وعلى قول الشيخ يتخيّر من غير قرعة.

ولا تجوز الزيادة في القسمة على ليلة بدون رضاهنّ، وهو أحد القولين^(٥) لأنه الأصل، وللتأسي بالنبي ﷺ فقد كان يقسم كذلك^(٦) ولئلا يلحق بعضهنّ ضرر مع الزيادة بعروض ما يقطعه عن القسم للمتأخّرة. والآخر جوازها مطلقاً^(٧) للأصل.

(١) قاله في المبسوط ٤ : ٣٢٥ - ٣٢٦.

(٢) الشرائع ٢ : ٣٣٥.

(٣) التحرير ٣ : ٥٨٨، الرقم ٥٢٥٣.

(٤) نسبه في المسالك ٨ : ٣١٧ إلى الأكثر، واختاره المحقق في الشرائع ٢ : ٣٣٥ - ٣٣٦، والعلامة في التحرير ٣ : ٥٨٩، الرقم ٥٢٥٧.

(٥) اختاره المحقق في الشرائع ٢ : ٣٣٥، والعلامة في التحرير ٣ : ٥٩١، الرقم ٥٢٦٢، والصيمري في غاية المرام ٣ : ١٦٢، والسيوري في التنقيح الرائع ٣ : ٢٥٢.

(٦) أنظر الوسائل ١٥ : ٨٤، الباب ٥ من أبواب القسم والنشوز والشقاق، الحديث ٢، والسنن الكبرى ٧ : ٣٩٨.

(٧) نسبه في المسالك ٨ : ٣١٥ إلى الشيخ في المبسوط وجماعة. أنظر المبسوط ٤ : ٣٢٨، والقواعد ٣ : ٩٢، وكنز العرفان ٢ : ٢١٦.

ولو قيل بتقييده بالضرر - كما لو كنَّ في أماكن متباعدة يشقُّ عليه الكون كلَّ ليلة مع واحدة - كان حسناً، وحينئذٍ فيتقيّد بما يندفع به الضرر ويتوقّف ما زاد على رضاهنَّ. وكذا لا يجوز أقلّ من ليلة؛ للضرر.

﴿ ولا فرق ﴾ في وجوب القسم ﴿ بين الحرِّ والعبد والخصيِّ والعنّين، وغيرهم ﴾ لإطلاق الأمر، وكون الغرض منه الإيناس بالمضاجعة لا المواقعة. ﴿ وتسقط القسمة بالنشوز ﴾ إلى أن ترجع إلى الطاعة ﴿ والسفر ﴾ أي سفره مطلقاً^(١) مع استصحابه لإحداهنَّ، أو على القول بوجوبه مطلقاً، فإنّه لا يقضي للمتخلّفات وإن لم يُقرع للخارجة. وقيل: مع القرعة، وإلّا قضى^(٢).

أمّا سفرها: فإن كان لواجب أو جائز بإذنه وجب القضاء، ولو كان لغرضها ففي القضاء قولان للعلامة في القواعد والتحرير^(٣) والمتّجه وجوبه. وإن كان في غير واجب بغير إذنه ولا ضرورة إليه فهي ناشز.

﴿ ويختصّ الوجوب بالليل، وأمّا النهار فلمعاشه ﴾ إن كان له معاش ﴿ إلّا في نحو* الحارس ﴾ ومن لا يتمّ عمله إلّا بالليل ﴿ فتعكس ﴾ قسمته، فتجب نهاراً دون الليل.

(١) سواء كان وجوب القسم بعد الابتداء كما هو قول الشيخ، أو مطلقاً كما هو المشهور (هامش ر).

(٢) قاله الشيخ في الخلاف ٤ : ٤١٥، المسألة ٧ من كتاب القسم، ويحيى بن سعيد الحلّي في الجامع : ٤٥٧.

(٣) القواعد ٣ : ٩٠، وفيه: ولو كان في غرضها فلا قضاء؛ والتحرير ٣ : ٥٩٥، وفيه: ولو سافرت بإذنه لحاجة لها فالأقرب أنّ لها النفقة والقسم.

(*) في (س) ومحتمل (ق): في حقّ.

وقيل : تجب الإقامة صبيحة كل ليلة مع صاحبها^(١) لرواية إبراهيم الكرخي عن الصادق عليه السلام^(٢) وهي محمولة - مع تسليم سندها - على الاستحباب^(٣) والظاهر أنّ المراد بالصبيحة : أوّل النهار بحيث يُسمّى صبيحة عرفاً ، لا مجموع اليوم . هذا كلّه في المقيم . أمّا المسافر الذي معه زوجاته فعماد القسمة في حقّه وقت النزول ، ليلاً كان أم نهاراً ، كثيراً كان أم قليلاً .

﴿ وللأمة ﴾ المعقود عليها دوماً حيث يسوغ ﴿ نصف القسم ﴾ لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال : « إذا كانت تحتة أمة مملوكة فتزوّج عليها حرّة قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة »^(٤) وحيث لا تكون القسمة في أقلّ من ليلة فللأمة ليلة من ثمان ، وللحرّة ليلتان ، وله خمس .

ويجب تفريق ليلتي الحرّة لتقع من كلّ أربع واحدة إن لم ترضَ بغيره . وإنّما تستحقّ الأمة القسم^(٥) إذا استحقّت النفقة بأن كانت مُسلمةً للزوج ليلاً ونهاراً كالحرّة ﴿ وكذا الكتايبية الحرّة ﴾ حيث يجوز نكاحها دوماً على المشهور ، وعُللَ بنقصها بسبب الكفر فلا تساوي المسلمة الحرّة ﴿ وللكتايبية الأمة ربع القسم ﴾ لثلاث تساوي الأمة المسلمة ﴿ فتصير القسمة من ستّ عشرة ليلة ﴾ للأمة الكتايبية منها ليلة ، وللحرّة المسلمة أربع كما سلف وللأمة المسلمة ليلتان

(١) وهو المنسوب إلى الإسكافي ، وانظر عبارته في المختلف ٧ : ٣١٨ .

(٢) الوسائل ١٥ : ٨٤ ، الباب ٥ من أبواب القسم والنشوز والشقاق ، الحديث الأوّل .

(٣) نُبّه بقوله : « مع تسليم سندها » على أنّ سندها غير صحيح ؛ لأنّ الكرخي مجهولٌ . (منه عليه السلام) .

(*) في (ق) و (س) : القسمة .

(٤) الوسائل ١٥ : ٨٧ ، الباب ٨ من أبواب القسم والنشوز والشقاق ، الحديث الأوّل .

(٥) في (ش) و (ر) : القسمة .

لو اتَّفقت، وكذا الكتّابيّة.

ومن هنا يتفرَّع باقي صور اجتماع الزوجات المتفرّقات^(١) في القسمة^(٢)

(١) في (ف) و(ش) : المتفرقات.

(٢) الصور المتفرّقة : ستّ، منها ثنائيّة الاجتماع، وهي : (١) حرّةٌ مسلمةٌ وأمةٌ مسلمةٌ

(٢) حرّةٌ مسلمةٌ وكتّابيّةٌ. (٣) حرّةٌ مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ. (٤) أمةٌ مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ.

(٥) كتّابيّةٌ حرّةٌ وأمةٌ مسلمةٌ. (٦) كتّابيّةٌ حرّةٌ وكتّابيّةٌ أمةٌ.

وأربع عشرة صورة ثلاثيّة، وهي : (١) حرّةٌ مسلمةٌ وأمةٌ مسلمةٌ وكتّابيّةٌ. (٢) حرّةٌ مسلمةٌ

وأمةٌ مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ. (٣) حرّةٌ مسلمةٌ وكتّابيّةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ. (٤) حرّةٌ مسلمةٌ وأمتان

مسلمتان. (٥) حرّةٌ وكتّابيّتان. (٦) حرّةٌ وأمتان كتّابيّتان. (٧) حرّتان وأمةٌ مسلمةٌ.

(٨) حرّتان مسلمتان وكتّابيّةٌ. (٩) حرّتان وأمةٌ كتّابيّةٌ. (١٠) كتّابيّتان وأمةٌ مسلمةٌ.

(١١) كتّابيّتان وأمةٌ كتّابيّةٌ. (١٢) كتّابيّةٌ وأمةٌ مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ. (١٣) كتّابيّةٌ وأمتان

مسلمتان. (١٤) كتّابيّةٌ وأمتان كتّابيّتان.

وعشرون صورة رباعيّة، وهي : (١) حرّتان وأمتان مسلمتان. (٢) حرّتان مسلمتان

وكتّابيّتان. (٣) حرّتان مسلمتان وأمتان كتّابيّتان. (٤) حرّتان مسلمتان وأمةٌ مسلمةٌ

وكتّابيّةٌ. (٥) حرّتان مسلمتان وأمةٌ مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ. (٦) حرّتان مسلمتان وكتّابيّةٌ وأمةٌ

كتّابيّةٌ. (٧) أمتان مسلمتان وكتّابيّتان. (٨) كتّابيّتان وأمتان كتّابيّتان. (٩) كتّابيّتان وأمةٌ

مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ. (١٠) حرّةٌ مسلمةٌ وكتّابيّةٌ وأمتان مسلمتان. (١١) حرّةٌ مسلمةٌ

وكتّابيّتان وأمةٌ مسلمةٌ. (١٢) حرّةٌ مسلمةٌ وثلاث كتّابيّات. (١٣) حرّةٌ مسلمةٌ وكتّابيّتان

وأمةٌ كتّابيّةٌ. (١٤) أمةٌ مسلمةٌ وثلاث كتّابيّات. (١٥) أمةٌ كتّابيّةٌ وثلاث كتّابيّات.

(١٦) ثلاث حرائر وأمةٌ مسلمةٌ. (١٧) ثلاث حرائر مسلمةٌ وكتّابيّةٌ. (١٨) ثلاث

حرائر مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ. (١٩) حرّةٌ مسلمةٌ وكتّابيّةٌ وأمةٌ مسلمةٌ وأمةٌ كتّابيّةٌ.

(٢٠) أمتان كتّابيّتان وحرّةٌ مسلمةٌ وحرّةٌ كتّابيّةٌ.

والمتّفقة من واحدةٍ إلى أربع حرائر مسلمةٍ، ومثلها كتّابيّاتٍ واثنتان إماء مسلمةٍ واثنتان

وهي أربعون صورة، تبلغ مع الصور المتفقة اثنتين وخمسين تُعرف مع أحكامها بالتأمل.

وتستحقّ القسم مريضةً ورتقاءً وقرناءً وحائضٌ ونُفساء؛ لأنّ المقصود منه الأُنس لا الوطء.

﴿ ولا قسمة للصغيرة ﴾ التي لم تبلغ التسع ﴿ ولا للمجنونة المطبقة إذا خاف ﴾ أذاها مع مضاجعتها؛ لأنّ القسمة مشروطة بالتمكين، وهو منتفٍ فيهما. ولو لم يخف من المجنونة وجب، وكذا غير المطبقة.

﴿ ويقسم الولي بالمجنون ﴾ بأن يطوف به على أزواجه بالعدل، أو يستدعيهنّ إليه أو بالتفريق. ولو خصّ به بعضهنّ فقد جار، وعليه القضاء. فإن أفاق المجنون قضى ما جار فيه الولي، وفي وجوبه عليه نظر؛ لعدم جوره.

﴿ وتختصّ البكر عند الدخول بسبع ﴾ ليالٍ ولاءً، فلو فرّقه لم يحتسب واستأنف وقضى المفرّق للأخريات. ويحتمل الاحتساب مع الإثم ﴿ والشيب بثلاث ﴾ ولاءً. والظاهر أنّ ذلك على وجه الوجوب.

ولا فرق بين كون الزوجة حرّة وأمة مسلمة وكتايبية إن جوّزنا تزويجها دواماً، عملاً بالإطلاق. واستقرب في التحرير تخصيص الأمة بنصف ما تختصّ به لو كانت حرّة^(١) وفي القواعد المساواة^(٢) وعلى التنصيف يجب عليه الخروج من

إماء كتبايبات وهما واحدة واثنتان منهما.

واعلم أنّ القسمة في المتفرقة من ثمانية في عشرين صورة، ومن ستّ عشرة في عشرين. وفي المتفقة من أربع في أربع، ومن ثمان في ستّ، ومن ستّ عشرة في اثنتين. (منه الله).

(١) التحرير ٣: ٥٩٥، ذيل الرقم ٥٢٧١.

(٢) القواعد ٣: ٩٠.

عندها بعد انتصاف الليل إلى مكان خارج عن الأزواج، كما يجب ذلك لو بات عند واحدة نصف ليلة ثم مُنع من الإكمال، فإنه يبيت عند الباقيات مثلها مع المساواة أو بحسابه.

﴿ وليس للزوجة أن تهب ليلتها للضرّة إلاّ برضاء الزوج ﴾ لأنّ القسم حقّ مشترك بينهما، أو مختصّ به على القول بعدم وجوبه ابتداءً، فإن رضي بالهبة وهبت لمعيّنة منهنّ بات عندها ليلتها^(١) كلّ ليلة في وقتها متّصلتين كانتا أم منفصلتين.

وقيل: يجوز وصلهما تسهياً عليه، والمقدار لا يختلف^(٢).

ويُضعف بأنّ فيه تأخير حقّ مَنْ بين ليلتين، وبأنّ الواهبة قد ترجع بينهما والموالة تُفوّت حقّ الرجوع. وإن وهبتها لهنّ سوى بينهنّ فيجعل الواهبة كالمعدومة. ولو وهبتها له فله تخصيص نوبتها بمن شاء، ويأتي في الاتّصال والانفصال ما سبق.

﴿ ولها الرجوع قبل تمام المبيت ﴾ لأنّ ذلك بمنزلة البذل، لا هبة حقيقة، ومن ثمّ لا يشترط رضا الموهوبة ﴿ لا بعده ﴾ لذهاب حقّها من الليلة، فلا يمكن الرجوع فيها ولا يجب قضاؤها لها ﴿ ولو رجعت في أثناء الليلة تحوّل إليها ﴾ لبطان الهبة لما بقي من الزمان ﴿ ولو رجعت ولمّا يعلم فلا شيء عليه ﴾ لاستحالة تكليف الغافل. ولها أن ترجع في المستقبل دون الماضي، ويثبت حقّها من حين علمه به ولو في بعض الليل.

(١) كذا في (ع) التي قبلت بالأصل، وفي ظاهر (ف): ليلتيهما، وفي (ش) و(ر):

ليلتهما.

(٢) لم نعره عليه.

﴿ ولا يصحّ الاعتياض عن القسم ﴾ بشيء من المال؛ لأنّ المعوّض «كون الرجل عندها» وهو لا يقابل بالعوض؛ لأنّه ليس بعين ولا منفعة، كذا ذكره الشيخ^(١) وتبعه عليه الجماعة^(٢) وفي التحرير نسب القول إليه^(٣) ساكتاً عليه مشعراً بتوقّفه فيه أو تمرّضه. وله وجه؛ لأنّ المعاوضة غير منحصرة فيما ذكر، ولقد كان ينبغي جواز الصلح عليه، كما يجوز الصلح على حقّ الشفعة والتجوير ونحوهما من الحقوق.

وحيث لا تجوز المعاوضة ﴿ فيجب ﴾ عليها ﴿ ردّ العوض ﴾ إن كانت قبضته، ويجب عليه القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت؛ لأنّه لم يسلم لها العوض. هذا مع جهلها بالفساد، أو علمها وبقاء العين، وإلّا أشكل الرجوع؛ لتسليطه على إتلافه^(٤) بغير عوض، حيث يعلم أنّه^(٥) لا يسلم له. وقد تقدّم البحث فيه في البيع الفاسد، وأنّ المصنّف مال إلى الرجوع مطلقاً^(٦) كما هنا، خلافاً للأكثر.

﴿ ولا يزور الزوج الضرة في ليلة ضرّتها ﴾ لما فيه من تفويت حقّها زمن الزيارة. وكذا لا يدخل إليها لغير الزيارة إلّا لضرورة، فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصّر جداً بحيث لا يُعدّ إقامة عرفاً فيأثم خاصّة.

(١) في المبسوط ٤ : ٣٢٥.

(٢) مثل القاضي في المهدّب ٢ : ٢٢٨، والعلامة في القواعد ٣ : ٩٤، والإرشاد ٢ : ٣٢.

والصيمري في غاية المرام ٣ : ١٦٥.

(٣) التحرير ٣ : ٥٨٩، الرقم ٥٢٥٦.

(٤) يعني تسليط الزوج الزوجة على إتلاف العوض.

(٥) في الضمير وجهان : رجوعه إلى المعوّض، ورجوعه إلى العوض. (هامش ر).

(٦) تقدّم في الجزء الثاني : ١٩٠.

وقيل : لا يجب القضاء إلا مع استيعاب الليلة، والقولان للفاضل في القواعد والتحرير^(١).

﴿ ويجوز عيادتها في مرضها، لكن يقضى لو استوعب الليلة عند المزورة ﴾ لعدم إيصالها حقها. وقيل : لا، كما لو زار أجنبيًّا^(٢).

وهل تحسب الليلة على المزورة؟ الظاهر لا؛ لأنها ليست حقها. ولو لم يستوعب الليلة فلا قضاء هنا.

﴿ والواجب ﴾ في المبيت ﴿ المضاجعة ﴾ وهي أن ينام معها قريباً منها عادة، معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرية بحيث لا يُعدّها جراً وإن لم يتلاصق الجسمان ﴿ لا المواقعة ﴾ فإنها لا تجب إلا في كل أربعة أشهر مرة كما سلف^(٣).

﴿ ولو جازَ في القسمة قضي ﴾ واجباً لمن أخلّ بليلتها، فلو قسم لكلّ واحدة من الأربع عشراً فوقى من الزوجات ثلاثاً ثم عاد عليهنّ دون الرابعة بعشرٍ، قضى لها ثلاث عشرة ليلة وتُلثاً. ولو باتها منفرداً قضى لها عشراً خاصة.

ولو طلقها قبل القضاء أو بعد حضور ليلتها قبل إيفائها بقي حقها في ذمته، فإن تزوّجها أو راجعها وجب عليه التخلّص منها، وإلا استقرت المظلمة في ذمته.

وكذا لو فارق المظلوم بها وجدّد غيرها؛ لأنّ قضاء الظلم يستلزم الظلم للجديدة. ولو كان الظلم بعض ليلة وجب عليه إيفؤها قدر حقها وإكمال باقي

الليلة خارجاً عن الزوجات. ولو شكّ في القدر بنى على المتيقّن.

(١) القواعد ٣ : ٩١، وفيه : لو طال مكثه عند الضرة ليلاً ثم خرج قضى مثل ذلك الزمان، والتحرير ٣ : ٥٩١، وفيه : فإن استوعب الليلة قضى.

(٢) قاله المحقّق في الشرائع ٢ : ٣٣٧، والعلامة في الإرشاد ٢ : ٣٢، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ٢٥٠.

(٣) سلف في الصفحة ١٥٦.

﴿ والنشوز ﴾

وأصله الارتفاع و ﴿ هو ﴾ هنا ﴿ الخروج عن الطاعة ﴾ أي خروج أحد الزوجين عمّا يجب عليه من حقّ الآخر وطاعته؛ لأنّه بالخروج يتعالى عمّا أوجب الله عليه من الطاعة .

﴿ فإذا ظهرت أمارته للزوج بتقطيبها^(١) في وجهه والتبرّم ﴾ أي الضجر والسأم ﴿ بحوائجه ﴾ التي يجب عليها فعلها من مقدّمات الاستمتاع، بأن تمتنع أو تتناقل إذا دعاها إليه، لا مطلق حوائجه؛ إذ لا يجب عليها قضاء حاجته التي لا تتعلق بالاستمتاع ﴿ أو تغيّر عاداتها في أدبها ﴾ معه قولاً كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين أو غير مقبلة بوجهها بعد أن كانت تُقبل، أو فعلاً كأن يجد إعراضاً وعبوساً بعد لطف وطلاقة، ونحو ذلك^(٢) ﴿ وعظها ﴾ أولاً بلا هجر ولا ضرب، فلعلّها تُبدي عذراً أو تتوب عمّا جرى منها من غير عذر.

والوعظ كأن يقول: «أنقي الله في الحقّ الواجب لي عليك، واحذري العقوبة» وبيّن لها ما يترتب على ذلك من عذاب الله تعالى في الآخرة، وسقوط النفقة والقسم في الدنيا.

﴿ ثمّ حوّل ظهره إليها ﴾ في المضجع - بكسر الجيم - إن لم ينبج الوعظ ﴿ ثمّ اعترل ﴾ ها ناحية في غير ﴿ فراشها . ولا يجوز ضربها ﴾ إن رجا رجوعها بدونه ﴿ فإذا امتنعت من طاعته فيما يجب له ﴾ ولم ينبج ذلك كَلِّه ﴿ ضربها مقتصرأ على ما يؤمّل به رجوعها ﴾ فلا تجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به،

(١) قطّب في وجهه تنظيماً : عبس .

(٢) في (٤) : غير ذلك

وإلا تدرّج إلى الأقوى فالأقوى ﴿ ما لم يكن مُدْمِيّاً ولا مَبْرِحاً ﴾ أي شديداً كثيراً، قال تعالى: **وَاللّٰتِي تَخَافُونَ نَشْوَزَهُنَّ فَعَظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبْنَ لَهُنَّ السَّلَاطِيَ**

والمراد فعظوهن إذا وجدتم أمارات النشوز، واهجروهنّ إن نشزن، واضربوهنّ إن أصررن عليه. وأفهم قوله تعالى: (في المضاجع) أنّه لا يهجرها في الكلام. وهذا فيما زاد على ثلاثة أيّام؛ لقوله ﷺ: « لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه^(٢) فوق ثلاث^(٣) » ويجوز في الثلاثة إن رجا به رجوعها. ولو حصل بالضرب تلف أو إدماء ضمن.

﴿ ولو نشز ﴾ الزوج ﴿ بمنع حقوقها ﴾ الواجبة لها عليه من قَسَم ونفقة ﴿ فلها المطالبة ﴾ بها ﴿ وللحاكم إلزامه ﴾ بها، فإن أساء خلّقه وآذاها بضربٍ وغيره بلا سبب صحيح نهاه عن ذلك، فإن عاد إليه عزّره بما يراه. وإن قال كلٌّ منهما: إن صاحبه متعدّدٌ، تعرّف الحاكم الحال بثقة في جوارهما [يختبرهما]^(٤) ومنع الظالم منهما.

﴿ ولو تركت ﴾ الزوجة ﴿ بعض حقوقها ﴾^(٥) من قسمة ونفقة ﴿ استمالةً له حلّ ﴾ له ﴿ قبوله ﴾ وليس له منع بعض حقوقها لتبذل له مالاً ليخلعها، فإن فعل فبذلت أثم وصحّ قبوله ولم يكن إكراهاً. نعم، لو قهرها عليه بخصوصه لم يحلّ.

(١) النساء : ٣٤.

(٢) في (ر) زيادة: في الكلام. ولم ترد هذه في الوسائل أيضاً.

(٣) الوسائل ٨ : ٥٨٥، الباب ١٤٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٧.

(٤) في المخطوطات: يخبرهما.

(٥) في (ر) زيادة: الواجبة لها عليه.

﴿ والشقاق ﴾

هو ﴿ أن يكون الشوز منهما ﴾ كأن كل واحد منهما قد صار في شق غير الآخر ﴿ وتُخشى الفرقة ﴾ أو الاستمرار على ذلك ﴿ فيبعث الحاكم الحكّمين من أهل الزوجين ﴾ أي أحدهما من أهله والآخر من أهلها كما تضمّنته الآية^(١) لينظرا في أمرهما بعد اختلاء حَكَمه به وحَكَمها بها ومعرفة ما عندهما في ذلك. وهل بعثهما واجب أو مستحبّ؟ وجهان: أوجهما الوجوب عملاً بظاهر الأمر في الآية^(٢). ﴿ أو من غيرهما ﴾ لحصول الغرض به، ولأنّ القرابة غير معتبرة في الحَكَم ولا في التوكيل، وكونهما من الأهل في الآية؛ للإرشاد إلى ما هو الأصلح. وقيل: يتعيّن كونهما من أهلها^(٣) عملاً بظاهر الآية، ولأنّ الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب. ولو تعذّر الأهل فلا كلام في جواز الأجانب.

وبعثهما يكون ﴿ تحكيماً ﴾ لا توكيلاً؛ لأنّ الله تعالى خاطب بالبعث الحكّام وجعلهما حكّمين، ولو كان توكيلاً لخاطب به الزوجين، ولأنّهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غير استئذان، وإن رأيا التفريق توقّف على الإذن، ولو كان توكيلاً لكان تابِعاً لما دلّ عليه لفظهما.

وبذلك يُضعف قول القاضي بكونه توكيلاً^(٤) استناداً إلى أنّ البضع حقّ

(١) الآية ٣٥ من سورة النساء.

(٢) وهو قوله تعالى: (فابعثوا).

(٣) قاله ابن إدريس في السرائر ٢: ٧٣٠، وقوّاه العلامة في المختلف ٧: ٤٠٤.

(٤) قال القاضي في المهذّب ٢: ٢٦٦؛ وقد ذكرنا في كتابنا «الكامل في الفقه» في هذا الموضوع، أنّه على طريق التوكيل والصحيح أنّه على طريق الحكم...

للزوج والمال حق للمرأة، وليس لأحد التصرف فيهما إلا بإذنها، لعدم الحجر عليهما؛ لأنّ إذن الشارع قد يجري على غير المحجور كالمماطل.

وحيث كان تحكيمياً ﴿ فإن اتفقا على الإصلاح ﴾ بينهما ﴿ فعلاه ﴾ من غير مراجعة ﴿ وإن اتفقا على التفريق لم يصحّ إلا بإذن الزوج في الطلاق، و ﴿ إذن ﴾ الزوجة في البذل ﴿ إن كان خلعاً؛ لأنّ ذلك هو مقتضى التحكيم.

﴿ وكلّ ما شرطاه ﴾ - أي الحكمان - على الزوجين ﴿ يلزم إذا كان سائغاً ﴾ شرعاً وإن لم يرض به الزوجان، ولو لم يكن سائغاً - كاشتراط ترك بعض النفقة أو القسمة أو أن لا يسافر بها - لم يلزم الوفاء به.

ويشترط في الحكّمين: البلوغ والعقل والحريّة والعدالة والاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما، دون الاجتهاد.

﴿ ويلحق بذلك نظران ﴾ :

﴿ الأول : الأولاد ﴾

﴿ ويلحق الولد بالزوج الدائم ﴾ نكاحه ﴿ بالدخول ﴾ بالزوجة ﴿ ومضي ستة أشهر ﴾ هلالية ﴿ من حين الوطء ﴾ والمراد - على ما يظهر من إطلاقتهم وصرح به المصنف في قواعده^(١) - غيابة الحشفة قبلاً أو دبراً وإن لم يُنزل. ولا يخلو ذلك من إشكال إن لم يكن مجمعاً عليه؛ للقطع بانتفاء التولد عنه عادة في كثير من موارد. ولم أقف على شيء يُنافي ما نقلناه يُعتمد عليه.

﴿ وعدم تجاوز أقصى الحمل ﴾ وقد اختلف الأصحاب في تحديده فقيل : تسعة أشهر^(٢) وقيل : عشرة^(٣) ﴿ وغاية ما قيل ﴾ فيه ﴿ عندنا : سنة^(٤) ﴾

(١) القواعد والفوائد ١ : ١٧٤.

(٢) نسبه في غاية المرام ٣ : ٢٤٣ إلى الأكثر، وفي المسالك ٨ : ٣٧٤ إلى المشهور، واختاره المفيد في المقنعة : ٥٣٩، والشيخ في النهاية : ٥٠٥، وسلا في المراسم : ١٥٦، والقاضي في المهذب ٢ : ٣٤١، وابن إديريس في السرائر ٢ : ٦٤٨، وغيرهم.

(٣) نسبه في التنقيح الرائع ٣ : ٢٦٣ إلى الشيخ في المبسوط، ولكن لم نعثر عليه هناك، واستحسنه المحقق في المختصر النافع : ١٩٢، والشرائع ٢ : ٣٤٠، واختاره العلامة في القواعد ٣ : ٩٨، والإرشاد ٢ : ٣٨، وفي التحرير ٤ : ١٥ تسعة أشهر أو عشرة، والصيمري في غاية المرام ٣ : ١٧١ و ٢٤٣، وأبو العباس في المختصر : ٢٦٧.

(٤) اختاره السيد في الانتصار : ٣٤٥، المسألة ١٩٣، والحلي في الكافي : ٣١٤، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٤٦١، ومال إليه العلامة في المختلف ٧ : ٣١٦.

ومستند الكلّ مفهوم الروايات^(١) وعدل المصنّف رحمته الله عن ترجيح قول؛ لعدم دليل قوِّي على الترجيح.

ويمكن حمل الروايات على اختلاف عادات النساء، فإنّ بعضهنّ تلد لتسعة، وبعضهنّ لعشرة، وقد يتفق نادراً بلوغ سنة. واتفق الأصحاب على أنّه لا يزيد عن السنة، مع أنّهم رووا أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله حملت به أمّه أيام التشريق^(٢) واتفقوا على أنّه ولد في شهر ربيع الأول^(٣) فأقلّ ما يكون لبثه في بطن أمّه سنة وثلاثة أشهر، وما نقل أحد من العلماء أنّ ذلك من خصائصه صلى الله عليه وآله.

﴿ هذا في ﴾ الولد ﴿ التمام ﴾ الذي ولجته الروح، وفي غيرد ﴿ ممّا تستقطه المرأة ﴾ يرجع ﴿ في إلحاقه بالزوج حيث يحتاج إلى الإلحاق ليجب عليه تكفينه ومؤونة تجهيزه ونحو ذلك من الأحكام التي لا تترتب على حياته ﴾ إلى المعتاد ﴿ لمثله ﴾ من الأيام والأشهر وإن نقصت عن الستّة الأشهر ﴿ فإن أمكن عادة كونه منه لحقه حكمه^(٤) وإن علم عادة انتفاؤه عنه لغيبته عنها مدّة تزيد عن تخلّقه عادة انتفى عنه.

﴿ ولو فجر بها ﴾ أي بالزوجة الدائمة فاجر ﴿ فالولد للزوج ﴾ وللعاهر الحجر ﴿ ولا يجوز له نفيه لذلك ﴾ للحكم بلحوقه بالفراش شرعاً وإن أشبه الزاني خلقة ﴿ ولو نفاه لم ينتف عنه إلاّ باللعان ﴾ لأمّه، فإن لم يلاعن حدّ به.

(١) أنظر الوسائل ١٥ : ١١٥ - ١١٨، الباب ١٧ من أبواب أحكام الأولاد، و ٤٤٢ - ٤٤٣.

الباب ٢٥ من أبواب العدد، ولكن لم نعر في الروايات على رواية العشرة. كما اعترف به في المسالك ٨ : ٣٧٧، والجواهر ٣١ : ٢٢٦.

(٢) و (٣) أنظر الكافي ١ : ٤٣٩، باب مولد النبيّ، والبحار ١٥ : ٢٤٨ - ٢٥٤.

(*) في (ق) ونسخة (ف) و (ر) من الشرح: التام.

(٤) في (ر): الحكم.

﴿ ولو اختلفا في الدخول ﴾ فادّعته وأنكره هو ﴿ أو في ولادته ﴾ بأن أنكر كونها ولدته ﴿ حلف الزوج ﴾ لأصالة عدمهما، ولأنّ النزاع في الأوّل في فعله، ويمكنها إقامة البيّنة على الولادة في الثاني، فلا يُقبل قولها فيها بغير بيّنة.

﴿ ولو ﴾ اتّفقا عليهما و ﴿ اختلفا في المدّة ﴾ فادّعى ولادته لدون ستّة [أشهر]^(١) أو لأزيد من أقصى الحمل ﴿ حلفت ﴾ هي تغليباً للفراش، ولأصالة عدم زيادة المدّة في الثاني. أمّا الأوّل فالأصل معه فيحتمل قبول قوله فيه عملاً بالأصل، ولأنّ مآله إلى النزاع في الدخول، فإنّه إذا قال: «لم تنقض ستّة أشهر من حين الوطء» فمعناه: أنّه لم يوطأ منذ ستّة أشهر، وإنّما وقع الوطء فيما دونها.

وربما فسّر بعضهم النزاع في المدّة بالمعنى الثاني خاصّة^(٢) ليوافق الأصل. وليس ببعيد إن تحقّق في ذلك خلاف، إلّا أنّ كلام الأصحاب مطلق.

﴿ وولد المملوكة إذا حصلت الشروط ﴾ الثلاثة، وهي: الدخول، وولادته لستّة أشهر فصاعداً، ولم يتجاوز الأقصى ﴿ يلحق به. وكذلك ﴾ ولد ﴿ المتعة ﴾ ولا يجوز له نفيه؛ لمكان الشبهة فيهما ﴿ لكن لو نفاه انتفى ﴾ ظاهراً ﴿ بغير لعان فيهما وإن فعل حراماً ﴾ حيث نفي ما حكم الشارع ظاهراً بلحوقه به. أمّا ولد الأمة فموضع وفاق، ولتعليق اللعان على رمي الزوجة في الآية^(٣).

وأمّا ولد المتعة فانتفاؤه بذلك هو المشهور^(٤) ومستنده غلبة إطلاق الزوجة

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) النور: ٦.

(٤) فقد ادّعى المحقّق الثاني عدم الخلاف فيه في جامع المقاصد ١٣: ٣٥، ولكن اختار

يحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع: ٤٥٢ اللعان لنفي الولد.

على الدائمة، ومن ثمَّ حُمِلت عليها في آية الإِثْر^(١) وغيره^(٢).
 وذهب المرتضى وجماعة إلى إلحاقها بالدائمة هنا^(٣) لأنَّها زوجة حقيقة،
 وإلَّا لحرمت بقوله تعالى: (فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)^(٤) ﴿ فلو
 عاد واعترف به صحَّ ولحق به ﴾ بخلاف ما لو اعترف به أولاً ثمَّ نفاه، فإنَّه لا ينتفي
 عنه وألحق به.

﴿ ولا يجوز نفي الولد ﴾ مطلقاً ﴿ لمكان العزل ﴾ عن أمِّه؛ لإطلاق
 النصِّ^(٥) والفتوى^(٦) بلحوق الولد لفراش الواطئ، وهو صادق مع العزل، ويمكن
 سبق الماء قبله.

وعلى ما ذكرناه سابقاً^(٧) لا اعتبار بالإنزال في إلحاق الولد مطلقاً، فمع
 العزل بالماء أولاً.

وقيد العلامة هنا الوطء مع العزل بكونه قبلاً^(٨) والمصنّف صرَّح في القواعد

(١) كما في المختلف ٧: ٢٢٨.

(٢) أنظر غاية المرام ٣: ٩٢، وجامع المقاصد ١٣: ٣٦.

(٣) يعني في اللعان، تقدّم عن المرتضى والمفيد في الصفحة ٢٤٢، وانظر الجامع للشرائع:
 ٤٥٢، ونقل في غاية المرام ٣: ٨٧ عن الصدوق سبب القذف للعان.

(٤) المؤمنون: ٧.

(٥) المستدرک ١٥: ١٨٧، الباب ٧٣ من أبواب أحكام الأولاد.

(٦) كما في النهاية: ٥٠٥، والشرائع ٢: ٣٤١، والقواعد ٣: ٩٩، والتحرير ٤: ١٦، والجامع
 للشرائع: ٤٦١.

(٧) في الصفحة ٣١٢ من تعريف الوطء بأنّه غيبوبة الحشفة قبلاً أو دبراً وإن لم يُنزَل.

(٨) قيده في التحرير ٤: ١٧، الرقم ٥٣٠٥.

باستواء القبل والدبر في ذلك^(١) وفي باب العدد صرّحوا بعدم الفرق بينهما في اعتبار العدة^(٢).

﴿ وولد الشبهة يلحق بالواطئ بالشروط ﴾ الثلاثة ﴿ وعدم الزوج الحاضر ﴾ الداخلة بها بحيث يمكن إلحاقه به. والمولى في ذلك بحكم الزوج، لكن لو انتفى عن المولى ولحق بالواطئ أغرم قيمة الولد يوم سقط حياً لمولاها.

﴿ ويجب ﴾ كفاية ﴿ استبداد النساء ﴾ أي انفرادهن ﴿ بالمرأة عند الولادة أو الزوج، فإن تعذر فالرجال ﴾ المحارم، فإن تعذروا فغيرهم. وقدّم في القواعد الرجال الأقارب غير المحارم على الأجانب^(٣) وهنا أطلق الرجال.

هذا جملة ما ذكره فيه، ولا يخفى من نظر، بل ذلك مقيد بما يستلزم اطلاعاً على العورة، أمّا ما لا يستلزمه من مساعدتها فتحريمه على الرجال غير واضح. وينبغي فيما يستلزم الاطلاع على العورة تقديم الزوج مع إمكانه، ومع عدمه يجوز غيره؛ للضرورة كنظر الطبيب. وأمّا الفرق بين أقارب الرجال من غير المحارم والأجانب فلا أصل له في قواعد الشرع.

﴿ ويستحب غسل المولود ﴾ حين يولد ﴿ والأذان في أذنه اليمنى، والإقامة في اليسرى ﴾ وليكن ذلك قبل قطع سرّته، فلا يصيبه لَمَمٌ ولا تابعة، ولا يفرغ، ولا تصيبه أم الصبيان^(٤). روي ذلك عن أبي عبد الله عليه السلام. وعن النبي ﷺ: «من ولد له مولود فليؤدّن في أذنه اليمنى بأذان الصلاة، وليقم في أذنه اليسرى،

(١) أنظر القواعد والفوائد ١: ١٧٤ - ١٧٧.

(٢) أنظر المختصر النافع: ٢٠٠، والإرشاد ٢: ٤٦، والقواعد ٣: ١٣٨.

(٣) القواعد ٣: ٩٧.

(٤) كذا ورد في بعض الأخبار، راجع الوسائل ١٥: ١٣٧، الباب ٣٥ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢ و ٣.

فإنَّها عصمة من الشيطان الرجيم»^(١) ﴿ وتحنِيكُه بترية الحسين عليه الصلاة والسلام و^(٢) ماءِ الفرات ﴾ وهو النهر المعروف ﴿ أو ماءِ فِراتٍ ﴾ أي عذبٍ ﴿ ولو بخلطه بالتمر أو بالعسل ﴾ لِيَعَذَّبَ إن لم يكن عَذْباً.

وظاهر العبارة التخيير بين الثلاثة. والأجود الترتيب بينها فيقدِّم ماء الفرات مع إمكانها، ثمَّ الماء الفرات بالأصالة، ثمَّ بإصلاح مالهه بالحلو.

وفي بعض الأخبار: «حنَّكوا أولادكم بماء الفرات وبتربة الحسين عليه السلام، فإن لم يكن فبماء السماء»^(٣) والمراد بالتحنيك: إدخال ذلك إلى حَنكِه، وهو أعلى داخل الفم.

وكذا يستحبُّ تحنيكُه بالتمر، بأن يمضغ التمرة^(٤) ويجعلها في فيه ويوصلها إلى حنكه بسبَّابته حتَّى يتحلَّل في حلقه، قال أمير المؤمنين عليه السلام: «حنَّكوا أولادكم بالتمر، فكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وآله بالحسن والحسين عليهما السلام»^(٥) قال الهروي: يقال: حنكه وحنَّكه بتخفيف النون وتشديدها^(٦).

﴿ وتسميتهُ محمّداً ﴾ إن كان ذكراً ﴿ إلى اليوم السابع، فإن غيرَ ﴾ بعد ذلك ﴿ جاز ﴾ قال الصادق عليه السلام: «لا يولد لنا ولد إلا سَميناه محمّداً، فإذا مضى

(١) المصدر السابق: ١٣٦، الحديث الأوَّل.

(٢) في (ش): أو.

(٣) الوسائل ١٥: ١٣٨، الباب ٣٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٣. وفيه: وبتربة قبر الحسين عليه السلام.

(٤) في (ش): تمرأ.

(٥) الوسائل ١٥: ١٣٨، الباب ٣٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوَّل.

(٦) غريب الحديث ١: ٧٠ (حنك).

سبعة أيام، فإن شئنا غيرنا، وإلا تركنا»^(١).

﴿ وأصدق الأسماء ما عبد الله ﴾* أي اشتمل على عبوديته تعالى، كعبد الله وعبد الرحمن والرحيم، وغيره من أسمائه تعالى: ﴿ وأفضلها ﴾ أي الأسماء مطلقاً ﴿ اسم محمد وعليّ، وأسماء الأنبياء، والأئمة عليهم السلام ﴾ قال الباقر عليه السلام: «أصدق الأسماء ما سُمِّي بالعبودية وأفضلها أسماء الأنبياء»^(٢) وعن الصادق عليه السلام أن النبي ﷺ قال: «من وُلد له أربعة أولاد ولم يُسمَّ أحدهم باسمي فقد جفاني»^(٣) وعنه عليه السلام: «ليس في الأرض دار فيها اسم محمد إلا وهي تقدّس كلّ يوم»^(٤) وعن الحسين عليه الصلاة والسلام في حديث طويل: «لو وُلد لي مئة لأحببت أن لا أُسمِّي أحداً منهم إلا عليّاً»^(٥) وقال الرضا عليه السلام: «لا يدخل الفقر بيتاً فيه اسم محمد أو أحمد، أو عليّ أو الحسن أو الحسين أو جعفر، أو طالب أو عبد الله، أو فاطمة من النساء»^(٦).

﴿ وتكنيته ﴾ بأبي فلان إن كان ذكراً، وأمّ فلان إن كان أنثى. قال الباقر عليه السلام: «إنا لُكُنِّي أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم»^(٧).

﴿ ويجوز اللقب ﴾ وهو ما أشعر من الإعلام بمدح أو ذمّ، والمراد هنا الأول خاصة.

(١) الوسائل ١٥ : ١٢٥ - ١٢٦، الباب ٢٤ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(*) في (ق) ونسخة (ش) من الشرح: عبد الله.

(٢) الوسائل ١٥ : ١٢٤، الباب ٢٣ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(٣) و (٤) الوسائل ١٥ : ١٢٦، الباب ٢٤ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢، ٤.

(٥) الوسائل ١٥ : ١٢٨، الباب ٢٥ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(٦) المصدر السابق: ١٢٩، الباب ٢٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(٧) الوسائل ١٥ : ١٢٩، الباب ٢٧ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

﴿ ويكره الجمع بين كُنَيْتِهِ ﴿ بضم الكاف ﴾ بأبي القاسم وتسميته محمّداً ﴾ قال الصادق عليه السلام: «إنَّ النبيَّ ﷺ نهى عن أربع كنى: عن أبي عيسى، وعن أبي الحكم، وعن أبي مالك، وعن أبي القاسم إذا كان الاسم محمّداً»^(١) ﴿ وأنَّ يسمي حكماً أو حكيماً أو خالداً أو حارثاً أو ضراراً أو مالكاً ﴾ قال الباقر عليه السلام: «أبغض الأسماء إلى الله تعالى: حارث ومالك وخالد»^(٢) وعن الصادق عليه السلام قال: «إنَّ رسول الله ﷺ دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يُتسمّى بها، فقُبض ولم يُسمَّها، منها: الحكم وحكيم وخالد ومالك. وذكر أنَّها ستّة أو سبعة ممّا لا يجوز أن يُتسمّى بها»^(٣).

﴿ وأحكام الأولاد أمور ﴾ :

﴿ منها: العقيقة والحلق والختان، وثقب الأذن ﴾ اليمنى في شحمتها واليسرى في أعلاها، كل ذلك ﴿ في اليوم السابع ﴾ من يوم ولد ولو في آخر جزء من النهار. قال الصادق عليه السلام: «العقيقة واجبة»^(٤) «وكل مولود مُرتهن بعقيقته»^(٥) وعنه عليه السلام: «عق عنه، وأحلق رأسه يوم السابع»^(٦) وعنه عليه السلام: «اختلفوا أولادكم لسبعة أيّام، فإنّه أطهر وأسرع لنبات اللحم، وأنَّ الأرض لتكره بول الأغلف»^(٧) وعنه عليه السلام: «إنَّ ثقب أذن الغلام من السنّة، وختانه لسبعة أيّام من السنّة»^(٨) وفي

(١) الوسائل ١٥: ١٣١ - ١٣٢، الباب ٢٩ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢.

(٢) و (٣) الوسائل ١٥: ١٣٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢ و ١.

(٤) و (٥) الوسائل ١٥: ١٤٤، الباب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٣ و ٢.

(٦) الوسائل ١٥: ١٥١، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٨.

(٧) الوسائل ١٥: ١٦١، الباب ٥٢ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٥.

(٨) الوسائل ١٥: ١٥٩، الباب ٥١ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

خبر آخر عن النبي ﷺ: «إنّ الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحاً»^(١) وفي آخر: «إنّ الأرض تضحّ إلى الله تعالى من بول الأغلف»^(٢).

﴿ وليكن الحلق ﴾ لرأسه ﴿ قبل ﴾ ذبح ﴿ العقيقة، ويتصدّق بوزن شعره ذهباً أو فضّة ﴾ قال إسحاق بن عمّار للصادق عليه السلام: «بأيّها»^(٣) نبدأ؟ قال: يُحلق رأسه ويُعقّ عنه، ويُتصدّق بوزن شعره فضّة، يكون ذلك في مكان واحد»^(٤). وفي خبر آخر: «أو ذهباً»^(٥).

﴿ ويكره القنازع ﴾ وهو أن يحلق من الرأس موضعاً ويترك موضعاً في أيّ جانب كان، رُوي ذلك عن أمير المؤمنين عليه السلام^(٦) وفي خبر آخر عن الصادق عليه السلام «أنّه كره القزع»^(٧) في رؤوس الصبيان، وذكر أنّ القزع أن يحلق الرأس إلا قليلاً وسط الرأس تُسمّى القزعة»^(٨) وعنه عليه السلام قال: «أتى النبي ﷺ بصبيّ يدعو له وله قنازع، فأبى أن يدعو له، وأمر أن يُحلق رأسه»^(٩).

﴿ ويجب ﴾ على الصبيّ ﴿ الختان عند البلوغ ﴾ أي بعده بلا فصل لو ترك

(١) و (٢) انوسائل ١٥ : ١٦٠ - ١٦١، الباب ٥٢ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٤ و ١.

(٣) في (ر) : بأيّهما، وفي الوسائل : بأيّ ذلك.

(٤) و (٥) الوسائل ١٥ : ١٥١، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٩ و ١٠.

(٦) الوسائل ١٥ : ١٧٣ - ١٧٤، الباب ٦٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(٧) كذا في الوسائل أيضاً. وفي (ش) و (ر) : القزع - بالنون - هنا وفيما يأتي. وفي

القاموس أيضاً بالنون، وقال : وهذا موضع ذكره، لا (ق ز ع) كما فعله الجوهري. راجع

القاموس المحيط ٣ : ٧٥.

(٨) الوسائل ١٥ : ١٧٤، الباب ٦٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٣. وفيه : ويترك

وسط الرأس.

(٩) الوسائل ١٥ : ١٧٤، الباب ٦٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢.

وليّه ختانه .

وهل يجب على الوليّ ذلك قبله ؟ وجهان : من عدم التكليف حينئذٍ ، واستلزام تأخيرهِ إلى البلوغ تأخير الواجب المضيق عن (١) أوّل وقته . وفي التحرير : لا يجوز تأخيرهِ إلى البلوغ (٢) وهو دالّ على الثاني ، ودليله غير واضح . ﴿ ويستحبّ خفض النساء وإن بلغن ﴾ قال الصادق عليه السلام : « خفض النساء مكرّمة ، وأيّ شيء أفضل من المكرّمة » (٣) .

﴿ والعقيقة شاة ﴾ أو جزور ﴿ تجتمع فيها شروط الأضحية ﴾ وهي السلامة من العيوب والسمن ، والسنّ على الأفضل ، ويجزئ فيها مطلق الشاة ، قال الصادق عليه السلام : « إنّما هي شاة لحم ليست بمنزلة الأضحية ، يُجزئ منها كلّ شيء » (٤) و « خيرها أسمنها » (٥) .

﴿ ويستحبّ مساواتها الولد في الذكورة والأنوثة ﴾ ولو خالفته أجزأت . ﴿ والدعاء عند ذبحها بالمأثور ﴾ وهو « بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ ، اللَّهُمَّ [هذد] (٦) عَقِيْقَةُ عَنْ فُلَانٍ ، لَحْمُهَا يَلْحِمُهُ ، وَدَمُهَا يَدْمُهُ ، وَعَظْمُهَا يَعْظُمُهُ ، اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ وَقَاءً لآلِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ » (٧) رواه الكرخي عن أبي عبد الله عليه السلام (٨) .
وعن الباقر عليه السلام قال : إذا ذبحت فقل : « بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ »

(١) في (ع) و (ش) : في . ولم ترد عبارة « عن أوّل وقته » في (ف) .

(٢) التحرير ٤ : ٨ ، الرقم ٥٢٧٩ .

(٣) الوسائل ١٥ : ١٦٧ ، الباب ٥٦ من أبواب أحكام الأولاد ، الحديث ٣ .

(٤) و (٢) الوسائل ١٥ : ١٥٤ ، الباب ٤٥ من أبواب أحكام الأولاد ، الحديث ١ و ٢ .

(٦) لم يرد في المخطوطات .

(٧) في (ع) و (ف) : عليه وعليهم .

(٨) الوسائل ١٥ : ١٥٤ ، الباب ٤٦ من أبواب أحكام الأولاد ، الحديث الأوّل .

إيماناً بالله، وتناءً على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَالْعَظْمَةُ لِأَمْرِهِ، وَالشُّكْرُ لِرِزْقِهِ، وَالْمَعْرِفَةُ بِفَضْلِهِ عَلَيْنَا أَهْلَ الْبَيْتِ» فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقُلْ: «اللَّهُمَّ إِنَّكَ وَهَبْتَ لَنَا ذَكَرًا وَأَنْتَ أَعْلَمُ بِمَا وَهَبْتَ، وَمِنْكَ مَا أُعْطِيتَ، وَكُلُّ مَا صَنَعْنَا فَتَقَبَّلْهُ مِنَّا عَلَى سُنَّتِكَ وَسُنَّةِ نَبِيِّكَ وَرَسُولِكَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، وَاحْسَأْ عَنَّا الشَّيْطَانَ الرَّجِيمَ [اللَّهُمَّ]»^(١) لَكَ سُفِكَتِ الدِّمَاءِ لَا شَرِيكَ لَكَ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ»^(٢).

وعن الصادق عليه السلام مثله وزاد فيه: «اللَّهُمَّ لِحُمِّهَا يَلْحَمِيهِ، وَدَمِّهَا يَدْمِيهِ، وَعَظْمُهَا يَعْظُمِيهِ، وَسَعْرُهَا يَشْعُرِيهِ، وَجِلْدُهَا يَجِلْدِيهِ، اللَّهُمَّ اجْعَلْهَا وَقَاءً لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ»^(٣).

وعنه عليه السلام: إِذَا أُرِدْتَ أَنْ تَذْبِحَ الْعَقِيْقَةَ قُلْتَ: «يَا قَوْمِ إِنِّي بَرِيءٌ مِمَّا تُشْرِكُونَ، إِنِّي وَجْهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ خَنِيفًا مُسْلِمًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ، إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ لَا شَرِيكَ لَهُ وَيَذَلِكَ أَمْرٌ وَأَنَا مِنَ»^(٤) الْمُسْلِمِينَ، اللَّهُمَّ مِنْكَ وَلَكَ بِسْمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ» وَتَسْمِي الْمَوْلُودِ بِاسْمِهِ ثُمَّ تَذْبِحُ^(٥).

وعنه عليه السلام: يُقَالُ عِنْدَ الْعَقِيْقَةِ: «اللَّهُمَّ مِنْكَ وَلَكَ مَا وَهَبْتَ وَأَنْتَ أُعْطِيتَ، اللَّهُمَّ فَتَقَبَّلْهُ مِنَّا عَلَى سُنَّةِ نَبِيِّكَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَتَسْتَعِذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ» وَتَسْمِي وَتَذْبِحُ وَتَقُولُ: «لَكَ سُفِكَتِ الدِّمَاءِ لَا شَرِيكَ لَكَ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ اللَّهُمَّ احْسَأْ عَنَّا الشَّيْطَانَ الرَّجِيمَ»^(٦) فَهَذَا جُمْلَةٌ مَا وَقَفْتُ عَلَيْهِ مِنَ الدُّعَاءِ الْمَأْتُورِ.

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) و (٣) الوسائل ١٥: ١٥٥ - ١٥٦، الباب ٤٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٤ و ٥.

(٤) في (ر): أوّل.

(٥) و (٦) الوسائل ١٥: ١٥٤ - ١٥٥، الباب ٤٦ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٢ و ٣.

﴿ وسؤالُ الله تعالى أن يجعلها فدية له ، لحمًا بلحم وعظمًا بعظم وجلدًا بجلد ﴾ هذا داخل في المأثور فكان يستغني عن تخصيصه، ولعله لمزيد الاهتمام به أو التنبيه عليه حيث لا يتفق الدعاء بالمأثور ﴿ ولا تكفي الصدقة بثلثها ﴾ وإن تعذرت، بل يُنتظر الوجدان، بخلاف الأضحية.

قيل للصادق عليه السلام: إنا طلبنا العقيقة فلم نجدها فما ترى، تتصدق بثلثها؟ فقال عليه السلام: « لا، إن الله يحب إطعام الطعام وإراقة الدماء»^(١) ﴿ ولتخص القابلة بالرجل والورك^(٢) ﴾ وفي بعض الأخبار: أن لها ربع العقيقة^(٣) وفي بعضها: ثلثها^(٤) ﴿ ولو لم تكن قابلة تصدقت به الأم ﴾ بمعنى أن حصة القابلة تكون لها وإن كان الذابح الأب، ثم هي تتصدق بها؛ لأنه يُكره لها الأكل كما سيأتي. ولا تختص صدقتها بالفقراء، بل تُعطي من شاءت كما ورد في الخبر^(٥).

﴿ ولو بلغ الولد ولمّا يعق عنه استحَبَّ له العقيقة عن نفسه، وإن شك ﴾ الولد هل عُقَّ عنه أم لا ﴿ فليعق ﴾ هو ﴿ إذ الأصل عدم عقيقة أبيه ﴾ ولرواية عبد الله بن سنان عن عمر بن يزيد قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني والله ما أدري كان أبي عَقَّ عني أم لا؟ قال: فأمرني أبو عبد الله عليه السلام فعققت عن نفسي وأنا شيخ [كبير]»^(٦) وقال عمر: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كلّ امرئ

(*) في (ق) و (س): بقيمتها.

(١) الوسائل ١٥ : ١٤٦، الباب ٤٠ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأول.

(٢) الورك، والورك: ما فوق الفخذ، كالكتف فوق العضد.

(٣) و (٥) الوسائل ١٥ : ١٥٠، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٤.

(٤) الوسائل ١٥ : ١٥٦، الباب ٤٧ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأول.

(٦) لم يرد في المخطوطات.

(٧) الوسائل ١٥ : ١٤٥، الباب ٣٩ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأول.

مرتهن بعقيقته، والعقيقة أوجب من الأضحية»^(١).

﴿ ولو مات الصبي يوم السابع بعد الزوال لم تسقط، وقبله تسقط ﴾ روى

ذلك إدريس بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢).

﴿ ويكره للوالدين أن يأكلا منها شيئاً، وكذا من في عيالهما ﴾ وإن كانت

القابلة منهم؛ لقول الصادق عليه السلام: «لا يأكل هو ولا أحد من عياله من العقيقة.

وقال: للقابلة ثلث العقيقة، فإن كانت القابلة أمّ الرجل أو في عياله فليس لها منها

شيء»^(٣) وتتأكد الكراهة في الأمّ؛ لقوله عليه السلام في هذا الحديث: «يأكل العقيقة كلّ

أحد إلاّ الأمّ» ﴿ وأن تكسر عظامها، بل تفضّل أعضاء ﴾ لقوله عليه السلام في هذا

الخبر: «ويجعل^(٤) أعضاء ثمّ يطبخها».

﴿ ويستحبّ أن يدعى لها المؤمنون، وأقلّهم عشرة ﴾ قال الصادق عليه السلام:

«يطعم منه عشرة من المسلمين، فإن زاد فهو أفضل»^(٥) وفي الخبر السابق:

«لا يعطيها إلاّ لأهل الولاية» وأن يطبخ طبخاً دون أن تفرّق لحماً أو تُشوى على

النار؛ لما تقدّم من الأمر بطبخها.

والمعتبر مسّاه ﴿ و ﴿ أقلّه أن تُطبخ بالماء والملح ﴾ ولو أضيف إليهما

غيرهما فلا بأس؛ لإطلاق الأمر الصادق به بل ربما كان أكمل، وما ذكره المصنّف

للتنبية على أقلّ ما يتأدّى به الطبخ لا للحصر؛ إذ لم يرد نصّ بكون الطبخ بالماء

والملاح خاصّة، بل به مطلقاً.

(١) الوسائل ١٥ : ١٤٣، الباب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(٢) الوسائل ١٥ : ١٧٠، الباب ٦١ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(٣) الوسائل ١٥ : ١٥٦، الباب ٤٧ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

(٤) في (ع) : بل تجعل.

(٥) الوسائل ١٥ : ١٥٠، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٤.

﴿ ومنها : الرضاع ﴾ .

﴿ فيجب على الأم إرضاع اللبأ ﴾ بكسر اللام، وهو أوّل اللبن في النتاج، قاله الجوهري^(١) وفي نهاية ابن الأثير : هو أوّل ما يحلب عند الولادة^(٢) ولم أقف على تحديد مقدار ما يجب منه، وربما قيّده بعض بثلاثة أيّام^(٣) وظاهر ما نقلناه عن أهل اللغة أنّه حَلْبَة واحدة .

وإنّما وجب عليها ذلك ؛ لأنّ الولد لا يعيش بدونه، ومع ذلك لا يجب عليها التبرّع به، بل ﴿ بأجرةٍ على الأب إن لم يكن للولد مال ﴾ وإلاّ ففي ماله جمعاً بين الحقيّن^(٤) ولا منافاة بين وجوب الفعل واستحقاق عوضه، كبذل المال في المخمصة للمحتاج . وبذلك يظهر ضعف ما قيل بعدم استحقاقها الأجرة عليه؛ لوجوبه عليها^(٥) لما علم من عدم جواز أخذ الأجرة على العمل الواجب .

والفرق أنّ الممنوع من أخذ أجرته هو نفس العمل، لا عين المال الذي يجب بذله، واللبأ من قبيل الثاني، لا الأوّل . نعم، يجيء على هذا : أنّها لا تستحقّ أجرة على إيصاله إلى فمه ؛ لأنّه عمل واجب .

وربما مُنِع من كونه لا يعيش بدونه، فينقذ حينئذٍ عدم الوجوب، والعلامة

(١) الصحاح ١ : ٧٠ (لبأ) .

(٢) النهاية ٤ : ٢٢١، المادّة نفسها .

(٣) لم نعره عليه .

(٤) هما حقّ الولد الواجب على الأمّ، وحقّ الأمّ وهو الأجرة . (هامش ر) .

(٥) أقتابل بعدم استحقاقها الأجرة عليه المتّراد في التنقيح [٣ : ٢٦٧] مستدلاً بوجوب تقدّم

العمل، وما منعاً لكونه لا يعيش بدونه . (منه ﷻ) .

قطع في القواعد بكونه لا يعيش بدونه^(١) وقيدته بعضهم بالغالب^(٢) وهو أولى .

﴿ ويستحبّ ﴾ للأمّ ﴿ أن ترضعه طول المدّة ﴾ المعتبرة في الرضاع، وهي حولان كاملان لمن أراد أن يتمّ الرضاعة^(٣) فإن أراد الاقتصار على أقلّ المجزي فأحد وعشرون شهراً، ولا يجوز نقصانه عنها^(٤) ويجوز الزيادة على الحولين شهراً وشهرين خاصّة، لكن لا تستحقّ المرضعة على الزائد أجره .
وإنما كان إرضاع الأمّ مستحبّاً؛ لأنّ لبنها أوفق بمزاجه؛ لتغذيته به في الرحم دماً .

﴿ والأجرة كما قلناه ﴾ من كونها في مال الولد إن كان له مال، وإلا فعلى الأب وإن علا - كما سيأتي - مع يساره، وإلا فلا أجره لها، بل يجب عليها، كما يجب عليها الإنفاق عليه لو كان الأب معسراً .

﴿ ولها إرضاعه ﴾ حيث يستأجرها الأب ﴿ بنفسها وبغيرها ﴾ إذا لم يشترط عليها إرضاعه بنفسها، كما في كلّ أجير مطلق ﴿ وهي أولى ﴾ بإرضاعه ولو بالأجرة ﴿ إذا قنعت بما يقنع به الغير ﴾ أو أنقص أو تبرّعت بطريق أولى فيهما ﴿ ولو طلبت زيادة ﴾ عن غيرها ﴿ جاز للأب انتزاعه ﴾ منها ﴿ وتسليمه إلى الغير ﴾ الذي يأخذ أنقص أو يتبرّع . ويفهم من قوله : « انتزاعه وتسليمه » سقوط حضانتها أيضاً، وهو أحد القولين^(٥) . ووجهه لزوم الحرج

(١) القواعد ٣ : ١٠١ .

(٢) لم نعثر عليه .

(٣) إشارة إلى الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٤) في (ع) : عنه .

(٥) اختاره المحقّق في الشرائع ٢ : ٣٤٦ . والقول الآخر عدم السقوط، اختاره ابن إدريس في السرائر ٢ : ٦٥٢، والعلامة في التحرير ٤ : ١١، الرقم ٥٢٨٧، وولده في الإيضاح ٣ : ٢٦٣ .

بالجمع بين كونه في يدها وتولّي غيرها إرضاعه، ولظاهر رواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام: «إن وجد الأب من يُرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم: لا أرضعه إلاّ بخمسة دراهم، فإنّ له أن ينزعه منها»^(١).

والأقوى بقاء حقّ الحضّانة لها؛ لعدم تلازمهما، وحينئذٍ فتأتي المرضعة وترضعه عندها مع الإمكان، فإن تعذّر حمل الصبيّ إلى المرضعة وقت الإرضاع خاصّة، فإن تعذّر جميع ذلك اتّجه سقوط حقّها من الحضّانة؛ للحرص والضرر.

﴿ وللمولى إجبار أمته على الإرضاع لولدها وغيره ﴾ لأنّ منافعتها مملوكة له، فله التصرف فيها كيف شاء، بخلاف الزوجة حرّةً كانت أم مملوكةً لغيره، معتادة لإرضاع أولادها أم غير معتادة؛ لأنّه لا يستحقّ بالزوجيّة منافعتها وإنّما استحقّ الاستمتاع.

﴿ ومنها : الحضّانة ﴾ .

بالفتح، وهي : ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلّق بها من مصلحته : من حفظه وجعله في سريره ورفع، وكحله ودّهنه، وتنظيفه وغسل خرّقه وثيابه، ونحوه.

وهي بالأنثى أليقّ منها بالرجل ﴿ فالأمّ أحقّ بالولد مدّة الرضاع وإن كان ﴾ الولد ﴿ ذكراً إذا كانت ﴾ الأمّ ﴿ حرّة مسلمة ﴾ عاقلة ﴿ أو كانا ﴾ أي الأبوان معاً ﴿ رقيقين أو كافرين ﴾ فإنّه يسقط اعتبار الحرّيّة في الأوّل والإسلام في الثاني؛ لعدم الترجيح. ولو كانت الأمّ خاصّة حرّة مسلمة فهي أحقّ بالولد مطلقاً من الأب الرقّ أو الكافر إلى أن يبلغ وإن تزوّجت.

(١) الوسائل ١٥ : ١٩١، الباب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

﴿ فإذا فصل ﴾ عن الرضاع ﴿ فالأم أحقّ بالأنثى إلى سبع ﴾ سنين .
 وقيل : إلى تسع^(١) وقيل : ما لم تتزوج الأم^(٢) وقيل : إلى سبع فيهما^(٣) والأول مع
 شهرته جامع بين الأخبار المطلقة^(٤) ﴿ والأب أحقّ بالذكر ﴾ بعد فصاله ﴿ إلى
 البلوغ ، و ﴾ أحقّ ﴾ بالأنثى بعد السبع ﴿ والأقوى أنّ الخنثى المشكل هنا
 كالأنثى استصحاباً لولاية الأمّ الثابتة عليه ابتداءً إلى أن يثبت المزيل ، ولا ثبوت له
 قبل السبع ؛ لعدم العلم بالذكورية التي هي مناط زوال ولايتها عنه بعد الحولين ،
 وأصالة عدم استحقاقه الولاية قبلها .

هذا كلّه إذا كان الأبوان موجودين ، فإن مات أحدهما كان الآخر أحقّ
 بالولد مطلقاً من جميع الأقارب إلى أن يبلغ ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الأمّ أحقّ من
 الوصيّ ﴾ أي وصيّ الأب ﴿ بالابن ﴾ وكذا بالبت بعد السبع ، كما هي أحقّ من
 الأقارب وإن تزوّجت .

﴿ فإن فقد الأبوان فالحضانة لأب الأب ﴾ لأنّه أب في الجملة ، فيكون
 أولى من غيره من الأقارب ، ولأنّه أولى بالمال فيكون أولى بالحضانة ، وبهذا جزم
 في القواعد ، فقدّم الجدّ للأب على غيره من الأقارب^(٥) ويشكل بأنّ ذلك لو كان

(١) اختاره المفيد في المقنعة : ٥٣١ ، والدلمي في المراسم : ١٦٦ .

(٢) وهو المنسوب إلى ابن الجنيد والصدوق والشيخ في الخلاف . أنظر المقنع : ٣٦٠ ،
 والمختلف ٧ : ٣٠٦ ، والخلاف ٥ : ١٣١ ، المسألة ٣٦ من كتاب النفقات ، مع تفاوت بين
 ما قاله في المقنع وهو في مطلق الولد ، وبين ما قاله الإسكافي والشيخ وهو في البنت فقط .

(٣) نسبه في التحرير ٤ : ١٢ - ١٣ إلى الشيخ في الخلاف والمبسوط ، أنظر الخلاف ٥ : ١٣١ ،
 المسألة ٣٦ كتاب النفقات ، والمبسوط ٦ : ٣٩ .

(٤) أنظر الوسائل ١٥ : ١٩٠ ، الباب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد .

(٥) القواعد ٣ : ١٠٢ .

موجباً لتقديمه لاقتضى تقديم أمِّ الأمِّ عليه؛ لأنَّها بمنزلة الأمِّ وهي مقدّمة على الأب على ما فُصِّل، وولاية المال لا مدخل لها في الحضانة، وإلا لكان الأب أولى من الأمِّ وكذا الجدُّ له، وليس كذلك إجماعاً. والنصوص خالية من غير الأبوين من الأقارب، وإنَّما استفيد حكمهم من آية أولي الأرحام^(١) وهي لا تدلُّ على تقديمه على غيره من درجته، وبهذا جزم في المختلف^(٢) وهو أجود.

﴿ فَإِنْ فَقَدَ أَبُو الْأَبِ أَوْ لَمْ نَرَجِّحْهُ ﴾ فللأقارب، الأقرب ﴿ منهم إلى الولد ﴾ فالأقرب ﴿ على المشهور؛ لآية أولي الأرحام، فالجدَّة لأمِّ كانت أم لأب وإن علت أولى من العمَّة والخالة، كما أنَّهما أولى من بنات العمومة والخوئولة، وكذلك الجدَّة الدنيا والخالة والعمَّة أولى من العليا منهنَّ وكذا ذكور كلِّ مرتبة.

ثمَّ إنَّ اتَّحد الأقربُ بالحضانة مختصَّة به، وإن تعدَّد أقرع بينهم؛ لما في اشتراكها من الإضرار بالولد.

ولو اجتمع ذكر وأنتى ففي تقديم الأنتى قول^(٣) مأخذه: تقديم الأمِّ على الأب وكونُ الأنتى أوفق لتربية الولد وأقوم بمصالحه، سيَّما الصغير والأنتى. وإطلاق الدليل المستفاد من الآية يقتضي التسوية بينهما، كما يقتضي التسوية بين كثير النصيب وقليله ومن يمتُّ بالأبوين وبالأمِّ خاصَّة؛ لاشتراك الجميع في الإرث.

وقيل: إنَّ الأخت من الأبوين أو الأب أولى من الأخت للأمِّ، وكذا أمُّ الأب أولى من أمِّ الأمِّ، والجدَّة أولى من الأخوات^(٤) والعمَّة أولى من الخالة، نظراً إلى

(١) وهي الآية ٧٥ من سورة الأنفال.

(٢) أنظر المختلف ٧: ٣١٤-٣١٥.

(٣) هو قول العلامة في التحرير [٤: ١٥] مع اعترافه بعدم النصِّ. (منه ﷺ).

(٤) القول للعلامة في القواعد [٣: ١٠٢]، وفي التحرير [٤: ١٣-١٤] نسب القول إلى

الشيخ [أنظر المبسوط ٦: ٤٢] ساكتاً على الحكاية؛ لتردده فيه. (منه ﷺ).

زيادة القرب أو كثرة النصيب^(١).

وفيه نظر بيّن؛ لأنّ المستند - وهو الآية - مشترك، ومجرّد ما ذكر لا يصلح دليلاً.

وقيل: لا حضانة لغير الأبوين اقتصاراً على موضع النصّ^(٢).

وعوموم الآية يدفعه.

﴿ ولو تزوّجت الأمّ ﴾ بغير الأب مع وجوده كاملاً^(٣) ﴿ سقطت حضانتها ﴾ للنصّ^(٤) والإجماع ﴿ فإن طُلقت عادت الحضانة ﴾ على المشهور؛ لزوال المانع منها، وهو تزويجها واشتغالها بحقوق الزوج التي هي أقوى من حقّ الحضانة.

وقيل: لا تعود؛ لخروجها عن الاستحقاق بالنكاح فيستصحب ويحتاج عوده إليها إلى دليل آخر، وهو مفقود^(٥) وله وجه وجيه. لكنّ الأشهر الأوّل، وإنّما تعود بمجرد الطلاق إذا كان بائناً، وإلّا فبعد العدة إن بقي لها شيء من المدّة. ولو لم يكن الأب موجوداً لم تسقط حضانتها بالتزويج مطلقاً^(٦) كما مرّ.

﴿ وإذا بلغ الولد رشيداً سقطت الحضانة عنه ﴾ لأنّها ولاية، والبالغ الرشيد لا ولاية عليه لأحد، سواء في ذلك الذكر والأنثى، البكر والثيب. لكن يستحبّ له

(١) لم نعر عليه. نعم، قال العلامة في القواعد ٣: ١٠٢: وتتساوى العمّة والخالة على إشكال.

(٢) القول لابن إدريس [السرائر ٢: ٦٥٤] ويظهر من المحقّق الميل إليه؛ لأنّه تردّد في الشرائع [٢: ٣٤٦]. (منه بإذن).

(٣) من حيث العقل والإسلام والحرّيّة.

(٤) الوسائل ١٥: ١٩١، الباب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٤.

(٥) قاله ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٥١.

(٦) كان التزويج دائماً أو مؤقتاً، والطفل مؤثماً أم مذكراً، مدّة الحضانة أو بعدها.

أن لا يفارق أمّه، خصوصاً الأنثى إلى أن تتزوَّج.

واعلم أنّه لا شبهة في كون الحضانة حقّاً لمن ذكر. ولكن هل تجب عليه مع ذلك، أم له إسقاط حقه منها؟ الأصل يقتضي ذلك، وهو الذي صرّح به المصنّف في قواعده، فقال: لو امتنعت الأمّ من الحضانة صار الأب أولى به، قال: ولو امتنعا معاً فالظاهر إجبار الأب^(١) ونُقل عن بعض الأصحاب وجوبها^(٢) وهو حسن حيث يستلزم تركها تضييع الولد، إلا أنّ حضانته حينئذٍ تجب كفاية كغيره من المضطّرين، وفي اختصاص الوجوب بذوي الحقّ نظر، وليس في الأخبار ما يدلّ على غير ثبوت أصل الاستحقاق.

(١) القواعد والفوائد ١: ٣٩٦.

(٢) لم نعثر عليه.

﴿ النظر الثاني في النفقات ﴾

﴿ وأسبابها ﴾ ثلاثة : ﴿ الزوجية ، والقرابة ﴾ البعضية^(١) ﴿ والملك ﴾ .
 ﴿ فالأول : تجب نفقة الزوجة بالعقد الدائم ﴾ دون المنقطع سواء في ذلك
 الحرّة والأمة المسلمة والكافرة ﴿ بشرط التمكين الكامل ﴾ وهو أن تخلّي بينه
 وبين نفسها قولاً وفعلاً ﴿ في كلّ زمان ومكان يسوغ فيه الاستمتاع ﴾ فلو بذلت
 في زمان دون زمان أو مكان كذلك يصلحان للاستمتاع ، فلا نفقة لها ، وحيث كان
 مشروطاً بالتمكين .

﴿ فلا نفقة للصغيرة ﴾ التي لم تبلغ سنّاً يجوز الاستمتاع بها بالجماع على
 أشهر القولين^(٢) لفقد الشرط وهو التمكين^(٣) من الاستمتاع . وقال ابن إدريس :
 تجب النفقة على الصغيرة ؛ لعموم وجوبها على الزوجة ، فتخصيصه بالكبيرة
 الممكنة يحتاج إلى دليل^(٤) وسيأتي الكلام على هذا الشرط .
 ولو انعكس بأن كانت كبيرة ممكّنة والزوج صغيراً وجبت النفقة ؛ لوجود
 المقتضي وبتفاء المانع ؛ لأنّ الصغر لا يصلح [للمنع]^(٥) كما في نفقة الأقارب ،

(١) يعني القرابة بالولادة .

(٢) اختاره الشيخ في المبسوط ٦ : ١٢ ، والخلاف ٥ : ١١٣ ، المسألة ٤ من كتاب النفقات ،
 والقاضي في المهذب ٢ : ٣٤٧ ، والمحقق في الشرائع ٢ : ٣٤٨ ، والعلامة في التحرير
 ٤ : ٢٣ ، والقواعد ٣ : ١٠٤ ، والإرشاد ٢ : ٣٦ ، وغيرهم .

(٣) في (ع) : التمكن .

(٤) السرائر ٢ : ٦٥٥ .

(٥) لم يرد في المخطوطات .

فإنّها تجب على الصغير والكبير، خلافاً للشيخ رحمته الله (١) محتجاً بأصالة البراءة. وهي مندفة بما دلّ على وجوب نفقة الزوجة الممكنة أو مطلقاً (٢).

ولو قيل: إنّ الوجوب من باب خطاب الشرع المختصّ بالمكلفين، أمكن جوابه بكون التكليف هنا متعلّقاً بالوليّ أن يؤدّي من مال الطفل، كما يكلف بأداء أعواض متلفاته التي لا خلاف في ضمانها وقضاء ديونه وغراماته.

﴿ ولا للناشرة ﴾ * ﴿ الخارجة عن طاعة الزوج ولو بالخروج من بيته بلا إذن ومنع لمسٍ بلا عذر ﴾ * ولا للساكنة بعد العقد ما ﴿ أي مدة ﴾ * لم تعرض التمكين عليه ﴿ بأن تقول: «سلمت نفسي إليك في أيّ مكان شئت» ونحوه، وتعمل بمقتضى قولها حيث يطلب. ومقتضى ذلك أنّ التمكين الفعلي خاصة غير كافٍ، وأنّه لا فرق في ذلك بين الجاهلة بالحال والعالمة، ولا بين من طلب منها التمكين وطالبتة بالتسليم وغيره.

وهذا هو المشهور بين الأصحاب واستدلّوا عليه بأنّ الأصل براءة الذمّة من وجوب النفقة، خرج منه حالة التمكين بالإجماع (٣) فيبقى الباقي على الأصل. وفيه نظر؛ لأنّ النصوص عامّة أو مطلقة فهي قاطعة للأصل إلى أن يوجد المخصّص والمقيّد. إلّا أنّ الخلاف غير متحقّق، فالقول بما عليه الأصحاب متعيّن.

(١) المبسوط ٦: ١٢-١٣، والخلاف ٥: ١١٣-١١٤، المسألة ٥ من كتاب النفقات.

(٢) مثل الآية ٢٣٣ من سورة البقرة، والآية ٧ من سورة الطلاق وغيرهما، والأخبار المنقولة

عن المعصومين عليهم السلام. أنظر الوسائل ١٥: ٢٢٣، الباب الأوّل من أبواب النفقات.

(*) في (ق): للناشر، وهكذا في (ع) و (ف) من الشرح.

(٣) كما في غاية المرام ٣: ١٨١، والإيضاح ٣: ٢٦٨.

وتظهر الفائدة فيما ذكر^(١) وفيما إذا اختلفا في التمكين وفي وجوب^(٢) النفقة الماضية. فعلى المشهور القول قوله في عدمهما، عملاً بالأصل فيهما، وعلى الاحتمال^(٣) قولها؛ لأن الأصل بقاء ما وجب. كما يُقدّم قولها لو اختلفا في دفعها مع اتفاقهما على الوجوب.

﴿ والواجب ﴾ على الزوج ﴿ القيام بما تحتاج إليه المرأة ﴾ التي تجب نفقتها ﴿ من طعام وإدام وكسوة وإسكان وإخدام وآلة الدهن ﴾ والتنظيف من المشط والدهن والصابون، دون الكحل والطيب والحمام إلا مع الحاجة إليه؛ لبرد ونحوه ﴿ تبعاً لعادة أمثالها من بلدها ﴾ المقيمة به^(٤) لأن الله تعالى قال: (وعاشروهن بالمعروف)^(٥) ومن العشرة به: الإنفاق عليها بما يليق بها عادة ﴿ و ﴾ لا يتقدّر الإطعام بمدّ ولا بمدّين ولا غيرهما، بل ﴿ المرجع في الإطعام إلى سدّ الخلة ﴾ بفتح الخاء، وهي الحاجة.

﴿ ويجب الخادم إذا كانت من أهله ﴾ في بيت أبيها، دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها ﴿ أو كانت مريضة ﴾ أو زمنة تحتاج إلى الخادم، ويتخيّر بين إخدامها بحرّة أو أمة ولو بأجرة. ولو كان معها خادم تخيّر بين إيقائها وينفق عليها وبين إبدالها وإن كانت مألوفة لها؛ لأنّ حقّ التعيين له لا لها، حتّى لو أراد أن يخدمها بنفسه أجزاءً. ولو خدمت نفسها لم يكن لها المطالبة بنفقة الخادم.

(١) من حالة السكوت وعدم ظهور علامات التمكين.

(٢) في (ر) زيادة: قضاء.

(٣) احتمال عدم كون التمكين شرطاً في وجوب الإنفاق المشار إليه آنفاً بقوله: وفيه نظر...

(٤) أثبتناه من (ش) وفي سائر النسخ: بها.

(٥) النساء: ١٩.

﴿ وجنس المأدوم والملبوس والمسكن يتبع عادة أمثالها ﴾ في بلد السكنى لا في بيت أهلها. ولو تعدد القوت في البلد اعتبر الغالب، فإن اختلف الغالب فيها أو قوتها من غير غالب وجب اللائق به.

﴿ ولها المنع من مشاركة غير الزوج ﴾ في المسكن بأن تنفرد ببيت صالح لها ولو في دار، لا بدار؛ لما في مشاركة غيره من الضرر.

﴿ ويزيد ﴾ كسوتها ﴿ في الشتاء المحشوة ﴾ بالقطن ﴿ لليقظة، واللاحق للنوم ﴾ إن اعتيد ذلك في البلد ﴿ ولو كان في بلد يعتاد فيه الفرو للنساء وجب ﴾ على الزوج بذله ﴿ ويرجع في جنسه ﴾ من حرير أو كتان أو قطن أو في جنس الفرو من غنم وسنجاب وغيرهما ﴿ إلى عادة أمثالها ﴾ في البلد، ويُعتبر نسبي مراتب الجنس المعتاد حاله في يساره وغيره. وقيل: لا تجب الزيادة على القطن؛ لأن غيره رعونة^(١) وهو ضعيف؛ لاقتضاء المعاشرة بالمعروف ذلك. ﴿ وكذا لو احتيج إلى تعدد اللحاف ﴾ لشدة البرد أو لاختلاف الفصول فيه. ولكن هنا لا يجب إبقاء المستغنى عنه في الوقت الآخر عندها ﴿ وتزاد المتجملة ثياب التجمل بحسب العادة ﴾ لأمثالها في ذلك البلد.

﴿ ولو دخل بها واستمرت تأكل معه على العادة فليس لها مطالبته بمدّة مؤاكلته ﴾ لحصول الغرض وإطباق الناس عليه في سائر الأعصار. ويحتمل جواز مطالبته بالنفقة؛ لأنه لم يؤدّ عين الواجب وتطوّع بغيره.

واعلم أنّ المعتبر من المسكن الإمتاع اتفاقاً، ومن المؤونة التملك في صبيحة كل يوم لا أزيد بشرط بقائها ممكّنة إلى آخره، فلو نشزت في أثناءه

(١) لم نعر عليه. ومعنى الرعونة: الحق والاسترخاء.

استحقت بالنسبة. وفي الكسوة قولان^(١) أجودهما أنّها إمتاع، فليس لها بيعها ولا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات، ولا لبسها زيادة على المعتاد كقيّة وكميّة، فإن فعلت فأبلتها قبل المدّة التي تُبلى فيها عادة لم يجب عليه إبدالها، وكذا لو أبقتها زيادة على المدّة. وله إبدالها بغيرها مطلقاً وتحصيلها بالإعارة والاستئجار وغيرهما. ولو طلقها أو ماتت أو مات أو نشزت استحق ما يجده منها مطلقاً. وما تحتاج إليه من الفرش والآلات في حكم الكسوة.

﴿ الثاني : القرابة ﴾ البعضية دون مطلق النسبة^(٢) ﴿ وتجب النفقة على الأبوين فصاعداً ﴾ وهم : آباء الأب وأمهاته وإن علوا، وآباء الأمّ وأمهاتها وإن علوا ﴿ والأولاد فنانزلاً ﴾ ذكوراً كانوا أم إناثاً لابن المنفق أم لبنته. ﴿ ويستحب ﴾ النفقة ﴿ على باقي الأقارب ﴾ من الإخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والأخوال ذكوراً وإناثاً وأولادهم ﴿ ويتأكّد ﴾ الاستحباب ﴿ في الوارث منهم ﴾ في أصحّ القولين^(٣).

(١) ذهب إلى التملك الشيخ في المبسوط ٦ : ٥، والمحقق كما نسبه إليه في المسالك ٨ : ٤٦٤، وانظر الشرائع ٢ : ٣٥٠، والعلامة في القواعد ٢ : ١٠٧، وفخر المحققين في الإيضاح ٣ : ٢٧٢. أمّا القول بالإمتاع فاختره العلامة في الإرشاد ٢ : ٣٥، والتحرير ٤ : ٣٣، وقال بأولويته الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣ : ٢٨٨.

(٢) في (ع) و (ف) : النسبية.

(٣) اختاره المحقق في الشرائع ٢ : ٣٥٢، والمختصر : ١٩٥، ويحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع : ٤٩٠، والعلامة في القواعد ٣ : ١١٣، والإرشاد ٢ : ٣٧، والتحرير ٤ : ٤٠، وغيرهم.

وقيل : تجب النفقة على الوارث^(١) لقوله تعالى : (وعلى الوارث مثل ذلك)^(٢) بعد قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف)^(٣) وإذا وجب على الوارث - والعلة هي الإرث - ثبت من الطرفين ؛ لتساويهما فيه . ولا فرق في المنفق بين الذكر والأنثى ولا بين الصغير والكبير ، عملاً بالعموم^(٤) .

﴿ وإنما يجب الإنفاق على الفقير العاجز عن التكبّب ﴾ فلو كان مالكاً مؤونة سنة أو قادراً على تحصيلها بالكسب تدريجاً لم يجب الإنفاق عليه . ولا يشترط عدالته ولا إسلامه ، بل يجب ﴿ وإن كان فاسقاً أو كافراً ﴾ للعموم^(٥) ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم ، فلو كان حريباً لم يجب ؛ لجواز إتلافه ، فترك الإنفاق لا يزيد عنه .

وأما الحرّية فهي شرط ؛ لأنّ المملوك نفقته على مولاه . نعم ، لو امتنع منها أو كان معسراً أمكن وجوبه على القريب عملاً بالعموم^(٦) وقيل : لا يجب مطلقاً ، بل يلزم بيعه أو الإنفاق عليه^(٧) كما سيأتي^(٨) . وهو حسن .

﴿ ويُشترط في المنفق أن يَفْضَلَ ماله عن قوته وقوت زوجته ﴾ ليومه

(١) وهو المنسوب في الإيضاح ٣ : ٢٨٣ وغاية المرام ٣ : ١٩١ والتسنيح الرائع ٣ : ٢٨٣ وغيرها إلى الشيخ ، ولكّنه في المبسوط ٦ : ٣٥ نسب الوجوب إلى رواية وحملها على الاستحباب ، كما في المسالك ٨ : ٤٨٤ . نعم ، احتمله في الخلاف كما في كشف اللثام ٧ : ٥٩٥ ، ولكّنه قوَى المشهور . أنظر الخلاف ٥ : ١٢٧ - ١٢٨ ، المسألة ٣١ من النفقات .

(٢) و (٣) البقرة : ٢٣٣ .

(٤) الوسائل ١٥ : ٢٣٨ ، الباب ١٢ من أبواب النفقات ، والآية ٧ من سورة الطلاق .

(٥) و (٦) الوسائل ١٥ : ٢٣٦ - ٢٣٨ ، الباب ١١ من أبواب النفقات .

(٧) قاله العلامة في التحرير ٤ : ٤٥ .

(٨) في الصفحة ٣٤١ .

الحاضر وليلته ليصرف إلى مَنْ ذَكَر، فإن لم يَفْضُلْ شيء فلا شيء عليه؛ لأنَّها^(١) مواساة وهو ليس من أهلها.

﴿ والواجب ﴾ منها ﴿ قدر الكفاية ﴾ للمنفق عليه ﴿ من الإطعام والكسوة والمسكن ﴾ بحسب زمانه ومكانه.

﴿ ولا يجب إعفاف واجب النفقة ﴾ أي تزويجه ليصير ذا عفة وإن كان أباً، ولا النفقة على زوجته؛ للأصل. نعم، يستحب تزويج الأب، وعليه يُحمل ما ورد من الأمر به^(٢) وكذا لا يجب إخدامه، ولا النفقة على خادمه إلاّ مع الزمانة المحوجة إليه.

﴿ وتُقتضى نفقة الزوجة ﴾ لأنَّها حقّ مالي وجب في مقابلة الاستمتاع، فكانت كالعوض اللازم في المعاوضة ﴿ لا نفقة الأقارب ﴾ لأنَّها وجبت على طريق المواساة وسدّ الخلة لا التمليك، فلا تستقرّ في الذمة، وإنّما يَأْتُم بتركها ﴿ ولو قدرها الحاكم ﴾ لأنّ التقدير لا يفيد الاستقرار ﴿ نعم، لو أذن ﴾ الحاكم للقريب ﴿ في الاستدانة ﴾ لغيبته أو مدافعتة بها ﴿ أو أمره ﴾ الحاكم^(٣) بالإنفاق ﴿ قضي ﴾ لأنَّها تصير ديناً في الذمة بذلك.

﴿ والأب مقدّم ﴾ على الأمّ وغيرها ﴿ في الإنفاق ﴾ على الولد مع وجوده ويساره ﴿ ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب فصاعداً ﴾^(٤) يُقدّم الأقرب

(١) أي النفقة.

(٢) الظاهر منه هو الأمر بالمصاحبة بالمعروف كما في الآية ١٥ من سورة لقمان. راجع الجواهر ٣١: ٣٧٧.

(٣) مسألة أمر الحاكم له لم يذكرها الأصحاب، فإنَّهم اقتصروا على أمره بالاستدانة منه. (منه ﷺ).

(٤) وبقي حكم أب أم الأب وإن علا وكذا حكم أب أم الجد. (منه ﷺ).

منهم فالأقرب ﴿ فإن عدمت الآباء ﴾ أو كانوا معسرين ﴿ فعلى الأم ﴾ مع وجودها ويسارها ﴿ ثم على أباؤها بالسوية ﴾ لا على جهة الإرث، وأم الأب بحكم أم الأم وأبيها، وكذا أم الجد للأب مع أبي الجد والجدّة للأمّ، وهكذا.

﴿ والأقرب ﴾ إلى المنفق عليه ﴿ في كل مرتبة ﴾ من المراتب ﴿ مقدّم على الأبعد ﴾ وإنّما ينتقل إلى الأبعد مع عدمه أو فقره، فالولد مقدّم في الإنفاق على أبيه وأمه وإن علوا على ابنه، وهكذا. ومتى تعدّد من يجب عليه الإنفاق تساوا فيه وإن اختلفوا في الذكوريّة والأنوثيّة. وكذا يتساوى الغنيّ فعلاً وقوّة على الأقوى فيهما.

﴿ وأما ﴾ ترتيب ﴿ المنفق عليهم : فالأبوان والأولاد سواء ﴾ لأنّ نسبتهم إلى المنفق واحدة بحسب الدرجة، وإنّما اختلفت بكونها في أحدهما عليا وفي الآخر دنيا، فلو كان له أب وابن أو أبوان وأولاد معهما أو مع أحدهما وجب قسمة الميسور على الجميع بالسوية ذكوراً كانوا أم إناثاً أم ذكوراً وإناثاً.

ثمّ إن كفاهم أو نفع كلّ واحد نصيبه نفعاً معتداً به اقتسموه، وإن لم ينتفع به أحدهم؛ لقلّته وكثرتهم، فالأجود القرعة؛ لاستحالة الترجيح بغير مرجّح، والتشريك ينافي الغرض. ولو كان نصيب بعضهم يكفيه؛ لصغره ونحوه ونصيب الباقي لا ينفعه منقسماً، اعتبرت القرعة في من عدا المنتفع.

﴿ وهم ﴾ يعني الآباء والأولاد ﴿ أولى من آباؤهم وأولادهم ﴾ لزيادة القرب ﴿ و ﴾ هكذا ﴿ كل طبقة أولى من التي بعدها ﴾ ويتساوى الأعلى والأدنى مع تساوي الدرجة كالأجداد وأولاد الأولاد، وهكذا.

كلّ ذلك ﴿ مع القصور ﴾ أمّا مع سعة ماله للإنفاق على الجميع فيجب التعميم.

﴿ ولو كان للعاجز أب وابن قادران فعليهما ﴾ نفقته ﴿ بالسوية ﴾ لتساويها في المرتبة بالنسبة إليه، والبنت كالابن. أمّا الأمّ ففي مساواتها للأب في مشاركة

الولد أو تقديمه عليها وجهان، مأخذهما: اتّحادُ الرتبة، وكون الولد مقدّمًا على الجدّ المقدّم عليها، فيكون أولى بالتقديم.

فإن اجتمعوا فعلى الأب والولدين^(١) خاصّة بالسويّة؛ لما تقدّم من أنّ الأب مقدّم على الأمّ، وأمّا الأولاد فعلى أصل الوجوب من غير ترجيح، مع احتمال تقديم الذكور نظرًا إلى الخطاب في الأمر بها بصيغة المذكّر^(٢).

﴿ ويجبرُ الحاكمُ الممتنعَ عن الإنفاق ﴾ مع وجوبه عليه ﴿ وإن كان له مال ﴾ يجب صرفه في الدين ﴿ باعه الحاكم ﴾ إن شاء ﴿ وأنفق منه ﴾. وفي كيفية بيعه وجهان: أحدهما أن يبيع كلَّ يوم جزءًا بقدر الحاجة. والثاني: [أن]^(٣) لا يفعل ذلك؛ لأنّه يشقّ، ولكن يقترض عليه إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له. والأقوى جواز الأمرين. ولو تعذّر فلم يوجد راغب في شراء الجزء اليسير ولا مُقرض ولا بيت مال يقترض منه جاز بيع أقلّ ما يمكن بيعه وإن زاد عن قدر نفقة اليوم؛ لتوقّف الواجب عليه.

﴿ الثالث الملك : وتجب النفقة على الرقيق * ﴾ ذكرًا أو أنثى [وإن كان أعمى وزمناً]^(٤) ﴿ والبهيمة * ﴾ بالعلف والسقي - حيث تفتقر إليهما - والمكان

(١) يعني الذكر والأنثى.

(٢) في الآية ٧ من سورة الطلاق.

(٣) لم يرد في المخطوطات.

(*) في (ق) و (س) : بملك الرقيق.

(٤) لم يرد في المخطوطات.

(**) في (س) : البهائم.

من مُراح^(١) واصطبل يليق بحالها وإن كانت غير منتفع بها أو مشرفةً على التلف - ومنها دود القزّ - فيأتم بالتقصير في إيصاله قدر كفايته ووضعه في مكان يقصر عن صلاحيّته له بحسب الزمان. ومثله ما تحتاج إليه الهيمة مطلقاً من الآلات حيثُ يستعملها، أو الجلّ لدفع البرد وغيره حيث يحتاج إليه.

﴿ ولو كان للرقيق كسب جاز للمولى أن يكله إليه فإن كفاه ﴾ الكسبُ بجميع ما يحتاج إليه من النفقة اقتصر عليه ﴿ وإلا ﴾ يكفه ﴿ أتم له ﴾ قدر كفايته وجوباً ﴿ ويُرْجَع في جنس ذلك إلى عادة ممالك أمثال السيّد من ﴾ أهل ﴾ بلد ﴾ بحسب شرفه وضعته وإعساره ويساره. ولا يكفي ساتر العورة في اللباس ببلادنا وإن اكتفي به في بلاد الرقيق. ولا فرق بين كون نفقة السيّد على نفسه دون الغالب في نفقة الرقيق عادةً - تقثيراً أو^(٢) بخلاً أو رياضة - وفوقه، فليس له الاقتصار به على نفسه في الأوّل^(٣) ولا عبرة في الكميّة بالغالب بل تجب الكفاية لو كان الغالب أقلّ منها، كما لا يجب الزائد لو كان فوقها وإنما تعتبر فيه الكيفيّة.

﴿ ويُجبر ﴾ السيّد ﴿ على الإنفاق أو البيع ﴾ مع إمكانهما، وإلا أُجبر على الممكن منهما خاصّة. وفي حكم البيع: الإجارة مع شرط النفقة على المستأجر والعتق، فإن لم يفعل باعه الحاكم أو آجره. وهل يبيعه شيئاً فشيئاً أو يستدين عليه إلى أن يجتمع شيء فيبيع ما يفي به؟ الوجهان.

﴿ ولا فرق ﴾ في الرقيق ﴿ بين القنّ ﴾ وأصله: الذي مُلك هو وأبواه، والمراد هنا: المملوك الخالص غير المتشبّث بالحرّيّة بتدبير ولا كتابة ولا استيلاء

(١) مأوى الإبل والبقر والغنم.

(٢) في (ع) و (ف) : و.

(٣) أي ما دون الغالب.

﴿ والمدبّر، وأمّ الولد ﴾ لاشتراك الجميع في المملوكيّة وإن تشبّث الأخيران بالحرّيّة. وأمّا المكاتب فنفتته في كسبه وإن كان مشروطاً أو لم يؤدّ شيئاً.

﴿ وكذا يجبر على الإنفاق على البهيمة المملوكة، إلّا أن تجتزي بالرعي ﴾ وترد الماء بنفسها، فيجتزي به ويسقطان عنه ما دام ذلك ممكناً ﴿ فإن امتنع أُجبر على الإنفاق ﴾ عليها ﴿ أو البيع أو الذبح إن كانت ﴾ البهيمة ﴿ مقصودة بالذبح ﴾ وإلّا أُجبر على البيع أو الإنفاق صوتاً لها عن التلف. فإن لم يفعل ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه وتقتضيه الحال، وإنّما يتخيّر مع إمكان الأفراد^(١) وإلّا تعيّن الممكن منها ﴿ وإن كان لها ولد وقرّ عليه من لبنها ما يكفيه ﴾ وجوباً وحلب ما يفضل عنه خاصّة ﴿ إلّا أن يقوم بكفائته ﴾ من غير اللبن حيث يكتفي به.

وبقي من المملوك ما لا روح فيه كالزراع والشجر ممّا يتلف بترك العمل، وقد اختلف في وجوب عمله، ففي التحرير: قرّب الوجوب من حيث إنّه تضييع للمال فلا يُقرّ عليه^(٢) وفي القواعد: قطع بعده؛ لأنّه تنمية للمال فلا تجب كما لا يجب تملكه^(٣) ويشكل بأنّ ترك التملك لا يقتضي الإضاعة، بخلاف التنمية التي يوجب تركها فواته رأساً. أمّا عمارة العقار فلا تجب، لكن يُكره تركه إذا أدّى إلى الخراب.



(١) من البيع والإنفاق والذبح.

(٢) التحرير ٤: ٤٦، الرقم ٥٣٧٣.

(٣) القواعد ٣: ١١٨.

كتاب الطلاق



﴿ كتاب الطلاق ﴾

وهو إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة « طالق » ﴿ وفيه فصول ﴾ :

﴿ الأوّل ﴾

﴿ في أركانه ﴾

﴿ وهي ﴾ أربعة ﴿ الصيغة والمطلق والمطلقة والإشهاد ﴾ على الصيغة .
﴿ واللفظ ﴾ الصريح ﴿ من الصيغة ﴾ أنتِ أو هذه أو فلانة ﴾ ويذكر اسمها
أو ما يفيد التعيين ﴿ أو زوجتي مثلاً : طالق ﴾ وينحصر عندنا في هذه اللفظة
﴿ فلا يكفي ﴾ أنتِ ﴿ طلاق ﴾ وإن صحّ إطلاق المصدر على اسم الفاعل وقصده
فصار بمعنى « طالق » وقوفاً على موضع النصّ^(١) والإجماع، واستصحاباً
للزوجيّة، ولأنّ المصادر إنّما تُستعمل في غير موضوعها^(٢) مجازاً وإن كان في
اسم الفاعل شهيراً، وهو غير كافٍ في استعمالها في مثل الطلاق .

(١) أنظر الوسائل ١٥ : ٢٩٥ - ٢٩٦ ، الباب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق .

(٢) في (ع) : موضعها .

﴿ ولا من المطلقات ، ولا مطلقة ، ولا طَلَّقت فلانة على قولٍ ﴾ مشهور^(١) ، لأنه ليس بصريح فيه ، ولأنه إخبار ونقله إلى الإنشاء على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو صيغ العقود ، فأطْراده في الطلاق قياس ، والنص^(٢) دلٌّ فيه على « طالق » ولم يدلّ على غيره ، فيقتصر عليه . ومنه يظهر جواب ما احتجّ به القائل بالوقوع ، وهو الشيخ في أحد قوليهِ استناداً إلى كون صيغة الماضي في غيره منقولة إلى الإنشاء^(٣) ونسبة المصنّف البطلان إلى القول مشعر بميله إلى الصحّة .

﴿ ولا عبرة ﴾ عندنا ﴿ بالسراح والفراق ﴾ وإن عبّر عن الطلاق بهما في القرآن الكريم بقوله : (أو تسريح بإحسان)^(٤) (أو فارقوهنّ بِمَعْرُوفٍ)^(٥) لأنّهما عند الإطلاق لا ينطلقان عليه فكانا كناية عنه لا صراحة فيهما ، والتعبير بهما لا يدلّ على جواز إيقاعه بهما .

(١) أمّا « أنت من المطلقات » فلم نعثر على القائل بكفايتها . نعم نسب ذلك في التنقيح ٣ : ٣٠٣ والمهذّب البارع ٣ : ٤٥٢ إلى الشيخ في المبسوط ، ولكن لم نعثر عليه فيه . وأمّا « أنت مطلقة » فالمشهور عدم كفايتها أيضاً ، ونسب في الشرائع ٣ : ١٧ والتحرير ٤ : ٦٠ وغيرهما القول بكفايتها إلى الشيخ إذا نوى الطلاق . أنظر المبسوط ٥ : ٢٥ . أمّا صيغة « طَلَّقت فلانة » فقد قال في المهذّب البارع ٣ : ٤٥٣ قوله : طَلَّقت فلانة مُنشأً ، قال المصنّف : يقع ؛ لوقوعه بما يتضمّنه في قوله : هل طَلَّقت ؟ فيقول نعم ، فمع صريحه أولى ونقل منعه عن الشيخ .

(٢) أنظر الصفحة المتقدّمة ، الهامش رقم ١ .

(٣) لم نعثر على الاستدلال في النهاية ولا في غيرها . نعم ، ذكره في الإيضاح ٣ : ٣٠٧ وفي غيره . أنظر التخرّيج المتقدّم آنفاً .

(٤) البقرة : ٢٢٩ .

(٥) الطلاق : ٢ .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ الخليّة والبريّة ﴾ وغيرهما من الكنايات كالبتّة، والبتلة^(١) وحرام، وبائن، واعتدّي ﴿ وإن قصد الطلاق ﴾ لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله.

﴿ وطلاق الأخرس بالإشارة ﴾ المفهمة له ﴿ وإلقاء القناع ﴾ على رأسها ليكون قرينة على وجوب سترها منه. والموجود في كلام الأصحاب الإشارة خاصّة^(٢) وفي الرواية إلقاء القناع^(٣) فجمع المصنّف ﷺ بينهما. وهو أقوى دلالة. والظاهر أن إلقاء القناع من جملة الإشارات، ويكفي منها ما دلّ على قصده الطلاق كما يقع غيره من العقود والإيقاعات والدعاوي والأقارير.

﴿ ولا يقع ﴾ الطلاق ﴿ بالكتب ﴾ - بفتح الكاف مصدر كتب كالكتابة - من دون تلفّظه^(٤) ممّن يحسنه ﴿ حاضراً كان ﴾ الكاتب ﴿ أو غائباً ﴾ على أشهر القولين^(٥) لأصالة بقاء النكاح، ولحسنه محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق»... الخبر^(٦) وحسنه زرارة عنه عليه السلام «في رجل كتب

(١) البتّ والبتل: القطع.

(٢) مثل الشيخ في النهاية: ٥١١، والطوسي في الوسيلة: ٣٢٤، والكيدري في الإصباح: ٤٤٩، والمحقّق في الشرائع ٣: ١٨، وغيرهم.

(٣) أنظر الوسائل ١٥: ٣٠٠-٣٠١، الباب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٢ و٣ و٥.

(٤) في (ف) و(ر): تلفّظ.

(٥) قال الشارح في المسالك ٩: ٧٠-٧١: اتّفق الأصحاب على عدم وقوع الطلاق بالكتابة للحاضر القادر على التلفّظ، واختلفوا في وقوعه من الغائب فذهب الأكثر - ومنهم الشيخ في المبسوط والخلاف مدّعياً فيه الإجماع - إلى عدم أيضاً. وانظر المبسوط ٥: ٢٨، والخلاف ٤: ٤٦٩، المسألة ٢٩ من كتاب الطلاق.

(٦) الوسائل ١٥: ٢٩٥، الباب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣.

بطلاق امرأته، قال: ليس ذلك بطلاق»^(١).

وللشيخ رحمته الله قول بوقوعه به للغائب دون الحاضر^(٢) لصحيفة أبي حمزة الثمالي عن الصادق عليه السلام في الغائب «لا يكون طلاق حتى ينطق به بلسانه، أو يخطه بيده وهو يريد به الطلاق»^(٣) وحُمل على حالة الاضطرار^(٤) جمعاً.

ثم على تقدير وقوعه للضرورة أو مطلقاً على وجه، يعتبر رؤية الشاهدين لكتابته حالتها؛ لأن ذلك بمنزلة النطق بالطلاق فلا يتم إلا بالشاهدين، وكذا يُعتبر رؤيتهما إشارة العاجز.

﴿ولا بالتخير﴾ للزوجة بين الطلاق والبقاء بقصد الطلاق ﴿وإن اختارت نفسها في الحال﴾ على أصح القولين^(٥) لما مر^(٦) وقول الصادق عليه السلام: «ما للناس والخيار! إنما هذا شيء خص الله به رسوله صلى الله عليه وآله»^(٧) وذهب ابن الجنيد إلى وقوعه به^(٨) لصحيفة حمران عن الباقر عليه السلام: «المخيرة تبين من ساعتها من غير

(١) الوسائل ١٥ : ٢٩١، الباب ١٤ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٢.

(٢) اختاره الشيخ في النهاية : ٥١١.

(٣) الوسائل ١٥ : ٢٩١، الباب ١٤ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٣.

(٤) كما في المختلف ٧ : ٣٥٠، والإيضاح ٣ : ٣١٠.

(٥) وهو لأكثر كما في السرائر ٢ : ٦٧٦، والشرائع ٣ : ١٨. والقائل بالوقوع القديمان، أنظر

عبارتيهما في المختلف ٧ : ٣٣٩، وهو المنسوب إلى السيد المرتضى وظاهر ابني بابويه في

المسالك ٩ : ٨٠، وانظر رسائل الشريف المرتضى المجموعة الأولى : ٢٤١، والمقنع :

٣٤٧، والفتاوى ٣ : ٥١٧.

(٦) من أصالة بقاء النكاح وغيرها.

(٧) الوسائل ١٥ : ٣٣٦، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٣.

(٨) تقدّم عنه في الهامش رقم ٥.

طلاق»^(١) وحُمِلت على تخييرها^(٢) بسبب غير الطلاق^(٣) - كتدليس وعيب - جمعاً. ﴿ ولا معلقاً على شرط ﴾ وهو ما أمكن وقوعه وعدمه، كقدوم المسافر ودخولها الدار ﴿ أو صفة ﴾ وهو ما قطع بحصوله عادةً، كطلوع الشمس وزوالها. وهو موضع وفاق منّا، إلا أن يكون الشرط معلوم الوقوع له حال الصيغة، كما لو قال: «أنتِ طالق إن كان الطلاق يقع بك» وهو يعلم وقوعه على الأقوى؛ لأنه حينئذٍ غير معلق، ومن الشرط تعليقه على مشيئة الله تعالى.

﴿ ولو فسّر الطلقة بأزيد من الواحدة* ﴾ كقوله: أنتِ طالق ثلاثاً ﴿ لغا التفسير ﴾ ووقع واحدة؛ لوجود المقتضي وهو قوله: «أنتِ طالق» وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلا الضميمة وهي مؤكدة^(٤) لا تنافيه، ولصحيحة جميل^(٥) وغيرها^(٦) في الذي يُطلق في مجلس ثلاثاً، قال: «هي واحدة».

وقيل: يبطل الجميع؛ لأنه بدعة^(٧) لقول الصادق عليه السلام: «من طلق ثلاثاً في

(١) الوسائل ١٥ : ٣٣٨، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١١.

(٢) في (ف) و (ش) : تخييرها.

(٣) أنظر الإيضاح ٣ : ٣٠٩.

(*) في (س) : واحدة، وهكذا في نسخة (ر) من الشرح.

(٤) فيما سوى (ع) : تؤكد.

(٥) الوسائل ١٥ : ٣١١-٣١٢، الباب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٢ و ٣.

(٦) مثل رواية زرارة في الوسائل ١٥ : ٣١٤، الباب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١١ وغيرها.

(٧) ذهب إليه السيد المرتضى في أحد قولييه، والعماني وابن حمزة والديلمي، أنظر الانتصار:

٣٠٨، المسألة ١٧٢، والمختلف ٧ : ٣٥٣، والوسيلة ٣٢٢، والمراسم : ١٦٣.

مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله رُدَّ إلى كتاب الله»^(١) وحُمِلَ على إرادة عدم وقوع الثلاث التي أرادها^(٢).

﴿ وَيُعتبر في المطلق : البلوغ ﴾ فلا يصح طلاق الصبيّ وإن أذن له الولي، أو بلغ عشراً على أصحّ القولين^(٣) ﴿ والعقل ﴾ فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقاً ولا غيره حال جنونه ﴿ ويطلق الولي ﴾ وهو الأب والجد له مع اتصال جنونه بصغره، والحاكم عند عدمهما، أو مع عدمه ﴿ عن المجنون ﴾ المطبق مع المصلحة ﴿ لا عن الصبي ﴾ لأن له أمداً يُرتقب ويزول نقصه فيه، وكذا المجنون ذو الأدوار.

ولو بلغ الصبيّ فاسدَ العقل طلق عنه الولي حينئذٍ.

وأطلق جماعة من الأصحاب جواز طلاق الولي عن المجنون من غير فرق بين المطبق وغيره^(٤) وفي بعض الأخبار^(٥) دلالة عليه. والتفصيل متوجه،

(١) الوسائل ١٥ : ٣١٣، الباب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٨.

(٢) كما في المختلف ٧ : ٣٥٤، والإيضاح ٣ : ٣١٢، وغاية المراد ٣ : ٢٢٦.

(٣) وهو مذهب ابن إدريس والمتأخرين كما في المسالك ٩ : ١١، وانظر السرائر ٢ : ٦٦٤ و ٦٩٣، والقواعد ٣ : ١٢١، والإرشاد ٢ : ٤٢، والتحرير ٤ : ٤٩ - ٥٠، والإيضاح ٣ : ٢٩١ ونسبه فيه إلى أبي الصلاح، وانظر الكافي : ٣٠٥، وغيرها.

والقول بالصحة للشيخ في النهاية : ٥١٨، والقاضي في المهذب ٢ : ٢٨٨، والطوسي في الوسيلة : ٣٢٣، وهو المنسوب إلى الإسكافي وابن بابويه، أنظر المختلف ٧ : ٣٦٦، والتنقيح الرائع ٣ : ٢٩٢.

(٤) مثل الشيخ في النهاية : ٥٠٩، والمحقق في الشرائع ٣ : ١٢، والعلامة في الإرشاد ٢ : ٤٢، والمصنّف هنا.

(٥) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٢٩، الباب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث الأوّل.

وبه قطع في القواعد^(١).

واعلم أنّ الأخبار غير صريحة في جوازه من وليّه. ولكن فخر المحقّقين ادّعى الإجماع على جوازه^(٢) فكان أقوى في حجّيته^(٣) منها. والعجب أنّ الشيخ في الخلاف ادّعى الإجماع على عدمه^(٤).

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يطلق الوليّ عن ﴿ السكران ﴾ وكذا المغمى عليه، وشارب المُرقد كالنائم؛ لأنّ عذرهم متوقّع الزوال.

﴿ والاختيارُ، فلا يقع طلاق المكرّه ﴾ كما لا يقع شيء من تصرّفاتّه عدا ما استثني^(٥).

ويتحقّق الإكراه بتوعّده بما يكون مضرّاً به في نفسه، أو من يجري مجراه بحسب حاله مع قدرة المتوعّد على فعل ما توعّد به، والعلم أو الظنّ أنّه يفعل به لو لم يفعل.

ولا فرق بين كون المتوعّد به قتلاً أو جرحاً أو أخذ مال وإن قلّ، وشتماً وضرباً^(٦) وحبساً. ويستوي في الثلاثة الأوّل جميع الناس. أمّا الثلاثة الأخيرة فتختلف باختلاف الناس، فقد يؤثّر قليلها في الوجيه الذي ينقّصه ذلك، وقد يحتمل بعض الناس شيئاً منها لا يؤثّر في قدره، والمرجع في ذلك إلى العرف.

(١) القواعد ٣: ١٢١-١٢٢.

(٢) الإيضاح ٣: ٢٩٢.

(٣) في (ع): حجّته.

(٤) الخلاف ٤: ٤٤٢، المسألة ٢٩ من كتاب الخلع.

(٥) منه: ما إذا أجبره الحاكم على بيع شيء من أمواله لأداء دينه.

(٦) في (ش): أو شتماً أو ضرباً.

ولو خيّرهُ المكره بين الطلاق ودفع مال غير مستحقّ فهو إكراه، بخلاف ما لو خيّرهُ بينه وبين فعل يستحقّه الأمر من مال وغيره وإن حتمّ أحدهما عليه. كما لا إكراه لو أزمه بالطلاق ففعله قاصداً إليه، أو على طلاق معيّنة فطلق غيرها، أو على طلقة فطلق أزيد.

ولو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معيّنة فالأقوى أنّه إكراه؛ إذ لا يتحقّق فعل مقتضى أمره بدون أحد، وكذا القول في غيره من العقود والإيقاع^(١) ولا يُشترط التورية بأن ينوي غيرها وإن أمكنت.

﴿ والقصدُ فلا عبرة بعبارة الساهي والنائم والغالط ﴾. والفرق بين الأوّل والأخير: أنّ الأوّل لا قصد له مطلقاً، والثاني له قصد إلى غير من طلقها فغلط وتلقّظ بها. ومثله ما لو ظنّ زوجته أجنبيّة بأن كانت في ظلمة، أو أنكحها له وليّه أو وكيله ولم يعلم. ويصدّق في ظنّه ظاهراً وفي عدم القصد لو ادّعى ما لم تخرج العدة الرجعيّة. ولا يقبل في غيرها إلاّ مع اتّصال الدعوى بالصيغة. وأطلق جماعة من الأصحاب^(٢) قبول قوله في العدة من غير تفصيل.

﴿ ويجوز توكيل الزوجة في طلاق نفسها^(٣) وغيرها ﴾ كما يجوز تولّيها غيره من العقود؛ لأنّها كاملة فلا وجه لسلب عبارتها فيه. ولا يقدر كونها بمنزلة

(١) كذا في أكثر النسخ، وفي (ش): الإيقاعات، لكن في نسخة بدلها أيضاً: الإيقاع.

(٢) مثل الشيخ في المبسوط ٥: ٢٥، والخلاف ٤: ٤٥٨، المسألة ١٤، والمحقّق في الشرائع

٣: ١٣، والقواعد ٣: ١٢٢، والتحرير ٤: ٥١، الرقم ٥٣٧٨.

(٣) خالف الشيخ، منع تولّيها طلاق نفسها [الخلاف ٤: ٤٧٠ - ٤٧٢، المسألة ٣١ و ٣٣،

والتهذيب ٨: ٨٧ - ٨٩، الحديث ٢٩٩ و ٣٠٠، والاستبصار ٣: ٣١٢، الحديث ١١١١

و ١١١٢] استناداً إلى ما ذكرناه من الوجهين وأجبنا عنه. (منه ﷺ).

موجبة قابلة^(١) على تقدير طلاق نفسها؛ لأنّ المغايرة الاعتبارية كافية. وهو ممّا يقبل النيابة فلا خصوصية للنائب. وقوله ﷺ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٢) لا ينافيه؛ لأنّ يدها مستفادة من يده، مع أنّ دلالة على الحصر ضعيفة.

﴿ وَيُعتبر في المطلقّة : الزوجيّة ﴾ فلا يقع بالأجنبيّة وإن علّقه على النكاح، ولا بالأمة.

﴿ والدوام ﴾ فلا يقع بالتمتّع بها.

﴿ والظهُرُ من الحيض والنفاس إذا كانت المطلقّة مدخولاً بها حائلاً حاضراً زوجها معها ﴾ فلو اختلّ أحد الشروط الثلاثة - بأن كانت غير مدخول بها، أو حاملاً إن قلنا بجواز حيضها، أو زوجها غائب عنها - صحّ طلاقها وإن كانت حائضاً أو نفساء.

لكن ليس مطلق الغيبة كافياً في صحّة طلاقها، بل الغيبة على وجه مخصوص. وقد اختلف في حدّ الغيبة المجوّزة له على أقوال^(٣) أجودها مُضيّ مدّة

(١) في (ر): وقابلة.

(٢) المستدرک ١٥: ٣٠٦، الباب ٢٥ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣.

(٣) القول الأوّل: عدم تقديرها بمدّة، وهو المنسوب إلى المفيد وابن بابويه والعماني وأبي الصلاح والديلمي، أنظر المقنعة: ٥٢٦، والمختلف ٧: ٣٥٦-٣٥٧، والكافي: ٣٠٦، والمراسم: ١٦٣.

الثاني: التقدير بشهر، اختاره الشيخ في النهاية: ٥١٢، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٠.

الثالث: التقدير بثلاثة أشهر، اختاره الإسكافي، والعلامة في المختلف ٧: ٣٥٧-٣٥٨.

الرابع: التقدير بمضيّ مدّة يعلم انتقالها من الظهر الذي واقعها فيه إلى آخر بحسب عاداتها، وهو المنسوب إلى الشيخ في الاستبصار، وابن إدريس، وأكثر المتأخّرين. أنظر الاستبصار ٣: ٢٩٥، ذيل الحديث ١٠٤٣، والسرائر ٢: ٦٨٦، والشرائع ٣: ١٤-١٥، والمختصر:

يُعلم أو يُظنّ انتقالها من الطهر الذي واقعها فيه إلى غيره. ويختلف ذلك باختلاف عاداتها، فمن ثمّ اختلف الأخبار^(١) في تقديرها، واختلفت بسببها الأقوال، فإذا حصل الظنّ بذلك جاز طلاقها وإن اتفق كونها حائضاً حال الطلاق إذا لم يعلم بحيضها حينئذٍ ولو بخبر من يعتمد على خبره شرعاً، وإلا بطل. وفي حكم علمه بحيضها علمه بكونها في طهر الواقعة على الأقوى.

وفي المسألة بحث عريض قد حقّقناه في رسالة مفردة^(٢) من أراد تحقيق الحال فليقف عليها.

وفي حكم الغائب من لا يمكنه معرفة حالها لحبسٍ ونحوه مع حضوره، كما أن الغائب الذي يمكنه معرفة حالها أو قبل انقضاء المدّة المعتبرة في حكم الحاضر. ويتحقّق ظنّ انقضاء نفاسها بمضيّ زمانٍ تلد فيه عادة وأكثر النفاس بعدها أو عاداتها فيه. ولو لم يعلم ذلك كلّه ولم يظنّه تربّص ثلاثة أشهر كالمستراية.

﴿ والتعيين ﴾ أي تعيين المطلقة لفظاً أو نيّة، فلو طلق إحدى زوجتيه لا بعينها بطل ﴿ على الأقوى ﴾ لأصالة بقاء النكاح، فلا يزول إلا بسبب محقّق السببية، ولأنّ الطلاق أمر معيّن فلا بدّ له من محلّ معيّن، وحيث لا محلّ فلا طلاق، ولأنّ الأحكام من قبيل الأعراض فلا بدّ لها من محلّ تقوم [به]^(٣)

١٩٧، والتحرير ٤ : ٥٤، والقواعد ٣ : ١٢٦.

الخامس : التقدير بمضيّ ما بين شهر إلى ثلاثة أشهر، وهو المنسوب إلى الشيخ في موضع آخر من النهاية، وابن البرّاج. أنظر النهاية: ٥١٧، والمهذّب ٢ : ٢٨٧. راجع للتفصيل الإيضاح ٣ : ٣٠٤، والمهذّب البارع ٣ : ٤٤٤، والتنقيح الرائع ٣ : ٢٩٧، والمسالك ٣ : ٣٧، وغيرها.

(١) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٠٥ - ٣٠٨، الباب ٢٥ و ٢٦ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(٢) طبعت في ضمن رسائل الشهيد الثاني ١ : ٤٠٩ - ٤٤١، الرسالة رقم ١٥.

(٣) في المخطوطات : بها.

ولأنّ توابع الطلاق من العدة وغيرها لا بدّ لها من محلّ معيّن .

وقيل : لا يشترط ، وتستخرج المطلّقة بالقرعة أو يُعيّن من شاء^(١) لعموم مشروعية الطلاق ، ومحلّ المبهم جاز أن يكون مبهماً ، ولأنّ إحداهما زوجة وكلّ زوجة يصحّ طلاقها . وقوّاه المصنّف في الشرح^(٢) .

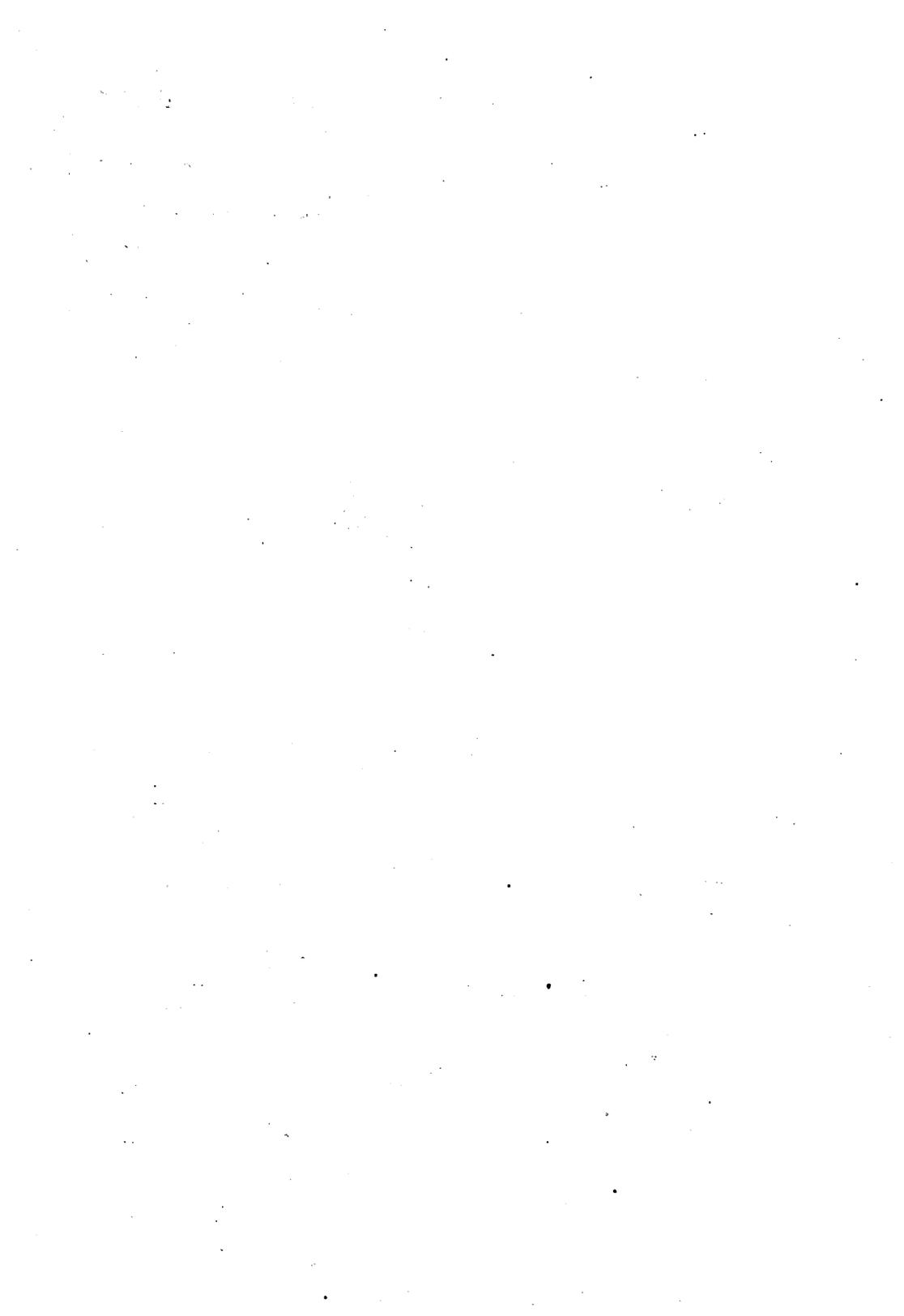
ويتفرّع على ذلك العدة ، فقيل : ابتداءؤها من حين الإيقاع^(٣) وقيل : من حين التعيّن^(٤) ويتفرّع عليه أيضاً فروع كثيرة ليس هذا موضع ذكرها .

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٥ : ٧٦ - ٧٨ ، والمحقق في الشرائع ٣ : ١٥ ، والعلامة في القواعد ٣ : ١٢٣ .

(٢) ما نسبته الشارح للمصنّف هنا - ومثله في المسالك ٩ : ٤٩ - موافق لما في الطبعة الحجرية لغاية المراد : ٢١٨ حيث ذكر الرأيين في المسألة : الاشتراط وعدمه ثمّ علّق عليه بعبارة : « وهو الأقوى » ، ولكن في الطبعة المحقّقة لغاية المراد ٣ : ٢٢٩ أضيفت كلمة « الأوّل » قبل « هو » ، فنسب إليه تقوية الرأي الأوّل ، والظاهر أنّه سهو في التحقيق أو في اختيار النسخة .

(٣) قاله الشيخ في المبسوط ٥ : ٧٨ .

(٤) قاله العلامة في القواعد ٣ : ١٢٥ ، والتحرير ٤ : ٥٧ ، الرقم ٥٣٨٧ .



﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في أقسامه ﴾

وهو ينقسم أربعة أقسام ﴿ وهي ﴾ : ما عدا المباح - وهو متساوي الطرفين - من الأحكام الخمسة، فإنه لا يكون كذلك، بل إما راجح أو مرجوح مع المنع من النقيض وتعيينه^(١) أم لا .

وتفصيلها : أنه ﴿ إما حرام ، وهو طلاق الحائض ، لا* مع المصحح له ﴾ وهو أحد الأمور الثلاثة السابقة، أعني : عدم الدخول أو الحمل أو الغيبة ﴿ وكذا النِّسَاء ، وفي طهر جامعها فيه ﴾ وهي غير صغيرة ولا يائسة ولا حامل مع علمه بحالها أو مطلقاً؛ نظراً إلى أنه لا يُستثنى للغائب إلا كونها حائضاً، عملاً بظاهر النص^(٢) .

﴿ والثلاث من غير رجعة ﴾ والتحریم هنا يرجع إلى المجموع من حيث هو مجموع، وذلك لا ينافي تحليل بعض أفراده وهو الطلقة الأولى؛ إذ لا منع منها إذا اجتمعت الشروط .

(١) في (ر) : تعينه .

(*) في (ق) و (س) ونسخة (ش) من الشرح : إلا .

(٢) راجع الوسائل ١٥ : ٣٠٨ ، الباب ٢٦ من أبواب مقدّمات الطلاق ، الحديث ٦ .

﴿ وكله ﴾ أي الطلاق المحرّم بجميع أقسامه ﴿ لا يقع ﴾ بل يبطل ﴿ لكن يقع في ﴾ الطلقات ﴿ الثلاث ﴾ من غير رجعة ﴿ واحدة ﴾ وهي الأولى، أو الثانية على تقدير وقوع خلل في الأولى، أو الثالثة على تقدير فساد الأوليين.

﴿ وإما مكروه، وهو الطلاق مع التثام الأخلاق ﴾ أي أخلاق الزوجين، فإنه ما من شيء ممّا أحلّه الله تعالى أبغض إليه من الطلاق^(١) وذلك حيث لا موجب له.

﴿ وإما واجب، وهو طلاق المولي والمظاهر ﴾ فإنه يجب عليه أحد الأمرين: الفئة أو الطلاق كما سيأتي^(٢) فكلّ واحد منهما يوصف بالوجوب التخيري، وهو واجب بقولٍ مطلق.

﴿ وإما سنّة، وهو الطلاق مع الشقاق ﴾ بينهما ﴿ وعدم رجاء الاجتماع ﴾ والوفاق ﴿ والخوف من الوقوع في المعصية ﴾ يمكن أن يكون هذا من تنمّة شرائط سنّيته على تقدير الشقاق، ويمكن كونه فرداً برأسه، وهو الأظهر، فإنّ خوف الوقوع في المعصية قد يجامع اتّفاقهما، فيُسنّ تخلصاً من الخوف المذكور إن لم يجب كما وجب النكاح له.

﴿ ويُطلق الطلاق السنّي ﴾ المنسوب إلى السنّة ﴿ على كلّ طلاق جائز شرعاً ﴾ والمراد به الجائز بالمعنى الأعمّ ﴿ وهو ما قابل الحرام ﴾ ويقال له: «طلاق السنّة بالمعنى الأعمّ». ويقابله «البدعيّ» وهو الحرام. ويطلق «السنّي» على معنىٍ أخصّ من الأوّل، وهو أن يُطلق على الشرائط ثمّ يتركها حتّى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانياً، ويقال له: «طلاق السنّة بالمعنى الأخصّ» وسيأتي ما يختلف من حكمهما.

(١) كما ورد في الوسائل ١٥ : ٢٦٧، الباب الأوّل من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٥.

(٢) في الصفحة ٤١٨ و ٤٢٧.

﴿ وهو ﴾ أي الطلاق السني بالمعنى الأعم ﴿ ثلاثة ﴾ أقسام : ﴿ بائن ﴾ لا يمكن للمطلق الرجوع فيه ابتداءً ﴿ وهو ستة ﴾ : طلاق غير المدخول بها ﴿ دخولاً يوجب الغسل في قبيل أو دُبُر ﴾ واليائسة ﴿ من المحيض ومثلها لا تحيض ﴾ والصغيرة ﴿ إذ لا عدّة لهذه الثلاث ولا رجوع إلا في عدّة ﴾ و ﴿ طلاق ﴾ المختلعة والمباراة ما لم ترجعا في البذل ﴿ فإذا رجعتا صار رجعيّاً ﴾ والمطلّقة ثالثة ﴿ ثلاثة ^(١) ﴾ بعد رجعتين ﴿ كلّ واحدة عقيب طليقة إن كانت حرّة، وثانية بينها وبين الأولى رجعة إن كانت أمة .

﴿ ورجعي وهو ما للمطلق فيه الرجعة ﴾ سواء ﴿ رجع أو لا ﴾ فإطلاق «الرجعي» عليه بسبب جوازها فيه، كإطلاق «الكاتب» على مطلق الإنسان من حيث صلاحيته لها ^(٢).

﴿ و ﴾ الثالث : ﴿ طلاق العدّة، وهو أن يطلق على الشرائط، ثم يرجع في العدّة ويطأ، ثم يطلق في طهر آخر ﴾ وإطلاق «العدّي» عليه من حيث الرجوع فيه في العدّة. وجعله قسيماً للأولين يقتضي مغايرته لهما مع أنه أخص من الثاني، فإنه من جملة أفرادها، بل أظهرها حيث رجع في العدّة، فلو جعله قسامين ثم قسّم الرجعي إليه وإلى غيره كان أجود.

﴿ وهذه ﴾ أعني المطلّقة للعدّة ﴿ تحرم في التاسعة أبداً ﴾ إذا كانت حرّة، وقد تقدّم ^(٣) أنّها تحرم في كلّ ثالثة حتّى تنكح [زوجاً] ^(٤) غيره،

(١) تفسير لثالثة، بمعنى أنّ ثلاثة أنسب من الثالثة؛ لتعلّق الحكم بالثالثة لا بالثالثة فقط . ويمكن فيه الإضافة من قبيل : ثاني اثنين، وثالث ثلاثة . (هامش ر).

(٢) أي للكتابة .

(٣) تقدّم في الصفحة ٢١٥ وما بعدها .

(٤) لم يرد في المخطوطات .

وأنّ المعترّ بطلاقها للعدّة مرّتين من كلّ ثلاثة؛ لأنّ الثالث لا يكون عدديّاً حيث لا رجوع فيها فيه.

﴿ وما عداه ﴾ من أقسام الطلاق الصحيح - وهو ما إذا رجع فيها وتجرّد عن الوطء أو بعدها بعقد جديد وإن وطئ - تحرم المطلّقة ﴿ في كلّ ثلاثة للحرة ﴾ وفي كلّ ثانية للأمة.

وفي إلحاق طلاق المختلعة إذا رجع في العدّة بعد رجوعها في البذل، والمعقود عليها في العدّة الرجعيّة به^(١) قولان^(٢) منشؤهما: من أنّ الأوّل من أقسام البائن، والعدّي من أقسام الرجعي، وأنّ شرطه الرجوع في العدّة، والعقد الجديد لا يُعدّ رجوعاً؛ ومن أنّ رجوعها في البذل صيرّه رجعيّاً، وأنّ العقد في الرجعي بمعنى الرجعة.

والأقوى إلحاق الأوّل به دون الثاني؛ لاختلال الشرط ومنع إلحاق المساوي بمثله.

﴿ والأفضل في الطلاق أن يطلّق على الشرائط ﴾ المعترّبة في صحّته ﴿ ثمّ يتركها حتّى تخرج من العدّة، ثمّ يتزوّجها إن شاء، وعلى هذا... ﴾ و^(٣) هو طلاق السنّة بالمعنى الأخصّ، ولا تحرم المطلّقة به مؤبّداً أبداً. وإنّما كان أفضل للأخبار الدالّة عليه^(٤) وإنّما يكون أفضل حيث تشترك أفراده في أصل الأفضليّة وجوباً

(١) بالعدّي.

(٢) القول بإلحاق المختلعة وعدم إلحاق المعقود عليها للعلامة في التحرير ٤ : ٦٧ ذيل الرقم

٥٤٠٣. وأمّا القول بعدم إلحاقهما أو إلحاق المعقود عليها فلم نعر على قائله.

(٣) في (ر) زيادة: هذا.

(٤) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٦٢، الباب ٥ من أبواب أقسام الطلاق.

أو ندباً؛ لاقتضاء أفعال التفضيل الاشتراك في أصل المصدر، وما يكون مكروهاً أو حراماً لا فضيلة فيه .

﴿ وقد قال بعض الأصحاب ﴾ وهو عبد الله بن بكير: ﴿ إنَّ هذا الطلاق لا يحتاج إلى محلل بعد الثلاث ﴾ بل استيفاء العدة الثالثة يهدم التحريم استناداً إلى رواية أسندها إلى زرارة، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «الطلاق الذي يحبه الله تعالى والذي يطلِّق الفقيه وهو العدل بين المرأة والرجل: أن يطلِّقها في استقبال الطهر، بشهادة شاهدين وإرادة من القلب، ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء، فإذا رأت الدم في أول قطرة من الثالثة - وهو آخر القراء؛ لأنَّ الأقرء هي الأطهار - فقد بانَّت منه وهي أملك بنفسها، فإن شاءت تزوّجته وحلَّت له، فإن فعل هذا بها مئة مرّة هدم ما قبله وحلَّت له بلا زوج»... الحديث^(١).

وإنما كان ذلك قول عبد الله؛ لأنّه قال حين سئل عنه: «هذا ممّا رزق الله من الرأي»^(٢) ومع ذلك رواه بسند صحيح. وقد قال الشيخ: إنَّ العصابة أجمعت على تصحيح ما يصحّ عن عبد الله بن بكير، وأقرّوا له بالفقه والثقة^(٣). وفيه نظر؛ لأنّه فطحى المذهب، ولو كان ما رواه حقّاً لما جعله رأياً له. ومع ذلك فقد اختلف سند الرواية عنه، فتارة أسندها إلى رفاعه^(٤) وأخرى إلى زرارة، ومع ذلك نسبه إلى نفسه. والعجب من الشيخ رحمته الله مع دعواه الإجماع المذكور أنّه قال: إنَّ إسناده إلى زرارة وقع نصرة لمذهبه الذي أفتى به، لما رأى أن أصحابه

(١) الوسائل ١٥: ٣٥٥-٣٥٦، الباب ٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١٦.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٥٦، ذيل الحديث المتقدم آنفاً.

(٣) اختيار معرفة الرجال (رجال الكشي): ٣٧٥، الرقم ٧٠٥.

(٤) كما في الوسائل ١٥: ٣٥٣، الباب ٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١١.

لا يقبلون ما يقوله برأيه. قال: وقد وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحقّ إلى الفطحيّة ما هو معروف، والغلط في ذلك أعظم من الغلط في إسناد قُتياً يعتقد صحّته لشبهة دخلت عليه إلى بعض أصحاب الأئمّة عليهم السلام ^(١).

﴿ والأصحّ احتياجه إليه ﴾ أي إلى المحلّل؛ للأخبار الصحيحة الدالّة عليه ^(٢) وعموم القرآن الكريم ^(٣) بل لا يكاد يتحقّق في ذلك خلاف؛ لأنّه لم يذهب إلى القول الأوّل أحد من الأصحاب على ما ذكره جماعة ^(٤) وعبد الله بن بكير ليس من أصحابنا الإماميّة، ونسبة المصنّف له إلى أصحابنا التفاتاً إلى أنّه من الشيعة في الجملة، بل من فقهاءهم - على ما نقلناه عن الشيخ - وإن لم يكن إمامياً. ولقد كان ترك حكاية قوله في هذا المختصر أولى.

﴿ ويجوز طلاق الحامل أزيد من مرّة ﴾ مطلقاً ^(٥) على الأقوى ﴿ ويكون طلاق عدّة إن وطئ ﴾ بعد الرجعة ثمّ طلق ﴿ وإلا ﴾ يطأ بعدها ﴿ فسنة بمعناه الأعمّ ﴾ وأمّا طلاق السنّة بالمعنى الأخصّ فلا يقع بها؛ لأنّه مشروط بانقضاء العدة ثمّ تزويجها ثانياً كما سبق ^(٦) وعدة الحامل لا تنقضي إلاّ بالوضع،

(١) التهذيب ٨ : ٣٦، ذيل الحديث ١٠٧، والوسائل ١٥ : ٣٥٦، الباب ٣ من أبواب أقسام الطلاق، ذيل الحديث ١٦.

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٥٠ و ٣٥٧، الباب ٣ و ٤ من أبواب أقسام الطلاق.

(٣) وهو عموم قوله تعالى: (فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره) البقرة: ٢٣٠.

(٤) مثل: ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٣ : ٤٦٥، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣٢٠ : ٣.

(٥) سواء مضت ثلاثة أشهر أم لا.

(٦) في الصفحة ٣٦٠.

وبه تخرج عن كونها حاملاً، فلا يصدق أنّها طلّقت طلاقَ السُّنّة بالمعنى الأخصّ ما دامت حاملاً، إلّا أن يُجعل وضعها قبل الرجعة كاشفاً عن كون طلاقها السابق طلاق سُنّة بذلك المعنى. والأقوال هنا مختلفة^(١) كالأخبار^(٢) والمحصّل ما ذكرناه.

﴿ والأولى تفريق الطَّلقات على الأطهار ﴾ بأن يوقع كلّ طلقة في طهر غير طهر الطلقة السابقة ﴿ لمن ﴾ أراد أن ﴿ يُطلق ويراجع ﴾ أزيد من مرّة. وهذه الأولويّة بالإضافة إلى ما يأتي بعده، وإلّا فهو موضع الخلاف وإن

(١) وهي أربعة :

الأوّل : قول الصدوقين في الرسالة والمقنع ، وهو أنّه إذا راجع الحبلى قبل أن تضع أو يمضي لها ثلاثة أشهر ثمّ أراد طلاقها تانياً لم يكن له ذلك إلّا بعد الوضع والطهر ، ولم يفصلاً ، أنظر المختلف ٧ : ٣٦٢ ، والمقنع : ٣٤٦ .

الثاني : قول الإسكافي وهو أنّه إذا أراد طلاقها بعد الرجعة وكان قد واقعها ، اشترط مضيّ شهر من الواقعة ، وكذا في الثالث ، ويحرم حتّى المحلّل ، أنظر المختلف ٧ : ٣٦٢ .

الثالث : قول الشيخ والقاضي وابن حمزة بالمنع من طلاق السُنّة ، بمعنى أنّه إذا طلقها وراجعها ولم يواقعها فليس له طلاقها حتّى تضع ما في بطنها ، أنظر النهاية : ٥١٦ - ٥١٧ ، والمهذّب ٢ : ٢٨٥ - ٢٨٦ ، والوسيلة : ٣٢٢ .

الرابع : قول ابن إدريس ، واختاره المتأخرون - كما في غاية المرام ٣ : ٣١٨ - مثل المحقق والعلامة ، وهو أنّه يجوز طلاقها للسُنّة كما يجوز للعدّة ، أنظر السرائر ٢ : ٦٨٩ ، والشرائع ٣ : ٢٤ ، والنهاية ونكتها ٣ : ٤٤٢ ، والمختلف ٧ : ٣٦٤ ، والإيضاح ٣ : ٣١٧ ، وراجع للتفصيل الإيضاح ٣ : ٣١٦ ، والمهذّب البارع ٣ : ٤٦٨ ، والتنقيح الرائع ٣ : ٣٢١ .

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٠٩ ، الباب ٢٧ من أبواب مقدّمات الطلاق ، و ٣٨٠ ، الباب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق ، و ٤١٧ ، الباب ٩ من أبواب العدد .

النهي في غير العادة لا يفسد.

واعلم أنّ الرجعة بعد الطلقة تجعلها بمنزلة المعدومة بالنسبة إلى اعتبار حالها قبل الطلاق وإن بقي لها أثر في الجملة كعدّها من الثلاث، فيبقى حكم الزوجية بعدها كما كان قبلها، فإذا كانت مدخولاً بها قبل الطلاق ثمّ طلّقها وراجع ثمّ طلّق، يكون طلاقها مدخول بها، لا طلاق غير مدخول بها؛ نظراً إلى أنّ الرجعة بمنزلة التزويج الجديد فيكون طلاقها بعده واقعاً على غير مدخول بها؛ لما عرفت من أنّ الرجعة أسقطت حكم الطلاق، ولولا ذلك^(١) لم يمكن الطلاق ثلاثاً وإن فرّق الطلقات على الأطهار من غير دخول والروايات الصحيحة^(٢) ناطقة بصحتها حينئذٍ، وكذا فتوى الأصحاب^(٣) إلا من شدّد^(٤) وحينئذٍ فيكون الطلاق الثاني رجعيّاً لا بائناً، وإن وقع بغير مدخول بها بالنسبة إلى ما بعد الرجعة، فإنّها مدخول بها قبلها، وهو كافٍ.

﴿ وتحتاج ﴾ المطلقة مطلقاً ﴿ مع كمال ﴾ الطلقات ﴿ الثلاث إلى المحلل ﴾ للنصّ^(٥) والإجماع. ومخالفة من سبق ذكره^(٦) في بعض موارد

(١) في (ع) زيادة: لكان.

(٢) مثل صحيحة عبد الحميد وصحيحة البنظي، أنظر الوسائل ١٥ : ٣٧٨، الباب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١ و ٢.

(٣) لم يرد «الأصحاب» في (ع).

(٤) المخالف ابن أبي عقيل [نقل عنه العلامة في المختلف ٧ : ٣٨٠] لا نعرف مخالفاً غيره. (منه ﷺ).

(٥) المتقدم تخريجه تفصيلاً في الصفحة ٣٦٢، الهامش رقم ٢.

(٦) وهو عبد الله بن بكير، وسبق في الصفحة ٣٦١.

غير قادح فيه بوجه .

﴿ ولا يلزم الطلاق بالشك ﴾ فيه لتندفع الشبهة الناشئة من احتمال وقوعه ،

بل تبقى على حكم الزوجية ؛ لأصالة عدمه وبقاء النكاح .

لكن لا يخفى الورع في ذلك ، فيراجع إن كان الشك في طلاق رجعي

ليكون على يقين من الحل ، أو في البائن بدون ثلاث جدد النكاح ، أو بثلاث

أمسك عنها وطلّقها ثلاثاً لتحلّ لغيره يقيناً . وكذا يُبنى على الأقلّ لو شكّ في عدده ،

والورع الأكثر .

﴿ ويكره للمريض الطلاق ﴾ للنهي عنه في (١) الأخبار (٢) المحمولة على

الكراهة جمعاً بينها وبين ما دلّ على وقوعه صريحاً (٣) ﴿ فإن فعل توارثا في ﴾

العدّة ﴿ الرجعية ﴾ من الجانبين كغيره ﴿ وترثه ﴾ هي ﴿ في البائن والرجعي إلى

سنة ﴾ من حين الطلاق ؛ للنصّ (٤) والإجماع .

وربما علّل بالتهمّة بإرادة إسقاط إرثها ، فيؤاخذ بنقيض مطلوبه (٥) وهو

لا يتمّ حيث تسألّه الطلاق أو تخالعه أو تبارئه .

والأقوى عموم الحكم ؛ لإطلاق النصوص ﴿ ما لم تتزوج ﴾ بغيره

﴿ أو يبرأ من مرضه ﴾ فينتفي إرثها بعد العدّة الرجعية وإن مات في أثناء السنة .

وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه ثمّ تزوج أربعاً ودخل بهنّ ومات في

السنة مريضاً قبل أن تتزوج المطلقات ، ورث الثمان الثمن أو الربع بالسوية .

(١) في (ر) زيادة : بعض .

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٨٣ ، الباب ٢١ من أبواب أقسام الطلاق .

(٣) و (٤) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٨٤ - ٣٨٧ ، الباب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق .

(٥) كما في المختلف ٧ : ٣٣٥ ، والنقيح الرائع ٣ : ٣٢٣ .

ولا يرث أزيد من أربع زوجات اتِّفاقاً^(١) إلّا هنا. ولا يلحق الفسخ في المرض بالطلاق، عملاً بالأصل.

﴿ والرجعة تكون بالقول، مثل رجعت وارتجعت ﴾ متّصلاً بضميرها، فيقول: رجعتك وارتجعتك، ومثله راجعتك. وهذه الثلاثة صريحة، وينبغي إضافة «إليّ» أو «إلى نكاحي». وفي معناها: رددتك وأمسكتك؛ لورودهما في القرآن قال تعالى: (وبعولتهنّ أحقّ بردهنّ في ذلك)^(٢) (فإمساكٌ بمعروف)^(٣) ولا يفترق إلى نيّة الرجعة؛ لصراحة الألفاظ.

وقيل: يفترق إليها في الأخيرين^(٤) لاحتمالهما غيرها كالإمساك باليد أو في البيت ونحوه. وهو حسن.

﴿ وبالفعل كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة ﴾ لدلالته على الرجعة كالقول، وربما كان أقوى منه. ولا تتوقّف إباحته على تقدّم رجعة؛ لأنّها زوجة. وينبغي تقييده بقصد الرجوع به أو بعدم قصد غيره؛ لأنّه أعمّ خصوصاً لو وقع منه سهواً. والأجود اعتبار الأوّل.

﴿ وإنكار الطلاق رجعة ﴾ لدلالته على ارتفاعه في الأزمنة الثلاثة ودلالة الرجعة على رفعه في غير الماضي، فيكون أقوى، أو دلالته عليها ضمناً. ولا يقدح فيه كون الرجعة من توابع الطلاق فتنتفي حيث ينتفي المتبوع؛ لأنّ

(١) احترز بقوله: اتِّفاقاً، عن مثل ما أسلم عن أزيد من أربع فاختر أربعاً أو مات قبل البيان أو مات قبل الاختيار، فقد قيل: إنّ سهم الزوجة يقسم بينهنّ أجمع، لكنّ الأقوى خلافه. وكيف كان لم يحصل الاتِّفاق عليه. (منه ﷺ).

(٢) و (٣) البقرة: ٢٢٨ و ٢٢٩.

(٤) قاله العلامة وولده في القواعد ٣: ١٣٥، والإيضاح ٣: ٣٢٩.

غايتها التزام ثبوت النكاح والإنكار يدلّ عليه، فيحصل المطلوب منها وإن أنكر سبب شرعيتها.

﴿ ولو طلق الذمّيّة جاز مراجعتها ولو منعنا من ابتداء نكاحها دواماً ﴾
 لما تقدّم: من أنّ الرجعة ترفع حكم الطلاق ويستصحح حكم الزوجيّة السابقة^(١) لا أنّها تحدث حكم نكاح جديد، ومن ثمّ أمكن طلاقها ثلاثاً قبل الدخول بعدها استصحاباً لحكم الدخول السابق، ولأنّ الرجعيّة زوجة، ولهذا يثبت لها أحكام الزوجيّة، ولجواز وطئه ابتداءً من غير تلفظ بشيء.

وربما يُخيّل المنع هنا من حيث إنّ الطلاق أزال قيد النكاح والرجعة تقتضي ثبوته، فإنّما أن يثبت بالرجعة عين النكاح الأوّل أو غيره، والأوّل محال؛ لاستحالة إعادة المعدوم، والثاني يكون ابتداءً لاستدامة.
 ويضعّف بمنع زوال النكاح أصلاً، بل إنّما يزول بالطلاق وانقضاء العدة، ولم يحصل.

﴿ ولو أنكرت الدخول عقيب الطلاق ﴾ لتمنعه من الرجعة قدّم قولها و﴿ حلفت ﴾ لأصالة عدم الدخول، كما يُقدّم قوله لو أنكره لِيُسقط عنه نصف المهر. ثمّ مع دعواه الدخول يكون مُقرّاً بالمهر وهي مقرّة على نفسها بسقوط نصفه، فإن كانت قبضته فلا رجوع له بشيء عملاً بإقراره، وإلا فلا تطالبه إلا بنصفه عملاً بإنكارها. ولو رجعت إلى الإقرار بالدخول لتأخذ النصف، ففي ثبوته لها أو توقّفه على إقرار جديد منه، وجهان، وأولى بالعدم لو كان رجوعها بعد انقضاء العدة على تقدير الدخول.

﴿ ورجعة الأخرس بالإشارة ﴾ المفهومة لها ﴿ وأخذ القناع ﴾ عن رأسها؛

(١) تقدّم في الصفحة ٣٦٥.

لما تقدّم من أنّ وضعه عليه إشارة^(١) الطلاق^(١) وضدّ العلامة علامة الضدّ. ولا نصّ هنا عليه بخصوصه فلا يجب الجمع بينهما، بل يكفي الإشارة مطلقاً.

﴿ ويقبل قولها في انقضاء العدة في الزمان المحتمل ﴾ لانقضائها فيه ﴿ وأقلّه ستّة وعشرون يوماً ولحظتان ﴾ إن كانت معتدّة بالأقراء، وذلك بأن يطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثمّ تحيض أقلّ الحيض ثلاثة أيّام، ثمّ تطهر أقلّ الطهر عشرة، ثمّ تحيض وتطهر كذلك، ثمّ تطعن في الحيض^(٣) لحظة.

﴿ و ﴾ هذه اللحظة ﴿ الأخيرة دلالة على الخروج ﴾ من العدة أو من الطهر الثالث؛ لاستبانته بها ﴿ لا جزء ﴾ من العدة؛ لأنّها ثلاثة قروء وقد انقضت قبلها^(٤) فلا تصحّ الرجعة فيها ويصحّ العقد.

وقيل: هي منها؛ لأنّ الحكم بانتقضائها موقوف على تحقّقها^(٥) وهو لا يدلّ على المدعى.

هذا إذا كانت حرّة. ولو كانت أمة فأقلّ عدّتها ثلاثة عشر يوماً ولحظتان. وقد يتفق نادراً انقضاءها في الحرّة بثلاثة وعشرين يوماً وثلاث لحظات، وفي الأمة بعشرة وثلاث، بأن يطلقها بعد الوضع وقبل رؤية دم النفاس بلحظة، ثمّ تراه لحظة، ثمّ تطهر عشرة، ثمّ تحيض ثلاثة، ثمّ تطهر عشرة، ثمّ ترى الحيض لحظة، والنفاس معدود بحيضة. ومنه يُعلم حكم الأمة.

(١) في (ر) زيادة: إلى.

(٢) تقدّم في الصفحة ٣٤٧.

(٣) أي تدخل فيه.

(٤) قبل اللحظة الأخيرة.

(٥) قوّه الشيخ في المبسوط ٥: ٢٣٦.

ولو ادّعت ولادة تامّة فإمكانه بستّة أشهر ولحظتين من وقت النكاح : لحظة للوطء ولحظة للولادة وإن ادّعتها بعد الطلاق بلحظة . ولو ادّعت ولادة سقط مصوّر أو مُضغّة أو علقّة اعتبر إمكانه عادةً .

وربما قيل : إنّه مئة وعشرون يوماً ولحظتان في الأوّل، وثمانون يوماً ولحظتان في الثاني، وأربعون كذلك في الثالث^(١) ولا بأس به .

﴿ وظاهر الروايات أنّه لا يُقبل منها غير المعتاد إلاّ بشهادة * أربع من النساء المطلّعات على باطن أمرها^(٢) وهو قريب ﴾ عملاً بالأصل والظاهر، واستصحاباً لحكم العدة، وإمكان إقامتها البيّنة عليه .

ووجه المشهور : أنّ النساء مؤتمنات على أرحامهنّ ولا يُعرف إلاّ من جهتهنّ غالباً، وإقامة البيّنة عسيرة على ذلك غالباً، وروى زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام . قال : « العدة والحيض للنساء، إذا ادّعت صدّقت^(٣) والأقوى المشهور .

(١) لم نعثر عليه .

(*) في (س) ومصحّحة نسخة (ش) من الشرح زيادة : عدلين أو .

(٢) أنظر الوسائل ٢ : ٥٩٦، الباب ٤٧ من أبواب الحيض .

(٣) الوسائل ١٥ : ٤٤١، الباب ٢٤ من أبواب العدد، الحديث الأوّل .

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في العدد ﴾

جمع عدّة، وهي مدّة تتربّص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها من الحمل، أو تعبداً^(١) و ﴿ لا عدّة على من لم يدخل بها الزوج ﴾ من الطلاق والفسخ ﴿ إلا في الوفاة، فيجب ﴾ على الزوجة مطلقاً الاعتداد ﴿ أربعة أشهر وعشرة أيّام إن كانت حرّة ﴾ وإن كان زوجها عبداً ﴿ ونصفها ﴾ شهران وخمسة أيّام ﴿ إن كانت أمة ﴾ وإن كان زوجها حرّاً على المشهور^(٢) ومستنده صحيحة محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «الأمة إذا توفّي عنها زوجها فعّدتها شهران وخمسة أيّام»^(٣).
وقيل: كالحرّة^(٤) استناداً إلى عموم الآية^(٥) وبعض الروايات^(٦) وتخصيصهما

(١) كما في عدّة الوفاة في غير المدخول بها.

(٢) في (ر) ونسخة بدل (ش): الأشهر.

(٣) الوسائل ١٥ : ٤٧٣، الباب ٤٢ من أبواب العدد، الحديث ٩.

(٤) قاله الصدوق في المقنع : ٣٥٨، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٤٣.

(٥) وهي الآية ٢٣٤ من سورة البقرة.

(٦) وهي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام، أنظر الوسائل ١٥ : ٤٧٢، الباب ٤٢ من أبواب العدد،

بغيرها طريق الجمع سواء ﴿ دخل بها أو لا ﴾ صغيرة كانت أم كبيرة ولو يائسة، دائماً كان النكاح أم منقطعاً.

﴿ وفي باقي الأسباب ﴾ الموجبة للفرقة ﴿ تعتد ذات الأقراء ﴾ جمع قرء - بالفتح والضم - وهو الطهر أو الحيض ﴿ المستقيمة الحيض ﴾ بأن يكون لها فيه عادة مضبوطة وقتاً، سواء انضبط عدداً أم لا ﴿ مع الدخول ﴾ بها المتحقق بإيلاج الحشفة - أو قدرها من مقطوعها - قبلاً ودبراً على المشهور وإن لم يُنزل ﴿ بثلاثة أطهار ﴾ أحدها ما بقي من طهر الطلاق بعده وإن قلّ. وغير مستقيمة الحيض ترجع إلى التمييز، ثم إلى عادة نساؤها إن كانت مبتدأة، ثم تعتد بالشهور. ﴿ وذات الشهور وهي التي لا يحصل لها الحيض المعتاد وهي في سنّ الحيض ﴾ سواء كانت مسترابة كما عبّر به كثير^(١) أم انقطع عنها الحيض لعارض من مرض وحمل ورضاع وغيرها، تعتد ﴿ بثلاثة أشهر ﴾ هلالية إن طلقها عند الهلال، وإلا أكملت المنكسر ثلاثين بعد الهالين على الأقوى.

﴿ والأمة ﴾ تعتد ﴿ بطهرين ﴾ إن كانت مستقيمة الحيض ﴿ أو خمسة وأربعين يوماً ﴾ إن لم تكن.

﴿ ولو رأت ﴾ الحرّة ﴿ الدم في الأشهر ﴾ الثلاثة ﴿ مرّة أو مرّتين ﴾ ثم احتبس إلى أن انقضت الأشهر ﴿ انتظرت تمام الأقراء ﴾ لأنها قد استرابت بالحمل غالباً ﴿ فإن تمّت ﴾ الأقراء قبل أقصى الحمل انقضت عدتها ﴿ وإلا

(١) منهم: الشيخ في النهاية: ٥٣٢، والطوسي في الوسيلة: ٣٢٥، والمحقق في المختصر النافع: ٢٠٠، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٧١، والعلامة في التحرير: ٤: ١٥٦، والإرشاد: ٢: ٤٧.

صبرت تسعة أشهر ﴿^(١) على أشهر القولين ^(٢)﴾ أو سنة ﴿على قول ^(٣)﴾ فإن وضعت ولدًا أو اجتمعت الأقراء ﴿الثلاثة﴾ فذاك ﴿هو المطلوب في انقضاء العدة﴾ وإلا ﴿يتفق أحد الأمرين﴾ اعتدت بعدها ﴿أي بعد التسعة أو السنة﴾ بثلاثة أشهر، إلا أن يتم الأقراء قبلها ﴿فتكتفي بها﴾.

(١) هذا الحكم وهو التربص تسعة أشهر أو سنة ثم الاعتداد بعده هو المشهور بين الأصحاب لانعلم فيه مخالفاً، والمروى فيه خير عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام المشتمل على التربص سنة وثلاثة أشهر [الوسائل ١٥ : ٤٢٢، الباب ١٣ من أبواب العدد، الحديث الأول]. وأما التربص تسعة فليس بمروي، لكنّه عليه أكثر الأصحاب والعمل به أقوى، وإن نقل بأنّها أفصى الحمل مطلقاً لأنّها أقصاه غالباً تقريباً. والأصل براءة الذمة من التربص فيما زاد مع ضعف مستند الرواية [المذكورة آنفاً]. وقد روى محمد بن مسلم وأبو بصير في الصحيح [الوسائل ١٥ : ٤١٠ - ٤١١، الباب ٤ من أبواب العدد، الحديث ١ و ٢] ووزارة في الحسن [المصدر السابق : ٤١١، الحديث ٥] أنّ من مضى عليها ثلاثة أشهر لا تحيض فيها تبين بالثلاثة من غير تفصيل. فيمكن الاستدلال بهما على الاكتفاء بالتسعة وإن لم يكن ثم نصٌّ إن لم نقل بالاكتفاء بما هو أقلّ، حيث إنّ ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم انقضاء العدة بما دون التسعة. (منه عليه السلام).

(٢) وهو المنسوب في المسالك ٩ : ٢٤٠ إلى الأكثر، واختاره الشيخ في الاستبصار ٣ : ٣٢٣، ذيل الحديث ١١٤٩، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٤٠، والمحقق في الشرائع ٣ : ٣٦، والمختصر : ٢٠٠، والعلامة في القواعد ٣ : ١٣٩ - ١٤٠، والإرشاد ٢ : ٤٧، والمختلف ٧ : ٥٠٤، وابن فهد في المقتصر : ٢٨١.

(٣) قاله الشيخ في النهاية : ٥٣٣ فيما إذا كان المحتبس هو الدم الثالث، وتبعه القاضي في المهذب ٢ : ٣٢٠، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٢٦، واختاره العلامة في التحرير ٤ : ١٥٦ في مورد تأخير الثانية والثالثة.

وقيل : لا بدّ من وقوع الثلاثة الأقرء بعد أقصى الحمل كالثلاثة الأشهر^(١).
والأوّل أقوى، وإطلاق النصّ^(٢) والفتوى يقتضي عدم الفرق بين
استرابتها بالحمل وعدمه في وجوب التريّص تسعة أو سنة ثمّ الاعتداد بعدها،
حتّى لو كان زوجها غائباً عنها فحكمها كذلك، وإن كان ظاهر الحكمة يقتضي
اختصاصه بالمستراية.

واحتمل المصنّف رحمته الله في بعض تحقيقاته^(٣) الاكتفاء بالتسعة لزوجة الغائب
محتجاً بحصول مسّى العدة والدليل في محلّ النزاع، وهذه أطول عدة تُفرض.
والضابط : أنّ المعتدة المذكورة إن مضى لها ثلاثة أقرء قبل ثلاثة أشهر
انقضت عدتها بها، وإن مضى عليها ثلاثة أشهر لم ترّ فيها دم حيض انقضت عدتها
بها وإن كان لها عادة مستقيمة فيما زاد عليها بأن كانت ترى الدم في كلّ أربعة
أشهر مرّة، أو ما زاد، أو ما نقص بحيث يزيد عن ثلاثة ولو بلحظة. ومتى رأت في
الثلاثة دمًا ولو قبل انقضائها بلحظة فحكمها ما فصل سابقاً من انتظار أقرب
الأمرين : من تمام الأقرء ووضع الولد، فإن انتفيا اعتدّت بعد تسعة أشهر بثلاثة
أشهر، إلّا أن يتمّ لها ثلاثة أقرء قبلها ولو مبنية على ما سبق. ولا فرق بين أن
يتجدّد لها دم آخر في الثلاثة أو قبلها وعدمه.

﴿ وعدة الحامل وضع الحمل ﴾ أجمع كيف وقع إذا علم أنّه نشوء آدمي
﴿ وإن كان علقة ﴾ ووضعه بعد الطلاق بلحظة، ولا عبرة بالأنطفة ﴿ في غير

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٥ : ٢٣٧، والصيمري في غاية المرام ٣ : ٢٤٠، لكن فيما لو رأت
الدم في الثلاثة أشهر.

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٤٢٢، الباب ١٣ من أبواب العدد.

(٣) لم نعرّ عليه فيما بأيدينا من كتبه.

الوفاة، وفيها بأبعد الأجلين : من وضعه ومن الأشهر ﴿ الأربعة والعشرة الأيام في الحرّة، والشهرين والخمسة الأيام في الأمة.

﴿ ويجب الحداد على ﴿ الزوجة ﴿ المتوفى عنها ﴿ زوجها في جميع مدة العدة ﴿ وهو ترك الزينة : من الثياب والأدهان والطيب والكحل الأسود ﴿ والحناء، وخضب الحاجبين بالسواد، واستعمال الاسفداج^(١) في الوجه، وغير ذلك ممّا يُعدّ زينة عرفاً. ولا يختصّ المنع بلون خاصّ من الثياب، بل تختلف ذلك باختلاف البلاد والأزمان والعادات، فكلّ لون يُعدّ زينة عرفاً يحرم لبس الثوب المصبوغ به. ولو احتاجت إلى الاكتحال بالسواد لعلّه جاز، فإن تأدّت الضرورة باستعماله ليلاً ومسحه نهاراً وجب، وإلا اقتصر على ما تتأدّى به الضرورة. ولا يحرم عليها التنظيف ولا دخول الحمام ولا تسريح الشعر ولا السواك ولا قلم الأظفار ولا السكنى في المساكن العالية ولا استعمال الفرش الفاخرة ولا تزيين أولادها وخدمها. ولا فرق بين الزوجة الكبيرة والصغيرة، الحامل والحائل إذا كانت حرّة.

﴿ وفي الأمة قولان^(٢) المرويّ ﴿ صحيحاً عن الباقر عليه السلام ﴿ أنّها لا تحدّ ﴿ لأنّه قال : «إنّ الحرّة والأمة كلتيهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة، إلا أنّ الحرّة تحدّ والأمة لا تحدّ»^(٣) وهذا هو الأقوى.

(١) مسحوق أبيض لزينة النساء معرّب : سفيد آب .

(٢) القول بعدم الحداد للشيخ في النهاية : ٥٣٧، والقاضي في المهذب ٢ : ٣١٩، ونسبه في المختلف ٧ : ٤٩٦ إلى الإسكافي، والمحقّق في الشرائع ٣ : ٣٨، والمختصر النافع : ٢٠١، والعلامة في المختلف ٧ : ٤٩٧، والإرشاد ٢ : ٤٨، واختاره المصنّف في غاية المراد ٣ : ٢٤٨، ونسبه في التنقيح الرائع ٣ : ٣٤٦ إلى متقدّمي أصحابنا.

(٣) الوسائل ١٥ : ٤٧٢، الباب ٤٢ من أبواب العدد، الحديث ٢.

وذهب الشيخ في أحد قوليهِ^(١) وجماعة^(٢) إلى وجوب الحداد عليها؛ لعموم قول النبي ﷺ: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث ليالٍ إلّا على زوج أربعة أشهر وعشراً»^(٣) وفيه مع سلامة السند: أنّه عامّ وذاك خاصّ، فيجب التوفيق بينهما بتخصيص العامّ.

ولا حداد على غير الزوج مطلقاً، وفي الحديث دلالة عليه، بل مقتضاه أنّه محرّم.

والأولى حمله على المبالغة في النفي أو الكراهة.

﴿ والمفقود إذا جهل خبره ﴾ وكان لزوجته من ينفق عليها وجب عليها التربّص إلى أن يحضر، أو تثبت وفاته أو ما يقوم مقامها^(٤) ﴿ و ﴾ إن لم يكن له وليّ ينفق عليها ﴿ ولا متبرّع، فإن صبرت فلا كلام، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم بحث عن أمره ﴿ وطلب أربع سنين ﴾ من حين رفع أمرها إليه في الجهة التي فقد فيها إن كانت معيّنة، وإلّا ففي الجهات الأربع حيث يحتمل الأربع ﴿ ثمّ يطلقها الحاكم ﴾ بنفسه أو يأمر الوليّ به. والأجود تقديم أمر الوليّ به، فإن امتنع طلق الحاكم؛ لأنّه مدلول الأخبار الصحيحة^(٥) ﴿ بعدها ﴾ أي بعد المدّة ورجوع الرسل أو ما في حكمه ﴿ وتعتدّ ﴾ بعده.

(١) المبسوط ٥ : ٢٦٥.

(٢) مثل : ابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٤٥، وهو ظاهر شيخنا المفيد وابن أبي عقيل وأبي الصلاح وسلار وابن حمزة حيث لم يفصلوا بين الحرّة والأمة، أنظر المختلف ٧ :

٤٩٦، والمقنعة : ٥٣٥، والكافي : ٣١٣، والمراسم : ١٦٦، والوسيلة : ٣٢٩.

(٣) المستدرک ١٥ : ٣٦٢، الباب ٢٥ من أبواب العدد، الحديث ٩.

(٤) كالإخبار بالطلاق أو الارتداد.

(٥) أنظر الوسائل ١٥ : ٣٨٩، الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

﴿ والمشهور ﴾ بين الأصحاب ﴿ أنها تعتدّ عدّة الوفاة ﴾ وفي خبر سماعة دلالة عليه؛ لأنه لم يذكر الطلاق وقال: « بعد مضيّ أربع سنين أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر وعشراً»^(١) وباقي الأخبار^(٢) مطلقة، إلا أن ظاهرها أن العدّة عدّة الطلاق حيث حكم فيها بأنه يطلقها ثمّ تعتدّ. وفي حسنة يريد دلالة عليه؛ لأنه قال فيها: « فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها فبدا له أن يراجعها فهي امرأته، وهي عنده على تطليقتين، وإن انقضت العدّة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلّت للأزواج ولا سبيل للأول عليها»^(٣).

وفي الرواية دلالة على أنه إذا جاء في العدّة لا يصير أحقّ بها إلا مع الرجعة، فلو لم يرجع بانت منه. ووجهه: أن ذلك لازم حكم الطلاق الصحيح. وإنما نسب المصنّف القول إلى الشهرة؛ لضعف مستنده^(٤) وتظهر الفائدة في المقدار والحداد والنفقة.

﴿ وتباح ﴾ بعد العدّة ﴿ للأزواج ﴾ لدلالة الأخبار عليه^(٥) ولأنّ ذلك هو فائدة الطلاق ﴿ فإن جاء ﴾ المفقود ﴿ في العدّة فهو أملك بها ﴾ وإن حكم بكونها عدّة وفاة بائنة؛ للنص^(٦) ﴿ وإلا ﴾ يجيء في العدّة ﴿ فلا سبيل له عليها ﴾ سواء وجدها قد تزوّجت ﴿ بغيره ﴾ أو لا ﴿ أمّا مع تزويجها فموضع وفاق، وأمّا

(١) الوسائل ١٤ : ٣٩٠، الباب ٤٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢.

(٢) أظن الوسائل ١٥ : ٣٨٩ - ٣٩٠، الباب ٢٣ من أقسام الطلاق، الأحاديث ١ و ٣ - ٥.

(٣) نفس المصدر، الحديث الأوّل.

(٤) لأنّ سماعة واقفيّ. راجع المسالك ٢ : ٤٨٠، و ١٤ : ٢٠٧.

(٥) يدلّ عليه خبر سماعة وحسنة يريد المتقدّم تخريجهما في الصفحة السابقة، ومرسلة

الصدوق المنقولة في الوسائل ١٥ : ٣٩٠، الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٢.

(٦) مثل خبر سماعة وحسنة يريد المتقدّمين.

بدونه فهو أصحّ القولين^(١) وفي الرواية السابقة^(٢) دلالة عليه، ولأنّ حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق، فكيف مع الطلاق! والحكم بالتسلّط بعد قطع السلطنة يحتاج إلى دليل، وهو منفيّ.

ووجه الجواز: بطلان ظنّ وفاته، فيبطل ما ترتّب عليه. وهو متّجه إن لم نوجب طلاقها بعد البحث، أمّا معه فلا.

﴿ وعلى الإمام أن ينفق عليها من بيت المال طول المدّة ﴾ أي مدّة الغيبة إن صبرت، ومدّة البحث إن لم تصبر. هذا إذا لم يكن له مال، وإلّا أنفق الحاكم منه مقدّماً على بيت المال.

﴿ ولو أعتقت الأمة في أثناء العدة أكملت عدّة الحرّة إن كان الطلاق رجعيّاً، أو عدّة وفاة ﴾ أمّا الأوّل فلاّنها في حكم الزوجة وقد أعتقت. وأمّا الثاني فلرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣) ولو كان بائناً أتمّت عدّة الأمة؛ للحكم بها ابتداءً، وصيرورتها بعد العتق^(٤) أجنبيّة منه، فلا يقدر عتقها في العدة.

(١) وهو مختار أكثر المتقدّمين والمتأخّرين (المسالك ٩ : ٢٩٠) فقد نُسب إلى الشيخ في المبسوط ٥ : ٢٧٨ - ٢٧٩ لكنّه قوّى فيه ردّها إلى الزوج إن لم تتزوج، كما ذهب إلى ذلك ابن حمزة في الوسيلة : ٣٢٤، والديلمي في المراسم : ١٦٧، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٢٧، والمحقّق في الشرائع ٣ : ٣٩، والمختصر النافع : ٢٠١، وغيرهم.

والقول الآخر أنّه أملك بها، ذهب إليه المفيد في المقنعة : ٥٢٧، والشيخ في النهاية : ٥٣٨، والخلاف ٥ : ٧٨، المسألة ٣٤ من كتاب العدة، وقوّاه فخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ٣٥٤.

وهناك قول ثالث : وهو أنّه إن كانت العدة بعد طلاق الوليّ فلا سبيل للزوج عليها، وإن كانت العدة بأمر الحاكم من غير طلاق فهو أملك بها. اختار ذلك العلامة في المختلف ٧ : ٣٨٥.

(٢) وهي حسنة بريد.

(٣) الوسائل ١٥ : ٤٧٥، الباب ٤٣ من أبواب العدد، الحديث ٦.

(٤) في (ع) : بعد الحكم.

﴿ والذميمة كالحرة في الطلاق والوفاة على الأشهر ﴾ بل لا نعلم القائل بخلافه. نعم، روى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها، هل عليها عدة مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا - إلى قوله - قلت: فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: عدتها عدة الأمة، حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً...» الحديث ^(١) والعمل على المشهور. و ^(٢) تظهر فائدة الخلاف لو جعلنا عدة الأمة في الوفاة نصف عدة الحرة كما سلف ^(٣) ولو جعلناها كالحرة فلا إشكال هنا في عدة الوفاة للذميمة، ويبقى الكلام مع الطلاق.

﴿ وتعدت أم الولد من وفاة زوجها ﴾ لو كان مولاها قد زوجها من غيره بعد أن صارت أم ولد ﴿ أو ﴾ من وفاة ﴿ سيدها ﴾ لو لم يكن حين وفاته مزوجاً لها ﴿ عدة الحرة ﴾ لرواية إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام في الأمة يموت سيدها، قال: «تعدت عدة المتوفى عنها زوجها» ^(٤).

وقيل: لا عدة عليها من وفاة سيدها؛ لأنها ليست زوجة كغيرها من إماءه الموطوءات من غير ولد، فإن عدتهن من وفاة المولى الواطئ قرء واحد ^(٥). وهذا القول ^(٦) ليس ببعيد لمن لم يعمل بالخبر الموثق، فإن خبر إسحاق

(١) الوسائل ١٥ : ٤٧٧، الباب ٤٥ من أبواب العدد، الحديث الأول.

(٢) في (ش) و (ر) زيادة: إنما.

(٣) سلف في الصفحة ٣٧١.

(٤) الوسائل ١٥ : ٤٧٢، الباب ٤١ من أبواب العدد، الحديث ٤.

(٥) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٣٥، ونفى عنه البأس العلامة في المختلف ٧ : ٤٨٣.

(٦) وهذا القول مال إليه العلامة في المختلف [٧ : ٤٨٣] وجزم به في التحرير في موضع

[٤ : ١٧٥، المسألة ٥٥٩٦] واختار أنها كالحرة في موضع آخر [المصدر السابق، المسألة

٥٥٩٣]، ويمكن الاحتجاج عليه بصحيفة سليمان بن خالد: إن علياً عليه السلام قال في أمهات

كذلك. والأجود الأوّل.

ولو مات سيدها وهي مزوّجة من غيره فلا عدّة عليها قطعاً ولا استبراء، وكذا لو مات سيدها قبل انقضاء عدّتها. أمّا لو مات بعدها وقبل دخوله ففي اعتدادها منه أو استبرائها نظر: من إطلاق النّص^(١) باعتداد أمّ الولد من سيدها، وانتفاء حكمة العدّة والاستبراء، لعدم الدخول، وسقوط حكم السابق^(٢) بتوسّط التزويج ﴿ ولو أعتق السيّد أمته ﴾ الموطوءة سواء كانت أمّ ولد أم لا ﴿ فثلاثة ﴾ أقرأ ﴿ لو طئه إن كانت من ذوات الحيض، وإلا فثلاثة أشهر.

﴿ ويجب الاستبراء ﴾ للأمة ﴿ بحدوث الملك ﴾ على المتملّك، ﴿ وزواله ﴾ على الناقل بأيّ وجه كان من وجوه الملك إن كان قد وطئ ﴿ بحيضة ﴾ واحدة ﴿ إن كانت تحيض، أو بخمسة وأربعين يوماً إذا كانت لا تحيض وهي في سنّ من تحيض ﴾.

والمراد بالاستبراء ترك وطئها قبلاً ودبراً في المدة المذكورة، دون غيره من وجوه الاستمتاع، وقد تقدّم البحث في ذلك مستوفى^(٣) وما يسقط معه الاستبراء في باب البيع، فلا حاجة إلى الإعادة في الإفادة.

الأولاد: لا يتزوّجن حتّى يعتدّن أربعة أشهر وعشراً [الوسائل ١٥ : ٤٧٢، الباب ٤٢ من

أبواب العدد، الحديث الأوّل] فإنها عامّة في موت سيدها وزوجها. (منه ﷺ).

(١) الوسائل ١٥ : ٤٧٢، الباب ٤١ من أبواب العدد، الحديث ٤.

(٢) أي الدخول السابق من المولى.

(*) في (ق) ونسخة (ش) من الشرح: فثلاثة.

(**) في (ق) و (س): في سنّ المحيض.

(٣) تقدّم في الجزء الثاني: ٢٣٦.

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في الأحكام ﴾

﴿ يجب الإنفاق ﴾ على الزوجة ﴿ في العدة الرجعية^(١) كما كان في صلب النكاح ﴾ شروطاً وكميةً وكيفيةً ﴿ ويحرم عليها الخروج من منزل الطلاق ﴾ وهو المنزل الذي طلقت وهي فيه إذا كان مسكن أمثالها وإن لم يكن مسكنها الأوّل، فإن كان دون حقّها فلها طلب المناسب، أو فوقه فله ذلك. وإتّما يحرم الخروج مع الاختيار.

ولا فرق بين منزل الحضريّة والبدويّة والبريّة والبحريّة، ولو اضطرت إليه لحاجة خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر مع تأديها بذلك، وإلا خرجت بحسب الضرورة. ولا فرق في تحريم الخروج بين اتّفاقهما عليه وعدمه على الأقوى؛ لأنّ ذلك حقّ الله تعالى وقد قال تعالى: (لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن) ^(٢) بخلاف زمن الزوجيّة، فإنّ الحقّ لهما. واستتقرب في التحرير جوازه بإذنه ^(٣) وهو بعيد.

(١) في نسخة بدل (ر) من الشرح زيادة: مع عدم نشوزها قبل الطلاق وفي زمن العدة.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) التحرير ٤: ١٧٩، الرقم ٥٦٠٤.

ولو لم تكن حال الطلاق في مسكن وجب العود إليه على الفور، إلا أن تكون في واجب كحجّ فتمّمه كما يجوز لها ابتداءه. ولو كانت في سفر مباح أو مندوب، ففي وجوب العود إن أمكن إدراكها جزءاً من العدة، أو مطلقاً أو تتخیر بينه وبين الاعتداد في السفر، أوجه: من إطلاق النهي عن الخروج من بيتها فيجب عليها تحصيل الكون به، ومن عدم صدق النهي هنا لأنّها غير مستوطنة، وللمشقة في العود وانتفاء الفائدة حيث لا تدرك جزءاً من العدة. كلّ ذلك مع إمكان الرجوع وعدم الضرورة إلى عدمه.

﴿ و ﴾ كما يحرم عليها الخروج ﴿ يحرم عليه الإخراج ﴾ لتعلّق النهي بهما في الآية ﴿ إلا أن تأتي بفاحشة ﴾ مبيّنة ﴿ يجب بها الحدّ، أو تؤذي أهله ﴾ بالقول أو الفعل، فتخرج في الأوّل لإقامته ثمّ تردّ إليه عاجلاً، وفي الثاني تخرج إلى مسكن آخر يناسب حالها من غير عود إن لم تتب، وإلا فوجهان، أجمدهما جواز إبقائها في الثاني؛ للإذن في الإخراج معها مطلقاً، ولعدم الوثوق بتوبتها؛ لنقصان عقلها ودينها. نعم يجوز الردّ، فإن استمرّت عليها وإلا أخرجت، وهكذا...

واعلم أنّ تفسير الفاحشة في العبارة بالأوّل هو ظاهر الآية^(١) ومدلولها لغة [مع^(٢)] ما هو أعمّ منه. وأمّا الثاني ففيه روايتان مرسلتان^(٣) والآية غير ظاهرة

(١) وهي قوله تعالى: (إلا أن يأتي بفاحشة مبيّنة) الطلاق: ١.

(٢) كُتب عليه في (ش): ل، والأوفق للعبارة إسقاطه.

(٣) وهما مرويتان عن الرضا عليه السلام في الوسائل ١٥: ٤٣٩، الباب ٢٣ من أبواب العدد،

فيه، لكنّه مشهور بين الأصحاب. وتردّد في المختلف^(١) لما ذكرناه، وله وجه.

﴿ ويجب الإنفاق في العدة ﴾ الرجعية على الأمة ﴿ كما يجب على الحرّة ﴾ إذا أرسلها مولاها ليلاً ونهاراً ﴿ ليتحقّق به تمام التمكين، كما يشترط ذلك في وجوب الإنفاق عليها قبل الطلاق. فلو منعها ليلاً أو نهاراً أو بعض واحد منهما فلا نفقة لها ولا سكنى، لكن لا يحرم عليه إمساكها نهاراً للخدمة وإن توقّفت عليه النفقة، وإنما يجب عليه إرسالها ليلاً، وكذا الحكم قبل الطلاق.

﴿ ولا نفقة للبائن ﴾ طلاقها ﴿ إلا أن تكون حاملاً ﴾ فتجب لها النفقة والسكنى حتى تضع؛ لقوله تعالى: (وإن كنّ أولاتٍ حملٍ فأنفقوا عليهنّ حتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)^(٢) ولا شبهة في كون النفقة بسبب الحمل، لكن هل هي له أو لها؟ قولان أشهرهما الأوّل^(٣) للدوران وجوداً وعدمًا كالزوجية.

ووجه الثاني أنّها لو كانت للولد لسقطت عن الأب بيساره كما لو ورث أخاه لأبيه وأبوه قاتل لا يرث ولا وارث غير الحمل، ولوجبت على الجدّ مع فقر الأب، لكن التالي فيهما باطل فالمقدّم مثله. وأجيب بمنع بطلانه فيهما^(٤).

وتظهر فائدة القولين في مواضع:

منها: إذا تزوّج الحرّ أمةً شرط مولاها رقّ الولد وجوزّناه. وفي العبد إذا

(١) المختلف ٧: ٤٩٢.

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) وهو مذهب الشيخ في المبسوط ٦: ٢٨، والقاضي في المهذب ٢: ٣٤٨، واختاره العلامة في المختلف ٧: ٤٩٥، ونسبه إلى ظاهر كلام ابن حمزة، أنظر الوسيلة: ٣٢٨. والثاني هو المنسوب إلى ابن زهرة، أنظر الغنية: ٣٨٥.

(٤) أجاب عنه الشيخ في المبسوط ٦: ٢٩.

تزوّج أمة أو حرّة وشرط مولاه الانفراد برقّ الولد، فإن جعلناها للحمل فلا نفقة على الزوج. أمّا في الأوّل فلاّنه ملك لغيره، وأمّا في الثاني فلاّنه العبد لا يجب عليه نفقة أقاربه. وإن جعلناها للحامل وجبت، وهو في الأوّل ظاهر، وفي الآخر^(١) في كسب العبد أو ذمّة مولاه، على الخلاف.

وتظهر الفائدة أيضاً فيما لو كان النكاح فاسداً والزوج حرّاً، فمن جعل النفقة لها فهاها هنا؛ إذ لا نفقة للمعتدة عن غير نكاح له حرمة، ومن جعلها للحمل فعليه؛ لأنّها نفقة ولده.

﴿ ولو انهدم المسكن ﴾ الذي طلّقت فيه ﴿ أو كان مستعاراً، فرجع مالكة ﴾ في العارية ﴿ أو مستأجراً انقضت مدّته، أخرجها إلى مسكن يناسبها ﴾ ويجب تحرّي الأقرب إلى المنتقل عنه فالأقرب، اقتصاراً على موضع الضرورة. وظاهره^(٢) كغيره^(٣) أنّه لا يجب تجديد استجاره ثانياً وإن أمكن. وليس ببعيد وجوبه مع إمكانه، تحصيلاً للواجب بحسب الإمكان. وقد قطع في التحرير بوجوب تحرّي الأقرب^(٤) وهو الظاهر، فتحصيل نفسه أولى.

﴿ وكذا لو طلّقت في مسكن لا يناسبها أخرجها إلى مسكن مناسب ﴾ متحرّياً للأقرب فالأقرب، كما ذكر^(٥) ﴿ ولو مات فورث المسكن جماعة لم يكن

(١) في (ش) : الأخير، وفي (ر) : الثاني.

(٢) أي الماتن .

(٣) مثل : المحقّق في الشرائع ٣ : ٤٣، والعلامة في القواعد ٣ : ١٥٢، والإرشاد ٢ : ٥٠ .

(٤) التحرير ٤ : ١٧٩، الرقم ٥٦٠٦، و ١٨٠، الرقم ٥٦٠٩ .

(٥) ذكره الشيخ في المبسوط ٥ : ٢٥٤ .

لهم قسمته ﴿ حيث ينافي القسمة سكنها؛ لسبق حقّها إلّا مع انقضاء عدّتها. هذا ﴿ إذا كانت حاملاً وقلنا: لها السكنى ﴾ مع موته كما هو أحد القولين في المسألة^(١). وأشهر الروايتين^(٢) أنّه لا نفقة للمتوفّى عنها ولا سكنى مطلقاً، فيبطل حقّها من المسكن. وجمع في المختلف بين الأخبار بوجود نفقتها من مال الولد لا من مال المتوفّى^(٣) ﴿ وإلّا ﴾ تكن حاملاً أو قلنا: لا سكنى للحامل المتوفّى عنها ﴿ جازت القسمة ﴾ لعدم المانع منها حينئذٍ.

﴿ وتعدّد زوجة الحاضر من حين السبب ﴾ الموجب للعدّة من طلاق أو فسخ وإن لم تعلم به ﴿ وزوجة الغائب في الوفاة من حين بلوغ الخبر ﴾ بموته وإن لم يثبت شرعاً، لكن لا يجوز لها التزويج إلّا بعد ثبوته ﴿ وفي الطلاق من حين الطلاق ﴾ والفرق مع النصّ^(٤) ثبوت الحداد على المتوفّى عنها، ولا يتمّ إلّا مع بلوغها الخبر بموته، بخلاف الطلاق، فعلى هذا لو لم يبلغها الطلاق إلّا بعد مضيّ مقدار العدّة جاز لها التزويج بعد ثبوته، بخلاف المتوفّى عنها.

(١) اختاره الشيخ في النهاية : ٥٣٧، والحلي في الكافي : ٣١٣، والقاضي في المهذب ٢ : ٣١٩، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٢٩، ونسبه في المسالك ٨ : ٤٥٤ إلى الأكثر. والقول بالعدم لابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٣٨، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٣٤٩، والعلامة في القواعد ٣ : ١٥١.

(٢) قال الشارح في المسالك ٨ : ٤٥٣، المراد بالرواية الجنس؛ لأنّه ورد بعدم الإنفاق أربع روايات معتبرات الأستاد. وانظر الوسائل ١٥ : ٢٣٤، الباب ٩ من أبواب النفقات، الحديث ١ - ٣ و ٧.

(٣) المختلف ٧ : ٤٩٣.

(٤) أنظر الوسائل ١٥ : ٤٤٥ - ٤٤٦، الباب ٢٧ و ٢٨ من أبواب العدد.

وقيل : تشتركان في الاعتداد من حين بلوغ الخبر^(١) وبه روايات^(٢)
والأشهر الأوّل، ولو لم نوجب الحداد على الأمة فهي كالمطلقة، عملاً بالعلّة
المنصوصة^(٣).

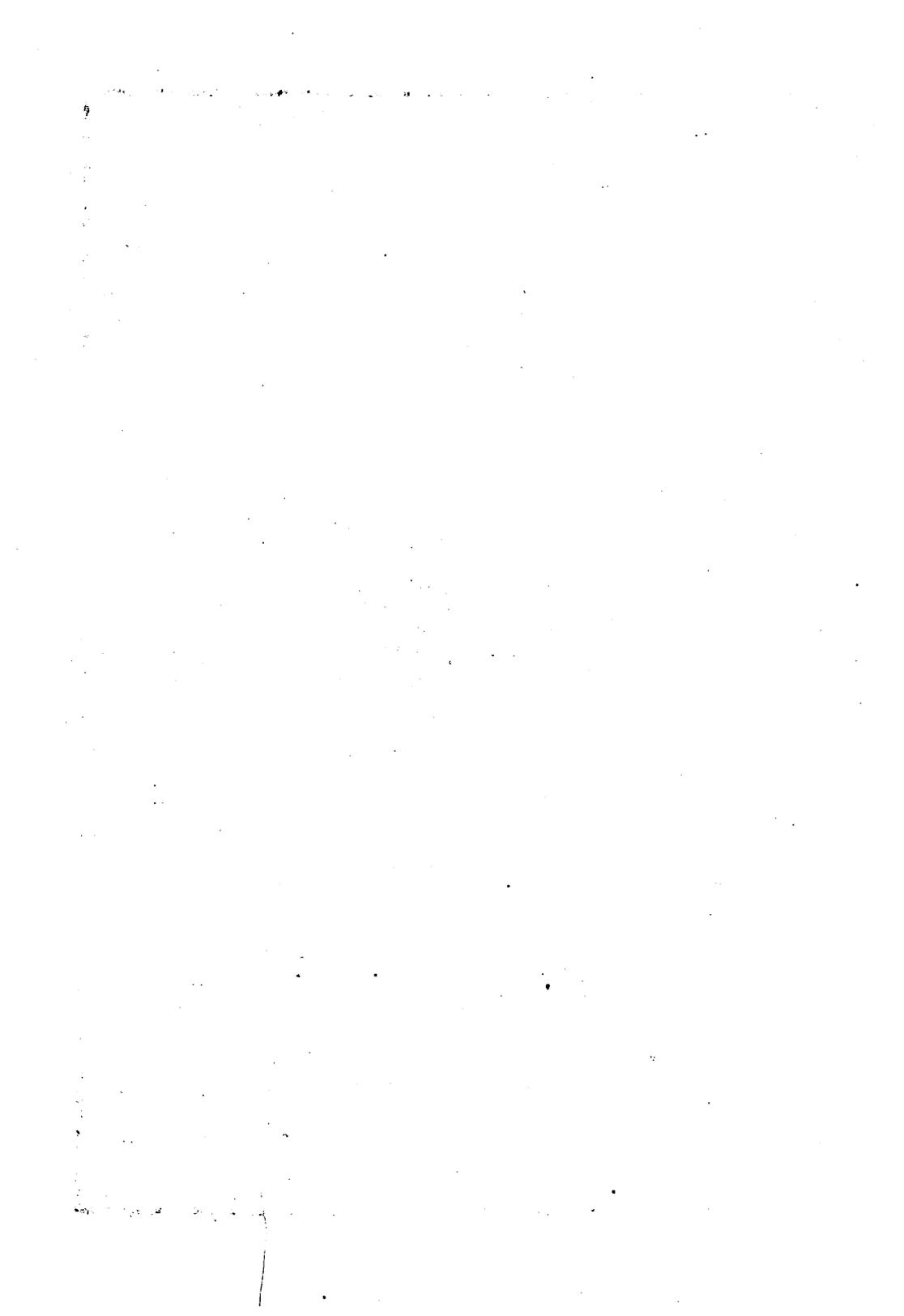


(١) قاله الإسكافي كما نقله عنه العلامة في المختلف ٧ : ٤٩٨، والحلي في الكافي : ٣١٣.

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٤٤٨ - ٤٤٩، الباب ٢٨ من أبواب العدد، الحديث ٩ و ١٢.

(٣) العلة المنصوصة هي الحداد، أنظر الوسائل ١٥ : ٤٤٦، الباب ٢٨ من أبواب العدد.

کتاب التلخیص والمبانی



﴿ كتاب الخلع والمباراة ﴾

وهو طلاق بعوض مقصود، لازم لجهة الزوج، وبيننا، فإن بأمرٍ تأتي.
والخلع بالضمّ اسم لذلك مأخوذ منه بالفتح، استعارة من صلح الثوب وهو نزعها؛
لقوله تعالى: (هَنِّ لِبَاسٍ لَكُمْ)^(١).

﴿ وصيغة الخلع أن يقول ﴿ الزوج ﴾: ﴿ خلعتك ﴾ على كذا، أو أنت مختلعة ﴾
على كذا أو خلعت فلانة أو هي مختلعة على كذا ﴿ ثمّ يتبعه بالطلاق ﴾ على الفور
ويقول^(٢) بعد ذلك: فأنت طالق ﴿ في القول الأقوى^(٣) ﴾ لرواية موسى ابن بكر^(٤)
عن الكاظم عليه السلام قال: «المختلعة يتبعها بالطلاق ما دامت في عدّتها»^(٥).

(١) البقرة: ١٨٧.

(*) في (ق): خالعتك.

(٢) في غير (ع): فيقول.

(٣) وهو ما اختاره الشيخ في المبسوط ٤: ١٠٤، والخلاف ٤: ٤٢٢، المسألة ٣، والاستبصار
٣: ٣١٧، ذيل الحديث ١٢٢٨، والنهذيب ٨: ٩٧، ذيل الحديث ٣٢٨، والقاضي في

المهذب ٢: ٢٦٧، وابن إدريس في السرائر ٢: ٧٢٦.

(٤) في (ف) و (ر): موسى بن بكير.

(٥) الوسائل ١٥: ٤٩٠ - ٤٩١، الباب ٣ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث الأول.

وقيل : يقع بمجردّه من غير إتباعه به ، ذهب إليه المرتضى^(١) وابن الجنيّد^(٢) وتبعهما العلامة في المختلف والتحرير^(٣) والمصنّف في شرح الإرشاد^(٤) لصحيحة محمّد بن إسماعيل^(٥) بن بزيع أنّه قال للرضا عليه السلام في حديث : « قد روي أنّها لا تبين حتّى يتبعها بالطلاق ؛ قال : ليس ذلك إذن خلع^(٦) فقلت : تبين منه ؟ قال : نعم^(٧) » وغيرها من الأخبار^(٨) والخبر السابق ضعيف السند^(٩) مع إمكان حمله على الأفضلية . ومخالفته لمذهب العامة فيكون أبعد عن التقيّة - مع تسليمه - لا يكفي في المصير إليه وترك الأخبار الصحيحة وهو على ما وصفناه ، فالقول الثاني أصحّ .

(١) أنظر الناصريّات : ٣٥١ ، المسألة ١٦٥ .

(٢) نقله العلامة عنه في المختلف ٧ : ٣٩٢ .

(٣) أنظر المختلف ٧ : ٣٩٣ ، والتحرير ٤ : ٨٦ ، الرقم ٥٤٤١ .

(٤) غاية المراد ٣ : ٢٥٧ .

(٥) في (ر) زيادة : بن نوح .

(٦) في هامش (ع) ما يلي : بضمّ العين وهو الموجود في نسخ التهذيب ، والصواب إثبات الألف ؛ لأنّه خبر ليس فيكون منصوباً . وأمّا ما تكلف به شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد من كون اسم ليس ضمير الشأن ، فلا يناسب التركيب ، وذكر أنّه وجد مضبوطاً بخطّ بعض الأفاضل بفتح الخاء واللام والعين بجعله فعلاً ماضياً واستحسنه ، وليس بشيء .

(٧) الوسائل ١٥ : ٤٩٣ ، الباب ٣ من كتاب الخلع والمباراة ، الحديث ٩ .

(٨) راجع الوسائل ١٥ : ٤٩٣ ، الباب ٣ من كتاب الخلع والمباراة ، الحديث ٢ - ٤ و ١٠ ،

و ٤٩٨ ، الباب ٦ من كتاب الخلع والمباراة .

(٩) وهو رواية موسى بن بكر ، وضعف سنده من جهة أنّ في طريقه ابن فضال وإبراهيم بن أبي سماك وموسى بن بكر ، والأوّل فطحي ، والآخران واقفيان ضعيفان . راجع المسالك ٩ : ٣٦٩ .

ثم إن اعتبرنا إتباعه بالطلاق فلا شبهة في عدّه طلاقاً، وعلى القول الآخر هل يكون فسخاً، أو طلاقاً؟ قولان أصحهما الثاني^(١) لدلالة الأخبار الكثيرة^(٢) عليه، فيعدّ فيها ويفتقر إلى المحلّل بعد الثلاث^(٣) وعلى القولين لا بدّ من قبول المرأة عقيبه بلا فصل معتدّ به، أو تقدّم سؤالها له قبله كذلك.

﴿ ولو أتى بالطلاق مع العوض ﴾ فقال: «أنت طالق على كذا» مع سبق سؤالها له أو مع قبولها بعده كذلك ﴿ أعني عن لفظ الخلع ﴾ وأفاد فائدته ولم يفتقر إلى ما يفتقر إليه الخلع من كراهتها له خاصّة؛ لأنّه طلاق بعوض لا خلع.

﴿ وكلّ ما صحّ أن يكون مهراً ﴾ من المال المعلوم والمنفعة والتعليم وغيرها ﴿ صحّ أن يكون فدية ﴾ في الخلع ﴿ ولا تقدير فيه ﴾ أي في المَجْعُول فدية في طرف الزيادة والنقصان بعد أن يكون متموّلاً ﴿ فيجوز على أزيد ممّا وصل إليها منه ﴾ من مهر وغيره؛ لأنّ الكراهة منها، فلا يتقدّر عليها في جانب الزيادة.

﴿ ويصحّ بذل الفدية منها ومن وكيلها ﴾ البازل له من مالها ﴿ وممّن يضمنه ﴾ في ذمّته ﴿ بإذنها ﴾ فيقول للزوج: طلق زوجتك على مئة وعليّ ضمانها. والفرق بينه وبين الوكيل: أنّ الوكيل يبذل من مالها بإذنها، وهذا من ماله بإذنها.

وقد يشكل هذا بأنّه ضمان ما لم يجب. لكن قد وقع مثله صحيحاً فيما لو قال راكب البحر لذي المتاع: «ألقي متاعك في البحر وعليّ ضمانه» وفي

(١) اختاره السيّد في الناصريّات: ٣٥٢، ذيل المسألة ١٦٥، وهو المنسوب إلى الإسكافي على ما حكى عنه في المختلف ٧: ٣٩٦، وغاية المراد ٣: ٢٥٥ وهو اختيارهما أيضاً.

والقول الأوّل للشيخ في الخلاف ٤: ٤٢٤، ذيل المسألة ٣.

(٢) منها ما تقدّم تخريجه في الهامش ٨ من الصفحة المتقدّمة.

(٣) في (ر): الثالث.

ضمان ما يُحدثه المشتري من بناء أو غرس على قول^(١) وفي أخذ الطبيب البراءة قبل الفعل .

﴿ وفي ﴾ صحته من ﴿ المتبرّع ﴾ بالبذل من ماله ﴿ قولان أقربهما المنع^(٢) ﴾ لأنّ الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب العوض كالباع؛ ولأنّّه تعالى أضاف الفدية إليها في قوله : (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)^(٣) وبذل الوكيل والضامن بإذنها كبذلها، فيبقى المتبرّع على أصل المنع، ولأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل، ولو قلنا بمفهوم الخطاب فالمنع أوضح، وحينئذٍ فلا يملك الزوج البذل، ولا يقع الطلاق إن لم يتبع به، فإن أتبع به كان رجعيّاً .

ووجه الصحّة : أنّه افتداء وهو جائز من الأجنبيّ، كما تقع الجعالة منه على الفعل لغيره وإن كان طلاقاً .

والفرق بين الجعالة والبذل تبرّعاً : أنّ المقصود من البذل جعل الواقع خلعاً ليرتّب عليه أحكامه المخصوصة، لا مجرد بذل المال في مقابلة الفعل، بخلاف الجعالة، فإنّ غرضه وقوع الطلاق بأن يقول : « طلقها وعليّ ألف » ولا مانع من

(١) اختاره الشهيد في متن الكتاب، أنظر الجزء الثاني : ٤١٤ .

(٢) قوّاه الشيخ في المبسوط ٤ : ٣٦٥، واستقره المحقّق في الشرائع ٣ : ٥١ وفيه : الأشبه المنع، واستقره العلّامة في القواعد ٣ : ١٦٢ والإرشاد ٢ : ٥٢، واعتمد عليه ولده في الإيضاح ٣ : ٣٨٧، وانصمري في غاية المرام ٣ : ٢٦٣ .

وأما القول بالصحّة فلم يعلم قائله من الأصحاب كما اعترف به في المسالك ٩ : ٣٩٢ . نعم، يصحّ عند المخالفين، بل جاء في المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٨ : ٢١٨ : وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو ثور : لا يصحّ . أنظر أيضاً الخلاف ٤ : ٤٤٠ - ٤٤١، المسألة ٢٦ .

(٣) البقرة : ٢٢٩ .

صحته حتى لا يشترط في إجابته الفورية والمقارنة لسؤاله، بخلاف الخلع. ولو قلنا بصحته من الأجنبي فهو خلع لفظاً وحكماً، فللأجنبي أن يرجع في البذل ما دامت في العدة فللزوجة حينئذ أن يرجع في الطلاق، وليس للزوجة هنا رجوع في البذل؛ لأنها لا تملكه، فلا معنى لرجوعها فيه. ويحتمل عدم جواز الرجوع هنا مطلقاً^(١) اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وهو رجوع الزوجة فيما بذلته خاصة.

وفي معنى التبرع ما لو قال: طلقها على ألف من مالها وعليّ ضمانها، أو على عبدها هذا كذلك، فلا يقع الخلع ولا يضمن؛ لأنه ضمان ما لم يجب وإن جاز «ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه» لمسيس الحاجة بحفظ النفس ثمّ دون هذا، أو للاتفاق على ذاك على خلاف الأصل، فيقتصر عليه.

﴿ ولو تلف العوض ﴾ المعين المبذول ﴿ قبل القبض فعليها ضمانه، مثلاً ﴾ أي بمثله إن كان مثلياً ﴿ أو قيمة ﴾ إن كان قيميّاً، سواء أتلفته باختيارها أم تلف بأفة من الله تعالى أم أتلفه أجنبي، لكن في الثالث يتخير الزوج بين الرجوع عليها وعلى الأجنبي، وترجع هي على الأجنبي لو رجع عليها إن أتلفه بغير إذنها، ولو عاب فله أرشهُ ﴿ وكذا ﴾ تضمن مثله أو قيمته ﴿ لو ظهر استحقاؤه ﴾ لغيرها ولا يبطل الخلع؛ لأصالة الصحة، والمعاوضة هنا ليست حقيقية كما في البيع، فلا يؤثر بطلان العوض المعين في بطلانه، بل ينجر بضمانها المثل أو القيمة.

ويشكل مع علمه باستحقاؤه حالة الخلع؛ لقدومه على معاوضة فاسدة إن لم يتبعه بالطلاق، ومطلقاً من حيث إنّ العوض لازم لماهيته، وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم. والمتّجه البطلان مطلقاً إن لم يتبعه بالطلاق، وإلا وقع رجعيّاً.

(١) حتى من الأجنبي الباذل.

﴿ وَيَصَحُّ الْبَدْلُ مِنَ الْأُمَّةِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى ﴾ فَإِنْ أذِنَ فِي عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ تَعَيَّنَتْ، فَإِنْ زَادَتْ عَنْهَا شَيْئاً مِنْ مَالِهِ وَقَفَ عَلَى إِجَازَتِهِ، فَإِنْ رَدَّ بَطْلَ فِيهِ. وَفِي صَحَّةِ الْخَلْعِ - وَيُلْزِمُهَا مِثْلَهُ أَوْ قِيمَتَهُ تَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ - أَوْ بَطْلَانَهُ الْوَجْهَانَ. وَكَذَا لَوْ بَدَلْتَ شَيْئاً مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يُجْزِهِ، وَلَوْ أَجَازَ فَكَالِإِذْنِ الْمَبْتَدَأِ.

وَإِنْ أذِنَ فِي بَدْلِهَا فِي الذِّمَّةِ أَوْ مِنْ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ﴿ فَإِنْ عَيَّنَ قَدْرًا ﴾ تَعَيَّنَ وَكَانَ الْحُكْمُ مَعَ تَخْطِئِهِ مَا سَبَقَ ﴿ وَإِلَّا ﴾ يُعَيَّنُ قَدْرًا ﴿ أَنْصَرَفَ ﴾ إِطْلَاقَ الْإِذْنِ ﴿ إِلَى ﴾ بَدْلِ ﴿ مَهْرِ الْمِثْلِ ﴾ كَمَا يَنْصَرَفُ الْإِذْنُ فِي الْبَيْعِ إِلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ، نَظْرًا إِلَى أَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَقِيقِيَّةً، وَمَهْرِ الْمِثْلِ عَوْضَ الْبُضْعِ فَيَحْمَلُ الْإِطْلَاقَ عَلَيْهِ ﴿ وَلَوْ لَمْ يَأْذِنْ ﴾ لَهَا فِي الْبَدْلِ مَطْلَقًا ﴿ صَحَّ ﴾ الْخَلْعُ فِي ذِمَّتِهَا دُونَ كَسْبِهَا وَ﴿ تَبَعَتْ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ ﴾ كَمَا لَوْ عَامَلَهَا بِإِقْرَاضٍ وَغَيْرِهِ. وَلَا إِشْكَالَ هُنَا وَإِنْ عَلِمَ بِالْحَالِ؛ لِأَنَّ الْعَوْضَ صَحِيحٌ مُتَعَلِّقٌ بِذِمَّتِهَا وَإِنْ ائْتَمَّتْ قَبْضَهُ حَالًا خُصُوصًا مَعَ عِلْمِهِ بِالْحُكْمِ؛ لِقُدُومِهِ عَلَيْهِ، وَثُبُوتِ الْعَوْضِ فِي الْجُمْلَةِ. بِخِلَافِ بَدْلِ الْعَيْنِ حَيْثُ لَا يَصَحُّ؛ لِخُلُوقِ الْخَلْعِ عَنِ الْعَوْضِ. وَلَوْ بَدَلْتَ مَعَ الْإِطْلَاقِ أَزِيدُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ فَالزَّائِدُ كَالْمَبْتَدَأِ بِغَيْرِ إِذْنٍ.

﴿ وَالْمَكَاتِبَةُ الْمَشْرُوطَةُ كَالْقَنْنِ ﴾ فَيَتَعَلَّقُ الْبَدْلُ بِمَا فِي يَدِهَا مَعَ الْإِذْنِ، وَبِذِمَّتِهَا مَعَ عَدَمِهِ إِنْ كَانَ مَطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ مَعْيِنًا وَلَمْ يُجْزِ الْمَوْلَى بَطْلًا. وَفِي صَحَّةِ الْخَلْعِ وَلِزُومِ الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ تَتَّبَعُ بِهِ الْوَجْهَانَ ﴿ أَمَّا ﴾ الْمَكَاتِبَةُ الْمَطْلُوقَةُ فَلَا اعْتِرَاضَ عَلَيْهَا ﴿ لِلْمَوْلَى مَطْلَقًا، هَكَذَا أَطْلَقَ الْأَصْحَابُ ^(١) تَبَعًا لِلشَّيْخِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢). وَفِي الْفَرْقِ نَظَرٌ؛ لِمَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ: مِنْ أَنَّ الْمَكَاتِبَ مَطْلَقًا

(١) مثل المحقق في الشرائع ٣: ٥٣، والعلامة في القواعد ٣: ١٦٠، وقاله القاضي في

المهذب ٢: ٢٧٢ في المكاتبه خالياً من قيد المطلقة والمشروطة.

(٢) أنظر المبسوط ٤: ٣٦٦ - ٣٦٧.

ممنوع من التصرف المنافي للاكتساب ومسوّغ فيه من غير فرق بينهما، فالفدية إن كانت غير اكتساب - كما هو الظاهر؛ لأنّ العائد إليها البضع وهو غير مال - لم يصحّ فيها، وإن اعتبر كونه معاوضة وأنّه كالمال من وجه وجب الحكم بالصحة فيهما، والأصحاب لم ينقلوا في ذلك خلافاً. لكن الشيخ رحمته الله في المبسوط حكى في المسألة أقوالاً: الصحة مطلقاً، والمنع مطلقاً، واختار التفصيل وجعله الموافق لأصولنا وتبعه الجماعة.

والظاهر أنّ الأقوال التي نقلها للعامّة، كما هي عادته. فإن لم تكن المسألة إجماعيّة فالمتّجه عدم الصحة فيهما إلاّ بإذن المولى.

﴿ ولا يصحّ الخلع إلاّ مع كراهتها ﴾ له ﴿ فلو ﴾ طلقها والأخلاق ملتزمة و ﴿ لم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعيّاً ﴾ من حيث البذل، وقد يكون بائناً من جهة أخرى، ككونها غير مدخول بها، أو كون الطلقة ثالثة ﴿ ولو أكرهها على الفدية فعل حراماً ﴾ للإكراه بغير حقّ ﴿ ولم يملكها بالبذل ﴾ لبطلان تصرف المكره إلاّ ما استثنى^(١) ﴿ وطلاقها رجعيّاً ﴾ من هذه الجهة؛ لبطلان الفدية، فلا ينافي كونه بائناً من جهة أخرى إن اتّفقت.

﴿ نعم لو أتت بفاحشة ﴾ مبيّنة، وهي الزنا، وقيل: ما يوجب الحدّ مطلقاً^(٢) وقيل: كلّ معصية^(٣) ﴿ جاز عَضْلُهَا ﴾ وهو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير

(*) في (ق) و (س): كراهيتها.

(١) كالمماطل بأداء الدين والمحجور عليه.

(٢) ذهب إليه المحقّق في المختصر النافع: ٢٠٢.

(٣) قاله الشيخ في التبيان ٣: ١٥٠، والراوندي في فقه القرآن ٢: ١٨٤، والطبرسي في مجمع

أن يفارقها ﴿ لتفتدي نفسها ﴾ لقوله تعالى : (ولا تعضوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)^(١) والاستثناء من النهي إباحة ؛ ولأنها إذا زنت لم يؤمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه ، فلا تقيم حدود الله تعالى في حقّه فتدخل في قول الله تعالى : (فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)^(٢).

وقيل : لا يصحّ ذلك ولا يستبيح المبدول مع العضل ؛ لأنه في معنى الإكراه ، ولقوله تعالى : (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً)^(٣) والمشروط عدم عند عدم شرطه^(٤).

وقيل^(٥) : إن الآية الأولى^(٦) منسوخة بآية الحد^(٧) ولم يثبت ؛ إذ لا منافاة بينهما ، والأصل عدم النسخ . وعلى الأوّل هل يتقيّد جواز العضل ببذل ما وصل إليها منه من مهر وغيره فلا يجوز الزيادة عليه ، أم لا يتقيّد إلا برضاه ؟ اختار المصنّف الأوّل^(٨) حذراً من الضرر العظيم ، واستناداً إلى قول النبي ﷺ لجميلة بنت

(١) و (٣) النساء : ١٩ و ٤ .

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٤) قاله الشافعي في أحد قوليّه . أنظر المغني والشرح الكبير ٨ : ١٧٨ - ١٧٩ ، وانظر المجموع ١٨ : ١٤٥ - ١٤٩ أيضاً .

(٥) قاله بعض المفسّرين مثل عطاء وغيره ، أنظر تفسير الطبري ٤ : ٢١١ ، والجامع لأحكام القرآن ٥ : ٩٦ ، ومجمع البيان ٢ : ٢٤ .

(٦) قوله تعالى : (ولا تعضوهن ...) .

(٧) قوله تعالى : (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة ...) النور : ٢ .

(٨) وهو جواز العضل ، ولم نعثر على موضع اختياره . وقال في المسالك ٩ : ٤٢٢ . ورجّح الشهيد في بعض تحقیقاته تقييده بما وصل إليها منه .

عبد الله بن أبي لَمَّا كرهت زوجها ثابت بن قيس وقال لها: «أتردّين عليه حديثه؟» قالت: وأزيدة: «لا، حديثه فقط» (١) (٢).

ووجه الثاني إطلاق الاستثناء (٣) الشامل للزائد، وعدّ الأصحاب (٤) مثل هذا خلعاً، وهو غير مقيّد.

وفيه نظر؛ لأنّ المستثنى منه إذهب بعض ما أعطاهما، فالمستثنى هو ذلك البعض، فيبقى المساوي والزائد على أصل المنع، فإن خرج المساوي بدليل آخر بقي الزائد. وإطلاق الخلع عليه محلّ نظر؛ لأنّها ليست كارهة أو (٥) الكراهة غير مختصّة بها بحسب الظاهر. وذكرها في باب الخلع لا يدلّ على كونها منه.

﴿ وإذا تمّ الخلع فلا رجعة للزوج ﴾ قبل رجوعها في البذل ﴿ وللزوجة الرجوع ﴾ في البذل ما دامت في العدة ﴿ إن كانت ذات عدّة، فلو خرجت عدّتها أو لم يكن لها عدّة - كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة - فلا رجوع لها مطلقاً ﴿ فإذا رجعت ﴾ هي حيث يجوز لها الرجوع صار الطلاق رجعيّاً يترتب عليه أحكامه من النفقة وتحريم الأخت والرابعة و ﴿ رجع هو إن شاء ﴾ ما دامت العدة

(١) السنن الكبرى ٧: ٣١٣ - ٣١٤، والمستدرک ١٥: ٣٨٦، الباب ١٣ من أبواب كتاب الخلع، الحديث ٣.

(٢) هذا مقول قول النبي ﷺ الأوّل الذي أشار إليه بقوله «واستناداً إلى قول النبي ﷺ». (منه) .

(٣) وهو قوله تعالى: (إلا أن يأتين بفاحشة مبينة).

(٤) مثل الشيخ في المبسوط ٤: ٣٤٣، والمحقّق في الشرائع ٣: ٥٥، والعلامة في القواعد ٣: ١٥٧، وولده في الإيضاح ٣: ٣٧٨.

(٥) في (ع): والكراهة، وفي (ف): إذ الكراهة.

(*) في (ق) و (س): الرجعة.

باقية ولم يمنع من رجوعه مانع كما لو تزوج بأختها، أو رابعة قبل رجوعها إن جوّزناه. نعم لو طلقها^(١) بائناً في العدة جاز له الرجوع حينئذٍ فيها؛ لزوال المانع. ولو كان الطلاق بائناً مع وجود العدة - كالطليقة الثالثة - ففي جواز رجوعها في العدة وجهان: من إطلاق الإذن فيه المتناول له، ومن أنّ جواز رجوعها في البذل مشروط بإمكان رجوعه في النكاح بالنظر إلى الخلع، لا بسبب أمر خارجي يمكن زواله كتزويجه بأختها؛ ولأنّه برجوعها يصير الطلاق رجعيّاً، وهذا لا يمكن أن يكون رجعيّاً.

ولا يخفى أنّ هذين مصادرة على المطلوب. لكنّ المشهور المنع. والوجهان آتيان فيما لو رجعت ولمّا يعلم حتّى خرجت العدة حيث يمكنه الرجوع لو علم، من إطلاق الإذن لها في الرجوع، ولزوم الإضرار به. والأقوى الجواز هنا؛ للإطلاق، ولأنّ جواز رجوعه مشروط بتقدّم رجوعها، فلا يكون شرطاً فيه، وإلاّ دار^(٢) والإضرار حصل باختياره حيث أقدم على ذلك، مع أنّ له طريقاً إلى الرجعة في الأوقات المحتملة إلى آخر جزءٍ من العدة.

﴿ ولو تنازعا في القدر ﴾ أي قدر الفدية ﴿ حلفت ﴾ لأصالة عدم زيادتها عمّا تعترف به منها ﴿ وكذا ﴾ يقدم قولها مع اليمين ﴿ لو تنازعا في الجنس ﴾ مع

(١) أي الأخت، أو الرابعة.

(٢) وجه الدور: أنّ الشرط مقدّم على المشروط، فلو توقّف وجود الشرط على وجود المشروط لزم تأخّره عنه، فيتوقّف الشيء على نفسه، وذلك دورٌ. ويمكن دفعه بأنّ المشروط هو جواز الرجعة لا وقوعها بالفعل، وذلك لا يستلزم الدور؛ لجواز مقارنة جوازها له زماناً. ولو ادّعى أنّ المشروط هو وقوعها منعنا كونها شرطاً في وقوع رجعتها، وبالجملة فمرجع هذا إلى دور المعية، وهو غير ممتنع. (منه ﷺ).

اتَّفَقَهما على القدر، بأن اتَّفَقا على أنَّها مئة لكن ادَّعى أنَّها دنانير وادَّعت أنَّها دراهم؛ لأصالة عدم استحقاق ما يدَّعيه، ولأنَّه مدَّع فعليه البيِّنة، فتحلف يميناً جامعة بين نفي ما يدَّعيه وإثبات ما تدَّعيه فينتفي مدَّعاه. وليس له أخذ ما تدَّعيه؛ لاعترافه بأنَّه لا يستحقُّه. وينبغي جواز أخذه مقاصَّة، لا أصلاً.

ويحتمل تحالفهما؛ لأنَّ كلاًَّ منهما منكر لما يدَّعيه صاحبه، وهي قاعدة التحالف^(١) وحينئذٍ فيسقط ما تدَّعيه بالفسخ أو الانفساخ، ويشت مهر المثل، إلاَّ أن أصحابنا أعرضوا عن هذا الاحتمال رأساً، ومخالفونا جزموا به^(٢).

﴿ أو الإرادة ﴾ مع اتَّفَقَهما عليها بأن اتَّفَقا على ذكر القدر وعدم ذكر الجنس لفظاً، وعلى إرادة جنس معيَّن، لكن اختلفا في الجنس المراد. وإنَّما كان القول قولها فيها؛ لأنَّ الاختلاف في إرادتها ولا يُطَّلَع عليها إلاَّ من قبلها، فيقدِّم قولها فيها.

ويُشكل بأنَّ المعبر إرادتهما معاً للجنس المعيَّن، ولا تكفي إرادتها خاصَّة، وإرادة كلِّ منهما لا يُطَّلَع عليها إلاَّ من قبله. ولو عُلِّل بأنَّ الإرادة إذا كانت كافية عن ذكر الجنس المعيَّن كان الاختلاف فيها اختلافاً في الجنس المعيَّن، فتقديم قولها من هذه الحيثيَّة، لا من جهة تخصيص الإرادة.

وقال الشيخ: يبطل الخلع هنا^(٣) مع موافقته على السابق. وللقول بالتحالف هنا وجه كالسابق.

(١) في العبارة تسامح.

(٢) جزم به الشافعي وبعض أتباعه كما في المغني والشرح الكبير ٨ : ٢٢٩، والمجموع

١٨ : ١٩٤ - ١٩٧.

(٣) المبسوط ٤ : ٣٤٩.

ولو كان اختلافهما في أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس، فقال أحدهما: أردنا جنساً معيناً، وقال الآخر: إننا لم نرد بل أطلقنا، رجع النزاع إلى دعوى الصحة والفساد. ومقتضى القاعدة تقديم مدعيها منهما مع يمينه. ويحتمل تقديم منكرها والبطلان؛ لأصالة عدمها^(١) وهو ظاهر القواعد^(٢) وتقديم قول المرأة؛ لرجوع النزاع إلى إرادتها كما مر^(٣) وهو ظاهر التحرير^(٤) وفيه ما ذكر^(٥).

﴿ ولو قال : خلعتك على ألف في ذمتك ، فقالت : بل في ذمة زيد ، حلفت على الأقوى ﴾ لأنه مدع وهي منكرة لثبوت شيء في ذمتها فكانت اليمين عليها. وقال ابن البراج : عليه اليمين^(٦) لأن الأصل في مال الخلع أن يكون في ذمتها، فإذا ادعت كونه في ذمة غيرها لم تُسمع؛ لأصالة عدم انتقاله عن ذمتها. وعلى الأول لا عوض عليها ولا على زيد إلا باعترافه، وتبين منه بمقتضى دعواه. ومثله ما لو قالت: «بل خالعك فلان والعوض عليه»، لرجوعه إلى إنكارها الخلع من قبلها. أمّا لو قالت: «خالعتك على ألف ضمّنها فلان عني» أو «دفعتها» أو «أبرأتني» ونحو ذلك فعليها المال مع عدم البيّنة.

(١) أي الإرادة.

(٢) أنظر القواعد ٣: ١٦٦.

(٣) مرّ آنفاً في قوله: لأنّ الاختلاف في إرادتها، ولا يُطّلع عليها إلا من قبلها.

(٤) أنظر التحرير ٤: ٨٩.

(٥) هو ما ذكره في قوله: ويشكل بأنّ المعبر إرادتهما معاً.

(٦) نقل ذلك عنه العلامة في المختلف ٧: ٤٠٢، ولكن ما جاء في المهذب ٢: ٢٦٩ هو: أنّ

عليه البيّنة وعليها اليمين. ولعلّ المنقول عنه هنا ورد في كتابه الكامل، وهو لا يوجد لدينا.

﴿ والمباراة ﴾

وأصلها المفارقة، قال الجوهرى: تقول: بارأت شريكي إذا فارقته، وبارأ الرجل امرأته^(١) وهي ﴿ كالخلع ﴾ في الشرائط والأحكام ﴿ إلا أنّها ﴾ تفارقه في أمور:

منها: أنّها ﴿ تترتب على كراهية ﴾ كلّ من ﴿ الزوجين ﴾ لصاحبه، فلو كانت الكراهة من أحدهما خاصّة أو خالية عنهما لم تصحّ بلفظ المباراة. وحيث كانت الكراهة منهما ﴿ فلا تجوز الزيادة ﴾ في الفدية ﴿ على ما أعطاه ﴾ من المهر، بخلاف الخلع حيث كانت الكراهة منها فجازت الزيادة. وتبّه بالفاء على كون هذا الحكم مترتباً^(٢) على الكراهة منهما وإن كان حكماً آخر يحصل به الفرق بينها وبين الخلع.

﴿ و ﴾ منها: أنّه ﴿ لا بدّ فيها من الإتيان بالطلاق ﴾ على المشهور، بل لا نعلم فيه مخالفاً، وادّعى جماعة أنّه إجماع^(٣) ﴿ ولو قلنا في الخلع: لا يجب ﴾

(١) الصحاح ١: ٣٦ (برأ).

(٢) في سوى (ع): مرتباً.

(٣) مثل العلامة في القواعد ٣: ١٦٨، والمختلف ٧: ٤٠٢، والتحرير ٤: ٩٧، ولم نعر على الإجماع في غيرها. نعم، في الغنية: ٣٧٥ بعد ذكر صيغة المباراة المتضمنة للفظ الطلاق قال: وذلك لفظه بدليل الإجماع المشار إليه. ونسب في المختلف ٧: ٤٠٢ والمهذب البارع ٣: ٥١٤ والتنقيح الرائع ٣: ٣٦٥ إلى الشيخ أنّه ادّعى الإجماع، ولم نعر على لفظ «الإجماع» في كتب الشيخ. نعم، فيها ما يفيد ذلك وسائر العبارات أيضاً قريبة من عبارة الشيخ، أنظر التهذيب ٨: ١٠٢، ذيل الحديث ٣٤٦، والاستبصار ٣: ٣١٩، ذيل الحديث ١١٣٧، والمبسوط ٤: ٣٧٣، والسرائر ٢: ٧٢٣، والشرائع ٣: ٥٨.

إتباعه بالطلاق. وروي أنّها لا تفتقر أيضاً إلى الإتيان^(١) وربما كان به قائل؛ لأنّ الشيخ رحمته الله نسب في كتابي الحديث القول بلزوم إتباعها بالطلاق إلى المحضّين من أصحابنا^(٢) وهو يدلّ بمفهومه على مخالف منهم غير محضّ. والمحقّق في النافع نسبه إلى الشهرة^(٣) وكيف كان فالعمل به متعيّن.

وصيغتها: بارأتك - بالهمزة - على كذا فأنت طالق.

ومنها: أنّ صيغتها لا تنحصر في لفظها، بل تقع بالكنايات الدالة عليها، كفاستحكّ على كذا، وأبتك، وبتك؛ لأنّ بينونة تحصل بالطلاق وهو صريح، بخلاف الخلع على القول المختار فيه^(٤) وينبغي على القول بافتقاره إلى الطلاق أن يكون كالمباراة.

﴿ ويشترط في الخلع والمباراة شروط الطلاق ﴾ من كمال الزوج، وقصده واختياره، وكون المرأة طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع إن كانت مدخولاً بها حائلاً غير يائسة والزوج حاضر أو في حكمه، وغيرها من الشروط.



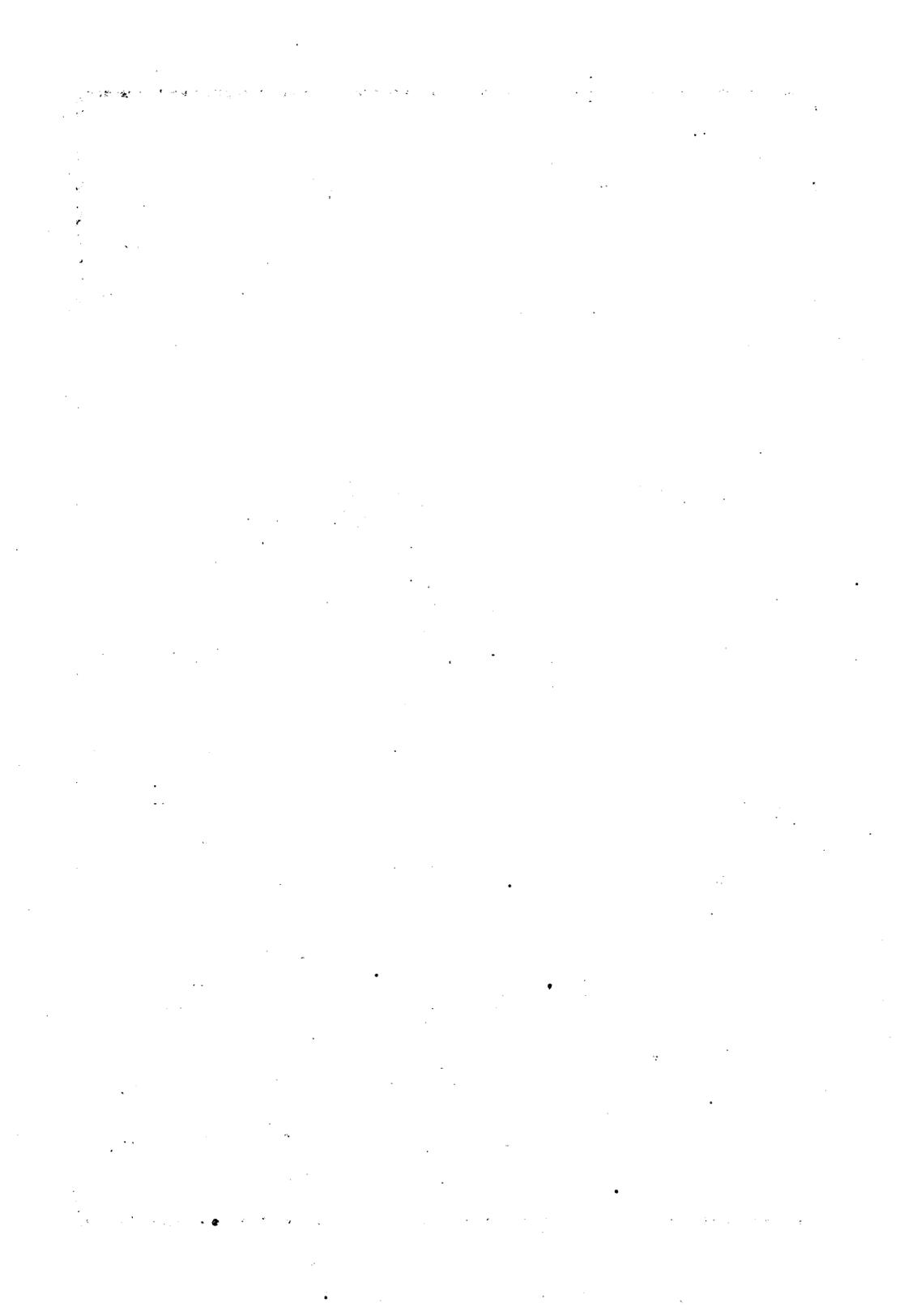
(١) الوسائل ١٥ : ٥٠٢، الباب ٩ من أبواب الخلع والمباراة، الحديث ٤.

(٢) تقدّم في الصفحة السابقة في الهامش ٣.

(٣) المختصر النافع : ٢٠٤، وفيه : على قول الأكثر.

(٤) وهو عدم لزوم الإتيان بالطلاق فيه.

كتاب الطهارة



﴿ كتاب الظهار ﴾

وهو فعال من الظهر، اختصّ به الاشتقاق؛ لأنه محلّ الركوب في المركوب. والمراد به هنا تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهرٍ محرّمة عليه أبدأً بنسب أو رضاع، قيل: أو مصاهرة^(١).

وهو محرّم وإن ترتبت عليه الأحكام؛ لقوله تعالى: (وإنّهم ليقولون منكراً من القول وزوراً)^(٢).

لكن قيل: إنّّه لا عقاب فيه^(٣) لتعقّبه بالعمو^(٤) ويضعّف بأنّه وصف مطلق، فلا يتعيّن كونه عن هذا الذنب المعيّن.

﴿ وصيغته: هي ﴾ أو أنتِ أو هذه أو فلانة عليّ ونحوه أو محذوف الصلة^(٥) ﴿ كظهر أمّي أو أختي أو ابنتي ﴾ أو غيرهنّ من المحرّمات ﴿ ولو من

(١) قاله العلامة في المختلف ٧: ٤١٥.

(٢) المجادلة: ٢.

(٣) قاله الفاضل المقداد في كنز العرفان ٢: ٢٩٠، وانظر التنقيح الرائع ٣: ٣٦٧.

(٤) في قوله تعالى في الآية المذكورة: (وإنّ الله لعَفُوٌّ غَفُورٌ).

(٥) أي لفظ «عليّ» ونحوه.

الرضاع على الأشهر في الأمرين، وهما: وقوعه بتعليقه بغير الأمّ من المحارم النسبيّات، ومحرمّات الرضاع مطلقاً.

ومستند عموم الحكم في الأوّل^(١) - مع أنّ ظاهر الآية^(٢) وسبب الحكم^(٣) تعلّقه بالأمّ - صحيحتا زرارة وجميل^(٤) عن الباقر والصادق عليهما السلام الدالتان عليه صريحاً، ولا شاهد للمخصّص بالأمّ النسبيّة في قوله تعالى: (ما هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)^(٥) لأنّه لا ينفي غير الأمّ ونحن نُثبت غيرها بالأخبار الصحيحة لا بالآية، ولا في صحيحة^(٦) سيف^(٧) التّمّار عن الصادق عليه السلام «قال: قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنتِ عليّ كظهر أختي أو عمّتي أو خالتي، فقال: إنّما ذكر الله تعالى الأمّهات وإنّ هذا لحرام»^(٨) لأنّ عدم ذكره لغيرهنّ لا يدلّ على الاختصاص. ولا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أو الخطاب؛ لأنّه أجاب بالتحريم. ولعلّ السائل استفاد مقصوده منه؛ إذ ليس في السؤال ما يدلّ على موضع حاجته.

ومستند عمومه في الثاني^(٩) قوله صلى الله عليه وآله: «يحرم من الرضاع ما يحرم

(١) غير الأمّ من المحارم النسبيّات.

(٢) المجادلة: ٢.

(٣) أي سبب نزول الآية، حيث نزلت في شخصٍ ظاهرٍ وعلقه بالأمّ.

(٤) الوسائل ١٥ : ٥١١، الباب ٤ من كتاب الظهار، الحديث ١ و ٢.

(٥) المجادلة: ٢.

(٦) عطف على «في قوله تعالى» يعني لا شاهد في صحيحة سيف أيضاً.

(٧) في (ع) زيادة: بن.

(٨) الوسائل ١٥ : ٥١١ - ٥١٢، الباب ٤ من كتاب الظهار، الحديث ٣.

(٩) يعني المحرمّات بالرضاع مطلقاً.

من النسب»^(١) وقول الباقر عليه السلام في صحيحة زرارة: «هو من كلّ ذي محرم: أمّاً أو أختاً»^(٢) أو عمّة أو خالة... الحديث^(٣) و«كلّ» من ألفاظ العموم يشمل المحرّمة^(٤) رضاعاً، و«من» في الخبر^(٥) تعليليّة، مثلها في قوله تعالى: (مّمّا خطيئاتهم أُغرقوا)^(٦) وقوله: «ويُغضى من مهاتبه»^(٧) أو بمعنى الباء، مثلها في قوله تعالى: (ينظرون من طرفٍ خفيٍّ)^(٨) والتقدير: يحرم لأجل الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه، والتحرّيم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة إجمالاً، فيثبت بسبب الرضاع كذلك. وحيثُ فَيُندفع ما قيل: من أنّ الظهار سببه التشبيه بالنسب لا نفس النسب، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سبباً في التحريم كونُ التشبيه بالرضاع سبباً فيه^(٩)

(١) الوسائل ١٤ : ٢٨٠، الباب الأوّل من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث الأوّل.

(٢) في (ع): أمّاً وأختاً، وفي (ش): أمّاً أختاً. وفي الكافي والتهذيب: أمٌّ أو أختٍ، وفي الوسائل: من أمٍّ أو أخت.

(٣) الوسائل ١٥ : ٥١١، الباب ٤ من كتاب الظهار، الحديث الأوّل.

(٤) في (ش): المحرّمات.

(٥) أي الخبر النبويّ «يحرم من الرضاع...».

(٦) نوح: ٢٥.

(٧) جملة من أحد أبيات القصيدة المشهورة للفرزدق في مدح الإمام السجّاد عليه السلام أمام هشام

ابن عبد الملك في موسم الحجّ وتمام البيت:

يغضي حياءً ويغضى من مهاتبه

فما يكلم إلا حين يبتسم

إرشاد المفيد ٢ : ١٥١.

(٨) الشورى: ٤٥.

(٩) قاله فخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ٤٠٩.

لما قد عرفت من الملازمة^(١).

ويمكن أن ينبّه بالأشهر على ثالث وهو اختصاص التشبيه بمن ذكر، وهو محرّمات النسب والرضاع، دون غيرهن^(٢) لتخرج المحرّمات مؤبّداً بالمصاهرة، فقد قيل بوقوعه بالتشبيه بهنّ للاشتراك في العلة^(٣) وهي التحريم المؤبّد، ولعموم قوله عليه السلام : « هو من كلّ ذي محرم »^(٤) ولا ينافيه قوله بعد ذلك : « أمّاً أو أختاً أو عمّة » لأنّ ذكرهنّ للمثال لا للحصر؛ إذ المحرم النسبي أيضاً غير منحصر فيهنّ، ولم يقل أحد باختصاص الحكم بالثلاثة. لكن المشهور عدم وقوعه متعلّقاً بهنّ^(٥).

﴿ ولا اعتبار بغير لفظ الظهر ﴾ من أجزاء البدن، كقوله : أنت عليّ كبطن أمي أو يدها أو رجلها أو فرجها؛ لأصالة الإباحة وعدم التحريم بشيءٍ من الأقوال إلا ما أخرج الدليل، ولدلالة الآية^(٦) والرواية^(٧) على الظهر، ولأنّه مشتقّ منه فلا يصدق بدونه.

(١) وهي قوله : والتحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة إجماعاً فيثبت ...

(٢) اختاره الشيخ في المبسوط ٥ : ١٤٩ - ١٥٠، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٣٤، وابن الجنيد

كما نقل عنه العلامة في المختلف ٧ : ٤١٥، والمحقّق في الشرائع ٣ : ٦١.

(٣) القائل بذلك فخر الدين في شرحه [الإيضاح ٣ : ٤٠٩] (منه عليه السلام). وقاله العلامة أيضاً في

المختلف ٧ : ٤١٥.

(٤) تقدّم تخريجه في الهامش ٣ من الصفحة السابقة.

(٥) أي بالمحرّمات بالمصاهرة.

(٦) وهي قوله تعالى : (والذين يظاهرون من نسائهم) المجادلة : ٣.

(٧) وهي رواية زرارة وجميل المتقدم تخريجهما في الهامش ٤ من الصفحة ٤٠٦.

وقيل : يقع بجميع ذلك^(١) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٢).

ولو علّقه بما يشمل الظهر - كالبدن والجسم - فالوجهان وأولى بالوقوع .

﴿ ولا التشبيه * بالأب ﴾ وإن عيّن ظهره ﴿ أو الأجنبية ﴾ وإن شاركها في

التحريم ﴿ أو أخت الزوجة ﴾ لأنّ تحريمها غير مؤبّد . ويفهم من تخصيصها

بالذكر من بين المحرّمات بالمصاهرة الميل إلى التحريم بهنّ، وإلاّ لكان التمثيل

بمن حرم منهنّ مؤبّداً أولى ﴿ أو مظاهرتها منه ﴾ لأصالة عدم التحريم في ذلك

كلّه وكون التحريم حكماً شرعياً يقف على مورده .

﴿ ولا يقع إلاّ منجزاً ﴾ غير معلق على شرط ولا صفة، كقدوم زيد وطلوع

الشمس، كما لا يقع الطلاق معلقاً إجمالاً، وإنّما كان مثله لقول الصادق عليه السلام :

« لا يكون الظهار إلاّ على مثل موقع الطلاق »^(٣) ولرواية القاسم بن محمّد قال :

« قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : إنّي ظاهرت من امرأتي، فقال لي : كيف قلت ؟

قال : قلت : أنت عليّ كظهر أمّي إن فعلت كذا وكذا . فقال : لا شيء عليك

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٥ : ١٤٩، والخلاف ٤ : ٥٣٠، المسألة ٩ من كتاب الظهار،

والنهاية : ٥٢٦، والقاضي في المهذب ٢ : ٢٩٨، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٣٤، ونسبه في

المختلف ٧ : ٤١٠ إلى الصدوق في المقنع ولكن لم نعر فيه على ذلك .

(٢) هي رواية سدير عن الصادق عليه السلام، الوسائل ١٥ : ٥١٧، الباب ٩ من كتاب الظهار،

الحديث ٢ . وهي ضعيفة السند سهل بن زياد وهو غالٍ، وغيث بن إبراهيم وهو بتري،

ومحمّد بن سليمان وهو ضعيف أو مشترك بينه وبين الثقة، وحال سدير إلى الضعف أقرب

من غيره . راجع المسالك ٩ : ٤٧١ .

(*) في (ق) و (س) : بالتشبيه .

(٣) الوسائل ١٥ : ٥١٠، الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ٣ .

ولا تعد»^(١) ومثله روى ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام^(٢).

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ^(٣) وجماعة^(٤): ﴿ يصحّ تعليقه على الشرط ﴾ وهو ما يجوز وقوعه في الحال وعدمه كدخول الدار ﴿ لا ﴾ على ﴿ الصفة ﴾ وهي ما لا يقع في الحال قطعاً، بل في المستقبل كانتقضاء الشهر ﴿ وهو قوي ﴾ لصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران: فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت، فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال: أنت عليّ كظهر أمي إن فعلتُ كذا وكذا ففعل، وجبت عليه الكفارة حين يحنث»^(٥) وقريب منها صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج عنه عليه السلام^(٦) أيضاً^(٧) فخرج الشرط عن المنع بهما وبقي غيره على أصل المنع.

وأما أخبار المنع من التعليق مطلقاً فضعيفة جداً^(٨) لا تعارض الصحيح، مع

(١) و (٢) الوسائل ١٥ : ٥٣٠، الباب ١٦ من كتاب الظهار، الحديث ٤ و ٣.

(٣) المبسوط ٥ : ١٥٠، والنهاية: ٥٢٥، والخلاف ٤ : ٥٣٥ - ٥٣٦، المسألة ٢٠ من كتاب الظهار.

(٤) مثل: الصدوق في المقتنع: ٣٢٣، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٣٤، والمحقق في الشرائع

٣ : ٦٢ والمختصر: ٢٠٥، والعلامة في المختلف ٧ : ٤١٦ والقواعد ٣ : ١٧٢، وولده في

الإيضاح ٣ : ٤١١، وابن فهد في المقتصر: ٢٨٩ وقال: هو المشهور.

(٥) و (٦) الوسائل ١٥ : ٥٣٠ - ٥٣١، الباب ١٦ من كتاب الظهار، الحديث ٧ و ١.

(٧) أثبتنا «أيضاً» من (ع).

(٨) مثل رواية قاسم بن محمّد وابن بكير المتقدم تخريجهما في الهامش ١ و ٢، ورواية

ابن فضال، الوسائل ١٥ : ٥٣٢، الباب ١٦ من كتاب الظهار، الحديث ١٣.

وأما ضعف الروايات فلأنّ في سند الأولى القاسم بن محمّد وهو مشترك بين الثقة

والضعيف، والأخيرتان مرسلتان وفي طريقتهما ابن فضال وابن بكير وحالهما معلوم. راجع

المسالك ٩ : ٤٧٩.

إمكان حملها على اختلال بعض الشروط غير الصيغة كسماع الشاهدين^(١) فإنّه لو لم يكن ظاهراً لوجب جمعاً بينها^(٢) لو اعتبرت.

﴿ والأقرب صحّة توقيته ﴾ بمدة كأن يقول: أنت عليّ كظهر أمي إلى شهر أو سنة مثلاً؛ لعموم الآيات^(٣) والروايات^(٤) ولأنّ الظهار كاليمين القابلة للاقتران بالمدة، وللأصل، ولحديث سلمة بن صخر: أنّه ظاهر من امرأته إلى سلخ رمضان وأقرّه النبي ﷺ وأمره بالتكفير للمواقعة قبله^(٥) وإقراره حجة كفعله وقوله ﷺ.

وقيل: لا يقع مطلقاً^(٦) لأنّ الله تعالى علّق حلّ الوطء في كلّ المظاهرين بالتكفير، ولو وقع مؤقتاً أفضى إلى الحلّ بغيره، واللازم كالملزوم في البطلان. وربما فرّق بين المدة الزائدة على ثلاثة أشهر وغيرها؛ لعدم المطالبة بالوطء قبلها وهي من لوازم وقوعه^(٧) وهو غير كافٍ في تخصيص العموم.

﴿ ولا بدّ من حضور عدلين ﴾ يسمعان الصيغة كالطلاق، فلو ظاهر ولم يسمعه الشاهدان وقع لاغياً ﴿ وكونها طاهراً من الحيض والنفاس ﴾

(١) في (ش): شاهدين.

(٢) في (ر): بينهما.

(٣) المجادلة: ٢ و ٣.

(٤) منها صحيحة حريز وعبد الرحمن المتقدم تخريجهما في الهامش ٦٥ و ٦٥ من الصفحة السابقة.

(٥) أنظر السنن الكبرى ٧: ٣٩٠، وكنز العمال ١٠: ١٢٨، الرقم ٢٨٦٤٤.

(٦) قاله الشيخ في الخلاف ٤: ٥٤٢، المسألة ٢٦ من كتاب الظهار، والمبسوط ٥: ١٥٦،

والقاضي في المهذب ٢: ٣٠١، وابن إدريس في السرائر ٢: ٧٠٩.

(٧) احتمله العلامة في المختلف ٧: ٤٤٦، ونسبه إليه في المسالك ٩: ٤٨١ دون تردّد نافياً

مع حضور الزوج أو حكمه وعدم الحبل كالطلاق، وكان عليه أن ينبّه عليه، ولعلّه أهمله لظهور أنّ هذه شرائط الطلاق ﴿ وأن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر ﴾ مع حضوره أيضاً كما سبق^(١) فلو غاب وظنّ انتقالها منه إلى غيره وقع [منه]^(٢) مطلقاً^(٣) ﴿ وأن يكون المظاهر كاملاً ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ قاصداً ﴾ فلا يقع ظهار الصبيّ والمجنون وفاقد القصد بالإكراه والسكر والإغماء والغضب إن اتفق.

﴿ ويصحّ من الكافر ﴾ على أصحّ القولين^(٤) للأصل والعموم^(٥) وعدم المانع؛ إذ ليس عبادة يمتنع وقوعها منه. ومنعه الشيخ؛ لأنّه لا يقرّ بالشرع، والظهار حكم شرعيّ، ولأنّه لا تصحّ منه الكفارة لاشتراط نيّة القربة فيها فيمتنع منه الفتنة، وهي من لوازم وقوعه.

ويضعّف بأنّه من قبيل الأسباب وهي لا تتوقّف على اعتقادها، والتمكّن من التكفير متحقّق بتقدّمه الإسلام؛ لأنّه قادر عليه، ولو لم يقدر على العبادات لامتنع تكليفه بها عندنا، وإنّما تقع منه باطلة لفقد شرطٍ مقدور.

﴿ والأقرب صحّته بملك اليمين ﴾ ولو مدبّرة أو أمّ ولد؛ لدخولها في عموم

(١) سبق في الصفحة ٣٥٣.

(٢) لم يرد في المخطوطات.

(٣) صادف الحيض أم لا.

(٤) قوّه ابن إدريس في السرائر ٢: ٧٠٨، واختاره المحقّق في الشرائع ٣: ٦٣، والعلامة في

القواعد ٣: ١٧٠، والإرشاد ٢: ٥٥. والقول بالعدم للشيخ في الخلاف ٤: ٥٢٥، المسألة ٢

من كتاب الظهار، والمبسوط ٥: ١٤٥، ونسبه في المختلف ٧: ٤٠٨ إلى ظاهر الإسكافي.

(٥) عموم أدلّة الظهار.

(والذين يظاهرون من نسائهم)^(١) كدخلوها في قوله تعالى: (وأُمَّهَاتِ نِسَائِكُمْ)^(٢) فحرمت أمّ الموطوءة بالملك، وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «وسألته عن الظهار على الحرّة والأمة؟ فقال: نعم»^(٣) وهي تشمل الموطوءة بالملك والزوجيّة.

وذهب جماعة^(٤) إلى عدم وقوعه على ما لا يقع عليه الطلاق؛ لأنّ المفهوم من النساء: الزوجة، ولورود السبب^(٥) فيها، ولرواية حمزة بن حرمان عن الصادق عليه السلام في من يظاهر من أمته، قال: «يأتيها وليس عليه شيء»^(٦) ولأنّ الظهار كان في الجاهليّة طلاقاً وهو لا يقع بها، وللأصل. ويضعّف بمنع الحمل على الزوجة، وقد سلف، والسبب لا يخصّص وقد حُقّق في الأصول^(٧) والرواية ضعيفة السند^(٨) وفعل الجاهليّة لا حجّة فيه، وقد نقل أنّهم كانوا يُظاهرون من الأمة أيضاً^(٩) والأصل قد اندفع بالدليل.

(١) المجادلة: ٣.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) الوسائل ١٥ : ٥٢٠، الباب ١١ من كتاب الظهار، الحديث ٢.

(٤) مثل الشيخ المفيد في المقنعة: ٥٢٤، والحلي في الكافي: ٣٠٤، والقاضي في المهذب

٢ : ٢٩٨، والدليمي في المراسم: ١٦٢، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٠٩.

(٥) سبب نزول الآية.

(٦) الوسائل ١٥ : ٥٢١، الباب ١١ من كتاب الظهار، الحديث ٦.

(٧) راجع الذريعة إلى أصول الشريعة ١ : ٣٠٧.

(٨) لأنّ في طريقها ابن فضال وابن بكير وهما فطحيان، راجع المسالك ٩ : ٩ - ١٠.

(٩) أنظر غاية المراد ٣ : ٢٧٧.

وهل يشترط كونها مدخولاً بها؟ قيل: لا^(١) للأصل والعموم^(٢).

﴿ والمرويّ ﴾ صحيحاً ﴿ اشتراط الدخول ﴾ فروى محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال: « لا يكون ظهاراً^(٣) ولا إيلاء حتى يدخل بها»^(٤) وفي صحيحة الفضل بن يسار أن الصادق عليه السلام قال: « لا يكون ظهاراً^(٥) ولا إيلاء حتى يدخل بها»^(٦) وهذا هو الأصحّ، وهو مخصّص للعموم بناءً على أن خبر الواحد حجة ويخصّص عموم الكتاب ﴿ ويكفي الدبر ﴾ لصدق الوطء به كالقبيل.

﴿ ويقع الظهار بالرتقاء والقرناء والمريضة التي لا توطأ ﴾ كذا ذكره المصنّف وجماعة^(٧) وهو يتمّ على عدم اشتراط الدخول، أمّا عليه فلا؛ لإطلاق النصّ^(٨) باشتراطه من غير فرق بين من يمكن ذلك في حقّه بالنظر إليه وإليها

(١) قاله المنيد في المتقنة: ٥٢٤، وابن زهرة في الغنية: ٣٦٦ - ٣٦٧، والكيدري في الإصباح: ٤٥٦، وابن إدريس في السرائر ٢: ٧١٠.

(٢) عموم أدلّة الظهار.

(٣) و (٥) كذا في النسخ. وفي المصادر: ظهار، وهو الصحيح.

(٤) التهذيب ٨: ٢١، الحديث ٦٥، والوسائل ١٥: ٥١٦، الباب ٨ من كتاب الظهار، الحديث ٢، وفيهما: في المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار. وروي الحديث في الوسائل عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام.

(٦) التهذيب ٨: ٢١، الحديث ٦٦، والوسائل ١٥: ٥١٦، الباب ٨ من كتاب الظهار، الحديث الأوّل. وفيهما عن الفضيل بن يسار.

(٧) منهم المحقّق في الشرائع ٣: ٦٤، والعلامة في الإرشاد ٢: ٥٥، والقواعد ٣: ١٧١.

(٨) راجع الهامش ٤ و ٦.

وغيره، ولكن ذكر ذلك من اشترط الدخول كالمصنّف، ومن توقّف كالعلامة^(١) والمحقّق^(٢) ويمكن أن يكون قول المصنّف هنا من هذا القبيل^(٣) وكيف كان فبناء الحكم على اشتراط الدخول غير واضح. والقول بأنّه إنّما يشترط حيث يمكن تحكّم، ومثله حكمهم^(٤) بوقوعه من الخصي والمجبوب حيث يمتنع الوطء منهما.

﴿ وتجب الكفّارة بالعود، وهي * ﴾ أنّث الضمير لتوسّطه بين مذكّر ومؤنث أحدهما مفسّر للآخر قاعدة مطّردة، أي المراد من العود ﴿ إرادة الوطء ﴾ لا بمعنى وجوبها مستقراً بإرادته، بل ﴿ بمعنى تحريم وطئها حتّى يكفر ﴾ فلو عزم ولم يفعل ولم يكفر ثمّ بدّله في ذلك فطلّقها سقطت عنه الكفّارة. ورجّح في التحرير^(٥) استقرارها به محتجاً بدلالة الآية وهي قوله تعالى: (ثمّ يعودون لما قالوا فتحرير رقبة)^(٦) عليه. وفي الدلالة عليه نظر، وإنّما ظاهرها وجوبها بالعود قبل أن يتماثا، لا مطلقاً.

وإنّما يحرم الوطء عليه به لا عليها، إلّا أن تكون معاونة له على الإثم فيحرم لذلك، لا للظهار، فلو تشبّهت عليه على وجه لا يحرم عليه، أو استدخلته

(١) و (٢) راجع الهامش ٧ في الصفحة السابقة.

(٣) قد جعل المصنّف في شرح الإرشاد [غاية المراد ٣ : ٢٧٥] اشتراط الدخول أصحّ، وهذا هو التصريح بالاشتراط، أمّا نسبته إلى المرويّ فلا يخلو من شائبة التوقّف. (منه رَجَّحَ).

(٤) مثل فخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ٤٠٥.

(* في (ق) : هو.

(٥) التحرير ٤ : ١٠٧، الرقم ٥٤٧٢.

(٦) المجادلة : ٣.

وهو نائم لم يحرم عليها؛ لثبوت الحل لها قبله والأصل بقاؤه.

ويفهم من قوله: «بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر» أنّ غير الوطء من ضروب الاستمتاع لا يحرم عليه، وهو أحد القولين في المسألة^(١) لظاهر قوله تعالى: (من قبل أن يتماسا)^(٢) إذ الظاهر منها الوطء كما في قوله تعالى: (من قبل أن تمسوهن)^(٣) وإن كان بحسب اللغة أعمّ منه، حذراً من الاشتراك. ولا يرد استلزامه النقل، والاشترك خير منه؛ لأننا نجعله متواطئاً على معنى يشترك فيه كثير وهو تلاقي الأبدان مطلقاً، وإطلاقه على الوطء استعمال اللفظ في بعض أفراده. وهو أولى منهما ومن المجاز أيضاً. ومنه يظهر جواب ما احتجّ به الشيخ على تحريم الجميع استناداً إلى إطلاق الميسس^(٤).

وأما الاستناد إلى تنزيلها منزلة المحرّمة مؤبداً^(٥) فهو مصادرة.

هذا كلّه إذا كان الظهار مطلقاً. وأما لو كان مشروطاً لم يحرم حتى يقع الشرط، سواء كان الشرط الوطء أم غيره.

ثم إن كان هو الوطء تحقّق بالنزع، فتحرم المعاودة قبلها ولا تجب قبله وإن

(١) ذهب إليه ابن إدريس في السرائر ٢: ٧١١، وقوّاه العلامة في المختلف ٧: ٤٢٤.

والقول الآخر تحريم الجميع ذهب إليه الشيخ في المبسوط ٥: ١٥٤ - ١٥٥، والخلاف

٤: ٥٣٩. المسألة ٢٢ من كتاب الظهار، والعلامة في القواعد ٣: ١٧٣، وولده في الإيضاح

٣: ٤١٥.

(٢) المجادلة: ٣.

(٣) البقرة: ٢٣٧، والأحزاب: ٤٩.

(٤) أنظر الخلاف ٤: ٥٣٩، ذيل المسألة ٢٢ من كتاب الظهار، والمبسوط ٥: ١٥٥.

(٥) استند إليه الفخر في الإيضاح ٣: ٤١٥.

طالت مدّته على أصحّ القولين^(١) حملاً على المتعارف.

﴿ ولو وطئ قبل التكفير ﴾ عامداً حيث يتحقّق التحريم ﴿ فكفّارتان ﴾ إحداهما للوطء، والأخرى للظهار، وهي الواجبة بالعزم. ولا شيء على الناسي. وفي الجاهل وجهان: من أنّه عامد، وعذره في كثير من نظائره.

﴿ ولو كرّر ﴾ الوطء قبل التكفير عن الظهار وإن كان قد كفر عن الأوّل ﴿ تكرّرت الواحدة ﴾ وهي التي وجبت للوطء، دون كفارة الظهار، فيجب عليه ثلاث للوطء الثاني، وأربع للثالث، وهكذا... ويتمّ تكراره بالعود بعد النزع التامّ ﴿ وكفارة الظهار بحالها ﴾ لا تتكرّر بتكرّر الوطء.

﴿ ولو طلقها ﴾ طلاقاً ﴿ بائناً أو رجعيّاً وانقضت العدة حلّت له من غير تكفير ﴾ لرواية بريد العجلي^(٢) وغيره^(٣) ولصيورته بذلك كالأجنبيّ، واستباحة الوطء ليس بالعقد الذي لحقه التحريم. ورؤي أنّ ذلك لا يسقطها^(٤) وحملت على الاستحباب^(٥) ولو راجع في الرجعية عاد التحريم قطعاً ﴿ وكذا لو ظاهر من أمة ﴾ هي زوجته ﴿ ثم اشترأها ﴾ من مولاها؛ لاستباحتها حينئذٍ بالملك وبتلان

(١) اختاره المحقّق في الشرائع ٣: ٦٥، والعلامة في القواعد ٣: ١٧٣. والقول الآخر هو المنسوب إلى الشيخ، أنظر النهاية: ٥٢٥.

(٢) كذا في سند الصدوق في الفقيه، ولكن في الكافي ٦: ١٦١ الحديث ٣٥، والتهذيب ٨: ١٦ الحديث ٥١ يزيد الكناسي بدل بريد، أنظر الفقيه ٣: ٥٢٩، الحديث ٨٣١. والوسائل ١٥: ٥١٨، الباب ١٠ من كتاب الظهار، الحديث ٢.

(٣) أنظر بقية أحاديث الباب ١٠ من الوسائل في الهامش السابق.

(٤) أنظر الوسائل ١٥: ٥١٩، الباب ١٠ من كتاب الظهار، الحديث ٩.

(٥) حملها السيوري في التنقيح الرائع ٣: ٣٧٦.

حكم العقد كما بطل حكم السابق في السابق^(١) وكذا يسقط حكم الظهار لو اشتراها غيره وفسخ العقد ثم تزوجها المظاهرة بعقد جديد.

﴿ ويجب تقديم الكفارة على المسيس ﴾ لقوله تعالى: (من قبل أن يتماسا)^(٢) ﴿ ولو ماطل ﴾ بالعود أو التكفير ﴿ رافعه إلى الحاكم فيُنظره ثلاثة أشهر ﴾ من حين المرافعة ﴿ حتى يُكفر ويفيء ﴾ أي يرجع عن الظهار مقدماً للرجعة على الكفارة كما مر^(٣) ﴿ أو يطلق ويُجبره على ذلك بعدها ﴾ أي بعد المدّة ﴿ لو امتنع ﴾ فإن لم يخترا أحدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما، ولا يجبره على أحدهما عيناً. ولا يطلق عنه، كما لا يعترضه لو صبرت.

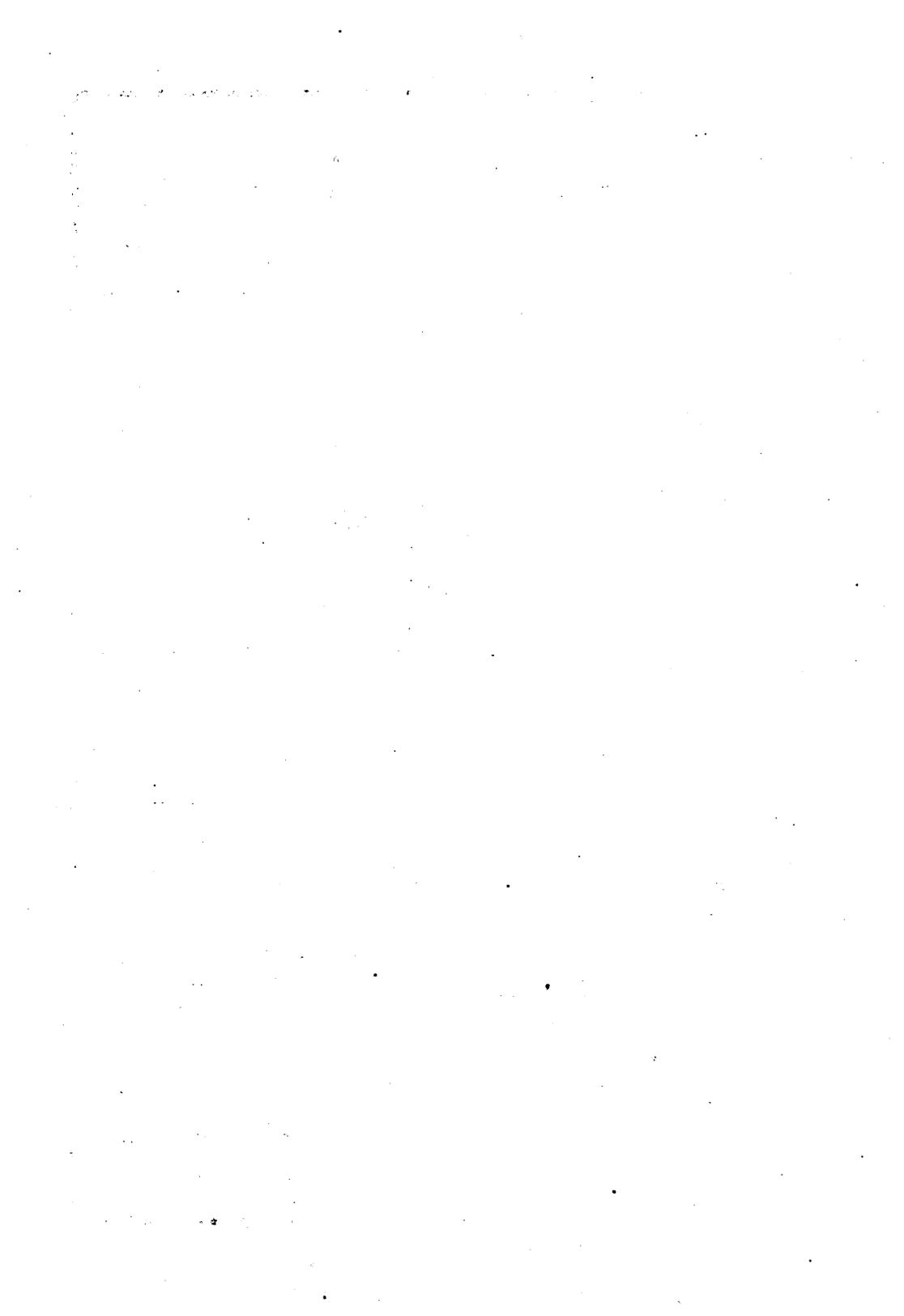
* * *

(١) - هو في ما إذا طلق بائناً، أو رجعيّاً وانقضت العدة.

(٢) - المجادلة: ٢.

(٣) - في الصنحة ٤١٥.

کتابت الایمان



﴿ كتاب الإيلاء ﴾

﴿ و ﴾ هو مصدر آلى يولي إذا حلف مطلقاً، وشرعاً ﴿ هو الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة ﴿ المدخول بها قُبلاً أو مطلقاً ﴿ أبداً أو مطلقاً ﴿ من غير تقييد بزمان ﴿ أو زيادة على أربعة أشهر؛ للإضرار بها* ﴿ فهو جزئي من جزئيات الإيلاء الكلّي أطلق عليه.

والحلف فيه كالجنس يشمل الإيلاء الشرعي وغيره، والمراد الحلف بالله تعالى، كما سيأتي. وتقييده بترك وطء الزوجة يُخرج اليمين على غيره، فإنّه لا يلحقه أحكام الإيلاء الخاصّة به، بل^(١) حكم مطلق اليمين. وإطلاق «الزوجة» يشمل الحرّة والأمة المسلمة والكافرة، وخرج بها الحلف على ترك وطء الأمة الموطوءة بالملك، وبتقييدها بالدائمة المتمتّع بها فإنّ الحلف على ترك وطئها^(٢) لا يُعدّ إيلاءً، بل يميناً مطلقاً، فيتبع الأولى في الدين أو الدنيا، فإنّ تساويا انعقد يميناً يلزمه حكمه. وكذا الحلف على ترك وطء الدائمة مدّة لا تزيد عن

(*) في مصحّحة (ق) جُعِل قيد «لِلإضرار بها» قبل قوله: أبداً أو مطلقاً.

(١) في مصحّحة (ش) زيادة: له.

(٢) في (ر): وطئهما.

أربعة أشهر.

وزدنا في التعريف قيد «المدخول بها»^(١) لما هو المشهور بين الأصحاب من اشتراطه^(٢) من غير نقل خلاف فيه. وقد اعترف المصنّف في بعض تحقیقاته^(٣) بعدم وقوفه على خلاف فيه، والأخبار الصحيحة مصرّحة بأشراطه فيه وفي الظهار^(٤) وقد تقدّم بعضها^(٥) وقيد «القبل أو مطلقاً» احترازاً عمّا لو حلف على ترك وطئها دبراً، فإنّه لا ينعقد إيلاءً كما لا تحصل الفئته به.

واعلم أنّ كلّ موضع لا ينعقد إيلاءً مع اجتماع شرائط اليمين يكون يميناً. والفرق بين اليمين والإيلاء - مع اشتراكهما في أصل الحلف والكفّارة الخاصّة -: جواز مخالفة اليمين في الإيلاء، بل وجوبها على وجه مع الكفّارة، دون اليمين المطلقة، وعدم اشتراط انعقاده مع تعلّقه بالمباح بألويته ديناً أو دنياً أو تساوي طرفيه، بخلاف اليمين؛ واشتراطه بالإضرار بالزوجة كما علم من تعريفه، فلو حلف على ترك وطئها لمصلحتها - كإصلاح لبنها أو كونها مريضة - كان يميناً لا إيلاءً، واشتراطه بدوام عقد الزوجة، دون مطلق اليمين، وانحلال اليمين على ترك وطئها بالوطء دبراً مع الكفّارة، دون الإيلاء. إلى غير ذلك من الأحكام

(١) في (ع) و (ف) : الدخول بها.

(٢) كما في النهاية : ٥٢٨، والمراسم : ١٦٢، والوسيلة : ٣٣٥، والمهذب ٢ : ٣٠٢،

والإصباح : ٤٥٥، والسرائر ٢ : ٧١٩، والشرائع ٣ : ٨٤، والقواعد ٣ : ١٧٥، والتحرير

٤ : ١١٣، وغيرها.

(٣) لم نعر عليها.

(٤) أنظر الوسائل ١٥ : ٥١٦، الباب ٨ من كتاب الظهار، و ٥٣٨، الباب ٦ من أبواب الإيلاء.

(٥) تقدّم في الصفحة ٤١٤.

المختصة بالإيلاء المذكورة في بابه.

﴿ ولا ينعقد ﴾ الإيلاء كملق اليمين ﴿ إلا باسم الله تعالى ﴾ المختص به أو الغالب كما سبق تحقيقه في اليمين^(١) لا بغيره من الأسماء وإن كانت معظمة؛ لأنه حلف خاص، وقد قال ﷺ: «من كان حائفاً فليحلف بالله، أو فليصم»^(٢) ولا تكفي نيته، بل يعتبر كونه ﴿ متلفظاً به ﴾ ولا يختص بلغة، بل ينعقد ﴿ بالعريية وغيرها ﴾ لصدقه عرفاً بأي لسان اتفق.

﴿ ولا بد ﴾ في المحلوف عليه - وهو الجماع في القبل - ﴿ من ﴾ اللفظ ﴿ الصريح ﴾ الدال عليه ﴿ كإدخال الفرج في الفرج ﴾ أو تغييب الحشفة فيه ﴿ أو اللفظة المختصة بذلك ﴾ لغةً عرفاً، وهي مشهورة.

﴿ ولو تلفظ بالجماع والوطء وأراد الإيلاء صح ﴾ وإلا فلا؛ لاحتمالهما إرادة غيره، فإنهما وُضعا لغةً لغيره وإنما كُني بهما عنه^(٣) عدولاً عما يُستهجن إلى بعض لوازمه ثم اشتهر فيه عرفاً فوقع به مع قصده.

والتحقيق: أن القصد معتبر في جميع الألفاظ وإن كانت صريحة، فلا وجه لتخصيص اللفظين به. واشتراكهما أو إطلاقهما لغة على غيره لا يضر مع إطباق العرف على انصرافهما إليه. وقد روى أبو بصير في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لأجامعك كذا وكذا»... الحديث^(٤) ولم يقيد بالقصد فإنه معتبر مطلقاً، بل أجاب

(١) سبق في الجزء الثاني: ٦٥.

(٢) السنن للبيهقي ١٠: ٢٨، وكنز العمال ١٦: ٦٨٧ - ٦٨٨، الرقم ٤٦٣٣٣.

(٣) أي الإيلاج.

(٤) الوسائل ١٥: ٥٤٢، الباب ٩ من أبواب الإيلاء، الحديث الأول.

به في جواب « ما هو » المحمول على نفس الماهية، فيكون حقيقة الإيلاء، ودخول غيره من الألفاظ الصريحة حينئذٍ بطريق أولى، فلا ينافيه خروجها عن الماهية المجاب بها.

نعم يستفاد منه أنه لا يقع بمثل المباضة والملازمة والمباشرة التي يعبر بها عنه كثيراً وإن قصده؛ لاشتهار اشتراكها. خلافاً لجماعة^(١) حيث حكموا بوقوعه بها. نعم لو تحقّق في العرف انصرافها أو بعضها إليه وقع به.

ويمكن أن تكون فائدة تقييده بالإرادة أنه لا يقع عليه ظاهراً بمجرد سماعه موقعاً للصيغة بهما بل يُرجع إليه في قصده، فإن اعترف بإرادته حكم عليه به، وإن ادّعى عدمه قبل. بخلاف ما لو سُمع منه الصيغة الصريحة، فإنه لا يُقبل منه دعوى عدم القصد، عملاً بالظاهر من حال العاقل المختار. وأمّا فيما بينه وبين الله تعالى فيرجع إلى نيّته.

﴿ ولو كنتي بقوله : لا جَمَعَ رأسي ورأسك مخدّة أو * لا ساقفتك ﴾ بمعنى جمعني وإيّاك سقف ﴿ وقصد الإيلاء ﴾ أي الحلف على ترك وطئها ﴿ حكم الشيخ ﴾^(٢) والعلامة في المختلف^(٣) ﴿ بالوقوع ﴾ لأنه لفظ استعمل عرفاً فيما

(١) مثل الشيخ في المبسوط ٥ : ١١٦ ، والخلاف ٤ : ٥١٤ ، المسألة ٦ من كتاب الإيلاء ، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٢٢ ، والعلامة في الإرشاد ٢ : ٥٧ ، والقواعد ٣ : ١٧٥ - ١٧٦ ، والصيمري في تلخيص الخلاف ٣ : ٤٠ ، ذيل المسألة ٦ ، وجعلها الشهيد في غاية المراد ٣ : ٢٨٧ من الصريح عرفاً وادّعى عدم الخلاف في الوقوع بها .

(*) في (ق) : و .

(٢) المبسوط ٥ : ١١٦ .

(٣) المختلف ٧ : ٤٥٠ .

نواه فيحمل عليه غيره من الألفاظ، ولدلالة ظاهر الأخبار عليه حيث دلت على وقوعه بقوله: «لَأَغِيظَنَّكَ»^(١) فهذه أولى. وفي حسنة بريد عن الصادق عليه السلام أنه قال: «إذا آلى أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجمع رأسه ورأسها، فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر»^(٢).

والأشهر عدم الوقوع؛ لأصالة الحلّ واحتمال الألفاظ لغيره احتمالاً ظاهراً، فلا يزول الحلّ المتحقق بالمحتمل، والروايات^(٣) ليست صريحة فيه. ويمكن كون «الواو» في الأخيرة^(٤) للجمع فيتعلق الإيلاء بالجمع، ولا يلزم تعلقه بكل واحد.

واعلم أن اليمين في جميع هذه المواضع تقع على وفق ما قصده من مدلولاتها؛ لأنّ اليمين تتعين بالنية حيث تقع الألفاظ محتملة، فإن قصد بقوله: «لا جمع رأسي ورأسك مخدّة» نومهما مجتمعين عليها انعقدت كذلك حيث لأولوية في خلافها، وإن قصد به الجماع انعقدت^(٥) كذلك، وكذا غيره من الألفاظ حيث لا يقع الإيلاء به.

﴿ ولا بدّ من تجريدته عن الشرط والصفة ﴾ على أشهر القولين^(٦) لأصانة

(١) الوسائل ١٥ : ٥٤٢، الباب ٩ من أبواب الإيلاء، الحديث ١ و ٢.

(٢) الوسائل ١٥ : ٥٤٣، الباب ١٠ من أبواب الإيلاء، الحديث الأوّل.

(٣) وقد تقدّم بعضها.

(٤) أي حسنة بريد المتقدمة.

(٥) في سوى (ش) : انعقد.

(٦) اختاره الشيخ في الخلاف ٤ : ٥١٧، المسألة ١٢ من كتاب الإيلاء، وابن حمزة في

الوسيلة : ٣٣٥، وابن زهرة في الغنية : ٣٦٣، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٢٢، والمحقق

عدم الوقوع في غير المتّفق عليه، وهو المجرّد عنهما.

وقال الشيخ في المبسوط^(١) والعلامة في المختلف^(٢): يقع معلقاً عليهما؛

لعموم القرآن^(٣) السالم عن المعارض، والسلامة عزيزة.

﴿ ولا يقع لو جعله يميناً ﴾ كأن يقول: «إن فعلت كذا فوالله لا جامعتك»

قاصداً تحقيق الفعل على تقدير المخالفة زجرأً لها عمّا علّقه عليه. وبهذا يمتاز عن الشرط مع اشتراكهما في مطلق التعليق، فإنّه لا يريد من الشرط إلاّ مجرّد التعليق، لا الالتزام في المعلق عليه. ويتميّز أيضاً بأنّ الشرط أعمّ من فعلهما، واليمين لا تكون متعلّقة إلاّ بفعلها أو فعله. وعدم وقوعه يميناً بعد اعتبار تجريده عن الشرط واختصاص الحلف بالله تعالى واضح.

﴿ أو حلف بالطلاق أو العتاق ﴾ بأن قال: إن وطأتك ففلانة - إحدى

زوجاته - طالق أو عبده حرّاً؛ لأنّه يمين بغير الله تعالى.

﴿ ويشترط في المؤلّي الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ والاختيار والقصد ﴾

إلى مدلول لفظه، فلا يقع من الصبيّ والمجنون والمكره والساهي والعاث ونحوهم ممّن لا يقصد الإيلاء ﴿ ويجوز من العبد ﴾ بدون إذن مولاه اتّفاقاً حرّة كانت زوجته أمّ أمة؛ إذ لا حقّ لسيدّه في وطنه [لها]^(٤) بل له الامتناع منه

في الشرائع ٣: ٨٣، والعلامة في التحرير ٤: ١١٤، والإرشاد ٢: ٥٧، وولده في الإيضاح

٣: ٤٢٦، والشهيد في غاية المراد ٣: ٢٨٨، والصيمري في غاية المرام ٣: ٣١٨،

وتلخيص الخلاف ٣: ٤٢.

(١) المبسوط ٥: ١١٧.

(٢) المختلف ٧: ٤٥١.

(٣) البقرة: ٢٢٦.

(٤) لم ترد في المخطوطات.

وإن أمره به ﴿ و ﴾ من الكافر ﴿ الذمّي ﴾ لإمكان وقوعه منه حيث يقرب بالله تعالى. ولا ينافيه وجوب الكفارة المتعدّرة منه حال كفره؛ لإمكانها في الجملة كما تقدّم في الظهار^(١) وكان ينبغي أن يكون فيه خلاف مثله؛ للاشتراك في العلة، لكن لم ينقل هنا. ولا وجه للتقييد بالذمّي، بل الضابط الكافر المقرّب بالله تعالى ليتمكن حلفه به.

﴿ وإذا تمّ الإيلاء ﴾ بشرائطه ﴿ فللزوجة المرافعة ﴾ إلى الحاكم ﴿ مع امتناعه عن الوطء، فيُنظره الحاكم أربعة أشهر ثم يُجبره بعدها على الفته ﴾ وهي وطؤها قبلاً ولو بمسّماء بأن تغيب الحشفة وإن لم يُنزل مع القدرة، أو إظهار العزم عليه أوّل أوقات الإمكان مع العجز ﴿ أو الطلاق ﴾ فإن فعل أحدهما - وإن كان الطلاق رجعيّاً - خرج من حقّها وإن امتنع منهما ضيق عليه في المطعم والمشرب ولو بالحبس حتّى يفعل أحدهما. وروى: أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس في حظيرة من قصب ويعطيه ربع قوته حتّى يطلق^(٢) ﴿ ولا يجبره ﴾ الحاكم ﴿ على أحدهما عيناً ﴾ ولا يطلق عنه بل يخيّره بينهما.

﴿ ولو آلى مدّة معيّنة ﴾ تزيد عن الأربعة ﴿ ودافع ﴾ فلم يفعل أحد الأمرين ﴿ حتّى انقضت ﴾ المدّة ﴿ سقط حكم الإيلاء ﴾ لانحلال اليمين بانقضاء مدّته ولم تلزمه الكفارة مع الوطء وإن أثم بالمدافعة.

﴿ ولو اختلفا في انقضاء المدّة ﴾ المضروبة ﴿ قدّم قول مدّعي البقاء ﴾ مع يمينه؛ لأصالة عدم الانقضاء ﴿ ولو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء حلف من يدّعي تأخره ﴾ لأصالة عدم التقدّم. والمدّعي للانقضاء في الأوّل هو الزوجة؛ لتطالبه

(١) تقدّم في الصفحة ٤١٢.

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٥٤٥، الباب ١١ من أبواب الإيلاء، الحديث ٣، مع اختلاف يسير.

بأحد الأمرين، ولا يتوجّه كونها منه. أمّا الثاني^(١) فيمكن وقوعها من كلّ منهما، فتدّعي هي تأخّر زمانه إذا كان مقدّراً بمدة لم تمضِ قبل المدة المضروبة فترافعه يُلزم بأحدهما، ويدّعي تقدّمه على وجه تنقضي مدّته قبل المدة المضروبة ليسلم من الإلزام بأحدهما. وقد يدّعي تأخّره على وجه لا تتمّ الأربعة المضروبة لئلا يُلزم إذا جعلنا مبدأها من حين الإيلاء، وتدّعي هي تقدّمه لتتمّ.

﴿ ويصحّ الإيلاء من الخصي والمجبوب ﴾ إذا بقي منه قدر يمكن معه الوطاء إجماعاً، ولو لم يبقَ ذلك فكذلك عند المصنّف وجماعة^(٢) لعموم الآيات^(٣) وإطلاق الروايات^(٤).

والأقوى عدم الوقوع؛ لأنّ متعلّق اليمين ممتنع، كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء، ولأنّ شرطه الإضرار بها وهو غير متصوّر هنا.

﴿ وفئته ﴾ على تقدير وقوعه منه ﴿ العزم على الوطاء مظهراً له ﴾ أي للعزم عليه ﴿ معتذراً من عجزه، وكذا ﴾ فئة الصحيح ﴿ لو انقضت المدة وله مانع من الوطاء ﴾ عقليّ كالمرض، أو شرعيّ كالحيض، أو عاديّ كالتعب والجوع والشبع.

﴿ ومتى وطئ ﴾ المؤلّي ﴿ لزمته الكفارة، سواء كان في مدة التريص ﴾ أو قبلها لو جعلناها من حين المرافعة ﴿ أو بعدها ﴾ لتحقق الحنث في الجميع،

(١) أي الاختلاف الثاني.

(٢) مثل: الشيخ في المبسوط ٥: ١٤٢ - ١٤٣، والمحقّق في الشرائع ٣: ٨٤، والعلامة في القواعد ٣: ١٧٥، والإرشاد ٢: ٥٧، والتنوير ٤: ١١١.

(٣) مثل الآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٤) أنظر الوسائل ١٥: ٥٤٣، الباب ١٠ من أبواب الإيلاء وغيره.

وهو في غير الأجير موضع وفاق، ونفاها فيه الشيخ في المبسوط^(١) لأصالة البراءة، وأمره به المنافي للتحريم الموجب للكفارة. والأصح أنه كغيره: لما ذكر ولقوله تعالى: (ذلك كفارة أيانكم إذا حلفتم)^(٢) ولم يفصل، ولقول الصادق عليه السلام في من آلى من امرأته فمضت أربعة أشهر: «يؤقف فإن عزم الطلاق بانت منه. وإلا كفر [عن] (٣) يمينه وأمسكها»^(٤).

﴿ ومدة الإيلاء من حين الترافع ﴾ في المشهور كالظهار؛ لأن ضرب المدة إلى الحاكم فلا يحكم بها قبلها، ولأنه حققها فيتوقف على مطالبتها، ولأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس وغيره قبل تحقق السبب.

وقيل من حين الإيلاء^(٥) عملاً بظاهر الآية حيث رتب الترتيب عليه من غير تعرض للمرافعة، وكذا الأخبار^(٦) وقد تقدم في الخبر السابق ما يدل عليه. وفي حسنة بريد عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون إيلاء ما لم يمض أربعة أشهر، فإذا مضت وقفت، فإما أن يفيء، وإما أن يعزم على الطلاق»^(٧) فعلى هذا لو لم ترافعه

(١) المبسوط ٥ : ١٣٥.

(٢) المائة : ١٥١.

(٣) زيادة من الوسائل يقتضيها السياق.

(٤) الوسائل ١٥ : ٥٤٧، الباب ١٢ من أبواب الإيلاء، الحديث ٣.

(٥) قاله القديمان العماني والإسكافي، واختاره العلامة في المختلف ٧ : ٤٥٢، وولده في الإيضاح ٣ : ٤٣٢.

(٦) مثل : رواية أبي بصير والحلي، أنظر الوسائل ١٥ : ٥٤٢، الباب ٩ من أبواب الإيلاء، الحديث ١ و ٢، و ٥٤٠، والباب ٨ من أبواب الإيلاء، الحديث الأول.

(٧) الوسائل ٩٥ : ٥٤٣، الباب ١٠ من أبواب الإيلاء، الحديث الأول. مع بعض الاختلاف.

حتى انقضت المدّة أمره بأحد الأمرين منجزاً.

﴿ ويزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن ﴾ لخروجها عن حكم الزوجية. والظاهر أنّ هذا الحكم ثابت وإن عقد عليها ثانياً في العدة؛ لأنّ العقد لم يرفع حكم الطلاق، بل أحدث نكاحاً جديداً كما لو وقع بعد العدة، بخلاف الرجعة في الرجعي.

ولو كان الطلاق رجعيّاً خرج من حقّها، لكن لا يزول حكم الإيلاء إلاّ بانقضاء العدة، فلو راجع فيها بقي التحريم. وهل يُلزم حينئذٍ بأحد الأمرين بناءً على المدّة السابقة أم يضرب له مدّة ثانية ثمّ يوقف بعد انقضائها؟ وجهان: من بطلان حكم الطلاق وعود النكاح الأوّل بعينه ومن ثمّ جاز طلاقها قبل الدخول وكان الطلاق رجعيّاً، بناءً على عود النكاح الأوّل وأنها في حكم الزوجة، ومن سقوط الحكم عنه بالطلاق فيفتقر إلى حكم جديد، استصحاباً لما قد ثبت. وبهذا جزم في التحرير^(١).

ثمّ إن طلّق وفي وإن راجع ضربت له مدّة أخرى، وهكذا...

﴿ و ﴾ كذا [يزول]^(٢) حكم الإيلاء ﴿ بشراء^(٣) الأمة ثمّ عتقها ﴾ وتزويجها بعده^(٤) لبطلان العقد الأوّل بشرائها، وتزويجها بعد العتق حكم جديد كتزويجها بعد الطلاق البائن، بل أبعد.

ولا فرق بين تزويجها بعد العتق وتزويجها به جاعلاً له مهراً؛ لاّ اتحاد العلة.

(١) التحرير ٤ : ١٢٠، الرقم ٥٤٩٢.

(٢) في المخطوطات : يزيل.

(٣) في (ع) : شراء.

(٤) في (ع) : بعد العتق.

وهل يزول بمجرد شرائها من غير عتق؟ الظاهر ذلك؛ لبطان العقد بالشراء واستباحتها حينئذٍ بالملك، وهو حكم جديد غير الأول، لكنّ الأصحاب فرضوا المسألة كما هنا.

نعم لو انعكس الفرض بأن كان المؤلي عبداً فاشتريته الزوجة توقّف حلّها له على عتقه، وتزويجه ثانياً. والظاهر بطلان الإيلاء هنا أيضاً بالشراء وإن توقّف حلّها له على الأمرين كما بطل بالطلاق البائن وإن لم يتزوجها.

وتظهر الفائدة فيما لو وطئها بعد ذلك بشبهة أو حراماً، فإنّه لا كفارة إن أبطلناه بمجرد الملك والطلاق.

﴿ ولا تتكرّر الكفارة بتكرّر اليمين ﴾ سواء ﴿ قصد التأكيد ﴾ وهو تقوية الحكم السابق ﴿ أو التأسيس ﴾ وهو إحداث حكم آخر، أو أطلق ﴿ إلا مع تغاير الزمان ﴾ أي زمان الإيلاء وهو الوقت المحلوف على ترك الوطء فيه، لا زمان الصيغة، بأن يقول: « والله لا وطئتك سنّة أشهر، فإذا انقضت فوالله لا وطئتك سنة » فيتعدّد الإيلاء إن قلنا بوقوعه معلقاً على الصفة. وحينئذٍ فلها المرافعة لكلّ منهما، فلو ماطل في الأوّل حتّى انقضت مدّته انحلّ ودخل الآخر. وعلى ما اختاره المصنّف سابقاً من اشتراط تجريده عن الشرط والصفة^(١) يبطل الثاني، ولا يتحقّق تعدّد الكفارة بتعدّده ولا يقع الاستثناء موقعه.

﴿ وفي الظهار خلاف أقربه التكرار ﴾ بتكرّر الصيغة، سواء فرّق الظهار أم تابعه في مجلس واحد، وسواء قصد التأسيس أم لم يقصد ما لم يقصد التأكيد؛ لصحيفة محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: « سألته عن رجل ظاهر من

(١) اختاره في الصفحة ٤٢٥.

امراته خمس مرّات، أو أكثر؟ قال عليه السلام : قال عليّ عليه السلام : مكان كلّ مرّة كفّارة»^(١) وغيرها من الأخبار^(٢).

وقال ابن الجنيد: لا تتكرّر إلا مع تغاير المشبه بها، أو تخلّل التكفير^(٣) استناداً إلى خبر^(٤) لا دلالة فيه على مطلوبه.

﴿ وإذا وطئ المؤلّي ساهياً أو مجنوناً أو لشبهة ﴾ لم تلزمه كفّارة؛ لعدم الحثّ و ﴿ بطل حكم الإيلاء عند الشيخ^(٥) ﴾ لتحقّق الإصابة ومخالفة مقتضى اليمين، كما يبطل لو وطئ متعمّداً؛ لذلك، وإن وجبت الكفّارة، وتبعه على هذا القول جماعة^(٦) ونسبة المصنّف القول إليه يشعر بتمريضه، ووجه أصالة البقاء، واعتذار الفعل بالأعذار، وكون الإيلاء يميناً، وهي في النفي تقتضي الدوام، والنسيان والجهل لم يدخلتا تحت مقتضاها؛ لأنّ الغرض من البعث والزجر في اليمين إنّما يكون عند ذكرها وذكر المحلوف عليه حتّى يكون تركه لأجل اليمين.

(١) الوسائل ١٥ : ٥٢٣، الباب ١٣ من كتاب الظهار، الحديث الأوّل.

(٢) المصدر المتقدم، الحديث ٢ - ٥.

(٣) حكاة عند العلامة في المختلف ٧ : ٤٣٦.

(٤) هو صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق عليه السلام [الوسائل ١٥ : ٥٢٤، الباب ١٣ من كتاب الظهار، الحديث ٦] في رجلٍ ظاهر امرأته ثلاث مرّات في مجلسٍ واحدٍ «قال : عليه كفّارة واحدة». وحمل على إرادة التأكيد أو اتّحاد جنس الكفّارة، فلا يمتنع تعدّد أفرادها. وكيف كان فلا دلالة على التفصيل. (منه عليه السلام).

(٥) المبسوط ٥ : ١٤٠.

(٦) منهم العلامة في القواعد ٣ : ١٨٠، والإرشاد ٢ : ٥٩، ولم نعثر على غيره، نعم هو ظاهر المحقّق حيث نسبته إلى الشيخ وسكت عنه، أنظر الشرائع ٣ : ٨٧.

مع أنه^(١) في قواعده استقرب انحلال اليمين مطلقاً بمخالفة مقتضاها نسياناً وجهلاً وإكراهاً مع عدم الحث محتجاً بأن المخالفة قد حصلت وهي لا تتكرر، وبحكم الأصحاب ببطان الإيلاء بالوطاء ساهياً مع أنها يمين^(٢) فنسب الحكم المذكور هنا إلى الأصحاب، لا إلى الشيخ وحده. وللتوقف وجه.

﴿ ولو ترفع الذمّيان إلينا ﴾ في حكم الإيلاء ﴿ تخيير الإمام ﴾ أو الحاكم المترافع إليه ﴿ بين الحكم بينهم بما يحكم على المؤلي المسلم ﴾ وبين ردهم إلى أهل ملّتهم** ﴿ جمع الضمير للاسم المثني تجوّزاً، أو بناءً على وقوع الجمع عليه حقيقة كما هو أحد القولين^(٣).

﴿ ولو آلى ثم ارتد ﴾ عن ملّة ﴿ حسب عليه من المدّة ﴾ التي تُضرب له ﴿ زمان الردّة على الأقوى ﴾ لتمكّنه من الوطاء بالرجوع عن الردّة، فلا تكون عذراً؛ لانقضاء معناه.

وقال الشيخ: لا يُحتسب عليه مدّة الردّة؛ لأنّ المنع بسبب الارتداد، لا بسبب الإيلاء، كما لا يُحتسب مدّة الطلاق منها لو راجع وإن كان يمكنه

(١) أي الماتن ٢٢٢.

(٢) القواعد والفوائد ٢: ٢٠٨ - ٢٠٩.

(*) في (ق): مسلماً.

(**) في (ق): نحلّتهم.

(٣) نسبه في المستصفى ٢: ٩٠ - ٩١ إلى جماعة، ونسبه في العدة ١: ٢٩٩ إلى من شدّ منهم. وأمّا القول الآخر وهو وقوعه عليه مجازاً فنسب أيضاً في العدة إلى المتكلمين وأكثر الفقهاء واختاره هو نفسه، كما اختاره المحقّق في معارج الأصول: ٨٨، والعلامة في نهاية الوصول: ١٣٥ (مخطوط).

المراجعة في كل وقت^(١).

وأجيب بالفرق بينهما^(٢) فإنَّ المرتدَّ إذا عاد إلى الإسلام تبيَّن أنَّ النكاح لم يرتفع، بخلاف الطلاق، فإنَّه لا ينهدم بالرجعة وإن عاد حكم النكاح السابق كما سبق^(٣) ولهذا لو راجع المطلقة تبقى معه على طلقتين.

ولو كان ارتداده عن فطرة فهو بمنزلة الموت يبطل معها^(٤) التبرُّص، وإنَّما أطلقه؛ لظهور حكم الارتدادين.



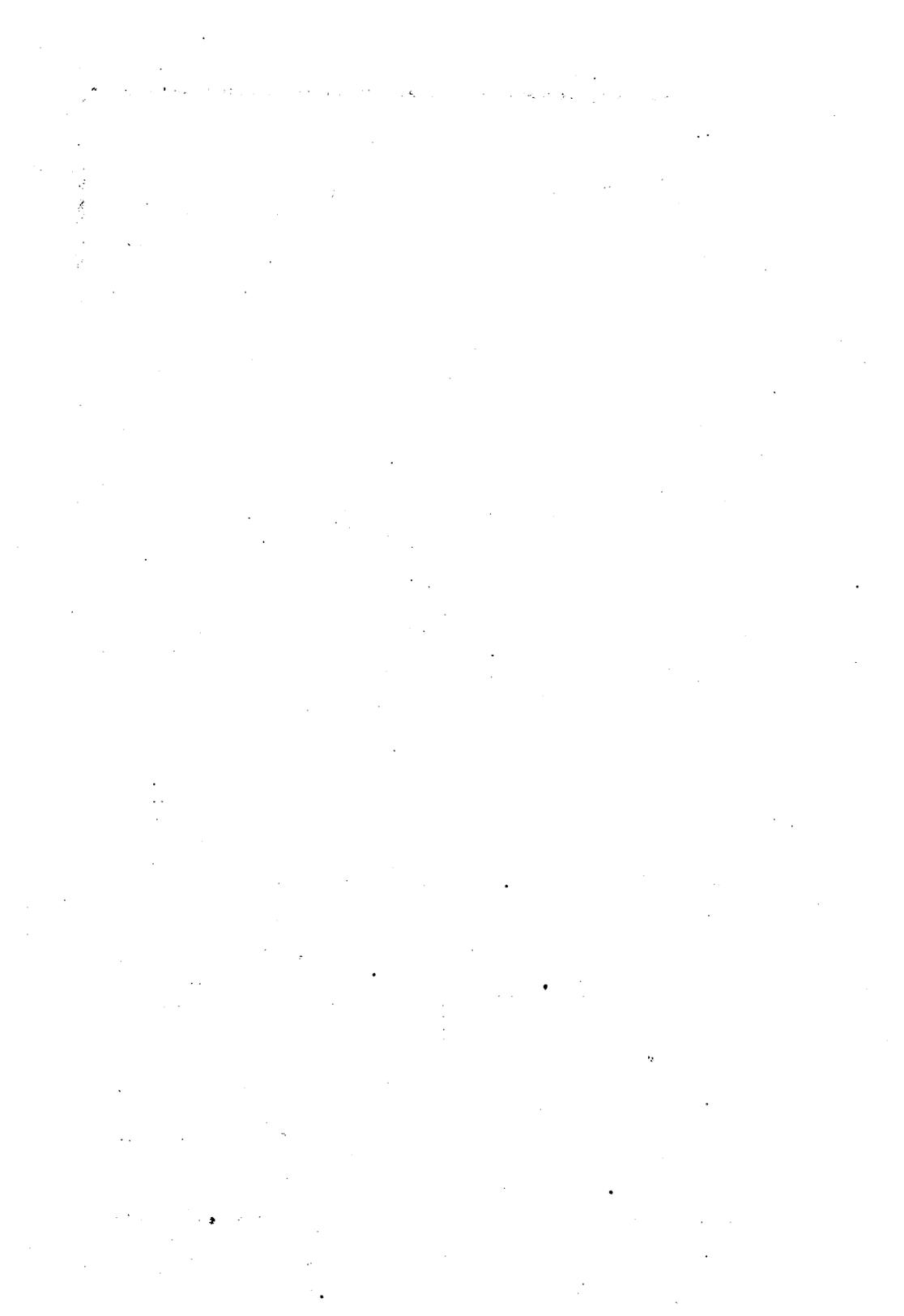
(١) المبسوط ٥ : ١٣٦ و ١٣٨ .

(٢) انظر الإيضاح ٣ : ٤٣٤ .

(٣) سبق في الصفحة ٤٣٠ .

(٤) في (ش) : معه .

كتاب العارفين



﴿ كتاب اللعان ﴾

وهو لغةً: المباهلة المطلقة أو فيعال من اللعن، أو جمع له وهو الطرد والإبعاد من الخير، والاسم اللعنة^(١). وشرعاً: المباهلة بين الزوجين في إزالة حدٍّ أو نفي ولد، بلفظ مخصوص عند الحاكم.

﴿ وله سببان ﴾ :

﴿ أحدهما : رمي الزوجة المحصنة ﴾ بفتح الصاد وكسرها ﴿ المدخول بها ﴾ دخولاً يوجب تمام المهر، وسيأتي الخلاف في اشتراطه^(٢) ﴿ بالزنا قبلاً أو دُبْرًا مع دعوى المشاهدة ﴾ للزنا، وسلامتها من الصَّمم والخَرَس . ولو انتفى أحد الشرائط ثبت الحد من غير لعان، إلا مع عدم الإحصان فالتعزير، كما سيأتي^(٣) والمطلقة رجعيةً زوجة، بخلاف البائن.

وشمل إطلاق رميها ما إذا ادّعى وقوعه زمن الزوجية وقبله، وهو في الأول

(١) الصحاح ٦ : ٢١٩٦ (لعن)، ونقله في لسان العرب ١٢ : ٢٩٣ عن الأزهري (لعن).

(٢) يأتي في الصفحة ٤٤٤.

(٣) يأتي في الصفحة ٤٣٩.

موضع وفاق، وفي الثاني قولان^(١) أجودهما ذلك اعتباراً بحال القذف .
 و ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ^(٢) والمحقق^(٣) والعلامة^(٤) وجماعة^(٥) : ﴿ و ﴾
 يشترط زيادة على ما تقدم ﴿ عدم البيّنة ﴾ على الزنا على وجه يثبت بها، فلو
 كان له بيّنة لم يُشرع اللعان؛ لاشتراطه في الآية^(٦) بعدم الشهداء والمشروط عدم
 عند عدم شرطه ولأنّ اللعان حجة ضعيفة؛ لأنّه إمّا شهادة لنفسه أو يمين، فلا يُعمل
 به مع الحجّة القويّة وهي البيّنة، ولأنّ حدّ الزنا مبنيّ على التخفيف^(٧) فناسب نفي

(١) القول بعدم ثبوت اللعان للشيخ في الخلاف ٥ : ١٦، المسألة ١٥ من كتاب اللعان .
 والقول بثبوت اللعان للشيخ في المبسوط ٥ : ١٩٣، والمحقق في الشرائع ٣ : ٩٤، والعلامة
 في المختلف ٧ : ٤٧٤، وقوّاه فخر المحققين في الإيضاح ٣ : ٤٣٧، والشهيد في غاية
 المراد ٣ : ٣٠٠ .

(٢) المبسوط ٥ : ١٨٣ .

(٣) الشرائع ٣ : ٩٣، والمختصر النافع : ٢١١ .

(٤) القواعد ٣ : ١٨١ - ١٨٢، والإرشاد ٢ : ٦١، والتحرير ٤ : ١٢٤ .

(٥) مثل الفخر في الإيضاح ٣ : ٤٣٦، والصيمري في غاية المرام ٣ : ٣٣٠، وتلخيص الخلاف
 ٣ : ٦٩ ونسبه فيه إلى المشهور، ونسبه السيوري في التنقيح الرائع ٣ : ٤١٦ إلى الأكثر .

(٦) النور : ٦ .

(٧) المراد : أنّ من جملة بناء الحدود على التخفيف أنّها لا تثبت بيمين المدّعي، ولا يتوجّه بها
 على المنكر يميناً . فلو ثبت اللعان هنا مع إمكان البيّنة وهي في معنى اليمين لثبت الحدّ
 عليها بلعانه، وهو في معنى ثبوتها عليها بيمينه، وبناء الحدّ على التخفيف ينافي ذلك،
 فلا يشرع مع إمكان إقامته بالبيّنة . فإنّه ممّا يثبت بها مطلقاً ولا ينافي ذلك ثبوتها باليمين
 في اللعان حيث يشرع؛ لأنّ ذلك ثبت بالإجماع فبقي المختلف فيه معرضاً للشبهة
 المذكورة . (منه رحمته).

اليمين فيه ونسبته إلى القول يؤذن بتوقّفه فيه .

ووجهه^(١) أصالة عدم الاشتراط، والحكم في الآية وقع مفيداً بالوصف وهو لا يدلّ على نفيه عمّا عداه وجاز خروجه مخرج الأغلب، وقد روي أنّ النبيّ ﷺ لا عنّ بين عويمر العجلاني وزوجته ولم يسألها عن البيّنة^(٢).

﴿ والمعنيّ بالمحصنة : العفيفة ﴾ عن وطءٍ محرّم لا يصادف ملكاً وإن اشتمل على عقد، لا ما صادفه وإن حرم كوقت الحيض والإحرام والظهار، فلا تخرج به عن الإحصان، وكذا وطء الشبهة ومقدّمات الوطء مطلقاً ﴿ فلو رمى المشهورة بالزنا ﴾ ولو مرّةً ﴿ فلا حدّ ولا لعان ﴾ بل يعزّر .

﴿ ولا يجوز القذف إلّا مع المعاينة ﴾ للزنا ﴿ كالميل في المكحلة ﴾ ليرتّب عليه اللعان؛ إذ هو شهادة أو في معناها ﴿ لا بالشياع، أو غلبة الظنّ ﴾ بالفعل، فإنّ ذلك لا يجوز الاعتماد عليه في ثبوت الزنا .

هذا إذا لم يُشترط في الشياع حصول العلم بالخبر، فإنّه حينئذٍ يكون كالبيّنة وهي لا تجوز القذف أيضاً، أمّا لو اشترطنا فيه العلم لم يبعد الجواز به؛ لأنّه حينئذٍ كالمشاهدة .

﴿ الثاني : إنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقة ﴾ المعبرة في إلحاق الولد به، وهي وضعه لستّة أشهر فصاعداً من حين وطئه، ولم يتجاوز حملها أقصى مدّته، وكونها موطوءة بالعقد الدائم ﴿ وإن سكت حال الولادة ﴾ فلم^(٣) ينفه

(١) وجه التوقّف .

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٥٨٩، الباب الأوّل من أبواب اللعان، الحديث ٩ .

(٣) في (ر) : ولم .

﴿ على الأقوى ﴾ لأنّ السكوت أعمّ من الاعتراف به، فلا يدلّ عليه.
 وقال الشيخ: ليس له إنكاره حينئذٍ؛ لحكم الشارع بإلحاقه به بمجرد
 الولادة العاري عن النفي^(١) إذ للحق لا يحتاج إلى غير الفراش فيمتنع أن يزيل
 إنكاره حكم الشارع، ولأدائه إلى عدم استقرار الأنساب.
 وفيه: أنّ حكم الشارع بالالتحاق^(٢) مبنيّ على أصالة عدم النفي، أو على
 الظاهر وقد ظهر خلافه. ولو لم يمكنه النفي حالة الولادة إمّا لعدم قدرته عليه
 لمرض أو حبس أو اشتغال بحفظ ماله من حرق أو غرق أو لُصٍّ ولم يمكنه
 الإشهاد ونحو ذلك، أو لعدم علمه بأنّ له النفي - لقرب عهده بالإسلام أو بعده عن
 الأحكام - فلا إشكال في قبوله عند زوال المانع، ولو ادّعى عدم العلم^(٣) قبل مع
 إمكانه في حقّه.

وإنما يجوز له نفيه باللعان على أيّ وجهٍ كان ﴿ ما لم يسبق الاعتراف ﴾
 منه ﴿ به صريحاً أو فحوى ﴾ فالأول ظاهر، والثاني أن يجيب المبتسر بما يدلّ
 على الرضا به والاعتراف ﴿ مثل أن يقال له: بارك الله لك في هذا الولد، فيؤمن،
 أو يقول: إن شاء الله. بخلاف ﴾ قوله في الجواب ﴿ بارك الله فيك وشبهه ﴾
 كـ «أحسن الله إليك» و «رزقك الله مثله» فإنّه لا يقتضي الإقرار؛ لاحتماله غيره
 احتمالاً ظاهراً.

﴿ ولو قذفها بالزنا ونفي الولد وأقام بيّنة ﴾ بزناها ﴿ سقط الحدّ ﴾ عنه
 لأجل القذف بالبيّنة ﴿ ولم ينتفِ عنه الولد إلاّ باللعان ﴾ لأنّه لاحق بالفراش وإن

(١) المبسوط ٥ : ٢٢٩، والخلاف ٥ : ٣٠، المسألة ٣٤.

(٢) في (ر) : بالإلحاق.

(٣) في (ر) زيادة : به.

زنت أمّه كما مرّ^(١) ولو لم يُقْمَ بَيِّنَةٌ كان له اللعان للأمرين معاً، وهل يُكْتَفَى بلعان واحد أم يتعدّد؟ وجهان: من أنّه كالشهادة أو اليمين، وهما كافيان على ما سبق عليهما من الدعوى. ومن تعدّد السبب الموجب لتعدّد المسبّب إلّا ما أخرجه الدليل.

﴿ ولا بدّ من كون الملعن كاملاً ﴾ بالبلوغ والعقل. ولا يشترط العدالة، ولا الحرّيّة، ولا انتفاء الحدّ عن قذف، ولا الإسلام، بل يلعن ﴿ ولو كان كافراً ﴾ أو مملوكاً أو فاسقاً؛ لعموم الآية^(٢) ودلالة الروايات^(٣) عليه.

وقيل: لا يلعن الكافر ولا المملوك^(٤) بناءً على أنّه شهادات كما يظهر من قوله تعالى: (فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ...) ^(٥) وهما ليسا من أهلها. وهو ممنوع؛ لجواز كونه أيماناً؛ لافتقاره إلى ذكر اسم الله تعالى، واليمين يستوي فيه العدل والفاسق والحرّ والعبد والمسلم والكافر والذكر والأنثى. وما ذكره معارض بوقوعه من الفاسق إجماعاً.

﴿ ويصحّ لعان الأخرس بالإشارة المعقولة إن أمكن معرفته ﴾ اللعان،

(١) مرّ في الصفحة ٣١٣.

(٢) النور: ٦.

(٣) أنظر الوسائل ١٥: ٥٩٥، الباب ٥ من أبواب اللعان.

(٤) نسبه الشيخ إلى قوم من العامّة كالزهري وأبو حنيفة و... أنظر الخلاف ٥: ٧، المسألة ٢، كما نسبه السيوري وابن فهد إلى المفيد وسلار. لكنهما قالوا: لا لعان بين المسلم والذميّة، ولا بين الحرّ والإمة. راجع التنقيح الرائع ٣: ٤١٨ - ٤١٩، والمهذب البارع ٤: ٨، والمقنعة: ٥٤٢، والمراسم: ١٦٤.

(٥) النور: ٦.

كما يصحّ منه إقامة الشهادة والأيمان والإقرار وغيرها من الأحكام، ولعموم الآية.

وقيل بالمنع^(١) والفرق؛ لأنّه^(٢) مشروط بالألفاظ الخاصّة، دون الإقرار والشهادة فإنّهما يقعان بأيّ عبارة اتّفقت، ولأصالة عدم ثبوته إلّا مع تيقّنه، وهو منتفٍ هنا.

وأجيب بأنّ الألفاظ الخاصّة إنّما تعتبر مع الإمكان وإشارته قائمة مقامها، كما قامت في الطلاق وغيره من الأحكام المعتبرة بألفاظ خاصّة. نعم استبعاد فهمه له موجّه، لكنّه غير مانع؛ لأنّ الحكم مبنيّ عليه^(٣).

﴿ ويجب ﴾ على ذي الفراش مطلقاً^(٤) ﴿ نفي الولد ﴾ المولود على فراشه ﴿ إذا عرف اختلال شروط الإلحاق ﴾ فيلاعن وجوباً؛ لأنّه لا ينتفي بدونه ﴿ ويحرم ﴾ عليه نفيه ﴿ بدونه ﴾ أي بدون علمه باختلال شروط الإلحاق ﴿ وإن ظنّ انتفاهه عنه ﴾ بزنا أمّه أو غيره ﴿ أو خالفت صفاته صفاته ﴾ لأنّ ذلك لا مدخل له في الإلحاق، والخالق على كلّ شيءٍ قدير، والحكم مبنيّ على الظاهر.

ويلحق الولد بالفراش دون غيره، ولو لم يجد من علم انتفاهه من يلاعن بينهما لم يفده نفيه مطلقاً^(٥).

(١) القائل بالمنع ابن إدريس [في السرائر ٢ : ٧٠١]. (منه لفظ).

(٢) في (ف) و (ش) : بأنّه.

(٣) أي على الفهم.

(٤) سواء علم بزنا أمّه أم لا، وسواء وافق صفاته صفاته أم لا (هامش ر).

(٥) لافي التصريح ولا في التعريض (هامش ر).

وفي جواز التصريح به نظر؛ لانتفاء الفائدة مع التعريض بالقذف، وإن^(١) لم يحصل التصريح.

﴿ ويعتبر في الملاعنة الكمال والسلامة من الصمم والخرس ﴾ فلو قذف الصغيرة فلا لعان، بل يُحدّ إن كانت في محلّ الوطاء كبنت الثماني، وإلا عُزّر خاصة للسبّ؛ لتيقن^(٢) كذبه.

ولو قذف المجنونة بزنا أضافه إلى حالة الجنون عُزّر، أو حالة الصحة فالحدّ، وله إسقاطه باللعان بعد إفاقتها. وكذا لو نفى ولدها.

ولو قذف الصّماء والخرساء حرمتا عليه أبداً ولا لعان. وفي لعانهما لنفي الولد وجهان: من عدم النصّ فيرجع إلى الأصل، ومساواته للقذف في الحكم. والأوجه الأوّل؛ لعموم النصّ ومنع المساواة مطلقاً، وقد تقدّم البحث في ذلك.

﴿ والدوام ﴾ فلا يقع بالتمتّع بها^(٣) لأنّ ولدها ينتفي بنفيه من غير لعان ﴿ إلا أن يكون اللعان لنفي الحدّ ﴾ بسبب القذف فيثبت؛ لعدم المانع مع عموم النصّ وهذا جزمٌ من المصنّف بعد التردّد؛ لأنّه فيما سلف نسب الحكم به إلى قول^(٤) وقد^(٥) تقدّم أنّ الأقوى عدم ثبوت اللعان بالتمتّع بها مطلقاً^(٦) وأنّ المخصّص للآية صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(٧).

(١) في سوى (ع) : إن - بدون الواو - .

(٢) في نسخة بدل (ر) : المتيقن .

(٣) في (ع) ونسخة بدل (ش) : فلا يثبت بالتمتّع بها، وفي (ف) : فلا يثبت في التمتعّ بها.

(٤) سلف في الصفحة ٢٤٢ .

(٥) لم يرد «قد» في (ع) و (ف) .

(٦) سواء كان لنفي الحدّ أو لنفي الولد.

(٧) الوسائل ١٥ : ٥٩٦، الباب ٥ من أبواب اللعان، الحديث ٤ .

﴿ وفي ﴾ اشتراط ﴿ الدخول ﴾ بالزوجة في لعانها ﴿ قولان ﴾^(١) مأخذهما عموم الآية، فإنَّ «أزواجهم» فيها جمع مضاف، فيعمّ المدخول بها وغيرها، وتخصيصها برواية محمد بن مصادف قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: لا يكون ملاءماً حتى يدخل بها، يُضرب حداً وهي امرأته»^(٢) والمستند إليه^(٣) ضعيف أو متوقّف فيه، فالتخصيص غير متحقّق. ولكن يشكل ثبوته مطلقاً^(٤) لأنّ ولد غير المدخول بها لا يلحق بالزوج، فكيف يتوقّف نفيه على اللعان؟ نعم يتمّ ذلك في القذف بالزنا. فالتفصيل كما ذهب إليه ابن إدريس^(٥) حسن، لكنّه حمل اختلاف الأصحاب عليه. وهو صلح من غير تراضي الخصمين؛ لأنّ النزاع معنويّ، لا لفظيّ بين الفريقين، بل النزاع لا يتحقّق إلّا في القذف؛ للإجماع على انتفاء الولد عند عدم اجتماع شروط اللعاق بغير لعان، وإن كان كلامهم هنا مطلقاً.

﴿ ويثبت ﴾ اللعان ﴿ بين الحرّ و ﴾ زوجته ﴿ المملوكة لنفي الولد أو ﴾ نفي ﴿ التعزير ﴾ بقذفها؛ للعموم وصحيفة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال:

(١) القول بالاشتراط للشيخ في الخلاف ٥ : ٤٩، المسألة ٦٩، والنهاية ٥٢٢ : ٥٢٢، والقاضي في المهذب ٢ : ٣٠٩، وابن حمزة في الوسيلة ٣٣٦ : ٣٣٦، وابن زهرة في الغنية ٣٧٨ : ٣٧٨، وغيرهم. والقول بعدم الاشتراط منسوب في غاية المرام ٣ : ٣٣٦ إلى المفيد والعلامة في القواعد ولم نعر عليه في المقنعة، وانظر القواعد ٣ : ١٨٦.

(٢) الوسائل ١٥ : ٥٩٢، الباب ٢ من أبواب اللعان، الحديث ٨.

(٣) يعني «محمد بن مصادف»، وفي التهذيب والوسائل: «محمد بن مضارب».

(٤) أي بمقتضى العموم بحيث يدخل فيه نفي ولد غير المدخول بها.

(٥) التفصيل بين القذف، فلا يشترط الدخول وبين نفي الولد فيشترط. السرائر ٢ : ٦٩٨.

«سألته عن الحرِّ يُلاعن المملوكة، قال: نعم إذا كان مولاها زوجه إياها لا عنها»^(١) وغيره^(٢).

وقيل: لا لعان بينهما مطلقاً^(٣) استناداً إلى أخبار دلت على نفيه بين الحرِّ والمملوكة^(٤) وحملها على كونها مملوكة للقاذف طريق الجمع بينها وبين ما ذكرناه من وقوعه بالزوجة المملوكة صريحاً.

وفصلُ ابن إدريس هنا غيرُ جيِّد، فأثبتته مع نفي الولد، دون القذف، نظراً إلى عدم الحدِّ به لها. ولكن دفع التعزير به كافٍ، مضافاً إلى ما دلَّ عليه مطلقاً. ووافقه عليه فخر المحقِّقين محتجاً بأنَّه جامع بين الأخبار^(٥) والجمع بينهما بما ذكرناه أولى.

﴿ولا يلحق ولد المملوكة﴾ بمالكها ﴿إلا بالإقرار﴾ به على أشهر القولين^(٦)

(١) الوسائل ١٥ : ٥٩٧، الباب ٥ من أبواب اللعان، الحديث ٥، وفيه: إذا كان مولاها الذي زوجها إياها.

(٢) المصدر السابق: ٥٩٦ - ٥٩٧، الباب ٥ من أبواب اللعان، الحديث ١ و ٢ و ٦ و ٨ و ١٠.

(٣) قاله المفيد في المقنعة: ٥٤٢، وسلار في المراسم: ١٦٥.

(٤) الوسائل ١٥ : ٥٩٦ - ٥٩٨، الباب ٥ من أبواب اللعان، الحديث ٤ و ١١ - ١٣.

(٥) الإيضاح ٣ : ٤٤٥.

(٦) اختاره الشيخ في المبسوط ٥ : ٢٣١، والمحقِّق في الشرائع ٣ : ٩٧، والعلامة في القواعد ٣ : ١٨٧، والتحرير ٤ : ١٣٠، والإرشاد ٢ : ٦١، وقوَّاه ولده في الإيضاح ٣ : ٤٤٨، واعتمد عليه في غاية المرام ٣ : ٣٣٩.

ولم نثر على القول الآخر من أصحابنا، ونسبه محكياً في الجواهر ٣٤ : ٤١ إلى ظاهر الاستبصار وصریح الجامع، ولم نثر عليه فيه، أنظر الجامع للشرائع: ٤٧٩، والاستبصار ٣ : ٣٦٥، ذيل الحديث ٣. نعم، نسب في الخلاف إلى الشافعي بأنَّه إذا وطأها ثم جاءت

والروايتين^(١) ﴿ ولو اعترف بوطئها، ولو نفاه انتفى بغير لعان ﴾ إجماعاً. وإنما الخلاف في أنه هل يلحق به بمجرد إمكان كونه منه وإن لم يُقرّ به، أم لا بدّ من العلم بوطئه وإمكان لحوقه به، أو إقراره به؟ فعلى ما اختاره المصنّف والأكثر لا يلحق به إلا بإقراره ووطئه وإمكان لحوقه به، وعلى القول الآخر لا ينتفي إلا بنفسه، أو العلم بانتفائه عنه.

ويظهر من العبارة وغيرها من عبارات المحقّق والعلامة: أنه لا يلحق به إلا بإقراره^(٢) فلو سكت ولم ينهه ولم يقرّ به لم يلحق به، وجعلوا ذلك فائدة عدم كون الأمة فراشاً بالوطء.

والذي حقّقه جماعة أنه يلحق به بإقراره، أو العلم بوطئه وإمكان لحوقه به وإن لم يقرّ به^(٣) وجعلوا الفرق بين الفراش وغيره: أن الفراش يلحق به الولد وإن لم يُعلم وطؤه مع إمكانه إلا مع النفي واللعان، وغيره من الأمة والمتمتع بها يلحق به الولد إلا مع النفي، وحملوا عدم لحوقه إلا بالإقرار على اللحوق اللازم؛ لأنه

بولد... إلى أن قال: فإنها تصير فراشاً بالوطء، أنظر الخلاف ٥ : ٤٨، المسألة ٦٧، وانظر المغني مع الشرح الكبير ٩ : ١٧ و ٢١.

(١) أمّا أشهر الروايتين فهي صحيحة عبد الله بن سنان، الوسائل ١٤ : ٥٦٣، الباب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

وأما غير الأشهر فمثل روايتي سعيد بن يسار والحسن الصيقل في الوسائل ١٤ : ٥٦٥ - ٥٦٦، الباب ٥٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديثين ٢ و ٥، و ٥٦٨، الباب ٥٨ من الأبواب، الحديث ٣، وغيرها من الأحاديث.

(٢) أنظر الشرائع ٣ : ٩٧، والقواعد ٣ : ١٨٧، والتحرير ٤ : ١٣٠.

(٣) مثل فخر المصنّفين في الإيضاح ٣ : ٤٤٦.

بدون الإقرار ينتفي بنفيه من غير لعان، ولو أقرّ به استقرّ ولم يكن له نفيه بعدد. وهذا هو الظاهر، وقد سبق في أحكام الأولاد ما ينبّه عليه^(١) ولولا هذا المعنى لنافى ما ذكره هنا ما حكموا به فيما سبق من لحوقه به بشرطه.

(١) سبق في الصفحة ٣١٤.

﴿ القول في كيفية اللعان وأحكامه ﴾

﴿ يجب كونه عند الحاكم ﴾ وهو هنا الإمام عليه السلام ﴿ أو مَنْ نصبه ﴾ للحكم أو اللعان بخصوصه ﴿ ويجوز التحكيم فيه ﴾ من الزوجين ﴿ للعالم المجتهد ﴾ وإن كان الإمام ومن نصبه موجودين، كما يجوز التحكيم في غيره من الأحكام. وربما أطلق بعض الأصحاب على المحكّم هنا كونه عامّاً^(١) نظراً إلى أنّه غير منصوب بخصوصه، فعامّيته إضافية، لأنّ المسألة خلافية، بل الإجماع على اشتراط اجتهاد الحاكم مطلقاً، نعم منع بعض الأصحاب من التحكيم هنا^(٢) لأنّ أحكام اللعان لا تختصّ بالمتلاعنين فإنّ نفي الولد يتعلّق بحقه، ومن ثمّ لو تصادقا على نفيه لم ينتف بدون اللعان، خصوصاً عند من يشترط تراضيهما بحكمه بعده^(٣) والأشهر الأوّل.

هذا كلّه في حال حضور الإمام عليه السلام لما تقدّم في باب القضاء: من أنّ قاضي التحكيم لا يتحقّق إلّا مع حضوره^(٤) أمّا مع غيبته فيتولّى ذلك الفقيه المجتهد؛ لأنّه منصوب من قبل الإمام عموماً كما يتولّى غيره من الأحكام ولا يتوقّف على تراضيهما بعده بحكمه؛ لاختصاص ذلك على القول به بقاضي

(١) مثل المحقّق في الشرائع ٣: ٩٨، والعلامة في القواعد ٣: ١٨٨.

(٢) مثل فخر المحقّقين في الإيضاح ٣: ٤٤٩.

(٣) مثل الشيخ في كتاب القضاء من المبسوط ٨: ١٦٥، حيث قوّى اشتراط تراضي المترافعين في التحكيم.

(٤) راجع الجزء الثاني: ٧٦ - ٧٧.

التحكيم. والأقوى عدم اعتباره مطلقاً^(١).

وإذا حضرا بين يدي الحاكم فليبدأ الرجل بعد تلقين الحاكم له الشهادة^(٢)
﴿ فيشهد الرجل أربع مرّات ﴾ بالله ﴿ أنه لمن الصادقين فيما رماها به ﴾ متلفظاً
بما رمى به فيقول له، قل: «أشهد بالله أنّي^(٣) لمن الصادقين فيما رميتها به من
الزنا» فيتبعه فيه؛ لأنّ اللعان يمين فلا يعتدّ بها قبل استحلاف الحاكم، وإن كان فيها
شائبة الشهادة، أو شهادة فهي لا تؤدّي إلا بإذنه أيضاً.

وإن نفي الولد زاد «وأنّ هذا الولد من زنا وليس منّي» كذا عبّر في التحرير،
وزاد أنّه لو اقتصر على أحدهما لم يجز^(٤) ويشكل فيما لو كان اللعان لنفي الولد
خاصّة من غير قذف، فإنّه لا يلزم [إسناده]^(٥) إلى الزنا؛ لجواز الشبهة، فينبغي أن
يكتفي بقوله: «إنّه لمن الصادقين» في نفي الولد المعين ﴿ ثمّ يقول ﴾ بعد شهادته
أربعاً كذلك: ﴿ أنّ لعنة الله عليه ﴾ جاعلاً المجرور بـ «على» ياء المتكلم ﴿ إن
كان من الكاذبين ﴾ فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد، كما ذُكر في الشهادات.
﴿ ثمّ تشهد المرأة ﴾ بعد فراغه من الشهادة واللعنة ﴿ أربع شهادات ﴾
بالله ﴿ أنه لمن الكاذبين فيما رماها به ﴾ فتقول: أشهد بالله أنّه لمن الكاذبين فيما
رمانى به من الزنا ﴿ ثمّ تقول: إنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾ فيه،
مقتصرة على ذلك فيهما^(٦).

(١) أي عدم تراضيهما بحكم قاضي التحكيم هنا وفي غيره من أفراد القضاء (منه لفظ).

(٢) في (ف) و (ش): بالشهادة.

(٣) في (ع): إنّه.

(٤) التحرير ٤: ١٣٥-١٣٦، الرقم ٥٥١٩.

(٥) في المخطوطات: استناده.

(٦) في القذف ونفي الولد.

﴿ ولا بدّ من التلّفظ بالشهادة على الوجه المذكور ﴾ فلو أبدلها بمعناها كأقسم، أو أحلف، أو شهدت، أو أبدل الجلالة بغيرها من أسمائه تعالى، أو أبدل اللعن والغضب والصدق والكذب بمرادفها، أو حذف لام التأكيد، أو علّقه على غير « من » كقوله: « إني لصادق » ونحو ذلك من التعبيرات لم يصحّ.

﴿ وأن يكون الرجل قائماً عند إيراده ﴾ الشهادة واللعن وإن كانت المرأة حينئذٍ جالسة ﴿ وكذا ﴾ تكون ﴿ المرأة ﴾ قائمة عند إيرادها الشهادة والغضب وإن كان الرجل حينئذٍ جالساً.

﴿ وقيل : يكونان معاً قائمين في الإيرادين ﴾ ^(١) ومنشأ القولين اختلاف الروايات ^(٢) وأشهرها وأصحّها ما دلّ على الثاني.

﴿ وأن يتقدّم الرجل أولاً ﴾ فلو تقدّمت المرأة لم يصحّ عملاً بالمنقول من فعل النبي ﷺ ^(٣) وظاهر الآية، ولأنّ لعانها لإسقاط الحدّ الذي وجب عليها بلعان الزوج ﴿ وأن يميّز الزوجة من غيرها تمييزاً يمنع المشاركة ﴾ إمّا بأن يذكر اسمها ويرفع نسبها بما يميّزها، أو يصفها بما يميّزها عن غيرها، أو يشير إليها إن كانت حاضرة.

﴿ وأن يكون ﴾ الإيراد بجميع ما ذكر ﴿ باللفظ العربي ﴾ الصحيح ﴿ إلاّ

(١) نسبه في المسالك ١٠ : ٢٣١ إلى الأكثر ومنهم المفيد في المقنعة : ٥٤٠، والشيخ في النهاية : ٥٢٠، وأتباعهما مثل الحلبي في الكافي : ٣٠٩، وسلار في المراسم : ١٦٥، والقاضي في المهذب ٢ : ٣٠٦، وابن زهرة في الغنية : ٣٧٩، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٣٨، واختاره العلامة في المختلف ٧ : ٤٦٢، وقوّاه ولده في الإيضاح ٣ : ٤٥٠.

(٢) أنظر الوسائل ١٥ : ٥٨٦، الباب الأوّل من كتاب اللعان.

(٣) المصدر السابق : الحديث الأوّل.

مع التّعذّر ﴿ فيجتزئ بمقدورهما منه، فإنّ تعذّر تلفّظهما بالعربيّة أصلاً أجزأ غيرّها من اللغات من غير ترجيح ﴾ فيفتقر الحاكم إلى مترجمين عدلين ﴿ يلقيان عليهما الصيغة بما يحسنانه من اللغة ﴾ إن لم يعرف ﴿ الحاكم ﴾ تلك اللغة ﴿ وإلاّ باشرها بنفسه. ولا يكفي أقلّ من عدلين حيث يفتقر إلى الترجمة، ولا يحتاج إلى الأزيد.

﴿ وتجب البدء ﴾ من الرجل ﴿ بالشهادة، ثمّ اللعن ﴾ كما ذكر ﴿ وفي المرأة بالشهادة ثمّ الغضب ﴾ وكما يجب الترتيب المذكور تجب المبالاة بين كلمتهما^(١) فلو تراخى بما يعدّ فصلاً أو تكلمّ خلاله بغيره بطل.

﴿ ويستحبّ أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة ﴾ ليكون وجههما إليها. ﴿ وأن يقف الرجل عن يمينه والمرأة عن يمين الرجل وأن يحضر ﴾ من الناس ﴿ من يسمع ﴾^(٢) اللعان ولو أربعة، عددّ شهود الزنا ﴿ وأن يعظه الحاكم قبل كلمة اللعنة ﴾ ويخوفه الله تعالى ويقول له: إنّ عذاب الآخرة أشدّ من عذاب الدنيا، ويقرأ عليه (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا) ... الآية^(٣) وإنّ لعنه لنفسه يوجب اللعنة إن كان كاذباً، ونحو ذلك ﴿ ويعظها قبل كلمة الغضب ﴾ بنحو ذلك.

﴿ وأن يغلظ بالقول ﴾ وهو تكرار الشهادات أربع مرّات، وهو واجب، لكنّه أطلق الاستحباب نظراً إلى^(٤) التعليل بمجموع الأمور الثلاثة من حيث هو

(١) في (ف) و (ش) ونسخة بدل (ع) : كلماتها.

(٢) في (ر) : يستمع.

(٣) آل عمران : ٧٧.

(٤) في (ش) زيادة : أنّ.

مجموع. وبما قرّرناه صرّح في التحرير^(١).

وأما حملة على زيادة لفظ في الشهادة أو الغضب على نحو ما يُذكر في اليمين المطلقة، كـ «أشهد بالله الطالب الغالب المهلك...» ونحو ذلك، فإنّه وإن كان ممكناً لو نُصّ عليه، إلّا أنّه يشكل بإخلاله بالموالاة المعتبرة في اللفظ المنصوص مع عدم الإذن في تخلّل المذكور بالخصوص.

﴿ والمكان ﴾ بأن يلاعِنَ بينهما في موضع شريف ﴿ كبين الركن ﴾ الذي فيه الحجر الأسود ﴿ والمقام ﴾ مقام إبراهيم - على نبينا وآله وعليه السلام - وهو المسمّى بالحطيم ﴿ بمكة ﴾، وفي الروضة ﴿ وهي ما بين القبر الشريف والمنبر ﴾ بالمدينة، وتحت الصخرة في ﴿ المسجد ﴾ الأقصى^(٢) وفي المساجد بالأمصار ﴿ - غير ما ذكر - عند المنبر ﴾ أو المشاهد الشريفة ﴿ للأئمة أو^(٣) الأنبياء عليهم السلام إن اتفق. ولو كانت المرأة حائضاً فبياب المسجد فيخرج الحاكم إليها أو يبعث نائباً، أو كانا ذميين فيبعة أو كنيسة، أو مجوسيين^(٤) فبيت نار، لا بيت صنم^(٥) لوثنّي؛ إذ لا حرمة له، واعتقادهم^(٦) غير مرعيّ.

﴿ وإذا لاعن الرجل سقط عنه الحدّ ووجب على المرأة ﴾ لأنّ لعانه حجة كالبيّنة ﴿ فإذا أقرت ﴾ بالزنا ﴿ أو ﴾ لم تقرّ ولكن ﴿ نكلت ﴾ عن اللعان

(١) التحرير ٤ : ١٣٤، الرقم ٥٥١٥.

(٢) في (ف) زيادة: وهو بيت المقدس، أطلق الله عليه الأقصى بالإضافة إلى المسجد الحرام.

(٣) في (ر) بدل «أو»: و.

(٤) في (ع): مجوسيين.

(٥) في (ش): فبيت النار لا بيت الصنم.

(٦) في متن (ع): اعتقاده، وفي نسخة بدله ما أثبتناه.

﴿ وجب ﴾ عليها ﴿ الحدّ وإن لاعت سقط ﴾ عنها.

﴿ ويتعلّق بلعانهما ﴾ معاً ﴿ أحكام أربعة ﴾ في الجملة، لا في كلّ لعان

﴿ سقوط الحدّين عنهما، وزوال الفراش ﴾ وهذان ثابتان في كلّ لعان ﴿ ونفي

الولد عن الرجل ﴾ لا عن المرأة إن كان اللعان لنفيه ﴿ والتحریم المؤبد ﴾ وهو

ثابت مطلقاً كأولّين. ولا يُتّفى عنه الحدّ إلاّ بمجموع لعانه، وكذا المرأة.

ولا تثبت الأحكام أجمع إلاّ بمجموع لعانهما.

﴿ و ﴾ على هذا ﴿ لو أكذب نفسه في أثناء اللعان وجب عليه حدّ

القذف ﴾ ولم يثبت شيء من الأحكام.

﴿ و ﴾ لو أكذب نفسه ﴿ بعد لعانه ﴾ وقبل لعانها ففي وجوب الحدّ عليه

﴿ قولان ﴾ ^(١) منشؤهما: من سقوط الحدّ عنه بلعانه ولم يتجدّد منه قذف بعده

فلا وجه لوجوبه، ومن أنّه قد أكّد القذف السابق باللعان لتكراره إيّاه فيه،

والسقوط إنّما يكون مع علم صدقه أو اشتباه حاله، واعترافه بكذبه ينفيهما،

فيكون لعانه قذفاً محضاً، فكيف يكون مسقطاً؟

﴿ وكذا ﴾ القولان ^(٢) لو أكذب نفسه ﴿ بعد لعانهما ﴾ لعين ما ذكر في

الجانبيين.

(١) لم نعر عليها بالتفصيل المذكور من كون إكذاب الزوج بعد لعانه وقبل لعان الزوجة، أنظر

المصادر المذكورة في الهامش التالي.

(٢) القول بسقوط الحدّ للشيخ في النهاية: ٥٢١، والمحقق في الشرائع ٣: ١٠٠، والعلامة في

الإرشاد ٢: ٦٢، والتحرير ٤: ١٣٥، الرقم ٥٥١٨. والقول بالثبوت للمفيد في المقنعة:

٥٤٢، والعلامة في القواعد ٣: ١٩١، وقوّاه ولده في الإيضاح ٣: ٤٥٣.

والأقوى ثبوته فيهما؛ لما ذكر، ولرواية محمد بن الفضيل^(١) عن الكاظم عليه السلام: «أنه سأله عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يردّ عليه ولدها^(٢)؟ قال: إذا أكذب نفسه جلد الحدّ وردّ عليه ابنه، ولا ترجع إليه امرأته أبداً»^(٣).

﴿ لكن ﴾ لو كان رجوعه بعد لعانها ﴿ لا يعود الحِلّ ﴾ للرواية، وللحكم بالتحريم شرعاً، واعترافه لا يصلح لإزالته. ﴿ ولا يرث الولد ﴾ لما ذكر ﴿ وإن ورثه الولد ﴾ لأنّ اعترافه إقرار في حقّ نفسه بإرثه منه، ودعوى ولادته قد انتفت شرعاً، فيثبت إقراره على نفسه ولا تثبت دعواه على غيره. وكذا لا يرث الولد أقرباء الأب ولا يرثونه إلاّ مع تصديقهم على نسبه في قول^(٤) لأنّ الإقرار لا يعدى المقرّ.

﴿ ولو أكذبت ﴾ المرأة ﴿ نفسها بعد لعانها فكذلك ﴾ لا يعود الفراش ولا يزول التحريم ﴿ ولا حدّ عليها ﴾ بمجرد إكذابها نفسها؛ لأنّه إقرار بالزنا وهو لا يثبت ﴿ إلاّ أن تقرّ أربعاً ﴾ - كما سيأتي إن شاء الله تعالى - فإذا أقرت أربعاً حدّت ﴿ على خلاف ﴾ في ذلك، منشؤه ما ذكرناه: من أنّ الإقرار بالزنا أربعاً من الكامل الحرّ المختار يثبت حدّه، ومن سقوطه بلعانها؛ لقوله تعالى: (وَيَذْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ) الآية^(٥) فلا يعود.

(١) في (ع) و (ف): الفضل.

(٢) كذا في النسخ، وفي الوسائل والتهذيبين: ولده.

(٣) الوسائل ١٥: ٦٠١، الباب ٦ من أبواب اللعان، الحديث ٦.

(٤) قال العلامة في القواعد ٣: ٣٨٢: ولو قيل يرثهم إن اعترفوا به وكذبوا الأب في اللعان

ويرثونه كان وجهاً.

(٥) النور: ٨.

﴿ ولو قذفها ﴾ الزوج ﴿ برجل ﴾ معين ﴿ وجب عليه حدان ﴾ أحدهما لها، والآخر للرجل؛ لأنّه قذفٌ لاثنتين ﴿ وله إسقاط حدّها ﴾ باللعان ﴿ دون حدّ الرجل .

﴿ ولو أقام بيّنة ﴾ بذلك ﴿ سقط الحدان ﴾ كما يسقط حدّ كلّ قذف بإقامة البيّنة بالفعل المقذوف به، وكذا يسقط الحدّ لو عفى مستحقّه أو صدّق على الفعل، لكن إن كانت هي المصدّقة وهناك نسب لم ينتفِ بتصديقها؛ لأنّه إقرار في حقّ الغير.

وهل له أن يلاعن لغيره؟ قولان^(١) من عموم ثبوته لنفي الولد، وكونه غير متصوّر هنا؛ إذ لا يمكن الزوجة أن تشهد بالله أنّه لمن الكاذبين بعد تصديقها إياه. نعم، لو صادفته على أصل الزنا، دون كون الولد منه توجّه اللعان منها؛ لإمكان شهادتها بكذبه في نفيه وإن ثبت زناها.

﴿ ولو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان ﴾ لتعذّره بموتها ﴿ وورثها ﴾ لبقاء الزوجيّة ﴿ وعليه الحدّ للوارث ﴾ بسبب القذف؛ لعدم تقدّم مسقطه ﴿ وله أن يلاعن لسقوطه ﴾ وإن لم يكن بحضور الوارث؛ لأنّه إمّا شهادات أو أيمان، وكلاهما لا يتوقّف على حياة المشهود عليه والمحلوف لأجله، ولعموم الآية. وقد تقدّم: أنّ لعانه يُسقط عنه الحدّ ويوجب الحدّ عليها، ولعانهما يوجب الأحكام الأربعة^(٢) فإذا انتفى الثاني بموتها بقي الأوّل خاصّة، فيسقط الحدّ ﴿ ولا يستنفي

(*) في (ق) و (س): أحدهما، وكذا في (ش) من الشرح. ويفهم من قول الشارح ﷺ: «دون حدّ الرجل» أنّ نسخته من المتن ما أثبتناه.

(١) القول باللعان للشيخ في المبسوط ٥ : ٢٠٢. واستقرّب الشهيد في غاية المراد ٣ : ٣١٥ عدم اللعان في الصورة الأولى.

(٢) تقدّم في الصفحة ٤٥٢ - ٤٥٣.

الإرث^(١) بلعانه بعد الموت ﴿ كما لا تنتفي الزوجية بلعانه قبله ﴾ إلا على رواية ﴿ أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : « إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، وإن أبي أحد منهم فله الميراث »^(٢). ومثله روى عمرو بن خالد عن زيد عن آبائه عليه السلام^(٣) وبمضمونها عمل جماعة^(٤).

والروايتان مع إرسال الأولى^(٥) وضعف سند الثانية^(٦) مخالفتان للأصل، من حيث إن اللعان شرع بين الزوجين فلا يتعدى، وإن لعان الوارث متعذر؛ لأنه إن أريد مجرد حضوره فليس بلعان حقيقي، وإن أريد إيقاع الصيغ^(٧) المعهودة من الزوجة فبعيد؛ لتعذر القطع من الوارث على نفي فعل غيره غالباً، وإيقاعه على نفي العلم تغيير للصورة المنقولة شرعاً، ولأن الإرث قد استقر بالموت، فلا وجه لإسقاط اللعان المتجدد له.

﴿ ولو كان الزوج أحد الأربعة ﴾ الشهود بالزنا ﴿ فالأقرب حدّها ﴾ لأن شهادة الزوج مقبولة على زوجته ﴿ إن لم تختلّ الشرائط ﴾ المعتبرة في الشهادة ﴿ بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف ﴾ فإن شهادته تردّ لذلك، وهو من جملة

(١) الإرث: الميراث، وأصله ورث فقلبت الواو ألفاً لمكان الكسرة. (منه يورث).

(٢) و (٣) الوسائل ١٥ : ٦٠٨، الباب ١٥ من أبواب اللعان، الحديث ١ و ٢.

(٤) مثل الشيخ في النهاية : ٥٢٣، والخلاف ٥ : ٢٩، المسألة ٣٣ من اللعان، والقاضي في المهذب ٢ : ٣١٠، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٣٧ - ٣٣٨.

(٥) وفي المختلف [٤٦٧ : ٧] قال : إن الأولى مقطوعة السند، وكأته أراد الإرسال، وأما القطع فلا؛ لذكر المروي عنه وهو الصادق عليه السلام. (منه يورث).

(٦) قال في المسالك ١٠ : ٢٥٤ : والروايتان ضعيفتان : الأولى بالإرسال والثانية برجال الزبديّة.

(٧) في (ع) : الصيغة.

اختلال الشرائط ﴿ أو اختلَّ غيره من الشرائط ﴾ كاختلاف كلامهم في الشهادة، أو أدائها الشهادة مختلفي المجلس، أو عداوة أحدهم لها، أو فسقه، أو غير ذلك ﴿ فَإِنَّهَا ﴾ حينئذٍ ﴿ لا تُحَدُّ ﴾ لعدم اجتماع شرائط ثبوت الزنا ﴿ ويلاعن الزوج ﴾ لا يسقط الحدُّ عنه بالقذف ﴿ وإلا ﴾ يلاعن ﴿ حُدَّ ﴾ ويُحدَّ باقي الشهود للفرية.

واعلم أنَّ الأخبار وكلام الأصحاب اختلف في هذه المسألة فروى إبراهيم ابن نعيم عن الصادق عليه السلام جواز شهادة الأربعة الذين أحدهم الزوج ^(١) ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة ^(٢) التي يترتب عليها أثرها، وهو حدُّ المرأة. وعمل بها جماعة ^(٣) ويؤيدها ^(٤) قوله تعالى: (وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ) ^(٥) فإنَّ ظاهرها أنَّه إذا كان غيره فلا لعان، وقوله تعالى: (وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ) ^(٦) فإنَّ الظاهر كون الخطاب للحاكم؛ لأنَّه المرجع في الشهادة، فيشمل الزوج وغيره.

وروى زرارة عن أحدهما عليهما السلام في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم

(١) الوسائل ١٥ : ٦٠٦، الباب ١٢ من أبواب اللعان، الحديث الأوَّل.

(٢) في (ع) : صحة.

(٣) مثل الشيخ في النهاية : ٦٩٠، والخلاف ٥ : ٤٣، المسألة ٥٩ من اللعان، وابن إدريس في السرائر ٣ : ٤٣٠، والمحقق في الشرائع ٣ : ١٠٢، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٥٤٨، ونسبه في المسالك ١٠ : ٢٥٨ إلى الأكثر وأكثر المتأخِّرين.

(٤) في (ش) : يؤيده.

(٥) النور : ٦.

(٦) النساء : ١٥.

زوجها قال : « يُلاعن ويُجلد الآخرون »^(١) وعمل بها الصدوق^(٢) وجماعة^(٣) ويؤيدها قوله تعالى : (لَوْلَا جَاؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ)^(٤) والمختار القبول .

ويمكن الجمع بين الروايتين - مع تسليم إسنادهما - بحمل الثانية على اختلال شرائط الشهادة كسبق الزوج بالقذف أو غيره ، كما تبّه عليه المصنّف بقوله : « إن لم تختلّ الشرائط ... » إلى آخره . وأمّا تعليلها بكون الزوج خصماً لها فلا تُقبل شهادته عليها^(٥) ، فهو في حيز المنع .



(١) الوسائل ١٥ : ٦٠٦ ، الباب ١٢ من أبواب اللعان ، الحديث ٢ .

(٢) المقنع : ٤٤٠ .

(٣) مثل القاضي في المهذّب ٢ : ٥٢٥ ، والحلي في الكافي : ٤١٥ ، والعلامة في القواعد

٣ : ١٩٢ ، وولده في الإيضاح ٣ : ٤٥٨ .

(٤) النور : ١٣ .

(٥) علّلها به في المهذّب ٢ : ٥٢٥ .

كتاب العتق



﴿ كتاب العتق ﴾

وهو لغةً: الخلوص^(١) ومنه سُميت جياذ الخيل عتاقاً، والبيت الشريف عتيقاً. وشرعاً: خلوص المملوك الآدمي أو بعضه من الرقِّ، وبالنسبة إلى عتق المباشرة المقصود بالذات من الكتاب تخلص المملوك الآدمي، أو بعضه من الرقِّ منجزاً بصيغة مخصوصة.

﴿ وفيه أجر عظيم ﴾ قال النبي ﷺ: «من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبار بكلِّ عضوٍ عضواً له من النار؛ فإن كان أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكلِّ عضوين منها عضواً من النار؛ لأنَّ المرأة نصف الرجل»^(٢) وقال ﷺ: «من أعتق رقبةً مؤمنةً كانت فداه من النار»^(٣) ولما فيه من تخلص الآدمي من ضرر الرقِّ وتملكه منافعه، وتكُمّل أحكامه. ويحصل العتق باختيار سببه، وغيره.

(١) راجع مجمع البحرين ٥ : ٢١١.

(٢) الوسائل ١٦ : ٦، الباب ٣ من أبواب كتاب العتق، الحديث الأول. وانظر المستدرک ١٥ :

٤٥١، الباب ٣ من كتاب العتق، الحديث ٢.

(٣) المستدرک ١٥ : ٤٤٩، الباب الأول من كتاب العتق، الحديث ١٣.

فالأول بالصيغة المنجزة، والتدبير، والكتابة، والاستيلاء، وشراء الذكر أحد العمودين أو المحارم من النساء، والأنتى أحد العمودين، وإسلام المملوك في دار الحرب قبل مولاه مع خروجه منها قبله، وتنكيل المولى به.

والثاني بالجدام، والعمى، والإقعاد، وموت المورث، وكون أحد الأبوين حرّاً إلا أن يُشترط رقه، على الخلاف.

وهذه الأسباب منها تامة في العتق كالإعتاق بالصيغة، وشراء القريب، والتنكيل، والجدام والإقعاد. ومنها ناقصة تتوقف على أمر آخر، كالاستيلاء لتوقفه على موت المولى وأمور آخر، والكتابة لتوقفها على أداء المال، والتدبير لتوقفه على موت المولى ونفوذه من ثلث ماله، وموت المورث لتوقفه على دفع القيمة إلى مالكة، وغيره مما يفصل في محله إن شاء الله تعالى.

ويفتقر الأول إلى صيغة مخصوصة.

﴿ وعبارته الصريحة التحرير، مثل أنت مثلاً ﴾ أو هذا أو فلان ﴿ حر ﴾ .

ووقوعه بلفظ التحرير موضع وفاق، وصراحته فيه واضحة، قال الله تعالى: (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ) ^(١) ﴿ وفي قوله: أنت عتيق، أو معتق خلاف ﴿ منشؤه الشك في كونه مرادفاً للتحرير فيدل عليه صريحاً، أو كناية عنه فلا يقع به. و ﴿ الأقرب وقوعه ﴾ به؛ لغلبة استعماله فيه في اللغة والحديث والعرف، وقد تقدّم بعضه واتفق الأصحاب على صحته في قول السيّد لأمرته: أعتقتك وتزوّجتك... إلى آخره.

﴿ ولا عبرة بغير ذلك من الألفاظ ﴾ التي لم توضع له شرعاً ﴿ صريحاً كان ﴾ في إزالة الرقّ ﴿ مثل أزلت عنك الرقّ أو فككت رقبتك، أو كناية ﴾ عنه

تحتمل غير العتق ﴿ مثل أنت ﴾ بفتح التاء ﴿ سائبة ﴾ أو لا ملك لي عليك ، أو لا سلطان ، أو لا سبيل ، أو أنت مولاي . ويدخل في « غير ذلك » ما دلّ على الإعتاق بلفظ الماضي الذي يقع به غيره كأعتقتك ، بل الصريح محضاً كحررتك .

وظاهرهم عدم وقوعه بهما ، ولعلّه لبعده الماضي عن الإنشاء ، وقيامه مقامه في العقود على وجه النقل خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على محلّه . مع احتمال الوقوع به هنا ؛ لظهوره فيه .

﴿ وكذا لا عبرة بالنداء مثل يا حرّاً ﴾ ويا عتيق ويا مُعتق ﴿ وإن قصد التحرير بذلك ﴾ المذكور من اللفظ غير المنقول شرعاً ، ومنه الكناية والنداء ﴿ كلّه ﴾ اقتصاراً في الحكم بالحرّيّة على موضع اليقين ، ولبعد النداء عن الإنشاء .

وربما احتمل الوقوع به من حيث إنّ حرف الإشارة إلى المملوك لم يعتبره الشارع بخصوصه ، وإنّما الاعتبار بالتحرير والإعتاق ، واستعمال « يا » بمعنى « أنت » أو « فلان » مع القصد جائز .

ويضعّف بأنّ غاية ذلك أن يكون كناية لا صريحاً ، فلا يقع به ، ولا يخرج الملك المعلوم عن أصله . وحيث لا يكون اللفظ مؤثراً شرعاً في الحكم لا ينفعه ضمّ القصد إليه . ونبّه بالغاية^(١) على خلاف من اكتفى بغير الصريح إذا انضمّ إلى النيّة من العامّة^(٢) .

ويقوى الإشكال لو كان اسمها « حرّة » فقال : أنتِ حرّة وشكّ في قصده ؛

(١) في قول الماتن بَيِّنُهُ : « وإن قصد التحرير بذلك » .

(٢) أنظر المغني مع الشرح الكبير ١٢ : ٢٣٤ - ٢٣٥ .

لمطابقة اللفظ للمتفق على التحرير به، واحتمال الإخبار بالاسم.
والأقوى عدم الوقوع. نعم، لو صرح بقصد الإنشاء صح، كما أنه لو صرح
بقصد الإخبار قبل ولم يُعتق.

﴿ وفي اعتبار التعيين ﴾ للمعتق ﴿ نظر ﴾ منشؤه: النظر إلى عموم الأدلة
الدالة على وقوعه بالصيغة الخاصة، وأصالة عدم التعيين، وعدم مانعية الإيهام في
العتق شرعاً، من حيث وقع لمريضٍ أعتق عبداً يزيدون عن ثلث ماله ولم يُجز
الورثة، والالتفات إلى أن العتق أمر معيّن فلا بدّ له من محلّ معيّن.

وقد تقدّم مثله في الطلاق^(١) والمصنّف رجّح في شرح الإرشاد الوقوع^(٢)
وهنا توقّف. وله وجه إن لم يترجّح اعتباره، فإن لم يعتبر التعيين فقال: «أحد
عبيدي حرّاً صحّ، وعيّن من شاء.

وفي وجوب الإنفاق عليهم قبله، والمنع من استخدام أحدهم وبيعه،
وجهان: من ثبوت النفقة قبل العتق ولم يتحقّق بالنسبة^(٣) إلى كلّ واحد
فيستصحب، واشتباه الحرّ منهم بالرقّ مع انحصارهم فيحرم استخدامهم وبيعهم.
ومن استلزام ذلك الإنفاق على الحرّ بسبب الملك والمنع من استعمال المملوك.
والأقوى الأوّل.

واحتمل المصنّف استخراج المعتق بالقرعة، وقطع بها لو مات قبل التعيين^(٤)
ويشكل كلّ منهما بأن القرعة لاستخراج ما هو معيّن في نفسه غير متعيّن ظاهراً،

(١) تقدّم في الصفحة ٣٥٤ - ٣٥٥.

(٢) أنظر غاية المراد ٣: ٢٢٩ و ٣٢٤.

(٣) في (ع): النسبة.

(٤) أنظر الدروس ٢: ١٩٨.

لا لتحصيل التعيين.

فالأقوى الرجوع إليه فيه أو إلى وارثه بعده.

ولو عدل المعين عن من عينه لم يقبل ولم يعتق الثاني؛ إذ لم يبق للعتق محلّ. بخلاف ما لو أعتق معيناً واشتبه ثم عدل فإنهما ينعقدان.

﴿ ويشترط بلوغ المولى ﴾ المعتق ﴿ واختياره ورشده وقصده ﴾ إلى العتق ﴿ والتقرب به إلى الله تعالى ﴾ لأنه عبادة ولقولهم عَلَيْهِمُ السَّلَامُ : « لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى »^(١) ﴿ وكونه غير محجور عليه بفلس، أو مرض فيما زاد على الثلث ﴾ فلا يقع من الصبي وإن بلغ عشرًا، ولا من المجنون المطبق، ولا غيره في غير وقت كماله، ولا المكره، ولا السفیه، ولا الناسي والغافل والسكران، ولا من غير المتقرب به إلى الله تعالى، سواء قصد الرياء أم لم يقصد شيئاً، ولا من المفلس بعد الحجر عليه أمّا قبله فيجوز وإن استوعب دينه ماله، ولا من المريض إذا استغرق دينه تركته أو زاد المعتق عن ثلث ماله بعد الدين إن كان، إلا مع إجازة الغرماء والورثة.

وفي الاكتفاء بإجازة الغرماء في الصورة الأولى وجهان: من أن المنع من العتق لحقهم، ومن اختصاص الوارث بعين التركة. والأقوى^(٢) التوقف على إجازة الجميع.

﴿ والأقرب صحّة مباشرة الكافر ﴾ للعتق؛ لإطلاق الأدلة^(٣) أو عمومها، ولأنّ العتق إزالة ملك، وملك الكافر أضعف من ملك المسلم فهو أولى بقبول

(١) الوسائل ١٦ : ٦، الباب ٤ من أبواب كتاب العتق، الحديث الأول.

(٢) في (ر) : والأولى.

(٣) أنظر الوسائل ١٦ : ٢، الباب الأول من كتاب العتق، وغيره من الأبواب.

الزوال. واشترطه بنية القربة لا ينافيه؛ لأنّ ظاهر الخبر السالف أنّ المراد منها إرادة وجه الله تعالى، سواء حصل الثواب أم لم يحصل. وهذا القدر ممكن ممّن يقرّ بالله تعالى. نعم، لو كان الكفر بجحد الإلهيّة مطلقاً توجّه إليه المنع. وكونه عبادة مطلقاً ممنوع، بل هو عبادة خاصّة يغلب فيها فكّ الملك، فلا يمتنع من الكافر مطلقاً.

وقيل: لا يقع من الكافر مطلقاً^(١) نظراً إلى أنّه عبادة تتوقّف على القربة، وأنّ المعبر من القربة ترتّب أثرها من الثواب، لا مطلق طلبها كما ينبّه عليه حكمهم بطلان صلاته وصومه لتعدّر القربة منه، فإنّ القدر المتعدّر هو هذا المعنى، لا ما ادّعوه أولاً، ولأنّ العتق شرعاً ملزوم للولاء ولا يثبت ولاء الكافر على المسلم؛ لأنّه سبيل منفيّ عنه، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم. وفي الأوّل ما مرّ. وفي الثاني أنّ الكفر مانع من الإرث كالقتل، كما هو مانع في النسب.

والحقّ أنّ اتّفاقهم على بطلان عبادته من الصلاة ونحوها واختلافهم في عتقه وصدقته ووقفه عند من يعتبر نية القربة فيه، يدلّ على أنّ لهذا النوع من التصرف المالي حكماً ناقصاً عن مطلق العبادة^(٢) من حيث الماليّة، وكون الغرض منها نفع الغير فجانب الماليّة فيها أغلب من جانب العبادة، فمن ثمّ وقع الخلاف فيها دون غيرها من العبادة^(٣) والقول بصحّة عتقه متّجه مع نحقّ قصده إلى القربة وإن لم يحصل لازمها.

(١) قاله ابن إدريس في السرائر ٣: ٢٠، والمحقّق في الشرائع ٣: ١٠٧، والعلامة في القواعد

٣: ١٩٩، والتحرير ٤: ١٨٩، الرقم ٥٦٢٤، والإرشاد ٢: ٦٧.

(٢) و (٣) في (ر): العبادات.

﴿ وكونه ﴾ - بالجرّ - عطفاً على مباشرة الكافر، أي والأقرب صحّة كون الكافر ﴿ محلاً ﴾ للعتق بأن يكون العبد المعتق كافراً، لكن ﴿ بالندر لا غير ﴾ بأن ينذر عتق مملوك بعينه وهو كافر. أمّا المنع من عتقه مطلقاً، فلأنّه خبيث وعتقه إنفاق له في سبيل الله وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: (وَلَا تَيْمَمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ)^(١) ولاشتراط القربة فيه كما مرّ، ولا قربة في الكافر، ولرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال: «سألته أيجوز للمسلم أن يُعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: لا»^(٢).

وأما جوازه بالندر، فللجمع بين ذلك وبين ما روي أنّ عليّاً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً فأسلم حين أعتقه^(٣) بحمله على النذر، والأزلى على عدمه. وفيهما معاً نظر؛ لأنّ ظاهر الآية وقول المفسرين: أنّ الخبيث هو الرديء من المال يُعطى الفقير^(٤) وربما كانت المالّية في الكافر خيراً من العبد المسلم، والإنفاق؛ لمالّيته، لا لمعتقه الخبيث؛ ومع ذلك فالنهى مخصوص بالصدقة الواجبة؛ لعدم تحريم الصدقة المندوبة بما قلّ وركدوّ حتّى بشقّ ثمرة إجماعاً. والقربة يمكن تحقّقها في عتق المولى الكافر المقرّب بالله تعالى الموافق له في الاعتقاد، فإنّه يقصد به وجه الله تعالى كما مرّ وإن لم يحصل الثواب، وفي المسلم إذا ظنّ القربة بالإحسان إليه وفكّ رقبتة من الرقّ وترغيبه في الإسلام، كما روي من فعل عليّ عليه السلام وخبر سيف مع ضعف سنده^(٥) أخصّ من المدعى، ولا ضرورة

(١) البقرة: ٢٦٧.

(٢) و (٣) الوسائل ١٦ : ٢٠، الباب ١٧ من أبواب كتاب العتق، الحديث ٥ و ٢.

(٤) أنظر التبيان ٢ : ٣٤٤ - ٣٤٥، ومجمع البيان ١ : ٣٨١ ذيل الآية الشريفة.

(٥) وفي طريقه الحسن بن علي بن أبي حمزة، وهو واقفيّ خبيث. (منه نسخة).

إلى الجمع حينئذٍ بما لا يدلّ عليه اللفظ أصلاً، فالقول بالصحة مطلقاً مع تحقّق القرية متّجه، وهو مختار المصنّف في الشرح^(١).

﴿ ولا يقف العتق على إجازة ﴾ المالك لو وقع من غيره ﴿ بل يبطل عتق الفضولي ﴾ من رأس إجماعاً، ولقوله ﷺ: « لا عتق إلا في ملك »^(٢) ووقوعه من غيره بالسراية خروج عن المتنازع، واستثناؤه إمّا منقطع، أو نظراً إلى مطلق الاعتاق. ولو علّق غير المالك العتق بالملك لغا، إلا أن يجعله نذراً أو ما في معناه، كـ « الله عليّ إعتاقه إن ملكته » فيجب عند حصول الشرط، ويفتقر إلى صيغة العتق وإن قال: « الله عليّ أنّه حرّ إن ملكته » على الأقوى.

وربما قيل بالاكْتفاء هنا بالصيغة الأولى^(٣) اكتفاءً بالملك الضمّنيّ، كملك القريب آناً ثمّ يُعتق.

﴿ ولا يجوز تعليقه على شرط ﴾ كقوله: « أنت حرّ إن فعلت كذا » أو « إذا طلعت الشمس » ﴿ إلا في التدبير فإنّه ﴾ يجوز أن ﴿ يعلّق بالموت ﴾ كما سيأتي ﴿ لا بغيره ﴾ وإلا في النذر حيث لا يفتقر إلى صيغة إن قلنا به.

﴿ نعم، لو نذر عتق عبده عند شرط ﴾ سائغ على ما فُصّل ﴿ انعقد ﴾ النذر وانعتق مع وجود الشرط إن كانت الصيغة: أنّه إن كان كذا من الشروط السائغة فعبدي حرّ. ووجب عتقه إن قال: « فلله عليّ أن أعتقه ». والمطابق للعبرة، الأوّل؛ لأنّه العتق المعلّق، لا الثاني فإنّه الإعتاق.

(١) غاية المراد ٣: ٣٢٨.

(٢) أنظر الوسائل ١٦: ٧، الباب ٥ من أبواب العتق، الحديث ١ و ٢.

(٣) قاله ابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٠، وهو ظاهر الشهيد كما في الجواهر ٣٤: ١١٤، وانظر

ومثله القول فيما إذا نذر أن يكون ماله صدقة، أو لزيد، أو أن يتصدق به، أو يعطيه لزيد، فإنه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط في الأوّل ويصير ملكاً لزيد قهرياً، بخلاف الأخير فإنه لا يزول ملكه به، وإّما يجب أن يتصدق أو يعطي زيداً، فإن لم يفعل بقي على ملكه وإن حث. ويتفرّع على ذلك إيراؤه منه قبل القبض فيصحّ في الأوّل، دون الثاني.

﴿ ولو شرط عليه ﴾ في صيغة العتق ﴿ خدمة ﴾ مدة مضبوطة متّصلة بالعتق أو منفصلة أو متفرّقة مع الضبط ﴿ صحّ ﴾ الشرط والعتق؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) ولأنّ منافعه المتجدّدة ورقبته ملك للمولى، فإذا أعتقه بالشرط فقد فكّ رقبته وغيرَ المشترط من المنافع وأبقى المشترط على ملكه، فيبقى استصحاباً للملك ووفاءً بالشرط.

وهل يشترط قبول العبد؟ الأقوى العدم، وهو ظاهر إطلاق العبارة؛ لما ذكرناه.

ووجه اشتراط قبوله: أنّ الإعتاق يقتضي التحرير والمنافع تابعة، فلا يصحّ شرط شيء منها إلاّ بقوله.

وهل تجب على المولى نفقته في المدّة المشترطة؟ قيل: نعم^(٢) لقطعه بها عن التكبّب.

ويشكل بأنّه لا يستلزم وجوب النفقة كالأجير والموصى بخدمته. والمناسب للأصل ثبوتها من بيت المال أو من الصدقات؛ لأنّ أسباب النفقة

(١) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٢) نسبه في التنقيح الرائع ٣ : ٤٣٨ إلى الإسكافي وقربّه، وفي المهذّب البارع ٤ : ٤٩ أيضاً

نسبه إليه واستحسنه، وراجع كلام الإسكافي في المختلف ٨ : ٢٧ - ٢٨.

مضبوطة شرعاً وليس هذا منها، وللأصل. وكما يصحّ اشتراط الخدمة يصحّ اشتراط شيء معين من المال؛ للعموم^(١) لكن الأقوى هنا اشتراط قبوله؛ لأنّ المولى لا يملك إثبات مال في ذمّة العبد، ولصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام^(٢).
وقيل: لا يشترط كالخدمة^(٣) لاستحقاقه عليه رقاً السعي في الكسب كما يستحقّ الخدمة، فإذا شرط عليه مالا فقد استثنى من مناعه بعضها. وضعفه ظاهر.

وحيث يشترط الخدمة لا يتوقّف انعناقه على استيفائها، فإن وفى بها في وقتها، وإلا استقرت أجرة مثلها في ذمته؛ لأنّها مستحقّة عليه وقد فاتت فيرجع إلى أجرتها، ولا فرق بين المعتق ووارثه في ذلك.

﴿ ولو شرط عوده في الرقّ إن خالف ﴾ شرطاً شرطه عليه في صيغة العتق ﴿ فالأقرب بطلان العتق ﴾ لتضمّن الشرط عود من تثبت حرّيته رقاً وهو غير جائز.

ولا يرد مثله في المكاتب المشروط؛ لأنّه لم يخرج عن الرقيّة وإن تشبّث

(١) أي عموم المؤمنون عند شروطهم.

(٢) في الكافي والتهذيبين بدل حريز أبو جرير، نعم في الفقيه والمختلف والإيضاح والدروس كما هنا. والسؤال فيها عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام كما في المسالك. أنظر الكافي ٦: ١٩١، ح ٥، والتهذيب ٨: ٢٢٤، ح ٨٠٦، والاستبصار ٤: ١١، ح ٣٣، والفقيه ٣: ١٥٣، ح ٣٥٥٧، والمختلف ٨: ٢٢، والإيضاح ٣: ٤٧٨، والدروس ٢: ٢٠٦، والمسالك ١٠: ٣١٠-٣١١، وانظر الرواية في الوسائل ١٦: ٢٩، الباب ٢٤ من كتاب العتق، الحديث ٥.

(٣) لم نعر على القائل صريحاً. ونسبه في المسالك ١٠: ٢٩٣ إلى ظاهر الشرائع. أنظر كلام المحقّق في الشرائع ٣: ١٠٨.

بالحرية بوجه ضعيف، بخلاف المعتق بشرط. وقول سيد المكاتب: «فأنت رد في الرق» يريد به الرق المحض، لا مطلق الرق.

وقيل: يصح الشرط ويرجع بالإخلال^(١) للعموم ورواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام أنه سأله «عن الرجل يعتق مملوكه ويؤججه ابنته ويشترط عليه إن أغارها أن يرده في الرق؟ قال: له شرطه»^(٢) وطريق الرواية ضعيف^(٣) ومنها منافع للأصول، فالقول بالبطلان أقوى.

وذهب بعض الأصحاب^(٤) إلى صحة العتق وبتلان الشرط لبنائه على التغليب. ويضعف بعدم القصد إليه مجرداً عن الشرط وهو شرط الصحة كغيره من الشروط.

﴿ ويستحب عتق المملوك ﴾ المؤمن ﴿ ذكراً كان أم أنثى ﴾ إذا أتى عليه ﴿ في ملك المولى المندوب إلى عتقه ﴾ سبع سنين ﴿ لقول الصادق عليه السلام: «من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا تحل خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين»^(٥) وهو محمول على تأكيد استحباب عتقه؛ للإجماع على أنه لا يعتق بدون الإعتاق ﴿ بل يستحب ﴾ العتق ﴿ مطلقاً ﴾

(١) قاله الشيخ في النهاية: ٥٤٢، والقاضي في المهذب ٢: ٣٥٩، والمحقق في الشرائع ٣: ١٠٨، والعلامة في القواعد ٣: ٢٠٢.

(٢) الوسائل ١٦: ١٥، الباب ١٢ من كتاب العتق، الحديث ٢.

(٣) فإن إسحاق بن عمار فطحي، المسالك ٨: ١٠٦.

(٤) هو الشيخ فخر الدين في الشرح صريحاً [الإيضاح ٣: ٤٧٩] وابن إدريس ظاهراً [السرائر ٣: ١١] (منه رحمه الله).

(٥) الوسائل ١٦: ٣٦، الباب ٣٣ من كتاب العتق، الحديث الأول.

خصوصاً للمؤمن .

﴿ ويكره عتق العاجز عن الاكتساب* إلا أن يُعينه ﴾ بالإِنفاق، قال الرضا عليه السلام : « من أعتق مملوكاً لا حيلة له فإنّ عليه أن يعوله حتّى يستغني عنه، وكذلك كان عليّ عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له»^(١).

﴿ و ﴾ كذا يُكره ﴿ عتق المخالف ﴾ للحقّ في الاعتقاد؛ للنهي عنه في الأخبار، المحمول على الكراهة جمعاً. قال الصادق عليه السلام : « ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم يكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلاّ عارفاً»^(٢). و ﴿ لا ﴾ يُكره عتق ﴿ المستضعف ﴾ الذي لا يعرف الحقّ ولا يعاند فيه، ولا يوالي أحداً بعينه؛ لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : « قال : قلت له : الرقبة تعتق من المستضعفين ؟ قال : نعم»^(٣).

﴿ ومن خواصّ العتق السراية ﴾

وهو انعتاق باقي المملوك إذا أعتق بعضه بشرائط خاصّة ﴿ فمن أعتق شقصاً ﴾ - بكسر الشين - أي جزءاً ﴿ من عبده ﴾ أو أمته - وإن قلّ الجزء - سرى العتق فيه أجمع و ﴿ عتق كلّهُ ﴾ وإن لم يملك سواه ﴿ إلاّ أن يكون ﴾ المعتق ﴿ مريضاً ولم يبرأ ﴾ من مرضه الذي أعتق فيه ﴿ ولم يخرج ﴾ المملوك ﴿ من

(*) في (ق) : اكتساب .

(١) الوسائل ١٦ : ١٧، الباب ١٤ من كتاب العتق، الحديث الأوّل .

(٢) نفس المصدر : ٢٠، الباب ١٧ من كتاب العتق، ذيل الحديث ٣ .

(٣) المصدر السابق : ١٩، الباب ١٧ من كتاب العتق، الحديث الأوّل .

الثالث ﴿ أي ثلث مال المعتق، فلا يُعتق حينئذٍ أجمع، بل ما يسعه الثلث ﴾ إلا مع الإجازة ﴿ من الوارث فيعتق أجمع إن أجازته، وإلا فبحسب ما أجازته.

هذا هو المشهور بين الأصحاب وربما كان إجماعاً، ومستنده من الأخبار^(١) ضعيف^(٢) ومن ثم ذهب السيّد جمال الدين بن طاووس إلى عدم السراية بعتق البعض مطلقاً^(٣) استضعافاً للدليل المخرج عن حكم الأصل، ولموافقته لمذهب العامة^(٤) مع أنه قد روى حمزة بن حمران عن أحدهما عليه السلام قال: «سألته عن الرجل أعتق نصف جاريتته ثم قذفها بالزنا؟ قال: فتال: أرى أن عليه خمسين جلدة ويستغفر ربّه» الحديث^(٥) وفي معناه خبران آخران أصحهما الشيخ على أنه لا يملك نصفها الآخر مع إعساره^(٦).

﴿ ولو كان له فيه ﴾ أي في المملوك الذي أعتق بعضه ﴿ شريك قوم عليه نصيبه ﴾ وعتق أجمع ﴿ مع يساره ﴾ أي يسار المعتق بأن يملك حال العتق

(١) أنظر الوسائل ١٦ : ٦٣، الباب ٦٤ من كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.

(٢) فإن غياث بن إبراهيم وطلحة بن زيد الواقعان في طريق الروايتين بترقان. راجع المسائل ٤٧١ : ٩ و ١٢ : ٣٤١.

(٣) قاله في كتابه ملاذ علماء الإمامية كما في المسالك ١٠ : ٣٢٥ وفي أبوابه الكتاب ١٠ : ٢١٠. ونقله الشهيد عنه أيضاً في الدروس ٢ : ٢١٠.

(٤) أنظر المغني والشرح الكبير ١٢ : ٢٤٠ و ٢٤٩.

(٥) الوسائل ١٦ : ٦٣ - ٦٤، الباب ٦٤ من كتاب العتق، الحديث ٣.

(٦) وهما صحيحة عبد الله بن سنان ورواية مالك بن عطية عن أبي بصير في الوسائل ١٦ : ٦٤ - ٦٥، الباب ٦٤ من كتاب العتق، الحديث ٧، و ٩٥، الباب ١٢ من أبواب المكاتب،

الحديث الأول.

(٧) أنظر التهذيب ٨ : ٢٢٩، ذيل الخبر ٨٢٦، والاستبصار ٤ : ٦، ذيل الخبر ٢٠.

زيادة عمّا يُستنتى في الدين : من داره وخادمه ودابّته، وثيابه اللائقة بحاله كميّة وكيفية، وقوت يوم له ولعياله ما يسع قيمة نصيب الشريك، فندفع إليه ويُعتق. ولو كان مديوناً يستغرق دينه ماله الذي يُصرف فيه، ففي كونه موسراً أو معسراً قولان^(١) أو جههما الأوّل؛ لبقاء الملك معه.

وهل تنعق حصّة الشريك بعنق المالك حصّته، أو بأداء قيمتها إليه، أو بالعتق مراعى بالأداء؟ أقوال^(٢) وفي الأخبار^(٣) ما يدلّ على الأوّلين، والأخير طريق الجمع.

وتظهر الفائدة فيما لو أعتق الشريك حصّته قبل الأداء، فيصحّ على الثاني، دون الأوّل. وفي اعتبار القيمة، فعلى الأوّل يوم العتق، وعلى الثاني يوم الأداء، والظاهر أنّ الثالث كالأوّل. وفيما لو مات قبل الأداء، فيموت حرّاً على الأوّل

(١) القول بالإعسار للعلامة في القواعد ٣ : ٢٠٥. وأمّا القول باليسار فلم نعثر على القائل به صريحاً. ونسبه في المسالك ١٠ : ٣٣٧ إلى إطلاق عبارة الشرائع واختاره العلامة في الإرشاد حسب بعض النسخ الذي اختاره الشهيد في غاية المراد، والظاهر أنّه هو مختاره أيضاً. أنظر غاية المراد ٣ : ٣٣٧ - ٣٣٩.

(٢) الأوّل لابن إدريس في السرائر ٣ : ١٥ - ١٦. والثاني للمفيد في المقنعة : ٥٥٠، والشيخ في الخلاف ٦ : ٣٥٩، المسألة ١ من كتاب العتق، والمحقّق في الشرائع ٣ : ١١٢، والعلامة في التحرير ٤ : ١٩٧، الرقم ٥٦٤٣، وقوّاه الشهيد في الدروس ٢ : ٢١٢. والثالث للشيخ في المبسوط ٦ : ٥٢.

(٣) أمّا ما يدلّ على الأوّل فمثل رواية سليمان بن خالد وغيرها. راجع الوسائل ١٦ : ٢٣، الباب ١٨ من كتاب العتق، الحديث ٩ و ١١، و ٦٣، الباب ٦٤ من كتاب العتق، الحديث ١ و ٢، وغيرها من الروايات. وأمّا ما يدلّ على الثاني فمثل صحيحة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، الوسائل ١٦ : ٢١، الباب ١٨ من كتاب العتق، الحديث ٣.

ويرثه وارثه، دون الثاني، ويعتبر الأداء في ظهور حرّيته على الثالث. وفيما لو وجب عليه حدّ قبله، فكالحرّ على الأوّل، والمبعض على الثاني، وفي الحكم على الثالث نظر. وفيما لو أيسر المباشر بعد العتق وقبل الأداء، فعلى الأوّل لا يجب عليه الفكّ، وعلى الثاني يجب، وفي الثالث نظر وإلحاقه بالأوّل مطلقاً حسن.

﴿ وسعى العبد ﴾ في باقي قيمته بجميع سعيه، لا بنصيب الحرّية خاصة ﴿ مع إعساره ﴾ عنه أجمع، فإذا أدّى عتق كالمكاتب المطلق. ولو أيسر بالبعض سرى عليه بقدره على الأقوى، وسعى العبد في الباقي.

ولا فرق في عتق الشريك بين وقوعه للإضرار بالشريك وعدمه مع تحقّق القرية المشتركة. خلافاً للشيخ حيث شرط في السراية مع اليسار قصد الإضرار وأبطل العتق بالإعسار معه، وحكم بسعي العبد مطلقاً مع قصد القرية^(١) استناداً إلى أخبار^(٢) تأويلها بما يدفع المنافاة بينها وبين ما دلّ على المشهور طريق الجمع.

﴿ ولو عجز العبد ﴾ عن السعي أو امتنع منه ولم يمكن إجباره أو مطلقاً في ظاهر كلامهم ﴿ فالمهاياة ﴾ بالهمز ﴿ في كسبه ﴾ بمعنى أنّهما يقتسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه، ويكون كسبه في كلّ وقت لمن ظهر له بالقسمة ﴿ وتناول ﴾ المهاياة ﴿ المعتاد ﴾ من الكسب كالاخطاب ﴿ والنادر ﴾ كالاتقاط.

(١) النهاية : ٥٤٢.

(٢) مثل حسنة الحلبي في الوسائل ١٦ : ٢١، الباب ١٨ من كتاب العتق، الحديث ٢، وغيره في الباب وغيره.

وربما قيل: لا يتناول النادر^(١) لأنها معاوضة فلو تناولته تجهلت^(٢) والمذهب خلافه، والأدلة عامة^(٣) والنفقة والفطرة عليهما بالنسبة.

ولو ملك جزئه الحرّ مالاً كالإرث والوصية لم يشاركه المولى فيه وإن اتفق في نوبته.

ولو امتنعا أو أحدهما من المهايأة لم يجبر الممتنع، وكان على المولى نصف أجره عمله الذي يأمره به، وعلى المبعّض نصف أجره ما يغصبه^(٤) من المدة ويفوته اختياراً.

﴿ ولو اختلفا في القيمة حلف الشريك؛ لأنه يُنتزع من يده ﴾ فلا ينتزع إلا بما يقوله؛ لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره، كما يحلف المشتري لو نازعه الشفيع فيها؛ للعلّة.

وقيل: يحلف المعتق؛ لأنه غارم^(٥) وربما بُني الخلاف على عتقه بالأداء أو الإعتاق، فعلى الأوّل الأوّل، وعلى الثاني الثاني، وعليه المصنّف في الدروس^(٦) لكن قدّم على الحلف عرضه على المقومين مع الإمكان.

(١) لم نعثر عليه في أصحابنا، بل قال الشارح في المسالك ١٠ : ٣٢٨: إنّ القول بتناولها للكسب مطلقاً وإن كان نادراً هو المذهب. نعم، هو قول للعامّة ونسبه في المغني المطبوع مع الشرح الكبير ١٢ : ٢٥٣ إلى أصحاب الشافعية.

(٢) في (ش) و (ر): لجهلت.

(٣) مثل ما في الوسائل ١٦ : ٢٣، الباب ١٨ من كتاب العتق، الحديث ١١ و ١٢.

(٤) في (ف) : يعصيه، وفي (ش) ونسخة بدل (ر) : يقتضيه.

(٥) قاله المحقّق في الشرائع ٣ : ١١٢، والعلامة في القواعد ٣ : ٢٠٧، والإرشاد ٢ : ٧٠.

(٦) الدروس ٢ : ٢١٢.

والأقوى تقديم قول المعتق؛ للأصل، ولأنه متلف فلا يقصر عن الغاصب المتلف.

﴿ وقد يحصل العتق بالعمى ﴾ أي عمى المملوك بحيث لا يبصر أصلاً؛ لقول الصادق عليه السلام في حسنة حمّاد: «إذا عمى المملوك فقد أعتق»^(١) وروى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا عمى المملوك فلا رقّ عليه، والعبد إذا جُذِمَ فلا رقّ عليه»^(٢) وفي معناهما أخبار كثيرة^(٣).

﴿ والجذام ﴾ وكأنه إجماع ومن ثمّ لم ينكره ابن إدريس^(٤) وإلا فالمستند^(٥) ضعيف، وألحق به ابن حمزة البرص^(٦) ولم يثبت.

﴿ والإقعاد ﴾ ذكره الأصحاب ولم نقف على مستنده، وفي النافع نسبه إلى الأصحاب^(٧) مشعراً بتمريضه إن لم تكن إشارة إلى أنه إجماع وكونه المستند.

(١) الوسائل ١٦ : ٢٧، الباب ٢٣ من كتاب العتق، الحديث الأوّل. وفيه وفي الكافي: فقد عتق.

(٢) نفس المصدر، الحديث ٢.

(٣) راجع نفس المصدر والباب.

(٤) السرائر ٣ : ٦.

(٥) وهو رواية السكوني في الوسائل ١٦ : ٢٧، الباب ٢٣ من أبواب العتق، الحديث ٢. والظاهر أنّ ضعف الخبر بالسكوني. راجع المسالك ١ : ٩٩.

(٦) الوسيلة : ٣٤٠.

(٧) المختصر النافع : ٢٣٨.

﴿ وإسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه ﴾ خارجاً منها قبله على أصح القولين^(١) للخبر^(٢) ولأنّ إسلام المملوك لا ينافي ملك الكافر له، غاية أنه يُجبر على بيعه. وإنما يملك نفسه بالقهر لسيدّه، ولا يتحقّق ثمّ إلاّ بالخروج إلينا قبله. ولو أسلم بعده لم يُعتق وإن خرج إلينا قبله. ومتى ملك نفسه أمكن بعد ذلك أن يسترقّ مولاه إذا قهره، فتعكس المولوية.

﴿ ودفع قيمة ﴾ المملوك ﴿ الوارث ﴾ إلى سيّدّه ليُعتق ويرث. ويظهر من العبارة اعتناقه بمجرد دفع القيمة، حيث جعله سبب العتق، وكذا يظهر منها الاكتفاء في عتقه بدفع القيمة من غير عقد وسيأتي في الميراث^(٣) أنّه يُشترى ويُعتق. ويمكن أن يُريد كون دفع القيمة من جملة أسباب العتق وإن توقّف على أمر آخر، كسببية التدبير والكتابة والاستيلاء.

﴿ وتنكيل المولى بعبدّه ﴾^(٤) في المشهور، وبه روايتان: إحداهما

(١) اختاره الشيخ في النهاية: ٢٩٥، والعلامة في القواعد ٣: ٢٠٤، والتحرير ٤: ١٩٥، الرقم ٥٦٣٥. وأمّا القول بالعدم فهو المنسوب في التنقيح الرائع ٣: ٤٥٦، وغيره إلى ابن إدريس، ولكنّ الموجود في السرائر ٢: ١٠ - ١١ خلاف المنسوب إليه، ونسبه في المهذب البارع ٤: ٦٥ إلى الأكثر.

(٢) انرسائل ١١: ٨٩، الباب ٤٤ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأوّل. ولفظ الخبر هكذا: أيّما عبد خرج قبل مولاه فهو حرّ.

(٣) يأتي في الجزء الرابع: ١٦٥ في ثالث موانع الإرث (الرقّ) عند قوله: إذا لم يكن للميت وارث سوى المملوك أُستري من التركة وأعتق.

(٤) وسيأتي من المصنّف في كتاب الغصب [٥٧٤] من أنّ تنكيل الغاصب موجبٌ لعتق العبد ووجوب القيمة فالأولى للمصنّف إطلاق التنكيل لإضافته إلى المولى. (منه بإذن).

مرسلة^(١) وفي بعض سند الأخرى جهالة^(٢) ومن ثم أنكره ابن إدريس^(٣).

وأصل التنكيل : فعل الأمر الفطيع بالغير ، يقال : نكّل به تنكيلاً إذا جعله نكالاً وعبرة لغيره ، مثل أن يقطع أنفه أو لسانه أو أذنيه أو شفتيه . وليس في كلام الأصحاب هنا شيء محرّر ، بل اقتصروا على مجرد اللفظ فيرجع فيه إلى العرف ، فما يُعدّ تنكيلاً عرفاً يترتب عليه حكمه والأمة في ذلك كالعبد . ومورد الرواية المملوك ، فلو عبّر به المصنّف كان أولى .

﴿ و ﴾ قد يحصل العتق ﴿ بالملك ﴾ فيما إذا ملك الذكر أحد العمودين أو إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً ، والمرأة أحد العمودين ﴿ وقد سبق ﴾ تحقيقه في كتاب البيع^(٤).

﴿ ويلحق بذلك مسائل ﴾ :

﴿ لو قيل لمن أعتق بعض عبده : أأعتقتهم ؟ ﴾ أي عبيدك بصيغة العموم من غير تخصيص بمن أعتقه ﴿ فقال : نعم ، لم يُعتق سوى من أعتقه ﴾ لأنّ هذه الصيغة لا تكفي في العتق ، وإنما حُكِمَ بعتق من أعتقه بالصيغة السابقة . هذا بحسب نفس الأمر . أمّا في الظاهر ، فإنّ قوله : « نعم » عقيب الاستفهام

(١) وهي مرسلة جعفر بن محبوب ، راجع الوسائل ١٦ : ٢٦ ، الباب ٢٢ من كتاب العتق ، الحديث الأوّل .

(٢) في طريقها عبد الحميد وهو مشترك بين الضعيف والثقة [المصدرالمتنّدّم : الحديث ٢] وفي المختلف [٢٦ : ٨] والتحرير [٤ : ١٩٤] جعلها في الصحيح ، وهو أعلم . (منه ﷺ) .

(٣) أنظر السرائر ٣ : ٨ - ٩ .

(٤) سبق في الجزء الثاني : ٢٣٠ - ٢٣١ .

عن عتق عبده الذي هو جمع مضاف مفيد للعموم عند المحققين، يفيد الإقرار بعتق جميع عبده، من أوقع عليه منهم صيغة وغيره، عملاً بظاهر إقرار المسلم، فإن الإقرار وإن كان إخباراً عما سبق لا يصدق إلا مع مطابقته لأمر واقع في الخارج سابق عليه، إلا أنه لا يشترط العلم بوقوع السبب الخارجي، بل يكفي إمكانه وهو هنا حاصل، فيلزم الحكم عليه ظاهراً بعتق الجميع لكل من لم يعلم بفساد ذلك. ولكن الأصحاب أطلقوا القول بأنه لا يُعتق إلا من أعتقه من غير فرق بين الظاهر ونفس الأمر تبعاً للرواية^(١) وهي ضعيفة مقطوعة، وفيها ما ذكر.

ويتوى الإشكال لو كان من أعتقه سابقاً لا يبلغ الجمع، فإن إقراره ينافيه من حيث الجمع والعموم، بل هو في الحقيقة جمع كثرة لا يُطلق حقيقة إلا على ما فوق العشرة. فكيف يُحمل على الواحد بحسب مدلول اللفظ لو لم يكن أعتق غيره في نفس الأمر.

نعم، هذا يتم بحسب ما يعرفه المعتق ويدين به، لا بحسب إقراره. لكن الأمر في جمع الكثرة سهل؛ لأن العرف لا يفرق بينه وبين جمع القلة وهو المحكم في هذا الباب.

واشترط بعضهم في المحكوم بعته ظاهراً الكثرة^(٢) نظراً إلى مدلول لفظ الجمع، فيلزم عتق ما يصدق عليه الجمع حقيقة، ويكون في غير من أعتقه

(١) وهي رواية ساعة في الوسائل ١٦ : ٥٩ - ٦٠، الباب ٥٨ من كتاب العتق، وفيه حديث واحد. ولعل ضعفه بسامعة. راجع المسالك ٢ : ٤٨٠ و ١٤ : ٢٠٧.

(٢) وهو العلامة في القواعد ٣ : ٢٠٢ - ٢٠٣، وولده في الإيضاح ٣ : ٤٨٢.

كالمشتبه. واعتذر لهم عمّا ذكرناه بأنّه إذا أعتق ثلاثة من مماليكه يصدق عليه «هؤلاء مماليكى» حقيقة، فإذا قيل له: أأعتقت مماليكك؟ فقال: نعم، وهي تقتضى إعادة السؤال وتقريره، فيكون إقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا دون غيرهم؛ لأصالة البراءة، والإقرار إنّما يحمل على المتيقّن لا على ما فيه احتمال^(١).

ومما قرّناه يُعلم فساد الاعتذار للفرق بين قوله: «أعتقت مماليكى» المقتضى للعموم، وبين قوله لثلاثة: «هؤلاء مماليكى» لأنّه حينئذٍ يفيد عموم المذكور دون غيره، بخلاف المطلق، فإنّه يفيد في جميع من يملكه بطريق الحقيقة.

وهذا لا احتمال فيه من جهة مدلول اللفظ، فكيف يتخصّص بما لا دليل عليه ظاهراً؟

نعم، لو كان الإقرار في محلّ اضطرار^(٢) كما لو مرّ بعاشر فأخبر بعتقهم ليسلم منه اتّجه القول بأنّه لا يُعتق إلّا ما أعتقه عملاً بقريّة الحال في الإقرار، وبه وردت الرواية^(٣).

﴿ولو نذر عتق أوّل ما تلده فولدت توأمين﴾ أي ولدين في بطنٍ، واجدُهُما توأم - على فَوْعَلٍ - ﴿عُتِقَا﴾ معاً إن ولدتَهما دفعة واحدة؛ لأنّ «ما» من صيغ العموم فيشملهما. ولو ولدتَهما متعاقبين عتق الأوّل خاصّة. والشيخ

(١) المعتذر الشيخ فخر الدين في شرحه [الإيضاح ٣ : ٤٨١]. (منه ﷺ).

(٢) في (ش) و (ر): الاضطرار.

(٣) وهي رواية الوليد بن هشام في الوسائل ١٦ : ٦٠، الباب ٦٠ من كتاب العتق، وفيه حديث واحد.

لم يُقَيَّد بالدفعَة^(١) تبعاً للرواية^(٢) وتبعه جماعة^(٣) منهم المصنّف هنا، وحملت على إرادة أوّل حمل.

هذا إن ولدته حياً، وإلاّ عتق الثاني؛ لأنّ الميّت لا يصلح للعتق، ونذره صحيحاً يدلّ على حياته التزاماً. وقيل: يبطل لفوات متعلّقه^(٤) ولو ولدته حرّاً أو مستحقّاً للعتق لعارضٍ فوجهان.

﴿ وكذا لو نذر عتق أوّل ما يملكه فملك جماعة ﴾ دفعة واحدة بأن قبل شراءهم، أو تملّكهم في عقد واحد، أو ورثهم من واحد ﴿ عتّقوا ﴾ أجمع؛ لما ذكرناه من العموم.

﴿ ولو قال: أوّل مملوك أملكه فملك جماعة، أعتق أحدهم بالقرعة ﴾ لأنّ مملوكاً نكرة واقعة في الإثبات فلا يعمّ، بل يصدق بواحد فلا يتناول غيره؛ لأصالة البراءة ﴿ وكذا لو قال: أوّل مولود تلده ﴾ فلا فرق حينئذٍ بين نذر ما تلده ويملكه فيهما نظراً إلى مدلول الصيغة في العموم وعدمه. ومن خصّ إحداهما بإحدى العبارتين والأخرى بالأخرى فقد مثّل^(٥). هذا غاية ما بينهما من الفرق.

(١) أنظر النهاية: ٥٤٤.

(٢) وهي مرفوعة أبي الفضل الهاشمي في الوسائل ١٦: ٣٥، الباب ٣١ من كتاب العتق، وفيه حديث واحد.

(٣) مثل القاضي في المهذّب ٢: ٣٦٠، والمحقّق في الشرائع ٣: ١٠٨، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٠٣.

(٤) قوّاه العلامة في التحرير ٤: ٢٠٣، الرقم ٥٦٥٥.

(٥) يعني غرضه التمثيل.

وفيه بحث؛ لأنَّ «ما» هنا تحتمل المصدرية والنكرة المثبتة تحتمل الجنسية، فيلحق الأول بالثاني، والثاني بالأول، ولا شبهة فيه عند قصده، إنما الشكُّ مع إطلاقه؛ لأنَّه حينئذٍ مشترك فلا يخصُّ (١) بأحد معانيه بدون القرينة، إلاَّ أن يدعى وجودها فيما ادَّعوه من الأفراد، وغير بعيد ظهور الفرد المدعى وإن احتمل خلافه، وهو مرجح. مع أنَّ في دلالة الجنسية على تقدير إرادتها أو دلالتها على العموم نظراً؛ لأنَّه صالح للقليل والكثير.

ثمَّ على تقدير التعدُّد والحمل على الواحد يُستخرج المعتقد بالقرعة كما ذكر؛ لصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في رجل قال: أوَّل مملوك أملكه فهو حرٌّ، فورث سبعة جميعاً، قال: يُقرع بينهم ويُعتق الذي قرع» (٢) والآخِر (٣) محمول عليه؛ لأنَّه بمعناه.

وقد يشكل ذلك في غير مورد النصِّ بأنَّ القرعة لإخراج ما هو معلوم في نفس الأمر مشتبه ظاهراً، وهنا الاشتباه واقع مطلقاً. فلا تتوجَّه القرعة في غير موضع النصِّ، إلاَّ أن يمنع تخصيصها بما ذكر نظراً إلى عموم قولهم عليهم السلام: «إنَّها لكلُّ أمرٍ مشتبه» لكن خصوصية هذه العبارة لم تصل إلينا مستندة على وجه يُعتمد (٤) وإن كانت مشهورة.

(١) في (ش): فلا يختصُّ.

(٢) الوسائل ١٦: ٥٩، الباب ٥٧ من كتاب العتق، الحديث الأوَّل.

(٣) أي الآخِر من العبارتين، وهي «أوَّل مولود تلده».

(٤) أُنظر الوسائل ١٨: ١٨٧ - ١٩٢، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، والمستدرک ١٧:

٣٧٣ - ٣٧٩، الباب ١١ من الأبواب.

وقيل: يتخيّر في تعيين من شاء^(١) لرواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام^(٢) في المسألة بعينها.

لكنّ الرواية ضعيفة السند^(٣) ولولا ذلك لكان القول بالتخيير. وحمل القرعة على الاستحباب طريق الجمع بين الأخبار، والمصنّف في الشرح اختار التخيير^(٤) جمعاً مع اعترافه بضعف الرواية.

وربما قيل بطلان النذر^(٥) لإفادة الصيغة وحدة المعتق ولم توجد. وربما احتمل عتق الجميع؛ لوجود الأوثية في كلّ واحد، كما لو قال: «من سبق فله كذا» فسبق جماعة^(٦) والفرق واضح.

﴿ ولو نذر عتق أمته إن وطئها فأخرجها عن ملكه ﴾ قبل الوطاء ﴿ ثم أعادها ﴾ إلى ملكه ﴿ لم تعد اليمين ﴾ لصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول: يوم يأتيها فهي حرّة، ثمّ يبيعهها من رجل، ثمّ يشتريها بعد ذلك؟ قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت

(١) قاله الإسكافي كما نقل عنه في المختلف ٨ : ٢٩، واختاره الشيخ في التهذيب ٨ : ٢٢٦، ذيل الحديث ٨١٢، والمحقّق في نكت النهاية ٣ : ١٤، والمختصر النافع ٢٣٧، وأبو العباس في المهذب البارع ٤ : ٥١.

(٢) الوسائل ١٦ : ٥٩، الباب ٥٧ من أبواب العتق، الحديث ٣.

(٣) فإنّ في طريقها إسماعيل بن يسار وهو ضعيف والحسن الصيقل وهو مجهول الحال. راجع المسالك ١٠ : ٣٠٠.

(٤) غاية المراد ٣ : ٣٣٦.

(٥) قاله ابن إدريس في السرائر ٣ : ١٢.

(٦) احتمله العلامة في القواعد ٣ : ٢٠٢.

عن ملكه»^(١).

وحُمِلَ^(٢) ما أُطلق فيها من التعليق على النذر، ليوافق الأصول، ويشهد له أيضاً تعليقه عليه عليه السلام الإتيان بخروجها عن ملكه، ولو لم يكن مندوراً لم يتوقف ذلك على الخروج، كما لا يخفى.

ولو عمّم النذر بما يشمل الملك العائد فلا إشكال في بقاء الحكم. وفي تعديته إلى غير الوطاء من الأفعال وإلى غير الأمة وجهان: من كونه قياساً، وإيماء النصّ إلى العلة، وهي مشتركة. والمتّجه التعدي، نظراً إلى العلة. ويتفرّع على ذلك أيضاً جواز التصرف في المندور المعلق على شرط لم يوجد، وهي مسألة إشكاليّة.

والعلامة اختار في التحرير عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرّ، فباعه قبل الفعل ثمّ اشتراه ثمّ فعل^(٣) وولده استقرب عدم جواز التصرف في المندور المعلق على الشرط قبل حصوله^(٤) وهذا الخبر حجّة عليهما.

﴿ ولو نذر عتق كلّ مملوك قديم انصرف ﴾ النذر ﴿ إلى من مضى عليه في ملكه ستّة أشهر ﴾ فصاعداً على المشهور. وربما قيل: إنّه إجماع^(٥) ومستنده

(١) الوسائل ١٦ : ٦٠، الباب ٥٩ من كتاب العتق، فيه حديث واحد.

(٢) أنظر المختلف ٨ : ٣١، والتنقيح الرائع ٣ : ٤٤٤، وفيه: وليس فيها ذكر النذر، بل مجرد التعليق وحملها الأصحاب عليه.

(٣) التحرير ٤ : ٢١٠، ذيل الرقم ٥٦٦٣.

(٤) الإيضاح ٣ : ٤٨٤.

(٥) قاله فخر المحققين في الإيضاح ٣ : ٤٨٣.

رواية^(١) ضعيفة السند واعتمادهم الآن على الإجماع.

واختلفوا في تعديته إلى نذر الصدقة بالمال القديم ونحوه، من حيث إن القديم قد صار حقيقة شرعية في ذلك فيتعدى. ويؤيده تعليقه في الرواية بقوله تعالى: (حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ)^(٢) فإنه يقتضي ثبوت القدم بالمدة المذكورة مطلقاً، ومن معارضة اللغة والعرف ومنع تحقّقه شرعاً؛ لضعف المستند، والإجماع إن ثبت اختصّ بمورده.

والأقوى الرجوع في غير المنصوص إلى العرف، وفيه لو قصر الكلّ عن ستة ففي عتق أولهم تملكاً اتّحد أم تعدّد، أو بطلان النذر وجهان. وعلى الأوّل لو اتفق ملك الجميع دفعة ففي انعتاق الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان. والأقوى البطلان فيهما؛ لدلالة اللغة والعرف على خلافه وفقد النصّ.

واعلم أنّ ظاهر العبارة كون موضع الوفاق نذر عتق المملوك، سواء فيه الذكر والأنثى. وهو الظاهر؛ لأنّ مستند الحكم عبّر فيه بالمملوك، والعلامة جعل مورده العبد، واستشكل الحكم في الأمة كغيرها من المال^(٣) واعتذر له ولده بأنّ مورد الإجماع العبد وإن كان النصّ أعم^(٤) لضعفه، وإثبات موضع الإجماع في

(١) وهي رواية داود النهدي، راجع الوسائل ١٦ : ٣٤، الباب ٣٠ من كتاب العتق، الحديث الأوّل. وقال في المسالك (١٠ : ٣٠٨): إنّ الرواية ضعيفة السند مرسلة.

(٢) يس : ٣٩.

(٣) أنظر القواعد ٣ : ٢٠٣.

(٤) الإيضاح ٣ : ٤٨٣.

ذلك لو تمّ لا يخلو من عُسر^(١).

﴿ ولو اشترى أمة نسيئة وأعتقها وتزوّجها وجعل عتقها مهرها ﴾ كما هو مورد الرواية^(٢) ﴿ أو تزوّجها ﴾ بعد العتق ﴿ بمهر ﴾ أو مفوّضة لاشتراك الجميع في الوجه ﴿ ثمّ مات ولم يخلف شيئاً ﴾ ليوفي منه ثمنها ﴿ نفذ العتق ﴾ لوقوعه من أصله صحيحاً ﴿ ولا تعود رقاً ﴾ لأنّ الحرّ لا يطراً عليه الرقبة في غير الكافر ﴿ ولا ﴾ يعود ﴿ ولدها ﴾ منه رقاً أيضاً؛ لانعقاده حرّاً كما ذكر ﴿ على ما تقتضيه الأصول ﴾ الشرعية، فإنّ العتق والنكاح صادفان ملكاً صحيحاً والولد انعقد حرّاً، فلا وجه لبطان ذلك.

﴿ وفي رواية هشام بن سالم الصحيحة عن أبي بصير^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام: رّقها ورقّ ولدها لمولايها الأوّل ﴾ الذي باعها ولم يقبض ثمنها، ولفظ الرواية «قال أبو بصير: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرّاً إلى سنة، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوّجها وجعل مهرها عتقها، ثمّ مات بعد ذلك بشهر؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان الذي اشتراها إلى

(١) وجه العسر: اختلاف عبارات الأصحاب عليه السلام، فإنّ منهم من عبّر بالبعد، ومنهم من عبّر بالملك، ومع ذلك يبعد الإجماع على حكمه من دون نصّ ظاهر وإن كان محكياً، والنصّ إنّما ورد في المملوك فتخصيص العبد لا وجه له. وتنبّه بقوله: «لو تمّ» على أنّ الإجماع لم يتحقّق عنده في مثل ذلك، وإنّما ذكر المسألة الشيخ عليه السلام [النهاية: ٥٤٤] وتبعه الجماعة [القاضي في المهذب ٢: ٤١١، وابن إدريس في السرائر ٣: ٦١، والكيدري في الإصباح: ٤٧٣] كما هو عادتهم، فصار مشهوراً لا إجماعاً. والله تعالى أعلم. (منه عليه السلام).

(٢) وهي رواية هشام بن سالم وستأتي.

(٣) لم يرد «عن أبي بصير» في (ش) والكافي، لكنّه ورد في التهذيب ٨: ٢٠٢، الحديث ٧١٤.

سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته، فإن عتقه ونكاحه جائز، وإن لم يملك مالاً أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته، فإن عتقه ونكاحه باطل؛ لأنه أعتق ما لا يملك، وأرى أنها رقت لمولاه الأول. قيل له: فإن كانت قد علفت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيتها»^(١).

وهذه الرواية منافية للأصول بظاهرها؛ للإجماع على أن المعسر يملك ما اشتراه في الذمة ويصح عتقه ويصير ولده حرّاً، فالحكم بكون عتقه ونكاحه باطلين وأنه أعتق ما لا يملك لا يطابق الأصول، ومقتضاها أنه متى قصر ماله عن مجموع ثمنها يكون الحكم كذلك وإن قلّ.

لكن عمل بمضمونها الشيخ^(٢) وجماعة^(٣) لصحتها وجواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول لعلّة غير معقولة.

وعلى هذا لا فرق بين من جعل عتقها مهرها وغيرها كما نبتّه عليه المصنّف بقوله: «أو تزوّجها بمهر». ولا يتقيّد الأجل بالسنة، ولا فرق بين البكر والثيب، مع احتمال اختصاص الحكم بما قيّد في الرواية. ولو كان بدلها عبداً قد اشتراه نسيئة ثم أعتقه، ففي إلحاقه بها وجه؛ لاتّحاد الطريق.

وكذا في تعدّي الحكم إلى الشراء نقداً أو بعضه ولم يدفع المال. ومضمون

(١) الوسائل ١٤ : ٥٨٢، الباب ٧١ من أبواب نكاح العبيد والإماء، وفيه حديث واحد.

(٢) أنظر النهاية : ٤٩٨ و ٥٤٤ - ٥٤٥.

(٣) مثل الإسكافي كما في المختلف ٧ : ٢٨٩، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ١٥٩،

والقاضي في المهذب ٢ : ٢٤٨، والكيدري في الإصباح : ٤٧٣، ويحيى بن سعيد في

الجامع للشرائع : ٤٠٣ و ٤٤٩.

الرواية موته قبل الولادة، فلو تقدّمت على موته فأقوى إشكالاً في عوده رقاً؛ للحكم بحرّيته حين ولادته، بخلاف الحمل؛ لإمكان توهم كون الحكم لتبعية الحمل للحامل.

ومن خالف ظاهر الرواية - وهم الأكثر - اختلفوا في تنزيلها، فحملها العلامة على كون المشتري مريضاً وصادف عتقه ونكاحه وشراؤه مرض الوفاة فيكون الحكم ما ذكر فيها^(١) لأنّه حينئذٍ يكون العتق مراعى، فإذا مات مُعسراً كذلك ظهر بطلانه.

وردّه المصنّف بأنّ ذلك لا يتمّ في الولد^(٢) لانعقاده حال الحكم بحرّيّة أمّه، والحرّ المسلم لا يصير رقاً، وهو لا يقصر عمّن تولّد من وطء أمة الغير بشبهة أو شراء فاسد مع جهله.

وحملها آخرون على فساد البيع^(٣) ويناقيه قوله في الرواية: «إن كان له مال فعتقه جائز» وحملت على أنّه فعل ذلك مضارّة والعتق يشترط فيه القرية. وهذا الحمل نقله المصنّف عن الشيخ طومان بن أحمد العاملي المناري^(٤) وردّه بأنّه لا يتمّ أيضاً في الولد، وردّها ابن إدريس لذلك مطلقاً^(٥) وهو الأنسب.

﴿ وعتقُ الحامل لا يتناول الحمل ﴾ كما لا يتناوله البيع وغيره؛ للمغايرة، فلا يدخل أحدهما في مفهوم الآخر، سواء استثناه أم لا وسواء علم به أم لا ﴿ إلاّ

(١) المختلف ٧: ٢٩٠.

(٢) الدروس ٢: ١٩٩ - ٢٠٠.

(٣) لم نعتز على القائل به.

(٤) الدروس ٢: ٢٠٠.

(٥) أنظر السرائر ٢: ٦٣٩، و٣: ١٤.

٤٩٠ الروضة البهيّة / ج ٣

على رواية * السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام «في رجل أعتق أمة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرّة وما في بطنها حرّ؛ لأنّ ما في بطنها منها»^(١) وعمل بمضمونها الشيخ^(٢) وجماعة^(٣) وضعف سندها^(٤) يمنع من العمل بها، مع أنّها ظاهرة في التقيّة.

* * *

(١) الوسائل ١٦ : ٦٧، الباب ٦٩ من كتاب العتق، وفيه حديث واحد.

(٢) النهاية : ٥٤٥.

(٣) مثل القاضي في المهذّب ٢ : ٣٦١، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٤٢، والكيدري في

الإصباح : ٤٧٤ ولكن فيه : حبلى من غيره، ونسبه في المختلف ٨ : ٢٨ إلى ظاهر كلام

الإسكافي.

(٤) وضعف الخبير بالسكوني، المسالك ١ : ٩٩.

كُتِبَ بِمَلَكٍ تَدْوِينٍ وَالْمَلَكُ كَاتِبٌ

وَإِلَّا سَعْتِ إِلَىٰ



﴿ كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ﴾

﴿ والنظر في أمور ثلاثة ﴾ :

﴿ الأوّل : التدبير ﴾

﴿ تعليق عتق ﴾ عبده أو أمته ﴿ بوفاته ﴾ تفعيل من الدبر، فإنّ الوفاة دبر الحياة ﴿ أو تعليقه على وفاة زوج المملوكة ﴾ التي دبّرها فعلق عتقها على وفاة زوجها ﴿ أو ﴾ وفاة ﴿ مخدوم العبد ﴾ أو الأمة أيضاً؛ لجواز إعارتها للخدمة، بل هي المنصوصة كما سيأتي.

وصحّته في الأوّل إجماعيّ، وفي الأخيرين ﴿ على قول مشهور ﴾^(١) لأنّ العتق لما قبل التأخير كقبوله للتجنيز ولا تفاوت بين الأشخاص جاز تعليقه بوفاة غير المالك ممّن له ملابسة، كزوجيّة وخدمة، وللأصل، ولصحيحة يعقوب بن

(١) مثل الشيخ في النهاية، والقاضي في المهذب ٢ : ٣٧٣، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٤٥.

والكيدري في الإصباح : ٤٧٩، والمحقّق في الشرائع ٣ : ١١٧، والعلامة في القواعد ٣ :

٢٢٣، والمختلف ٨ : ٨٠، وغيرهم.

شعيب «أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرّة، فتأبى الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستّ سنين ثمّ يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد عتقت»^(١) وحملت عليه الزوجية؛ لشدة المشابهة، ولا يتعدى إلى غيرهما لبُعده عن النصّ.

وربما قيل بالتعدّي مطلقاً من غير اعتبار الملابس^(٢) لمفهوم الدليل الأوّل. وفي مقابلة المشهور قول ابن إدريس باختصاصه بوفاة المولى^(٣) عملاً بالمتيقّن، ودعوى أنّه شرعاً كذلك، ولبطلانه بالإباق، والرواية تضمّنت خلافه. والنصّ الصحيح يدفع الاقتصار، والثاني مصادرة، والملازمة بين إياقه من المالك ومن المخدوم ممنوعة؛ للفرق بمقابلته نعمة السيّد بالكفران فقويل بنقيضه، كقاتل العمد في الإرث، بخلاف الأجنبيّ.

واعلم أنّ القول المشهور هو تعديته من موت المالك إلى المخدوم كما هو المنصوص، وأمّا إلحاق الزوج فليس بمشهور كما اعترف به المصنّف في الشرح^(٤) فالشهرة المحكيّة هنا إن عادت إلى الأخير لزم القطع بالأوّل دونه، وهو خلاف الظاهر، بل ينبغي العكس. وإن عادت إليهما لم تتمّ الشهرة في الزوج إلاّ أن يجعل له مع الزوجية الخدمة. والوقوف على موضع النصّ والوافق حسن.

(١) الوسائل ١٦ : ٨١، الباب ١١ من التدبير، الحديث الأوّل.

(٢) نسبة في الدروس ٢ : ٢٢٩ إلى ظاهر الإسكافي، وفي غاية المراد ٣ : ٣٦٠ إلى مفهوم كلام العلامة، أنظر المختلف ٨ : ٨٠.

(٣) السرائر ٣ : ٣٣ - ٣٤.

(٤) غاية المراد ٣ : ٣٦٠.

﴿ والوفاة ﴾ المعلق عليها ﴿ قد تكون مطلقة ﴾ غير مقيّدة بوقت ولا مكان ولا صفة ﴿ وقد تكون مقيّدة ﴾ بأحدها، كهذه السنة أو في هذا البلد أو المرض. والتعليق عليهما جائز فلا يتحرّر في المقيّد بدون القيد ﴿ كما تقدّم في الوصيّة ﴾ ^(١) من جوازها بعد الوفاة مطلقاً ومقيّداً.

﴿ والصيغة ﴾ في التدبير ﴿ أنت حرّ، أو عتيق، أو مُعتق بعد وفاتي ﴾ في المطلق ﴿ أو بعد وفاة فلان ﴾ : الزوج أو المخدوم، أو بعد وفاتي هذه السنة، أو في هذا المرض، أو في سفري هذا، ونحو ذلك في المقيّد.

ويستفاد من حصر الصيغة فيما ذكر : أنّه لا ينعقد بقوله : «أنت مدبّر» مقتصرأً عليه، وهو أحد القولين في المسألة ^(٢) لأنّ التدبير عتق مُعلق على الوفاة كما استفيد من تعريفه فينحصر في صيغة تفيده.

ووجه الوقوع بذلك : أنّ التدبير حقيقة شرعيّة في العتق المخصوص، فيكون بمنزلة الصيغة الصريحة فيه. وفي الدروس اقتصر على مجرد نقل الخلاف ^(٣) والوجه عدم الوقوع.

ولا يقع باللفظ مجرداً، بل ﴿ مع القصد إلى ذلك ﴾ المدلول، فلا عبرة بصيغة الغافل والساهي والنائم والمكره.

(١) تقدّم في الصفحة ٩٦.

(٢) اختاره الشيخ في الخلاف ٦ : ٤٠٩، المسألة ٢ من كتاب المدبّر. والمحقّق في الشرائع ٣ : ١١٧، والعلامة في التحرير ٤ : ٢١٣، الرقم ٥٦٧١، والسيوري في التنقيح الرائع ٣ : ٤٥٧. والقول الآخر هو القول بالانعقاد اختاره العلامة في القواعد ٣ : ٢٢٣، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٣ : ٥٤٣.

(٣) الدروس ٢ : ٢٣٠.

﴿ ولا يشترط ﴾ في صحّته ﴿ نيّة * التقرب ﴾ به إلى الله تعالى وإن توقّف عليه حصول الثواب على الأقوى؛ للأصل، ولأنّه وصيّة لا عتق بصفة.

وقيل: يشترط^(١) بناءً على أنّه عتق، وإلّا لافتقر إلى صيغة بعد الوفاة وشرطه القربة. ويتفرّع عليهما صحّة تدبير الكافر مطلقاً أو مع إنكاره الله تعالى كما سلف.^(٢)

﴿ وشرطها ﴾ أي شرط صحّة التدبير ﴿ التنجيز ﴾ فلو علّقها بشرط أو صفة كان فعلت كذا، أو طلعت الشمس فأنت حرّ بعد وفاتي، بطل ﴿ وأن يُعلّق بعد الوفاة بلا فصل، فلو قال: أنت حرّ بعد وفاتي بسنة ﴾ مثلاً ﴿ بطل ﴾.

وقيل: يصحّ فيهما ويكون في الثاني وصيّة بعته^(٣) وهو شاذّ.

﴿ وشرط المباشر الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ والاختيار، وجواز التصرف ﴾ فلا يصحّ من الصبيّ وإن بلغ عشرأ، ولا المجنون المطبق مطلقاً، ولا ذي الأدوار فيه، ولا المكروه، ولا المحجور عليه لسفهٍ مطلقاً على الأقوى.

وقيل: لا^(٤) لانتفاء معنى الحجر بعد الموت.

ويُضعّف بأنّ الحجر عليه حيّاً يمنع العبارة الواقعة حالتها، فلا تؤثّر بعد الموت. أمّا المحجور عليه لفسل فلا يمنع منه؛ إذ لا ضرر على الغرماء، فإنّه إنّما يخرج بعد الموت من ثلث ماله بعد وفاء الدين. ومثله مطلق وصيّته المتبرّع بها.

(*) في (ق): فيه التقرب.

(١) قاله ابن إدريس في السرائر ٣: ٣٠، وجعله في التنقيح الرائع ٣: ٤٥٨ أولى، ونسبه في المهذب البارع ٤: ٧١ إلى ظاهر القاضي، أنظر المهذب ٢: ٣٦٥.

(٢) في كتاب العتق: ٤٠٥ - ٤٠٦.

(٣) قاله الإسكافي، وانظر كلامه في المختلف ٨: ٨٣ - ٨٤.

(٤) قاله الشيخ في المبسوط ٦: ١٨٤.

وينبغي التنبيه على خروجه من اشتراط جواز التصرف، إلا أن يُدعى أن المفلس جائز التصرف بالنسبة إلى التدبير وإن كان ممنوعاً منه في غيره. لكن لا يخلو من تكلف.

﴿ ولا يشترط ﴾ في المدبر ﴿ الإسلام ﴾ كما لا يشترط في مطلق الوصية ﴿ فتصح مباشرة الكافر ﴾ التدبير ﴿ وإن كان حربياً ﴾ أو جاحداً للربوية؛ لما تقدم من عدم اشتراط القرية، وللأصل ﴿ فإن دبر ﴾ الحربي حربياً ﴿ مثله واسترق أحدهما ﴾ بعد التدبير ﴿ أو كلاهما بطل التدبير ﴾.

أمّا مع استرقاق المملوك فظاهر؛ لبطان ملك الحربي له المنافي للتدبير. وأمّا مع استرقاق المباشر فلخروجه عن أهلية الملك وهو يقتضي بطان كل عقد وإيقاع جائزين.

﴿ ولو أسلم ﴾ المملوك ﴿ المدبر ﴾ من كافر ﴿ بيع على الكافر ﴾ قهراً ﴿ وبطل تدييره ﴾ لانتهاء السبيل له على المسلم بالآية^(١) ولقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(٢) وطاعة المولى علوٌ منه، والتدبير لم يخرج عن الاستيلاء عليه بالاستخدام وغيره.

وقيل: يتخير المولى بين الرجوع في التدبير فيبيع عليه وبين الحيلولة بينه وبينه وكسبه للمولى، وبين استسعائه في قيمته^(٣). وهو ضعيف لا دليل عليه. نعم، لو مات المولى قبل البيع عتق من ثلثه، ولو قصر ولم يُجز الوارث فالباقي رق، فإن كان الوارث مسلماً فله، وإلا بيع عليه من مسلم.

(١) النساء: ١٤١.

(٢) الوسائل ١٧: ٣٧٦، الباب الأول من موانع الإرث، الحديث ١١.

(٣) قاله ابن البرّاج في المهذب ٢: ٣٧١.

﴿ ولو حملت المدبّرة من مملوك ﴾ بزنا أو بشبهة أو عقد على وجه يملكه السيد ﴿ فولدها مدبّر ﴾ كأّمه.

ويشكل في الزنا مع علمها؛ لعدم لحوقه بها شرعاً. لكنّ الشيخ وجماعة أطلقوا الحكم^(١) والمصنّف في الدروس قيّده بكونه من مملوك المدبّر فلو كان من غيره لم يكن مدبّراً، واستشكل حكم الزنا^(٢) والأخبار مطلقة^(٣) في لحوق أولادها بها في التدبير حيث يكونون أرقّاء. فالقول بالإطلاق أوجه.

نعم، اشتراط إلحاقهم بها في النسب حسن؛ ليتحقّق النسب.

واعلم أنّ الولد - بفتح الواو واللام وبضمّها فسكونها - يُطلق على الواحد والجمع، وقد يكون الثاني جمعاً لو لد كأسد وأسد.

ويجوز وطء المدبّرة ولا يكون رجوعاً ﴿ ولو حملت من سيّدها صارت أمّ ولد ﴾ ولم يبطل التدبير ﴿ فتعتق ﴾ بعد موته ﴿ من الثلث ﴾ بسبب التدبير ﴿ فإن فضلت ﴾ قيمتها عن الثلث ﴿ فمن نصيب الولد ﴾ يعتق الباقي.

﴿ ولو رجع ﴾ المولى ﴿ في تدبيرها ﴾ ولها ولد ﴿ لم يكن ﴾ رجوعه في تدبيرها ﴿ رجوعاً في تدبير ولدها ﴾ لعدم الملازمة بينهما وتحقّق الانفكاك، وعدم دلّالته عليه بإحدى الدلالات ﴿ ولو صرّح بالرجوع في تدبيره ﴾ أي تدبير

(١) النهاية: ٥٥٢، والمبسوط ٦: ١٧٥، وابن النبّاح في المهذب ٢: ٣٦٧، والكيدري في الإصباح: ٤٧٩، والمحقّق في الشرائع ٢: ١١٨، والمختصر النافع: ٢٣٨، والعلامة في القواعد ٣: ٢٢٦.

(٢) الدروس ٢: ٢٣٤.

(٣) أنظر الوسائل ١٦: ٧٥، الباب ٥ من أبواب التدبير.

الولد ﴿فقولان﴾ : أحدهما الجواز^(١) كما يجوز الرجوع في تديبيرها؛ لكون التديبير جائزاً فيصح الرجوع فيه، والفرع لا يزيد على أصله. والثاني - وهو الذي اختاره الشيخ مدّعياً لإجماع^(٢) وجماعة^(٣) منهم المصنّف في الدروس^(٤) ﴿و﴾ هو ﴿المرويّ﴾ صحيحاً عن أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام^(٥) - ﴿المنع﴾ ولأنّه لم يباشر تديبيره وإّما حكم به شرعاً فلا يباشر ردّه في الرقّ، وبهذا يحصل الفرق بين الأصل والفرع.

﴿ودخول الحمل في التديبير للأُم مرويّ﴾ في الصحيح^(٦) عن الحسن بن عليّ الوشّاء عن الرضا عليه السلام قال : «سألته عن رجل دبّر جاريتيه وهي حبلى؟ فقال: إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم فما في بطنها رقّ»^(٧).

والرواية كما ترى دالّة على اشتراط دخوله بالعلم به، لا مطلقاً فكان على المصنّف أن يقيده حيث نسبه إلى الرواية.

(١) اختاره ابن إدريس في السرائر ٣: ٣٢-٣٣، والعلامة في القواعد ٣: ٢٢٦، والتحرير ٤: ٢١٧، الرقم ٥٦٨٢، والمختلف ٨: ٧٧، والإرشاد ٢: ٧٤، وولده في الإيضاح ٣: ٥٤٩.

(٢) الخلاف ٦: ٤١٦، المسألة ١٤ من التديبير.

(٣) مثل القاضي في المهذّب ٢: ٣٦٧، وابن حمزة في الوسيلة ٣٤٦، والكيدري في الإصباح ٤٧٩، والمحقّق في المختصر النافع: ٢٣٨.

(٤) الدروس ٢: ٢٣٢.

(٥) الوسائل ١٦: ٧٨، الباب ٧ من أبواب التديبير، وفيه حديث واحد.

(٦) هكذا ذكرها الأصحاب في الصحيح، وفيه نظر؛ لأنّ الوشّاء لم ينصّ الأصحاب على تعديله بل على مدحه، وهو أعمّ فينبغي أن يكون من الحسن. (منه عليه السلام).

(٧) الوسائل ١٦: ٧٦، الباب ٥ من أبواب التديبير، الحديث ٣.

نعم، ذهب بعض الأصحاب إلى دخوله في تديرها مطلقاً^(١) كما يدخل لو تجدد، إلا أنه غير مروى، وبمضمون الرواية أفتى الشيخ في النهاية^(٢) وجماعة^(٣) كعتق الحامل ﴿ فإنه يتبعها الحمل على الرواية السالفة.

والأظهر عدم دخوله فيها مطلقاً وحملت هذه الرواية على ما إذا قصد تدير الحمل مع الأم وأطلق العلم على القصد مجازاً؛ لأنه مسبب عنه. وقد روى الشيخ أيضاً في الموثق عن الكاظم عليه السلام عدم دخوله مطلقاً^(٤) فالحمل طريق الجمع.

﴿ ويتحرّر المدبر ﴿ بعد الموت ﴿ من الثلث ﴿ كالوصية ﴿ ولو جامع الوصايا ﴿ كان كأحدها و ﴿ قدّم الأوّل فالأوّل ﴿ إن لم يكن فيها واجب ﴿ ولو كان على الميت دين قدّم الدين ﴿ من الأصل، سواء كان متقدماً على التدبير أم متأخراً، ومنه الوصية بواجب مالي ﴿ فإن فضل ﴿ من التركة ﴿ شيء ﴿ ولم يكن هناك وصية تُقدّم عليه ﴿ عتق من المدبر ثلث ما بقي ﴿ إن لم يزد عن قيمته كغيره من الوصايا المتبرّع بها، حتّى لو لم يفضل سواه عتق ثلثه، فإن لم يفضل عن الدين شيء بطل التدبير.

ولو تعدّد المدبر والتدبير بُدئ بالأوّل فالأوّل، وبطل ما زاد عن الثلث إن لم يُجز الوارث. وإن جهل الترتيب أو دبرهم بلفظ واحد استخرج الثلث بالقرعة.

(١) هو ابن البراج [المهذب ٢ : ٣٦٧]. (منه بإذن).

(٢) النهاية : ٥٥٢.

(٣) مثل ابن حمزة في الوسيلة : ٣٤٦، والكيدري في الإصباح : ٤٧٩، ويحيى بن سعيد في

الجامع للشرائع : ٤٠٨، والشهيد في الدروس ٢ : ٢٣١.

(٤) التهذيب ٨ : ٢٦٠، الحديث ٩٤٧، وانظر الوسائل ١٦ : ٧٥-٧٦، الباب ٥ من أبواب

التدبير، الحديث ٢.

وبالجملة، فحكمه حكم الوصيّة.

هذا كلّه إذا كان التديبير متبرّعاً به وعلّق على وفاة المولى ليكون كالوصيّة، فلو كان واجباً بنذر وشبهه حال الصّحة أو معلّقاً على وفاة غيره فمات في حياة المولى فهو من الأصل. ولو مات بعد المولى فهو من الثلث أيضاً.

هذا إذا كان النذر مثلاً «لله عليّ عتق عبدي بعد وفاتي» ونحوه. أمّا لو قال: «لله عليّ أن أدبّر عبدي» ففي إلحاقه به في خروجه من الأصل نظر؛ لأنّ الواجب بمقتضى الصيغة هو إيقاع التديبير عليه، فإذا فعله وفي بنذره وصار التديبير كغيره؛ لدخوله في مطلق التديبير.

ومثله ما لو نذر أن يوصي بشيء ثمّ أوصى به. أمّا لو نذر جعله صدقة بعد وفاته أو في وجه سائح فكندر العتق.

ونقل المصنّف عن ظاهر كلام الأصحاب تساوي القسمين في الخروج من الأصل؛ لأنّ الغرض التزام الحرّيّة بعد الوفاة، لا مجرد الصيغة، ونقل عن ابن نما رحمته الله الفرق بما حكيناه^(١) وهو متّجه.

وعلى التقديرين لا يخرج بالنذر عن الملك، فيجوز له استخدامه ووطؤه إن كانت جارية. نعم، لا يجوز نقله عن ملكه. فلو فعل صحّ ولزمته الكفّارة مع العلم، ولو نقله عن ملكه ناسياً فالظاهر الصّحة ولا كفّارة؛ لعدم الحنث. وفي الجاهل وجهان، وإلحاقه بالناسي قويّ. ولو وقع النذر في مرض الموت فهو من الثلث مطلقاً.

﴿ ويصحّ الرجوع في التديبير ﴾ المتبرّع به ما دام حيّاً كما يجوز الرجوع في

الوصية. وفي جواز الرجوع في الواجب بنذر وشبهه ما تقدّم من عدم الجواز إن كانت صيغته «لله عليّ عتقه بعد وفاتي» ومجيء الوجهين لو كان متعلّق النذر هو التدبير، من خروجه عن عهدة النذر بإيقاع الصيغة كما حقّقناه، ومن أنّه تدبير واجب وقد أطلقوا لزومه.

والرجوع يصحّ ﴿قولاً، مثل رجعت في تدبيره﴾ وأبطلته وتقضته ونحوه ﴿وفعلاً كأن يهب﴾ المدبّر وإن لم يُقبض ﴿أو يسبغ، أو يُوصي﴾ به وإن لم يفسخه قبل ذلك، أو يقصد به الرجوع على أصحّ القولين^(١).

ولا فرق بين قبول الموصى له الوصية وردّها؛ لأنّ فسخه جاء من قبل إيجاب المالك، ولا يعود التدبير بعوده مطلقاً.

﴿وإنكاره ليس برجوع﴾ وإن حلف المولى؛ لعدم الملازمة، ولاختلاف اللوازم، فإنّ الرجوع يستلزم الاعتراف به، وإنكاره يستلزم عدمه، واختلاف اللوازم يقتضي اختلاف الملزومات.

ويحتمل كونه رجوعاً؛ لاستلزامه رفعه مطلقاً، وهو أبلغ من رفعه في بعض الأزمان. وفي الدروس قطع بكونه ليس برجوع إن جعلناه عتقاً، وتوقّف فيما لو جعلناه وصية، ونسب القول بكونه رجوعاً إلى الشيخ^(٢) وقد تقدّم اختياره أنّ

(١) اختاره الشيخ في المبسوط ٦ : ١٧١، والخلاف ٦ : ٤١٢، المسألة ٦ من التدبير، وابن إدريس في السرائر ٣ : ٣٠-٣١، والمحقق في الشرائع ٣ : ١٢٠، والمختصر النافع : ٢٣٨، والعلامة في التحرير ٤ : ٢١٧، الرقم ٥٦٨٣، والقواعد ٣ : ٢٢٧، والمختلف ٨ : ٧١ و ٨٣ وغيرهم. والقول الآخر للشيخ في النهاية : ٥٥٢، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٤٦.

(٢) الدروس ٢ : ٢٣٣، ولكن فيه : قوَى الشيخ أنّه ليس برجوع، وهذا هو المطابق لما في المبسوط ٦ : ١٧٤.

إنكار الطلاق رجعة^(١).

والعلامة حكم بأن إنكار سائر العقود الجائزة ليس برجوع إلا الطلاق^(٢).

والفرق بينه وبين غيره غير واضح.

﴿ ويبطل التديير بالإباق ﴾ من مولاه، سواء في ذلك الذكر والأنثى،

لا بالإباق من عند مخدومه المعلق عتقه على موته، وقد تقدّم ما يدلّ عليه^(٣)

﴿ فلو ولد له حال الإباق ﴾ أولاد من أمة لسيّده، أو غيره حيث يلحق به الولد، أو

حرّة عالمة بتحريم نكاحه ﴿ كانوا أرقاء ﴾ مثله ﴿ و ﴾ أولاده ﴿ قبله على

التديير ﴾ وإن بطل في حقّه، استصحاباً للحكم السابق فيهم مع عدم المعارض.

﴿ ولا يبطل ﴾ التديير ﴿ بارتداد السيّد ﴾ عن غير فطرة، فيعتق لو مات

على ردّته. أمّا لو كان عن فطرة ففي بطلانه نظر، من انتقال ماله عنه في حياته،

ومن تنزيلها منزلة الموت فيعتق بها.

والأقوى الأوّل، ولا يلزم من تنزيلها منزلة الموت في بعض الأحكام

ثبوته مطلقاً، وإطلاق العبارة يقتضي الثاني. وقد استشكل الحكم في الدروس^(٤)

لما ذكرناه.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يبطل ﴿ بارتداد العبد، إلا أن يلحق بدار الحرب ﴾

قبل الموت؛ لأنّه إباق، ولو التحق بعده يتحرّر من الثلث. والفارق بين الارتداد

(١) تقدّم في الصفحة ٣٦٧.

(٢) القواعد ٣: ٢٢٨ - ٢٢٩، والتحرير ٤: ٢١٨، الرقم ٥٦٨٣.

(٣) تقدّم في الصفحة ٤٩٤.

(*) في (ق) و (س) ونسخة (ف) من الشرح: رقاً.

(٤) الدروس ٢: ٢٣١.

والإباق - مع أنّ طاعة الله أقوى، فالخروج عنها أبلغ من الإباق - النصّ^(١) وقد يُقَرَّب بغناء الله تعالى عن طاعته له بخلاف المولى، مع أنّ الإباق يجمع معصية الله تعالى والمولى بخلاف الارتداد. فقوّة الارتداد ممنوعة.

﴿ وكسب المدبّر في الحياة ﴾ أي حياة المولى ﴿ للمولى؛ لأنّه رقّ ﴾
لم يخرج بالتدبير عنها ﴿ ولو استفاده بعد الوفاة فله جميع كسبه إن خرج من الثلث، وإلا فنسبة ما عتق منه، والباقي ﴾ من كسبه ﴿ للوارث ﴾ .
هذا إذا كان تدبيره معلّقاً على وفاة المولى، فلو كان معلّقاً على وفاة غيره وتأخّرت عن وفاة المولى فكسبه بعد وفاة مولاه ككسبه قبلها لبقائه على الرقيّة. ولو ادّعى بعد الموت تأخّر الكسب وأنكره الوارث حلف المدبّر؛ لأصالة عدم التقدّم.

(١) الوسائل ١٦ : ٨٠ - ٨١، الباب ١٠ من أبواب كتاب التدبير، الحديث ١ و ٢.

﴿ النظر الثاني في الكتابة ﴾

واشتقاقها من «الكتَب» وهو الجمع، لانضمام بعض النجوم إلى بعض، ومنه «كتبتُ الحروفَ» وهو مبني على الغالب، أو الأصل من وضعها بآجال متعدّدة، وإلا فهو ليس بمعتبر عندنا وإن اشترطنا الأجل.

﴿ وهي مستحبّة مع الأمانة ﴾ وهي الديانة ﴿ والتكسب ﴾ للأمر بها في الآية^(١) مع الخير وأقلّ مراتبه الاستحباب وفُسر «الخير» بهما^(٢) لإطلاقه على الأوّل في مثل قوله تعالى: (وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمُهُ اللهُ)^(٣) و (مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ)^(٤) وعلى الثاني في مثل قوله تعالى: (وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ)^(٥) و (إِنْ تَرَكَ خَيْرًا)^(٦) فحمل عليهما، بناءً على جواز حمل المشترك على كلا معنیه، إمّا مطلقاً أو مع القرينة، وهي موجودة؛ لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: (إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا) قال: «إن علمتم لهم ديناً ومالاً»^(٧) ورواه الكليني بسند صحيح^(٨).

(١) وهي الآية ٣٣ من سورة النور: (فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا).

(٢) أنظر التبيان ٧: ٣٨٣، ومجمع البيان ٤: ١٤٠، ذيل الآية.

(٣) البقرة: ١٩٧.

(٤) الزلزلة: ٧.

(٥) العاديات: ٨.

(٦) البقرة: ١٨٠.

(٧) الوسائل ١٦: ٨٣، الباب الأوّل من أبواب المكاتبه، الحديث الأوّل.

(٨) الكافي ٦: ١٨٧، الحديث ١٠.

وحيثُ يندفع ما قيل : إن استعمال المشترك في معنيه مرجوح، أو مجاز لا يصار إليه^(١).

نعم، روى في التهذيب عن الحلبي صحيحاً عنه عليه السلام في الآية قال : «إن علمتم لهم مالاً»^(٢) بغير ذكر «الدين» والمثبت مقدّم.

﴿ ومتأكّدة ﴾ الاستحباب ﴿ بالتماس العبد ﴾ مع جمعه للوصفين، أمّا مع عدمهما أو أحدهما فلا في ظاهر كلام الأصحاب. وفي النافع : أنّها تتأكّد بسؤال المملوك ولو كان عاجزاً^(٣) فجعل الاستحباب مع عدم سؤاله مشروطاً بالشرطين، ومعه يكتفي بالأوّل خاصّة ﴿ ولو عدم الأمران ﴾ الصادق بعدم أحدهما وعدمهما معاً ﴿ فهي مباحة ﴾ على المشهور. وقيل : مكروهة^(٤).

﴿ وهي معاملة ﴾ بين المولى والمملوك ﴿ مستقلة ﴾ بنفسها على الأشهر. وتختصّ بوقوعها بين المالك ومملوكه، وأنّ العوض والمعوض ملك السيّد، وأنّ المكاتب على درجة بين الاستقلال وعدمه، وأنّه يملك من بين العبيد، ويثبت له أرش الجناية على سيّده، وعليه الأرش للسيّد المجنيّ عليه. وتفارق البيع باعتبار الأجل في المشهور، وسقوط خيار المجلس والحيوان، وعدم قبولها لخيار الشرط.

﴿ وليست بيعاً للعبد من نفسه ﴾ وإن أشبهته في اعتبار العوض المعلوم

(١) قاله الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣ : ٤٦٩.

(٢) التهذيب ٨ : ٢٦٨، الحديث ٩٧٥، وانظر الوسائل ١٦ : ٨٣، الباب الأوّل من أبواب المكاتب، الحديث ٣ وذيله.

(٣) المختصر النافع : ٢٣٩.

(٤) قوّه الشيخ في المبسوط ٦ : ٧٣.

والأجل المضبوط على تقدير ذكره في البيع؛ لمخالفتها له في الأحكام، ولبعد ملك الإنسان نفسه، فلو باعه نفسه بثمن مؤجل لم يصح ﴿ ولا عتقاً بصفة ﴾ وهي شرط عوض معلوم على المملوك في أجل مضبوط. وهو وفاق، خلافاً لبعض العامة^(١).
﴿ ويشترط في المتعاقدين الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل، فلا يقع من الصبي وإن بلغ عشرًا وجوزنا عتقه، ولا من المجنون المطبق، ولا الدائر جنونه في غير وقت الإفاقة. وهذان مشتركان بين المولى والمكاتب.

وقد يُتخيّل عدم اشتراطهما في المكاتب؛ لأنّ المولى وليّه، فيمكن قبوله عنه، وكذا الأب والجدّ والحاكم مع الغبطة. وله وجه وإن استبعده المصنّف في الدروس^(٢) غير مبين وجه البعد.

﴿ وجواز تصرف المولى ﴾ فلا يقع من السفية بدون إذن الولي، ولا المفلس بدون إذن الغرماء، ولا من المريض فيما زاد منه عن الثلث بدون إجازة الوارث وإن كان العوض بقدر قيمته؛ لأنّهما ملك المولى، فليست معاوضة حقيقية، بل في معنى التبرّع ترجع إلى معاملة المولى على ماله بماله.

ويستفاد من تخصيص الشرط بالمولى جواز كتابة المملوك السفية؛ إذ لا مال له يمنع من التصرف فيه. نعم يمنع من المعاملة الماليّة ومن قبض المال لو ملكه بعد تحقّق الكتابة.

﴿ ولا بدّ ﴾ في الكتابة ﴿ من العقد المشتمل على الإيجاب، مثل كاتبتك على أن تؤدّي إليّ كذا في وقت كذا ﴾ إن اتّحد الأجل ﴿ أو أوقات كذا ﴾ إن تعدّد ﴿ فإذا أدّيت فأنت حرّ ﴾.

(١) لم نعثر عليه.

(٢) الدروس ٢: ٢٤٢.

وقيل : لا يفتقر إلى إضافة قوله : « فإذا أدت ... » بل يكفي قصده ؛ لأنّ التحرير غاية الكتابة ، فهي دالة عليه ، فلا يجب ذكره كما لا يجب ذكر غاية البيع وغيره ، خصوصاً لو جعلناها بيعاً للعبد من نفسه^(١) .

ويضعّف بأنّ القصد إليه إذا كان معتبراً لزم اعتبار التلفّظ بما يدلّ عليه ؛ لأنّ هذا هو الدليل الدالّ على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين في كلّ عقد ، ولا يكفي قصد مدلوله .

نعم ، لو قيل بعدم اعتبار قصده أيضاً كما في غيره من غايات العقود اتّجه ، لكن لا يظهر به قائل .

﴿ والقبول مثل قبلت ﴾ ورضيت .

وتوقّف هذه المعاملة على الإيجاب والقبول يلحقها بقسم العقود ، فذكرها في باب الإيقاعات - التي يكفي فيها الصيغة من واحد - بالعرض تبعاً للعتق ، ولو فصلوها ووضعوها في باب العقود كان أجود .

﴿ فإن قال ﴾ المولى في الإيجاب مضافاً إلى ذلك ﴿ فإن عجزت فأنّت ردّ ﴾ - بفتح الراء وتشديد الدال - مصدر بمعنى المفعول أي مردود ﴿ في الرقّ فهي مشروطة ، وإلا ﴾ يقل ذلك ، بل اقتصر على الإيجاب السابق ﴿ فهي مطلقة ﴾ ومن القيد يظهر وجه التسمية .

ويشترك القسمان في جميع الشرائط وأكثر الأحكام ، ويفترقان في أنّ المكاتب في المطلقة ينعق منه بقدر ما يؤدّي من مال الكتابة ، والمشروط لا ينعق منه شيء حتّى يؤدّي الجميع . والإجماع على لزوم المطلقة ، وفي المشروطة

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٦ : ٧٤ ، والمحقّق في الشرائع ٣ : ١٢٥ ، والعلامة في التحرير ٤ :

خلاف، وسيأتي.

﴿ والأقرب اشتراط الأجل ﴾ في الكتابة مطلقاً بناءً على أن العبد لا يملك شيئاً فعجزه حالة العقد عن العوض حاصل، ووقت الحصول متوقع مجهول، فلا بدّ من تأجيله بوقت يمكن فيه حصوله عادةً.

وفيه نظر؛ لإمكان التملك عاجلاً ولو بالاقتراض كسراء من لا يملك شيئاً من الأحرار، خصوصاً لو فرض حضور شخص يوعده بدفع المال عنه بوجه في المجلس.

ويندفع ذلك كله بأنّ العجز حالة العقد حاصل وهو المانع.

نعم، لو كان بعضه حرّاً ويده مال فكاتبه على قدره فما دون حالاً فالمتّجه الصحة؛ لأنّه كالسعاية. ولو كان واقفاً على معدن مباح يمكنه تحصيل العوض منه في الحال، فعلى التعليل بجهالة وقت الحصول يصحّ، وبالعجز حالة العقد يمتنع. وقيل: لا يشترط الأجل مطلقاً^(١) للأصل، وإطلاق الأمر بها، خصوصاً على القول بكونها بيعاً، ويمنع اعتبار القدرة على العوض حالة العقد، بل غايته إمكانها بعده، وهو حاصل هنا.

وحيث يعتبر أو يراد يشترط ضبطه كأجل النسبته بما لا يحتمل الزيادة والنقصان. ولا يشترط زيادته عن أجل^(٢) عندنا؛ لحصول الغرض، ولو قصر الأجل بحيث يتعدّر حصول المال فيه عادة بطل إن عُلّل بالجهالة، وصحّ إن عُلّل بالعجز.

(١) قاله الشيخ في الخلاف ٦ : ٣٨٣، المسألة ٥ من كتاب المكاتب، وابن إدريس في السرائر

٣ : ٣٠، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٤٠٩.

(٢) في (ر) زيادة : واحد.

وفي اشتراط اتّصاله بالعقد قولان^(١) أجودهما عدم؛ للأصل.

﴿ وحدّ العجز ﴾ المسوّغ للفسخ في المشروطة بمخالفة شرطه، فإن شرط عليه التعجيز عند تأخير نجم عن محلّه، أو إلى نجم آخر أو إلى مدّة مضبوطة اتّبع شرطه، وإن أطلق فحدّه ﴿ أن يؤخّر نجماً عن محلّه ﴾ والمراد بالحدّ هنا: العلامة أو السبب الدالّ على العجز، لا الحدّ المصطلح، وبالنجم: المال المؤدّى في المدّة المخصوصة، ويطلق على نفس المدّة، وتأخيره عن محلّه: عدم أدائه في أوّل وقت حلوله، وتحديدّه بذلك هو الوارد في الأخبار الصحيحة^(٢).

وفي المسألة أقوال أخر^(٣) مستندة إلى أخبار ضعيفة^(٤) أو اعتبار غير تامّ. وأمّا المطلقة فإذا نفذ بعض النجوم ولم يؤدّ قسطه فكّ من سهم الرقاب، فإن تعذّر استرقّ إن لم يكن أدّى شيئاً، وإلّا فبحسب ما عجز عنه، فحدّ العجز المذكور

(١) القول باشتراط الاتّصال للشيخ في المبسوط ٦: ٧٤ - ٧٥. والقول بعدم للعلامة في القواعد ٣: ٢٣٤، وولده في الإيضاح ٣: ٥٧٨.

(٢) مثل صحيحتي معاوية في الوسائل ١٦: ٨٨ - ٨٩، الباب ٥ من أبواب المكاتب، الحديث ١ و ٢، و ٨٧، والباب ٤ من أبواب المكاتب، الحديث ١٣.

(٣) منها تأخير نجم إلى نجم، اختاره الشيخ في النهاية: ٥٤٩، والقاضي في المهذب ٢: ٣٧٦، والكيدري في الإصباح: ٤٧٧، وغيرهم. والقول الآخر تأخيره إلى ثلاثة أنجم، وهو للصدوق في المقنع: ٤٦٦. وقول بالتنفصيل، منسوب إلى الإسكافي، واستحسنه الشهيد في غاية المراد ٣: ٣٧٢، وانظر كلام الإسكافي في المختلف ٨: ٩٣ أيضاً.

(٤) احتجّ الشيخ برواية إسحاق بن عمّار وهو فطحي، وانظر الوسائل ١٦: ٨٧، الباب ٤ من أبواب المكاتب، الحديث ١٣، واحتجّ الصدوق بما رواه القاسم وجابر، وانظر الوسائل ١٦: ٨٦ - ٨٨، نفس الباب، الحديث ٩ و ١٤. وقاسم أيضاً ضعيف ورواية جابر ضعيفة لضعف عمرو بن شمر الواقع فيها. راجع المسالك ٨: ١٠٦ و ١٥: ١٣٦ و ١٣: ٤٥٧.

كتاب التدبير والمكاتب والاستيلاء / المكاتب ٥١١
يصلح له بوجهه .

﴿ وَيُسْتَحَبُّ ﴾ للمولى ﴿ الصبر عليه ﴾ عند العجز؛ للأمر بإنظاره سنة وستين وثلاثاً^(١) المحمول على الاستحباب جمعاً .

﴿ والأقرب لزوم الكتابة من الطرفين ﴾ طرف السيّد والمكاتب ﴿ في المطلقة والمشروطة ﴾ بمعنى أنّه ليس لأحدهما فسخها إلا بالتقابل مع قدرة المكاتب على الأداء، ووجوب السعي عليه في أداء المال؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، والكتابة منها، والجمع المحلّي مفيد للعموم، وخروج نحو الوديعة والعارية بنصّ^(٢) يُبقي^(٣) الباقي على الأصل .

وذهب الشيخ^(٤) وابن إدريس^(٥) إلى جواز المشروطة من جهة العبد، بمعنى أنّ له الامتناع من أداء ما عليه فيتخيّر السيّد بين الفسخ والبقاء، ولزومها من طرف السيّد إلا على الوجه المذكور .

وذهب ابن حمزة إلى جواز المشروطة مطلقاً^(٦) والمطلقة من طرف السيّد خاصّة، وهو غريب؛ ومن خواصّ العقود اللازمة أنّها لا تبطل بموت المتعاقدين، وهو هنا كذلك بالنسبة إلى المولى، أمّا موت المكاتب فإنّه يبطلها من حيث العجز عن الاكتساب .

(١) أنظر الوسائل ١٦ : ٨٨ ، الباب ٤ من أبواب المكاتب ، الحديث ٤ .

(٢) لم نعثر عليه .

(٣) في (ر) : فيبقى .

(٤) المبسوط ٦ : ٩١ .

(٥) السرائر ٣ : ٢٩ .

(٦) الوسيلة : ٣٤٥ .

﴿ ويصحّ فيها التقايل ﴾ كغيرها من عقود المعاوضات .

﴿ ولا يُشترط الإسلام في السيّد، ولا في العبد ﴾ بناءً على أنّها معاملة مستقلة، والأصل يقتضي جوازها كذلك . ولو جعلناها عتقاً بُني على ما سلف في عتق الكافر فاعلاً وقابلاً .

هذا إذا لم يكن المولى كافراً والعبد مسلماً، وإلاّ أشكل جواز المكاتبه من حيث عدم استلزامها رفع سلطنته عنه خصوصاً المشروطة .

والأقوى عدم جوازها؛ لعدم الاكتفاء بها في رفع يد الكافر عن المسلم؛ لأنّها لا ترفع أصل السبيل وهو بمنزلة الرقّ في كثير من الأحكام بل هو رقّ . ولو كان كفر المولى بالارتداد، فإن كان عن فطرة فعدم صحّة كتابته واضح؛ لانتقال ماله عنه، وإن كان عن ملّة ففي صحّتها مطلقاً أو مراعاةً بعوده إلى الإسلام أو البطلان، أوجه أو جهها الجواز ما لم يكن العبد مسلماً، بتقريب ما سلف .

وقيل : يشترط إسلام العبد مطلقاً^(١) نظراً إلى أنّ الدين داخل في مفهوم «الخير» الذي هو شرطها، ولأنّ المكاتب يؤتى من الزكاة ويتعدّرها . ويضعّف بأنّ «الخير» شرط في الأمر بها، لا في أصل شرعيّتها، والإيتاء من الزكاة مشروط باستحقاقه لها وهو منفيّ مع الكفر كما ينتفي مع عدم حاجته إليها .

﴿ ويجوز لوليّ اليتيم أن ي كاتب رقيقه مع الغبطة ﴾ لليتيم في المكاتبه، كما يصحّ بيعه وعتقه معها، ولصحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام في مكاتبه جارية الأيتام^(٢) .

(١) قاله السيّد في الانتصار : ٣٨١، المسألة ٢٢٤، والشيخ في المبسوط ٦ : ١٣٠،

وابن إدريس في السرائر ٣ : ٢٩، والمحقّق في الشرائع ٣ : ١٢٦ .

(٢) الوسائل ١٦ : ٨٥، الباب ٤ من أبواب المكاتبه، الحديث الأوّل .

وقيل بالمنع؛ لأنّ الكتابة شبيهة بالتبرّع من حيث إنّها معامله على ماله بماله^(١) والخبر حجّة عليه.

﴿ ويجوز تنجيمها ﴾ نجومًا متعدّدة بأن يؤدّي في كلّ نجم قدرًا من مالها ﴿ بشرط العلم بالقدر ﴾ في كلّ أجل ﴿ والأجل ﴾ حذرًا من الغرر، سواء تساوت النجوم أجمالاً ومالاً أم اختلفت؛ للأصل. وهذا هو الأصل فيها، وليس موضع الاشتباه حتّى يُختصّ بالذكر، وإنّما موضعه النجم الواحد، ولا يجوز حمل مطلقه عليه؛ للعلم به من اشتراط الأجل.

﴿ ولا تصحّ ﴾ الكتابة ﴿ مع جهالة العوض ﴾ بل يعتبر ضبطه كالنسيئة، وإن كان عَرْضاً فكالسلم، ويمتنع فيما يمتنع فيه ﴿ ولا على عين ﴾ لأنّها إن كانت للسيد فلا معاوضة، وإن كانت لغيره فهي كجعل ثمن المبيع من مال غير المشتري. ولو أذن الغير في الكتابة على عين يملكها فهي في قوّة بيع العبد بها، فإن جعلناها بيعاً صحّ، وإلا فوجهان: من الأصل، وكونه خلاف المعهود شرعاً كما علّم من اشتراط الأجل.

﴿ ويُسْتَحَبُّ أن لا يتجاوز ﴾ مال الكتابة ﴿ قيمة العبد ﴾ يوم المكاتبه ﴿ ويجب ﴾ على مولاه ﴿ الإيتاء ﴾ للمكاتب ﴿ من الزكاة إن وجبت ﴾ الزكاة ﴿ على المولى ﴾ للأمر به في قوله تعالى: (وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ)^(٢) وليكن من سهم الرقاب إن أوجبنا البسط ﴿ وإلا ﴾ تجب عليه الزكاة ﴿ استحبّ ﴾ له الإيتاء وهو إعطاؤه شيئاً ﴿ ولا حدّ له ﴾ أي للموتى قلّة، بل يكفي ما يطلق عليه اسم المال.

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٦ : ٩٥.

(٢) النور : ٣٣.

ويكفي الحط من النجوم عنه؛ لأنه في معناه، ويجب على العبد القبول إن آتاه من عين مال الكتابة أو من جنسه، لا من غيره، ولو أعتق قبل الإيتاء ففي وجوب القضاء وكونه ديناً على المولى وجهٌ رجّحه المصنّف في الدروس وجعله كالدين^(١) ولو دفع إليه من الزكاة وكان مشروطاً فعجزه ففي وجوب إخراج الزكاة لغيره أو ردّها إلى دافعها لو كان غيره قول^(٢) ويحتمل ذلك لو كان من الغير تبرّعاً وعدمه فيهما؛ لملكه له وقت الدفع وبراءة ذمّة الدافع، وعوده إلى المولى إحداث لا إبطال ما سلف، ومن ثمّ بقيت المعاملة السابقة بحالها وإن لم يرضَ بها المولى.

﴿ ولو مات ﴾ المكاتب ﴿ المشروط قبل كمال الأداء ﴾ لمال الكتابة ﴿ بطلت ﴾ وملك المولى ما وصل إليه من المال وما تركه المكاتب. ﴿ ولو مات المطلق ولم يؤدّ شيئاً فكذلك، وإن أدّى تحرّر منه بقدر المؤدى ﴾ أي بنسبته من الجميع، وبطل منه بنسبة المتخلف ﴿ وكان ميراثه بين السيّد ووارثه بالنسبة ﴾ فإن كان الوارث حرّاً فلا شيء عليه ﴿ ويؤدّي الوارث التابع له في الكتابة ﴾ كولد من أمته ﴿ باقي مال الكتابة ﴾ لأنه قد تحرّر منه بنسبة أبيه وبقي الباقي لازماً له ﴿ وللمولى إجباره على الأداء ﴾ للباقي ﴿ كما له إجبار المورث ﴾ لأنه دين فكان له إجباره على أدائه.

وقيل: لا^(٣) لعدم وقوع المعاملة معه، وفي صحيحة ابن سنان وجميل ابن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: « يقضي مال الكتابة من الأصل، ويرث وارثه

(١) الدروس ٢: ٢٤٨.

(٢) لم نعثر على قائله، وجعله الشارح في المسالك ١٠: ٤٧٨ وجهاً في المسألة.

(٣) لم نعثر عليه.

ما بقي»^(١) واختاره بعض الأصحاب^(٢) والمشهور الأول.

﴿ وتصحّ الوصيّة للمكاتب المطلق بحساب ما تحرّر منه ﴾ لرواية محمّد ابن قيس عن الباقر عليه السلام «في مكاتب كان تحته امرأة حرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة، ففضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه»^(٣).

ولو لم يتحرّر منه شيء أو كان مشروطاً، لم تصحّ الوصيّة له مطلقاً على المشهور. واستقرّ المصنّف في الدروس جواز الوصيّة للمكاتب مطلقاً^(٤) لأنّ قبولها نوع اكتساب وهو أهل له. وفيه قوّة^(٥).

هذا إذا كان الموصي غير المولى، أمّا هو فتصحّ وصيّته مطلقاً، ويُعتق منه بقدر الوصيّة، فإن كانت بقدر النجوم عُتق أجمع، وإن زادت فالزائد له. ولا فرق بين كون قيمته بقدر مال الكتابة، أو أقلّ؛ لأنّ الواجب الآن هو المال، مع احتمال اعتبار القيمة لو نقصت من الوصيّة فيعتق من الوصيّة، وله الزائد وإن لم تف بمال الكتابة؛ لأنّ ذلك حكم القنّ، والمكاتب لا يقصر عنه.

﴿ وكلّ ما يشترط في عقد الكتابة ممّا لا يخالف المشروع لازم ﴾ لأنّ الشرط في العقد يصير كالجزء منه، فالأمر بالوفاء به يتناول، ولقوله عليه السلام :

(١) الوسائل ١٦ : ١٠٠، الباب ١٨ من أبواب المكاتبه، الحديث ٣ وذيله، وانظر التهذيب ٨ : ٢٧٢، الحديث ٩٩١ و ٩٩٢ أيضاً.

(٢) اختاره الإسكافي كما في المختلف ٨ : ٩٧ - ٩٨.

(٣) الوسائل ١٦ : ١٠١، الباب ٢٠ من أبواب المكاتبه، الحديث ٢.

(٤) الدروس ٢ : ٢٥١.

(٥) إنّما عدل عن الرواية؛ لأنّ محمّد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الضعيف والثقة وتطرح الرواية لذلك ويتوجّه الجواز من حيث إنّها اكتساب كما ذكر. (منه عليه السلام).

«المؤمنون عند شروطهم»^(١) ولو خالف المشروع - كشرط أن يطاء المكاتب أو أمة المكاتب مطلقاً، أو يترك التكسب، أو ردّ المطلق في الرقّ حيث شاء، ونحوه - بطل الشرط، ويتبعه بطلان العقد على الأقوى.

﴿ وليس له ﴾ أي للمكاتب بنوعيه ﴿ التصرف في ماله ببيع ﴾ ينافي الاكتساب كالبيع نسيئة بغير رهن ولا ضمين، أو محاباةً أو بغبن، لا مطلق البيع فإنّ له التصرف بالبيع والشراء وغيرهما من أنواع التكسب التي لا خطر فيها ولا تبرّع ﴿ ولا هبة ﴾ لا تستلزم عوضاً زائداً عن الموهوب، وإلا فلا منع؛ للغبطة، وفي صحّة العوض المساوي وجه؛ إذ لا ضرر حينئذٍ كالبيع بثمن المثل والشراء به ﴿ ولا عتق ﴾ لأنّه تبرّع محض، ومنه شراء من ينعق عليه، وله قبول هبته مع عدم الضرر بأن يكون مكتسباً قدر مؤنته فصاعداً ﴿ ولا إقراض ﴾ مع عدم الغبطة، فلو كان في طريق خطر يكون الإقراض فيه أغبط من بقاء المال، أو خاف تلفه قبل دفعه، أو يبيعه ونحو ذلك، فالمتّجه الصحّة، ولكنهم أطلقوا المنع فيما ذكر^(٢) ﴿ إلا بإذن المولى ﴾ فلو أذن في ذلك كلّّه جاز؛ لأنّ الحقّ لهما، وحيث يُعتق بإذنه فالولاء له إن عتق، وإلا فللمولى.

ولو اشترى من ينعق عليه لم يُعتق في الحال فإن عتق تبعه، وإلا استرقّهما المولى. ولو مات العتيق في زمن الكتابة وقف ميراثه توقّعاً لعتق المكاتب. وحيث لا يأذن المولى فيما لا غبطة فيه ولم يبطله حتّى عتق المكاتب نفذ؛

(١) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٢) انظر المبسوط ٦ : ١٢٣، والسرائر ٣ : ٢٧، والشرائع ٣ : ١٣١ - ١٣٢، والقواعد ٣ :

لزوال المانع كالفضولي. وقيل: لا؛ لوقوعه على غير الوجه المشروع^(١) وهو ممنوع.

﴿ ولا يتصرّف المولى في ماله أيضاً ﴾ بما ينافي الاكتساب ﴿ إلا بما يتعلّق بالاستيفاء ﴾ مطلقة كانت أم مشروطة.

﴿ ويحرم عليه وطء ﴾ الأمة ﴿ المكاتبه عقداً وملكاً ﴾ بإذنها وغيره، فلو وطئها فعليه المهر وإن طأوعته؛ لأنّها لم تستقلّ بملكه ليستقلّ ببيعها. وفي تكرّر المهر بتكرّر الوطء أوجه، ثالثها تكرّره مع تخلّل الأداء بين الوطأين، وإلا فلا، وتصير أمّ ولد لو ولدت منه. فإن مات وعليها شيء من مال الكتابة عتق باقيها من نصيب ولدها فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً.

﴿ وله تزويجها ﴾ من غيره ﴿ بإذنها ﴾ والفرق بينه وبين المولى أن الملك له غير تامّ؛ لتشبهتها بالحرّية، والعقد كذلك؛ لعدم استقلالها والبضع لا يتبعّض، أمّا الأجنبيّ فلما كان الحقّ منحصراً فيهما وعقد له بإذنها فقد أباحه بوجه واحد.

﴿ ويجوز بيع مال الكتابة ﴾ بعد حلوله ونقله بسائر وجوه النقل، فيجب على المكاتب تسليمه إلى من صار إليه. خلافاً للمبسوط^(٢) استناداً إلى النهي عن بيع ما لم يُقبض^(٣) وإطلاقه ممنوع^(٤) لتقييده بانتقاله إلى البائع بالبيع ﴿ فإذا أدّاه ﴾

(١) قاله العلامة في التحرير ٤ : ٢٣٧.

(٢) المبسوط ٦ : ١٢٦.

(٣) أنظر الوسائل ١٢ : ٣٩١، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢١ وغيره في الباب.

(٤) حاصل المنع يرجع إلى أن النهي مشروطٌ بشرطين : أحدهما انتقاله إليه بالبيع. والثاني

نقله بالبيع، وهنا الشرط الأوّل مفقودٌ فلا يحرم كما لا يحرم نقل ما اشتراه بغير البيع من

عقود المعاوضات. (منه ﷺ).

المكاتب ﴿ إلى المشتري عتق ﴾ لأن قبضه كقبض المولى .

ولو قيل بالفساد، ففي عتقه بقبض المشتري مع إذنه له في القبض وجهان :
من أنه كالوكيل، ومن أن قبضه لنفسه وهو غير مستحق، ففارق الوكيل بذلك.
والوجهان اختارهما العلامة في التحرير^(١).

﴿ ولو اختلفا في قدر مال الكتابة، أو في ﴿ قدر ﴾ النجوم ﴾ وهي الآجال
إما في قدر كل أجل مع اتّفاقهما على عددها، أو في عددها مع اتّفاقهما على مقدار
كل أجل ﴿ قُدِّم المنكر ﴾ وهو المكاتب في الأول والمولى في الثاني ﴿ مع
يمينه ﴾ لأصالة البراءة من الزائد.

وقيل : يُقدِّم قول السيّد مطلقاً^(٢) لأصالة عدم العتق، إلا بما يتفقان عليه.

(١) التحرير ٤ : ٢٧٣ - ٢٧٤، الرقم ٥٧٩٦ .

(٢) قاله المحقق في الشرائع ٣ : ١٣٠، والعلامة في القواعد ٣ : ٢٣٨ .

﴿ النظر الثالث في الاستيلاء ﴾

للإماء بملك اليمين

ويترتب عليه أحكام خاصة، كإبطال كل تصرفٍ ناقلٍ للملك عنه إلى غيره غير مستلزم للعتق أو مستلزم للنقل كالرهن، وعتقها بموت المولى قبلها مع خلوّ ذمته من ثمن رقبته أو وفاء التركة وحياة الولد، وغير ذلك ﴿ وهو يحصل بعلوق أمته منه في ملكه ﴿ بما يكون مبدأ نشوء آدمي ولو مضغّة، لا بعلوق الزوجة الأمّة، ولا الموطوءة بشبهة وإن ولدته حرّاً أو ملكهما بعدُ على الأشهر. ولا يشترط الوطء، بل يكفي مطلق العُلوق منه، ولا حلّ الوطء إذا كان التحريم عارضاً كالصوم والإحرام^(١) والحيض والرهن. أمّا الأصليّ بتزويج الأمّة مع العلم بالتحريم فلا؛ لعدم لحوق النسب.

ويشترط مع ذلك الحكم بحرّيّة الولد، فلا يحصل بوطء المكاتب أمته قبل الحكم بعتقه، فلو عجز استرقّ المولى الجميع، نعم لو عتق صارت أمّ ولد. وليس له بيعها قبل عجزه وعتقه؛ لتشبّثها بالحرّيّة. ولا بوطء العبد أمته التي ملكه إياها مولاه لو قلنا بملكه.

﴿ وهي مملوكة ﴾ يجوز استخدامها ووطؤها بالملك وتزويجها بغير رضاها وإجارتها وعتقها.

﴿ ولا تتحرّر بموت المولى ﴾ أي بمجرد موته كما يتحرّر المدبّر لو خرج من ثلث ماله أو أجازته الوارث ﴿ بل ﴾ تتحرّر ﴿ من نصيب ولدها ﴾ من ميراثه من أبيه ﴿ فإن عجز النصيب ﴾ عن قيمتها كما لو لم يخلف سواها وخلف وارثاً

(١) لم يرد «والإحرام» في (ع) و (ف)، وشُطب عليه في (ش).

سواء ﴿ سعت ﴾ هي ﴿ في المتخلف ﴾ من قيمتها عن نصيبه. ولا اعتبار بملك ولدها من غير الإرث؛ لأنّ عقها عليه قهريّ، فلا يسري عليه في المشهور. وقيل: يُقوّم عليه الباقي بناءً على السراية بمطلق الملك^(١).

﴿ ولا يجوز بيعها ما دام ولدها حيّاً، إلّا فيما استثني ﴾ في كتاب البيع^(٢) فإذا مات أو ولدته سقطاً زال حكم الاستيلاد رأساً. وفائدة الحكم به بوضع العلقه والمضغة وما فوقهما إبطال التصرفات السابقة الواقعة حالة الحمل، وإن جاز تجديدها حينئذٍ.

﴿ وإذا جنت ﴾ أمّ الولد خطأً تعلّقت الجناية برقبته على المشهور، و﴿ فكّها ﴾ المولى ﴿ بأقلّ الأمرين من قيمتها وأرش الجناية ﴾ على الأقوى؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الأرش فظاهر، وإن كان القيمة فهي بدل من العين فيقوم مقامها، وإلّا لم تكن بدلاً. ولا سبيل إلى الزائد؛ لأنّ المولى لا يعقل مملوكاً. وهذا الحكم لا يختصّ بأمّ الولد، بل بكلّ مملوك.

وقيل: بل يفكّها بأرش الجناية مطلقاً^(٣) لتعلّقها برقبته.

ولا يتعيّن عليه ذلك، بل يفكّها ﴿ إن شاء، وإلّا ﴾ يفكّها ﴿ سلّمها ﴾ إلى المجنّي عليه، أو وارثه لئتملكها فيبطل حكم الاستيلاد. وله حينئذٍ بيعها والتصرّف فيها كيف شاء إن استغرقت الجناية قيمتها ﴿ أو يسلم ما قابل الجناية ﴾ إن لم تستغرق قيمتها.

(١) قاله الشيخ في النهاية: ٥٤٧.

(٢) راجع الجزء الثاني: ٢٠٢-٢٠٣.

(٣) قاله الشيخ في الخلاف ٥: ٢٧١، المسألة ٨٨ من كتاب الديات، وانظر الصفحة ١٤٩، المسألة ٥ من كتاب الجنائيات أيضاً.

کتاب الفرائد



﴿ كتاب الإقرار ﴾

﴿ وفيه فصول ﴾ :

﴿ الأوّل ﴾

﴿ الصيغة ، وتوابعها ﴾

من شرائط المُقَرِّ، وجملة من أحكامه المترتبة على الصيغة، ويندرج فيه بعض شرائط المُقَرِّ به. وكان عليه أن يدرج شرائط المُقَرِّ له أيضاً فيه، وهي: أهليته للتملك وأن لا يكذب المُقَرِّ، وأن يكون ممن يملك المُقَرِّ به، فلو أقرَّ للحائط أو الدابة لغا، ولو أكذبه لم يُعطَ، ولو لم يصلح لملكه - كما لو أقرَّ لمسلم بخنزير أو خمر غير محترمة - بطل، وإنّما أدرجنا ذلك لتمام الباب.

﴿ وهي ﴾ أي الصيغة: ﴿ له عندي كذا ﴾ أو عليّ ﴿ أو هذا ﴾ الشيء - كهذا البيت أو البستان - ﴿ له ﴾ دون «بيتي» و«بستاني» في المشهور؛ لامتناع اجتماع مالكين مستوعبين على شيء واحد، والإقرار يقتضي سبق ملك المُقَرِّ له على وقت الإقرار، فيجتمع النقيضان.

نعم، لو قال: بسبب صحيح - كالشراء ونحوه - صح؛ لجواز أن يكون له حقّ

وقد جعل داره في مقابلته .

والأقوى الصحة مطلقاً^(١) لإمكان تنزيل الخالي من الضميمة عليها؛ لأن الإقرار مطلقاً يُنزل على السبب الصحيح مع إمكان غيره، ولأن التناقض إنما يتحقق مع ثبوت الملك لهما في نفس الأمر، أما ثبوت أحدهما ظاهراً والآخر في نفس الأمر فلا، والحال هنا كذلك، فإن الإخبار بملك المقر له يقتضي ثبوت ملكه في الواقع، ونسبة المقر به إلى نفسه يحمل على الظاهر، فإنه المطابق لحكم الإقرار؛ إذ لا بد فيه من كون المقر به تحت يد المقر، وهي تقتضي ظاهراً كونه ملكاً له، ولأن الإضافة يكفي فيها أدنى ملابس، مثل (لا تُخرجوهنَّ من بيوتهنَّ)^(٢) فإن المراد: بيوت الأزواج وأضيفت إلى الزوجات بملابسة السكنى، ولو كان ملكاً لهنّ لما جاز إخراجهنّ عند الفاحشة. وكقول أحد حاملي الخشبة: «خذ طرفك» و«كوكب الخرقاء»^(٣) و«شهادة الله» و«دينه».

وهذه الإضافة لو كانت مجازاً لوجب الحمل عليه، لوجود القرينة الصارفة عن الحقيقة والمعينة له؛ لأن الحكم بصحة إقرار العقلاء مع الإتيان باللام المفيد

(١) سواء كانت مع الصحيحة أو بدونها (هامش ر).

(٢) الطلاق: ١.

(٣) جملة من بيت تمامه هذا:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل أزاعت غزلها في الأقارب
والخرقاء اسم امرأة في عقلها نقصان، وإنما سميت بها لأنها كانت لا تهيب أسباب الشتاء في الصيف، فلما طلع سهيل وأصاب البرد فرقت قطنها بين نساء أقاربها وجاراتها ليساعدنها في الغزل لتهيب لباس شتائها. والشاهد في إضافة الكوكب إلى الخرقاء بأدنى ملابس وذلك أن عمل تلك المرأة كان مقارناً لطلوع سهيل، فأضاف الشاعر ذلك الكوكب إليها. راجع

للملك والاستحقاق قرينة على أن نسبة المال إلى المقرّ بحسب الظاهر.
وفرق المصنّف بين قوله: « ملكي لفلان » و « داري » فحكم بالبطان في
الأول وتوقف في الثاني^(١) والأقوى عدم الفرق.

وليس منه^(٢) ما لو قال: « مسكني له » فإنه يقتضي الإقرار قطعاً؛ لأنّ إضافة
السكنى لا تقتضي ملكيّة العين؛ لجواز أن يسكن [ملك] غيره.

﴿ أو له في ذمّتي ﴾ كذا ﴿ وشبهه ﴾ كقوله: « له قبلي كذا ».

﴿ ولو علّقه بالمشيئة ﴾ كقوله: « إن شئت » أو « إن شاء زيد » أو « إن شاء

الله » ﴿ بطل ﴾ الإقرار ﴿ إن اتّصل ﴾ الشرط؛ لأنّ الإقرار إخبار جازم عن حقّ
لازم سابق على وقت الصيغة، فالتعليق ينافيه؛ لانتفاء الجزم في المعلّق، إلّا أن
يُقصد في التعليق على مشيئة الله: التبرّك، فلا يضرّ.

وقد يشكّل البطان في الأوّل بأنّ الصيغة قبل التعليق تامّة الإفادة لمقصود
الإقرار، فيكون التعليق بعدها كتعقيبه بما ينافيه، فينبغي أن يلغو المنافي، لأن
يبطل الإقرار.

والاعتذار بكون الكلام كالجمله الواحدة لا يتمّ إلّا بآخره، واردّ في تعقيبه
بالمنافي مع حكمهم بصحّته.

وقد يُفرّق بين المقامين بأنّ المراد بالمنافي الذي لا يسمع: ما وقع بعد تمام
صيغة جامعة لشرائط الصحّة، وهنا ليس كذلك؛ لأنّ من جملة الشرائط التنجيز
وهو غير متحقّق بالتعليق فتلغو الصيغة.

(١) الدروس ٣: ١٢٣.

(٢) في (ع) زيادة: مثل.

(٣) في المخطوطات: مال.

﴿ ويصحّ ﴾ الإقرار ﴿ بالعربية وغيرها ﴾ لاشتراك اللغات في التعبير عمّا في الضمير، والدلالة على المعاني الذهنية بحسب المواضع، لكن يشترط في تحقيق اللزوم علم الالفاظ بالوضع، فلو أقرّ عربيّ بالعجميّة أو بالعكس وهو لا يعلم مؤدّى اللفظ لم يقع. ويُقبل قوله في عدم العلم إن أمكن في حقّه، أو صدّقه المُقرّر له، عملاً بالظاهر والأصل من عدم تجدد العلم بغير لغته. والمعتبر في الألفاظ الدالّة على الإقرار إفادتها له عرفاً وإن لم يقع على القانون العربيّ وقلنا باعتباره في غيره من العقود والإيقاعات اللازمة لتوقّف تلك على النقل، ومن ثمّ لم تصحّ^(١) بغير العربية مع إمكانها.

﴿ ولو علّقه بشهادة الغير ﴾ فقال: «إن شهد لك فلان عليّ بكذا فهو لك في ذمّتي» أو «لك عليّ كذا إن شهد لك به فلان» ﴿ أو قال: إن شهد ﴾ لك ﴿ فلان ﴾ عليّ بكذا ﴿ فهو صادق ﴾ أو فهو صدق، أو حقّ، أو لازم لذمّتي، ونحوه ﴿ فالأقرب البطلان ﴾ وإن كان قد علّق ثبوت الحقّ على الشهادة، وذلك لا يصدق إلا إذا كان ثابتاً في ذمّته الآن وحكم بصدقه على تقدير شهادته، ولا يكون صادقاً إلا إذا كان المشهود به في ذمّته؛ لوجوب مطابقة الخبر الصادق لمُخبره بحسب الواقع؛ إذ ليس للشهادة أثر في ثبوت الصدق ولا عدمه، فلولا حصول الصدق عند المُقرّر لما علّقه على الشهادة؛ لاستحالة أن تجعله الشهادة صادقاً وليس بصادق، وإذا لم يكن للشهادة تأثير في حصول الصدق عند المُقرّر^(٢) وقد حكم به، وجب أن يلزمه المال وإن أنكر الشهادة، فضلاً عن شهادته أو عدم شهادته.

وإنما لم يؤثّر هذا كله ﴿ لجواز أن يعتقد استحالة صدقه؛ لاستحالة شهادته

(١) في (ر): لا تصحّ.

(٢) أثبتنا «عند المُقرّر» من (ع).

عنده ﴿ ومثله في محاورات العوام كثير، يقول أحدهم: «إن شهد فلان أنني لست لأبي فهو صادق» ولا يريد إلا أنه لا تصدر عنه الشهادة؛ للقطع بعدم تصديقه إياه على كونه ليس لأبيه، وغايته قيام الاحتمال، وهو كافٍ في عدم اللزوم وعدم صراحة الصيغة في المطلوب، معترضاً بأصالة براءة الذمة، مع أن ما ذكر في توجيه اللزوم معارض بالإقرار المعلق على شرط بتقريب ما ذكر^(١) وكذا قولهم: إنه يصدق «كلما لم يكن المال ثابتاً في ذمته لم يكن صادقاً على تقدير الشهادة» وينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: «كلما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان ثابتاً في ذمته وإن لم يشهد» لكن المقدم حق؛ لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٢) وقد أقرَّ بصدقه على تقدير الشهادة، فالتالي - وهو ثبوت المال في ذمته - مثله، فإنه معارض بالمعلق ومنقوض بالاحتمال الظاهر^(٣).

﴿ ولا بدّ من كون المقرّ كاملاً ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ خالياً من الحجر للسّفه ﴾ أمّا الحجر للفلس فقد تقدّم في باب الدين^(٤) اختيار المصنّف أنّه مانع من الإقرار بالعين دون الدين؛ فلذا لم يذكره هنا. ويعتبر مع ذلك القصد والاختيار. فلا عبرة بإقرار الصبيّ وإن بلغ عشرًا إن لم نُجز وصيّته ووقفه وصدقته، وإلاّ قبل إقراره بها؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به. ولو أقرّ بالبلوغ استُفسِر فإن فسّره بالإمضاء قبل مع إمكانه، ولا يمين عليه حذراً من الدور.

(١) أي بالدليل الذي ذكر في التعليق بالمشيئة (هامش ع).

(٢) كما روي عن النبيّ ﷺ، أنظر الوسائل ١٦ : ١١١، الباب ٣ من أبواب الإقرار، الحديث ٢.

(٣) احتمال أن يعتقد المقرّ استحالة صدقه (هامش ر).

(٤) تقدّم في الجزء الثاني : ٣٥٨.

ودفعُ المصنّف له - في الدروس - بأنّ يمينه موقوفة على إمكان بلوغه، والموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه فتغايرت الجهة^(١) مندفعُ بأنّ إمكان البلوغ غير كافٍ شرعاً في اعتبار أفعال الصبيّ وأقواله التي منها يمينه. ومثله إقرار الصبيّة به أو بالحيض.

وإن ادّعاه بالسّنّ كُلف البيّنة، سواء في ذلك الغريب والخامل وغيرهما، خلافاً للتذكرة حيث ألحقهما فيه بمدّعي الاحتلام^(٢) لتعدّر إقامة البيّنة عليهما غالباً. أو بالإنبات اعتبر؛ فإنّ محلّه ليس من العورة، ولو فرض أنّه منها فهو موضع حاجة.

ولا بإقرار المجنون إلّا من ذي الدور وقت الوثوق بعقله. ولا بإقرار غير القاصد، كالنائم والهازل والساهي والغالط.

ولو ادّعى المقرّ أحد هذه^(٣) ففي تقديم قوله عملاً بالأصل، أو قول الآخر عملاً بالظاهر وجهان.

ومثله دعواه بعد البلوغ وقوعه حالة الصبا، والمجنون حالته مع العلم به، فلو لم يُعلم له حالة جنون حلف نافية. والأقوى عدم القبول في الجميع. ولا بإقرار المكره فيما أكره على الإقرار به، إلّا مع ظهور أماره اختياره، كأن يكره على أمر فيقرّ بأزيد منه.

وأما الخلوّ من السّفه: فهو شرط في الإقرار المالي، فلو أقرّ بغيره كجناية توجب القصاص ونكاح وطلاق قبّل، ولو اجتمعاً قبّل في غير المال كالسرقة بالنسبة إلى القطع، ولا يلزم بعد زوال حجره ما بطل قبله، وكذا يقبل إقرار المفلس

(١) الدروس ٣: ١٢٦ - ١٢٧.

(٢) التذكرة (الحجرية) ٢: ١٤٦.

(٣) النوم والهزل والسهو والغلط.

في غير المال مطلقاً.

﴿ وإقرار المريض من الثلث مع التهمة ﴾ وهي : الظنّ الغالب بأنّه إنّما يريد بالإقرار تخصيص المقرّ له بالمقرّ به، وأنّه في نفس الأمر كاذب.

ولو اختلف المقرّ له والوارث فيها فعلى المدعي لها البيّنة؛ لأصالة عدمها، وعلى منكرها اليمين. ويكفي في يمين المقرّ له أنّه لا يعلم التهمة، لا أنّها ليست حاصلة في نفس الأمر؛ لابتناء الإقرار على الظاهر. ولا يكلف الحلف على استحقاق المقرّ به من حيث أنّه يعلم بوجه استحقاقه؛ لأنّ ذلك غير شرط في استباحة المقرّ به، بل له أخذه ما لم يعلم فساد السبب.

هذا كلّه مع موت المقرّ في مرضه، فلو برئ [من مرضه] ^(١) نفذ من الأصل مطلقاً. ولا فرق في ذلك بين الوارث والأجنبي.

﴿ وإلا ﴾ يكن هناك تهمة ظاهرة ﴿ فمن الأصل ﴾ مطلقاً على أصحّ الأقوال ^(٢).

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) اختاره الشيخ في النهاية : ٦١٧ - ٦١٨، والقاضي في المهذب ١ : ٤١٩، والمحقق في الشرائع ٣ : ١٥٢، والعلامة في القواعد ٢ : ٥٣١، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ١١ : ١٠٨. والقول الآخر أنّه من الأصل مطلقاً، اختاره الديلمي في المراسم : ٢٠٤، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٥٠٦.

وهنا قول ثالث منسوب إلى السيّد وهو التفصيل بين الإقرار بالدين فيمضي من الأصل مطلقاً، وبين الإقرار بالعين فأماها من الأصل مع عدم التهمة، أنظر المهذب البارع ٣ : ١٤٢، وجامع المقاصد ١١ : ١٠٨، والمقنعة : ٦٦٢، باب الإقرار في المرض.

والقول الرابع أنّه من الثلث مع التهمة وإلّا فمن الأصل إن كان الإقرار للأجنبي، وأمّا إن كان الإقرار للوارث فهو من الثلث مطلقاً مع التهمة وبلا تهمة، اختاره المحقق في المختصر ١ : ١٦٨.

﴿ وإطلاق الكيل أو الوزن ﴾ في الإقرار كأن قال : له عندي كيل حنطة أو رطل سمن ﴿ يُحمل على ﴾ الكيل والوزن ﴿ المتعارف في البلد ﴾ أي بلد المُقرَّر وإن خالف بلد المُقرَّر له ﴿ فإن تعدَّد ﴾ المكيال والميزان في بلده ﴿ عيّن المُقرَّر ﴾ ما شاء منها ﴿ ما لم يغلب ﴾ أحدها في الاستعمال على الباقي ﴿ فيُحمل على الغالب ﴾ ولو تعدَّر استفساره فالمتيقن هو الأقل^(١) وكذا القول في النقد .

﴿ ولو أقرَّ بلفظ مبهم صحَّ ﴾ إقراره ﴿ وألزم تفسيره ﴾ واللفظ المبهم ﴿ كالمال والشيء والجزيل والعظيم والحقير ﴾ والنفيس ، ومال أي مال . ويُقبل تفسيره بما قلَّ ؛ لأنَّ كلَّ مالٍ عظيم خطره شرعاً كما ينبّه عليه كفر مستحلّه^(٢) فيُقبل [في]^(٣) هذه الأوصاف .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا بدَّ من كونه ممّا يتموّل ﴾ أي يُعدّ مالاً عرفاً ﴿ لا كقشر جوزة ، أو حبة دُخن ﴾ أو حِطّة ؛ إذ لا قيمة لذلك عادة .
وقيل : يُقبل بذلك ؛ لأنّه مملوك شرعاً ، والحقيقة الشرعية مقدّمة على العرفيّة ، ولتحرّيم أخذه بغير إذن مالكة ووجوب ردّه^(٤) .

ويشكل بأنَّ الملك لا يستلزم إطلاق اسم المال شرعاً ، والعرف يأباه . نعم ، يتّجه ذلك تفسيراً للشيء ، وإن وصفه بالأوصاف العظيمة ؛ لما ذكر^(٥) ويقرب منه^(٦)

(١) في (ش) زيادة : قيمةً ووصفاً .

(٢) لم نعثر عليه بعينه .

(٣) لم يرد في المخطوطات .

(٤) قاله العلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ١٥١ - ١٥٢ ، والشهيد في غاية المراد ٢ : ٢٥٩ ،

ولكنّه في مورد حبة من حنطة ومثلها ، ولم نعثر على القبول في القشر .

(٥) من أن كلَّ مالٍ عظيم خطره شرعاً (هامش ر) .

(٦) أي من الإقرار بالشيء .

ما لوقال : له عليّ حقّ .

وفي قبول تفسيرهما^(١) بردّ السلام والعيادة وتسميت العطاس^(٢) وجهان : من إطلاق «الحقّ» عليها في الأخبار^(٣) فيُطلق «الشيء» لأنّه أعمّ، ومن أنّه خلاف المتعارف وبُعدّهما عن الفهم في معرض الإقرار وهو الأشهر .

ولو امتنع من التفسير حُبس وعُوقب عليه حتّى يفسّر؛ لوجوبه عليه .
ولو مات قبله طوّل الوارث به إن علمه وخلف تركه، فإن أنكر العلم وادّعه عليه المُقرّ له حلف على عدمه .

﴿ ولا فرق ﴾ في الإبهام والرجوع إليه في التفسير ﴿ بين قوله : عظيم أو كثير ﴾ لا اشتراكهما في الاحتمال .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ^(٤) وجماعة^(٥) بالفرق وإنّ ﴿ الكثير ثمانون ﴾ كالنذر؛ للرواية الواردة به فيه^(٦) والاستشهاد بقوله تعالى : (لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ)^(٧) ويضعّف مع تسليمه بطلان القياس ، ولا استعمال الكثير في القرآن

(١) الشيء والحقّ .

(٢) في (ع) : العاطس ، وفي نسخة بدلها : العطاس .

(٣) أنظر الوسائل ٨ : ٤٥٩ ، الباب ٥٧ من أبواب أحكام العشرة ، الحديث ١ و ٤ .

(*) في (ق) : بين كونه عظيماً أو كثيراً . وفي (س) : بين قوله : عظيماً أو كثيراً .

(٤) المبسوط ٣ : ٦ ، والخلاف ٣ : ٣٥٩ ، المسألة الأولى من كتاب الإقرار .

(٥) مثل القاضي في المهذب ١ : ٤٠٥ ، والكيدري في الإصباح : ٣٣٢ ، والسيد ابن زهرة في

الغنية : ٢٧١ .

(٦) أنظر الوسائل ١٦ : ١٨٦ ، الباب ٣ من أبواب كتاب النذر والعهد .

(٧) التوبة : ٢٥ .

لغير ذلك مثل (فِتَّةٌ كَثِيرَةٌ)^(١) و (ذِكْرًا كَثِيرًا)^(٢) ودعوى أنه عرف شرعي فلا قياس، خلاف الظاهر. وإلحاق «العظيم» به غريب^(٣).

﴿ ولو قال : له عليّ أكثر من مال فلان ﴾ لزمه بقدره وزيادة ﴿ و ﴾ لو ﴿ فسره بدونه وادّعى ظنّ القلّة حلف ﴾ لأصالة عدم علمه به مع ظهور أنّ المال من شأنه أن يخفى، وفسّر^(٤) بما ظنّه وزاد عليه زيادة. وينبغي تقييده بإمكان الجهل به في حقّه. ولا فرق في ذلك بين قوله قبل ذلك : «إني أعلم مال فلان» وعدمه. نعم، لو كان قد أقرّ بأنه قدرّ يزيد عمّا ادّعى ظنّه، لم يقبل إنكاره ثانياً، ولو تأوّل بأنّ^(٥) «مال فلان حرام أو شبهة أو عين، وما أقررت به حلال أو دين، والحلال والدين أكثر نفعاً أو بقاءً» ففي قبوله قولان^(٦) : من أنّ المتبادر كثرة المقدار فيكون حقيقة فيها وهي مقدّمة على المجاز مع عدم القرينة الصارفة، ومن إمكان إرادة المجاز ولا يُعلم قصده إلاّ من لفظه فيرجع إليه فيه. ولا يخفى قوّة الأوّل. نعم لو اتّصل التفسير بالإقرار لم يبعد القبول.

﴿ ولو قال : له عليّ كذا دراهم، بالحركات الثلاث ﴾ : الرفع والنصب والجرّ ﴿ والوقف ﴾ بالسكون، وما في معناه ﴿ فواحد ﴾ لاشتراكه بين الواحد

(١) البقرة : ٢٤٩.

(٢) الأحزاب : ٤١.

(٣) الملحق به ابن الجنيد [نقل عنه في المختلف ٦ : ٥٢ والدروس ٣ : ١٣٩]. (منه بالحرف).

(٤) عطف على قول الماتن : حلف.

(٥) في (ر) : بأن قال.

(٦) القول بالقبول للعلامة في الإرشاد ١ : ٤١٠، التحرير ٤ : ٤٠٧، الرقم ٥٩٩١، والتذكرة

(الحجريّة) ٢ : ١٥٣، وولده في الإيضاح ٣ : ٤٤١. والقول الآخر منسوب في الدروس

٣ : ١٣٩ إلى الشيخ، أنظر الخلاف ٣ : ٣٦٢ - ٣٦٣، المسألة ٢ من الإقرار.

فما زاد وضعاً، فيحمل على الأقل؛ لأنه المتيقن إذا لم يفسره بأزيد، فإن «كذا» كناية عن «الشيء».

فمع الرفع يكون الدرهم بدلاً منه، والتقدير: «شيء درهم».

ومع النصب يكون تمييزاً له. وأجاز بعض أهل العربية نصبه على القطع^(١) كأنه قطع ما ابتدأ به وأقرّ بدرهم.

ومع الجرّ تُقدّر الإضافة ببيانته كـ «حَبّ الحصيد» والتقدير شيء هو درهم. ويشكل بأنّ ذلك وإن صحّ، إلاّ أنّه يمكن تقدير ما هو أقلّ منه بجعل «الشيء» جزءاً من الدرهم أضيف إليه، فيلزمه جزء يرجع في تفسيره إليه؛ لأنّه المتيقن، ولأصالة البراءة من الزائد، ومن ثمّ حُمِلَ الرفع والنصب على الدرهم مع احتمالهما أزيد منه. وقيل: إنّ الجرّ لحنّ يحمل على أخويه فيلزمه حكمهما^(٢).

وأما مع الوقف فيحتمل الرفع والجرّ لو أعرب، لا النصب؛ لوجوب إثبات الألف فيه وقفاً، فيحمل على مدلول ما احتمله.

فعلى ما اختاره يشتركان في احتمال الدرهم فيحمل عليه. وعلى ما حقّقناه يلزمه جزء درهم خاصّة؛ لأنّه باحتماله الرفع والجرّ حصل الشكّ فيما زاد على الجزء فيحمل على المتيقن، وهو ما دلّت عليه الإضافة.

﴿ وكذا كذا درهماً، وكذا وكذا درهماً كذلك ﴾ في حمله على الدرهم مع الحركات الثلاث والوقف؛ لاحتمال كون «كذا» الثاني تأكيداً للأوّل في الأوّل، والحكم في الإعراب ما سلف، وفي الوقف يُنزّل على أقلّ الاحتمالات. وكون «كذا» شيئاً مبهماً والثاني معطوفاً عليه في الثاني، ومُيَيزاً بدرهم على تقدير

(١) نقله العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢: ١٥٣ عن بعض الكوفيين.

(٢) لم نعرث عليه، نعم تنظر الكيدري في الإصباح: ٣٣٤ في جواز الجرّ وفي الاستعمال.

النصب، وأبدلاً منه على تقدير الرفع، وبيّنا معاً بالدرهم مع الجرّ، ونُزّل على أحدهما مع الوقف، أو أضيف الجزء إلى جزء الدرهم في الجرّ على ما اخترناه، وحُمل الوقف عليه أيضاً.

﴿ ولو فسّر في حالة الجرّ ﴾ من الأقسام الثلاثة ﴿ ببعض درهم جاز ﴾ لإمكانه وضعاً بجعل الشيء المراد من «كذا»^(١) وما ألحق به كنايةً عن الجزء.

وفيه: أن قبول تفسيره به يقتضي صحّته بحسب الوضع، فكيف يحمل مع الإطلاق على ما هو أكثر منه مع إمكان الأقل؟ فالحمل عليه مطلقاً أقوى.

﴿ وقيل ﴾ والقائل به الشيخ وجماعة^(٢): ﴿ يتبع في ذلك ﴾ المذكور من قوله: «كذا» و«كذا وكذا» و«كذا وكذا»^(٣) بالحركات الثلاث والوقف وذلك اثنتا عشرة صورة: ﴿ موازنه من الأعداد ﴾ جعلاً لكذا كنايةً عن العدد، لا عن الشيء، فيكون الدرهم في جميع أحواله تمييزاً لذلك العدد، فيُنظر إلى ما يناسبه بحسب ما تقتضيه قواعد العريية من إعراب المميّز للعدد ويحمل عليه.

فيلزمه مع أفراد المبهم ورفع الدرهم: درهم؛ لأنّ المميّز لا يكون مرفوعاً، فيجعل بدلاً كما مرّ. ومع النصب: عشرون درهماً؛ لأنّه أقلّ عدد مفرد ينصب مُميّزه؛ إذ فوقه ثلاثون إلى تسعين، فيحمل على الأقلّ. ومع الجرّ: مئة درهم؛ لأنّه أقلّ عدد مفرد فسّر بمفرد مجرور؛ إذ فوقه الألف. ومع الوقف: درهم؛ لاحتتماله

(١) في (ر) بدل «من كذا»: بكذا.

(٢) أنظر المبسوط ٣: ١٢-١٣، والخلاف ٣: ٣٦٥-٣٦٧، المسألة ٨-١١، والغنية: ٢٧٣،

والمختلف ٦: ٤١، والإرشاد ١: ٤١٠، والتذكرة (الحجريّة) ٢: ١٥٣، والتنقيح الرائع ٣:

٤٩٢، وقيدّه في المختلف والتذكرة والتنقيح بما إذا كان المقرّ من أهل اللسان وعارفاً.

(٣) في (ر) زيادة: درهماً.

الرفع والجرّ، فيحمل على الأقل^(١).

ومع تكريره بغير عطف ورفع الدرهم: درهم؛ لما ذكر^(٢) في الأفراد مع كون الثاني تأكيداً للأوّل. ومع نصبه: أحد عشر؛ لأنّه أقلّ عدد مركّب مع غيره يُنصب بعده مميّزه؛ إذ فوّقه اثنا عشر إلى تسعة عشر، فيحمل على المتيقّن. ومع جرّه: ثلاثمئة درهم؛ لأنّه أقلّ عدد أضيف إلى آخر وميّز بمفرد مجرور؛ إذ فوّقه أربعمئة إلى تسعمئة، ثمّ مئة مئة، ثمّ مئة ألف، ثمّ ألف ألف، فيحمل على المتيقّن والتركيب هنا لا يأتي^(٣) لأنّ مميّز المركّب لم يرد مجروراً، وهذا القسم لم يصرّح به صاحب القول^(٤) ولكنّه لازم له. ومع الوقف: يحتمل الرفع والجرّ، فيحمل على الأقلّ منهما وهو الرفع.

ومع تكريره معطوفاً ورفع الدرهم: يلزمه درهم؛ لما ذكر في الأفراد بجعل الدرهم بدلاً من مجموع المعطوف والمعطوف عليه. ويحتمل أن يلزمه درهم وزيادة؛ لأنّه ذكر شيئين متغايرين بالعطف، فيجعل الدرهم تفسيراً للقريب منهما وهو المعطوف، فيبقى المعطوف عليه على إيهامه فيرجع إليه في تفسيره. وأصالة البراءة تدفعه.

ومع نصب الدرهم: يلزمه أحد وعشرون درهماً، لأنّه أقلّ عددين عطف أحدهما على الآخر وانتصب المميّز بعدهما؛ إذ فوّقه اثنان وعشرون إلى تسعة وتسعين فيحمل على الأقلّ.

(١) في (ش) زيادة: منهما.

(٢) في (ر): ذكرنا.

(٣) في (ر): لا يتأتّى.

(٤) وهو الشيخ والجماعة المتقدمون في الصفحة السابقة.

ومع جرّ الدرهم : يلزمه ألف ومئة؛ لأنّه أقلّ عددٍ عطف أحدهما على الآخر وميّز بمفرد مجرور؛ إذ فوّقه من الأعداد المعطوف عليها المئة والألف ما لانهاية له. ويحتمل جعل الدرهم مميّزاً للمعطوف فيكون مئة ويبقى المعطوف عليه مبهماً فيرجع إليه في تفسيره، وجعله درهماً لمناسبة الأعداد المميّزة، فيكون التقدير درهم ومئة درهم؛ لأصالة البراءة من الزائد. وهذا القسم أيضاً لم يصرّحوا بحكمه، ولكنّه لازم للقاعدة.

ومع الوقف عليه : يحتمل الرفع والجرّ، فيحمل على الأقلّ وهو الرفع. وإنّما حملنا العبارة على جميع هذه الأقسام مع احتمال أن يريد بقوله : «وكذا كذا درهماً وكذا وكذا درهماً كذلك» حكمهما في حالة النصب؛ لأنّه الملفوظ، ويكون حكمهما في غير حالة النصب مسكوتاً عنه؛ لأنّه^(١) عقبه بقوله : «ولو فسّر في الجرّ ببعض درهم جاز» وذلك يقتضي كون ما سبق شاملاً لحالة الجرّ؛ إذ يبعد كون قوله : «ولو فسّر في الجرّ» تميمياً لحكم «كذا» المفرد؛ لبعده. وعلى التقديرين^(٢) يترتب قوله : «وقيل : يتبع في ذلك موازنه» فعلى ما ذكرناه تشعب الصور إلى اثني^(٣) عشرة، وهي : الحاصلة من ضرب أقسام الإعراب الأربعة في المسائل الثلاث، وهي : «كذا» المفرد، والمكرّر بغير عطف، ومع العطف. وعلى الاحتمال^(٤) يسقط من القسمين الأخيرين ما زاد على نصب المميّز، فتتصف الصور.

(١) أي المصنّف، وهذا تعليل حمل العبارة على الأقسام كلّها دون أن يخصّها بحالة النصب. (هامش ر).

(٢) التعميم والتخصيص.

(٣) كذا، والمناسب : اثنتي.

(٤) يعني احتمال التخصيص بحالة النصب.

وكيف كان : فهذا القول^(١) ضعيف، فإنّ هذه الألفاظ لم توضع لهذه المعاني لغةً ولا اصطلاحاً، ومناسبتها على الوجه المذكور لا يوجب اشتغال الذمّة بمقتضاها، مع أصالة البراءة واحتمالها لغيرها على الوجه الذي بيّن. ولا فرق في ذلك بين كون المقرّ من أهل العربيّة وغيرهم؛ لاستعمالها على الوجه المناسب للعربيّة في غير ما ادّعوه استعمالاً شهيراً. خلافاً للعلامة حيث فرّق، فحكم بما ادّعاه الشيخ على المقرّ إذا كان من أهل اللسان^(٢) وقد ظهر ضعفه.

﴿ و ﴾ إنّما ﴿ يمكن هذا ﴾ القول ﴿ مع الاطلاع على القصد ﴾ أي على قصد المقرّ وأنه أراد ما ادّعاه القائل، ومع الاطلاع لا إشكال.
﴿ ولو قال : لي عليك ألف، فقال : نعم أو أجل أو بلى أو أنا مقرّ به، لزمه ﴾ الألف.

أمّا جوابه بـ «نعم» فظاهر؛ لأنّ قول المجاب إن كان خبراً فهي بعده حرف تصديق، وإن كان استفهاماً محذوف الهمزة فهي بعده للإثبات والإعلام؛ لأنّ الاستفهام عن الماضي إثباته بـ «نعم» ونفيه بـ «لا».
و «أجل» مثله.

وأما «بلى» فإنّها وإن كانت لإبطال النفي، إلّا أنّ الاستعمال العرفي جوّز وقوعها في جواب الخبر المثبت كنعم، والإقرار جارٍ عليه لا على دقائق اللغة. ولو قدر كون القول استفهاماً فقد وقع استعمالها في جوابه لغة وإن قلّ، ومنه قول النبي ﷺ لأصحابه : «أترضون أن تكونوا من أرفع أهل الجنة؟ قالوا: بلى»^(٣)

(١) قول الشيخ وجماعة بأنّه يتبع في ذلك موازنه من الأعداد.

(٢) المختلف ٦ : ٤١.

(٣) صحيح البخاري ٨ : ١٦٣، وسنن ابن ماجة ٢ : الحديث ٤٢٨٣، ولكن فيهما : ربع أهل

الجنة، ونقله في المسالك ١١ : ٦٣ كما في المصدرين.

والعرف قاضي به .

وأما قوله : « أنا مقرّ به » فإنّه وإن احتمل كونه مقرّاً به لغيره ، وكونه وعداً بالإقرار ، من حيث إنّ « مقرّاً » اسم فاعل يحتمل الاستقبال ، إلّا أنّ المتبادر منه كون ضمير « به » عائداً إلى ما ذكره المقرّ له وكونه إقراراً بالفعل عرفاً ، والمرجع فيه إليه .

وقوى المصنّف في الدروس أنّه ليس بإقرار حتّى يقول : « لك »^(١) وفيه : مع ما ذكر أنّه لا يدفع^(٢) لولا دلالة العرف ، وهي واردة على الأمرين^(٣) .

ومثله « أنا مقرّ بدعواك » أو « بما ادّعت » أو « لست منكرّاً له » لدلالة العرف ، مع احتمال أن لا يكون الأخير إقراراً ؛ لأنّه أعمّ .

﴿ ولو قال : زنه ، أو انتقده ، أو أنا مقرّ ﴾ ولم يقل : « به » ﴿ لم يكن شيئاً ﴾ أمّا الأوّلان : فلانتفاء دلالتهما على الإقرار ؛ لإمكان خروجهما مخرج الاستهزاء ، فإنّه استعمال شائع في العرف . وأمّا الأخير : فلأنّه مع انتفاء احتماله الوعد يحتمل كون المقرّ به المدعى وغيره ، فإنّه لو وصل به قوله : « بالشهادتين » أو « بطلان دعواك » لم يختلّ اللفظ ؛ لأنّ المقرّ به غير مذكور ، فجاز تقديره بما يطابق المدعى وغيره معتضداً بأصالة البراءة .

ويحتمل عدّه إقراراً ؛ لأنّ جدوره عقيب الدعوى قرينة صرفه إليها وقد استعمل لغةً كذلك ، كما في قوله تعالى : (أَأَقْرَبْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَبْنَا)^(٤) وقوله تعالى : (قَالَ فَاشْهَدُوا)^(٥) ولأنّه لولا له كان هذراً .

(١) الدروس ٣ : ١٢٢ .

(٢) يعني ضميمة « لك » لا تدفع احتمال الوعد بالإقرار ونحوه .

(٣) مع إضافة « لك » وعدمه .

(٤) و (٥) آل عمران : ٨١ .

وفيه : منع القرينة؛ لوقوعه كثيراً على خلاف ذلك، واحتمال الاستهزاء مندفع عن الآية. ودعوى الهذرية إنما يتم لو لم يكن الجواب بذلك مفيداً ولو بطريق الاستهزاء، ولا شبهة في كونه من الأمور المقصودة للعقلاء عرفاً المستعمل لغةً، وقيام الاحتمال يمنع لزوم الإقرار بذلك.

﴿ ولو قال : أليس لي عليك كذا ؟ فقال : بلى كان إقراراً ﴾ لأن « بلى » حرف يقتضي إبطال النفي، سواء كان مجرداً نحو (زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي)^(١) أم مقروناً بالاستفهام الحقيقي كالمثال، أم التقريري، نحو (أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ * قَالُوا بَلَىٰ)^(٢) (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ)^(٣) ولأن أصل « بلى » : « بل » زيدت عليها الألف، فقوله : « بلى » ردُّ لقوله : « ليس عليك كذا » فإنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام ونفي له، ونفي النفي إثبات فيكون إقراراً.

﴿ وكذا ﴾ لو قال : ﴿ نعم، على الأقوى ﴾ لقيامها مقام « بلى » لغةً وعرفاً، أما العرف فظاهر، وأما اللغة فمنها قول النبي ﷺ للأنصار : « ألستم ترون لهم ذلك ؟ فقالوا : نعم »^(٤) وقول بعضهم :

أليس الليل يجمع أم عمرو وإيانا، فذاك بنا تداني

نعم، وأرى الهلال كما تراه ويعلوها النهار كما علاني^(٥)

ونقل في المغنى عن سيبويه وقوع « نعم » في جواب « ألستم » وحكى عن

(١) التغبان : ٧.

(٢) الملك : ٨ و ٩.

(٣) الأعراف : ١٧٢.

(٤) لم نثر عليه، والشارح أخذه من مغني اللبيب كما صرح به في المسالك ١١ : ٦٧.

(٥) وهو قول جحدر، كما في مغني اللبيب ١ : ٤٥٣.

جماعة من المتقدمين والمتأخرين جوازه^(١).

والقول الآخر: أنه لا يكون إقراراً؛ لأن «نعم» حرف تصديق كما مرّ، فإذا ورد على النفي الداخل عليه الاستفهام كان تصديقاً له فينافي الإقرار، ولهذا قيل - ونسب إلى ابن عباس^(٢) -: إنَّ المخاطبين بقوله تعالى: (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ) (٣) لو قالوا: نعم كفروا، فيكون التقدير حينئذٍ: ليس لك عليّ، فيكون إنكاراً للإقرار.

وجوابه: أنا لا تنازع في إطلاقها كذلك، لكن قد استعملت في المعنى الآخر نغمة كما اعترف به جماعة^(٤) والمثبت مقدّم واشتهرت فيه عرفاً. وردّ المحكي عن ابن عباس^(٥) وجوّز الجواب بنعم. وحمله في المغني على أنه لم يكن إقراراً كافياً؛ لاحتماله^(٦) وحيث ظهر ذلك عرفاً ووافقته اللغة رجح هذا المعنى وقوي كونه إقراراً.

(١) المصدر السابق.

(٢) نسبه في مغني اللبيب ١: ١٥٤ و ٤٥٢، ولم نعثر عليه في التفسير المنسوب إليه ولا في سائر التفاسير.

(٣) الأعراف: ١٧٢.

(٤) أنظر مغني اللبيب ٢: ٤٥٣، والدروس ٣: ١٢٢، وجامع المقاصد ٩: ١٩٥.

(٥) أنظر مغني اللبيب ١: ١٥٤ و ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٦) مغني اللبيب ١: ٤٥٤.

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في تعقيب الإقرار بما ينافيه ﴾

وهو قسمان : مقبول ومردود ﴿ والمقبول منه الاستثناء إذا لم يستوعب ﴿ المستثنى منه، سواء بقي أقلّ ممّا أخرج أم أكثر أم مساوٍ؛ لأنّ المستثنى والمستثنى منه كالشيء الواحد فلا يتفاوت الحال بكثرتة وقلّته، ولوقوعه في القرآن^(١) وغيره من اللفظ الفصيح العربي .

﴿ و ﴿ إنّما يصحّ الاستثناء إذا ﴿ اتّصل ﴿ بالمستثنى منه ﴿ بما جرت به العادة ﴿ فيغنفر التنفّس بينهما والسعال وغيرهما ممّا لا يعدّ منفصلاً عرفاً .
ولمّا كان الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل في اللفظ كان المستثنى والمستثنى منه متناقضين ﴿ فمن الإثبات نفي ، ومن النفي إثبات ﴿ أمّا الأوّل : فعليه إجماع العلماء^(٢) وأمّا الثاني : فلأنّه لولاه لم يكن « لا إله إلاّ الله » يتّجّب به

(*) لم يرد في (ق)، وهكذا في (ع) و (ف) من الشرح .

(١) كما في الآية ٤٢ من سورة الحجر (إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ) .

(٢) أنظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢ : ٥١٢ - ٥١٣ ، والتذكرة (الحجرية) ٦ :

التوحيد؛ لأنه لا يتم إلا بإثبات الإلهية [لله تعالى] ^(١) وفيها عمّا عداه تعالى،
والنفي هنا حاصل، فلو لم يحصل الإثبات لم يتم التوحيد.

وعلى ما ذكر من القواعد ﴿ فلو قال : له عليّ مئة إلا تسعين فهو إقرار
بعشرة ﴾ لأنّ المستثنى منه إثبات للمئة، والمستثنى نفي للتسعين منها، فبقي
عشرة.

﴿ ولو قال : إلا تسعون ﴾ بالرفع ﴿ فهو إقرار بمئة ﴾ لأنّه لم يستثن
منها شيئاً؛ لأنّ الاستثناء من الموجب التام لا يكون إلا منصوباً، فلمّا رفعه لم يكن
استثناءً وإتما «إلا» فيه بمنزلة «غير» يوصف بها وبتاليها ما قبلها، ولما كانت المئة
مرفوعة بالابتداء كانت التسعون مرفوعة صفة للمرفوع، والمعنى : له [عليّ] ^(٢)
مئة موصوفة بأنّها غير تسعين، فقد وصف المقرّب به ولم يستثن منه شيئاً، وهذه
الصفة مؤكّدة صالحة للإسقاط؛ إذ كلّ مئة فهي موصوفة بذلك، مثلها في «نفخة
واحدة».

واعلم أنّ المشهور بين النحاة في «إلا الوصفية» كونها وصفاً لجمع منكر
كقوله تعالى : (لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا) ^(٣) والمئة ليست من هذا الباب.
لكن الذي اختاره جماعة من المتأخّرين عدم اشتراط ذلك ^(٤) ونقل في المغني عن
سيبويه جواز «لو كان معنا رجل إلا زيد لغلبنا» ^(٥) أي غير زيد.

﴿ ولو قال : ليس له عليّ مئة إلا تسعون فهو إقرار بتسعين ﴾ لأنّ

(١) و (٢) لم يرد في المخطوطات.

(٣) الأنبياء : ٢٢.

(٤) مثل المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩ : ٣١٠.

(٥) مغني اللبيب ١ : ١٠٠.

المستثنى من المنفي^(١) التامّ يكون مرفوعاً، فلما رفع التسعين علم أنه استثناء من المنفي^(٢) فيكون إثباتاً للتسعين بعد نفي المئة ﴿ ولو قال : إلاّ تسعين ﴾ بالياء ﴿ فليس مقراً ﴾ لأنّ نصب المستثنى دليل على كون المستثنى منه موجباً، ولما كان ظاهره النفي حمل على أنّ حرف النفي داخل على الجملة المثبتة المشتملة على الاستثناء أعني مجموع المستثنى والمستثنى منه وهي^(٣) « له [عليّ] مئة إلاّ تسعين » فكأنّه قال : « المقدار الذي هو مئة إلاّ تسعين ليس له عليّ » أعني^(٤) العشرة الباقية بعد الاستثناء . كذا قرّره المصنّف في شرح الإرشاد على نظير العبارة^(٦) وغيره^(٧) .

وفيه نظر؛ لأنّ ذلك لا يتمّ إلاّ مع امتناع النصب على تقدير كون المستثنى منه منفيّاً تامّاً، لكن النصب جائز حينئذٍ اتّفاقاً وإن لم يبلغ رتبة الرفع . قال ابن هشام : النصب عربيّ جيّد^(٨) وقد قرئ به في السبع^(٩) (مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلاً)^(١٠)

(١) و (٢) في (ف) و (ش) : النفي .

(٣) في (ع) : وهو .

(٤) لم يرد في المخطوطات .

(٥) في (ر) : يعني .

(٦) غاية المراد ٢ : ٢٧٦ .

(٧) مثل الصيمري في غاية المرام ٣ : ٤٣٧ ، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٩ : ٣١٠ .

(٨) لم نعر على العبارة بعينها . نعم ، يوجد فيه ما يفيد هذا المعنى . أنظر مغني اللبيب ١ : ١٠٠ .

- ١٠١ و ٢١٠ و ٢ : ٧١٥ .

(٩) أي القراءات السبع .

(١٠) النساء : ٦٦ .

(وَلَا يَلْتَفِتْ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا أَمْرًا تَكُ) (١).

فالأولى في توجيهه عدم لزوم شيء في المسألة أن يقال على تقدير النصب : يُحتمل كونه على الاستثناء من المنفيّ، فيكون إقراراً بتسعين . وكونه من المثبت، والنفي موجه إلى مجموع الجملة، فلا يكون إقراراً بشيء فلا يلزمه شيء؛ لقيام الاحتمال واشتراك مدلول اللفظ لغة. مع أنّ حمله على المعنى الثاني مع جواز الأوّل خلاف الظاهر، والمتبادر من صيغ الاستثناء هو الأوّل وخلافه يحتاج إلى تكلف لا يتبادر من الإطلاق، وهو قرينة ترجيح أحد المعنيين المشتركين، إلّا أنّ فتواهم المنضمّ إلى أصالة البراءة وقيام الاحتمال في الجملة يعيّن المصير إلى ما قالوه.

﴿ ولو تعدّد الاستثناء وكان بعاطف ﴾ كقوله : « له عليّ عشرة إلّا أربعة وإلّا ثلاثة » ﴿ أو كان ﴾ الاستثناء ﴿ الثاني أزيد من الأوّل ﴾ كقوله : « له عليّ عشرة إلّا أربعة إلّا خمسة » ﴿ أو مساوياً له ﴾ كقوله في المثال : « إلّا أربعة إلّا أربعة » ﴿ رجعا جميعاً إلى المستثنى منه ﴾ .

أمّا مع العطف : فلوجوب اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في الحكم، فهما كالجملة الواحدة، ولا فرق بين تكرّر حرف الاستثناء وعدمه، ولا بين زيادة الثاني على الأوّل ومساواته له ونقصانه عنه.

وأما مع زيادة الثاني على الأوّل أو (٢) مساواته : فلاستلزام عوده إلى الأقرب الاستغراق وهو باطل، فيصان كلامه عن الهذر بعودهما معاً إلى المستثنى منه.

(١) هود : ٨١ .

(٢) في مصحّحة (ع) : و .

واعلم أنه لا يلزم من عودهما معاً إليه صحتهما، بل إن لم يستغرق الجميع المستثنى منه صح كالمثاليين، وإلا فلا، لكن إن لزم الاستغراق من الثاني خاصة كما لو قال: «له عليّ^(١) عشرة إلا خمسة إلا خمسة» لغا الثاني خاصة؛ لأنه هو الذي أوجب الفساد. وكذا مع العطف، سواء كان الثاني مساوياً للأول كما ذكر، أم أزيد كـ «له عشرة إلا ثلاثة وإلا سبعة» أم أنقص كما لو قدّم السبعة على الثلاثة. ﴿ وإلا ﴾ يكن بعاطف ولا مساوياً للأول ولا أزيد منه، بل كان أنقص بغير عطف، كقوله: «له عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية» ﴿ رجع التالي إلى متلوّه ﴾ لقربه؛ إذ لو عاد إلى البعيد لزم ترجيحه على الأقرب بغير مرجح، وعوده إليهما يوجب التناقض؛ إذ المستثنى والمستثنى منه متخالفان نفيًا وإثباتًا كما مر^(٢) فيلزمه في المثال تسعة؛ لأنّ قوله الأول إقرار بعشرة، حيث إنه إثبات والاستثناء الأول نفي للتسعة منها؛ لأنه وارد على إثبات، فيبقى واحد، واستثناءه الثاني إثبات للثمانية؛ لأنه استثناء من المنفيّ فيكون مثبتاً، فيضمّ ما أثبتته وهو الثمانية إلى ما بقي وهو الواحد، وذلك تسعة.

ولو أنه ضمّ إلى ذلك قوله: «إلا سبعة» «إلا ستة» حتّى وصل إلى الواحد لزمه خمسة؛ لأنه بالاستثناء الثالث نفي سبعة ممّا اجتمع وهو تسعة فبقي اثنان، وبالرابع أثبت ستة فبقي ثمانية، وبالخامس يصير ثلاثة، وبالسادس يصير سبعة، وبالسابع أربعة، وبالثمان سنّة، وبال التاسع وهو الواحد ينتفي منها واحد فيبقى خمسة.

والضابط: أن تجمع الأعداد المثبتة وهي الأزواج على حدة، والمنفيّة وهي

(١) لم يرد «عليّ» في (ع) و (ف).

(٢) مرّ في الصفحة ٥٤١.

الأفراد كذلك، وتسقط جملة المنفي من جملة المثبت، فالمثبت ثلاثون، والمنفي خمسة وعشرون، والباقي بعد الإسقاط خمسة.

ولو أنه لما وصل إلى الواحد قال: إلا اثنين، إلا ثلاثة إلى أن وصل إلى التسعة، لزمه واحد. ولو بدأ باستثناء الواحد وختم به لزمه خمسة. ولو عكس القسم الأول فبدأ باستثناء الواحد وختم بالتسعة، لزمه واحد. وهو واضح بعد الإحاطة بما تقدم من القواعد ورتب عليه ما شئت من التفريع.

﴿ ولو استثنى من غير الجنس صح ﴾ وإن كان مجازاً؛ لتصريحه بإرادته، ولا يمكن تأويله بالمتصل بأن يضر قيمة المستثنى ونحوها مما يطابق المستثنى منه ﴿ وأسقط ﴾ المستثنى باعتبار قيمته ﴿ من المستثنى منه فإذا بقي ﴾ منه ﴿ بقيّة ﴾ وإن قلت ﴿ لزمتم، وإلا بطل ﴾ الاستثناء؛ للاستغراق ﴿ كما لو قال: له عليّ مئة إلا ثوباً ﴾ هذا مثال الاستثناء من غير الجنس مطلقاً، فيصح ويطلب بتفسير الثوب، فإن بقي من قيمته بقيّة من المئة بعد إخراج القيمة قبل، وإن استغرقتها^(١) بطل الاستثناء على الأقوى وألزم بالمئة. وقيل: يبطل التفسير خاصة فيطالب بغيره^(٢).

﴿ و ﴾ الاستثناء ﴿ المستغرق باطل ﴾ اتفاقاً ﴿ كما لو قال: له عليّ مئة إلا مئة ﴾ ولا يحمل على الغلط، ولو ادّعا لم يُسمع منه. هذا إذا لم يتعقّب استثناء آخر يزيل استغراقه، كما لو عبّ ذلك بقوله: «إلا تسعين» فيصح الاستثناء إن ويلزمه تسعون؛ لأنّ الكلام جملة واحدة لا يتم إلا بآخره وآخره يصير الأول غير مستوعب، فإنّ المئة المستثناة منفيّة؛ لأنّها استثناء من مثبت، والتسعين

(١) في سوى (ش): استغرقتها.

(٢) قاله العلامة في الإرشاد ١: ٤١٥.

مثبتة؛ لأنها استثناء من منفيّ، فيصير جملة الكلام في قوّة «له تسعون» وكأنّه استثنى من أوّل الأمر عشرة.

﴿ وكذا ﴾ يُبطل ﴿ الإضراب ﴾ عن الكلام الأوّل بـ «بل»^(١) ﴿ مثل ﴾ له عليّ ﴿ مئة، بل تسعون، فيلزمه في الموضوعين ﴾ وهما الاستثناء المستغرق ومع الإضراب ﴿ مئة ﴾ لبطلان المتعقّب في الأوّل للاستغراق، وفي الثاني للإضراب الموجب لانكار ما قد أقرّ به، فلا يلتفت إليه، وليس ذلك كاستثناء؛ لأنّه من متمّمات الكلام لغةً، والمحكوم بثبوته فيه هو الباقي من المستثنى منه بعده. بخلاف الإضراب، فإنّه بعد الإيجاب يجعل ما قبل «بل» كالمسكوت عنه بعد الإقرار به فلا يسمع، والفارق بينهما اللغة.

﴿ ولو قال : له عليّ عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه الزم بالعشرة ﴾ ولم يلتفت إلى دعواه عدم قبض المبيع؛ للتنافي بين قوله: «عليّ» وكونه «لم يقبض المبيع» لأنّ مقتضاه عدم استحقاق المطالبة بثمنه مع ثبوته في الذمّة، فإنّ البائع لا يستحقّ المطالبة بالثمن إلّا مع تسليم المبيع.

وفيه نظر؛ إذ لا منافاة بين ثبوته في الذمّة وعدم قبض المبيع، إنّما التنافي بين استحقاق المطالبة به مع عدم القبض وهو أمر آخر، ومن ثمّ ذهب الشيخ إلى قبول هذا الإقرار^(٢) لإمكان^(٣) أن يكون عليه العشرة ثمناً ولا يجب التسليم قبل القبض، ولأصالة عدم القبض وبراءة الذمّة من المطالبة به، ولأنّ للإنسان أن يخبر بما في ذمّته، وقد يشتري شيئاً ولا يقبضه فيخبر بالواقع، فلو أقرّ ما أقرّ به

(١) لم يرد «بيل» في (ع).

(٢) المبسوط ٣ : ٣٤.

(٣) في (ع) : وإمكان.

كان ذريعة إلى سدّ باب الإقرار، وهو منافٍ للحكمة.

والتحقيق أنّ هذا ليس من باب تعقيب الإقرار بالمنافي، بل هو إقرار بال عشرة؛ لثبوتها في الذمّة، وإن سلم كلامه فهو إقرار منضمّ إلى دعوى عين من أعيان مال المقرّ له، أو شيء في ذمّته، فيسمع الإقرار ولا تُسمع الدعوى. وذكره في هذا الباب لمناسبة ما.

﴿ وكذا ﴾ يُلزم بال عشرة لو أقرّ بها ثمّ عقّبه بكونها ﴿ من ثمن خمر أو خنزير ﴾ لتعقيبه الإقرار بما يقتضي سقوطه؛ لعدم صلاحية الخمر والخنزير مبيعاً يستحقّ به الثمن في شرع الإسلام.

نعم، لو قال المقرّ: «كان ذلك من ثمن خمر أو خنزير فظننته لازماً لي» وأمکن الجهل بذلك في حقّه توجّهت دعواه وكان له تحليف المقرّ له على نفيه إن ادّعى العلم بالاستحقاق، ولو قال: «لا أعلم الحال» حلف على عدم العلم بالفساد، ولو لم يمكن الجهل بذلك في حقّ المقرّ لم يُلتفت إلى دعواه.

﴿ ولو قال: له ﴾ عليّ ﴿ قفيز حنطة، بل قفيز شعير لزمه ﴾ قفيز الحنطة والشعير؛ لثبوت الأوّل بإقراره والثاني بالإضراب.

﴿ ولو قال ﴾: له عليّ ﴿ قفيز حنطة، بل قفيزان حنطة، فعليه قفيزان ﴾ وهما الأكثر خاصّة.

﴿ ولو قال: له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم، فعليه الدرهمان ﴾ لاعترافه في الإضراب بدرهم آخر مع عدم سماع العدول.

﴿ ولو قال: له هذا الدرهم، بل درهم، فواحد ﴾ لعدم تحقّق المغايرة بين المعين والمطلق؛ لإمكان حمله عليه.

وحاصل الفرق بين هذه الصور يرجع إلى تحقيق معنى «بل» وخلاصته:

أنَّها حرف إضراب، ثمَّ إنَّ تقدُّمها إيجاب وتلاها مفرد جعلت ما قبلها كالمسكوت عنه، فلا يحكم عليه بشيء وأثبتت الحكم لما بعدها، وحيث كان الأوَّل إقراراً صحيحاً استقرَّ حكمه بالإضراب عنه. وإنَّ تقدُّمها نفيٌّ فهي لتقرير ما قبلها على حكمه وجعل ضده لما بعدها.

ثمَّ إنَّ كانا مع الإيجاب مختلفين أو معيّنين لم يقبل إضرابه؛ لأنَّه إنكار للإقرار الأوَّل، وهو غير مسموع. فالأوَّل كـ «له قفيز حنطة، بل قفيز شعير». والثاني كـ «له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم». فيلزمه القفيزان والدرهمان؛ لأنَّ أحد المختلفين وأحد الشخصين غير داخل في الآخر.

وإنَّ كانا مطلقين أو أحدهما لزمه واحد إن اتَّحد مقدار ما قبل «بل» وما بعدها كـ «له درهم، بل درهم» أو «هذا الدرهم بل درهم» أو «درهم، بل هذا الدرهم» لكن يلزمه مع تعيين أحدهما المعين. وإنَّ اختلفا كمّيّة كـ «له قفيز، بل قفيزان» أو «هذا القفيز، بل قفيزان» أو بالعكس، لزمه الأكثر، لكن إن كان المعين هو الأقلَّ تعيّن ووجب الإكمال.

﴿ ولو قال : هذه الدار لزيد، بل لعمرٍ، دُفعت إلى زيد ﴾ عملاً بمقتضى إقراره الأوَّل ﴿ وغرم لعمرٍ قيمتها ﴾ لأنَّه قد حال بينه وبين المقرِّ به بإقراره الأوَّل فيغرم له؛ للحيلولة الموجبة للغرم ﴿ إلا أن يصدِّقه زيد ﴾ في أنَّها لعمرٍ فتدفع إلى عمرو من غير غرم.

﴿ ولو أشهد ﴾ شاهدي عدل ﴿ بالبيع ﴾ لزيد ﴿ وقبض الثمن ﴾ منه ﴿ ثمَّ ادَّعى المواطاة ﴾ بينه وبين المقرِّ له على الإشهاد من غير أن يقع بينهما بيع ولا قبض سُمعت دعواه؛ لجريان العادة بذلك و ﴿ أحلف المقرِّ له ﴾ على الإقباض أو على عدم المواطاة.

ويحتمل عدم السماع فلا يتوجّه اليمين؛ لأنّه مكذّب لإقراره.
ويضعّف بأنّ ذلك واقع، تعمّ البلوى به فعدم سماعها يفضي إلى الضرر
المنفيّ^(١) هذا إذا شهدت البيّنة على إقراره بهما^(٢) أمّا لو شهدت بالقبض لم يلتفت
إليه؛ لأنّه مكذّب لها طاعن فيها فلا يتوجّه بدعواه يمين.

(١) بقوله ﷺ: الوسائل ١٧: ٣٤١ - ٣٤٢، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث

٣ - ٥.

(٢) لم يرد «بهما» في (ع).

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في الإقرار بالنسب ﴾

﴿ ويشترط فيه أهلية المقرّ ﴾ للإقرار، ببلوغه وعقله ﴿ وإمكان إلحاق المقرّ به ﴾ بالمقرّ شرعاً ﴿ فلو أقرّ بينوة المعروف نسبه ﴾ أو أخوته أو غيرهما ممّا يغاير ذلك النسب الشرعي ﴿ أو ﴾ أقرّ ﴿ بينوة من هو أعلى سنّاً ﴾ من المقرّ ﴿ أو مساوٍ ﴾ له ﴿ أو أنقص ﴾ منه ﴿ بما لم تجرِ العادة بتولّده منه بطل ﴾ الإقرار، وكذا المنفي عنه شرعاً كولد الزنا وإن كان على فراشه، وولد اللعان وإن كان الابن يرثه.

﴿ ويشترط التصديق ﴾ أي تصديق المقرّ به للمقرّ في دعواه النسب ﴿ فيما عدا الولد الصغير ﴾ ذكراً كان أم أنثى ﴿ والمجنون ﴾ كذلك ﴿ والميت ﴾ وإن كان بالغاً عاقلاً ولم يكن ولداً^(١) أمّا الثلاثة فلا يُعتبر تصديقهم، بل يثبت نسبهم بالنسبة إلى المقرّ بمجرد إقراره؛ لأنّ التصديق إنّما يعتبر مع إمكانه وهو ممتنع منهما، وكذا الميت مطلقاً.

(*) في (ق) و (س) : مساوياً.

(١) سيأتي توضيحه.

وربما أشكل حكمه كبيراً، ممّا تقدّم، ومن إطلاق اشتراط تصديق البالغ العاقل في لحوقه، ولأنّ تأخير الاستلحاق إلى الموت يوشك أن يكون خوفاً من إنكاره، إلّا أن فتوى الأصحاب على القبول، ولا يقدح فيه التهمة باستيثاق مال الناقص^(١) وإرث الميّت.

والمراد بالولد هنا الولد للصلب فلو أقرّ بينوّة ولد ولده فنازلاً اعتبر التصديق كغيره من الأقارب، نصّ عليه المصنّف^(٢) وغيره^(٣).

وإطلاق «الولد» يقتضي عدم الفرق بين دعوى الأب والأمّ، وهو أحد القولين في المسألة^(٤) وأصحّهما - وهو الذي اختاره المصنّف في الدروس^(٥) - الفرق وأنّ ذلك مخصوص بدعوى الأب، أمّا الأمّ فيعتبر التصديق لها؛ لورود النصّ على الرجل^(٦) فلا يتناول المرأة. واتّحاد طريقهما ممنوع؛ لإمكان إقامتها البيّنة على الولادة، دونه، ولأنّ ثبوت نسب غير معلوم على خلاف الأصل يقتصر فيه على موضع اليقين.

﴿ و ﴾ يشترط أيضاً في نفوذ الإقرار مطلقاً ﴿ عدم المنازع ﴾ له في نسب المُقرّ به ﴿ فلو تنازعا ﴾ فيه ﴿ اعتبرت البيّنة ﴾ وحكم لمن شهدت له،

(١) يعني الصغير والمجنون.

(٢) الدروس ٣: ١٥٠.

(٣) مثل العلامة في القواعد ٢: ٤٣٨.

(٤) اختاره العلامة في التحرير ٤: ٢٠ و ٤٣٥، وهو المنسوب في مفتاح الكرامة ٩: ٣٣٧ إلى اقتضاء إطلاق النهاية والمبسوط والوسيلة والسرائر والجامع والشرائع والنافع وغيرها.

(٥) الدروس ٣: ١٥٠.

(٦) الوسائل ١٥: ٢١٥، الباب ١٠١ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث الأوّل.

فإن فقدت فالقرعة؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل، أو معيّن عند الله مبهم عندنا وهو هنا كذلك.

هذا إذا اشتركا في الفرائض على تقدير دعوى البنوة، أو انتفى عنهما كواطيء خالية عن فرائض لشبهة، فلو كانت فرائضاً لأحدهما حكم له به خاصّة دون الآخر وإن صادقه الزوجان، ولو كانا زانيين انتفى عنهما، أو أحدهما فعنه. ولا عبرة في ذلك كلّ بتصديق الأمّ.

﴿ ولو تصادق اثنان ﴾ فصاعداً ﴿ على نسب غير التولّد ﴾ كالأخوة ﴿ صحّ ﴾ تصادقهما ﴿ وتوارثا ﴾ لأنّ الحقّ لهما ﴿ ولم يتعدّهما التوارث ﴾ إلى ورثتهما؛ لأنّ حكم النسب إنّما ثبت بالإقرار والتصديق، فيقتصر فيه على المتصادقين إلّا مع تصادق ورثتهما أيضاً.

ومقتضى قولهم: «غير التولّد» أنّ التصادق في التولّد يتعدّى، مضافاً إلى ما سبق من الحكم بثبوت النسب في إلحاق الصغير مطلقاً والكبير مع التصادق. والفرق بينه وبين غيره من الأنساب مع اشتراكهما في اعتبار التصادق غير بيّن.

﴿ ولا عبرة بإنكار الصغير بعد بلوغه ﴾ نسبّ المعترف به صغيراً، وكذا المجنون بعد كماله؛ لثبوت النسب قبله فلا يزول بالإنكار اللاحق. وليس له إخلاف المقرّ أيضاً؛ لأنّ غايته استخراج رجوعه أو نكوله وكلاهما الآن غير مسموع، كما لا يسمع لو نفى النسب حينئذٍ صريحاً.

﴿ ولو أقرّ العمّ ﴾ المحكوم بكونه وارثاً ظاهراً ﴿ بأخ ﴾ للميّت وارث ﴿ دفع إليه المال ﴾ لاعترافه بكونه أولى منه بالإرث ﴿ فلو أقرّ العمّ بعد ذلك بولده ﴾ للميّت وارث ﴿ وصدّقه الأخ دفع إليه ﴾ المال؛ لاعترافهما بكونه أولى منهما. ﴿ وإن أكذبه ﴾ أي أكذب الأخ العمّ في كون المقرّ به ثانياً ولدًا للميّت

﴿ لم يدفع إليه ﴾ لاستحقاقه المال باعتراف ذي اليد له، وهو العمّ، ولم تعلم أولوية الثاني؛ لأنّ العمّ حينئذٍ خارج فلا يقبل إقراره في حقّ الأخ ﴿ وغرم العمّ له ﴾ أي لمن اعترف بكونه ولداً ﴿ ما دفع إلى الأخ ﴾ من المال؛ لإتلافه له بإقراره الأوّل مع مباشرته لدفع المال.

وتبّه بقوله: «غرم ما دفع» على أنّه لو لم يدفع إليه لم يغرم بمجرد إقراره بكونه أخاً؛ لأنّ ذلك لا يستلزم كونه وارثاً بل هو أعمّ، وإنّما يضمن لو دفع إليه المال لمباشرته إتلافه حينئذٍ.

وفي معناه ما لو أقرّ بانحصار الإرث فيه؛ لأنّه بإقراره بالولد بعد ذلك يكون رجوعاً عن إقراره الأوّل فلا يسمع، ويغرم للولد لحيلولته بينه وبين التركة بالإقرار الأوّل، كما لو أقرّ بمال لواحد ثمّ أقرّ به لآخر. ولا فرق في الحكم بضمانه حينئذٍ بين حكم الحاكم عليه بالدفع إلى الأخ وعدمه؛ لأنّه مع اعترافه بإرثه مفوّت بدون الحكم.

نعم، لو كان دفعه في صورة عدم اعترافه بكونه الوارث بحكم الحاكم أتجه عدم الضمان؛ لعدم اختياره في الدفع، وكذا الحكم في كلّ من أقرّ بوارثٍ أولى منه، ثمّ أقرّ بأولى منهما. وتخصيص الأخ والولد مثال. ولو كان الإقرار^(١) الأوّل بمساوٍ للثاني كأخٍ آخر، فإن صدّقه تشاركا وإلاّ غرم للثاني نصف التركة على الوجه الذي قرّرناه.

﴿ ولو أقرّت الزوجة بولد ﴾ للزوج المتوفّى ووارثه ظاهراً إخوته
﴿ فصدّقها الإخوة ﴾ على الولد ﴿ أخذ ﴾ الولد ﴿ المال ﴾ الذي بيد الإخوة

(١) كذا في (ع)، وفي سائر النسخ: إقرار.

أجمع ونصف ما في يدها؛ لاعترافهم باستنقاظه ذلك.

﴿ وإن أكذبوها دفعت إليه ﴾ ما بيدها زائداً عن نصيبها على تقدير الولد^(١) وهو ﴿ الثمن ﴾ لأنَّ بيدها ربعاً نصيبها على تقدير عدم الولد، فتدفع إلى الولد نصفه. ويحتمل أن تدفع إليه سبعة أثمان ما في يدها، تنزيلاً للإقرار على الإشاعة، فيستحقّ في كلِّ شيءٍ سبعة أثمانه بمقتضى إقرارها.

﴿ ولو انعكس ﴾ الفرض، بأن اعترف الإخوة بالولد دونها ﴿ دفعوا إليه ﴾ جميع ما بأيديهم وهو ﴿ ثلاثة الأرباع. ولو أقرّ الولد بآخر دفع إليه النصف ﴾ لأنَّ ذلك هو لازم إرث الولدين المتساويين ذكوريّةً وأنثويّةً ﴿ فإن أقرّا ﴾ معاً ﴿ بثالث دفعا إليه الثلث ﴾ أي دفع كل واحد منهما ثلث ما بيده. وعلى هذا لو أقرّ الثلاثة برابع دفع إليه كل منهم ربع ما بيده.

﴿ ومع عدالة اثنين ﴾ من الورثة المقرّين ﴿ يثبت النسب والميراث ﴾ لأنَّ النسب ممّا يثبت بشاهدين عدلين، والميراث لازمه ﴿ وإلا ﴾ يكن في المعترفين عدلان ﴿ فالميراث حسب ﴾ لأنّه لا يتوقّف على العدالة بل الاعتراف كما مرّ^(٢).

﴿ ولو أقرّ بزوجٍ للميتة أعطاه النصف ﴾ أي نصف ما في يده ﴿ إن كان المقرّ ﴾ بالزوج ﴿ غير ولدها ﴾ لأنَّ نصيب الزوج مع عدم الولد النصف ﴿ وإلا ﴾ يكن كذلك بأن كان المقرّ ولدها ﴿ فالربع ﴾ لأنّه نصيب الزوج معه.

والضابط: أن المقرّ يدفع الفاضل ممّا في يده عن نصيبه على تقدير

(١) في (ع): عدم الولد.

(٢) في الأمثلة المتقدّمة من إقرار الزوجة أو الإخوة.

وجود المقرّ به، فإن كان أخاً للميتة ولا ولد لها دفع النصف، وإن كان ولداً دفع الربع.

وفي العبارة قصور عن تأدية هذا المعنى؛ لأنّ قوله: «أعطاه النصف إن كان المقرّ غير ولدها» يشمل إقرار بعض الورثة المجامعين للولد كالأبوين، فإنّ أحدهما لو أقرّ بالزوج مع وجود ولد، يصدق أنّ المقرّ غير ولدها، مع أنّه لا يدفع النصف، بل قد يدفع ما دونه، وقد لا يدفع شيئاً، فإنّ الولد إن كان ذكراً والمقرّ أحد الأبوين لا يدفع شيئاً مطلقاً؛ لأنّ نصيبه لا يزداد على السدس على تقدير وجود الزوج وعدمه، وإنّما حصّة الزوج مع الابن، وإن كان أنثى والمقرّ الأب يدفع الفاضل ممّا في يده عن السدس، وكذا إن كان الأمّ وليس لها حاجب، ومع الحاجب لا تدفع شيئاً؛ لعدم زيادة ما في يدها عن نصيبها.

ولو كان المقرّ أحد الأبوين مع عدم وجود الولد - الذي هو أحد ما تناولته العبارة - فقد يدفع نصف ما في يده، كما لو لم يكن وارثاً غيره أو هو الأب مطلقاً^(١) وقد لا يدفع شيئاً كما لو كان هو الأمّ مع الحاجب.

وتنزيل ذلك على الإشاعة يصحّ المسألة، لكن يفسد ما سبق من الفرع؛

لأنّها لم تنزل عليها.

ولقد قصر كثير من الأصحاب في تعبير هذا الفرع، فنأمله في كلامهم.
 ﴿ وإن أقرّ ﴾ ذلك المقرّ بالزوج ولداً كان أم غيره ﴿ بأخر وأكذب نفسه في ﴾ الزوج ﴿ الأوّل أغرم له ﴾ أي للآخر الذي اعترف به ثانياً؛ لإتلافه نصيبه بإقراره الأوّل ﴿ وإلا ﴾ يكذب نفسه ﴿ فلا شيء عليه ﴾ في المشهور؛ لأنّ

(١) سواء كان وارثاً غيره أم لا (هامش ع).

الإقرار بزواج ثانٍ إقرار بأمْر ممتنع شرعاً، فلا يترتب عليه أثر.

والأقوى أنه يغرم للثاني مطلقاً لأصالة «صحّة إقرار العقلاء على أنفسهم» مع إمكان كونه هو الزوج، وأنه ظنه الأوّل فأقرّ به ثمّ تبين خلافه، وإلغاء الإقرار في حقّ المقرّ مع إمكان صحّته منافٍ للقواعد الشرعيّة. نعم، لو أظهر لكلامه تأويلاً ممكناً في حقّه كتزوّجه إياها في عدّة الأوّل فظنّ أنّه يرثها زوجان، فقد استقرّب المصنّف في الدروس القبول^(١) وهو متّجه.

﴿ ولو أقرّ بزوجة للميت فالربع ﴾ إن كان المقرّ غير الولد ﴿ أو الثمن ﴾ إن كان المقرّ الولد. هذا على تنزيله في الزوج. وعلى ما حقّقناه يتمّ في الولد خاصّة، وغيره يدفع إليها الفاضل [مما]^(٢) في يده عن نصيبه على تقديرها. ولو كان بيده أكثر من نصيب الزوجة اقتصر على دفع نصيبها.

فالحاصل: أنّ غير الولد يدفع أقلّ الأمرين من نصيب الزوجة وما زاد عن نصيبه على تقديرها إن كان معه زيادة، فأحد الأبوين مع الذكر لا يدفع شيئاً، ومع الأنتى يدفع الأقلّ، والأخ يدفع الربع، والولد الثمن كما ذكر.

﴿ فإن أقرّ بأخرى وصدّقته ﴾ الزوجة ﴿ الأولى اقتسماد ﴾ الربع أو الثمن، أو ما حصل ﴿ وإن أكذبتها غرم ﴾ المقرّ ﴿ لها نصيبها ﴾ وهو نصف ما غرم للأولى إن كان باشر تسليمها كما مرّ^(٣) وإلا فلا.

﴿ وهكذا ﴾ لو أقرّ بثالثة ورابعة، فيغرم للثالثة مع تكذيب الأوليين ثلث

(١) الدروس ٣: ١٥٣.

(٢) لم يرد في المخطوطات.

(٣) مرّ في الصفحة ٥٥٥ - ٥٥٦.

ما لزمه دفعه، وللرابعة مع تكذيب الثلاث ربه.

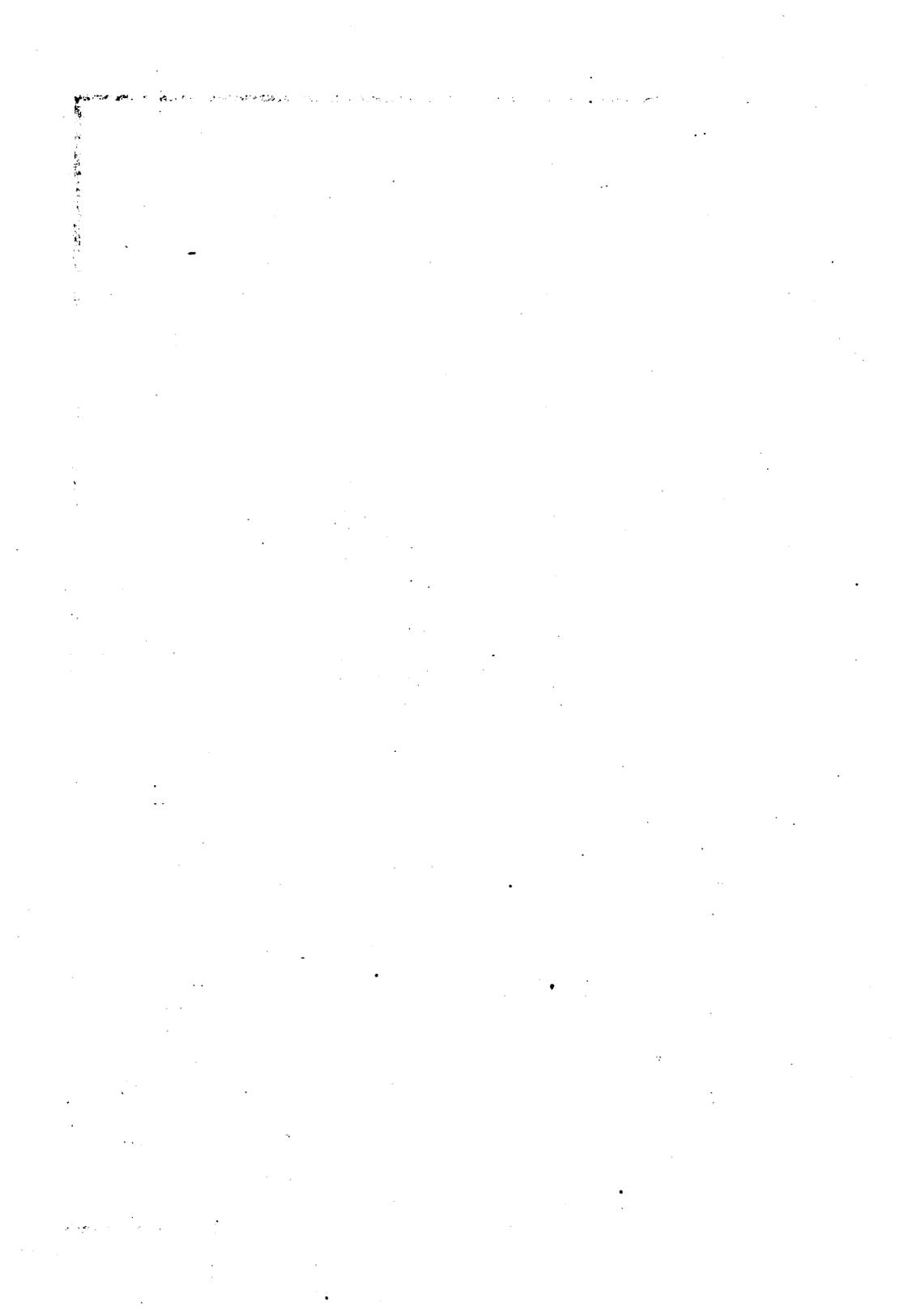
ولو أقرّ بخامسة فكالإقرار بزواج ثانٍ، فيغرم لها مع إكذاب نفسه، أو مطلقاً على ما سبق^(١) بل هنا أولى؛ لإمكان الخامسة الوارثة في المريض إذا تزوج بعد الطلاق وانقضاء العدة ودخل ومات في سنته كما تقدّم^(٢) ويمكن فيه استرسال الإقرار، ولا يقف عند حدّ إذا مات في سنته مريضاً.



(١) في الصفحة ٥٥٦ - ٥٥٧.

(٢) تقدّم في الصفحة ٣٦٦.

كتاب الغصية



كتاب الغصب

﴿ وهو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً ﴾ والمراد بالاستقلال : الإقلال، وهو الاستبداد به، لا طلبه كما هو الغالب في باب الاستفعال .

وخرج به ما لا إثبات معه أصلاً كمنعه من ماله حتى تلف، وما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الذي هو لابسه، فإن ذلك لا يسمى غصباً .
وخرج بالمال الاستقلال باليد على الحرّ، فإنه لا تتحقّق فيه الغصبيّة فلا يضمن .

وبإضافة المال إلى الغير ما لو استقلّ بإثبات يده على مال نفسه عدواناً كالمرهون في يد المرتهن، والوارث على التركة مع الدين فليس بغاصب وإن أثم وضمن .

وبالعدوان إثبات المرتهن والوليّ والوكيل والمستأجر والمستعير أيديهم على مال الراهن والموئلي عليه والموكّل والمؤجر والمعير .

ومع ذلك فينتقض التعريف في عكسه بما لو اشترك اثنان فصاعداً في غصب بحيث لم يستقلّ كلّ منهما باليد، فلو أبدل «الاستقلال» بـ«الاستيلاء» لشمّله؛ لصدق الاستيلاء مع المشاركة .

وبالاستقلال بإثبات اليد على حقّ الغير كالتحجير وحقّ المسجد والمدرسة والرباط ونحوه ممّا لا يُعدّ مالاً، فإنّ الغضب متحقّق، وكذا غصب ما لا يتموّل عرفاً كحبة الحنطة، فإنّه يتحقّق به أيضاً على ما اختاره المصنّف ويجب ردّه على مالكة مع عدم المائيّة، إلّا أن يراد هنا جنس المال، أو يدعى إطلاق «المال» عليه، ويفرّق بينه وبين «التموّل» وهو بعيد.

وعلى الحرّ الصغير والمجنون إذا تلف تحت يده بسبب، كلدغ الحية ووقوع الحائط، فإنّه يضمن عند المصنّف وجماعة^(١) كما اختاره في الدروس^(٢) فلو أبدل «المال» بـ «الحقّ» لشمّل جميع ذلك.

وأما من ترتّب يده على يد الغاصب جاهلاً به، ومن سكن دار غيره غلطاً أو لبس ثوبه خطأ، فإنّهم ضامنون وإن لم يكونوا غاصبين؛ لأنّ الغضب من الأفعال المحرّمة في الكتاب^(٣) والسنة^(٤) بل الإجماع ودليل العقل، فلا يتناول غير العالم وإن شاركه في بعض الأحكام^(٥).

ويبدل «العدوان» بـ «غير حقّ» ليتناولهم من حيث إنّهم ضامنون، ليس بجيّد؛ لما ذكرناه^(٦) وكذا الاعتذار بكونه بمعناه، أو دعوى الاستغناء عن القيد

(١) مثل الشيخ في المبسوط ٧: ١٨، والخلاف ٣: ٤٢١، المسألة ٤٠ من كتاب الغصب، والعلامة في القواعد ٢: ٢٢٣، والمختلف ٦: ١٣٥، وحسنه ابن فهد في المقتصر: ٣٤٢.

(٢) الدروس ٣: ١٠٦.

(٣) في آية حرمة أكل المال بالباطل، البقرة: الآية ١٨٨ و ١٩٤.

(٤) أنظر الوسائل ١٧: ٣٠٨، الباب الأوّل من أبواب كتاب الغصب، والمستدرک ١٧: ٨٧ نفس الباب.

(٥) كالضمان ووجوب الردّ.

(٦) من أنّ الغضب من فعل محرّم، وهؤلاء لا يوصف فعلهم لحرمة.

أصلاً ليشملهم، بل الأجود الافتقار إلى قيد «العدوان» الدالّ على الظلم. وقد تلخّص أنّ الأجود في تعريفه: أنّه الاستيلاء على حقّ الغير عدواناً، وأنّ أسباب الضمان غير منحصرة فيه.

وحيث اعتبر في الضمان الاستقلال والاستيلاء ﴿ فلو منعه من سكنى داره ﴾ ولم يثبت المانع يده عليها ﴿ أو ﴾ منعه من ﴿ إمساك دابّته المرسلة ﴾ كذلك ﴿ فليس بغاصب لهما ﴾ فلا يضمن العين لو تلفت، ولا الأجرة زَمَن المنع؛ لعدم إثبات اليد الذي هو جزء مفهوم الغصب.

ويشكل بأنّه لا يلزم من عدم الغصب عدم الضمان؛ لعدم انحصار السبب فيه، بل ينبغي أن يختصّ ذلك بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك بأن اتّفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها، والمالك غير معتبر في مراعاة الدابّة كما يتّفق لكثير من الدور والدوابّ. أمّا لو كان حفظه متوقّفاً على سكنى الدار ومراعاة الدابّة لضعفها و^(١) كون أرضها مسبعة مثلاً، فإنّ المتّجه الضمان نظراً إلى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر.

ومثله ما لو منعه من الجلوس على بساطه فتلف أو سرق، أو غصب^(٢) الأمّ فمات ولدها جوعاً. وهذا هو الذي اختاره المصنّف في بعض فوائده^(٣) وإن اتّبع هنا وفي الدروس^(٤) المشهور.

أمّا لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية مع بقاء العين وصفاتها

(١) في سوى (ع) : أو.

(٢) في نسخة بدل (ع) : حبس.

(٣) لم نعثر عليه.

(٤) الدروس ٣ : ١٠٥.

لم يضمن قطعاً؛ لأنّ الفأنت ليس مالاً بل اكتسابه.

﴿ ولو سكن معه قهراً ﴾ في داره ﴿ فهو غاصب للنصف ﴾ عيناً وقيمة؛ لاستقلاله به، بخلاف النصف الذي بيد المالك. هذا إذا شاركه في سكنى البيت على الإشاعة من غير اختصاص بموضع معين، أمّا لو اختصّ بمعيّن اختصّ بضمانه، كما لو اختصّ ببيتٍ من الدار وموضع خاصّ من البيت الواحد. ولو كان قوياً مستولياً وصاحب الدار ضعيفاً بحيث أضحلتّ يده معه احتمال قوياً ضمان الجميع.

﴿ ولو انعكس ﴾ الفرض بأنّ ضعف الساكن ﴿ الداخل على المالك عن مقاومته ولكن لم يمنعه المالك مع قدرته ﴾ ضمن ﴿ الساكن ﴾ أجره ما سكن ﴿ لاستيفائه منفعته بغير إذن مالكة.

﴿ قيل ﴾ والقائل المحقّق^(١) والعلامة^(٢) وجماعة^(٣): ﴿ ولا يضمن ﴾ الساكن ﴿ العين ﴾ لعدم تحقّق الاستقلال باليد على العين الذي لا يتحقّق الغصب بدونه.

ونسبته إلى القول يشعر بتوقّفه فيه. ووجهه ظهور استيلائه على العين التي انتفع بسكنائها. وقدرة المالك على دفعه لا ترفع الغصب مع تحقّق العدوان.

(١) الشرائع ٣: ٢٣٥.

(٢) القواعد ٢: ٢٢٢، والتحرير ٤: ٥٢١، الرقم ٦١٣٥، والإرشاد ١: ٤٤٥.

(٣) مثل المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٦: ٢١١ - ٢١٢، كما يظهر ذلك من الفخر في الإيضاح حيث لم يعلّق على كلام العلامة، أنظر الإيضاح ٢: ١٦٦، ولم نعثر على غيرهما.

نعم، لو كان المالك القوي نائياً فلا شبهة في الضمان؛ لتحقق الاستيلاء.
 ﴿ ومدّ مقود الدابة ﴾ - بكسر الميم - وهو الحبل الذي يشدّ بزمامها أو
 لجامها ﴿ غصب ﴾ للدابة وما يصحبها؛ للاستيلاء عليها عدواناً ﴿ إلا أن يكون
 صاحبها راكباً ﴾ عليها ﴿ قوياً ﴾ على دفع القائد ﴿ مستيقظاً ﴾ حالة القود
 غير نائم، فلا يتحقق الغصب حينئذٍ؛ لعدم الاستيلاء.

نعم لو اتفق تلفها بذلك ضمنها؛ لأنّه جانٍ عليها.
 ولو لم تتلف هل يضمن منفعتها زمن القود؟ يحتمل قوياً ذلك؛ لتفويتها
 بمباشرته وإن لم يكن غاصباً كالضعيف الساكن. ولو كان الراكب ضعيفاً عن
 مقاومته أو نائماً فلا ريب في الضمان؛ للاستيلاء. ولو ساقها قدّامه بحيث صار
 مستولياً عليها لكونها تحت يده ولا جماح^(١) لها فهو غاصب؛ لتحقق معناه،
 ولو تردّت^(٢) بالجماح حينئذٍ أو غيره فتلفت أو عابت ضمن؛ للسببية.

﴿ وغصب الحامل غصب للحمل ﴾ لأنّه مغصوب كالحامل، والاستقلال
 باليد عليه حاصل بالتبعية لأُمّه. وليس كذلك حمل المبيع فاسداً حيث لا يدخل
 في البيع؛ لأنّه ليس مبيعاً، فيكون أمانة في يد المشتري؛ لأصالة عدم الضمان،
 ولأنّ تسلّمه بإذن البائع مع احتمال له؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٣)
 وبه قطع المحقق في الشرائع^(٤) ﴿ ولو تبعها الولد ﴾ حين غصبها ﴿ ففي

(١) جمع الفرس على راكبه: تغلّب عليه وذهب به، فلم يمكنه الاستيلاء عليه.

(٢) تردّي في البئر: سقط.

(٣) المستدرک ١٧: ٨٨، الباب الأوّل من كتاب الغضب، الحديث ٣.

(٤) الشرائع ٣: ٢٣٦.

الضمان ﴿ نلولد ﴾ قولان ﴿^(١) مأخذهما : عدم إثبات اليد عليه، وأنه سبب قويّ .
والأقوى الضمان وهو الذي قرّبه في الدروس^(٢) .

﴿ والأيدي المتعاقبة على المغصوب أيدي ضمان ﴾ سواء علموا جميعاً
بالغصب أم جهلوا أم بالتفريق ؛ لتحقّق التصرّف في مال الغير بغير إذنه، فيدخل في
عموم « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي » وإن انتفى الإثم عن الجاهل بالغصب .

﴿ فيتخيّر المالك في تضمين من شاء ﴾ منهم العين والمنفعة ﴿ أو ﴾
تضمين ﴿ الجميع ﴾ بدلاً واحداً بالتقسيت وإن لم يكن متساوياً ؛ لأنّ جواز
الرجوع على كلّ واحد بالجميع يستلزم جواز الرجوع بالبعض، وكذا له تقسيت
ما يرجع به على أزيد من واحد وترك الباقيين ؛ لما ذكر .

﴿ ويرجع الجاهل منهم بالغصب ﴾ إذا رجع عليه ﴿ على من غرّه ﴾
فسلّطه على العين أو المنفعة ولم يُعلمه بالحال، وهكذا الآخر... إلى أن يستقرّ
الضمان على الغاصب العالم وإن لم تتلف العين في يده .

هذا إذا لم تكن يد من تلفت في يده يد ضمان كالعارية المضمونة، وإلّا
لم يرجع على غيره . ولو كانت أيدي الجميع عارية تخيّر المالك كذلك واستقرّ
الضمان على من تلفت العين في يده، فيرجع غيره عليه لو رجع عليه دونه . وكذا
يستقرّ ضمان المنفعة على من استوفّاها عالماً .

(١) أمّا القول بالضمان فهو للشهيد في الدروس كما نسبه الشارح إليه ولم نعر على غيره . وأمّا
عدم الضمان فلم نعر على من صرّح به، ولكن تردّد في ثبوت الضمان المحقّق في الشرائع
٣ : ٢٢٨، والعلامة في القواعد ٢ : ٢٢٣ . نعم في غاية المرام ٤ : ٨٥ : ظاهر فخر الدين
والشهيد في شرح الإرشاد ترجيح أصالة البراءة . أنظر الإيضاح ٢ : ١٦٧ - ١٦٨ .

(٢) الدروس ٣ : ١٠٧، وغاية المرام ٢ : ٣٩٤ .

﴿ والحرّ لا يضمن بالغصب ﴾ عيناً ومنفعة؛ لأنّه ليس مالاً فلا يدخل

تحت اليد.

هذا إذا كان كبيراً عاقلاً إجماعاً، أو صغيراً فمات من قبل الله تعالى. ولو مات بسببٍ كلدغ الحيّة ووقوع الحائط، ففي ضمانه قولان للشيخ^(١) واختار المصنّف في الدروس الضمان^(٢) لأنّه سبب الإتلاف، ولأنّ الصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه، وعروضها أكثرى، فمن تمّ رجّح السبب.

والظاهر أنّ حدّ «الصِغَر»^(٣) العجز عن دفع ذلك عن نفسه حيث يمكن الكبير دفعها عادةً، لا عدم التمييز. وألحق به المجنون، ولو كان بالكبير خَبَل^(٤) أو بلغ [مرتبة]^(٥) الصغير لكبر أو مرض، ففي إلحاقه به وجهان.

﴿ ويضمن الرقيق ﴾ بالغصب؛ لأنّه مال ﴿ ولو حُبس الحرّ ﴾ مدّة لها أجره

بالعادة^(٦) ﴿ لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله ﴾ لأنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد تبعاً له، سواء كان قد استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله أم لا.

نعم، لو كان قد استأجره مدّة معيّنة فمضت زمن اعتقاله وهو باذل نفسه للعمل استقرّت الأجره لذلك، لا للغصب ﴿ بخلاف الرقيق ﴾ لأنّه مال محض

(١) القول بعدم الضمان في المبسوط ٣: ١٠٥، والقول بالضمان أيضاً فيه ٧: ١٨، وفي الخلاف ٣: ٤٢١، المسألة ٤٠ من كتاب الغصب.

(٢) الدروس ٣: ١٠٦.

(٣) في (ف) و(ش): الصغير.

(٤) الخَبَلُ: فساد العقل بحيث لم يبلغ حدّ الجنون.

(٥) في المخطوطات: رتبة.

(٦) في (ر): عادةً.

ومنافعه كذلك .

﴿ وخمر الكافر المستتر ﴾ بها ﴿ محترم يُضمن بالغصب ﴾ مسلماً كان الغاصب أم كافراً؛ لأنّها مال بالإضافة إليه وقد أُقرّ عليه ولم تجز مزاحمته فيه . وكان عليه تأنيث ضمائر « الخمر »؛ لأنّها مؤنّث سماعي . ولو غصبها من مسلم أو كافر متظاهر فلا ضمان وإن كان قد اتّخذها للتخليل؛ إذ لا قيمة لها في شرع الإسلام، لكن هنا يَأثم الغائب .

وحيث يضمن الخمر يعتبر ﴿ بقيمته عند مستحليده ﴾ لا بمثله وإن كان بحسب القاعدة مثلياً؛ لتعدّر الحكم باستحقاق الخمر في شرعنا وإن كنّا لانعترّضهم إذا لم يتظاهروا بها . ولا فرق في ذلك بين كون المتلف مسلماً وكافراً على الأقوى .

وقيل : يضمن الكافرُ المثلَ لإمكانه في حقّه، من حيث إنه مثليّ مملوك له يمكنه دفعه سرّاً^(١) .

ورُدّ بأنّ استحقاقه كذلك يودّي إلى إظهاره؛ لأنّ حكم المستحقّ أن يحبس غريمه لو امتنع من أدائه وإلزامه بحقّه، وذلك ينافي الاستتار .

﴿ وكذا ﴾ الحكم في ﴿ الخنزير ﴾ إلا أنّ ضمان قيمة الخنزير واضح؛ لأنّه تيمي حيث يُملك .

﴿ ولو اجتمع المباشر ﴾ وهو موجد علّة التلف - كالأكل والإحراق والقتل والإتلاف - ﴿ والسبب ﴾ وهو فاعل ملزوم العلّة كحافر البئر ﴿ ضمن المباشر ﴾ لأنّه أقوى ﴿ إلا مع الإكراه أو الغرور ﴾ للمباشر ﴿ فيستقرّ الضمان في الغرور على الغارّ ﴾ وفي الإكراه على المكره لضعف المباشر بهما، فكان السبب أقوى ،

(١) وهو أحد قولِي القاضي في المهذّب ١ : ٤٤٤ .

كمن قدّم طعاماً إلى المغرور فأكله، فقرار الضمان على الغازّ فيرجع المغرور عليه لو ضمن.

هذا في المال. أمّا النفس فيتعلّق بالمباشر مطلقاً، لكن هنا يحبس الأمر حتى يموت.

﴿ ولو أرسل ماءً في ملكه، أو أجّج ناراً فسرى إلى الغير ﴾ فأفسد ﴿ فلا ضمان ﴾ على الفاعل ﴿ إذا لم يزد ﴾ في الماء والنار ﴿ عن قدر الحاجة ولم تكن الريح ﴾ في صورة الإحراق ﴿ عاصفة ﴾ بحيث علم أو ظنّ التعدي الموجب للضرر؛ لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، ولهم الانتفاع بها كيف شاؤوا. نعم، لو زاد عن قدر حاجته فالزائد مشروط بعدم ضرر بالغير ولو بالظنّ؛ لأنّه مناط أمثال ذلك، جمعاً بين الحقيين ودفعاً للإضرار المنفي^(١) ﴿ وإلا ضمن ﴾. وظاهر العبارة: أنّ الزائد عن قدر الحاجة يضمن به وإن لم يقترن بظنّ التعدي.

وكذا مع عصف الريح وإن اقتصر على قدر^(٢) حاجته؛ لكونه مظنةً للتعدي، فعدم الضمان على هذا مشروط بأمرين: غدم الزيادة عن الحاجة، وعدم ظهور سبب التعدي كالريح، فمتى انتفى أحدهما ضمن.

ومثله في الدروس^(٣) إلاّ أنّه اعتبر علم التعدي ولم يكتف بالظنّ ولم يعتبر الهواء، فمتى علمه وإن لم يكن هواء ضمن وإن لم يزد عن حاجته، فبينهما مغايرة. وفي بعض فتاويه اعتبر في الضمان أحد الأمور الثلاثة: مجاوزة الحاجة،

(١) أنظر الوسائل ١٧ : ٣٤٠، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

(٢) أثبتنا كلمة «قدر» من (ع).

(٣) الدروس ٣ : ١٠٧.

أو عصف الهواء، أو غلبة الظنّ بالتعدّي^(١).

واعتبر جماعة - منهم الفضلان^(٢) - في الضمان اجتماع الأمرين معاً، وهما: مجاوزة الحاجة، وظنّ التعدّي أو العلم به، فمتى انتفى أحدهما فلا ضمان. وهذا قوي وإن كان الأوّل أحوط.

﴿ ويجب ردّ المغصوب ﴾ على مالكة وجوباً فورياً إجماعاً، ولقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٣) ﴿ ما دامت العين باقية ﴾ يمكنه ردّها، سواء كانت على هيئتها يوم غضبها أم زائدة أم ناقصة ﴿ ولو أدّى ردّه إلى ﴾ عسر و ﴿ ذهاب مال الغاصب ﴾ كالخشب في بنائه واللوح في سفينته؛ لأنّ البناء على المغصوب لا حرمة له، وكذا مال الغاصب في السفينة حيث يخشى تلفه أو غرق السفينة على الأقوى.

نعم، لو خيف غرقه^(٤) أو غرق حيوان محترم أو مالٌ لغيره لم يُنزع إلى أن تصل الساحل.

﴿ فإن تعذّر ﴾ ردّ العين لتلف ونحوه ﴿ ضمنه ﴾ الغاصب ﴿ بالمثل إن كان ﴾ المغصوب ﴿ مثلياً ﴾ وهو المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات، كالحنطة والشعير، وغيرهما من الحبوب والأدهان ﴿ وإلا ﴾ يكن مثلياً ﴿ فالقيمة العليا من حين الغصب إلى حين التلف ﴾ لأنّ كلّ حالة زائدة من حالاته في ذلك الوقت مضمونة كما يرشد إليه: أنّه لو تلف حينئذٍ ضمنها، فكذا إذا

(١) لم نعر عليه.

(٢) الشرائع ٣: ٢٣٧، والقواعد ٢: ٢٢٣، وتبعهما في جامع المقاصد ٦: ٢١٨.

(٣) تقدّم تخريجه في الصفحة ٥٦٥.

(٤) أي الغاصب.

تلف بعدها .

﴿ وقيل ﴾ والقائل به المحقق في أحد قوليهِ - على ما نقله المصنّف عنه ^(١) -
 يضمن الأعلى من حين الغصب ﴿ إلى حين الرد ﴾ أي ردّ الواجب وهو القيمة .
 وهذا القول مبنيّ على أنّ القيميّ يُضمن بمثله كالمثلي ، وإنّما ينتقل إلى
 القيمة عند دفعها لتعذر المثل ، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة ؛ لأنّ الزائد
 في كلّ آنٍ سابق من حين الغصب مضمون تحت يده ، ولهذا لو دفع العين حالة
 الزيادة كانت للمالك ، فإذا تلفت في يده ضمنها .

وعلى القول المشهور من ضمان القيمي بقيمته ابتداءً لا وجه لهذا القول .

﴿ وقيل ﴾ والقائل به الأكثر - على ما نقله المصنّف في الدروس ^(٢) - : إنّما
 يضمن ﴿ بالقيمة يوم التلف لا غير ﴾ لأنّ الواجب زمن بقاءها إنّما هو ردّ العين ،
 والغاصب مخاطب بردها حينئذٍ زائدة كانت أم ناقصة من غير ضمان شيء من
 النقص إجماعاً ، فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف ؛ لانتقال الحقّ إليها
 حينئذٍ ؛ لتعذرّ البدل .

ونقل المحقق في الشرائع عن الأكثر : أنّ المعتبر القيمة يوم الغصب ^(٣) بناءً
 على أنّه أوّل وقت ضمان العين .

ويُضعّف بأنّ ضمانها حينئذٍ إنّما يراد به كونها : لو تلفت لوجب بدلها ،
 لا وجوب قيمتها ؛ إذ الواجب مع وجود العين منحصر في ردها .

وفي صحيح أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام في اكتراء البغل ومخالفة

(١) نقله في الدروس ٣ : ١١٣ بلفظ : وإليها جنح المحقق ، وانظر الشرائع ٣ : ٢٤٠ .

(٢) الدروس ٣ : ١١٣ .

(٣) الشرائع ٣ : ٢٤٠ .

الشرط^(١) ما يدلّ على هذا القول.

ويمكن أن يستفاد منه اعتبار الأكثر^(٢) منه إلى يوم التلف.

وهو قويّ عملاً بالخبر الصحيح^(٣) وإلا لكان القول بقيمة يوم التلف

مطلقاً^(٤) أقوى.

وموضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بسبب اختلاف القيمة السوقية.

أمّا لو كان لنقص العين أو لتعيّبها، فلا إشكال في ضمان ذلك النقص.

﴿ وإن عاب ﴾ المغصوب ولم تذهب عينه ﴿ ضمن أرشه ﴾ إجماعاً؛

لأنّه عوض عن أجزاء ناقصة أو أوصاف، وكلاهما مضمون، سواء كان النقص

من الغاصب أم من غيره ولو من قبل الله تعالى. ولو كان العيب غير مستقرّ، بل

يزيد على التدرّج، فإن لم يمكن المالك بعد قبض العين قطعه أو التصرف^(٥) فيه،

فعلى الغاصب ضمان ما يتجدّد أيضاً. وإن أمكن ففي زوال الضمان وجهان:

من استناده إلى الغاصب، وتفريط المالك. واستتقرب المصنّف في الدروس

عدم الضمان^(٦).

(١) هذا الخبر ذكره الشيخ في التهذيب في كتاب الإجارة [٧: ٢١٥، الحديث ٢٥]

ولم يحتجّ بذكره الأصحاب في هذا الباب مع أنّه الحجّة القويّة. (منه ﷺ).

(٢) في (ش): أكثر الأمرين.

(٣) وهو خبر أبي ولّاد المتقدم.

(٤) زادت قيمته أو نقصت.

(٥) المراد: بالقطع إزالته من أصله، ومن التصرف فيه جعله بحيث لا يزيد وإن بقي

أصله (هامش ر).

(٦) الدروس ٣: ١١٢.

﴿ ويضمن ﴾ أيضاً ﴿ أجرته إن كان له أجره ، لطول المدّة ﴾ التي غصبه فيها، سواء ﴿ استعمله أو لا ﴾ لأنّ منفعه أموال تحت اليد فتضمن بالفوات والتفويت. ولو تعدّدت المنافع فإنّ أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحدة وجب أجره ما أمكن، وإلاّ - كالخياطة والحيّاكة والكتابة - فأعلاها أجره. ولو كانت الواحدة أعلى منفردة عن منافع متعدّدة يمكن جمعها، ضمّن الأعلى.

﴿ ولا فرق بين بهيمة القاضي والشوكي ^(١) في ضمان الأرش ﴾ إجماعاً؛ لعموم الأدلّة، وخالف في ذلك بعض العامّة ^(٢) فحكم في الجناية على بهيمة القاضي بالقيمة ويأخذ الجاني العين، نظراً إلى أنّ المعيب لا يليق بمقام القاضي.

﴿ ولو جنى على العبد المغصوب ﴾ جانٍ غير الغاصب ﴿ فعلى الجاني أرش الجناية ﴾ المقرّر في باب الديّات ﴿ وعلى الغاصب ما زاد عن أرشها من النقص إن اتّفق ﴾ زيادة، فلو كانت الجناية ممّا له مقدّر كقطع يده الموجب لنصف قيمته شرعاً فنقص بسببه ثلثا قيمته، فعلى الجاني النصف وعلى الغاصب السدس الزائد من النقص، ولو لم يحصل زيادة فلا شيء على الغاصب بل يستقرّ الضمان على الجاني.

والفرق: أنّ ضمان الغاصب من جهة المائيّة، فيضمن ما فات منها مطلقاً ^(٣) وضمن الجاني منصوص، فيقف عليه حتّى لو كان الجاني هو الغاصب فيما له مقدّر شرعي فالواجب عليه أكثر الأمرين: من المقدّر الشرعي والأرش؛ لأنّ

(١) حامل الشوك.

(٢) نسبه في المجموع ١٤ : ٣٥٥ إلى المالك، وفي الفتاوى الهنديّة ٥ : ١٢٢ إلى شريح.

(٣) سواء كان زائداً عن مقدار الجناية أم لا.

الأكثر إن كان هو المقدر فهو جانٍ، وإن كان هو الأرش فهو مال فوّته تحت يده كغيره من الأموال؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»، ولأنّ الجاني لم تثبت يده على العبد فيتعلّق به ضمان المائيّة، بخلاف الغاصب. والأقوى عدم الفرق بين استغراق أرش الجناية القيمة وعدمه، فيجتمع عليه ردّ العين والقيمة فما زاد.

﴿ ولو مثل به ﴾ الغاصب ﴿ انعتق ﴾ لقول الصادق عليه السلام: «كلّ عبد مُثّل به فهو حرٌّ»^(١) ﴿ وغرم قيمته للمالك ﴾ .

وقيل: لا يعتق بذلك^(٢) اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الوفاق وهو تمثيل المولى، والرواية العامة ضعيفة السند^(٣).

وأما بناء الحكم على الحكمة في عتقه - هل هي عقوبة للمولى أو جبر للمملوك؟ فيعتق هنا على الثاني دون الأوّل - فهو ردّ للحكم إلى حكمة مجهولة لم يرد بها نصّ. والأقوى عدم الانعتاق.

نعم، لو أقعد أو عمي عتق وضمن الغاصب؛ لأنّ هذا السبب غير مختصّ بالمولى إجمالاً.

﴿ ولو غصب ﴾ ما ينقصه التفريق مثل ﴿ الخفّين أو المصراعين أو الكتاب سفرين فتلف أحدهما ﴾ قبل الردّ ﴿ ضمن قيمته ﴾ أي قيمة التالف ﴿ مجتمعاً ﴾

(١) الوسائل ١٦ : ٢٦، الباب ٢٢ من كتاب العتق، الحديث الأوّل.

(٢) قاله العلامة في الإرشاد ١ : ٤٤٦، والقواعد ٢ : ٣٢، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٢٨٦ : ٦.

(٣) وضعفها لإرسالها أولاً ولجهالة جعفر بن محبوب الواقع في سندها ثانياً. أنظر المسالك ٣٥٩ : ١٠.

مع الآخر ونقص الآخر^(١) فلو كان قيمة الجميع عشرة وقيمة كل واحد مجتمعاً خمسة ومنفرداً ثلاثة ضمن سبعة؛ لأنّ النقصان الحاصل في يده مستند إلى تلف عين مضمونة عليه، وما نقص من قيمة الباقي في مقابلة الاجتماع فهو بنوات صفة الاجتماع في يده. أمّا لو لم تثبت يده على الباقي، بل غصب أحدهما ثمّ تلف في يده أو أتلفه ابتداءً، ففي ضمانه قيمة التالف مجتمعاً أو منفرداً أو منضمّاً إلى نقص الباقي كالأول أوجه، أجودها الأخير؛ لاستناد الزائد إلى فقد صفة، وهي كونه مجتمعاً حصل منه.

﴿ ولو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فلا شيء عليه ﴾ لعدم النقصان ﴿ ولا له ﴾ لأنّ الزيادة حصلت في مال غيره ﴿ إلا أن تكون ﴾ الزيادة ﴿ عيناً ﴾ من مال الغاصب ﴿ كالصبغ، فله قلعه ﴾ لأنّه ماله ﴿ إن قبل الفصل ﴾ ولو بنقص قيمة الثوب، جمعاً بين الحقيين.

﴿ و ﴾ نقص الثوب ينجبر بأنّ الغاصب ﴿ يضمن أرش الثوب ﴾ ولا يرد أنّ قلعه يستلزم التصرف في مال الغير بغير إذن وهو ممتنع، بخلاف تصرف مالك الثوب في الصبغ؛ لأنّه وقع عدواناً؛ لأنّ وقوعه عدواناً لا يقتضي إسقاط ماليته، فإنّ ذلك عدوان آخر، بل غايته أن يُنزَع ولا يلتفت إلى نقص قيمته أو اضمحلاله؛ للعدوان بوضعه.

ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم تجب إجابته، كما لا يجب قبول

(١) لا يكاد يستفاد ضمان نقص الآخر من العبارة؛ لأنّ ضمير قيمته إن عاد إلى التالف كما هو الظاهر، فالظاهر عدم دلالة عليه، وإن عاد إلى قيمة المغصوب يلزم ضمان قيمة الموجود وهو غير مراد ولا صحيح، ولا بدّ من القول بضمان نقص الآخر كما ذكره غيره، وذكر هو في غير الكتاب [الدروس ٣: ١١٨]. (منه ﷺ).

هبتة. نعم، لو طلب مالك الثوب بيعهما ليأخذ كل واحد حقه لزم الغاصب إجابته، دون العكس.

﴿ ولو بيع مصبوغاً بقيمته مغصوباً ﴾ بغير صبغ ﴿ فلا شيء للغاصب ﴾ لعدم الزيادة بسبب ماله.

هذا إذا بقيت قيمة الثوب بحالها. أما لو تجدد نقصانه للسوق فالزائد للغاصب؛ لأنّ نقصان السوق مع بقاء العين غير مضمون.

نعم، لو زاد الباقي عن قيمة الصبغ كان الزائد بينهما على نسبة المالكين، كما لو زادت القيمة عن قيمتهما من غير نقصان. ولو اختلفت قيمتهما بالزيادة والنقصان للسوق، فالحكم للقيمة الآن؛ لأنّ النقص غير مضمون في المغصوب للسوق وفي الصبغ مطلقاً^(١) فلو كان قيمة كل واحد خمسة وبيع بعشرة، إلا أنّ قيمة الثوب ارتفعت إلى سبعة وقيمة الصبغ انحطت إلى ثلاثة، فلصاحب الثوب سبعة وللغاصب ثلاثة، وبالعكس.

﴿ ولو غصب شاة فأطعمها المالك جاهلاً ﴾ بكونها شاته ﴿ ضمنها الغاصب ﴾ له؛ لضعف المباشر بالغرور، فيرجع على السبب. وتسليطه المالك على ماله وصيرورته بيده على هذا الوجه لا يوجب البراءة؛ لأنّ التسليم غير تامّ، فإنّ التسليم التامّ تسليمه على أنّه ملكه يتصرّف فيه كتصرّف المالك، وهنا ليس كذلك، بل اعتقد أنّه للغاصب وأنّه أباحه إتلافه بالضيافة، وقد يتصرّف بعض الناس فيها بما لا يتصرّفون في أموالهم، كما لا يخفى. وكذا الحكم في غير الشاة من الأطعمة والأعيان المنتفع بها كاللباس.

﴿ ولو أطعمها غير صاحبها ﴾ في حالة كون الآكل ﴿ جاهلاً ضمن

(١) سواء كان للسوق أم لغيره.

المالك ﴿ قيمتها ﴾ من شاء ﴿ من الآكل والغاصب؛ لترتب الأيدي كما سلف (١) ﴾ والقرار ﴿ أي قرار الضمان ﴾ على الغاصب ﴿ لغروره للآكل بإباحته الطعام مجاناً مع أن يده ظاهرة في الملك وقد ظهر خلافه.

﴿ ولو مزج ﴾ الغاصب ﴿ المغصوب ﴾ بغيره أو امتزج في يده بغير اختياره ﴿ كلف قسمته ﴾ بتمييزه ﴿ إن أمكن ﴾ التمييز ﴿ وإن شق ﴾ كما لو خلط الحنطة بالشعير أو الحمراء بالصفراء؛ لوجوب رد العين حيث يمكن ﴿ ولو لم يمكن ﴾ التمييز كما لو خلط الزيت بمثله أو الحنطة بمثلها وصفاً ﴿ ضمن المثل إن مزجه بالأردى ﴾ لتعدّر رد العين كاملة؛ لأن المزج في حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب وهو أدون من الحق فلا يجب قبوله، بل ينتقل إلى المثل. وهذا مبني على الغالب من عدم رضاه بالشركة، أو قول في المسألة (٢).

والأقوى تخييره بين المثل والشركة مع الأرش؛ لأنّ حقه في العين لم يسقط، لبقائها كما لو مزجها بالأجود، والنقص بالخلط يمكن جبره بالأرش. ﴿ وإلا ﴾ يمزجه بالأردى، بل بالمساوي أو الأجود ﴿ كان شريكاً ﴾ بمقدار عين ماله، لا قيمته؛ لأنّ الزيادة الحاصلة صفة حصلت بفعل الغاصب عدواناً، فلا يسقط حق المالك مع بقاء عين ماله، كما لو صاغ النقرة وعلف الدابة فسمنت.

(١) سلف في الصفحة ٥٦٦.

(*) في (ق) و (س): فصله.

(٢) في التنقيح الرائع ٤ : ٧٢؛ وهذا لا خلاف أنّه يضمن المثل لتعدّر العين في صورة مزجه بالأدون.

وقيل : يسقط حقّه من العين للاستهلاك، فيتخيّر الغاصب بين الدفع من العين؛ لأنّه متطوّع بالزائد، ودفع المثل^(١) والأقوى الأوّل.

﴿ ومؤونة القسمة على الغاصب ﴾ لوقوع الشركة بفعله تعدياً.

هذا كلّه إذا مزجه بجنسه، فلو مزجه بغيره كالزيت بالشيرج فهو إتلاف؛ لبطلان فائدته وخاصّيته.

وقيل : تثبت الشركة هنا أيضاً كما لو مزجها بالتراضي أو امتزجا بأنفسهما؛ لوجود العين^(٢).

ويشكل بأنّ جبر المالك على أخذه بالأرث أو بدونه إلزام بغير الجنس في المثلي، وهو خلاف القاعدة. وجبر الغاصب إثبات لغير المثل عليه بغير رضاه، فالعدول إلى المثل أجود. ووجود العين غير متميّزة من غير جنسها كالتالفة.

﴿ ولو زرع ﴾ الغاصب ﴿ الحبّ ﴾ فنبت ﴿ أو أحضن البيض ﴾ فأفرخ

﴿ فالزرع والفرخ للمالك ﴾ على أصحّ القولين^(٣) لأنّه عين مال المالك وإنّما

حدث بالتغيّر اختلاف الصور، ونماء الملك للمالك وإن كان بفعل الغاصب.

وللشيخ قول بأنّه للغاصب تنزيلاً لذلك منزلة الإتلاف، ولأنّ النماء بفعل

الغاصب^(٤) وضعفهما ظاهر.

﴿ ولو نقله إلى غير بلد المالك وجب عليه نقله ﴾ إلى بلد المالك ﴿ ومؤونة

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٣ : ٧٩ - ٨٠، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٤٨٢.

(٢) القول للعلامة في التذكرة [٢ : ٣٩٥ الحجرية]. (منه رحمه الله).

(٣) نسبه في جامع المقاصد ٦ : ٢٩٣ إلى مذهب الأكثر، وفي غاية المرام ٤ : ٩٨ إلى

المشهور.

(٤) قاله في المبسوط ٣ : ١٠٥، والخلاف ٣ : ٤٢٠. المسألة ٣٨ من كتاب الغصب.

نقله ﴿ وإن استوعبت أضعاف قيمته؛ لأنه عادٍ بنقله، فيجب عليه الردّ مطلقاً. ولا يجب إجابة المالك إلى أجرة الردّ مع إيقائه فيما انتقل إليه؛ لأنّ حقّه الردّ، دون الأجرة ﴾ ولو رضي المالك بذلك المكان ﴿ الذي نقله إليه ﴾ لم يجب ﴿ الردّ على الغاصب؛ لإسقاط المالك حقّه منه، فلو ردّه حينئذٍ كان له إلزامه برده إليه. ﴿ ولو اختلفا في القيمة حلف الغاصب ﴿ لأصالة البراءة من الزائد، ولأنّه منكر ما لم يدّع ما يُعلم كذبه، كالدّهرم قيمةً للعبد، فيكفّف بدعوى قدر يمكن، مع احتمال تقديم قول المالك حينئذٍ.

وقيل: يحلف المالك^(١) وهو ضعيف.

﴿ وكذا ﴾ يحلف الغاصب ﴿ لو ادّعى ﴿ المالك إثبات ﴾ صناعة يزيد بها الثمن ﴿ لأصالة عدمها. وكذا لو كان الاختلاف في تقدّمها لتكثّر الأجرة؛ لأصالة عدمه.

﴿ وكذا ﴾ يحلف الغاصب ﴿ لو ادّعى التلف ﴾ وإن كان خلاف الأصل؛ لإمكان صدقه، فلو لم يُقبل قوله لزم تخليده الحبس لو فرض التلف. ولا يرد مثله لو^(٢) أقام المالك بيّنة ببقائه مع إمكان كذب البيّنة؛ لأنّ ثبوت البقاء شرعاً مجوّز للإهانة والضرب إلى أن يُعلم خلافه، ومتى حلف على التلف طوّل بالبدل وإن كانت العين باقية بزعم المالك؛ للعجز عنها بالحلف، كما يستحقّ البدل مع العجز عنها وإن قطع بوجودها، بل هنا أولى ﴿ أو ادّعى ﴾ الغاصب ﴿ تملك ما على العبد من الثياب ﴾ ونحوها؛ لأنّ العبد بيده، ولهذا يضمنه ومنافعّه، فيكون ما معه

(١) في (ر) زيادة «مطلقاً»، والقائل الشيخان في المقنعة: ٦٠٧، والنهاية: ٤٠٢، ونسبه في الشرائع ٣: ٢٤٩، والتحرير ٤: ٥٥٠ إلى الأكثر.

(٢) في (ر): ما لو.

في يده، فيقدّم قوله في ملكه.

﴿ ولو اختلفا في الردّ حلف المالك ﴾ لأصالة عدمه، وكذا لو ادّعى ردّ بدله مثلاً أو قيمةً، أو تقدّم ردّه على موته وادّعى المالك موته قبله؛ لأصالة عدم التقدّم. ولا يلزم هنا^(١) ما لزم في دعوى التلف؛ للانتقال إلى البدل حيث يتعدّر تخليص العين منه.

لكن هل ينتقل إليه ابتداءً، أو بعد الحبس والعذاب إلى أن تظهر أمانة عدم إمكان العين؟ نظر. ولعلّ الثاني أوجه؛ لأنّ الانتقال إلى البدل ابتداءً يوجب الرجوع إلى قوله، وتكليفه بالعين مطلقاً قد يوجب خلود حبسه كأوّل، فالوسط^(٢) متّجه. وكلامهم هنا^(٣) غير منقّح.

(١) أي في مسألة الكتاب وهي قبول قول المالك في عدم الردّ. (منه ﷺ).

(٢) يعني الانتقال إلى البدل بعد الحبس، إلى أن تظهر أمانة عدم إمكان العين.

(٣) لم يرد «هنا» في (ع).

فهرس المحتويات

٧ كتاب الإجارة	٧
٩ تعريفها وصيغتها	٩
١٠ أحكامها	١٠
١٣ شروط المتعاقدين	١٣
١٣ شروط الأجرة	١٣
١٧ شروط المنفعة	١٧
٢٦ مسائل	٢٦
٢٦ الأولى - من تقبل عملاً فله تقبيله لغيره بأقل	٢٦
٢٦ الثانية - لو استأجر عيناً فله إيجارها بأكثر مما استأجرها به	٢٦
٢٧ الثالثة - حكم التفريط في العين المستأجرة	٢٧
٢٧ الرابعة - مؤونة العبد أو الدابة على المالك	٢٧
٢٨ الخامسة - حكم إسقاط المنفعة	٢٨
٢٩ السادسة - كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر	٢٩
٣٠ السابعة - حكم اختلاف المؤجر والمستأجر	٣٠

٢٣	□ كتاب الوكالة
٣٥	تعريفها وصيغتها
٣٥	شرطيّة التنجيز فيها
٣٦	جواز عقد الوكالة
٣٨	ما تصحّ فيه الوكالة
٣٩	شروط المتعاقدين
٣٩	أحكام الوكالة
٤٢	ما تثبت به الوكالة
٤٥	التنازع في الوكالة
٤٩	□ كتاب الشفعة
٥١	تعريفها
٥٢	ما تثبت وما لا تثبت فيه الشفعة
٥٣	في الشفيح
٥٥	في الأخذ بالشفعة
٦٢	اختلاف الشفيح والمشتري
٦٥	□ كتاب السبق والرماية
٦٧	شروط انعقاد السبق
٧٢	شروط الرمي وأحكامه
٧٧	□ كتاب الجعالة
٧٩	صيغة الجعالة
٨٠	شروط الجاعل
٨١	الجعالة جائزة
٨٣	الكلام في استحقاق الجعل
٨٤	مسائل في أحكام الجعالة

٨٩ كتاب الوصايا	□
٩١ الفصل الأول - الوصية	
٩١ تعريفها	
٩٢ الإيجاب والقبول	
٩٩ شروط الموصي	
١٠١ من تصح له الوصية	
١٠٧ الفصل الثاني - في متعلق الوصية	
١٢١ الفصل الثالث - في الأحكام	
١٣١ الفصل الرابع - في الوصاية	
١٣١ شروط الوصي	
١٤٣ كتاب النكاح	□
١٤٥ الفصل الأول - في المقدمات	
١٤٥ فضله	
١٤٧ آدابه	
١٥٢ أحكام النظر	
١٥٥ بعض أحكام الاستمتاع	
١٥٩ الفصل الثاني - في العقد	
١٥٩ الإيجاب والقبول	
١٦٢ أحكام العقد	
١٦٤ الولاية في النكاح	
١٦٦ مسائل	
١٦٦ الأولى - صحة اشتراط الخيار في الصداق	
١٦٦ صحة توكيل كل من الزوجين في النكاح	
١٦٨ الثانية - لو ادعى زوجية امرأة فصدّقه	

الثالثة - لو ادّعى زوجيّة امرأة وادّعت أختها عليه الزوجيّة ١٧٠

الرابعة - لو اشترى العبد زوجته لسيّده ١٧٢

الخامسة - لا يزوّج الوليّ ولا الوكيل بدون مهر المثل ولا بالمجنون و ١٧٣

السادسة - نكاح الفضولي ١٧٥

السابعة - لا يجوز نكاح الأمة إلا بإذن مالکها ١٧٦

الثامنة - لو زوّج الفضولي الصغيرين ١٧٧

التاسعة - لو زوّجها الأبوان أو الأخوان برجلين ١٨٠

العاشره - عدم ولاية الأمّ على الولد ١٨٢

الفصل الثالث - في المحرّمات بالنسب والرضاع وغيرهما من

الأسباب وتوابعها ١٨٣

أسباب التحريم ١٨٣

١- النسب ١٨٣

٢- الرضاع ١٨٤

شروط تحريم الرضاع ١٨٤

أحكام الرضاع ١٩٠

٣- المصاهرة ١٩٥

حكم مملوسة الابن أو الأب ومنظورتهما ١٩٨

مسائل عشرون ٢٠١

الأولى - بطلان تزويج الأمّ وابنتها أو الأختين في عقد واحد ٢٠١

حكم وطء إحدى الأختين المملوكتين ٢٠١

الثانية - لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة إلا بإذنها ٢٠٤

لا يجوز للحرّ نكاح الأمة مع القدرة على تجويز الحرّة ٢٠٥

٢٠٧ الثالثة - حكم زواج المرأة في عدتها
٢٠٨ الرابعة - نكاح الزاني أو الزانية
٢١٠ الخامسة - من أوقب غلاماً أو رجلاً حرمت عليه أم الموطوء وأخته
٢١١ السادسة - عقد المُحرم
٢١٢ السابعة - لا يجوز للحر أن يجمع زيادة على أربع
 الثامنة - إذا طلق ذو النصاب رجعيًا لم يجز له التزويج دائماً
٢١٥ حتى تخرج العدة
٢١٥ التاسعة - حكم المطلقة ثلاثاً أو تسعاً
٢١٨ العاشرة - حرمة الملاعنة أبداً
٢٢٠ الحادية عشرة - حرمة نكاح غير الكتابية وكذا الكتابية دوماً
٢٢٠ حكم ارتداد أحد الزوجين
٢٢١ لو أسلم الزوج أو الزوجة الكتابيين
٢٢٣ الثانية عشرة - لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو أسلما معاً
٢٢٥ الثالثة عشرة - لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإيقاعه
٢٢٦ الرابعة عشرة - الكفاءة معتبرة في النكاح
٢٢٨ الخامسة عشرة - عدم شرطية التمكّن من النفقة في صحّة العقد
٢٣٠ السادسة عشرة - كراهية تزويج الفاسق
٢٣٠ السابعة عشرة - حكم التعريض بالعقد
٢٣١ الثامنة عشرة - الكلام في حكم الخطبة بعد إجابة الغير
٢٣٢ التاسعة عشرة - كراهية العقد على القابلة الربّية وبنيتها
٢٣٣ العشرون - بطلان نكاح الشغار

٢٣٥ الفصل الرابع - في نكاح المتعة
٢٣٥ شرعية نكاح المتعة
٢٣٨ أحكامه
٢٤٩ الفصل الخامس - في نكاح الإماء
٢٦٥ الفصل السادس - في المهر
٢٦٥ ما يصح إمهاره
٢٦٦ أحكام المهر
٢٧٢ مسائل عشر
٢٧٢ الأولى - الصداق يُملك بالعقد
٢٧٤ الثانية - لو دخل قبل دفع المهر كان ديناً عليه
 الثالثة - لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع
٢٧٥ عليها بنصفه
٢٧٦ الرابعة - جواز اشتراط ما يوافق الشرع في عقد النكاح
٢٧٩ الخامسة - حكم ما لو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول
٢٧٩ السادسة - حكم ما لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزيد منه ثم طلقها
٢٧٩ السابعة - حكم ما لو وهبته نصف مهرها مشاعاً أو معيئاً
٢٨٠ الثامنة - للزوجة الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها إن كان حالاً ...
٢٨٣ التاسعة - حكم المهر في ما إذا زوّج الأب ولده الصغير
٢٨٤ العاشرة - حكم الاختلاف في المهر
٢٨٧ الفصل السابع - في العيوب والتدليس
٢٨٧ عيوب الرجل
٢٩٢ عيوب المرأة

٥٨٧ فهرس المحتويات
٢٩٣ أحكام العيوب
٢٩٩ الفصل الثامن - في القسّم والنشوز والشقاق
٢٩٩ القسم
٣٠٨ النشوز
٣١٠ الشقاق
٣١٠ وليحق بذلك نظران
٣١٢ الأول - الأولاد
٣١٢ أحكام لحوق الأولاد
٣١٦ أحكام الولادة وآداب المولود
٣١٩ أحكام الأولاد
٣١٩ العقيقة و.....
٣٢٥ الرضاع
٣٢٧ الحضانة
٣٣٢ الثاني - في النفقات
٣٣٢ أسبابها
٣٣٢ ١- الزوجية
٣٣٦ ٢- القرابة
٣٤٠ ٣- الملك
٣٤٣ □ كتاب الطلاق
٣٤٥ الفصل الأول - في أركانه
٣٤٥ الصيغة
٣٥٠ المطلّق وشروطه
٣٥٣ المطلّقة وشروطها

٣٥٧ الفصل الثاني - في أقسامه
٣٥٧ المحرّم
٣٥٨ المكروه
٣٥٨ الواجب
٣٥٨ المستحبّ
٣٥٩ طلاق البائن
٣٥٩ طلاق الرجعي
٣٥٩ طلاق العدة
٣٥٩ حكم المطلقة تسعاً
٣٦٠ حكم المطلقة ثلاثاً
٣٦٦ حكم طلاق المريض
٣٦٧ الرجعة
٣٧١ الفصل الثالث - في العدد
٣٧١ لا عدة على من لم يدخل بها إلا في الوفاة
٣٧٢ عدة ذات الدم
٣٧٤ عدة الحامل
٣٧٥ الحداد
٣٧٦ حكم المرأة المفقود زوجها
٣٧٩ عدة الذميمة وأمّ الولد
٣٨١ الفصل الرابع - في الأحكام
٣٨٧ كتاب الخلع والمباراة
٣٨٩ صيغة الخلع
٣٩١ الفدية وأحكامها

٥٨٩ فهرس المحتويات
٣٩٥ أحكام الخلع
٣٩٨ في التنازع
٤٠١ المباراة
٤٠٣ كتاب الظهار
٤٠٥ صيغته
٤٠٩ شروطه وأحكامه
٤١٩ كتاب الإيلاء
٤٢١ تعريفه وصيغته
٤٢٦ شروط المولي
٤٢٧ أحكام الإيلاء
٤٣٥ كتاب اللعان
٤٣٧ أسبابه
٤٣٧ ١- القذف
٤٣٩ ٢- إنكار الولد
٤٤١ شروط الملاعن
٤٤٣ ما يعتبر في الملاعنة
٤٤٨ القول في كيفية اللعان وأحكامه
٤٥٩ كتاب العتق
٤٦٢ صيغته
٤٦٥ شروط المولي
٤٦٨ أحكام العتق
٤٧٢ السراية
٤٧٧ ما يحصل به العتق
٤٧٩ مسائل

- ٤٩١ كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء □
- ٤٩٣ النظر الأول - التدبير
- ٤٩٣ تعريفه
- ٤٩٥ صيغته
- ٤٩٦ شروط المدبّر
- ٤٩٨ أحكام التدبير
- ٥٠٥ النظر الثاني - في الكتابة
- ٥٠٥ استحبابها
- ٥٠٧ شروط المتعاقدين
- ٥٠٧ الإيجاب والقبول
- ٥٠٩ أحكام المكاتبة
- ٥١٩ النظر الثالث - في الاستيلاء للإمام بملك اليمين
- ٥٢١ كتاب الإقرار □
- ٥٢٣ الفصل الأول - الصيغة وتوابعها
- ٥٢٧ شروط المقرّ
- ٥٣٠ حكم الإقرار باللفظ المبهم
- ٥٣٧ الإقرار المستفاد من الجواب
- ٥٤١ الفصل الثاني - في تعقيب الإقرار بما ينافيه
- ٥٥١ الفصل الثالث - في الإقرار بالنسب
- ٥٥١ شروطه وأحكامه
- ٥٥٩ كتاب الغصب □
- ٥٦١ تعريفه
- ٥٦٣ أحكامه
- ٥٨١ فهرس المحتويات □