



المعارج

في

شرح المختصر النافع

تأليف

العلامة جمال الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن فهد الحلبي

٧٥٧-١٨٤١ هـ

محقق: الحجة الشيخ مجتبیٰ العراقي

الجزء الثالث

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المستقرة

كتاب الودیعة والعاریة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوديعة والعارية

أما الوديعة : فهي استئابة في الاحتفاظ ، وتفتقر الى القبول قولاً كان أو فعلاً ، ويشترط فيهما الاختيار. وتحفظ كل وديعة بما جرت به العادة. ولو عين المالك حرزا اقتصر عليه ، ولو نقلها إلى أدون أو أحرز ضمن إلا مع الخوف. وهي جائزة من الطرفين ، وتبطل بموت كل واحد منهما. ولو كانت دابة وجب علفها وسقيها ، ويرجع به على المالك. والوديعة أمانة لا يضمنها المستودع إلا مع التفريط أو العدوان. ولو تصرف فيها باكتساب ضمن وكان الربح للمالك. ولا يبرأ بردها الى الحرز. وكذا لو تلفت في يده بتعد أو تفريط فردّ مثلها إلى الحرز ، بل لا يبرأ إلا بالتسليم

كتاب الوديعة والعارية

مقدمة

الوديعة مشتقة من ودع يدع ، إذا استقرّ وسكن ، تقول : أودعته أودعه ، أى أقرته ، وأسكنه ، وقيل : إنه مشتق من ودع يقال : ودع الشيء يودع إذا كان في خفض وسكون ، وهو قريب من الأول ، وكأنّ المالك سكن الى المستودع واطمأنّ اليه وثوقاً بأمانته وأنّه يقوم مقامه في حفظها ، فهو في خفض ودعة من تكلف

إلى المالك أو من يقوم مقامه ، ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم ، لكن إن أمكنه الدفع وجب ، ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف مورّياً. وتجب إعادتها إلى المالك مع المطالبة. ولو كانت غصبا منعه وتوصل في وصولها إلى المستحق. ولو جهله عزّفها كاللّقطة حولا ، فإن وجده ، وإلاّ تصدّق بها عن المالك إن شاء ، ويضمن إن لم يرض. ولو كانت مختلطة بمال المودع ردّها عليه إن لم يتميّز. وإذا ادّعى المالك التفريط ، فالقول قول المستودع مع يمينه.

إحفاظها ، وقرار من تجشم مراعاتها.

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب : فقوله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» ^(١) وقوله تعالى «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ» ^(٢).

وأما السنّة : فروى أنس بن مالك وأبي بن كعب وأبو هريرة كلّ واحد على الانفراد عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : أدّ الأمانة الى من ائتمنتك ، ولا تخن من خانك ^(٣) وكان عنده صلى الله عليه وآله ودائع بمكة فلما أراد أن يهاجر أودعها أمّ أيمن ، وأمر عليا عليه السّلام بردها على أصحابها ^(٤) وروى سمرة ^(٥) عنه

(١) النساء : ٥٨ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ باب الوديعة ص ٢٥٠ الحديث ١ ولا حظ ما علق عليه.

(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ ، باب الوديعة ص ٢٥٠ الحديث ٢ ورواه في المستدرک : ج ٢ كتاب الوديعة ، الباب ١ الحديث ١٢ . نقلا عن عوالي اللثالي ، ونقله في التذكرة : ج ٢ كتاب الأمانات ، ص ١٩٦ .

(٥) بفتح السين المهملة وضم الميم وفتح الراء المهملة والهاء في الأصل سمّي به جماعة من الصحابة (تنقيح المقال : ج ٢ ص ٦٨ باب سمرة).

عليه السّلام انه قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدّي^(١).
ومن طريق الخاصة عن زين العابدين عليه السّلام : لو أنّ قاتل الحسين عليه السّلام
اتّمني على السيف الذي قتل به الحسين عليه السّلام لرددته اليه^(٢).
وأما الإجماع : فمن الأئمة لا يختلفون فيه.

تنبيه

الوديعة والعارية من الأمانات الخاصة.
والأمانة مطلقاً ينقسم الى قسمين :
أمانة خاصة كالوديعة ، والعارية ، والشركة ، والمضاربة ، والعين المرهونة ، والمستأجرة ،
وما في يد الوكيل ، والوصيّ ، وضابطها كلّ عين حصلت في يد غير مالِكها بغير اذنه أو
بإذنه ، ثمّ اعلم ولم يطالبها ، أو أقرّه الشارع على إمساكها ليدخل فيه الوديعة بعد موت
المودع المشغول بحجة الإسلام ، مع علم المستودع عدم تقييد الوارث ، فإن الشارع جعل له
ولاية الاستيجار للحج فهي في يده الى وقت الاستيجار غير مضمونة. ويدخل فيه أيضاً
اللقطة ، فإنها لا بإذن المالك ، بل الشارع أقرّ يده عليه للاحتفاظ.
وأمانة عامة : وهي كل عين حصلت في يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير
التعدي كالثوب تطيره الريح الى دار إنسان ، وكالوديعة إذا مات مالِكها ولم يعلم الوارث ،
وكالمأموّر بدفع عين الى غيره ، والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه الى من يعلم به. ولو كان
الموصى له معينا وعلم به كان أمانة خاصة ، وحكم أمانة الخاصة

(١) سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب الصدقات (٥) باب العارية ، الحديث ٢٤٠٠ والترمذي : ج ٣ كتاب البيوع
(٣٩) باب ما جاء ان العارية مؤداة الحديث ١٢٦٦.
(٢) الأُمالي للشيخ الطوسي : المجلس الثالث والأربعون ، ص ١٠٣.

ولو اختلفا في مال هل هو ودیعة أو دين ، فالقول قول المالك مع يمينه أنه لم يودع ، إذا تعدّر الردّ ، أو تلفت العين ، ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : القول قول المستودع ، وهو أشبه ، ولو اختلفا في الردّ فالقول قول المستودع. ولو مات المودع وكان الوارث جماعة دفعها إليهم ، أو الى من يرتضونه ، ولو دفعها الى البعض ضمن حصص الباقين.

وأما العارية : فهي الإذن في الانتفاع بالعين تبرّعا وليست لازمة لأحد المتعاقدين. ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف. وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة. ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع ، بل لا يضمن إلّا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط ، إلّا ان تكون العين ذهباً أو فضة فالضمان يلزم وإن لم يشترط. ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن ، وكذا لو كان جاهلاً لكن يرجع على المعير بما يغتزم. وكلّ ما يصح الانتفاع به مع بقائه تصح إعارته ، ويقتصر المستعير على ما يؤذن له. ولو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه

أخا لا يجب دفعها إلّا مع الطلب من المالك أو وكيله ، ولو ألفت قبله لم يضمن ، وحكم العامة وجوب الدفع على الفور ويضمن مع التأخير ، ويشتركان في الضمان مع التفريط أو التعدي.

قال طاب ثراه : ولو اختلفا في مال هل هو ودیعة أو دين؟ فالقول قول المالك : أنه لم يودّع ، إذا تعدّر الردّ أو تلفت العين. ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : القول قول المستودع ، وهو أشبه.

أقول : هنا مسألتان :

(أ) إذا اختلفا في مال ، فقال القابض : هو ودیعة عندي ، وقال مالكه : بل هو

دين عليك ، أي مثله دين ، لأنّ الملك المعين لإنسان لا يكون ديناً على غيره ، لأنّ الدين كلّّي ثابت في الذمة غير مشخص ، إلّا أن نقول : القرض لا يملك بمجرد القبض ، بل بالتصرّف ، وهذا النزاع إنما يحصل ويتصوّر له ثمرة مع تلف العين أو تعدّد ردّها ، كما لو أخذها ظالم فادّعى القابض أنّها وديعة عنده وتلفها من مالكها ، وادّعى المالك أنّها دين عليه ، وقال : حقي ثابت في ذمتك وإنّما لي عليك مثلها أو قيمتها ، فالقول قول المالك لأنّ الأصل في اليد ضمانها مال الغير ، لقوله عليه السّلام : على اليد ما أخذت حتى تؤدّي^(١) ولما رواه إسحاق بن عمار قال : سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم ، فضاعت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال الآخر : إنما كانت عليك قرضاً ، قال : المال لازم له ، إلّا أن يقيم البينة أنّها كانت وديعة^(٢).

(ب) إذا ثبت تفريط الودعي بإقراره أو البينة ، لزمه ضمان العين مثلاً أو قيمة ، فإن اختلفا في القيمة ، فهل القول قول المالك؟ قال الشيخان : نعم^(٣) لأنّ الودعي صار بالتفريط خائناً ، ولا يكون قوله مسموعاً ، وقال التقى : يقبل قوله لأنّه غارم والأصل براءة ذمته من الزائد^(٤) وبه قال ابن حمزة^(٥) وابن

(١) تقدم آنفاً.

(٢) الفروع : ج ٥ ، كتاب المعيشة ، باب ضمان الغارية والوديعة ، ص ٢٣٩ الحديث ٨.

(٣) المقنعة : باب الوديعة ص ٩٧ س ١٦ قال : وإذا اختلف المودّع والمودع في قيمة الوديعة كان القول قول صاحبها إلخ وفي النهاية : باب الوديعة والغارية ص ٤٣٧ س ١٥ قال : وإذا اختلف المودع والمودع في قيمة الوديعة كان القول قول صاحبها إلخ.

(٤) الكافي : فصل في الوديعة ص ٢٣١ س ١٢ قال : فإن اختلفا في القيمة أخذ منه ما أقربه وطولب المودع بالبينة إلخ.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان الوديعة ص ٢٧٥ س ١٣ قال : فإن اختلفا في القيمة ولم يكن هناك بينة كان القول قول المودع إلخ.

إدريس^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣).

ذكر العارية

قال في الصحاح : العارية بالتشديد ، كأنَّها منسوب إلى العار ، لأنَّ طلبها عار^(٤).
وقيل : منسوب إلى العارة ، وهو اسم ، من قولك : أعرت المتاع إعاره وعارة ، والإعارة المصدر. وقيل : اشتقاقها من عار يعير إذا ذهب وجاء ، فسميت عارة لتحويلها من يد إلى يد. وذكر الخطابي أنَّ اللغة الغالبة التشديد ، وقد يخفف.

وفي الشرع : هي عبارة عن إباحة الانتفاع بالعين ، ثمَّ استردادها ، ويسمى مالك المنفعة المعير والمستريح والمستعير ، والعين المنتفع بها المستعار.
والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب : فقوله تعالى «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»^(٥) والعارية إباحة الانتفاع لمن هو محتاج ، فكان إعانة. وقوله تعالى «الَّذِينَ هُمْ يُرَاؤُنَ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ»^(٦) قال ابن عباس : الماعون العواري^(٧) وعن ابن مسعود : الماعون العواري من الدلو والقدر والميزان^(٨).

(١) السرائر : باب الوديعة ص ٢٦٣ س ٢٩ قال : وإذا ثبت التفريط واختلفا في قيمة الوديعة ولا بينة فالقول قول المودع إلخ.

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٣) المختلف : في الوديعة ص ١٦٦ س ٢١ قال : مسألة لو اختلفا في القيمة بعد ثبوت التفريط فالقول قول الودعي إلخ.

(٤) الصحاح : مادة عور.

(٥) المائدة : ٢.

(٦) الماعون : ٧.

(٧) الدر المنثور : ج ٨ في تفسير سورة الماعون ص ٦٤٤ عن ابن عباس قال : عارية متاع البيت ، وفيه أيضا قال : ومنهم من قال : يمنعون العارية.

(٨) الدر المنثور : ج ٨ ص ٦٤٣ وفيه روايات آخر عنه ، ورواه في مجمع البيان في تفسيره لسورة الماعون

وأما السنة : فروى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : ما من صاحب الإبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر ^(١) يشدّ عليه بقوائمها وأخفافها ، قال رجل : يا رسول الله ما حق الإبل؟ قال : حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها ^(٢) وروى أبو أمامة أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال في خطبة الوداع : العارية مؤداة والمنحة مردودة ، والدين مقضي ، والزعيم غارم ^(٣) وروى أنس أنّ النبي صلى الله عليه وآله استعار من أبي طلحة فرسا فركبه ^(٤) واستعار من صفوان بن أمية يوم حنين درعا ، فقال : أغصبا يا محمد؟ فقال : بل عارية مضمونة مؤداة ^(٥).

وأما الإجماع : فمن سائر الأمة.

تنبيه

العارية من الأمانات الخاصة ، والأصل فيها عدم الضمان عند الفرقة المحقة ، إلا أن يعرض ما يوجب ضمانها ، وهو أمور :

(أ) التفريط ، وهو ترك سبب من أسباب الحفظ الواجبة.

(ب) التعدّي ، وهو فعل ما لا يجوز شرعا.

(١) القرقر ، القاع الأملس ، وقيل : المستوي الأملس الذي لا شيء فيه ، وفي حديث الزكاة بطح له بقاع قرقر ، هو المكان المستوي . لسان العرب ج ٥ لغة . قرر .

(٢) مسند احمد بن حنبل : ج ٣ ص ٣٢١ قطعة من حديث جابر .

(٣) مسند احمد بن حنبل : ج ٥ ص ٢٦٧ عن أبي أمامة الباهلي ، وفي ٢٩٣ عن سعيد بن أبي سعيد .

(٤) مسند احمد بن حنبل : ج ٣ ص ١٨٠ ولفظ الحديث «عن أنس قال : كان بالمدينة فزع فاستعار النبي صلى الله عليه وآله [وآله] وسلّم فرسا لأبي طلحة يقال له مندوب فركبه الحديث» .

(٥) الفروع : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب ضمان العارية والوديعة : ص ٢٤٠ الحديث ١٠ .

ولو اختلفا في الردّ ، فالقول قول المعير. ولو اختلفا في القيمة ، فقولان : أشبههما قول الغارم مع يمينه. ولو استعار ورهن من غير اذن المالك ، انتزع المالك العين ويرجع المرتحن بماله على الراهن.

(ج) أن يستعير ذهباً أو فضة إلا ان يشترط سقوط الضمان ، ولا فرق بين المستودع وغيره.

(د) أن يستعير من غاصب أو ممن ليس بكامل.

(هـ) أن يشترط على المستعير ضمانها ، فيضمن العين مع تلفها ، ولا يضمن ما ينقص بالاستعمال.

(و) أن يستعير للرهن ، فيكون مضمونة على المستعير دون المرتحن. وذهب بعض العامة إلى كونها مضمونة في الأصل ، لقوله عليه السلام «بل عارية مضمونة» والجواب أن ضمانها باشتراطه عليه السلام على نفسه الضمان ، لا أنه من لوازمها.

قال طاب ثراه : ولو اختلفا في القيمة فقولان : أشبههما قول الغارم.

أقول : مختار المصنف مذهب العلامة ^(١) وبه قال القاضي ^(٢) وسالار ^(٣)

(١) المختلف : كتاب الأمانات ، في العارية ، ص ١٦٨ س ٣٨ قال بعد نقل قول ابن إدريس : وهو الوجه عندي.

(٢) ظاهر الأمر على خلاف ما أثبتته المصنف رحمه الله لأن بعضهم في الاختلاف يقول : القول قول المعير وبعضهم يقول : القول قول المستعير ، وإليك ما أثبتوه في كتبهم أو نقل عنهم.

(٣) المختلف : كتاب الأمانات ، في العارية ص ١٦٨ س ٣٥ قال : وإذا اختلفا في القيمة بعد التفريط قال الشيخان : القول قول المالك مع يمينه الى قوله وبه قال ابن البراج.

(٤) المراسم : ذكر أحكام العارية ص ١٩٤ س ١٠ قال : فاذا اختلفا في شيء من ذلك فالقول قول المعير إلخ.

.....

وابن حمزة ^(١) وابن إدريس ^(٢) وقال الشيخان يقدم قول المالك ^(٣) ومنشأ الخلاف قد تقدّم.

(١) الوسيلة : فصل في بيان العارية ص ٢٧٦ س ٦ قال : وان اختلفا في القيمة كان القول قول المعير إلخ.
(٢) السرائر : باب العارية ، ص ٢٦٢ س ١١ قال : والذي يقتضيه الأدلة وأصول المذهب أنّ القول قول المدعى عليه إلخ.

(٣) المقنعة : باب العارية ص ٩٧ س ٢٧ قال : وان لم تكن له بينة فالقول قول صاحب العارية إلخ وفي النهاية : باب الوديعة والعارية ص ٤٣٨ س ١٣ قال : وإذا اختلف المعير والمستعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه إلخ.

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

كتاب الإجارة

كتاب الإجارة

وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. ويلزم من الطرفين

كتاب الإجارة

مقدمة

الإجارة في اللغة كدّ الأجير ، واشتقاقه من الأجر وهو الثواب ، يقال : أجر داره يؤجرها إيجارا فهو موجر. والأجير فعيل بمعنى الفاعل كالعليم بمعنى العالم. وفي الشريعة تمليك المنفعة مدة معينة بعوض مالي. فالتمليك جنس ، والمنفعة فصل يخرج به تمليك الأعيان كالبيع والهبة. ويخرج باشتراط العوض العارية ، وباقي القيود شروطه. والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع. أمّا الكتاب : فقوله تعالى «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» ^(١) وقال «لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا» ^(٢) وقال «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ» ^(٣) فأخبر بوقوع الإجارة. وأمّا السنّة : فروى أبو هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال : أعط الأجير أجرته

(١) الطلاق : ٦ .

(٢) الكهف : ٧٧ .

(٣) القصص : ٢٧ .

قبل أن يجفّ عرقه ^(١) وروى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة عنه عليه السّلام : من استأجر أجيرا فليعلمه أجره ^(٢) وروى ابن عمر ان النبي صلّى الله عليه وآله قال : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، ورجل أعطاني صفقته ثمّ غدر ^(٣).

وفعله الصحابة ، فعليّ عليه السّلام آجر نفسه من يهودي ليستقي الماء كلّ دلو بتمرة وجمع التمرات وحمله إلى النبيّ صلّى الله عليه وآله ^(٤).

وروى محمد بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام قال : سألته عن الإجارة؟ قال : صالح لا بأس بها إذا نصح قدر طاقته ، وقد آجر نفسه موسى بن عمران واشترط فقال : ان شئت ثمانيا وإن عسرا ، فانزل الله الآية ^(٥).

والتعرض للتكسب بالتجارة أفضل منها ، روى محمد بن عمرو بن أبي المقدام عن عمار الساباطي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السّلام : الرجل يتجر وإن هو آجر نفسه أعطي أكثر ممّا يصيب في تجارته ، قال : لا يؤاجر نفسه ولكن يسترزق الله عزّ وجلّ ويتجر ، فان من آجر نفسه فقد حظّر على نفسه الرزق ^(٦).

(١) سنن الكبرى للبيهقي : ج ٦ باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة ص ١٢٠ س ٢٢.

(٢) سنن الكبرى للبيهقي : ج ٦ باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة ص ١٢٠ س ٩ فعن أبي هريرة كما في المتن ولفظ ما عن أبي سعيد الخدري هكذا : نهي عن استئجار الأجير ، يعني حتى يبين له أجره.

(٣) صحيح البخاري : ج ٣ باب في الإجارة : باب ٤١ من منع أجر الأجير . وسنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب الرهون (٤) باب أجر الاجراء الحديث ٢٤٤٢.

(٤) سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب الرهون (٦) باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدة الحديث ٢٤٤٦.

(٥) الفروع : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب كراهية إجارة الرجل نفسه ص ٩٠ الحديث ٢.

(٦) الفروع : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب كراهية إجارة الرجل نفسه ص ٩٠ الحديث ٣.

وتنفسح بالتقابل ، ولا تبطل بالبيع ولا بالعتق. وهل تبطل بالموت؟ قال الشيخان : نعم ، وقال المرتضى : لا تبطل ، وهو أشبه.

وأما الإجماع : فمن عامة المسلمين.

قال طاب ثراه : وهل تبطل بالموت؟ قال الشيخان : نعم ، وقال المرتضى : لا يبطل ، وهو أشبه.

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

(أ) البطلان بالموت من أيّهما اتفق قاله الشيخان ^(١) وسالار ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤).

(ب) عدم البطلان من أيّهما كان قاله السيد ^(٥) وابن إدريس ^(٦) والتقى ^(٧) وهو ظاهر أبي علي ^(٨) واختاره المصنف التهذيب ^(٩) والعلامة ^(١٠).

(١) المقنعة ، باب الإجازات ، ص ٩٨ س ٢٠ قال : والموت يبطل الإجارة. وفي النهاية ، باب المزارعة والمساقاة ص ٤٤١ س ١٩ قال : ومتى مات المستأجر أو المؤجر بطلت الإجارة وفي باب الإجارة ص ٤٤٤ س ٤ قال : والموت يبطل الإجارة على ما بيناه.

(٢) المراسم ، ذكر أحكام الإجازات ص ١٩٦ س ٦ قال : ولا يبطل الإجارة إلا بالموت.

(٣) المهذب : ج ١ كتاب الإجارة ، ص ٥٠١ س ١٩ قال : والموت يفسخ الإجارة.

(٤) الوسيلة ، باب في بيان الإجارة ص ٢٦٧ س ١٠ قال : وتبطل الإجارة بموت كليهما وموت أحدهما.

(٥) المختلف : كتاب الإجارة ص ٢ س ٣٠ قال : وقال أبو الصلاح لا يبطل الإجارة بالموت الى أن قال : وبه قال ابن إدريس ونقله عن السيد المرتضى الى أن قال : والوجه ما قال أبو الصلاح.

(٦) السرائر : باب المزارعة ، ص ٢٦٧ س ١١ قال : وقال الأكثرون المحصلون : لا يبطل الإجارة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر وهو الذي يقوى في نفسي وافي به.

(٧) الكافي : الإجارة ، ص ٣٤٨ س ١٨ قال : ولا تبطل الإجارة بالموت إلخ.

(٨) المختلف : كتاب الإجارة ص ٢ س ٣٠ قال : وقال ابن الجنيد : ولو مات المستأجر قام ورثته إلخ.

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٠) تقدم نقله آنفا.

(ج) بطلانها بموت المستأجر دون المجر ، نقله في الخلاف عن بعض الأصحاب ^(١) وفي المبسوط قال : وهو أظهر عندهم ^(٢) أي عند أصحابنا ، وقال القاضي : وعمل الأكثر من أصحابنا على أنّ موت المستأجر هو الذي يفسخها ، لا موت المجر ^(٣).

احتج الأولون بتعذر استيفاء المنفعة بالموت ، لأنه استحق استيفائها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفائها ، لعدم العقد على ملك الوارث. وكذا في طرف المستأجر على تقدير موته لا يمكن إيجاب الإجارة (الأجرة) من تركته ، لانتقالها بالموت إلى ورثته ، ولأنه ربما كان غرض المالك تخصيص المستأجر ، لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين ، وقد تعذر ذلك بالموت.

وأجيب بأن المستأجر قد ملك المنافع بالعقد ، وملكته عليه الأجرة كاملة ، فالمنتقل إلى ورثة المؤجر بالموت ليس إلا العين مسلوقة المنافع مدة الإجارة ، وإلى ورثة المستأجر ما عدا مال الإجارة ، لوجوبه في حياته للغير بعقد شرعي.

احتج العلامة ومن تابعه بوجوه :

(أ) إن الإجارة حق مالي ومنفعته موجودة يصح المعاوضة عليها ، وانتقالها بالميراث وشبهه ، فلا يبطل بموت صاحبها كغيرها من الحقوق ^(٤)

(١) الخلاف : كتاب الإجارة مسألة ٧ قال : وفي أصحابنا من قال : موت المستأجر يبطلها إلخ.

(٢) المبسوط : ج ٣ كتاب الإجازات ، ص ٢٢٤ س ١٨ قال : والأظهر عندهم أنّ موت المستأجر يبطلها إلخ.

(٣) المهذب : ج ١ كتاب الإجارة ص ٥٠١ س ٢٠ قال : وعمل الأكثر من أصحابنا على أنّ موت المستأجر هو الذي يفسخها.

(٤) المختلف : كتاب الإجارة ص ٣ س ١ قال : لنا أنه حق مالي ومنفعة مقصودة يصح المعاوضة عليها إلخ

وكل ما تصح إعارته تصح إجارته. وإجارة المشاع جائزة. والعين أمانة لا يضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها إلا مع تعد أو تفريط.

وشرائطها خمسة :

- (١) ان يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف.
- (٢) وأن تكون الأجرة معلومة ، كيلا أو وزنا ، وقيل : تكفي المشاهدة ، ولو كان ممّا يكال أو يوزن. وتملك الأجرة بنفس العقد معجلة مع الإطلاق أو اشتراط التعجيل ويصح تأجيلها بنحوها ، أو الى أجل واحد

ولقائل أن يقول : هذا مصادرة على المطلوب ، لأنّ المانع لا يسلم صحة انتقالها بالميراث لأنّ المنافع تتجدّد وتحدث في ملك الوارث.

(ب) انها عقد صحيح فيستصحب حكمه.

(ج) انه عقد ناقل بالإجماع ، وإذا اقتضى نقل المنفعة إلى المكثري والأجرة إلى المؤجر كان الأصل بقاءها على ملكه لا يزول عنه ويعود إلى من صارت عنه ألا بالدليل ، وليس في الشرع ما يدلّ على ذلك.

احتجّ الآخرون بما احتج به الأوّلون في الشق الثاني.

قال طاب ثراه : وأن تكون الأجرة معلومة كيلا أو وزنا. وقيل : تكفي المشاهدة.

أقول : قال الشيخ في المبسوط : مال الإجارة يصح أن يكون معلوماً بالمشاهدة ، وإن

لم يعلم قدره ^(١) وهو مذهب السيد ^(٢) وظاهر النهاية المنع ^(٣) وبه قال ابن

(١) المبسوط : ج ٣ كتاب الإجازات ص ٢٢٣ س ٧ قال : ومال الإجارة يصح ان يكون جزافا إلخ.

(٢) الجوامع الفقهية ، كتاب البيع من الناصريات ، المسألة الخامسة والسبعون والمائة ، ص ٢١٧ س ١٧ قال : ولم يشترط في الإجارة ان تكون الأجرة مضبوطة الصفات إلخ.

(٣) النهاية : باب الإجازات ص ١٦ قال : الإجارة لا تنعقد إلا بأجل معلوم ومال معلوم إلخ.

ولو استأجر من يحمل له متاعا إلى موضع في وقت معين بأجرة معينة ، فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئا معينا ، صح ما لم يحط بالأجرة.

(٣) وإن تكون المنفعة مملوكة للموخر ، أو لمن يؤجر عنه ، وللمستأجر أن يؤجر الآ أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه.

إدريس^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣) لتحقيق الجهالة ، إذ قد عهد في عرف الشرع أن المكيل والموزون إنما يصح المعاوضة عليهما بعد اعتبارهما بالكيل أو الوزن ، ولم يكتف في البيع لهما بالمشاهدة ، ولا علة لذلك سوى الجهالة ، فيمنع من الإجارة ، لأنها الغرر المفضي إلى التنازع المنهي عنه.

احتج الشيخ بأصالة الصحة ، وبانتفاء الغرر بحصول العلم بالمشاهدة. والأصل مدفوع بالبطلان الناشي من الجهالة المتحققة هنا.

قال طاب ثراه : ولو استأجر من يحمل له متاعا الى موضع في وقت معين ، فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئا معينا ، صح ما لم يحط بالأجرة.

أقول : هذا هو المشهور في كتب أصحابنا ، وتوضيحه ما رواه محمد الحلبي في الموثق قال : كنت قاعدا عند قاض وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس ، فأتاه رجلان ، فقال أحدهما : أي تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعا إلى بعض المعادن واشترطت أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا ، لأنها سوق أتخوف أن يفوتني ، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكر ، لكل يوم احتبسه كذا وكذا ، وأنه قد

(١) السرائر : باب الإجازات ص ٢٧٠ س ١ قال : فأما مال الإجارة التي هي الأجرة فالأظهر من المذهب أنه لا يجوز إلا أن يكون معلوما ولا تصح ولا تنعقد الإجارة إذا كان مجهولا جزافا إلخ.

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٣) التذكرة : ج ٢ كتاب الإجارة ص ٢٩١ س ٣٣ قال : مسألة يشترط في الأجرة المالية إلى أن قال : وأن يكون معلوما لأنه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كضمن المبيع الى أن قال : إذا كانت الأجرة من المكيل أو الموزون إلخ.

حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوما ، فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفه كراه ، فلمّا قام الرجل أقبل اليّ أبو جعفر عليه السّلام فقال : شرطه هذا جائز ما لم يحطّ بجميع كراه ^(١) وفي صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام ، قال : سمعته يقول : كنت جالسا عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : إنّّي تكاريت هذا يواقي بي السوق يوم كذا وكذا ، وإنّه لم يفعل ، قال : ليس له كراء ، قال : فدعوته فقلت له : يا عبد الله ليس لك أن تأهب بحقه وقلت للأجير : ليس لك أن تأخذ كلّ الذي عليه اصطلاحا ، فترادّا بينكما ^(٢) وقال ابن إدريس : الأولى عندي أن العقد صحيح والشرط فاسد ، لأنّ الله تعالى قال «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ^(٣) وهذا عقد فيحتاج في فسخه إلى دليل ، وإلّا فالشرط إذا انضم الى عقد شرعي صحّ العقد وبطل الشرط إذا كان غير شرعي ^(٤) وقال أبو علي : إذا استأجره على أن يبلغ به خمسة أيام بخمسين درهما ، فان لم يبلغها كان موضوعا من الأجرة لكل يوم خمسة عشر درهما ، فبلغه إلى المكان في مدة لا يستغرق الحطيطة الأجرة ، جاز ، وإن استغرقت ، أو كان الشرط عليه إن تأخّر عن شرطه لم يكن له اجرة ، لكان الحكم في ذلك الصلح ، لا يسقط الأجرة كلّها ولا يأخذها جميعا ^(٥) وظاهر العلامة بطلان العقد ببطلان الشرط ووجوب اجرة المثل ^(٦).

(١) الفروع : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ ، ص ٢٩٠ الحديث ٥.

(٢) الفروع : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ ، ص ٢٩٠ الحديث ٤.

(٣) المائدة : ١.

(٤) السرائر : كتاب الإجازات ص ٢٧٢ س ٣٠ قال : والأولى عندي أنّ العقد صحيح والشرط باطل إلخ.

(٥) المختلف : في الإجارة ، ص ٥ س ١٠ قال : وقال ابن الجنيد : ولو استأجر على أن يبلغ به إلخ ثمّ قال بعد تزييف قول ابن إدريس : وحينئذ يجب أجرة المثل.

(٦) المختلف : في الإجارة ، ص ٥ س ١٠ قال : وقال ابن الجنيد : ولو استأجر على أن يبلغ به إلخ ثمّ قال بعد تزييف قول ابن إدريس : وحينئذ يجب أجرة المثل.

(٤) وأن تكون المنفعة مقدّرة بنفسها ، كخياطة الثوب المعين ، أو بالمدة المعيّنة كسكنى الدار وتملك المنفعة بالعقد. وإذا مضت مدّة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر ، استقرت الأجرة ولو لم ينتفع. وإذا عيّن جهة الانتفاع لم يتعدها المستأجر ، ويضمن مع التعدي. ولو

فالحاصل : أنّ هنا أربعة أقوال :

(أ) صحة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأجرة ، فيجب اجرة المثل ، قاله الشيخ في النهاية واختاره ^(١) وافق به العلامة في المعتمد.
(ب) صحة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأجرة ، فيجب القضاء بالصلح ، قاله أبو علي ^(٢).

(ج) بطلان هذا الشرط وصحة العقد ، فيجب الأجرة بكما لها ، قاله ابن إدريس ^(٣).
(د) بطلانها معا ، فيجب اجرة المثل سواء أوصله في المعين أو غيره ، وسواء أحاطت بالأجرة أو لا اختاره العلامة ^(٤) وفخر المحققين ^(٥) لعدم اليقين والجزم في العقد. وهو مشكل لأنه اجتهد في مقابلة النص.

قال طاب ثراه : وإذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرت الأجرة وإن لم ينتفع.

(١) النهاية : باب الإجازات ، ص ٤٤٨ س ١٥ قال : ومن أكثرى من غيره دابة على أن تحمل له متاعا الى ان قال : ولزمه اجرة المثل :

(٢) تقدما آنفا.

(٣) تقدما آنفا.

(٤) لم أعثر على هذا الفتوى منه قدس سرّه ولا حظ إيضاح الفوائد في شرح القواعد : في المطلب الثاني في العوض ج ٢ ص ٢٤٨ س ٢ قال : ولو استأجر لحمل متاع الى مكان في وقت معلوم إلخ وارتضاه فخر المحققين ولم يعلق عليه شيئا.

(٥) لم أعثر على هذا الفتوى منه قدس سرّه ولا حظ إيضاح الفوائد في شرح القواعد : في المطلب الثاني في العوض ج ٢ ص ٢٤٨ س ٢ قال : ولو استأجر لحمل متاع الى مكان في وقت معلوم إلخ وارتضاه فخر المحققين ولم يعلق عليه شيئا.

تلفت العين قبل القبض أو امتنع الموَجَر من التسليم مدة الإجارة بطلت الإجارة. ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان الدَّرك على الظالم. ولو انهدم المسكن تخيَّر المستأجر في الفسخ وله إلزام المالك بإصلاحه. ولا يسقط مال الإجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر.

(٥) وإن تكون المنفعة مباحة ، فلو آجره ليحمل الخمر ، وليعمله الغناء لم تنعقد. ولا تصح اجارة الآبق. ولا يضمن صاحب الحمام الثياب إلا أن يودع فيفرط. ولو تنازعا في الاستئجار فالقول قول المنكر مع يمينه. ولو اختلفا في ردّ العين فالقول قول المالك مع يمينه ، وكذا لو كان في قدر الشيء المستأجر ، ولو اختلفا في قدر الأجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه ، وكذا لو ادعى عليه التفريط. وثبتت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الإجارة. ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ،

أقول : هذا الكلام مجمل ويفتقر الى تفصيل وأشار إليه المصنف في الشرائع ولم يبيّنه ^(١) وقد سمعنا فيه مذاكرة أقوالا غير محصّلة لا نطول بإيرادها الكتاب ، لخلوّها عن الفائدة ، وأجود ما قيل فيه ما حكاه شيخنا قدّس الله روحه ورضي عنه.

قال : أنسب ما سمعت في هذا المعنى ما رأيته مكتوبا على نسخة قرئت على المصنف ، وصورته : أي إن كانت المنفعة معينة بالزمان لزمته الأجرة المعيّنة ، وإن لم يكن معيّنة يلزم في المدة الماضية أجرة المثل ، ولا يسقط المنفعة المقدّرة وتلزم الأجرة.

(١) الشرائع : كتاب الإجارة ، في شرائط الإجارة الرابع ، قال : وإذا سلّم العين المستأجرة ومضت مدة الى أن قال : وفيه تفصيل.

ولزمه في الزائد أجرة المثل. وإن اختلفا في قيمة الدابة أو أُرش نقصها فالقول قول الغارم ، وفي رواية القول قول المالك.

ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجرة ، ويجب إيفاءه عند فراغه ، ولا يعمل أجير الخاص لغير المستأجر.

قال طاب ثراه : ولو اختلفا في قيمة الدابة ، أو أرض نقصها فالقول قول الغارم ، وفي رواية قول المالك.

أقول : مختار المصنف هو مذهب ابن إدريس ^(١) واختاره العلامة ، وقال الشيخ في النهاية : القول قول المالك في الدابة ، وفي غيرها القول قول الغارم ^(٢) عملاً برواية أبي ولاد ^(٣)

(١) السرائر : في الإجازات ، ص ٢٧١ س ٢٣ قال : ومتى هلكت الدابة الى أن قال : فإن لم يكن له بينة كان القول قول الغارم.

(٢) المختلف : كتاب الإجارة ص ٤ س ١٩ قال بعد نقل قول ابن إدريس : وهو جيد.

(٣) النهاية : باب الإجازات ص ٤٤٦ س ٤ قال : ومتى هلكت الدابة الى أن قال : فإن اختلفا في الثمن كان على صاحبها البينة فإن لم تكن له بينة كان القول قوله مع يمينه الى أن قال : والحكم فيما سوى الدابة فيما يقع الحلف فيه إلخ.

(٤) الفروع : ج ٥ كتاب المعيشة ، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد ص ٢٩٠ الحديث ٦.

قد فرغت من كتابته وتصحيحه وتحشيطه صبيحة يوم السبت في الخامس من شهر صفر المظفر من شهر سنة ١٤٠٩ هـ. ق والحمد لله كلما حمده حامد والصلاة والسلام على نبيّه المصطفى وآله أولى الدراية والنهي بعدد أنفاس الخلائق.

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة

وهي تستدعي فصولاً :

(الأول) الوكالة ، عبارة عن الإيجاب والقبول الدالين على الاستنابة

كتاب الوكالة

مقدمة

الوكالة بكسر الواو وفتحها ، وهي استنابة في التصرف.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب : فعموم قوله تعالى «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ^(١) وقوله تعالى «**فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ**» ^(٢) أي أعطوه دراهمكم واقيموه في الشراء مقامكم ، وقوله تعالى «**فَلَمَّا جَاوَزَا قَالَ لِفَتَاهُ آتِنَا غَدَاءَنَا**» ^(٣) والعرب تسمى الوكيل والخادم فتى ، والمخاطب في الآية هو يوشع عليه السلام ، وليس خادماً ، فيكون وكيلاً. فدلّت الآيتان ونظائرهما على مشروعية الاستنابة في التصرف وهو معنى الوكالة.

(١) المائدة : ١ .

(٢) الكهف : ١٩ .

(٣) الكهف : ٦٢ .

وأما السنة : فروى جابر بن عبد الله أنه قال : أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلمت عليه وقلت له : إني أريد الخروج الى خيبر ، فقال : إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته ، فأثبت عليه السلام لنفسه وكيلاً ^(١) وفيه دلالة على جواز تسليم العين إلى غير المالك بالعلامة وإخبار الثقة. وروي أنه عليه السلام وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وكانت بالحبشة ^(٢) وكل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحرث الهلالية خالة عبد الله بن العباس ^(٣) وكل عروة بن الجعد البارقى في شراء شاة الأضحية ^(٤) وكل السعادة في قبض الصدقات ^(٥) وروي أن علياً عليه السلام وكل أخاه عقيلاً في مجلس أبي بكر أو عمر فقال : هذا أخي ، فما قضي عليه فعلي ، وما قضي له فلي ^(٦) وكل عبد الله بن جعفر في مجلس عثمان ^(٧).

وأما الإجماع ، فمن عامة المسلمين

- (١) السنن الكبرى للبيهقي : ج ٦ ص ٨٠ كتاب الوكالة ، باب التوكيل في المال وطلب الحقوق. وسنن الدار قطني ج ٤ ص ١٥٤ باب الوكالة ، الحديث ١.
- (٢) السنن الكبرى للبيهقي : ج ٧ ص ١٣٩ كتاب النكاح ، باب الوكالة في النكاح.
- (٣) التذكرة : ج ٢ في الوكالة ص ١١٣ س ٣٥ قال : وكل أبا رافع في نكاح ميمونة ، ولم أعثر فيما بأيدينا من كتب الحديث والرجال من العامة والخاصة على غيره.
- (٤) عوالي اللئالي : ج ٣ ، باب الوكالة ص ٢٥٧ الحديث ٤ و ٥ ولا حظ ما علق عليه.
- (٥) عوالي اللئالي : ج ٣ ، باب الوكالة ص ٢٥٧ الحديث ٤ و ٥ ولا حظ ما علق عليه.
- (٦) السنن الكبرى للبيهقي : ج ٦ ص ٨١ كتاب الوكالة ، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة ، ولفظ الحديث «كان على بن أبي طالب عليه السلام يكره الخصومة ، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيلاً بن أبي طالب».
- (٧) السنن الكبرى للبيهقي : ج ٦ ص ٨١ كتاب الوكالة ، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة ، ولفظ الحديث «عن رجل من أهل المدينة يقال له جهم عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة فقال : ان للخصومة أهلاً».

في التصرف ، ولا حكم لوكالة المتبرع.

ومن شرطها أن تقع منجزة ، فلا يصح معلقة على شرط ولا صفة. ويجوز تنجيزها وتأخير التصرف إلى مدة وليست لازمة لأحدهما. ولا ينعزل ما لم يعلم العزل وإن أشهد بالعزل على الأصح ، وتصرفه قبل العلم ماض

قال طاب ثراه : ولا حكم لوكالة المتبرع.

أقول : هذه المسألة من خواص هذا الكتاب ، واختلف في تفسيرها على قولين :

(أ) ان تبرع إنسان فيوكل آخر عن زيد مثلا ، وتقبل الوكيل هذه الوكالة ، فيكون الوكالة هنا بمعنى التوكيل ، أي لا حكم لتوكيل المتبرع ، بل يقع باطلا. أو يكون معناه : أن الوكيل تبرع بقبولها فضوليا ، لعلمه بصدورها عن غير مالك ، فهو متبرع.

(ب) وبيانه موقوف على مقدمة.

وتقريرها ان الوكالة الصحيحة لها حکمان :

(أ) إمضاء التصرفات الصادرة من الوكيل عن الموكل.

(ب) استحقاق الوكيل عند فعل ما وُكل فيه أحد الأمرين ، إما الإجارة أو الجعل ، فالمتبرع بقبول الوكالة من غير اشتراط أحد الأمرين لا يستحق أحدهما ، فقله : لا حكم لوكالة المتبرع ، يريد به الحكم الثاني الذي هو الاستحقاق ، لا الأول. ولا نعني بقولنا : من غير اشتراط أحد الأمرين ، أن لا يشترط العوض لفظا ، بل أعم من اللفظ والنية إذا كان العمل ممّا له اجرة بالعادة ، فإنه مع وقوعه بأمر المالك يستحق عليه اجرة المثل وان لم يشارطه ، بل التقدير انه فعله بنية التبرع ، أو كان الفعل ممّا لا يستأجر له بمجرى العادة كبرية القلم ، فاذا لم يذكر العوض لفظا لم يمكن له أجر وان نواه لتبرعه بقبولها ، والتعبير الأول أوجه.

قال طاب ثراه : ولا ينعزل ما لم يعلم العزل وان أشهد على الأصح.

على الموكل. وتبطل بالموت والجنون والإغماء وتلف ما يتعلق به. ولو باع الوكيل بضمن فأنكر الموكل الاذن بذلك القدر ، فالقول قول الموكل مع يمينه ، ثم تستعاد العين ان كانت موجودة ومثلها ان كانت مفقودة ، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل ، وكذا لو تعذر استعادتها.

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

(أ) عدم انعزاله إلا مع العلم ، وفعله ماض على الموكل قبل العلم وان تأخر عن العزل والإشهاد وهو قول أبي علي ^(١) وقواه في الخلاف ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة في الإرشاد ^(٤) وفخر المحققين ^(٥).

(ب) انعزاله بالعزل وإن لم تشهد وهو مذهب العلامة ^(٦) قال الشيخ في الخلاف : إذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة في غيبة الوكيل ، لأصحابنا فيه روايتان : إحداهما انه ينعزل في الحال وان لم يعلم الوكيل ، وكلّ تصرف تتصرف فيه الوكيل يكون باطلا ^(٧) قال العلامة : ولم نظفر بهذه الرواية ^(٨).

(١) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٨ س ٣٦ قال : فقال ابن الجنيّد : لا يصح عزل الموكل لوكيله إلا ان يعمل به بالعزل إلخ.

(٢) الخلاف : كتاب الوكالة ، مسألة ٣ قال : والثانية انه لا ينعزل حتى يعلم الوكيل ذلك إلخ.

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٤) الإرشاد : المقصد السابع في الوكالة ، المطلب الثاني في الاحكام قال : فلو عزله انعزل إن علم بالعزل ، وآلا فلا (مخطوط).

(٥) الإيضاح : ج ٢ ، في الفسخ ص ٣٥٣ س ٢٤ قال : والوجه عندي الأول ، أي قول ابن الجنيّد.

(٦) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٩ س ٢٢ قال : وقول الشيخ في النهاية لا بأس به لأنه توسط بين الأقوال.

(٧) الخلاف : كتاب الوكالة ، مسألة ٣ قال : إذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة في غيبة من الوكيل فلأصحابنا فيه روايتان ، إحداهما أنّه ينعزل في الحال إلخ.

(٨) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٩ س ١٧ قال : ولم نظفر بالرواية الأخرى التي نقلها الشيخ في الخلاف

(ج) قال في النهاية : فليشهد على عزله علانية بمحضر من الوكيل ، أو يعلمه بذلك ، كما أشهد على وكالته وكل أمر ينفذه بعد ذلك كان ماضيا على موكله الى أن يعلم بعزله ^(١) ، وبه قال التقي ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) .

احتج الأولون بأمور :

(أ) النهي لا يتعلق به حكم في حق المنهي عنه إلا بعد علمه ، وكذا نواهي الشرع كلها ، ولهذا لما بلغ أهل قبا أنّ القبلة حوّلت إلى الكعبة ، داروا وبنوا على صلاحهم ولم يؤمروا بالإعادة ، وكذلك نهي الموكل وكيله عن التصرف ينبغي أن لا يتعلق به حكم في حق الوكيل إلا بعد العلم ، وهذا الدليل ذكره في الخلاف ^(٦) .

(ب) رواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام ^(٧) وفي معناها رواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام : أنّ من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلم بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها ^(٨) ومثلها

(١) النهاية : باب الوكالات ، ص ٣١٨ س ١٢ قال : وإن عزله ولم يشهد على عزله الى أن قال : كان ماضيا على موكله الى أن يعلم بعزله .

(٢) الكافي : فصل في الوكالة ص ٣٣٨ س ٩ قال : وكان ما يفعله الوكيل ماضيا حتى يعلم العزل .

(٣) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٩ ، س ٢ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وبهذا القول قال أبو الصلاح وابن البراج .

(٤) الوسيلة : فصل في بيان الوكالة ص ٢٨٣ س ٥ قال : وإذا عزله لم يعزل إلا بالإعلام إلخ .

(٥) السرائر : باب الوكالة ، ص ١٧٦ س ١٩ قال : وإن عزله ولم يشهد الى أن قال : وكل أمر ينفذه بعد ذلك كان ماضيا إلخ .

(٦) الخلاف : كتاب الوكالة ، مسألة ٣ قال : إنّ النهي لا يتعلق به حكم في حق المنهي إلا بعد حصول العلم به إلخ .

(٧) الفقيه : ج ٣ (٣٧) باب الوكالة ، ص ٤٩ الحديث ٥ .

(٨) الفقيه : ج ٣ (٣٧) باب الوكالة ، ص ٤٧ الحديث ١ .

رواية العلاء بن سيابة عنه عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام قضى بذلك ^(١) قال العلامة في المختلف : فاذا الظاهر عدم عزل الوكيل إلا أن يعلم لهذه الروايات ^(٢)

(ج) لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف بتصرفات يتطرق الضرر بطلانها كما لو باع الجارية فيطأها المشتري ، والطعام فيأكله أو غير ذلك ، فيتصرف فيه المشتري فيجب ضمانه ، فيتضرر المشتري والوكيل ، وهذا الوجه الثالث ذكره العلامة في المختلف ^(٣) ثم قال بعد هذا الكلام بلا فصل : والقول الآخر ليس بردي ، لأنّ الوكالة من العقود الجائزة فللموكل الفسخ وان لم يعلم الوكيل ، وآلا كانت لازمة حينئذ ، هذا خلف ، لأنّ العزل رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه ، فلا يفتقر الى علمه ، كالطلاق والعق ^(٤).

وفي هذا الكلام نظر ، لأننا نجيب عن الأول : سلّمنا أنّ الوكالة جائزة ، قوله «للموكل الفسخ» قلنا : جواز الفسخ مسلم ، لكن ترتّب أثر الفسخ عليه شرطه العلم ، ولم يحصل ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ، قوله «وآلا كانت لازمة» قلنا : قد تعرض اللزوم للجائز كالجعالة بعد شروع العامل في العمل ، فإنها تكون لازمة للجاعل إلا مع ذلك مقابل ما عمل مع اعلامه ، وأمثاله في الأحكام الشرعية كثير كحضور المسافر في مسجد الجمعة ، وشروع الإنسان في الحج المندوب ، وعن الثاني ، قوله «العزل رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعق» قلنا : نمنع المساواة ، فإنّ العق فك ملك وليس متعلّقاً بغير العاقد وليس كذلك العزل في الوكالة لتعلّقه بثالث ، ثم قال : وقول الشيخ في النهاية لا بأس به ، لأنّه

(١) الفقيه : ج ٣ (٣٧) باب الوكالة ، ص ٤٨ الحديث ٣ والحديث طويل.

(٢) المختلف : في الوكالة ص ١٥٩ س ١٨ قال فاذا الظاهر عدم عزل الوكيل لهذه الروايات ثم قال : ولأنّه لو انعزل قبل علمه إلخ.

(٣) المختلف : في الوكالة ص ١٥٩ س ٢٠ قال : والقول الآخر ليس بردي إلخ.

(الثاني) ما تصح فيه الوكالة. وهو كلّ فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معيّن كالبيع والنكاح ، وتصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الأصح. ويقتصر الوكيل على ما عيّنه الموكل ، ولو عمّم الوكالة صحّ إلا ما يقتضيه الإقرار.

(الثالث) الموكل ، ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف. ولا يوكل العبد إلا بإذن مولاه ، ولا الوكيل إلا أن يؤذن له. وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله. ويكره لذوي المروّات أن يتولّوا المنازعة بنفسهم.

توسط بين الأقوال ^(١) وهذا يدل على تردّده. ورجح في القواعد العزل ^(٢) وحزم به في كتاب فتواه.

قال طاب ثراه : يصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الأصح :

أقول : منع الشيخ في النهاية من توكيل الحاضر في الطلاق ^(٣) وبه قال النقي ^(٤) والقاضي ^(٥) واختاره ابن إدريس ^(٦) والمصنف ^(٧) والعلامة ^(٨) لوجوه :

- (١) المختلف : في الوكالة ص ١٥٩ س ٢٢ قال : وقول الشيخ في النهاية لا بأس به إلخ.
- (٢) القواعد : في الوكالة ، المطلب الخامس في الفسخ ، ص ٢٥٨ س ١٧ قال : وتبطل بعزل الوكيل نفسه ، وبعزل الموكل له سواء أعلمه العزل أولاً على رأي.
- (٣) النهاية : باب الوكالات ص ٣١٩ س ٩ قال : وإن كان شاهداً لم يحز طلاق الوكيل.
- (٤) الكافي : في الوكالة ص ٣٣٧ س ٧ قال : والوكالة في الطلاق جائزة كالنكاح بشرط غيبة أحد الزوجين إلخ.
- (٥) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٧ س ٣١ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وتبعه ابن البراج.
- (٦) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٤ س ٢٥ قال : والطلاق يصح التوكيل فيه سواء كان الموكل حاضراً أو غائبا بغير خلاف إلخ. ونقله أيضاً في ص ١٧٧ س ١٠ فلاحظ.
- (٧) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٨) المختلف : في الوكالة ص ١٥٧ س ٣٢ قال بعد نقل قول ابن إدريس : وهو الأقوى.

(الرابع) الوكيل ، ويشترط فيه كمال العقل. ويجوز أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها. والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم ، والذمي ، وللذمي على الذمي. وفي وكالته له على المسلم تردّد. والذمي يتوكل على

(أ) الأصل الصحة.

(ب) انه فعل يقبل النيابة ، فيصح دخولها فيه ، أمّا الأولى فلجوازه في الغائب ، وأمّا الثانية فكغيره من الافعال ، لعدم المانع الخاص بصورة النزاع الواجب لخروجها من القاعدة.
(ج) قال ابن إدريس : لا خلاف أنّ حال الشقاق وبعث الحكمين : أنّ الرجل إذا وكلّ الحكم الذي هو من أهله في الطلاق ، فطلق مضي طلاقه وجاز وان كان الموكل حاضرا في البلد ^(١).

احتج الشيخ برواية سماعة عن الصادق عليه السلام قال : لا يجوز الوكالة في الطلاق فحمل على ما إذا كان الموكل حاضرا في البلد ، والاخبار التي وردت لجواز التوكيل تحمل على الغيبة ^(٢).

والجواب ان الرواية ضعيفة السند ^(٣) مع قصورها عن إفادة المطلوب ، لأنها تدلّ على المنع مطلقا ، فما دلّ عليه لا يقول به ، وما ذهب اليه لا تدلّ الرواية عليه.
قال طاب ثراه : والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم ، والذمي ، وللذمي على الذمي ، وفي وكالته له على المسلم تردّد.

(١) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٧ س ٢١ قال : فلا خلاف بيننا معشر الإمامية أنّ حال الشقاق إلخ.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٦٦) باب الوكالة في الطلاق ص ٢٧٩ الحديث ٦ ثمّ قال بعد نقل الخبر : هذا الخبر محمول على انه إذا كان الرجل حاضرا إلخ.

(٣) سند الحديث كما في الاستبصار «محمّد بن يعقوب عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن على ، وحميد بن زياد عن ابن سماعة عن جعفر بن سماعة جميعا عن حماد بن عثمان عن زرارة»

الذمي للمسلم والذمي ، ولا يتوكل على مسلم. والوكيل أمين لا يضمن إلا مع تعدد أو تفريط.

(الخامس) في الأحكام ، وهي مسائل :

الاولى : لو أمره بالبيع حالا فباع مؤجلا ولو بزيادة ، لم تصح ووقف على الإجازة. وكذا لو أمره ببيعه مؤجلا بثمن فباع بأقل حالا ، ولو باع بمثله أو أكثر صح إلا أن يتعلق بالأجل غرض ، ولو أمره بالبيع في موضع فباع في غيره بذلك الثمن صح. ولا كذا لو أمره ببيعه من إنسان فباع من غيره فإنه يقف على الإجازة ولو باع بأزيد.

أقول : البحث هنا منحصر في ثمان مسائل ، لأنّ الوكيل لا يخلو أمّا أن يكون مسلما أو كافرا ، فإن كان مسلما فمسائله أربع :

(أ) أن يتوكل لمسلم على مسلم.

(ب) أن يتوكل لمسلم على ذمي.

(ج) أن يتوكل لذمي على ذمي.

وهذه الثلاثة إجماعي لا نزاع فيها.

(د) أن يوكل لذمي على مسلم. وهذه المسألة هي محل الخلاف ، وإليها أشار بقوله : وفي وكالته ، أي وكالة المسلم ، له ، أي للذمي على المسلم تردّد ، فظاهر الشيخ في النهاية والخلاف ^(١) و ^(٢) المنع ، وبه قال المفيد ^(٣).

(١) النهاية : باب الوكالات ص ٣١٧ س ١٧ قال : ولا يتوكل للذمي على المسلم إلخ.

(٢) الخلاف : كتاب الوكالة ، مسألة ١٥ قال : يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم الى أن قال : لآته لا دليل على جوازه.

(٣) المفنعة : باب الضمانات والكفالات والحوالات والوكالات ، ص ١٣٠ س ٣٢ قال : وللمسلم ان يتوكل للمسلمين على أهل الإسلام وأهل الذمة إلخ.

الثانية : إذا اختلفا في الوكالة ، فالقول قول المنكر مع يمينه. ولو اختلفا في العزل ، أو في الإعلام ، أو في التفريط ، فالقول قول الوكيل. وكذا لو اختلفا في التلف ولو اختلفا في الردّ فقولان : أحدهما : القول قول الموكل مع يمينه ، والثاني : القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل ، وهو أشبه.

وتلميذه سلالر ^(١) والتقي ^(٢) وذهب في المبسوط إلى الكراهة ^(٣) وبه قال ابن إدريس ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦) للأصل الدالّ على الجواز السالم عن معارضة إثبات السبيل للكافر على المسلم ، فيثبت الجواز. ولأنّ للذمي أهلية المطالبة بالحقوق واستيفائها من المسلمين فلئن يتولى ذلك المسلم من المسلم أولى.

وان كان ذميًا فمسائله أربع :

(أ) أن يتوكّل لمسلم على ذمي.

(ب) أن يتوكّل لذمي على ذمي ، ولا شك في جواز هذين القسمين.

(ج) أن يتوكّل لذمي على مسلم ، ولا شك في بطلان هذا القسم.

(د) أن يتوكّل لمسلم على مسلم ، ومنع منه أصحابنا لاستلزام السبيل.

قال طاب ثراه : ولو اختلفا في الردّ فقولان : أحدهما القول قول الموكل مع يمينه ، والثاني قول الوكيل ما لم يكن بجعل وهو أشبه.

أقول : في المسألة قولان :

(١) المراسم : ذكر أحكام الضمانات والكفالات والحوالات والوكالات ، ص ٢٠١ س ١١ قال : فأما الذمي فلا يتوكّل لأهل الذمة على أهل الإسلام.

(٢) الكافي : فصل في الوكالة وأحكامها ص ٣٣٨ س ٢ قال : ولا يتوكّل لكافر على مسلم.

(٣) المبسوط : ج ٢ ، كتاب الوكالة ص ٣٩٢ س ١٧ قال : يكره أن يتوكّل المسلم الكافر على مسلم إلخ

(٤) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٦ س ٧ قال : ويكره ان يتوكّل للذمي على المسلم.

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٦) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٨ س ٢٧ قال : والأقرب الجواز على كراهية.

(أ) القول قول المالك في عدم الردّ ، لأنّه الأصل ولقوله عليه السّلام على اليد ما أخذت حتى تؤدّي^(١) سواء كان يجعل أولا ، وهو قول ابن إدريس^(٢) وهو مذهب المصنف في الشرائع^(٣).

(ب) القول قول المالك ان كان يجعل ، وان لم يكن يجعل فالقول قول الوكيل لأنّه أمين قبض المال لمنفعة غيره دون منفعته كالمودع وهو قول الشيخ في المبسوط^(٤) وبه قال القاضي^(٥) والمصنف في النافع^(٦).

تنبيه

الامناء على ثلاثة أقسام :

(أ) من يقبل قوله في الردّ إجماعا ، وضابطه من قبض العين لنفع المالك ، وهو محسن محض ، فيقبل قوله في ردّها حذرا من مقابلة الإحسان بالإساءة ، كالمستودع ، واستشكله العلامة من حيث أنّ الأصل عدم الردّ^(٧) وجزم به في كتاب فتواه

(١) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٢٤ الحديث ١٠٦ وص ٣٨٩ الحديث ٢٢ وج ٢ ص ٣٤٥ الحديث ١٠ وج ٣ ص ٢٤٦ الحديث ٢ وص ٢٥١ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٥ س ١ قال : فالذين لا ضمان عليهم فهم الوكيل الى أن قال : والذي يقتضيه أصولنا أنّ المستام لا ضمان عليه إلخ.

(٣) الشرائع : في التنازع ، الثانية ، إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل إلى أن قال : وقيل : القول قول المالك وهو أشبه.

(٤) المبسوط : ج ٢ كتاب الوكالة ص ٣٧٢ س ١٢ قال : فان اختلفا في الردّ الى ان قال : فان كان وكيلا بغير جعل قبل قوله إلخ.

(٥) المختلف : في الوكالة ص ١٦٠ س ٢٦ قال بعد نقل قول المبسوط : وكذا قال ابن البراج.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٧) المختلف : في الوكالة ص ١٦٠ س ٢٨ قال : وفي الودعيّ إشكال.

الثالثة إذا زوجه مدعيا وكالته ، فأنكر الموكل الثالثة : إذا زوجه مدعيا وكالته ، فأنكر الموكل ، فالقول قول المنكر مع يمينه ، وعلى الوكيل مهرها ، وروي نصف مهرها لأنه ضييع حقها ، وعلى الزوج ان يطلقها إن كان وكل .

بموافقة الأصحاب .

(ب) مقابله ، وضابطه من قبض العين لنفعه ومصلحته كالمستعير والمستترهن والمستأجر .

(ج) من قبض العين ونفعها مشترك بين المالك والقابض كالمضارب والوكيل يجعل ، فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك ، ومن غلب جانب الأمانة اعتبر قول العامل .
قال طاب ثراه : إذا زوجه مدعيا وكالته ، فأنكر الموكل ، فالقول قول المنكر مع يمينه ، وعلى الوكيل مهرها ، وروي نصف مهرها ، لأنه ضييع حقها ، وعلى الزوج أن يطلقها إن كان وكل .

أقول : في المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : وجوب المهر كملا على الوكيل ، بوجوه ثلاثة :

(أ) انه ضييع حقها بترك الإشهاد على الوكالة ، فعليه ضمانها .

(ب) إنَّ المهر يجب كله بالعقد ، وانما ينتصف بالطلاق ، ولم يحصل .

(ج) إنَّه العار لها بالعقد عليها ومنع الأزواج منها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(١)

وتبعه القاضي ^(٢) واختاره العلامة في كتاب فتواه .

(١) النهاية : باب الوكالات ص ٣١٩ س ٣ قال : وان عقد له على التي أمره الى أن قال : لزم الوكيل أيضا مهر المرأة إلخ .

(٢) المختلف : في الوكالة ص ١٥٩ س ٢٥ قال بعد نقل قول النهاية : وبه قال ابن البراج .

.....
 الثاني : وجوب نصف المهر قاله الشيخ في المبسوط ^(١) واختاره ابن إدريس ^(٢) ثم قوى قول النهاية لأنها فرقه قبل الدخول فيكون كالطلاق ، ولرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام ^(٣).

الثالث : بطلان العقد في الظاهر ، ولا يجب على الوكيل شيء ، كالحكم في غير التزويج ، كما لو باع مثلاً ، فإنه يحكم ببطلان العقد مع يمين الموكل . وكما ينسب التفريط في عدم الإشهاد إلى الوكيل ، ينسب إلى المرأة ، إذا لحق لها ، فكان من حقها أن لا تجيب الى التزويج إلا من ثبت وكالته شرعاً ، وحينئذ يحكم ببطلان العقد في الظاهر ، كما يحكم ببطلان البيع ، ولا يغرم الوكيل شيئاً ، ويبقى الزوج فيما بينه وبين الله سبحانه إن كان صادقاً فلا شيء عليه ، وآلا وجب عليه الطلاق ودفع نصف المهر ، حكاه العلامة عن بعض الأصحاب وقواه في المختلف ^(٤).

فرع

المرأة إن لم تصدق الوكيل حلّ لها التزويج ، مع بطلان العقد في الظاهر ، وإن صدقته لم يتزوج ولا يجبر الموكل على الطلاق ، بل يفسخ الحاكم.

* * *

(١) المبسوط : ج ٢ ، كتاب الوكالة ص ٣٨٦ س ١٥ قال : إذا وكله في تزويج امرأة بعينها الى أن قال : يلزم الوكيل نصف مهرها.

(٢) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٧ س ٣ قال : فان عقد له على التي أمره بالعقد عليها الى أن قال : لزيم الوكيل نصف المهر ، ثم نقل قول الشيخ في النهاية وقال : وبهذا افق وعليه أعتمد.

(٣) الفقيه : ج ٣ ، باب الوكالة ، الحديث ٤ والحديث طويل.

(٤) المختلف : في الوكالة ص ١٥٩ س ٣٠ قال : وقال بعض علمائنا : إذا أنكر الموكل الوكالة إلخ.

تذنيبات

(أ) هل يصح الوكالة من أهل السهمان في قبض الزكاة؟ قال في المبسوط : نعم ^(١) واختاره العلامة ^(٢) وهو مذهب الشهيد ^(٣) ومنعه القاضي ^(٤) واختاره ابن إدريس ^(٥).

احتج الأولون : بالأصل ، وبأنه عمل مباح فتدخله النيابة ، أمّا إباحته فظاهرة ، وأمّا قبوله النيابة فيدلّ عليه وضع الشارع نصيباً للعامل . ويجب دفع الزكاة الى الإمام والساعي ، وتبرأ ذمة الدافع ، وان تلفت بعد ذلك منهما ، فكانا كالموكلين لأهل السهمان ، لأنهما لو كانا وكيلا المالك يغرم ثانياً كما يغرم لو تلفت من يده أو يد وكيله . فبراءة ذمته بتلفها منهما ، دلّ على أنّهما وكيلا أهل السهمان .

احتج ابن إدريس : بأن التوكيل حكم شرعي فيحتاج في إثباته إلى دليل شرعي ، ولا دلالة ، وأيضاً فإنّ الذمة مرتهنة بالزكاة ، فلا تبرأ إلّا بفعلها ، ولا خلاف في البراءة بتسليمها إلى مستحقها دون وكيله ، لأنّ الوكيل ليس هو من الثمانية الأصناف . ولأنّ الزكاة والخمس لا يستحقهما واحد بعينه ، ولا يملكهما أحد إلّا بعد قبضهما ، فالوكيل لا يستحق المطالبة ، وكلّ واحد من أهل الزكاة والخمس لا يستحق المطالبة بالمال ، لأنّ الإنسان مخير في وضعه فيه أو في غيره ، فلا يجبر على تسليمه إليه ^(٦) قال العلامة في المختلف : لا استبعاد في أن يقول الفقير : وكلّتك في قبض

(١) المبسوط : ج ٢ كتاب الوكالة ، ص ٣٦١ س ٢ قال : ويصح من أهل السهمان التوكيل في قبضها .

(٢) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٧ س ١٧ قال : مسألة تصح الوكالة من أهل السهمان في قبض الزكاة الى أن قال : وقال ابن البراج : لا تصح الوكالة في الزكاة إلّا في إخراجها ، الى أن قال : لنا أنّه عمل مباح يقبل النيابة إلخ .

(٣) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٧ س ١٧ قال : مسألة تصح الوكالة من أهل السهمان في قبض الزكاة الى أن قال : وقال ابن البراج : لا تصح الوكالة في الزكاة إلّا في إخراجها ، الى أن قال : لنا أنّه عمل مباح يقبل النيابة إلخ .

(٤) لم أعثر عليه صريحاً .

(٥) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٤ س ١٠ قال بعد نقل قول ابن البراج على المنع : وهو الذي يقوى في نفسي ، لأنّه لا دلالة عليه الى قوله : فلا يجبر على تسليمه إليه .

(٦) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٤ س ١٠ قال بعد نقل قول ابن البراج على المنع : وهو الذي يقوى في نفسي ، لأنّه لا دلالة عليه الى قوله : فلا يجبر على تسليمه إليه .

.....

ما يدفعه المالك إلى عن زكاته ، ولا يستلزم ذلك استحقاق المطالبة ، بل إذا اختار المالك ، الدفع الى ذلك الفقير ، جاز الدفع الى وكيله ^(١) ، وعندي في هذه المسألة توقف.

(ب) لا يجوز التوكيل في الطهارة مع الاختيار ويجوز مع الضرورة ، ويتولّى هو النية ، ويجوز أن يستعين في صب الماء على كراهية قاله الشيخ ^(٢) وهو المشهور بين الأصحاب ، ومنعه القاضي ^(٣).

(ج) هل يجوز التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد ، وبالجملّة اجارة المباحات ، بمعنى أن ما يحتطبه الوكيل يكون للموكل ، وكذا ما يصصده ، أولاً يجوز بمعنى انه يكون للوكيل بمجرد حيازته؟ قوى الشيخ المنع وأجاز التوكيل في إحياء الموات ^(٤) وتبعه ابن إدريس ^(٥). وفي الجمع بينهما نظر ، ومنشأ الخلاف أن تملك المباحات هل يحتاج الى نيته أم لا؟ فبعض ذهب الى الاحتياج ، لوقوع الإجماع بتملك الدرّة الموجودة في بطن السمكة ، إذ لو دخلت في الملك مع عدم النية لوجب ردّها على الصياد ، لأنه ملكها بمجرد الاستيلاء. وذهب بعضهم الى عدم الاحتياج

-
- (١) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٧ س ٢٦ قال : وأي استبعاد في أن يقول الفقير إلخ.
- (٢) المبسوط : ج ٢ كتاب الوكالة ، ص ٢٦٠ س ١٥ قال : أمّا الطهارة فلا يصح التوكيل فيهما وأما يستعين بغيره إلخ.
- (٣) المختلف : في الوكالة ، ص ١٥٧ س ٢٨ قال : وقال ابن البراج : وأما النيابة في صبّ الماء على المتطهر القادر على الطهارة إلخ.
- (٤) المبسوط : كتاب الوكالة ص ٣٦٣ س ٥ قال : وأما الجزية الى أن قال : وكذلك الاحتطاب والاحتشاش ، والأقوى ان لا يدخلها التوكيل. وقال في ص ٣٦٢ س ٢١ وكذلك يصح في إحياء الموات.
- (٥) السرائر : باب الوكالة ص ١٧٤ س ٣٤ قال : وأما الجزية والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فلا يدخل في ذلك النيابة والتوكيل.

إلى النية ، ولعلّ استناده الى قوله عليه السّلام من أحيا أرضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله ^(١) فحكم بالملك ولم يشترط النية. ولعلّ الأوّل أقوى. فمن اعتبر النية. أجاز التوكيل وحكم بالملك للموكل ، ومن لم يعتبر النية حكم بالملك للتوكيل بإثبات يده اليه وألغى الوكالة.

(د) هل يصح التوكيل في الإقرار؟ الأظهر ، لا ، وهو مذهب العلامة ^(٢) وفخر المحققين ^(٣) لأنّه اخبار عن حق يلزم المقرّ ، ولقوله عليه السّلام : إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ^(٤) واتّفق العلماء على أنّه يدلّ بمفهومه على عدم قبوله على الغير ، واتّفق الكلّ على أنّ دلالة المفهوم راجحة. وجوّزه الشيخ في المبسوط ^(٥) والخلاف ^(٦) وقال في المبسوط : ومن الناس من قال : لا يصحّ ثمّ اختلف القائلون بعدم الصحة فمنهم من قال : يكون توكيله واذنه في الإقرار منه ، لأنّه أخبر عن حق عليه لخصمه ، وقال غيره : لا يكون إقرارا ، لأنّ التوكيل في الشيء لا يكون إثباتا لنفس ذلك الشيء ، كالتوكيل في البيع لا يكون بيعا ، وكذلك الأمر بالأمر لا يكون أمرا.

والحق أنّه لا يكون إقرارا ، لأنّه إخبار وفي التوكيل يكون إنشاء ، واللفظ الواحد لا يستعمل فيهما في حالة واحدة ، لاحتمال الإخبار الصدق والكذب ، وليس كذلك الإنشاء.

(١) الفقيه : ج ٣ باب احياء الموات والأرضين ، الحديث ٢ وسنن أبي داود ج ٣ كتاب الخراج والإمارة والفقيه ، الحديث ٣٠٧٣ و ٣٠٧٤ بدون الجملة الأخيرة.

(٢) القواعد : الرابع متعلق الوكالة ص ٢٥٤ س ١٨ قال : وفي التوكيل على الإقرار إشكال إلخ.

(٣) الإيضاح : ج ٢ ، ص ٣٤٠ س ٧ قال بعد نقل عبارة القواعد : أقول : منشأ الاشكال إلخ.

(٤) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٢٣ الحديث ١٠٤ وج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٥ وج ٣ ص ٤٤٢ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.

(٥) المبسوط : كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٦٨ س ٢٤ قال : فاقمّا إذا أذن له في الإقرار عليه ووكله فيه فإنه يصح ذلك إلخ.

(٦) الخلاف : كتاب الوكالة ، مسألة ٥ قال : إذا أذن له في الإقرار عنه صحّ إقراره إلخ.

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

أما الوقف : فهو تحييس الأصل وإطلاق المنفعة.

ولفظه الصريح (وقفت) وما عداه يفتقر إلى القرينة الدالة على التأييد ، ويعتبر فيه القبض. ولو كان مصلحة كالقناطر ، أو موضع عبادة كالمساجد ، قبضه الناظر فيها. ولو كان على طفل قبضه الولي ، كالأب والجد للأب أو الوصي. ولو وقف عليه الأب أو الجد صح ، لأنه مقبوض بيده.

والنظر إما في الشروط أو اللواحق.

والشروط أربعة أقسام :

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

مقدمة

الوقف في اللغة الحبس.

وفي الشرع تحييس أصل ينتفع به مع بقاء عينه وتسييل منافعه ، والجمع وقوف وأوقاف ، ولا يقال : أوقفت إلا شاذاً ، ويقال : حبست وأحبست. ومقتضاه زوال الملك عن المالك وتسييل المنفعة على الموقوف عليه.

وسمي الوقف وقفاً ، لاشتماله على وقف المال على الجهة المعينة وقطع سائر الجهات والتصرفات عنه.

والأصل فيه : الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب : فعموم قوله «وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ» ^(١) «وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنْفُسِكُمْ» ^(٢).

وأما السنة : فكثير ، مثل قوله عليه السلام : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة ، ولد صالح يدعو له وعلم ينتفع به بعد موته ، وصدقة جارية ^(٣) قال العلماء : المراد بالصدقة الجارية ، الوقف : وقال الصادق عليه السلام : ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال ، صدقة أجراها في حياته ، فهي تجري بعد موته الى يوم القيامة ، وصدقة موقوفة لا يورث ، أو سنة هدى سنّها فكان يعمل بها ، وعمل بها من بعده غيره ، أو ولد صالح يستغفر له ^(٤) وعنه عليه السلام : ستة تلحق المؤمن بعد وفاته. ولد يستغفر له ، ومصحف يخلفه ، وغرس يغرسه ، وبئر تحفره وصدقة تجريها ، وسنة يؤخذ بها من بعده ^(٥).

ووقفت فاطمة عليها السلام حوائطها بالمدينة ^(٦).

(١) الحج : ٧٧.

(٢) البقرة : ٢٧٢.

(٣) الجامع الصغير للسيوطي حرف الهمزة ، نقلاً عن البخاري وصحيح مسلم ، وفي عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٢٦٠ الحديث ١.

(٤) الفروع : ج ٧ ، كتاب الوصايا باب ما يلحق الميت بعد موته ، ص ٥٦ الحديث ٢ مع اختلاف يسير في بعض الكلمات.

(٥) الفروع : ج ٧ ، كتاب الوصايا ، باب ما يلحق الميت بعد موته ، ص ٥٧ الحديث ٥ وفيه «وقليب يحفره» بدل «وبئر يحفره».

(٦) الفروع : ج ٧ ، كتاب الوصايا ، باب صدقات النبي صلى الله عليه وآله وفاطمة والأئمة عليهم السلام ص ٤٨ الحديث ٥.

وأما الإجماع : فمن الإمامية لا يختلفون في مشروعية ، وإن اختلفوا في مسائله «واشتهر اتفاق الصحابة عليه قولاً وفعلاً ، وقال جابر : لم يكن أحد من الصحابة ذو مقدرة إلا وقف وقفاً» (١) (٢).

تذنيب

أوقاف الجاهلية باطلة ، وهي أربعة :
 (أ) السائبة ، وهي التي تلد ثلاث بطون كلها إناث ، فتسيب ، ولا يركب ولا يحلب إلا لضيف (٣).
 (ب) البحيرة ، وهي ولد السائبة الذي يجيء به في بطن الحادي عشر ، فإن كان أنثى فهي البحيرة ، وسميت ؟ لأنهم كانوا يبحرون أذنفاً ، أي يشقونها ، والبحر الشق ، ومنه سمى البحر ، لأنه شق في الأرض.
 (ج) الوصيلة ، وهي الشاة التي تلد خمس بطون ، في كل بطن عناقان ، فإذا ولدت بطناً سادساً ذكراً أو أنثى ، قيل وصلت أخاه ، فما تلد بعد ذلك يكون حلالاً للذكور وحراماً على الإناث.
 (د) الحام ، وهو الفحل ينتج من صلبه عشر بطون ، فيسيب ، ويقال : حمى ظهره ، فلا يركب.

فهذه وقوف الجاهلية ، وجاء في الشرع بإبطالها ، وقال تعالى «**مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِيَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ**

(١) عوالي اللئالي : ج ٣ ، باب الوقف وما يتبعه ، ص ٢٦١ الحديث ٥.

(٢) بين الهالين ليس في نسخة (ألف) المصححة ، ولكنه موجود في نسخة (ب).

(٣) ما أفاده قدس سره في معنى الكلمات إنما هو بعض ما اشتهر في ذلك ومن أراد التفصيل فليرجع الى تفسير مجمع البيان في تفسيره الآية (١٠٣) من سورة المائدة.

الأول ، في الوقف : ويشترط فيه التنجيز والدوام ، والإقباض وإخراجه عن نفسه. فلو كان إلى أمد كان حبسا. ولو جعله لمن ينقرض غالبا صحّ ، ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقا ، وقيل : ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه ، والأول مروي.

الكذب» ^(١) فأخبر سبحانه أنهم لم يشرع لهم ذلك ، وإنما هو بوضعهم واصطلاحهم ، كقوله تعالى «إِنَّ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءُ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ» ^(٢).

وألفاظ الوقف سنة : وقفت ، وتصدقت ، وحبست ، وسبلت ، وحرمت ، وأبدت ، فوقفت صريح لا يفتقر معه إلى قرينة ، والبواقي كنايات يفتقر إلى قرينة كقوله : تصدقت بداري صدقة موقوفة ، أو محتبسة ، أو مسبلة وما ناسبه من الألفاظ الدالة على إرادة التأيد. قال طاب ثراه : ولو جعله لمن ينقرض غالبا صحّ ، ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقا ، وقيل : ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه ، والأول مروي.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : هل يصحّ هذا الوقف أم لا؟

فنقول : شرط الوقف التأيد ، فلو جعله على من ينقرض غالبا ولم يسقه بعد ذلك

إلى من لا ينقرض كالفقراء والمساجد والمشاهد ، هل يصح وقفا؟ قال الشيخان : نعم ^(٣)

(١) المائدة : ١٠٣.

(٢) النجم : ٢٣.

(٣) المقنعة : باب الوقوف والصدقات ، ص ١٠٠ س ١٩ قال : فان وقف إنسان شيئا على ولده الى أن قال : كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد راجعا ميراثا إلخ. والنهائية : باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ١٧ قال : ومتى وقف الإنسان شيئا الى أن قال : فمتى انقرض أرباب الوقف رجع الوقف إلى ورثة الواقف إلخ.

وبه قال القاضي ^(١) وأبو علي ^(٢) وسالار ^(٣) وابن إدريس ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦) وقال ابن حمزة : فإن علّق على من يصحّ انقراضه كان عمرى ، أو سكنى أو حبسا بلفظ الوقف ^(٧) «وحكى الشيخ القولين في كتاب الخلاف عن بعض أصحابنا» ^(٨) ^(٩).

احتج الأولون بوجوه :

(أ) الأصل الصحة.

(ب) أنّه نوع تمليك وصدقة فيتبع اختيار المالك في التخصيص كغير صورة النزاع.

(ج) إنّ تمليك الأخير ليس شرطا في تمليك الأول ، وإلاّ لزم محالان ، تقدّم المعلول

على العلة ، والدور ، لأنّ الوقف شرطه التنجيز ، ولا بدّ أن يكون له مقرّ في

(١) المهذب : ج ٢ ، كتاب الوقف ص ٩١ س ١٦ قال : فان وقفه على وجه من الوجوه في البر الى ان قال : ثمّ انقرض الموقوف عليهم راجعا إلى ذرية الواقف.

(٢) المختلف : في الوقف ص ٣٤ س ٢٢ قال : فلو وقف على من ينقرض الى أن قال : قال الشيخان وابن الجنيد يصحّ ثمّ قال : والوجه عندي الصحة.

(٣) المختلف : في الوقف ص ٣٤ س ٢٢ قال : فلو وقف على من ينقرض الى أن قال : قال الشيخان وابن الجنيد يصحّ ثمّ قال : والوجه عندي الصحة.

(٤) المراسم : ذكر أحكام الوقوف والصدقات ، ص ١٩٨ س ١٧ قال : وان أطلقه الى أن قال : كان إذا انقرضوا ميراثا.

(٥) السرائر : كتاب الوقوف والصدقات ، ص ٣٧٩ س ١٩ قال : ومتى وقف الإنسان شيئا الى أن قال : كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد ، راجعا ميراثا.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٧) الوسيلة : كتاب الوقوف والصدقات ، ص ٣٧٠ س ٣ قال : وان لا يعلق الوقف بوجه منقرض ، فان علق على وجه يصحّ كان عمرى إلخ.

(٨) بين الهالين ليس في نسختي (ألف) و (ب) ولكنه موجود في نسخة (ج).

(٩) الخلاف : كتاب الوقوف : مسألة ٩ وفيها نقل الخلاف في صحة هذا الوقف وعدم صحته.

الحال ، فتملك الأول شرط في تملك الثاني ، فلو انعكس لزم الدور .
واحتج الآخرون ، بأنّ الوقفية مقتضاه التأييد ، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول ، فلا يصحّ كما لو وقفه على مجهول في الابتداء .
وأجاب المسوغون ، بمنع الصغرى ، وبالفارق بين مجهول الابتداء وبين صورة النزاع ، فإنّ المصرف غير معلوم في الأوّل ، بخلافه في الثاني .
الثانية : هل يرجع هذا الوقف الى الواقف ، أو الى ورثة الموقوف عليهم ، أو الى وجوه البرّ؟ قيل فيه ثلاثة أقوال :
فبالأوّل قال الشيخ ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وسالار ^(٣) وهو اللازم من كلام ابن حمزة حيث جعله سكنى أو عمرى ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦) .
وبالثاني قال المفيد ^(٧) وابن إدريس ^(٨) .

-
- (١) النهاية : باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ١٧ قال : ومتى وقف الإنسان شيئاً الى أن قال : رجع الى ورثة الواقف .
(٢) المهذب : ج ٢ ص ٩١ س ١٦ قال : فان وقفه على وجه من الوجوه في البرّ الى أن قال : كان راجعاً الى ذرّة الواقف .
(٣) المراسم : ذكر احكام الوقوف ، ص ١٩٨ س ١٧ قال : فإن أطلقه الى أن قال : كان إذا انقرضوا ميراثاً لأقرب الناس إليه .
(٤) الوسيلة : كتاب الوقوف ، ص ٣٧٠ س ٣ قال : وان لا يعلق الوقف بوجه منقرض : فان علق كان عمرى أو رقبى أو سكنى الى ان قال فان عيّن بالأسماء وقال : على فلان وفلان وقصرّ عليه كان أعماراً بلفظ الوقف .
(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع .
(٦) المختلف : في الوقف ، ص ٣٤ س ٢٥ قال : بعد نقل الأقوال : والوجه عندي الصحة ، لنا أنّه نوع تمليك إلخ .
(٧) المقنعة : باب الوقوف والصدقات ، ص ١٠٠ س ١٩ قال : وإذا وقف إنسان شيئاً على ولده الى أن قال : كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد راجعاً ميراثاً على أقرب الناس من آخر المنقرضين من أرباب الوقف .
(٨) السرائر : كتاب الوقوف ص ٣٧٩ س ١٩ قال : ومتى وقف الإنسان شيئاً الى أن قال : كان متى

ولو شرط عوده عند الحاجة ، فقولان : أشبههما البطلان.
 الثاني ، في الموقوف : ويشترط أن يكون عينا مملوكة ينتفع بها مع بقائها ، انتفاعا
 محلاً. ويصح إقباضها ، مشاعة كانت أو مقسومة.

وبالثالث قال ابن زهرة ^(١).

احتج الأولون : بأنه في الحقيقة حبس ، لانقراض أربابه ، فلا يكون مؤبداً ، فيرجع
 الى ورثة الواقف لعدم خروجه عنه بالكلية. ولأنه إنما وقف على قوم بأعيانهم ، ولا يتخطى
 الى غيرهم ، لقول العسكري عليه السلام : الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله ^(٢).
 واحتج المفيد بان الوقف خرج عن الواقف ، فلا يعود اليه ، والموقوف عليه يملك
 الوقف ، فيورث عنه كغيره ، بخلاف البطن الأول فإنه وان ملك لا يورث عنه لعدم تمامية
 الملك في حقه ، لتعلق حق البطون به ، وليس بعد الأخير من يتعلق له حق بالوقف.
 وأجيب بالغ من كون الوقف مطلقا ناقلا ، بل المؤبد منه ، أمّا ما كان منه في حكم
 الحبس ، فلا ^(٣) قال العلامة في المختلف : ولا بأس بقول ابن زهرة ، لانتقال الوقف من
 الواقف وزوال ملكه عنه ^(٤).

قال طاب ثراه : ولو شرط عوده عند الحاجة ، فقولان : أشبههما البطلان.

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

(أ) صحة الوقف والشرط ، بمعنى أنه إن احتاج اليه ، ورجع فيه ، صار طلقا ،

انقضوا ميراثا على أقرب الناس من آخر المنقرضين.

(١) الجوامع الفقهية : كتاب الغنية ، في الوقف ، ص ٦٠٣ س ٢٠ قال : أو انقض أربابها جعل ذلك في وجوه
 البر إلخ.

(٢) الفقيه : ج ٤ ، باب الوقف والصدقة والنحل ، الحديث ١.

(٣) الاحتجاج والجواب منقول عن المختلف : ص ٣٥ من كتاب الوقف ، س ٣ فلاحظ.

(٤) المختلف : في الوقف ، ص ٣٥ س ٦ قال : ولا بأس بقول ابن زهرة إلخ.

وجاز له بيعه والتصرف فيه ، وإن لم يرجع ومات كان وقفا ، وهو ظاهر المفيد ^(١) والسيد ^(٢) وسالار ^(٣) واختاره العلامة ثانيا ^(٤).

(ب) صحة الشرط والعقد ، ويكون في الحقيقة حبسا ، فان رجع فيه مع الحاجة صار طلقا وورث عنه ، وكذا لو مات ولم يرجع ، قاله الشيخ في النهاية ^(٥) وتبعه القاضي ^(٦) وهو الذي رجحه العلامة في المختلف أولا ^(٧).

(ج) بطلان العقد ، لأنه خلاف مقتضاه ، لأن الوقف لا تباع ، قاله الشيخ في المبسوط ^(٨) ، وبه قال : أبو علي ^(٩) وابن حمزة ^(١٠) وابن

(١) المقنعة : باب الوقوف والصدقات ، ص ٩٩ س ٣٢ قال : ومتى شرط الواقف في الوقف انه ان احتاج اليه في حياته كان له بيعه إلخ.

(٢) الانتصار : مسائل شتى في الهبات والإجازات والوقوف ص ٢٢٦ س ١٣ قال : ومما انفردت به الإمامية القول : بأن من وقف وقفا ، جاز له أن يشترط إلخ.

(٣) المراسم : ذكر احكام الوقوف والصدقات ص ١٩٧ س ٨ قال : وان شرط رجوعه فيه عند فقره كان له ذلك.

(٤) المختلف : في الوقف ، ص ٣٢ س ٣٦ قال : وان لم يرجع ومات كان على حاله وهو الوجه عندي.

(٥) النهاية : باب الوقوف وأحكامها ، ص ٥٩٥ س ١٥ قال : ومتى شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه كان الشرط صحيحا إلخ.

(٦) المهذب : ج ٢ ، كتاب الوقف ، ص ٩٣ س ١١ قال : ومن وقف شيئا وشرط انه متى احتاج اليه كان له بيعه إلخ.

(٧) المختلف : في الوقف ، ص ٣٢ س ١٨ قال : والوجه عندي ما قاله الشيخ في النهاية.

(٨) المبسوط : ج ٢ ، كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٠٠ س ١ قال : وإذا وقف وقفا وشرط ان يبيعه اي وقت شاء كان الوقف باطلا إلخ.

(٩) المختلف : في الوقف ، ص ٣٢ س ١٨ قال : وقال ابن الجنيدي : إذا شرط الموقوف أن له الرجوع فيما وقف وبيعه لم يصح إلخ.

(١٠) الوسيلة : أحكام الوقف ، ص ٣٧٠ س ٩ قال : ولا يجوز الوقف على أربعة عشر الى أن قال : ولا

.....

إدريس^(١).

احتج الأولون بأصالة صحة العقد والشرط معا ، لقوله تعالى «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»^(٢) وقوله عليه السّلام : المؤمنون عند شروطهم^(٣) وما رواه محمد بن الحسن الصفار قال : كتبت الى أبي محمد العسكري عليه السّلام في الوقف ، فوقع عليه السّلام : الوقوف على حسب ما وقفها أهلها ان شاء الله^(٤). ولأنّ الوقف المشروط سائغ إجماعا ، فإذا زال الشرط الذي علّق عليه الوقف لم يكن ماضيا ، وإذا كان الوقف قابلا للشرط ، والموقوف عليه قابلا للنقل عنه الى غيره ، فأيّ مانع من خصوصية هذا الشرط.

احتج الشيخ على دعوى النهاية بما رواه : أنّ إسماعيل بن الفضيل سأل الصادق عليه السّلام عن الرجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه البرّ ، وقال : إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقّ به ، ترى ذلك له؟ وقد جعله الله ، أن يكون له في حياته ، فإذا هلك يرجع ميراثا ، أو يمضي صدقة؟ قال : يرجع ميراثا إلى أهله^(٥).

واحتجّ على قوله في المبسوط : بأنه شرط يناهض عقد الوقف ، فيبطل ، لتضمّنه شرطا فاسدا.

وأجاب الأولون. بالمنع من منافاة هذا الشرط للعقد ، وإنما يكون منافيا لو لم

المشروط بان يبيعه إلخ.

(١) السرائر : كتاب الوقوف والصدقات ، ص ٣٧٧ س ٢١ قال : ومنها أن لا يدخله شرط خيار الواقف في الرجوع فيه.

(٢) المائدة : ١ .

(٣) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٣٥ الحديث ٨٤ وص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ وج ٢ ص ٢٧٥ الحديث ٧ وج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧.

(٤) الفقيه : ج ٤ ، باب الوقف والصدقة والنحل ، الحديث ١ .

(٥) التهذيب : ج ٩ باب الوقوف والصدقات ، ص ١٣٥ الحديث ١٥ .

الثالث ، في الواقف : ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف ، وفي وقف من بلغ عشرة تردّد ، المروي جواز صدقته ، والأولى المنع ، ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الأشبه ، وإن أطلق فالنظر لأرباب الوقف.

يكن الوقف قابلا للمثل هذا الشرط ، وهو المتنازع.

قال طاب ثراه : وفي وقف من بلغ عشرة تردّد ، والمروي جواز صدقته ، والأولى المنع. أقول : سوّغ الشيخ وقفه في المعروف ^(١) وهو مذهب التقى ^(٢) وإبي علي ^(٣) ومنع سار ^(٤) وابن إدريس ^(٥) وعليه المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧).

قال طاب ثراه : ويجوز للواقف ان يجعل النظر لنفسه على الأشبه.

أقول : منع ابن إدريس من صحة هذا الشرط ، وأفسد به الوقف ، حيث عدّ من شرائط صحة الوقف أن لا يدخله شرط خيار الواقف في الرجوع ، وأن لا يتولاه هو بنفسه ^(٨) واختار المصنف والعلامة الجواز ^(٩) ^(١٠) وأدعى العلامة في المختلف :

(١) النهاية : كتاب الوصايا ، باب شرائط الوصية ص ٦١١ س ١٥ قال : وكذلك يجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشر سنين وهبته وعتقه إذا كان بالمعروف في وجه البرّ إلخ أقول : الظاهر أنّ تعبير المصنف قدس سرّه بقوله «سوّغ الشيخ وقفه بالمعروف» لأن الشيخ يرى ان الوقف صدقة ، لاحظ باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٦ س ٦ حيث قال : والوقف والصدقة شيء واحد ، ولم نجد في كتب الشيخ التصريح بصحة وقف من بلغ عشرة ، ولعل الله يحدث بعد ذلك أمرا.

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٧) لم أعثر على هذه المذاهب في الوقف إلّا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرة أو عدم صحته.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٨) السرائر : كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٧ س ٢١ قال : ولا أن يتولاه هو بنفسه.

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٠) المختلف : في الوقف ، ص ٣٤ س ٦ قال : لا خلاف في أنّ الواقف يجوز له أن يشترط في وقفه النظر لنفسه.

الرابع ، في الموقوف عليه : ويشترط وجوده وتعيينه ، وأن يكون ممن يملك ، وأن لا يكون الوقف عليه محرّماً فلو وقف على من سيوجد لم يصح ، ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صحّ ، والوقف على البرّ يصرف الى الفقراء ووجه القرب. ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس ، ولو وقف على ذلك الكافر صحّ ، وفيه وجه آخر. ولا يقف المسلم على الحرّ ولو كان رحماً ، ويقف على الذمي وإن كان أجنبياً. ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين ولو كان كافراً انصرف الى فقراء نحلته.

الإجماع ، حيث قال : لا خلاف أن الواقف يجوز له ان يشترط في وقفه النظر لنفسه في الوقف ، وأن يتولاه بنفسه من الاستنماء وخراج النماء إلى أربابه على حسب ما شرط في الوقف ، عملاً بالأصل ، وبقوله : المؤمنون عند شروطهم^(١) وقول العسكري عليه السلام : الوقف على حسب ما يوقفها أهلها^(٢).

قال طاب ثراه : ولو وقف على ذلك الكافر صحّ ، وفيه وجه آخر. أقول : قال المفيد : ان وقف مسلم شيئاً على عمارة بيعّة ، أو كنيسة ، أو بيت نار كان الوقف باطلاً ، وإذا وقف الذمي ذلك جاز^(٣) وهو ظاهر القاضي^(٤) والمصنف^(٥) وقال ابن الجنيّد : فأما ما وقفه أهل الشرك على الأماكن التي يشركون

(١) و (٢) تقدّم أنفاً.

(٣) المنعّة : باب الوقوف والصدقات ، ص ١٠٠ س ٦ قال : وان وقف مسلم شيئاً على عمارة بيعّة إلخ.

(٤) المذهب : ج ٢ ، تقسيم الوقف حسب الواقف ، ص ٩٢ س ٣ قال : فإن وقف المسلم شيئاً على البيع والكنائس ، أو شيء من بيوت عبادات الكفار على اختلافهم كان باطلاً.

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

والمسلمون من صلّى إلى القبلة ، والمؤمنون الاثنى عشرية ، وهم الإمامية ، وقيل :
مجتنبو الكبائر خاصة.

فيها بالعبادة بغير الله تعالى كبيوت النيران والأصنام ، والقرايين للشمس والكواكب ونحوها في أيّ أرض كانت تملك المسلمون الحكم فيها ، فإنّ ذلك غير ممضى ، ولأئمة الدين أن يصرفوا ثمرها وغلاتها إلى ما يصرفون إليه سهم الله في الغنائم ^(١) وفصل العلامة فقال : إن كانت بيوت عبادة الله كالبيع والكنائس صحّ الوقف ، وإن كانت بيوت عبادة لغير الله تعالى كبيوت الأصنام والنيران فإن الوقف باطل ، وحكمه حكم الأرض المفتوحة إذا فتحها المسلمون ، لأنّا أمرنا لإقرار أهل الذمة على عباداتهم ومواضع معتقداتهم ، فصحّ وقفهم عليها كما جاز لهم عمارتها ، بخلاف بيوت النيران ، فإنّها ليست مواضع عبادة الله تعالى ^(٢).

قال طاب ثراه : والمؤمنون الاثنى عشرية ، وهم الإمامية ، وقيل : مجتنبو الكبائر.

أقول : القول الأوّل مذهب الشيخ في التبيان ^(٣) وبه قال سلال ^(٤) وابن إدريس ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧).

(١) و (٢) المختلف : في الوقف ، ص ٣٧ س ٧ قال : وقال ابن الجنيد : وأما ما وقفه أهل الشرك على الأماكن إلخ. ثمّ قال بعد نقل قول ابن الجنيد : والمعتمد أن نقول : إن كانت بيوت عبادة الله صحّ الوقف كالبيع والكنائس إلخ.

(٣) قال في تفسيره لآية ١٧٢ من سورة البقرة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ الْخَلْقِ﴾ : هذا الخطاب يتوجه إلى جميع المؤمنين ، وقد بينا أن المؤمنين هو المصدق بما وجب عليه. ويدخل فيه الفسّاق إلخ.

(٤) المراسم : ذكر احكام الوقوف والصدقات ، ص ١٩٨ س ١٥ قال : وإن قال للإمامية فهو لمن قال بإمامة الاثنى عشر عليهم السّلام.

(٥) السرائر : كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٨ س ٣٧ قال : وإن وقفه على الإمامية خاصة كان فيمن قال بإمامة الاثنى عشر منهم.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٧) تحرير الأحكام : الفصل الرابع في شرائط الموقوف عليه ، ص ٢٨٦ (با) قال : إذا وقف على

والشيعة : الإمامية والجارودية ، من الزيدية من قال بإمامة زيد ، والفتحية من قال بالأفطح ، والإسماعيلية من قال بإسماعيل بن جعفر عليه السلام ، والناوسية من وقف على جعفر بن محمد عليهما السلام ، والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام ، والكيسانية من قال : بامامة محمد بن الحنفية.

والثاني مذهبه في النهاية ^(١) وبه قال المفيد ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤).

قال طاب ثراه : والشيعة الإمامية ، والجارودية من الزيدية ^(٥).

أقول : هذا هو المشهور بين أصحابنا ، وجزم به المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) عملا بعموم

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ^(٨) والوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ^(٩) وقال ابن

المؤمنين انصرف الى الاثني عشرية.

(١) النهاية : باب الوقوف وأحكامها ، ص ٥٩٧ س ٢٠ قال : فإن وقف على المؤمنين كان ذلك خاصا لمحتني الكبائر.

(٢) المنفعة : باب الوقوف ، ص ١٠٠ س ١٢ قال : فان وقفه على المؤمنين كان على محتني الكبائر من الشيعة الإمامية خاصة.

(٣) المذهب : ج ٢ ، باب الوقوف ، ص ٨٩ س ١٤ قال : فان وقفه على المؤمنين كان ذلك لمحتني الكبائر من أهل الحق والمعرفة.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان الوقف وأحكامه ص ٢٧١ س ٢ قال : وان عينهم بالايمان كان الظاهر العدالة من الإمامية.

(٥) اختلف النسخ من الأصل والشرح في ضبط هذه الجملة ، ففي بعضها (الجارودية والزيدية) وفي البعض الآخر كما أثبتناه والظاهر انه الصحيح ، وان كانت العبارة غير سلسلة.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٧) المختلف : في الوقف ، ص ٣٥ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس : والوجه الأول عملا بعموم اللفظ.

(٨) تقدما

(٩) تقدما

ولو وصفهم بنسبة الى عالم ، كان لمن دان بمقالته ، كالحنفية. ولو نسبهم إلى أب كان لمن انتسب إليه بالأبناء دون البنات على الخلاف كالعلوية والهاشمية ، ويتساوى فيه الذكور والإناث. وقومه أهل لغته ،

إدريس : ان كان الواقف من احدى فرق الزيدية حمل كلام العام على شاهد حاله ، وفحوى قوله ، وخصّص به ، وصرف في أهل نخلته دون من عداهم من سائر المنطوق به عملا بشاهد الحال ^(١) وما أحسن هذا القيد ، ألا ترى انه من المستبعد أن يتوقف المؤمن على احدى فرق الزيدية الذين هم أشدّ عداوة لأهل البيت وللشيعة من النواصب.

توضيح

الزيدية ثلاث فرق :

(أ) الجارودية ، أصحاب أبي الجارود ابن زياد بن منقذ العبدي. قال : إنّ النبي صلّى الله عليه وآله نصّ على عليّ عليه السّلام بالوصف دون التسمية.

(ب) أصحاب سليمان بن جرير. قالوا : إنّ البيعة طريق الإمامية ، واعترفوا بامامة ابي بكر وعمر اجتهادا ، ثمّ إنهم تارة يصوّبون ذلك الاجتهاد ، وتارة يخطئونه ، وقالوا : بكفر عثمان وعائشة وطلحة وزبير ومعاوية لقتالهم عليّا.

(ج) الصالحية ، أصحاب الحسن بن صالح ابن حيّ ، وكان فقيها ، وكان يثبت إمامة أبي بكر وعمر ، ويفضّل عليّا عليه السّلام على سائر الصحابة ، وتوقّف في عثمان لما سمع عنه من الفضائل تارة ومن الرذائل أخرى.

قال طاب ثراه : ولو نسبهم إلى أب كان لمن انتسب إليه بالأبناء دون البنات على الخلاف كالعلوية والهاشمية.

(١) السرائر : كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٨ س ٣٥ قال : فان كان الواقف إلخ.

وعشيرته الأدنون في نسبه. ويرجع في الجيران الى العرف ، وقيل : بمن يلي داره إلى أربعين ذراعا ، وقيل : إلى أربعين دارا ، وهو مطرح.

أقول : قد مرّ البحث في هذه المسألة في باب الخمس ، فليُنظر من هناك.
 قال طاب ثراه : ويرجع في الجيران إلى العرف ، وقيل : هو من يلي داره إلى أربعين ذراعا ، وقيل : أربعين دارا وهو مطرح.
 أقول : الأوّل مختار المصنف ^(١) وهو مذهب العلامة ^(٢) ووجهه حمل الإطلاق عند تعدّد الحقائق الشرعية عليه.
 والثاني مذهب الشيخين ^(٣) وتلميذيهما ^(٤) وابن حمزة ^(٥) وابن زهرة ^(٦) والتقي ^(٧).

- (١) لاحظ عبارة المختصر النافع.
 (٢) المختلف : في الوقف ، ص ٣٥ س ٢٧ قال : مسألة إذا وقف على جيرانه ، الى ان قال : والمعتمد العرف إلخ.
 (٣) المقنعة : باب الوقوف والصدقات ، ص ١٠٠ س ٤ قال : وإذا تصدق على جيرانه الى أن قال : كان مصروفا الى من يلي داره إلى أربعين ذراعا من أربعة جوانبها. وفي النهاية : باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ٤ قال : وإذا وقف الإنسان شيئا على جيرانه الى أن قال : كان مصروفا إلى أربعين ذراعا من أربع جوانبها.
 (٤) المراسم : ذكر احكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨ س ٣ قال : ومن وقف على الى أن قال : أربعين ذراعا ، والكافي ، ص ٣٢٦ س ١٥.
 (٥) الوسيلة : في بيان الوقف ، ص ٣٧١ س ١٠ قال : وجيرانه على الإطلاق إلى قوله : إلى أربعين ذراعا.
 (٦) الجوامع الفقهية : كتاب الغنية ، في الوقف ، ص ٦٠٣ س ١٩ قال : وإذا وقف على جيرانه الى قوله : أربعين ذراعا.
 (٧) الكافي : فصل في الصدقة ص ٣٢٦ س ١٥ قال : وان تصدّق على جيرانه الى أن قال : إلى أربعين ذراعا.

ولو وقف على مصلحة فبطلت ، قيل : يصرف الى البرّ.

والقطب الكيدري ^(١) ^(٢) واختاره ابن إدريس ^(٣).

وهل يدخل من هو على رأس الأربعين؟ يظهر من العلامة المنع ^(٤) وقال القاضي بدخوله ^(٥).

والثالث لبعض الأصحاب ، وهو متروك.

قال طاب ثراه : ولو وقف على مصلحة فبطلت ، قيل : تصرف الى البرّ.

أقول : هذا هو القول المشهور بين الأصحاب ، لأنّ الوقف في الحقيقة على المسلمين ، فمع تعذر خصوص المصرف المعين ، لا يبطل عمومهم ، لوجوب العمل بقصد الواقف ، وهو اجراء وقفه على ما يحصل به الثواب. وتردّد المصنف طلبا للدليل ، وأصالة بقاء الملك ، خرج عنه ما نصّ الواقف عليه ، فمع تعذره يرجع اليه مع وجوده ، ومع فقدّه إلى ورثته ، وهو نادر.

(١) هو أحد العلماء الأعلام والفقهاء المنقول عنهم فروع الاحكام ، تلميذ ابن حمزة صاحب الوسيلة والواسطة ، له كتاب الإصباح في الفقه ، وأقواله في الفقه مشهورة منقولة في المختلف وغاية المراد والمسالك وكشف اللثام (منتهى المقال : ج ٣ ص ٦٧ من الألقاب).

(٢) المختلف : في الوقف ، ص ٣٥ س ٢٨ قال بعد نقل مذهب الشيخين : وكذا قال : القطب الكيدري.

(٣) السرائر : كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٩ س ٧ قال : وإذا وقف الإنسان شيئا على جيرانه الى أن قال : من يلي داره إلخ.

(٤) فتواه فيما بأيدينا من كتبه سواء ، وهو الرجوع إلى العرف كما نقلناه آنفا عن المختلف ، فعلى هذا لا وجه لعنوان أنّ من كان على رأس الأربعين هل يشمل الوقف على الجيران أم لا ، نعم في التحرير بعد القول بالرجوع الى العرف قال : وقيل إلى أربعين دارا وهو جيد.

(٥) المهذب : ج ٢ ، تقسيم الوقف حسب الموقوف عليه ص ٩١ س ٥ قال بعد نقل أربعين ذراعا : ولم يكن لمن خرج عن هذا التحديد من الجيران في ذلك شيء.

ولو شرط إدخال من يوجد مع الموجود صحّ. ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصح إدخال غيرهم معهم ، أولاداً كانوا أو أجنب ، وهل له ذلك مع أصغر ولده؟ فيه خلاف ، والجواز مروىّ أما النقل عنهم فغير جائز

وأما اللواحق فمسائل :

الأولى : إذا وقف في سبيل الله ، انصرف الى القرب ، كالحج ، والجهاد ، والعمرة ، وبناء المساجد.

الثانية : إذا وقف على موالیه دخل الأعلون والأذنون.

الثالثة : إذا وقف على أولاده اشترك أولاده البنون والبنات الذكور والإناث بالسوية.

الرابعة : إذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره ، وكذا كل قبيل متبدد كالعلوية والهاشمية والتميمية ، ولا يجب تتبع من لم يحضره

قال طاب ثراه : وهل له ذلك مع أصغر ولده؟ فيه خلاف ، والجواز مروىّ.

أقول : القائل بالجواز هو الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وأطلق الأصحاب

المنع ، وهو مذهب المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤) لتحريم تغيير الوقف عن

(١) النهاية : باب الوقوف وأحكامها ، ص ٥٩٦ س ١٦ قال : فان وقف على ولده الموجودين الى أن قال : ثم رزق بعد ذلك أولاداً جاز أن يدخلهم معهم فيه.

(٢) المهذب : ج ٢ باب الوقوف والصدقات ص ٨٩ س ٣ قال : وإذا وقف إنسان على ولد له موجود ثم ولد له بعده غيره وأراد أن يدخله في الوقف مع الأول كان جائزاً.

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٤) المختلف : في الوقف ص ٣٤ س ١٥ قال : والحق إطلاق الأصحاب والمنع من إدخال من يولد إلخ.

الخامسة : لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه ، ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدى الى فساد على تردد.

السادسة : إطلاق الوقف يقتضي التسوية ، فإن فضل لزم.

السابعة : إذا وقف على الفقراء وكان منهم ، جاز أن يشركهم.

شرطه ، لأنه عقد لازم ، وإلا لم يكن لازماً ، ولما رواه جميل بن دراج قال : قلت لأبي . عبد الله عليه السلام : رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار ، إله أن يرجع فيها؟ قال : لا ، الصدقة لله ^(١).

احتجّ الشيخ برواية عبد الله بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدو له يجعل معهم غيرهم من ولده ، قال : لا بأس ^(٢).

قال طاب ثراه : ولا يجوز إخراج الوقف عن شرطه ، ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدى الى فساد على تردد.

أقول : البحث هنا يقع في مقامات :

الأول : إذا كان بيع الوقف أنفع لأربابه من بقاءه على حاله وأردّ عليهم ، هل يجوز بيعه أم لا؟ سوّغه المفيد رحمه الله ^(٣) ومنعه الباقر ، وهو الحق.

الثاني : إذا تعطل وآل الى الخراب بحيث لا يجدي نفعا ، أو كان بالموقوف عليهم حاجة شديدة الى بيعه هل يجوز بيعه أم لا؟ قيل فيه أربعة أقوال :

(١) التهذيب : ج ٩ ، باب الوقوف والصدقات ، ص ١٣٥ الحديث ١٧.

(٢) التهذيب : ج ٩ ، باب الوقوف والصدقات ، ص ١٣٥ الحديث ١٩.

(٣) المقنعة : باب الوقوف والصدقات ص ٩٩ س ٣٠ قال : والوقف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها الى أن قال : أو يكون تغير الشرط في الوقف الى غيره أردّ عليهم وانفع لهم من تركه على حاله الى أن قال : أو يحصل بحيث لا يجدي نفعا فلهم حينئذ الانتفاع بضمنه إلخ.

(أ) نعم مطلقا ، قاله السيد ^(١) والمفيد ^(٢) ويصرف ثمنه في مصالحهم. وكذا مع شدة ضرورتهم اليه ، وبمثله قال سلالر ^(٣) وقال ابن حمزة : ولا يجوز بيعه إلا بشرطين ، الخوف من خرابه ، أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به ^(٤).
(ب) المنع من بيعه مطلقا ، قاله ابن إدريس : سواء وقع فيه خلف أولا ، وسواء حرب أولا ، وعلى كل وجه وسبب ^(٥).

(ج) فصل القاضي ^(٦) والصدوق ^(٧) والتقي ^(٨) إذا كان الشيء وقفا على قوم ومن بعدهم على غيرهم ، وكان الواقف قد اشترط رجوعه الى غير ذلك الى أن يرث الله الأرض ومن عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه. وإذا كان وقفا على قوم مخصوصين وليس له فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه ، وحصل الخوف من هلاكه وإفساده ، أو كان بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أنفع لهم من

(١) الانتصار : مسائل شتى من الهبات والوقوف ، ص ٢٢٧ س ١٩ قال : فاما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعا الى أن قال : فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه إلخ.
(٢) تقدّم آنفا.

(٣) المراسم : ذكر احكام الوقوف ص ١٩٧ س ١٣ قال : وان تغير الحال في الوقف الى أن قال : جاز بيعه وصرف ثمنه فيما هو أنفع لهم.

(٤) الوسيلة : في بيان الوقف وأحكامه ، ص ٣٧٠ س ٧ قال : ولا يجوز بيعه إلا بأحد شرطين إلخ.
(٥) السرائر : كتاب الوقوف والصدقات ، ص ٣٧٦ س ١٩ قال فإذا أقبض الوقف فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك ولا التصرف فيه ببيع الى ان قال : فاما إذا كان الوقف الى ان قال : لم يجز بيعه على وجه من الوجوه إلخ.
(٦) المهذب : ج ٢ كتاب الوقف ص ٩٢ س ٨ قال : وإذا كان الشيء وقفا الى قوله : الى أن يرث الله لم يجز بيعه ، وان كان وقفا على قوم إلخ.

(٧) المختلف : في الوقف ، ص ٣١ س ٢٢ قال : قال الصدوق : إذا وقف على قوم دون عقبهم جاز البيع ، وان وقف ثم قال بعد أسطر : وفصل أبو الصلاح كما فصل ابن البراج.

(٨) المختلف : في الوقف ، ص ٣١ س ٢٢ قال : قال الصدوق : إذا وقف على قوم دون عقبهم جاز البيع ، وان وقف ثم قال بعد أسطر : وفصل أبو الصلاح كما فصل ابن البراج.

بقائه عليهم ، أو يخاف وقوع خلاف بينهم يؤدّي إلى إفساده ، فإنه يجوز بيعه حيثئذ وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم ، فان لم يحصل شيء من ذلك لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه.

(د) جواز بيعه إذا خيف خرابه ولم تتمكّن من عمارته ، أو مع خلف فيه بين أربابه يحصل باعتباره فساد لا يمكن استدراكه مع بقائه ، وهو قول المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) لأنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعذرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلًا للغرض منه. والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض ، كما لو عطل الهدى ذبح في الحال. وان احتص بموضع فلما تعذر المحل ترك مراعاة الخاص ، لتعذّره. ولما رواه علي بن مهزيار في الصحيح ، الى أن قال : وكتبت إليه (يعني الى أبي جعفر عليه السلام إنّ الرجل كتب ^(٣) إنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافًا شديدًا ، وانه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده ، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كلّ إنسان منهم ما كان وقف له من ذلك أمرته ، فكتب بخطه إلىّ ، وأعلمه أنّ رأيي له : إن كان قد علم الاختلاف بين أصحاب الوقف أنّ يبيع الوقف أمثل ، فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس ^(٤)).

احتجّ المانعون برواية علي بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك ، اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتي بألفي درهم ، فلما وقّرت المال خبرت

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف : في الوقف ، ص ٣١ س ٣٠ قال : والوجه انه يجوز بيعه مع خرابه وعدم التمكن من عمارته ، أو مع خوف فتنه بين أربابه إلخ.

(٣) في الفقيه : ج ٤ (١٢٨) باب الوقف والصدقة والنحل ، ص ١٧٨ الحديث ٩ وفيه ان الرجل ذكر إلخ ولعله أوصوب.

(٤) التهذيب : ج ٩ باب الوقوف والصدقات ص ١٣٠ قطعة من حديث ٤ وفيه كما في المتن ان الرجل كتب إلخ.

أَنَّ الأرض وقف ، فقال : لا يجوز شراء الوقف ، ولا تدخل الغلّة في مالك ، ادفعها إلى من أوقف عليه ، قلت : لا أعرف لها ربّاً قال : تصدّق بغلّتها ^(١) ولأنّ ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعها لا يجوز بيعه مع تعطيلها كالعتق.

والجواب لا دلالة في الرواية ، ونقول بموجبها ، فإنّ المقتضي لتسويق البيع هو الخراب أو وقوع فتنة بين أربابها ، والتقدير حصول غلة لها وعدم المعرفة بأربابها ، فانتفى المعنيان ، فلهذا نهى عليه السّلام عن شرائها ، والفرق بينه وبين العتق ظاهر ، فان العتق إخراج عن الملك بالكلية لله تعالى ، والوقف تمليك للموقوف عليه بطلب النفع منه.

وأما التقى فلعلّه عوّل على ما رواه جعفر بن حيّان قال : سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل وقف عليه ثمّ على قرابته من أبيه وقرابته من امه ، فللورثة أن تبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما خرج من الغلّة؟ قال : نعم ، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا ^(٢) فان مفهوم هذه الرواية عدم التأييد.

فالحاصل أن الأقوال خمسة :

(أ) بيعه إذا كان رادّاً عليهم قاله المفيد.

(ب) بيعه إذا كان بهم إليه ضرورة قاله السيد.

(ج) بيعه إذا خيف خرابه قاله المصنف.

(د) بيع غير المؤبّد منه قاله القاضي.

(هـ) المنع من بيعه مطلقاً قاله ابن إدريس.

الثالث : إذا بيع الوقف حيث يجوز ، إمّا من خوف الفتنة ، أو العطلة ما يصنع

بثمنه؟

(١) الفروع : ج ٧ باب ما يجوز من الوقف والصدقة ، ص ٣٧ الحديث ٣٥.

(٢) الفروع : ج ٧ باب ما يجوز من الوقف والصدقة ص ٣٥ قطعة من حديث ٢٩.

ومن اللواحق : مسائل السكنى والعمري

وهي تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض. وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعا مع بقاء الملك للمالك ، وتلزم لو عين المدة وان مات المالك. وكذا لو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك وتبطل

قال العلامة : الأقوى عندي أنه إن أمكن شراء شيء بالثمن يكون وقفا على أربابه كان أولى ، فإن اتفق مثل الوقف كان أولى ، والآجاز شراء مهما كان مما يصح وقفه ، وإن لم يكن صرف الثمن إلى البائعين يعملون به ما شاءوا ، لأن فيه جمعا بين التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام ، وبين النص الدال على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد ، وإذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب ، لأنه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه ، ومراعاة الخصوصية بالكلية يفضي الى فوات الغرض بأجمعه ، ولأن قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج البطون عن الاستحقاق بغير وجه ، مع أنهم يستحقون من الواقف كما يستحق البطن الأول ، وإن تعذر وجودهم حالة الوقف ^(١) ، وقال المرتضى ^(٢) والمفيد ^(٣) يبيعه الموجود ويتفنعون بثمنه.

مسائل السكنى والعمري

مقدمة : انتقال الملك الى الغير اما لازم أولا ، والثاني العارية ، والأول إما خروج

(١) المختلف : في الوقف ، ص ٣٢ س ٥ قال : والأقوى عندي انه إن أمكن إلخ.

(٢) الانتصار : مسائل شتى ، ص ٢٢٧ س ١٩ قال : فاما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعا الى قوله من جواز بيعه.

(٣) المنفعة : باب الوقوف والصدقات ص ٩٩ س ٣٤ قال : إلا ان يجرب الوقف الى أن قال : فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه.

بموت الساكن. ولو قال : حياة المالك لم تبطل بموت الساكن وانتقل ما كان له الى ورثته. وان أطلق ولم يعين مدة ولا عمرا تخير المالك في إخراجه مطلقا. ولو مات المالك . والحال هذه . كان المسكن ميراثا لورثته وبطلت السكنى. ويسكن الساكن معه من جرت العادة به ، كالولد والزوجة والخادم ، وليس له أن يسكن معه غيره إلا بإذن المالك. ولو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر. ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله ، والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة ، ويلزم ذلك ما دامت العين باقية.

العين عن المالك أولا ، والأول الوقف ، والثاني إما بعوض أولا والأول الإجارة ، والثاني العمرى.

ويترادف عليها أربعة ألفاظ ، السكنى ، والعمرى ، والرقبى ، والحبس. فاذا قرنت بالعمر من المالك أو الساكن ، قيل : عمرى. وإذا قرن بالإسكان قيل : سكنى. وإذا قرنت بمدة معينة ، قيل : رقبى ، أخذنا من ارتقاب المدة وانتظار خروجها ، وقيل : من رقبة المالك ، وقيل : الرقبى مختصة بالعبد ، والسكنى بالملك ، والحبس والحبس يطلق على الملك وعلى العبد والدابة والجارية إذا احتبست على رجل لتخدمه ، أو لخدمة بيوت العبادة. وحكم العمرى أجر المعمر على ما عين له ، من عمرة ، أو عمر المالك. وحكم السكنى ان قرنت بمدة ، إجراؤه عليها ، وان أطلق الإسكان ولم يعين وقتا كان له إخراجه متى شاء.

وهل يلزم بالقبض؟ قيل فيه : ثلاثة أقوال :

(أ) نعم مطلقا وعليه الأكثر.

(ب) لا مطلقا ، لأصالة بقاء المالك ، فهي كالعارية.

(ج) يلزم ان قرنت بالقربة ، والآ فلا.

بقي هنا شيء

وهو أنه إذا قال : أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك ، هل يرجع الى المالك بعد انقراض العقب؟ أو ينتقل الى المعمر؟ الأقوى رجوعها الى المالك ، لأصالة بقاء الملك ، وهو مذهب المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) وظاهر الشيخ في المبسوط ^(٣) كمذهب القاضي في المهذب بملكها المعمر ولا يرجع الى المالك ^(٤) لأنه أعطى عطاء يجري فيه الإرث وانما يورث المملوك. واحتج بما رواه جابر أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال : أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فإنما هي للذي يعطاها ولا يرجع للذي أعطاها ، فإنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث ^(٥).

فرع

والمشهور أنها إذا قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته إزعاج الساكن ، لانتقال المنافع انتقالا لازما ، فوجب إجراؤها على الشرط الذي وقع عليه العقد ، للخبر ^(٦) وقال أبو علي : إن كان قيمة الدار تقدير ثلث التركة أجري على

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) التذكرة : ج ٢ في أحكام السكنى والرقى ، ص ٤٤٩ س ٢ قال : وإذا قرنت بعمر المعمر وعقبه ، رجعت الى المالك أو الى ورثته.

(٣) المبسوط : ج ٣ ، في العمرى والرقى والسكنى ص ٣١٦ س ١٠ قال : فاذا قال : لك عمرى ولعقبك من بعدك ، ثم استدل برواية جابر ، وفي آخرها (فإنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث) ثم قال : وأما إذا أطلق إلى قوله : فاذا مات رجعت الى المعمر ففيه استظهار بملك المعمر لا المالك.

(٤) المهذب : ج ٢ ، باب السكنى والعمرى والرقى ، ص ١٠٠ س ١٥ قال : فاذا قال لغيره : إلخ والاستظهار بمثل ما في المبسوط.

(٥) سنن أبي داود : ج ٣ كتاب البيوع ، باب من قال فيه ولعقبه الحديث ٣٥٥٣.

(٦) المراد رواية جابر المتقدمة وغيرها من الروايات كرواية أبي الصباح الكناني في التهذيب ج ٩ في

وأما الصدقة : فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض ، ولا حكم لها ما لم تقبض بإذن المالك وتلزم بعد القبض وإن لم يعوّض عنها. ومفروضها محرم على بني هاشم إلا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة ، ولا بأس بالمندوبة. والصدقة سرّاً أفضل منها جهراً ، إلا أن يتهم.

وأما الهبة : فهي تملك العين تبرّعاً مجرداً عن القرية. ولا بد فيها من الإيجاب والقبول والقبض. ويشترط اذن الواهب في القبض. ولو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير لزم ، لأنه مقبوض بيد الولي. وهبة المشاع جائزة كالمقسوم. ولا يرجع في الهبة لأحد الوالدين بعد القبض ، وفي غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف.

ذلك ، وإن كانت أكثر من ثلث التركة كان لهم إزعاجه ^(١) ويظهر من هذا القول عدم لزومها.

قال طاب ثراه : ولا يرجع في الهبة لأحد الوالدين ^(٢) من بعد القبض ، وفي غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف.

أقول : أما هبة الأبوين والولد فلا يجوز له الرجوع فيها إجماعاً ، وأما باقي ذوي الأرحام فللشيخ قولان : الجواز ذكره في الكتابين ^(٣) والتهذيب ^(٤) وبه قال

الوقوف والصدقات الحديث ٣٥.

(١) المختلف : في السكنى ص ٥٠ س ١٤ قال : وقال ابن الجنيّد : إذا أراد ورثة المالك إخراج الساكن إلخ

(٢) في النسخ المخطوطة من المتن والشرح (الأبوين) بدل (الوالدين).

(٣) المبسوط : ج ٣ كتاب الهبات ص ٣٩ س ٢٢ قال : وعندنا أن الرجوع في هبة الزوج أو الزوجة مكروه. ولم أعثر فيه غير هذا ولعله من أن حكمهما حكم ذوي الأرحام كما سيأتي عن التذكرة. وفي الخلاف ، كتاب الهبة مسألة ١٢ قال : ويكره الرجوع في الهبة لذي رحم.

(٤) التهذيب : ج ٩ في الوقوف والصدقات ، الحديث ١٦ وباب النحل والعطية الحديث ٢٠ وفيه ألا

السيد^(١) وابن إدريس^(٢) وأبو علي^(٣) والمنع قاله في النهاية^(٤) وبه قال المفيد^(٥) وتلميذه^(٦) والقاضي^(٧) وهو مذهب العلامة^(٨) وهو ظاهر المصنف^(٩) وهو الحق لصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها حيزت أو لم تحر إلا لذي رحم فإنه لا يرجع فيها^(١٠).

لذي رحم فإنه لا يرجع فيها.

(١) الانتصار : مسائل شتى ، ص ٢٢٣ س ٧ قال : وزهبت الإمامية إلى انه يجوز (أي الرجوع) في المواضع كلها إلخ.

(٢) السرائر : باب الهبات والنحل ، ص ٣٨١ س ١٤ قال : فاما ذوا الرحم غير الولد الى أن قال : وبعض يذهب إلى أن له الرجوع بعد القبض ثم قال : وهو الذي يقوى في نفسي إلخ.

(٣) المختلف : كتاب الهبات وتوابعها ، ص ٢٧ س ٥ قال : والأول مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن إدريس إلخ.

(٤) النهاية : باب النحل والهبة ص ٦٠٢ س ٩ قال : فأما الذي ليس له فيه رجوع ، فهو كل هبة وهبتها الإنسان لذي رحمه.

(٥) المقنعة : باب النحل والهبة ، ص ١٠٠ س ٢٤ قال : أحدهما ماض لا رجوع فيه ، وهو الهبة لذي الرحم إلخ.

(٦) المراسم : ذكر أحكام الهبة ، ص ١٩٩ س ٨ قال : وهبة ذوي الأرحام على ضربين الى قوله : فالمقبوضة لا يجوز الرجوع فيها.

(٧) المهذب : ج ٢ ص ٩٨ أقسام الهدية س ١٥ قال : وثانيها : أن يكون السبب الداعي إليها المودة إلى قوله : والأفضل ترك الرجوع فيها.

(٨) المختلف : في الهبة ، ص ٢٧ س ٧ قال : والوجه عندي حيرة المفيد رحمه الله.

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٠) الفروع : ج ٧ باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة ، ص ٣١ ذيل حديث ٧.

ولو وهب أحد الزوجين الآخر ، ففي الرجوع تردّد ، أشبهه الكراهية. ويرجع في هبة الأجنبي ما دامت العين باقية ما لم يعوض عنها.

قال طاب ثراه : ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففي الرجوع تردّد ، أشبهه الكراهية.
أقول : ما اختاره المصنف هنا مذهب الشيخ ^(١) وابن إدريس ^(٢) ونقل الشيخ في الخلاف عن الأصحاب تحريم الرجوع ^(٣) واختاره العلامة في التذكرة ^(٤) وافق به فخر المحققين ^(٥).

احتج الأولون بصحيفة محمد بن مسلم المتقدمة ^(٦) فإنه حكم فيها بجواز الرجوع في حق غير ذي الرحم ، وهو عام ، وليس الزوج رحماً.
واحتج الآخرون بعموم رواية إبراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك ، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها ^(٧). وخصوص رواية زرارة الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام

-
- (١) النهاية : باب النحل والهبة ص ٦٠٣ س ٦ قال : ويكره أن يرجع الإنسان فيما يهبه لزوجته ، وكذلك إلخ.
(٢) السرائر : باب الهبات والنحل ، ص ٣٨١ س ١٩ قال : ويكره أن يرجع الإنسان فيما يهبه لزوجته ، وكذلك يكره للمرأة إلخ.
(٣) الخلاف : كتاب الهبة ، مسألة ١٢ قال : وقال : إذا وهب أحد الزوجين للآخر لم يكن للواهب الرجوع فيها ، وقد روى ذلك قوم من أصحابنا في الزوجين.
(٤) التذكرة : ج ٢ كتاب الهبة ص ٤١٨ س ٣٩ قال : وقال جماعة من علمائنا إن حكم الزوجين حكم ذوي الأرحام إلى قوله : وهو المعتمد.
(٥) الإيضاح : ج ٢ ، كتاب الوقوف والهبات ص ٤١٦ س ١٧ قال : وقيل : لا يجوز إلى قوله : وهو الأصح.
(٦) تقدّم آنفاً.
(٧) الاستبصار : ج ٤ كتاب الوقوف والصدقات ، باب الهبة المقبوضة ، الحديث ٢.

ومع التصرف قولان : أشبههما الجواز.

قال : ولا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته ، ولا المرأة فيما تهبه لزوجها حيزت أو لم تحز ،
أليس الله يقول «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا» ^(١). وقال «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ
عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» ^(٢) ^(٣) ، وهذا يشمل الصداق والهبة.
قال طاب ثراه : ومع التصرف قولان : أشبههما الجواز.

أقول : منع في النهاية من الرجوع ^(٤) وتبعه القاضي ^(٥) وابن إدريس ^(٦) واختاره
العلامة ^(٧) وقال سلالر : للواهب الرجوع فيما لم يعوض عنه ما دامت العين باقية ^(٨) وكذا
التقي ^(٩) واختاره المصنف ^(١٠) إلا أن أبا الصلاح منع في الرجوع في الهدية مع التصرف ^(١١).

(١) البقرة : ٢٢٩.

(٢) النساء : ٤.

(٣) الاستبصار : ج ٤ كتاب الوقوف والصدقات ، باب الهبة المقبوضة ، ذيل حديث ١٧.

(٤) النهاية : باب النحل والهبة ، ص ٦٠٣ س ٣ قال : أو تصرف فيها الموهوب له لم يكن أيضا للواهب
الرجوع فيها.

(٥) المهذب : ج ٢ ، أقسام الهدية ، ص ٩٩ س ١ قال : وله الرجوع فيها ما لم يكن المهدى اليه قد تصرف
فيها.

(٦) السرائر : باب الهبات والنحل ص ٣٨١ س ١٥ قال : وإذا وهب للأجنبي وقبضه إياه فللواهب الرجوع الى
قوله : أو يتصرف فيها.

(٧) المختلف : في الهبة ، ص ٢٨ س ٣٩ قال : والوجه الأول ، أي منع المالك من الرجوع مع التصرف.

(٨) المراسم : ذكر أحكام الهبة ، ص ١٩٩ س ١٥ قال : فما عوض عنه لا يجوز الرجوع فيه.

(٩) الكافي : في الهدية ، ص ٣٢٨ س ١٥ قال : وإذا عوض عنها وقبل المهدى العوض لم يكن له الرجوع فيها.

(١٠) لا حظ عبارة المختصر النافع.

(١١) الكافي : في الهدية ص ٣٢٨ س ١٠ قال : وله الرجوع فيها ما لم يتصرف فيها.

فروع

- (أ) التصرف المتلف لا رجوع معه إجماعاً.
- (ب) قسّم ابن حمزة التصرف إلى ما يحصل معه تغيير في العين ، أو إحداث شيء بها كقصر الثوب ، واتخاذ الباب والسرير من الشجر ، وهذا النوع من التصرف يمنع من الرجوع ، وإلى ما لا يحصل كالرهن والكتابة ، وهذا لا يمنع عنده ^(١) ويلزمه مثل ركوب الدابة وحلب البعير ، لعدم التغيير في العين ، وظاهر النهاية ^(٢) وابن إدريس يقتضي المنع ^(٣).
- (ج) التصرف المخرج عن الملك كالبيع يمنع من الرجوع ، وإن عاد إليه بملك مستأنف ، صرح به ابن حمزة ^(٤).
- (د) لو خلطه المتهب بماله خلطاً لا يتميز ، فالأقوى عدم الرجوع لتنزله منزلة الاستهلاك. ويحتمل جوازه ويقضى بالشركة مع علم المقدار ، وإلا الصلح.
- (هـ) القبض شرط في صحة الهبة ، فلا حكم لها قبله. ويتفرع عليه فروع.
- (أ) يشترط فيه إذن المالك ، ويكفي استدامة اليد من المتهب ، ومن يده بمنزلة يده كالأب ، ولا يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض ، خلافاً لأبي علي ^(٥).

(١) الوسيلة : في بيان الهبات ص ٢٧٩ س ١٣ قال : أو تصرف المتهب فيها بأن تكون شجرة فاتخذ منها باباً أو سريراً ، أو يكون ثوباً إلخ.

(٢) وذلك لأن الشيخ أطلق التصرف ، فقال : أو تصرف فيها الموهوب له النهاية : ص ٦٠٣ س ٤ فعلى هذا ركوب الدابة وحلب البعير تصرف يمنع الرد.

(٣) السرائر : باب الهبات والنحل ، ص ٣٨١ س ١٦ قال : أو يتصرف فيها ، فإطلاق التصرف يشمل ركوب الدابة وحلب البعير فيمنع الرد.

(٤) الوسيلة : في بيان الهبات ، ص ٢٧٩ س ٩ قال : فإن خرجت عن ملكه سقط رجوعه فيها وإن عادت إليه.

(٥) المختلف : في الهبة ص ٣٠ س ٢٠ قال : وقال ابن الجنيّد : ولو كان لرجل على غيره مال أو وديعة

.....

(ب) لو وهب صحيحاً ثمّ قبض مريضاً خرج من الثلث.

(ج) النماء قبل القبض للمالك ، والمؤنة عليه.

(د) لو مات أحدهما قبله بطلت.

(هـ) لو حجر على المالك قبله وقف القبض على إذن الوالي ، وإن كان للفلس

فالإذن من الغرماء ، وإن كان للجنون ، أو التبذير ، فمن الأب أو الجد له أو الحاكم ، وإنما

يصح منهما الإذن مع غبطة الهبة ، كما لو كان الموهوب عبداً كبيراً عاجزاً عن الكسب.

فقال له : قد وهبته لك فافترقا تمت الهبة ، والذي ذكره كان عليه أن يدفعه الى صاحبه ثمّ يسترده منه إلخ.

كتاب السبق والرماية

كتاب السبق والرماية

ومستندهما قوله عليه السّلام : لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر. ويدخل تحت النصل السهم والحراب والسيف. وتحت الخف الإبل. وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير. ولا يصح في غيرها. ويفتقر

كتاب السبق والرماية

مقدمة

السبق بسكون الباء ، المصدر. والمسابقة ، هي إجراء الخيل وشبهها في حلبة السباق ^(١) ليعلم الأجود منها والأفـرس من الرجال المتسابقين. وبتحريك الباء ، العوض ، وهو المال المجعول رهنا ، ويسمى الخطر ^(٢) ، والندب ، والعوض ، والرمي ، والمرامة. وهي المناصلة ^(٣) بالسهم لتعرف حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي.

(١) حلاب من أسماء خيل العرب السابقة. لسان العرب ج ١ ، لغة حلب.

(٢) الخطر بالتحريك ، السبق الذي يتراهن عليه ، مجمع البحرين لغة خطر.

(٣) النصل حديدة السهم والرمح والسكنى والسيف ما لم يكن له مقبض والجمع نصول ونصال . مجمع البحرين لغة نصل.

وفائدة المسابقة والمراعاة ، هو بعث العزم على القتال ، والهداية لممارسة النضال^(١).
والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع.
أما الكتاب : فقوله تعالى «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ
بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ»^(٢) وفي المسابقة «قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا»^(٣)
فأخبر بالمسابقة. ووجه الدلالة انه تعالى أمر بإعداد الرمي ورباط الخيل ، والإعداد انما يكون
بالتعليم ، وأتم ذلك بالمسابقة ، ليكد كل واحد نفسه في بلوغ الغاية والحدق فيه.
وأما السنة : فروى ابن أبي ذويب عن نافع بن أبي نافع عن أبي هريرة عن النبي صلى
الله عليه وآله وسلم قال : لا سبق إلا في نضل أو خف أو حافر^(٤) وروى (لا سبق)
بسكون الباء وتحريكها^(٥) وروى أبو لبيد قال : سألت أنس بن مالك هل كنتم تراهنون على
عهد رسول الله صلى الله عليه وآله؟ فقال : نعم ، راهن رسول الله صلى الله عليه وآله على
فرس له ، فسبق ، فسرّ بذلك وأعجبه^(٦) وروى الزهري عن سعيد بن المسيب قال : كان
لرسول الله صلى الله عليه وآله ناقة يقال لها العضباء^(٧) ، إذا تسابقنا سبقت ، فجاء أعرابي
على بكر^(٨) فسبقها ، فاغتم

(١) أصل المناضلة المراماة ، يقال : ناضله إذا راماه مجمع البحرين لغة نضل.

(٢) الأنفال : ٦٠.

(٣) يوسف : ١٧.

(٤) سنن أبي داود : ج ٣ ، كتاب الجهاد ، باب السبق ، الحديث ٢٥٧٤.

(٥) السبق بفتح الباء : ما يجعل من المال رهنا على المسابقة ، وبالسكون مصدر سبقت أسبق سبقا . النهاية
لابن الأثير.

(٦) مسند أحمد بن حنبل : ج ٣ ص ١٦٠ و ٢٥٦.

(٧) كان اسم ناقته العضباء ، هو علم لها من قولهم ناقة عضباء أي مشقوقة الاذن ولم تكن مشقوقة الاذن .
النهاية لابن الأثير.

(٨) البكر بالفتح : الفتي من الإبل ، بمنزلة الغلام من الناس ، والأنثى بكرة . النهاية : ج ١ ص ١٤٩

المسلمون ، فقيل يا رسول الله سبقت العضباء؟! فقال : حقا على الله ان لا يرفع شيئا في الأرض الا وضعه ^(١) وفي طريق آخر لا يرفع شيئا في الناس الا وضعه ^(٢).

وأما الإجماع : فعامة المسلمين على جواز المسابقة ، وان اختلفوا في بعض مسائلها.
وأما في المراماة : فقولته تعالى «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ» ^(٣)
روى عقبه بن عامر ان النبي صَلَّى الله عليه وآله قال : ألا أن القوة ، الرمي ، ثلاثا ^(٤).

وأما السنّة : فروي انه صَلَّى الله عليه وآله مَرَّ يقوم من الأنصار يترامون ، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله : انا في الحزب الذي فيه ابن الادرع ، فأمسك الحزب الآخر ، وقالوا : لمن يغلب حزب فيه رسول الله صَلَّى الله عليه وآله فقال : ارموا فاني أرمي معكم ، فرمى مع كل واحد رشقا ، فلم يسبق بعضهم بعضا ، فلم يزالوا يترامون وأولادهم وأولاد أولادهم ولا يسبق بعضهم بعضا ^(٥).

وأما الإجماع : فلا يختلف أحد من الأمة في جواز المراماة.
إذا عرفت هذا فيقتصر في الجواز على الثلاثة المذكورة ، لقولهم عليهم السلام : ان الملائكة لتنفر عند الرهان وتعلن صاحبه ما عدى الحافر والخف والريش ^(٦) فيدخل تحت الحافر الخيل والبغال والحمير ، وتحت الخف الإبل والفيل ، وتحت النصل الشباب ، وهي للعجم ، والسهم ، وهي للعرب ، والمزاريق ، وهي الردينيات ^(٧)

(١) سنن الدار قطي : ج ٤ كتاب السبق بين الخيل ، الحديث ١٤ .

(٢) سنن الدار قطي : ج ٤ كتاب السبق بين الخيل ، الحديث ١٢ .

(٣) الأنفال : ٦٠ .

(٤) الدر المنثور : ج ٤ ص ٨٣ في تفسيره الآية ٦٠ من سورة الأنفال .

(٥) الدر المنثور : ج ٤ ص ٨٥ في تفسيره الآية ٦٠ من سورة الأنفال .

(٦) الوسائل : كتاب السبق والرماية ، باب استحباب اجراء الخيل وتأديبها والاستباق الحديث ٦ .

(٧) ردينة اسم امرأة ، والرماح الردينية منسوبة إليها . الجوهرى القناة الردينية والرمح الرديني زعموا انه منسوب الى امرأة السمهري تسمى ردينة . لسان العرب : ج ١٣ ص ١٧٨ في لغة رذن .

والرمح والسيوف. ولا يجوز في غيرها سواء كان بعوض أو خلت عنه ، عملا بعموم النهي عن الرهان في غير الثلاثة ، ولأنها لهو وقдах إلا ما خرج النص ، وهي الثلاثة المذكورة ، ولا يجوز فيما عداها.

وأجازه العامة في مسائل :

الأولى : المسابقة بالأقدام ، وهو ان يتعاديا فأَيُّهما تقدّم صاحبه فهو السابق ، أو يكون المدى قدرا معلوما منتهيا إلى غاية معينة ، فأَيُّهما وصل إليها قبل صاحبه كان هو السابق ، وأجازها بعضهم مطلقا والآخرين إذا خلت عن العوض.

واحتجوا على جوازها بما روه عن عائشة قالت : كنت مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في غزاة فقال للقوم : تقدّموا ، فتقدّموا فقال لي : تعالى أسابقتك فسابقته برجلي فسابقته ، فلما كان في غزاة أخرى ، فقال للقوم تقدموا ، فتقدموا وقال : تعالى أسابقتك ، فسابقته فسبقتني ، فقال : يا عائشة هذه بتلك ، وكنت قد نسيت ، فندمت ^(١).

الثانية : المسابقة بالمصارعة ، فأجازها بعضهم إذا خلت عن العوض ، وبعضهم مطلقا.

واحتجوا بأنّ النبي صلى الله عليه وآله خرج الى الأبطح فرأى يزيد بن ركابة يرعى أعنزاً له ، فقال للنبي صلى الله عليه وآله : هل لك ان تصارعني؟ فقال له النبي صلى الله عليه وآله : ما تسبق لي؟ قال : شاة فصارعه فصرعه النبي صلى الله عليه وآله فقال له يزيد : هل لك في العود؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله : ما تسبق لي؟ قال : شاة ، فصارعه فصرعه النبي ، فقال للنبي صلى الله عليه وآله : هل لك في

(١) مسند احمد بن حنبل : ج ٦ ص ٢٦٤ وليس فيه (فسابقته برجلي) وسنن أبي داود : ج ٣ كتاب الجهاد ، باب في السبق على الرجل ، الحديث ٢٥٧٨ وفيه «انها كانت مع النبي في سفر» ورواه في المبسوط : ج ٦ ص ٢٩٠ كتاب السبق والرماية ، كما في المتن.

العود؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله ما تسبق لي؟ قال : شاة ، فصارع فصعره ، فقال النبي صلى الله عليه وآله اعرض عليّ الإسلام فما احد وضع جنبي على الأرض ، فعرض عليه الإسلام فأسلم ، وردّ عليه غنمه ^(١).

والجواب. منع السند في الأولى ، ولأن ذلك لا يليق بمنصب النبوة. والرواية الثانية لا تدل على الجواز في حق غير النبي صلى الله عليه وآله ، لوجوه :

(أ) أجاز أن يكون من خصائصه ، فلا يلزم مشاركة غيره فيه.

(ب) أنّها قضية في واقعة ، أوجب مقتضى الحال التسوية في تلك الصورة ، فلا يتعدى الى غيرها ، وذلك لأن طلب المشرك للمصارعة للنبي صلى الله عليه وآله يجري مجرى طلب المبارزة ، فلو لم يجبه الى ذلك لاجترأ عليه واستشعر منه الوهن والضعف عن مقاومته ، فأجابه الى ذلك دفعا لهذه المفسدة العظيمة ، فلا يلزم منه جواز التعدي.

(ج) علم عليه السلام كون المصارعة في هذه سببا لإسلامه ، فأجاب إليها تحصيلا لهذه الفائدة.

الثالثة : المسابقة بالطيور ، فان كانت بغير عوض جاز عندهم ، وبعوض على قولين.

الرابعة : المسابقة بالسفن والزوارق ^(٢) ، وفيه عندهم قولان.

الخامسة : المسابقة بالأحجار ، بان يدرجها ويدفعها من مكان الى مكان ، ليعرف

الأشد منهم والكل عندنا حرام ، لأنه لا يعامل بهذه الأشياء ، فيدخل تحت

(١) سنن أبي داود : ج ٤ كتاب اللباس ، باب في العمائم ، الحديث ٤٠٧٨ وفيه ان ركنا صارع النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فصعره النبي صلى الله عليه وآله وليس فيه السبق ولا الإسلام ورواه في المبسوط : ج ٦ س ٢٩١ كتاب السبق والرماية ، كما في المتن.

(٢) الزورق من السفن دون الخليج ، وقيل : هو القارب الصغير . لسان العرب : ج ١ لغة زرق.

انعقادها إلى إيجاب وقبول. وفي لزومها تردد ، أشبه اللزوم. ويصح أن يكون السبق عينا أو ديناً. ولو بذل السبق غير المتسابقين ، جاز. وكذا لو بذل أحدهما ، أو بذل من بيت المال. ولا يشترط المحلل عندنا. ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، وللمحلل ان سبق. وتفتقر المسابقة إلى تقدير المسافة والخطر ، وتعيين ما يسابق

القمار ، ولعموم الخبر.

قال طاب ثراه : وفي لزومها تردد ، أشبه اللزوم.

أقول : ما ذهب اليه المصنف ، هو مذهب ابن إدريس ^(١) وذهب الشيخ في الكتابين إلى أنها عقد جائز ^(٢) واختاره العلامة ^(٣). احتج ابن إدريس بقوله تعالى «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ^(٤) والجواب : القول بالموجب فان الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه ، فان كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم ، وان كان جائزاً كان العمل بمقتضاه على سبيل الجواز ، وليس المراد به مطلق العقود ، والا وجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود. احتج العلامة : بأصالة عدم اللزوم ، ولأنه نوع جهالة ، فإن قوله «من سبق فله كذا» هو عين الجعالة ^(٥).

قال طاب ثراه : ولا يشترط المحلل عندنا.

(١) السرائر : باب السبق والرماية ، ص ٣٧٦ س ١٢ قال : وقال آخرون : هو من العقود اللازمة ، وهو الذي يقوى في نفسي إلخ.

(٢) المبسوط : ج ٦ كتاب السبق والرماية ص ١٠٠ ص ١٧ قال : فهل ذلك من العقود الجائزة أو اللازمة؟ إلى أن قال : والأقوى الأول. والخلاف : كتاب السبق ، مسألة ٩ قال : عقد المسابقة من العقود الجائزة إلخ.

(٣) المختلف : في السبق والرماية ، ص ٢٦ س ٣ قال : والوجه الأول ، أي انه من العقود الجائزة إلى أن قال : لنا الأصل عدم اللزوم.

(٤) المختلف : في السبق والرماية ، ص ٢٦ س ٣ قال : والوجه الأول ، أي انه من العقود الجائزة إلى أن قال : لنا الأصل عدم اللزوم.

(٥) المائدة : ١ .

عليه ، وتساوى ما به السباق في احتمال السبق ، وفي اشتراط التساوي في الموقف تردّد. ويتحقق السبق بتقدم الهادي ، وتفتقر المرامية إلى شروط تقدير الرشق ، وعدد الإصابة وصفتها ، وقدر المسافة ، والغرض ، والسبق وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردّد. ولا يشترط تعيين السهم ، ولا القوس. ويجوز المناضلة على الإصابة وعلى التباعد ، ولو فضل أحدهما الآخر ، فقال : اطرح الفضل بكذا ، لم تصح ، لأنه مناف للغرض من النضال.

أقول : المحلل هو الذي يدخل بين المتسابقين المتراهنين ، فيتسابق معهما من غير عوض يبذله ، إن سبق أخذ ، وإن لم يسبق لم يغرم ، وهو بينهما كالأمير ، فيشرف عليهما. وهذا عندنا غير شرط ، فلو تراضيا بأنفسهما من غير ثالث جاز ، وعند العامة انه شرط في إباحة هذا العقد ومشروعيته ، لأنه كان في الجاهلية قداحا ، أي قمارا والمحلل يخرج به إلى حدّ الإباحة ، والجواب : أخرجه العقد الشرعي والأذن من صاحب الشرع ، وقد بيناه.

قال طاب ثراه : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردّد.

أقول : معنى المبادرة أن يبادر أحدهما إلى إصابة العدد المشروط كون السبق به. ومعنى المحاطة إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة.

إذا عرفت هذا : فهل ذكرهما شرط في صحة عقد المرامية؟ قيل : نعم ، واختاره العلامة في التذكرة ^(١) وهو مذهب الشيخ في المبسوط ^(٢) فإن أهمل بطل العقد ،

(١) التذكرة : ج ٢ في السبق والرماية ، ص ٣٦٢ س ٤٠ قال : فالأقرب انه يشترط في عقد المسابقة التعرض للمبادرة والمحاطة.

(٢) المبسوط : ج ٦ ، كتاب السبق والرماية ، ص ٢٩٧ س ٢٤ قال : وأما ذكر المبادرة والمحاطة ، قال قوم : هو شرط إلخ.

لتفاوت الأغراض ، فإن من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء ، ومنهم من هو على عكس ذلك. وقيل : لا يشترط ، لأصالة الصحة وعدم الاشتراط ، واختاره المصنف ^(١) والعلامة في أكثر كتبه ^(٢) فعلى هذا يحمل على المحاطة لأنه الغالب في عرف الرماة ، وقال الشافعي : يحمل مع الإطلاق على المبادرة.

تذنيب

في هذا الباب ألفاظ يحتاج إلى تفسيرها :

فالرشق بفتح الراء ، الرمي ، يقال : رشقت رشقا ، أى رميت رميا ، ويقال : قوس رشيقة ، أى خفيفة ، وبالكسر عدده الذي يتفقدان عليه. ويسمى أيضا الوجه واليد ، فيقال : رشق ووجه ويد ، وبالفارسية (دست) ومعناه أن يقول عند أحد الغرضين : يرمون رشقهم إلى الأخير ، فقالوا : وجه ، ويقال : رشق وجه ، ويراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ الرشق. **والهدف** بحركة الدال المهملة تراب يجمع ، أو حائط يبنى ، لينصب فيه الغرض.

والغرض رق أو رشق ، وهو الجلد البالي ، أو قرطاس يدور عليه شعر ، وقيل : ما ينصب في الهدف يقال له القرطاس سواء كان من كاغذ أو غيره ، وما تعلق في الهواء فهو الغرض. وقد يجعل في الشق نقش كالهلال يقال له الدائرة ، وفي وسطها نقش يقال له الخاتم ، وهذه الدائرة هي الغاية في المقصود من حذف الرماة.

والرقعة عظم ونحوه يجعل في الغرض.

إذا عرفت هذا فينبغي أن يعيّن موضع الإصابة ، أهو الهدف ، أو الغرض ، أو

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) التحرير : كتاب السبق والرماية ، ص ٢٦٢ س ٣٥ قال : اما المبادرة أو المحاطة ففي اشتراط ذكر أحدهما نظر ، أقربه عدم الاشتراط.

الشق في الغرض ، أو الدائرة في الشن ، أو الخاتم في الدائرة. وقد يجعل العرب مكان الهدف ترسا ويعلق فيه الشن.

ويوصف السهم باللقاب :

(أ) الحايي ، وهو الواقع دون الهدف ثمَّ يجبو اليه ، مأخوذ من جبو الصبي ، وهو نوع من المزدلف يفترقان في الاسم ويستويان في الحكم ، لأن المزدلف هو الذي يضرب الأرض ثمَّ يثبَّ إلى الغرض فهو أحدّ ، والحايي أضعف.

(ب) الخاصر ، وهو ما أصاب أحد جانبي الغرض ، ومنه الخاصرة لأنها في أحد جانبي الإنسان.

(ج) الخازم ، وهو الذي يخرم حاشيته. وقال في المبسوط : والخازم والخارق بالراء المهملة عبارة عن شيء واحد ، وهو ما يخرم حاشية الغرض ، يثبَّ أو لم يثب ^(١).

(د) الخارق ، وهو ما أحدثه ولم يثقبه.

(هـ) الخاسر ، وهو ما ثقب الغرض وثبت فيه.

(و) المارق ، وهو ما نقد الغرض ووقع مرورا به ، ويسمى الدائر والصادر بالصاد والبدال والراء المهملان.

(ز) الحاصل ، وهو المصيب للغرض كيف كان ، ويطلق على القارع ، وهو ما أصاب الشن ولم يؤثر فيه.

(ح) الخاطف ، وهو المرتفع في الهواء يخطف نازلا ، فإن أخطأ حسب عليه ، وإن أصاب قيل : يحسب له لحصوله برميّه ، وقيل : عليه ، لأنَّ تأثير الرمي في ارتفاع السهم ، وأمّا سقوطه فبثقله وهبوطه بطبعه ، فصار مصيبا بغير فعله ، وإذا لم يكن

(١) المبسوط : ج ٦ ، كتاب السبق والرماية ، ص ٢٩٧ س ١١ قال : والخازم والخارق معا عبارة عن الذي يخرم حاشية الغرض إلخ.

مصيبا كان مخطئا. وقيل : لا يحسب عليه ولا له ، لأنه ما أخطأ واستوى حاله ان لم يكن مصيبا لا يكون مخطئا ، والثلاثة للشافعي. وقال العلامة : ان نزل السهم بعد ارتفاعه فأثر الحدة لا بقطع مسافة أحسب عليه خاطئا ، وان نزل في بقية حدته حابيا في قطع مسافته ، احتسب له صابئا ، لأن الرمي بالفتور منقطع وبالحدة مندفع ^(١).

(ط) الطامح ، فليل : هو الذي قارب الإصابة ولم يصب ، وقيل : هو الواقع بين الشن ورأس الهدف ، فيكون مخطئا على التفسير الأول ، وكذا على الثاني إن شرطت الإصابة في الشن ، ومصيبا إن شرطت في الهدف ، وقال العلامة في التحرير : الطامح الشاخص عند كبد القوس ذاهبا إلى السماء ، ويسمى الفاجر ^(٢) بالفاء والحاء المهملة ، قال صاحب الصحاح : الفجر ، الوثبة والقلق ، والأول كلامه في التذكرة ^(٣).

(ى) الطانئ ، وهو الذي لا يعرف مكان وقوعه ، وهو محسوب من الخطأ.
(يا) العابر ، وهو المصيب الذي لا يعرف راميته ، فلا تحسب لواحد من الراميين للجهل به.

(يب) العاضد ، وهو الواقع من أحد الجانبين.

(يج) الحابض بالحاء المهملة والباء الموحدة بعد الالف والضاد المعجمة ، وهو

(١) التذكرة : ج ٢ في أحكام الرمي ، ص ٣٦٠ س ٤١ قال : فالأقوى ان يقال : ان نزل السهم بعد ارتفاعه إلخ.

(٢) التحرير : في السبق والرمي ص ٢٦١ س ١٨ قال : واما الطامح والفاجر فهو الذي يشخص عن كبد القوس ذاهبا الى السماء.

(٣) التذكرة : ج ٢ في أحكام الرمي ، ص ٣٦٠ س ٣٦ قال : أحدها ان الطامح هو الذي قارب الإصابة ولم يصب ويكون مخطئا ، والثاني انه الواقع بين الشن ورأس الهدف إلخ.

.....

الواقع بين يدي الرامي ، وهو خلاف الدابر .

(يد) الراهق ، وهو الذي يتجاوز الهدف من غير اصابة .

(يه) المرتدع ، وهو الذي ينشدخ وينكسر إذا أصاب الغرض .

(يو) المعظعظ ^(١) ، وهو الذي يميل يمينا وشمالا .

إذا تقرر هذا فنقول : هل يجب ذكر صفة الإصابة من خواسق ، أو موارد؟ قيل : لا

، للأصل ويحمل على الحاصل واختاره العلامة ^(٢) وقيل : نعم ، واختاره المصنف ^(٣) .

وهل يشترط تعيين المبتدى من الرماة؟ قيل : نعم لاختلاف الأغراض في ذلك ، فإن

أهملا بطل ، وقيل : لا للأصل ، ويبدأ بمن يخرج القرعة .

وينبغي تعيين النوبة ، هل هي خمسة خمسة ، أو سهم سهم .

(١) المعظعظ من السهام الذي يضطرب ويلتوي إذا رمى به ، وعظعظ السهم عظعظة وعظعظا التوى وارتعش .

لسان العرب : ج ٧ ص ٤٤٧ لغة عظظ .

(٢) التذكرة : ج ٢ كتاب السبق والرماية ص ٣٦٢ س ١١ قال : مسألة ، ولا يشترط الاعلام بصفات الإصابة إلخ .

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع .

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

وهي تستدعي فصولاً

الأول : الوصية تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة. ويفتقر إلى الإيجاب والقبول. وتكفي الإشارة الدالة على القصد.

كتاب الوصايا

مقدمة

الوصايا جمع وصية ، واشتقاقها من وصى يصي ، إذا وصل.

قال الشاعر :

نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة يشفق أنصافها السّفر

(١) معناه انه يصل تصرف الوصي بعد الموت بتصرفه ، ويقال : منه أوصى يوصي

إيصاء ، ووَصَّى يوصِّي توصية والاسم الوصية والوصاية.

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب : فقوله تعالى « **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا**

الْوَصِيَّةُ » (٢) وقال تعالى « **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ** » (٣).

(١) القائل ذو الرمة ، يقول : رجع صلاتنا من أربعة إلى اثنين في أسفارنا ، لحال السفر . لسان العرب : ج ١٥

ص ٣٩٥ لغة وصى.

(٢) البقرة . ١٨٠ .

(٣) النساء . ١١ .

فذكر الوصية فيها في أربعة مواضع :

- (أ) ﴿فَالْأَمَّةِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ﴾^(١).
 (ب) ﴿فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٢).
 (ج) ﴿وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾. ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٣).
 (د) ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٤).

وقرنت الميراث على الوصية ، فدل ذلك على ان الوصية لها حكم.

وأما السنة : فكثر : منه ما روى عن ابن عمر أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال : ما حق امرء مسلم له شيء يوصي به ، يبيت ليلتين إلاّ ووصيته تكون عنده^(٥) وروى أبو هريرة عن عامر بن سعد عن أبيه انه مرض بمكة مرضة أشفى منها ، فعاده رسول الله صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله ليس يرثني إلاّ البنت أفأوصي بثلاثي مالي؟ فقال : لا ، قال : أفأوصي بنصف مالي؟ وفي بعضها ، بشرط مالي ، فقال : لا ، فقال : أفأوصي بثلاث مالي؟ قال صلى الله عليه وآله : بالثلث والثلث كثير ، وقال : انك ان تدع أولادك أغنياء خيرا من ان تدعهم عالة يتبلون الناس^(٦) وروى أبو قتادة ان النبي صلى الله عليه وآله لما قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور فقيل يا رسول الله : إنه هلك وقد أوصى لك بثلاث ماله ، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله

(١) النساء . ١١ .

(٢) النساء . ١٢ .

(٣) هكذا في جميع النسخ ، والصحيح «فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا» النساء . ١٢ .

(٤) النساء . ١٢ .

(٥) سنن ابن ماجه : ج ٢ كتاب الوصايا (٢) باب الحث على الوصية ، الحديث ٢٦٩٩ وسنن الترمذي :

كتاب الوصايا (٣) باب ما جاء في الحث على الوصية الحديث ٢١١٨ .

(٦) سنن الدارمي : باب الوصية بالثلث . وسنن الترمذي : كتاب الوصايا (١) باب ما جاء في الوصية بالثلث ،

الحديث ٢١١٦ وسنن ابن ماجه : كتاب الوصايا (٥) باب الوصية بالثلث الحديث ٢٧٠٨ .

ولا تكفي الكتابة ما لم تنضم القرينة الدالة على الإرادة. ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت ، وقيل : ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها ، وهو ضعيف ، ولا تصح الوصية بمعصيته كمساعدة الظالم. وكذا وصية المسلم للبيعة والكنيسة.

وآله ثمّ رده على ورثته ^(١).

أما الإجماع : فمن عامة المسلمين لا يختلفون فيه.

قال طاب ثراه : ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت ، وقيل : ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها.

أقول : القائل الشيخ في النهاية ^(٢) ومنع ابن إدريس ^(٣) وقال : الذي يقتضي أصول مذهبنا : انهم إذا أقرّوا بشيء منها وقالوا : ان هذا حسب صحيح أوصى به لزمهم ، دون ما عداه ، وعليه الأكثر ، قال العلامة : ولا منافاة بين الأمرين ، فإن قول الشيخ يحتمل العمل بما وجدوه بخطه ، لأنه أوصى بذلك ، مستندين الى هذا الخط ، عارفين بصحته ، وحينئذ يجب العمل بالجميع ، ولعل الشيخ عوّل على ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الحمداني قال : كتبت الى ابي الحسن عليه السلام : رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ، ولم يقل اني قد أوصيت ، إلا انه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به ، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ، ولم يأمرهم بذلك ، فكتب عليه السلام : ان كان ولده ينفذون شيئا منه ،

(١) الإصابة للعسقلاني : ج ١ حرف الباء تحت رقم ٦٢٢.

(٢) النهاية : كتاب الوصايا ، ص ٦٢١ س ٢٠ قال : وإذا وجدت وصية بخط الميت الى أن قال : فان عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها.

(٣) السرائر : كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض ، ص ٣٩٢ س ٢٦ قال : والذي يقتضيه أصول مذهبنا الى أن قال : دون ما عداه ممّا في هذا المكتوب ، فإنه لا يلزمهم العمل بجميع ما في المكتوب إلا بما أقرّوا به دون ما عداه إلخ.

الثاني : في الموصى : ويعتبر فيه كمال العقل والحرية. وفي وصية من بلغ عشرة في البرّ تردّد. (١) والمروى : الجواز.

وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره^(١).

قال طاب ثراه : وفي وصية من بلغ عشرة في البرّ تردّد.

أقول : إذا أوصى الصبيّ الذي لم يبلغ ، وكانت وصيته في المعروف ، فيه أقوال أربعة

:

(أ) قال الشيخ في النهاية : إذا جمع ثلاث شرائط ، بلوغ العشر ، ووضعها في الأشياء مواضعها ، وكونها في المعروف ، وسوّغ مع ذلك هبته^(٢) ووافقه المفيد في الشرائط ومنع في الهبة^(٣) وكذا سائر وافقهما في الشرائط ومنع في الهبة والوقف^(٤).

(ب) ظاهر التقى جواز وصيته مع بلوغ العشر مطلقا ، ومع نقصه منها في المعروف ، حيث قال : لا يمضى وصية من لم يبلغ عشر سنين ، والمحجور عليه ألا ما تعلّق بأبواب البرّ^(٥).

(ج) قال أبو علي : إذا أوصى الغلام وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصي به البالغ الرشيد جاز^(٦) فقد سوى بينهما وبين البالغ مع بلوغ الثمان للذكر

(١) الفقيه : ج ٤ ، باب الوصية بالكتب والإيماء ص ١٩٨ الحديث ٣.

(٢) النهاية : باب شرائط الوصية ، ص ٦١١ س ٩ قال : فان بلغ عشر سنين الى أن قال : كانت وصيته ماضية ، ثمّ قال بعد أسطر وكذلك يجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشر سنين وهبته.

(٣) المفنعة : باب وصية الصبي والمحجور عليه ، ص ١٠١ س ١٢ قال : وإذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته الى أن قال : وهبتهما باطلّة.

(٤) المراسم : ذكر أحكام الوصية ، ص ٢٠٣ س ٧ قال : فمن بلغها «أي عشر سنين» جازت وصيته من البرّ والمعروف ولا تمضى هبته.

(٥) الكافي : فصل في الوصية ، ص ٣٦٤ س ١٤ قال : ولا يمضى من وصيته من لم يبلغ عشر سنين ألا ما تعلّق بأبواب البرّ.

(٦) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٢ س ٤ قال : وقال ابن الجنيد : إذا أوصى الصبي وله ثمان سنين

ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل ، ولو أوصى ثم جرح قبلت .
وللموصى الرجوع في الوصية متى شاء .

والسبع للأثنى من غير تقييد بالبر وغيره .

احتجّ الشيخ بروايات متظافرة صحاح .

منها صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته ^(١) وروى زرارة عن الباقر عليه السلام قال : إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز وصيته في ماله ما أعتق وتصدق وأوصى على حدّ معروف وحق فهو جائز ^(٢) .

ومّا يصح أن يتمسك به التقى عموم صحيحة عبد الرحمن المتقدمة . ولعلّ تمسك أبي على برواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام : إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلاث ماله في حق جازت وصيته ، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله بشيء في حق جازت وصيته ^(٣) .

(د) الذي عليه المصنف ^(٤) والعلامة المنع ^(٥) وهو مذهب ابن إدريس ^(٦) وهو أحوط ، لأنّ المناط في تنفيذ التصرف إنما هو البلوغ .
قال طاب ثراه : ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل ، ولو أوصى ثم جرح قبلت .

والجارية ولها سبع سنين إلخ .

(١) الفروع : ج ٧ ، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك ، ص ٢٨ الحديث ٣ .

(٢) الفروع : ج ٧ ، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك ، ص ٢٨ الحديث ١ .

(٣) الفروع : ج ٧ ، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك ، ص ٢٩ الحديث ٤ .

(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع .

(٥) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٢ س ٢١ قال بعد نقل الأقوال والروايات : لكن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ إلخ .

(٦) السرائر : باب شرائط الوصية ، ص ٣٨٨ س ٢٣ قال : الذي يقتضيه أصول مذهبنا ان وصية غير

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب : ذكره الشيخان ^(١) والقاضي ^(٢) والتقوى ^(٣) وهو في رواية أبي ولّاد عن الصادق عليه السلام : وان كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت لم تجز وصيته ^(٤) وفي الدعائم : وعنه (يعني الصادق عليه السلام) أنه سئل عن وصية قاتل نفسه؟ قال : إذا أوصى بعد أن أحدث الحدث في نفسه ومات منه لم تجز وصيته ^(٥).

وقال ابن إدريس : يصح وصيته إذا كان عقله ثابتاً ، واحتج بأنه عاقل رشيد فتنفذ وصيته كغيره ، ولعموم النهي عن تبديل الوصية ^(٦) قال العلامة : وقول ابن إدريس لا بأس به ^(٧) وهو نادر فاذا العمل على الأول أرجح ، لوجوه :

(أ) أنّه صار بهذا الحديث سفيهاً ، فلا ينفذ تصرفه.

(ب) أنّه أشهر بين الأصحاب ، فيكون أرجح.

المكلف البالغ غير صحيحة ولا ممضاة.

(١) المقنعة : ص ١٠٢ س ٦ باب وصية القاتل لنفسه قال : ومن أحدث في نفسه حدث القتل الى ان قال : كانت وصيته مردودة ، وفي النهاية ، باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١٠ س ٣ قال : فان جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم وصى كانت وصيته مردودة.

(٢) المهذب : ج ٢ ، كتاب الوصايا ، ص ١٠٧ س ٦ قال : وإذا جرح إنسان نفسه بما يكون منه هلاكه الى ان قال : كانت وصيته باطلة.

(٣) الكافي : فصل في الوصية ، ص ٣٦٤ س ١٩ قال : ولا تمضي وصية من جرح نفسه أو فعل بما ما تلف إلخ.

(٤) الفروع : ج ٧ باب من لا تجوز وصيته من البالغين ، ص ٤٥ الحديث ١.

(٥) دعائم الإسلام : ج ٢ ذكر ما يجوز من الوصايا وما لا يجوز منها ، ص ٣٦٣ الحديث ١٣٢٣.

(٦) السرائر : باب الوصية ص ٣٨٦ س ١٢ قال : وإذا أوصى بوصية ثم قتل نفسه كانت وصيته ماضية الى أن قال : والذي يقتضيه أصولنا وتشهد بصحته أدلتنا ان وصيته ماضية صحيحة إذا كان عقله باقياً إلخ.

(٧) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٧ س ٢٥ قال : وقول ابن إدريس لا بأس به.

الثالث : في الموصى له : ويشترط وجوده ، فلا تصح لمعدوم ، ولا لمن ظن بقاؤه وقت الوصية فبان ميتا. وتصح الوصية للوارث ، كما تصح للأجنبي ، وللحمل بشرط وقوعه حيا. وللذمي ولو كان أجنبيا ، وفيه أقوال ، ولا تصح للحريري ، ولا للمملوك غير الموصي ولو كان مدبرا أو أم ولد.

-
- (ج) ان قول ابن إدريس اجتهاد في مقابلة النص فيكون مردودا.
- (د) أنه قاتل نفسه ، فلا يتصرف في ماله ، كالوارث لو قتله منع منه.
- قال العلامة في القواعد : لأنه في حكم الميت ، فلا يتصرف في مال غيره ^(١) وفيه نظر ، لأن علاقة الإنسان لا ينقطع عن ماله بعد الموت ، فكيف إذا كان حيا ، وان كان في حكم الميت ، وذلك في وجوه :
- (أ) وجوب قضاء ديونه منه.
- (ب) وجوب مؤنته مقدما على الديون كما تقدم نفقة يومه في الحجر عند القسمة.
- (ج) عدم انتقالها الى الوارث وبقاؤها على حكم ماله إذا كانت الديون محيطة بها ، فلو نمت كان النماء للميت يقضى منه الديون على مذهب المصنف.
- (د) لو حفر بئرا عدوانا حال حياته ، فوقع فيها إنسان بعد موته تعلق الضمان بالمال.
- (هـ) لو نصب شبكة قبل موته فوقع فيها صيد بعد موته دخل في ملكه ابتداء ، ثمّ منه الى الورثة ، فإن كان عليه ديون قضيت منه ويتسع التركة للوصايا.
- قال طاب ثراه :** وللذمي ولو كان أجنبيا ، وفيه أقوال ، ولا تصح للحريري.

(١) القواعد : في الوصايا ، المطلب الثاني في الموصى ص ٢٩٢ س ١٢ قال : ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها ثمّ أوصى لم يقبل إلخ. وليس في القواعد جملة «لأنه في حكم الميت» نعم تلك الجملة مذكورة في إيضاح الفوائد : لا حظ ج ٢ ص ٤٧٩ س ١٥ فتأمل.

أقول : الكافر إمّا حرّيّ ، أو ذمي ، فالحرّي لا يصح الوصية له على المشهور بين الأصحاب ، لأنها مودّة وصله ، ولا يحل للحرّي لقوله تعالى «**إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ**» الآية ^(١) وظاهر المبسوط يقتضي الجواز إذا كان رحماً ^(٢) وكذا إطلاق المفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤) وكذا التقى ^(٥) فإنهم لم يفصلوا ، بل أجازوا الوصية للكافر إذا كان رحماً وأطلقوا ، وهو يتناول الحرّي والذمي . وصرح في الخلاف بالمنع ^(٦) .

وأما الذمي فهل تصح الوصية له؟ فيه ثلاثة أقوال :

(أ) لا تصح الوصية له مطلقاً ، لتحريم مودة الكافر ، وهو قول القاضي ^(٧) .

(ب) يصح مطلقاً رحماً كان أو غيره ، وهو قول ابن إدريس ^(٨) .

(ج) تصح الوصية إذا كان رحماً ، ولا يصح لو كان أجنبياً ، حكاه في الخلاف

(١) الممتحنة : ٨ .

(٢) المبسوط : ج ٤ ، كتاب الوصايا ص ٤ س ٦ قال : فمن لا تصح له الوصية عندنا الكافر الذي لا رحم له من الميت .

(٣) المقنعة : باب الوصية لأهل الضلال ص ١٠١ س ٣٧ قال : فان تصدق بماله على كافر وكان من ذوي أرحامه مضت صدقته .

(٤) المراسم : ذكر أحكام الوصية ص ٢٠٣ س ١٥ قال : فالضال قد روي جواز الوصية له ، وروي خلافه ، وهو أثبت .

(٥) الكافي : في الوصية ص ٣٦٤ س ١٥ قال : وإذا أوصى لكافر الى أن قال : وان كان ذا رحم مضت إذا كان تبرعاً إلخ .

(٦) الخلاف : كتاب الوصايا ، مسألة ٢٦ قال : وأما الحرّي فلا تصح الوصية له .

(٧) المهذب : ج ٢ ، كتاب الوصايا ص ١٠٦ س ١٤ قال : والصحيح انه لا يوصي لكافر .

(٨) السرائر : في الوصايا ص ٣٨٦ س ١٠ قال : وكذلك من لا بينه وبينه قرابة من الكفار على ما قدّمناه .

نعم لو أوصى لمكاتب قد تحرّر بعضه ، مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية.
وتصح لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وأُمّ ولده.

عن بعض أصحابنا ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة صحة الوصية للذمي مطلقا ، لأصالة الصحة ، والجواز ، ولأنها نوع عطية ولا فرق بين وقوعها حال الحياة أو بعد الوفاة ^(٣) ، ولما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله ، قال : أعط لمن أوصى له وإن كان يهوديا أو نصرانيا ، ان الله تعالى يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» ^(٤) ^(٥).

قال طاب ثراه : ولو أوصى لمكاتب قد تحرّر بعضه ، مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية.

أقول : معناه : إذا أوصى لمكاتب قد تحرّر نصفه مثلا ، بوصية ، صحّ له منها نصفها ، ولو كان المتحرّر ثلثاه ، صحّ له منها الثلثان ، لكن بعد خروج ذلك من ثلث تركة الموصي. وهل المعتبر من الثلث ممّا صحّ له بنصيب الحرية ، أو التقسيط على نصيب الحرية يكون بعد اعتبار الثلث؟ مثلا أوصى له بمائة وتركته مائة وخمسون ، فعلى تقدير تقديم اعتبار التقسيط ، يصح له خمسون ، لأننا نعطيه نصف ما أوصى له به ، ثمّ نقيسه على الثلث وقد خرج منه. وعلى تقدير تقديم اعتبار الثلث على التقسيط يصح له خمسة وعشرون ، لأنه لما أوصى له بمائة وهي زائدة على الثلث ، رددناها الى الثلث ، فكان الخارج خمسين ، فيقسط على ما فيه من الحرية ، وهو

(١) الخلاف : كتاب الوصايا ، مسألة ٢٦ قال : وفي أصحابنا خاصة من قيدها إذا كانوا أقراره.

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٣) المختلف : في الوصايا ص ٥٢ س ٣٨ قال : والوجه صحة الوصية للذمي خاصة لأصالة الصحة إلخ.

(٤) البقرة : ١٨١ .

(٥) الفقيه : ج ٤ باب إنفاذ الوصية والنهي عن تبديلها ، الحديث (١).

ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة ، وان زاد اعطى العبد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى في الباقي ، وقيل : ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفي المستند ضعف.

النصف ، فيصح له خمسة وعشرون ، وهذا الوجه أشبه من الأول ، لأنه لو لا ذلك لكان مساويا للحر ، وهو محال.

قال طاب ثراه : ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة ، وان زاد اعطى العبد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى في الباقي ، وقيل : ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفي المستند ضعف.

أقول : إذا أوصى الإنسان للعبد ، لا يخلو إما أن يكون العبد للموصى ، أو لورثته ، أو لأجنبي ، والثالث لا يصح الوصية له إجماعا ، والثاني أجازاه في المبسوط ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) ومنعه الباقون والأول جائز بالإجماع ، وهو موضع البحث هنا.

إذا عرفت هذا فنقول : إذا أوصى لعبده بشيء قيس ذلك الشيء إلى قيمته تقويما عادلا ، فان كان بقدر القيمة عتق ولا شيء له ولا عليه ، وان كان أكثر من قيمته عتق وأعطى الفضل ، وان كانت قيمته أكثر مما أوصى له قال المصنف : عتق منه مساوى الوصية وسعى في الباقي بالغ ما بلغ ^(٣) وعليه دل إطلاق

(١) المبسوط : ج ٤ كتاب الوصايا ص ٦١ س ١٩ قال : إذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته صحت الوصية عندنا إلخ.

(٢) المهذب : ج ٢ كتاب الوصايا ص ١٠٨ س ٢٣ قال : وإذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته كان ذلك صحيحا إلخ.

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

الفتية (١) والتقي (٢) والشيخ في الخلاف (٣) وبه قال ابن إدريس (٤) واختاره العلامة (٥) وقال الشيخان في النهاية والمقنعة : يستسعى فيما تقي من قيمته زائدا عما أوصى له به إن كانت القيمة أكثر من الموصى به بقدر سدسه أو ربه أو ثلثه ، وإن كانت القيمة أكثر بالضعف ، أي بقدر الوصية مرتين بطلب الوصية مثل أن يكون الموصى به مائة والقيمة مائتين (٦).

والمستند ما رواه الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله ، قال : يقوم المملوك بقيمته ثم ينظر ما ثلث الميت ، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه ما فضل من الثلث بقدر القيمة (٧) وتعليق الحكم على وصف يقتضي عدمه عند عدمه ، قضية للتعليق ، فأمره

(١) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٧ س ٣١ قال : وقال على بن بابويه : إذا أوصى لعبده بثلث ماله قوم المملوك قيمة عادلة إلخ.

(٢) الكافي : فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٧ قال : وإذا أوصى بعتق عبده بعد موته ، أو أوصى له بثلث ماله وكانت قيمة العبد إلخ.

(٣) الخلاف : كتاب الوصايا مسألة ٤٨ قال : إذا أوصى لعبد نفسه صحت الوصية وقوم العبد وأعتق إلخ.

(٤) السرائر : في الوصايا ص ٣٨٦ س ١٧ قال : وإذا أوصى الإنسان لعبده بثلث ماله إلخ.

(٥) المختلف : في الوصايا ص ٥٧ س ٣٥ قال : والمعتمد أن نقول : إن كانت الوصية بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع إلخ.

(٦) النهاية : باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١٠ س ٩ قال : وإذا أوصى الإنسان لعبده إلى أن قال : وإن كانت القيمة أكثر من الثلث بمقدار السدس أو الربع أو الثلث إلخ وفي المقنعة ، باب وصية الإنسان لعبده ص ١٠٢ س ٣١ قال : وإن كانت قيمته أكثر من الثلث بمقدار إلخ.

(٧) الاستبصار : ج ٤ (٨١) باب من أوصى لمملوكه بشيء ، ص ١٣٤ ، الحديث ١.

بالاستسعاء عند نقص القيمة بقدر الربع يوجب عدمه عند الزيادة ، ودلالة المفهوم ضعيفة وقد بيّن في موضعه ، والسند أيضا ضعيف ، لأنّ الراوي الحسن بن صالح بن حي أحد أركان الزيدية واليه نسبت الصالحية.

تنبيه

إطلاق الأصحاب اعتبار ما ذكرناه ، ولم يفصلوا بين كون الوصية للعبد بمشاع كثلث مالي ، أو ربه ، أو بمعين كاعطوه هذه الدار . وقال ابن الجنيّد : ان كانت الوصية للمملوك بمال مسمّى لم يكن عتاق لجواز إخراج ذلك من غير رقبته ، ولو كانت جزء من التركة كعشرة أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته محرّرا ^(١) وهذا بناء منه على أنّ العبد يملك . وقال العلامة في المختلف : ان كانت الوصية بجزء مشاع قوم العبد أو عتق من الوصية ، فإن فضل من قيمته سعى في الفاضل للورثة ، سواء كان الفاضل ضعف قيمته أو أقل أو أزيد ، وان قصر عتق وأخذ الفاضل وان ساواه عتق ولا شيء له ولا عليه ، وان كانت الوصية بمعين بطلت ولا شيء له ولا يعتق منه شيء لأنه قصد إعطاء عين فلا يجوز التخطي إلى غيرها ، لأنه يكون تبديلا للوصية ، ولأن العبد لا يملك فلا يصح له الوصية ، ولا يمكن أن يحرر من قيمة العين لما فيه من التبديل للوصية المنهي عنه ، ولا بجانا إذ لا سبب له ، ولأنه إضرار بالوارث وزيادة على الوصية ، وعليه يحمل قول أحدهما

(١) المختلف : في الوصايا ، : ص ٥٧ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيّد : لو أوصى للمملوك بثلث ماله الى أن قال : ولو كانت الوصية للمملوك بمال مسمّى لم يكن عتاق ، ثمّ قال العلامة : والمعتمد أن تقول : ان كانت الوصية بجزء مشاع الى قوله «ولا يعتق منه شيء فبعد اقامة الدليل على الأوّل ، قال : وعلى الثاني ، انه لو قصد إعطاء عين فلا يجوز التخطي إلى غيرها إلخ».

عليهما السلام : لا وصية لمملوك ^(١) فإنه أعم من الوصية لمملوك الغير ، هذا اختياره في المختلف ^(٢) واستشكله في القواعد ^(٣) وباقي الأصحاب مطبقون على الصحة من غير تفصيل ، واختاره فخر المحققين ^(٤) وكذا العلامة جزم بمتابعة الأصحاب في كتاب فتواه ^(٥) وهو مذهب الشهيد ^(٦).

وما امتن تحقيق المختلف ، لكن متابعة الأصحاب أمتن.

ويمكن ان يجاب عنه.

قوله «لأنه قصد إعطاء المعين ويلزم منه إمّا التبديل إن قاصصناه برقبة ، أو تملك من لا يملك إن دفعنا إليه العين».

قلنا : نختار القسم الأول ، ونتخلص بأمرين.

أحدهما يلزمك مثله في باب المشاع ، لأنه قال : أعطوه ثلث مالي ، ومقتضى ذلك أن يعطى من كل شيء ثلثه ، فالصرف إلى الرقبة تبديل.

(١) الوسائل : ج ١٣ كتاب الوصايا ص ٤٦٦ الحديث ٢ من باب ٧٨.

(٢) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٧ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيّد : لو أوصى للمملوك بثلث ماله الى أن قال : ولو كانت الوصية للمملوك بمال مسمى لم يكن عتاق ، ثمّ قال العلامة : والمعتمد أن تقول : ان كانت الوصية بجزء مشاع الى قوله «ولا يعتق منه شيء فبعد اقامة الدليل على الأول ، قال : وعلى الثاني ، انه لو قصد إعطاء عين فلا يجوز التخطي إلى غيرها إلخ».

(٣) القواعد : المطلب الثالث الموصى له ، ص ٢٩٣ س ٤ قال : ويصح بالجزء الشائع لعبد الموصى الى أن قال : وفي المعين إشكال.

(٤) إيضاح الفوائد : ج ٢ ص ٤٨٤ قال بعد نقل قول القواعد : أقول : هذا اختيار الشيخ في الخلاف الى أن قال : وهو الأقوى.

(٥) الإرشاد : الركن الثالث في الموصى له ، قال : ولو أوصى لعبده الى أن قال صح ثمّ يقوم له بعد إخراج الوصية إلخ.

(٦) الدروس : كتاب الوصية ، ص ٢٤٣ س ١٩ قال : ولو أوصى لعبده صح وعتق من الوصية وفاضلها له إلخ.

لا يقال : ينعق من شيء قطعاً وينعق الباقي سراية ، وله فضل مال ملكه بسبب حرية جزئه فيسري عليه ، فيقاص بما كان موجوداً ، ويسعى في الباقي ، وهذا المعنى غير متحقق في المعين.

لأننا نقول : لو صحّ هذا لوجب أن يكون القدر المملوك له من المال على نسبة ما عتق منه ، ولم يقل به.

الثاني أنّ المعين يلزمه الإشاعة. وبيان ذلك :

ان الإنسان إذا أوصى له بمعين وخرج من الثلث لا يملكه مستقراً بالموت ، بل يكون متعلقاً ببقاء ما يخرج منه من التركة ، فلو كان بعض التركة غائباً لم يطلق له من التصرف في العين إلا بحسب ما اقتدر الوارث على مثله ، ولو تلف بعض التركة بحيث يعجز عن قصور المعين ملك الوارث منه بالنسبة ، وحينئذ نقول :

إذا أوصى لعبده بمعين كان له تعلق بجميع التركة ومن جملتها رقبته ، فيكون لها دخولا في الموصى به.

وأيضاً فإنّ شاهد حال الموصي أنه قصد نفع الموصى له ، وأهمّ الأشياء إليه نفسه وأنفع الأشياء له خلاصه من الرقّ وملك نفسه ، فإنّه كالوجود الثاني ، ولهذا شابه النسب وترتب عليه الإرث لما كان سبباً في تملكه وزوال الحجر عنه ، كما كان الأب سبباً في وجود الولد.

وأيضاً العتق مبنّى على التغليب ، فيكفي في التوصل إليه بأدنى سبب.

وأيضاً في تنفيذ الوصية حفظاً لمقصد المسلم عن الضياع صونا للفظه عن الهدر.

وأيضاً الأصل صحة الوصية ، فإبطالها يفتقر الى دليل شرعي ، وليس في الشرع ما

يدلّ على بطلانها من كتاب أو سنة.

قوله «العبد لا يملك ولا يصح الوصية له».

ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين ، فان كانت قيمته بقدر الدين مرتين ، صحَّ العتق ، والآ بطل ، وفيه وجه آخر ضعيف.

قلنا : هذا لا يصلح للمنع في هذه الصورة ، لجوازه في المشاع.

قوله «وعليه يحمل ، لا وصية لمملوك وهو عام».

قلنا : العام يختص للدليل ، وقد بيناه من النص وعمل الأصحاب.

قال طاب ثراه : ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين ، فان كانت قيمته بقدر

الدين مرتين صحَّ العتق ، والآ بطل ، وفيه وجه آخر ضعيف.

أقول : إذا أعتق عبده المستوعب عند موته وعليه دين ، أو أوصى بعتقه ، فهنا

قسمان :

الأول : يتخير العتق ، وهو الذي فرضه المصنف هنا ، وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) اشتراط المصنف في النافع في صحة العتق كون القيمة بقدر الدين مرتين ^(١) وهو

اختيار المفيد ^(٢) لصحيفة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام ، في حديث

طويل ، قلت : رجل مات وترك عبدا ولم يترك مالا غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه

خمسائة درهم فأعتقه عند الموت ، كيف يصنع فيه؟ قال : يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة

درهم ، وتأخذ الورثة مائة درهم ، ثمَّ قال : قلت : فان كانت قيمته ستمائة درهم ودينه

أربعمائة درهم ، قال : كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة ويأخذ الورثة مائتين ، ولا

يكون للعبد شيء ، قال : قلت : فان كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم ،

قال : فضحك ، ثمَّ قال بعد كلام فالآن يوقف العبد ويستسعى فيكون نصفه للغرماء ،

ويكون ثلثه

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المقنعة : باب وصية الإنسان لعبده ص ١٠٢ س ٣٤ قال : وإذا كان على الإنسان دين ولم يخلف آلا عبدا

أو عبدا فأعتقهم إلخ.

.....

للورثة ، ويكون له السدس ^(١).

(ب) تنفيذ العتق من الأصل وسقوط الدين ، وهو قول ابن إدريس ^(٢) وهو بناء على أن منجزات المريض ماضيه من الأصل.

(ج) تقديم حق الديان وعتقه من ثلث الباقي وان قل ، ويستسعى فيما يخص الديان والوارث على النسبة ، مثلاً ، كانت قيمته ثلاثمائة وعليه من الدين مائتان ، عتق تسعه ويسعى في ثمانية أتساعه ستة اتساع للديان وتسعان للورثة ، وهو قول العلامة قدس الله روحه ^(٣) احتج بحسنة الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل قال : إذا متّ فعبدني حرّ وعلى الرجل دين ، قال : ان توفي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد ، وان لم يكن أحاط بثمن العبد يستسعى العبد في قضاء دين مولاه ، وهو حرّ إذا أوفى ^(٤).
الثاني : ان يوصى بعتق المستوعب ولم يذكره المصنف في هذا الكتاب ، بل في الشرائع ، وفيه قولان :

(أ) عتق ثلث ما فضل من الدين بالغاً ما بلغ وهو مذهب العلامة ^(٥) واختاره

-
- (١) الفروع : ج ٧ كتاب الوصايا ص ٢٦ باب من أعتق وعليه دين قطعة من حديث ١ .
(٢) السرائر : في الوصايا ، ص ٣٨٦ س ٣٠ قال : فإن أعتقه في الحال وثبت عتقه قبل موته مضى العتق وليس لأحد من الديان ولا للورثة عليه سبيل الى أن قال : وانما ذلك عطية منجزة في الحال وعطايا المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب إلخ.
(٣) المختلف : في الوصايا ص ٥٨ س ١٨ قال : والمعتمد أن نقول : الى أن قال : وان قصر الدين عن قيمته عتق ثلث الفاضل إلخ.
(٤) التهذيب : ج ٩ (١٨) باب وصية الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته ، ص ٢١٨ الحديث ٧ .
(٥) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٨ س ١٨ قال بعد نقل قول المفيد : من انه إذا كان على الإنسان دين ولم يخلف إلا عبداً أو عبداً فأعتقهم ما لفظه : وان قصر الدين عن قيمته ، عتق ثلث الفاضل واستسعى في الباقي .

ولو أوصى لأمّ ولده صحّ ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد؟ قولان : فإن أعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية. وفي رواية أخرى : تعتق من الثلث ولها الوصية.

المصنف ^(١) بحسنة الحلبي وقد تقدمت ، فالعلامة لم يفرق بين المنجز عتقه وبين الموصى بعته ، عملاً بمقتضى الأصول المقررة ، وفرّق المصنف بينهما ، فعمل في المنجز بصحيحة عبد الرحمن ، وفي الموصى بعته بحسنة الحلبي ، اعتماداً في كل واقعة بما ورد على عينها من النص ، وما امتنه.

(ب) اشتراط كون قيمته ضعف الدين ، وهو اختيار الشيخ في النهاية ^(٢) وتبعه القاضي ^(٣).

قال طاب ثراه : ولو أوصى لأمّ ولده ، صحّ ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد؟ فيه قولان.

أقول : هنا ثلاثة مذاهب :

(أ) وهو المشهور ، أنها تعتق من الوصية ، فإن قصرت عن قيمتها عتقت من نصيب ولدها وهو مذهب ابن إدريس ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة في

(١) الشرائع : في الموصى له ، قال : وإذا أوصى بعق مملوكه وعليه دين إلخ وأضاف في الجواهر : (ج ٢٨ . ص ٣٧٧) ولم يكن عنده سواه إلخ.

(٢) النهاية : باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ، ص ٦١٠ س ١٥ قال : وإذا أوصى الإنسان بعق مملوك له وكان عليه دين إلخ.

(٣) المذهب : ج ٢ ، كتاب الوصايا ، ص ١٠٨ س ١ قال : وإذا أوصى بعق مملوكه وكان عليه دين إلخ.

(٤) السرائر : باب الوصية ، ص ٣٨٦ س ٣٣ قال : والذي يقتضيه أصول مذهبنا : لأنها تنعتق بالوصية إلخ.

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

وإطلاق الوصية تقتضي التسوية ما لم ينصّ على التفضيل ، وفي الوصية لأخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث ، والأشبه التسوية.

القواعد ^(١) وجزم به في كتاب فتواه ^(٢).

ووجهه : أن حق الورثة متأخر عن الوصايا ، لقوله تعالى «**مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**» ^(٣) ولو فرض تساويهما كان تخصيصها بالغرامة أولى من ولدها ، لأن ذلك لمصلحتها.

(ب) أنها تعتق من النصيب ولها الوصية بكمالها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(٤) واختاره العلامة في المختلف ^(٥) لأنّ التركة تنتقل إلى الورثة من حين الموت ، فثبت ملك الولد على جزء من أمّه ، فتعتق عليه وتستحقّ الوصية.

(ج) أنّها تعتق من الثلث ولها الوصية لصحيحة أبي عبيدة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام رجل كانت له أم ولد له منها غلام ، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر ، للورثة ان يسترقوها؟ قال : فقال : لا ، بل يعتق من ثلث الميت ويعطى ما أوصى لها به ^(٦).

قال طاب ثراه : وفي الوصية لأعمامه وأخواله رواية بالتفضيل كالميراث ، والأشبه التسوية.

(١) القواعد : المطلب الثالث ، الموضع له ، ص ٢٩٣ س ١١ قال : ولو أوصى لأمّ ولده فالأقرب أنها تعتق من الوصية إلخ.

(٢) الإرشاد : الركن الثالث في الموصى له ، قال : ويعتق أم ولده من الوصية ، لا من نصيب الولد على رأي (مخلوط).

(٣) النساء : ١١ .

(٤) النهاية : باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١١ س ٢ قال : وإذا أوصى لأمّ ولده أعتقت من نصيب ولدها إلخ.

(٥) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٨ س ٣٠ قال : والمعتمد الأول ، أي قول الشيخ في النهاية.

(٦) الفروع : ج ٧ كتاب الوصايا ، باب الوصية لأمهات الأولاد ، الحديث ٤ .

أقول : تفضيل الأعمام على الأخوال كالميراث في الوصية مذهب الشيخ في النهاية ^(١) والقاضي ^(٢) وأبي علي ^(٣) والتسوية مذهب ابن إدريس ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).
احتج الشيخ بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث ^(٧) ووردت هذه بطرق ، فالشيخ رواها بطريق وقع فيه سهل بن زياد ^(٨) والصدوق رواه في الصحيح ^(٩) ومحمد بن يعقوب رواها في الحسن ^(١٠)

احتج العلامة بأصالة التسوية ، وبأنها ثابتة في الأولاد الذكور والإناث ، وحمل

-
- (١) النهاية : باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق والحج ص ٦١٤ س ٨ قال : وإذا أوصى الإنسان بشيء لأعمامه وأخواله كان لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث.
- (٢) لم نعثر عليه في المهذب والجواهر ، وفي المختلف : في الوصايا ص ٦٠ س ٣٣ بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : وتبع الشيخ ابن البراج.
- (٣) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٠ س ٣٣ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : ورواها ابن الجنيد.
- (٤) السرائر : باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق ص ٣٨٩ س ٢١ قال : والذي يقتضيه مذهبنا ان لكل واحد من أحواله مثل كل واحد من أعمامه.
- (٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٦) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٠ س ٣٣ قال بعد نقل قول ابن إدريس : وهو المعتمد ، لنا أصالة التسوية إلخ.
- (٧) التهذيب : ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة ، ص ٢١٤ الحديث ٢٢ وسند الحديث «سهل بن زياد عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن زرارة».
- (٨) التهذيب : ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة ، ص ٢١٤ الحديث ٢٢ وسند الحديث «سهل بن زياد عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن زرارة».
- (٩) الفقيه : ج ٤ (١٠٣) باب الوصية للأقرباء والموالي ص ١٥٤ الحديث ١ وسند الحديث «روى الحسن بن محبوب عن علي بن رثاب عن زرارة».
- (١٠) الفروع : ج ٧ ، باب من أوصى لقربائه ومواليه ، ص ٤٥ الحديث ٣ وسند الحديث «عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد ، وعلى بن إبراهيم عن أبيه ، جميعا عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن زرارة».

وإذا أوصى لقربته ، فهم المعروفون بنسبة ، وقيل : لمن يتقرب إليه بآخر أب في الإسلام. ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد والآباء ، والقول في العشيرة والجيران ، والسبيل ، والبرّ والفقراء كما مرّ في الوقف.

الرواية على كون المراد انه جعله بينهم على كتاب الله ^(١).

قال طاب ثراه : وإذا أوصى لقربته ، فهم المعروفون بنسبة. وقيل : لمن يتقرب إليه بآخر أب وأمّ في الإسلام.

أقول : في تفسير القرابة ثلاثة أقوال :

(أ) أنّهم المعروفون بنسبة ، سواء كانوا ورثا ، أو لا ، وهو مذهب الشيخ في الكتابين ^(٢). وبه قال ابن إدريس ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) حملا للفظ على المعنى العربي عند تجرده عن الوضع الشرعي ، كما هو عادة الشرع فيما لم يضع له حقيقة ، كالقبض والإحياء.

(ب) أنّهم جميع ذوي نسبه الراجعين الى آخر أب وأمّ في الإسلام بالسوية ، قاله المفيد ^(٦) وقال في الخلاف : ولم أجد به نصا ، ولا عليه دليلا مستخرجا ، ولا له

(١) تقدم آنفا.

(٢) المبسوط : ج ٤ كتاب الوصايا ص ٤٠ س ٦ قال : ان هذه الوصية للمعروفين من أقرابه في العرف الى أن قال : سواء كان وارثا أو غير وارث ، وفي الخلاف ، كتاب الوصايا ، في الوصية لأقربائه ، مسألة ٢٤.

(٣) السرائر : باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق ، ص ٣٨٩ س ٢٧ قال : وإذا أوصى فقال : أعطوا ثلثي لقربتي الى أن قال : فهذه الوصية للمعروفين من أقرابه في العرف إلخ.

(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٥) المختلف : في الوصايا ص ٥٥ س ٣٠ قال : والمعتمد قول الشيخ في الخلاف والمبسوط حملا للفظ على المعنى العربي إلخ.

(٦) المقنعة : باب الوصية المبهمة ص ١٠٢ س ٢٣ قال : وإذا وصى الإنسان بثلث ماله لقربته الى أن قال : الى آخر أب له وأمّ في الإسلام.

وإذا مات الموصى له قبل الموصي ، انتقل ما كان الى ورثته ما لم يرجع الموصي على الأشهر. ولو لم يخلف وارثا رجعت إلى ورثة الموصي. وإذا قال : أعطوا فلانا دفع اليه يصنع به ما شاء.

شاهدا^(١).

(ج) إنهم من تقرب اليه من جهة والده أو والدته ، قاله أبو علي ، قال : ولا اختار ان يتجاوز بالتعرف الأب الرابع ، لأن النبي صلى الله عليه وآله لم يتجاوز ذلك في تعرفه سهم ذوي القربى من الخمس^(٢).

قال طاب ثراه : وإذا مات الموصى له قبل الموصي ، انتقل ما كان للموصى له الى ورثته ما لم يرجع الموصي على الأشهر.

أقول : مختار المصنف هو المشهور ، وهو خيرة المفيد^(٣) ورواه الصدوق^(٤) وقال أبو علي : يبطل الوصية^(٥) واختاره العلامة في المختلف^(٦) وعلى الأول أكثر الأصحاب وجزم به العلامة في المعتمد^(٧).

احتج المفيد برواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر ، والموصى له غائب ، فتوفي الذي

(١) الخلاف : كتاب الوصايا ، مسألة ٢٤ قال : وليس لأصحابنا فيه نص عن الأئمة عليهم السلام.

(٢) المختلف : في الوصايا ص ٥٥ س ٢٧ قال : وقال ابن الجنيد : كانت لمن تقرب اليه من جهة ولده أو والديه الى أن قال : ولا اختار إلخ.

(٣) المقنعة : باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصى ، ص ١٠٣ س ٥ قال : كان ما وصى به راجعا على ورثته إلخ.

(٤) المقنعة : باب الوصايا ص ١٦٦ س ٢ قال : فإن الوصية لو ارث الذي أوصى له إلخ.

(٥) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٥ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيد : الى أن قال : وان مات أحدهم قبل موت الموصى بطل سهمه ، ثم قال : ولا بأس بهذا القول عندي إلخ.

(٦) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٥ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيد : الى أن قال : وان مات أحدهم قبل موت الموصى بطل سهمه ، ثم قال : ولا بأس بهذا القول عندي إلخ.

(٧) لم تطفر على كتابه المعتمد.

الرابع : في الأوصياء ويعتبر التكليف والإسلام ، وفي اعتبار العدالة تردّد ، أشبهه أنها لا تعتبر ، أمّا لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته.

أوصى له قبل الموصي ، قال : الوصية لوارث الذي أوصى له ، قال : ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصى ، فالوصية لوارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته ^(١) وبأن القبول حق للمورث ، فتثبت للوارث ، كخيار الرد بالعيب.

احتجّ العلامة بأن الوصية عقد تفتقر إلى إيجاب وقبول ، وقد بينا ان القبول المنعقد به هو الذي يقع بعد الوفاة ، فصار الموت حينئذ العبرة به ^(٢) ويؤيده ما رواه أبو بصير ومحمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي ، قال : ليس بشيء ^(٣) ومثلها رواية منصور بن حازم في الموثق عنه عليه السلام ^(٤) وأجاب عما تمسك به المفيد : بأنّ محمد بن قيس مجهول ، وما تمسك هو به أصحّ طريقاً ، وخيار العيب حق استقرّ للمورث فانتقل الى وارثه بخلاف القبول الذي هو جزء السبب ، فهو كقبول البيع ، والأول هو المشهور بين الأصحاب وعليه فخر المحققين ^(٥).

قال طاب ثراه : ويعتبر التكليف والإسلام ، وفي اعتبار العدالة تردّد ، أشبهه أنها لا تعتبر ، أمّا لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته.

(١) الفروع : ج ٧ كتاب الوصايا ، باب من اوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصى ، ص ١٣ الحديث ١ .
(٢) هكذا في النسخ المخطوطة الموجودة عندي ، وفي المختلف هكذا : «فصار الموت حينئذ لا عبرة به» لاحظ ص ٦٥ . في الوصايا س ٢٤ .

(٣) الاستبصار : ج ٤ كتاب الوصايا ، باب الموصى له يموت قبل الموصي ، ص ١٣٨ الحديث ٤ .

(٤) الاستبصار : ج ٤ كتاب الوصايا ، باب الموصى له يموت قبل الموصي ، ص ١٣٨ الحديث ٥ .

(٥) الإيضاح : ج ٢ ، في الوصايا ص ٤٧١ س ٧ قال : ولو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية هذه عبارة القواعد ، ولم يعلق عليه شيئاً في الإيضاح.

ولا يوصى الى المملوك إلا بإذن مولاه. ويصحّ إلى الصبي منضمّا إلى كامل ، لا منفردا ، ويتصرّف الكامل حتى يبلغ الصبي ، ثمّ يشتركان ، وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه. ولا تصح الوصية من المسلم الى الكافر ، وتصح من مثله. وتصح الوصية إلى المرأة.

أقول : هنا مسألتان :

(أ) اشتراط العدالة ابتداء مذهب الشيخين في المبسوط ^(١) والمقنعة ^(٢) وبه قال ابن حمزة ^(٣) والقاضي ^(٤) وسالار ^(٥) وجزم به العلامة في المعتمد ^(٦) واستقر به في القواعد ^(٧) وهو مذهب الشهيد ^(٨) واضطرب ابن إدريس ، فاعتبرها في أول بحثه ، لأنها أمانة فلا مناط بالفاسق ، ثمّ قال بعد ذلك : والذي يقتضيه أصول مذهبنا ويشهد به أصولنا ورواياتنا أنّ العدالة في الوصي ليست شرطا في صحة الوصية

- (١) المبسوط : ج ٤ ص ٥١ س ٣ قال : لا تصح الوصية الا الى من جمع صفات خمسة الى أن قال : والعدالة.
- (٢) المقنعة : باب الأوصياء ص ١٠١ س ١٥ قال : وينبغي أن يكون الوصي عاقلا مسلما عدلا الى أن قال : ولا الى الفاسق إلخ.
- (٣) الوسيلة : في بيان أحكام الوصية ، ص ٣٧٣ س ٣ قال : واما من يصح أن يوصى اليه الى أن قال : والعدالة.
- (٤) المهذب : ج ٢ ، باب الأوصياء ص ١١٦ س ٣ قال : فليوص الى رجل مسلم عاقل مأمون حكيم الى أن قال : ولا كافر ولا فاسق إلخ.
- (٥) المراسم : ذكر أحكام الوصية ص ٢٠٢ س ٣ قال : وتطلب في الأوصياء العدالة والعقل والحجى إلخ.
- (٦) لم نظفر على كتابه.
- (٧) القواعد : الرابع الوصي ص ٣٥٣ قال : الرابع العدالة وفي اعتبارها خلاف ، الأقرب ذلك.
- (٨) الدروس : كتاب الوصايا ص ٢٤٧ س ٢٠ قال : ورابعها العدالة ، والمشهور اعتبارها فتبطل الوصية إلى الفاسق.

ولو أوصى الى اثنين وأطلق ، أو شرط الاجتماع ، فليس لأحدهما الانفراد ، ولو تشاحا لم يمض إلا ما لا بد منه ، كمثونة اليتيم ، وللحاكم

اليه ، وانما ذلك مستحب ، لا شرط في الصحة ، للإجماع على جواز إيداع الفاسق ، وهي أمانة ، فكذا الوصية^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة في المختلف^(٣) لأنها نيابة فيتبع اختيار المنوب ، وله قول آخر في القواعد باعتبارها فيما يعتبر فيه الأمانة ، كالولاية على اليتيم والتفرقة على المساكين^(٤).

(ب) اشتراط استدامتها على تقدير حصولها ابتداء ، ثم يطرد الفسق فهل يبطل وصيته؟ فمن قال باعتبارها ابتداء ، أبطل الوصية هنا لفوات شرط الوصية ، ومن لم يقل باعتبارها ابتداء ، أبطل به هنا ، لأنه ربما كان الركون إليه بالإيصاء في الابتداء وثوقا بعدالته ، وقد زالت ، ولا تعود ولايته. لو عادت العدالة ، لزوالها شرعا ، وهو إجماع الا من ابن إدريس ، فإنه قال : الأصل صحة الوصية ، ولان القول ببطلانها تبديل وهو حرام^(٥) مع انه قال في كتاب الوصايا : فان مات أو فسق أقام الحاكم مقامه من يراه^(٦).

قال طاب ثراه : ولو أوصى الى اثنين وأطلق ، أو شرط الاجتماع ، فليس لأحدهما الانفراد.

(١) السرائر : باب الأوصياء ، ص ٣٨٤ س ٤ قال : ولا يصح الوصية إلا الى من جمع صفات خمسة الى أن قال : والعدالة إلى قوله : فكذا الوصية.

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٣) المختلف : في الوصايا ص ٦٢ س ٣٤ قال : والأقرب عدم الاشتراط ، لأنها نيابة فتتبع اختيار المنوب كالوكالة.

(٤) السرائر : باب الأوصياء ، ص ٣٨٤ س ١٣ قال : وان كان تغير حاله بفسق الى أن قال : والأصل صحة الوصية اليه والاعتماد عليه إلخ.

(٥) السرائر : باب الوصايا ، ص ٣٨٣ س ١٦ قال : فان مات أو فسق أقام مقامه من يراه لذلك أهلا.

جبرهما على الاجتماع ، فان تعذر جاز الاستبدال ، ولو التمسا القسمة لم يجز ، ولو عجز أحدهما ضم اليه . أما لو شرط لهم الانفراد ، تصرف كل واحد منهما ، وان انفرد ، ويجوز ان يقتسما . وللموصى تغيير الأوصياء وللموصى إليه ردّ الوصية ، ويصح ان بلغ الردّ ، ولو مات الموصى قبل بلوغه لزمّت الوصية . وإذا ظهر من الوصيّ خيانة استبدل به ، والوصي أمين لا يضمن الاّ مع تعدّد أو تفريط ، ويجوز ان يستوفي دينه ممّا في يده ، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه ، وأن يقترضه إذا كان مليئاً ، وتختص ولاية الوصي بما عين له الموصي عموماً كان أو خصوصاً .

أقول : إذا أوصى الى أكثر من واحد ، فإما أن يطلق أو ينصّ على الاجتماع ، أو الانفراد ، فما نصّ عليه اتبع ، ويجوز خلافه من الانفراد الى الاجتماع ، دون العكس . وان أطلق فالمشهور وجوب الاجتماع في كل تصرف ، وعليه الشيخ في المبسوط ^(١) وبه قال ابن حمزة ^(٢) وابن إدريس ^(٣) والفقيه ^(٤) والتقي ^(٥) واختاره

(١) المبسوط : ج ٤ ص ٥٤ س ٩ قال : الثالث إذا أطلق فقال : أوصيت إليكما فإن الحكم في هذا الفصل كالحكم في الفصل الثاني ، إذا أوصى إليهما ونهى كل واحد منهما أن يتصرف وينفرد بتصرفه إلخ .

(٢) الوسيلة : في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٣ س ١٧ قال : أو أطلق القول الى أن قال : لا يكون لأحدهما الاستبداد بالأمر إلخ .

(٣) السرائر : باب الأوصياء ، ص ٣٨٤ س ١٩ قال : أما أن يطلق الوصية إليهما أو يقيد بها الى أن قال : لم يكن لكل منهما الاستبداد إلخ .

(٤) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٤ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط : وقال الشيخ علي بن بابويه : ما يقارب هذا فقال : إذا أوصى رجل الى رجلين الى أن قال : والمعتمد الأول ، لنا انه شرك بينهما فلم يكن لأحدهما الانفراد إلخ .

(٥) الكافي : فصل في الوصية ص ٣٦٦ س ٥ قال : فان كانا اثنين فما زاد لم يجز لأحدهما التفرد

المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) وأجاز في النهاية الانفراد الا مع شرط الاجتماع ^(٣) وتبعه القاضي ^(٤).

فالحاصل أنّ الإطلاق كنص الاجتماع في المشهور ، وكنص الانفراد عند القاضي والنهاية.

فروع

(أ) لو تشاحا بالاجتماع وأبيا لم يعض تصرف أحدهما إلّا في الضروري كمثونة اليتيم ، وعلف دوابّه ، وإحراز ماله ، وعلى الحاكم جبرهما على الاجتماع. وقال التقي : يرد الناظر إلى أعلمهم إذا كان أقوى ^(٥) ، وتبعه الباقر. واستشكله العلامة من حيث اشتماله على تخصيص أحدهم بالنظر وقد منع منه الموصي ^(٦).

بشيء من النظر إلخ.

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٤ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط : وقال الشيخ علي بن بابويه : ما يقارب هذا فقال : إذا أوصى رجل الى رجلين الى أن قال : والمعتمد الأول ، لنا انه شرك بينهما فلم يكن لأحدهما الانفراد إلخ.

(٣) النهاية : باب الأوصياء ص ٦٠٦ س ١٣ قال : وان لم يكن الموصى قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما ان يستبد بما يصيبه إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ باب الأوصياء ، ص ١١٦ س ١١ قال : وان وصّى إلى اثنين بالغين ولم يجعل عليهما تنفيذ الوصية على الاجتماع الى قوله : لكان لكل واحد منهما الاستبداد بما يصيبه إلخ.

(٥) الكافي : فصل في الوصية ، ص ٣٦٦ س ٦ قال : فان تشاحوا ردّ الناظر في المصالح ، الأمر في التنفيذ الى أعلمهم به وأقواهم فيه.

(٦) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٤ س ٣٤ قال : وفيه اشكال ، من حيث انه تخصيص أحدهم بالنظر فيه وقد منعه الموصي من ذلك.

ويأخذ الوصي أجره المثل ، وقيل : قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة.

(ب) للحاكم الاستبدال إذا تعدّر الاجتماع ، أو رآه أصلح. وهل يجب التعدد في منصوب القاضي؟ يحتمل ذلك ، لأنّ الموصى لم يرض برأي واحد ، ويحتمل عدمه ، لتمخّض الولاية للحاكم ، فالمنصوب في الحقيقة أمين الحاكم ، ونصّ الشهيد على الأخير^(١).

(ج) لو أذن أحدهما لصاحبه في التصرف في صورة الاجتماع ، الظاهر جوازه إن جوّزناه للموصي التوكيل فيما له فعله ، وفرق بين هذه الصورة وبين القسمة ، فإنّ في القسمة يقع من أحدهما تصرفات لا يعلم بها الآخر ، فيحصل استبداد الواحد بالرأي في التصرف ، بخلاف صورة النزاع ، فإنّ التقدير أنّ أحدهما أذن للآخر في تصرف معيّن ، لعلمه بكفايته فيه ، فكان التصرف واقعا بنظرهما معا.

(د) لو نهما عن الانفراد ، يحتمل عدم تنفيذ الضروري ، لنصّ الموصي على عدمه ، بل يرفع الأمر فيه إلى الحاكم.

(هـ) يجوز التعدّد في الإيصاء ، ترتيبا ، كأوصيت إلى زيد ، فان مات أو ردّ فإلى عمرو ، أو إن بلغ الطفل رشيدا فإليه.

(و) لو عجز أحد الوصيين ، أو فسق ضم الحاكم اليه معينا ، ولو مات احتمل قويا وجوب الضمّ ، لأنه لم يرض برأيه وحده ، ويحتمل عدمه ، لأنه لا عرضة للحاكم مع وجود وصي.

قال طاب ثراه : يأخذ الوصي أجره المثل ، وقيل : قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة.

(١) الدروس : كتاب الوصايا ، ص ٢٤٨ س ١٤ قال : ولا يشترط مع عزلهما تعدّد منصوب الحاكم ، بل لو نصب واحدا جاز إذا كان فيه كفاية.

أقول : الأول اختيار المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) وجزم به الشهيد ^(٣). والثاني اختيار الشيخ في النهاية ^(٤) وبه قال ابن إدريس ^(٥) ، وقال في المبسوط والتبيان له أقل الأمرين ^(٦) .^(٧)

هذا مع الحاجة ، واما مع الغنا فليستعفف. وهل هذا الاستعفاف على سبيل

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) التحرير : في الأوصياء ، ص ٣٠٤ (ك) قال : يجوز أن يجعل للوصي جعلاً ، ويجوز لمن يتولى أموال اليتامى أن يأخذ أجرة المثل.

(٣) الدروس : كتاب الوصايا ص ٢٤٩ س ١٧ قال : ويجوز أن يوصي اليه يجعل الى أن قال : ولو لم يجعل فيه اجرة المثل عن عمله.

(٤) النهاية : باب التصرف في أموال اليتامى ص ٣٦١ س ٩ قال : فمن كان ولياً الى ان قال : جاز له حينئذ أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته.

(٥) السرائر : باب التصرف في أموال اليتامى ص ٢٠٥ س ٣١ قال : فمن كان ولياً أو وصياً الى أن قال : جاز له أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته.

(٦) المبسوط : ج ٢ ، كتاب البيوع ، فصل في تصرف الولي في مال اليتيم ، ص ١٦٣ س ١٢ قال : الولي إذا كان فقيراً الى قوله : أقل الأمرين إلخ.

(٧) مع ان ما قال ابن إدريس في السرائر : ص ٢٠٥ باب التصرف في أموال اليتامى ، س ٣٣ ما لفظه : «وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان ومسائل الخلاف له أقل الأمرين إلى آخره» وقال العلامة في المختلف : في كتاب التجارة ص ١٦٧ س ١١ ما لفظه «وقال في الخلاف والتبيان : له أقل الأمرين ، ان كانت كفايته أقل من اجرة المثل فله قدر الكفاية دون الأجرة ، وان كانت اجرة المثل أقل من كفايته فله الأجرة دون الكفاية» ولكن ما عثرت عليه في التبيان على خلاف ذلك ، وهو الحكم بان له أجرة المثل ، لاحظ ج ٣ ص ١١٩ س ١٤ عند تفسيره الآية ٦ من سورة النساء قال : والظاهر في أخبارنا ان له اجرة المثل سواء كان قدر كفايته أو لم يكن ، وفي ص ١٢٥ عند تفسيره الآية ١٠ من تلك السورة س ٢٠ قال : وانما علق الله تعالى الوعيد في الآية لمن يأكل أموال اليتامى ظلماً ، لأنه قد يأكله على وجه الاستحقاق ، بأن يأخذ منه اجرة المثل على ما قلناه ، أو يأكل منه بالمعروف على ما فسرناه إلخ فتأمل ولعل الله يحدث بعد ذلك امراً.

وإذا اذن له في الوصية جاز ، ولو لم يأذن فقولان : أشبههما أنه لا يصح.
ومن لا وصى له فالحاكم وصى تركته.

الوجوب أو الندب؟ ابن إدريس على الأول ^(١) والشيخ ، وابن الجنيد ، والعلامة على الثاني ^(٢) ^(٣) ^(٤) لأنّ لفظ الاستعفاف تؤذن بالندبية.

قال طاب ثراه : وان أجاز له في الوصية جاز ، ولو لم يأذن فقولان : أشبههما انه لا يصحّ.

أقول : إذا نصّ الموصي على الإيضاء لا شك في جوازه ، وإذا نصّ على عدمه لا شك في منعه.

وانما البحث على الإطلاق ، فهل يجوز أن يوصى من حيث أنّه ملك ولاية يمتلك الإيضاء بها؟ أم لا؟ من حيث أنه تصرف ولم يؤذن فيه ، ويفتقر التصرف في حق الغير الى صريح الاذن. الشيخ في النهاية على الأول ^(٥) وبه قال القاضي ^(٦)

(١) السرائر : باب التصرف في أموال اليتامى ، ص ٢٠٥ س ٣٦ قال : فان كان غنيا فلا يجوز له أخذ شيء من أموالهم.

(٢) النهاية : باب التصرف في أموال اليتامى ، ص ٣٦٢ س ١٩ قال : فان نقص نفسه كان له في ذلك فضل وثواب ، وان لم يفعل كان له المطالبة باستيفاء حقه من اجرة المثل إلخ.

(٣) المختلف : كتاب التجارة ، ص ١٦٧ س ١٦ قال وقال : ابن الجنيد الى أن قال : والموسر أحب إلينا من المحتاج ، ويكون للمحتاج من الأجرة على قدر قيامه لا على قدر حاجته ، الى أن قال العلامة بعد أسطر : وقوله تعالى «وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ» لا اشعار فيه بالوجوب ، بل يدلّ بمفهومه على الأولوية.

(٤) المختلف : كتاب التجارة ، ص ١٦٧ س ١٦ قال وقال : ابن الجنيد الى أن قال : والموسر أحب إلينا من المحتاج ، ويكون للمحتاج من الأجرة على قدر قيامه لا على قدر حاجته ، الى أن قال العلامة بعد أسطر : وقوله تعالى «وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ» لا اشعار فيه بالوجوب ، بل يدلّ بمفهومه على الأولوية.

(٥) النهاية : باب الأوصياء ، ص ٦٠٧ س ٦ قال : وإذا حضر الوصي الوفاة وأراد أن يوصي الى غيره ، جاز له أن يوصي اليه إلخ.

(٦) المهذب : ج ٢ باب الأوصياء ، ص ١١٧ س ١٩ قال : ومن كان وصيا لغيره وحضرته الوفاة وأراد أن يوصي الى غيره جاز له أن يوصي إلخ.

الخامس : في الموصى به ، وفيه أطراف :

(الأول) في متعلق الوصية ، ويعتبر فيه الملك ، فلا تصح بالخمير ، ولا بآلات اللهو ، ويوصى بالثلث فما نقص. ولو أوصى بزيادة عن الثلث صحّ في الثلث وبطل الزائد ، فإن أجاز الورثة بعد الوفاة صحّ. وإن أجاز بعض صحّ في حصّته ، وإن أجازوا قبل الوفاة ، ففي لزومه قولان ، المروي : اللزوم. ويملك الموصى به بعد الموت.

وأبو علي ^(١). والمفيد على الثاني ^(٢) وبه قال ابن إدريس ^(٣) والتقي ^(٤) وعليه المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦) لأنّ ولايته تتبع اختيار الموصي ، وهو مقصور عليه ، فالتخطي مناف لمقتضى الوصية ، فيكون تبديلا.

قال طاب ثراه : وإن أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ، المرويّ : اللزوم.

أقول : اللزوم مذهب الشيخ ^(٧) وابن حمزة ^(٨) وأبي علي ^(٩) واختاره

(١) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٣ س ١٠ قال : ويجوز الإيصاء قال ابن الجنيد.

(٢) المقنعة : باب الوصي يوصي الى غيره ، ص ١٠٢ س ٢٦ قال : وليس للوصي ان يوصي الى غيره الا أن يشترط ذلك الموصي إلخ.

(٣) السرائر : باب الأوصياء ص ٣٨٤ س ٢٩ قال بعد نقل قول المفيد في المقنعة : وهذا الذي اختاره وأعمل عليه وافتي به.

(٤) الكافي : فصل في الوصية ص ٣٦٦ س ٨ قال : ولا يجوز للوصي أن يوصي الى غيره الا أن يجعل له الموصي.

(٧) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٥) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٣ س ١٦ قال بعد نقل قول المفيد وأبي الصلاح وابن إدريس : وهو المعتمد.

(٦) النهاية : باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ، ص ٦٠٨ س ١٨ قال : فإن وصى بأكثر من الثلث ورضي به الورثة الى أن قال : لا في حال حياته ولا بعد وفاته.

(٨) الوسيلة : فصل في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٥ س ١٠ قال : فإن أوصى بأكثر من الثلث الى أن قال : وإن رضوا به في حال حياته كان لهم الرجوع بعد وفاته!! وقيل : لم يكن لهم ذلك.

(٩) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٢ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ : وافتي به أبو علي بن

المصنف ^(١) والعلامة ^(٢).

وعدمه مذهب المفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤) وابن إدريس ^(٥). وأطلق الحسن لزومها مع الإجازة ، ولم يعين قبل الموت أو بعده ^(٦).
احتج الأولون بوجوه :

(أ) عموم قوله تعالى «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» ^(٧).

(ب) أنّ الردّ حق للورثة ، فاذا رضوا بالوصية سقط حقهم ، كما لو رضي المشتري بالعيب.

(ج) ان الأصل عدم اعتبار اجازة الوارث ، لكون الوصي متصرفا في ملكه ، غايته انه منع الزيادة على الثلث إرفاقا بالوارث ، فإذا رضي زال المانع.

(د) أنّ المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة ، فهو له مع البرء ، ولهم مع الموت ، فان كان للموصي ، فقد أوصى به ، وان كان لهم فقد أجازوه.

الجنيد ، ثمّ قال : والمعتمد قول الشيخ إلخ.

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٢ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ : وافتي به أبو علي بن الجنيد ، ثمّ قال : والمعتمد قول الشيخ إلخ.

(٣) المقنعة : باب الوصية بالثلث أو أقل أو أكثر ص ١٠١ س ٢٦ قال : فإن وصّى موص بالنصف الى ان قال : فان أمضوه في الحياة كان لهم الرجوع فيه بعد الموت.

(٤) المراسم : ذكر أحكام الوصية ص ٢٠٣ س ١٠ قال : فإن أمضى الورثة في حياة الموصي ما زاد على الثلث جاز لهم الرجوع فيه بعد الوفاة.

(٥) السرائر : باب الوصية ، ص ٣٨٥ س ١٤ قال : فإذا أجازت ما فوق الثلث قبل الموت كان لها ردّها بعد الموت.

(٦) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٢ س ١٧ قال : وابن أبي عقيل أطلق إلخ.

(٧) النساء : ١١.

وتصحّ الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصغر.

(هـ) صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١) وحسنة محمد بن مسلم عنه عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود ، فأجازوا ذلك ، فلما مات الرجل نقضوا الوصية ، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ قال : ليس لهم ذلك ، الوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته ^(٢) وفي معناها روايات أخر.

وادّعى الشيخ الإجماع.

احتجّ الآخرون بأنها أجازته فيما لا يستحقونه ، فلا يلزمهم ، وهو مردود.

قال طاب ثراه : وتصحّ الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصغر.

أقول : هذه المسألة يوردها المصنّفون في المضاربة وفي كتاب الوصية ، وتحقيق البحث فيها أن نقول : موضوع المسألة في كتب الفقه ، وما ورد به النص : هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصيا ويأذن له في الإبتجار بمالهم ، ويجعل له نصيبا من الربح معلوما كالنصف مثلا ، فهل يعضى ذلك؟ أم لا؟ قال الشيخ في النهاية : نعم ^(٣) وتبعه القاضي ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

واحتجوا بما رواه خالد بن بكر الطويل قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة ، فقال : يا بني اقبض مال إخوتك الصغار ، واعمل به ، وخذ نصف الربح ، وأعطهم النصف ، وليس عليك ضمان ، إلى أن قال : فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام

(١) الفروع : ج ٧ ، كتاب الوصايا ، ص ١٢ باب. الحديث ١ وذيله.

(٢) الفروع : ج ٧ ، كتاب الوصايا ، ص ١٢ باب. الحديث ١ وذيله.

(٣) النهاية : باب الأوصياء ، ص ٦٠٨ س ١ قال : وإذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر بها ويأخذ نصف الربح ، كان جائزا.

(٤) المهذب : ج ٢ «الإيصاء للحاضر والغائب» ص ١١٨ س ٨ قال : وإذا أمر الإنسان وصيه الى قوله ويتجر لهم بما وله على ذلك نصف الربح.

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٦) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٣ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ : والوجه ما قاله الشيخ عملا بالرواية المناسبة للأصول إلخ.

فقصصت عليه قصتي ، فقال عليه السّلام : أمّا فيما بينك وبين الله عزّ وجلّ فليس عليك ضمان ^(١) وعن محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم ، فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ويكون الريح فيما بينهم وبينه ، فقال : لا بأس ، من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك ، وهو حيّ ^(٢).

قال ابن إدريس : أورد ذلك شيخنا في نهايته ، ألا أنّ الوصية لا تنفذ إلّا في ثلث ما كان يملكه الميّت قبل موته ، والريح تحدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته ، وقوله فيه وفي الرواية نظر ^(٣) وظاهر هذه العبارة يعطى بطلان الوصية ، والأوّل هو المشهور.

واعلم أن هذه المسألة يختلف ألفاظ الفقهاء في التعبير عنها ، فقال العلامة في القواعد : ولو جعل المريض للعامل من الريح ما يزيد عن اجرة المثل لم يحتسب الزائد من الثلث ، إذ المتقيد بالثلث ، التفويت ، وليس حاصلًا هنا ، لانتفاء الريح حينئذ ^(٤) وقال المصنف في الشرائع : لو دفع قراضا في مرض الموت وشرط ربحها صحّ ، وملك العامل الحصة ^(٥).

وهاتان العبارتان من الكتابين في كتاب المضاربة منهما ، وقد عرفت ان أصل المسألة وموضوعها ما قدمناه : من كون العامل هو الوصيّ والورثة أطفال ، وان أردت التفريع عليها تتعدد بها عن هذه الصورة إلى غيرها على ما تقتضيه الأصول الفقهيّة ،

(١) الفروع : كتاب الوصايا باب النوادر ، ص ٦١ الحديث ١٦ .

(٢) الفروع : كتاب الوصايا ، ص ٦٢ الحديث ١٩ .

(٣) السرائر : باب الأوصياء ، ص ٣٨٤ س ٣٤ قال : أورد ذلك شيخنا في نهاية ، ألا أنّ الوصية إلخ.

(٤) القواعد : في القراض ، ص ٢٤٥ س ١٠ قال : ولو شرط المريض للعامل إلخ.

(٥) الشرائع : كتاب المضاربة ، الثالث في الريح قال : ولو دفع قراضا في مرض الموت إلخ.

فليتصور ذلك في فروع :

(أ) لو كان الورثة كبارا لا تولي عليهم وأوصى بالمضاربة بما لهم ، لم ينفذ الوصية ، سواء كان الموصى له معينا أو مجهولا ، كما لو أوصى بالولاية عليهم ، وفرق بينه وبين الوصية بالثلث ، لأنه قصد في الثاني تملك الموصى له ، فيحتمل من متن المال ، وقد أجاز الشارع له ذلك ، وهنا لم يقصد تملكه من متن المال شيئا ، بل الوصية في الحقيقة بالولاية على مال الغير ، وهو غير جائز.

(ب) لو كان الورثة صغارا وأوصى إلى الوصي بأن يخرج مضاربة إلى الغير ، والموصى له غير معين ، فيحتمل البطلان هنا ، لأنها وصية لمجهول ، ويحتمل الصحة ، فإن كان القدر معينا وهو بقدر الثلث فما دون ، أخرج الى ثقة ، ويكفي فيه المعاملة الواحدة ، بأن يشتري العامل ويبيع ، لحصول الامتثال بذلك ، وإن كان أكثر من الثلث رد إليه ، لأنه في مظنة التعرير بالمال والمخاطرة به ، فاعتبر الثلث.

(ج) كان الورثة صغارا ، والموصى له معين ، فيجب دفع المقدار اليه ، ولا يعتبر خروجه من الثلث ، ويجب تركه عند الموصى له حتى يبلغ الطفل ، وكان الموصى له في الحقيقة وصيا خاصا في هذا المبلغ المعين ، ويتصرف بهذا النوع المعين من التصرف ، قال المصنف في الشرائع ، ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه وبين الورثة نصفان ، صح ، وربما اشترط كونه قدر الثلث فأقل^(١).

(د) لو دفع المريض قراضا معجلا ، كان ماضيا من الأصل ، ولا يعتبر خروجه من الثلث ، ولا خروج ربحه.

(١) الشرائع : كتاب الوصايا ، الثالث في الموصى به ، وفيه أطراف ، الأول ، قال : ولو أوصى الى إنسان بالمضاربة إلخ.

ولو أوصى بواجب وغيره ، اخرج الواجب من الأصل والباقي من الثلث ، ولو حصر الجميع في الثلث بدأ بالواجب ولو اوصى بأشياء تطوعا ، فإن رتبته بدأ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد ، وإن جمع أخرجت من الثلث ووَزَّعَ النقص وإذا أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك.

أمّا الأول : فلأنّ المريض لا يمنع من التصرف في عين ماله بغير الإتلاف والمحابة ، فلو عارض بمجموع تركته بثمن المثل نفذ ، وها هنا لم يتصرف بإتلاف المال ، بل تصرف بأمر ربّما كان سببا في زيادة المال.

وأمّا الثاني : فلأنّ على المريض والميت من الثلث إنما هو ما يصادف المال الموجود ، وهذا ليس بموجود ، ولهذا لا يمنع المريض من قبول هبة أبيه وينعتق عليه حين ملكه ، وإن لم يملك غيره ، لعدم التفويت على الورثة.

وإنما طولنا الكلام في هذه المسألة ، لأنها موضوع اشتباه.

قال طاب ثراه : ولو اوصى بأشياء تطوعا ، فإن رتبته بدأ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد ، وإن جمع أخرجت من الثلث ووَزَّعَ النقص.

أقول : معنى الترتيب هنا أن يذكروا واحدا بعد واحد بحرف العطف ، وإن لم يكن الحرف مقتضيا للترتيب كالفاء وثمّ ، بل الواو أيضا مرتب وإن لم يقتضي الترتيب ، عند محققي الأصوليين. ومعنى الجمع أن يقول : رقابا ، أو أعتقوا عبيدي ، أو أعطوا كل واحد من فلان وفلان كذا ، أو أعطوا الجماعة الفلانية كذا وكذا دينارا يقسمونها بينهم.

لأنّ حمران سأل الباقر عليه السلام عن رجل أوصى عند موته : أعتقوا فلانا وفلانا وفلانا حتى ذكر خمسة ، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة الممالك الذين أمر بعقهم؟ قال ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعقهم فيقومون وينظر الى ثلثه ،

(الثاني) في المبهمة : من أوصى بجزء من ماله ، كان العشر ، وفي رواية السبع ، وفي أخرى سبع الثلث.

فيعتق منه أول من سمّاه ثمّ الثاني ثمّ الثالث ثمّ الرابع ثمّ الخامس ، فان عجز الثلث كان ذلك في الذين سمّاهم آخرا ، لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ولا يجوز له ذلك ^(١) ، وقال ابن حمزة : إن أوصى لواحد بعد واحد ، لم تخل من وجهين ، إمّا عطف الثاني بحرف العطف ، أو أوصى بكرة لواحد ، وضحوه لآخر ، أو غدا فالأول إن خرج الجميع من الثلث استحقوه ، وإن لم يخرج قدم الأول فالأول حتى يستوفي الثلث ، وإن اشتبه أخرج بالقرعة ، والثاني إن أخرج من الثلث استحق الجميع ، وإن لم يخرج قدم الأخير ، والأول هو المشهور.

قال طاب ثراه : من أوصى بجزء من ماله كان العشر ، وفي رواية السبع ، وفي أخرى سبع الثلث.

أقول : هنا ثلاث روايات :

(أ) العشر ، وهو في صحيحة عبد الله بن سنان ، قال : ان امرأة أوصيت إليّ ، وقالت : ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلانة ، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى ؟ فقال : ما أرى لها شيئا ، ما أدري ما لجزء ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة ، وما قال ابن أبي ليلى ، فقال : كذب ابن أبي ليلى ، لها عشر الثلث ، ان الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام وقال له «اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا» ^(٢) وكانت الجبال عشرة ، فالجزء هو العشر من الشيء ^(٣) وفي حسنة أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام ، الجزء واحد من عشرة ، لأنّ الجبال عشرة ،

(١) الفقيه : ج ٤ (١٠٦) باب الوصية بالعتق والصدقة والحج ص ١٥٧ الحديث ٣.

(٢) البقرة : ٢٦٠.

(٣) الفروع : ج ٧ ، باب من أوصى بجزء من ماله ، ص ٣٩ الحديث ١.

والطير أربعة ^(١) ومضمونها قال الصدوقان ^(٢) والشيخ في كتابي الاخبار ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) لأصالة بقاء التركة على ملك الوارث ، فيقتصر على المتيقن ، ولهذا أعطينا من أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، مثل أقلهم عملاً بالمتيقن ، فكذا هنا.

(ب) السبع ، وهو في صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من مال؟ فقال : واحد من سبعة ، ان الله تعالى يقول **«لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ»** ^(٦) ^(٧) ومضمونها قال في النهاية ^(٨) والخلاف ^(٩) وبه قال المفيد ^(١٠) وتلميذه ^(١١) والسيد ^(١٢)

- (١) الفروع : ج ٧ ، باب من أوصى بجزء من ماله ، ص ٤٠ الحديث ٣.
- (٢) المقنع : باب الوصايا ص ١٦٣ س ٥ قال : وان أوصى بجزء من ماله فهو واحد من عشرة. وفي المختلف : في الوصايا ص ٥٣ س ٢٤ قال : قال في كتابي الاخبار : انه العشر وبه قال على بن بابويه وابنه.
- (٣) التهذيب : ج ٩ ، ص ٢٠٨ (١٦) باب الوصية المبهمة ، الحديث ١ . ٢ . ٣ . ٤ . وفي الاستبصار : ج ٤ ص ١٣١ (٧٩) باب من أوصى بجزء من ماله ، الحديث ١ . ٢ . ٣ . ٤ .
- (٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٥) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٣ س ٢٥ قال بعد نقل قول الشيخ في كتابي الاخبار : وهو المعتمد.
- (٦) الحجر : ١٥ .
- (٧) التهذيب : ج ٩ ، (١٦) باب الوصية المبهمة ص ٢٠٩ الحديث ٥ .
- (٨) النهاية : باب الوصية المبهمة ص ٦١٣ س ٥ قال : كان ذلك سبعة من ماله ، ثم قال : فإن أوصى بسهم من ماله كان ذلك الثمن إلخ.
- (٩) الخلاف : كتاب الوصايا ، مسألة ٧ قال : إذا قال لفلان جزء من مالي كان له واحد من سبعة ، وقال في مسألة ٩ إذا قال : لفلان سهم من مالي كان له سدس ماله إلخ.
- (١٠) المقنعة : باب الوصية المبهمة ، ص ١٠٢ س ١٣ قال : كان السبع من ماله الى أن قال : وإن وصّى بسهم من ماله كان الثمن من ماله.
- (١١) المراسم : ذكر أحكام الوصية ، ص ٢٠٤ س ١٧ قال : فان كان بجزء من ماله كان بالسبع أو ان كان بسهم كان بالثمن.
- (١٢) لم نظفر عليه.

ولو أوصى بسهم كان ثمنا ، ولو كان بشيء كان سدسا.

وأبو علي^(١) وابن حمزة^(٢) والقاضي^(٣) وابن إدريس^(٤).

(ج) سبع الثلث ، وهو في رواية الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال : سبع ثلثه^(٥) ذكرها الصدوق في كتابه. قال طاب ثراه : ولو أوصى بسهم كان ثمنا.

أقول : لا خلاف في تفسير الشيء أنه الدس. وفي السهم ثلاثة أقوال :

(أ) الثمن ، قاله المفيد^(٦) وأبو علي^(٧) والصدوق^(٨) والقاضي^(٩) وسالار^(١٠) وابن إدريس^(١١) واختاره الشيخ في النهاية^(١٢) وهو اختيار المصنف^(١٣) والعلامة^(١٤) لموثقة السكوني عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل يوصي

(١) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٣ س ٢٤ قال بعد نقل قول المفيد : وكذا قال ابن الجنيد ، وقال في س ٣٦ في الوصية بالسهم وقال المفيد : انه الثمن ، وهو قول ابن الجنيد.

(٢) الوسيلة : في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٨ س ٣ قال : وان أوصى بجزء من ماله أو بسهم ، كان الأول وصية بالسبع والثاني بالثمن.

(٣) الجوامع الفقهية : جواهر الفقه ، ص ٥٠٣ س ١٥ قال : وإذا أوصى بجزء من ماله كان ذلك السبع ، وإذا أوصى بسهم كان الثمن.

(٤) السرائر ، باب الوصية المبهمة ص ٣٨٨ س ٣٥ قال : إذا أوصى بجزء من ماله كان ذلك السبع الى قوله : وان أوصى بسهم كان ذلك الثمن.

(٥) الاستبصار : ج ٤ (٧٩) باب من أوصى بجزء من ماله ، ص ١٣٣ الحديث ٨ وفي الفقيه : ج ٤ (١٠٠) باب الوصية بالشيء من المال والسهم والجزء ص ١٥٢ الحديث ٥.

(٦) قد علم آرائهم مما أثبتناه آنفا.

(٧) قد علم آرائهم مما أثبتناه آنفا.

(٨) قد علم آرائهم مما أثبتناه آنفا.

(٩) قد علم آرائهم مما أثبتناه آنفا.

(١٠) قد علم آرائهم مما أثبتناه آنفا.

(١١) المقنع : باب الوصايا ص ١٦٣ س ٥ قال : وان أوصى بجزء من ماله فهو واحد من عشرة ، وان أوصى بسهم من ماله فهو واحد من ستة.

(١٢) تقدم نقله آنفا.

(١٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٤) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٣ س ٣٧ قال بعد نقل قول المفيد والصدوق : وهو المعتمد.

ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهها ، صرف في البر ، وقيل : يرجع ميراثا.

بسهام من ماله؟ فقال : السهم واحد من ثمانية ^(١).

(ب) انه السدس ، قاله الشيخ في الكتابين ^(٢) وبه قال الفقيه ^(٣).

(ج) انه العشرة ، وهو في رواية طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام قال : من

أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة ^(٤) ، وهو بتري.

قال طاب ثراه : ولو أوصى بوجوه ، فنسي الوصي وجهها ، صرف في البر ، وقيل :

يرجع ميراثا.

أقول : بالأول قال الشيخان ^(٥) والصدوق ^(٦) والقاضي ^(٧) واختاره المصنف ^(٨)

والعلامة ^(٩) وبالثاني قال ابن إدريس وحكاه عن الشيخ في المسائل الحائريات ^(١٠).

(١) الفروع : ج ٧ ، باب من أوصى بسهم من ماله ، ص ٤١ الحديث ١.

(٢) المبسوط : ج ٤ كتاب الوصايا ص ٨ س ٣ قال : وإذا أوصى له بسهم من ماله كان له السدس ، وفي الخلاف ، كتاب الوصايا ، مسألة ٩.

(٣) المختلف : في الوصايا ، ص ٥٣ س ٣٦ قال : وفي المبسوط انه السدس ، وبه قال : علي بن بابويه.

(٤) الاستبصار : ج ٤ (٨٠) باب من أوصى بسهم من ماله ، ص ١٣٤ الحديث ٣.

(٥) المقنعة : باب الوصية المبهمة ، ص ١٠٢ س ٢٠ قال : فإن أوصى رجل الى رجل وجعلها أبوابا فنسي الوصي بابا الى أن قال : في وجوه البر وفي النهاية : باب الوصية المبهمة ، ص ٦١٣ س ١٦ قال : فإن أوصى بوصية وجعلها أبوابا الى أن قال : فليجعل ذلك السهم في وجوه البر.

(٦) المقنع : باب الوصايا ص ١٦٧ س ١٠ قال : فإن أوصى بوصية ولم يحفظ الوصي الى أن قال : فإن الأبواب الباقية تجعل في البر.

(٧) لم أعتز عليه في المهذب والجواهر ، ولكن في المختلف : ص ٥٩ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ : وكذا قال ابن البراج الى ان قال بعد نقل قول ابن إدريس : والمعتمد الأول.

(٨) لم أعتز عليه في المهذب والجواهر ، ولكن في المختلف : ص ٥٩ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ : وكذا قال ابن البراج الى ان قال بعد نقل قول ابن إدريس : والمعتمد الأول.

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٠) السرائر : باب شرائط الوصية ، ص ٣٨٩ س ٦ قال : فإن أوصى الإنسان بوصية وجعلها أبوابا

ولو أوصى بسيف وهو في جفن وعليه حلية ، دخل الجميع في الوصية على رواية يجبر ضعفها الشهرة. وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال ، دخل المال في الوصية ، وكذا قيل : لو أوصى بسفينة وفيها طعام ، استنادا الى فحوى رواية.

احتج الأولون بقوله تعالى ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾^(١) ودفعه الى الورثة وجعله ميراثا تبديل للوصية ، وما رواه محمد بن ريسان ، قال : كتبت إليه (يعني علي بن محمد عليهما السلام) أسأله عن إنسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي إلا بابا واحدا منها ، كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام : الأبواب الباقية اجعلها في البر^(٢) ولأنه بالوصية خرج عن ملك الورثة ، وقد خفي ماله ومستحقه ، فوجب صرفه في البر كغيره.

احتج الآخرون : بأنها وصية بطلت ، لامتناع القيام بها ، فيرجع الى الميراث ، وأجيب بمنع الملازمة ، فإن المعين وان بطل ، لكن مطلق الإخراج عن ملك الوارث ثابت.

قال طاب ثراه : ولو أوصى بسيف وهو في جفن وعليه حلية دخل الجميع في الوصية على رواية يجبر ضعفها الشهرة. وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال دخل المال في الوصية. وكذا قيل : لو أوصى بسفينة وفيها طعام ، استنادا الى فحوى رواية.

مسماة ، فنسي الوصي بابا منها الى أن قال : وقال شيخنا في جواب الحائريات إذا نسي الوصي جميع أبواب الوصية فإنها تعود ميراثا للورثة ، فنعم ما قال إلخ. أقول : الظاهر هو الفرق بين نسيان جميع أبواب الوصية ونسيان باب من أبوابها ولا يقاس أحدهما بالآخر كما هو المستفاد من الفتاوى.

(١) سورة البقرة . ١٨١ .

(٢) التهذيب : ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة ، ص ٢١٤ الحديث ٢١ .

أقول : هنا مسائل :

(أ) هل يشترط في الموصي لهذه الأشياء أن يكون عدلاً؟ قال الشيخ في النهاية : نعم ، حيث قال عند دخول هذه في الوصية : هذا إذا كان الموصي عدلاً مأموناً ، فإن لم يكن عدلاً وكان متّهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه ^(١) وتبعه القاضي في ذلك ^(٢) وباقي الأصحاب على عدم الاشتراط ، ولعلّ الشيخ أراد الإقرار وعبر عنه بالوصية ، فلهذا اعتبر التهمة وعدمها ، معوّلاً في ذلك على رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ، ولم يسمّ ما فيها ، وفيها طعام ، أيعطاها الرجل وما فيها؟ قال : هي للذي أوصى له بها ، إلّا أن يكون صاحبها متّهماً ، وليس للورثة شيء ^(٣) .

قال العلامة : ولا دلالة فيه على أنّ الموصي إذا كان عدلاً يخرج من الأصل ، وإن كان متّهماً يخرج من الثلث ^(٤) .

قلت : اعتبار التهمة وعدمها يكفي عن ذكر العدالة ، لأنّ صيغة الوصية صيغة الإقرار ، والعدل لا يقول غير الواقع ولا يجوز أن يظلم الورثة بتصرّفه في أكثر من الثلث ، فلما ذكر التهمة في الخبر عبّر الشيخ عند ضدها بالعدالة ، فيكون شرطاً في تنفيذ مجموع ما أقرّ به ، ماضياً من الأصل ، ولهذا قال عقيبه : (وإن كان متّهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه).

(ب) هل يدخل ما في هذه الأشياء وعليها أم لا؟ فيه مذهبان :

(١) النهاية : باب الوصية المبهمة ، ص ٦١٤ س ٤ قال : هذا إذا كان الموصي عدلاً مأموناً إلخ.

(٢) لم اعترض عليه في المذهب.

(٣) التهذيب : ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة ، ص ٢١٢ الحديث ١٥ .

(٤) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٠ س ١٢ قال : ولا دلالة فيه على أنّ الموصي إذا كان عدلاً يخرج من الثلث إلخ.

أحدهما : لا ، لأن الوصية تعلقت بالسيف وليس الجفن من مسمّاه ، ولا لازما لمعناه ، وكذا الكلام في السفينة والصندوق ، فإن المظروف ليس جزء من الظرف ولا لازما له ، وهو نادر.

والآخر : نعم ، قاله الشيخان ^(١) وأبو علي ^(٢) والصندوق ^(٣) والقاضي ^(٤) والتقني ^(٥) وابن إدريس ^(٦).

واستدلوا عليه برواية أبي جميلة عن الرضا عليه السّلام قال : سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف في جفن وعليه حلية ، فقال له الورثة : إنما لك النصف وليس لك المال ، فقال : لا ، بل السيف بما فيه له. قال : وقلت له : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال ، فقال الورثة : إنما لك الصندوق وليس لك المال ، قال : فقال أبو الحسن عليه السّلام : الصندوق بما فيه له ^(٧).

وأبو جميلة هذا كذاب ملعون ، لكن أكثر الأصحاب مطبقون على العمل بها ،

(١) المقنعة : باب الوصية المبهمة ، ص ١٠٢ س ٢١ قال : إذا وصّى الإنسان لإنسان بصندوق مقفل وكان في الصندوق متاع ، فالصندوق بما فيه للموصي له إلخ وفي النهاية ، باب الوصية المبهمة ص ٦١٣ س ١٨ قال : وإذا أوصى الإنسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية إلخ.

(٢) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٠ س ١٤ قال : لكن الشيخان وابن الجنيد وابن البراج ذكروا ذلك واستدلوا بما رواه إلخ.

(٣) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٠ س ١٤ قال : لكن الشيخان وابن الجنيد وابن البراج ذكروا ذلك واستدلوا بما رواه إلخ.

(٤) المقنعة : باب الوصايا ، ص ١٦٦ ، س ٧ قال : وإن أوصى لرجل بصندوق أو سفينة إلى أن قال : فهو مع ما فيه لمن أوصى له إلخ.

(٥) الكافي : فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٢ قال : وإذا أوصى لغيره بصندوق مقفل إلى أن قال : فالوعاء وما فيه للموصي له إلخ.

(٦) السرائر : باب الوصية المبهمة ص ٣٨٩ س ٩ قال : وإذا أوصى الإنسان لغيره بسيف إلى أن قال : كان السيف له بما فيه إلخ.

(٧) التهذيب : ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة : ص ٢١١ الحديث ١٤.

فلهذا قال : (يجبر ضعفها الشهرة) وهذه الرواية هي مستند الحكم في السيف والصندوق.
وأما مستند الحكم في السفينة فرواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السّلام قال :
سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ، ولم يسمّ ما فيها ، وفيها طعام ، أيعطاها الرجل
وما فيها؟ قال : هي للذي أوصى له بها ، إلّا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها ^(١).
ولما كان قوله عليه السّلام «هي للذي أوصى له بها» غير صريح إلّا في دخول السفينة
خاصة ، ويفهم من فحوى باقي الكلام دخول ما فيها بقوله «إلّا ان يكون صاحبها استثنى
ما فيها» - قال المصنف : الى فحوى رواية. وفحوى الكلام ما فهم معناه من قصد المتكلم
لقريئة من غير دلالة اللفظ عليه. واختار المصنف في الشرائع الدخول جزما ونسب القول
الآخر الى البعد ^(٢) والعلامة رحمه الله فصل في المختلف فقال : بدخول ما في هذه الأشياء ،
وعليها مع القرينة ، وعدمه مع عدمها ^(٣) وقال في المعتمد : ويدخل حلية السيف المعين فيه
، دون جفنه ، ولا يدخل المظروف في السفينة والصندوق والجراب ^(٤).
(ج) أطلق الشيخ الصندوق والجراب ^(٥) وقيد المفيد الصندوق بالمقفّل

-
- (١) الفقيه : ج ٤ (١٠٨) باب الرجل يوصي لرجل بسيف أو صندوق أو سفينة ، ص ١٦١ الحديث ٢.
(٢) الشرائع : الطرف الثاني في الوصية المبهمة ، قال : ولو أوصى بسيف معين ، دخل الجفن والحلية في الوصية
إلخ.
(٣) المختلف : في الوصايا ص ٦٠ س ١٩ قال : فالوجه حينئذ التفصيل إلخ.
(٤) لم نظفر على هذا الكتاب.
(٥) النهاية : باب الوصية المبهمة ، ص ٦١٣ س ١٨ قال : وإذا أوصى الإنسان لغيره بسيف وكان في جفن
وعليه حلية ، كان السيف له بما فيه وعليه إلخ.

ولا يجوز إخراج الولد من الإرث ولو أوصى الأب ، وفيه رواية مطرحة.

والجواب بالمشدود والوعاء بالمختوم ^(١) وكذا التقى ^(٢).

(د) هل يسري الحكم الى غير هذه المذكورات الى ما يشابههما؟ احتمالان :

أحدهما ، لا ، لعدم النص في غيرها ، فيقتصر على مورد ، ومن تعميم العلة ، وصرح أبو علي فقال : إذا أوصى رجل بشيء يشمل اسمه على أعيان متصلة به ، كان جميعها له ، كالرجل يوصى لرجل بسيفه فهو له وجفنه وما عليه من الحليّة ، وكذا القول في الروشن إن كان للدار. ولو كانت الوصية بوصف كقوله : جراب هروي ، أو سلّة زعفران كانا جميعا له ، فان قال : ما في الجوالق ، لم تكن الجوالق له ^(٣) وقال القاضي : ان أوصى له بسلّة زعفران كانت السلّة بما فيها له ، قال : وان أوصى له بضیعة لها شرب ، كانت الضیعة وشربها له ، وكذلك ما جرى هذا الجرى ^(٤).

واعلم أنّ ألفاظ الروايات خالية من ذكر الجراب.

قال طاب ثراه : ولا يجوز إخراج الولد من الإرث ولو أوصى الأب ، وفيه رواية مطرحة.

أقول : لا يجوز إخراج الولد من الإرث ، لأنه ثبت شرعا ، فلا يملك الإنسان ازالته

(١) المقنعة : باب الوصية المبهمة ، ص ١٠٢ س ٢١ قال : إذا وصّى الإنسان لإنسان بصندوق مقفل الى قوله : وكذلك إن وصّى له بجراب مشدود ، ووعاء مختوم.

(٢) الكافي : فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٢ قال : إذا وصّى لغيره بصندوق مقفل أو جراب مشدود ، أو كيس مختوم إلخ.

(٣) و (٤) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٠ س ٢٥ قال : وقال ابن الجنيد : وإذا أوصى رجل بشيء يشمل اسمه على أعيان إلخ ، وقال في س ٢٨ وقال ابن البراج : الى أن قال : فإن أوصى له بسلّة زعفران كانت السلّة بما فيها له إلخ.

وتغيّره ، وبه قال الشيخ في النهاية ^(١) وهو المشهور بين علمائنا ، والرواية المشار إليها هي ما رواه الصدوق في كتابه عن وصيّ علي بن السري ، قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : إنّ عليّ بن السري تويّ وأوصى إليّ ، فقال : رحمه الله ، قلت : وإنّ ابنه جعفرًا وقع على أم ولد له ، فأمرني أن أخرجّه من الميراث ، فقال لي : أخرجّه ، فإن كان صادقًا فيصيبه خبل ^(٢) قال : فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله أنا جعفر بن علي السري وهذا وصيّ أبي فمره فليدفع إليّ ميراثي من أبي فقال لي ما تقول؟ فقلت : نعم ، هذا جعفر بن علي السري وأنا وصيّ علي بن السري ، قال : فادفع إليه ماله ، فقلت له : أريد أن أكلمك ، قال : فاذن ، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي ، فقلت له ، هذا وقع على أمّ ولد لأبيه ، فأمرني أبوه وأوصى إليّ أن أخرجّه من الميراث ، ولا أورثه شيئًا ، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته ، وسألته ، فأمرني أن أخرجّه من الميراث ولا أورثه شيئًا ، وقال : الله قسما ، ان أبا الحسن أمرك ، فقلت : نعم ، فاستحلفني ثلاثا ، ثمّ قال : أنفذ ما أمرك ، فالقول قوله ، قال الوصيّ : فأصابه الخبل بعد ذلك ، قال أبو محمد الحسن بن علي الوشاء رأيت بعد ذلك ^(٣) قال الصدوق عقيب إيراد هذه الرواية : من أوصى بإخراج ابنه من الميراث ولم يكن أحدث هذا الحدث لم يجز للوصي إنفاذ الوصية في ذلك ^(٤) وهذا يدلّ على أنّه لو فعل ذلك أنفذت وصيته لأنه ذكر في كتابه : أنّ ما يذكره فيه

(١) النهاية : باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ، ص ٦١١ س ٤ قال : وإذا أوصى الموصي بإخراج بعض الورثة من الميراث لم يلتفت إلى وصيته إلخ.

(٢) الخبال الفساد ، ويكون في الأفعال والأبدان والعقول ، وخبله واختبله إذا فسد عقله أو عضوه . (مجمع البحرين لغة خبل).

(٣) و (٤) الفقيه : ج ٤ ، (١١٢) باب إخراج الرجل ابنه من الميراث لإتيانه أم ولد لأبيه ، ص ١٦٢ الحديث ١ ولا حظ ذيله وما قاله الصدوق رحمه الله.

(الطرف الثالث) في أحكام الوصية ، وفيه مسائل :

الأولى : إذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها ، عمل بالأخيرة ، ولو لم يضادها عمل بالجميع ، فإن قصر الثلث بدأ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث.
الثانية : تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين ، وبشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة في الربع ، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردّد ، أمّا الولاية فلا تثبت إلاّ بشهادة رجلين.

يفتي به ^(١) فيكون الحكم عنده ساريا في هذه الصورة ، مقيدا بهذا الحديث. وأمّا الشيخ في الاستبصار فقال : هذا الحكم مقصور على هذه الوصية ، لا يتعدّى الى غيرها ^(٢).

تذنيب

وهل يلغو هذا اللفظ ، ويكون وجوده كعدمه ، أو يجري مجرى من أوصى بمجموع تركته للوارث الآخر فيكون له الثلث ويخصص المخرج من الباقي؟ اختار المصنف الأول ^(٣) لأنه لفظ لم يعتبره الشارع ، فلا يكون له أثر. واختار العلامة في المختلف الثاني ^(٤) لأن إخراجها من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فيمضي من الثلث
قال طاب ثراه : تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين ، وشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة في الربع ، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردّد ، أمّا الولاية فلا يثبت إلاّ بشهادة رجلين.

(١) الفقيه : ج ١ ص ٣ س ١١ قال : ولم اقصد فيه قصد المصنفين في إيراد جميع ما روه ، بل قصدت إلى إيراد ما افتي به واحكم بصحته.

(٢) الاستبصار : ج ٤ ص ١٤٠ قال بعد نقل الخبر : ان هذا الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدّى بها الى غيرها إلخ.

(٣) لا حظ عبارة المختصر النافع.

(٤) المختلف : في الوصايا ص ٥٩ س ١٤ قال : والمعتمد ما ذهب اليه المشهور من علمائنا في ثلثي

الثالثة : لو أشهد عبيدين له على أن حمل المملوكة منه ، ثم ورثهما غير الحمل ، فأعتقا ، فشهد الحمل بالبنوة صح ، وحكم له ، ويكره له تملكهما

الرابعة : لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ، وتقبل للموصى في غير ذلك .

الخامسة : إذا أوصى بعق عبده ، أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه ، انعتق ثلثه ، ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال ، أعتق الباقي من ثلثه ، ولو أعتق ممالكه عند الوفاة ، أو أوصى بعقهم ولا مال سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة ، ولو رتبهم أعتق الأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد

السادسة : إذا أوصى بعق رقبة أجزأ الذكر والأنثى ، الصغر والكبير ، ولو قال : مؤمنة لزم فان لم يجد : أعتق من لا يعرف بنصب . ولو ظنّها مؤمنة فأعتقها ، ثمّ بانّت بخلافه أجزأت .

السابعة : إذا أوصى بعق رقبة بضمن معين ، فان لم يجد توقع ، وان وجد بأقل أعتقها ودفع إليها الفاضل .

أقول : جزم المصنف هنا بالمنع من قبول الشاهد واليمين في الوصية بالولاية ، وجعل محل الخلاف وموضوعه الوصية بالمال ^(١) وعكس في الشرائع فجزم بقبول الشاهد واليمين في الوصية بالمال ، وتردد في الوصية بالولاية ، هل يثبت بالشاهد واليمين ^(٢) والمشهور بين الفقهاء هو ما تضمنه الشرائع ، لأن الوصية بالمال لا شك في

التركة ، ويكون الثلث لغيره من الورثة إلخ .

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع .

(٢) الشرائع : الطرف الثالث في أحكام الوصية ، قال : ويقبل في الوصية بالمال شهادة واحد مع اليمين الى ان قال : ولا يثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين ، وهل يقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد أظهره المنع .

الثامنة : تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من

ثبوتها بالشاهد واليمين ، بل المرأة وحدها كافية في ثبوت ربع الوصية ، فكيف لا يقبل الشاهد واليمين ، والشاهد والمرأتان.

وأما الوصية بالولاية فقوى الشيخ في المبسوط قبول المرأتين مع الشاهد ^(١) وهو مذهب أبي علي ^(٢) ويلزمه قبول الشاهد واليمين ، لأن كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين ، لكن هل يقبل اليمين مع المرأتين ، كما يقبل مع الرجل في كل موضع قبلنا فيه الشاهد واليمين ، أم لا؟ ابن إدريس على الثاني ^(٣) والعلامة على الأول ^(٤).

وما ذكره المصنف من التردد في ثبوت الوصية له بشاهد ويمين ، تردد غريب لم أظفر له بموافق من الأصحاب ، بل الأصحاب مطبقون على قبول الشاهد واليمين في المال ، وما كان المقصود منه المال ، ولعل التردد منه رحمه الله وجهه : ان قبول الشاهد واليمين حكم شرعي ، فيقف على النص الشرعي ، وليس على صورة النزاع نص بعينه ، وثبت ذلك بالنساء حتى بالواحدة لورود النص بذلك ، والتعدي قياس ، وهو مردود عندنا.

(١) المبسوط : ج ٨ كتاب الشهادات ، ص ١٧٢ س ٥ قال ما ملخصه : ان حق الآدمي ثلاثة أقسام ، أحدها لا يثبت الا بشاهدين ذكرين كالنكاح والوصية إليه الى أن قال : وقال بعضهم : يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين وهو الأقوى.

(٢) المختلف : في الشهادات ، ص ١٦٠ س ٢١ قال : وقال ابن الجنييد : وشهادة النساء في الدين جائزة بالنص والمرأتان مقام رجل.

(٣) السرائر : كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٥ قال : والذي يقتضيه الأدلة انه لا يقبل شهادة امرأتين مع يمين المدعي إلخ.

(٤) المختلف : في الشهادات ص ١٦٤ س ٢٥ قال : وهل يثبت بشهادة امرأتين ويمين المدعي نص في النهاية والخلاف والمبسوط على قبوله الى أن قال : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

الثالث ، وان كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضه فقولان : أشبههما انهما من الثالث.

قال طاب ثراه : وان كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضه ، فقولان :

أشبههما انهما من الثالث.

أقول : قد مرَّ أنَّ منجزات المريض ماضية من الأصل عند الشيخين في النهاية ^(١) والمقنعة ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن إدريس ^(٤) ومن الثالث عند الصدوق ^(٥) وأبي علي ^(٦) والشيخ في المبسوط ^(٧) وهو ظاهر الخلاف ^(٨) واختاره المصنف ^(٩) والعلامة ^(١٠).

(١) النهاية : باب الإقرار في المرض والهبة فيه ص ٦١٧ س ٢٠ قال : إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي الى أن قال : ويكون ما أقرب من أصل المال ، وقال في ص ٦٢٠ والهبة في حال المرض صحيحة ، والبيع في حال المرض صحيح كصحته في حال الصحة.

(٢) المقنعة : باب الوصية والهبة ص ١٠١ س ٣٣ قال : وإذا وهب في مرضه أو تصدَّق جاز له ذلك في جميع ماله ولم يكن لأحد معارضته في ذلك ، والبيع في المرض صحيح كالهبة والصدقة.

(٣) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٦ س ٢٠ قال : أحدها انه يصح من الأصل ، اختاره الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج.

(٤) السرائر : باب الوصية ، ص ٣٨٦ س ٣١ قال : وعطايا المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب لا تحسب من الثالث بل من أصل المال.

(٥) المقنع : باب الوصايا ص ١٦٥ س ١١ قال : وسئل الصادق عليه السلام الى ان قال : جاز ما وهبت له من ثلثها إلخ.

(٦) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٦ س ٢١ قال : وللشيخ قول آخر في المبسوط انهما من الثالث ، وهو قول ابن الجنيد الى أن قال : وهو المعتمد.

(٧) المختلف : في الوصايا ، ص ٦٦ س ٢١ قال : وللشيخ قول آخر في المبسوط انهما من الثالث ، وهو قول ابن الجنيد الى أن قال : وهو المعتمد.

(٨) المبسوط : كتاب الوصايا ، ج ٤ ص ٤٤ س ٢٢ قال : والأمراض على ثلاثة أضرب الى أن قال : فعطاياه تكون من الثالث.

(٩) الخلاف : كتاب الوصايا ، مسألة ١٢ قال : وإن كان منجزا مثل العتاق والهبة والمحاباة فالأصحابنا فيه روايتان إلخ.

(١٠) لاحظ عبارة المختصر النافع.

أمّا لإقرار للأجنبي ، فإن كان متّهما على الورثة فهو من الثلث ، وآلا فهو من الأصل. وللوارث من الثلث على التقديرين ومنهم من سوى بين القسمين.

قال طاب ثراه : وأمّا الإقرار للأجنبي ، فإن كان متّهما على الورثة فهو من الثلث ، وآلا فهو من الأصل ، وللوارث من الثلث على التقديرين ، ومنهم من سوى بين القسمين. أقول : إقرار المريض هل يمضى من الأصل أو ينفذ من الثلث كالوصية؟ ابن إدريس على الأوّل ^(١) ، وهو لازم لكل من جعل المنجزات من الأصل ، ومن قال : أنّها من الثلث ، منهم من قال : ان الإقرار من الأصل لعموم قول : إقرار العاقل ^(٢) كإطلاق المقنع ^(٣) وسلاح ^(٤) ، ومنهم من فصل.

والتفصيل في موضعين :

الأول : في الفرق بين العين والدين ، فالمفيد أمضى الإقرار الإقرار من الأصل في الدين ولم يعتبر التهمة ، واعتبرها في العين ، فأمضاها مع عدم التهمة من الأصل ومعها من الثلث ^(٥) ولم يفرّق الشيخ ^(٦) وتلميذه ^(٧) والصدوق في كتابه بينهما ^(٨) ،

(١) السرائر : باب الإقرار في المرض ، ص ٣٩١ س ٨ قال : إقرار المريض على نفسه جائز وللأجنبي وللوارث إلى أن قال : ويكون ما أقره من أصل المال.

(٢) إشارة إلى قوله (ص) إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، لا حظ عوالي اللثالي : ج ١ ص ٢٢٣ الحديث ١٠٤ وج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٥ وج ٣ ص ٤٤٢ حديث ٥.

(٣) المقنع : باب الوصايا ص ١٦٧ س ٧ قال : فان قال رجل عند موته لفلان أو لفلان لأحدهما عندي ألف درهم إلخ.

(٤) المراسم : ذكر الإقرار ص ٢٠١ س ١٦ قال : فيإقراره في مرضه كإقراره في صحته.

(٥) المقنعة : باب الإقرار في المرض ، ص ١٠٠ س ٣٣ قال : وإذا كان على الرجل دين معروف بشهادة قائمة إلى أن قال : كان إقراره ماضيا إلخ.

(٦) النهاية : باب الإقرار في المرض ص ٦١٧ س ٢٠ قال : إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي وللوارث إلخ.

(٧) تقدم أنفا نقل عبارتيهما.

(٨) تقدم أنفا نقل عبارتيهما.

التاسعة : أرش الجراح ودية النفس يتعلق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت.

بل اعتبروا التهمة فقيّده بالثلث معها ، ومن الأصل مع عدمها ، واختاره المصنف ^(١) والعلامة ^(٢).

الثاني : في الفرق بين الوارث والأجنبي : فابن حمزة اعتبر التهمة وعدمها في حق الوارث ، وأطلق القول باللزوم في حق الأجنبي ^(٣) والشيخ ومن تابعه ممن ذكرنا لم يعتبروا الآ التهمة وعدمها ^(٤).

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف : في الوصايا ص ٦٧ س ٦ قال : والمعتمد الأول. أي قول الشيخ في النهاية.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان الإقرار ص ٢٨٤ س ١ قال : وإقرار المريض إذا كان صحيح العقل مثل إقرار الصحيح ، إلّا في حل بعض الورثة لشيء إذا كان متّهما إلخ.

(٤) النهاية : باب الإقرار في المرض ص ٦١٨ س ٢ قال : فان كان غير موثوق به وكان متّهما ، طوب المقرّ له بالبيئة إلخ.

كتاب النكاح

كتاب النّكاح

وأقسامه ثلاثة :

الأول : في الدائم

وهو يستدعي فصولا :

الأوّل : في صيغة العقد وأحكامه وآدابه :

أمّا الصيغة : فالإيجاب والقبول.

ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة : زوّجتك ، وأنكحتك ، ومتعتك ، والقبول هو الرضا بالإيجاب.

كتاب النّكاح

مقدمات

المقدمة الاولى ، في تعريفه ، وهو في اللغة الوطاء^(١).

(١) قال الأزهري : أصل النكاح في كلام العرب الوطاء وقيل للتزوّج نكاح ، لأنه سبب للوطاء المباح ، الجوهري : النكاح الوطاء ، وقد يكون العقد (لسان العرب : ج ٢ ص ٦٢٦).

وفي الشريعة : عقد لفظي مملك للوطء ابتداء ، فخرج عقد المعاوضات وشراء الإماء ، فإنه يملك الوطء تبعاً لملك الرقبة ، لا ابتداء ولهذا جاز للمحرّم ، وهو حقيقة شرعية في العقد قال تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ» الآية ^(١) ومجاز شرعي في الوطء.

قيل : لم يرد في كتاب العزيز لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا في قوله «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» ^(٢) ^(٣) لكن بشرط العقد الشرعي أيضاً ولا يكفي مطلق الوطء إجماعاً.

وبعض الناس قال : إنه حقيقة في الوطء ، قال صاحب الصحاح : النكاح الوطء وقد يقال : العقد ^(٤) ، وإذا كان حقيقة لغة كان حقيقة شرعاً ، لأصالة عدم النقل ، وقيل : بالاشتراك لقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» ^(٥) وهو شامل لكل من العقد والوطء على أظهر القولين.

المقدمة الثانية : في بدء النكاح وأصله :

روى الصدوق بإسناده إلى زرارة بن أعين أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن خلق حواء . إلى أن قال : إنّ الله تبارك وتعالى لما خلق آدم عليه السلام من طين وأمر الملائكة فسجدوا له ، ألقى عليه السبات ^(٦) ثم ابتدع له حواء فجعلها في موضع

(١) الأحزاب : ٤٩ .

(٢) البقرة : ٢٣٠ .

(٣) وقيل : بل كلاهما «أي العقد والوطء» علم بالكتاب ، لأن لفظ النكاح يطلق عليها فكأنه قيل : حتى يتزوج ويجمعهما الزوج ، ولأن العقد مستفاد بقوله «زَوْجاً غَيْرَهُ» (مجمع البيان سورة البقرة ص ٣٣٠) .

(٤) النكاح : الوطء ، وقد يكون العقد (الصحاح : ج ١ ص ٤١٣) .

(٥) النساء : ٢٢ .

(٦) السبات كغراب النوم (مجمع البحرين لغة سبت) .

النقرة التي بين وركيه ^(١) ، وذلك لكي تكون المرأة تبعا للرجل ، فأقبلت تتحرك فانتبه لتحركها ، فلما انتبه نوديت أن تنحى عنه ، فلما نظر إليها ، نظر إلى خلق حسن شبه صورته غير أنها أنثى ، فكلّمها فكلّمته بلغته ، فقال لها : من أنت؟ قالت : خلق خلقتني الله كما ترى ، فقال آدم عليه السلام عند ذلك : يا ربّ ما هذا الخلق الحسن الذي قد آنسني قربه والنظر اليه؟ فقال الله تبارك وتعالى : يا آدم هذه أمّي حواء ، أفتحب أن تكون معك تؤنسك وتحادثك وتكون تبعا لأمرك؟ فقال : نعم يا رب ولك عليّ بذلك الحمد والشكر ما بقيت ، فقال له عزّ وجلّ : فاحطبها إليّ فإنّها أمّي ، وقد تصلح لك أيضا زوجة ، وألقى الله عزّ وجلّ عليه الشهوة ، وقد علّمه قبل ذلك المعرفة بكل شيء ، فقال : يا ربّ فإنّي أخطبها إليك فما رضاك لذلك؟ فقال عزّ وجلّ : رضائي أن تعلّمها معالم ديني ، فقال : ذلك لك عليّ يا ربّ إن شئت ذلك لي ، فقال عزّ وجلّ ، وقد شئت ذلك ، وقد زوجتكها فضمها إليك ، فقال لها آدم عليه السلام : إلّي فأقبلي ، فقالت له : بل أنت فأقبل إلّي ، فأمر الله عزّ وجلّ آدم أن يقوم إليها ، ولو لا ذلك لكان النساء هنّ يذهبن إلى الرجال حتى يخطبن على أنفسهن ، فهذه قصة حواء صلوات الله عليها ^(٢) ^(٣).

المقدمة الثالثة : في الترغيب في النكاح والحث عليه :

قال الله تعالى «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» ^(٤) وقال تعالى : «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ

(١) النقرة بالضم حفرة صغيرة في الأرض ، والورك بالفتح والكسر ، وككتف فوق الفخذ (مجمع البحرين لغة نقرة) و (ورك).

(٢) لما كان بين النسخة المعتمدة وبين من لا يحضره الفقيه اختلاف في بعض الكلمات ، جعلت الأصل هو الفقيه.

(٣) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (٩٩) باب بدء النكاح وأصله ص ٢٣٩ الحديث ١.

(٤) النساء : ٣.

فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ» ^(١) وعدم سبحانه وتعالى مع أمره بما هو محبوب عندهم من الغناء والسعة ، ترغيباً في الإقدام على النكاح ، ودفعاً لعذر من تعلل بالفقر وخوف الضيق. قال الصادق : عن أبيه عن آبائه عليهم السلام يرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال : من ترك التزويج مخافة العيلة فقد أساء الظن بالله ، إن الله تعالى قال **«إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ»** ^(٢).

وعن هشام بن سالم عن أبي عبد الله قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله ، فشكا إليه الحاجة ، فقال له : تزوج ، فتزوج فوسع عليه ^(٣).

وعن إسحاق بن عمار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الحديث الذي يرويه الناس حق إن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فشكا إليه الحاجة ، فأمره بالتزويج ، ففعل ، ثم أتاه فشكى إليه الحاجة ، فأمره بالتزويج ، حتى أمره ثلاث مرّات ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : نعم هو حق ، ثم قال : الرزق مع النساء والعيال ^(٤).

وعن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل **«وَلَيْسَتَفَفِي الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ»** ^(٥) قال : يتزوجون حتى يغنيهم الله من فضله ^{(٦) (٧)}.

(١) النور : ٣٢.

(٢) الكافي : ج ٥ ، كتاب النكاح ، باب ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٥.

(٣) الكافي : ج ٥ ، كتاب النكاح ، باب ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٢.

(٤) الكافي : ج ٥ ، كتاب النكاح ، باب ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٤.

(٥) النور : ٣٣.

(٦) بيان : هذا التفسير لا يلائم عدم الوجدان ألا بتكلف ، ويحتل سقوط لفظة (لا) من أول الحديث ، أو نقول : المراد بالتزويج التمتع كما يأتي في باب كراهية المتعة مع الاستغناء (الوافي : ج ٣ ، أبواب النكاح والحث عليه ، ص ١٢).

(٧) الكافي : ج ٥ كتاب النكاح ، باب في ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣١ الحديث ٧.

وروى ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : جاء رجل إلى أبي عليه السلام فقال له : هل لك من زوجة؟ فقال : لا ، فقال : إني ما أحب أن الدنيا وما فيها لي وإني أبيت ليلة ليست لي زوجة ، ثم قال : الركعتان يصلّيهما رجل متزوج أفضل من رجل أعرب يقوم ليله ويصوم نهاره ، ثم أعطاه أبي سبعة دنانير ، وقال : تزوج بها ، ثم قال أبي : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : اتخذوا الأهل فإنه أرزق لكم^(١).

تنبيه

وإذ قد عرفت فضله في الجملة ، فاعلم أن الناس فيه على ثلاثة أقسام :
(أ) فمنهم من يتق نفسه إليه ويخاف إن تركه الوقوع في الزنا ، فهذا يجب عليه التزويج بلا خلاف بين الأمة ، وإذا فعله كان مؤدبا فرضا ، وإذا تركه كان عاصيا في كل آن من آتات الترك.

(ب) من يتق نفسه إليه ولا يخاف الوقوع في الزنا ، فهذا يستحب له بإجماع الأمة.
(ج) من لا تتق نفسه إليه ، وهو قسمان.
من لا يمكن حصوله منه كالخصى والعنين الذي لا يرجون زواله ، فالأفضل لهذا تركه ، لعدم حصول الفائدة منه ، وتعطيل المرأة عن الإحصان.
ومن يمكن وقوعه منه ، وهذا أيضا يستحب له على الجملة.
لكن حصل الخلاف بين الأمة في مقام ، وهو أن التحلي للعبادة لهذا أفضل ، أم التزويج؟

(١) الكافي : ج ٥ كتاب النكاح ، باب كراهة العزبة ص ٣٢٩ الحديث ٦.

قال الشيخ في المبسوط : الأفضل التخلي للعبادة ، لأن الله تعالى وصف يحيى عليه السلام في معرض مدحه ، بكونه حصورا ^(١) والحصور هو الذي لا يشتهي النساء ^(٢) .
وقد ورد في شرعنا استحبابه ، فيحمل على ما إذا لم تتق النفس .
وأجاب المصنف عنه : بان مدح يحيى بذلك في شرعه لا يلزم منه وجوده في شرعنا لاختلاف الشرعين في الأحكام ^(٣) .
والأكثر من أصحابنا على أنه أفضل من التخلي للعبادة ، وهو اختيار المصنف ^(٤) والعلامة في كتبه ^(٥) .

وهو الحق لوجه :

(أ) دعاء النبي صلى الله عليه وآله فعلا وقولا .

أما الأولى فظاهر من حاله عليه السلام ، ولقد مات عليه السلام عن تسع نسوة ^(٦) .

(١) إشارة إلى قوله تعالى «وَسَيِّدًا وَحَصُورًا» سورة آل عمران . ٣٩ .

(٢) المبسوط : ج ٤ ، كتاب النكاح ، ص ١٦٠ س ١٠ قال : والذي لا يشتهي المستحب أن لا يتزوج إلخ .

(٣) شرائع الإسلام : كتاب النكاح ، في آداب العقد ، قال : ويمكن الجواب بان المدح بذلك في شرع غيرنا إلخ .

(٤) شرائع الإسلام : كتاب النكاح ، في آداب العقد ، قال : ومن لم تتق فيه خلاف ، المشهور استحبابه إلخ .

(٥) القواعد : كتاب النكاح ص ٢ س ٢ قال : والأقرب انه أفضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه إليه

(٦) عوالي اللئالي : ج ١ ص ١٧٥ الحديث ٢١٢ وقد تعرض له الفقهاء في كتبهم الاستدلالية عند عدّهم

خصائص النبي صلى الله عليه وآله في كآب النكاح ، وفي التذكرة : (ج ٢ كتاب النكاح ص ٥٦٧ س ٣٢) قال

: فإنه عليه السلام مات عن تسع إلخ .

ولما بشر الله تعالى به عيسى عليه السّلام قال له في وصفه : واستوص بصاحب
الجمال الأحمر والوجه الأحمر ، نكاح النساء^(١).
ولا تذكر من الأوصاف في معرض التكرمة والتفضيل إلا أوصاف الكمال.
وكذا كان شأن الأنبياء عليهم السّلام ، حتى أن سليمان عليه السّلام كان له ثلاثمائة
زوجة وسبعمائة سرّية^(٢).

وقال الصادق عليه السّلام : من أخلاق الأنبياء حبّ النساء^(٣).
وعن معمر بن خلاد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول : ثلاث من سنن
المرسلين ، العطر ، وإحفاء الشعر ، وكثرة الطروقة^{(٤) (٥)}.
وأما الثاني فكقوله عليه السّلام : من أحبّ سنّي فإنّ من سنّي التزويج^(٦) وققوله
عليه السّلام : من رغب عن سنّي فليس منّي وإنّ من سنّي النكاح^(٧).
(ب) اشتراك كلّ من التزويج والتخلي للعبادة ، في كون كل منهما طاعة لله

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٢٨٢ الحديث ٧.

(٢) دعائم الإسلام : ج ٢ ص ١٩٢ الحديث ٦٩٥.

(٣) الكافي : ج ٥ ، كتاب النكاح ، باب حب النساء ، ص ٣٢٠ الحديث ١.

(٤) بيان : إحفاء الشعر بالمهمل ، المبالغة في قصها وإزالتها ، والطروقة ، الزوجة وكل امرأة طروقة زوجها ، وكل
ناقة طروقة فحلها ، كذا في النهاية قال : هي فعولة بمعنى مفعولة (الوافي : كتاب النكاح ص ١٠).

(٥) الكافي : ج ٥ ، كتاب النكاح ، باب حبّ النساء ، ص ٣٢٠ الحديث ٣ وفيه (وأخذ الشعر) بدل (إحفاء
الشعر).

(٦) الكافي : ج ٥ كتاب النكاح ، باب كراهة الغرية ص ٣٢٩ الحديث ٥ وفيه (من أحبّ أن يتبع سنّي).

(٧) المستدرک : أبواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ الحديث ١٥ ولفظ الحديث (من سنّي التزويج فمن رغب عن
سنّي فليس منّي) ورواه في عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٢ كما في المتن.

سبحانه ، وخلاص المزوج من خطر قوله عليه السلام : أرادل موتاكم العزَاب ^(١) .
 وقوله عليه السلام : شرار موتاكم العزَاب ^(٢) .
 وفي حديث آخر عنه عليه السلام : لو رجع العزَاب من أمواتكم إلى الدنيا لتزوجوا ^(٣)
 ووقوع المتعب في هذا الخطر .

(ج) فوز المتزوج بمضاعفة الركعة بسبعين من صلاة الأعزب ^(٤) .
 (د) فوز المتزوج بفضيلة القيام على العيال ، فعنه عليه السلام : من عال بيتا من
 المسلمين فله الجنة ^(٥) .

(هـ) فوزه بالذرية التي يبقى ذكره ويحيى أمره ، قال النبي صلى الله عليه وآله : «إذا
 مات المسلم انقطع عمله إلا من ثلاث ، علم ينتفع به بعده ، أو صدقة جارية أو ولد صالح
 يدعو له ^(٦) .

(١) الكافي ج ٥ كتاب النكاح : باب كراهة العربة ص ٣٢٩ الحديث ٣ وفيه (رذال موتاكم) وفي المستدرک :
 أبواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ نقلا عن أبي الفتوح الرازي في تفسيره (أرادل موتاكم عزابكم) وفيه عن درر
 اللؤلؤ (أرادل موتاكم العزَاب) وفي عوالي اللؤلؤ كما في المتن .
 (٢) المستدرک : أبواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ الحديث ١ وفيه نقلا عن البحار (شرار أمتي عزابها) . وفي
 عوالي اللؤلؤ : ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٤ كما في المتن .
 (٣) المستدرک : أبواب مقدمات النكاح ، ص ٥٣١ الحديث ١٠ نقلا عن عوالي اللؤلؤ ، وفيه (لو خرج العزَاب
 من موتاكم إلى الدنيا) .

(٤) إشارة إلى الحديث (ركعتان يصلّيهما المتزوج أفضل من سبعين ركعة يصلّيها أعزب) الكافي : ج ٥ ص ٣٢٨
 باب كراهة العربة الحديث ١ .

(٥) الجامع الصغير للسيوطي : ج ٢ حرف العين المهملة ، ولفظ الحديث (من عال أهل بيت من المسلمين
 يومهم وليلتهم غفر الله له ذنوبه) وفي عوالي اللؤلؤ : ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٦ كما في المتن .

(٦) سند احمد بن حنبل : ج ٢ ص ٣٧٢ س ٧ وفيه (إذا مات الإنسان) وفي عوالي اللؤلؤ ج ٣ ص ٢٨٣ (إذا
 مات ابن آدم) .

(و) فوزه بذخيرة الولد الصغير إذا مات ، فيكون شفيعا له يوم القيامة ^(١).

(ز) فوزه بثواب تفريح الأطفال وسرور العيال ، قال النبي صَلَّى الله عليه وآله : من قَبِل ولده كتب الله له حسنة ، ومن فَرَّحه فَرَّحه الله يوم القيامة ^(٢).

وقال عليه السَّلام : من عال ثلاث بنات ، أو ثلاث أخوات كنت أنا وهو في الجنة كهاتين ، وشبك بين أصابعه السبابة والوسطى ، فقيل : يا رسول الله وابنتين؟ قال : وابنتين ، قيل : وواحدة؟ قال : وواحدة ^(٣) والأعرب على الخية من ذلك.

(ح) كونه يسعى في وصول سبب اتصل إليه ممّن قبله ، والأعرب يسعى في قطع ذلك السبب ، وكيف يحسن بالعاقل. أو تسمح نفسه بقطع سلسلة اتصلت إليه من آدم عليه السَّلام ، ألا ترى : أن المرباط يحرص على بلوغ ولد يقوم مقامه بعده في الرباط ، وكذلك المرء المؤمن ينبغي أن يشتدَّ حرصه وتأسفه على ولده يكون بعده يقوم بأوامر الله سبحانه ، قال الصادق عليه السَّلام : ميراث الله من عبده المؤمن إذا مات ، ولد يعبد ، ثم تلا آية زكريا «فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرْتَبِي» ^(٤) ^(٥).

(ط) فوزه بالولد ، فهو إن مات قبله كان ذخيرة في الآخرة.

قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله : ثواب المؤمن من ولده إذا مات الجنة ، صبر

(١) إشارة الى ما في موت الولد ، لا حظ الوسائل : ج ١٥ ص ٩٦ الحديث ١٣ و ١٤.

(٢) الكافي : ج ٦ باب بر الأولاد ، ص ٤٩ الحديث ١ وتمام الحديث (ومن علمه القرآن دعي بالأبوين فيكسيان حلّتين يضيء من نورهما وجوه أهل الجنة).

(٣) مسند أحمد بن حنبل : ج ٣ ص ١٤٨ بتفاوت يسير في بعض الكلمات ، وفي الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل أولاد ص ٣١١ الحديث ١٢ مثله.

(٤) مريم : ٥ و ٦.

(٥) الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣٠٩ الحديث ٢ ولفظه (ميراث الله من عبده المؤمن الولد الصالح يستغفر له) وفي الكافي : ج ٦ باب فضل الولد ص ٤ قطعة من حديث ١٢ كما في المتن.

أو لم يصبر ^(١) ^(٢).

وإن عاش كان سببا في وصول الرحمة إليه ، والتخفيف عنه.

روي أنّ عيسى عليه السلام مرّ بقبر وهو يعدّب ، ثمّ مرّ به في عام فوجده لا يعدّب ، فقال الحواريون : يا روح الله مررنا بهذا القبر عام أول وهو يعدّب ، ومررنا به الآن وهو لا يعدّب؟! فقال عليه السلام : إنه كان له ولد صغير فبلغ العام فأصلح طريقا ، وآوى يتيما فغفر الله لأبيه بما كان منه ^(٣).

(ى) فوزه بموافقة محبة الله تعالى وإرادته ، وتعلّق عنايته ببقاء نوع الإنسان ، وأن لا يخلو العالم من جنس الإنس ، ولذا حرّم قتل النفوس ، وحرّم اللواط الذي هو سبب ضياع النطف ، وتوعّد عليهما بالقصاص والحدّ حزيا في الدنيا وبالنار في الآخرة ، وأمر بإطعام الجائعين ، وجعل ذلك كفارة لذنوب الخاطئين.

(با) كون الولد عملا برأسه.

روى ابن أبي عمير ، عن محمد بن مسلم قال : كنت جالسا عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل يونس بن يعقوب فرأيت يئن ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : مالي أراك تنن؟! فقال : طفل لي تأذيت به الليل أجمع ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : حدّثني أبي محمد بن علي ، عن آبائه عن جدّي رسول الله صلّى الله عليه وآله ، أنّ جبرئيل نزل عليه ورسول الله وعلي عليهما السلام يئنّان ، فقال جبرئيل :

(١) يدل على ان الجزع لا يحبط أجر المصيبة ، ويمكن حمل على ما إذا لم يفعل ما يسخط الرب ، أو على عدم الاختيار (مرآة العقول : ج ١٤ ص ١٧٣).

(٢) الكافي : ج ٣ ، كتاب الجنائز ، باب المصيبة بالولد ، ص ٢١٩ الحديث ٨ والحديث مروي عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٣) الكافي : ج ٦ ، باب فضل الولد ص ٣ الحديث ١٢ ، وفيه (إن عيسى عليه السلام قال : يا رب مررت إلخ).

يا حبيب الله مالي أراك تئن؟! فقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله : طفلان لنا تأدينا بكائهما ، فقال جبرئيل : مه يا محمد ، فإنه سيبعث لهؤلاء القوم شيعة إذا بكى أحدهم ، فبكائه لا إله إلا الله إلى أن يأتي عليه سبع سنين ، فإذا جاز السبع فبكائه استغفار لوالديه ، إلى أن يأتي على الحد ، فإذا جاز الحد فما أتى من حسنة فلوالديه ، وما أتى من سيئة فلا عليهما (١) (٢).

وعن حمدان بن عمار قال : كان لي ابن وكان تصيبه الحصاة ، ف قيل لي : ليس له علاج إلا أن تبطه ، فبططته فمات ، فقالت الشيعة : شركت في دم ابنك ، فكتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام ، فوقع صلوات الله عليه «يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شيء ، إنما التمسست الدواء ، وكان أجله فيما فعلت» (٣) (٤).
وعن أمير المؤمنين عليه السلام في المرض يصيب الصبي ، فقال : كفارة لوالديه (٥) (٦).
(يب) كون مباشرة أهله عبادة وصدقة.

روى عبد الله بن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صَلَّى

(١) قوله (فبكائه) أي يعطي والده ثواب من قال : لا إله إلا الله (مرآة العقول : ج ٢١ ص ٩١). وقوله : «على الحد» أي حد البلوغ والتكليف (فلوالديه) أي من غير أن ينقص من أجره من تلك الحسنه شيء (الوافي باب ٢٠٦ فضل الولد ص ١٩٦).

(٢) الكافي : ج ٦ : كتاب العقيدة ، باب النوادر ، ص ٥٢ الحديث ٥.

(٣) قال الفيروزآبادي : الحصاة : اشتداد البول في المثانة حتى بصير كالحصاة ، وقال الجزري : البط شقّ الدمل والجراح ونحوها (مرآة العقول ج ٢١ ص ٩١).

(٤) الكافي : ج ٦ كتاب العقيدة ، باب النوادر ص ٥٣ الحديث ٦.

(٥) قوله عليه السلام (كفارة لوالديه) أقول : هذا لا ينافي العوض الذي قال به المتكلمون للطفل ، فان المقصود الأصلي كونه كفارة لهما ، والعوض تابع لذلك (مرآة العقول : ج ٢١ ص ٩٠).

(٦) الكافي : ج ٦ كتاب العقيدة ، باب النوادر : ص ٥٢ الحديث ١.

الله عليه وآله لرجل : أصبحت صائما؟ قال : لا ، قال : فأطعمت مسكينا؟ قال : لا ، قال فارجع إلى أهلِكَ فإنه منك عليهم صدقة ^(١).

المقدمة الرابعة : في فوائد النكاح :

وهي ست : الولد ، وكسر الشهوة ، وتديير المنزل ، وكثرة العشيرة ، ومجاهدة النفس في القيام بهم ، وترويح النفس.

(الفائدة الأولى) الولد : وهو الأصل ، وله وضع النكاح ، إذ المقصود بقاء النسل وأو لا يخلو العالم عن جنس الإنس ، كيف لا ، وهم أشرف المخلوقات.

يدلّك على ذلك ، مباحاته تعالى بهم الملائكة لما قالوا «وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ» ^(٢) ثم أسجد الملائكة لآدم عليه السلام إعظاما له ، وإظهارا لكرامته ، ثم قال «أُنَبِّئُوكَ بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ» قالوا «لَا عِلْمَ لَنَا» ^(٣).

فنطق عليه السلام بما علّمه ربّه مفصلا لتلك الأشياء ، ومبينا لما خلقت له ، وشارحا لأحوالها ، ثم جعل من الملائكة حفظة لهم من الشياطين ، وخدمة ينزل بأرزاقهم ، وتصلح أقدارهم ، وكلّ ذلك يدلّ على فضل هذا المخلوق الشريف ، وعناية خالقه به ، قال تعالى «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا» ^(٤) وقال تعالى «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» ^(٥).

ولما اقتضت حكمة البارئ جلّ جلاله ترتيب المسببات على الأسباب ، مع الاستغناء عنها ، إذا القدرة الأزلية غير قاصرة عن اختراع الأشياء ابتداء من غير توسط حراثة وازدواج كما خلق عيسى من غير أب ، واخترع آدم من تراب ،

(١) الكافي : ج ٥ كتاب النكاح ، باب كراهية الرهبانية وترك الباه ص ٤٩٥ الحديث ٢.

(٢) سورة البقرة . ٣٠.

(٣) سورة البقرة . ٣١ . ٣٢.

(٤) سورة الإسراء . ٧٠.

(٥) سورة النساء . ٢٩.

والتراب من لا شيء ، فقال : (لكن) فكان ، كما شاء ، وأراد بشرا سويا .
ولكن من بديع قدرته وعجائب صنعته ، وسعة إحاطته ، ولطيف خبره ، رتب
المسببات على الأسباب ، تنبيها للألباب ، وكشفا للحجاب عن طريق الرشد والصواب ،
ودليلا على تفرده بالاستغناء الحقيقي والوجود الأزلي قال الصادق عليه السلام : «إلى الله أن
يجري الأشياء إلّا على الأسباب» (١) (٢).

قال بعض العلماء : هذا واجب في الحكمة الإلهية ، ليعرف بذلك أنه لا سبب له ،
فيكون ذلك لطفا في معرفته تعالى .

ألا ترى إلى قول أمير المؤمنين عليه السلام : «ومضادته بين الأشياء عرف أن لا ضدّ
له» (٣) ومثله ما روى عن الصادق عليه السلام : «لو لم يكن الشاهد دليلا على الغائب لما
كان للخلق طريق إلى إثباته تعالى» (٤).

وكان في مشاهدة ذلك وما اشتملت عليه من التدبير ، حيث خلق الشهوة باعثة ،
كالمؤكل بالفحل في إخراج البذر ، وبالأنثى بالتمكن من الحرث ، تطفئا بهما في السياقة إلى
اقتناص الولد بسبب الوقاع ، كالمتلطف بالطير في بثّ الحبّ الذي يشتهي ، ليساق إلى
الشبكة ، ثمّ ألقى في قلوبهما من الحنة عليه والرأفة به ما يرتبانه بها ، إظهارا للقدرة وإتماما
لعجائب الصنعة ، وتنبيها على لطيف الحكمة ، وتوقيفا على

(١) أي جرت عادته سبحانه على وفق قانون الحكمة والمصلحة أن يوجد الأشياء بالأسباب ، كإيجاد زيد من
الآباء والمواد والعناصر ، وإن كان قادرا على إيجاد من كتّم العدم دفعة بدون الأسباب ، وكذا علوم أكثر العباد
ومعارفهم جعلها منوطة بشرائط وعلل وأسباب ، كالمعلم ، والرسول ، والملك ، واللوح ، والقلم ، وإن كان يمكنه
افاضتها بدونها ، وكذا سائر الأمور التي تجري في العالم ، (مرآة العقول : ج ٢ ص ٣١٢).

(٢) الكافي : ج ١ باب معرفة الامام والرد اليه ، ص ١٨٣ قطعة من حديث ٧.

(٣) نهج البلاغة : (صبحي الصالح) الخطبة ١٨٦ ص ٢٧٣ س ٢.

(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٢٨٦ الحديث ٢٨.

دقائق المعرفة ، وإيضاحا لسوايغ النعمة ما توصل إلى التوحيد والمعرفة ، ويزرع في القلوب من غزائر الإيمان ، ويؤنس الصدور من وحشة نزغات الشيطان ، بحيث يصير معرفته لخالقه كالعيان ، ويدعن لرؤيته الانس والجان ، قال عزّ من قائل «وَلَيْنَ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ قُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ»^(١).

وفي الوصلة إلى الولد قرينة من خمسة أوجه :

(أ) موافقة محبة الله لبقاء نوع الإنسان.

(ب) تحصيل محبة رسول الله صلى الله عليه وآله في تكثير من به المباهاة ، حيث قال : تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط^(٢).

وقال عليه السلام : والمولود في أمّتي أحبّ إليّ مما طلعت عليه الشمس^(٣).

(ج) طلب التبرّك بدعاء الولد ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا مات المؤمن انقطع عمله إلا من ثلاث : ولد صالح يدعو له^(٤) الحديث ١.

وبالجملة دعاء الولد لأبويه مفيد برّاً كان الولد أو فاجرا ، فهو مثاب على دعواته وحسناته ، لأنه من كسبه ، وغير مؤاخذ بسيئاته ، فإنه ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.

(د) طلب الشفاعة بموت الولد الصغير إذا مات قبله.

روى سليم بن جعفر الجعفري عن أبي الحسن عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله لرجل : تزوّجها سوداء ولودا ، ولا تزوّجها حسناء جميلة عاقرا ، فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة ، أو ما علمت أنّ الولدان تحت العرش يستغفرون لأبائهم ، يحضنهم إبراهيم عليه السلام وترتيهم سارة في جبل فيه مسك وعنبر

(١) لقمان : ٢٥.

(٢) الجامع الصغير للسيوطي : ج ١ حرف التاء ، الحديث ٣٣٦٦.

(٣) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٢٨٦ الحديث ٣.

(٤) تقدم آنفا نقلا عن مسند أحمد بن حنبل.

وزعفران^(١).

وعنه في حديث : أما علمتم أني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط ، بظلّ محبطينا^(٢) ، «أي ممتلي غيضا وغضبا» على باب الجنة ، فيقول الله عزّ وجلّ : ادخل الجنة ، فيقول : لا أدخل حتى يدخل أبواي قبلي ، فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة ائتني بأبويه ، فيأمر بهما إلى الجنة ، فيقول : هذا بفضل رحمتي لك^(٣).

وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله تبارك وتعالى كفل إبراهيم وسارة أطفال المؤمنين يغذوهم بشجر في الجنة ، لها أخلاف كأخلاف البقر في قصر من درّة ، فإذا كان يوم القيامة البسوا وطبّوا وأهدوا إلى آبائهم ، فهم ملوك في الجنة مع آبائهم وهو قول الله تعالى «وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ»^(٤) ^(٥) ^(٦). وفي خبر آخر : أنّ الأطفال يجمعون في موقف القيامة عند عرض الخلائق

(١) الكافي : ج ٥ ، باب كراهية تزويج العاقر ص ٣٣٤ الحديث ٤ وفيه (سليمان بن جعفر).

(٢) المحبطينى بالحاء والطاء المهملتين وتقدم الباء الموحدة على النون ، يهمز ولا يهمز ، هو المغتضب الممتلي غيظا المستبطينى للشيء ، وقيل : هو الممتنع امتناع طلبة لا امتناع إباء (الوافي : باب ٣ كراهة العروبة والحض على النكاح) ص ١١.

(٣) الكافي : ج ٥ باب فضل الابكار ، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ١.

(٤) سورة الطور . ٢١ .

(٥) أى والحال انهم في دار الدنيا تابعون لآبائهم في الإيمان ، وعلى النسخة الأخرى والقراءة الأخرى ، أي والحال أنا أتبعنا الأولاد بالإباء تفضلا متي عليهم ، كذلك تفضلنا عليهم في الآخرة و (ألحقنا بهم ذرّيتهم) لتكون معهم وتقرّ أعينهم بهم وان لم يكن للأولاد عمل يستحقون به الحقوق ، ولكن كان بالتفضل ، أو بسبب إيمان الآباء (روضة المتقين ج ٨ ص ٦٣٢).

(٦) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٥٠) باب حال من يموت من أطفال المؤمنين ، ص ٣١٦ الحديث ٢.

للحساب ، فيقال للملائكة : اذهبوا بمؤلاء إلى الجنة ، فيقفون على باب الجنة ، فيقال بهم : مرحبا بذراري المسلمين ، أدخلوا لا حساب عليكم ، فيقولون : أين آباؤنا وأمهاتنا؟ فتقول الخزنة : إن آباءكم وأمهاتكم ليسوا مثلكم ، إنهم كانت لهم ذنوب وسيئات ، فهم يجلسون ويطالبون بها ، قال : فيتصايحون ويضجّون على باب الجنة ضجة واحدة ، فيقول الله سبحانه وتعالى : وهو أعلم ، ما هذه الضجة؟ فيقولون أطفال المسلمين قالوا : لا ندخل الجنة إلّا مع الآباء ، فيقول الله تعالى : تحلّلوا الجمع فخذوا بأيدي آبائهم فأدخلوهم الجنة ^(١).

ومن جملة المعاني التي فسر بها قوله تعالى «فَاتُّوا حَرَّتْكُمْ أَنِّي شِئْتُمْ وَقَدَّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ» ^(٢) تقديم الأطفال (هـ) كونه سببا لذكر الله.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلا ، لعل الله يرزقه نسمة يثقل الأرض بـ «لا إله إلا الله» ^(٣).

وقال يوسف لأخيه : كيف استطعت أن تتزوج النساء بعدي؟ فقال : إن أبي أمرني وقال : إن استطعت أن يكون لك ذرية تثقل الأرض بالتسييح ، فافعل ^(٤).

أما الأوّل من الوجوه ، وهو (موافقة محبة الله بالسعي في تحصيل الولد لبقاء نوع الإنسان) فهو أدقّ الوجوه ، وأبعدها عن أفهام العوام ، وأقواها عند ذوي البصائر والأفهام ، وأرباب الفكر في عجائب صنعة العلام ، لأنّ الله سبحانه ﴿خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى﴾ ، وخلق النطفة ، وهياً لها في الأنثيين عروقا ومجاري ، وخلق الرحم

(١) المستدرک : (الطبعة الحديثة) ج ٢ باب استحباب احتساب موت الأولاد ، ص ٣٨٩ الحديث ٩ نقلا عن البحار.

(٢) سورة البقرة . ٢٢٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج ص ٢٤١ الحديث ١.

(٤) الكافي : ج ٥ ، باب كراهة الغربة ، ص ٣٢٩ الحديث ٤.

قرارا ومستودعا للنطفة وسلّط متقاضى الشهوة على كل من الذكر والأنثى.

فهذه الأفعال تشهد بلسان ذلق في الإعراب عن مراد خالقها وبانيها ، وينادي أرباب الألباب بتعريف ما أعدّت له ، فالتارك للنكاح المتعلّل بنوع ما ، من الأعذار ، داحض الحجة ، محجوج القول ، خاسر الصفقة ، وإنما مثله في ذلك كالسيد إذا أسلم إلى عبده البذر وآلات الحرث ، وهياً له أرضاً للحرث ، وكان العبد قادراً على الحرث ، ووكل به من يتقاضاه ، فإنه إن ترك ما أمر به ؛ وتكاسل ، وعطل آلة الحرث ، وترك البذر ضائعاً حتى فسد ، ودفع الموكل عن نفسه بنوع من الحيلة ، كان مستحقاً للغضب والعقوبة من سيّده.

هذا لو لم يصرح سبحانه وتعالى على لسان نبيه صلّى الله عليه وآله بالمراد ، حيث يقول : ما من شيء أحبّ إلى الله عزّ وجلّ من بيت يعمر في الإسلام بالنكاح ، وما من شيء أبغض إلى الله عزّ وجلّ من بيت يخرب في الإسلام بالفرقة ، يعني الطلاق ^(١).

وقال عليه السّلام : تناكحوا تناسلوا ^(٢).

ولهذا قال صلّى الله عليه وآله : تزوّجوا سوداء ولودا ، ولا تزوّجها حسناء عاقرا ^(٣).

وقال عليه السّلام : حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة لا تلد ^(٤).

(١) الكافي : ج ٥ ، باب في الحضّ على النكاح ، ص ٣٢٨ قطعة من حديث ١ .

(٢) المستدرک : ج ٢ كتاب النكاح ص ٣٥١ الحديث ١٧ نقلاً عن عوالي اللئالی ، وتمامه (أباهي بكم الأمم يوم القيامة).

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب كراهية تزويج العاقر ، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ٤ .

(٤) التذكرة : ج ٢ ص ٥٦٩ رواه في المقدمة السادسة من مقدمات النكاح نقلاً عن رسول الله صلّى الله عليه وآله ورواه في كنز العمال : ج ١٦ حرف النون ، الحديث ٤٥٥٨٩ ولفظه (عن ابن عمر ، ان عمر

وكلّ ذلك يدلّ على أنّ المقصود من النكاح إنما هو الولد وبقاء النسل ، فالنكاح ساع في إتمام ما أحبّ الله إتمامه ، والمعرض معطل ومضيّع لما كره الله ضياعه ، وقاطع نسلا أدام الله وجوده من آدم عليه السّلام إليه عقبا بعد عقب حتى انتهى إليه ، وختم الوجود المستدام على نفسه ، فمات أبتر لا عقب له ولا ذكر.

أمّا الوجه الثاني والثالث : أعني تكثير الأُمّة وطلب التبرك بدعاء الولد ، فمعلوم ممّا قدمناه من الأحاديث ، وفي معناها كثيرة لا حاجة بنا إلى إيراده كيلا يطول الكتاب.

وأمّا الرابع : وهو أن يموت الولد الصغير فيكون شفيعا له ، فظاهر من نصوصه عليه السّلام وهي كثيرة قدّمنا منها ما يكفي الاستشهاد.

ومثله قوله عليه السّلام : اعلموا أنّ أحدكم يلقي سقطه محبّطًا على باب الجنة ، حتى إذا رآه أخذ بيده حتى يدخله الجنة ، وإنّ ولد أحدكم إذا مات أوجر فيه ، وإن بقي له ، استغفر له بعد موته ^(١).

وعنه عليه السّلام : من مات له ثلاثة لم يبلغوا الحنث أدخله الله الجنة بفضل رحمته وآبائهم ، قيل : يا رسول الله صلّى الله عليه وآله واثنان؟ قال : واثنان ^(٢).

(الفائدة الثانية) التحصن عن الشيطان ، وكسر الشوقان ، ودفع غوائل الشهوة ، وغضّ البصر ، وحفظ الفرج ، وإليه الإشارة بقوله : «من تزوّج فقد أحرز نصف

تزوج امرأة فأصابها شمطاء وقال : حصير في بيت خير من امرأة لا تلد) وفي الفقيه : ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ س ١٨ ولفظه (لحصير في ناحية البيت إلخ).

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١١ الحديث ١٥.

(٢) ثواب الأعمال : ثواب من قدم أولادا يحتسبهم عند الله ص ٢٣٣ ، الحديث ٣ الى قوله (بفضل رحمته) وفي المستدرک کتاب الطهارة باب ٦٠ من أبواب الدفن ، حديث ٦ وفيه (فقيل : يا رسول الله واثنان؟ قال : واثنان).

.....

دينه فليترك الله في النصف الباقي ^(١).

وقال عليه السلام : معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فان الصوم له وجاء ^(٢).
والوجاء رض الخصيتين.

وكسر الشهوة أمر مهم في نظر الشرع ، فإن الشهوة إن لم يغلبها قاهر الدين والحياء ، أوقعت في المحرم ، وإن قهرها فغايتها قهر الظاهر ، أما القلب فلا سبيل عليه ، فرما يشوش عليه عبادته ، حتى رما توسوس في الصلاة ، فيخطر في خاطره ما لو أظهره بين يدي مخلوق مثله ، لا استحيا منه ، وقلبه بالنسبة إلى الباري تعالى كظاھره بالنسبة إلى المخلوق ، فلا يكاد يسلم قلبه من وجود الشهوة.

ولهذا روى أنّ بعض الصحابة كان يفطر عليه قبل الأكل.

وقال ابن عباس : لا يتم نسك الناسك حتى يتزوج ^(٣).

فقال بعضهم : لا يفرق قلبه عن شهوة النكاح إلا بالتزويج ، ولا يتم النسك إلا بفراغ القلب. والظاهر أنّ مراده : لا يكمل نسك الناسك حتى يتزوج ، لأن التزوج أفضل السنن ، ولا يكون نسك الناسك كاملا مع إهماله أعظم السنن.

وعن علي صلوات الله وسلامه عليه ، لم يكن أحد من أصحاب الرسول صلى الله عليه وآله تزوج إلا قال رسول الله صلى الله عليه وآله : كمل دينه ^(٤).

فالزوجة على التحقيق ، قوة وسبب لطهارة النفس ، ولذلك أمر رسول الله صلى

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج ص ٢٤١ الحديث ٣ و ٤).

(٢) صحيح مسلم : كتاب النكاح (١) باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه اليه ، الحديث ٣.

(٣) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٢٩٠ الحديث ٤٥.

(٤) دعائم الإسلام : ج ٢ فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح ، ص ١٩٠ الحديث ٦٨٧.

.....

الله عليه وآله كل من وقع نظره إلى امرأة فتاقت نفسه إليها أن يجامع أهله^(١).

ولأن ذلك يدفع الوسواس.

وعن علي عليه السلام : إذا نظر أحدكم إلى امرأة فليلمس أهله ، فإنما هي امرأة كامرة^(٢).

وروى مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إذا نظر أحدكم إلى المرأة الحسناء فليأت أهله ، فإن الذي معها مثل الذي مع تلك ، فقام رجل وقال يا رسول الله : فان لم يكن له أهل فما يصنع؟ قال : فليرفع بصره إلى السماء وليراقبه ، وليسأله من فضله^{(٣) (٤)}.

وقال الصادق عليه السلام : من نظر إلى امرأة فرفع بصره إلى السماء ، وغمض بصره ، لم يرتد إليه بصره حتى يزوجه الله من الحور العين^(٥).

وفي خبر آخر : لم يرتد إليه بصره حتى يعقبه الله إيماناً يجد طعمه^(٦).

(الفائدة الثالثة) تدبير المنزل : وفي التزويج تفريغ القلب عن تدبير المنزل ، والتكفل بشغل الطبخ ، والكنس ، والفرش ، وتنظيف الأواني ، وتهيئة أسباب المعيشة ، فإن الإنسان لو لم يكن له شهوة الوقاع ، لتعذر أو تعسر عليه العيش في منزله وحده ، إذ لو تكفل بجميع أشغال المنزل لضاع أكثر أوقاته ، ولم يتفرغ للعلم

(١) سيأتي عن قريب.

(٢) نهج البلاغة : القسم الثاني في غريب كلامه المحتاج إلى التفسير ، تحت الرقم ٤٢٠ وفيه فليلمس أهله).

(٣) قوله (فليراقبه) أي فليتذكر عذاب الله تعالى وإطلاعه على أحواله ليصير سبباً للاحتراز عن الحرام ، ويحتمل أن يكون المراد التضرع والمسألة ، فيكون ما بعده تفسيراً له ، والنظر إلى السماء إما للتوجه بالدعاء ، أو لرفع النظر عن المرأة (مرآة العقول ج ٢٠ ص ٣٠٢).

(٤) الكافي : ج ٥ ، باب أن النساء أشباه ص ٤٩٤ الحديث ٢.

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ ، باب النوادر في النكاح ، ص ٣٠٤ الحديث ٤١ . ٤٢ .

(٦) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ ، باب النوادر في النكاح ، ص ٣٠٤ الحديث ٤١ . ٤٢ .

.....

والعمل.

فالمرأة الصالحة للمنزل عون على الدين ، واحتياال هذه الأسباب شواغل ومشوَّشات للقلب ، ومنعَّصات للعيش.
وجاء عن النبي صَلَّى الله عليه وآله : خمسة من السَّعادة ، وعدة منها الزوجة الصالحة^(١).

وجاء إليه رجل وقال : يا رسول الله ، إنَّ لي زوجة إذا دخلت تَلَقَّتني ، وإذا خرجت شيعتني ، وإذا رأَني مهموما ، قالت : ما يَهْمُك؟ إن كنت تَهْتَمُّ لرزقك ، فقد تكفَّل به غيرك ، وإن كنت تَهْتَمُّ بأمر آخرتك ، فزادك الله همًّا ، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله : ان الله عمَّالا ، وهذه من عمَّاله ، لها نصف أجر الشهيد^(٢).
وهي مع هذه الفائدة العاجلة ، من الفوائد الآجلة المؤذنة بتضاعف الحسنات ما لا يوجد في غيره من أصناف الطاعات والعبادات.

وكان عثمان بن مظعون رضي الله عنه من زهاد الصحابة وأعيانها ، حتى أنَّ رسول الله صَلَّى الله عليه وآله أمر بوضع جنازته عن أكتاف المشيعين وقبَّله مرارا ، ونزل إلى قبره والحدة بيده ، ثمَّ سوَّى قبره بيده ، فجاء يوما إلى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله قد غلبني حديث النفس ، ولم أحدث شيئا حتى أستأمرُك؟ قال : بم حدَّثتك نفسك يا عثمان؟ قال : هممت أن أسبيح في الأرض ، قال : فلا تسبح فيها ، فإنَّ سياحة أمتي في المساجد ، قال : وهممت أن أحرم اللحم على نفسي فقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله : لا تفعل فإنني أشتهيهِ وأكله ، ولو

(١) دعائم الإسلام : ج ٢ فصل ١٢ ذكر من يستحب ان ينكح. ص ١٩٥ الحديث ٧٠٦ وتمام الحديث (والبنون الأبرار ، والخلطاء الصالحون ، ورزق المرء في بلده ، والحبُّ لآل محمد «ص»).

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحرم من أخلاق النساء وصفاتهنَّ ص ٢٤٦ الحديث ٨.

.....

سألت الله أن يطعمنيه كل يوم ، لفعل ، فقال : وهممت ان أحب^(١) نفسي؟ قال : يا عثمان من فعل ذلك فليس منا ، أعنى بنفسه أحد^(٢) لا تفعل إن وجاء أمتي الصيام ، قال : وهممت أن أحرّم خولة على نفسي؟ (يعني امرأته).

قال : لا تفعل ، فإنّ العبد المؤمن إذا أخذ بيد زوجته كتب الله له عشر حسنات ومحا عنه عشر سيئات ، فإن قبلها كتب الله له مائة حسنة ومحا عنه مائة سيئة ، فإن ألم بها كتب الله له ألف حسنة ومحا عنه ألف سيئة وحضرتهما الملائكة ، فإن اغتسلا لم يمرّ الماء على شعرة من كل واحد منهما إلّا كتب الله لهما حسنة ومحا عنهما سيئة ، فإن كان ذلك في ليلة باردة قال الله عزّ وجلّ لملائكته : انظروا إلى عبدي هذين اغتسلا في هذه الليلة الباردة علما منهما اني ربهما ، أشهدكم أنّي قد غفرت لهما ، فإن كان لهما في مواقعتهما تلك ولد ، كان لهما وصيفا في الجنة ، ثمّ ضرب رسول الله صلّى الله عليه وآله بيده على صدر عثمان ، وقال : يا عثمان ، لا ترغب عن سنتي فإنّ من رغب عن سنتي عرضت له الملائكة يوم القيامة فصرفت وجهه عن حوضي^(٣).

وعنه صلّى الله عليه وآله : إذا أقبل الرجل المؤمن على امرأته المؤمنة ، اكتنفه ملكان ، وكان كالشّاهر سيفه في سبيل الله ، فاذا فرغ منها تحاتت عنه الذنوب كما يتحات ورق الشجر^(٤) ، فإذا هو اغتسل انسلخ من الذنوب ، فقالت امرأة : بأبي أنت وأمي يا رسول الله ، هذا للرجال فما للنساء؟ قال : هي إذا حملت كتب الله لها أجر الصائم القائم ، فإذا أخذها الطلق لم يدر ما لها من الأجر إلا الله تعالى ، فاذا

(١) الحبّ قطع الذكر ، أو ما لا يبقى منه قدر الحشفة ، ومنه خصي محبوب ، مقطوع (مجمع البحرين لغة حبّ).

(٢) وفي المصدر (قال : يا عثمان ليس منا من فعل ذلك بنفسه ولا بأحد إنّ وجأ إلخ).

(٣) دعائم الإسلام : ج ٢ فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح ص ١٩٠ الحديث ٦٨٨.

(٤) وزاد في المصدر (أوان سقوطه).

وضعت كتب الله لها بكل مصبة (يعني من الرضاع) حسنة ، ومحاً عنها سيئة.
وقال : النفساء إذا ماتت من نفاسها ، فجاءت ^(١) يوم القيامة بغير حساب ، لأنها
تموت بعمّها ^(٢).

(الفائدة الرابعة) كثرة العشيرة : وهو أمر مطلوب في نظر العقلاء ، ألا تنظر الى قوله
تعالى حاكيا عن إبراهيم عليه السلام «رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ وَاجْعَلْ لِي
لِسَانَ صِدْقٍ فِي الْآخِرِينَ» ^(٣) ^(٤) وقال تعالى «وَجْعَلْهَا كَلِمَةً بَاقِيَةً فِي عَقْبِهِ» ^(٥) وقال موسى
«وَاجْعَلْ لِي وَزِيرًا مِنْ أَهْلِي» ^(٦) وقال زكريا «فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي» ^(٧) وقال «هَبْ
لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ» ^(٨).

وعن النبي صلى الله عليه وآله : خمسة من السعادة ، الزوجة الصالحة ، والبنون الأبرار
، والخلطاء الصالحون ، ورزق المرء في بلده ، والحب لآل محمد ^(٩).
وعنه صلى الله عليه وآله : «تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم غدا في القيامة» ^(١٠) وخير
النساء الولود الودود ^(١١) ولا تنكحوا الحمقاء فإن في صحبتها بلاء ، وولدها

(١) في المصدر (قامت يوم القيامة).

(٢) دعائم الإسلام : ج ٢ ، فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح ص ١٩١ الحديث ٦٩٠.

(٣) سورة الشعراء . ٨٣ . ٨٤.

(٤) قيل : ان معناه : واجعل لي ولد صدق في آخر الأمم يدعوا الى الله ويقوم بالحق ، وهو محمد صلى الله عليه
وآله (مجمع البيان) : ج ٧ ص ١٩٤.

(٥) الزخرف : ٢٨.

(٦) طه : ٢٩.

(٧) مريم : ٥.

(٨) آل عمران : ٣٨.

(٩) تقدم آنفا.

(١٠) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج ، ص ٢٤٢ قطعة من حديث ٦.

(١١) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحمد من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٦ قطعة
من حديث ٦ وفيه (إن من خير نساء كم إلخ).

ضياح^(١).

وروى محمد بن سنان عن بعض رجاله قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : خير نساءكم الطيبة الريح ، الطيبة الطبخ ، التي إن أنفقت ، أنفقت بمعروف ، وإن أمسكت أمسكت بمعروف ، فذلك عامل من عمال الله ، وعامل الله لا يخيب ولا يندم^(٢).

(الفائدة الخامسة) مجاهدة النفس ورياضتها في القيام بحق العيال ، والصبر على أخلاق النساء ، واحتمال الأذى منهن ، والسعي في إصلاحهن ، والاجتهاد في كسب الحلال ، والقيام بتربية الأولاد. كل هذه الأعمال عظيمة الفضل.

وإذا كانت الراحة من الدنيا مستحيلة ، وكانت هي دار الفناء على ما ورد به الأثر عن الصادقين عليهم السلام ، وكذا ما روي أنّ المعونة تنزل على قدر المؤنة^(٣).

فأحق ما صرف العنان اليه (ظ) ، الاهتمام في إقامة سنن الرسول صلى الله عليه وآله ، مع ما فيه من طيبته العيش العاجل ، والتكثير بالعشيرة والأولاد والفضل العظيم.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من غال بيتا من المسلمين فله الجنة^(٤).

وقال صلى الله عليه وآله : من بات كالا في طلب الحلال غفر له^(٥).

(١) الكافي : ج ٥ باب كراهية تزويج الحمقاء والمجنونة ص ٣٥٤ الحديث ١ والحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام.

(٢) الكافي : ج ٥ ، باب خير النساء ، ص ٣٢٥ الحديث ٦.

(٣) نهج البلاغة : (شرح محمد عبده) ج ٢ ص ١١٨ تحت الرقم ١٣٩.

(٤) الجامع الصغير للسيوطي : حرف العين المهملة ، ولفظ الحديث (من عال أهل بيت من المسلمين يومهم وليلتهم غفر الله له ذنوبه).

(٥) الوسائل : ج ١٢ ، كتاب التجارة ، باب ٤ من أبواب مقدماتها ، حديث ١٦ نقلا عن الأمالي ، ولفظ الحديث (من بات كالا في طلب الحلال بات مغفورا له).

وقال عليه السلام : من عال ثلاث بنات أو ثلاث أخوات وجبت له الجنة ، فقيل : يا رسول الله واثنين؟ فقال : واثنين ، فقيل يا رسول الله فواحدة؟ قال : وواحدة^(١) ^(٢).
وروى حمزة بن حمران بإسناده قال : أتى رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله ، وعنده رجل ، فأخبره بمولود له ، فتغير لون الرجل ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله : مالك؟ قال : خير ، قال : قل : قال : خرجت والمرأة تمخض ، فأخبرت أنها ولدت جارية ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله : الأرض تقلّها ، والسماء تظلّها ، والله يرزقها ، وهي ربحانة تشمّها ، ثم أقبل على أصحابه ، فقال : من كانت له ابنة واحدة ، فهو مقروح ، ومن كانت له ابنتان ، فيا غوثاه بالله ، ومن كانت له ثلاثة ، وضع عنه الجهاد وكلّ مكروه ، ومن كانت له أربع ، فيا عباد الله أعينوه ، يا عباد الله أقرضوه ، يا عباد الله ارحموه^(٣) ^(٤).
وقال الصادق عليه السلام : من عال ابنتين ، أو أختين ، أو عمتين ، أو خاليتين ، حجبتاه من النار^(٥).

وقال عليه السلام : إذا صار للرجل ابنة بعث الله عزّ وجلّ إليها ملكا ، فأمر

(١) يحتمل ان يكون ذكر الثلاث أولا للفرد الكامل من وجوب الجنة ، ويحتمل بتجدد الوحي ، فيكون كالنسخ (مرآة العقول : ج ٢١ ص ١٤).

(٢) الكافي : ج ٦ ، باب فضل البنات ، ص ٦ الحديث ١٠.

(٣) (تقلّها) أي تحملها ، (تظلّها) أي ألقت ظلّها عليها ، أي ليس مفوتتها عليك ، بل الله تعالى جعل الأرض والسماء كافلتين لرزقها. (مقروح) أي مجروح ، (أو مقدوح) أي حملة ثقيل (روضة المتقين : ج ٨ ص ٥٩٤).

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ، ص ٣١٠ الحديث ١١.

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ، ص ٣١١ الحديث ١٣.

جناحه على رأسها وصدرها ، وقال : ضعيفة خلقت من ضعيف ، المنفق عليها معان ^(١) .

(الفائدة السادسة) ترويح النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر والملاعبة ، وفي ذلك راحة للقلب ، وتقوية له على العبادة ، فإنّ النفس ملول ، وهي عن الحق نفور ، لأنه على خلاف طبعها ، فإذا كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها حجت وماتت .

قال أمير المؤمنين عليه السّلام : إنّ للقلوب إقبالا وإدبارا ، فإذا أقبلت فاحملوها ، على النوافل وإذا أدبرت فاقتصروا بها على الفرائض ^(٢) ^(٣) فإنّ القلب إذا أكره عمى ^(٤) .

وإذا روّحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت ، وفي الاستيناس بالنساء من الاستراحة ما يزيل الكرب ويروح القلب ، قال تعالى «وَجَعَلْ مِنْهَا زُوجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا» ^(٥) .

وقال صلى الله عليه وآله : ما تلذّد الناس في الدنيا ولا في الجنة بشيء أشهى عندهم من النساء ، لا طعام ولا شراب ^(٦) .

وعنه عليه السّلام : ثلاثة للمؤمن فيها راحة ، دار واسعة توارى عورته وسوء حاله من الناس ، وامرأة صالحة تعينه على أمر الدنيا ، وابنة تخرجها إما بموت أو تزوج ^(٧) .

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ، ص ٣١١ الحديث ١٤ .

(٢) نهج البلاغة : باب المختار من حكم أمير المؤمنين عليه السّلام ج ٢ ص ١٦٦ (عبد) ، تحت الرقم ٣١٢ .

(٣) إقبال القلوب رغبتها في العمل ، وإدبارها مللها عنه (من شرح محمد عبده) .

(٤) تلك الجملة ليست في هذه الحكمة ، بل من حكمة أخرى ، لاحظ الرقم ١٩٣ .

(٥) الأعراف : ١٨٩ .

(٦) الكافي : ج ٥ ، باب حبّ النساء ص ٣٢١ قطعة من حديث ١٠ وفيه (وان أهل الجنة ما يتلذذون آه) .

(٧) الكافي : ج ٥ ، باب من وفق له الزوجة الصالحة ، ص ٣٢٧ الحديث ٦ .

وعن علي عليه السَّلام رَوَّحُوا الْقُلُوبَ فَإِنَّمَا إِذَا كَرِهْتَ عَمِيَتْ ^(١).

وعن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ : وَعَلَى الْعَاقِلِ أَنْ لَا يَكُونَ ظَاعِنًا إِلَّا فِي ثَلَاثٍ ، تَزَوَّدَ لِمَعَادٍ ، أَوْ مَرَمَةً لِمَعَاشٍ ، أَوْ لَذَّةً فِي غَيْرِ مُحَرَّمٍ ^(٢).

وعنه عليه السَّلام : وَعَلَى الْعَاقِلِ أَنْ يَكُونَ لَهُ ثَلَاثُ سَاعَاتٍ ، وَسَاعَةٌ يَنَاجِي رَبَّهُ فِيهَا ، وَسَاعَةٌ يَحَاسِبُ فِيهَا نَفْسَهُ ، وَسَاعَةٌ يَخْلُوا فِيهَا لِمَطْعَمِهِ وَمَشْرَبِهِ ، وَهَذِهِ عَوْنٌ عَلَى تِلْكَ السَّاعَتَيْنِ ^(٣).

وقال عليه السَّلام : لِكُلِّ عَامِلٍ شَرَّةٌ وَلِكُلِّ شَرَّةٍ فِتْرَةٌ ، فَمَنْ كَانَتْ فِتْرَتُهُ إِلَى سُنَّتِي فَقَدْ اهْتَدَى ^(٤).

والشَّرَّةُ بِالشَّيْنِ الْمَعْجَمَةِ وَالرَّاءِ الْمَهْمَلَةِ الْمَشْدُدَةِ ، وَالْجَدُّ وَالْمَكَايِدَةُ بِجِدَّةٍ وَقُوَّةٍ ، وَذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ الْإِرَادَةِ ، وَالْفِتْرَةُ الْوُقُوفُ لِلِاسْتِرَاحَةِ.

وقال عليه السَّلام : حَبَّبَ إِلَيَّ مِنْ دُنْيَاكُمْ هَذِهِ ، الثَّلَاثُ ، الطَّيِّبُ وَالنِّسَاءُ وَقِرَّةٌ عَيْنِي فِي الصَّلَاةِ ^(٥).

وقال بعض العلماء : وَذَلِكَ لِتَرْوِيحِ الْقَلْبِ ، وَيَعْرِفُ ذَلِكَ مَنْ جَرَّبَ إِتْعَابَ نَفْسِهِ فِي الْأَفْكَارِ وَالْأَذْكَارِ ، وَصَنُوفِ الْأَعْمَالِ.

ولعمري فِي الشَّهْوَةِ حِكْمَةٌ سَوَى مَا يَبِيعُ عَلَيْهِ مِنَ الْفَوَائِدِ الَّتِي عَدَّدْنَاهَا ، وَهُوَ مَا فِي قَضَائِهَا مِنَ اللَّذَّةِ الَّتِي لَا يَوَازِيهَا لَذَّةٌ لَوْ دَامَتْ ، فَهِيَ مُشَبَّهَةٌ عَلَى اللَّذَاتِ الْمَوْعُودَةِ فِي

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٢ (٦٧) باب ما جاء فِي السَّفَرِ إِلَى الْحَجِّ وَغَيْرِهِ مِنَ الطَّاعَاتِ ص ١٧٣ الحديث ١.

(٣) الوسائل : ج ١١ كتاب الجهاد ، الباب ٩٦ من أبواب جهاد النفس ، قطعة من حديث ٤.

(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٣.

(٥) كتاب الخصال : باب الثلاثة ، ص ١٦٥ الحديث ٢١٧ ولا حظ ما علّق عليه فِي الْمَصْدَرِ.

الجنان ، إذ الترغيب في لذة لم يحركها ذواق ، لا ينتفع ، فلو رغب العنين في لذة الجماع والصبي في لذة الملك والسلطنة لم ينفع الترغيب ، لعدم شعورهما باللذتين ، فأحد فوائد لذات الدنيا ، الرغبة في دوامها في الجنة ، ليكون باعثا على عبادة الله ، فانظر إلى الحكمة ، ثم إلى الرحمة ، ثم إلى التعبية الإلهية ، كيف عيّنت تحت شهوة واحدة ، حياتان ، حياة ظاهرة وحياة باطنة ، فالظاهرة حياة المرء ببقاء نسله ، فإنه نوع من دوام الوجود ، والحياة الباطنة هي حياة الآخرة ، فإن هذه اللذة الناقصة بسبب الانصرام والتفصي ، تحرك رغبة في الكاملة ذات الدوام ، فيستحث على العبادة الموصلة إليها ، فيستفيد العبد بشدة الرغبة فيها بعد المواظبة على ما توصله الى نعيم الجنان ، وما من ذرة من ذرات بدن الإنسان ظاهرا وباطنا ، بل من ذرات ملكوت السماوات والأرضين ، إلّا وتحتها من لطائف الحكمة وعجائبها ما تحار فيه العقول.

المقدمة الخامسة في خطب النكاح :

روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : النكاح بغير خطبة كاليد الجذماء ^(١).

وعن علي بن الحسين عليهما السلام : إذا حمد الله فقد خطب ^(٢).

وروى معاوية بن حكيم قال : خطب الرضا عليه السلام بهذه الخطبة : «الحمد لله

الذي حمد في الكتاب نفسه ، وافتتح بالحمد كتابه ، وجعل الحمد أول جزاء محل نعمته ^(٣) وأخر دعوى أهل جنته ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده

(١) دعائم الإسلام : ج ٢ فصل ٣ ذكر اختطاب النساء ، ص ٢٠٣ ذيل حديث ٧٤٣.

(٢) الكافي : ج ٥ باب التزويج بغير خطبة ص ٣٦٨ ذيل حديث ٢.

(٣) قوله (محل نعمته) الظاهر أن يكون مصدرا ميميا بمعنى النزول ، أى جعله أول جزاء من العباد لنعمه ، ثم بعد ذلك ما أمرهم به من الطاعات ، ويحتمل أن يكون المراد به أن ما حمد به تعالى نفسه جعله

لا شريك له ، شهادة أخلصها له وأدّخرها عنده ، وصلى الله على محمد خاتم النبوة وخير البرية وعلى آله آل الرحمة ^(١) وشجرة النعمة ، ومعدن الرسالة ، ومختلف الملائكة والحمد لله. الذي كان في علمه السابق ، وكتابه الناطق ، وبيانه الصادق ، أن أحق الأسباب بالصلة والأثرة وأولى الأمور بالرغبة فيه ، سبب أوجب سببا ^(٢) وأمر أعقب غنى ، فقال جلّ وعزّ **«وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا»** ^(٣) وقال **«وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»** ^(٤) ولو لم يكن في المناكحة والمصاهرة آية محكمة ، ولا سنة متبعة ، ولا أثر مستفيض ، لكان فيما جعل الله من برّ القريب ^(٥) وتقريب البعيد ، وتأليف القلوب ، وتشبيك الحقوق ^(٦)

جزاء لنعم العباد ، لعلمه بعجزهم عما يستحقه تعالى من ذلك ، كما ورد في بعض الأخبار ، وقال الطبرسي رحمه الله في مجمع البيان ، (ودعواهم فيها) أي دعاء المؤمنين وذكرهم في الجنة أن يقولوا (سبحانك اللهم) يقولون ذلك لا على وجه العبادة ، بل يتلذذون بالتسبيح ، وقيل : إنهم إذا مرّ بهم الطير في الهواء يشتهونه (قالوا سبحانك اللهم) فيأتيهم الطير ويقع مشويا بين أيديهم ، وإذا قضوا منه الشهوة ، قالوا : (الحمد لله ربّ العالمين) فيطير الطير حيا كما كان ، (وأخر دعواهم أن الحمد لله ربّ العالمين) ليس المراد أنّ ذلك يكون آخر كلامهم حتى لا يتكلمون بعده بشيء ، بل المراد أنهم يجعلون هذا آخر كلامهم في كلّ ما ذكروه.

(١) (آل الرحمة) أي أهل رحمة الله الكاملة الجامعة ومستحقّتها ، أوهم رحمة الله والشفقة عليهم.

وقال الفيروزآبادي : رجل يستأثر على أصحابه ، أي يختار لنفسه أشياء حسنة ، والاسم : الأثرة محرّكة ، والأثرة بالضم والكسر (مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٩٦).

(٢) قوله : (أوجب سببا) أي من الألفة والأنساب والمعونات ، وفي بعض النسخ (نسبا) وهو الأظهر ، فيكون إشارة الى الآية الأولى ، كما أنّ ما بعدها إشارة إلى الآية الثانية.

(٣) الفرقان : ٥٦.

(٤) النور : ٣٢.

(٥) قوله (من برّ القريب) أي إذا كانت المواصلّة مع الأقرباء.

(٦) قوله (وتشبيك الحقوق) أي تحصل به أنواع الحقوق من الطرفين ، من حق الزوجية ، والوالدية ،

وتكثير العدد ، وتوفير الولد ، لنوائب الدهر ، وحوادث الأمور ما يرغب في دونه ^(١) العاقل اللبيب ، ويسارع إليه الموفق المصيب ، ويحرص عليه الأديب الأريب ، فأولى الناس بالله ^(٢) من اتبع أمره ، وأنفذ حكمه ، وأمضى قضاءه ، ورجى جزاءه.

وفلان بن فلان من قد عرفتم حاله وجلاله ، دعاه رضا نفسه ، وأتاكم إشارا لكم واختيارا لخطبة ^(٣) فلانة بنت فلان كريمتكم ^(٤) وبذل لها من الصداق كذا وكذا ، فتلقوه بالإجابة ، وأجيبوه بالرغبة ، واستخيروا الله في أموركم ، يعزم لكم ^(٥) على رشدكم إن شاء الله ، نسأل الله أن يلحم ^(٦) ما بينكم بالبر والتقوى ، ويؤلفه بالمحبة والهوى ، ويختمه بالموافقة والرضا ، إنه سميع الدعاء لطيف لما يشاء ^(٧).

محمد بن يعقوب : يرفعه إلى عبد الرحمن بن كثير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لما أراد رسول الله صلى الله عليه وآله أن يتزوج خديجة بنت خويلد ، أقبل أبو طالب في أهل بيته ومعه نفر من قريش حتى دخل على ورقة بن نوفل عم خديجة ^(٨) ، فابتدأ أبو طالب بالكلام فقال : الحمد للرب هذا البيت الذي جعلنا

والمولودية وغير ذلك ، ورعاية كل واحد منها موجبة لتحصيل الثوابات ، وفي كل منها منافع دنيوية وأخروية

(١) قوله (في دونه) أي الأقل منه ، والأريب : العاقل ، ذكره الجوهري.

(٢) قوله (فأولى الناس بالله) أي بفضله ورحمته.

(٣) قوله (واختيارا لخطبة) قال في القاموس : خطب المرأة خطبا وخطبة وخطيب بكسرهما ، واختطبها وهي خطبة وخطبته وخطيباه وخطيبة ، وهو خطبها بكسرها ويضم الثاني.

(٤) قوله (كريمتكم) أي من يكرم عليكم.

(٥) قوله (يعزم لكم) أي يقدر لكم ما هو خيره لكم.

(٦) قوله (أن يلحم) قال الفيروزآبادي : لحم الصائغ الفضة كنصر ، لامسها ، والتحم والجرح للبرء : التألم ، ويقال : وألحم ما أسديت أي تمم ما بديت (مقتبسات من مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٩٦ - ٩٨).

(٧) الكافي : باب خطب النكاح ص ٣٧٣ الحديث ٧.

(٨) قوله (عم خديجة) المشهور أنه ابن عمها ، قال الفيروزآبادي : ورقة بن نوفل أسد بن عبد العزى ،

من زرع إبراهيم وذرية إسماعيل وأنزلنا حرما آمنا ، وجعلنا الحكم على الناس ، وبارك لنا في بلدنا الذي نحن فيه ، ثم إن ابن أخي هذا . يعني رسول الله صلى الله عليه وآله . ممن لا يوزن برجل من قريش إلا رجح به ، ولا يقاس به رجل إلا عظم عنه ، ولا عدل له في الخلق ، وإن كان مقلا في المال ، فإن المال رقد جار ^(١) وظل زائل ، وله في خديجة رغبة ، ولها فيه رغبة ، وقد جئناك لنخطبها إليك برضاها وأمرها ، والمهر على في مالي الذي سألتموه عاجلة وآجله وله ، ورب هذا البيت حظ عظيم ^(٢) ودين شائع ورأي كامل ، ثم سكت أبو طالب وتكلم عمها ، وتلجلج وقصر عن جواب أبي طالب وأدركه القطع والبحر وكان رجلا من القسيسين ، فقالت خديجة مبتدئة : يا عمّاه إنك وإن كنت أولى بنفسي مني في الشهود ، فلست أولى بي من نفسي ^(٣) قد زوجتك يا محمد نفسي والمهر عليّ في مالي ، فأمر عمك فلينحر ناقة فليؤلم بها وأدخل على أهلك ، قال أبو طالب : اشهدوا عليها بقبولها محمدا وضمانها المهر في مالها ، فقال بعض قريش : يا عجباه المهر على النساء للرجال ، فغضب أبو طالب غضبا شديدا ، وقام على قدميه ، وكان ممن يهابه الرجال ويكره غضبه ، فقال : إذا كانوا مثل ابن أخي هذه طلبت الرجال بأغلى الأثمان وأعظم المهر ،

وهو ابن عم خديجة ، اختلف في إسلامها ، وقال : الزرع : الولد.

(١) قوله (رقد جار) أي يجريه الله تعالى على عباده بقدر الضرورة والمصلحة ، وفي الفقيه وغيره (رزق حائل) أي متغير ، وهو أظهر.

(٢) قوله (حظ) أي من الخير والكمال ، وفي الفقيه (خطر) وفي القاموس البهر بالضم انقطاع النفس من الإعياء ، وقال : القسّ بالفتح رئيس النصارى في العلم كالقسّيس.

(٣) قولها رضى الله عنها (وإن كنت أولى) أي إن كنت أولى بنفسي مني في الشهود ، أي محضر الناس عرفا ، فلست أولى بي واقعا ، أو إن كنت أولى في الحضور والتظلم بمحضر الناس ، فلست أولى في أصل الرضا والاختيار ، أو إن كنت قادرا على إهلاكى لكنني أولى بما اختار لنفسى ، والحاصل : أني أمكنك في إهلاكى ولا أمكنك في ترك هذا الأمر ، والأوسط أظهر. (مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٩٨ و ٩٩).

.....
 وإذا كانوا أمثالكم لم يزوجوا إلا بالمهر العالي ، ونحر أبو طالب ناقة ، ودخل رسول الله صلى الله عليه وآله بأهله ^(١).

المقدمة السادسة ، في النساء : ومنهن من رغب في نكاحه ، ومنهن من رغب عنه
 فهنا قسمان :

(الأول) المرغب فيه :

روى يحيى بن عمران عن الصادق عليه السلام قال : الشجاعة لأهل خراسان ، والباه
 في أهل بربر ، والسخاء والحسد في العرب ، فتخيروا لنطفكم ^(٢).

وينقسم الى ضربين :

(أ) المقصودة للأولاد والذرية.

روى إسماعيل بن عبد الخالق ، عن حمويه قال : شكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام قلة ولدي ، وأنه لا ولد لي؟ فقال لي : إذا أتيت العراق ، فتزوج امرأة ، ولا عليك أن تكون سواء قلت : جعلت فداك ما السواء؟ قال : المرأة فيها قبح ، فإنهن أكثر أولادا ^(٣).
 وعن النبي صلى الله عليه وآله قال : إن المرأة إذا كانت سوداء ولودا ، أحب إلى من الحسناء العاقر ^(٤).

(ب) المقصود للشهرة ، فمنهن البريات ، ومنها البيض.

روى بكر بن صالح عن بعض أصحابه عن أبي الحسن الرضا عليه السلام : من

(١) الكافي : ج ٥ باب خطب النكاح ص ٣٧٤ الحديث ٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٣ الحديث ٣٣.

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب كراهية تزويج العاقر ، ص ٣٣٣ الحديث ٣.

(٤) الفقيه : ج ٣ (١١١) باب المذموم من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٨ الحديث ٩.

.....

سعادة الرجل أن يكشف الثوب عن امرأة بيضاء^(١).

وفهنّ السمرء ، إذا كانت عينا عجزاء.

روى مالك بن أشيم عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير

المؤمنين عليه السلام : تزوّجها عينا سمرء مربوعة عجزاء ، فإن كرهتها فعلي الصداق^(٢).

وكان النبي صلى الله عليه وآله إذا أراد نكاح امرأة ، بعث إليها من ينظرها ، وقال

لهما : شئني لئيتها^(٣) فان طاب لئيتها طاب عرفها ، وانظري إلى كعبها ، فان درم كعبها عظم

كعبها^{(٤) (٥)}.

(ج) المقصودة لليمن والرزق ، وهنّ الزرق.

عن النبي صلى الله عليه وآله : تزوّجوا الزرق ، فإنّ فيهنّ اليمن^(٦).

(د) المقصودة لإزالة البلغم.

قال الصادق عليه السلام : المرأة الحميلة تقطع البلغم^(٧).

(هـ) المقصودة للتجابة.

قال النبي صلى الله عليه وآله : لا خيل أنقى من الدّهم ، ولا امرأة كابنة

(١) الكافي : ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمّدة ص ٣٣٥ الحديث ٧.

(٢) الكافي : ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمّدة ص ٣٣٥ الحديث ٨.

(٣) قال في الفقيه : (الليت) صفحة العنق ، و (العرف) الریح الطيبة ، وقوله عليه السلام (درم كعبها) أي كثر لحم. كعبها ، ويقال : (امرأة درماء) إذا كانت كثيرة لحم القدم والكعب ، و (الكعبث) الفرج (الوافي كتاب النكاح ص ١٤).

(٤) قال في الفقيه : (الليت) صفحة العنق ، و (العرف) الریح الطيبة ، وقوله عليه السلام (درم كعبها) أي كثر لحم. كعبها ، ويقال : (امرأة درماء) إذا كانت كثيرة لحم القدم والكعب ، و (الكعبث) الفرج (الوافي كتاب النكاح ص ١٤).

(٥) الفقيه : ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحرم من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٥ الحديث ٢.

(٦) الكافي : ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمّدة ص ٣٣٥ الحديث ٦.

(٧) الكافي : ج ٥ باب نادر ص ٣٣٦ الحديث ١.

العم^(١).

وروى عبد الله بن المغيرة عن أبي الحسن عليه السلام قال : سمعته يقول : عليكم بذوات الأوراك فإنهن أنجب^(٢).

(القسم الثاني) المرغب عنه :

ونهى النبي صلى الله عليه وآله في الجملة عن نكاح يريد به غير وجه الله والعفة ، ونهى عن النكاح للرياء والسمعة ، وعن التزويج للمال والجمال.

وروى هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا تزوج الرجل المرأة لجمالها أو لمالها ، وكل إلى ذلك ، وإن تزوجها لدينها رزقه الله المال والجمال^(٣).

وروى إسحاق بن عمار عنه عليه السلام : من تزوج امرأة يريد ما لها ألبأه الله إلى ذلك المال^(٤).

وقال سيد العابدين : من تزوج لله عز وجل ولصلة الرحم توجه الله بتاج الملك^(٥).

وينقسم إلى ضرب :

(أ) العقيم

عن النبي صلى الله عليه وآله : حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة

(١) دعائم الإسلام : ج ٢ ، فصل ١٢ ذكر من يستحب أن ينكح ومن يرغب عن نكاحه ص ١٩٥ الحديث ٧١١.

(٢) الكافي : ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمدة ص ٣٣٤ الحديث ١.

(٣) الكافي : ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي : ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٢.

(٥) الفقيه : ج ٣ (١٠٦) باب من تزوج لله عز وجل ولصلة الرحم ص ٢٤٣ الحديث ١.

لا تلد^(١).

وقال عليه السلام : تزوّجها سوداء ولودا ، ولا تزوّجها حسناء جميلة إذا كانت عاقرا^(٢).

(ب) خسيس الأصل.

قال النبي صلى الله عليه وآله : إيتاكم وخضراء الدمن ، قالوا : وما خضراء الدمن؟ قال : المرأة الحسناء في منبت السوء^(٣).

قال الصادق عليه السلام : ليس للمرأة خطر ، لا لصالحتهن ولا لطالحتهن ، أمّا صالحتهنّ فليس خطرهما الذهب والفضة ، بل هي من الذهب والفضة ، وأمّا لطالحتهنّ فليس التراب خطرهما ، بل التراب خير منها^(٤).

وقال عليه السلام : تخيروا لنطفكم فإنّ الخال أحد الضجيعين^{(٥) (٦)}.

(ج) الحمقاء.

عن النبي صلى الله عليه وآله : إيتاكم وتزويج الحمقاء ، فإنّ صحبتها بلاء

(١) تقدم نقلا عن التذكرة ، وفي الفقيه : ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ فيما أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي طالب ولفظه (ولحصير في ناحية البيت ، خير من امرأة لا تلد).

(٢) تقدم.

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب اختيار الزوجة ، ص ٣٣٢ الحديث ٤.

(٤) الكافي : ج ٥ ، باب اختيار الزوجة ، ص ٣٣٢ الحديث ١.

(٥) قوله عليه السلام (أحد الضجيعين) لعل المراد بيان مدخلية الخال في مشابهة الولد في أخلاقه ، فكأنّ الخال ضجيع الرجل لمدخليته فما تولد منه عند المضاجعة من الولد ، أو المراد قرب أقارب المرأة من الزوج وشدة ارتباطهم به ، فكأنّ الخال ضجيع الإنسان ، لشدة قربه واطلاعه على سرائره ، والأول أظهر ، والضجيعان إما الزوجان ، أو المرأة والخال ، وقيل : أي كما أن الأب ضجيع ابنه ومربية ، وكما أنه يكسب من أخلاق الأب ، كذلك يكسب من أخلاق الخال (مرآة العقول ج ٢٠ ص ٢٢).

(٦) الكافي : ج ٥ ، باب اختيار الزوجة ص ٣٣٢ الحديث ٢.

وولدها ضياع^(١).

(د) السوداء والأكراد.

وعن أمير المؤمنين عليه السلام : إياكم ونكاح الزنج فإنه خلق مشوّه^(٢) ^(٣).

وعن أبي الربيع الشامي قال : قال لي أبو عبد الله عليه السلام : لا تشتتر من السودان أحدا ، فإن كان لا بدّ فمن التوبة ، فإنهم من الذين قال الله تعالى ﴿وَمِنَ الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصَارَى أَخَذْنَا مِيثَاقَهُمْ فَنَسُوا حَظًّا مِمَّا ذُكِّرُوا بِهِ﴾^(٤) إنهم يتذكرون ذلك الحظ ، وسيخرج مع القائم منا عصابة منهم ، ولا تنكحوا من الأكراد أحدا فإنهن جيش من الجن كشف عنهم الغطاء^(٥) ^(٦).

وعن علي بن داود الحداد عن أبي عبد الله عليه السلام : لا تنكح الزنج والخوز ، فإنّ لهم أرحاما تدل على غير الوفاء ، قال : والسند والهند والقند ليس فيهم نجيب ، يعني القندهار^(٧) ^(٨).

(١) الكافي : ج ٥ باب كراهية تزويج الحمقاء والمنونة ص ٣٥٣ الحديث ١ وقد تقدم أيضا.

(٢) في مصباح اللغة : الشوه : قبح الخلقة ، وهو مصدر من باب تعب ، ورجل أشوه قبيح المنظر وامرأة شوهاء (مرات العقول : ج ٢٠ ص ٥٥ الزنج بالفتح والكسر صنف من السودان واحد منهم زنجي (الوافي : كتاب النكاح ص ١٤).

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ١.
(٤) المائدة . ١٤ .

(٥) التوبة بالضم : بلاد واسعة للسودان بجنوب الصعيد ، منها بلال الحبشي (الوافي : كتاب النكاح ص ١٤).
(٦) الكافي : ج ٥ ، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٢.
(٧) الخوز بالضم صنف من الناس ، وفي بعض النسخ خزر بالمعجمتين ثم المهملة ، وهو محرّكة ضيق العين وصغرهما ، سمّي به صنف من الناس هذه صفتهم (الوافي : كتاب النكاح ، ص ١٤).
(٨) الكافي : ج ٥ باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٣.

(هـ) الشَّهيرة ، وهي الزَّرقاء البذيئة ، بالباء المنقطعة بواحدة ، والذال المعجمة ، والياء المهموزة المثناة من تحت ، والبذيء : المتكلم بالفحش ، يقال : رجل بذيء وامرأة بذيسة ، والبذاء بالمد ، الفحش .

(و) اللهيرة ، وهي الطويلة المهزولة .

(ز) النهيرة ، وهي القصيرة الذميمة .

(ح) الهيدرة ، وهي العجوز المدبرة .

(ط) اللَّفُوت ، وهي ذات الولد من غيرك .

روى الصدوق بإسناده إلى النبي صَلَّى الله عليه وآله أنه قال لزيد بن ثابت : يا زيد تزوجت؟ قال : لا ، قال : تزوج تستعفف مع عفتك ، ولا تزوجن خمسا ، قال زيد : من هنَّ يا رسول الله؟ فقال صَلَّى الله عليه وآله : لا تزوجن شهيرة ، ولا لهيرة ، ولا نُهيرة ، ولا هيدرة ، ولا لفوتا ، قال زيد : يا رسول الله ما عرفت ممَّا قلت شيئا ، وإني بأمرهن لجاهل؟ فقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله : أَلستم عربا؟ أمَّا الشهيرة فالزرقاء البذية ، وأمَّا اللهيرة فالطويلة المهزولة ، وأمَّا النهيرة فالقصيرة الذميمة ، وأمَّا الهيدرة فالعجوز المدبرة ، وأمَّا اللَّفُوت فذات الولد من غيرك ^(١) .

المقدمة السابعة ، في آداب وفوائد متفرقة :

(أ) يستحب السعي والوساطة في التزويج ، فإنه برٌّ وإعانة على معروف وتقوى .

روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام :

أفضل الشفاعات أن تشفع بين اثنين في نكاح حتى يجمع الله بينهما ^(٢) .

وعن سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال : من زوّج أعزبا كان

(١) معاني الأخبار : باب معنى الشهيرة واللهيرة والنهيرة والهيدرة واللفوت ص ٣١٨ الحديث ١ .

(٢) الكافي : ج ٥ ، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ١ .

مَنْ يَنْظُرُ اللَّهَ إِلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ^(١).

وعن زين العابدين عليه السّلام : من زوّج عزبا توجّه الله بتاج الملك ^(٢).

(ب) يستحب إيقاع العقد بالليل ، وكذا الدخول.

روى الحسن بن علي الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام قال : سمعته يقول :

من السنة التزويج بالليل ، لأن الله جعل الليل سكنا ، والنساء إنما هن سكن ^(٣).

وعن الصادق عليه السّلام : زفّوا عرائسكم ليلا ، وأطعموا ضحى ^(٤).

وقال الباقر عليه السّلام لميسر بن عبد العزيز : يا ميسر تزوّج بالليل ، فإن الله جعله

سكنا ولا تطلب حاجة بالليل ، فإنّ اللّيل مظلم ، قال : إنّ للطارق لحقا عظيما وإنّ

للصاحب لحقا عظيما ^(٥) ^(٦).

(ج) يكره إيقاعه نصف النهار ، وفي الساعة الحارّة.

روى ضريس بن عبد الملك قال : بلغ أبا جعفر عليه السّلام أن رجلا تزوّج في ساعة

حارّة عند نصف النهار ، أو نصف النهار ، فقال أبو جعفر عليه السّلام : ما أراهما

(١) الكافي : ج ٥ ، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ٢.

(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٣٠٣ الحديث ١٠٢ وقريب منه ما عن الفقيه : ج ٣ (١٠٦) باب من تزوّج لله

عزّ وجلّ ولصلة الرحم ص ٢٤٣ الحديث ١.

(٣) الكافي : ج ٥ باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ١.

(٤) الكافي : ج ٥ باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ٢.

(٥) الطرق والطروق الإتيان بالليل ، لما كان منعه عليه السّلام عن طلب الحاجة بالليل مظنة لجواز عد التعرض

لحاجة الطارق ، استدرك ذلك بقوله عليه السّلام (إنّ للطارق لحقا عظيما) وإنما عظيم حقه؟ لأنه لما لم يضطرّ لم

يطرق ، والاضطرار يعظم الحق ، والصاحب من لك معه رابطة صحبة ، وربما يكون هو الطارق فيجتمع الحقان

العظيمان (الوافي كتاب النكاح ، ص ٦٠).

(٦) الكافي : ج ٥ ، باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ٣.

يتفقان ، فافترقا ^(١).

وروى عبيد بن زرار وأبو العباس قالا : قال أبو عبد الله عليه السلام : ليس للرجل أن يدخل بامرأته ليلة الأربعاء ^(٢).

وروى مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : وسئل عن التزويج في شوال؟ فقال : إن النبي صلى الله عليه وآله تزوج عائشة في شوال ، وقال : إنما كره ذلك في شوال أهل الزمن الأول ، وذلك أن الطاعون كان يقع فيهم في الأبكار والمملكات فيه فكرهوه لذلك لا لغيره ^(٣) ^(٤) ^(٥).

وروى علي بن أسباط ، عن إبراهيم بن محمد بن حمران ، عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من سافر أو تزوج والقمر في العقر لم ير الحسنى ^(٦).
(د) يستحب المبالغة في التستر بالفساد ، حتى البهائم.

(١) الكافي : ج ٥ ، باب الوقت الذي يكره في التزويج ص ٣٦٦ الحديث ١.

(٢) الكافي : ج ٥ ، باب الوقت الذي يكره فيه التزويج ص ٢٦٦ الحديث ٣.

(٣) قال عياض من علماء العامة : كانت العرب تكره أن يتزوج في شوال وتطير به ، لقولهم : شالت نعماتهم ، وشالت النوق بأذنابها ، وقال القرطبي : تطيروا بذلك ، لأن شوال من الشول وهو الرفع والإزالة ، ومنه شالت الناقة بأذنابها ، أي رفعت ، وقد جعلوه كناية عن الهلاك ، فاذا قالوا : شالت نعماتهم فمعناه هلكوا عن آخرهم ، فكانوا يتوهمون أن المتزوجين فيه يقع بينهم البغضاء وترتفع خطوبها بمن عين الزوج ، وقد جاء الشرع بنفي هذه التطير (مرآة العقول ، ج ٢ ص ٤١٧).

(٤) بيان في التهذيب : (ففي الأبكار والمملكات من الأملاك) ، بمعنى التزويج ، أي قريبات العهد بالتزويج ، يعني أن الطاعون كان يقع فيهم في شوال (الوافي كتاب النكاح ، ص ٦٠).

(٥) الكافي : ج ٥ باب نوادر ص ٥٦٣ الحديث ٢٩.

(٦) الفقيه : ج ٢ (٦٨) باب الأيام والأوقات التي يستحب فيها السفر ، والأيام والأوقات التي يكره فيها السفر ص ١٧٤ الحديث ١٣ وأورده أيضا في ج ٣ (١١٦) باب الوقت الذي يكره فيها التزويج ، ص ٢٥٠ الحديث ١ بحذف كلمة (سافر).

قال الصادق عليه السلام : لا يجامع الرجل امرأته ولا جارية وفي البيت صبي ، فإن ذلك ممّا يورث الزنا ^(١).

وعن النبي صلى الله عليه وآله : والذي نفسي بيده لو أنّ رجلاً غشي امرأته وفي البيت صبيّ مستيقظ يراها ويسمع كلامهما ونفسهما ما أفلح أبداً ، إذا كان غلاماً كان زانياً أو جارية كانت زانية وكان علي بن الحسين عليه السلام إذا أراد أن يغشى أهله أغلق الباب وأرخى الستور وأخرج الخدم ^(٢).

وروى السكوني أن علياً عليه السلام مرّ على بهيمة وفحل يسفدها على ظهر الطريق ، فأعرض عنه بوجهه ، فقيل له : لم فعلت ذلك يا أمير المؤمنين؟ فقال : لأنه لا ينبغي أن تصنعوا مثل ما يصنعون ، وهو من المنكر إلّا أن تواريه حيث لا يراه رجل ولا امرأة ^(٣) ^(٤).
(هـ) يستحب التسمية عند الجماع كيلا يشاركه الشيطان.

قال عبد الرحمن بن كثير ، كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ، فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرغني ، قلت : 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 شريكاً ولا نصيباً ولا حظاً ، واجعله مؤمناً مخلصاً مصقياً من الشيطان ورجزه ، جلّ ثناؤك» ^(٥).

(١) الكافي : ج ٥ باب كراهية أن يواقع الرجل أهله وفي البيت صبيّ ص ٤٩٩ الحديث ١.

(٢) الكافي : ج ٥ باب كراهية أن يواقع الرجل أهله وفي البيت صبيّ ص ٥٠٠ الحديث ٢.

(٣) يدل على كراهة مغل الضراب في المكان الذي يجتمع إليه الناس لقبحه ، وربما أدّى الى الحرام.

(روضة المتقين : ج ٨ ص ٥٣٧).

(٤) الفقيه : ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٤ الحديث ٤٠.

(٥) الكافي : ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٤.

وعن الصادق عليه السَّلام : إن الشيطان ليجيء حتى يقعد من المرأة كما يقعد الرجل منها ويحدث كما يحدث ، وينكح كما ينكح ، قلت : بأي شيء يعرف ذلك؟ ^(١) قال : بحبنا وبغضنا فمن أحبنا كان نطفة العبد ، ومن أبغضنا كان نطفة الشيطان ^(٢).

وقال أمير المؤمنين عليه السَّلام : إذا جامع أحدكم فليقل «بسم الله وبالله ، اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقني ، قال : فإن قضى الله بينهما ولدا لا يضره الشيطان بشيء أبدا» ^(٣).

روى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السَّلام في النطفتين اللتين للآدمي والشيطان إذا اشتركا ، فقال أبو عبد الله عليه السَّلام : ربما خلق من أحدهما وربما خلق منهما جميعا ^(٤).

(و) يستحب الجماع ليلة الاثنين ، ليكون الولد حافظا للقرآن ، راضيا بالمقسوم. وليلة الثلاثاء ، ليكون سهلا ، رحيم القلب ، سخي اليد ، طيب النكهة ، طاهر اللسان من الغيبة والكذب والبهتان. وليلة الخميس ، ليكون حاكما أو عالما ، ويومه عند الزوال فإن الشيطان لا يقربه حتى يشيب ، ويكون فهما سالما.

(١) لعنه سأل عن الدليل على أنه يكون الولد شرك الشيطان ، ثم سأل عن العلامة التي بها يعرف ذلك ، والأظهر أن فيه تصحيحا لما سيأتي من خبر أبي بصير بسند آخر ، وفيه مكانه (ويكون فيه شرك الشيطان مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٣١٣).

(٢) الكافي : ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٢ قطعة من حديث ٢.

(٣) الكافي : ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي : ج ٥ ، باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٦.

وليلة الجمعة ، ليكون خطيباً قولاً مفوّهاً ، وبعد عصرها ، ليكون مشهوراً عالماً ، وليلتها بعد العشاء يرجى كونه بدلاً من الأبدال^(١).

(ز) وطء الحائض حرام ، مع ما فيه من سوء العاقبة.

فقد روى انه يورث الحول ، والحول من الشيطان^(٢).

وروى الصدوق عن النبي صلّى الله عليه وآله : من جامع امرأته وهي حائض فخرج الولد مجذوماً ، أو به برص فلا يلومنّ إلا نفسه^(٣).

وعنهم عليهم السّلام : أكثر هؤلاء المشوّهين من الذين يأتون نساءهم في الطمث^(٤).

ويكره أن يجامع امرأته بشهوة غيرها ، خوفاً من تخنيث الولد.

وأن يجامع من قيام ، خوفاً من مجيئه بؤالا في الفراش.

وليلة الفطر ، خوفاً من أن لا تلد الولد الا كبير السن.

وليلة الأضحى ، خوفاً من زيادة الإصبع أو نقصانها.

وتحت شجرة مثمرة ، خوفاً من مجيئه جلادا قتالا عريفاً.

وبين الأذان والإقامة ، خوفاً من مجيئه حريصاً على إهراق الدماء.

ومستقبل الشمس إلا بستر ، خوفاً من فقر الولد وبوسه حتى يموت.

وعلى غير وضوء ، خوفاً من بخله وعمى قلبه.

وليلة نصف شعبان ، خوفاً من شامة في وجهه وشعره.

(١) الفقيه : ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ مقتبسات من حديث ١ وهو ما أوصى به رسول الله صلّى الله عليه وآله علي بن أبي طالب عليه السّلام.

(٢) الفقيه : ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ مقتبسات من حديث ١ وهو ما أوصى به رسول الله صلّى الله عليه وآله علي بن أبي طالب عليه السّلام.

(٣) الفقيه : ج ١ (٢٠) باب غسل الحيض والنفاس ص ٥٣ الحديث ١٠.

(٤) الفقيه : ج ١ (٢٠) باب غسل الحيض والنفاس ص ٥٣ الحديث ١١ ولفظ الحديث (فقال : هم الذين يأتي أبواؤهم نساءهم في الطمث).

وفي الليلة التي يسافر فيها ، كيلا ينفق الولد ما له في غير حق .
وعلى سقوف البنيان ، خوفا من مجيئه منافقا مرائيا مبتدعا .
وأول ساعة من الليل ، خوفا من مجيئه ساحرا مؤثرا للدنيا على الآخرة .
وفي آخر درجة من شعبان ، بحيث يبقى منه يومان ، خوفا من مجيئه كذابا .
وأن يجامع بشهوة أختها خوفا من كونه عشّارا ، عوننا لكل ظالم ، ويهلك قبيلة من
الناس على يديه .

وأن يمسح بخرقه واحدة ، فإنه يوقع العداوة بينهما .
(ح) يستحب منعها في أسبوعها من اللبن والخلّ والكزبرة والتفاح الحامض ، فإنه
يعقم الرحم ويبرده ، وإذا حاضت على الخل لم يطهر بتمام ، والكزبرة تكثر الحيض في بطنها
ويشدّد عليه الولادة ، والتفاح الحامض يقطع حيضها ، فيصير داء .
(ط) يستحب خلع خف العروس جئن يدخل عليه عند جلوسها ، وغسل رجليها ،
وصبّ الماء من باب الدار إلى أقصاها ، ليخرج بذلك سبعون لونا من الفقر ، ويدخل عليه
سبعين لونا من البركة ، وينزل عليه سبعين رحمة ترفرف على رأس العروس حتى ينال بركتها
من كل زاوية من بيتك ، ويأمن العروس من الجنون والجذام والبرص ما دامت في تلك الدار
(١) .

(١) الفقيه : ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ، ص ٣٥٨ الحديث ١ كل ذلك مقتبسات ممّا أوصى به رسول الله
صلّى الله عليه وآله علي بن أبي طالب عليه السّلام ، وقال المحقق المحدث الكاشاني في الوافي : كتاب النكاح ص
١٠٩ بعد نقل الحديث : ولا يخفي ما في هذه الوصايا وبعد مناسبتها لجلالة قدر المخاطب بها ، ولذا قال بعض
فقهائنا : أمّا ممّا يشم منها رائحة الوضع .

(ي) ما يقال لطالب الولد.

قال سيد العابدين عليه الصلاة والسلام لبعض أصحابه : قل في طلب الولد :
«رَبِّ لَا تَذَرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ» ، واجعل ﴿لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرْثَنِي﴾ في حياتي
ويستغفر لي بعد وفاتي ، واجعله خلقا سويًا ، ولا تجعل للشيطان فيه نصيبا ، اللهم إني
أستغفرك وأتوب إليك إنك أنت الغفور الرحيم» سبعين مرة ، فإنه من أكثر هذا القول رزقه
الله ما تمنى من مال وولد ، ومن خير الدنيا والآخرة ، فإنه يقول : «اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ
غَفَّارًا يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَيُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَيَنْبِنَ وَيَجْعَلَ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلَ لَكُمْ
أَنْهَارًا» (١) (٢).

(يا) من لم يستطع التزويج فعليه بالصوم وتوفير الشعر.

قال أمير المؤمنين عليه السلام : ما أكثر شعر رجل قط إلا قلت شهوته (٣).
وجاء شاب إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله اني تائق إلى النكاح ولا
أجد الطول؟ فقال عليه السلام : وفرّ شعر جسدك ، وأدمن الصوم ، فإنه له وجاء (٤).
(يب) قال الصدوق رحمه الله : إنما جعل مهر السنة خمسمائة درهم؟ لأن الله تبارك
وتعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائة تكبيرة ، ولا يسبّحه مائة تسيبحة ، ولا
يهلّله مائة تهليلة ، ولا يحمده مائة تحميدة ، ولا يصلّي على النبي وآله مائة مرة ، ثم يقول :
اللهم زوّجني من الحور العين ، إلا زوّجه حوراء من الجنة وجعل

(١) نوح : ١٠-١٢.

(٢) الفقيه : ج ٣ (١٤٥) باب الدعاء في طلب الولد ، ص ٣٠٤ الحديث ١.

(٣) الفقيه : ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٣ الحديث ٣٤.

(٤) الكافي : ج ٥ ، باب نوادر ، ص ٥٦٤ الحديث ٣٦ بتفاوت يسير في بعض الكلمات.

ذلك مهرها^(١).

(يج) شبه الولد إلى أبيه.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من نعم الله على العبد أن يشبهه ولده^(٢).

وقال الصادق عليه السلام : إن الله تبارك وتعالى إذا أراد أن يخلق خلقا ، جمع كل صورة بينه وبين آدم عليه السلام ثم خلقه على صورة إحداهن ، فلا يقولن أحد لولده : هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئا من آبائي^(٣).

(يد) مواظبة النساء على التستر.

روى الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ليس للنساء من سروات الطريق شيء ، ولكنها تمشي في جانب الحائط والطريق^{(٤) (٥)}.

وعنه عليه السلام : أيما امرأة تطيبت ثم خرجت فهي تلعن حتى ترجع إلى بيتها متى ما رجعت^{(٦) (٧)}.

وقال عليه السلام : لا ينبغي للمرأة المؤمنة أن تنكشف بين يدي اليهودية

(١) علل الشرائع : ج ٢ باب ٢٥٨ العلة التي من أجلها صار مهر السنة خمسمائة درهم ص ١٨٥ الحديث ١.

(٢) الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٢.

(٣) الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٣.

(٤) قال الجوهري : السراة : واحد السروات ، وسراة كل شيء ظهره ووسطه (مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٣٣٦).

(٥) الكافي : ج ٥ باب التستر ص ٥١٨ الحديث ١.

(٦) قوله (فهي تلعن) على بناء المجهول ، أى تلعنها الملائكة ، وظاهره الحرمة ، ويمكن حمله على ما إذا كان يقصد الأجانب (مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٣٣٦).

(٧) الكافي : ج ٥ باب التستر ، ص ٥١٨ الحديث ٢.

والنصرانية ، فإنهم يصفن ذلك لأزواجهن ^(١) ^(٢).

(به) حق الرجل على المرأة.

روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت : يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة؟ فقال لها : أن تطيعه ولا تعصيه ، ولا تتصدق من بيته إلا بإذنه ، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه ، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب ^(٣) ، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء والأرض ، وملائكة الغضب ، وملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها ، فقالت : يا رسول الله من أعظم الناس حقاً على الرجل؟ قال :

(١) ويدل على كراهة كشف المرأة يديها عند اليهودية والنصرانية ، وربما قيل بالتحريم ، لقوله تعالى : ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ إذا الظاهر اختصاصها بالمؤمنات ، قال في مجمع البيان ، يعنى النساء المؤمنات ، ولا يحل لها أن يتجردن لليهودية أو نصرانية أو مجوسية إلا إذا كانت أمة ، وهو معنى قوله (أو ما ملكت أيمانهم) أي من الإماء ، وقد يقال : الإضافة في النساء لأئمن من جنسهن ، لا من جهة الإيمان ، فيشمل جميع النساء والأحوط ترك تجردهن عند الكافرات مطلقاً ، وقال الشيخ : الذممة لا تنظر إلى المسلمة حتى الوجه والكفين لهذا الخبر ولآية ، وقال بعض العامة : المسلمة كلها عورة بالنسبة إلى نساء أهل الذمة ، كما أن كلها عورة بالنسبة إلى الأجنبي ، أقول : يمكن حمل الخبر على الكراهة كما هو الظاهر ، ويؤيده ان التعليل المذكور مشتركة بين الذميات والمسلمات ، ولم يقل بالتعميم أحد من علمائنا (تلخيص من مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٣٣٦ و ٣٣٧).

(٢) الكافي : ج ٥ ، باب التستر ص ٥١٩ الحديث ٥.

(٣) قوله (وان كان على ظهر قتب) وفي النهاية : القتب للجمل كالأكاف لغيره ، ومعناه الحث لمن على مطاوعة أزواجهن ، وانه لا يسعن الامتناع في هذه الحال فكيف في غيرها ، وقيل : ان نساء العرب كنّ إذا أردن الولادة جلسن على قتب ويقلن انه اسلس للخروج ، فأراد تلك الحالة ، قال أبو عبيد : كنا نرى ان المعنى : وهي تسير على ظهر البعير ، فجاء التفسير بغير ذلك (روضة المتقين : ج ٨ ص ٣٦٠).

والده ، فمن أعظم الناس حقاً على المرأة؟ قال : زوجها ، قالت : فما لي من الحق عليه مثل ما له عليّ؟ قال : لا ولا من كلّ مائة واحدة ، فقالت : والذي بعثك بالحق نبيا لا ملك رقبتي رجلا أبدا^(١).

وعنه صلّى الله عليه وآله : إنّما النكاح رقّ ، فإذا نكح أحدكم ابنته فقد أرقها ، فليُنظر أحدكم أين يرقّ كريمته^(٢).

وعن الصادق عليه السّلام قال : إنّ امرأة أتت رسول الله صلّى الله عليه وآله لبعض الحاجة ، فقال لها : لعلّك من المسوّفات؟ قالت : وما المسوّفات يا رسول الله؟ قال : المرأة التي يدعوها زوجها لبعض الحاجة ، فلا تزال تسوّفه حتى ينعس زوجها فينام ، وتلك لا تزال الملائكة تلعنّها حتى يستيقظ زوجها^(٣).

وعنه عليه السّلام : إنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله قال للنساء : لا تطوّلنّ صلاتكنّ لتمنعن أزواجكنّ^(٤).
(يو) الوصية بالمرأة.

قال أمير المؤمنين عليه السّلام : في وصية لولده الحسن عليه السّلام ، لا تملّك المرأة من الأمر ما يجاوز نفسها ، فإنّ ذلك أنعم لحالها ، وأرخص لبالها ، وأدوم لجمالها ، فإنّ المرأة ريحانة وليست بقهرمانة ، ولا تعد بكرهاتها نفسها ، واغضض بصرها بسترک ، واكفّفها بحجابك ، ولا تطمعها أن تشفع لغيرها فيمیل عليك بمن شفعت له معها ، واستبق من نفسك بقيّة فإنّ إمساكك عنهنّ وهنّ يرين أنّك ذو اقتدار خير

(١) الفقيه : ج ٣ (١٣٠) باب حق الزوج على المرأة ص ٢٧٦ الحديث ١.

(٢) الوسائل : ج ١٤ كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدماته وآدابه ، الحديث ٨ نقلا عن الأمالي.

(٣) الكافي : ج ٥ باب كراهية أن تمنع النساء أزواجهنّ ص ٥٠٨ الحديث ٢.

(٤) الكافي : ج ٥ باب كراهية أن تمنع النساء أزواجهنّ ص ٥٠٨ الحديث ١.

وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم ، لأنه صريح في الإنشاء ولو أتى بلفظ الأمر كقوله للوليّ : زوجنيها ، فقال : زوجتك قيل : يصح كما في قصّة سهل الساعدي ولو أتى بلفظ

من أن يرين فيك حالا على انكسار ^(١) ^(٢).

(يز) يكره التبتل للنساء ، وهو ترك التزويج كما تكره العروبة للرجل.

روى عبد الصمد بن بشير قال : دخلت امرأة على أبي عبد الله عليه السلام فقالت : أصلحك الله إني امرأة متبتلة ، فقال : وما التبتل عندك؟ قالت : لا أتزوج ، قال : ولم؟ قالت : ألتمس بذلك الفضل فقال : انصربي ، فلو كان ذلك فضلا لكانت فاطمة عليها السلام أحق به منك ، انه ليس أحد يسبقها إلى الفضل ^(٣).

(يح) عن النبي صلى الله عليه وآله من كان له صبيّ فليتصاب به ^(٤).

وروي أن أفضل ما يطبخ به العقيقة ماء وملح ^(٥).

وروي أنّ الصبيان إذا زوّجوا صغارا لم يكادوا يتألفون ^(٦).

قال طاب ثراه : وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم ، لأنه صريح في الإنشاء إلى آخر الفصل.

(١) قوله (ما يجاوز نفسها) أي لا تكل إليها ولا تكلفها سوى ما يتعلق بتدبير نفسها ، وقال في النهاية : القهرمان ، هو كالحازن والوكيل والحافظ لما في تحت يده ، والقائم بأمر الرجل بلغة الفرس قوله (ولا تعد بكرامتها) أي لا تتجاوز بسبب كرامتها أن تفعل بها ما يتعلق بنفسها لئلا تمنعها عن الإحسان إلى أقاربه وغير ذلك من الخيرات لحسدها وضعف عقلها (مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٣٢٣).

(٢) الكافي : ج ٥ باب إكرام الزوجة ص ٥١٠ الحديث ٣.

(٣) الكافي : ج ٥ باب كراهية أن تتبتل النساء ويعطّلن أنفسهن ص ٥٠٩ الحديث ٣.

(٤) الفقيه : ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢١.

(٥) الفقيه : ج ٣ (١٤٩) باب العقيقة والتحنيك والتسمية والكنى وحلق الرأس ص ٣١٣ الحديث ١١.

(٦) الكافي : ج ٥ باب أنّ الصغار إذا زوّجوا لم يأتلفوا ص ٣٩٨ الحديث ١.

المستقبل ، كقوله : أتزوجك ، قيل : يجوز كما في خبر أبان عن الصادق عليه السلام في المتعة : أتزوجك ، فإذا قالت : نعم ، فهي امرأتك.

ولو قال : زوجت بنتك من فلان ، فقال : نعم ، فقال الزوج : قبلت ، صح ، لأنه يتضمن السؤال.

ولا يشترط تقديم الإيجاب.

ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق ، وتجزي مع العذر كالأعجم ، وكذا الإشارة للأخرس.

أقول : الإنشاء لغة الابتداء ، واصطلاحاً إيجاد عقد بلفظ يقارنه في الوجود ، إذا عرفت هذا : فاللفظ الدال على الحدث ، لا يخلو إما أن يدل على الماضي أو الحال أو المستقبل :

والمستقبل لا وثوق بحصوله ، لاحتماله الوعد ، والاستفهام والحال يشاركه في الصيغة ، فالتبس به ، فلم يبق ما يدل على وقوع الفعل قطعاً إلا الماضي ، فكان الماضي هو الصريح في الإنشاءات كلها ، والأمر بعيد عن شبه الإنشاء ، فلا يصلح له وما عدا النكاح من البيع والصلح والوقف لا شك في عدم وقوعه بغير الماضي.

وانما وقع الخلاف في النكاح ، هل يقع بغير الماضي ، كأتزوجك؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، والخلاف في أربع صيغ :

(الأولى) صيغة الأمر ، كقوله للولي (زوجنيها) ويكون قبولاً مقدّماً ، فيقول الولي : زوجتك ، هل يصح ذلك من غير أن يقبل الزوج بعد ذلك؟ فيه مذهبان :

الصحة ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ^(١) وظاهر المصنف في النافع ^(٢)

(١) المبسوط : ج ٤ ، فصل فيما ينقصد به النكاح ، ص ١٩٤ س ٤ قال : واما ان تأخر الإيجاب وسبق القبول : الى ان قال : صح وان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر سعد الساعدي إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

واستحسنه في الشرائع^(١).

والمنع ، وهو مذهب ابن إدريس^(٢) واختاره العلامة في كتبه^(٣).

احتج الأولون برواية سهل بن سعد الساعدي ، إنّ امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت : إني قد وهبت نفسي لك يا رسول الله إن يكن لك رغبة ، فقال عليه السلام : لا رغبة لي في النساء فقامت طويلاً ، فقام رجل فقال يا رسول الله : زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : هل لك شيء تصدقها إياه؟ فقال ما عندي إلّا إزار ي هذا ، فقال النبي : إن أعطيتها جلست ولا إزار لك ، فالتمس شيئاً ، فقال : ما أجد شيئاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : هل معك شيء من القرآن؟ قال : نعم سورة كذا وسورة كذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله زوجتكها على ما معك من القرآن^(٤).

(١) الشرائع : الفصل الثاني في العقد ، قال : ولو أتى بلفظ الأمر الى أن قال : وهو حسن.

(٢) السرائر : في الكفاءة في النكاح ص ٢٩٩ س ٢٣ قال : ولا يجوز ان يأتي بلفظ الأمر أو الاستفهام إلخ

(٣) التذكرة : ج ٢ ، الركن الأول في الصيغة ص ٥٨٣ س ٦ قال : وقال احمد : لا يصح العقد إذا قدم القبول ، الى أن قال : ولا بأس بهذا القول. وفي القواعد ، الباب الثاني في العقد ص ٤ س ٨ قال : ولو قصد بلفظ الأمر الإنشاء قيل : يصح كما في خبر سهل الساعدي ، ولو قال : أتزوجك بلفظ المستقبل جاز على رأي إلخ ، وفي المختلف : كتاب النكاح الفصل الثاني في العقد ص ٨٥ س ٢٦ قال بعد نقل الشيخ في المبسوط : والوجه المنع.

(٤) رواه أكثر أئمة الحديث من الخاصة والعامة باختلاف يسير في بعض ألفاظه ، لاحظ الكافي : ج ٥ باب نواذر في المهر ص ٣٨٠ الحديث ٥ والتهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٥٤ الحديث ٧ وصحيح البخاري كتاب النكاح ، باب تزويج المعسر ، وصحيح مسلم : ج ٢ كتاب النكاح (١٣) باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير ، الحديث ٧٦ وسنن أبي داود : ج ٢ كتاب النكاح باب تزويج على العمل يعمل ، الحديث ٢١١١ و ٢١١٢ و ٢١١٣ وسنن ابن ماجه ، كتاب النكاح (١٧) باب صداق النساء الحديث ١٨٨٩ والترمذي (٣) كتاب النكاح (٢٣) باب منه ، والنسائي كتاب النكاح باب التزويج على سورة القرآن.

واعلم أنّ هذا الحديث قد دلّ على أمور سبعة غير ما ذكره الشيخ من جواز وقوعه بلفظ الأمر.

- (أ) كون النبي صلى الله عليه وآله أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، لأنّه عليه السّلام زوّجها ولم يأخذ إذنها ، وهو موافق لمنطوق الآية.
- (ب) جواز جعل تعليم القرآن صداقا.
- (ج) جواز تقديم القبول على الإيجاب.
- (د) عدم اشتراط تقديم الخطبة.
- (هـ) جواز خروج المرأة إلى مجمع الرجال لحاجة تعرض لها.
- (و) جواز خطبة النساء للرجال.
- (ز) اشتراط تمكّن الزوج من المهر حالة العقد.
- (الثانية) لفظ المستقبل.
- وفي وقوع النكاح به مذهبان :

الصحة : وهو مذهب المصنف في الشرائع ^(١) لرواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السّلام في المتعة : أتزوّجك مدّة كذا بكذا ، فاذا قالت : نعم فهي امرأتك ^(٢).

وقال ابن حمزة لا يقع ^(٣) واختاره العلامة في كتبه ^(٤) اقتصارا على المتيقن ، ومنع صحة سند الرواية.

(١) الشرائع : كتاب النكاح ، في العقد ، قال : ولو أتى بلفظ المستقبل الى قوله : جاز.

(٢) الكافي : ج ٥ باب شروط المتعة ص ٤٥٥ قطعة من حديث ٣.

(٣) الوسيلة : كتاب النكاح ، فصل في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩١ س ١٩ قال : ولا يجوز بلفظة الاستفهام ، ولا الاستقبال.

(٤) المختلف : كتاب النكاح ، الفصل الثاني في العقد ص ٨٥ س ٢٧ قال : مسألة الأقوى أنه لا ينعقد بلفظ الاستقبال إلخ وفي التذكرة ، الركن الأول الصيغة ص ٥٨٣ س ٢٠ قال : ولو أتى بلفظ المستقبل إلخ.

وأما الحكم فمسائل :

الأولى : لا حكم لعبارة الصبي ، ولا المجنون ، ولا السكران. وفي رواية إذا زوّجت السكرى نفسها ثم أفأقت ، فرضيت به ، أو دخل بها وأقرته كان ماضيا.

(الثالثة) الكناية ، كنعم في جواب من قال له : هل تزوجت بنتك من فلان؟ فيقول : نعم ، فيقول الزوج : قبلت ، في الحال مع قصد هما الإنشاء ، هل تصح أم لا؟ مذهبان : الصحة مذهب الشيخ ^(١) وجزم به المصنف في النافع ^(٢) لأنّ (نعم) يتضمّن إعادة السؤال فيكون تقدير الكلام ، نعم زوّجت ، فقد حصل القبول ومعنى الإيجاب ، فصَحّ العقد لأصالة الصحة.

والمنع قاله العلامة ^(٣) وتردّد المصنف في الشرائع ^(٤).

(الرابعة) الترجمة ، ومنع الجمهور من الأصحاب من وقوعه بغير العربية ، وأجاز ابن حمزة ^(٥) والأقرب المنع في الأربع.

قال طاب ثراه : وفي رواية : إذا زوّجت السكرى نفسها ثم أفأقت ، فرضيت به ، أو دخل بها فأقرته كان ماضيا.

(١) المبسوط : فيما ينعقد به النكاح ، ص ١٩٣ س ٢٢ قال : وكذلك (أى ينعقد العقد) لو قال : زوجت بنتك من فلان ، فقال : نعم إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) التحرير : في العقد ، ص ٤ س ٣٤ قال : ولو قيل : زوجت بنتك من فلان فقال : نعم ثم قال : وعندي فيه نظر.

(٤) الشرائع : في العقد ، قال : ولو قال : زوجت بنتك من فلان فقال : نعم الى أن قال : وفيه تردّد.

(٥) الوسيلة : في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩١ س ٢١ قال : وان قدر المتعاقدان الى أن قال : وان عجز أجاز بما يفيد مفادها من اللغات.

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ ، فسكرت ، فزوّجت نفسها رجلا في سكرها ، ثمّ أفافت فأنكرت ذلك ، ثمّ ظنت أنه يلزمها ، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج ، إحلال هو لها؟ أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال : إذا قامت معه بعد ما أفافت فهو رضا منها ، قلت : ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال : نعم ^(١) ^(٢).

وبمضمونها قال الشيخ في النهاية ^(٣) والصدوق في المقنع ^(٤) والشيخ سلّم بطلان العقد وحكم بامضاءه بعد إجازتها ، وهو مشكل ، لأنّ مقتضى البطلان الإلغاء ، وقال ابن إدريس : بالبطلان والإلغاء الإجازة ^(٥) وهو مذهب المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) وحمل الرواية على تقدير عدم بلوغ الإسكار إلى مزيل التحصيل.

(١) التهذيب : ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح. ص ٣٩٢ الحديث ٤٧.
(٢) واعلم انه لو أفاق السكران فأجاز العقد الواقع في السكر ، فالمشهور أنه لا يصح وان كان بعد الدخول ، وقال الشيخ في النهاية : وإذا عقدت على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا ، فإن أفافت ورضيت كان العقد ماضيا ، وحمل في المختلف الرواية على ما إذا لم يبلغ السكر الى حدّ عدم التحصيل ، وفيه ما فيه (ملاذ الأخيار : ج ١٢ ص ٣٠٥).

(٣) النهاية : باب من يتولّى العقد على النساء ، ص ٤٦٨ س ٥ قال : وإذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا ، فإن أفافت ورضت بفعلها كان العقد ماضيا.

(٤) المقنع : باب بدء النكاح ص ١٠٣ قال بعد نقل الحديث : فان التزويج واقع إذا قامت معه بعد ما أفافت ، وهو رضاها ، والتزويج جائز عليها.

(٥) السرائر : باب من يتولّى العقد ، ص ٢٩٨ س ١٣ قال بعد نقل الحديث : والذي يقوى عندي أن هذا العقد باطل ، فاذا كان باطلا فلا يقف على الرضا والإجازة إلخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف : كتاب النكاح ، ص ٩٠ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس : وقول ابن إدريس لا بأس به ، الى أن قال : والتحقيق أن يقول : ما بلغ السكر بها الى عدم التحصيل كان العقد باطلا

الثانية : لا يشترط حضور شاهدين ، ولا وليّ إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح.

الثالثة : لو ادعى زوجية امرأة ، وادّعت أختها زوجيته ، فالحكم لبينة الرجل ، إلا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول ، أو تقديم تاريخ. ولو عقد على امرأة وادّعى آخر زوجيتها لم يلتفت إلى دعواه إلا مع البينة.

الرابعة : لو كان لرجل عدّة بنات ، فزوّج واحدة ولم يسمها ، ثمّ اختلفا في المعقود عليها ، فالقول قول الأب ، وعليه أن يسلم إليه التي قصدها في العقد ، ان كان الزوج رآهن ، وإن لم يكن رآهن فالعقد باطل.

قال طاب ثراه : لا يشترط حضور شاهدين ولا وليّ إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح.

أقول : البحث هنا يقع في فصلين :

(أ) حضور الوليّ.

(ب) اشتراط الإشهاد.

وكلاهما غير شرط عندنا إلا من شدّ كابن عقيل ^(١) وهو مذهب العامة ^(٢).

لنا عموم قوله تعالى «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ

وان لم يبلغ السكر الى ذلك الحدّ صحّ العقد ويحمل عليه الرواية.

(١) المختلف : في الأولياء ص ٨٧ قال : مسألة المشهور عند علمائنا انه لا يشترط في العقد الوليّ ولا الشهود وقال ابن عقيل : ولا يجوز إلا بوليّ مرشد وشاهدي عدل إلخ.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة : ج ٤ ص ٢٥ الشهود والزوجان قال : (٧) اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد ، فاذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل ، وقال في ص ٢٦ : الوليّ في النكاح هو الذي يتوقف عليه صحة العقد ، فلا يصح بدونه.

.....

بِالْمَعْرُوفِ»^(١).

وقوله «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ»^(٢) «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ»^(٣).

ومن الروايات كثير. كرواية حنان بن سدير ، عن مسلم بن بشير عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة ولم يشهد ، قال : أما فيما بينه وبين الله فليس عليه شيء ، ولكن إن أخذه السلطان الجائر أعقبه^(٤).

وادّعى المرتضى عليه الإجماع^(٥) ولأصالة الجواز.

احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لا نكاح إلا بوليٍّ مرشد وشاهدي عدل

.(٦)

والجواب : منع السند ، وقد أنكره الزهري منهم^(٧).

ومعارضة بما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله : ليس للوليٍّ مع

(١) البقرة : ٢٣٢.

(٢) النساء : ٣.

(٣) النور : ٣٢.

(٤) الفقيه : ج ٣ (١١٧) باب الولي والشهود والخطبة والصدّاق ص ٢٥١ الحديث ٥.

(٥) الانتصار : مسائل النكاح ص ١١٨ قال : مسألة ومما ظن انفراد الإمامية به القول بأن الشهادة ليس بشرط في النكاح الى أن قال : والحجة لقولنا إجماع الطائفة. وقال في ص ١١٩ مسألة ومما يقدر من الاختيار له انفراد الإمامية به وما انفردوا جواز عقد المرأة التي تملك أمرها على نفسها بغير وليٍّ الى أن قال بعد أسطر : دليلنا على ما ذهبنا اليه بعد إجماع الطائفة إلخ.

(٦) سنن الترمذي : ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لا نكاح إلا بوليٍّ الحديث ١١٠١ و ١١٠٢ و

(١٥) باب ما جاء لا نكاح إلا بنية ، الحديث ١١٠٣ وسنن الدار قطني : ج ٣ كتاب النكاح الحديث ١١ و

٢١ و ٢٢ ولفظ الحديث لا نكاح إلا بوليٍّ وشاهدي عدل.

(٧) سنن الترمذي : ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لا نكاح إلا بوليٍّ ، قال : وحديث عائشة في هذا

الباب رواه ابن جريح عن سليمان بن موسى ، عن الزهري ، عن عروة ، عن عائشة ، الى ان قال : قال ابن جريح : ثمّ لقيت الزهري فسألته ، فأنكره ، فضعفوا هذا الحديث من أجل هذا.

وأما الآداب فقسمان :

(الأول) آداب العقد :

ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الأصل ، وأن يقصد السنة ، لا الجمال والمال ، فرمما حرهما ، ويصلي ركعتين ، ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهنّ وأحفظهنّ ، وأوسعهنّ رزقا ، وأعظمهنّ بركة ، ويستحب الإشهاد والإعلان ، والخطبة أمام العقد ، وإيقاعه ليلا .

ويكره والقمر في العقر ، وأن يتزوج العقيم .

الثيب أمر ^(١) .

وليس لهم ان يخصّوه بالثيب ، لأنّ الأمة لم يفرق بينها وبين البكر في اشتراط الإشهاد وحضور الوليّ ، فاعتبار في إحداهما دون الأخرى إحداث قول ثالث وهو غير جائز ، لما تقرّر في الأصول .

هذا مع قبوله التأويل ، إذا المنفيّ في الخبر ، نفي الفضيلة ، كقوله عليه السّلام : لا صلاة لجار المسجد إلّا في المسجد ^(٢) .

فان قالوا : يلزم الإضمار والأصل عدمه .

قلنا : الإضمار لازم ، لاستحالة نفي الحقيقة ، وليس نفي الصحة أولى منه ، بل ما ذهبنا إليه أرجح ، لاعتضاده بعموم الآيات ، وصريح الروايات .

(١) سنن النسائي ، كتاب النكاح (استثمار الأب البكر في نفسها) ، ولفظ الحديث : (عن ابن عباس ان النبيّ صلى الله عليه وآله) وسلّم قال : الثيب أحق بنفسها والبكر يستأمرها أبوها وإذنها صماهاً .

(القسم الثاني) في آداب الخلوة :

يستحب صلاة ركعتين إذا أراد الدخول ، والدعاء ، وأن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال ، وأن يجعل يده على ناصيتها ، ويكونا على طهر ، ويقول : اللهم على كتابك تزوّجتها ، إلى آخر الدعاء ، وأن يكون الدخول ليلاً ، ويسمّي عند الجماع ، وإن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً ويكره الجماع ليلة الخسوف ، ويوم الكسوف ، عند الزوال ، وعند الغروب حتى يذهب الشفق ، وفي الخاق ، وبعد الفجر حتى تطلع الشمس ، وفي أوّل ليلة من كل شهر إلا شهر رمضان ، وفي ليلة النصف ، وفي السفر إذا لم يكن معه ماء للغسل ، وعند الزلزلة ، والريح الصفراء والسوداء ، ومستقبل القبلة ، ومستدبرها ، وفي السفينة ، وعاريا ، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء ، والجماع وعنده من ينظر إليه ، والنظر إلى فرج المرأة ، والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى.

مسائل

الأولى : يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفّيها وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها وكذا إلى أمة يريد شراءها ، وإلى أهل الذمة لأنّهم بمنزلة الإماء ما لم يكن لتلذذ وينظر إلى جسد زوجته باطنا وظاهرا ، وإلى محارمه ما خلا العورة.

قال طاب ثراه : يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها ، وكفّيها ، وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها ، إلى آخر البحث.

أقول : هنا مسائل :

(الأولى) يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها إجماعاً ، بشروط :

(أ) أن يكون مریداً لنكاحها.

(ب) إمكانه عادة بالنظر الى حالها وحاله.

(ج) خلوها من موانع النكاح كالعدّة ، وإن جازت خطبتها في بعض المواقع.

(د) أن لا يتلذذ به.

فوقت جواز النظر عند اجتماع هذه الشرائط ، وقيل : قبل إجابتها خطبة غيره ، وهو مبني على تحريم الخطبة على الخطبة ، ولا يشترط إذنهما في ذلك.

والمستند قوله عليه السلام : من تاقت نفسه إلى نكاح امرأة فلينظر الى ما يدعوه إلى نكاحها ^(١).

فأجمل عليه السلام هنا ثم بيّنه لصحابي خطب امرأة نظر الى وجهها وكفّيها ^(٢).

وفي رواية ابن مسكان عن الحسن بن السري ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، لا بأس

بأن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ، ينظر الى خلفها وإلى وجهها ^(٣).

وهذا معنى قول علمائنا : يجوز أن ينظر إليها قائمة وماشية ، وهو إجماع من علماء

الإسلام.

(١) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٣١٤ الحديث ١٥٠ وفي سنن أبي داود ، ج ٢ ، كتاب النكاح باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ، الحديث ٢٠٨٢ ولفظه : (قال رسول الله صلى الله عليه وآله) وسلّم إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها ، فليفعل).

(٢) سنن النسائي : كتاب النكاح (اباحة النظر قبل التزويج) وفيه : هل نظرت إليها؟ قال : لا ، فأمره أن ينظر إليها.

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب النظر لمن أراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٣.

بقي البحث في الشعر والمحاسن ، هل يجوز النظر الى ذلك أم لا؟
الذي عليه الأكثر المنع ، لعموم قوله تعالى «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ»^(١)
وهو عام خرج عنه ما وقع عليه الإجماع وتضافرت به الأخبار ، فبقي الباقي على المنع ، ولأنه
أحوط.

ورواية الشعر هي رواية عبد الله بن سنان قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام :
الرجل يريد أن يتزوّج المرأة فيجوز أن ينظر الى شعرها؟ قال : نعم إنما يريد أن يشتريها بأعلى
الثمن^(٢).

وأما رواية المحاسن ، فرواية غياث بن إبراهيم عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليهم
السلام في رجل نظر الى محاسن امرأة يريد أن يتزوّجها؟ قال : لا بأس إنما هو مستام^(٣).
ولعل ما ذكره المصنف من الرواية الجامعة لهما إشارة الى ما رواه محمد بن يعقوب
مرفوعا الى عبد الله بن الفضل ، عن أبيه ، عن رجل ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
قلت له : أينظر الرجل الى امرأة يريد تزويجها ، فينظر الى شعرها ومحاسنها؟ قال : لا بأس
بذلك إذا لم يكن متلذذا^(٤).

وهذه الرواية مرسلّة ، وغياث بن إبراهيم بترى.

الثانية : يجوز النظر الى أهل الذمة وشعورهنّ ، لأنهنّ بمنزلة الأمة المزوّجة فإنه يجوز
النظر إليها وان حرم نكاحها لمكان تزويجها.

والمستند ما رواه محمد بن يعقوب ، يرفعه إلى السكوني عن أبي عبد الله

(١) النور : ٣٠.

(٢) الفقيه : ج ٣ ، (١٢٤) باب ما أحل الله عزّ وجلّ من النكاح وما حرم منه ص ٢٦٠ الحديث ٢٤.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣٩) باب نظر الرجل إلى المرأة قبل ان يتزوجها ص ٤٣٥ الحديث ٢.

(٤) الكافي : ج ٥ باب النظر لمن أراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٥.

عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر
الى شعورهنّ وأيديهنّ^(١).

لكن بشروط ثلاثة :

(أ) أمن الفتنة ، ولو خافها حرم.

(ب) عدم التلذذ ، لأنه استمتاع.

(ج) أن لا يكون لريبة.

وعليه الأصحاب ، ومنع ابن إدريس^(٢) والعلامة في المختلف^(٣) وهما نادران.

الثالثة : يجوز النظر الى جسد زوجته باطنا وظاهرا.

روى إسماعيل بن همام عن علي بن جعفر ، قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن

الرجل يقبل قبل المرأة ، قال : لا بأس^(٤).

وعن أبي حمزة قال : سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر الى فرج امرأته وهو يجامعها ،

قال : لا بأس^(٥).

وحرّمه ابن حمزة^(٦) وهو نادر.

وعن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل ينظر الى فرج

(١) الكافي : ج ٥ ، باب النظر الى نساء أهل الذمة ص ٥٢٤ الحديث ١.

(٢) السرائر : باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد ، ص ٣٠٨ س ٢٨ قال : وقد روي جواز النظر الى نساء
أهل الكتاب الى أن قال : والذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية والعدول عنها إلخ.

(٣) المختلف : كتاب النكاح ، ص ٨٦ س ١٨ قال : بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس : والأقرب المنع كقول
ابن إدريس.

(٤) الكافي : ج ٥ باب نوادر ، ص ٤٩٧ الحديث ٤.

(٥) الكافي : ج ٥ باب نوادر ، ص ٤٩٧ الحديث ٥.

(٦) الوسيلة : في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال : فالحرّم ثلاثة أشياء. قراءة العزائم والنظر الى فرج
المرأة قال الجماع إلخ.

الثانية : الوطء في الدبر فيه روايتان ، أشهرهما الجواز على الكراهية.

امراته وهي عريانة ، قال : لا بأس ، وهل اللذة إلا ذلك؟^(١).
وفي المشهور بين علمائنا كراهية النظر إلى الفرج حالة الجماع وغيره ، وهذه الأحاديث قد تضمنت الإباحة ، فحمل النهي عن النظر إلى باطن الفرج ، والإباحة على النظر إلى الظاهر ، لما فيه من الجمع ، ولما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام ، يكره النظر إلى باطن الفرج^(٢).

الرابعة : يجوز النظر إلى المحارم ما عدا العورة ، والمراد بالمحرم كل امرأة حرم نكاحها مؤبدا بنسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة بعقد أو ملك ، فتدخل فيه أم الزوجة ، وبنت المدخول بها ، ومنكوحة الأب والابن ، دون الملائنة ، والمطلقة تسعا ، والزوجة المزيّ بها ، وبنت العمّة والحالة المفجور بأُمّهما ، لأنّ التحريم هنا وإن تأيّد فليس بسبب مصاهرة أو عقد ، بل بسبب إيقاع ، وهو استيفاء عدد الطلاق ، أو عقوبة ، فلا يكون سببا للترخص ، ويجوز النظر إلى ما عدا العورة منهنّ.

روى السكوني عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليهما السلام قال : لا بأس أن ينظر الرجل إلى شعر أمه أو أخته أو بنته^(٣).

قال طاب ثراه : الوطء في الدبر فيه روايتان ، أشهرهما الجواز على الكراهية.

أقول : الكراهية مذهب الشيخ^(٤) والمرتضى^(٥) والمصنف^(٦) والعلامة^(٧)

(١) الكافي : ج ٥ باب نوادر ص ٤٩٧ الحديث ٦.

(٢) لم أظفر عليه.

(٣) الفقيه : ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٤ الحديث ٤٤.

(٤) النهاية : باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد أو الزفاف وآداب الخلوة ص ٤٨٢ س ١٦ قال : ويكره للرجل أن يأتي النساء في إحشاشهن.

(٥) الانتصار : كتاب النكاح ص ١٢٥ قال : مسألة ومّا يشنع به على الإمامية ، القول بإباحة وطء النساء في غير فروجهن المعتادة للوطء إلى أن قال : والحجة في إباحة ذلك إجماع الطائفة إلخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٦ قال : مسألة المشهور كراهة الوطء في الدبر من غير تحریم لنا قوله

الثالثة : العزل عن الحرّة بغير إذنها ، قيل : يحرم ، وتجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل : مكروه وهو أشبه ، ورخص في الإمام.

ومذهب أكثر علمائنا ، وقال ابن حمزة : بالتحريم ^(١).
احتج الأولون بقوله تعالى «فَأْتُوا حُرَّتْكُمْ أَنْتِ شَتْمٌ» ^(٢).
فإن قلت : هذا مختص بموضع الحرث ، وهو القبل.
قلنا : مدفوع بجواز الإتيان بين الفخذين والركبة إجماعا.
ولصحيحة عبد الله بن أبي يعفور قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل أتى المرأة في دبرها ، قال : لا بأس ^(٣).
وبالأصل

احتج الآخرون بما رواه سدير قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : محاش النساء على أمتي حرام ^(٤).
أجاب الأولون بحمله على شدة الكراهة ، أو على التقية ، لكونه مذهب العامة.
قال طاب ثراه : العزل عن الحرّة بغير إذنها ، قيل : يحرم (محرم خ ل) ويجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل مكروه ، وهو أشبه ، ورخص في الإمام.
أقول : هنا مسألتان :
(أ) في تحريم العزل وكراهته ، وفيه قولان :

تعالى إلخ.

(١) الوسيلة : فصل في بيان احكام الزفاف ص ٣١٣ س ١٥ قال : وحرم عليه وطؤها في المحاش.

(٢) البقرة : ٢٢٣.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع ، ص ٤١٥ الحديث ٣٤ وقطعة من حديث ٢٩.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع ص ٤١٦ الحديث ٣٦.

والأول مختار ابن حمزة ^(١) ومذهب المفيد ^(٢).

والثاني مذهب الشيخ في النهاية ^(٣) والقاضي ^(٤) وابن إدريس ^(٥) ، واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) ، لأصالة الإباحة.

ولرواية محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل؟ فقال : ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء ^(٨).

واحتج المانع : بأن حكمه النكاح الاستيلاد ، ولا يحصل مع العزل غالبا ، فيكون منافيا لغرض الشرع ، وكلية الصغرى ممنوعة.

(ب) هل يجب دية النطفة أم لا؟ قال الشيخ بالأول ^(٩) وابن إدريس والعلامة بالثاني ^(١٠) ^(١١) وللمصنف قولان : فبالأول قال في باب النكاح من

-
- (١) الوسيلة : في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال : والمحرم ثلاثة أشياء ، والعزل إلا بإذن المرأة.
- (٢) المقنعة : باب السنة في عقود النكاح ، ص ٧٩ س ١٦ قال : وليس لأحد أن يعزل الماء عن زوجة له حرة إلخ.
- (٣) النهاية : باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد وآداب الخلوة. ص ٤٨٢ س ١٩ قال : ويكره للرجل أن يعزل عن امرأته الحرة إلخ.
- (٤) المهذب : ج ٢ (في آداب الغشيان) ص ٢٢٣ س ١ قال : ويكره له العزل عن زوجته الحرة إلخ.
- (٥) السرائر : باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد والزفاف. ص ٣٠٨ س ٢ قال : ويكره للرجل أن يعزل إلخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف : كتاب النكاح ، ص ٨٦ قال : مسألة المشهور كراهة العزل عن الحرة وليس محظوما.
- (٨) التهذيب : ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح. ص ٤١٧ الحديث ٤١.
- (٩) النهاية : باب دية الجنين والميت ص ٧٧٩ س ١٥ قال : وكذلك إذا عزل الرجل عن زوجته الحرة بغير اختيارها كان عليه عشر دية الجنين إلخ.
- (١٠) السرائر : باب ما يستحب فعله. ص ٣٠٨ س ٣ قال بعد نقل موجب الدية : الأصل براءة الدمة إلخ.
- (١١) المختلف : الفصل السادس في الجراحات ، ص ٢٦٣ س ١٠ قال بعد نقل الأقوال : والوجه الحمل على الاستحباب.

الرابعة : لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين ، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصح.

الخامسة : لا يجوز للرجل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر.

السادسة : يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً.

السابعة : إذا دخل بالصبيّة لم تبلغ تسعا فأفضاها حرم عليه وطؤها مؤبداً ، ولم تخرج عن حبالته ، و (لو . ظ) لم يفرضها لم يحرم على الأصح.

الشرائع^(١) وبالثاني قال في باب الديات من كتابيه^(٢) وفي الإماء جائز بالإجماع ، وهو صريح في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام^(٤).

قال طاب ثراه : لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين ، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصح.

أقول : البحث هنا يقع في مقامات :

(الأولى) إذا دخل بمن لها دون التسع ، هل يحرم بمجرد الدخول ، أو لا يحرم إلا مع الإفضاء؟ الشيخ في النهاية على الأوّل^(٥) والباقون على الثاني ، وهو قوله في

(١) الشرائع : في آداب الخلوة ، الثانية : العزل عن الحرة الى أن قال : وقيل : هو مكروه وان وجبت الدية وهو أشبهه.

(٢) الشرائع : كتاب الديات ، في اللواحق ، قال : ولو عزل الى ان قال : قيل : يلزمه عشرة دنانير وفيه تردّد أشبهه انه لا يجب.

(٣) المختصر النافع : كتاب الديات ، في اللواحق ص ٣١٣ قال : ولو عزل عن زوجته الى أن قال : والأشبهه الاستحباب.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء. ص ٤١٧ الحديث ٤٣.

(٥) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ، ص ٤٥٣ س ١٠ قال : وإذا تزوّج الرجل بصبيّة لم تبلغ تسع سنين فوطئها فرق بينهما ولم تحلّ له ابداً.

.....

الاستبصار^(١).

(الثانية) هل تبين منه في موضع التحريم المؤبد بمجرد الفعل؟ أو تبقى في حباله ولا تبين منه إلا بالطلاق؟ نصّ ابن حمزة على الأوّل^(٢) وهو ظاهر الشيخ^(٣) ونص ابن الجنيد على الثاني^(٤) وبه قال ابن إدريس^(٥) وهو ظاهر المفيد^(٦).

ومّا يؤيد الثاني رواية البريد العجلي عن الباقر عليه السّلام في رجل افتض جاريته ، يعني امرأته فأفضاها ، قال : عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه ، وإن دخل بها ولها تسع سنين ، فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق^(٧).

وروى ابن بابويه في كتابه يرفعه إلى حمزة بن حمران عن أبي عبد الله عليه السّلام قال : سئل عن رجل تزوّج جارية لم تدرك فأفضاها؟ قال : إن دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه ، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين وكان لها أقل من

(١) الاستبصار : ج ٤ (١٧٧) باب من وطأ جارية فأفضاها ، ص ٢٩٤ الحديث ١ .

(٢) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ، ص ٢٩٢ س ٢٠ قال : والتي أفضاها بالوطء الى قوله : وتبين منه بغير طلاق .

(٣) وذلك لقوله (فرّق بينهما) بدون قيد آخر .

(٤) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٧ قال : وقال ابن الجنيد : فإن أوج عليها فأفضاها قبل تسع سنين فعليه أن لا يطلقها إلخ .

(٥) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٨ س ١٣ قال : وإذا تزوّج الرجل بصبيّة الى أن قال : وهو بالخيار بين أن يطلقها أو بمسكها ولا يحل له وطؤها أبدا وليس بمجرد الوطء تبين منه وينفسخ عقدها إلخ وله قدس سرّه تحقيق دقيق في هذا المطلب فراجع .

(٦) المقنعة : باب ضمان النفوس ص ١١٧ س ١١ قال : والرجل إذا جامع الصبيّة ولها دون تسع سنين فأفضاها كان عليه دية نفسها والقيام بها حتى يفرّق الموت بينهما .

(٧) الكافي : ج ٧ باب ما يجب فيه الدية كاملة من الجراحات التي دون النفس ص ٣١٤ الحديث ١٨ .

ذلك فافتضحها ، فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج ، فعلى الإمام أن يغرمه ديتهما ، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه ^(١).

فروع

- (أ) لو مات أحدهما قبل الطلاق ، توارثا على الثاني دون الأول.
- (ب) لا يجوز له التزويج بأختها على الثاني ويجوز على الأول.
- (ج) يحرم عليه الخامسة لو كانت رابعة على الثاني دون الأول.
- وكذا البحث في إدخال بنت الأخ أو الأخت عليها ، فلا يفتقر إلى إذنها على الأول دون الثاني.
- أما تزويجه بالأمة ، فإن كان تحته غيرها من الحرائر افتقر إلى إذنها مع الباقيات على الثاني ، ولو لم يكن غيرها وعدم الطول ، فالأقرب عدم التوقف على إذنها ، لجواز أن يعانده بعدم الإذن ، فيستضر ، وقال عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار ^(٢).
- وأما وقوع الظهار منها ، فإن حرّمتها به غير الوطاء ، وقع على الثاني ، وإلا فلا.
- (د) لو زنى وليس له زوجة غيرها ، لم يرجم على القولين.
- ويتفرّع على وجوب الإنفاق فروع :
- (أ) يجب الإنفاق مطلقا ، أي سواء قلنا بالبينونة بمجرد الفعل أولا (ب) لو تزوّجت بغيره فالأقرب سقوط الإنفاق.
- (ج) لو طلّقت بئنا عاد الاستحقاق ، وكذا لو غاب عنها الثاني غيبة منقطعة ولم يكن له وليّ ينفق عليها ، لظهور العذر ، ولو أمرها الحاكم بالاعتداد ، كانت نفقتها

(١) الفقيه : ج ٣ (١٢٤) باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ، وما حرّم منه ص ٢٧٢ الحديث ٧٩.

(٢) لاحظ عبارة عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٢٠ الحديث ٩٣ وما علق عليه.

الفصل الثاني في أولياء العقد

لا ولاية في النكاح لغير الأب ، والجَدِّ للأب وإن علا ، والوصي ، والمولى ، والحاكم ، وولاية الأب والجَدِّ ثابتة على الصغيرة ولو ذهبت

في العدة على الأول إذ لم يقل برجوعها عليه ، أما لو نشرت على الثاني ، وسقطت نفقتها عنه لذلك ، فإنها لا يستحق على الأول نفقة ، لاستناد التفريط في ضياع النفقة إليها. ولو أعسر احتمل أن يرجع الى الأول ، لعدم حصول النفقة لها ، وعدمه لاستقرار نفقتها في ذمة الثاني ورجوعها عليه بعد يساره.

(المقام الثالث) الحكم يتعلق بالمطوعة بالعقد دائما ومنقطعا ، ولو كان لشبهة قال في الخلاف : الحكم كذلك ^(١) وقال ابن إدريس : لا يلزمه النفقة لأصالة البراءة ^(٢) ، وفي المكروهة يجب الدية دون المهر قاله في الخلاف ^(٣) وأوجه ابن إدريس ^(٤) وأما النفقة فيسقط عند ابن إدريس ، ويلزم الشيخ وجوب الإنفاق لأنه أبلغ من الشبهة لتغليظ العقوبة في الإكراه ، وأما الدية فيجب في الجميع ، أعني الزوجة والأجنبية بشبهة ، ومكرهة ومطوعة ، لأنه إتلاف منفعة ، وليس لازما للوطء حتى يسقط بالإذن فيه ، فيجب ديته لأنه جناية ، وسيجيء باقي أحكام المسألة في باب الديات.

(١) الخلاف : كتاب الصداق ، مسألة ٤١ قال : فان كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها ما دامت حيّة وعليه مهرها وديتها كاملة الى أن قال : هذا إذا كان في عقد صحيح أو شبهة ، فاما إذا كان مكرها لها فإنه يلزمه ديتها على كل حال ولا مهر لها إلخ.

(٢) و (٤) لم أظفر عليه في السرائر : وفي المختلف : كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٥ ما لفظه (وقال ابن إدريس : عقد الشبهة لا يلزمه النفقة لأصالة البراءة ، وقوله : لا مهر لها مع الإكراه غير واضح ، لأننا نجمع عليه الأمرين الدية والمهر ، لأنها ليست بغيا ، والنهي إنما هو عن مهر البغي).

(٣) تقدم عند نقل عبارة الخلاف آنفا.

بكارتهما بزنا أو غيره ، ولا يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب ، وقيل : يشترط ، وفي المستند ضعف.

قال طاب ثراه : ولا يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب. وقيل : يشترط وفي المستند ضعف.

أقول : المشهور ان الولاية للأب والجد ثابتة على الصغيرين والمجنونين سواء كان جنونهما مستمرا قبل البلوغ ، أو عرض بعد زوال الولاية عنهما لرشدتهما بعد البلوغ ، وليست ولاية الجدّ مشروطة ببقاء الأب ، بل هي ولاية برأسها وهو اختيار المفيد ^(١) وتلميذه ^(٢) والسيد ^(٣) وابن إدريس ^(٤) والمصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

وهنا مذهبنا آخران :

(أ) ثبوت الولاية للأب خاصة قاله الحسن ^(٧).

(١) المقنعة : باب عقد المرأة على نفسها النكاح. ص ٧٨ س ٢٢ قال : وذوات الآباء من الأبحار ينبغي لمن أن لا يعقدن على أنفسهنّ إلّا بإذن آبائهنّ الى أن قال : وان عقد عليها وهي صغيرة لم يكن لها عند البلوغ خيار وأن عقدت على نفسها بعد البلوغ بغير إذن أبيها خالفت السنة وبطل العقد الى أن قال : وليس لأحد أن يعقد على صغيرة سوى أبيها أو جدّها لأبيها.

(٢) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨ س ٧ قال : فاما الصغار فيعقد لمنّ آباؤهن ولا خيار لمن بعد البلوغ ، وكذلك ان عقد لمنّ أجدادهنّ الى أن قال : إلّا أنّ اختيار الجدّ مقدّم على اختيار الأب وعقده امضى (٣) الانتصار : مسائل النكاح ص ١٢١ قال : ومّا انفردت به الإمامية أنّ لولاية الجدّ من قبل الأب رجحانا إلخ.

(٤) السرائر : باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٥ س ٣٢ قال : الا أنّ لولاية الجدّ رجحانا وأولوية هنا إلخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٧ قال : مسألة الجد للأب كالأب في ولاية النكاح سواء كان الأب حيّا أو ميتا إلخ.

(٧) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٧ س ٢١ قال : وأمّا ابن أبي عقيل قال : الولي الذي هو أولى بنكاحهنّ هو الأب دون غيره.

(ب) اشتراط بقاء الأب في ثبوت ولاية الجد قاله الشيخ في النهاية ^(١) وأبو علي ^(٢) والصدوق ^(٣) والقاضي ^(٤) والتقي ^(٥).

احتج الأولون بما رواه عبيد بن زرارة (في الموثق) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ، ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر ، فقال : الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجها قبله ، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ ^(٦).

وإذا كانت ولاية الجدّ أقوى لم يؤثر فيها موت الأضعف.

احتج الحسن برواية ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تزوج ذات الآباء من الأبكار إلّا بإذن أبيها ^(٧).

(١) النهاية : باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٦ قال بعد نقل ولاية الجد ما لفظه (هذا إذا كانت البكر أبوها الأدنى حيا ، فان لم يكن أبوها حيا لم يجز للجدّ أن يعقد عليها إلّا برضاها وجرى مجرى غيره).

(٢) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٧ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ : وبه قال ابن الجنيّد.

(٣) الهداية : (١١٨) باب النكاح ص ٦٨ س ١٠ قال : وإذا كانت بكر أو كان لها أب وجدّ ، فالجدّ الحق بتزويجها من الأب ما دام الأب حيا ، فاذا مات الأب فلا ولاية للجد عليها ، لأنّ الجدّ انما يملك أمرها في حياة ابنه.

(٤) المهذب : ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ٩ قال : وإذا كان الجد الذي هو أبو أبيها حيا ، وكان أبوها ميتا ، لم يجز له العقد عليها إلّا بإذنها لأنه مع فقد أبيه يجري مجرى غيره.

(٥) الكافي : الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٢ س ٤ قال : والولاية مختصة بأب المعقود عليها وجدّها له في حياته.

(٦) الكافي : ج ٥ ، باب الرجل يريد أن يزوجه ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجلا آخر ص ٣٩٥ الحديث ١.

(٧) الكافي : ج ٥ ، باب استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ١.

وفي رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام يستأمرها كل أحد ما عدا الأب^(١).

احتج الشيخ بما رواه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال : إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً ، وكان الجدّ مرضيّاً جاز ، قلنا : فإن هوى أبو الجارية هوى ، وهوى الجدّ هوى ، وهما سواء في العدل والرضا؟ قال : أحب إليّ أن ترضى بقول الجد^(٢) .^{(٣) (٤)}

(١) الكافي : ج ٥ ، باب استمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ قطعة من حديث ٢ .

(٢) الكافي : ج ٥ باب الرجل يريد أن يزوّج ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجل آخر ص ٣٩٦ الحديث ٥ .
(٣) قوله (وكان أبوها حياً) استدللّ به على اشتراط وجود الأب في ولاية الجد ، وقال بعض أفاضل المتأخرين ؛ يمكن أن يقال : ان حجية المفهوم انما يثبت إذا لم يظهر للتقييد وجه سوى نفي الحكم عن المسكوت عنه ، وربما كان الوجه في هذا التقييد على الفرد الأخفى ، وهو جواز عقد الجدّ مع وجود الأب ، مع ان الرواية ضعيفة ، لاشتمالها على جماعة من الواقفية انتهى .

قوله عليه السلام (وكان الجدّ مرضيّاً) قال الوالد العلامة رحمه الله : المراد بكون الجدّ مرضيّاً ، إما كونه مرضيّاً من حيث المذهب ، إذ ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ أو لا يكون فاسقاً ، سيّما شارب الخمر ، ولا يكون سفيفاً ، ولا يكون مخبطاً كما هو الشائع في المشايخ ، وكان بحيث يعرف الكفو (مرآة العقول : ج ٢٠ ص ١٣٣) .

(٤) هذه الرواية دلّت على أمور ثلاثة ١ . ان ولاية الجد مشروط ببقاء الأب .

٢ . اشتراط العدالة في ولاية الأب والجدّ .

٣ . عدم انفردهما بالولاية من دون اذن من عليها الولاية .

والى الشرط الأوّل ذهب الشيخ ، واما الشرط الثاني فالظاهر أنّ اشتراط العدالة هنا ليس في محلّ الضرورة حتى يكون من الشرائط اللازمة ، كالعدالة في ولاية اليتيم ، بل هي في محل الكمال ، فتحمل على

ولا خيار للصبيّة مع البلوغ ، وفي الصبيّ قولان : أظهرهما انه كذلك ولو زوّجها فالعقد للسابق ، فإن اقترنا ثبت عقد الجّد ، ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكرًا كان أو أنثى ، ولا خيار له لو أفاق والثيب تزوج نفسها ولا ولاية عليها لأب ولا لغيره ، ولو زوّجها من غير اذنها وقف على إجازتها.

وأجيب بالمنع من سلامة السند ، ثمّ من دلالاته على المطلوب ، لضعف دلالة المفهوم.

قال طاب ثراه : ولا خيار للصبيّة بعد البلوغ ، وفي الصبيّ قولان : أظهرهما أنه كذلك.

أقول : المشهور أن العقد الصّادر من الوليّ الاختياري (الإجباري خ ل) يستمر حكمه على المولّى عليه بعد زوال الولاية عنه ، لأنه صدر بولاية شرعية ، ووقع صحيحا ، فيكون الأصل فيه الاستمرار ، لقوله تعالى «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ^(١) وقول النبي صلى الله عليه وآله : المؤمنون عند شروطهم ^(٢) إلّا ما أخرجه النص وهو عتق الجارية. والحق ابن حمزة ثبوت الخيار للصبي دون الصبيّة ^(٣) والشيخ في النهاية أثبت الخيار للصبيّ بعد بلوغه ولم يذكر الصبيّة ^(٤) ولعلّ وجهه تطرق الضرر اليه

الاستحباب والفضيلة ، وأما الشرط الثالث فهو موافق للأصل مع بلوغ المرأة ، إذ مع عدم بلوغها لا اعتبار برضاها وعدمه ، لكن سند الرواية أصله ضعيف (نقلا عن هامش عوالي اللئالي ، ج ٣ ص ٣١٧).

(١) المائدة : ١ .

(٢) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢٣٥ الحديث ٨٤ وص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ وج ٢ ص ٢٧٥ الحديث ٧ وج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولا حظ ما علق عليه.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان من اليه العقد من النساء ص ٣٠٠ س ١٦ قال : كان عقد الصبي موقوفا على إجازته.

(٤) النهاية : باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٧ س ١٣ قال : ومتى عقد الرجل لابنه على

دونها ، فإنه أثبت في ذمته مهرا ونفقة ولا ضرورة له الى ذلك حالة الصبي ، بخلاف الصبية فلا يثبت لها ذلك ، وتبعه القاضي ^(١) وابن حمزة ^(٢) وابن إدريس ^(٣) ، فالمصنف هنا أورد المسألة على هذا التقدير ، وحزم بلزوم النكاح في الصبية ^(٤) ، وقال في الشرائع : ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين وكذا لو زوج الأب أو الجد للولد الصغير لزمه العقد ، ولا خيار له مع بلوغه ورشده على الأشهر ^(٥).

أما فتوى النهاية فالتعويل فيها على رواية الكناسي عن الباقر عليه السلام : إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمسة عشرة سنة ^(٦).
واما ما أشار إليه في الشرائع فصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الصبي يتزوج الصبية قال : إن كان أبواهما اللذان زواجهما ، فنعم جائز ، لكن لهما الخيار إذا أدركا ، فإن رضيا بعد ذلك فان المهر على الأب ^(٧) ^(٨).

جارية وهو غير بالغ كان له الخيار إذا بلغ.

(١) المهذب : ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ، ص ١٩٧ س ١٧ قال : كان الخيار للابن إذا بلغ.

(٢) تقدّم آنفاً.

(٣) السرائر : باب من يتولّى العقد على النساء ص ٢٩٧ س ٢٨ ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ كان له الخيار إذا بلغ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) الشرائع : ج ٢ الفصل الثالث في أولياء العقد قال : ولا خيار لها بعد بلوغها إلخ.

(٦) التهذيب : ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح. ص ٣٨٣ س ٨ قطعة من حديث ٢٠.

(٧) التهذيب : ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح. ص ٣٨٢ قطعة من حديث ١٩.

(٨) أما رواية الكناسي فغير معلومة السند ، وأما رواية محمد بن مسلم فهي وإن كانت صحيحة الطريق ، لكن ظاهرها مخالف للأصل ، من حيث ان العقد الصادر عن الولي الإجمالي مقتضاه استقرار حكمه ، فلا يكون متزلزلاً قابلاً للفسخ ، لأنه صدر بولاية شرعية ، فيقع صحيح (صححاه) في أصله ، فلا يقبل الزوال ، فيحمل الرواية على حمل الخيار في المهر ، فإنه إذا زوج الصبية بدون مهر المثل ، أو زوج الصبي بأزيد من مهر المثل كان الاعتراض في المهر دون أصل العقد ، لأن ذلك من الحقوق المالية يجب أن تصادف المصلحة ، فمع فقدانها لا ينعقد فكان لهما الخيار فيه (من هامش عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٣١٨).

أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها (١) ولو كان أبوها حيا قيل : لها الانفراد بالعقد دائما كان أو منقطعاً ، وقيل : العقد مشترك بينها وبين الأب فلا ينفرد أحدهما به ، وقيل : أمرها إلى الأب وليس لها معه أمر ، ومن الأصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم ، ومنهم من عكس ، والأوّل أولى ، ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه إجماعاً ، ولو زوج الصغيرة غير الأب والجد ، وقف على رضاها عند البلوغ ، وكذا الصغير ، وللمولى أن يزوّج المملوكة صغيرة وكبيرة ، بكراً وثيباً ، عاقلة ومجنونة ، ولا خيرة لها ، وكذا العبد ، ولا يزوّج الوصي إلّا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة ، وكذا الحاكم

قال طاب ثراه : أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها.

أقول : للأصحاب هنا خمسة أقوال :

(أ) لا ولاية على البكر البالغ الرشيدة في الدائم ولا المنقطع ، بل أمرها بيدها وهو مذهب المفيد في أحكام النساء ^(١) وتلميذه ^(٢) والسيد ^(٣) وأبو علي ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

(١) المقنعة : باب عقد المرأة على نفسها النكاح ص ٧٨ س ٢١ قال : والمرأة البالغة تعقد على نفسها النكاح إلخ.

(٢) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ، ص ١٤٨ س ٦ قال : فمن ذلك أن تعقد المرأة على نفسها إذا كانت بالغة ثيباً.

(٣) الانتصار : كتاب النكاح ص ١٢٢ قال : ومّا ظن قبل الاختبار أنّ الإمامية تنفرد به القول : بأنه ليس للأب أن يزوّج بنته الباكّة البالغة إلّا بإذنها إلخ.

(٤) و (٦) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٦ في الأولياء س ٣٣ قال بعد نقل قول المفيد : وبه قال ابن الجنيد ، ثمّ بعد نقل آراء المخالفين قال : والمعتمد الأوّل.

(٥) لا حظ عبارة النافع.

(ب) ثبوت الولاية عليها للأب ، اختاره الشيخ في كتابه ^(١) وبه قال الصدوق ^(٢) والحسن ^(٣) والقاضي ^(٤).

(ج) الولاية مشتركة بينها وبين الأب والجد ، فليس لأحدهم الانفراد به ، وهو قول التقي ^(٥).

(د) الولاية مشتركة بينها وبين الأب والجد ، ولأحدهما الانفراد ، وهو أحد قولي المفيد.

(هـ) أنّ لها أن ينكح متعة بدون إذن الأب ، لكن لا يطأها في الفرج اختاره ابن حمزة ^(٦) وذكره الشيخ في النهاية رواية ^(٧) وأشار المصنف في كتابه إلى قول آخر ، وهو الاذن في الدائم دون المنقطع ^(٨) ولم نظفر به ، ولم يذكره العلامة في مسائل

(١) النهاية : باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٥ س ٣ قال : ولا يجوز للبكر أن تعقد على نفسها الدوام إلا بإذن أبيها ، إلخ.

(٢) الهداية : ١١٨ باب النكاح ص ٦٨ س ٩ قال : ولا ولاية لأحد على البنت إلا لأبيها ما دامت بكرا إلخ.

(٣) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٦ س ٣٩ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وبه قال ابن عقيل.

(٤) المهذب : ج ٢ (في نكاح الباكرة) ص ١٩٦ س ١ قال : فان كان أبوها حيا ، كان الأفضل لها أن لا تعدل عن رأيه ولا تعقد على نفسها إلا بإذنه.

(٥) الكافي : النكاح ، المضرب الأول من الاحكام ص ٢٩٢ س ٩ قال : وان كانت بالغاً. لم يجز لهما العقد عليها إلا بإذنها إلخ.

(٦) الوسيلة : فصل في بيان من اليه العقد ص ٣٠٠ س ٧ قال : ويجوز للبكر عقد نكاح المتعة بغير اذن الولي إلخ.

(٧) النهاية : باب من يتولى العقد ص ٤٦٥ س ٨ قال : وقد روي أنه يجوز للبكر أن تعقد على نفسها نكاح المتعة من غير إذن أبيها غير أن الذي يعقد عليها لا يطأها في الفرج.

(٨) الشرائع : (في أولياء العقد) قال : ومن الأصحاب من اذن لها في الدائم دون المنقطع ومنهم من عكس إلخ.

الخلاف ، قال صاحب كشف الرموز : واستعلمنا المصنف فيه فما كان ذاكرة (١) (٢).

احتج الأولون بعموم قوله تعالى «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا» (٣) وبقوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا» (٤) نسب الرجوع إلى رضاها ، ومن الجائز طلاق البكر المرة والمرتين قبل الدخول بها ، وقوله تعالى «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» (٥) وهو عام في المدخول بها وغيرها.

وصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال : تستأمر البكر وغيرها ، ولا تنكح إلا بأمرها (٦).

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام : إن المرأة إذا كانت مالكة أمرها ، تبيع وتشتري ، وتعق ، وتشهد ، وتعطي من مالها ما شاءت ، فإن أمرها بيدها جائز ، تتزوج إن شاءت بغير إذن وليها ، فإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها (٧).

جعل ولاية المال مدار الولاية النكاح وجودا وعدما.

احتج المانعون بصحيحة ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال : لا تزوج ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن أبيها (٨).

(١) لم أظفر على كتابه.

(٢) قال المنتبج الخبير صاحب الجواهر : ج ٢٩ ص ١٨٠ : لم نعرف قائله ولا وجهه إلخ.

(٣) البقرة : ٢٣٢.

(٤) البقرة : ٢٣٠.

(٥) البقرة : ٢٣٠.

(٦) التهذيب : ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية ص ٣٨٠ الحديث ١١.

(٧) التهذيب : ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية ص ٣٧٨ الحديث ٦.

(٨) الكافي : ج ٥ باب استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ١.

ويلحق بهذه الباب مسائل :

الأولى : الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه ، ولو أذنت في ذلك فالأشبه الجواز ،
وقيل : لا ، وهي رواية عمّار.

واحتج الباقر بالجمع.

وبما رواه سعيد القمّاط قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام جارية بكر بين أبييها
تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبييها ، أفأفعل ذلك؟ قال : نعم وأتق موضع الفرج ، قال :
قلت : فإن رضيت بذلك؟ قال : وإن رضيت بذلك ، فإنّه عار على الأبكار^(١).

واحتج التقى بموثقة صفوان قال : استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليهما
السلام في تزويج ابنته لابن أخيه؟ فقال : افعل ، ويكون ذلك برضاها ، فإنّ لها في نفسها
نصيها.

قال : فاستشار خالد بن داود موسى بن جعفر في تزويج ابنته علي بن جعفر؟ قال :
افعل ويكون ذلك برضاها ، فإن لها في نفسها حظاً^(٢).

وليس صريحة في مطلوبه.

قال طاب ثراه : الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه ، ولو أذنت في ذلك فالأشبه
الجواز ، وقيل : لا ، وهي رواية عمّار.

أقول : روى مصدق بن صدقة عن عمار الساباطي قال : سألت أبا الحسن عليه
السلام عن امرأة تكون في أهل بيت ، فتكره أن يعلم بها أهل بيتها ، يحلّ لها أن توكل رجلاً
يريد أن يتزوجها ، تقول له : قد وكلتك فاشهد شهوداً على تزويجي؟

(١) التهذيب : ج ٧ (٢٤) باب تفصيل احكام النكاح ص ٢٥٤ الحديث ٢١.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية. ص ٣٧٩ الحديث ١٠.

الثانية : النكاح يقف على الإجازة في الحرّ والعبد. ويكفي في الإجازة سكوت البكر ويعتبر في الثيب النطق.

قال : لا ، قلت له : جعلت فداك وإن كانت أيما؟ قال : وإن كانت أيما ، قلت : فإن وكتلت غيره بتزويجها أيزوجها منه؟ قال : نعم ^(١).

ويؤيدها كون الواحد موجبا قابلا ، وقد تقدّم منعه ، وبمضمونها أفتى بعض الأصحاب ، وقال ابن الجنيّد : بالجواز ، للأصل ^(٢) وهو اختيار الأكثر ، وبه قال المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤) والرواية ضعيفة السند.

قال طاب ثراه : ويكفي في الإجازة سكوت البكر.

أقول : الأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وآله : البكر تستأذن وإذنها صماتها ، والثيب يعرب عنها لسانها ^(٥).

فاذا سكت عند عرضه عليها كان ذلك إذنا ، إن كانت العرض سابقا على العقد ، وإجازة إن كان متأخرا عنه.

ويقرب أن يكون إجماعا إلّا ما ندر كعبارة الشيخ في المبسوط : وأما البكر فإن كان لها وليّ الإيجاب مثل الأب والجد ، فلا يفتقر نكاحها إلى إذنها ، ولا إلى نطقها ، وإن لم يكن لها وليّ الإيجاب كالأخ وابن الأخ والعَمّ فلا بدّ من إذنها ، والأحوط أن يراعى نطقها ، وهو الأقوى عند الجميع ، وقال قوم : يكفي سكوتها ،

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٤٣) باب ان الثيب وليّ نفسها ص ٢٣٣ الحديث ٥.

(٢) المختلف : كتاب النكاح ص ٩٣ قال : مسألة لو وكتلت المرأة رجلا في تزويجها من نفسه ، فالوجه الجواز ، وبه قال ابن الجنيّد إلخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) تقدم عن المختلف أنّها من قوله : (فالوجه الجواز).

(٥) سنن ابن ماجه : ج ١ كتاب النكاح (١١) باب استثمار البكر والثيب ، حديث ١٨٧٢ ولفظه (الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها).

.....

لعموم الخبر ، وهو قويّ ^(١) هذا آخر كلامه.

وقول ابن إدريس : لا بد من النطق ، ولا يكفي السكوت ، لكونه أعم من الرضا ، وحمل ما ورد من الروايات وأقوال الأصحاب باستثانها والاكتفاء بسكوتها على تقدير تقدم توكيلها ، فلا يوقع العقد عليها إلا عند استثمارها ثانيا ، قال : فان قيل : إذا وكلته في العقد فلا حاجة إلى استثمارها؟

قلنا : بل يستحب أن يستأمرها عند العقد بعد ذلك ^(٢).

وليس بشيء ، أمّا أولاً فلأنّه عدول عن الظاهر ، وخلاف لما اشتهر بين الأصحاب ، واجتهاد في مقابلة النص.

روى داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في رجل يريد أن يزوّج أخته قال : يؤامرها ، فإن سكنت فهو إقرارها ^(٣).

وأمّا ثانيا : فلأنّ الاستجابة بعد تقديم التوكيل ، حكم شرعي يفتقر في إثباته إلى دلالة شرعية.

قال ابن عقيل قدّس الله روحه : ولو أنّ رجلا أمر أختا له بكرا في تزويجها برجل سماه لها ، فسكتت كان ذلك إذنا له في التزويج وإقرارا منها ، فإن زوّجها الأخ ثمّ أنكرت لم يكن لها ذلك ولزمها النكاح بالسكوت ^(٤).
ومثله قال ابن حمزة : ^(٥).

(١) المبسوط : ج ٤ ، كتاب النكاح ، ص ١٨٣ س ٢١ قال : وأمّا البكر فإن كان إلخ.

(٢) السرائر : باب من يتولّى العقد على النساء ص ٢٩٧ س ٢٩ قال : وإذا أراد الأخ الى أن قال : فان قيل إلخ.

(٣) الكافي : ج ٥ باب استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ٣.

(٤) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٩ س ٣٦ قال : وقال ابن عقيل : ولو أنّ رجلا إلخ.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان من اليه العقد على النساء ، ص ٣٠٠ س ١٤ قال : وإذا استأمر الأخ أخته

الثالثة : لا ينكح الأمة إلا بإذن المولى ، رجلا كان المولى أو امرأة وفي رواية سيف : يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة ، وهي منافية للأصل.

الرابعة : إذا زوج الأبوان الصغيرين صحّ ، وتوارثا ، ولا خيار لأحدهما عند البلوغ ، ولو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما ، فلو ماتا ، أو مات أحدهما بطل العقد. ولو بلغ أحدهما فأجاز ، ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي ، فإذا بلغ وأجاز ، أحلف أنه لم يجز للرجبة ، وأعطى نصيبه.

وقال ابن الجنيّد : روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال : لا ينكح الأيم حتى يستأمر ، ولا ينكح البكر حتى يستأذن ، فإن سكوتها إذنها ، قال : ويجعل أيضا لكرهاتها علامة من قيام ونحوه ينبي عن مرادها بالفعل منها ^(١).

وقال القاضي في كتابيه : إذا أراد أبوها العقد عليها ، ويستحب له أن لا يعقد عليها حتى يستأذنها ، فإن سكنت أو ضحكت أو بكت كان ذلك رضى منها بالتزويج ^(٢). واستشكل العلامة البكاء ^(٣).

قال طاب ثراه : وفي رواية سيف : يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة ، وهي منافية للأصل.

البكر الرشيدة إلخ.

(١) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٩ س ٣٣ قال : قال ابن الجنيّد روى أبو هريرة إلى قوله : ليتبين مرادها بالفعل منها.

(٢) المهذب : ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٤ س ١٩ قال : وإن كان لها ذلك يستحب له إلى قوله «أو بكت كان ذلك رضى منها بالتزويج».

(٣) المختلف : كتاب النكاح ص ٩٠ س ٦ قال : وكلام ابن البراج : من أنّ البكاء دالة عليه ، مشكل.

أقول : روى بهذه سيف بن عميرة ، عن علي بن المغيرة في الصحيح ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة من غير اذنها ، فقال : لا بأس^(١) ^(٢) ^(٣).

و (سيف) مضطرب في الوسطة وعدمها ، وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية^(٤) ومنع في المسائل الحائرية^(٥) وبه قال المفيد^(٦) وابن إدريس^(٧) والمصنف^(٨) والعلامة^(٩) لقوله تعالى «فَأَنكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ»^(١٠) ولأنه تصرف في مال الغير

(١) يدل على جواز التمتع بأمة المرأة من غير اذنها ، والمشهور عدم الجواز ، لمخالفته لظاهر الآية حيث قال تعالى «فَأَنكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ» والأخبار الكثيرة ، مع أن الأصل في الاخبار الواردة بذلك واحد ، وهو سيف بن عميرة ، ويمكن حمله على التمتع اللغوي ، ويكون المراد عدم الاستبراء (مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٢٥٢).
(٢) قال في الوافي : (كتاب النكاح ص ٥٨) بعد نقل الأخبار الواردة في ذلك ما لفظه (هذه الاخبار الثلاثة مخالفة للقرآن فيشكل العمل بها).

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب تزويج الإماء ص ٤٦٤ الحديث ٤.

(٤) النهاية : باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٠ س ١٧ قال : فإن كانت الأمة لامرأة جاز له التمتع بها من غير اذنها.

(٥) و (٦) و (٧) السرائر : باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٢٣ قال : ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها بغير خلاف إلا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردها شيخنا في نهايته ورجع عنها في جواب المسائل الحائريات على ما قدمناه (أي في باب العقد على الإماء والعبيد ص ٣٠٤ س ٣٥ وقد سئل الشيخ المفيد محمد بن محمد بن النعمان رحمه الله في جملة المسائل التي سأله عنها محمد بن محمد الرملي الحائري ، وهي معروفة مشهورة عند الأصحاب ، سؤال : وعن الرجل يتمتع بجارية غيره بغير علم منه ، هل يجوز له ذلك أم لا؟ فأجاب : لا يجوز له ذلك ، وإن فعله كان آثماً عاصياً ووجب عليه بذلك الحد ، الى أن قال : قال محمد بن إدريس : فانظر أرشدك الله الى فتوى هذا الشيخ المجمع على فضله ورئاسته ومعرفته إلخ.

(٨) لا حظ ما أورده في النافع.

(٩) المختلف : في نكاح المتعة ص ٩ س ٣٧ قال : والوجه ما قاله المفيد رحمه الله.

(١٠) النساء : ٢٥.

الخامسة : إذا زوجها الأخوان برجلين ، فإن تبرّعا اختارت أيهما شاءت ، وإن كانا وكيلين وسبق أحدهما فالعقد له ، ولو دخلت بالآخر لحق به الولد وأعيدت إلى الأوّل بعد قضاء العدة ، ولها المهر للشبهة ، وإن اتفقا بطلا ، وقيل : يصح عقد الأكبر .

بغير اذنه .

قال طاب ثراه : وإن اتفقا بطلا ، وقيل : يصح (العقد خ ل) عقد الأكبر .

أقول : إذا زوجها الأخوان ، فلا يخلو إما أنّ يكونا فضولين أو وكيلين ، فإن كانا فضولين أجازت عقد أيهما شاءت ، تقدّم أو تأخّر ، وإن كانا وكيلين فإن تقدّم عقد أحدهما كان العقد له وبطل المتأخّر ، لمصادفته محلاً مشغولاً ، وتعاد إلى الأوّل لو دخلت بالآخر ، وإن اتفقا في حالة واحدة ، بطلا ، لتدافعهما ، لأنّه لا يجوز أن يكون زوجة لهما ، وتقدّم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجّح ، وهو اختيار الشيخ في الكتابين ^(١) ^(٢) وبه قال ابن إدريس ^(٣) والمصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) .

وقال في النهاية : تقدّم عقد الأكبر ، ولو دخل بها الأصغر كان العقد له ^(٦) وتبعه

(١) التهذيب : (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها وأولياء الصبية ص ٣٨٧ قال : بعد نقل الحديث : فالوجه في هذا الخبر انه جعلت الجارية أمرها إلى أخويها معا ، فيكون الأكبر حينئذ أولى إلخ وفي الاستبصار : ج ٣ (١٤٦) باب من يعقد على المرأة سوى أبيها ص ٢٤٠ قال بعد نقل الحديث : فالوجه في هذا الخبر إلخ .

(٢) التهذيب : (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها وأولياء الصبية ص ٣٨٧ قال : بعد نقل الحديث : فالوجه في هذا الخبر انه جعلت الجارية أمرها إلى أخويها معا ، فيكون الأكبر حينئذ أولى إلخ وفي الاستبصار : ج ٣ (١٤٦) باب من يعقد على المرأة سوى أبيها ص ٢٤٠ قال بعد نقل الحديث : فالوجه في هذا الخبر إلخ .

(٣) السرائر : باب من يتولّى العقد على النساء ص ٢١ قال : فالعقدان باطلان .

(٤) لا حظ ما أورده في النافع .

(٥) المختلف : في العقد وأولياءه ص ٨٩ س ١٣ قال : والتحقيق ان يقول : ان علم وقوع النكاحين دفعة واحدة بطلا معا إلخ .

(٦) النهاية : باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٦ س ٦ قال : وإن كان لها أخوان إلى قوله : كان الذي عقد عليها أخوها الأكبر أولى بها من الآخر ، فإن دخل بها الذي عقد عليها أخوها الصغير إلخ .

.....

القاضي ^(١) وابن حمزة ^(٢).

وهو تعويل على رواية وليد بياح الأسقاط ^(٣) قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجهما الأكبر بالكوفة وزوجهما الأصغر بأرض أخرى ، قال : الأول أحق بها إلا أن يكون الأخير قد دخل بها ، فإن دخل بها فهي امرأته ، ونكاحه جائز ^(٤).

فيتأولها في كتابي الأخبار بأن الجارية إذا جعلت أمرها إلى أخويها معا كان الأكبر أولى بالعقد فإن اتفق العقدان في حالة واحدة كان العقد الذي عقد عليه الأخ الأكبر ما لم يدخل الذي عقد عليه الأخ الأصغر ، فإن دخل بها مضى العقد ولم يكن للأخ الأكبر فسخه ^(٥) ^(٦).

قال العلامة في المختلف : وهذا الوجه من التأويل حسن ، ولا استبعاد في أولوية الأكبر ، لاختصاصه بمزيد الفضيلة وقوة النظر والاجتهاد في الأصلح ، قال : وليس ببعيد عندي من الصواب أن يجعل لها الخيار في إمضاء عقد أيهما كان ، إذ عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته ، لأنها حالة عقد الآخر ، فيبطل هيئة عقد كل منهما ، وهي اللزوم ، ويبقى كل منهما كأنه فضولي في العقد ^(٧).

ونسب المصنف هذا القول ، أى القول بتقديم عقد الأكبر ، إلى التحكم ، أى

(١) المهذب : ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ١٥ قال : وإذا كان لها أخوان إلخ.

(٢) الوسيلة : فصل في بيان من إليه العقد على النساء ص ٣٠٠ س ١٣ قال : وان وكلت أخوين لها إلخ.

(٣) (الاسقاط) الردى من المتاع (تنقيح المقال : ج ٣ ص ٢٨٠ تحت رقم ١٢٦٧٠).

(٤) الكافي : ج ٥ باب المرأة يزوجه وليان غير الأب والجد ص ٣٩٦ الحديث ٢.

(٥) تقدّم نقلهما.

(٦) تقدّم نقلهما.

(٧) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٩ س ٢٧ وقوله : (ليس ببعيد عندي) س ١٦ من الصفحة المذكورة.

السادسة : لا ولاية للأُمّ ، فلو زوّجت الولد فأجاز صحّ ، ولو أنكر بطل ، وقيل : يلزمها المهر ، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه ويستحب للمرأة أن تستأذن أبها بكرة أو ثيبا ، وأن توكل أخاها إذا لم يكن لها أب ولا جدّ ، وأن تعول على الأكبر ، وأن تختار خيرته من الأزواج.

التشهي ، وهو الحكم بغير دليل ^(١).

واعلم أنّ الاستدلال بهذه الرواية ضعيف ، لقصورها عن إفادة المطلوب ، لأنّ قوله «الأول أحقّ بها» جاز أن يريد به صاحب العقد الأول أحقّ بها ، لا الأول في الذكر والسؤال ، وجاز أن يكون عليه السلام علم الأول بالعقد ، وحمل قوله «أحقّ بها» على سبيل الندب ، وحملها على كونهما فضولين أوضح في الحكم ، لأنه لم يتقدّم في الخبر ذكر الولاية ، ولا لهما ولاية بالأصل ، ولهذا قال : «إلا أن يكون قد دخل بها فهي امرأته» لأنّ الدخول حينئذ إجازة ، وأيضا فإنه يبقى هذا الحكم ثابتا على عموميه ، أي سواء حصل تعاقب أو اقتران ، والخبر قابل لهما ، لأنّ قوله «زوّجها الأكبر بالكوفة وزوّجها الأصغر بأرض أخرى» (الواو) قد تدلّ على الترتيب عند بعض ، وعلى الجمع المطلوب عند الآخرين ، فاذا حملت على كونهما فضولين عمل بمقتضاها على كل من القولين ، وقوله على تقدير عدم الدخول «الأول أحقّ بها» أي أولى ، وهو على سبيل الأولوية يدلّ على النديبة والأفضلية ، أي يستحب لها إجازة عقده ، وأيضا قوله «إلا أن يكون الأخير قد دخل بها فيكون امرأته» لا يستقيم ذلك على تقدير الوكالة ، لأنها زوجة لغيره ، فكيف يكون امرأته مع دخوله بها بشبهة.

قال طاب ثراه : لا ولاية للأُمّ ، فلو زوّجت الولد فأجاز صحّ ، ولو أنكر بطل ، وقيل : يلزمه المهر ، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه.

(١) الشرائع : في أولياء العقد ، مسائل ثلاث الأولى ، إذا زوّجها الأخوان الى قوله : قيل يقدر الأكبر وهو تحكّم.

أقول : البحث هنا يقع في مقامين :

(الأول) لا ولاية للأم على الطفل في التصرفات المالية إجماعا كالبيع ، ولا السلطانية كالإيصاء بالنظر في ماله ، والحجر على حقوقه ، والمطالبة بها إجماعا .
وما عدا ذلك قسمان :

(أ) ولاية الإحرام بالطفل ، هل لها ذلك؟ قال المصنف : لا ، لعموم رفع ولاية الأم^(١) وقال الشيخ : نعم لأن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وآله ومعها طفل ، فقالت : أيجب بهذا يا رسول الله؟ صلى الله عليه وآله ، قال : نعم ، ولمن يحج به أجره^(٢) وهو حسن.

(ب) ولاية النكاح ، ولا شك في عدمها مع وجود الأب والجد له ، وأمّا مع عدمهما فأثبتها أبو علي للأم وأبيها^(٣) ونفاها الباقر.

(الثاني) لو زوجت الأم الولد فهو كعقد الفضولي على المشهور ، فإن أجاز في الحال إن كان بالغاً ، أو بعد بلوغه إن كان طفلاً ، صحّ العقد ، وإن ردّ بطل ولا شيء وهو مذهب ابن إدريس^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦) ، ولأصالة براءة

(١) لا حظ عبارة النافع ، وفي الشرائع في شرائط وجوب الحج قال : وقيل : للأم ولاية الإحرام بالطفل.

(٢) المبسوط : ج ١ كتاب الحج ، في ذكر حكم الصبيان في الحج ص ٣٢٩ س ٢ قال : والام لها ولاية عليه بغير تولية ويصح إحرامها عنه لحديث المرأة التي سألت النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك.

(٣) التهذيب : ج ٥ (١) باب وجوب الحج ص ٦ الحديث ١٦ وفيه (قال : نعم ولك أجره).

(٤) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٨ س ٣٦ قال : وقال ابن الجنيد : إلى أن قال : والام وأبوها يقومون مقام الأب وآبائه إلخ.

(٥) السرائر : باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٨ س ٦ قال ومتى عقدت الأم الابن لها إلى قوله هذا النكاح موقوف على الإجازة والفسخ إلخ.

(٦) لا حظ عبارة النافع.

(٧) المختلف : كتاب النكاح ص ٩٠ قال : مسألة قال الشيخ إذا عقدت الأم لابن ثم نقل ما ذكره ابن إدريس وارتنه.

الفصل الثالث في أسباب التحريم ، وهي ستة

الأول ، النسب : ويحرم به سبع ، الأم وإن علت ، والبنت وإن سفلت ، والأخت وبناتها وإن سفلن ، والعمة وإن ارتفعت ، وكذا الخالة ، وبنات الأخ وإن هبطن .
الثاني ، الرضاع : ويحرم منه ما يحرم من النسب ، وشروطه أربعة :

الذمة ، وقال الشيخ : يلزم الامّ المهر ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) .
احتج الشيخ برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : أنّه سأله رجل زوجته أمّه وهو غائب ، قال : النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل ، وإن شاء ترك ، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمّه ^(٣) .

مقدمة

انحصرت أسباب التحريم في ستة بالاستقراء من الكتاب والسنة .
وهي : النسب ، والرضاع ، والمصاهرة ، واستيفاء العدد وهو نوعان :
أحدها بالنسبة إلى عدد الزوجات ، فكمال الأربع مثلا سبب لتحريم الزائد .
والآخر بالنسبة إلى عدد الطلقات ، فاستكمال الثلاث سبب لتحريم الزوجة حتى المحلل ، والتسع للعدة سبب لتحريمها أبدا .

(١) النهاية : باب من يتوالى العقد على النساء ص ٤٦٨ س ٣ قال : ومتى عقدت الامّ لابن لها على امرأة إلى قوله : وإن أبي لزمها هي المهر .

(٢) المهذب : ج ٢ ، في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٦ س ١٦ قال : وإذا عقدت الام لابنها على امرأة كان محيّرا إلخ .

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٧٦ الحديث ٨٦ .

واللّعان والكفر.

ووجه الحصر أن نقول : السبب إما أن يكون ثابتا بأصل الشرع من غير تسبب للمكلف فيه ، أولا ، والأول النسب ، والثاني لا يخلو إمّا أن يكون له رشحة النسب ومشابهة في كثير من أحكامه سوى التحريم ، أولا ، والأول الرضاع ، والثاني لا يخلو إمّا أن يكون مستندا إلى عقد أولا ، والمستند إلى العقد لا يخلو إمّا أن لا يعتبر فيه التعدد أولا ، والأول المصاهرة ، والثاني استيفاء العدد ، والثاني أعني ما لا يكون مستندا إلى عقد ، لا يخلو إمّا أن يكون متوقفا على حكم الحاكم أولا ، والأول اللّعان والثاني الكفر وإن شئت قلت : إمّا أن لا يمكن زواله أولا ، والأول اللّعان ، والثاني الكفر لزوال التحريم بالإسلام ، وإنما قلنا : يمكن؟ لأنه قد لا يمكن تصوّر الحلّ معه البتّة ، كالارتداد الفطري.

أمّا النسب : فهو اتصال شخص بغيره لانتهاء أحدهما في الولادة إلى الآخر ، أو لانتهاء إلى ثالث ، ولم يحتج هنا إلى ضمّ قيد الوجه الشرعي ، ويحتاج إليه في الميراث ، لأنّ التحريم هنا يتبع اللغة ، وهو ثابت في الانتساب مطلقا ، فالبنت المخلوقة من ماء الزنا تحرم على الزاني عندنا ، وكذا الأخت والأم.

والأصل في التحريم قوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ»^(١).

فقد دلّت هذه الآية والتي قبلها على ثلاث عشرة محرمة ، سبع من النسب ،

(١) النساء : ٢٣.

واثنین من الرضاع ، وأربع من المصاهرة ، وواحدة في الآية التي قبلها وهي منكوحة الأب .
وإنما ابتداء بها؟ لأعظمية حرمة الأب عند الله تعالى ، لأنه السبب الأتم في وجود الولد
فمرتبه مرتبة التعظيم والتوفير ، فالتعظيم على من كانت فراسته كبير عند الله سبحانه وتعالى
، وجرأة عظيمة يسخطها الله جلّ جلاله .

واثنا عشرة في هذه الآية ، فسبع منها في النسب :

(أ) الأمّهات وإن علون .

(ب) البنات وإن سفلن .

(ج) الأخوات .

(د) العمّات وإن ارتفعن كعمّة الأب وعمّة الجدّ .

(هـ) الخالات كذلك .

(و) بنات الأخ وإن نزلن .

(ز) بنات الأخت كذلك .

وأما الرضاع فاثنتان :

(أ) الأم من الرضاع وإن علت .

(ب) الأخت وإن نزلت .

وأما أربع المصاهرة :

(أ) أمّ الزوجة وإن علت سواء دخل بالبت أولا ، لعموم قوله تعالى «وَأُمَّهَاتُ

نِسَائِكُمْ» .

(ب) الرّبيبة ، وهي بنت الزوجة وإن نزلت ، وكذا بنت ابنها ، فهذه تحرم تحريم جمع

فإن دخل بها حرمن تحريم عين ، لقوله تعالى «وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ

الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ» والمراد

بالحجور من كانت في حجره ، أي ولدتها بعد تزويج الأب بها ، ولا يشترط كون الربيبة في الحجر في نشر الحرمة إليها ، وخرج التقييد بها مخرج الأغلبية ، كتقييد التيمم ، والرهن ، وشهادة الذمي ، في الوصية ، بالسفر ، لأغلبية الضرورة فيه .

(ج) حلائل الأبناء ، فتحرم زوجة الابن دخل بها أو لم يدخل ، على الأب وإن علا ، ولا تحرم أمهاتها وإن علون ولا بناتها وإن نزلن ، لأنهن ليسوا من حلائل الابن .

(د) زوجة الأب وإن ارتفع دون أمهاتها وبناتها ، فله أن ينكح حماة أبيه وربيبته ، لقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» ^(١) ولسن من منكوحاته وقوله تعالى «حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ» ^(٢) ليخرج زوجة الابن الربيب فإنها لا تحرم ، لأن النبي صلى الله عليه وآله تزوج امرأة قال تعالى في حقه «لَكِنِّي لَا يَكُونُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ» ^(٣) .

يفتقر التحريم بالرضاع إلى شروط ، ومن جملته أنه عبارة عن اغتذاء من له دون الحولين بلبن آدمية حية درّ لبنها عن نكاح صحيح ، أو شبهة ، حاملا أو مرضعا ، المقدر الشرعي ، بإصابة من ثدييها ، باقيا على خلوصه .

فهاهنا قيود :

(أ) من له دون الحولين ، فمن كملها وارتضع بعدها لم تنشر الحرمة ، وينشر لو تمّ النصاب مع تمام الحولين .

(ب) يخرج بلبن الآدمية لبن البهيمة ، فلو تربّى طفلان على لبن شاة لم يحرم أحدهما على الآخر .

(ج) أن تكون حية ، فتخرج الآدمية بالمولود عن التحاق الأحكام ، فيكون في معنى البهيمة .

(١) النساء : ٢٢ .

(٢) النساء : ٢٣ .

(٣) الأحزاب : ٣٧ .

(د) درور اللبن عن نكاح ، فلو كانت خالية عن بعل ودّر لبنها حتى نشأ عليه ، حلّ له العقد عليها.

(هـ) أن يكون النكاح صحيحا ، فلو كان عن زنا لم ينشر.

(و) أن يكون ذات البعل حاملا ، أو مرضعا ، فلو خلت عنهما لم ينشر على ما قاله العلامة في القواعد^(١).

(ز) ارتضاع المقدّر الشرعي ، وهو ثلاثة :

إمّا ما أنبت اللحم وشدّ العظم ، أو إرضاع يوم وليلة ، أو خمس عشرة رضعة.

أمّا الأوّل فالمرجع فيه إلى أهل الخبرة.

وأمّا الثاني فيشترط فيه شرطان :

(أ) حصول مسمّى الارتضاع ، فلو حضنته اليوم أو الليلة من غير رضاع لم يتعلق به حكمه.

(ب) أن لا يمنعه عن الرضاع مانع ، كما لو حيل بينه وبين الثدي في أوقات إرادته ، أو كان المانع له مرضا يمنعه عن الاغتذاء.

ومع حصول الشرطين لا يعتبر العدد ، ولا اشتداد اللحم ، لأنه مقدّر برأسه ، أمّا لو احتل أحد الشرطين ، فإن حصل منه أحد المقدّرين أعني الاشتداد ، أو العدد المعتبر نشر ، وإلا فلا.

وأمّا الثالث فيذكر شرائطه في المتن.

(ج) الامتصاص من الثدي ، فلو حلب من الثدي ووجر في حلقه ، أو سعط به لم ينشر.

(١) القواعد : كتاب النكاح الأول من أركان الرضاع ، المرضعة ، ص ٩ س ٢٤ قال : ولو درّ لبن امرأة عن غير نكاح لم ينشر حرمة ، سواء كانت بكرا أو ذات بعل صغيرة كانت أو كبيرة إلخ.

(د) كون اللبن باقيا على صرافته ، فلو طرح في فم الصبي مانع يمتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن ، لم ينشر الحرمة.
إذا تقرّر هذا فاعلم أنّ نشر الحرمة بالرضاع مستفاد من الكتاب والسنة والإجماع أمّا الكتاب فقد مرّ.

وأما السنّة فمتواتر. روى سعد بن المسيب عن علي بن أبي طالب عليه السّلام قال : قلت : يا رسول الله صلّى الله عليه وآله هل لك في بنت عمّك ، بنت حمزة ، فإنّها أجهل فتاة في قريش؟ فقال : أما علمت أنّ حمزة أخّي من الرّضاعة ، وأنّ الله تعالى حرّم من الرضاعة ما حرّم من النسب ^(١).

وفي صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السّلام قال : لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة ^(٢).
واما الإجماع فمن سائر المسلمين ، وإن اختلفوا في شرائطه.

تذنيب

حرّم صلّى الله عليه وآله من الرضاع ما حرّم من النسب ، وشابه بينهما فقال : الرضاع لحمه كلحمه النسب ^(٣) ولا يجب أن يكون المشابهة من كل وجه ثابتة في كلّ حكم حكم ، لصدقها على البعض ، فإن المشابهة تصدق بأدنى ملابسة ، ويعرف

(١) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٣٢٣ الحديث ١٨٥ وفي المستدرك باب ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع ، الحديث ٤ نقلا عن عوالي اللئالي ، وفي الكافي : ج ٥ باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٥ ما يقرب منه ، وفي باب الرضاع منه ص ٤٣٧ الحديث ٤ و ٥ مثله.

(٢) الكافي : ج ٥ باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٥ قطعة من حديث ١١.

(٣) استدلل بهذه الرواية في الجواهر (ج : ٢٩ ص ٣١٠) من كتاب النكاح ولم أعثر عليه في كتب الحديث والاستدلال من العامة والخاصة.

.....

ذلك من لغة العرب واستعمالها.

والتحقيق أن نقول :

ينقسم أحكام الرضاع بالنسبة الى ما يشارك النسب ويبيّنه إلى ثلاثة أقسام :

(الأول) ما تساوي النسب فيه بالإجماع ، وهو ثلاثة :

(أ) التحريم وهو صريح في الآية والخبر ، فكان إجماعا.

(ب) المحرمية ، فله أن يخلو بأمّه وأخته وبنته من الرضاع ، وأن ينظر منهنّ الى ما ينظر

منه من محارمه من النسب.

(ج) المصاهرة ، فيحرم منكوحة الأب على الابن من النسب ومن الرضاع كذلك ،

ويحرم أمّ الزوجة نسباً وكذا رضاعاً.

(الثاني) ما يبين فيه النسب بالإجماع ، وهو عشرة :

(أ) لا يثبت فيه التوارث.

(ب) لا يثبت به وجوب الإنفاق.

(ج) يقبل شهادة الابن على الأب منه.

(د) يقتل الأب بالابن لو قتله.

(هـ) يستوفي الابن منه حدّ القذف لو قذفه ، وكذا يقطع بسرقة ماله.

(و) لا يثبت به الولاية.

(ز) لا يدخل في إطلاق لفظ الولد والوالد لو حلف ليعطين بابه شيئاً ، أو حلف

غيره ليتصدقن على رجل وابنه.

(ح) لا يثبت به الحضانة.

(ط) لا يعقل عنه في جنابة الخطأ.

(ي) ينفذ قضاء الابن على أبيه منه.

(الثالث) ما وقع فيه الخلاف هل يساوي النسب أو يخالفه؟ وهو ثلاثة :

.....

(أ) العتق بالملك.

(ب) وقوع الظهار ، لو شبّه زوجته بمن يقع الظهار به من النسب ، هل يقع من الرضاع ، خلاف.

(ج) قال في القواعد : ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة ، فيجوز أن يتزوج بأخت زوجته ^(١) والمشهور خلافه.

والتحقيق : أنّ الذي يدور عليه عقد النكاح أن امرأة الرجل إذا كان لها منه لبن وأرضعت مولودا القدر المحرم ، يصير هذا المولود كابنها من النسب ، فكّلما يحرم من النسب على ابنها ، حرم على هذا ، لأنّ الحرمة انتشرت منه إليهما ومنهما إليه ، فالتى انتشرت منه إليهما أنّّه صار كابنهما من النسب ، والحرمة التي انتشرت منهما إليه وقفت عليه وعلى نسله دون من هو في طبقته كإخوته وأخواته ، أو أعلى منه كآبائه وأمهاته ، فللفحل أن يتزوج بأمّ هذا المرتضع وبأخته وجدّته ، ويجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج المرضعة ، لأنه لا نسب بينهما ولإرضاع ولأنّه لما جاز له أن يتزوج بأمّ ولده من النسب ، فبأن يتزوج بأمّ ولده من الرضاع ، أولى.

فإن قلت : في النسب لا يجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج بأمّ أمّ ولده ، ويجوز أن يتزوج بأمّ أمّ ولده من الرضاع ، وقد قلتم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ قلنا : إنما حرمت أمّ أمّ الولد من النسب بسبب المصاهرة قبل وجود النسب ، والرسول صلّى الله عليه وآله إنما قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ولم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة.

(١) القواعد : كتاب النكاح ، المطلب الثالث في الأحكام ص ١٢ س ٢ قال : ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة ، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللبن ، وإن يتزوج بأمّ المرضعة وبأخت زوجته من الرضاع إلخ.

(الأول) أن يكون اللبن عن نكاح ، فلو درّ ، أو كان عن زنى لم ينشر.
(الثاني) الكمية ، وهي ما أنبت اللحم وشدّ العظم ، أو رضاع يوم وليلة ، ولا حكم لما دون العشر ، وفي العشر روايتان ، أشهرهما أنها لا ينشر

اعلم : أنه يحرم من النسب أربع نسوة ، وقد يحرم من في الرضاع وقد لا يحرم من :
(أ) أمّ الأخ والأخت في النسب حرام ، لأنها إمّا أمّ أو زوجة أب ، وأمّا في الرضاع فلا يحرم إن لم يكن كذلك ، كما لو أرضعت أجنبية أخاك أو أختك ، فإنّها لا يحرم عليك.
(ب) أمّ ولد الولد في النسب حرام ، لأنها إمّا بنتك ، أو زوجة ابنك ، وفي الرضاع لا تحرم إذا لم يكن إحداها ، كما لو أرضعت أجنبية ابن ابنك ، فإنّها أمّ ولد ولدك ، وليست حراما عليك.

(ج) جدّة الولد في النسب حرام ، لأنها إمّا أمّك ، أو أم زوجتك ، وفي الرضاع إذا أرضعت أجنبية ولدك فإنّ أمّها جدّته وليست حراما عليك.
(د) أخت الولد في النسب حرام ، لأنها إمّا بنتك أو ريبتك ، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كما لو أرضعت أجنبية ولدك ، فبنتها أخته ، وليست بنت ولا ربيبة فلا يكون حراما عليك.

ولا يحرم أخت الأخ في النسب ولا في الرضاع ، إذا لم يكن أختا ، بأن يكون له أخ من الأب ، وأخت من الأمّ ، وأنه يجوز للأخ من الأب نكاح الأخت من الأمّ ، وفي الرضاع لو أرضعتك امرأة وأرضعت صغيرة أجنبية منك ، يجوز لأخيك نكاحها ، وهي أختك من الرضاع.

وهذه الصور الأربعة مستثناة من قولنا : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
قال طاب ثراه : ولا حكم لما دون العشرة ، وفي العشر روايتان أشهرهما أنها لا ينشر.

ولو رضع خمس عشرة رضعة تنشر ، ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة ، كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي ، وأن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة.

أقول : اختلف الأصحاب في العدد الذي ينشر حرمة الرضاع على أقوال أربعة :

(أ) أنه خمسة عشر رضعة ، وهو اختيار الشيخ في النهاية ^(١) والمبسوط ^(٢) وكتابي الأخبار ^(٣) واختاره ابن إدريس في أحد قوليهِ ^(٤) وبه قال المصنف ^(٥) والعلامة في أكثر كتبه ^(٦).

(١) النهاية : باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ٤٦١ س ٤ قال : والآ كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة متواليات إلى أن قال : أو كان أقل من خمس عشرة رضعة. فإنّ ذلك لا يحرم ولا تأثير له.

(٢) المبسوط : ج ٥ كتاب الرضاع ص ٢٩٢ س ٤ قال : فإذا أرضعت بهذا اللبن خمس عشرة رضعة متوالية ، إلى قوله : انتشرت الحرمة إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح من الرضاع ص ٣١٤ قال بعد نقل حديث ١١ والذي أعتمده إلخ.

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٢٥) باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ١٩٢ الحديث ١.

(٥) فإنه قدس سرّه بعد ما أفتي في أوّل كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ وقال : أو عشر رضعات متواليات على الصحيح من المذهب : . قال في باب الرضاع ص ٢٩٣ س ٢١ ما لفظه : والذي أفتي به وأعمل عليه الخمس عشر رضعة إلخ.

(٦) لا حظ عبارة النافع.

(٧) القواعد : كتاب النكاح ص ١٠ قال : الأوّل الكمية إلى أن قال : أو خمس عشرة رضعة ، وفي التحرير : كتاب النكاح ص ٥ قال : الثاني العدد إلى أن قال : أو خمس عشرة رضعة ، وفي التذكرة : كتاب النكاح ص ٦٢٠ قال : مسألة اختلف علماؤنا في العدد المقتضي للتحريم ، فالمشهور ان المقتضي للتحريم خمس عشرة رضعة تامة إلخ.

(ب) أنه عشر رضعات ذهب اليه المفيد^(١) وتلميذه^(٢) والتقي^(٣) والقاضي^(٤) والحسن^(٥) وابن إدريس في القول الآخر^(٦) ونقله عن السيد^(٧) وهو مذهب ابن حمزة^(٨) والعلامة في المختلف^(٩) وهو المعتمد.

(ج) أنه ما وقع عليه اسم رضعة واحدة ، وهو ما ملأ بطن الصبي ، أو بالوجور وهو قول أبي علي^(١٠).

(د) قال الصدوق في المقنع : أنه لا يحرم من الرضاع إلا خمسة عشر يوما ولياليهن ، قال : وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه ، قال : روي

(١) المقنعة : باب ما يحرم النكاح من الرضاع ص ٧٧ قال : والذي يحرم النكاح من الرضاع عشر رضعات متواليات آه.

(٢) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١٥ قال : والمحرم من الرضاع عشر رضعات متواليات إلخ.

(٣) الكافي : فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٥ س ١٦ قال : ومنها إلى أن قال : أو عشر رضعات متواليات إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ باب ما يحرم من النكاح بالرضاع ص ١٩٠ س ٤ قال : فإن لم يعلم ذلك اعتبر بعشر رضعات متواليات آه.

(٥) المختلف : في الرضاع ص ٧٠ س ٢ قال بعد نقل قول المفيد : وهو قول ابن أبي عقيل من قدمائنا.

(٦) و (٧) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ قال : أو عشر رضعات متواليات على الصحيح من المذهب ، إلى أن قال بعد نقل قول من قال بخمس عشرة رضعات : فالأول مذهب السيد المرتضى وخبرته إلخ.

(٨) الوسيلة : في بيان أحكام الرضاع ص ٣٠١ س ١٢ قال : أو بارتضاع عشر رضعات متواليات ريثا.

(٩) المختلف : في الرضاع ص ٧٠ س ١٥ قال : والوجه التحريم بالعشر لوجوه إلخ.

(١٠) المختلف : في الرضاع ص ٧٠ س ١١ قال : وقال ابن الجنيد إلى أن قال : ألا ان الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط الأمر لنفسه أن كل ما وقع عليه اسم رضعة وهو ما ملأ بطن الصبي إما بالملص أو بالوجور يحرم النكاح إلخ.

(الثالث) أن يكون في الحولين ، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح.

(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد ، فيحرم الصبيان يرتضعان

أنه لا يحرم من الرضاع إلا ما كان حولين ، وروي أنه لا يحرم من الرضاع إلا من ارتضع من ثدي واحد سنة ^(١) ، وبالكامل روايات ، وأكثرها عددا وأصحها طرقا روايات الوجهين الأولين.

واحتج ابن الجنييد بصحيفة على بن مهزيار ^(٢) وهي قابلة للتأويل ، مع احتمال خروجها مخرج التقية.

وبالوجه الرابع رواية عن الصادق عليه السلام قال : لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع حولين كاملين ^(٣).

قال الشيخ في حولين كاملين ^(٤).

وفي رواية العلاء بن رزين : لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنة ^(٥).
قال طاب ثراه : أن يكون في الحولين ، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح.

(١) ليس في المقنع ما زاده بقوله (وبه كان يفتي شيخنا) لا حظ المقنع : باب بدء النكاح ، ص ١١١ ص ١ ولكنه موجود في المختلف : في الرضاع ص ٧٠ س ١٣ الى قوله (من ثدي واحد سنة).

(٢) المختلف : في الرضاع ص ٧١ س ٧ قال : احتج ابن الجنييد : ما رواه علي بن مهزيار في الصحيح ، ولفظ الحديث (عن علي بن مهزيار عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب إليه يسأله عن الذي يحرم من الرضاع ، فكتب عليه السلام قليله وكثيره حرام).

(٣) و (٤) الفقيه : ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٧ الحديث ١٥ وفيه (ألا ما كان حولين كاملين) كما نقله عن الشيخ أيضا.

(٥) الاستبصار : ج ٣ (١٢٥) باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ١٩٨ الحديث ٢٣.

بلبن واحد ، ولو اختلفت المرضعتان ، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل آخر وان اتحدت المرضعة.

ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة ، ولو اضطر إلى الكافرة استرضع الذمية ويمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير ، ويكره تمكينها من حمل الولد الى منزلها.

أقول : أمّا المرتضع فاعتبار الحولين فيه إجماعي إلّا من أبي على فإنه نشر الحرمة بالرضاع المتصل بعد الحولين بما قبلها إذا لم يتخللها فطام ^(١) والمشهور أنّه لو تمّ الحولين ولم يرو من الأخيرة لم ينشر الحرمة ، لما رواه حماد بن عثمان في الموثق قال : سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول : لا رضاع بعد فطام ، قلت : جعلت فداك وما الفطام؟ قال : الحولان اللذان قال الله عزّ وجلّ ^(٢).

وعلى هذا : لو فطم قبل الحولين نشر الحرمة ما وقع الرضاع فيهما ، لتحديده عليه السّلام الفطام بالحولين.

وقال الحسن : لا يحرم بعد الفطام.

لما رواه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السّلام قال : الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم ^(٣).

احتج ابن الجنيد بما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السّلام قال :

(١) المختلف : في الرضاع ص ٧١ س ١٤ قال : وقال ابن الجنيد : إذا كان بعد الحولين ولم يتوسط بين الرضا عين فطام بعد الحولين ، حرم.

(٢) الكافي : ج ٥ باب انه لا رضاع بعد فطام ص ٤٤٣ الحديث ٣ والمراد قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ البقرة : ٢٣٣.

(٣) المختلف : في الرضاع ص ٧١ س ١٩ قال : وقال ابن أبي عقيل : الرضاع الذي يحرم عشر رضعات قبل الفطام فمن شرب بعد الطعام (الفطام) لم يحرم ذلك الشرب ، احتج بما رواه الفضل بن عبد الملك إلخ الكافي : ج ٥ ص ٤٤٣ باب انه لا رضاع بعد فطام الحديث ٢.

ويكره استرضاع المجوسية ، ومن لبنها عن زنا ، وفي رواية : إذا أحلها مولاها طاب لبنها.

الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم ^(١).

وأجيب بشذوذه ، فلا يصلح معارضا للمشهور ، ولجواز حمله على الثقية. وأما ولد المرضعة ، فالمشهور قطع النظر عنه وعدم التعريض لذكره ، وقال التقي : من شرائط الرضاع أن يكون المرتضع ، والمرتضع من لبنه ينقص سهمها عن الحولين ^(٢) وبه قال ابن زهرة ^(٣) وابن حمزة ^(٤) واختار المصنف الأول ^(٥) وكذا العلامة في أكثر كتبه ^(٦) وتوقف في المختلف ^(٧).

قال طاب ثراه : ويكره استرضاع المجوسي ، ومن لبنها عن زنا ، وفي رواية إذا أحلها مولاها طاب لبنها.

أقول : يكره استرضاع الكافرة اختيارا ، ويتأكد الكراهة في المجوس ، وكذا يكره استرضاع من ولادته عن زنا ، أى لبن ولادتها ، أو كونها حاملا من زنا ، لحبثه ،

(١) الفقيه : ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٦ الحديث ٧.

(٢) الكافي : فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٥ س ١٤ قال : ومنها أنّ الراضع والمرتضع من لبنه ينقص سهمها إلخ.

(٣) المختلف : في الرضاع ص ٧١ س ٢٥ قال بعد نقل قول أبي الصلاح : وكذا قال السيد ابن زهرة.

(٤) الوسيلة : في بيان أحكام الرضاع ص ٨ قال : والثاني أن يكون للصبي المرتضع دون سنتين ، وأن تكون المرضعة إلخ.

(٥) لا حظ عبارة المختصر النافع.

(٦) التذكرة : في الرضاع ص ٦١٩ قال : مسألة لا شك أنّ الحولين شرط في المرتضع ، وهل هما شرط في ولد المرضعة؟ إلى أن قال : ومنع بعض علمائنا اشتراط ذلك إلخ وفي التحرير : في الرضاع ص ٩ س ٢٢ قال : وهل يشترط في ولد المرضعة ذلك؟ الأقرب عدمه إلخ. وفي القواعد ، في الرضاع ص ١١ قال : الثاني أن يكون في الحولين إلى أن قال : ويعتبر في المرتضع إجماعا دون ولد المرضعة على الأقوى.

(٧) المختلف : في الرضاع ص ٧١ س ٣٨ قال : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

وهنا مسائل

الأولى : إذا أكملت الشرائط صارت المرضعة أما وصاحب اللبن أبا ، وأختها خالة وبناتها أختا ويحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا على المرتضع ، وأولاد المرضعة ولادة ، لا رضاعا.

الثانية : لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، لأنهم في حكم ولده وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرضعة وأولاده فحلها؟ قال في الخلاف : لا ، والوجه الجواز.

ولو كانت مملوكة وأحلّها سيّدها بعد ما فعلت ذلك طاب لبنها وجاز ارتضاعه من غير كراهية.

ذهب اليه الشيخ في النهاية ^(١) واعتمد فيه على رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن غلام لي وثب على جارية فأحبّلها فولدت فاحتجنا إلى لبنها ، فإني أحللت لهما ما صنعوا أيّطيب لبنها؟ قال : نعم ^(٢) وأطرحها الباقون.

قال طاب ثراه : وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن في أولاد هذا الفحل؟ قال في الخلاف : لا ، والوجه الجواز.

أقول : وجه الجواز أصالة الإباحة ، وعموم قوله تعالى «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» ^(٣) ولأنّ أخ الأخ إذا لم يكن أخا يحلّ من النسب فأولى من الرضاع ، وهو

(١) النهاية : باب الولادة والعقيقة وحكم الرضاع ص ٥٠٤ س ١٣ قال : وإن كانت له أمة إلى أن قال : فليجعلها في حلّ من فعلها ليطيب بذلك لبنها.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات من الرضاع ص ١٠٨ الحديث ١٨.

(٣) النساء : ٣.

الثالثة : لو تزوّج رضیعة فأرضعتها امرأته ، حرمتا إن كان دخل بالمرضعة ، وإلاّ حرمت المرضعة حسب ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول ، ولو أرضعتها الأخرى فقولان : أشبههما أنّها تحرم أيضا ولو تزوّج رضیعتين فأرضعتها امرأته حرمن كلّهنّ إن كان دخل بالمرضعة ، وإلاّ حرمت المرضعة.

مذهب ابن إدريس ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة في أكثر كتبه ^(٣) وتوقف في المختلف ^(٤) وقال الشيخ في الخلاف : بالتحريم ^(٥) ، معوّلا على صحیحة أيوب بن نوح قال : كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السّلام ، امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب : لا يجوز ذلك لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك ^(٦).

وهذا التعليل يعطى صيرورة ولدها إخوة أولاده ، فينشر الحرمة.

قال طاب ثراه : ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة ، حرمتا مع الدخول ، ولو أرضعتها الأخرى ، فقولان : أشبههما أنّها تحرم أيضا.

(١) السرائر : باب الرضاع ومقدار ما يحرم من ذلك ص ٢٩٥ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف : قول شيخنا في ذلك غير واضح ، وأي تحريم حصل من أخت هذا المولود المرتضع بين أولاد الفحل وليس هي اختهم إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد : المطلب الثالث في الأحكام ص ١١ س ١٤ قال : ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة وأولاد فحلها ولادة ورضاعا على رأي ، وفي التحرير : في أحكامه ، ص ١٠ (ج) قال : أمّا أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن الى قوله : الوجه الجواز.

(٤) المختلف : الرضاع ص ٧٣ س ٢ قال بعد نقل الأقوال والأدلة : ونحن في ذلك من المتوقفين.

(٥) الخلاف : كتاب الرضاع مسألة ١ قال : إذا حصل الرضاع المحرم لم يحل للفحل نكاح أخت هذا المولود المرتضع بلبنه إلخ وقال في النهاية ، باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ٤٦٢ س ٧ وكذلك يحرم جميع اخوة المرتضع إلخ.

(٦) الاستبصار : ج ٣ (١٢٦) باب ان اللبن للفحل ص ٢٠١ الحديث ٩.

أقول : تصوير المسألة : أنّ رجلا له زوجة صغيرة ، وزوجتان كبيرتان ، فارتضعت الصغيرة من إحدى الكبيرتين رضاعا محرّما ، فإن لم يكن دخل بالكبيرة حرمت الكبيرة خاصة ، لعدم اشتراط الدخول بالبنت في تحريم الامّ ، وأمّا الصغيرة فلا يحرم مؤبّدا ، لأنّ مجرّد العقد على الامّ لا تحرم البنت ، لكن انفسخ عقدهما للجمع بينها وبين أمّها في نكاح واحد ، وإن أرادها حلّ له تحديد العقد عليها ، وإن كان قد دخل بها حرمتا مؤبّدا.

فإن أرضعتها الزوجة الكبيرة الأخرى ، فهل تحرم هذه المرضعة الثانية ، أم لا تحرم؟ قيل : بالثاني ، لأنّها أرضعتها بعد أن حكم بانفساخ عقدها وصارت بنتا له وأمّ بنت الرجل ليست محرّمة عليه ، وهو اختيار الشيخ ^(١) وأبي علي ^(٢) وقيل : بل يحرم لأنّ الصغيرة وإن كانت الآن بنتا ، تصدق عليها أنّها كانت حليّة ، ولا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه ، فصدق على الكبيرة أنّها أمّ امرأته ، وقال تعالى «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» ^(٣) ولمساواة الرضاع النسب ، وهو يحرم سابقا ولاحقا وهو اختيار ابن إدريس ^(٤) والمصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

احتج الشيخ برواية علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السّلام قال : قيل : إنّ

(١) المبسوط : ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣٠٠ س ٢١ قال : إذا كان له أربع زوجات إحداها صغيرة الى أن قال : وروى أصحابنا في هذه أنّها لا تحرم ، والذي قاله قويّ.

(٢) المختلف : في الرضاع ص ٧٣ قال : مسألة قال ابن الجنيّد : إذا كان له زوجات فأرضعت إحداها زوجته الصبية إلخ.

(٣) النساء : ٢٣.

(٤) السرائر : باب الرضاع ص ٢٩٤ س ٢٦ قال : إذا كان له أربع زوجات الى أن قال : وهذه كانت زوجته.

(٥) لا حظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : في الرضاع ص ٧٣ س ١٣ قال : وقد بيّنا فيما تقدّم تحريم الجميع إلخ.

السبب الثالث ، في المصاهرة : والنظر في الوطء والنظر واللمس.

(أما الأول) فمن وطأ امرأة بالعقد أو الملك حرمت على أم الموطوءة وإن علت ، وبناتها وإن سفلن ، سواء كن قبل الوطء أو بعده ، وحرمت الموطوءة على أبي الواطئ وإن علا وأولاده وإن نزلوا ولو تجرد العقد عن الوطء حرمت أمها عليه عينا على الأصح وبناتها جمعا لا عينا ، فلو فارق الأم حلت البنت ، ولا تحرم مملوكة الابن على الأب بالملك ، وتحرم بالوطء ، وكذا مملوكة الأب ، ولا يجوز لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخرة ما لم يكن عقد أو تحليل ، نعم يجوز أن يقوم الأب مملوكة ابنه الصغير على نفسه ثم يطأها.

رجلا تزوج بجارية صغيرة ، فأرضعتها امرأته ، ثم أرضعتها امرأته الأخرى ، إلى قوله فقال : حرمت عليه الجارية ، وامراته التي أرضعتها أولا ، أما الأخيرة فلم تحرم عليه ^(١).
ويمنع صحة السند.

السبب الثالث : المصاهرة

قال طاب ثراه : ولو تجرد العقد عن الوطء حرمت أمها عليه عينا على الأصح.
أقول : مجرد العقد على الأم تحرم البنت إجماعا ، وأما العكس أعني مجرد العقد على البنت هل تحرم الأم؟ المشهور نعم لقوله تعالى «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» ^(٢) وهو عام «وَرَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» ^(٣) والريبة بنت

(١) الكافي : ج ٥ ، باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٦ قطعة من حديث ١٣ .

(٢) و (٣) النساء : ٢٣ .

الزوجة ، فأجرى الأول على عمومه ، وقيد الثاني بالدخول ، لأنّ الوصف ، أو الشرط ، أو الاستثناء إذا تعقّب الحمل ترجع إلى الأخيرة على ما تقرّر في موضعه .

ولما رواه إسحاق بن عمار عن الباقر عليه السّلام : إنّ عليا عليه السّلام كان يقول : الرائب عليكم حرام مع الأمّهات اللاتي قد دخلتم بهنّ ، هنّ في حجور وغير الحجور سواء والأمّهات مبهمات ، دخل بالبنات أو لم يدخل بهنّ ، فحرموا وأبهموا ما أبهم الله ^(١) .

وهو اختيار الأكثر ، وذهب اليه الشيخان ^(٢) ^(٣) وسالار ^(٤) والتقّى ^(٥) وقال الحسن والصدوق في كتابه : لا يحرم بل له العقد عليها أيضا إذا فارق بنتها كالعكس ^(٦) ^(٧) لأصالة الحلّ ، ولقوله تعالى «وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّنْ

- (١) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء ص ٢٧٣ الحديث ١ .
- (٢) المنفعة : باب من يحرم نكاحهن ، ص ٧٧ س ٦ قال : ومن عقد على امرأة لها بنت فدخل بالمرأة لم تحل له بنتها ، ومن عقد على امرأة لها أم حرم عليه العقد على أمّها أبدا سواء دخل بالبنت أو طلقها قبل الدخول .
- (٣) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٦ قال : ويحرم العقد على أمّ الزوجة سواء دخل بالبنت أو لم يدخل بها ، وإذا عقد على الأمّ ودخل بها حرم عليه العقد على جميع بناتها إلخ .
- (٤) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٧ س ١١ قال : والريبة في المرأة المدخول بها إلخ .
- (٥) الكافي : فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال : أمّا المحرمات بالأسباب أمّ المرأة المعقود عليها وابنة المدخول بها .
- (٦) المختلف : في تحريم المصاهرة ص ٧٤ س ٦ قال : وقال ابن أبي عقيل : الى قوله : فالشرط عند آل الرسول في الأمّهات والربائب جميعا الدخول إلخ .
- (٧) المنفع : باب بد والنكاح ص ١٠٤ س ١ قال : وقد روي : ان الأمّ والبنت في هذه سواء إذا لم يدخل بإحدهما حلّت له الأخرى إلخ والرواية التي أشار إليها ما رواه في الفقيه ج ٣ (١٢٤) باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من إنكاح ، من ٢٦٢ الحديث ٣٢ ولفظ الحديث (عن جميل بن دراج انه سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة ثمّ طلقها قبل ان يدخل بها ، هل تحل له ابنتها؟ قال : الأمّ والابنة في هذا

ومن توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجة جمعا ، لا عينا ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها ، فإن أذنت إحداها صحّ ، ولا كذا لو أدخل العمة أو الخالة على بنت الأخ والأخت ، ولو كان عنده العمة أو الخالة ، فبادر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت كان العقد باطلا ، وقيل تتخيّر العمة أو الخالة بين الفسخ والإمضاء ، أو فسخ عقدها.

نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ^(١) فشرط الدخول في تحريمها ، قضية للعطف.

ولرواية جميل بن دراج وحماد بن عثمان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : الأمّ والبنت سواء إذا لم يدخل بها ، يعني : إذا تزوّج المرأة ، ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها ، فإنّه إن شاء تزوّج أمّها ، وإن شاء ابنتها ^(٢).

ومثلها صحيحة منصور بن حازم ^(٣).

قال طاب ثراه : وقيل : تتخيّر العمة والخالة بين الفسخ والإمضاء ، أو فسخ عقدها.

أقول : النظر هنا يقع في مباحث :

(الأوّل) هل يحرم إدخال بنت الأخ والأخت على العمة والخالة ، أم لا؟ قال القديمان

: لا يحرم ^(٤) ^(٥) لقوله تعالى «وَأَحَلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُم» ^(٦) ، ولما رواه على

سواء إذا لم يدخل بإحداها حلّت له الأخرى).

ولا يخفى ان الصدوق بعد ما قال كما قال المشهور نقل بعنوان (روى) ولا يعلم من ذلك أن هذه فتواه.

(١) النساء : ٢٣ .

(٢) نقلناها آنفا عن الفقيه وفي التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب ما أحلّ الله نكاحه من النساء ص ٢٧٣ الحديث ٤ .

(٣) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحلّ الله نكاحه من النساء وحرم منهنّ في شرع الإسلام : ص ٢٧٤ قطعة من حديث ٥ .

(٤) و (٥) المختلف : النكاح ص ٧٩ س ٣٤ قال : وقال ابن أبي عقيل : لما عدى المحرمات في الآية قال : فهذه جملة النساء اللاتي حرّم الله عزّ وجلّ نكاحهنّ وأحلّ نكاح ما سواهنّ ، الى أن قال وقال ابن الجنيد الى قوله : والحديث الذي روى فإنما هو نهي احتياط لا تحريم إلخ.

(٦) النساء : ٢٤ .

بن جعفر قال : سألت أخي موسى عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عمتها أو خالتها ، قال : لا بأس ، لأن الله عز وجل قال «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ» ^(١) وللأصل الدال على الجواز.

وقال الثلاثة ^(٢) ^(٣) ^(٤) والتقوى ^(٥) وسلار ^(٦) وابن حمزة ^(٧) وابن إدريس ^(٨) بالتحريم ، بل هو إجماعي إلا من الحسن وأبي علي ^(٩) وقد انقرضا ، وسبقهما الإجماع وتعقبهما ، وهو مذهب المصنف ^(١٠) والعلامة ^(١١).

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : لا تزوج ابنة الأخت على

-
- (١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها ، الحديث ١١ نقلا عن المختلف.
- (٢) المقنعة : باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٤ قال : لا يجوز له ان ينكح بنت الأخ على عمتها إلخ.
- (٣) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ، ص ٤٥٩ س ٢ قال : ولا يجوز العقد على امرأة وعند الرجل عمتها أو خالتها إلخ.
- (٤) الانتصار : مسائل النكاح قال : مسألة ومما انفردت به الإمامية بإباحتهم أن يتزوج الرجل المرأة على عمتها وخالتها بعد أن يستأذنها وترضيا به إلخ.
- (٥) الكافي : الضرب الخامس المحرمات في حال دون حال ص ٢٨٦ س ١٨ قال : وبنت الأخ على عمتها وبنت الأخت على خالتها حتى تأذنا.
- (٦) المراسم : شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٣ قال : وان لا تكون المنكوحة بنت أخت امرأته إلخ.
- (٧) الوسيلة : في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ١٥ قال : وبنت أخ الزوجة أو أختها إلخ.
- (٨) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٦ س ١١ قال : ويحرم تحريم جمع اربع ، والمرأة وعمتها الى أن قال : ومن تحريم الجمع بين المرأة وخالتها.
- (٩) تقدم آنفا.
- (١٠) لاحظ عبارة النافع.
- (١١) المختلف : النكاح ص ٨٠ س ٣ قال بعد نقل قول المشهور أولا وقول من خالف المشهور ثانيا : والمعتمد الأول.

.....

خالتها إلا بإذنها وتزوج الخالة على ابنة الأخت بغير إذنها^(١).
 وصححتنا أبي الصباح الكناني وإبي عبيده الحذاء عن الصادق عليه السلام لا تنكح
 المرأة على عمّتها ولا على خالتها^(٢) ^(٣) محمولتان على المقيدة بعدم الرضا ، جمعا بين الأدلة.
 وكذا يحمل رواية علي بن جعفر عن الرضا^(٤).
 وظاهر الصدوق في المقتنع تحريم الجمع مطلقا^(٥).
 فالحاصل أنّ هنا ثلاثة مذاهب :
 (أ) جواز الجمع مطلقا ، وهو مذهب القديمين.
 (ب) تحريمه مطلقا ، وهو مذهب الصدوق.
 (ج) جوازه مع الرضا وعدمه مع عدمه ، وهو مذهب جمهور الأصحاب.
 (الثاني) لو ادخل بنت الأخ أو الأخت من غير إذن العمة أو الخالة ، ما الحكم فيه؟
 قيل فيه قولان :
 (أ) بطلان عقد الداخلة من رأس ، ولا يؤثر في صحة رضا المدخول عليها ، بل

(١) التهذيب : ج ٧ (٢٩) باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها وما يحرم من ذلك وما لا يحرم ص ٣٣٢ الحديث
 ٢.
 (٢) الاستبصار : ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمّتها وخالتها ص ١٧٧ الحديث ٣.
 (٣) الاستبصار : ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمّتها وخالتها ص ١٧٨ الحديث ٦ وتماهه (ولا على
 أختها من الرضاعة).
 (٤) تقدم نقلا عن الوسائل.
 (٥) المقتنع : باب بدو النكاح ص ١١٠ س ٦ قال : ولا تنكح امرأة على عمّتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة
 أخيها إلخ.

يحتاج إلى استثنائه ، للنهي عنه ، فيقع فاسدا ، ولها الخيار في فسخ عقد نفسها واعتزاله من غير طلاق وهو مذهب ابن إدريس^(١).
وفيه نظر ، لأنّ الموجب لتسلّطها على الفسخ إنما هو الجمع ، وعلى القول بالبطلان ، لا جمع فلا يكون لهما الاعتزال ، وقال المصنف : تقع باطلا ، وليس لهما الاعتزال^(٢).
(ب) لا يقع باطلا في أصله ، بل يكون متزلزلا ، وللمدخل عليها فسخه ، وهو قول الباقرين.

(الثالث) هل للعمّة والخالة فسخ نكاح أنفسهما أم لا؟ قال الشيخان^(٣) وسلا^(٤)
^(٥) وأكثر الأصحاب بالأوّل ، وبالثاني قال العلامة^(٦) وحكاها عن المصنف^(٧) لأنّ المنهي عنه إنما هو العقد الثاني ، فيختص الحكم به ، ولأنّ التحريم بسبب حصل بعد الحكم بلزوم عقدهما فيكون الأصل فيه البقاء ، ولأنّهما زوجتان قبل تحدّد الداخلة فكذا بعده عملا بالاستصحاب.

-
- (١) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١ قال : كانت العمّة والخالة مخيرة ثمّ قال : والذي يقتضيه أصول مذهبنا انه يحتاج الى عقد ثان إذا عقد بغير إذنهما إلخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المقنعة : باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٧ قال : وان شاءتا فارقتا الرجل واعتزلتا واعتدّتا منه وتزوّجتا بعد العدة بغيره ولم يحتاجا في ذلك الى طلاق أكثر من اعتزالهما إيّاه.
(٤) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٥ قال : فان اعتزلت واعتدّت ثلاثة أقرء كان ذلك فراقا إلخ.
(٥) المراسم : شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٥ قال : وان شاءت فارقت الزوج بغير طلاق وأعتدت منه.
(٦) و (٧) المختلف : النكاح ص ٨٠ قال : المقام الأوّل ثمّ قال : ويحتمل أن يقال : إنه ليس لهما فسخ نكاحهما بل فسخ نكاح الداخلة وهو اختيار شيخنا أبي جعفر القاسم بن سعيد إلى قوله : لكن كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد إلخ.

قال العلامة في المختلف : وكلام الأصحاب ليس فيه استبعاد ، لأنّ عقد الداخلة صحيح في نفسه ، لصدوره من أهله في محله ، جامعا لشرائطه ، ولا يؤثر تجدد البطلان بفسخ العمة أو الخالة في صحته الأصلية كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير ، وإذا وقع صحيحا تساوت نسبته ونسبة عقد المدخول عليها ، فلما كان لها فسخ عقد الداخلة. كان لها فسخ عقدها^(١).

(الرابع) هل للعمة والخالة فسخ نكاح الداخلة؟ نصّ عليه الشيخان^(٢) ^(٣) وسالار^(٤) وهو مذهب العلامة^(٥) وقال القاضي : وإن لم ترض العمة أو الخالة بذلك ولم يفسخ الزوج العقد ، كان لهما اعتزله^(٦) وهذا يعطي أن العمة أو الخالة ليس لهما فسخ عقد الداخلة ، حيث علّق الفسخ على فعل الزوج.

(الخامس) قول القاضي يعطي جواز الفسخ للزوج من غير طلاق^(٧) وهو مع

(١) المختلف : النكاح ص ٨٠ قال : المقام الأول ثمّ قال : ويحتمل ان يقال : انه ليس لهما فسخ نكاحهما ، بل فسخ نكاح الداخلة وهو اختيار شيخنا أبي جعفر ، القاسم بن سعيد ، الى قوله : لكن كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد إلخ.

(٢) المقنعة : باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٦ قال : كانتا بالخيار إن شاءتا أمضتا النكاح وإن شاءتا فسختاه.

(٣) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٣ قال : كانت العمة والخالة مخيّرة بين إمضاء العقد وبين الاعتزال فان امضت كان ماضيا ولم يكن لها بعد ذلك فسخ.

(٤) المراسم : شرائط الأنكحة ، ص ١٥٠ س ٤ قال : فنكاح المرأة على عماتها أو خالتها مراعى ، فان فسخته بطل إلخ.

(٥) المختلف : النكاح ص ٨٠ قال : المقام الثاني ، هل للعمة والخالة فسخ نكاح الداخلة نص الشيخان ، وهو المعتمد.

(٦) المهذب : ج ٢ ، باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ١٥ قال : وإن لم ترضيا ولم يفسخ الزوج العقد إلخ.

(٧) تقدم آنفا تصريحه بذلك.

وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد ، أشبهه أنه لا يحرم.

ندوره ، ضعيف ، لأنه بالنسبة إلى الزوج لازم ، فلا يكون له فسخه.
(السادس) لو قلنا لهما فسخ نكاحهما لم يجب الارتقاب حتى يخرج عدة الفاسخة ،
لكونها بائمة كغيره من الفسوخ ، ونص عليه ابن إدريس ^(١) فيحل له العقد على أختها ،
وخامسة ، ولا نفقة لها ، وقال ابن حمزة : يجب الارتقاب إلى خروج العدة ، فتحرم وطء
بنت الأخ والأخت ، والعقد على الخامسة ، والأخت ، ويلزمه وجوب الإنفاق ^(٢).
(السابع) المشهور جواز العكس ، أي إدخال العممة والخالة على بنت أخيها وأختها ،
وسوى الصدوق في المقنع بينهما في التحريم ^(٣).
ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : لا تتزوج العممة والخالة على
ابنة الأخ وابنة الأخت بغير إذنهما ^(٤).

واحتج الباقر بالأصل ، وبرواية محمد بن مسلم المتقدمة ^(٥).
قال طاب ثراه : وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة ، تردد ، أشبهه أنه لا يحرم.
أقول : ألحق الشيخ في النهاية الشبهة بالصحيح في المصاهرة ، لتبعيته له في حقوق
النسب ، ووجوب المهر ، فتحصل التحريم لوجود أحكام الصحيح فيه ، ولأنه

(١) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٤ قال : ولا يستحق في هذه العدة عليه نفقة ، وله أن يتزوج بأختها
في الحال.

(٢) الوسيلة : في بيان من يجوز العقد عليه ، ص ٢٩٣ س ١٨ قال : ويفرق بينهما حتى تخرج العممة أو الخالة
من العدة.

(٣) المقنع : باب بدو النكاح ، ص ١١٠ س ٦ قال : ولا تنكح امرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على
ابنة أخيها ولا على ابنة أختها.

(٤) لا حظ عوالي اللغالي : ج ٣ ص ٣٢٨ الحديث ٢٠٤ وما علق عليه.

(٥) تقدّمت نقلا عن التهذيب : ج ٧ ص ٣٣٢ الحديث ٢.

وأما الزنا فلا تحرم الزانية ، ولا الزوجة وإن أصرت على الأشهر.

أحوط ^(١). واختاره العلامة في أكثر كتبه ^(٢) ومنع ابن إدريس لأصالة الإباحة ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة في التحرير ^(٥).

فرع

يشترط في نشر الحرمة بالشبهة ، السبق ، فلو وطئ الأب زوجة الابن لشبهة لم يحرم على الابن زوجته ، لسبق الحل ، وقال في المبسوط : بالتحريم لقوله تعالى «**وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ**» ^(٦) وأجيب : بأن دلالة الآية في هذا الباب ظنية ، فلا ترفع الحل المتيقن.

قال طاب ثراه : وأما الزنا فلا تحرم الزانية ، ولا الزوجة وإن أصرت على الأشبه (الأشهر خ ل).

أقول : هنا مسألتان :

(١) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٢ س ١١ قال : وإذا زنى الرجل بامرأة حرم على أبيه وابنه العقد عليها إلخ. وقال في المختلف فيما يحرم بالمصاهرة ص ٧٧ : مسألة قد بينا فيما سلف ان الزنا ينشر حرمة المصاهرة إلى قوله : ويلزم القائل بذلك في الزنا القول به في عقد الشبهة ووطئ الشبهة إلخ فعلى هذا إذا كان الشيخ قائلًا بحرمة المصاهرة في الزنا فلا بد عليه من القول في عقد الشبهة كما لا يخفى.

(٢) التذكرة : ج ٢ كتاب النكاح ، في المحرمات بالمصاهرة ، ص ٦٣١ س ٣٧ قال : الثاني الوطء بشبهة إلى أن قال : وهذا يتعلق به التحريم إجماعاً ، وفي القواعد ، الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٨ قال : وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف.

(٣) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٦ س ٢٥ قال : وأما المرأة التي وطأها إلى أن قال : والذي يدل على صحة ما اخترناه أن الأصل الإباحة والحذر يحتاج إلى دليل إلخ.

(٤) لا حظ عبارة النافع.

(٥) التحرير : كتاب النكاح ص ١٣ قال : (ح) وطئ الشبهة وعقدها هل بنشر حرمة المصاهرة أم لا؟ قال الشيخ : نعم وفيه اشكال.

(٦) النساء : ٢٢.

الأولى : هل يحلّ نكاح الزانية أم لا؟ للشيخ قولان : التحريم قاله في النهاية ^(١) وبه قال المفيد ^(٢) والقاضي ^(٣) والتقي ^(٤) لوجوه :

(أ) قوله تعالى «وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ» ^(٥) فالضمير إن عاد إلى الزنا كان تأكيدا ، وإن عاد إلى نكاح الزانية كان تأسيسا وهو أرجح.

(ب) إنّ أعظم حكمة الحدّ والزجر عن الزنا انما هو لمكان اختلاف الأنساب ، فلو أبيح نكاح الزانية لزم الاختلاط المحذور.

(ج) رواية أبي بصير قال : سألت عن رجل فجر بامرأة ثمّ أراد بعد أن يتزوّجها ، فقال : إذا تابت حلّ له نكاحها ، قلت : كيف تعرف توبتها؟ قال : يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام ، فان امتنعت واستغفرت ربّها عرفت توبتها ^(٦).

وفي معناها رواية عمّار ^(٧).

-
- (١) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٨ س ١٠ قال : وإذا فجر بامرأة غير ذات بعل فلا يجوز له العقد عليها إلخ.
- (٢) المقنعة : باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ١٧ قال : فان فجر بها وهي غير ذات بعل الى أن قال : والآ فلا.
- (٣) المهذب : ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ٨ قال : وان لم يكن للمرأة زوج وفجر بها رجل حرم العقد عليها إلخ.
- (٤) الكافي : فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٤ قال : الضرب الثاني الزنا ومقدماته من رؤية وضم وتقبييل ومحاذئة الى أن قال : والضرب الثالث ، والمعقود عليها بعد الزنا حتى تستبرئ.
- (٥) النور : ٣.
- (٦) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثمّ يبدو له في نكاحها ص ٣٢٧ الحديث ٦.
- (٧) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثمّ يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٧.

والأولى مقطوعة ، والثانية ضعيفة.

والجواز قاله في الخلاف ^(١) والاستبصار ^(٢) وبه قال ابن إدريس ^(٣) والمصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) لأصالة الإباحة ، ولعموم (فانكحوا) ، ولصحيحة الحلبي قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : أيما رجل فجر بامرأة حراماً ثم بدا له أن يتزوجها حلالاً ، فإن أوله سفاح وآخره نكاح ، ومثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالاً ^(٦).

ومثلها رواية أبي بصير عنه عليه السلام ^(٧).

الثانية : لو أصرت امرأته على الزنا قيل فيه ثلاثة أقوال :

(أ) التحريم قال المفيد ^(٨) وتلميذه ^(٩).

(ب) عدمه وهو اختيار الأكثر.

(١) كتاب الخلاف : كتاب النكاح ، مسألة ٦٧١ قال : إذا زنى بامرأة جاز له نكاحها فيما بعد إلخ.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٠٩) باب كراهية العقد على الفاجرة ، ص ١٦٨ أحاديث ٣٠٢٠١.

(٣) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٢٣ قال : والزانية حتى تتوب على الزاني بها إلى أن قال : ذلك على الاستحباب دون الوجوب : وهو الذي يقوى في نفسي وأفتي به لأن الأصل الإباحة إلخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : في النكاح ص ٧٩ قال : مسألة يكره العقد على الفاجرة وإن كان الزاني هو العاقد إلى قوله : لنا أصالة الإباحة.

(٦) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٧ الحديث ٣.

(٧) الكافي : ج ٥ باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها ص ٣٥٦ الحديث ٣.

(٨) المقنعة : باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ، ص ٧٧ س ٢٢ قال : ولا يجوز له إمساكها وهي مصرة على الفجور إلخ.

(٩) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١٢ قال : وإن زنت امرأته لم تحرم عليه إلا أن تصر.

وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل : نعم إن كان سابقا ، ولا تنشر إن كان لا حقا ،
والوجه : أنه لا تنشر.

(ج) انفساخ النكاح ، حكاه ابن حمزة عن بعض الأصحاب ^(١).
احتج سلار بأن أعظم فوائد النكاح التناسل ، ولا يؤمن امتزاج الأنساب مع الزنا ،
وهو محذور ^(٢).

احتج المسوِّغون بقوله عليه السَّلام : لا يحرم الحرام الحلال ^(٣).
وبرواية عباد بن صهيب عن الصادق عليه السَّلام قال : لا بأس بأن يمسك الرجل
امرأته إذا رآها تزني ولم يقم عليها الحدّ فليس عليه من إثمها شيء ^(٤).
وروى عن النبي صَلَّى الله عليه وآله أنه سأله رجل فقال : يا رسول الله صَلَّى الله عليه
وآله ما ترى في امرأة عندي ما ترد يد لامس؟ قال : طَلَّقْهَا ، قال : إني أَحَبُّهَا ، قال :
فأمسكها إن شئت ^(٥).

قال طاب ثراه : وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل : نعم إن كان سابقا ، ولا تنشر إن
كان لا حقا ، والوجه أنه لا تنشر.

أقول : الزنا بالمرأة هل تنشر حرمة التزويج بأمِّها ، أو بنتها ، وتنشر حرمة التزويج

(١) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ١٢ قال : وإذا أصرت المرأة عند زوجها على الزنا
انفسخ نكاحها على قول بعض الأصحاب.

(٢) لم أعثر على هذا الاحتجاج في المراسم ولكن نقله في المختلف : كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢٠ قال : احتج
سلار إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٩ ولفظه
(إنَّ الحرام لا يحرم الحلال ، وفي سنن ابن ماجه ج ١ كتاب النكاح (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال ، الحديث
٢٠١٥.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣١ الحديث ٢٠.

(٥) سنن النسائي : ج ٦ كتاب النكاح (تزويج الزانية).

بها على أب الزاني وابنه كالنكاح الصحيح؟ اختلف فيه الأصحاب ، فأثبتته الشيخ ^(١) والتقي ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وابن زهرة ^(٥) واختار العلامة في المختلف ^(٦) ومنعه المفيد ^(٧) وتلميذه ^(٨) والسيد ^(٩) وابن إدريس ^(١٠) والصدوق في المقنع ^(١١) واختاره المصنف ^(١٢).

- (١) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح ، ص ٤٥٢ س ١١ قال : وإذا زنى الرجل بامرأة حرم على أبيه وابنه العقد عليها إلخ.
- (٢) الكافي : النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال : وأما المحرمات بالأسباب الى أن قال : وأثم المزني بها قبل العقد.
- (٣) المهذب : ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ١١ قال : وإذا فجر رجل بامرأة حرم عليه العقد على أمها.
- (٤) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٩ قال : وكل وطء لشبهة أو حرام ينشر تحريم المصاهرة.
- (٥) لم أظهر عليه في الغنية ، وفي المختلف : فيما يحرم بالمصاهرة ص ٥٧ س ١٧ قال في عداد من قال بالحرمة : وابن زهرة.
- (٦) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٥ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ أولاً ومنع المفيد ثانياً : والمعتمد الأول.
- (٧) المقنعة : باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ٢٠ قال : ولا بأس للرجل أن يتزوج بامرأة قد سافح أمها أو ابنتها ولا يحرم ذلك عليه نكاح الام والبنت سواء كانت المسافحة قبل العقد أو بعده.
- (٨) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١١ قال : فان زنى بأجنبية لم تحرم عليه أمها ولا بنتها.
- (٩) الناصريات ، المسألة التاسعة والأربعون والمائة ، قال : الزنا لا يوجب تحريم المصاهرة ، الذي يذهب إليه أصحابنا انه من زنى بامرأة جاز له ان يتزوج بأمها وابنتها سواء كان الزنا قبل العقد أو بعده.
- (١٠) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٩ س قال : وأما الوطء الحرام فعلى الصحيح من المذهب لا ينشر تحريم المصاهرة إلخ.
- (١١) المقنع : باب بدء النكاح ص ١٠٨ س ١٥ قال : فان زنى بأمها فلا بأس أن يتزوجها بعد أمها وابنتها وأختها إلخ.
- (١٢) لا حظ عبارة النافع.

.....

احتج الأولون بوجوه :

(أ) عموم قوله تعالى «وَأَمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» ^(١) والإضافة تصدق بأدنى ملابس ، كما تقول لأحد حاملي الخشبة : خذ طرفك ، وكقول الشاعر :

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل ، أذاعت غزلها في القرائب ^(٢)
فنسب الكوكب إليها لشدة اهتمامها عند ظهوره.

(ب) صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن رجل يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها؟ قال : لا ، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمتها أو أختها لم يحرم عليه الذي عنده ^(٣).

ومثلها صحيحة عيص بن القاسم ^(٤) ومنصور بن حازم ^(٥) وفي معنى ذلك من الصحاح روايات أخر.

(١) النساء : ٢٣.

(٢) لم يسم قائله ، كلمة إذا للشرط ، والخرقاء بالخاء المعجمة والراء المهملة والقاف كحمراء ، اسم امرأة في عقلها نقصان ، وهي مؤنث أخرج بمعنى الأحمق ، وإنما سميت بها؟ لأنها كانت لا تنهي أسباب الشتاء في الصيف ، فلما طلع سهيل وأصاب البرد فرقت قطنها بين نساء أقاربها وجاراتها ليساعدها في الغزل ، لتنهي لباس شتائها ، قوله : (لاح) بالخاء المهملة بمعنى طلع ، و (سحرة) كغرفة وقت السحر ، و (سهيل) كنزير كوكب معروف ، وهو عطف بيان أو بدل من كوكب الخرقاء ، و (أذاعت) بالذال المعجمة والعين المهملة ماض من الإذاعة بمعنى الانتشار ، و (الغزل) بالعين والراء المعجمتين كفلس ، القطن والصوف ، و (الأقارب) جمع أقرب وهو أفعال من القرب ضد البعد ، وروى مكانه (القرائب) وهو جمع قريبته ، وهي التي بينك وبينها قرابة أى رحم (جامع الشواهد باب الألف بعده الذال).

(٣) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٩ الحديث ١٠ .
(٤) و (٥) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٤ . ١٥ .

(ج) أنه أحوط ، وقال عليه السلام : دع ما يريبك الى ما لا يريبك ^(١) ويجب الاحتراز عن الضرر المظنون.

(د) أنّ ما تعلق بالتحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور ، كما في وطء المحرم والحائض ومن لم تبلغ احتج الآخرون بوجوه :

(أ) قوله تعالى «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» ^(٢) «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» ^(٣).

(ب) رواية هشام بن المثنى قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل ، فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراما أيتزوجها؟ قال : نعم وأمّها وابنتها ^(٤). وفي معناها رواية حنان بن سدير ^(٥).

(ج) الأصل الإباحة.

(د) أنه وطء لا حرمة له ولا يوجب تحريما ، لإلغائه في نظر الشرع ، ولهذا لم يترتب عليه النسب والعدة وأجيب عن الآية الأولى بتأويلها (ما طاب لكم) أي ما حلّ وأبيح ، وليست هذه مباحة لأنه عين المتنازع.

وعن الثانية : بأن المتنازع دخل فيما نص على تحريمه في السابقة عليها ، لما بينا من

(١) الوسائل : ج ١٨ كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب صفات القاضي ، الحديث ٣٨ نقلا عن الفضل بن الحسن الطبرسي في تفسيره الصغير ، وحديث ٥٦ نقلا عن الشهيد في الذكرى ، وفي مسند احمد بن حنبل : ج ٣ ص ١٥٣.

(٢) النساء : ٣.

(٣) النساء : ٢٤.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٦ الحديث ١.

(٥) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٩.

ولو زنى بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتهما.
وأما اللّمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمة على أب اللامس والناظر وولده ومنهم من خص التحريم بمنظورة الأب ، والوجه الكراهية في ذلك كله ، ولا يتعدّى التحريم إلى أمّ الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما.

دخولها في قوله «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ».

وعن الأحاديث بحملها على ما يكون دون الوطاء والإفضاء ، أمّا معه فلا ، لتفصيل رواية منصور بن حازم (الصحيحة) ، عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجورا ، هل يتزوج ابنتها؟ قال : إن كان قبله أو شبهها فليتزوّج ابنتها ، وإن كان جماعا فلا يتزوّج ابنتها وليتزوّجها هي ^(١).

وعن الأصل بوجوب مخالفته للدليل وقد بيّناه.

تنبيه

المراد بالزنا الناصر للحرمة عند القائل به السابق على الحلّ ، ولو سبق عقد الأب أو الابن على امرأة ثمّ زنى بها الآخر لم تحرم على العاقد ، سواء دخل العاقد أو لم يدخل ، خلافا لأبي علي حيث شرط الوطاء ^(٢) فلو عقد ولم يدخل ثمّ زنى بها الآخر حرمت على العاقد عنده ، وكذا لو عقد على امرأة ثمّ زنى بأُمّها لم تحرم الاولى عندنا ، لسبق الحلّ ، ولصحيحة محمّد بن مسلم السابقة عليه.

قال طاب ثراه : وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمة.

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٠٧) باب الرجل يزني بالمرأة لأبيه أو لابنه أن يتزوّجها ص ١٦٧ الحديث ٩.

(٢) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٦ س ٨ قال : وشرط ابن الجنيد في الإباحة الوطي ، ولو عقد ولم يدخل وزنى الآخر حرمت على العاقد ابدا ، ولو دخل لم يحرم.

الاولى : نظر الإنسان إلى المرأة أو لمسه إن كان لما يجوز لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكف من غير شهوة لم يتعلّق به حكم بالإجماع.

الثانية : لو كان النظر أو القبلة بشهوة هل تحرم على أب الناظر وابنه؟ قال الشيخ : نعم ^(١) وبه قال القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) واختاره العلامة في المختلف ^(٤) والتذكرة ^(٥) وقال ابن إدريس : لا تحرم ^(٦) واختاره المصنف ^(٧) والعلامة في القواعد ^(٨) والإرشاد ^(٩) احتج الأولون بوجوه :

- (١) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٤ قال : ويحرم وطء جارية الى ان قال : أو نظرا منها الى ما يحرم على غير مالکها النظر إليها ، أو قبلاها بشهوة إلخ وقال في باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٦ س ١٤ : ولا يجوز للرجل أن يطأ جارية قد وطأها أبوه أو قبلها بشهوة إلخ.
- (٢) المهذب : ج ٢ باب السراري وملك الايمان ص ٢٤٦ س ١٢ قال : وإذا كان لرجل جارية فوطئها أو قبلها بشهوة إلخ.
- (٣) الوسيلة : فصل في بيان أحكام السراري وملك الايمان ص ٣٠٧ س ١٠ قال : فلما منع من الوطي الى أن قال : ونظره منها الى ما لا يحل لغير المالك النظر اليه وتقيله إياها بشهوة إلخ.
- (٤) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٦ قال : مسألة قال الشيخ في النهاية : لو نظر الأب أو الابن الى أن قال : والأقرب قول الشيخ.
- (٥) التذكرة : كتاب النكاح ص ٦٣٣ قال : مسألة ، قال الشيخ يحرم ، وبعد نقل قول الشيخ نقل قول ابن إدريس ثم ردّه.
- (٦) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال : فأمّا إذا قبّلاها أو نظر إليها فلا إجماع على حظر ذلك ، بل الأصل الإباحة الى أن قال : وبه أفتي.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) القواعد : الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٩ قال : اما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقبلة فلا.
- (٩) الإرشاد : المطلب الثاني في أسباب التحريم الأول المصاهرة ، قال : والنظر الى ما يحرم على غير المالك النظر اليه لا ينشر الحرمة وان كان الناظر أبا أو ابنا على رأي (مخطوط).

(أ) عموم قوله تعالى «وَحَلَائِلُ أَبْنَانِكُمُ» ^(١) ومقتضاه التحريم بمجرد حلّ النكاح ، خرج منه ما إذا تجرّد عن أحد الأربعة أعني الجماع والقبلة والنظر واللمس بالإجماع ، فبقي الباقي على عمومته.

(ب) قوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» ^(٢) وشراء الأمة مع النظر واللمس بشهوة أدخل في الاستمتاع وأقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد عن الوطء.

(ج) صحيحة محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام وقد سأله عن الرجل يكون له الجارية يقبلها هل تحلّ لولده؟ قال : بشهوة؟ قلت : نعم ، قال : فما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة ، ثمّ قال ابتداء منه إن جرّدها فنظر إليها بشهوة حرمت على ابنه وأبيه ، قلت : إذا نظر إلى جسدها ، فقال : إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه ^(٣). وفي معناها صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ^(٤).

احتج الآخرون بوجوه :

(أ) عموم قوله تعالى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ ^(٥).

(ب) أصالة الإباحة.

(ج) قوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾ ^(٦).

(د) قوله تعالى ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ ^(٧).

(هـ) موثقة علي بن يقطين عن العبد الصالح في الرجل يقبل الجارية ويباشرها

(١) النساء : ٢٢ - ٢٣.

(٢) النساء : ٢٢ - ٢٣.

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب ما يحرم على الرجل ممّا نكح ابنه وأبوه وما يحلّ له ، ص ٤١٨ الحديث ٢.

(٤) الكافي : ج ٥ ، باب ما يحرم على الرجل ممّا نكح ابنه وأبوه وما يحلّ له ص ٤١٩ الحديث ٥.

(٥) و (٦) النساء : ٣.

(٧) النساء : ٢٤.

.....

من غير جماع داخل أو خارج ، أيحل لأبيه وابنه؟ قال : لا بأس^(١).
وأجاب المانعون عن الأصل بأنه مخالف للدليل ، وعن الآية الأولى بأنها مخصوصة ،
وعن الثانية ، المراد بها ما حلّ ، فالاستدلال بها مصادرة ، وعن الثالثة بأنها داخلية فيما تقدم
تحريمه ، وعن الحديث بحمله على عدم الشهوة ، لعدم منافاة المطلق إذا حمل على المقيّد ،
وبأنّ الصحيح مقدّم على المؤثّق مع التعارض.

الثالثة : على القول بنشر الحرمة بالنظر وأخويه ، هل التحريم مقصور على الابن ، أو
يتعدّى الى الأب؟ الشيخ ومتابعوه على الثاني^(٢) والمفيد على الأوّل^(٣) وهو ظاهر التقى^(٤).
الرابعة : على القول بتعدّي نشر الحرمة في جانب الناظر ، هل هو كذلك في جانب
المنظورة؟ بمعنى أنّه يحرم أمّ المنظورة وبناتها على الناظر كما تحرم على الواطئ والعائد ، قال ابن
الجنيد : نعم^(٥) وبه قال الشيخ في الخلاف^(٦) فجزم بتحريم أمّ

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٣٢) باب ما يحرم جارية الأب على الابن أو جارية الابن على الأب ص ٢١٢
الحديث ٤.

(٢) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح وما حرّم منه ص ٤٥١ س ١٤ قال : ويحرم وطء جارية قد
ملكها الأب أو الابن إذا جامعها ، أو نظرا منها الى ما يحرم على غير مالكتها إلخ وقال في باب السراري وملك
الايمن ص ٤٩٦ س ١٦ قال : وحكم الابن حكم الأب سواء إلى أن قال : حرمت على الأب.

(٣) المقنعة : باب السراري وملك الايمان ص ٨٤ س ٣٢ قال : وإذا نظر الأب إلى جارية قد ملكها نظرا بشهوة
حرمت على ابنه ، ولا تحرم على الأب بنظر الابن.

(٤) الكافي : النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال : وأما المحرمات ، بالأسباب الى أن قال : وزوجة الأب وأمتة المنظور
إليها بشهوة إلخ فجعل التحريم مقصورا على الابن فقط دون العكس.

(٥) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٩ قال : بقي هنا بحث آخر ، وهو أنّ النظر والتقبيل واللمس بشهوة
هل لا ينشر الحرمة في غير الأب والابن أم لا؟ قال ابن الجنيد : وإذا أتى الرجل من زوجته أو أمتة محرّما على غيره
إلخ.

(٦) الخلاف : كتاب النكاح مسألة ٨١ قال : اللمس بشهوة لا ينشر التحريم وتحرم الام وان علت

المنظورة وان علت وبنتها وإن نزلت ، وذهب ابن إدريس إلى عدم التحريم ^(١) وكذا المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

لوجوه :

(أ) أصالة الإباحة.

(ب) قوله تعالى «فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ» والنظر وأخواه لا يسمّى واحدا منهما دخولا.

(ج) إن أحدا لم يفرّق بين البنت وأمّ الأمة ، والبنت من النسب مباحة فكذا من الملك ، روى عيص بن القاسم في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبّل غير انه لم يفض إليها ، ثم تزوّج ابنتها؟ قال : إن لم يكن أفضى إليها فلا بأس ، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوّج ^(٤) وإذا ثبت إباحة البنت حلّت الام لعدم الفارق.

الخامسة : على القول بالتعدّي إلى الأمّ والبنت في الأمة ، هل تتعدّى في المعقود عليها؟ قال ابن الجنيد : نعم ^(٥) وتبعه الشيخ في الخلاف ^(٦) قال أبو علي : إذا أتى الرجل من زوجته أو أمتة محرما على غيره كالقبلة والملازمة أو النظر إلى عورة فقد

والبنت وان نزلت.

(١) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال : فاما إذا قبّلاها أو نظرا إليها فلا إجماع على خطر ذلك ، بل الأصل الإباحة الى أن قال : وهذا مذهب شيخنا المفيد وبه أفني.

(٢) لا حظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٧ س ٣٥ قال بعد نقل قول الشيخ وابن الجنيد : والوجه الإباحة.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحلّ الله نكاحه النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٢ وفي ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٤.

(٥) تقدّم نقله عن المختلف.

(٦) الخلاف : كتاب النكاح ، مسألة ٨٢ قال : إذا نظر الى فرجها تعلّق به تحریم المصاهرة إلخ.

حرمت عليه ابنتها بنسب كانت أم رضاع^(١) وقال الشيخ في الخلاف : إذا نظر الى فرجها تعلق عليه تحريم المصاهرة^(٢).

والأقرب عدم التحريم ، لأصالة الحل ، وهو مذهب ابن إدريس^(٣) والمصنف^(٤) والعلامة^(٥) لقوله تعالى « **فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ** »^(٦) علق التحريم بالدخول ، ولا يسمى النظر وأخواه دخولا.

احتج المانعون بالاحتياط ، وبما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها^(٧).

وقال عليه السلام : من كشف قناع امرأة حرم عليه أمها وبنتها^(٨) هذا استدلال الشيخ في الخلاف^(٩).

ويؤيده صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة فنظر إلى شعر رأسها وإلى بعض جسدها أيتزوج ابنتها؟ قال : لا ، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها^(١٠) وحملها الشيخ في الاستبصار على الكراهية دون التحريم لأنه تعالى علق التحريم على الدخول كما

(١) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٧ س ٣٠ قال : قال ابن الجنيد : وإذا أتى الرجل إلخ.

(٢) تقدّم آنفا.

(٣) تقدّم آنفا ما عن ابن إدريس.

(٤) و (٥) تقدّم أيضا.

(٦) النساء : ٢٣.

(٧) و (٨) و (٩) الخلاف : كتاب النكاح مسألة ٨٢ قال : دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم ، وطريقة الاحتياط ، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : لا ينظر الله إلخ ثم قال : وقال عليه السلام : من كشف قناع امرأة إلخ.

(١٠) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحلّ الله نكاحه من النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٣.

تضمنه خبر عيص^(١).

تذنيب

قد ظهر فيما قلنا فيما سلف ان الزنا ينشر حرمة المصاهرة ، ويلزم القائل بذلك القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة ، وقال ابن إدريس : لا يثبت بعقد الشبهة ووطؤها تحريم المصاهرة^(٢) وقال المصنف في الشرائع : وفي وطء الشبهة تردّد أظهره انه لا ينشر^(٣) وقال العلامة في المختلف : والوجه الأوّل^(٤) ، وقد بيّنا حكم النظر وأخويه إذا كان مباحا لكونه في ملك أو عقد.

ولو كان في شبهة ، قال في الخلاف : ينشر الحرمة إلى الأمّ وإن علت والبنت وإن نزلت ولو كان ذلك إلى الأجنبية^(٥) قال فخر المحققين : كل من قال لا يحرم الوطء بالزنا ، قال : لا يحرم هنا ، واختلف القائلون بالتحريم بالوطء بالزنا في تحريمه هنا على قولين :^(٦).

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٠٦) باب حدّ الدخول الذي يجرم معه نكاح الربيبة ص ١٦٣ قال بعد نقل حديث محمد بن مسلم : فالوجه في هذه الروايات ضرب من الكراهية الى أن قال : فعلق التحريم بالدخول حسب ما تضمنه الخبر الأوّل ، أي خبر عيص.

(٢) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٠ قال : فاما عقد الشبهة ووطء الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة

(٣) الشرائع : السبب الثالث المصاهرة ، قال : واما الوطء بالشبهة الى أن قال : وفيه تردّد والأظهر أنّه لا ينشر.

(٤) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٨ قال : والوجه الأوّل وقد تقدّم.

(٥) الخلاف : كتاب النكاح مسألة ٨١ وفيه (إذا كان مباحا أو بشبهة) وليس فيه جملة (ولو كان إلخ) ولعل الطاهر أن نقله بالمعنى.

(٦) الإيضاح : في أحكام المصاهرة ج ٣ ص ٦٦ قال : المسألة الرابعة ، النظر المحرم إلى الأجنبية هل يحرم الامّ والبنت؟ كل من قال إلخ ثمّ قال : والأقوى عندي عدم التحريم.

ويلحق بهذا الباب مسائل :

الاولى : لو ملك أختين فوطئ واحدة حرمت الأخرى ، ولو وطأ الثانية أثم ولم تحرم الاولى ، واضطربت الرواية ، ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن الملك ، لا للعود ، وفي اخرى : إن كان جاهلا لم تحرم ، وإن كان عالما حرمتا عليه.

قال طاب ثراه : لو ملك أختين فوطئ واحدة حرمت الأخرى ، ولو وطأ الثانية أثم ولم تحرم الاولى واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن الملك لا للعود ، وفي اخرى : ان كان جاهلا لم تحرم وإن كان عالما حرمتا عليه.

أقول : إذا ملك أختين جاز له نكاح أيهما شاء ، فإذا وطأ إحداها حرم عليه وطء الأخرى حتى يخرج الموطوءة عن ملكه بأي نوع كان من أنواع الملك ، ولا يكفي الإجارة ، ولا الرهن لبقاء الملك ، وكذا لا يكفي الهبة من دون قبض ويكفي معه وإن جاز الرجوع ، فإن وطء الثانية قبل الإخراج لم تحرم الأولى ، لسبق الحل إليها ، كما لو أدخل أخت الزوجة عليها ، فإن التحريم تتعلّق بالثانية ، ويؤيّد قوله عليه السلام : لا يحرم الحرام الحلال (١) هذا اختيار ابن إدريس (٢) وبه قال المصنف (٣) والعلامة في القواعد (٤) ولو أخرج الأولى حلّت الثانية.

(١) التهذيب : ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ قطعة من حديث ٩ وسنن ابن ماجه : ج ١ كتاب النكاح (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال ، الحديث ٢٠١٥ .
(٢) السرائر : باب السراري وملك الايمان ، ص ٣١٥ س ٢٠ قال : فأما الأختان فمتى وطئ أحدهما إلخ.
(٣) لا حظ عبارة النافع.

(٤) القواعد : كتاب النكاح ، المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد ، السادسة ص ١٧ س ٩ قال : ولو وطء امة بالملك حرمت عليه أختها به حتى تخرج الاولى عن ملكه ببيع أو هبة أو غيرها الى ان قال : والأقرب انه متى أخرج إحداها إلخ.

وقال الشيخ في النهاية : إذا وطأ الثانية وكان عالماً بتحريمها حرمت عليه الأولى حتى تخرج أو تموت الثانية ، فإن أخرج الثانية عن ملكه ليرجع إلى الأولى لم يجز له الرجوع إليها ، ولو لم يعلم تحريم ذلك عليه جاز له الرجوع إلى الأولى على كل حال إذا أخرج الثانية عن ملكه ببيع أو هبة ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) واختاره العلامة في المختلف ^(٤).

قوله : واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية ، وفي بعضها ان كان جاهلاً باللام في الرواية للجنس ، لا للعهد ، فليس هناك رواية واحدة فيها اضطراب ، لكونها بطريقتين مثلاً ، بل النص الوارد بالتحريم مضطرب ، فبعض النصوص ورد مطلقاً ، وهو روايات :

منها : موثقة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سئل عن رجل عنده اختان مملوكتان ، فوطئ إحداهما ، ثم وطأ الأخرى؟ قال : إذا وطأ الأخرى فقد حرمت الأولى حتى تموت الأخرى ، قلت : رأييت إن باعها أتخلل له الأولى؟ قال : إن كان يبيعها لحاجته ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء ، فلا أرى بذلك بأساً ، وإن كان يبيعها ليرجع إلى الأولى ، فلا ولا كرامة ^(٥).

(١) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ، ص ٤٥٥ س ٨ قال : فمضى ملك الأختين إلخ.
(٢) المهذب : ج ٢ ، باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ومن يحل منهن ، ص ١٨٥ س ٦ قال : ويحرم عليه الجمع بين الأختين المملوكتين في الوطء إلخ.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ١٩ قال : فإن ملك أختين ووطئ إحداهما إلخ.
(٤) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٨ قال : مسألة لو ملك الأختين إلى أن قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وما قاله ابن إدريس ثانياً : والمعتمد الأول.

(٥) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٣.

ونحوه روى أبو الصباح الكناني^(١).

ومثلها رواية على بن حمزة^(٢).

وبعض النصوص ورد بالتحريم مقيدا بالعلم ، وهو روايات :

فمنها : ما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يشتري الأختين ، فيطأ إحداهما ثم يطأ الأخرى بجهالة؟ قال : إذا وطأ الأخيرة بجهالة لم يحرم عليه الأولى ، وإن وطأ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعا^(٣).

قال الشيخ : معنى (حرمتا جميعا) أي ما دامتا في ملكه ، فاذا زال ملك إحداهما فقد حلت له الأخرى^(٤).

فالحاصل أن الواطئ إما أن يكون عالما ، أو جاهلا ، فان كان عالما حرمت الأولى ولا يحل حتى تخرج الثانية على الشرط المذكور ، والثانية أيضا محرمة لسبق التحريم إليها ، فإن أبقاها على ملكه كانتا معا محرمتين ، فإن أخرج الأولى حلت الثانية ، وإن كان جاهلا حلت الأولى بإخراج الثانية كيف كان.

هذا فرق بين العالم والجاهل عند الشيخ ومن تابعه ، وقد ذكرناه.

وقال ابن إدريس : أيتهما أخرج حلت له الأخرى ، مع نية العود وعدمها ، ومع

العلم والجهل ، ومع بقائها يحرم الثانية دون الأولى ، لسبق الحل إليها^(٥) وفي المبسوط

(١) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٢.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٤.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٥.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩١ قال بعد نقل حديث ٥٦ : قوله عليه السلام آه.

(٥) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٠ س ١٦ قال : والذي يقتضيه أصول المذهب ويقوى في نفسي أنه إذا أخرج إحداهما عن ملكه حلت الأخرى سواء أخرجها ليعود الى من هي باقية في ملكه أو لا يعود عالما كان بالتحريم أو غير عالم إلخ.

اضرب عن التفصيل وقال : ولا تحرم الاولى بوطء الثانية ، بل هي على ما كانت عليه ، لكن يستحب له التوقف حتى يستبرئ الأخرى لئلا يجمع ماءه في رحم أختين ^(١) ومال العلامة في المختلف إلى العمل بالرواية المشتملة على التفصيل ، قال : أمّا حلّ الأولى فلا أصل ، ولأنّ الجهل عذر بخلاف العلم ، فجاز أن يقابل بنقيض مقصوده ، كما قوبل القاتل بمنع الإرث ، لرواية الحلبي المتقدمة ^(٢).

تفريع

قد بيّنا أنه إذا ملك أختين ووطأ واحدة حرمت الأخرى ، فمع إبقائها في ملكه ، المحرّم ، الثانية خاصة دون الاولى ، لسبق الحلّ إليها ، ولو أخرج الأولى حلّت الأخرى ، ويشترط في الإخراج أن يكون محرّماً للوطء تحريماً لا يقدر على رفعه ، فلا تكفي الإجارة ، ولا الرهن ، لعدم زوال الملك ، وتمكّنه من الوطء بالفك ، أو الإذن المرتحن لا عروض التحريم بالصوم ، والإحرام ، والحيض ، وتحريمها باليمين ، والردّة ، والعدّة من وطء الغير بشبهة ، ويكفي بيع بعضها ، لحصول التحريم به.

وهنا مسائل

(أ) هل يكفي التحريم بالتزويج والكتابة؟ قال في التذكرة : نعم ، لأنه تحريم

(١) المبسوط : ج ٤ ، فصل فيمن يجوز العقد عليهن من النساء ص ٢٠٧ س ٣ قال : ولا تحرم الاولى بوطء الثانية ، بل هي على ما كانت عليه إلخ.

(٢) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢ قال : أمّا مع الجهل فلا يحرم عليه الاولى للأصل ولأن الجهل عذر إلخ.

لا يمكنه رفعه ^(١) واستشكله في القواعد ^(٢) وقال فخر المحققين : لا بد من خروج الرقبة عن ملكه ^(٣) وهو المعتمد : ويكفي الكتابة وإن كانت مشروطة.
(ب) لا يكفي الهبة من دون القبض ، ويكفي معه ، وكذا لو جعلها عوضا في إجازة أو هبة.

(ج) لا يجزى بيعها بخيار للبائع وإن قلنا بنقل الملك بالعقد ، لتمكّنه من وطئها ، نعم يجوز الإقالة وبيعها بخيار المشتري ، فلو ردّها به ، أو بعيب ، أو إقالة وجب استبرأؤها لحدوث الملك ، ثم إن كان قد وطأ الأخرى لم يحل المردودة حتى يخرج الموطوءة.
(د) لو كاتب الموطوءة أو باعها ثم عادت بعيب ، أو فسخت كتابتها بالعجز ، فإن لم يكن وطأ الأخرى تخير لحلّ الأخرى بتحريم الأولى ، وحلّ الأولى بالاستبراء ، وإن كان قد وطأها لم تحل المكاتبه إلا مع تحريم الأخرى كالمردودة.
(هـ) لو كانت إحدى الأختين محوسية ، أو أخته من الرضاعة ، فوطئ المحرّمة بشبهة ، جاز له وطأ الأخرى ، لحصول التحريم في الأولى.
(و) لو ملك أمة وبنّتها ووطأ إحداها حرمت الأخرى مؤبداً ، فإن وطأها بجهالة حرمت الأولى أيضا مؤبداً ، وإن كان مع العلم حدّ ولم تحرم الأولى.
(ز) إذا أخرج الأولى حلّت الثانية في الحال ، وقال بعض العامة : لا تحلّ أختها

(١) التذكرة : ج ٢ ، كتاب النكاح ص ٦٣٧ س ٢٠ قال : مسألة إذا وطئ إحدى الأختين المملوكتين الى أن قال : ولو كاتب إحداها حلّت له الأخرى ، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه إلخ.

(٢) القواعد : المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد ص ١٧ س ٩ قال : وفي اشتراط اللزوم أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة إشكال.

(٣) الإيضاح : ج ٣ ص ٨٧ س ٧ قال : والأقوى عندي انه لا بدّ من خروج الرقبة عن ملكه خروجاً لازماً ، للنص.

الثانية : يكره أن يعقد الحرّ على الأمة ، وقيل : يحرم إلّا أن يعدم الطول ويخشى العنت.

الثالثة : لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من حرّتين ، أو حرّة وأمتين ، أو أربع إماء.

حتى يستبرئ المخرجة ويعلم براءتها من الحمل ، ولو ظهرت حاملا لم يحلّ له الأخت حتى تضع ، لثلاث يجتمع ماءه في رحم أختين ، وهو بمنزلة نكاح الأخت في عدّة أختها ، والحق الجواز ، لأنّه لو طلق الأخت بائنا حلّ له نكاح أختها في الحال على كراهية ، وإن كانت المطلقة حاملا ، والاستبراء بمنزلة العدة البائنة ، لأنّه لا يمكن ردّها الى النكاح.

قال طاب ثراه : يكره أن يعقد الحرّ على الأمة ، وقيل : يحرم إلّا ان يعدم الطول ويخشى العنت.

أقول : الطول لغة السعة ، وشرعا مهر المرأة الحرة ونفقتها ، ووجودها ، وإمكان وطئها قبلا شرطان :

والعنت لغة المشقة الشديدة ، وشرعا الزنا ، لأنّه سبب لمشقة الحدّ في الدنيا والعقوبة في الآخرة بالنار ، وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف التقوى.

فهنا قيود ستة :

- (أ) وجود الحرّة ، فلو لم يوجد ، فلا طول.
- (ب) وجود مهرها ، فلو عدمه فلا طول.
- (ج) يساره بنفقتها ، فمع إعساره عنها لا طول.
- (د) إمكان وطئها قبلا ، فلو لم يجد إلّا الرتقاء ، أو ضعيفة لا يحتمله ، فلا طول.
- (هـ) غلبة الشهوة ، فمع قدرته عليها لا عنت.
- (و) ضعف التقوى ، فلو تمكن من حبس نفسه عن الزّنا ووثق بها في ذلك

لا عنت ، اللهم إلا أن تخاف ضررا في مزاجه ، أو تشويشا في عقله.
فعند تحقق هذه الشرائط يجوز نكاح الأمة بالإجماع ، وإن صبر مع ذلك كان أفضل
لقوله تعالى «وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ»^(١).

وهل تحل نكاح الأمة من دون هذه الشروط أم لا؟ قيل فيه ثلاثة أقوال :

(أ) الحلّ قاله الشيخ في النهاية^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤).

(ب) التحريم : قاله في الخلاف^(٥) وهو مذهب القديمين^(٦) والمفيد^(٧) والقاضي^(٨).

(ج) الشرط أن لا يكون تحتته حرة ، نقله الشيخ في الخلاف عن بعض

(١) النساء : ٢٥ .

(٢) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٦٠ س ٢ قال : ومتى عقد على الأمة إلى قوله كان العقد ماضيا .

(٣) لا حظ عبارة النافع .

(٤) المختلف : في نكاح الإماء والمماليك ص ١٤ س ٢٠ قال بعد نقل الأقوال : والمعتمد اختيار الشيخ في النهاية .

(٥) الخلاف : كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال : لا يجوز للحر المسلم تزويج الأمة إلا بثلاث شروط إلخ .

(٦) المختلف : في نكاح الإماء والمماليك ص ١٤ س ٨ قال : وقال ابن أبي عقيل : لا يحل للحر المسلم عند آل الرسول عليهم السلام أن يتزوج الأمة إلخ . وقال بعد أسطر : وقال ابن الجنيد : لا يحل عقد المسلم التزويج على إماء أهل الكتاب ولا تزويج الحر بالأمة آه .

(٧) المقنعة : باب العقود على الإماء ص ٧٧ س ٣٠ قال : ولا يجوز لمن وجد طولا لنكاح الحرائر أن ينكح الإماء إلخ .

(٨) لا يخفى ان فتوى القاضي في المسألة مختلف : ففي باب نكاح الإماء والعبيد من المهذب : ص ٢١٥ س ١٠ قال : فان تزوّج بامة الى أن قال : فقد خالف أمر الله وما شرط عليه ، وفي ص ١٨٩ س ٣ قال : وإذا وجد الرجل الطول الى العقد على الحرة كره له العقد على الأمة إلخ اللهم أن يراد من لفظة (الكراهة) التحريم كما هو المتداول عند البعض .

الأصحاب ^(١) لأن المانع من نكاح الأمة وجود نكاح بالفعل ، لا القدرة عليه ، كنكاح الأخت والخامسة.

لحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : يتزوج الحرة على الأمة ، ولا يتزوج الأمة على الحرة ، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل ^(٢) و (من) فيها معنى الشرط. احتج المانعون بقوله تعالى «وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ . إِلَى قَوْلِهِ . ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ» الآية ^(٣) فشرط أولاً في نكاح الإماء بالعقد أحد الشرطين المذكورين ، إذ (من) فيها معنى الشرط ، وثانياً قوله ذلك لمن اشترط آخر.

ولما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة؟ قال : إذا اضطر إليها فلا بأس ^(٤) و (إذا) للشرط والاضطرار فسر في الآية. احتج المسوغون بوجوه :

(أ) قوله تعالى «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» ^(٥).

(ب) قوله تعالى «وَالْأَمَةُ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ» ^(٦).

(ج) أصالة الإباحة.

(١) الخلاف : كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال : وقال أبو حنيفة : لا يحل له إلا بشرط واحد ، وهو أن لا يكون عند حرة ، ثم قال : وبه قال قوم من أصحابنا إلخ.

(٢) الكافي : ج ٥ باب الحرّ يتزوج الأمة ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) النساء : ٢٥ .

(٤) التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٣٤ الحديث ٢.

(٥) النور : ٣٢ .

(٦) البقرة : ٢٢١ .

ويظهر فائدة الخلاف : أنه لا يحل نكاحها إن عدم حصول الشرطين ، ومعها يحلّ الواحدة ويحرم الثانية على الاولى ، لزوال العنت بها ، ويجوز على الثاني من دون الشرطين الواحدة والاثنان ، وعلى الثالث إذا انتفى الشرطان وليس له زوجة حرّة جازت له الأمة لكون الشرط هو فقدان عقد الحرّة فقط.

فروع

- (أ) يرجع الى قوله : في خوف العنت ، وفي عدم الطول وان كان بيده مال وادّعى أنه لغيره ، أو أنّ عليه ديناً بقدره ولا يملك غيره . من غير يمين.
- (ب) حدوث الشرطين بعد العقد لا يبطله ، وإن كان قبل الدخول ، وكذا لو حدثا بعد الإطلاق الرجعي لا يمنعان الرجعة ، لأنها ليست بابتداء عقد.
- (ج) التحريم راجع الى الوطي والعقد بتبعيته ، فيكون منهياً فتقع باطلاً ، وهو قول الشيخ في المبسوط ^(١) وهو مذهب الحسن ^(٢) وقال القاضي : التحريم الى العقد ولا يبطل ^(٣) وهو قول المفيد ^(٤).
- (د) لا فرق في العقد بين الدائم والمنقطع ، أمّا التحليل فإن جعلناه عقد متعة كالسيد ^(٥) حرم من دون الشرطين ، وإلا فلا.

(١) لم أجد في المبسوط تصريحاً بما ادّعاه.

(٢) المختلف : كتاب النكاح ، الفصل السادس في نكاح الإمام والماليك ص ١٤ س ٨ قال : وقال ابن أبي عقيل الى أن قال : فان تزوّجها على هذه الحالة فالنكاح باطل إلخ.

(٣) المهذب : ج ٢ باب نكاح الإمام والعبيد ص ٢١٥ س ١٠ قال : فان تزوّج بأمة الى أن قال : ولا يبطل عقده على الأمة ، بل يكون عقده ماضياً.

(٤) المقنعة : باب العقود على الإمام ص ٧٧ س ٣٦ قال : ومن تزوّج أمة وهو يجد طولاً لنكاح الحرائر خالف أمر الله تعالى وشرطه عليه ألاّ أنّه لا يفسح بذلك نكاحه.

(٥) الانتصار : مسائل النكاح ص ١١٨ س ١٣ قال : يجوز للرجل أن يبيع مملوكته لغيره على معنى أنه

الرابعة : لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة إلّا بإذنها ، ولو بادر كان العقد باطلا (١)
وقيل : كان للحرّة الخيرة بين اجازته وفسخه ، وفي رواية : لها أن تفسخ عقد نفسها ، وفي
الرواية ضعف ، ولو أدخل الحرّة على الأمة

قال طاب ثراه : لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة إلّا بإذنها ، ولو بادر كان العقد باطلا
إلخ.

أقول : هنا مسائل :

الأولى : إذا تزوّج أمة على حرّة ولم تأذن الحرّة ، فهل يقع نكاح الأمة باطلا في أصله
، أو يكون موقوفا؟ القديمان على الأول^(١) واختاره ابن إدريس^(٢) وحكاها عن الشيخ في
التبيان^(٣) وهو مذهب المصنف^(٤).

والشيخان^(٥) والقاضي^(٦) وسالار^(٧) وابن حمزة^(٨) على الثاني ، واختاره

يعقد عليها عقد النكاح الذي فيه معنى الإباحة إلخ.

(١) المختلف : كتاب النكاح فيما يحرم اجتماعا لا عينا ص ٨١ س ٥ قال : وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد :
أنه يقع باطلا.

(٢) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٩ قال : وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان : من شرط صحة العقد
على الأمة ألا يكون عنده حرّة الى أن قال : ومتى عقد عليها بغير إذن الحرّة كان العقد على الأمة باطلا ثم قال :
قال محمد بن إدريس : نعم ما قال وحقق هنا رحمه الله.

(٣) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٩ قال : وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان : من شرط صحة العقد
على الأمة ألا يكون عنده حرّة الى أن قال : ومتى عقد عليها بغير إذن الحرّة كان العقد على الأمة باطلا ثم قال :
قال محمد بن إدريس : نعم ما قال وحقق هنا رحمه الله.

(٤) لا حظ عبارة النافع.

(٥) المقنعة : باب العقود على الإماء ص ٧٧ س ٣٧ قال : ومن تزوّج بأمة وعنده حرّة ولم تعلم بذلك فهي
بالخيار إذا علمت ، وفي النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٥ قال : فان عقد على حرّة
وعنده أمة الى قوله : كانت مخيّرة إلخ.

(٦) المهذب : ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال : وان عقد على حرّة وعنده أمة هي زوجة ولم تعلم
الحرّة إلخ.

(٧) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٧ قال : ومنها ان يتزوّج أمة وعنده حرّة إلخ.

(٨) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٤ قال : وان تزوج بكرة وعنده أمة إلخ.

جاز ، وللحرّة الخيار إن لم تعلم ، إن كانت الأمة زوجة ، ولو جمع بينهما في عقد صحّ عقد الحرية دون الأمة.

العلامة (١).

وما وجد في عبارات الأكثر من أصحابنا ، بالبطلان ، مرادهم أنه لا يقع منجزاً لازماً ، بل يجوز قابلاً للفسخ ، وكذا ما يوجد في الروايات ، وليس ذلك صريحاً بما قاله ابن إدريس لأنهم يردفون أول المسألة بصحة العقد مع الإجازة.

احتج الأولون : بما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : تزوّج الحرية على الأمة ، ولا تزوّج الأمة على الحرية ، ومن تزوّج أمة على حرية فنكاحه باطل (٢).

وعن حذيفة بن منصور قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج أمة على حرية لم يستأذنها؟ قال : يفرق بينهما ، قلت : عليه أدب؟ قال : نعم ، إثنا عشر سوطاً ونصف ، ثم حدّ الزاني ، وهو صاغر (٣).

احتج الآخرون : بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوّج أمة على حرية؟ فقال : إن شاءت الحرّة أن تقيم مع الأمة أقامت ، وإن شاءت ذهبت إلى أهلها الحديث (٤) ولو وقع باطلاً لما صح بالمتجدد من الرضا ، فإن الفاسد من العقود لا يتجدد له الصحة

الثانية : إذا أمضت الحرّة العقد مضى ، ولم يكن لها بعد ذلك فسخه ، ولا يحتاج إلى تجديد عقد الأمة ، وقال ابن إدريس : يفتقر إلى تجديده ، لوقوعه باطلاً (٥).

(١) المختلف : كتاب النكاح ص ٨١ فيما يحرم اجتماعاً لا عيناً ص ٤ قال : فالأقرب أن نكاح الأمة لا يقع باطلاً في أصله إلخ.

(٢) الكافي : ج ٥ باب الحر يتزوّج الأمة ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٤ الحديث ٤٢.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٥ قطعة من حديث ٤٣.

(٥) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٨ قال : ولا تحل له الأمة بالعقد الأول بل لا بدّ من عقد ثانٍ إلخ.

الثالثة : هل للحرّة أن تفسخ عقد نفسها إذا دخلت الأمة عليها؟ قال الشيخان : نعم^(١) ، وهو اختيار القاضي^(٢) وسالار^(٣) وابن حمزة^(٤) ومنعه المصنف^(٥) والعلامة^(٦) لوقوعه صحيحا واختصاص الثاني بالنتهي ، فتختص بالحكم ، والاستدلال هنا كما في العمة وبنت الأخ ، ولابن إدريس مثل القولين.

الرابعة : لو اقترن العقد عليهما ولم يعلم الحرّة ولم يأذن ، تخرّرت في فسخ عقد الأمة ، وإمضاءه ، ولها فسخ عقد نفسها هنا ، لكون العقد واحدا ، وقد وقع متزلزلا ، ولا أولوية ، وقال الشيخ : يمضي عقد الحرّة ، ويبطل عقد الأمة^(٧) وكذا قال ابن إدريس^(٨) وهو مذهب المصنف^(٩) ولعل مرادهم ما ذكرناه أي وقوعه متزلزلا قابلا للفسخ ، لأنّ عقد الحرّة لما كان مبدأ للإمضاء والفسخ ، حكم بمضيّ عقدها وفساد

(١) المقنعة : باب العقود على الإماء ص ٧٨ س ١ قال : وإن شئت أن تفارقه اعتزله ففارقته بذلك إلخ وفي النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٢ قال : وإن أبت واعتزلت كان ذلك فراقا إلخ. (٢) المذهب : ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٠ قال : وإن لم ترض بذلك كان لها اعتزال الزوج. (٣) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٧ قال : فإن فعل ، فالحرّة مخيرة إلى قوله : وبين ان تعتزله. (٤) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٤ قال : وإن لم تعلم إلى قوله : وفسخ عقد نفسها.

(٥) لا حظ عبارة النافع.

(٦) المختلف : كتاب النكاح ص ٨١ قال : المسألة الثالثة هل للحرّة أن تفسخ عقد نفسها إلخ.

(٧) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٤ قال : فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضيا.

(٨) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٨ قال : فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضيا.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

.....

عقد الأمة على التفسير المذكور.

وفي صحيحة أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد ، قال : أمّا الحرّة فنكاحها جائز ، وإن كان سمّي لها مهرا فهو لها ، وأمّا المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرّة باطل يفرق بينه وبينهما ^(١) ويحمل على الفسخ من الحرّة لعقدتهما.

الخامسة : لو كان عنده أمة بالعقد وعقد على الحرّة ، قال الشيخ : يتخيّر الحرّة بين الصبر والاعتزال ^(٢) وبه قال القاضي ^(٣) وابن زهرة ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦) وأجاز لها في التبيان فسخ عقد الأمة ^(٧) ومنعه ابن إدريس ^(٨) للحكم بصحة عقد الأمة ، بل لها الخيار في نفسها.

* * *

(١) التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام ص ٣٤٥ الحديث ٤٥ .

(٢) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٥ قال : فان عقد على حرة وعنده أمة الى قوله : كان مخيرة.

(٣) المهذب : ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال : وان عقد على حرة وعنده امة الى قوله : كانت مخيرة إلخ.

(٤)

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) القواعد : المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد ص ١٧ قال : الثامنة لو عقد على الأمة الى أن قال : ولو تزوج الحرّة على الأمة إلخ.

(٧) المختلف : كتاب النكاح ص ٨١ قال : المسألة السادسة لو عقد على الحرّة وعنده زوجة هي امة الى أن قال : عدا التبيان ، فإنه جعل للحرّة الخيار أيضا في فسخ عقد الأمة.

(٨) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٤ قال : ليس لها أن تفسخ نكاح الأمة إذا كان عقد الأمة متقدّما على عقدتها إلخ.

الخامسة : لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به ، نعم لو زنى بها حرمت ، وكذا في الرجعية خاصة.

السادسة : من تزوج امرأة في عدتها جاهلا ، فالعقد فاسد ، ولو دخل حرمت أبدا ولحق به الولد ، ولها المهر بوطء الشبهة ، وتتم للأول وتستأنف أخرى للثاني ، وقيل : تجزى عدة واحدة ولو كان عالما حرمت بالعقد.

توضيح

يتصور اقتران العقدان والجمع بينهما في عقد ، في صور :
(أ) أن يزوجه وكيله في وقت واحد ولم يعلم الحرة بالعقد الآخر ، لكونهما في مكانين.

(ب) أن يجمعهما مكان وتكون جاهلة بكون المسمى لتزويج الأمة زوجها ، أو بكون الزوجة أمة.

(ج) أن يجمعهما مجلس واحد ، ويقول الزوج ، زوجت سعدى على ألف ورشيده على مائة ، فلسعدى الحرة أن تقول : زوجتك وفسخت نكاح رشيدة.

(د) أن يقول : تزوجتكما على ألف ، فتقول الحرة ، زوجتك نفسي وأبطلت نكاح الأمة أما لو قال : تزوجت رشيدة وسعدى بألف ، فقالتا : زوجناك ، ثم قال سعدى ، يعنى الحرة : فسخت ، لم يصح ، ولزمها العقد ، وكذا لو قال : تزوجت رشيدة وسعدى ، لم يكن لسعدى أن تقول : زوجتك وفسخت نكاح الأمة إلا على مذهب التبيان.

قال طاب ثراه : من تزوج امرأة في عدتها جاهلا ، فالعقد فاسد ، ولو دخل حرمت أبدا ولحق به الولد ، ولها المهر بوطء الشبهة ، وتتم العدة للأول وتستأنف أخرى للثاني ، وقيل : تجزى عدة واحدة ، ولو كان عالما حرمت بالعقد.

أقول : إذا تزوج الإنسان معتدة لا يخلو إما أن يكون عالما بالعدة والتحريم ، أو

جاهلا بأحدهما ، فهنا قسمان :

الأول : أن يكون عالما ، وفيه مسائل :

(أ) يحرم عليه مؤبدا بمجرد العقد.

(ب) يجب عليه التكفير بخمسة أصواع من دقيق على أحوط القولين.

(ج) لا يقطع عدة الأول وإن دخل ، لعدم الاعتبار في نظر الشارع.

(د) للزوج الرجوع ، لكن لا يحلّ له الوطء في الطهر الذي وطأ فيه العاقد حتى تحيض ، لجواز حملها من الوطي ، والولد للزوج في الظاهر ، فيكون قد ألحق بنسبة من ليس منه ، وهو غير جائز.

(هـ) لو راجع وقد حملت من الثاني ، جاز ، ويحلّ له الوطء في زمان الحمل.

(و) لو لم يراجع وجب احتساب العدة للأول من حين الطلاق ، ولا تنقطع بالحمل ، فإن كان قد مضى قبل الحمل قرء ، فلا بدّ من قرئين آخرين ، فإن رأت الدّم وقلنا أنه حيض أكملت العدة بقرئين ، وإن لم يرى الدّم ، أو رآته وقلنا لا يجامع الحمل صبرت حتى تضع ، ولا تنقضي عدتها إلّا بالأقراء ، لأنها من أهلها وانقطاعها لعارض معلوم تتوقع زواله ، ولو رأت قبل الوضع قرئين ، ثمّ وضعت ورأت الدّم عقيبه ، بانته به وإلّا أكملت بقرء آخر وإن تأخر لمكان الرضاع.

(ز) لو طلقها الزوج بعد المراجعة والحمل ، صحّ طلاقها وإن رأت وقلنا باجتماعه ، لأنّ المقصود من الاستبراء علم براءة الرحم من المطلق وهو هنا حاصل.

فتحصّل هنا مخالفة القواعد الغالبة في أمور :

(أ) امرأة معتدة وهي حامل ، ولم تنقض عدتها بوضع حملها.

(ب) مشاركة النفاس الحيض في تعريفه بإحدى خاصيتيه ، أعنى قولهم : الحيض هو الذي له تعلّق بانقضاء العدة.

(ج) جواز الطلاق من غير استبراء لمرأة ليست حاملا من مطلقها ولا يائسة ولا

صغيرة

فرع

لو عقد جاهلا في العدة ، ووطئ بعد خروجها لم يحرم ، لأن الحكم في الجاهل متعلق بالوطء لا العقد ، وقد حصل بعد العدة ، وحينئذ لا فرق بين أن يتجدد له العلم بعد العدة أو قبلها إذا كان الوطء بعد العدة.

القسم الثاني : أن يكون جاهلا ، وفيه مسائل :

(أ) لا تحرم عليه بمجرد العقد.

(ب) تحرم مع الدخول مؤبدا.

(ج) تنقطع عدة الأول بوطئه ، فإن حملت اعتدت له بوضعه وأكملت بعده عدة الأول بما بقي منها ، وإن لم تحمل أتمت عدة الأول بعد مفارقة الثاني ثم استأنفت للثاني عدة أخرى ، ولا تتداخل العدتان ، لأنهما حكمان واجبان وتداخلهما على خلاف الأصل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(١) وابن إدريس ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤).

وقال الصدوق وأبو علي : تجزي واحدة عنهما ^(٥) ^(٦).

(١) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٤ س ٢ قال : وكان عليها عدتان إلخ.

(٢) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٢١ قال : وكان عليها عدتان ، تمام العدة الأولى من الزوج الأول إلخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد : كتاب النكاح ص ١٥ قال : الثانية لو تزوج امرأة في عدتها إلى أن قال : وتعتد منه بعد إكمال الأولى إلخ.

(٥) المقنع : باب الطلاق ص ١٢٠ س ١ قال : فإن نعن إلى امرأة زوجها إلى أن قال : فإنها تعتد عدة واحدة ثلاثة قروء.

(٦) المختلف : كتاب الطلاق ص ٦٨ س ٣٠ قال : وقال ابن الجنيدي : إذا نعي إلى المرأة زوجها ، أو أخبرت بطلاقه فاعتدت ثم تزوجت إلخ.

لرواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها ، أو نعي إليها ، فتزوّجت ثمّ قدم زوجها بعد ذلك فطلقها ، قال : تعتدّ منهما جميعا ثلاثة أشهر عدّة واحدة ، وليس للآخر أن يتزوّجها أبدا ^(١) وفي طريقها ابن كبير ، لكن أجمعوا على تصحيح ما صحّ عنه.

فقد استفيد من هذه الرواية ثلاثة أحكام :

(أ) الاكتفاء بالعدّة الواحدة.

(ب) إلحاق ذات البعل بالمعتدة.

(ج) حكم وطء الشبهة بالنسبة إلى ذات البعل كالزنا بها في اقتضاء التحريم المؤبد وحملها الشيخ على عدم الدخول ^(٢).

(د) لو أراد الزوج مراجعتها بعد وضع الحمل جاز ، لا قبله ، لكونها في عدّة غيره ، ويحتمل الجواز ، ويمنع من وطئها ، ولا منافاة كما لو وطئت الزوجة لشبهة.

وهل يجب لها الإنفاق عليه من حين الرجوع؟ يحتمل عدمه قويّا ، فأَنَّ شرطها التمكين وهو مفقود هنا ، ويحتمل وجوبه لأنّ المنع شرعي فأشبهه الحيض والمرض.

(هـ) هل يباح له منها الاستمتاع بما عدا الجماع؟ يحتمله لكونها زوجة ، ويحتمل عدمه لقوله تعالى «وَأُولَئِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» ^(٣).

أمّا تحريم الجماع فلا فرق فيه بين القبل والدبر.

(و) لا قسمة لهذه على الزوج مع رجوعه في زمان الحمل على القول به إن حرّمنا ما

عدا الجماع.

(١) التهذيب : ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ الحديث ٣٧.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ قال بعد نقل حديث ٣٧ و ٣٨ ما لفظه (ليس في هذه الاخبار انه كان قد دخل بها الى أن قال : فاما إذا لم يدخل بها فيجزئها عدّة واحدة).

(٣) الطلاق : ٤.

- (ز) إذا حملت من الثاني سقطت نفقتها عن الأول على أقوى الاحتمالين ، لفقدان التمكنين ، وكذا لو لم يحمل ، في مدة العدة.
- (ح) لو ظاهر منها الزوج ، أو آلى في زمان الحمل ، صحّ لكونها زوجة ، لكن لا يحسب عليه مدة العدة ، ويحرم عليه العقد على الخامسة والأخت.
- (ط) لو زنى كل من الزوج والزوجة في زمان الحمل ، لم يرحم.
- (ي) لا يجوز له العقد على الأمة إلا بإذنها ، وكذا لا يعقد على بنت أختها أو أخيها إلا مع الإذن.
- (يا) لو قلنا بجواز الرجوع في زمان الحمل ووجوب الإنفاق ، وقلنا بالنفقة ، وجب لها نفقتان.
- (يب) لو قذفها كان له إسقاطه باللعان.
- (يج) يتوقف فعل العبادات المندوبة على إذنه وإن لم يرجع كاللحج والصوم المندوبين ، وكذا النذر واليمين.

تذنيب

ولا فرق في العدة بين البائن والرجعي وعدة الوفاة.

فرع

لو وطأها الزوج في العدة البائنة لشبهة ، هل تحرم عليه مؤبداً؟ فيه احتمالان ، لا لحرمة ، وكذا لو زنى بها ، ويحتمل تحريمها مؤبداً ، ولعلّه الأقرب ، لعموم النص.

تنبيه

المراد بالعقد الموجب للتحريم المؤبد في المعتدة والمحرمه ، إنما هو العقد الصحيح

ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل ، ولو كان جاهلاً فسد ولم تحرم ولو دخل .
السابعة : من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام وبنته وأخته .

الذي لو لا هذا المانع لترتب عليه أثره ، أمّا الفاسد فلا يتعلّق به حكماً إذا كان العاقد عالماً بفساده ، ولو لم يعلم فساد كمن اعتقد نكاح الشغار فكالصحيح في التحريم .
قال طاب ثراه : ولو تزوّج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل ، ولو كان جاهلاً فسد ولم تحرم ولو دخل .

أقول : حاصل الشيخ في النهاية ، وهو المشهور ، أنّ المحرم إذا عقد ، فإن كان عالماً حرم بمجرّد العقد وإن لم يدخل ، وإن كان جاهلاً لم يحرم ولو دخل ، بل يفسد ذلك العقد وله تجديده ^(١) وبه قال ابن حمزة ^(٢) وهو ظاهر المفيد ^(٣) .

وقال في الخلاف : يحرم مع الجهل بالدخول ، كالمعتدة ^(٤) والأوّل أكثر .

واعلم أنّ المؤبّدات في التحريم بالعارض ، عقوبة للمكلّف ، عشرة :

(أ) من دخل بمعتدة رجعية مطلقاً ، أو عقد عليها عالماً .

(ب) من تزوّج محرماً عالماً .

(ج) من زنى بذات بعل ويريد به الزنا في نفس الأمر وإن لم يكن في ظن الواطى زناً ،

فلو وطئها لشبهة أو جاهلاً بالتحريم ، ثبت الحكم ، فالمناط الوطء ،

(١) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٣ س ١١ قال : وإذا عقد المحرم على امرأة إلخ .

(٢) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٢ س ١١ قال : أو في حال الإحرام من الرجل وهو عالم بتحريمه دخل بها أو لم يدخل إلى أن قال : المعقود عليها في حال الإحرام جاهلاً بالتحريم إلخ .

(٣) المقنعة : باب من يحرم نكاحهن ص ٧٧ س ٢ قال : ومن عقد على امرأة وهو محرم مع العلم بالنهاي إلخ ولم يتعرض لصورة الجهل ولا للدخول وعدمه فلا حظ .

(٤) الخلاف : كتاب النكاح ، مسألة ٩٩ قال : إذا تزوّجها في حال إحرامها جاهلاً فدخل بها لم تحل له أبداً .

السبب الرابع ، في استبقاء العدد :

وإذا استكمل الحرّ أربعاً بالغبطة ، حرم عليه ما زاد ، ويحرم عليه من الإماء ما زاد على اثنين ، وإذا استكمل العبد حرّتين ، أو أربعاً من الإماء غبطة حرم عليه ما زاد ، ولكل منهما أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع وبملك اليمين ما شاء. وإذا طلق واحدة من الأربع حرم عليه ما زاد غبطة حتى يخرج من العدة ، أو تكون المطلقة بائنة ، وكذا لو طلق امرأة وأراد

وتردّد في التحرير في في وطء ذات البعل بالشبهة ^(١) ويعضد ما اخترناه رواية زرارة وقد تقدمت وتبّنها عليه فيما سلف ^(٢).

(د) من فجر بعمّته أو حالته حرمت عليه بنتاهما أبداً.

(هـ) الملاعنة لقوله عليه السّلام : المتلاعنان لا يجتمعان أبداً ^(٣).

(و) المطلقة تسعا للعدة ينكحها رجلان.

(ز) المفضاة قبل بلوغها تسعا تحرم مؤثداً على المفضي إذا كان زوجاً ، وقيل : مطلقاً.

(ح) من أوقب غلاماً ذكراً حرمت عليه أمّه وإن علت.

(ط) وكذلك بنته وإن نزلت.

(ي) أخته خاصة دون بناتها ، وتعلّق الحكم بإدخال بعض الحشفة وإن لم

(١) التحرير : كتاب النكاح ، الفصل الثالث في باقي الأسباب ص ١٤ (ج) قال : ولو زنى بذات بعل لشبهة فالوجه التحريم.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ الحديث ٣٧.

(٣) كنز العمال للمتقي : ج ١٥ ، الحديث ٤٠٦٠٥ ولفظه (عن ابن مسعود قال : لا يجتمع المتلاعنان أبداً) وحديث ٤٠٦١٠ عن علي عليه السّلام قال : (مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبداً) وفي كنوز الحقائق للمناوي في هامش جامع الصغير : ج ٢ ص ١٢٥ حرف الميم نقلاً عن الديلمي ، كما في المتن.

نكاح أختها ولو تزوّجهما في عقد بطل ، وقيل : يتخير ، والرواية مقطوعة ولو كان معه ثلاث فتزوّج اثنتين في عقد ، فإن سبق بإحداهما صح دون اللاحقة ، وإن قرن بينهما بطل فيهما ، وقيل : يتخير أيّتهما شاء ، وفي رواية جميل : لو تزوّج خمسا في عقد واحد يتخير أربعاً ويخلّي باقيهنّ ، وإذا استكملت الحرة طلاقات ثلاثا حرمت حتى تنكح زوجا غيره ولو كانت تحت عبد ، وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجا غيره ، ولو كانت تحت حرّ ، والمطلقة تسعا للعدّة تحرم على المطلق أبدا.

يجب الغسل ، ولا تحرم هذه الثلاثة من الواطئ على الموطوء.

قال طاب ثراه : ولو تزوّجهما (يعنى الأختين) في عقد بطل ، وقيل : يتخير ، والرواية مقطوعة.

أقول : البحث هنا في مواضع :

(الأوّل) يحرم الجمع بين الأختين ، وبين الخمس ، وبين الاثنين لصاحب الثلاث وبالعكس بالإجماع ، فإن فعل قال الشيخ في النهاية : يتخير أيّ الأختين شاء وكذا في الزائد على الأربع ^(١) وبه قال القاضي ^(٢) وابن الجنيّد ^(٣) واختاره العلامة في المختلف ^(٤).

(١) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرّم منه ص ٤٥٤ س ١١ قال : ولا يجوز له ان يجمع بين الأختين الى ان قال : فان عقد عليهما في حاله واحدة كان مخيرا بين أن يمسك أيّتهما شاء إلخ.

(٢) المهذب : باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٤ س ١٢ قال : فان تزوّج بهما بلفظ واحد كان مخيرا إلخ.

(٣) (٤) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٨ س ٤ قال : فان فعل دفعة قال الشيخ في النهاية الى أن قال : وهو قول بن الجنيّد ثمّ قال بعد نقل قول ابن إدريس بالبطلان : والمعتمد الأوّل.

وقال ابن إدريس : يبطل العقد ^(١) وبه قال ابن حمزة ^(٢) والمصنف ^(٣) والعلماء في الإرشاد ^(٤).

احتج الأولون بوجهين :

(أ) حسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقدة؟ قال : يخلّي سبيل أيّتهنّ شاء ويمسك الأربع ^(٥).

وروى جميل أيضا عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة قال : هو بالخيار أن يمسك أيّتهما شاء ويخلّي سبيل الأخرى ^(٦).

(ب) أنّ المقتضي للإباحة ثابت ، والمانع لا يصلح للمعارضة ، فيجب ثبوت الحكم ، أمّا المقتضي فهو العقد ، إذا العقد عليهما عقد على كل واحدة منهما ، وأمّا المانع فليس إلا لانضمام عقد الأخرى اليه ، وهو لا يقتضي تحريم المباح كما لو جمع بين محرمة ومحللة عينا في عقد واحد كذات البعل والخالية منه ، وكما لو جمع بين المحرم والمحلل في البيع ، ولا فرق إلا الإطلاق والتعيين ، إذ في التعيين تحريم واحدة معينة فتبطل العقد عليهما ، وفي الإطلاق تحلل واحدة مطلقة وتحرم أخرى مطلقة وقد

(١) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٣ قال : والذي يقتضيه أصول المذهب ان العقد باطل يحتاج أن يستأنف.

(٢) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ٤ قال : والثاني (أي من يحرم نكاحه) عشر نسوة الى أن قال : وان عقد عليهما عقد مقارنة لم يصح إلخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الإرشاد : المطلب الثاني في أسباب التحريم قال : فان تزوج الأختين صحّ السابق فان اقترنا بطل (مخطوط).

(٥) الكافي : ج ٥ باب الذي عنده أربع نسوة ص ٤٣٠ الحديث ٥.

(٦) الكافي : ج ٥ باب الجمع بين الأختين من الحرائر والإماء ص ٤٣١ الحديث ٣.

عقد عليهما معا ، فيدخلان في العقد ، إذ لا وجود له الا في جريانه .
احتج الآخرون : بأنه عقد منهي عنه ، ولأن اختصاص إحدى الأختين بصحة عقدها دون الأخرى ترجيح من غير مرجح .
والجواب : الفرق بين المحللة والمحرمة ، وبين صورة النزاع ، فان في المحللة عينا والمحرمة عينا ضم المحرمة في العقد لاغ لا عبرة به ، وفي صورة النزاع له صلاحية الوقوع على كل واحدة ، فان لم يؤثر حالة وقوعه بواحدة كان باطلا ، وإن أثر في كل واحدة لزم وقوعه بهما ، وهو باطل بالإجماع ، وصرفه إلى أحدهما دون الأخرى ترجيح بلا مرجح .
(الثاني) المناط في التقارن والترتب بالعقد ، لا بالخطبة في المشهور ، وقال أبو علي : فان فعل ذلك في العقد على خمس صح العقد على أربع وبطل عن واحدة ، وكذلك في الأختين فيبطل العقد على المذكورة أخرهن إما في الخطبة أو إجابة الولي ^(١) وهو نادر .
(الثالث) لو ترتب العقد صح عقد الأولى وبطل الثانية ، فلو وطئ الثانية فرق بينهما ، قال في النهاية : ولا يرجع الى الأولى حتى يخرج عدة الثانية ^(٢) وبه قال القاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وقال ابن إدريس : لا يمنع من وطأ امرأته الأولى ^(٥) وهو

(١) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٤ قال : وقال ابن الجنيد : الى ان قال : ويبطل العقد على المذكورة أخرهن إما في الخطبة أو في إجابة الولي إلخ .
(٢) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح ، ص ٤٥٤ ، س ١٥ قال : فإن وطأ الثانية فرّق بينهما ولم يرجع الى الأولى إلخ .
(٣) المهذب : ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٤ س ١٤ قال : فإن وطأ الثانية فرّق بينهما وحرم عليه الرجوع الى الأولى حتى تخرج التي وطئها من عدتها منه .
(٤) الوسيلة : فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ٩ قال : فان دخل بالثانية فرّق بينهما إلخ .
(٥) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٦ قال : والذي يقتضيه أصول المذهب انه لا يمتنع من وطئ امرأته الأولى إلخ .

السبب الخامس ، اللعان : ويثبت به التحريم المؤبد ، وكذا قذف الزوج امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان.

المشهور ، وقال أبو علي : لو تزوج الثانية ولم يعلم فرق بينهما إن لم يكن دخل بالأخيرة ، ولو دخل بها تخير أيتهما شاء ، ولا يقرب من يختارها حتى يقضى عدة من خلا بها ^(١) وهو متروك.

والمعتمد قول ابن إدريس ، وعليه المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

فالحاصل أنّ هنا ثلاثة أقوال :

(أ) التخيير مع الدخول ، مختار أبي علي.

(ب) بطلان الثانية ، ولا حكم لو طئها لو حصل ، ويعود إلى الأولى من غير ارتقاب خروج عدة الثانية مختار ابن إدريس.

(ج) بطلان الثانية ولا يعود إلى الأولى حتى يخرج عدة الثانية ، مختار النهاية.

احتج أبو علي بصحيفة أبي بكر الحضرمي قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح أختها وهو لا يعلم؟ قال : يمسك أيتهما شاء ويخلّي سبيل الأخرى ^(٤).

وأجيب : المراد بامساك الأولى بالعقد الثابت عليها ، والثانية باستجداد العقد عليها بعد مفارقة الأولى :

(١) و (٢) المختلف : كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٩ قال : وقال ابن الجنيد : فإن دخل بالأخيرة تخير أيتهما شاء إلخ ثم قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وابن إدريس وابن الجنيد ثانياً : والمعتمد الأول.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الكافي : ج ٥ باب الجمع بين الأختين من الحرائر والإماء ص ٤٣١ الحديث ٢.

السبب السادس ، الكفر ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية إجماعاً وفي الكتابية قولان : أظهرهما : انه لا يجوز غبطة ويجوز متعة ، وبالمثل في اليهودية والنصرانية ، وفي المجوسية قولان : أشبههما الجواز .

ولو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال ، ولو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة إلا أن يكون الزوج مولوداً على الفطرة ، فإنه لا يقبل عوده وتعتد زوجته عدة الوفاة .

السبب السادس : الكفر

قال طاب ثراه : وفي الكتابية قولان : أظهرهما أنه لا يجوز غبطة ويجوز متعة ، إلى قوله : أشبههما الجواز .

أقول : تحريم ما عدا الكتابيات من الكفار ثابت بالإجماع .

والكتابيات قسمان :

(الأول) من له كتاب وهم اليهود والنصارى ، ولأصحاب هنا ستة أقوال :

(أ) تحريم النكاح بكل أنواعه ، اختاره السيد ^(١) والشيخ في كتابي الأخبار ^(٢) وأحد قولي المفيد ^(٣) وقواه ابن إدريس ^(٤) واختاره فخر المحققين ، قال : وهو الذي

(١) الانتصار : مسائل النكاح ص ١١٧ قال : مسألة ومما انفردت به الإمامية خطر نكاح الكتابيات إلخ .

(٢) التهذيب : ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب ، ص ٢٩٦ الحديث ٣٠١ . وفي الاستبصار : ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر من سائر أصناف الكفار .

(٣) المقنعة : باب من يحرم نكاحهن من النساء ص ٧٦ س ٣٣ قال : ونكاح الكافرة محرم بسبب كفرها سواء كانت عابدة وثن أو مجوسية أو يهودية أو نصرانية إلخ .

(٤) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٧ قال : وقال بعض أصحابنا : إنه لا يجوز العقد على هذين الجنسيتين عقد متعه ولا عقد دوام وهو قويّ عندي يمكن الاعتماد عليه والركون اليه .

استقر عليه رأي والذي يعني العلامة في البحث ^(١) ، والذي رجّحه في المختلف ^(٢) .
 (ب) جواز النكاح بكل أنواعه ، اختاره الحسن ^(٣) والصدوقان ^(٤) .
 (ج) إباحة المتعة اختياريًا ، والدوام اضطراريًا ، اختاره الشيخ في النهاية ^(٥) وابن حمزة ^(٦) وابن إدريس في القول الآخر ^(٧) .
 (د) جواز النكاح بملك اليمين ، لا بالعقد ، وهو أحد قولي المفيد في باب عقد الإماء ^(٨) .

- (١) الإيضاح : ج ٣ كتاب النكاح ، في الكفاية ، ص ٢٢ س ١٣ قال : والأول وهو التحريم مطلقا هو الصحيح عندي والذي استقر عليه رأي والذي المصنف في البحث .
 (٢) المختلف : فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٣ س ١٢ قال : والمعتمد تحريم أصناف الكفار في الدوام وكراهية أهل الكتاب في المتعة إلخ .
 (٣) المختلف : فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٢ س ٢٥ ، قال : وقال ابن أبي عقيل : الى قوله : وأما أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى فلا بأس إلخ .
 (٤) المقنع : باب بدو النكاح ص ١٠٢ س ٣ قال : ولا بأس بتزويج النصرانية فإن تزوّجت يهودية فامنعها من شرب الخمر إلخ . وفي المختلف : (في التحريم بسبب الكفر ص ٨٢ س ٢٣) قال : قال علي بن بابويه : وان تزوّجت يهودية أو نصرانية فامنعها من شرب الخمر إلخ .
 (٥) النهاية : باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٧ س ٣ قال : فأن اضطرّ الى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة ، ولا بأس أن يعقد على هذين الجنسين عقد المتعة مع الاختيار إلخ .
 (٦) الوسيلة : فصل في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩٠ س ٢ قال : ويجوز لمؤمن أن يتمتع باليهودية والنصرانية إلخ .
 (٧) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٥ قال : فان اضطر الى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة إلخ .
 (٨) المقنعة : باب العقود على الإماء ص ٧٨ س ٩ قال : وينكح بملك اليمين النصرانية واليهودية ولا يجوز له ذلك بعقد نكاح إلخ .

(هـ) إباحته بملك اليمين والمتعة وتحريمه دائما اختاره التقي^(١) وسلاّر^(٢) والمصنف^(٣).
 (و) تحريمه اختيارا مطلقا وجوازه اضطرارا مطلقا وهو قول أبي علي^(٤).
 احتج الأولون بأئمتهم مشركات ، ونكاح المشركة حرام.
 أما الأولى : فلقوله تعالى «وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرُ ابْنِ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ» ثم قال في آخر الآيتين ﴿سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾^(٥) فسمّاهنّ مشركات.
 وأما الثانية : فلقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ»^(٦) وقوله تعالى «وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ»^(٧). ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ»^(٨).
 ولأنّ النكاح يستلزم المودة ، لقوله تعالى «وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً»^(٩) ومودة الكافر حرام ، لقوله تعالى «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ»^(١٠).
 واحتجّ المسوغون : بقوله تعالى «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ»^(١١).

- (١) الكافي : النكاح ، وأما نكاح المتعة ص ٢٩٩ س ٨ قال : ويجوز التمتع باليهودية والنصرانية دون من عداها وفي ص ٣٠٠ س ١٠ قال : ويجوز وطئ اليهودية والنصرانية بملك اليمين إلخ.
 (٢) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨ س ١٦ قال : أما في عقود المتعة والأمة فجائز في الذميات خاصة إلخ.
 (٣) لا حظ عبارة النافع.
 (٤) المختلف : كتاب النكاح ، ص ٨٢ س ٣٢ قال : وقال ابن الجنيد إلى أن قال : وإن دعت إلى ذلك ضرورة في دار الإسلام إلخ ان يكون بالأبكار منهنّ إلخ.
 (٥) التوبة : ٣٠ . ٣١.
 (٦) البقرة : ٢٢١.
 (٧) الممتحنة : ١٠ وفي نقل الآية الشريفة تقلب وتأخير.
 (٨) الروم : ٢١.
 (٩) المجادلة : ٢٢.
 (١٠) المائدة : ٥.

.....

ومما رواه أبو مريم الأنصاري عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم؟ حلال؟ فقال : نعم قد كانت تحت طلحة يهودية ^(١).
والجواب عن الآية : أنها منسوخة بقوله تعالى «وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ». وعن الرواية : بضعف طريقها.

واحتج المفصلون بالنسبة إلى الاختيار والاضطرار بحسنة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهودية ولا نصرانية وهو يجد حرّة مسلمة أو أمة ^(٢).

وبالنسبة إلى العقد : ما رواه أبان بن عثمان عن زرارة قال : سمعته يقول : لا بأس أن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة ^(٣).
والمعتمد الأول.

(الثاني) من له شبهة كتاب وهم المجوس ، فإنه كان لهم كتاب اسمه (جامست) ونبي اسمه (زرادشت) فحرقوا الكتاب ، وقتلوا النبي ، وبقي في أيديهم صحف يشبهوا بها ، وهم يعبدون النار ، ويسمّون الثنوية ، لأنهم يقولون بإلهين اثنين ، النور والظلمة ، فالنور إله الخير ، فكلّ ما في العالم من خير فهو منه ، والظلمة إليه الشرّ ، فكلّ ما في العالم من شر فهو منه ، ولهذا يدعون وقود النار ، ولهم في أصول الاعتقادات أقوال سخيصة كفرية بعيدة عن أقوال أهل الملل.

والمشهور عند الفقهاء : أنّ حكمهم حكم اليهود والنصارى في التقرير بالجزية وعصمة الدم والمال ، لقوله عليه السلام : ستّوا بهم سنّة أهل الكتاب ^(٤) ومنع ابن

(١) الاستبصار : ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكافر ص ١٧٩ الحديث ٤.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكافر ص ١٨٠ الحديث ٨.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكافر ص ١٨١ الحديث ١٠.

(٤) الموطأ : ج ١ كتاب الزكاة ٢٤ باب جزية أهل الكتاب والمجوس الحديث ٤٢ ولفظه (عن جعفر

وإذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه ، سواء كان قبل الدخول أو بعده «ولو أسلمت زوجته دونه ، انفسخ في الحال ، إن كان قبل الدخول ، ووقف على انقضاء العدة إن كان بعده ، وقيل : إن كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا ، ولا يمكن من الدخول عليها ليلا ، ولا من الخلوة بها نهارا وغير الكتابيين يقف على انقضاء العدة بإسلام أيهما اتفق ، ولو أسلم الذمي وعنده أربع فما دون لم يتخير ، ولو كان عنده أكثر من أربع تخير أربعاً.

إدريس عن مناكحتهم^(١) وهو حسن ، والروايات خالية عن ذكر المجوسيات.

قال طاب ثراه : ولو أسلمت زوجته «أي زوجة الذمي» دونه انفسخ في الحال إن كان قبل الدخول ووقف على انقضاء العدة إن كان بعده ، وقيل : إن كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا ، ولا يمكن من الدخول عليها ليلا ، ولا من الخلوة بها نهارا.

أقول : القول المحكي للشيخ في النهاية وكتابي الأخبار^{(٢) (٣)}.

معوّلاً على رواية جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام

بن محمد بن علي عن أبيه : إن عمر بن الخطاب ذكر المجوس ، فقال : ما أدرى كيف أصنع في أمرهم فقال : عبد الرحمن بن عوف : أشهد لقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : سنوا بهم سنة أهل الكتاب) ونقله العلامة في التذكرة.

(١) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩١ س ١٢ فبعد نقل قول الشيخ في التبيان وقول المفيد في المقنعة بالمنع ، قال : وهو الصحيح الذي لا خلاف فيه ويقتضيه أصول المذهب ، وقوله تعالى إلخ.

(٢) النهاية : باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٧ س ١٣ قال : فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل إلخ.

(٣) سيأتي.

أنه قال : في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت امرأته قبله ، ولم يسلم؟ قال : هما على نكاحهما ، ولا يفرق بينهما ، ولا يترك يخرج بها من دار الإسلام إلى دار الكفر ^(١) وهي مرسله ، ومعارضة بصحيحة البنزطي قال : سألت الرضا عليه السّلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية ، فتسلم ، هل يحلّ لها أن تقيم معه؟ قال : إذا أسلمت لم تحلّ له ، قلت : جعلت فداك فإن أسلم الزوج بعد ذلك أيكونان على النكاح؟ قال : لا ، إلا بتزويج جديد ^(٢) وبالأول قال في الخلاف ^(٣) وهو مختار القاضي ^(٤) وابن إدريس ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧). لأنّ التزويج نوع سلطنة على الزوجة لقوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» ^(٨) والكافر منفى السلطنة على المسلم ، لقوله تعالى «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» ^(٩) وللرواية المتقدمة.

- (١) التهذيب : ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٢.
- (٢) التهذيب : ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٣.
- (٣) الخلاف : كتاب النكاح مسألة ١٠٥ قال : وهكذا إذا كانا كتابيين فأسلمت الزوجة إلخ.
- (٤) المهذب : ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٧ س ١٣ قال : فإن أسلمت الزوجة ولم يسلم الرجل لم يكن له عليها سبيل إلخ.
- (٥) السرائر : كتاب النكاح ص ٢٩١ س ١٤ قال : فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل فإنه ينتظر به عدتها إلخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف : كتاب النكاح ص ٨٤ س ٥ قال بعد نقل قول ابن البراج وابن إدريس : وهو المعتمد.
- (٨) النساء : ٣٤.
- (٩) النساء : ١٤١.

وروى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام : أنَّ إباق العبد بمنزلة الارتداد ، فإن رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها ، وإن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها ، وفي الرواية ضعف.

قال طاب ثراه : وروى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام إنَّ إباق العبد بمنزلة الارتداد ، فإن رجع والزوجة في العدة فهو أحقَّ بها ، وإن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها ، وفي الرواية ضعف.

أقول : هذه رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال : سألتُه عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة حرة ، فتزوجها ، ثمَّ إنَّ العبد أبق من مواليه ، فقال : ليس لها على مولاه نفقة ، وقد بانَّت عصمتها منه ، فإنَّ إباق العبد طلاق امرأته ، وهو بمنزلة المرتد عن الإسلام ، قلت : فإن رجع إلى مواليه يرجع إليه امرأته؟ قال : إن كانت قد انقضت عدتها منه ثمَّ تزوجت غيره فلا سبيل له عليها ، فإن لم تتزوج ولم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الأوَّل ^(١) وبمضمونها أفق الشيخ في النهاية ^(٢) وخصَّ ابن حمزة الحكم المذكور بكون العبد زوجاً لأمة تزوجها بإذن السيدين ^(٣) ومنع ابن إدريس وقال : النفقة لازمة للسيد ولا تبين منه إلا بالطلاق ^(٤) واختاره

(١) الفقيه : ج ٣ (١٤١) باب أحكام المماليك والإماء ، ص ٢٨٨ الحديث ١٦ وفيه (فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد).

(٢) النهاية : باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٨ س ١٥ قال : وإذا أذن الرجل لعبده في التزويج إلخ.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان العقد على العبيد والإماء ص ٣٠٧ س ١ قال : وإذا تزوج عبد بامة غير سيده ورضي سيدهما.

(٤) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٢٥ قال : والذي يقتضيه الأدلة أن النفقة ثابتة على السيد إلخ.

مسائل سبع

الأولى : التساوي في الإسلام شرط في صحة العقد وهل يشترط التساوي في الإيمان؟
الأظهر : لا ، لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة نعم لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام.

المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) وفخر المحققين ^(٣) لضعف سند الرواية ، فإن عمار فطحي .
قال طاب ثراه : وهل يشترط التساوي في الإيمان؟ الأظهر : لا ، لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة.

أقول : مذهب المصنف الاكتفاء بالإسلام ، فيجوز تزويج المؤمنة بالمخالف عنده على كراهية ، وهو مذهب ابن حمزة ^(٤) وظاهر المفيد ^(٥) وأبي علي ^(٦) ونقل عن عماد

(١) لا حظ عبارة النافع.

(٢) المختلف : في نكاح الإمام والمماليك ص ٢٣ س ٢٥ قال بعد الطعن في الرواية : نمنع المساواة في الحكم بين الارتداد والإباق.

(٣) الإيضاح : ج ٣ ، المطلب الخامس في النفقة ص ١٢٤ س ٢ قال : فالأولى الاعتماد على الأصل وهو البقاء.

(٤) الوسيلة : كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٣ قال : ويكره أن يزوجه كريمة من خمسة : من المستضعف المخالف ألا مضطرا إلخ.

(٥) المقنعة : ص ٧٨ باب الكفاية في النكاح قال : والمسلمون الأحرار يتكافئون بالإسلام والحرية في النكاح الى ان قال : فالمسلم إذا كان واجدا طولا الى قوله : فهو كفو في النكاح إلخ.

(٦) المختلف : الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٢٥ س ٦ قال : وقال ابن الجنييد : والإسلام جامع وأهلوه اخوة إلخ.

الدين الطبرسي^(١) وقال الشيخ في المبسوط : يعتبر الايمان^(٢) وبه قال الراوندي^(٣) وابن إدريس^(٤) وهو مذهب العلامة^(٥) وفخر المحققين^(٦).
احتج الأولون بعموم الآية وبما رواه محمد بن الفضيل الهاشمي قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار^(٧).
ومثلها رواية محمد بن الفضيل عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام : الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار^(٨).
احتج الآخرون بما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام : ولا يتزوج المستضعف مؤمنة^(٩).
وفي رواية زرارة عنه عليه السلام قال : إنّ العارفة لا توضع إلّا عند عارف^(١٠).

- (١) مجمع البيان : قال في تفسيره لآية ٣٢ من سورة النور ص ١٤٠ ما لفظه : وقيل : ان معنى الصلاح ها هنا الايمان.
- (٢) المبسوط : ج ٤ كتاب النكاح ص ١٧٨ س ١٥ قال : الكفاءة معتبرة بلا خلاف في النكاح ، وعندنا هي الإيمان إلخ.
- (٣) فقه القرآن : ج ٢ باب ضروب النكاح ص ٩٤ س ١٨ قال : واما شرائط الأنكحة إلى قوله : وكون المتعاقدين متكافئين في الدين إلخ.
- (٤) السرائر : باب الكفاءة في النكاح ص ٢٩٥ س ٤ قال : فعندنا أن الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران الإيمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها إلخ.
- (٥) و (٦) القواعد : المطلب الرابع : الكفاءة معتبرة في النكاح ، والمراد بها التساوي في الإسلام والإيمان إلخ وأورده في الإيضاح : ج ٣ ص ٢١ وارتضاه ولم يعلق عليه.
- (٧) التهذيب : ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ٣
- (٨) التهذيب : ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ١.
- (٩) الكافي : ج ٥ باب مناقحة النصاب والشكك ص ٣٤٩ قطعة من حديث ٨.
- (١٠) الكافي : ج ٥ باب مناقحة النصاب والشكك ص ٣٥٠ قطعة من حديث ١١ والراوي الفضيل بن يسار.

ولا يشترط تمكّن الزوج من النفقة ، ولا يتخيّر الزوجة لو تجدد العجز عن الإنفاق ويجوز نكاح الحرة العبد ، والهاشمية غير الهاشمية ، والعربية العجمي ، وبالعكس.

وسئل الصادق عليه السّلام عن امرأة مؤمنة عارفة ، وليس بالموضع أحد على دينها ، هل تتزوّج منهم؟ قال : لا تتزوّج إلّا من كان على دينها ، وأنتم فلا بأس أن تتزوّج الرجل منكم المستضعفة البلهاء ، وأما الناصبة بنت الناصبة فلا ولا كرامة لأن المرأة البلهاء المستضعفة تأخذ من أدب زوجها ، ويردّها إلى ما هو عليه ^(١).

قال طاب ثراه : ولا يشترط تمكّن الزّوجة من النفقة «الإنفاق خ ل» ولا يتخير المرأة لو تجدد العجز عن الإنفاق.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : هل يشترط تمكّن الزوج من النفقة ابتداء أم لا؟

قيل فيه ثلاثة أقوال :

(أ) نعم ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ^(٢) ولعله نظر الى مشابهة العقد للمعاوضة ولهذا تسقط نفقتها لو أخلت بالتمكين ، ولو أرادت منعه بالكلية كرها له ، شرّع لها الخلع بعوض يرضى ببذله بالغاً ما بلغ ، وسمّي فدية ، ولا تملك الرجوع إلّا مع رجوعها ، فكان معاوضة من هذه الوجوه ، ومع عجز المتعاضين يفسد المعاوضة ،

(١) دعائم الإسلام : ج ٢ ص ١٩٩ الحديث ٧٣٢ والحديث عن أبي جعفر عليه السّلام ، وتام الحديث (فتزوّجوا إن شئتم في الشكاك ، ولا تزوجهم ، فأما أهل النصب لأهل بيت محمّد والعداوة لهم المبينين بذلك المعروفين به الذين يتحلونه دنيا فلا تحالطوهم ولا توادّوهم ولا تنكحوهم) مع اختلاف.

(٢) المبسوط : ج ٤ كتاب النكاح ص ١٧٩ س ٨ قال : واليسار عندنا شرط ، وحده ما امكنه معه القيام بنفقتها إلخ.

كبيع الآبق وما لا ينتفع به.

(ب) لا يشترط ، لكن للمرأة خيار الفسخ مع عدم يساره بنفقتها إذا لم يعلم حالة العقد ، وهو اختيار ابن إدريس ^(١) ، لقوله تعالى «فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» ^(٢) والإمساك مع تعذر الإنفاق ، ليس بإمساك بمعروف ، فتعين التسريح.

(ج) لا يشترط ، وليس للمرأة الخيار ، لقوله تعالى «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» ^(٣) ومع تسلط المرأة على الفسخ ينتفي فائدة الأمر هنا.

ولقوله عليه السلام : إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجه ^(٤).

سأله رجل فقال : لمن نزوج؟ قال : الأكفاء ، قال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله من الأكفاء؟ قال : المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ^(٥) فلو اشترط مع الإيمان في الكفاءة شرط آخر ، لكان الإيمان أعم ، ولا يجوز التعريف بالأعم ، بل بالمساوي في العموم والخصوص ، واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) وفخر المحققين ^(٨).

(١) السرائر : باب الكفاءة في النكاح ص ٢٩٥ س ٥ قال : والأولى أن يقال : إنَّ اليسار ليس بشرط في صحة العقد ، وإنما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً بنفقتها إلخ.

(٢) البقرة : ٢٢٩.

(٣) النور : ٣٢.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ قطعة من حديث ٢ وص ٣٩٥ الحديث ٤ وص ٣٩٦ الحديث ٨ و ١٠.

(٥) التهذيب : ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٨ قطعة من حديث ١٢.

(٦) لا حظ عبارة النافع.

(٧) القواعد : المطلب الرابع الكفاءة ص ٦ س ٢٣ قال : وهل التمكن من النفقة شرط؟ قيل : نعم ، والأقرب العدم.

(٨) الإيضاح : ج ٣ في الكفاءة ص ٢٣ س ١٦ قال : والأصح عندي اختيار والدي.

.....

الثانية : لو تجدد العجز عن الإنفاق ، هل لها الفسخ؟

فنقول : على القول بالاشتراط ابتداء ، أو ثبوت الخيار ، يتسلط على الفسخ مع تجدد العجز ، لفقدان الشرط ، وحصول الضرر بالصبر ، وقال تعالى «**وَلَا تُضَارُّوهُنَّ**»^(١) وعلى القول بعدمه ، هل يفسخ مع تجدد؟ قال ابن الجنيدي : نعم^(٢) ، لأنه ضرر عظيم على المرأة ، وهو منفي بالآية^(٣) ، واختاره العلامة في المختلف^(٤) دفعا للضرر الحاصل بها ، لاحتياجها إلى المؤنة ، وتحريم تزويجها بغيره ، ونقل ابن إدريس عن بعض أصحابنا ، ونقل المصنف عن بعض علمائنا : أن للحاكم أن يبينها^(٥) ^(٦).

ولعل مستنده رواية ربي والفضيل بن يسار جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن أنفق عليها ما تقيم حياتها مع كسوة ، وإلا فرق بينهما^(٧) .
والمشهور عدم الفسخ ، لأصالة البقاء ، ولعموم قوله تعالى «**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ**
إِلَى مَيْسَرَةٍ»^(٨).

(١) الطلاق : ٦ .

(٢) المختلف : الفصل الثامن في النفقات ، ص ٣١ قال : مسألة المشهور أنه لا خيار للزوجة في الفسخ بالإعسار من النفقة الى ان قال : وقال ابن الجنيدي : بالخيار .

(٣) اي قوله تعالى «**وَلَا تُضَارُّوهُنَّ**» .

(٤) المختلف : الفصل الثامن في النفقات ، ص ٣١ س ١٤ قال بعد الجواب عن المعارض : بل نقول بالخيار في الفسخ ، ونحن في ذلك من المتوقفين .

(٥) لم أعثر عليه في كلام ابن إدريس .

(٦) الشرائع : في نفقة الأقارب ، الرابعة قال : إذا دافع بالنفقة الواجبة أجبره الحاكم ، فان امتنع حبسه إلخ . وليس فيه كلمة البيونة فلا حظ وتأمل .

(٧) الفقيه : ج ٣ (١٣١) باب حق المرأة على الزوج ص ٢٧٩ الحديث ٦ وفيه (ما يقيم ظهرها) بدل (ما يقيم حياتها) .

(٨) البقرة : ٢٨٠ .

وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته ، وإن كان أخفض نسبا ، وإن منعه الولي كان عاصيا.

ويكره أن يزوجه الفاسق ، ويتأكد في شارب الخمر ، وأن تزوجه المؤمن المخالف ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد.

قال طاب ثراه : ولو خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته وإن كان أخفض نسبا وإن منعه الولي كان عاصيا.

أقول : ذكر محمد بن يعقوب في كتابه مرفوعا إلى علي بن مهزيار قال : كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته ، فإنه لا يجد أحدا مثله ، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وإنك لا تجد أحدا مثلك ، فلا تنظر في ذلك يرحمك الله ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه ، فزوجه ، ﴿إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ﴾^(١).

وعن علي بن الحكم عن أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار^(٢).

قال العلامة : إلّا للعدول إلى الأعلى^(٣) (٤).

والأولى يفسد ذلك بكونه منتفيا ، أو مع رضاها ، وإلا فالأولى تزويجه إذا جمع

(١) الكافي : ج ٥ باب آخر منه ص ٣٤٧ الحديث ٢.

(٢) الكافي : ج ٥ باب الكفو ص ٣٤٧ الحديث ١.

(٣) القواعد : المطلب الرابع الكفاءة ص ٦ س ٢٥ قال : ولو امتنع الولي كان عاصيا إلّا للعدول إلى الأعلى.

(٤) قال في جامع المقاصد : ج ٢ في الكفاءة ص ٣١٠ بعد نقل ما عن العلامة : بناء على القول بأن للأب أو الجد ولاية على البكر البالغ الرشيدة. ثم قال : ولو أراد الولي العدول على الأعلى من المخاطب لم يكن عاصيا بالتأخير.

الوصفين ، ولا يضره خفاضة نسبه وفقره مع صلاحه.

قال الصادق عليه السلام : إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله زوج مقداد بن الأسود ضباعة ^(١) بنت الزبير بن عبد المطلب ، ثمّ قال : إنّما زوجها بالمقداد لتتضع المناكح ، وليتأسوا برسول الله صلى الله عليه وآله ، ولتعلموا إنّ أكرمكم عند الله أتقاكم ، وكان الزبير أخا عبد الله وأبي طالب لأبيهما وأمهما ^(٢) ^(٣).

ويكره تزويج الفاسق ، ويتأكّد شارب الخمر.

لقوله عليه السلام : الكفو أن يكون عفيفا ^(٤).

ولقوله عليه السلام : من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها ^(٥).

وقال رسول الله صلى الله عليه وآله : شارب الخمر لا يزوّج إذا خطب ^(٦).

وروى زرارة بن أعين عن الصادق عليه السلام قال : تزوّجوا في الشكّ ولا تزوّجوهم فإنّ المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه ^(٧).

وروى محمد بن يعقوب مرفوعا إلى الفضيل بن يسار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّ لامرأتى أختا عارفة على رأينا ، وليس على رأينا بالبصرة إلّا قليل ،

(١) وفي رواية أخرى (ضبيعة) مصغرا.

(٢) بيان ضباعة بالضاد المعجمة وبالباء الموحدة والعين المهملة ، و (يتضع) من الاتضاع ضد الارتضاع (وإني كتاب النكاح باب الكفاءة ص ١٨).

(٣) الكافي : ج ٥ ، باب آخر منه (من أبواب إنّ المؤمن كفو المؤمن) ص ٣٤٤ الحديث ٢.

(٤) تقدم في حديث علي بن الحكم ، وأيضا التهذيب : ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ١ و ٣.

(٥) الكافي : ج ٥ باب كراهية أن ينكح شارب الخمر ، ص ٣٤٧ الحديث ١.

(٦) الكافي : ج ٥ باب كراهية أن ينكح شارب الخمر ، ص ٣٤٨ الحديث ٢.

(٧) الكافي : ج ٥ باب مناهضة التّصاب والشكّ ص ٣٤٩ الحديث ٥ ومثله الحديث ١ من تلك الباب عن أبي بصير.

الثانية : إذا انتسب إلى قبيلة وبان من غيرها ، ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح.

فأزوجه ممن لا يرى رأيها؟ قال : لا ، ولا نعمة ولا كرامة ، إن الله عز وجل يقول :
«فَلَا تَرْجِعُوهُمْ إِلَى الْكَفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ» ^(١) ^(٢).
وفي هذه الرواية نصرة لمذهب العلامة ^(٣) وإيماء إلى مذهب علم الهدى رحمه الله ^(٤).
وروى جميل بن دراج عن زرارة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : إني لأخشى أن
لا يحل لي ، من ان أتزوج على من لم يكن من أمري؟ فقال : ما يمنعك من البله من النساء؟
قلت : وما البله؟ قال : هنّ المستضعفات اللاتي لا ينصبن ولا يعرفن ما أنتم عليه ^(٥).
قال طاب ثراه : إذا انتسب الى قبيلة وبان من غيرها ، ففي رواية الحلبي تفسخ
النكاح.

أقول : قال الشيخ في النهاية : إذا انتمى الرجل إلى قبيلة وتزوج ، فوجد على خلاف
ذلك ، بطل التزويج ^(٦) وبه قال ابن حمزة ^(٧) وأبو علي ^(٨) وجعله القاضي رواية ^(٩)

(١) الممتحنة : ١٠.

(٢) الكافي : ج ٥ باب مناكة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ الحديث ٦.

(٣) في هامش بعض النسخ ما لفظه (في انه يشترط التساوي في الايمان).

(٤) في هامش بعض النسخ ما لفظه (لأنه يقول بكفرهم وتنجيسهم وهذه الرواية دالة على ذلك).

(٥) الكافي : ج ٥ باب مناكة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ الحديث ٧.

(٦) النهاية : باب التدليس في النكاح ص ٤٨٩ س ١ قال : وإذا انتمى رجل الى قبيلة بعينها إلخ.

(٧) الوسيلة : فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٩ قال : وانتساب إلى قبيلة معينة وقد بان خلافه.

(٨) المختلف : الفصل الرابع في العيوب ص ٤ س ٢٥ قال بعد نقل قول الشيخ : واختاره ابن الجنيد.

(٩) المهذب : ج ٢ ، باب التدليس في النكاح ص ٢٣٩ س ٢ قال : وقد روي أن الرجل إذا ادعى إلخ.

وقال في المبسوط : الأقوى انه لا خيار لها ، ومن الناس من قال : الخيار لها ، وقد روي ذلك في أخبارنا ^(١) ، وقال ابن إدريس : ليس لها الفسخ ، لأصالة بقاء العقد ولزومه ، ولقوله تعالى «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ^(٢) ثم قال : ويردّ من حيث التدليس بالشرط ، وفرق بين التدليس والعيب ، فإنّ العيب يرّد به وإن لم يشترط السلامة منه في حالة العقد ، بل بمجرد العقد يرّد النكاح بعيب الخلقة ، وأمّا التدليس فاذا شرط في نفس العقد وخرج بخلافه فإنه يرّد به النكاح ^(٣) وقال المصنف في الشرائع : لا يفسخ به ^(٤) واختاره العلامة في القواعد ^(٥) وقال في المختلف : إذا انتسب الى قبيلة فبان أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ ، محتجّاً بصحيفة الحلبي في رجل يتزوج المرأة فيقول : أنا من بني فلان ، فلا يكون كذلك؟ قال : يفسخ النكاح ، أو قال : تردّ النكاح ^(٦) ^(٧) وقال فخر المحققين : لها الفسخ إن شرط في نفس عقد النكاح وإلا فلا ^(٨).

(١) المبسوط : ج ٤ ص ١٨٩ س ١ قال : وإن كان الغرور بالنسب إلى أن قال : فالأقوى انه لا خيار لها ، وفي الناس من قال لها الخيار وقد روي ذلك في أخبارنا.

(٢) المائدة : ١ .

(٣) السرائر : باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٨ س ٣٧ قال : والأظهر أنه لا يفسخ بذلك النكاح الى أن قال : ألا ان هذا وان لم يكن عيباً فإنه يرّد به لأنه تدليس إلخ.

(٤) الشرائع : (الأولى الكفاءة) قال : ولو انتسب الزوج إلى قبيلة الى قوله : وليس لها وهو أشبه.

(٥) القواعد : المطلب الرابع الكفاءة ص ٧ س ١ قال : ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها ، فالأقرب انتفاء الفسخ.

(٦) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ، ص ٤٣٢ قطعة من حديث ٣٥.

(٧) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٤ س ٣٣ قال : والأقرب أنه إذا انتسب الى قبيلة فبان أدنى منها إلخ.

(٨) الإيضاح : ج ٣ المطلب الرابع في الكفاءة ص ٢٥ س ١٦ قال : والأقوى عندي أنه لا فسخ إن لم يشترط في نفس العقد.

الثالثة : إذا تزوّج امرأة ثمّ علم أنها كانت قد زنت ، فليس له الفسخ ، ولا الرجوع على الولي بالمهر ، وفي رواية لها الصداق بما استحلّ من فرجها ويرجع به على الولي ، وإن شاء تركها.

فقد انشعبت المسألة إلى أربعة مذاهب :

(أ) الفسخ مطلقا ، قاله في النهاية.

(ب) عدمه مطلقا ، قاله في المبسوط.

(ج) الفسخ إن كان شرفها لا يلائم نسبه ، قاله العلامة في المختلف.

(د) الفسخ إن شرط في متن العقد وإلا فلا ، قاله فخر المحققين.

ووجه قول العلامة وولده الجمع بين القولين المتقدمين.

فرعان

(أ) لو انتسب إلى صناعة ، هل يكون الحكم فيه كالقبيلة؟ قال ابن الجنيد : نعم ^(١).

(ب) هل هذا الحكم مشترك بين الرجل والمرأة؟ نص عليه أبو علي ^(٢) وتبعه ابن حمزة

^(٣) ولم يتعرّض لها الباقر.

قال طاب ثراه : إذا تزوّج امرأة ثمّ علم أنها كانت زنت ، فليس له الفسخ ، ولا

الرجوع على الولي بالمهر ، وفي رواية لها الصداق بما استحلّ من فرجها ، ويرجع به على الولي

، وإن شاء تركها.

(١) و (٢) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٤ قال : مسألة ، قال ابن الجنيد : ولو نسب أحد الزوجين الى

نسب أو صناعة ولم يكن كذلك كان النكاح منفسخا ان لم يرضه الآخر إلخ.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ، ص ٣١١ س ١٨ قال : وما يعمّهما (أي الرجل

والمرأة) إلى قوله : وانتساب إلى قبيلة معينة ، أو أب بعينه وقد بان بخلاف ذلك.

الرابعة : لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية ، ويجوز في غيرها ، ويحرم التصريح في الحالين.

الخامسة : إذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ، ولا تحرم.

السادسة : نكاح الشغار باطل ، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين ، على أن مهر كل واحدة نكاح الأخرى.

السابعة : يكره العقد على القابلة المربية وبناتها ، وإن يزوج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد مفارقتها لها ، ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك ، وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه ، ويكره الزانية قبل أن تتوب.

أقول : العلم الحاصل للزوج قد يكون سببه التواتر ، أو المشاهدة ، أو قول المعصوم ، ويقوم مقامه الظن الشرعي كقيام البينة ، أو إخبار حاكم ، وهل يفسخ به النكاح؟ فيه أقوال :

(أ) ثبوت الخيار للزوج سواء أحدث فيه أو لا قاله الصدوق ^(١) وأبو علي ^(٢) وزاد ثبوته للمرأة بزنا الرجل واثبت به الخيار ، وإن حدث بعد العقد ، لاشتماله على العار. ولرواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن امرأة تزوج ، فعلم بعد ما تزوجها أنها قد زنت قال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها ، ولها الصداق بما استحلت من فرجها ، وإن شاء تركها ^(٣).

(١) المقنع : باب بدء النكاح ص ١٠٩ س ٥ قال : وإذا زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما إلخ.

(٢) المختلف : في العيوب ص ٦ قال : مسألة ، قال ابن الجنيد : الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٥ قطعة من حديث ٩.

(ب) ثبوت الخيار في المحدودة قاله المفيد ^(١) وتلميذه ^(٢) والتقّي ^(٣) والقاضي ^(٤).
 (ج) لا خيار في فسخ النكاح ، بل للزوج الرجوع على الوليّ بالمهر ، لتدليسه ، قاله
 في النهاية ^(٥) واختاره ابن إدريس ^(٦).
 (د) لا خيار ولا رجوع ، وهو اختيار المصنف ^(٧) والعلامة ^(٨) ، أما نفّي الخيار
 فلاصلة صحة العقد ، وعموم قوله تعالى «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ^(٩) ولصحيحة الحلبي عن الصادق
 عليه السلام قال : إنما يردّ النكاح من البرص والجنون والعفل ^(١٠) وإنما للحصر.

- (١) المنفعة : باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ٢١ قال : وإذا كان للرجل امرأة ففجرت الى قوله :
 كان بالخيار إلخ وقال في باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٥ : وترد البرصاء الى قوله : والمحدودة في الفجور.
 (٢) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال : ويردّ العميا الى قوله : والمحدودة في الفجور.
 (٣) الكافي : النكاح ، الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٤ قال : وإذا تزوّج الى قوله : أو محدودة ،
 كان له ردّها إلخ.
 (٤) المهذب : ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٤ قال : وأما ما يختص المرأة إلى قوله : وكونها
 محدودة في الزنا.
 (٥) النهاية : باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ٧ قال : والمحدودة في الزنا لا تردّ الى أن قال : ألا أن له أن
 يرجع على وليّها إلخ.
 (٦) السرائر : باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٢٠٩ س ١٢ قال : والذي يقوى في نفسي ان المحدودة لا
 تردّ بل يرجع إلخ.
 (٧) لاحظ عبارة النافع.
 (٨) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٢ س ١٠ قال : والأقرب عندي عدم الردّ به إلخ.
 (٩) المائدة : ١.
 (١٠) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ، ص ٤٢٤ حديث ٤.

القسم الثاني : في النكاح المنقطع

والنظر في أركانه وأحكامه :

وأركانه أربعة :

الأول : الصيغة وهو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصة ، وقال علم الهدى : ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل.

وصريح رواية رفاعه بن موسى عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن المحدودة ، هل ترد من النكاح؟ قال : لا ^(١).

وأما عدم الرجوع بالمهر ، فلأنّ التضمين وعدم الفسخ ممّا لا يجتمعان ، لأنّ الرجوع على الوليّ بالمهر لمكان تدليسه إيّاها ، إن كان ذلك نقصا ثبت معه الرجوع وخيار الفسخ ، وإن لم يكن نقصا لم توجب الرجوع.

القسم الثاني في النكاح المنقطع

قال طاب ثراه : وهو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصّة ، وقال علم الهدى : ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل.

أقول : قول السيد هنا مبني على مسألتين :

(أ) انعقاد التحليل بلفظ الإباحة.

(ب) ان التحليل عقد متعة.

وحينئذ لا يكون عقد المتعة في الإماء منحصرًا في الصيغ الثلاث ، بل هناك

(١) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٤ قطعة من حديث ٨.

الثاني : الزوجة ، ويشترط كونها مسلمة أو كتابية ، ولا يصح بالمشاركة والناصفة .
ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة ، وأن يسألها عن حالها مع التهمة ، وليس شرطاً ويكره بالزانية وليس شرطاً ، وأن يستمتع ببيكر ليس لها أب ، فإن فعل فلا يفتضها ، وليس محرماً ولا حصر في عددهن .
ويحرم أن يستمتع أمة على حرة إلا بإذنها ، وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن .

الثالث : المهر وذكره شرط ، ويكفي فيه المشاهدة ، ويقتدر بالتراضي ولو بكف من برّ ولو لم يدخل ووهبها المدة فلها النصف ، ويرجع بالنصف عليها لو كان دفع المهر ، وإذا دخل استقر المهر تماماً ، ولو أخلّت بشيء من المدة قاصّها ، ولو بان فساد العقد فلا مهر إن لم يدخل

لفظان آخران ينعقد بهما المتعة ، هما الإباحة والتحليل ^(١) .

وأما على القول بأن التحليل ليس عقد متعة ، بل هو تمليك منفعة ، فإنّ عقد المتعة يكون منحصرًا في الصيغ الثلاث ، وإن قلنا : أنّه عقد متعة ، وقلنا بعدم وقوعه بلفظ الإباحة كمذهب الشيخ ^(٢) كان عقد المتعة في الإماء منحصرًا في أربع صيغ ، في الثلاث مع التحليل وعلى قول السيد في خمس .

(١) المختلف : في نكاح الإماء ص ١٩ قال : مسألة ، نقل ابن إدريس عن السيد المرتضى في الانتصار أن تحليل المالك جاريته لغيره عقد ، والتحليل والإباحة عبارة عنه إلخ .

(٢) المبسوط : ج ٤ فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال : وأما تحليل الإنسان جاريته لغيره من غير عقد ، مدة فهو جائز عند أكثر أصحابنا إلخ .

ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقي ، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ، ويستعاد منها مع علمها ، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسنا.

قال طاب ثراه : ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقي ، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها ، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسنا.

أقول : إذا بان فساد العقد ، إمّا بأن ظهر لها زوج ، أو ظهرت أمّ زوجها ، أو بنتها ، أو أختها ، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء ، وإن كان بعده. قال الشيخ في النهاية : كان لها ما أخذت ولا يلزمه أن يعطيها ما بقي عليه ^(١) وقال ابن إدريس : كان ما أخذت حراما عليها ^(٢) قال المصنف : والوجه أنها إن كانت عاملة لم يكن عليها شيء ، لكونها بغيا ولا مهر للبغيا ، ويستعاد منها ما أخذت ، وإن كانت جاهلة كان لها المهر أجمع بما استحلّ من فرجها ^(٣) وبه قال العلامة ^(٤) والمصنف في الشرائع ^(٥) واستحسن في النافع بوجوب مهر المثل ^(٦) وهو المعتمد لبطلان العقد ، فلا يتعيّن ما ذكر فيه.

-
- (١) النهاية : باب المتعة وأحكامها ص ٤٩١ س ٩ قال : فان تبين بعد الدخول بها ان لها زوجا كان لها ما أخذت منه إلخ.
- (٢) السرائر : باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٣٧ قال : فان تبين له بعد الدخول بها ان لها زوجا ، أو هي في عدة لا يلزمه ان يعطيها شيئا وكان ما أخذت منه حراما عليها.
- (٣) لا حظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف : في نكاح المتعة ص ١٣ س ١٢ قال : والتحقيق أن نقول : إن كانت عاملة بأنّ لها زوجا إلخ.
- (٥) الشرائع : في النكاح المنقطع ، وأمّا المهر ، قال : ولو تبين فساد العقد إمّا بان ظهر لها زوج الى قوله : ولو قيل لها المهر ان كانت جاهلة ويستعاد ما أخذت ان كانت عاملة كان حسنا.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.

الرابع : الأجل ، وهو شرط في العقد ، ويتقدّر بتراضيهما ، كاليوم ، والسنة ، والشهر ، ولا بد من تعيينه ولا يصح ذكر المرة والمرة مجردة عن زمان مقدّر ، وفيه رواية بالجواز فيها ضعف.

احتج الشيخ بما رواه حفص البخاري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال : إذا بقي عليه شيء وعلم أنّ لها زوجا ، فما أخذته فلها بما استحلّ من فرجها ، ويحبس عنها ما بقي عنده ^(١) وأجاب العلامة بحمله على الجهل ، وقوله عليه السلام : «ويحبس عنها ما بقي عنده» على ما إذا بقي عليها من الأيام بقدره ^(٢).

وأورد عليه فخر المحققين نظرا من وجهين :

(أ) بطلان المسمى ببطلان العقد.

(ب) مهر المثل يجب بالدخول وجوبا مستقرا ، ولا تقسط على مدة ، ولا يسقط منه شيء ، قال : ويمكن حمله على أن المقبوض هو مهر المثل ^(٣) وهو حسن.

قال طاب ثراه : ولا يصح ذكر المرة والمرة مجردة عن زمان مقدّر ، وفيه رواية بالجواز ، فيها ضعف.

أقول : البحث هنا يقع في مقامين :

(الأوّل) عدم ذكر الأجل ، فنقول : ذكر الأجل شرط في عقد المتعة ، فلو أخلّ به بطل العقد ، لأنّ المشروط عدم عند عدم شروطه ، ولأنّ الدائم غير مقصود لها ، والعقود تابعة للدواعي والقصود.

ولصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام قال : لا يكون متعة إلّا بأمرين ،

(١) الكافي : ج ٥ ، باب حبس المهر إذا أخلفت ص ٤٦١ الحديث ٢.

(٢) المختلف : في نكاح المتعة ، ص ١٣ س ١٥ قال بعد نقل احتجاج الشيخ بما رواه حفص البخاري : والجواب انه محمول على الجهل إلخ.

(٣) الإيضاح : ج ٣ ، في المنقطع ص ١٢٨ س ١٤ قال بعد نقل قول العلامة : وفيه نظر لبطلان المسمى ببطلان سببه إلخ.

.....

بأجل مسمى ومهر مسمى^(١).

وهو اختيار العلامة ونقله عن والده^(٢) وقال ابن إدريس : يبطل العقد إن كان بلفظ المتعة ، وينقلب دائما إن كان بلفظ النكاح أو التزويج^(٣) وأطلق الشيخ القول بصحته دائما^(٤) وتبعه القاضي^(٥) وابن زهرة^(٦) والتقي^(٧) واختاره المصنف^(٨).

احتجوا : بأصالة صحة العقد ، وبأن لفظ المتعة من صيغ إيجاب الدائم والتمييز بينهما بذكر الأجل ، ولم يحصل ، فينصرف إلى الدوام ، لأصالة صحة العقد. وبما رواه ابن بكير في الموثق عن الصادق عليه السلام قال : إن سمي الأجل فهو متعة ، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات^(٩) ويمكن حمله على من أراد الدائم وعقد بلفظ

(١) الكافي : ج ٥ باب شروط المتعة ص ٤٥٥ الحديث ١.

(٢) المختلف : في نكاح المتعة ص ٨ س ٣٢ قال بعد نقل قول ابن إدريس : وهو الذي كان يفتي به والدي وهو المعتمد.

(٣) السرائر : باب النكاح ، المؤجل ، ص ٣١١ س ٧ قال : ولا بد من هذين الشرطين ، فان لم يذكر المدة إلخ.

(٤) النهاية : باب المتعة وأحكامها ص ٤٨٩ س ٧ قال : فان عقد عليها متعة ولم يذكر الأجل كان التزويج دائما.

(٥) المهذب : ج ٢ ص ٢٤١ س ٤ قال : فان ذكر الأجر ولم يذكر الأجل كان النكاح دائما إلخ.

(٦) (جوامع الفقهية) الغنية : ص ٦١١ قال : فصل في نكاح المتعة الى أن قال : فان ذكر المهر دون الأجل كان دواما.

(٧) الكافي : ص ٢٩٨ س ١ قال : وأما نكاح المتعة الى أن قال : فان ذكر الأجر ولم يذكر الأجل كان دواما.

(٨) لا حظ عبارة النافع.

(٩) الكافي : ج ٥ باب في انه يحتاج أن يعيد عليها الشرط بعد عقدة النكاح ص ٤٩٥ قطعة من حديث ١.

واما الأحكام فمسائل :

الأولى : الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد ، وذكر المهر من دون الأجل يقلبه دائما.

الثانية : لا حكم للشروط قبل العقد ، ويلزم لو ذكرت فيه.

الثالثة : يجوز اشتراط إتيانها ليلا أو نهارا ، وأن لا يطأها في الفرج ، ولو رضيت به بعد العقد جاز ، والعزل من دون إذنها ، ويلحق الولد وإن عزل ، لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللعان.

التمتع ، جمعا بين الأدلة.

(الثاني) لو ذكر أجلا مجهولا كما لو عين المرة والمرتين ولم يقرن بزمان محروس من احتمال الزيادة والنقصان ، فالأقرب البطلان ، وهو اختيار المصنف ^(١) والعلامة ^(٢). وقال الشيخ في النهاية : ينعقد دائما ^(٣) ووجهه أن الأجل لما كان مجهولا ساوى غير المذكور ، وذلك يوجب انعقاده دائما ، وهما ممنوعان.

وما رواه ابن فضال عن القاسم بن محمد ، عن رجل سماه قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة عن فرد واحد؟ قال : لا بأس ، ولكن إذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر ^(٤) وهي مرسله مع ضعف الطريق ، وهي غير دالة على مطلوب الشيخ ، لقوله : «فليحول وجهه ولا ينظر» دل على تحريمها بعد إيقاع

(١) لا حظ عبارة النافع.

(٢) المختلف : في نكاح المتعة ص ٩ س ٢ قال : مسألة يشترط في الأجل التعيين فلو ذكر مدة مجهولة بطل العقد.

(٣) تقدم آنفا.

(٤) الكافي : ج ٥ باب ما يجوز من الأجل ص ٤٦٠ الحديث ٥ وفيه (على عرد واحد).

الرابعة : لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً ، ولا لعان على الأظهر ، ويقع الظهار على تردّد.

الخامسة : لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين ، وقال المرتضى : يثبت ما لم يشترط السقوط نعم لو شرط الميراث لزم.

ما شرط ، وذلك ينافي انعقاده دائماً.

قال طاب ثراه : ولا تقع بالمتعة طلاق إجماعاً ، ولا لعان على الأظهر ، ويقع الظهار على تردّد.

أقول : قال السيد : يقع اللعان والظهار ^(١) وقال التقي : بوقوع الظهار دون اللعان ^(٢) وسيأتي تحقيقه في موضعه إن شاء الله.

قال طاب ثراه : لا يثبت بالمتعة ميراث ، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط نعم لو شرط التوارث لزم.

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

(أ) ثبوت الميراث في الأصل ، وتسقط باشتراط سقوطه حكاه المصنف عن السيد ^(٣) وهو مذهب الحسن ^(٤).

(ب) سقوطه في الأصل وتثبت بالشرط ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ^(٥) وبه

(١) الانتصار : في نكاح المتعة ص ١١٥ س ١٣ قال في جواب اعتراضهم ما لفظه (والذي ذكره رابعاً) الى قوله : والظهار أيضا يقع على المتمتع بها وكذلك اللعان إلخ.

(٢) الكافي : واما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال : ولا يصح بينهما لعان ، ويصح الظهار.

(٣) الانتصار : المتعة ص ١١٤ س ١٦ قال في جواب إشكالهم ، على ان مذهبنا ان الميراث قد يثبت في المتعة إلخ.

(٤) المختلف : في نكاح المتعة ص ١٠ س ٢٠ قال : فقال ابن أبي عقيل : الى أن قال : فان لم يشترط أن لا ميراث بينهما فمات أحدهما قبل صاحبه ورثه الآخر.

(٥) النهاية : باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ٣ قال : وليس في نكاح المتعة توارث ، الى ان قال :

قال ابن حمزة ^(١) والقطب الكيدري ^(٢) وهو ظاهر القاضي ^(٣) واختاره المصنف ^(٤).
(ج) عدم ثبوته مطلقا لأنه ليس ثابتا في الأصل ، فاشتراطه يجري مجرى اشتراط
توريث الأجنبي ، وهو مخالف للكتاب والسنة ، فيكون باطلا ، وهو مذهب التقى ^(٥) وابن
إدريس ^(٦) واختاره العلامة ^(٧) وأطلق الصدوق والمفيد نفى التوارث ^(٨) ^(٩) ولم يتعرضا لذكر
الشرط بنفي أو إثبات.

احتج الأولون : بأن الزوجية تصدق عليها ، فيدخل تحت عموم الآية.
وموثقة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سمعته يقول : الرجل يتزوج

اللهم إلا ان يشترط إلخ.

- (١) الوسيلة : فصل في بيان نكاح المتعة ص ٣٠٩ س ١٣ قال : ولا تثبت بهذا العقد النفقة والتوارث الا بشرط.
- (٢) المختلف : في نكاح المتعة ص ١٠ س ٣٢ قال بعد نقل قول ابن حمزة : وكذا قال الكيدري.
- (٣) المهذب : ج ٢ باب نكاح المتعة ص ٢٤٠ س ٤ قال : وأما نفى التوارث فلا يثبت بينهما ولو اشترط ،
وقال أيضا في ص ٢٤٣ س ٢ قال : فاما إن شرط التوارث ثبت ذلك إلخ ومراده ظاهر كما لا يخفى.
- (٤) لا حظ عبارة النافع.

- (٥) الكافي : وأما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال : ولا توارث بينهما وإن شرط ذلك.
- (٦) السرائر : باب النكاح المؤجل ص ٣١٢ س ٨ قال : وقال الباقر لا توارث الى قوله : فهذا الذي اُفتي به
إلخ.

- (٧) المختلف : في نكاح المتعة ص ١٠ س ٣٧ قال : والوجه ما قاله أبو الصلاح وهو اختيار ابن إدريس.
- (٨) المقنع : باب المتعة ص ١١٤ س ١٢ قال : ولا ميراث بينهما إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل.
- (٩) المقنعة : باب تفصيل أحكام ، ص ٧٦ س ٢٢ قال : ولا يجب به ميراث ولا نفقات.

السادسة : إذا انقضى أجلها ، فالعدة حيضتان على الأشهر وإن كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة وأربعون يوما ، ولو مات عنها ففي العدة روايتان أشبههما : أربعة أشهر وعشرة أيام.

السابعة : لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل ، ولو أرادته وهبها ما بقي من المدة ، واستأنف.

المرأة متعة إنهما يتوارثان ، إذا لم يشترط ، وإنما الشرط بعد النكاح^(١).
وأجاب الشيخ : بأن المراد إذا لم يشترط الأجل ، فإنهما يتوارثان ، لأنه يصير دائما ، دون أن يكون المراد به شرط الميراث^(٢).
احتج الشيخ بحسنة أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال : تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ، إن اشترط الميراث كان ، وإن لم يشترط لم يكن^(٣).
احتج النفاة : بأصالة عدم الميراث.
وبما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث؟ قال : ليس بينهما ميراث اشتراط أو لم يشترط^(٤).
قال طاب ثراه : إذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان على الأشهر.
أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في عدة الفرقة بعد الدخول ، إمّا بعد انقضاء الأجل ، أو قبله مع هبة

(١) الكافي : ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ١.
(٢) الاستبصار : ج ٣ (٩٨) باب انه إذا شرط ثبوت الميراث في المتعة ص ١٥٠ قال بعد نقل حديث محمد بن مسلم : فالوجه في هذا الخبر أن نحمله على أنه إذا لم يشترط الأجل فإنهما يتوارثان إلخ.
(٣) الكافي : ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ٢.
(٤) الاستبصار : ج ٣ (٩٨) باب انه إذا شرط ثبوت الميراث في المتعة ص ١٤٩ الحديث ٣.

.....

الباقى ، والظاهر عدم اشتراط قبولها ولا علمها ، فتحل له أختها.

وفي قدرها للأصحاب أقوال :

(أ) حيضتان للمستقيمة الحيض ، وللمستربة شهر ونصف قاله الشيخ في النهاية ^(١) وهو ظاهر المصنف ^(٢) وبه قال سلالر ^(٣) والقاضي في كتابيه ^(٤).

(ب) طهران للمستقيمة ، وهو اختيار العلامة ^(٥) وبه قال المفيد ^(٦) وابن إدريس ^(٧).

(ج) حيضة ونصف قاله الصدوق في المقنع ^(٨).

(د) حيضة مستقيمة ، قال الحسن ^(٩).

وأطبقوا الجميع على خمسة وأربعين يوما للمستربة ، واستند الكل إلى الروايات ،

(١) النهاية : باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ١٥ قال : وعدة المتعة إذا انقضت أجلها إلخ.

(٢) لا حظ عبارة النافع.

(٣) المراسم : ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٦ س ٥ قال : فمن تعدد بالأقراء ثم قال : وعدة الأمة والمتمتع بها حيضتان.

(٤) المهذب : ج ٢ ، باب نكاح المتعة ص ٢٤٣ س ١٢ قال : والمتمتع بها الى قوله : كان عليها العدة وهي حيضتان أو خمسة وأربعون يوما ، وفي المختلف ، في نكاح المتعة ص ١١ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ : وتبعه ابن البراج في كتابيه معا.

(٥) المختلف : في نكاح المتعة ص ١١ س ٢٤ قال بعد نقل قول المفيد : والمعتمد قول المفيد.

(٦) المقنعة : باب عدد النساء ص ٨٣ س ١٢ قال : وعدة المتمتع بها من الفراق قرء ان وهما طهران إلخ.

(٧) السرائر : باب العدد ص ٣٣٩ س ١٥ قال : وعدتها قرءان إن كانت ممن تحيض إلخ.

(٨) المقنع : باب المتعة ص ١١٤ س ١٣ قال : فاذا انقضت أيامها وهو حي فحيضة ونصف إلخ.

(٩) المختلف : في المتعة ص ١١ س ٢٣ قال : وقال ابن أبي عقيل : ان كانت ممن تحيض فحيضة مستقيمة إلخ.

.....

فإنها واردة بالمذاهب الأربعة.

الثانية : عدّة المتوفى عنها ، ويجب هنا وإن لم يدخل ، واختلفوا في كميتها ، فالشيخ
في النهاية : أربعة أشهر وعشرة أيام كالدائم ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) والتقّي ^(٣) وابن إدريس ^(٤)
والصديق في المقنع ^(٥) وهو اختيار المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧).
وقال المفيد وتلميذه : شهرين وخمسة أيام كعدّة الأمة ^(٨) ^(٩) وهو مذهب الحسن ^(١٠)
والسيد ^(١١).

-
- (١) النهاية : باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ١٧ قال : وإذا مات عنها زوجها الى قوله : أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٢) المهذب : باب نكاح المتعة ص ٢٤٤ س ١ قال : وإن كان ذلك بموت الرجل كان عليها العدة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٣) الكافي : فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٠ قال : وكذلك حكم المتمتع بها الى قوله : تعتد أربعة أشهر وعشرا.
- (٤) السرائر : باب العدد ص ٣٣٩ س ١٩ ، قال : وهذه (أي أربعة أشهر وعشرا) عدة المتمتع بها إذا توفي عنها زوجها إلخ.
- (٥) المقنع : باب المتعة ص ١١٤ س ١٢ قال : وإذا تزوّج الرجل امرأة متعة ثمّ مات عنها فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٦) لاحظ مختار النافع.
- (٧) المختلف : في المتعة ص ١١ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٨) المقنعة : باب عدة النساء ص ٨٣ س ١٣ قال : وعدّها من وفاة الزوج شهران وخمسة أيام.
- (٩) المراسم : ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٥ س ١١ قال : أو شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة أو متمتعا بها.
- (١٠) المختلف : في المتعة ص ١١ س ٣٤ قال بعد نقل قول المفيد وسالار : وهو أيضا قول ابن أبي عقيل.
- (١١) الانتصار : في التمتع ص ١١٤ س ١٩ قال في جواب حجة الجمهور : وأمّا ما ذكره ثانيا (أي

احتج الأولون : بعموم الآية ، وبصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال : سألتها ما عدّة المتمتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال : أربعة أشهر وعشرا ، ثمّ قال : يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى الزوج حرّة كانت أو أمة وعلى أيّ وجه كان النكاح من متعة أو تزويج أو ملك يمين ، فالعدّة أربعة أشهر وعشرا ، وعدّة المطلقة ثلاثة أشهر ، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرّة ، وكذلك المتعة عليها ما على الأمة ^(١) ولأنّه أحوط فقد دلّت هذه الرواية على أحكام :

(أ) الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام.

(ب) تعميم هذا الحكم لأقسام النكاح الثلاثة ، الدائم ، والمنقطع (المؤجل خ ل) وملك اليمين.

(ج) تعميم هذا الحكم للمنكوحات بالعقد حرائر كنّ أو إماء.

(د) عدّة المطلقة ثلاثة أشهر ، وهو محمول على المسترابة.

(هـ) تنصيف الأمة عن الحرّة في الطلاق.

احتج المفيد برواية علي بن أبي عبد الله بن علي بن أبي شعبة الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألتها عن امرأة تزوّج امرأة متعة ، ثمّ مات عنها ، ما عدّتها؟ قال : خمسة وستون يوما ^(٢) ولأنّها كالأمة في الحياة ، فكذا في الموت.

والرواية مرسلة ، وحملها الشيخ على كون المراد : إذا كانت الزوجة أمة قوم يتمتع بها الرجل بإذنهم ، فعدّتها عدّة الأمة شهران وخمسة أيام إذا لم تكن أمّهات أولاد ^(٣)

الاعتداد) فهم يخصون الآية التي تلوها في عدة المتوفى عنها زوجها ، لأنّ الأمة عندهم زوجة وعدّتها شهران وخمسة أيام ، فإذا جاز تخصيص ذلك بالدليل خصصنا المستمتع بها بمثله.

(١) الفقيه : ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (٢٠٣) باب عدّة المتمتع بها إذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ الحديث ٤.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (٢٠٣) باب عدّة المتمتع بها إذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ قال بعد نقل حديث ٤ فيحتمل أن يكون المراد به إذا كانت الزوجة أمة قوم إلخ.

القسم الثالث : في نكاح الإماء

والنظر إمّا في العقد ، وإمّا في الملك.

أمّا العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحا ما لم بأذن المولى ، ولو بادر أحدهما ففي وقوفه على الإجازة قولان ، ووقوفه على الإجازة أشبه وإن أذن المولى ، ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة ، ويثبت لمولى الأمة المهر ، ولو لم يأذن فالولد لهما ، ولو أذن أحدهما كان للآخر ، وولد

تنبيه

لا فرق في عدّة المتمتعة بين الحرّة والأمة ، فتعتدّ الأمة في غير الموت بقرءين مع الاستقامة ، ومع الرّيبة بشهر ونصف ، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام ، عملا بالعموم ، وبصريح رواية زرارة المتقدّمة ^(١) ، وهو مذهب ابن إدريس ^(٢) وقوّاه العلامة في المختلف ^(٣).

القسم الثالث في نكاح الإماء

قال طاب ثراه : ولو بادر أحدهما ففي وقوفه على الإجازة قولان ، ووقوفه على الإجازة أشبه.

(١) الفقيه : ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.

(٢) السرائر : باب العدة ص ٣٣٩ س ٢٥ قال : فأما عدة الأمة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشرا.

(٣) المختلف : في نكاح المتعة ص ١٢ س ٧ قال : وابن إدريس قال : عدّتها (يعنى الأمة المستمتع بها) أربعة أشهر وعشرة أيام إلى قوله : ولا يخلو عن قوة.

المملوكين رقّ لمولاهما ، ولو كانا لاثنين فالولد بينهما بالسوية ما لم يشترطه أحدهما وإذا كان أحد الأبوين حرا فالولد حرّ ، إلّا أن يشترط المولى رقيته على تردّد (١) ولو تزوّج الحرّ أمة من غير إذن مالكها ، فإن وطأها قبل الإجازة علما فهو زان ، والولد رقّ للمولى وعليه الحد والمهر ، ويسقط الحد لو كان جاهلا دون المهر ، ويلحقه الولد ، وعليه قيمته يوم سقط حيا.

أقول : مختار المصنف هو قول الشيخ في النهاية ^(١) وهو اختيار العلامة ^(٢) وقال ابن إدريس : يبطل من الرأس للنهي عنه ^(٣).
قال طاب ثراه : وإذا كان أحد الأبوين حرّا فالولد حرّ ، إلّا أن يشترط المولى رقيته على تردّد.

أقول : إذا زوّج المولى رقية بحرّ ، فإما أن يكون الرقيق عبدا أو أمة ، فإن كان عبدا كان الأصل في الولد الحرية إجماعا منا ، فان شرط المولى الرقية كان الولد رقيقا أيضا ، لم نقف فيه على مخالف ، والترّد من المصنف قدّس الله روحه ، ووجهه : أنّ الولد إذا كان في الأصل حرّا ، كان الشرط مشتملا على استرقاق الحر ، وهو مخالف للكتاب والسنة ، فيكون باطلا.

وان كان أمة فالمشهور أنه كذلك من غير فرق ، وقال ابن الجنيّد : الأصل في

(١) النهاية : باب العقد على الإمام والعبيد ص ٤٧٦ س ١٦ قال : ومتى عقد على أمة غيره بغير إذن مولاهما الى قوله : فإن رضى المولى إلخ.

(٢) المختلف : في نكاح الإمام ص ١٨ قال : مسألة ، قد بينا فيما تقدم أنّ العبد والأمة ممنوعان من عقد النكاح إلّا بإذن المولى ، فان بادر أحدهما من غير إذنه وقف على اجازته ، وهو أحد قولي الشيخ الى قوله : لنا انه عقد صدر من أهله إلخ.

(٣) السرائر : باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٥ س ٩ قال : والذي ينبغي تحصيله في ذلك أن يكون العقد باطلا إلخ.

.....

ولد المملوكة أنه رَقَّ إلا أن يشترط الزوج العتق^(١).

احتج الأولون بوجوه :

(أ) أن الأصل عدم التسلط على الغير خرج عنه المعلوم رَقَّه بالإجماع ، فبقي الباقي على الأصل.

(ب) أن العتق مبني على التغليب والسراية ، فجانب الحرية أقوى ، فيكون أرجح.

(ج) الروايات.

فمنها رواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال : إذا تزوج العبد الحرة ، فولده أحرار وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار^(٢).

ورواية إسحاق بن عمار عنه عليه السلام : في مملوك يتزوج بحرة قال : الولد للحرة ، وفي حرّ تزوج مملوكة قال : الولد للأب^(٣).

احتج أبو علي : بتغليب حق الآدمي على حقه تعالى.

وبرواية أبي بصير قال : لو أن رجلاً دبّر جاريته ثم زوّجها من رجل ، كانت جاريته وولدها منه مدبرين ، كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج إليهم مملوكتهم ، كان ما ولد لهم مماليك^(٤).

أجابوا : بأنها مقطوعة ومحمولة على اشتراط الرقية.

(١) المختلف : في نكاح الإمام ص ١٧ س ٢٧ قال : وقال ابن الجنيد : إذا تزوج الأمة سيدها ومولاتها فهو بمنزلتها رَقَّ إلخ.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٢٧) باب ان الولد لا حق بالحرّ من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٢.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٢٧) باب ان الولد لا حق بالحرّ من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٤.

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٢٧) باب ان الولد لا حق بالحرّ من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٥.

وكذا لو ادّعت الحرية فتزوّجها على ذلك ، وفي رواية : يلزمه بالوطء عشر القيمة ان كانت بكرا ، ونصف العشر لو كانت ثيبا ، ولو أولدها فكّهم بالقيمة ، ولو عجز سعى في قيمتهم ، ولو أبي عن السعي قيل : يفديهم الإمام ، وفي المستند ضعف ، ولو لم يدخل بها فلا مهر.

قال طاب ثراه : وكذا لو ادّعت الحرية فتزوّجها على ذلك ، وفي رواية يلزمه بالوطء عشر القيمة إلى آخره.

أقول : البحث هنا يقع في مقامات :

(الأوّل) يجب عوض البضع هنا إجماعا ، لأنه وطء ليس بزنا ، ولا عن ملك يمين ، فكان عليه عوضه. وفي قدره أقوال :

(أ) أنه المسمى ، وهو مذهب القاضي ^(١) واختاره العلامة ^(٢) لأنه عقد صحيح قبض فيه فيجب العوض الآخر ، وعروض الفسخ لا يوجب فساد من أصله ، وبه قال المفيد إن قبضته وكانت هي المدلّسة ^(٣).

(ب) مهر المثل وهو قول الشيخ في المبسوط ^(٤) لأنها ملك الغير ، والعقد موقوف على رضاه ، فاذا لم يرض ارتفع من أصله ، فكان كالفساد من رأس.

(ج) العشر مع البكارة ونصفه مع الشبوبة ، وهو مختار ابن حمزة ^(٥) وأبي

(١) المهذب : ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٦ س ١٦ قال : ولها المهر بما استحل من فرجها.

(٢) المختلف : في نكاح المتعة ص ٧ س ٣٩ قال : والتحقيق أن نقول : إذا تزوّجها على أنها حرة فخرجت أمة إلى قوله : كان عليه المهر لأنه عوض البضع إلخ.

(٣) المغنعة : باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٣ قال : ولا يأخذ منها شيئا منه بعد الدخول إلخ.

(٤) المبسوط : ج ٤ ، في العيوب التي توجب الردّ في النكاح ص ٢٥٥ س ١٤ قال : وإن كان بعد الدخول وجب لها مهر المثل إلخ.

(٥) الوسيلة : في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ١٨ قال : وعليه للسيد ما ذكرناه من عشر القيمة أو نصفه إلخ.

على^(١).

ومستنده رواية الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث إلى أن قال :
ولموا إليها عشر قيمتها إن كانت بكرا ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت
من فرجها^(٢).

(الثاني) في توضيح طريق الغرور ، وفيه مسائل :

(أ) دلّسها أجنبي بالحرية ، فالولد حرّ وعليه قيمته لمولاها يوم سقوطه حيا ، لأنه
وقت الخيلولة ، وعليه العقر والأرش ، وإن نقصت بالولادة ، ويرجع بذلك على المدّلس.
(ب) كان المدّلس سيدها ، فيصح النكاح ، ويحكم عليه بالحرية أن تلفظ بما يقتضي
العتق ، عملا بظاهر إقراره ، وإن لم يكن تلفظ بما يوجب الحرية ، لم يعتق ، وسقط عنه
الجميع ، قال في المبسوط : إلا أقل ما يكون مهرا^(٣) واختاره العلامة^(٤).
(ج) شهد لها بالحرية شاهدان ثمّ بين الخلاف ، فإنما يرجوعهما ، أو ثبوت تزويرهما ،
فان كان الأوّل لم ينقض الحكم بقولهما ، وضمننا للمولى قيمة الجارية والولد والمهر ، واستمر
النكاح وان كان بالتزوير نقض الحكم ، وكان الولد حرا ، وعلى الأب قيمته يوم سقوطه حيا
، والمهر ، ويرجع بذلك على الشاهدين ، وليس

(١) المختلف : في نكاح المتعة ص ٧ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : وعلى الزوج ان كانت بكرا
فاقتضها عشر قيمتها أو نصف عشرها.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٣٥) باب الأمة تزوّج بغير اذن مولاها ص ٢١٦ قطعة من حديث ٢.

(٣) المبسوط : ج ٤ ص ٢٥٦ س ٢١ قال : وهل يرجع بالكل أم لا؟ الى قوله : يبقى قليلا بقدر ما يكون مهرا
إلخ.

(٤) المختلف : في نكاح المتعة ص ٨ س ٣ قال : ثمّ ان كان المدّلس هو السيد رجع عليه بما دفعه إليها إلخ.

.....

عليهما قيمة الجارية.

(د) أن ينكح بسماع الشاهدين ، لا مع حكم الحاكم ، فالحكم فيه كتعويله على ظاهر الحرية.

(هـ) تزوّجها بظاهر الحال على الحرية ، فيلحق به الولد وعليه قيمته ، وعوض البضع والأرش إن حصل النقص بالولادة.

(و) تزوّجها لجهله التحريم مع علم الرقية ، فليحق به النسب ، وعليه قيمته ، وأرش نقص الجارية وعقرها.

(ز) تزوّجها مع علم التحريم والرق ، فيكون زانيا ، وعليه الحدّ إن لم يجز السيد العقد ، والولد رقّ ، وعليه أرش النقص بالولادة والعقر مع جهل الجارية ، لا مع علمها ، وأطلق أبو حمزة سقوط المهر ^(١) وإن أجاز السيد العقد استقرّ النكاح والمسمى والولد حرّ ، ولا قيمة ولا أرش.

فرع

لو دفع إليها المهر في موضع يجب للسيد ، استعاد ما وجد منه ، ويتبعها بما تلف ، وكذا يرجع عليها بما يغرمه من القيمة لو كانت هي الغايرة ، وقال التقي : الولد حرّ وعليه قيمته ويرجع بها على من تولّى أمرها ، فإن كانت هي التي عقدت على نفسها ، لم يرجع عليها بشيء ^(٢).

(الثالث) في الرجوع بقيمة الأولاد : ولا إشكال في الرجوع على الأب مع

(١) الوسيلة : في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٤ س ٣ قال : والمهر غير لازم.

(٢) الكافي : الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٨ قال : فان كانت هي التي دلّست نفسها إلخ.

يساره ، وان أعسر بها قال الشيخ : استسعى فيها ومع التعذر يفكهم الإمام من سهم الرقاب ^(١) وتبعه ابن حمزة ^(٢) وقال ابن إدريس : الذي يقتضيه أصول المذهب أنّ الإمام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب ، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة لأن ذلك السهم مخصوص بالعبيد والمكاتبين ، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين ، بل هم أحرار في الأصل ، وإنما أثناهم في ذمة أبيهم ، لأنّ من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى الأمّ ، فلما حال الأب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء ، وهو وقت الحيلولة ^(٣) وقال العلامة : وعلى الأب قيمته يوم سقط حيا ، فإن عجز فالوجه الانتظار به اليسار ، ولا يجب الاستسعاء ، ولا الأخذ من بيت المال وإن كان جائزا ، لكنه غير واجب ، لأنه من المصالح ، وكذلك الحال لو تزوجها على ظاهر الحال بالحرية من غير أن يشهد لها أحد ، لأنه مال ثبت في ذمته ، وهو عاجز عنه ، فليُنظر ، للآية ^(٤).

احتج الشيخ بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن مملوكة أتت قوما وهي تزعم أنها حرّة ، فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولدا ، ثمّ إنّ مولاها أتاها فأقام عندهم البينة أنها مملوكته وأقرّت الجارية بذلك؟ قال : تدفع هي إلى مولاها وولدها ، وعلى مولاها أن تدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه ، قلت :

(١) النهاية : باب العقد على الإمام والعبيد ص ٤٧٧ س ٦ قال : استسعى في قيمتهم فان أبي ذلك كان على الإمام إلخ.

(٢) الوسيلة : في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ١٩ قال : فان عجز استسعى فيها ، فان لم يسع دفع الإمام إلخ.

(٣) السرائر : باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٥ س ١٩ قال : والذي يقتضيه أصول المذهب أنّ الإمام لا يعطي إلخ.

(٤) المختلف : في نكاح الإمام ص ١٥ س ٣٦ قال : وعلى الأب دفع قيمته يوم سقط حيا الى قوله : فليُنظر للآية.

فان لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال : يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤدّيه ويأخذ ولده ، قلت : فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال : فعلى الإمام أن يفديه ، ولا يملك ولد حرّ^(١) . وأجيب بالطعن في السند ، وحمل الأمر بالسعي على الاستحباب ، وليس في الرواية تقييد للافتداء بسهم الرقاب ، مع احتمالها ، فان المدفوع الى المولى إنما هو عوض عن رقبة من شأنها أن يقوم ويزال يد المولى عنها ، فدخلت تحت الآية.

واعلم أنّ هذه الرواية قد دلّت على أمور :

- (أ) إنّ ولد الجارية ملك للسيد ، بقوله : «تدفع هي وولدها».
- (ب) لحوق النسب بالأب ، بقوله : «ويسعى في ثمن ابنه».
- (ج) وجوب دفعه على السيد ، بقوله : «ويدفع الولد إلى أبيه».
- (د) وجوب القيمة على الأب.
- (هـ) إنّ اعتبار القيمة يوم يصير إلى الأب.
- (و) وجوب السعي على الأب مع فقره.
- (ز) جواز حجر السيد على الولد حتى يأخذ الثمن بقوله : «حتى يؤدّيه ويأخذ ولده».

(ح) إنّ الأب إذا أبي السعي فكهم الإمام.

(ط) إنّ الولد حرّ في الأصل ، بقوله : «ولا يملك ولد حرّ».

وفي بعض هذه الاحكام منع.

فروع

(أ) انما يجب على الأب الفكّ يوم الولادة وسقوطه حيا ، فلو سقط ميتا ، أو

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٣٥) باب الأمة تزوّج بغير اذن مولاه ص ٢١٧.

ماتت الأمّ حاملاً لم يجب على الأب قيمته ، وكذا لو مات قبل دفعه الى الأب ، ولو سقطت
بجناية جان ألزم الجاني دية الجنين الحرّ مائة دينار للأب ، فكان على الأب عشر قيمة الأمّ
للمولى ، لأنّ ذلك هو قيمة الولد قبل انفصاله ، ولو لم تصر إلى الأب الدية لم يجب عليه
قيمه.

(ب) الأب سبب في إتلاف الولد على السيد بحريته فالقيمة لازمة لذمته ، ولو مات
قبل دفعها خاص المولى غرماءه في التركة ، وكذا لو حجر عليه.

(ج) يجوز أن يدفع إليه من سهم الغارمين لو أعسر بالقيمة.

(د) لو أوصى لهذا الحمل صح ، ولو أوصى به لم يصح.

(هـ) لا يجب على الأب الفكّ قبل الوضع ، فلا يتعلّق بدمته شيء قبله ، ولا يلحقه
حكم الغارمين.

ويظهر الفائدة في قصور ما في يده عن مئونة السنة بالقيمة لوجوب الخمس ، وحلّ
تناول الزكاة من سهم الفقراء وكونه من الغارمين ، فلا يثبت شيء من هذه الأمور لجواز
سقوطه ميتاً.

تحقيق

اختلف في القيمة هل هي على سبيل الفداء أو الفكّ؟ ولكل منهما اعتبار ، لأنّنا إن
جعلنا الولد حرّاً في الأصل كانت القيمة فداءً ، وإن جعلنا رقاً . ورقيته غير قابلة لاستقرار
الرقّ ، لوجوب القيمة على أبيه . كانت القيمة فكاً ، لأن الفداء إنما يكون عن يد والفكّ إنما
يكون عن ملك.

والأظهر أنّه حرّ في الأصل والقيمة على سبيل الفداء ، فعلى هذا يكون وجوبها على
الأب من باب الإتلاف كالعقّ بالسراية ، ولو مات الأب قبل الأداء ولم يخلف شيئاً ، جاز
أخذها من بيت المال ومن الزكاة من سهم الغارمين ، ومع تعدّد ذلك

ولو تزوّجت الحرّة عبداً مع العلم فلا مهر ، وولدها رقّ ، ومع الجهل يكون الولد حراً ، ولا يلزمها قيمته ، ويلزم العبد مهرها إن لم يكن مأذوناً ، ويتبع به إذا تحرّر. ولو تسافح المملوك كان فلا مهر والولد رقّ لمولى الأمة ، وكذا لو زنى بها الحر.

ولو اشترى الحر نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده ولو أمضى الشريك العقد لم يحل وطؤها ، وبالتحليل رواية فيها ضعف.

يبقى في يد السيد ، قال ابن حمزة : ولو تعدّد الأداة بقي الولد رقاً حتى يبلغ ويسعى في فكّك رقبتة ^(١).

وهل يكون حكمه حكم المكاتب في منعه من التصرفات المشتملة على التعزير بالمال؟ احتمالان ، الأقوى ذلك ، لئلا يستنصر السيّد بطول مدّة السعي ، ويحتمل قويا عتقه ، ولا يجب عليه السعي ، لأن الأب متلف والقيمة عليه ولا يجب على الإنسان قضاء ما على أبيه من الدين.

قال طاب ثراه : ولو أمضى الشريك العقد لم يحلّ ، وبالتحليل رواية فيها ضعف.

أقول : يريد لو كان الحرّ متزوّجاً بأمة بين شريكين ، ثمّ اشترى نصيب أحدهما ، فقد ملك جزءاً من زوجته ، فيبطل نكاحه ، لأنه لا يستقر عقد الإنسان على ملكه ، ويحرم عليه وطؤها ، لعدم اختصاصه بملكها ، وهل هناك طريق إلى إباحتها سوى شراء النصف الباقي؟ قيل فيه قولان :

أحدهما : لا ، لأن الفرج لا يتبعّض ، فيباح بعضه بالملك وبعضه بالعقد ، وهو

(١) الوسيلة : فصل في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ٢٠ قال : فان فقد هذه بقي الولد رقاً إلخ.

قول أبي علي ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

والثاني : نعم ، فما ذا قيل فيه ثلاثة أقوال :

(أ) أن يرضى مالك نصفها بالعقد ، فيكون ذلك عقدا مستأنفا قاله الشيخ ^(٤) وتبعه القاضي ^(٥) قال في النهاية : وإذا تزوج الرجل جارية بين شريكين ، ثم اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه ، إلا أن يشتري النصف الآخر ، أو يرضى مالك نصفها بالعقد ، فيكون ذلك عقدا مستأنفا.

(ب) أن يرضى مالك نصفها بان يبيحه وطء ما يملكه فيها ، فيطأها بالملكية وبالإباحة دون العقد قاله ابن إدريس ^(٦) لأن الفرج لا يتبع بعضه ، فيكون بعضه بالعقد وبعضه بالملك ، بل لا يجتمع الملك والعقد معا في نكاح واحد ، ويرد عليه ما منع منه.

(ج) يحل بعقد المتعة إن وقع بينهما مهياة ، وعقد عليها في نوبة سيدها بإذنه قاله ابن حمزة ^(٧).

(١) و (٣) المختلف : في نكاح الإمام ، ص ١٧ س ٢٤ قال : وقال ابن الجنيد : ولو ملك الزوج بعض السهام بطل النكاح إلخ. وقال قبيل ذلك بعد نقل قول الشيخ : وبالحملة هذه المسألة لا يخلو عن تعسف ما (٢) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٤) النهاية : باب العقد على الإمام والعبيد ، ص ٤٨٠ س ٧ قال : وإذا تزوج الرجل جارية بين شريكين إلخ. (٥) المذهب : ج ٢ ، باب نكاح الإمام والعبيد ص ٢١٩ س ١٣ قال : وإذا تزوج الرجل أمة بين شريكين إلخ. (٦) السرائر : باب العقد على الإمام والعبيد ، ص ٣٠٦ س ٣٤ قال : والأولى أن يقال : أو يرضى مالك نصفها إلخ.

(٧) الوسيلة ، في بيان عقد العبيد والإمام ، ص ٣٠٤ س ١٧ قال : وإن ابتاع بعضها انفسخ النكاح الى قوله : ألا أن تكون خدمتها مهياة بينهما فيجوز له العقد متعة عليها إلخ.

وأما كلام الشيخ : فتنبئله على أن العقد الأول ما بطل بمجرد الشراء كما لو زوج عبده من أمته ثم باع أحدهما ، فإنه يكون الخيار ثابتا لكل من المتبايعين ، ولا يبطل العقد في الحال ، بل يبقى موقوفا ، والإجارة كالعقد المبتدأ ، وهي محرمة عليه لو لا هذا الرضا ، فيكون هو الموجب للحل ، فلم يلزم تبعض السبب.

والرواية التي أشار إليها ، هي ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن جارية بين رجلين دبراها جميعا ، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه؟ فقال : هي حلال له ^(١) وفي طريقها ضعف ^(٢).

وأورد المصنف قدس الله روحه على عبارة الشيخ.
قوله : «أو يرضى بالعقد فيكون ذلك عقدا مستأنفا» لا يجوز أن يكون المراد بالعقد عقد النكاح الذي كان قبل الابتياح ، لأنه بطل بالشراء ، فلا يصير صحيحا بالإجارة ، ولا يجوز أن يكون المراد به عقد البيع ، لأنه غير متوقف على رضاه.

قال في النكت : بل ينبغي أن تحمل كلامه على إيقاع البيع على النصف الباقي ، فكأنه يقول : إلا أن يشتري النصف الآخر من البائع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد ، فيكون الإجارة له كالعقد المستأنف ، ويكون الألف سهوا من الناسخ ، أو يكون (أو) بمعنى الواو ^(٣).

وقال فخر المحققين «وتنزيل كلام الشيخ على ارادة عقد النكاح أوجه وقد

(١) الكافي : ج ٥ باب نكاح المرأة التي بعضها حرّ وبعضها رقّ ص ٤٨٢ قطعة من حديث ٣ وفيه : هو له حلال.

(٢) مرآة العقول : ج ٢٠ ص ٢٨٢ قال : الحديث الثالث صحيح على الظاهر انتهى ولعل الضعف من جهة أنّ الراوي هل هو محمد بن مسلم أو محمد بن قيس كما في التهذيب.

(٣) جوامع الفقهية : نكت النهاية ص ٤١٢ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : الجواب : لا يصح أن يريد الرضا بعقد النكاح إلخ.

وكذا لو كان بعضها حرّاً ، ولو هاياها مولاها على الزمان ، ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردّد ، أشبهه المنع.
ويستحب لمن زوّج عبده أمته أن يعطيها شيئاً ، ولو مات المولى كان للورثة الخيار في الإجازة والفسخ ، ولا خيار للأمة.

صرّح به العلامة في القواعد قال : وإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع ، ففي الجواز خلاف» ^(١) وفيه تعسف ^(٢).

قال طاب ثراه : ولو هاياها مولاها على الزمان ، ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردّد أشبهه المنع.

أقول : الجواز قول الشيخ في النهاية ^(٣) لأنّها في أيامها كالحرّة تملك فيها كسبها ومنافعها ، ومنعه المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) لأنّ المهايأة يتناول الخدمة ، لا منفعة البضع ، وكذا لا يجوز أن يتمتّع بها الأجنبي ، وإن جاز له استخدامها ، لأنّ في هذا التصرف تطرق ضرر الى المالك ، لجواز الحمل ، فيعجز بسببه في نوبة السيد عما كانت تقدر عليه ، ولجواز موتها في الطلق ، نعم لو اذن السيد جاز متعة ودواما.

(١) ليس ما بين القوسين في النسخ المصححة المعتمدة ، وهما نسختا (ألف وب) بل في نسخة (ج) فقط ، وهي نسخة مغلوطة جدا ، مضافا الى عدم وجود هذه العبارة بهذه الألفاظ في الإيضاح.

(٢) الإيضاح : ج ٣ في نكاح الإمام ص ١٤٩ س ٨ قال بعد نقل قول المحقق : وفيه تعسف وبعد إلخ.

(٣) النهاية : باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ٢٠ قال : فإن أراد العقد عليها في يومها عقد عليها عقد المتعة.

(٤) لا حظ ما اختاره في النافع.

(٥) لم أعتز عليه الآ ما في المختلف في نكاح الإمام ص ١٧ قال : مسألة قال الشيخ في النهاية : إذا تزوّج الرجل جارية بين شريكين الى أن قال : وبالجملّة هذه المسألة لا يخلو من تعسف ثمّ نقل قول ابن حمزة في أن يكون خدمتها مهايأة إلخ ولم يأت فيه بنقض ولا إبرام ، وفي التحرير : في أنكحة المماليك ص ٢٣ س ٨ قال : ولو هاياها قيل : جاز له عقد المتعة عليها في زمانها المختص بها.

ثمَّ الطواري ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق.

أما العتق فإذا أعتقت الأمة تخيَّرت في فسخ نكاحها ، وإن كان الزوج حرّاً على الأظهر (١) ولا خيرة للعبد لو أعتق ، ولا لزوجه ولو كانت حرّة ، وكذا تتخير الأمة لو كانا لمالك فأعتقا أو أعتقت.

قال طاب ثراه : فإذا أعتقت الأمة تخيَّرت في فسخ نكاحها ، وإن كان الزوج حرّاً على الأظهر.

أقول : إذا أعتقت الأمة تخيَّرت في نكاحها ، لأنه عقد اختياري وقع عليها من غير اختيارها ، وليس لها وسيلة إلى رفعه ، لاختصاص الطلاق بالزوج ، فشرع لها الشارع الخيار دفعا للفضاضة والخرج ، ولا فرق بين أن يكون زوجها عبداً أو حراً ، وهو مذهب الشيخ في النهاية (١) وبه قال المفيد (٢) والقاضي (٣) وابن إدريس (٤) وأبو علي (٥) والمصنف في النافع (٦) وهو مذهب العلامة (٧) وقال في كتابي الفروع : إذا أعتقت الأمة وكانت تحت حرّ ، فالظاهر من روايات أصحابنا أنّ لها الخيار ،

(١) النهاية : باب العقد على الإماء والعبيد ص ٤٧٦ س ١٢ قال : فإن أعتقها مولاها كانت خيرة بين الرضا والفسخ إلخ.

(٢) المقنعة : باب العقود على الإماء ص ٧٧ س ٣٥ قال : وإن أعتقها السيد كانت هي بالخيار إلخ.

(٣) المهذب : باب نكاح الإماء والعبيد ص ٢١٨ س ١٣ قال : وإن أعتقهما جميعاً كانت الزوجة مخيرة بين الرضا إلخ.

(٤) السرائر : باب العقد على الإماء والعبيد ص ٣٠٥ س ٥ قال : وكذلك إن أعتقها مولاها كانت مخيرة إلخ.

(٥) المختلف : في نكاح المماليك ص ١٤ قال : مسألة ، قال الشيخ في النهاية فإن أعتقها مولاها إلى قوله : وقول ابن الجنيّد أيضاً.

(٦) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٧) المختلف : في نكاح المماليك ص ١٤ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ : والمعتمد ما قاله في النهاية.

وروي في بعض أخبارنا أن ليس لها الخيار ، واستدل على كل من الوجهين بواقعة بريرة من طريق العامة ، ففي رواية إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت : خير رسول الله صلى الله عليه وآله بريرة وكان زوجها حرا^(١) وهذا نص ، وقد روى مثل ذلك أصحابنا^(٢).

والرواية الأخرى رواها أصحابنا أن زوج بريرة كان عبدا^(٣).

قال : والذي يقوى في نفسي : انه لا خيار لها ، لأن العقد قد ثبت ، ووجوب الخيار يحتاج الى دليل.

روى ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود يقال له مغيث ، كأني أنظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه يجري على لحيته ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للعباس : يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة ، ومن بغض بريرة مغيثا؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وآله : لو راجعته فإنه أبو ولدك ، فقالت : يا رسول الله أتأمرني؟ فقال : لا ، إنما أشفع ، فقالت : لا حاجة لي فيه^{(٤) (٥) (٦)}.

(١) سنن ابن ماجه : ج ١ ص ٦٧ كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة إذا أعتقت ، الحديث ٢٠٧٤.

(٢) الكافي : ج ٥ ، باب الأمة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعا ص ٤٨٥ الحديث ١٠٢٠٤٠٥٠٦.

(٣) الكافي : ج ٥ باب الأمة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعا ص ٤٨٧ الحديث ٦٠٥ وفي التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإماء ص ٣٤١ الحديث ٢٦ و ٢٨.

(٤) سنن ابن ماجه : ج ١ (٢٩) باب خيار الأمة إذا أعتقت ص ٦٧١ الحديث ٢٠٧٥.

(٥) المبسوط : ج ٤ كتاب النكاح ص ٢٥٧ س ١٩ قال : فإن أعتقها المشتري الى قوله : فلها الخيار بلا خلاف إلخ.

(٦) الخلاف : كتاب النكاح ، مسألة ١٣٤ قال : إذا أعتقت الأمة تحت حرّ إلخ. وفيه : ووجود الخيار بدل ووجوب الخيار كما في النسخ الخطية الثلاثة.

.....

واختار المصنف في الشرائع خيرة الكتابين ^(١).

احتج الأولون بوجوه :

(أ) أن المقتضي لثبوت الخيار مع العبد موجود في الحر ، وهو ملك نفسها ، فخرجت بذلك عن قهرها في النكاح ، فلو لم يشرع لها الفسخ لزم الإضرار بها.

(ب) أن الحرية في الابتداء المقضي تخير المرأة في الازدواج ، فكذا في الأثناء.

(ج) أن يثبت الخيار للمشتري ، يثبت للمعتقة ، والمقدم ثابت بالإجماع والروايات ، وتحقيقا للملك المقتضي للتصرف بسائر وجوهه.

(د) الروايات عامة وخاصة.

فمن الخاصة رواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام ، أنه قال : إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حرّ أو عبد ^(٢).

وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام : إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حرّ أو عبد ^(٣).

احتج الشيخ على مقالة المبسوط ، بأصالة صحة النكاح ، وبصححة ابن سنان عن الصادق عليه السلام أنه كان لبريرة زوج عبد ، فلما أعتقت قال لها النبي صلى الله عليه وآله : اختاري ^(٤).

(١) الشرائع : في نكاح الإمام ، في الطوارئ قال : أما العتق فإن أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها ، سواء كانت تحت حرّ أو عبد.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣١.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣٢.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤١ الحديث ٢٦.

ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها ، ويشترط تقديم لفظ التزويج في العقد ، وقيل : يشترط تقديم العتق.

وأجيب عن الأول : بأنّ ثبوت الخيار لا تنافي صحة النكاح.
وعن الثاني : بضعف دلالة المفهوم ، وكيف إذا عورض بالمنطوق.
قال طاب ثراه : ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها ، ويشترط تقديم لفظ التزويج في العقد ، وقيل : يشترط تقديم العتق.

أقول : الأصل في هذه المسألة أنه لما أسرت صفية بنت حيي بن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام اصطفاها النبي صلى الله عليه وآله لنفسه في الغنمة في فتح خيبر ، ثمّ أعتقها وتزوجها ^(١) وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة ، فأجمع أصحابنا على أنه من السنن المشروعة العامة ، وقال كثير من العامة : أنه من خصائصه عليه السلام.

وهل يشترط تقديم لفظ التزويج على العتق ، أو الأمر بالعكس ، أو لا مشاحة في تقديم أحدهما على الآخر ، لأنّ الكلام المتصل كالجملّة الواحدة لا تتمّ أوله إلّا بآخره؟ قيل فيه : ثلاثة أقوال :

(أ) اشتراط تقديم التزويج قاله الشيخ في النهاية ^(٢) وتبعه القاضي ^(٣) وابن

(١) البحار : ج ٢١ باب غزوة خيبر وفدك ص ٢٢ س ١٦ قال : ثمّ اصطفاها لنفسه ثمّ أعتقها وتزوجها ، وفي كتاب الأمالي للطوسي : ج ٢ ، الجزء الرابع عشر ولفظ (عن صفية قالت : أعتقني رسول الله صلى الله عليه وآله وجعل عتقي صداقي).

(٢) النهاية : باب السراري وملك الأيمان ص ٩٧ س ١٥ قال : إلّا انه متى أرادته ينبغي أن يقدم لفظ العقد إلخ.

(٣) المهذب : ج ٢ باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٧ س ١١ قال : وينبغي إذا أراد فعل ذلك أن يقدم لفظ التزويج إلخ.

إدريس^(١) والمصنف^(٢) ولو قدم العتق كان لها الخيار في الرضا بالعقد والامتناع من قبوله. والحجة رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لأُمته : أعتقتك وجعلت مهرك عتقك؟ فقال : عتقت ، وهي بالخيار إن شاءت تزوجته ، وإن شاءت فلا ، وإن تزوجته فليعطها شيئا ، وإن قال : قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك ، فإن النكاح واقع ، ولا يعطها شيئا^(٣).

وليست ناهضة بالدلالة على المطلوب ، لأنه لم يذكر في العقد التزويج ، ولا يكفي ذكر المهر بدون لفظ النكاح ، ولأنه بدل على إعطائها شيئا آخر على تقدير الرضا ، ولم يقولوا به.

(ب) اشتراط تقديم العتق قاله المفيد^(٤) والتقي^(٥) والشيخ في الخلاف^(٦) لأنّ بضع الأمة مباح لمالكها ، فلا يصح العقد عليه ، قال العلامة : والوجه عندي تقديم العتق ولا يجعل لها الخيار هنا لأنّ الكلام إنما يتم بآخره ، فهو كما لو قال : أعتقتك وعليك خدمة سنة لزمها الخدمة ، فكذا هنا يلزمها التزويج ، ويكون عقد النكاح قد

(١) السرائر : باب السراري وملك الايمان ص ٣١٥ س ٣٧ قال : إلا أنه متى أَراده ينبغي أن يقدم لفظ العقد إلخ.

(٢) لاحظ اختياره في النافع.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٥.

(٤) المقنعة : باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٨٥ س ٢١ قال : ومن أعتق أمته وجعل عتقها مهرها وتزوجها على ذلك جاز عتقه وثبت نكاحه إلخ.

(٥) الكافي : العتق ، فصل فيما يقتضي فسخ الرّق ص ٣١٧ س ١٢ قال : ويجوز عتق الأمة مطلقا ، ويصح ان يجعل عتقها صداقها.

(٦) الخلاف : كتاب النكاح مسألة ٢٢ قال : إذا قال لأُمته : أعتقتك على أن أتزوج بك وعتقتك صداقك إلخ.

صاڊق امرأة و؁ء فيها سبب التحرير؁ فكا أنه صاڊق حرة قابلة له؁ ولا يعتبر قبولها العقد هنا؁ لأنها إنما تحرر بتمام العقد^(١).

(ج) عدم اشتراط تقديم أحدهما عينا؁ ولا نسلم ثبوت الخيار لها مع تقديم العتق؁ لأن الكلام المتصل كالجمللة الواحدة؁ فلم تملك عتقها إلا بجعلها مهرا لنكاحها؁ ولا نسلم لزوم العقد على المملوكة على تقدير تقديم التزويج لأنها حرة قوة؁ لعدم استقرار الرق فيها؁ ووجود سبب التحرير؁ حكا المصنف ولم يذكر قائله^(٢).

واعلم أن هذه المسألة قد خالف الأصل من وجوه :

(أ) جواز عقد الإنسان على أمته.

(ب) أن المهر يجب تحققه قبل العقد؁ ومع تقديم العتق لا يكون متحققا قبله؁ مع انه مذهب الأكثر.

(ج) لزوم الدور؁ لتوقف العقد على المهر الذي هو العتق المتوقف حصوله على العقد.

والجواب : أن تحقق المشروعية هنا بالنقل المستفيض؁ ووجوب اتباع إجماع الفرقة الذي هو حجة قاطعة؁ لدخول قول المعصوم فيه؁ ولا استبعاد في صيرورتها أصلا مستقلا؁ كما صار ضرب الدية على العاقلة كذلك؁ مع أن لقائل أن يمنع حصول العقد هنا على المملوكة؁ لأن العقد والعتق متقارنان؁ وكما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم ملكه لها؁ فكذا لنفسه؁ لعدم استقرار ملكه بتمام العقد؁ وأول العقد مرتبط بآخره؁ فقد وجد فيها سبب التحرير؁ ويمنع وجوب تحقق المهر في كل عقد؁ فإن مفوضة البضع ليس لها مهر محقق قبل العقد.

(١) المختلف : في نكاح الإمام؁ ص ٢٢ س ٢١ قال : والوجه عندي تقديم العتق إلخ.

(٢) الشرائع : في نكاح الإمام؁ في الطوارئ قال : وقيل : لا يشترط لان الكلام المتصل كالجمللة الواحدة؁ وهو حسن.

فان قلت : إنّ مفوضة البضع يجب لها المهر بالعقد في الجملة ، لأنه إن حصل دخول وجب لها مهر المثل ، وآلا كان لها المتعة ، فوجود شيء ماله صلاحية إلاّ صداق حاصل في المفوضة عند العقد.

قلنا : وفي صورة النزاع وجود شيء ماله صلاحية إلاّ صداق ، حاصل ، وهو العتق المذكور في تمام العقد الذي ترتبط ما وجد من ألفاظه بما بقي منها ، بل هما متقارنان في الوجود.

والدور غير لازم ، لأنّا نمنع توقف العقد على المهر ، وإن استلزمه ، فإن العقد في نفسه جائز ، وكما يجوز جعلها مهرا لغيرها ، جاز لنفسها ، لعدم المانع ، ولم يجوز جعل عتقها ، أو فكّ ملكها مهرا لها.

فرع

لو طلق هذه قبل الدخول بها؟ قال في النهاية : رجع نصفها رقا واستسعت فيه ، فإنّ أبت كان لها يوم وله يوم^(١) والأقرب رجوعه عليها بنصف القيمة وهي حرّة ، لأنّ ذلك يجري مجرى التالف من المهر المعين واختاره القاضي^(٢) وابن إدريس^(٣) وقوّاه العلامة في التحرير^(٤).

(١) النهاية : باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٧ س ٢٠ قال : رجع نصفها رقا واستسعت إلخ.

(٢) المهذب : ج ٢ باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٨ س ١ قال : فان طلقها قبل الدخول بها كان له عليها مثل نصف قيمتها.

(٣) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٣ قال : فان طلق التي جعل عتقها مهرا قبل الدخول بها إلخ.

(٤) التحرير : في أنكحة المماليك ص ٢٣ س ١٤ قال بعد نقل قول القاضي وابن إدريس : وهو عندي قويّ.

ولرواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له : رجل أعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم طلقها ، قال : مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها يسعى فيه ، ولا عدة عليها ^(١).

فعلى قول الشيخ يجوز أن يشتري من سهم الرقاب مع العجز ، وعلى قولنا يستقر ثمن النصف في ذمتها كالدين.

احتج برواية أبي بصير ^(٢) وهي مرسلة.

وبرواية يونس بن يعقوب ^(٣) وكان فطحيا ، وقيل : رجع ، قال المصنف : ولم يثبت ^(٤).

وبرواية عباد بن كثير البصري قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل أعتق أم ولد وجعل عتقها صداقها ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال : يعرض عليها أن تسعى في نصف قيمتها ، فإن أبت هي فنصفها رق ونصفها حر ^(٥) وهو عامي وإلى ما اخترناه ذهب الصدوق في المقتنع ^(٦) وأبو علي ^(٧) وابن إدريس ^(٨) وما اختاره في

(١) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٨٢ الحديث ١٤٦.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٧.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٦.

(٤) من أراد أن يطلع على مذهبه ورجوعه واختلاف أرباب الرجال فيه فليرجع الى تنقيح المقال للعلامة المامقاني ج ٣ ص ٣٤٤ تحت رقم ١٣٣٦٥.

(٥) الاستبصار : ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١١ الحديث ٨.

(٦) المقتنع : باب بدء النكاح ص ١٠٣ س ٥ قال : وإذا أعتقها وجعل صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها إلخ.

(٧) المختلف : في نكاح الإمام ص ٢٢ س ٣١ قال بعد نقل قول الصدوق في المقتنع : وبه قال ابن الجنيد وهو المعتمد.

(٨) السرائر : في السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٥ قال : والذي يقتضيه أصول المذهب الى قوله :

وأُمّ الولد رقّ وإن كان ولدها باقيا ، ولو مات جاز بيعها ، وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلف ، ولا يلزم الولد السعي على الأشبه ، وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبته إن لم يكن غيرها .
ولو اشترى الأمة نسيئة فأعتقها ، وتزوجها ، وجعل عتقها مهرها ، فحملت ثمّ مات ولم يترك ما يقوم بثمنها فالأشبه أن العتق لا يبطل ، ولا يرق الولد ، وقيل : تباع في ثمنها ، ويكون حملها كهيئتها ، لرواية هشام بن سالم .

النهاية يتمش على القول بأن المرأة لا يملك بالعقد سوى النصف من الصداق .
قال طاب ثراه : ولو عجز النصيب سعت في المختلف ، ولا يلزم الولد السعي على الأشبه .

أقول : مختار المصنف هون مختار المفيد ^(١) وابن إدريس ^(٢) والعلامة ^(٣) ولزوم السعي للولد هو مختار الشيخ في المبسوط وابن حمزة وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى .
قال طاب ثراه : فالأشبه أن العتق لا يبطل ، ولا يرق الولد ، وقيل : تباع في ثمن رقبته ويكون ولدها كهيئتها لرواية هشام بن سالم .

فقد ملكت نفسها وصارت حرّة إلخ .

(١) لم نعثر عليه .

(٢) السرائر : في السرايري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٧ قال : وقد روي أنه إن كان لها ولد له مال إلى أن قال : والأصل براءة الذمة إلخ .

(٣) المختلف : في نكاح الإمام ص ٢٣ س ١ قال : الخامس إلزام الولد بأداء ثمنها ليس بجيد ، لأصالة البراءة .

أقول : إذا اشترى الإنسان أمة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها ، ثمّ استولدها ومات مفلسا ، فهنا أصلان قطعان لا شكّ فيهما :

الأول : أنّ العتق صحيح ، لوقوعه من أهله في محله .

أمّا الأول ، فلصدوره من ملك جائز التصرف .

وأمّا الثاني ، فلمصادفته رقبة قابلة للعتق .

الأصل الثاني : أن هذا الولد حرّ ، لتولّده بين حرّين .

فاذا تحقّق هذان الأصلان فما نافاهما وجب حمله على ضرب من التأويل ، إن أمكن ، وإلا اطرّح ، لكونه غير قطعي عارض قطعيا .

إذا عرفت هذا : فاعلم أن المعارض لهذين الأصلين صحيحة هشام بن سالم ^(١) عن أبي عبد الله عليه السّلام قال : سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل باع من رجل جارية بكرا إلى سنة ، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وجعل عتقها مهرها ، ثمّ مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبو عبد الله عليه السّلام : إن كان للذي اشتراها إلى سنة مال ، أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه جائزا ، وإن لم يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلا ، لأنه أعتق ما لا يملك ، وأرى أنّها رقت لمولاهما الأوّل ، قيل له : فإن كانت قد عقلت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال : الذي في بطنها مع امه كهيتها .

وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية ^(٢) وأبو علي ^(٣) .

(١) الكافي : ج ٦ ، كتاب العتق والتدبير والكتابة ، باب نوادر ، ص ١٩٣ الحديث ١ وفي التهذيب : ج ٨ باب العتق واحكامه ص ٢٣١ الحديث ٧١ وفي ألفاظ الحديث مع ما نقله المصنف اختلاف يسير فلا حظ .

(٢) النهاية : باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٨ س ٣ قال : فان جعل عتقها صداقها الى قوله : في كونه رقا .

(٣) المختلف : في نكاح الإماء ص ٢٣ س ٦ قال : وقال ابن الجنيد : وان مات وثن الأمة التي

قال المصنف قدس الله روحه : إن سلم هذا النقل جاز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية ، لعلة غير معقولة ، لكن عندي أنّ هذا خبر واحد لم يعضده دليل فالرجوع إلى الأصل أولى ^(١).

وتأولها العلامة : بالحمل على وقوع ذلك في مرض الموت ، فان ذلك يقتضي بطلان العتق المستغرق مع وجود الدين ^(٢).

قيل عليه : إنما يتم هذا التأويل في عودها الى الرق ، أما رقّ الولد فلا ، لأنّ غايته بطلان العتق ، فيكون مملوكته ، وولده منها حر لا ينقلب رقا.

وبعض حملها على فساد البيع مع علم المشتري ، فيكون زانيا ، فيرق ولده. ولا يتم أيضا ، لتضمن الرواية صحة النكاح والعتق لو ترك ما يقوم بثمنها ، ولا يمكن ذلك مع فساد البيع.

قال فخر المحققين : ليس في الرواية ما يدلّ على رقية الولد ، إذا ليس فيها إلّا قوله (كهيتها) وهو أعم من أن يكون كهيتها في حال الحكم بحريتها في الظاهر قبل ظهور عجزه عن الثمن ، فيكون حرّا ، أو بعده فيكون رقا ، ولا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات ^(٣).

قال الشهيد : هذا كلام على النص ، فان المفهوم من قوله (كهيتها) ليس إلّا أنّ حكمه حكمها في حال السؤال ، وقد حكم قبل ذلك أنّها رق ، فيكون دالا على رقية

تزوجها دين عليه إلخ.

(١) المسالك : ج ١ في نكاح الإمام ص ٥١٦ س ٥ قال : قال المصنف في النكت : ان سلم هذا النقل إلخ.

(٢) المختلف : في نكاح الإمام ص ٢٣ س ١٣ قال بعد نقل استناد الشيخ برواية هشام : والجواب ان هذه الرواية لمنافاة الأصول وجب تأويلها بالمحتمل ، وهو أن يكون المشتري مريضا إلخ.

(٣) الإيضاح : ج ٣ في نكاح الإمام ص ١٦٠ س ١٠ قال : والرواية لا تدل على رقه إلخ.

وأما البيع : فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الإجازة والفسخ ، تخيراً على الفور ، وكذا لو بيع العبد وتحتته أمة ، وكذا قيل لو كان تحتته حرّة ، لرواية فيها ضعف ولو كانا للمالك فباعهما لاثنتين فلكل منهما الخيار ، وكذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما ، ويملك المولى المهر بالعقد ، فإن دخل الزوج استقرّ ، ولا يسقط لو باع ، أمّا لو باع قبل الدخول سقط ، فإن أجاز المشتري كان المهر له ، لأنّ الإجازة كالعقد.

وأما الطلاق : فإذا كانت زوجة العبد حرّة ، أو أمة لغير مولاه ، فالطلاق بيده ، وليس لمولاه إجباره ، ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق إلى المولى ، ولا يشترط لفظ الطلاق.

الولد بالمطابقة ، إذا اللفظ موضوع لهذا المعنى ، ولو صح هذا التأويل أمكن الكلام على نصوص الشارع ، وفي التزام هذا ما لا يخفى^(١).

والأولى إن عملنا بهذه الرواية قيدنا بصورة النص ، نعم لا يشترط كون الأجل سنة على الظاهر ، لبعده ، إذ المناط حصول الأجل ، والتقيد بخصوصية الزمان لا يفيد تعلق الحكم به ، بل بمطلق التأجيل مع احتمال له ، قلت : ويكون المشتري ليس له حالة الشراء مال ، أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين.

قال طاب ثراه : وكذا «أي وكذا يثبت الخيار» لو بيع العبد وتحتته أمة ، وكذا لو كان تحتته حرّة لرواية فيها ضعف.

أقول : المشهور أن مشتري العبد بالخيار في إجازة عقده وفسخه ، حرّة كانت

(١) قال الشهيد في المسالك : ج ١ في نكاح الإمام ص ٥١٦ س ١٣ بعد نقل قول فخر المحققين ما لفظه : وردّه الشهيد في شرح الإرشاد ، بأنّ هذا كلام على النص إلخ.

زوجته أو أمة ، والثاني إجماعي ، والأول مذهب الشيخ في النهاية ^(١) ، وتبعه القاضي في كتابيه ^(٢) وابن حمزة ^(٣) والعلامة ^(٤) وقال ابن إدريس : ليس له الخيار ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) احتج الأولون بوجوه :

(أ) ان تجدد ملك المشتري إما أن يكون مقتضيا لثبوت الخيار أولا ، فإن كان الأول ثبت لمشتري العبد مطلقا عملا بالمقتضى ، وإن كان الثاني لم يثبت في زوج الأمة عملا بالأصل السالم عن معارضة الاقتضاء ، لكنه ثابت بالإجماع.

(ب) ان الملك يقتضي ولاية التسلط على المملوك بسائر أنواع التصرفات ، وبقاء النكاح يرفع هذه الولاية الثابتة شرعا ، فيفتقر إلى دلالة شرعية ، وليس.

(ج) رواية محمد بن علي ابن أبي الحسن عليه السلام قال : إذا تزوج المملوك فللمولى أن يفرق بينهما ^(٧).

وليس بغير البيع إجماعا ، لكون الطلاق بيد العبد ، والتفريق هنا معناه زوال

(١) النهاية : باب العقد على الإماء والعبيد ص ٤٧٧ س ١٨ قال : ألا أن يبيعه مولاه فان باعه كان الذي يشتريه بالخيار.

(٢) المهذب : ج ٢ ، باب نكاح الإماء والعبيد ص ٢١٩ س ١ قال : فان باعه كان ذلك فراغا بينهما ألا أن يختار المشتري إلخ. ولا يحضرن كتاب الكامل للقاضي ولكن في المختلف : في نكاح الإماء ص ١٦ س ٧ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وتبعه ابن البراج في كتابيه معا.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان عقد العبيد والإماء ، ص ٣٠٦ س ١٣ قال : فان باع العبد من غيرها كان المبتاع بالخيار بين فسخ العقد والإمضاء.

(٤) المختلف : في نكاح الإماء ص ١٦ س ٩ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٥) السرائر : باب العقد على الإماء والعبيد ، ص ٣٠٥ س ٢٩ قال بعد نقل قول الشيخ وتزييفه : والذي يقتضيه الأدلة أن العقد ثابت إلخ.

(٦) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٧) الاستبصار : ج ٣ (١٢٨) باب أن المملوك إذا كان متزوجا بحرة كان الطلاق بيده ص ٢٠٦ الحديث ٥.

النظر الثاني في الملك : وهو نوعان :

النوع الأول ، ملك الرقبة ؛ ولا حصر في النكاح به. وإذا زوّج أمته حرمت عليه وطئها ولمسا ونظرا بشهوة ما دامت في العقد ، وليس للمولى انتزاعها ، ولو باعها تخيّر المشتري دونه. ولا يحل لأحد الشريكين وطء المشتركة. ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وأبنائهم وبناتهم. ولو ملك الأمة فأعتقها حلّ له وطؤها بالعقد وإن لم يستبرئها ، ولا تحل لغيره حتى تعتدّ كالحرّة. ويملك الأب موطوءة ابنه ، وإن حرم عليه وطؤها ، وكذا الابن.

النوع الثاني ، ملك المنفعة : وصيغته أن يقول : أحللت لك وطأها ، وأو جعلتك في حلّ من وطئها ، ولم يتعدّهما الشيخ. واتسع آخرون بلفظ الإباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية.

اللزوم ، وتعريض العقد لقبول الفسخ المقتضي للتفريق تسمية للشيء بما يصير اليه. احتج ابن إدريس بأنّه عقد لازم ، والأصل بقاؤه ، فلا يتسلّط على فسخه إلاّ بدليل ، ولتعلّق حق الحرّة به تعلّقاً شرعياً ، ولا دليل على زوال ، ونسب الرواية الواردة بثبوته الى الشذوذ والضعف ، ووجهه من موسى بن بكير ، فإنه في طريقها ، وهو واقفي^(١).
قال طاب ثراه : النوع الثاني ملك المنفعة : وصيغته أن يقول : أحللت لك وطأها ، أو جعلتك في حلّ من وطئها ، ولم يتعدّهما الشيخ ، واتسع آخرون بلفظ الإباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية.

(١) سند الحديث كما في الاستبصار هكذا (الحسين بن سعيد عن النظر بن سويد عن موسى بكر عن محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السّلام).

أقول : هنا مسائل :

الاولى : يباح وطء الإماء عندنا بالتحليل ، لأنه نوع ملك ، وقال تعالى «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» ^(١).

وللنقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام.

روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن رجل يحلّ لأخيه فرج جاريته؟ قال : هي له حلال ما أحلّ منها ، قلت : أفيحلّ له ثمنها؟ قال : لا ، إنما يحلّ لها منها ما أحلّت له ^(٢).

وفي معناها صحيح إسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن عليه السلام ^(٣).

وللإجماع من الفرقة المحقة إلّا من منقرض لا نعرف عينه.

قال ابن إدريس : إنّه جائز عند أكثر أصحابنا المخلصين ، وبه تواترت الأخبار ، وهو الأظهر بين الطائفة ، وعليه العمل والفتوى ، ومنهم من منع ^(٤).

ولأنّها منفعة خالية من أمارات المفسدة ، فيكون مشروعة.

احتج المانع برواية الحسين بن علي بن يقطين في الصحيح قال : سألته عن الرجل يحلّ فرج جاريته؟ قال : لا أحبّ ذلك ^(٥).

(١) النساء . ٣.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحلّ الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٥ الحديث ١ والجزء الأخير من قوله : «قلت الى آخره» ليس في رواية محمد بن مسلم ، بل هو في رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، لا حظ الحديث ٥ من ذلك الباب.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحلّ الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٦ الحديث ٧.

(٤) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٦ قال : فهو جائز عند أكثر أصحابنا المخلصين إلخ.

(٥) الاستبصار : ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحلّ الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ٨.

وفي معناها رواية عمّار الساباطي عن الصادق عليه السّلام في المرأة تقول لزوجها :
جاريتي لك حلال؟ قال : لا يحل^(١).

والجواب عن الاولى : بحملها على الاستحباب ، إذ ليست صريحة في التحريم.

وعن الثانية : بضعف السند ، وبعدم اشتغالها على صيغة التحليل.

الثانية : في الصيغة التي يباح بها الفرج في هذا الباب.

قال الشيخ في التهذيب : ينبغي أن يراعى لفظ التحليل ، وهو أن يقول المالك للأمة
لمن يحللها له : قد جعلتك في حلّ من وطئها ، أو أحللت لك وطئها^(٢) وبه قال : ابن زهرة^(٣)
وأجاز ابن إدريس لفظ الإباحة^(٤) وهو ظاهر السيد^(٥) واختاره العلامة^(٦) لمشاركته
التحليل في المعنى فسببية أحدهما يقتضي سببية الآخر.

الثالثة : هل يشترط في هذا العقد ذكر المدة؟ قال ابن إدريس : لا يشترط^(٧)

(١) الاستبصار : ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز ان يحلّ الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١٠ وتام
الحديث (الّا أن تبيعه أو تهب له).

(٢) التهذيب : ج ٧ (٢٣) باب ضروب النكاح ص ٢٤٤ قال بعد نقل حديث ١٤ ما لفظه (وينبغي أن يراعى
في هذا الضرب من النكاح لفظة التحليل ، ولا يسوغ فيه لفظة العارية).

(٣) جوامع الفقهية الغنية : ص ٦١٢ س ٢٢ قال : ولا بدّ من اعتبار لفظ التحليل ، بأن يقول : حللتك من
وطئها إلخ.

(٤) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٤ قال : والثاني بتحليل مالکهن أو إباحة الرجل من
وطئهن إلخ.

(٥) الانتصار : في استباحة الفروج ص ١١٨ س ١ قال : مسألة ومما شنع به على الإمامية تجويز اعادة الفروج
إلخ.

(٦) المختلف : في نكاح الإماء ص ١٩ س ٢ قال بعد نقل قول المشهور : والحق الأول.

(٧) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٨ قال : ويجرى ذلك مجرى إسكان الدار وإباحة منافع
الحيوان إلخ ومعلوم ان المدة فيهما ليست بشرط ، ثمّ قال : الا ان شيخنا أبأ جعفر في مبسوطه جعل من شروطه
أن تكون المدة معلومة إلخ.

وهل هو إباحة ، أو عقد؟ قال علم الهدى : هو عقد متعة.

واختاره العلامة ^(١) لأنه نوع تمليك وتحليل فأشبهه العارية ، مع أن الأصل الإباحة ، وقال في المبسوط : وأما تحليل الإنسان جاريته لغيره في غير عقد فهو جائز عند أكثر أصحابنا ، ومنهم من منع وهو الأظهر في الروايات ، ومن أجازته اختلفوا : فمنهم من قال : هو عقد والتحليل عبارة عنه ، ومنهم من قال : تمليك منفعة مع بقاء الأصل ، وهو الذي يقوى في نفسي ويجري ذلك مجرى إسكان الدار وأعمارها ، ولأجل هذا يحتاج أن يكون المدّة معلومة ^(٢) وهو ظاهر النهاية حيث قال : يحلّ له منها مقدار ما يملكه يملكه له ماله (يحلّه خ ل) إن يوما فيوما وإن شهرا فشهرًا على حسب ما يريد ^(٣) ولم يذكر حكم الإطلاق ، ولا نص على الاشتراط.

قال طاب ثراه : وهل هو إباحة أو عقد متعة؟ قال علم الهدى : هو عقد متعة.

أقول : لا شك أن الفرج معصوم عن الاستمتاع بغير العقد والملك ، لقوله تعالى **«وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ. فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ»** ^(٤) واللوم هنا منتف بالإنجماع والنصوص.

فهل يكون من قبيل الملك أو العقد؟ فيه لأصحابنا قولان :

(أحدهما) أنه عقد وليس دائما ، لعدم لحوق أحكام الدائم له ، فيكون متعة ،

(١) المختلف : في نكاح الإمام ص ١٩ س ١٦ قال : والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد إلّا في شيء واحد وهو الافتقار الى تعيين المدّة.

(٢) المبسوط : ج ٤ ، فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال : وأما تحليل الإنسان إلى قوله : أن يكون المدّة معلومة.

(٣) النهاية : باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ٩ قال : ويحلّ له منها الى قوله : ان يوما فيوما وإن شهرا فشهرًا إلخ.

(٤) المؤمنون : ٧٠٥.

وهو قول السيد ^(١) نقله عن ابن إدريس ^(٢) والمصنف ^(٣) وقال ابن إدريس : أنه تملك منفعة ^(٤) ونقله عن الشيخين وغيرهما من المشيخة ^(٥) واختاره العلامة ^(٦) .
واعلم أنه على القول بأنه عقد متعة ، يشترط فيه الأجل قطعا ، وأمّا على القول بأنه
تمليك منفعة هل يعتبر فيه الأجل أولا؟ المبسوط وظاهر النهاية على الأوّل وابن إدريس
والعلامة على الثاني ^(٧) .

فروع

- (أ) يشترط في صحته إذن الحرّة لمن هي عنده إن جعلناه عقدا ، ولا يعتبر ذلك إن جعلناه إباحة .
(ب) يشترط في إباحته فقدان الطول وخوف العنت إن اعتبرناهما ، على الأوّل دون الثاني .
(ج) يعتبر تعيين المدّة على الأوّل قطعا ، وعلى الثاني خلاف .

-
- (١) الانتصار : في استباحة الفرج ص ١١٨ س ٥ قال : وقد يجوز الى قوله : أن يكون عبّر بلفظ العارية عن النكاح .
(٢) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٧ قال : فمنهم من قال هو عقد والإباحة والتحليل عبارة عنه ، وهو مذهب السيد المرتضى في انتصاره .
(٣) اى نقل المصنف عن السيد ، لا حظ نقله في النافع .
(٤) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٧ قال : قالوا هو تمليك منفعة إلى قوله : وهو الذي يقوى في نفسي إلخ .
(٥) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٨ قال : وهو مذهب شيخنا أبي جعفر الطوسي وشيخنا المفيد وغيرهما من المشيخة .
(٦) تقدم نقله في قوله في المختلف : والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد إلخ .
(٧) والكلّ تقدم فلا حظ .

وفي تحليل أمته لمملوكه تردّد ، ومساواته بالأجنبي أشبه ولو ملك

(د) يتنفى الولد عنه مع نفيه له بغير لعان على الثاني قطعاً ، وعلى الأولين على قولين.

(هـ) يعتبر إذن العمة والحالة على الأوّل دون الثاني.

(و) يحرم إيقاعه لمن عنده أختها على الأوّل ويقع باطلاً ، وعلى الثاني لا يحرم ، بل يحرم الوطي ، فلو أبان الأولى حلّ وطئ الثانية من غير احتياج إلى استيناف عقد.

(ز) لو كان متسرّياً بأختها ، حرمت الأولى ما دام عقد الثانية مستمراً على الأوّل ، وعلى الثاني يختص التحريم بالثانية.

أمّا اعتبار الإيجاب والقبول فلا بدّ منه على كلّ من القولين.

تنبيه

إذا عينت المدة ، ساء الاستمتاع فيها وحرمت بعدها ، ومع عدم التعيين ، وعدم اشتراطه تستبيح مستمراً حتى ينهائ المالك ، كالعارية.

قال طاب ثراه : وفي تحليل أمته لمملوكه تردّد ، ومساواته بالأجنبي أشبه.

أقول : المنع مذهب الشيخ في النهاية ^(١) ومختار العلامة في المختلف ^(٢) لأنه نوع تمليك ، فيستدعي محلاً قابلاً ، وكما يعتبر في تحقق الأثر حصول الفاعل ، كذا يعتبر حصول القابل ، فالعبد ليس محلاً قابلاً للملك ، لما تقدّم في البيع ، ولصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي أنه سئل عن المملوك أيحلّ له أن يطاء الأمة من

(١) النهاية : باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ١٠ قال : ولا يجوز للرجل أن يجعل عبده في حلّ من وطئ جاريته.

(٢) المختلف : في نكاح الإمام ص ٢٠ س ٣ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : والوجه ما قاله الشيخ.

بعض الأمة فأحلته نفسها لم يصح وفي تحليل الشريك تردّد ، والوجه : المنع.
ويستبيح ما يتناوله اللفظ ، فلو أحل التقبيل اقتصر عليه ، وكذا اللّمس ، لكن لو
أحل الوطء ، حلّ له ما دونه ، ولو أحل الخدمة لم يتعرض للوطء ، وكذا لا تستبيح بتحليل
الوطء وولد المحلّة حرّ فان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب ، وان لم يشترط ففي
إلزامه قيمة الولد روايتان ، أشبههما : أنّها لا تلزم ولا بأس أن يطأ الأمة وفي البيت

غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال : لا يحلّ له ^(١) واختاره فخر المحققين ^(٢) والجواز مذهب
ابن إدريس ^(٣) ومختار المصنف ^(٤) لأنه نوع إباحة والعبد محلّ لها.

فرع

لو أحلّ أمته بمملوك غيره ، فإن قلنا : أنه تمليك لم يجز ، وان قلنا : أنه عقد اعتبر
إذن السيد أو إجازته بعده ، وان علمنا انه إباحة توقف على إذن السيد أيضا ، وحرّم على
العبد الوطي إلا مع الإذن ، لاستلزامه التصرف في ملك سيده ، وهو حرام بدون إذنه.

قال طاب ثراه : وفي تحليل الشريك تردد ، والوجه المنع.

أقول : قد تقدم البحث في هذه المسألة.

قال طاب ثراه : وولد المحلّة حرّ ، فان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب ،
وإن لم يشترط ففي إلزامه قيمة الولد روايتان ، أشبههما أنّه لا تلزم.

(١) الاستبصار : ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١١.

(٢) الإيضاح : ج ٣ في نكاح الإماء ص ١٦٧ س ٨ قال بعد نقل قول العلامة في المختلف : وهو المختار
عندي وبه أفتي.

(٣) السرائر : باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٤ س ٢٥ قال : قال محمد بن إدريس رحمه الله : لا مانع من
تحليل عبده وطى جاريته من كتاب ولا سنة ولا إجماع ، والأصل الإباحة إلخ.

(٤) لاحظ ما اختاره في النافع.

غيره ، وأن ينال بين أمتين ، ويكره في الحرائر. وكذا يكره وطء الفاجرة ومن ولدت من الزنا.

أقول : قال الشيخ في النهاية : إذا أتت بولد كان لمولاهها ، وعليه أن يشتريه بماله إن كان له مال ، وإلا استسعى في ثمنه ، وإن شرط أن يكون الولد حرًا كان على ما شرط ^(١) وقال ابن إدريس : لا قيمة عليه لانعقاده حرًا في الأصل ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤). احتج الشيخ برواية ضريس بن عبد الملك قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يحل لأخيه فرج جاريته قال : هو له حلال ، فإن جاءت لولد منه فهو لمولى الجارية ، إلا أن يكون اشترط على مولى الجارية حين أحلها إن جاءت بولد فهو حر ^(٥). ومثلها رواية الحسن العطار عنه عليه السلام ^(٦).

احتج العلامة بحسنة زارة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يحل جاريته لأخيه؟ قال : لا بأس ، قال : قلت : فإن جاءت بولد؟ قال : يضم إليه ولده ويرد الجارية على صاحبها ، قلت له : انه لم يأذن له في ذلك؟ قال : قد أذن له ، وهو

(١) النهاية : باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٤ س ٢ قال : ومتى جعله في حل من وطئها وأتت بولد إلخ.
(٢) السرائر : باب السراري وملك الايمان ص ٣١٣ س ١٠ قال : والذي يقتضيه الأدلة ان الولد بمجرد الإباحة والتحليل يكون الولد حرًا إلخ.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) المختلف : في نكاح الإماء ص ١٩ س ٢٦ قال بعد نقل قول السيد والذي اختاره ابن إدريس : وهو المعتمد.

(٥) الاستبصار : ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ١.

(٦) الاستبصار : ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ٢.

ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة :
 الأول : في العيوب ، والبحث في أقسامها وأحكامها.
 عيوب الرجل أربعة : الجنون ، والخصاء ، والعنن ، والجبّ.
 وعيوب المرأة سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والإقعاد وفي
 الرتق تردّد ، أشبهه : ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطء.

لا يأمن أن يكون ذلك ^(١).

وفي معناها رواية إسحاق بن عمار ^(٢).
 ولأن مبنى الحرية على التغليب والسرّاية ، ولهذا سرى العتق بجزء من مائة ألف جزء
 من الرقبة ، ولا ريب في أن تكون الولد من نطفة الرجل والمرأة على ما نطق به القرآن الكريم
^(٣) ، فيغلب جانب الحرية ^(٤).

ويلحق بالنكاح أمور خمسة

(الأول) العيوب

قال طاب ثراه : وفي الرتق تردّد ، أشبهه ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطء.

(١) الكافي : ج ٥ باب الرجل يحل جاريته لأخيه والمرأة تحل جارتها لزوجها ص ٤٦٩ الحديث ٦.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٩ الحديث ٤.

(٣) التبيان : ج ١ ص ٢٠٦ س ٨ قال : وقوله «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ» اخبار من الله تعالى أنه خلق
 الإنسان ، سوى آدم وحواء من نطفة ، وهو ماء الرجل والمرأة يخلق منهما الولد ، الى أن قال : وقوله : (أمشاج)
 قال ابن عباس : أخلاط من ماء الرجل وماء المرأة. وقال القرطبي : ج ١٩ ص ١٢١ وعن ابن عباس قال :
 يختلط ماء الرجل وهو أبيض غليظ بماء المرأة وهو أصفر رقيق فيخلق منهما الولد ، فما كان من عصب وعظم
 وقوة فهو من ماء الرجل ، وما كان من لحم ودم وشعر فهو من ماء المرأة. وفي الصافي في قوله تعالى «مِنْ نُطْفَةٍ»
 أمشاج اختلاط ، القمي عن الباقر عليه السلام ماء الرجل والمرأة اختلطتا جميعاً.

(٤) من قوله : (ولان مبنى الحرية) إلى هنا مقتبس من المختلف ، لا حظ ص ١٩ من نكاح الإمام س ٣٥.

ولا تردّ بالعمور ، ولا بالزنا ولو حدّت فيه ، ولا بالعرج على الأشبه.

أقول : ظاهر الصدوق عدم الردّ بالرتق ، حيث قال : واعلم أنّ النكاح يردّ من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والعفل ، إلّا أنه روي في الحديث ، أنّ العمياء والعرجاء تردّ^(١).

وقال قبل ذلك : فإن تزوّج الرجل امرأة فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو محدودة أو كان بها زمانة ظاهرة كان له أن يردها إلى أهلها بغير طلاق^(٢) وقال الشيخ في المبسوط : يردّ به^(٣) وقال المصنف في الشرائع : وربما كان صوابا إن لم يكن إزالته ، أو أمكن وامتنعت على علاجه ، ثبت الخيار وإلّا فلا^(٤) وهو مذهب العلامة في القواعد^(٥) وهو حسن لوجوب التمسك بالعقد الصحيح ، ومع قبول العلاج لا موجب لفسخ النكاح ، ومع عدمه يتفق الموجب ، وهو تعذر الوطء ، فيكون كالخضاء في الرجل وكالعفل فيها.

قال طاب ثراه : ولا بالعرج على الأشبه.

أقول : قال في النهاية : تردّ العرجاء^(٦) وبه قال ابن حمزة^(٧)

-
- (١) المقنع : باب بدو النكاح ص ١٠٤ س ١٦ قال : واعلم أنّ النكاح لا يردّ إلّا من أربعة أشياء إلخ.
- (٢) المقنع : باب بدو النكاح ص ١٠٣ س ٩ قال : وإن تزوّج الرجل امرأة فوجدها قرناء إلخ.
- (٣) المبسوط : ج ٤ ص ٢٤٩ فصل في العيوب التي توجب الردّ ، س ٣ قال : وفي المرأة الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن والإفضاء وفي أصحابنا إلخ.
- (٤) الشرائع : ما يردّ به النكاح ، الأوّل العيوب ، قال : وقيل : الرتق أحد العيوب ، وربما كان صوابا إن منع من الوطء إلخ.
- (٥) القواعد : كتاب النكاح ، الباب الخامس (الأوّل) في أصناف العيوب ص ٣٣ س ٩ قال : وأمّا الرتق فهو أن يكون الفرج ملحما ليس فيه مدخل للذكر ، ويوجب الخيار مع منع الوطء ولم يمكن إزالته إلخ.
- (٦) النهاية : باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ص ٤٨٥ س ١٩ قال : أو عرجاء كان له ردها من غير طلاق.
- (٧) الوسيلة : فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٤ قال : وما يختص بالنساء إلى

والتقي^(١) وسالار^(٢) وأبو علي^(٣) والقاضي في الكامل^(٤) ورواه الصدوق في كتابه^(٥) واختاره العلامة مع الإقعاد^(٦) ولم يذكره الشيخ في الخلاف ، وكذا القاضي في المهذب ، وعدّ في المبسوط العيوب ستة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والرتق ، والقرن ، والإفضاء قال : وفي أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا^(٧) وقال ابن إدريس : عيوب المرأة سبعة ، ثمّ قال : وألحق أصحابنا ثامنا وهو العرج البيّن ، ذهب إليه شيخنا في نهایته ، ولم يذهب إليه في مسائل خلافه^(٨) وللصدوق في المقنع القولان^(٩) واختار المصنف الثاني^(١٠) لأصالة صحة العقد ولزومه إلّا مع الإقعاء.

احتج الأولون بأنه من الشين فنقص حظ الاستمتاع^(١١)

وبصحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السّلام في الرجل يتزوّج المرأة

أن قال : والعرج.

(١) الكافي : الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٥ قال : أو عرجاء إلى أن قال : كان له ردّها.

(٢) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال : ويردّ الى أن قال : والعرجاء.

(٣) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٢ قال : مسألة قال المفيد والشيخ في النهاية تردّ العرجاء ، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج في الكامل.

(٤) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٢ قال : مسألة قال المفيد والشيخ في النهاية تردّ العرجاء ، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج في الكامل.

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٢٥) باب ما يرّد منه النكاح ص ٢٧٣ الحديث ٣.

(٦) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٢ س ٢٧ قال : والأقوى الردّ بالعرج البيّن لما فيه من الشين.

(٧) تقدّم آنفاً.

(٨) السرائر : باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٠ قال : وأمّا العيوب الراجعة الى النساء فسبعة إلخ.

(٩) تقدّم نقل القولين عن المقنع.

(١٠) لاحظ ما اختاره في النافع.

(١١) تقدّم نقله عن العلامة في المختلف.

فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء ، قال : تردّ على وليّها ، ويكون لها المهر ويرجع به على وليّها ، وإن كان بها زمانة لا يراها إلا النساء أجزى شهادة النساء عليها ^(١).
وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : تردّ البرصاء والعمياء والعرجاء ^(٢).
احتج المانعون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : إنما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ^(٣).

وأجاب الأولون بالعدول عن الأصل للدليل ، ودلالة الحديث الأول أخص ، ودلالته في المطلوب منطوق ، والحديث الثاني عام ودلالته مفهوم.
وكذا الخلاف في العمى هل يردّ به المرأة؟ قال في النهاية : نعم ^(٤) ، وبه قال المفيد ^(٥) وتلميذه ^(٦) والسيد ^(٧) والتقي ^(٨) والقاضي ^(٩) وأبو علي ^(١٠) وابن

-
- (١) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ، ص ٤٢٤ الحديث ٥ وفيه (لا يراها الرجال).
(٢) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ، ص ٤٢٤ الحديث ٧.
(٣) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ، ص ٤٢٤ الحديث ٤.
(٤) النهاية : باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ، ص ٤٨٥ س ١٩ قال : أو عمياء كان له ردّها.
(٥) المقنعة : باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ، ص ٨٠ س ٥ قال : وتردّ البرصاء والعمياء.
(٦) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ، ص ١٥٠ س ١٨ قال : ويردّ العمياء.
(٧) الناصريات : من جوامع الفقهيّة ، ص ٢١٢ المسألة الثامنة والخمسون والمائة قال : وعندنا أنّ البرص ممّا تردّ به النكاح وكذلك العمى والجذام والرتق.
(٨) الكافي : النكاح ، الضرب الأول من الاحكام ، ص ٢٩٥ س ١٥ قال : أو سليمة فخرجت برصاء أو عمياء الى أن قال : كان له ردّها.
(٩) المهذب : باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال : واما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه الى أن قال : والعمى.
(١٠) المختلف : في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٢ قال : وقد عدّ في النهاية العمى من عيوب المرأة

حمزة^(١) ، وابن إدريس^(٢) ولم يذكره الصدوق لما عدّ عيوب النساء وجعله رواية ، وقد حكينا عبارته في أوّل الباب^(٣).
والأقرب الردّ به ، وهو اختيار المصنف^(٤) والعلامة^(٥) لصحيحة داود بن سرحان المتقدمة^(٦).

والمشهور اختصاصه بالمرأة ولا يردّ به الرجل ، وقال القاضي في المهذب : إنه مشترك^(٧) وهو ظاهر أبي علي^(٨).
وكذا المشهور في الجذام اختصاصه بها ، وقال القاضي في المهذب باشتراكه^(٩) ورجحه العلامة في القواعد^(١٠) لوجوب التحرز عن الضرر ، وقال عليه السّلام : قرّ

الى قوله : وكذا ابن الجنيد.

(١) الوسيلة : في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ، ص ٣١١ س ١٤ قال : وما يختص بالنساء الى قوله : والعمى إلخ.

(٢) السرائر : باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٠ قال : وأما العيوب الراجعة الى النساء الى قوله : والعمى على الأظهر.

(٣) المقنع : باب بدو النكاح ص ١٠٤ س ١٦.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٧ قال : والوجه أنّ العمى تردّ به المرأة.

(٦) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٤ الحديث ٧.

(٧) المهذب : باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال : وأما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه إلى قوله : والعمى.

(٨) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ١٠٤ س ٢ قال : وقد عدّ في النهاية العمى من عيوب المرأة ، وكذا ابن الجنيد.

(٩) المهذب : باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال : وأما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه فهو الجنون والجذام والبرص إلخ.

(١٠) القواعد : في أصناف العيوب ، ص ٣٣ س ١ قال : وأما المرأة فالمختص بها سبعة الجذام والبرص إلخ.

وأما الأحكام فمسائل :

الأولى : لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول وفي المتجدد بعد العقد تردّد عدا العنن ، وقيل : تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد.
الثانية : الخيار فيه على الفور ، وكذا في التدليس.
الثالثة : الفسخ فيه ليس طلاقا ، فلا يطرد معه تنصيف المهر.
الرابعة : لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم ، ويفتقر في العنن لضرب الأجل.

من الأجذم كفرارك من الأسد ^(١) وقال القاضي في المهذب : البرص أيضا مشترك ^(٢) والأقرب اختصاصه بالمرأة.

قال طاب ثراه : وفي المتجدد بعد العقد تردّد عدا العنن ، وقيل : يفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد.

أقول : العيب إما في الرجل أو المرأة ، فهنا قسمان :

(الأول) عيب الرجل ، وهو في المشهور : الجنون ، والجب ، والخصاء ، والعنة ، والجذام على قول القاضي ^(٣) ومرجح العلامة ^(٤) والبرص على ما انفرد به القاضي ^(٥).
وشرط الفسخ بالأخيرين سبقهما على العقد عند القائل به.

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ (١٧٦) باب النوادر وهو آخر أبواب الكتاب ص ٢٥٨ الحديث ٤ ولفظ الحديث (فَرَّ من المجذوم فرارك من الأسد).

(٢) نقلناه عنه آنفا.

(٣) و (٤) و (٥) تقدّم نقل الكل آنفا.

الخامسة : إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر ، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس ، وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر إلا في العنن ، ولو كان بعده فلها المسمى ، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر.

السادسة : لو ادّعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه ، ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجهدا إذا عجز عن وطئها قبلا ودبرا ، وعن وطء غيرها. ولو ادّعى الوطاء فأنكرت فالقول قوله مع يمينه.

السابعة : إن صبرت مع العنن فلا بحث ، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع فان عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر.

وأما البحث في الأربعة الأولى فمدارها على أربعة أقطاب :

الأول : الجنون ، وتفسخ به المرأة إن كان سابقا على العقد إجماعا ، واشترط ابن البراج : أن لا يعقل أوقات الصلاة ^(١) وهو ظاهر كلام ابن حمزة ^(٢) ولم يشترط الباقر ، بل جعلوا التفصيل في المتجدد ، وقالوا : إن كان سابقا على العقد كان لها الخيار ، وإن تجدد ثبت الخيار ان لم تعقل أوقات الصلوات ، وأما الحادث بعد العقد والوطء ، فهل يشترط في جواز الفسخ به أن لا يعرف معه أوقات الصلوات؟

(١) المذهب : ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٣ س ١ قال : وعندنا أنّ الجنون بالرجل إذا كان يعقل معه أوقات الصلوات فليس يتعلّق به خيار.

(٢) الوسيلة : في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٨ قال : وما يعمّهما حلقة شيء واحد وهو الجنون على وجه لا يعرف معه وقت الصلاة.

الأكثر على ذلك ، وهو مذهب الشيخين ^(١) ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وابن إدريس ^(٥) ولم يشترطه العلامة وأثبت به الردّ لعموم النص ^(٦).

روى علي بن أبي حمزة قال : سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوّجها ، أو عرض له جنون ، قال : لها أن تنزع نفسها عنه إذا شاءت ^(٧).

ولما فيه من الضرر المنفي بالآية والرواية.

تذنيبان

(أ) لا فرق في المتجدّد بين الطاري على العقد ، أو الوطاء صرّح به

(١) المقنعة : باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ١١ قال : وإن حدث بالرجل جنة وكان يعقل معها أوقات الصلاة لم يكن للمرأة خيار إلخ.

(٢) النهاية : باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٥ قال : وإن لم يعقل أوقات الصلوات كان لها الخيار.

(٣) المهذب : ج ٢ فيما لو حدث العيب بعد العقد ص ٢٣٥ س ١ قال : لم يجب الردّ إلّا ما ذكره أصحابنا من الجنون الذي لا يعقل معه صاحبه أوقات الصلوات إلى أن قال بعد أسطر : فإن كان لا يعقل ذلك ، كانت مخيرة بين المقام معه وبين فراقه إلخ.

(٤) الوسيلة : في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٨ قال : وهو الجنون على وجه لا يعرف معه وقت الصلاة.

(٥) السرائر : باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٨ س ٣٣ قال : وأمّا الجنون الحادث بعد العقد الى قوله : وإن كان لا يعقل إلخ.

(٦) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٣ س ٢ قال : والوجه التسلط على الفسخ سواء عقل أوقات الصلاة أو لا إلخ.

(٧) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٨ الحديث ١٩.

العلامة ^(١) والقاضي ^(٢) وهو اختيار أبي علي ^(٣) وابن زهرة ^(٤) وظاهر الفقيه ^(٥) وكلام الشيخ في النهاية عام ^(٦).

(ب) هل يفتقر فسخ المرأة في المتحدّد إلى طلاق؟ قال في النهاية : نعم ^(٧) وتبعه القاضي ^(٨) وابن زهرة ^(٩) ومنعه ابن إدريس ^(١٠) واختاره العلامة ^(١١) وهو المعتمد كغيره من العيوب.

الثاني : الحبّ ، وشرط الردّ به أن لا يبقى منه ما يمكن به الوطء ولو قدر الحشفة ،

(١) و (٢) المختلف : في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣ س ٨ قال : الرابع لو تحدّد بعد الدخول فالأقرب أنّ لها التسلّط أيضا الى أن قال : وبه قال ابن الجنيّد.

(٣) تقدّم مختاره آنفا.

(٤) الغنية من جوامع الفقهية : كتاب النكاح ، ص ٦١١ س ٢٣ قال : وان كان لا يعقل ذلك كان لها الخيار ، ولزم وليّه أن يطلقها عنه إن طلبت الفراق إلخ ولا يخفى ان كلامه عام بين الطاري على العقد أو الوطء.

(٥) لم أعرّض عليه في المقنع والهداية ، وفي المختلف : في العيوب والتدليس ص ٣ س ١٠ قال : وظاهر كلام علي بن بابويه فإنه قال : وإذا تزوّج رجل وأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغا لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما إلخ.

(٦) تقدم نقل كلام الشيخ في النهاية آنفا.

(٧) النهاية : باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٧ قال : فان اختارت فراقه كان على وليّه أن يطلقها.

(٨) المهذب : ج ٢ ، فيما لو حدث العيب بعد العقد ، ص ٢٣٥ س ١١ قال : فان اختارت فراقه كان على وليه ان يطلقها عنه.

(٩) تقدم آنفا.

(١٠) السرائر : باب العيوب والتدليس في النكاح ، ص ٣٠٨ س ٣٥ قال : فالمرأة بالخيار ، ولها فسخ النكاح بذلك.

(١١) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٣ س ١٣ قال : والوجه أنه لا يفتقر الى طلاق.

وفسخ به مع سبق على الأصح (قطعا خ ل) وهل يفسخ به مع تجددّه بعد الوطء والعقد أم لا؟ ، أثبتّه القاضي ^(١) والعلامة ^(٢) وفخر المحققين ^(٣) والشيخ في موضع من المبسوط ^(٤) ونفاه ابن إدريس ^(٥) وإن كان قبل الوطء إذا كان بعد العقد ، وهو قول الشيخ في الخلاف ^(٦) وموضع آخر من المبسوط ^(٧) والحق الفسخ لأنّ التضرّر به أعظم من العنة ، ويثبت بها الردّ مع تجددّها.

الثالث : الخصاء ، وهو سلّ الأثنين ويثبت به الردّ مع سبقه على العقد إجماعا ، وهل يفسخ به مع تجددّه؟ قال القاضي : نعم ^(٨) وتبعه العلامة في المختلف ^(٩) لفوات ثمة العقد من حصول النسل والتعقّف وهو ضرر منفي بالآية والرواية ،

(١) المهذب : ج ٢ ، فيما لو حدث العيب بعد العقد ص ٢٣٥ س ١ قال : لم يجب الرد الا ما ذكره أصحابنا إلى قوله : والجب والخصي والعنت.

(٢) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٣ س ٣٥ قال : والمعتمد قول ابن البراج ، فإن الجبّ والخصا مساويان للعنة ، بل هما أبلغ إلخ.

(٣) الإيضاح : ج ٣ ، في العيب والتدليس ص ١٧٥ س ٢٠ قال : والأرجح عندي ثبوت الخيار لها لليأس من الوطء معه.

(٤) المبسوط : ج ٤ في العيوب التي يردّ بها النكاح ، ص ٢٥٠ س ٥ قال : وأما الجب الى قوله : فلها الخيار.

(٥) السرائر : باب العيوب والتدليس في النكاح ، ص ٣٠٩ س ٧ قال : وإذا حصل بالرجل جبّ أو خصاء بعد العقد فلا خيار للمرأة.

(٦) الخلاف : كتاب النكاح ، مسألة ١٢٧ قال : إذا حدث بالرجل جب الى قوله : لم يكن في حال العقد ، فإنه لا يردّ إلخ.

(٧) المبسوط : ج ٤ ، في العيوب التي يردّ بها النكاح ص ٢٥٢ س ١٦ قال : وقال المخالف : إذا حدث واحد من الأربعة إلى قوله : والجب فلها الخيار ، وعندنا أنه لا خيار في ذلك.

(٨) تقدم نقل قوله في الخصي آنفا.

(٩) تقدّم مختاره في الخصي آنفا.

.....

ومنعهُ الشيخ ^(١) وابن إدريس ^(٢) والمصنف ^(٣) وعليه الأكثر.

الرابع : العنة ، ويثبت بها الردّ وإن تحدّدت بعد العقد إجماعاً ، وهل يفسخ مع تحدّدها بعد الوطء؟ قال المفيد : نعم ^(٤) وبه قال الصدوق ^(٥) وابن حمزة ^(٦) ومنع الباقر ، وتوقف العلامة في المختلف ^(٧).

احتج المفيد بعموم رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال : العنين يتربص به سنة ، ثمّ إن شاءت امرأته تزوّجت وإن شاءت أقام ^(٨) ت.

ورواية أبي الصّباح قال : سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن امرأة ابتلى زوجها ، فلا يقدر على الجماع أبداً ، تفارقه؟ قال : نعم إن شاءت ^(٩) وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال في حكاية الحال تدلّ على العموم في المقال.

احتج الباقر برواية إسحاق بن عمّار عن جعفر ، عن أبيه عليهم السّلام : إنّ

(١) المبسوط : ج ٤ ، في العيوب التي يرّد بها النكاح ص ٢٥٠ س ١١ قال : والثاني لا خيار لها لأنّ الخصيّ يولج ويبالغ أكثر من الفحل وإنما لا ينزل.

(٢) تقدم مختاره آنفاً.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المقنعة : باب التدليس في النكاح ، ص ٨٠ س ١٠ قال : فان حدث بالرجل عنة بعد صحته الى قوله : كانت المرأة بالخيار.

(٥) المقنع : باب بدو النكاح ، ص ١٠٥ س ٤ قال : والعنين يتربص به سنة ، ثمّ إن شاءت امرأته تزوّجت.

(٦) الوسيلة : في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ، ص ٣١١ س ١٢ قال : فان واقعها قبل مضيّ السنة إلى قوله : زال خيارها.

(٧) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٤ س ١٣ قال : فنحن في ذلك من المتوقفين.

(٨) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرّد منه وما لا يرّد ص ٤٣١ الحديث ٢٧.

(٩) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرّد وما لا يرّد ص ٤٣١ الحديث ٢٨.

.....

عليها عليه السلام كان يقول : إذا تزوّج الرجل امرأة فوقع عليها مرة ، ثمّ أعرض عنها ، فليس لها الخيار ، لتصبر فقد ابتليت ، وليس لأُمَّهات الأولاد ، ولا الإماء ما لم يمسهن من الدهر إلا مرة واحدة خيار ^(١).

وهذا الحديث أرجح من الأول ، لكون التفصيل قاطعا للشركة ، وبأصالة لزوم العقد وعدم الخيار ، وتوقف العلامة نشأ من قوة دليل اللزوم ، وكونه قول الأكثر من اشتماله على التضرّر بفوات فائدة النكاح وثمرته.

تذنيبات

(أ) المشهور توقّف الفسخ بالعنة على الأجل ، وهو مذهب الأربعة ^{(٢) (٣) (٤) (٥)} واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) وقال أبو علي : يثبت لها الخيار مع سبقه على العقد ، وإن ادّعى حدوثه بعد العقد ، وقف على الأجل المذكور ^(٨).

-
- (١) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرّد منه وما لا يرّد ص ٤٣٠ الحديث ٢٦.
- (٢) المنفعة : باب التدليس في النكاح ، ص ٨٠ س ٩ قال : انتظرت به سنة.
- (٣) النهاية : باب التدليس في النكاح ، ص ٤٨٦ س ١٩ قال انتظر به سنة.
- (٤) المنقح : باب بدو النكاح ص ١٠٥ س ٤ قال : والعين يتربص به سنة.
- (٥) الناصريات من الجوامع الفقهية : المسألة التاسعة والخمسون والمائة ، قال : فظهر انه عين انتظرت به سنة.
- (٦) الشرائع : في أحكام العيوب ، الثامنة : قال : أجلها سنة من حين الترافع.
- (٧) التحرير ، في أحكام العيوب التدليس : ص ٢٩ قال (ي) إذا ثبت العنة إلى قوله : أجلها سنة من حين الترافع إلخ.
- (٨) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٤ س ١٤ قال : قال ابن الجنيد : العن بالرجل قبل الدخول يوجب الفسخ إلخ.

احتج الأصحاب بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : العنين
يتربص به سنة ، ثمَّ إن شاءت امرأته تزوّجت ، وإن شاءت أقامت ^(١) .
احتج أبو علي بما رواه غياث الضبي عن الصادق عليه السلام في العنين إذا علم أنه
عنين لا يأتي النساء فترق بينهما ، وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما ، والرجل لا
يردّ بعيب ^(٢) .

(ب) المشهور وجوب نصف المهر مع الفسخ ، نصّ عليه الصدوق ^(٣) والشيخ في
النهاية ^(٤) وليس هنا فسخ من قبل الزوجة قبل الدخول يوجب شيئاً إلّا هنا ، ولعلّ الأصل
فيه إشرافه على الزوجة وإطلاعه على محارمها ، وخلوته بها سنة ، وقال ابن الجنيد : يجب
المهر كاملاً ^(٥) .

وهو بناء على أصله ، من وجوب المهر بالخلوة التامة ، وسيجيء البحث فيه إن شاء
الله تعالى فالخاص : أنّ العنة تخالف غيرها من العيوب في أمور :

(أ) الافتقار إلى الحاكم.

(ب) ضرب الأجل.

(ج) تنصيف المهر.

(د) جواز الفسخ مع تجددّها على العقد إجماعاً ، ويشاركها في هذا الجنون ،

(١) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ، ص ٤٣١ الحديث ٢٧ .

(٢) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٣٠ الحديث ٢٥ .

(٣) المقنع : باب بدو النكاح ، ص ١٠٥ س ٢ قال : وأعطيت نصف الصداق .

(٤) النهاية : باب التدليس في النكاح ، ص ٤٨٧ س ٢ قال : وان اختارت فراقه كان لها نصف الصداق .

(٥) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٤ س ٢٣ قال : وقال ابن الجنيد : إذا اختارت الفرقة وجب لها المهر .

إجماعاً.

(القسم الثاني) عيب المرأة ، وفيه بحثان :

الأول : في حصر أصناف العيب ، وفيه أقوال :

(أ) أنه أربعة : الجنون والجذام والبرص والعفل ، قاله الصدوق في المقنع ^(١).

(ب) أنه ستة بإضافة الرتق والإفضاء ، قاله الشيخ في المبسوط ^(٢).

(ج) أنه سبعة بإضافة العمى والعرج ، وإهمال العفل قاله في النهاية ^(٣).

(د) أنه ثمانية بإضافة كونها محدودة في الزنا ، قاله القاضي في المهذب ^(٤).

والمعتمد عند المحققين ثمانية : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والإفضاء ، والرتق ، والقرن ، والعمى ، والعرج البالغ حدّ الإقعاد.

والقرن بسكون الراء ، قيل : هو عظم ينبت في الفرج يمنع الوطء ^(٥) وهو بعيد ، لأنّ العظم لا يكون في الفرج ، وقيل : هو العفل ، بحركة الفاء والعين المهملة ، وهو لحم ينبت في فرج المرأة لعارض يعتريها عند الولادة ، وحكمه حكم الرتق في

(١) المقنع : باب بدو النكاح ، ص ١٠٤ س ١٦ قال : واعلم أنّ النكاح لا يردّ إلا من أربعة أشياء.

(٢) المبسوط : ج ٤ ، في العيوب التي توجب الردّ في النكاح ص ٢٤٩ س ٣ قال : وفي المرأة إلى قوله : والرتق والإفضاء.

(٣) النهاية : باب التدليس في النكاح ، ص ٤٨٥ س ١٨ قال : إذا تزوّج الرجل بامرأة فوجدها إلى قوله : أو عمياء أو عرجاء.

(٤) المهذب : ج ٢ ، باب التدليس في النكاح ، ص ٢٣١ س ١٤ قال : وأما يختص المرأة إلى قوله : وكونها محدودة في الزنا.

(٥) وفي حديث علي عليه السلام إذا تزوّج المرأة وبها قرن ، القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج المرأة كالسنّ ، يمنع من الوطء ، ويقال له العفلة (النهاية ج ٤ لغة قرن). القرناء من النساء التي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة ، أو لحم مرتتقة ، أو عظم ، يقال لذلك كله القرن (لسان العرب ج ١٣ ص ٣٣٥ لغة قرن).

.....

اشتراط بلوغه حدًا يمنع الوطء.

وقال الصدوق في المقنع : إذا زنت بعد العقد قبل الدخول كان له الفسخ ^(١) وبه رواية فيها ضعف ^(٢) وذهب كثير إلى الردّ بظهورها محدودة كالقاضي في المهذب ^(٣) والمفيد ^(٤) وتلميذه ^(٥) وابن الجنيد ^(٦) والتقي ^(٧) والقطب الكيدري ^(٨) ^(٩).

احتجوا برواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل تزوّج امرأة فعلم أنها كانت زنت ، قال : إن شاء زوجها أخذ الصادق مّن زوجها ، ولها الصادق بما استحلّ من فرجها ^(١٠) ومنع الشيخ في النهاية من الردّ بذلك ^(١١).

(١) المقنع : باب بدو النكاح ص ١٠٩ س ٣ قال : وإذا تزوّج الرجل المرأة فزنى قبل أن يدخل بها لم تخل له إلخ. (٢) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ، ص ٤٩٠ الحديث ١٧٦ ومسن الحديث (إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال : قال علي عليه السلام : في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها ، قال : يفرق بينهما. الحديث).

(٣) المهذب : ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٥ قال : وكونها محدودة في الزنا. (٤) المقنعة : باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٦ قال : والمحدودة في الفجور. (٥) المراسم : ذكر شرائط الأنكحة ، ص ١٥٠ س ١٨ قال : والمحدودة في الفجور. (٦) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٢ س ٧ قال بعد نقل قول المفيد : واختاره ابن الجنيد وقطب الدين الكيدري.

(٧) الكافي : الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٦ قال : أو مفضاة أو محدودة إلخ. (٨) أبو الحسن محمد بن الحسين البيهقي النيسابوري الإمامي ، كان معاصرا للقطب الراوندي وتلميذا لابن حمزة ، وله شرع نهج البلاغة فرغ منه سنة (٥٧٦) والكيدر قرية من قرى بيهق (الكنى والألقاب : ج ٣ ص ٧٤). (٩) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٢ س ٧ قال بعد نقل قول المفيد : واختاره ابن الجنيد وقطب الدين الكيدري.

(١٠) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ص ٤٢٥ الحديث ٩.

(١١) النهاية : باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ٧ قال : والمحدودة في الزنا لا تردّ.

وهي في رواية رفاعه بن موسى عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن المحدود والمحدودة ، هل يردّ به النكاح؟ قال : لا ^(١) وذهب أبو علي إلى أنّ الزنا قبل العقد وبعده من العيوب المسوغة للردّ في الرجل والمرأة ^(٢) وهو منقوض.

الثاني : في حكم العيب ، وحكمه تسلط الرجل على الفسخ على سبقه على العقد إجماعاً ، ولا يفسخ لو تحدّد بعد الدخول قطعاً ، وهل يفسخ بالمتجدّد بينهما؟ فيه مذهبان :

أحدهما : نعم ، وهو اختيار الشيخ في الكتابين ^(٣) ^(٤) والآخر : لا تفسخ وهو اختيار ابن حمزة ^(٥) وابن إدريس ^(٦) وظاهر القاضي ^(٧) واختاره المصنف ^(٨)

(١) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يرد ص ٤٢٤ قطعة من حديث ٨.
(٢) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٦ قال : مسألة ، قال ابن الجنيد : الزنا قبل العقد وبعده يردّ به النكاح إلخ.

(٣) المبسوط : ج ٤ ، العيوب التي يردّ بها النكاح ، ص ٢٥٢ س ١٩ قال : والثاني له الخيار وهو الأظهر لعموم الاخبار.

(٤) الخلاف : كتاب النكاح ، مسألة ١٢٨ قال : إذا حدث بالمرأة أحد العيوب التي تردّ به ولم يكن في حال العقد إلخ.

(٥) الوسيلة : في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ، ص ٣١٢ س ١ قال : وإنما يكون لكل واحد منهما خيار الفسخ الى قوله : والامتناع من الدخول إذا علم بعد العقد.

(٦) السرائر : في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٥ قال : الصحيح أن كل عيب حادث بعد العقد لا يردّ به النكاح.

(٧) المهذب : ج ٢ ، فيما لو حدث العيب بعد العقد ، ص ٢٣٥ س ١ قال : لم يكن حاصلًا قبل العقد لم يجب الردّ إلخ.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

.....

والعلامة ^(١).

احتج الأولون بعموم صحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتي بها عمياء أو برصاء قال : تردّ على وليّها الحديث ^(٢) وهو شامل لصورة النزاع.

احتج العلامة بأن العقد وقع صحيحا خاليا عن التدليس ، فيكون لازما ، كما لو تجدد العيب بعد الدخول ، ولأنّه لم يوجد منها تدليس ، ويمكنه التخلص منها بالطلاق ، فلا يثبت له الخيار ^(٣).

وفيه نظر : لأنّ التخلص بالطلاق لا ينفك عن إضرار بالزوج ، للزوم نصف المهر ، وليس كذلك الفسخ ، فإنّه لا يجب به شيء.

تذنيب

لا يتوقّف الفسخ في غير العنة على حكم الحاكم ، صرح به القاضي ^(٤) والشيخ في غير المبسوط ^(٥) وتردّد فيه ^(٦) لأنّ الحق لها فلا يتوقف استيفاءه على

(١) و (٢) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٣ س ٢٠ قال بعد نقل قول الوسيلة والسرائر : وهو الأقرب ، لنا أنه عقد وقع صحيحا خاليا عن التدليس إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ، ص ٤٢٤ الحديث ٥.

(٤) المهذب : ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٢ س ٩ قال : ويجوز أيضا أن يفسخ الرجل ذلك بنفسه إلخ.

(٥) فإن الشيخ عنون في تمام موارد التدليس بقوله : فان له ردّها ، ولم يزد عليه شيء آخر ، لاحظ النهاية ص ٤٨٤ باب التدليس في النكاح.

(٦) المبسوط : ج ٤ ، العيوب التي يردّ بها النكاح ويفسخ ص ٢٥٣ س ١٤ قال : كل موضع يثبت فيه الخيار بالعيب الى قوله : يأتي إلى الحاكم ويطلب بالفسخ الى أن قال : ولو قلنا على مذهبنا ان له الفسخ بنفسه كان قويا ، والأوّل أحوط.

تتمة

لو تزوّج على أنّها حرة فبانّت أمة فله الفسخ ، فلا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الأشبه ويرجع به على المدلس . وقيل : لمولاهما العشر أو نصف العشر إن لم يكن مدّلسا ، وكذلك تفسخ هي لو بان زوجها مملوكا ، ولا مهر قبل الدخول ، ولها المهر بعده ، ولو اشترط كونها بنت مهيّرة فبانّت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر ، ويثبت لو دخل . ولو تزوّج بنت مهيّرة فأدخلت عليه بنت الأمة ، ردّها ولها المهر مع الوطاء للشبهة ، ويرجع به على من ساقها ، وله زوجته . ولو تزوّج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الآخر ، كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطئ ، للشبهة ، وعليها العدة ، وتعاد إلى زوجها ، وعليه مهرها الأصلي .

حكم الحاكم ، وقال ابن الجنيد : إذا أريدت الفرقة لم يكن إلّا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين ، أو خليفته ، أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلد هدنة ، أو سلطان منقلب ، لأنّها مسألة خلافة ^(١) .

قال طاب ثراه : ولو تزوّج على أنّها حرة فبانّت أمة فله الفسخ ولا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الأشبه .

أقول : إذا تزوّج الرجل امرأة على أنّها حرة ، فخرجت أمة ، فلا شك في كون ذلك تدليسا يوجب خيار الزوج ، لأنّ الحرية وصف كمال ، وفقدان وصف كمال المشروط يزلزل العقد ، ويعرضه للزوال بالفسخ . وأيضا في نكاح الأمة غصّا على

(١) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٦ س ٢٧ وجملة (لأنّها مسألة خلافة) ليست في كلام ابن الجنيد ، والظاهر أنّها من الماتن .

.....

الحرّ ، خصوصا على القول بتحريمها.

إذا عرفت هذا ، فنقول : إن فسخ قبل الدخول فلا شيء ، وإن حصل الفسخ بعده ، فماذا يجب على الزوج؟ قيل فيه ثلاثة أقوال :

(أ) وجوب المهر المسمّى ، وهو ظاهر الشيخ في النهاية ، وعبارته : إذا عقد الرجل على امرأة على أنّها حرّة فوجدها أمة كان له ردّها ، فإن كان قد دخل بها كان لها المهر بما استحل من فرجها ، وللزوج أن يرجع إلى وليّها الذي دلّسها بالمهر^(١).

وفي قوله : « كان لها المهر » تساهل ، لأنّ المهر للسيد ، لا لها ، لكن لما كانت سببا للاستحقاق أضافه إليها مجازا ، وتابعه القاضي في العبارة^(٢) ومثله عبارة المفيد حيث أطلق لزوم المهر مع الدخول^(٣) وهو اختيار المصنف^(٤) والعلامة قال : لأنه عوض بضع وقع صحيحا ، وتطرق الفسخ لا يقتضي فساد من أصله ، وإلا لما صح بعد الرضا ، فييجاب مهر المثل وإبطال المسمّى على ما ذهب إليه الشيخ وابن حمزة ليس بجيد^(٥).

(ب) بطلان المسمى ووجوب مهر المثل ، حكاه العلامة عن الشيخ^(٦) وهو

(١) النهاية : باب التدليس في النكاح ، ص ٤٨٤ س ١٢ قال : إذا عقد الرجل على امرأة إلى قوله : دلّسها بالمهر.

(٢) المهذب : ج ٢ ، ص ٢٣٦ س ١٥ قال : وإذا تزوّج الرجل بامرأة على أنّها حرّة فبان أنّها أمة إلخ.

(٣) المقنعة : باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ١ قال : إذا تزوّج الرجل بالمرأة على أنّها حرّة إلى قوله : ألا أن يكون قد دخل بها.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف : في العيوب والتدليس ص ٧ س ٣٩ قال : والتحقيق ان نقول : الى قوله فييجاب مهر المثل وإبطال المسمّى على ما ذهب اليه الشيخ وابن حمزة ليس بجيد.

(٦) تقدم آنفا.

اختيار ابن حمزة ^(١) إن كان المدلس سيدها ، ويرجع به على السيد.
(ج) وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع الثبوبة ، قاله أبو علي ^(٢) وهو اختيار ابن حمزة ^(٣) إن كانت هي المدلسة.

ولو كان الزوج عبدا ، وقف على إجازة مولاه ، فإن أجاز لزم العقد وما سمي فيه ، وإن فسخ بطل ، فإن لم يكن دخل فلا شيء ، وإن كان قد دخل وجب عليه ما وجب على الحر ، ثم إن كان مأذونا له في النكاح لزم ذلك السيد ، وإلا ففي ذمته يتبع به

تذنيب

المهر للسيد هنا لكون البضع مملوكا له ، فعوضه لمالكه ، فإن لم يكن دفع إليها شيئا فلا كلام ، وإن دفع إليها استعاده ، وإن تلف أو بعضه رجع إليها بعد العتق واليسار ، وهو المشهور ، والذي يقتضيه أصول المذهب ، وقال المفيد : لا يرجع عليها بشيء بعد الدخول ^(٤).

وإن كان المدلس أجنبيا رجع عليه بالمدفوع إليها مع تلفه ، وبما يدفع إلى السيد. وشرط الشيخ في النهاية كونه عالما بدخله لأمرها ^(٥) وتبعه القاضي ^(٦) ، وإن كان

(١) و (٢) الوسيلة : في عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ٨ قال : أما لو دلّسها أحد بالحرية ، إلى قوله : ولسيدها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف العشر إن كان ثيبا ، إلى قوله : وإن دلّسها مولاه لزم مهر المثل.

(٣) المختلف : في العيوب والتدليس ، ص ٧ س ٢١ قال : وقال ابن الجنيد : إلى قوله : وعلى الزوج إن كانت بكرا فافتضاها عشر قيمتها أو نصف عشرها إن كانت ثيبا.

(٤) المقنعة : باب التدليس في النكاح ، ص ٨٠ س ٣ قال : ولا يأخذ منها شيئا منه بعد الدخول.

(٥) النهاية : باب التدليس في النكاح ، ص ٤٨٤ س ١٤ قال : فإن كان الولي لم يعلم دخيلة أمرها ، لم يكن عليه شيء إلخ.

(٦) المهذب : ج ٢ باب التدليس في النكاح ، ص ٢٣٦ س ١٧ قال : وإن كان غيرها هو الذي تولّى

ولو تزوجها بكرا فوجدها ثيبا ، فلا ردّ ، وفي رواية ينقص مهرها.

المدّلس السيد لم يكن له مهر ، لأنه أباحه الوطء بعوض يعود ضمانه عليه ، فلا يرجع بشيء.

قال طاب ثراه : ولو تزوجها بكرا فوجدها ثيبا فلا ردّ ، وفي رواية ينقص مهرها.

أقول : البحث هنا يقع في مقامين :

الأول : هل يثبت الردّ بفوات البكارة مع شرطها؟ أم لا؟ بالثاني قال التقي ^(١) وهو المشهور بين الأصحاب ، وقال العلامة : يثبت الخيار إن ثبت سبق الثيبوبة ^(٢) ، لأنه شرط وصف كمال ، ولا يوجد ، فيثبت له خيار الشرط ، كالتدليس ، فكان له الفسخ ، لأنه معنى صحة الشرط.

الثاني : هل ينقص من مهرها شيء أم لا؟ فيه مذهبان :

(أ) لا ينقص شيء ، وهو مذهب التقي ^(٣) لثبوته بالعقد ، والأصل بقاؤه.

(ب) النقص ، وفي قدره أقوال :

(أ) ينقص شيء مطلقا ، ولم يعين قدره ، قاله الشيخ في النهاية ^(٤) والقاضي ^(٥) ،

اعتمادا على رواية محمد بن جرك قال : كتبت إلى أبي عبد الله

العقد عليها وكان علما بذلك إلخ.

(١) الكافي : النكاح ص ٢٩٦ س ٣ قال : وان تزوج بكرا فوجدها ثيبا الى قوله : فليس يعيب بوجوب الرد ولا نقصانا في المهر.

(٢) القواعد : في التدليس ص ٣٥ س ٥ قال : ولو شرط البكارة فإن ثبت سبق الثيبوبة ، فالأقرب أن له الفسخ إلخ.

(٣) تقدم في قوله آنفا (ولا نقصانا في المهر).

(٤) النهاية : باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٠ قال : وإذا عقد على امرأة على أنها بكر الى قوله : ينقص من مهرها شيئا.

(٥) المهذب : ج ٢ ، فيما إذا بانت الزوجة ثيبا ص ٢١٣ س ١١ قال : وإذا تزوّج امرأة على أنها بكر الى قوله : جاز أن ينقص من مهرها شيئا.

عليه السلام أسأله عن رجل تزوّج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيا أم ينقص؟ قال : ينقص ^(١) ولا بد من إضمار شيء ممكن.

(ب) أنه السدس قاله الراوندي في شرح مشكل النهاية ^(٢) لأن الشيء في عرف الشرع السدس.

وفيه نظر : لأنّ اللازم من الرواية إضمار (شيء) وهو يصدق على القليل ، فيكون أعم من المدعى ولا دلالة للعام على الخاص. والعرف في الوصية إلى السدس ، لا يطرد ، لعدم لزومه في الإقرار ، وفي قوله تعالى «وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا» ^(٣).

(ج) أنه ينقص من المسمى ما بين مهرها بكرا وثيبا ، وذلك يختلف باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك قاله ابن إدريس ^(٤) وأورد عليه السيد عميد الدين بأنه ربما يستغرق بالثيب مجموع مهرها المسمى في هذا العقد ، فخلا النكاح من مهر ^(٥).

(د) الرجوع فيه إلى تقدير الحاكم والإحالة فيه على نظره ، لعدم التقدير الشرعي واللغوي فيه ، أي في تفسير (الشيء) في هذا الموضع ، وهو اختيار المصنف في النكت ^(٦) ونقل فخر الدين عن والده طاب ثراهما أنه أجاب في درسه عن الوارد

(١) التهذيب : ج ٧ ، باب التدليس في النكاح وما يرّد منه وما لا يرّد ص ٤٢٨ الحديث ١٧ .

(٢) نقله في نكت النهاية في الجوامع الفقهية عن الراوندي ص ٤١٣ س ٢٣ بقوله : قال الراوندي في تفسير مشكل النهاية : ينتقص السدس إلخ.

(٣) البقرة : ٢٢٩ .

(٤) السرائر : باب المهور ص ٣٠٣ س ٣٤ قال : والصحيح انه ينقص من المسمى إلخ.

(٥) نقله في إيضاح الفوائد : ج ٣ ص ١٨٦ س ١٥ بقوله : وأورد ربما استغرق فخلا النكاح من مهر.

(٦) نكت النهاية : من الجوامع الفقهية : ص ٤١٣ س ٣٠ قال : والوجه عندي إحالة ذلك على نظر الحاكم إلخ.

(النظر الثاني) في المهر ، وفيه أطراف .

الطرف الأول : كل ما يملكه المسلم يكون مهرا ، عينا كان أو دينا ،

على ابن إدريس : بأن المراد أنّ هذا هو مهر البكر ، فما ينقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء وبسببه نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر ^(١) .

فحاصل الإيراد : أنّ ما ذكره قد يستغرق المهر ، فيعزو البضع عن عوض ، وهو غير سائغ ، مثلا كان مهر مثلها بكرا مائة وثييا ستون ، فالتفاوت أربعون ، فلو كان مهرها في الصورة المفروضة أربعون ، وكان المنقص من المهر هو التفاوت ، لوجب ردّها فلا مهر حينئذ .

وحاصل الجواب : أنّ هذا الحكم المذكور على تقدير أن يكون قد وقع العقد في الصورة المفروضة على مهر مثلها البكر لا أنقص ولا أزيد حتى يلزم المخذور المذكور ، وإن فرض التفاوت بين مهر المثل وما وقع عليه العقد ، كان المراد أن يرجع بنسبة نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر ، فيرجع في الصورة المفروضة بخمس ما وقع عليه العقد ، وهو ثمانية من أربعين .

وطعن فيه فخر المحققين : بأن قيمة المثل في المعاوضات المحضة ، والنكاح ليس منها

(٢) .

(النظر الثاني) في المهر

مقدمة : المهر مال يجب بعقد النكاح ، أو بوطء غير زنا منها ، ولا ملك يمين ، ويتزادف عليها تسعة ألفاظ ، الصداق ، والصّدقة ، والمهر ، والنحلة ، والأجر ، والفريضة ، والعلائق ، والعقر ، والحباء .

(١) الإيضاح : ج ٣ في العيب والتدليس ص ١٨٦ س ١٦ قال : وأجاب عنه والذي في درسه إلخ .

(٢) الإيضاح : ج ٤ في العيب والتدليس ، ص ١٨٦ س ١٨ قال : والأوّل (أي قول النهاية) أرجح ، لأن قيمة المثل يعتبر إلخ .

أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة ، ويستوي فيه الزوج والأجنبي. أما لو جعلت المهر استئجاره مدة ، فقولان : أشبههما الجواز.

قال طاب ثراه : أما لو جعلت المهر استئجاره مدة ، فقولان : أشبههما الجواز.

أقول : يشترط في المهر المالية ، فكلما يملكه المسلم وتصح المعاوضة عليه جاز أن يكون مهرا ، ولا فرق بين الدين والعين والمنفعة ، لكن اختلفوا في جواز جعل إجارة الزوج نفسه مدة معينة . بحيث أن يكون متعلقة بعينه غير قابلة للنيابة . ، مهرا ، فمنع الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي في الكامل ^(٢).

وجوّزه المفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤) وابن إدريس ^(٥) وأبي علي ^(٦) وابن حمزة ^(٧) والكيدري ^(٨) واختاره المصنف ^(٩) والعلامة ^(١٠) والقاضي في المهذب مثل

(١) النهاية : باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٦٩ س ٦ قال : ولا يجوز العقد على إجارة ، وهو أن يعقد الرجل على أن يعمل لها أو لوليها أياما معلومة إلخ.

(٢) المختلف : في الصداق ، ص ٩٤ س ٧ قال : وقال ابن البراج في الكامل كقول الشيخ في النهاية.

(٣) المنفعة : باب المهور والأجور ، ص ٧٨ س ١٠ قال : والمهور كلما كانت له قيمة إلى قوله : ما تستحق عليه الأجور إلخ.

(٤) المراسم : ذكر المهر ص ١٥٢ س ١٧ قال : وما له عوض غير مرسوم في الشريعة إلى قوله : وكل هذا ينعقد به النكاح.

(٥) السرائر : باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠٠ س ٢٢ قال : والذي أعتمده وأعمل عليه وافتي به أن منافع الحر ينعقد به النكاح إلخ.

(٦) و (٨) المختلف : في الصداق ص ٩٤ س ١٠ قال بعد نقل قول الكامل : وبه قال قطب الدين الكيدري وقال ابن الجنيد : كلما يصح الملك له والتمول الى قوله : من اجرة دار أو عمل إذا وقع التراضي بين الزوجين فالفرج به يحلّ وطؤه إلخ.

(٧) الوسيلة : فصل في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥ س ١٢ قال : فالأول كل ما يصح تملكه في الإسلام مما له قيمة إلخ.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

(١٠) المختلف : في الصداق ، ص ٩٤ س ٣١ قال : والمعتمد عندنا الجواز في الجمع إلخ.

القولين^(١).

احتج الأولون : بأنه يستلزم خلو البضع عن العوض ، واللازم باطل ، وما استلزم البطلان كان باطلا ، أما الأولى فالجواز موته ، وأما الثانية فيبينة.

وبما رواه أحمد بن محمد (في القوى) عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين ، فقال : إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه ، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي ، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من القرآن ، وعلى الدرهم ، وعلى القبضة من الحنطة^(٢).

وما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال : لا يحل النكاح اليوم في الإسلام بإجارة ، بأن يقول : أعمل عندك كذا وكذا سنة على أن تزوجني أختك أو بنتك ، قال : حرام ، لأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها^(٣).

احتج الآخرون : بأصالة الجواز ، ويقولون تعالى «**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ**»^(٤) وقد وقع التراضي على الإجارة.

وبما رواه محمد بن مسلم (في الصحيح) عن الباقر عليه السلام قال : جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله إلى قوله : زوّجتكمها على ما تحسن من القرآن ،

(١) المذهب : ج ٢ باب الصداق ص ١٩٨ س ٩ قال : ويجوز أن يكون منافع الحرّ مهرا مثل أن يخدمها شهرا إلخ وقال في ص ٢٠١ س ٤ : ولا يجوز أيضا على إجارة مثل أن يعقد الرجل على المرأة أن يعمل لها ولوليها أياما معينة أو سنين معلومة.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك ولا ينعقد ص ٣٦٦ الحديث ٤٦.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦٧ الحديث ٥١.

(٤) النساء : ٢٤.

فعلّمها إياه^(١).

وأجابوا عن حجة الأولين : بأن الاحتمال يستلزم خلوّ البضع عن عوض معين ، لا عن مطلق العوض ، والمحال إنما هو الثاني ، لا الأول ، كما لو تزوّجها على عبد معين ومات قبل التسليم ، فإنه يضمن بها قيمته ، وكذا هنا يوجب بموته قبل المدة أجرة المثل بما بقي منها في أصل التركة ، وكذا لو كان المهر تعليم سورة حتى طلقها قبل الدخول أو بعده قبل التعليم ، فإنه يجب عليه نصف أجرة المثل ، أو كلّها قولاً واحداً ، وكذا لو تعلمت من غيره ، فعلم أنّ المحال هو خلوّ البضع في الجملة ، لا تطرّق خلّوه عن العوض المعين.

وعن الثاني : بأنه لا يدل على المنع والتحريم ، بل على الكراهة.

وعن الثالث : بأنّ المنع إنما كان لأنّ الإجارة وقعت للولي ، لا للزوجة ، والمهر مملوك لها ، لا لأبيها وأخيها ، فلا يجوز شرطه لهما ، لأنّ ذلك منسوخ في شرعنا ، وقد كان سابقاً في شرع شعيب عليه السّلام ، ويلحظ ذلك من الحديث في موضعين :

(أ) قوله عليه السّلام : «لا يحلّ النكاح اليوم في الإسلام» إشارة إلى أنّ هذا الحكم منسوخ إنما هو في صورة ما فعله موسى عليه السّلام لشعيب (ع) لجواز استيجاره لتعلّم الصنعة والسورة من غير خلاف فيه.

(ب) قوله عليه السّلام : «هي أحق بمهرها».

هذا مع ضعف السند.

(١) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٥٤ الحديث ٧ ورواه العامة بأسانيد مختلفة وألفاظ متقاربة في أبواب متفرقة ، منها صحيح البخاري كتاب النكاح باب ٤ تزويج المعسر وباب ٣٠ عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح إلى غير ذلك من الأبواب الأخر ، ورواه أحمد في مسنده ج ٥ ص ٣٣٠ حديث أبي مالك سهل الساعدي ، ورواه الدارمي والترمذي والموطأ فلاحظ.

ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الأشبه ، بل يتقدّر بالتراضي . ولا بدّ من تعيينه بالوصف أو الإشارة ، ويكفي المشاهدة عن كيله ووزنه . ولو تزوّجها على خادم فلم يتعيّن فلها وسطه ، وكذا لو قال : دار أو بيت ، ولو قال على السنة كان خمسمائة درهم . ولو سمّى لها مهرا ولأبيها شيئا سقط ما سمّى له . ولو عقد الذميّان على خمر أو خنزير صحّ ، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عينا أو مضمونا .

قال طاب ثراه : ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الأشبه .
أقول : لا يتقدر المهر قلة ، فيجوز على أقل ما يتمول ويثبت في الذمة ، لأصالة الجواز ولقوله تعالى «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ»^(١) .
ولقول الرضا عليه السلام : وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله يتزوّج على السّورة من القرآن ، وعلى الدرهم ، وعلى القبض من الحنطة^(٢) .
وأما في الكثرة : فالمشهور عند علمائنا أنه لا يتقدّر أيضا ، فيجوز ما تراضى عليه الزوجان ويلزم وإن بلغ أضعاف مهر السّنة ، ذهب إليه الشيخان^(٣) ^(٤) والتقي^(٥)

(١) النساء : ٢٤ .

(٢) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٦ قطعة من حديث ٤٦ .

(٣) المقنعة : باب المهور والأجور ، ص ٧٨ س ١٠ قال : والمهور كلّما كانت له قيمة من ذهب وفضة الى أن قال : ويستحب للإنسان أن لا يتجاوز في المهر سنة ، وهو خمسمائة درهم جيادا قيمتها خمسون دينار مثاقيل عينا .

(٤) النهاية : باب المهور وما ينعقد به النكاح ص ٤٦٨ س ١٩ قال : المهر ما تراضيا عليه الى قوله : قليلا كان أو كثيرا إلخ .

(٥) الكافي : النكاح ، الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٣ س ١٧ قال : أو زاد عليه أضعافا كثيرة .

والحسن ^(١) والقاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) وابن إدريس ^(٤) وهو ظاهر الصدوق في المقنع ^(٥) وأبي علي ^(٦) ونص عليه أبو يعلى سلال ^(٧).
للأصل ، ولقوله تعالى «وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا» ^(٨) وعموم قوله تعالى «فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» ^(٩) و «آتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» ^(١٠)
ولصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال : سمعته يقول : لو أنّ رجلا تزوّج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا ، والذي جعله لأبيها فاسدا ^(١١) ولأنه نوع معاوضة ، فكانت تابعة لاختيار المتعاضين.
وقال المرتضى : لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيادا ، قيمتها خمسون دينارا ،

-
- (١) المختلف : في الصداق ص ٩٣ س ١٥ قال : وقال ابن الجنيد : وكل ما صح التملك له من قليل أو كثير إلخ.
- (٢) المهذب : ج ٢ ، باب الصداق وأحكامه ، ص ١٩٨ س ٧ قال : يصح أن يكون صداقا قليلا كان أو كثيرا إلخ.
- (٣) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥ س ١٥ قال : فما تراضيا عليه يكون صحيحا قل ذلك أم كثر.
- (٤) السرائر : باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠١ س ١٣ قال : ومتى عقد الرجل على أكثر من ذلك بأضعاف كثيرة لزمه الوفاء به.
- (٥) المقنع : باب بدو النكاح ص ٩٩ س ٦ قال : وإذا تزوّجت فانظر أن لا يتجاوز مهرها مهر السنة إلخ.
- (٦) المختلف : في الصداق ، ص ٨٢ س ١٥ قال : وقال ابن الجنيد : وكل ما صحّ التملك له والتموّل من قليل أو كثير إلخ.
- (٧) المراسم : ذكر المهر ص ١٥٢ س ١٣ قال : والمهور على ضربين ، ذهب وفضة ، وما له قيمة إلخ.
- (٨) النساء : ٢٠ .
- (٩) البقرة : ٢٣٧ .
- (١٠) النساء : ٤ .
- (١١) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦١ الحديث ٢٨ .

.....

فما زاد على ذلك ردّ إلى هذه السنّة ^(١).

وروى الصدوق في من لا يحضره الفقيه . واستدل بعد الإجماع على نفى الزائد . بما رواه المفضل بن عمر قال : دخلت على أبي عبد الله فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه؟ قال : فقال : السنّة المحمدية خمسمائة درهم ، فما زاد على ذلك ردّ إلى السنّة ولا شيء عليه أكثر من خمسمائة درهم ^(٢) ^(٣).

وأجيب بضعف الرواية ، لوقوع محمد بن سنان في طريقها ^(٤) ، وقد ضعفه الشيخ جدّا ^(٥) وما يختص بروايته لا يعمل عليه ، مع احتمال حملها على الاستحباب ، ومع الزيادة يستحب الردّ إلى السنّة بالإبراء ، ومع حصوله لا يلزمه أكثر من السنة .
وروي أنّ عمر قام خطيباً فقال : أيها الناس بلغني أنكم تغالون في مهور بناتكم ، فلا أوتين برجل منكم زاد في مهر ابنته عن السنّة إلّا ردّته إليها وجعلت

(١) الانتصار : مسائل النكاح ، في بيان مقدار الصداق ، ص ١٢٤ قال : مسألة ، ومما انفردت به الإمامية أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم ، الى قوله : فما زاد على ذلك ردّ الى هذه السنة.

(٢) استناد الحديث الى الصدوق كما هو ظاهر العبارة لعله سهو من قلم النساخ ، لعدم وجوده في من لا يحضره الفقيه ويؤيد عدم وجوده فيه عدم الإشارة إليه في معجم رجال الحديث أيضا ، ولعل المراد بقوله : روى عن الصدوق في من لا يحضره الفقيه : ما في ص ٢٥٣ من ج ٣ س ١ من قوله : (والسنّة المحمدية في الصداق خمسمائة درهم ، فمن زاد على السنّة ردّ إلى السنة) والله يعلم.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦١ قطعة من حديث ٢٧.

(٤) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن احمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسين ، عن محمد بن سنان ، عن مفضل بن عمر).

(٥) قال في التهذيب : (ج ٧ ص ٣٦١ س ١٠) بعد نقل الحديث (فأول ما في هذا الحديث : أن محمد بن سنان مطعون عليه ضعيف جدّا ، وما سبّد بروايته ولا يشركه غيره ، لا يعمل عليه).

ولا يجوز عقد المسلم على الخمر ، ولو عقد صح ، ولها مع الدخول مهر المثل ، وقيل : يبطل العقد.

الزائد في بيت المال ، فقامت إليه امرأة من أخريات الناس ، فقالت : وما أنت يا ابن الخطاب تمنعنا ما أباحه الله لنا؟! فقال : وأين ذلك من كتاب الله؟ فقالت قوله تعالى «وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا» ^(١) فقال أيهما الناس على رسلكم ، رجل أخطأ وامرأة أصابت ^(٢).

قال طاب ثراه : ولا يجوز عقد المسلم على الخمر ، ولو عقد صح ، ولها مع الدخول مهر المثل ، وقيل : يبطل العقد أقول : هنا مسألتان.

الأولى : إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير هل يصح العقد أو يبطل؟ فيه مذهبان :

(أ) الصحة ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ^(٣) والمبسوط ^(٤) ، وبه قال : ابن حمزة

(٥)

(١) النساء : ٢٠ .

(٢) رواه أكثر أصحاب الحديث في مسانيدهم وتفاسيرهم بألفاظ متفاوتة ومعاني متقاربة لاحظ سنن البيهقي : ج ٧ كتاب النكاح ص ٢٣٣ وتفسير الدر المنثور للسيوطي : ج ٢ ص ٤٦٦ في تفسيره الآية ٢١ من سورة النساء ، وتفسير الكشاف للزمخشري : ج ١ ص ٤٩١ في تفسيره الآية ٢١ من سورة النساء ولاحظ ذيله حيث قال : أخرجه أصحاب السنن وابن حبان والحاكم وأحمد والدارمي وابن أبي شيبة والطبراني إلخ.

(٣) الخلاف : كتاب الصداق ، مسألة ١ قال : إذا عقد على مهر فاسد مثل الخمر والخنزير الى قوله : فسد المهر ولم يفسد النكاح.

(٤) المبسوط : ج ٤ ، كتاب الصداق ، ص ٢٧٢ س ١١ قال : إذا عقد النكاح بمهر فاسد الى قوله : كان العقد صحيحا إلخ.

(٥) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ١٣ قال : فان كان مسلما سقط المسمى ولزم مهر المثل : مثل من عقد على خمر أو خنزير إلخ.

وأبو علي^(١) وابن زهرة^(٢) وابن إدريس^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة في أكثر كتبه^(٥) وتوقف في المختلف^(٦).

(ب) البطلان : وهو مذهب النهاية^(٧) وبه قال القاضي^(٨) والتقني^(٩) والمفيد في المقنعة^(١٠).

احتج الأولون : بأن ذكر المهر ليس شرطاً في صحة العقد ، فإذا ذكر ما هو فاسد لم يكن أكثر مما لم يذكر أصلاً ، فيكون وجوده كعدمه. ولأنهما عقدان يصح أن

(١) و (٢) المختلف : في الصداق ص ٩٣ س ٣١ قال : وقال ابن الجنيد : لا يفسد العقد بفساد المهر الى قوله : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

(٣) الغنية من الجوامع الفقهية في أحكام النكاح ص ٦١٠ س ٢٣ قال : وإذا وقع العقد على عين محرمة ، صح العقد وبطل المسمى.

(٤) السرائر : باب المهور ، ص ٣٠٠ س ١١ قال : ولا يجوز في المهر ما لا يحلّ تملكه للمسلم الى أن قال : والذي يقوى في نفسي ما اختاره في مسائل خلافه.

(٥) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٦) التحرير : ج ٢ في الصداق ، ص ٣١ (ج) إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير الى قوله : وهل يبطل النكاح؟ قيل : نعم وقيل : لا وهو الأقرب.

(٧) النهاية : باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٦٩ س ٢ قال : ولا يجوز في المهر ما لا يحلّ تملكه الى قوله : فان عقد على شيء من ذلك كان العقد باطلاً.

(٨) المهذب : ج ٢ باب الصداق وأحكامه ، ص ٢٠٠ س ١٠ قال : وأما ما لا يصح تملكه ، الى قوله : فان عقر على شيء منه كان باطلاً.

(٩) الكافي : الضرب الأول من الاحكام ص ٢٩٣ ، س ١٧ قال : ولا يصح العقد على عين محرمة إلخ.

(١٠) نسب العلامة في المختلف : ص ٩٣ س ٢٩ الى المفيد القول ببطلان العقد ، حيث قال : وهل يبطل العقد؟ للشيخ قولان : ففي النهاية يبطل وبه قال المفيد في المقنعة ، ولكن عبارة المقنعة يوهم خلاف ذلك ، حيث قال : ولا يجوز النكاح على ما لا قيمة له من كلب أو خنزير أو خمر ، ومن عقد على شيء منه ثبت النكاح بالعقد ، ووجب في ذمة المعقود له المهر بقدر مهر مثل المعقود عليها إلخ لاحظ باب المهور ص ٧٨ س ١٣.

ينفرد أحدهما عن صاحبه ، ألا ترى أنه لو عقد بغير مهر صحّ العقد. وأيضا فقد اختلفا في الأحكام ، فإن المهر يدخله الخيار ولا يدخل العقد ، وإذا كانا عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر إلا بدليل.

احتج الآخرون بأنّ العقد مترتب على الرضا بالمهر ، وهو باطل ، والمترتب على الباطل باطل ، ولأنه عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض.

الثانية : على القول بصحة العقد ما ذا يجب؟ قيل فيه قولان :

(أ) مهر المثل ، قاله في الخلاف ^(١) وهو اختيار ابن حمزة ^(٢) وظاهر ابن إدريس ^(٣) لأن بطلان المسمى يوجب بطلان التسمية ، فيجب بالوطء مهر المثل ، لأنه إذا بطل أحد العوضين وجب ردّ الآخر فإذا تعذر وجب قيمته ، وقد انتفى الصداق ، فيجب قيمة البضع ، وهو مهر المثل.

(ب) قيمته عند مستحليه ، قاله الشيخ في موضع من المبسوط ^(٤) ووجهه أنّهما لما ذكرا عوضا فقد أضربا عن قيمة البضع وقصدا ذلك ، وله عموم وهو المالية ، وخصوص وهو عينه ، وإذا تعذر اعتبار العين بقي اعتبار الماليّة ، فلا يلغى التقدير بالكلية. وفيه دخل ينشأ من امتناع تقدير المالية هنا ، إذ هو تقدير للمحال ، فيلغى كما ألغى العين ، نعم يفيد ذكره قصد العوض فلا يكون تعويضا ، ويتفرع على ذلك ما لو

(١) الخلاف : كتاب الصداق ، مسألة ١ قال : إذا عقد على مهر فاسد الى قوله : وجب لها مهر المثل.

(٢) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٦ س ١٣ قال : فان كان مسلما سقط المسمى ولزم مهر المثل مثل من عقد على خمر إلخ.

(٣) السرائر : باب المهور ، ص ٣٠٠ س ١٦ قال : والذي يقوى في نفسي ما ذكره في مسائل خلافه.

(٤) المبسوط : ج ٤ ، كتاب الصداق ص ٢٩٠ س ٢٠ قال : وأما إن أصدقها خمرًا معيّنا ، فالذي يقتضيه مذهبا ان لها قيمته عند مستحليه.

الطرف الثاني ، التفويض : لا يشترط في الصحة ذكر المهر ، فلو أغفله ، أو شرط أن لا مهر لها ، فالعقد صحيح. ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول ، وبعده لها مهر المثل ، ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال ، وفي المتعة حاله ، فالغني يتمتع بالثوب المرتفع ، أو عشرة دنانير فأزيد. والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما. ولو جعل الحكم لأحدهما في تقدير المهر صح ، ويحكم الزوج بما شاء وإن قل ، وإن حكمت المرأة ، لم تتجاوز مهر السنة. ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمروي لها المتعة.

طلق قبل الدخول ، فيجب نصف مهر المثل على القول الأول ، وعلى القول الآخر يجب نصف قيمته عند مستحله.

فرع

فرق الشيخ بين الخمر والخنزير ، فأوجب في الأول مهر المثل لتعدّر المالية واستحالتها فيه وأوجب في الخمر قيمته عند المستحلّ لثبوت المالية للذمي على مثله وعلى المسلم ^(١) ، ففرضها فيه ممكن بخلاف الخنزير.

قال طاب ثراه : ولو مات الحاكم فالمروي لها المتعة.

أقول : التفويض قسمان :

تفويض المهر : وهو أن يذكر على الجملة ، وتفويض تقديره إلى أحدهما ، كان يقول : زوّجتك نفسي بما تحكم ، أو أحكم ، والحكم في هذا القسم أن يلزم من إليه الحكم بالفرض ، ويثبت ما يحكم به ، ويستقرّ بالدخول ، أو الموت ، ويتنصف

(١) المبسوط : ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٠ س ٢٠ قال : وأما ان أصدقها خمرا الى أن قال : انّ لها قيمته عند مستحلّه

.....

بالطلاق ، وكذا لو حصل الطلاق قبل الفرض طوّل الحاكم به.
ولو مات الحاكم قبل الفرض ، فإن كان بعد الدخول وجب مهر المثل ، وإن كان قبله ما ذا يجب؟ قيل فيه ثلاثة أقوال :

- (أ) مهر المثل حكاه في المبسوط ^(١) وهو مذهب العلامة في القواعد ^(٢).
ووجهه : أنهما لم يرضيا بإخلاء العقد عن المهر ، بل ذكراه ، غايته أنه مجهول ، وقد تعدّر الرجوع إلى عينه بموت من إليه تعيّن ، فيرجع إلى قيمة البضع ، وهو مهر المثل ، ولوجوبه بالوطء في مثل هذه الصورة ، والموت تقرّر من المهر ما تقرره الدخول.
(ب) المتعة مذهب الشيخ في النهاية ^(٣) وهو اختيار القاضي ^(٤) وابن حمزة ^(٥) والصدوق في المقنع ^(٦) وظاهر الخلاف ^(٧) ^(٨).

-
- (١) لم أعتز في المبسوط على التصريح بما في الفرض ألا ما في فصل التفويض ص ٢٩٦ س ١ من قوله : (فاما إذا وقعت الفرقة بالوفاة إلى قوله : واما المهر فمات أحدهما فعلى قولين : أحدهما لها مهر المثل ، والثاني لا مهر لها وهو الصحيح عندنا وفيه خلاف) وهذا كما ترى يؤهم خلاف المقصود.
(٢) القواعد : الثاني تفويض المهر ص ٤١ س ٣ قال : ولو مات الحاكم قبله وقبل الدخول فلها مهر المثل إلخ.
(٣) باب المهور وما ينعقد به النكاح ص ٤٧٢ س ١٣ قال : فان مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما الى قوله : كان لها المتعة.
(٤) المهدّب : ج ٢ باب الصداق وأحكامه ص ٢٠٦ س ٢ قال : فان مات الزوج أو الزوجة قبل أن يحكما الى قوله : كان للزوجة المتعة.
(٥) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٦ س ٥ قال : فان مات أحدهما قبل الفرض في لمسألتين سقط المهر إلخ.
(٦) المقنع : باب بدو النكاح ص ١٠٨ س ٩ قال : وإذا تزوّج الرجل امرأة إلى قوله : فلها المتعة والميراث إلخ.
(٧) ليس في النسخة المعتمدة جملة : (وظاهر الخلاف).
(٨) الخلاف : كتاب الصداق ، مسألة ١٥ قال : المفوضة إذا طلقها زوجها الى قوله : لكن يجب لها

ووجهه : أنَّ العقد لا يجوز خلّوه عن عوض ، لوقوع التراضي عليه ، وليس معينا حتى يرجع إليه ، ومهر المثل يتبع الدخول ولم يحصل ، فيتعيّن المتعة .
ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل يزوّج امرأة على حكمها ، أو على حكمه ، فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها ، فقال : لها المتعة والميراث ، ولا مهر لها ^(١) .

(ج) لا شيء لها قاله ابن إدريس ^(٢) لأنّ مهر المثل يتبع الدخول ، والمتعة يجب بالطلاق ، وليس أحدهما حاصلا ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ^(٣) وظاهر الخلاف ^(٤) وصرح به ابن إدريس إذا كان الحاكم المرأة وماتت ^(٥) ، ولم يذكر حكم موته إذا كان هو الحاكم ، والظاهر المساواة .
والمعتمد قول النهاية ، وهو اختيار المصنف ^(٦) والعلامة في المختلف ^(٧) .
(القسم الثاني) وهو تفويض البضع : وهو تراضي الزوجين بإيقاع العقد من غير مهر ، إمّا باغفاله ، أو بأشراط سقوطه ، كقولها : زوجتك نفسي ، فيقول : قبلت ،

المتعة إلخ وهذا أيضا بناء على ان الموت كالطلاق .

- (١) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ، ص ٣٦٥ قطعة من حديث ٤٤ .
- (٢) السرائر : باب المهور ، ص ٣٠٢ س ٣٤ قال : وقد روي انه إذا مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما إلى قوله بعد أسطر : والأصل براءة الذمة .
- (٣) المبسوط : ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٦ س ١ قال : إذا وقعت الفرقة بالوفاة إلى قوله : والثاني لا مهر لها .
- (٤) الخلاف : كتاب الصداق مسألة ١٨ قال : إذا مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول فلا مهر لها .
- (٥) السرائر : باب المهور ، ص ٣٠٣ س ١ قال : والأولى القول بأنه لا يلزم الزوج شيء بعد موت المرأة إذا كان قد تزوجها على حكمها .
- (٦) لاحظ اختياره في النافع .
- (٧) المختلف : في الصداق ، ص ٩٧ س ٤ قال : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية .

الطرف الثالث ، في الأحكام : وهي عشرة :

(الأول) تملك المرأة المهر بالعقد ، ويتنصف بالطلاق ، ويستقر بالدخول وهو الوطاء قبلًا أو دبرًا ، ولا يسقط معه لو لم يقبض ، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الأشهر.

ويقتصران ، أو تقول : زوّجتك نفسي بلا مهر ، أو على أن لا مهر لي.

فنقول : هذا العقد لا يقتضي لزوم شيء في ابتدائه ، لرضاها بوقوع العقد مجانا.

ولرواية منصور بن حازم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة ولم

تفرض لها صداقا ، قال : لا شيء لها من الصداق ، فان كان دخل بها فلها مهر نسائها^(١)

فعلى هذا لو مات أحدهما قبل الدخول لم يجب شيء إجماعا.

ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول : إن

كان فرض لها مهرا ، فلها ، وإن لم يكن فرض مهرا ، فلا مهر لها^(٢).

وإن حصل طلاق قبل الدخول وجبت المتعة إجماعا ، لقوله تعالى «**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**

إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى

الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ»^(٣).

ولو تراضيا بفرضه صحّ ، ووجب كلّ بالدخول ، أو الموت ، ونصفه بالطلاق قبله ،

ولا فرق في وقوع الفرض قبل الدخول وبعده ، وسواء كان المفروض بقدر مهر المثل ، أو أقل

أو أكثر ، عالين بذلك ، أو جاهلين ، أو بالتفريق.

قال طاب ثراه : تملك المرأة المهر بالعقد ، ويتنصف بالطلاق ، ويستقر بالدخول ،

وهو الوطاء قبلًا أو دبرًا ، ولا يسقط معه لو لم يقبض ، ولا يستقرّ بمجرد الخلوة على

الأشهر.

(١) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٢ الحديث ٣٠.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٤٦ قطعة من حديث ١٠٤.

(٣) البقرة : ٢٣٦.

أقول : هنا مسائل :

الاولى : يملك المرأة بالعقد جميع المهر ملكا متزلزلا كملك البائع للثمن في مدة خيار المشتري ، والمشتري المبيع في مدة خيار البائع ، ويتنصف بالطلاق ، أي ويتجدد ملك النصف للزوج بالطلاق ، هذا اختيار الأكثر من الأصحاب ، وذهب ابن الجنيد إلى أن الذي يوجب العقد من المسمى نصفه ، والنصف الباقي يوجبه الدخول ^(١).
احتج الأولون : بأن الصداق عوض البضع والزوج يملكه بنفس العقد ، فيجب أن تملك الزوجة عوضه كالمبتاعين.

وبرواية عبيد بن زرار (في الموثق) عن الصادق عليه السلام قال : قلت : رجل تزوج امرأة وأمهرها مهرا ، فساق إليها غنما ورقيقا ، فولدت عندها ، وطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : إن كان قد ساق إليها ما ساق وقد حملت عنده ، فله نصفها ونصف ولدها ، وإن كن حملت عندها فلا شيء له من الأولاد ^(٢).

واحتج ابن الجنيد : بأنها لو ملكته لاستقرّ عملا بالأصل ، ولم يزل ملكها إلا بسبب ناقل كالبيع وشبهه ، ولم يوجد ، فلا يكون الملك متحققا ^(٣).

وبرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج ^(٤).

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته متى تجب المهر؟ قال :

(١) المختلف : في الصداق ، ص ٩٩ قال : مسألة ، المشهور عند علمائنا أنّ المرأة تملك الصداق بالعقد الى أن قال : وقال ابن الجنيد : الذي يوجبه العقد من المهر المسمى النصف إلخ.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٨ الحديث ٥٤.

(٣) المختلف : في الصداق ، ص ٩٩ س ٢٤ قال : قال ابن الجنيد : بأنه لو ملكته بالعقد إلخ.

(٤) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

.....

إذا دخل بها^(١).

وأجيب : بأنّ الوجوب أعم من الاستقرار ، فلا يستلزمه ، والسقوط لا يمنع الوجوب كما في الارتداد ، والسبب الناقل هنا الطلاق بنص القرآن في قوله تعالى : « **وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** »^(٢) والروايات محمولة على الاستقرار جمعا بين الأدلة ، ولأنّ المفهوم من الوجوب في الأغلب.

وتظهر الفائدة في مسائل :

(أ) في نماء المتجدّد فيما بين العقد والطلاق ، فعلى المشهور يكون للمرأة ، وعنده لهما.

(ب) لو خلعها على مهرها ، أو طلقها عليه ، أو وهبته إيّاه ، أو أبرأته منه ، رجع عليها بالنصف على المشهور ، ولا يرجع عليها بشيء عنده.

(ج) لو كان المهر نصابا وأقبضها إيّاه ، ثمّ طلقها بعد مضيّ الحول ، وجب الزكاة عليها عندنا ، ولا يجب عنده ، لأنّها لم تملك نصابا تاما.

(د) لو كان المهر معينا لم يجز لها التصرف فيه إلّا بإذنه عنده ، لتحقيق الشركة ، ويجوز على المشهور.

(هـ) لو كان معينا وباعته من غير إذنه ، صحّ على المشهور ، ووقف على إجازته في النصف الآخر عنده.

(و) لو كان معينا وحجر عليه لفلس ، لم يتعلق به الحجر على المشهور ، وتتعلق بنصفه عنده.

(١) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ، ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.

(٢) البقرة : ٢٣٧.

(ز) لو مات أحد الزوجين استقر الجميع على المشهور ، لوجوبه بالعقد ، وحصول التنصيف بالطلاق ولم يحصل ، ويجب النصف عنده.

(ح) يحسب النصف من أموالها ويخرج عن ماله عنده ، وعلى المشهور جميع المهر ، فيفيد وجوب الخمس والحج ومنع الأخذ من الزكاة.

الثانية : فيما يوجب تقرير المسمى ، وانحصر في خمسة أقوال ، ووقع الإجماع على نفى السادس.

(أ) غيبوبة الحشفة قبل أو دبرا ، وإن كان الوطء حراما كما في الحيض والإحرام ، لأنه يوجب في الشبهة ابتداء ، ففي الصحيح تقريرا أولى.

(ب) ارتداد الزوج في القول الأظهر ، وقد صرح به ابن حمزة ، فقال : تستقر المهر المعين بثلاثة أشياء : بالدخول والموت وارتداد الزوج^(١).

(ج) موت الزوج على قول الأكثر ، خلافا للصدوق في المقتنع ، حيث أوجب النصف^(٢) معولا على صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يموت وتحتة امرأة لم يدخل بها ، قال : لها نصف المهر ، ولها الميراث كاملا ، وعليها العدة^(٣).

وعورضت بصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أنه سأل عن الرجل يتزوج المرأة ، فيموت عنها قبل أن يدخل بها ، قال : لها صداقها كاملا ، وترثه ، وتعتد بأربعة أشهر وعشرا^(٤).

(١) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٧ س ٥ قال : ويستقر بأحد ثلاثة أشياء إلخ.

(٢) المقتنع : باب الطلاق ، ص ١٢٠ س ٢١ قال : والمتوفى عنها زوجها الى قوله : إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرا فلها نصفه ، وهو الذي أعتمدته وافق به.

(٣) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء ، ص ١٤٤ الحديث ٩٨.

(٤) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء ، ص ١٤٦ الحديث ١٠٧ وتمامه (كعدة المتوفى عنها

واختصت بزيادة الترجيح بعمل الأصحاب ، وتأيدت أيضا بالنظر ، إذ العقد يوجب المهر وينتصف بالطلاق ، ولم يحصل.

(د) موت الزوجة في المشهور ، وهو قول المفيد ^(١) وبه قال ابن حمزة ^(٢) وابن إدريس ^(٣) والقاضي في المهذب ^(٤). وخالف الشيخ ^(٥) والقاضي في الكامل ^(٦) وقطب الدين الكيدري ^(٧) وأوجبوا النصف خاصة ، وربما حمل على غير ذات الولد ، فيكون له النصف بالميراث.

(هـ) الخلوة التامة : وهي المعركة العظيمة بين الفقهاء : ونعني بالتامة إرخاء الستر ، أو إغلاق الباب وعدم حصول مانع في الزوج كالعنن ، أو في المرأة كالرتق ، واختلفت فيه عبارات الأصحاب ، وتعددت آراؤهم ، والمرجع فيها عند التحقيق إلى أربعة مذاهب :
(أ) أنّها قائمة مقام الدخول في تقرير المهر ، حكاه الشيخ في الكتابين عن قوم

زوجها).

(١) المختلف : في الصداق ، ص ٩٦ س ٧ قال : بعد نقل قول ابن إدريس : وهو اختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء وهو الصحيح إلخ.

(٢) تقدّم أنفا حيث قال : بالدخول والموت وارتداد الزوج.

(٣) السرائر : باب المهور ص ٣٠٢ س ٢٣ قال : ومتى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر المهر جميعه إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ باب الصداق ص ٢٠٥ س ١ قال : وإن ماتت المرأة إلى قوله : جاز لورثتها المطالبة به.

(٥) النهاية : باب المهور ص ٤٧١ س ١٥ قال : وإن ماتت المرأة قبل الدخول بما كان لأوليائها نصف المهر.

(٦) المختلف : في الصداق ، ص ٩٦ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وتبعه ابن البراج في الكامل إلى قوله : وقطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضا.

(٧) المختلف : في الصداق ، ص ٩٦ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وتبعه ابن البراج في الكامل إلى قوله : وقطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضا.

من أصحابنا ^(١) ^(٢).

ويؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال : إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها ، فأغلق عليها بابا ، أو أرخى عليها سترا ، ثم طلقها ، فقد وجب الصداق ، وخلأه بها دخول ^(٣).

وقال الصدوق في المقنع : إذا تزوج الرجل المرأة ، فأرخى الستر ، أو أغلق الباب ، ثم أنكرا جميعا الجامعة ، فلا تصدقان ، لأنها تدفع عن نفسه العدة ، ويدفع عن نفسه المهر ^(٤). ومستنده رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يتزوج المرأة فيرخي عليه وعليها الستر ، أو يغلق الباب ، ثم يطلقها ، فقيل للمرأة ، هل أتناك؟ فتقول : لا ، ما أتناي ، ويسأل هو هل أتيتها؟ فيقول : لم آتها ، قال : فقال : لا يصدقان ، وذلك أنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها ، ويريد هو أن يدفع المهر ^(٥) وحملها الشيخ على تهمة الزوجين ^(٦).

(ب) اشتراط قيد آخر مع الخلوة ، وهو أحد أمور أربعة :

(١) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٧١ - ٧٢ وفي الاستبصار ج ٣ (١٤٠) باب ما يوجب المهر كاملا ص ٢٢٧ الحديث ٦٠٥.

(٢) النهاية : باب المهور ص ٤٧١ س ٧ قال : ومتى خلا الرجل بامرأته إلى قوله : وجب عليه المهر إلخ. وفي الخلاف : كتاب الصداق مسألة ٤٢ قال : وذهبت طائفة إلى أن الخلوة كالدخل يستقر بها المهر إلى قوله : وبه قال قوم من أصحابنا إلخ.

(٣) تقدم نقله عن التهذيب آنفا في حديث ٧١.

(٤) المقنع : باب بدو النكاح ص ١٠٩ س ٩ قال : وإذا تزوج الرجل فأرخى الستر إلخ.

(٥) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٥ الحديث ٧٣.

(٦) التهذيب : ج ٧ ، ص ٤٦٥ س ١ قال بعد نقل الحديث ما لفظه (لأن هذين الخبرين محمولان على أنه إذا كان الرجل والمرأة متهمين إلخ).

(أ) الوقاع.

(ب) الإنزال بالنظر.

(ج) القبلة.

(د) اللّمس.

أيّما حصل التلذّذ به وجب على الزوج كمال المهر ، ومع عدمها يجب النصف في نفس الأمر ، ولا يحل لها المطالبة بالأكثر منه ، وإن وجب قبول قولها في الظاهر قاله أبو علي ^(١) وبيطله إجماع الأصحاب على وجوب النصف في العنة مع الخلوة بها والإمهال معها حولا كاملا.

(ج) وجود الخلوة مع عدم الدخول ، كعدمها ، والقول قول الزوج مع يمينه في عدم الوطاء ، حكاه الشيخ في الكتابين قال : وهو ظاهر في روايات أصحابنا ^(٢) ^(٣) وهو اختيار المصنف ^(٤) والعلامة في أكثر كتبه ^(٥).

احتجوا برواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السّلام قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر إلّا الوقاع في الفرج ^(٦).

(١) المختلف : في الصداق ص ٩٥ س ٢٩ قال : وقال ابن الجنيد الى قوله : هو الوقاع أو ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها إلخ.

(٢) الخلاف : كتاب الصداق ، مسألة ٤٢ قال : فذهبت طائفة الى أنّ وجود هذه الخلوة وعدمها سواء إلخ.

(٣) النهاية : باب المهور ، ص ٤٧١ س ١٠ قال : فإن أمكن الزوج إقامة البينة إلى قوله : لم يلزمه أكثر من نصف المهر.

(٤) لاحظ مختاره في النافع.

(٥) المختلف : في الصداق ص ٩٦ س ٣ قال : والمعتمد أنّ الخلوة بمجردها لا يوجب المهر. وفي القواعد : في المهر ص ٣٧ س ١٦ قال : وانما يتقرّر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين ، لا بالخلوة على الأقوى.

(٦) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

وسأل محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال : إذا دخل بها ^(١).
وفي معناها رواية حفص بن البختري ^(٢).
فإذا كان الشرط في وجوب المهر هو الوقاع ، وهو غير معلوم ، لا يجوز الحكم بالمهر
مع الجهل بموجبة ، لأصالة براءة الذمة ، ولأنه فعله ، فيكون القول قوله فيه ، ولأنه الأصل
فيكون القول قول مدعيه مع يمينه ، ترجيحاً للأصل على الظاهر عند التعارض.
(د) وجود الخلوة كعدمها في نفس الأمر ، لكنها أمانة قاضية برجحان قول المرأة مع
يمينها لو ادّعت الدخول وأنكره الزوج ، ولا يحلّ لها في نفس الأمر أكثر من النصف ، ويجب
على الحاكم القضاء لها بالجميع مع يمينها على وقوع الدخول بها.
فهنا حكمان :

(أ) عدم وجوب الزائد على النصف في نفس الأمر ، ويدلّ عليه عموم ما حكيناه من
الروايات.

وخصوص رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل
تزوج امرأة فأدخلت عليه ، وأغلق الباب ، وأرخى الستر ، وقبل ولمس من غير أن يكون
وصل إليها بعد ، ثم طلقها على تلك الحال ، قال : ليس عليه إلا نصف المهر ^(٣).

(ب) تقديم قولها مع يمينها ، لأنها يمكنها إقامة البينة على ذلك ، لأنها تدّعي الظاهر
إذا شاهد حال الصحيح مع خلوته بالخليلة وعدم المانع من مواقعتها ، والظاهر

(١) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٩.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٧ الحديث ٧٨.

(الثاني) قيل : إذا لم يسم لها مهرا ، وقدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا ما لم يشترط غيره.

عند التعارض مقدم على الأصل ، وهذا هو فتوى الشيخ الجليل العابد محمد بن أبي عمير من القدماء قدس الله روحه ^(١) فاستحسنه الشيخ وأفتى به ^(٢) وبه قال ابن حمزة ^(٣) وابن الجنيد ^(٤) وعليه أكثر المتقدمين.

الثالثة : لا يسقط المهر بعدم القبض وترك المطالبة بعد الدخول ، ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض أصحابنا : أنه إذا دخل بها هدم الصداق ^(٥).

قال طاب ثراه : قيل : إذا لم يسم لها مهرا وقدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا ما لم يشترط غيره.

أقول : القول المحكى هو المشهور بين الأصحاب ، وبه أفتى الشيخان ^(٦) ^(٧)

(١) و (٢) التهذيب : ج ٧ ص ٤٦٧ س ٤ قال : وكان ابن أبي عمير رحمه الله يقول : الى قوله : ويلزم الرجل المهر كله الى قوله : وهذا وجه حسن.

(٣) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٨ س ١٨ قال : وإذا دخل بها وارخي الستر عليهما الى قوله : قبلت منه.

(٤) المختلف : في الصداق ، ص ٩٥ س ٢٩ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : فان وقعت الخلوة بحيث لا مانع فالحكم بالأغلب إلخ.

(٥) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ، ص ٣٥٩ الحديث ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ ثم قال بعد نقل الأحاديث : ولو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا : من أنه إذا دخل بها هدم الصداق إلخ.

(٦) المقنعة : باب المهور والأجور ص ٧٨ س ١٧ قال : وإن دخل بها وأعطائها قبل الدخول شيئا ، فذلك مهرها إلخ.

(٧) النهاية : باب المهور ، ص ٤٧٠ س ٥ قال : وإن لم يكن قد سمي لها مهرا وأعطائها شيئا الى قوله : لم يكن لها شيء.

والقاضي^(١) وسالار^(٢) وادّعى ابن إدريس عليه الإجماع^(٣) وتوقّف المصنف^(٤) وفصل العلامة ، فقال : إن رضيت بالمدفوع إليها لم يكن لها المطالبة بشيء وإن لم يرض به مهرًا كان لها ذلك^(٥).

بقي هنا شيء

وهو أن نقول : قد كان في الزمن الأوّل لا يدخل الرجل حتى يقدّم المهر ، والعادة الآن بخلاف ذلك ، فلعلّ منشأ الحكم العادة.

فتقول : إن كانت العادة في بعض الأزمان ، أو الأصقاع كالعادة في القديم ، كان الحكم ما تقدم ، وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها ، هذا آخر كلامه رحمه الله^(٦) وقال ابن حمزة : إن دخل بها قبل الفرض وبعث إليها قبل الدخول بشيء ، فإن ردت عليه ، أو أبت قبوله من جهة المهر ، لزمه مهر المثل ، وإن لم تردّ وقالت المرأة بعد ذلك أنها هديّة ، والرجل يقول أنها مهر ، كان القول قول الرجل مع اليمين ، فإن حلفت سقطت دعواها ، وإن نكل لزم لها مهر المثل ، وإن ردّ اليمين كان له ذلك^(٧).

(١) المهذب : ج ٢ باب الصداق وأحكامه ، ص ٢٠٢ س ١٥ قال : وإن أعطها شيئاً الى قوله : لم يكن لها سوى ما قبضته منه قبل دخوله بها.

(٢) المراسم : ذكر المهر ص ١٥٢ س ٧ قال : وإن دخل بها وقد أعطها قبل الدخول شيئاً ما ، كان ذلك مهرها.

(٣) السرائر : باب المهور ص ٣٠١ س ١٧ قال : وإن لم يكن سمّي لها مهرًا وأعطها شيئاً قبل دخوله بها الى قوله : فإنّ دليل هذه المسألة هو الإجماع.

(٤) لاحظ مختاره في النافع.

(٥) المختلف : في الصداق ص ٩٥ س ١٩ قال : والوجه عندي التفصيل إلخ.

(٦) المختلف : في الصداق ، ص ٩٥ س ٢٠ قال : بقي هنا شيء إلخ.

(٧) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ٨ قال : وإن دخل بها قبل

(الثالث) إذا طَلَّق قبل الدخول رجع بالنصف إن كان أقبضها ، أو طالبت بالنصف إذا لم يكن أقبضها ولا تستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق ، متصلا كان كاللبن ، أو منفصلا كالولد. ولو كان النماء موجودا وقت العقد رجع بنصفه كالحمل. ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه.

(الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طَلَّق صارت بينهما نصفين ، وقيل : يبطل التدبير بجعلها مهرا وهو أشبه.

قال طاب ثراه : لو أمهرها مدبرة ثم طَلَّق صارت بينهما نصفين ، وقيل : يبطل التدبير بجعلها مهرا وهو أشبه.

أقول : يريد لو أمهرها مدبرة ، هل يبطل تدبيرها بجعلها مهرا؟ لأنه بمنزلة الوصية ، والوصية تبطل بمثل ذلك ، فلو طَلَّقها قبل الدخول رجع إليه نصفها وكان طلقا لا تدبير فيه ، أو يكون التدبير باقيا ، ولا يبطل بمجرد الإمهار ، بل لا يبطل إلا بصريح الرجوع ، ويكون الإمهار في الحقيقة منصرفا إلى المنافع ، فلو مات انتقلت ، ولا سبيل للمرأة على كلِّها لو كان بعد الدخول ، ولا نصفها لو كان قبله : ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) على الأوّل.

الفرض إلخ وفيه (قبل القبض) وهو غلط مطبعي ظاهرا.

(١) السرائر : في باب المهور ، ص ٣٠٣ س ٨ قال : والذي يقتضيه أصول مذهبنا أن يقال : الى قوله : وتخرج عن كونها مدبرة إلخ.

(٢) لاحظ مختاره في النافع.

(٣) المختلف : في الصداق ص ٩٧ س ٢٢ قال : والمعتمد بطلان التدبير بالإصداق إلخ.

.....

والشيخ ^(١) والقاضي ^(٢) على الثاني.

احتج الشيخ بما رواه معلى بن خنيس قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة ، قد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك ، وطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : فقال : أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة ، فيكون للمرأة يوم في الخدمة ، ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة ، قيل له : وإن ماتت المدبرة قبل المرأة والسيّد لمن يكون الميراث؟ قال : يكون نصف ما تركت للمرأة ، ونصفها الآخر لسيدها الذي دبرها ^(٣).

وفي الطريق قول ينشأ من معلى ، فإن فيه خلافا ^(٤).

فرع

على قول الشيخ رحمه الله يقيد ذلك بكونها عاملة بالتدبير ، كما تضمنته الرواية ، ولو لم تكن عاملة كان لها إلزام الزوج بالرجوع ، وإن لم يرجع كان لها فسخ المهر

(١) النهاية : باب المهور ، ص ٤٧٣ س ٤ قال : وإذا عقد لها على جارية مدبرة إلى قوله فإذا مات المدبر صارت حرة إلخ.

(٢) المهذب : ج ٢ باب الصداق ، ص ٢٠٦ س ٩ قال : وإذا تزوج امرأة وجعل مهرها جارية مدبرة إلى قوله : انعتقت المدبرة إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ، ص ٣٦٧ الحديث ٤٩ .

(٤) قال النجاشي : ضعيف جدا لا يعول عليه ، وقال ابن الغضائري : لا أرى الاعتماد في حديثه ، وقال الشيخ أبو جعفر الطوسي : انه كان من قوام أبي عبد الله عليه السلام وكان محمودا عنده ومضى على منهجه ، وقال المحقق الوحيد في جملة من كلامه : ويظهر من مهج الدعوات لابن طاوس وغيره كونه من أشهر وكلاء الصادق عليه السلام وأجلهم ، وانه قتل بسبب ذلك ، وانه كان يجيء الأموال إليه (تلخيص من تنقيح المقال ج ٣ ص ٢٣٠).

(الخامس) لو أعطاهما عوض المهر متاعا ، أو عبدا آبقا وشيئا ، ثم طلق رجعا بنصف المسمى دون العوض.

(السادس) إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع ، فسد الشرط دون العقد والمهر ، كما لو شرطت ألا يتزوج أو لا يتسرى ، وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل ، فإن تأخر عنه فلا عقد ، أما لو شرطت أن لا يفتضها صحح ، ولو أذنت بعده جاز ، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة.

والرجوع بالأرش ، أو مهر المثل على إشكال.
قال طاب ثراه : أما لو شرطت أن لا يفتضها صحح ، ولو أذنت بعده جاز ، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة.

أقول : للأصحاب هنا خمسة أقوال :
(أ) صحة العقد والشرط مطلقا ، أي سواء كان العقد دائما أو منقطعا ، ولو أذنت بعد ذلك جاز فهنا حكمان.

تحريم الافتضاخ^(١) مع عدم الإذن ، وموجبه لزوم الوفاء بالشرط. وتسويغه بعد الإذن ، لأنّ بالعقد ملك الاستمتاع ، وإنما كان الامتناع لمكان الشرط ، ولا مانع من هذا الشرط ، فيكون لازما.

لقوله صلى الله عليه وآله : المؤمنون عند شروطهم^(٢) وقد زال برضاها.
ولرواية سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل جاء الى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها؟ فقالت : أزوجه نفسي على أن تلتمس مني ما شئت ، من نظر أو التماس ، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل

(١) افتض الجارية أزال بكارها ، والافتضاخ بالفاء بمعناه (مجمع البحرين . فضض).

(٢) عوالي اللئالي : ج ١ ص ٢١٨ الحديث ٨٤ وص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ وج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٧ وج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولاحظ ما علق عليه.

فرجك في فرجي ، وتتلذذ بما شئت ، فإنني أخاف الفضيحة ، قال : ليس له إلا ما اشترط^(١).

وعن إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج بجارية عاتق^(٢) على أن لا يفتضها ، ثم أذنت له بعد ذلك ، فقال : إذا أذنت له فلا بأس^(٣) وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٤).

(ب) بطلان الشرط خاصة وصحة العقد فيهما ، فله الوطي وإن لم ترض قاله القاضي^(٥) وابن إدريس^(٦) وفخر المحققين^(٧) ولعل وجهه ما ثبت من كون الشرط الفاسد لا يوجب فسادا في العقد ، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ، أو لا يتسرى. ولما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وأصدقها ، واشترط أن يبدها الجماع والطلاق قال : خالف السنة

(١) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ، ص ٣٦٩ الحديث ٥٨.

(٢) العاتق : الشابة أول ما تدرك ، وقيل : هي التي لم تبين من والديها ولم تزوج وقد أدركت وشبت (النهاية لغة عتق).

(٣) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ، ص ٣٦٩ الحديث ٥٩.

(٤) النهاية : باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٧٤ س ٥ قال : فان شرطت عليه في حال العقد الى قوله : فإن أذنت جاز.

(٥) المهذب : ج ٢ باب الصداق واحكامه ص ٢٠٧ س ٤ قال بعد نقل قول الشيخ : (والاولى ما ذكرناه) أي كون الشرط باطلا.

(٦) السرائر : باب المهور ، ص ٣٠٣ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ : والذي يقتضيه أصول المذهب ان الشرط باطل إلخ.

(٧) الإيضاح : ج ٣ ، في المهر ، ص ٢٠٧ س ١٩ قال بعد نقل مختار ابن إدريس : وهو الأقوى عندي.

وولّى الحق من ليس بأهله ، قال : فقضى أنّ على الرجل النفقة ، وببده الجماع والطلاق ، وذلك السنة ^(١).

(ج) صحة هذا الشرط إذا وقع في العقد المنقطع ، وبطلان العقد والشرط في الدائم ، قاله الشيخ في المبسوط ^(٢) وبه قال قطب الدين الكيدري ^(٣).

(د) بطلان الشرط دون العقد في الدائم ، وصحتها في المؤجل قاله ابن حمزة ^(٤).

(هـ) ظاهر العلامة في المختلف بطلان العقد والشرط في النكاحين ، لأنه بعد أن حكى قول الشيخ في المبسوط : من أنّ الشرط إذا عاد بفساد العقد ، مثل أن يشترط الزوجة أن لا يطلأها فالنكاح باطل ، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد.

وقد روى أصحابنا أنّ العقد صحيح والشرط صحيح ، ولا يكون له وطئها ، فإن أذنت له فيما بعد كان له ذلك ، قال : وعندي أنّ هذا يختص بعقد المتعة دون عقد الدائم ، ثمّ حكى قول ابن إدريس ، ثمّ قال بعده : والوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط ، من بطلان العقد والشرط معا ، أمّا الشرط فلأنه مناف لمقتضى العقد ، وأمّا العقد فلعدم الرضا به بدون الشرط ، ثمّ أجاب في آخر المسألة عن حجة المجوّزين بالطعن في سند الأحاديث ، وعن قوله عليه السّلام : «المؤمنون عند شروطهم» بأنه يختص بالشروط السائغة ، فهذا الشرط إن كان سائغا لم يحل له الافتضاض بعد

(١) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ، ص ٣٦٩ الحديث ٦٠.

(٢) المبسوط : ج ٤ ، كتاب الصداق ، ص ٣٠٤ س ٢ قال : وعندي أنّ هذا يختص بعقد المتعة دون عقد الدوام.

(٣) المختلف : في الصداق ، ص ٩٧ س ٢٩ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط : ومثله قال قطب الدين الكيدري.

(٤) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٧ س ١٣ قال في الشروط الباطلة : ولا يجامعها ، إلا في نكاح المتعة.

(السابع) لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم. ولو شرط لها مائة إن خرجت معه ، وخمسين إن لم تخرج ، فإن أخرجها إلى بلد الشرك ، فلا شرط له ولزمتها المائة ، وإن أرادها إلى بلد الإسلام فله الشرط.

العقد بإذنها ، لعدم تناول العقد له ^(١) فاستدلّاه في أول المسألة وجوابه في آخرها يتناول الدائم والمنقطع.

وأجيب عن قوله : فهذا الشرط إن كان سائغا لم يحل له الوطاء بإذنها لعدم تناول العقد له.

قلنا : بل تناوله العقد ، لأنّا نبحت عن صحة العقد ، والعقد الصحيح يقتضي إباحة البضع للزوج ، فإن قال : يقتضي ذلك إباحته له من غير توقف على إذنها ، قلنا : وجوب الوفاء بالشرط وقفه على إذنها.

قال طاب ثراه : لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم ، ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين إن لم تخرج ، فإن أرادها إلى بلد الشرك ، فلا شرط له ولزمتها المائة ، وإن أخرجها إلى بلد الإسلام فله الشرط ^(٢).

أقول : هنا بحثان :

(الأوّل) وهذا الشرط أعني أن لا يخرجها من بلدها ، هل هو من الشروط السائغة التي يلزم إذا ذكرت في العقد ، أولا؟ قال الشيخ في النهاية بالأوّل ^(٣) وبه

(١) المختلف : في الصداق ، ص ٩٧ س ٢٧ قال : وقال الشيخ في المبسوط إلخ.

(٢) عبارة المختصر النافع المطبوع كما أثبتناه في صدر الصفحة ، وفي النسخ المخطوطة من المذهب بدل (فإن أخرجها إلى بلد الشرك) (فإن أرادها إلى بلد الشرك) وفي الجملة الأخيرة أيضا بدل (وإن أرادها إلى بلد الإسلام) (وإن أخرجها إلى بلد الإسلام).

(٣) النهاية : باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ، ص ٤٧٤ س ١٥ قال : ومتى شرط الرجل الى قوله : كان له ما اشترط عليها.

قال القاضي ^(١) وابن حمزة ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤) لأن الأغراض تتعلق باللبث في المنازل ، والاستيطان في البلدان التي حصل النشو فيها والأنس بها ، وهو أمر مطلوب للعقلاء ، سائغ في نظر الشرع ، فجاز جعله شرطاً في عقد النكاح توصلاً إلى تحصيل الأغراض المباحة ، والمطالب السائغة الظاهرة حكمها.

ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها ، قال : تفي لها بذلك ، أو قال : يلزمه ذلك ^(٥).

وقال في الكتابين يبطل الشرط ويصح النكاح ^(٦) ^(٧) وبه قال ابن إدريس ^(٨) لأنه يجب عليها مطاوعة زوجها في الخروج معه إلى حيث يشاء ، واختاره فخر المحققين ^(٩) لأن مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على المرأة بالإسكان

(١) المهذب : باب الصداق وأحكامه ص ٢١٢ س ١٦ قال : وإذا عقد على امرأة وشرط لها إلى قوله : كان الشرط صحيحاً.

(٢) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٧ س ١٩ قال : والثالث يصح ذلك إلى قوله : أو يشترط المهر مائة إن أخرجها إلخ.

(٣) لاحظ مختاره في النافع.

(٤) المختلف : في الصداق ، ص ٩٨ س ١٢ قال : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٥) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما يتعقد من النكاح من ذلك وما يتعقد ، ص ٣٧٢ الحديث ٦٩.

(٦) المبسوط : ج ٤ ، حكم الشروط في العقد ، ص ٣٠٣ س ١٨ قال : مثل أن لا يسافر بها إلى قوله : فهذا شرط باطل ولا يفسد المهر عندنا.

(٧) الخلاف : كتاب الصداق ، مسألة ٣٢ قال : إذا أصدقها ألفاً وشرط أن يسافر بها إلى قوله : والشرط باطلاً.

(٨) السرائر : باب المهور ص ٣٠٣ س ٢٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف : وهو الصحيح : وإنما أورد ما أورده في نهايته إيراداً لا اعتقاداً.

(٩) الإيضاح : ج ٣ ، في المهر ، ص ٢١٠ س ٩ قال : والأصح عندي قول ابن إدريس ، وهو أنه

.....

والاستمتاع وغير ذلك.

(الثاني) إذا شرط لها مائة إن خرجت وخمسين إن لم تخرج ، فإن أراد إخراجها إلى بلد الشرك فلا شرط له ولزمه المائة ، وإن أراد إخراجها إلى بلد الإسلام لزمها الإجابة ، ومع عدمها يكون لها الخمسون ، وهنا سؤالان :

(أ) إذا شرط لها خمسين مع المقام ومع السفر مائة ، يكون المهر مجهولا ، وذلك يقتضي فساده ، ويرجع فيه إلى مهر المثل ، فالقول بتصحيحه وتعيينه يحتاج إلى دليل.
(ب) كيف يقول العلامة في القواعد : ولو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها ، وأريد إخراجها إلى بلد الشرك ، لم يلزمه إجابته ، ولها الزائد ، وإن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازما^(١).

وفيه نظر ، وظاهر هذه العبارة أنه لم يخرج بها إلى بلد الشرك ، لأن الإجابة وعدمها أمر متقدم على الخروج ، وإنما شرطت لها المائة على تقدير الإخراج ، فكيف يلزمه مع عدمه.

والجواب عن الأول : أن تطرق الجهالة إلى المهر غير قادح في صحته وتعيينه ، ولهذا جاز أن يتزوجها على القبض من الفضة ، والقبضة من الحنطة من غير كيل ولا وزن ، ويتعين ذلك ولا يجب غيره ، وعلى الدار والخادم والبيت مع عدم الوصف والتعيين ، ويجب وسط ذلك ، وأيضا الأصل الصحة.

ويؤيده حسنة على بن رئاب عن الكاظم عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عنده عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده ، فإن لم تخرج

لا يصح هذا الشرط.

(١) القواعد : ج ٢ ، الثالث الشرط ، ص ٣٨ س ١٧ قال : ولو شرط لها مهرا ان لم يخرجها من بلدها إلخ.

.....

معه فمهرها خمسون ديناراً ، أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال : فقال : إن أراد أن يخرج بها إلى بلد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي أصدقها إياها ، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار السلام ، فله ما شرط عليها والمسلمون عند شروطهم ، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدى لها صداقها ، أو يرضى من ذلك بما رضيت ، وهو جائز له ^(١).

وعن الثاني : أن المراد أنه تزوجها وعقد عليها بالمائة ، وشرط الخمسين على تقدير الامتناع ، وحينئذ يقول بالعقد على مائة ، فإن أراد إخراجها إلى بلده وكانت بلاده في دار الإسلام وجب عليها إجابته ولها مهرها الذي وقع عليها العقد ، وإن لم يجبه كان له أن ينقصها خمسين عملاً بالشرط ، وإن لم يكن بلاده في دار الإسلام لم يجب عليها إجابته ، لوجوب الهجرة عن دار الشرك ، فلا يعقل وجوبها إليها ، ولها مهرها الذي وقع عليه العقد ، لأن امتناعها شرعي ، والمائة واجبة لها بالعقد الصحيح ، ولم يحصل ما يوجب نقصها ، وهو الامتناع عن الخروج إلى بلاد لا يسوغ السفر إليها والإقامة بها.

والواو عند العلامة وأكثر المحققين للجمع المطلق ، لا للترتيب ، فمراده في القواعد : ما قلناه في الجواب الثاني ، فيكون تقدير كلامه : ولو شرط لها مهراً إن أخرجها ، وأنقص إن لم يخرج ، إذا الواو لا تدل على الترتيب ، ولهذا يصح أن يقال : جاء زيد وعمرو قبله ، من غير تناقض ، فلا تنافي عبارته ما صورناه في الجواب ، ولو أردت المسألة بلفظ الرواية لم يرد السؤال الثاني ، ولم يحتج إلى هذا التعسف ، أما عبارة النافع ، فلا يرد عليها ذلك.

(١) التهذيب : ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ، ص ٣٧٣ الحديث ٧٠.

(الثامن) لو اختلفا في أصل المهر ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، ولو كان بعد الدخول ، وكذا لو خلا فادّعت الواقعة.

(التاسع) يضمن الأب مهر ولده الصغير ، إن لم يكن له مال وقت العقد ، ولو كان له مال كان على الولد.

(العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها ، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان : أشبههما أنه ليس لها ذلك.

والشيخ في كتابي الفروع عدّ من الشروط الفاسدة أن لا يسافر بها ، أو لا يتسرّى عليها ^(١) ^(٢) ، وليس صريحا في مساواة صورة النزاع ، لأنّ السفر ربما يراد به المستمرّ أو الغالب ، أو البعيد ، والإخراج عن البلد يصدق بدون ذلك.

وذهب بعض الأصحاب إلى فساد المهر ، لعدم تعيينه ، ووجوب مهر المثل ^(٣).

والأقرب العمل على الرواية كمذهب العلامة في المختلف.

قال طاب ثراه : للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها ، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان : أشبههما أنه ليس لها ذلك.

أقول : أعلم أنّ الغرض الأقصى في النكاح في نظر الشارع ، وللمكّلف إنما هو حصول التسلّ وغضّ البصر وعفة الفرج ، وقضاء الوطر من الشهوة ، وحصول التلذّذ والاستمتاع ، ويتبعه التوارث ، ووجوب الإنفاق والمهر.

ولما كان الإنفاق متكرّرا ، وبه قوام بدن الإنسان ، رتب الشارع في مقابله وجوب التمكين على المرأة في كلّ وقت ، فلو منعت يوما واحدا سقطت نفقة ذلك

(١) تقدم نقله عن المبسوط : ج ٤ ، حكم الشروط في العقد ، ص ٣٠٣ س ١٨ في قوله : فاذا ثبت انه باطل الى قوله : مثل ان شرط أن لا يسافر بها إلخ.

(٢) تقدم أيضا في الخلاف ، كتاب الصداق مسألة ٣٢.

(٣) المسالك : ج ١ ص ٥٥١ س ٢ قال : والذي يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور ، وبطلان المهر ، وصحة العقد الى قوله : وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل إلخ.

اليوم ، وتعود بعود التمكين ، وربما كان سبب وجوبها لاشتغالها بالزوج عن اهتمامها بأمور نفسها ، فأشبهه المعاوضة من هذه الحيثية ، وليس معاوضة محضة لما قلناه من كون المقصود بالنكاح إنما هو الأمر الأول.

والتحقيق أن نقول : قد امتازت المعاوضة بأمور ليس في النكاح ، وامتاز عنها بأمور ليست موجودة فيها. ففي المعاوضة المحضة لكل من المتعاضين المنع من تسليم عوضه حتى يقبض العوض الآخر ، وله الفسخ عند تعذر التسليم ، فالنكاح قد شابه المعاوضة من وجوه :

(أ) سقوط الإنفاق عن الزوج مع النشوز.

(ب) جواز الفسخ لكل منهما إذا وجد بصاحبه ما يمنع الاستمتاع ، لما كانت ثمرته مشتركة بينهما ، وهي مبدولة منهما ، وفائدتها لهما ، فتفسخ بعنته وجبة ، ويفسخ بقرهها ورتقها.

(ج) لها أن تمتنع حتى يقبض مهرها ، كما تمتنع البائع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن ، وله الامتناع من تسليم المهر كما يمتنع المشتري من التسليم حتى يقبض السلعة ، سواء كان موسرا أو معسرا ، لتحصيل فائدة التعويض ، فيجبرهما الحاكم على التقابض معا ، لعدم الأولوية كما في المعاوضة.

وباین المعاوضة من وجوه :

(أ) تقابل كل واحد من العوضين بكل العوض الآخر في المعاوضة ، وفي النكاح يكون كل المهر في مقابل الوطأة الاولى.

(ب) إن في المعاوضة لو تلف أحد العوضين قبل قبضه بطلت المعاوضة وانفسخ العقد ، وليس كذلك النكاح ، فإن تلف المهر يوجب مثله أو قيمته ، وموت المرأة تقرّر كل المهر ويوجب الإرث.

(ج) إن في المعاوضة لو أتلّف أحد العوضين متلف صاحبه بقيمته ، وفي النكاح ليس كذلك ، فإنه لو قتلت نفسها ، أو قتلها أجنبي لم يسقط مهرها ، ولا يضمّن الأجنبي إذا تقرّر هذا فنقول : هنا ثلاث قواعد :

(أ) لا امتناع بعد تحقق القبض بإذن صاحبه ، لأن حق الإمساك زال بالدفع ، واستقرّ الملك للقباض فلا يستعاد منه ، ولا يمنع من التصرف فيه .

(ب) إنّ القبض في النكاح هو الوطء ، إذا البضع لا يدخل تحت اليد ولو كانت أمة ، ولهذا لا يجب عوض بضعها لو غصبت ما لم توطأ بشروطه .

(ج) هل القبض كرها كهو طوعا؟ يحتمل ذلك ، لانتقال الضمان إليه ، ويحتمل عدمه ، إذ للمقبوض منه السلطنة عليه والمنع منه ، فلا يترتب عليه أثر الصحيح ، والضمان عقوبة كالغصب ، وصرّح به ابن حمزة ^(١) لأنّها لم تسقط حقها من الإمساك ، وهو حسن كما في المبيع .

إذا تمهّد هذا فنقول : للمرأة المنع من التسليم قبل الدخول إجماعا مع حلول المهر قطعا .

والخلاف في مقامين :

(أ) هل لها ذلك بعد الدخول؟ قال في الخلاف : ليس لها الامتناع ، بل لها المطالبة بالمهر ^(٢) وبه قال السيد ^(٣) والتقي ^(٤) وابن حمزة ^(٥) وابن إدريس ^(٦) واختاره

(١) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٩ س ٣ قال : وللرّاة الامتناع من الدخول عليها وان أفضى إليها كرها .

(٢) الخلاف : كتاب الصداق ، مسألة ٣٩ قال : إذا سمى الصداق ودخل بها قبل أن يعطي شيئا لم يكن لها بعد ذلك الامتناع إلخ .

(٣) الانتصار : في بيان مقدار الصداق ، ص ١٢٢ س ٦ قال : مسألة إلى قوله : الا انه ليس لها أن تمنع نفسها وان كان قبل الدخول .

(٤) الكافي : الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٤ س ٨ قال : وليس لها منع نفسها منه وانما لها ذلك قبل الدخول .

(٥) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٩ س ٤ قال : وان أمكنت من الدخول لم يكن لها بعد ذلك الامتناع .

(٦) السرائر : باب المهور ، ص ٣٠٤ س ٢ قال : فاما إذا دخل بها فلها المطالبة بالمهر وليس لها

المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) لأن التسليم الأول ، تسليم استقرّ به العوض برضا المسلم ، فلم يكن لها الامتناع بعد ذلك ، كما لو سلّم المبيع قبل قبض الثمن ثمّ أراد منعه ، ولأنّ البضع حقه والمهر حق عليه ، وليس إذا كان عليه حق جاز أن يمنع حقه. وقال في المبسوط : لها الامتناع ^(٣) لأن التسليم واجب عليها بعقد النكاح ، فكان لها الامتناع في أول الحال ، وكذا في ثاني الحال ، توصلا إلى استيفاء الحق ، وللاستصحاب. وأطلق المفيد ^(٤) والقاضي ^(٥) والشيخ في النهاية ^(٦) جواز الامتناع من غير تفصيل إلى الدخول وعدمه.

(ب) لو كان المهر مؤجّلا ، لم يكن لها الامتناع قبل الحلول إجماعا ، ولو حلّ بعد امتناعها قبله ، هل لها الامتناع؟ فيه احتمالان :
(أحدهما) لا ، وهو الذي يرححه المصنف ، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول ، وللاستصحاب.

(والثاني) لها الامتناع ، لأنه مهر حال على زوج لم يدخل ، فللزوجة الامتناع حتى يقبضه.

الامتناع حتى تقضيه.

(١) لاحظ مختاره في النافع.

(٢) المختلف : في الصداق ، ص ٩٨ س ٣٩ قال : والأقرب ما قاله في الخلاف.

(٣) المبسوط : ج ٤ كتاب الصداق ص ٣١٣ س ٢٠ قال : وأما إن كان دخل بها الى قوله : وقال قوم : لها ان تمتنع حتى تقبض المهر ، وهو الذي يقوى في نفسي.

(٤) المقنعة : باب المهور ، ص ٧٨ س ١٩ قال : وللمرأة أن تمتنع الزوج نفسها منه حتى تقبض المهر.

(٥) المهذب : ج ٢ (في عدم جواز تمكينها) ص ٢١٤ س ٦ قال : فإن كانت لم تقبضه كان بها الامتناع منه.

(٦) النهاية : باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٧٥ س ١١ قال : وللمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر ، فإذا قبضته لم يكن لها الامتناع.

واعلم : أن محل الخلاف إنما هو على تقدير وقوع الدخول باختيار المرأة ، فلو سلمت قهراً كان لها المهر بعد ذلك ، وقد صرح به ابن حمزة ^(١) لأنه لم يسقط حقها من الإمساك ، وهو حسن ، كما في البيع.

فرع

لم يفرّق المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) بين الموسر والمعسر ، ويظهر من ابن إدريس منع الامتناع في حق المعسر ^(٤) لتحريم المطالبة ، والأوّل أقوى كما في غيره من المعاضات. ويظهر الفائدة في أمور :

(أ) لو بذلت التمكين بشرط ، المهيرة ، ومنعت التسليم ، للقبض ، لم يأنّث على الأوّل ، ولا يفسق ، ولا تردّ شهادتها بذلك ، وتأنّث على الثاني.

(ب) لا يسقط نفقتها على الأوّل ، لتحقيق التمكين من طرفها ، والمنع لعذر في الزوج فهو كالعنن والمرض ، دون الثاني.

(ج) يجب فطرتها على الأوّل على الزوج ، ويسقط بفقره ، وعلى الثاني يجب عليها.

(١) الوسيلة : في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ، ص ٢٩٩ س ٣ قال : وان أفضى إليها كرها.

(٢) لاحظ إطلاق كلامه في عبارة النافع ، ولاحظ تصريحه في الشرائع (في المهور) حيث قال : ولها أن تمتنع من تسليم نفسها الى قوله : سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.

(٣) القواعد : المقصد الثاني في المهر ، ص ٣٧ س ٧ قال : ولها أن تمتنع الى قوله : سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.

(٤) السرائر : في باب المهور ، ص ٣٠٣ س ٣٧ قال : وللمرأة أن تمتنع من زوجها الى قوله : والزوج موسراً به قادراً على أدائه.

(النظر الثالث) في القسم والنشوز والشقاق :

أما القسم : فللزوجة الواحدة ليلة ، وللاثنين ليلتان ، وللثلاث ثلاث ، والفاضل من الأربع ، له أن يضعه حيث شاء ، ولو كنّ أربعاً فلكل واحدة ليلة ، ولا يجوز الإخلال إلا مع العذر أو الإذن ، والواجب المضاجعة ، لا المواقعة. ويختصّ الوجوب بالليل دون النهار ، وفي رواية الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظلّ عندها في صبيحتها. ولو اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان ، وللأمة ليلة ، والكتيبة كالأمة ، ولا قسمة للموطوءة بالملك. ويختصّ البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع ، والثيب بثلاث. ويستحب التسوية بين الزوجات في الإنفاق ، وإطلاق الوجه ، والجماع ، وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبها.

(د) لا تعدّ ناشزا على الأول دون الثاني.

وفائدته في أمور : كاستحقاق النذر ، والوقف ، والوصية ، وعدم حثها لو حلفت : لا تنشر على زوج.

(القسم الثالث) في القسم والنشوز والشقاق

قال طاب ثراه : وفي رواية الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظلّ عندها في صبيحتها.

أقول : المشهور بين الأصحاب اختصاص القسم بالليل ، وقال ابن الجنيّد :

وأما النشوز : فهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له ، فمضى ظهر من المرأة أمانة العصيان ، وعظها ، فإن لم ينجع هجرها في المضجع ، وصورته أن يوليها ظهره في الفراش ، فإن لم تنجع ضربها ، مقتصرًا على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحًا ، ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها ، ولو ترك بعض ما يجب ، أو كَلَّ استمالة جاز له القبول.

وأما الشقاق : فهو أن يكره كل منهما صاحبه ، فإذا خشي الاستمرار بعث كل منهما حكمًا من أهله ، ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم ، ويجوز أن يكونا أجنبيين ، وبعثهما تحكيم توكيل ، فيصلحان إن اتفقا ، ولا يفرقان إلا مع إذن الزوج في الطلاق ، والمرأة في البذل ، ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم.

الواجب لمن مبيت الليل ، وقيلولة صبيحة تلك الليلة ^(١) ، ومستنده رواية إبراهيم الكرخي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربعة نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليليهن ويمسهن ، فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسهن ، فهل عليه في هذا إثم؟ قال : إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ، ويظلّ عندها في صبيحتها ، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك ^(٢).

قال طاب ثراه : وبعثهما تحكيم لا توكيل.

أقول : هنا مسائل :

الأول : هل بعث الحكمين واجب أو مندوب؟ قيل : بالأول لصيغة الأمر في

(١) المختلف : في لواحق النكاح ، ص ٢٩ س ٥ قال : ابن الجنيد : العدل بين النساء الى قوله : مبيت بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة.

(٢) التهذيب : ج ٧ (٣٧) باب القسمة بين الأزواج ، ص ٤٢٢ الحديث ١١.

قوله «فَابْعَثُوا» ^(١) وقيل : بالثاني الأمر للندب والإرشاد.

الغاية : هل الحكمان وكيلان للزوجين ، أو حكمان متوليان من جهة الحاكم؟ قيل : بالأول ، فيوكل الزوج حكمه بالطلاق ، أو في الخلع ، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق ولا يجوز بعثهما إلا برضاها ، وإن لم يرضيا أدب الحاكم الظالم ، واستوفى حق المظلوم ، وقال أبو علي : يأمر الحاكم الزوج أن يختار رجلا من أهله ، والمرأة رجلا من أهلها ^(٢) وقيل : بالثاني ويستقل الحاكم بالبعث من غير استئذان ، لعموم الآية ، ولأنهما نائبا الحاكم في التقرير والتحديد ، ويستقلان بفعل ما يريانه صلاحا من غير إذن سابق ، أو توقّف على إجازة لاحقة إلا في الفرقة ، فلا يطلّق حكم الزوج إلا بإذنه ، ولا يبذل حكم المرأة المخلع إلا بإذنها ، وقال ابن حمزة : ينفذ الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها ليدبر الأمر ، فإن جعل بينهما الإصلاح والطلاق ، أنفذا ما رأياه صلاحا من غير مراجعة ^(٣) وهو ظاهر أبي علي ^(٤) والأوّل هو المذهب المشهور ، قال الشيخ في المبسوط : الذي يقتضيه مذهبنا أن ذلك حكم ، لأنهم رَوَوْا أنّ لهما الإصلاح من غير استئذان ، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد أن يستأذناهما ، ولو كان ذلك توكيلا لكان ذلك تابعا للوكالة وبحسب شرطها ^(٥) وبه قال ابن إدريس ^(٦) وقال القاضي في المهذب : وقد كنّا ذكرنا في

(١) النساء : ٣٥ .

(٢) المختلف : في الخلع ص ٤٦ قال : مسألة قال ابن الجنيّد : الى قوله : أمر الرجل بان يختار من اهله من لا يتهم على المرأة ولا عليه وكذلك تؤخذ المرأة إلخ.

(٣) الوسيلة : فصل في بيان الشقاق ص ٣٣٣ س ١٥ قال : فان ترفعوا بعث الحاكم إلخ.

(٤) المختلف : في الخلع ، ص ٤٦ قال : مسألة ، قال ابن الجنيّد : وان كان النشوز منهما إلخ.

(٥) المبسوط : ج ٤ ، فصل في الحكمين في الشقاق بين الزوجين ص ٣٤٠ س ١٧ قال : والذي يقتضيه مذهبنا إلخ.

(٦) السرائر : باب الخلع والمبارأة ، ص ٣٣٨ س ١٣ قال : وأما الشقاق الى قوله : فالواجب على الحاكم

كتابنا الكامل في الفقه في هذا الموضع : أنه على طريق التوكيل ، والصحيح أنه على طريق الحكم ، لأنه لو كان توكيلاً لكان ذلك تابعا للوكالة ، وبحسب شرطها ^(١) وقال العلامة : الظاهر أنه تحكيم ^(٢).

الثالثة : قال تعالى «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» ^(٣) اختلف فيما يرجع إليه الضميران من قوله (يريدا) وقوله (بينهما) على ثلاثة أقوال :

أن يكونا للحكمين ، أو الزوجين ، أو الأول للحكمين والثاني للزوجين ، وهذا الأخير هو الذي فهمه عمر من الآية ، فروي أنه بعث حكمين ، فرجعا ، وقال : لم يلتئم الأمر ، فعلاهما بالدرة وقال : الله أصدق منكما : لو أردتما ﴿إِصْلَاحًا يُوفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ ^(٤).

الرابعة : لا يشترط كونهما من أهل الزوجين ، إذا القرابة غير معتبرة في الحكم ولا في الوكالة ، إلا أنَّ الأهل أولى ، لأنه أشفق وأقرب إلى رعاية الصلاح ، وأعرف بيوطن الأحوال ، ولأنَّ القريب يفشي سرّه إلى قريبه من غير احتشام ، بخلاف الأجنبي ، وذهب ابن إدريس إلى اشتراطه ^(٥) عملاً بظاهر الآية ، وجوابه :

أن يبعث إلخ.

(١) المهذب : ج ٢ ، باب الشقاق والحكمين ، ص ٢٦٦ س ٧ قال : وقد ذكرنا في كتابنا الكامل في الفقه إلخ.

(٢) المختلف : في الخلع ص ٤٥ س ٣٥ قال : والظاهر انه تحكيم كما قاله الشيخ وابن البراج.

(٣) النساء : ٣٥.

(٤) لم أعتز عليه مع الفحص الشديد.

(٥) السرائر : باب الخلع والمبارأة والنشوز ص ٣٣٨ س ١٩ قال بعد نقل قول الشيخ بالاستحباب : ذلك على طريق الإيجاب دون الاستحباب لظاهر القرآن.

(النظر الرابع) في أحكام الأولاد :

ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضي ستة أشهر من حين الوطء ، ووضعه لمدة الحمل ، أو أقل ، وهي تسعة أشهر ، وقيل : عشرة أشهر ، وهو حسن ، وقيل : سنة ، وهو متروك. فلو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به. ولو أنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه. ولو اعترف به ثم أنكر الولد لم ينتف عنه إلا باللعان. ولو اتهمها بالفجور ، أو شاهد زناها ، لم يجز له نفيه. ويلحق به الولد ، ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان. وكذا لو اختلفا في مدة الولادة.

ولو زنى بامرأة فأحبها لم يجز الحاقه به ، وإن تزوج بها. وكذا لو أحبل أمة غيره بزنا ثم ملكها.

ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأنت لولد لدون ستة أشهر ، فهو للأول ، ولو كان لستة فصاعدا فهو للآخر ، ولو لم تتزوج فهو

التخصيص في الآية خرج مخرج الأغلب ، إذا لأغلب شدة حرص الأهل على الشفقة ، ورعاية مصلحة قريبه ، خصوصا في القيام حال الزوجة ، ولو لم يكن لهما أهل جاز الأجنبي إجماعا.

الخامسة : ينبغي للحكمين قبل اجتماعهما للحكم ، أن يجتمع كل منهما بمن يرسل عنه ، فيخلو حكم الرجل به ، وحكم المرأة بها ، فيعرفان ما عندهما ، وما فيه رغبتهما ، وإذا اجتماعا لم يخف أحدهما ما علم من الآخر وأنفدا ما رأياه صوابا.

قال طاب ثراه : ووضعه لمدة الحمل أو أقل ، وهي تسعة أشهر ، وقيل : عشرة أشهر ، وهو حسن ، وقيل : سنة ، وهو متروك.

لأول ما لم يتجاوز أقصى الحمل. وكذا الحكم في الأمة لو باعها بعد الوطء.

وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الإقرار به ، لكن لو نفاه انتفى ظاهراً ، ولا يثبت بينهما لعان ، ولو اعترف به بعد النفي ألحق به ، وفي حكمه ولد المتعة.

وكل من أقرّ بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه ، ولو وطأها المولى وأجنبي حكم به للمولى ، فإن حصل فيه أمانة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجوز له إلحاقه ولا نفيه ، بل يستحب أن يوصى له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد.

ولو وطأها البائع والمشتري فالولد للمشتري إلا أن يقصر الزمان عن ستة أشهر. ولو وطأها المشتركون ، فولدت وتداعوه أقرع بينهم والحق بمن يخرج اسمه ، ويغرم حصص الباقيين من قيمته وقيمة امه. ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل ، ولا مع التهمة بالزنا. والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطئ.

ولو تزوّج امرأة لظنه خلّوها من بعل فبانت محصنة ردّت على الأول بعد الاعتداد من الثاني ، وكانت الأولاد للواطئ مع الشرائط.

ويلحق بذلك أحكام الولادة :

وسننها استبداد النساء ، بالمرأة وجوباً إلا مع عدمهنّ ، ولا بأس بالزوج وإن وجدن.

ويستحب غسل المولود ، والأذان في أذنه اليمنى ، والإقامة في اليسرى ، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السّلام ، وبماء الفرات ، ومع عدمه

بماء فرات ، ولو لم يجد إلّا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر. ويستحب تسميته الأسماء المستحسنة ، وأن يكنّيه.

ويكره أن يكنى محمداً بأبي القاسم ، وأن يسمى حكماً ، أو حكيماً ، أو خالدًا ، أو حارثاً ، أو مالكا ، أو ضراراً.

ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدّماً على العقيقة ، والتصدّق بوزن شعره ذهباً أو فضة ، ويكره القنازع. ويستحب ثقب أذنه وختانه فيه ، ولو أخر جاز. ولو بلغ وجب عليه الاختتان. وخفض الجارية مستحب.

وان يعق عنه فيه أيضاً ولا تجزى الصدقة بثمانها ولو عجز توقع المكنة ويستحب فيها شروط الأضحية.

وأن تخصّ القابلة بالرجل والورك ، ولو كانت ذمية أعطيت ثمن الربع ، ولو لم تكن قابلة تصدّقت به الأمّ ، ولو لم يعقّ الوالد استحب للولد إذا بلغ. ولو مات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت ، ولو مات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب. ويكره أن يأكل منها الوالدان ، وأن يكسر شيء من عظامها ، بل يفصل مفاصل الأعضاء.

ومن التوابع : الرضاع والحضانة.

وأفضل ما رضع لبن أمه ، ولا تجبر الحرّة على إرضاع ولدها ، ويجبر الأمة مولاهما. وللحرّة الأجرة على الأب إن اختارت إرضاعه. وكذا لو أرضعته خادمتها. ولو كان الأب ميتاً ، فمن مال الرضيع. ومدة الرضاع حولان. ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لا أقل ، والزيادة بشهر أو بشهرين لا أكثر. ولا يلزم الوالد أجرة ما زاد عن حولين ، والام أحق

أقول : الأول قول الشيخين ^(١) ^(٢) وبه قال القاضي ^(٣) وأبو علي ^(٤) وسالار ^(٥) والمرتضى في المسائل الموصليات ^(٦) وهو اختيار المصنف في النافع ^(٧).
والثاني : حكاه ابن حمزة ^(٨) واختاره العلامة في أكثر كتبه ^(٩) واستحسنه المصنف في كتابيه ^(١٠).

- (١) المقنعة : باب لحوق الأولاد بالآباء ، ص ٨٣ س ٣٥ قال : وأكثر الحمل تسعة أشهر إلى قوله : ولا يكون زمان الحمل أكثر من تسعة أشهر.
- (٢) النهاية : باب إلحاق الأولاد بالآباء وأحكامهم ، ص ٥٠٥ س ٦ قال : وكذلك (أي يجوز نفى الولد) ان جاءت بالولد لأكثر من تسعة أشهر إلخ. وفي المبسوط : ج ٥ ، كتاب العدد ص ٢٩٠ س ٦ قال : وأكثر الحمل عندنا تسعة أشهر ، وقال بعض أصحابنا سنة إلخ.
- (٣) المهذب : ج ٢ ، باب إلحاق الأولاد بالآباء وأحكام ذلك ص ٣٤١ س ٦ قال : ولا يكون مدة الحمل على ما ذكرنا أكثر من تسعة أشهر.
- (٤) و (٦) المختلف : في لواحق النكاح ص ٢٨ س ٣٠ قال : وقال ابن الجنيدي : أقل الحمل عندنا ستة أشهر وأكثره تسعة إلى أن قال : وقال السيد في جواب المسائل الموصليات : الأولى أنه لا يجوز أن يتجاوز الحمل أكثر من تسعة أشهر.
- (٥) المراسم : ذكر النفقات ، ص ١٥٥ س ٣ قال : والأكثر تسعة أشهر.
- (٧) لاحظ مختارة في النافع.
- (٨) الوسيلة : في بيان حكم الولادة وإلحاق الولد ، ص ٣١٨ س ٧ قال : وأكثر مدة الحمل فيه ثلاث روايات ، تسعة أشهر ، وعشرة ، وسنة.
- (٩) القواعد : الفصل الثاني في إلحاق الأولاد بالآباء ، ص ٤٩ س ٢٤ قال : وهو عشرة أشهر ، وقيل : تسعة ، وقيل : سنة ، وفي التحرير : في أحكام الأولاد ، ص ٤٤ س ٢٣ قال : وهو تسعة أشهر ، أو عشرة ، وقيل : سنة وليس بمعتمد.
- (١٠) قال في النافع : وقيل : عشرة أشهر وهو حسن ، وقال في الشرائع : في أحكام الأولاد ، وهو تسعة أشهر على الأشهر ، وقيل : عشرة أشهر وهو حسن.

بإرضاعه إذا تطوّعت ، أو قنعت بما تطلب غيرها ، ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها ، فلأب نزع واسترضاع غيرها.

وأما الحضانة : فالأم أحق بالولد بمدة الرضاع إذا كانت حرة مسلمة. وإذا فصل فالحرة أحق بالبت إلى سبع سنين ، وقيل : إلى تسع سنين ، والأب أحق بالابن. ولو تزوّجت الأم سقطت حضانتها. ولو مات الأب فالأم أحق به من الوصي. وكذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا ، كانت الأم الحرة أحقّ به ولو تزوّجت ، فإن أعتق الأب فالحضانة له.

والثالث : قول المرتضى في الانتصار ^(١) وحكاية الشيخ ^(٢) وابن حمزة عن الأصحاب ^(٣) وهو نادر.

قال طاب ثراه : وإذا فصل فالحرة أحق بالبيت إلى سبع سنين ، وقيل : إلى تسع ، والأب أحق بالابن.

أقول : وقع الإجماع على اشتراك الحضانة بين الأبوين مدة الحولين ، وعلى سقوطها بعد البلوغ وله الخيار في الانضمام إلى من شاء منهما ، والخلاف فيما بينهما. وفيه أقوال :

(أ) الأم أحق بالولد ما لم تتزوّج ، قاله الصدوق في المقنع ^(٤).

(١) الانتصار : في مدة أكثر الحمل ، ص ١٥٤ س ١٣ قال : مسألة ، ومّا انفردت به الإمامية القول : بأنّ أكثر مدة الحمل سنة واحدة.

(٢) المبسوط : ج ٥ ، كتاب العدد ص ٢٩٠ س ٩ قال : وقال بعض أصحابنا : إلى سنة.

(٣) الوسيلة : في بيان حكم الولادة ، ص ٣١٨ س ٧ قال : وأكثر مدّة الحمل الى قوله : وسنة.

(٤) لم أعثر على هذه العبارة في المقنع ، وفي المختلف : (في لواحق النكاح) ص ٢٦ س ٢٨ قال : وقال الصدوق في المقنع : إذا طلق الرجل إلخ.

(ب) الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين ، ولو بلغها وهو معتوه كان حكمه حكم الطفل في استحقاق الام إتياءه . وأما البنت فالأم أحق بها ما لم تتزوج الام قاله أبو علي ^(١) ويمثله قال في الخلاف ^(٢) وقال القاضي في المذهب : إذا بانث المرأة ولها منه طفل لا يعقل ولا يميز ، كانت هي أولى بحضانتها من أبيه ، وإن كان صغيرا وقد ميز ، وكان ذكرا ، كان امه أولى به إلى سبع سنين ، وإن كانت أنثى كانت الأم أحق بها الى تسع سنين ، وقيل : إلى بلوغها ما لم تتزوج ^(٣).

وفيه دلالة على أنها لا تبلغ بالتسع عنده.

(ج) الأم أحق بالذكر مدة الحولين ، وبالأنتى إلى تسع ، قاله المفيد ^(٤) وتلميذه ^(٥).
(د) الأم أحق بالذكر مدة الحولين ، وبالأنتى سبع سنين ، قاله الشيخ في النهاية ^(٦) والقاضي في الكامل ^(٧) وابن حمزة ^(٨) وابن

(١) المختلف : في لواحق النكاح ، ص ٢٦ س ٢٨ قال : وقال ابن الجنييد : الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين إلخ.

(٢) الخلاف : كتاب النفقات ، مسألة ٣٦ قال : إذا بانث المرأة من الرجل ولها ولد منه إلخ.

(٣) المذهب : ج ٢ ، باب النفقات ، ص ٣٥٢ س ٨ قال : وإذا بانث المرأة من زوجها إلى آخره.

(٤) المقنعة : باب الحكم في أولاد المطلقات ، ص ٨٢ س ١٦ قال : وإذا فصل الصبي من الرضاع كان الأب أحق بكفالتة والام أحق بكفالة البنات حتى تبلغ تسع سنين إلخ.

(٥) المراسم : اللعان ، ذكر ما يلزم به ، ص ١٦٤ س ١٢ قال : فإذا فصل فلا يخلو أن يكون ذكرا أو أنثى إلخ.

(٦) النهاية : باب الولادة والعقيقة ، ص ٥٠٣ س ١٩ قال : والام أولى بالولد من الأب مدة الرضاع الى قوله : فان كانت أنثى فهي أحق بها الى سبع سنين إلخ.

(٧) المختلف : في لواحق النكاح ص ٢٦ س ٢٩ قال : وابن البراج في الكامل الى قوله : تبعوا شيخنا في النهاية ، ثم بعد نقل قول المذهب قال : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٨) الوسيلة : في بيان حكم الولادة وإلحاق الولد ص ٣١٦ س ٢ قال : والثاني : هي أولى برضاعه ،

إدريس^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣).

احتج الصدوق بما رواه في كتابه عن حفص بن غياث وغيره قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وبينهما ولد ، أيهما أحق به؟ قال : المرأة ما لم تتزوج^(٤).
ورواه الشيخ عن المنقري عمّن ذكره^(٥) وتأوله بكون الأب عبدا^(٦).

احتج الشيخ على قول النهاية : برواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ»^(٧) قال : ما دام الولد في الرضاع هو بين الأبوين بالسوية ، فإذا فطم فالأب أحق به من العصبه ، وإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم ، فقالت الأم : لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فان له أن ينتزعه منها إلا أن يعلم أنّ ذلك خير له وأوفق به ، تركه مع أمه^(٨).

رضي الأب به أو لم يرض.

(١) السرائر : باب أحكام الولادة ، ص ٣١٩ س ٢٦ قال : لا خلاف أنّ الأب أحق بالولد في جميع الأحوال ، فأخرجنا بالإجماع حولين كاملين في الذكر وفي الأنثى السبع إلخ.

(٢) لاحظ مختاره في النافع.

(٣) المختلف : في لواحق النكاح ص ٢٦ س ٢٩ ، قال : وابن البراج في الكامل الى قوله : تبعوا شيخنا في النهاية ، ثمّ بعد نقل قول المهذب قال : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٤) الفقيه : ج ٣ (١٢٧) باب الولد يكون بين والديه أيهما أحق به ص ٢٧٥ الحديث ٢.

(٥) التهذيب : ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات ، ص ١٠٥ الحديث ٣.

(٦) النهاية : باب الولادة والعقيقة ص ٥٠٤ س ٤ قال : فان كان الأب مملوكا والام حرة ، كانت هي أحق بولدها وان تزوجت إلخ هذا ولكن ما حمّله في التهذيب بعد نقل الحديث غير هذا فراجع.

(٧) البقرة : ٢٣٣.

(٨) التهذيب : ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات ، ص ١٠٤ الحديث ١.

تنبيه

المراد بقول الأصحاب : الأمّ أحق بالست ما لم يتزوج الأمّ ، لا البنت ، وقد صرح به ابن الجنيد فيما حكيناه عنه ^(١) وكذا ابن إدريس نص عليه في كتابه ^(٢). فلو طَلَّقت الأم بائنا ، قال الشيخ في كتابي الفروع عادت حضانتها ^(٣) ^(٤) ومنعه ابن إدريس ^(٥). واحتج الشيخ بما رواه أبو هريرة أنّ النبي صَلَّى الله عليه وآله قال : الأم أحق بحضانة ابنتها ما لم يتزوج ^(٦).

علق حقها بالتزويج ، فإذا زال التزويج فالحق باق كما كان. وعن عبد الله بن عمر : أن امرأة قالت يا رسول الله : إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإنّ أباه طَلَّقني ، وأراد أن ينتزعه مني؟! فقال لها النبي صَلَّى الله عليه وآله : أنت أحق به ما لم تنكحي ^(٧). احتج ابن إدريس : بأن الحق خرج عنها بالنكاح ، وعوده يحتاج إلى دليل ، والرسول صَلَّى الله عليه وآله جعل غاية الاستحقاق للحضانة تزويج الأمّ ، وقد

(١) المختلف : في لواحق النكاح ، ص ٢٦ س ٢٨ قال : وقال ابن الجنيد : الى قوله : وأما البنت فالأم أولى بما ما لم تتزوج الأمّ.

(٢) السرائر : باب أحكام الولادة ، ص ٣١٩ س ٣ قال : فان كان الولد أنثى إلى قوله : ما لم تتزوج الأم ، ثمّ قال بعد أسطر : وان كان بائنا فالأولى انه لا يعود ، لأنّ عودته يحتاج الى دليل ثمّ قال بعد نقل قول بعض الأصحاب : هذه قد تزوّجت فخرج الحق منها إلخ.

(٣) الخلاف : كتاب النفقات ، مسألة ٣٩ قال : إذا طلقها زوجها عاد حقها من الحضانة.

(٤) المبسوط : ج ٦ كتاب النفقات ، ص ٤١ س ١٤ قال : ومتى طَلَّقها زوجها عاد حقها الى قوله : وقال بعضهم : إن كان بائنا عاد وهو الصحيح عندي.

(٥) السرائر : باب أحكام الولادة ، ص ٣١٩ س ٣ قال : فان كان الولد أنثى إلى قوله : ما لم تتزوج الأم ، ثمّ قال بعد أسطر : وان كان بائنا فالأولى انه لا يعود ، لأنّ عودته يحتاج الى دليل ثمّ قال بعد نقل قول بعض الأصحاب : هذه قد تزوّجت فخرج الحق منها إلخ.

(٦) رواهما في الخلاف : كتاب النفقات ، في نقل دليل مسألة ٣٨.

(٧) رواهما في الخلاف : كتاب النفقات ، في نقل دليل مسألة ٣٨.

(النظر الخامس) في التفقات :

وأسبابها ثلاثة : الزوجية ، والقربة ، والملك.

وأما الزوجية : فيشترط في وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم ، فلا نفقة لمستمتع بها ، والتمكين الكامل ، فلا نفقة لناشئة. ولو امتنعت لعذر شرعي لم تسقط ، كالمرض ، والحيض ، وفعل الواجب.

أما المندوب : فإن منعها منه فاستمرت ، سقطت نفقتها. وتستحق الزوجة النفقة ولو كانت ذمية أو أمة. وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن ، والمتوفى عنها زوجها إلا أن تكون حاملا ، فثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع ، وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروايتين. ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب ، وتقضى لو فاتت.

تزوجت ^(١) واختار العلامة مختار الشيخ ^(٢) ، لأن الحضانة إرفاق بالصبي ، فإذا تزوجت الأم خرجت باشتغالها بزوجها ، وحقوقها عن الحضانة للطفل ربما منعت من الزوج بعض حقوقه لو حضنته ، فسقطت ، وإذا طلقت زال المانع فبقي المقتضى سليما عن المعارض ، فثبت حكمه.

قال طاب ثراه : وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروايتين.

أقول : المتوفى عنها من جملة البائنات ، فلا نفقة لها مع الحيلولة إجماعا. وهل لها النفقة لو كانت حاملا كالمطلقة ، أم لا؟ مذهبنا.

(١) تقدم نقل احتجاجه.

(٢) المختلف : في لواحق النكاح ، ص ٢٦ س ٣٢ قال : والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

فبالأول قال في النهاية^(١) وأوجبها في نصيب الولد ، وبه قال القاضي^(٢) والتقي^(٣) وابن حمزة^(٤) وأبو علي^(٥) والصدوق في المقتنع^(٦).

والمستند رواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال : ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها^(٧).

وحملها بعض المتأخرين على إعراس الأم ، فيجب نفقتها من حيث يساره وعسرها. وهو مدخول.

أمّا أولاً : فالأنّ الحمل لا يملك مستقراً ، بل ملكه مشروط بانفصاله حياً ، فنسبة الملك إليه قبل ذلك مجاز وإنما يجب الإنفاق فيما يملكه المنفق حقيقة.

وأمّا ثانياً : فالأنّ الحمل لا يجري عليه من أحكام الآدميين المنفصلين إلاّ صحة

(١) النهاية : باب العدد وأحكامها ، ص ٥٣٧ س ٨ قال : فان كانت حاملاً أنفق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها.

(٢) المهذب : ج ٢ ، باب العدد والاستبراء ص ٣١٩ س ٢ قال : فان كانت حاملاً أنفق عليها من نصيب ولدها التي هي حامل به.

(٣) الكافي : فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٨ قال : وإذا كانت المتوفى عنها زوجها حاملاً أنفق عليها من مال ولدها حتى تضع.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان العدة وأحكامها ، ص ٣٢٩ س ١٠ قال : ولا يلزم لها النفقة إلاّ إذا كانت حاملاً فينفق عليها من نصيب ولدها.

(٥) المختلف : في العدد ، ص ٦٢ س ٦ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وبه قال ابن الجنيد.

(٦) المقتنع : باب الطلاق ، ص ١٢١ س ٨ قال : والحبل المطلقه ينفق عليها حتى تضع حملها. أقول : لم نعثر في المقتنع على غير هذه العبارة التي قد منها ، والبحث في الوفاة لا في الطلاق ، ولكن العلامة في المختلف : ص ٦٢ س ٦ بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال : وبه قال : ابن الجنيد والصدوق في المقتنع فلاحظ.

(٧) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء ، ص ١٥٢ قطعة من حديث ١٢٥.

الإقرار له ، والوصية به وله ، وعزل الميراث ، وصحة ذلك كله موقوف على انفصاله حيًا ، فلا يجري عليه غيرها من الأحكام المنفصلين ، لعدم الدليل.

وأما ثالثا : فلاشتمال هذا الإنفاق على التعرير بمال الغير ، والتصرف فيه بغير إذنه ، وهو قبيح ، لجواز سقوطه ، فيرجع به إلى باقي الورثة ومع إنفاق الزوجة منه يكون قد تصرفنا فيما هو مملوك للوارث بغير إذنه ، وربما تعدّر استرجاعه من الزوجة بإعسارها.

وبالثاني قال المفيد ^(١) والحسن ^(٢).

والمستند حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها ^(٣).

ولأن الأصل عدم وجوب النفقة في مال الغير إلا مع دليل شرعي ، وليس ، ولأنها ليست مطلقة وهو مذهب ابن إدريس قال : وما اخترناه مذهب شيخنا المفيد في كتاب التمهيد ، فإنه قال : إنما يكون له مال عند خروجه إلى الأرض حيا ، فأما وهو جنين لا يعرف موته من حياته ، فلا ميراث له ولا مال فكيف ينفق على الحبلى من مال من لا مال له ^(٤) وقال العلامة في المختلف : التحقيق أن نقول : إن جعلنا النفقة للحمل ، فالحق ما قاله الشيخ ، وإن جعلناه للحامل فالحق ما قاله المفيد ^(٥).

(١) سيجي نقله عن التمهيد.

(٢) المختلف : في العدد ، ص ٦٢ س ١٢ قال : وقال ابن أبي عقيل : لا نفقة للمتوفى عنها زوجها سواء كانت حبلى أو غير حبلى.

(٣) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء الحديث ١٢١.

(٤) السرائر : باب العدد ، ص ٣٤٠ س ١٨ قال : والذي يقوى في نفسي إلا ينفق عليها من المال المعزول الى قوله : وما اخترناه وحزنا مذهب شيخنا محمد بن محمد بن النعمان في كتابه التمهيد فإنه قال : إلخ.

(٥) المختلف : في العدد ، ص ٦٢ س ١٢ قال : والتحقيق أن نقول : ان جعلنا النفقة للحمل الى قوله :

وفيه نظر : لما بينا من كونه لا يملك وهو جنين ، فكيف تنفق عليه من مال لم يحكم له بملكه ، وتجويز كونه مملوكا لباقي الورثة على تقدير الإسقاط.

تتمة

الأصل أنّ النفقة واجبة للزوجة مع بقاء زوجيتها ، ومع زوالها إذا كانت المطلقة رجعية ، وتسقط في البائن مع خلّوها من الحمل قطعا ، ويجب معه إجماعا ، فهل النفقة للحامل بشرط الحمل ، أي الحمل شرط في استحقاقها ، أو النفقة للحمل؟ ذهب قوم إلى الأوّل : وبه قال ابن زهرة^(١).

وذهب قوم إلى الثاني : وبه قال الشيخ في المبسوط^(٢) وتبعه القاضي^(٣) والعلامة في المختلف^(٤) وهو ظاهر ابن حمزة^(٥). احتج الأولون بوجوه :

والوجه ما فصلناه أولا.

(١) الغنية : من الجوامع الفقهية ، في الطلاق والعدة ص ٦١٦ س ٢٢ قال : ألا أن تكون حاملا ، فإن النفقة يجب لها بلا خلاف.

(٢) المبسوط : ج ٥ ، كتاب العدد ، ص ٢٥١ س ١٩ قال : وروى أصحابنا : أنّ لها النفقة إذا كانت حاملا من نصيب ولدها إلخ.

(٣) المهذب : ج ٢ ، باب النفقات ، ص ٣٤٨ س ٨ قال : فإن ابناها وكانت حاملا وجبت النفقة للحمل.

(٤) المختلف : كتاب الطلاق ، باب العدد ، ص ٦٢ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط : والوجه ما قاله الشيخ عملا بالدوران.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان العدة وأحكامها ، ص ٣٢٨ س ٢ قال : فالحامل يلزم لها النفقة والسكنى ، لمكان الحامل ، هذا ، والعلامة في المختلف قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط كما أشرنا إليه آنفا ، قال : وهو ظاهر كلام ابن حمزة ، فلاحظ.

.....

- (أ) عدم وجوبها على الجدّ بالإجماع ، ولو كان للولد لوجبت عليه.
- (ب) عدم سقوطها بيسار الولد ، ولو كانت له لسقطت بيساره ، عن الأب.
- (ج) أنّها مقدّرة ، ونفقة القريب غير مقدّرة.
- احتج الآخرون بوجوه :
- (أ) بالدوران وجودا وعدما ، فيكون له ، كما دارت مع الزوجية.
- (ب) وجوب نفقته منفصلا فكذا متّصلا.
- (ج) إنّ أصحابنا رووا : أنه ينفق عليها من مال الحمل ^(١) فدلّ ذلك على أنّ النفقة له.

- وهذه الوجوه الستة ذكرها الشيخ ^(٢).
- ولا يخلو بعضها من دخل.
- ويظهر الفائدة في مسائل :
- (أ) إذا تزوّج حرّ بأمة ثمّ أبانها وهو معسر ، فمن أوجبها للحمل أوجبها على الزوج ، ولا قضاء ومن أوجبها للحامل أوجب على الزوج ، وقضاه مع يساره.
- (ب) إذا تزوّج عبد بأمة ، فعلى الأوّل يجب على سيد العبد دونه ، إن شرط مولاه الانفراد برقّ الولد ، وإلاّ كانت على السديين نصفين ، لأنّ العبد لا يجب عليه نفقة قريبه ، وعلى الثاني يجب على العبد ، ومحلها كسبه ، أو رقبة ، أو ذمة سيده على اختلاف الأقوال في ذلك.
- (ج) إذا تزوّج عبد بحرة ، فعلى الأوّل يجب على أمّه ، لكونها حرة يجب عليها نفقة

(١) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء ، ص ١٥٢ الحديث ١٢٥.

(٢) المبسوط : ج ٦ ، كتاب النفقات ، ص ٢٨ س ١٥ قال : والثاني النفقة للحمل ، وهو أقواهما عندي ، بدليل إلخ.

وأما القرابة : فالنفقة على الأبوين والأولاد لازمة. وفيمن علا من الآباء والأمهات تردّد ، أشبهه اللزوم. ولا تجب على غيرهم من الأقارب ، بل تستحب ، وتتأكد في الوارث. ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب. ولا تقدير في النفقة ، بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن. ونفقة الولد على الأب ، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب وإن علا مرتبا ، ومع عدمهم تجب على الأم وآبائها الأقرب فالأقرب. ولا تقضى نفقة الأقارب لو فانت.

ولدها ، وسقوطها عن الأب برقه ، وعلى الثاني يجب على الأب (العبد خ ل) ومحلها ما تقدّم.

(د) المعتدة عن وطء الشبهة مع الحمل يجب لها الإنفاق على الأول ، للحقوق الولد به ، دون الثاني لأنّ المستحق لها المطلقة البائنة ، لا مطلق البائنت.

(هـ) لو لا عن الحامل ثم اعترف بالحمل ، وجب الإنفاق على الأول دون الثاني ، لما قلناه.

(و) لو تزوّج حرّ بأمة وشرط مولاه رقب الولد ، فعلى الأول النفقة على سيدها ، وعلى الثاني على الزوج.

(ز) لو تزوّج عبده بحرة وشرط مولاه رقب الولد ، فعلى الأول النفقة على سيد العبد وعلى الثاني في كسبه.

(ح) لو طلق الناشز رجعيًا ، أو نشزت في العدة ، كما لو سافرت بغير إذنه ، سقطت نفقتها ، ولو كانت حاملا وقلنا النفقة للحمل لم يسقط.

(ط) لا يجب فطرتها على الأول ، لعدم وجوبها على الجنين ، وتجب على الثاني ، لوجوبها عن زوجة يجب لها الإنفاق.

قال طاب ثراه : وفي من علا من الآباء والأمهات تردّد ، أشبهه اللزوم.

وأما المملوك فنفقته واجبة على مولاه ، وكذا الأمة ، ويرجع في قدر النفقة إلى عادة مالك أمثال المولى. ويجوز مخارجة المملوك على شيء ، فما فضل يكون له ، فإن كفاه ، وإلا أتمه المولى. وتجب النفقة على البهائم المملوكة ، فإن امتنع مالکها اجبر على بيعها ، أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح.

أقول : التردد من المصنف رحمه الله ، ومنشأ تردده أنّ أب الأب هل يطلق عليه اسم الأب حقيقة أم لا؟ والثاني هو الوضع اللغوي ، والأصل عدم النقل وبراءة الذمة من وجوب الإنفاق إلا في موضع اليقين ، والأول مذهب السيد ^(١) والمشهور بين الأصحاب وجوب الإنفاق ، ولا أعرف فيه مخالفا.

(١) الناصريات من الجوامع الفقهية : كتاب الفرائض ، المسألة الحادية والتسعون والمائة ، ص ٢٢٢ س ١ في مسألة عدم ارث الجد مع الولد ولا ولد الولد وهم أولاد على الحقيقة ، قال : فان قيل : إذا كان أولاد ولد الميت وان سفلوا أولادا على الحقيقة ، فيجب أن يكون الجد أبا على الحقيقة إلى قوله : قلنا : لو تركنا والظاهر لحكمنا بان قوله (ولأبويه) يقع على الآباء والأجداد لكن اجتمعت الأمة إلى آخره.

كتب في آخر النسخة المعتمدة ما لفظه :

ثمّ الجزء الأول من المهذب ، ويتلوه في الثاني كتاب الطلاق على يد مصنفه أحمد بن فهد أدام الله ظلاله ، والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيد المرسلين محمد وآله أجمعين ، أمين يا رب العالمين : وقع الفراغ في رابع والعشرين من صفر ختم الله بالخير والظفر على يد العبد الفقير المذنب الراجي إلى رحمة ربه على بن رستم الهمداني ، عفى الله عنه.

وكتب في هامش الصفحة ما لفظه : أنما أيدى الله في مجالس متعددة ، آخرها سلخ شوال ختم بالإقبال من سنة خمس وثلاثين وثمانمائة قراءة ، وبحنا ، وشرحا ، وفهما ، وكتب أضعف العباد أحمد بن محمد بن فهد مؤلف اللباب ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله.

كتاب الطلاق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الطلاق

مقدمة : الطلاق إزالة قيد النكاح بقوله : (أنت) أو ما شاكله (طالق).

وجوازه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

روى عروة عن قتادة قال : كان الطلاق في صدر الإسلام بغير عدد ، وكان الرجل يطلق امرأته ما شاء من واحد إلى عشرة ، ويراجعها في العدة ، فنزل قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(١) فبين أن الطلاق ثلاث ، فقوله (مرتان) إخبار عن طلقتين ، واختلفوا في الثالثة ، فقال ابن عباس : (أو تسريح بإحسان) وقال بعض التابعين ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٢).

وهو الذي قواه الشيخ^(٣).

وقال تعالى ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٤) أى تصل عدتهن في طهر لم

يجامعها فيه إذا كانت مدخولا بها.

واما السنة : فروى أنه صلى الله عليه وآله طلق زوجته حفصة ثم راجعها ...

(١) البقرة : ٢٢٩.

(٢) البقرة : ٢٣٠.

(٣) المبسوط : ج ٥ ص ٢ س ٩ قال بعد نقل قول بعض التابعين : وهو الأقوى.

(٤) الطلاق : ١.

وقال ابن عمر : كان لي زوجة فأمرني النبي صلى الله عليه وآله أن أطلقها فطلقتها
(١).

وأما الإجماع فمن سائر المسلمين لا يختلف فيه أحد.
وينقسم أربعة أقسام :
فمنه واجب كطلاق المولى والمظاهر.
وندب كما لو كانت الحال بينهما فاسدة بالشقاق ، وتعذر الاتفاق ، أو كان كل واحد منهما يعجز عن القيام بما يجب عليه لصاحبه ، فالمستحب الفرقة ، كما لو قالت : لأدخلن عليك من تكرهه ، أو كانت فاجرة ، فإن طلاقها أفضل من إمساكها.
وحرام كطلاق الحائض والنفساء مع الدخول ، وحضور الزوج أو حكمه ، وفي طهر قَرَّبَها فيه ، والثلاث المرسلة.
ومكروه ، كطلاق المريض والصحيح مع الثام الأخلاق ، وقال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما أحب الله مباحا كالنكاح وما أبغض الله مباحا كالطلاق (٢).
وعن علي عليه السلام : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس لم ترح رائحة الجنة (٣).

وروى سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال : مرّ رسول الله صلى الله عليه وآله برجل فقال : ما فعلت امرأتك؟ قال : طلقته يا رسول الله ، قال : من غير سوء؟ قال : من غير سوء ، ثم إن الرجل تزوج فمرّ به النبي صلى الله عليه وآله وقال :

(١) من قوله : (روى عروة عن قتادة) إلى هنا من المبسوط ج ٥ ص ٢.
(٢) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٣٧٢ الحديث ٤ ورواه في المستدرک ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحريمه الحديث ٤ نقلا عن عوالي اللثالي.
(٣) رواه في المستدرک : ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحريمه ، الحديث ٧ وفيه (فحرام عليها رائحة الجنة ، والحديث عن النبي صلى الله عليه وآله).

والنظر في أركانه وأقسامه ولواحقه.

(الركن الأول) في المطلق : ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد.

فلا اعتبار بطلاق الصبي ، وفي من بلغ عشرا رواية بالجواز فيها ضعف.

ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقل.

ولا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا المكره ، ولا المغضب مع ارتفاع القصد.

تزوجت؟ فقال : نعم ، ثم مرّ به فقال : ما فعلت امرأتك؟ قال : طلقته قال : من

غير سوء؟ قال : من غير سوء فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : إن الله عزّ وجلّ يبغض

كل ذوّاق من الرجال وكل ذواق من النساء^(١).

وعن ابن أبي عمير عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ما من شيء مما

أحله الله عزّ وجلّ أبغض إليه من الطلاق ، وإن الله عزّ وجلّ يبغض المطلق الذوّاق^(٢) ^(٣).

قال طاب ثراه : وفيمن بلغ عشرا رواية بالجواز فيها ضعف.

أقول : هذه رواية ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يجوز طلاق الصبي

(١) الكافي : ج ٦ باب كراهية ، طلاق الزوجة الموافقة ، ص ٥٤ الحديث ١.

(٢) الكافي : ج ٦ باب كراهية طلاق الزوجة الموافقة ، ص ٥٤ الحديث ٢.

(٣) في الحديث : ان الله لا يحب الذواقين والذواقات ، يعنى السريعي النكاح ، السريعي الطلاق ، قال : وتفسيره ان لا يطمئن كلما تزوج أو تزوجت كرها ومدا أعينهما إلى غيرهما (لسان العرب : ج ١٠ ص ١١١ كلمة ذوق).

إذا بلغ عشر سنين ^(١) ومضمونها أفتى الشيخان في المقنعة ^(٢) والنهائية ^(٣) والفقيه في الرسالة ^(٤) والقاضي ^(٥) وابن حمزة ^(٦).

ومنع ابن إدريس وأبطل طلاقه ^(٧) وبه قال التقي ^(٨) واختاره المصنف ^(٩) والعلامة ^(١٠) لتوقف رفع الحجر على البلوغ ، ولرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال : ليس طلاق الصبي بشيء ^(١١).

-
- (١) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧٥ الحديث ١٧٣ .
- (٢) لم أعثر عليه في المقنعة ولم يتعرض له العلامة ، نعم ذكر في المقنعة في باب وصية الصبي ص ١٠١ س ١٢ صحة وصية الصبي إذا بلغ عشر سنين ، وقلنا ان من قال بصحة وصيته قال : بصحة طلاقه.
- (٣) النهائية : باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٨ س ١٥ قال : والغلام إذا طلق وقد أتى عليه عشر سنين جاز طلاقه.
- (٤) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٨ س ١٣ قال : وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته : والغلام إذا طلق للسنة فطلاقه جائز.
- (٥) المهذب : ج ٢ ، كتاب الطلاق ، باب طلاق الغلام ص ٢٨٨ س ٢ قال : الغلام إذا كان يحسن الطلاق وكان سنه عشر سنين ، وأراد ذلك كان ذلك جائزا.
- (٦) الوسيلة كتاب الطلاق ، فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال : أو بلغ وكان مميزا ويصح طلاقه وعتقه وصدقته إلخ.
- (٧) السرائر ، كتاب الطلاق ص ٣٢٢ س ١١ قال : لان طلاق المجنون والصبي ما لم يبلغ غير صحيح.
- (٨) الكافي : فصل في الطلاق واحكامه ، ص ٣٠٥ س ٨ قال : واشترطنا صحة التصرف احترازا من الصبي إلخ.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.
- (١٠) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٨ س ١٨ قال : والمعتمد انه لا يصح طلاق الغلام حتى تبلغ ، لأنه محجور عليه في تصرفاته.
- (١١) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ، ص ٧٦ الحديث ١٧٥ .

(الركن الثاني) في المطلقة : ويشترط فيها الزوجية والدوام والطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولا بها ، وزوجها حاضرا معها ، ولو كان غائبا صحّ ، وفي قدر الغيبة اضطراب ، محصله : انتقالها من طهر إلى آخر.

ولو خرج في طهر لم يقربها فيه صحّ طلاقها من غير ترئص ولو اتفق في الحيض ، والمحجوس عن زوجته كالغائب ويشترط رابع وهو ان يطلق في طهر لم يجامعها فيه ، ويسقط اعتباره في الصغيرة واليائسة والحامل ، اما المسترابة فإن تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر ، ولا يقع طلاقها قبله.

قال طاب ثراه : وفي قدر الغيبة اضطراب.

أقول : أجمع علماءنا : أنه لا يصح طلاق الحائض ، ولا الطاهر في طهر قربها فيه ، إذا كان حاضرا.

وإذا كان غائبا هل يجب استيرائها بقدر معين ، أو لا يجب؟ وإذا وجب استيرائها كم القدر الذي يجب؟

قال المصنف : فيه اضطراب ^(١).

وقد انقسم مع التحقيق إلى خمسة مذاهب.

(أ) عدم الانتظار وجواز الطلاق في أيّ وقت شاء قاله الفقيه ^(٢) والتقي ^(٣)

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) المختلف ، كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٥ قال : وقال علي بن بابويه : واعلم يا بني ان خمسا يطلقن على كل حال ولا يحتاج الرجل ان ينتظر طهرهن إلخ.

(٣) الكافي : فصل في الطلاق واحكامه ص ٣٠٥ س ٦ قال : ومنها إيقاعه في طهر لا مساس فيه بحيث يمكن اعتباره إلى قوله : (وقلنا بحيث يمكن) ، لصحته ممن لا يمكن ذلك فيها ، إلى قوله : (والغائبة).

.....

والحسن^(١) والمفيد^(٢) وتلميذه^(٣).

والمستند صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب؟ قال : يجوز طلاقه على كل حال ، وتعتد امرأته من يوم طلقها^(٤).

والجواب : أنها مطلقة يمكن حملها على غيرها من الروايات المفصلة.

(ب) اعتبار مدة يعلم انتقالها من طهر الواقعة إلى الآخر بحسب عاداتها.

والمراد بالعلم هنا : الظن الغالب المستند إلى العادة التي تعلمها من شأنها.

وهو مذهب ابن إدريس^(٥) والمصنف^(٦) والعلامة في القواعد^(٧) والإرشاد^(٨).

(١) المختلف كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٣ قال : وقال ابن أبي عقيل : وقد توالى الاخبار عن الصادقين عليهما السلام : ان خمسا يطلقن على كل حال إلخ.

(٢) المقنعة : باب أحكام الطلاق ص ٨١ س ٢١ قال : ومن كان غائبا عن زوجته فليس يحتاج في طلاقها إلى ما يحتاج إليه للحاضر من الاستبراء.

(٣) المراسم ، طلاق السنة ص ١٦١ س ١٧ قال : فأما الغائب عنها زوجها الى قوله : طلقها على كل حال.

(٤) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ، ص ٦٠ الحديث ١١٤.

(٥) السرائر : كتاب الطلاق ، ص ٣٢٨ س ٢٢ قال : وإذا أراد الرجل طلاق زوجته وهو غائب عنها إلى قوله : حتى يمضي زمان يعرف من حالها انها حاضرت وطهرت فيه.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد : ح ٢ كتاب الفراق (القسم الثاني الشرائط الخاصة) ص ٦٢ س ١٩ قال : أو مع الغيبة مدة يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر ، صح.

(٨) الإرشاد : (ط قم) ج ٢ ، في شرائطه ، ص ٤٢ س ١٤ قال : ولو طلق الغائب صح وان كان في الحيض ، ان غاب مدة يعلم انتقالها من قرء الوطء إلى آخر.

ووجهه : كونه جمعا بين الاخبار والأقوال ، فيصح طلاقها حينئذ ، سواء استمر طهرها في نفس الأمر إلى أن يطلقها ، أو رأت حيضا آخر بعد طهر الواقعة فطلقها حالة الحيض ، أو في طهر ثالث ، ويصح طلاق هذه وإن علم بحيضها حالة الطلاق.

(ج) اعتبار مضي شهر فصاعدا ، وهو مذهب الشيخ في موضع من النهاية ^(١) وبه قال : ابن حمزة ^(٢).

والمستند رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الغائب إذا أراد أن يطلق امرأته تركها شهرا ^(٣).

(د) اعتبار مضي ثلاثة أشهر وهو مذهب أبي علي ^(٤) واختاره العلامة في المختلف ^(٥).

والمستند صحيحة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال : الرجل إذا خرج إلى السفر فليس له أن يطلق حتى يمضي لها ثلاثة أشهر ^(٦).

ولأن هذا قد اعتبره الشارع في عدة غير الحائض إذا كان مثلها تحيض ، ليعلم بذلك فراغ رحمها فكذا هنا.

(١) النهاية : باب أقسام الطلاق وشروطه ص ٥١٢ س ١٥ قال : وكذلك ان كان عنها غائبا شهرا ، أي يقع الطلاق.

(٢) الوسيلة ، في بيان أقسام الطلاق ، ص ٣٢٠ س ١٢ قال : أو لا يكون لطلاقها سنة وبدعة إلى قوله : والغائب عنها زوجها شهرا إلخ.

(٣) التهذيب : ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ، ص ٦٢ الحديث ١٢١ وفيه (إذا أراد أن يطلقها).

(٤) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٦ س ٢٩ قال : وقال ابن الجنيد ونعم ما قال إلى قوله : وينتظر الغائب بزوجه من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر.

(٥) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٦ س ٢٩ قال : وقال ابن الجنيد ونعم ما قال إلى قوله : وينتظر الغائب بزوجه من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر.

(٦) التهذيب : ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ، ص ٦٢ الحديث ١٢٢.

وفي اشتراط تعيين المطلقة تردد.

(هـ) حدّ غيبة التي إذا غاب ، له أن يطلّقها متى شاء ، أقصاه خمسة أشهر ، أو ستة أشهر ، وأوسطه ثلاثة أشهر ، وأدناه شهر ، وهو مذهب الصدوق في كتابه ^(١).
والمستند رواية إسحاق بن عمّار قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السّلام : الغائب الذي يطلق كم غيبة؟ قال : خمسة أشهر ، أو ستة أشهر ، قلت : حدّه دون ذا؟ قال : ثلاثة أشهر ^(٢).

وروى محمد بن أبي حمزة عن إسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السّلام قال : الغائب إذا أراد أن يطلق امرأته تركها شهرا ^(٣).

(فروع) في الاستبراء

(أ) لا يصح طلاق الحائض ، ولا من طلقت في طهر وطئت فيه ، ويسقط في اليائسة والصغيرة وغير المدخول بها والحامل.

(ب) المسترابة ، وهي التي لا تحيض وفي سنها من تحيض ، استبرائها باعترائها ثلاثة أشهر ، وكذا عدّها بعد طلاقها ، ويفرق بينهما فيما لو رأت حيضة في الأثناء ، ففي الاستبراء يكفي طهرها منها ، فيصح طلاقها في الطهر الذي يليها ، وفي العدة يفتقر بعدها إلى قرئين آخرين ، أو تكميل تسعة أشهر ، ثمّ تعدد بعدها بثلاثة شهور.

(ج) المرضع لا يرى الدم غالبا ، فيعتزل ثلاثة أشهر إذا أريد طلاقها ، نعم لو لم يطأها بعد وضعها ، صحّ طلاقها بعده من غير تربص ، لكن لا يصح أيام نفاسها.

قال طاب ثراه : وفي اشتراط تعيين المطلقة تردد.

أقول : اختلف الأصحاب في اشتراط تعيين المطلقة في صحة الطلاق ، كقوله :

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ س ٧ قال : وإذا أراد الغائب إلح.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ الحديث ٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ الحديث ٣.

فلانة ، أو هذه ، ولو لم يكن له إلا زوجة واحدة كفى قوله : زوجتي طالق .
فبعض ذهب إلى اشتراطه كالسيد ^(١) والمفيد ^(٢) واختاره العلامة في المختلف ^(٣) وفخر
المحققين ^(٤) والشيخ في أحد قوليه ^(٥) .

وذهب بعض إلى عدم اشتراطه ، بل يكفى قوله : زوجتي طالق ، أو إحدى نسائي ،
أو أحدا كنّ ، أو واحدة منكّن ، أو من نسائي طالق ، من أن يعين في نية واحدة بعينها ،
ثمّ يعين بعد ذلك للطلاق من شاء ، كالشيخ في المبسوط ^(٦) واختاره القاضي ^(٧) والمصنف
^(٨) والعلامة في القواعد ^(٩) .

احتج الأولون : بأن الطلاق أمر معين ، فيستدعي محلا معينا ، لاستحالة حلول

(١) الانتصار (مسائل الطلاق) ص ١٣٩ قال : مسألة. ومّا انفردت به الإمامية قولهم : ان الطلاق لا يقع إلا
بالتعيين والتميز إلخ.

(٢) المقنعة : باب احكام الطلاق ، ص ٨١ س ٩ قال : وأومى إليها بعينها ، أو فلانة بنت فلان طالق.

(٣) المختلف : كتاب الطلاق ص ٤٢ قال : مسألة ، المشهور ان تعيين المطلقة شرط في صحة الطلاق الى قوله
: لنا أصالة بقاء عصمة النكاح إلخ.

(٤) إيضاح الفوائد : ج ٣ ص ٢٩٤ الفصل الثاني المحل وهي الزوجة ، قال بعد نقل أقوال القائلين بالاشتراط :
وهو الأقوى عندي.

(٥) النهاية : كتاب الطلاق ، باب أقسام الطلاق ، ص ٥١٠ س ١٤ قال : وإذا أراد الطلاق ينبغي ان يقول :
فلانة طالق ، أو يشير إلى المرأة إلخ.

(٦) المبسوط : ج ٥ في فروع الطلاق ص ٧٦ س ٢٢ قال : إذا كان له زوجتان إلى قوله في ص ٧٨ س ٤ فاما
إذا أطلق الطلاق فقال : أحدا كما طالق إلخ.

(٧) لم نثر عليه صريحا في المهذب ، ولكن في المختلف (كتاب الطلاق ص ٤٣ س ١) قال : وللشيخ قول آخر
في المبسوط : انه يصح واختاره ابن البراج أيضا.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) القواعد : كتاب الفراق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٤ قال : ولو طلق واحدة غير معينة إلى قوله : وقيل
: يصح ويعين للطلاق من شاء وهو أقوى.

المعين في المبهم ، ولأن توابع الطلاق كالعدة لا بد له من محل معين.
احتج الآخرون : بعموم النص ^(١) ولأن إحداها زوجة ، وكل زوجة يصح طلاقها.
والكبرى ممنوعة.

(تنبيهان)

(أ) على القول بالصحة ، يجب التعيين ، وهل هو بالقرعة ، أو باختيار المطلق
واقتراحه؟

بالأول قال المصنف في الشرائع ^(٢) وبالثاني قال العلامة في القواعد ^(٣) :

(ب) هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الطلاق ، أو من حين التعيين؟
يبني على مسألة أصولية : هي أن الواقع هل هو سبب مؤثر في البينونية في الحال؟ أو
أثر له صلاحية التأثير عند التعيين؟

فعلى الأول : يحرم الكل حتى يعين.

وعلى الثاني : الكل زوجات يباح نكاحهن إلى التعيين.

ويتفرع على ذلك فروع.

(أ) يجب عليه التعيين ويطالب به ، ويجبس عليه على الأول ، دون الثاني.

ويجب الإنفاق على الاحتمالين معا ، ولا فرق بين البائن والرجعي.

(ب) يجب العدة من حين التلفظ بالطلاق على الأول ، وهو الذي قواه الشيخ

(١) قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ الآية سورة الطلاق ١ .

(٢) شرائع الإسلام : ج ٣ كتاب الطلاق الخامس تعيين المطلقة ، قال : فلو كان له زوجات ، فقال : زوجتي
طالق إلى قوله : وقيل يصح ويستخرج بالقرعة وهو أشبه.

(٣) القواعد ، كتاب الفراق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٤ قال : ويقبل تفسيره.

(الركن الثالث) في الصيغة : ويقتصر على (طالق) تحصيلاً لموضع الاتفاق. ولا يقع به (خلية) ولا (برية) وكذا لو قال : اعتدي. ويقع لو قال : هل طلقت فلانة ، فقال : نعم. ويجب تجريده عن الشرط والصفة.

في المبسوط ^(١) ومن حين التعيين على الثاني.

(ج) لو وطئ أحدهما وقلنا بالأول ، تعينت الأخرى للطلاق ، وعلى الثاني يجوز له تعيين الموطوءة.

(د) يجب القرعة على الأول قطعاً ، وعلى الثاني يتخير بين القرعة وبين الاقتراح.

قال طاب ثراه : ويقع لو قال : هل طلقت فلانة ، فقال : نعم.

أقول : الطلاق لفظ إنشائي وضعه الشارع سبباً لازالة قيد النكاح ابتداءً ، أي من غير اعتبار أمر آخر غير اللفظ ، فخرج الفسخ بخيار العيب ، أو عتق ، فان الموجب لإزالة قيد النكاح هنا مع لفظ ، الفسخ حصول ما يبيح الفسخ. والصريح لفظ منفرد غير مشترك ، ويقابله الكناية ، فإذا عيّن الزوجة بما يدل على تشخيصها وعقبه بـ (طالق) كان صريحاً إجماعاً ، وليس كلما اشتق من الطلاق بصريح ، كقوله : أنت طلاق ، أو الطلاق ، لأنه مصدر ، ولا يوصف الذوات بالمصادر ، فهو مجاز لا يقع به الطلاق وان قصده لأنه يكون كناية ، ولا يقع الطلاق بالكنايات.

واختلف في صور. وهي على قسمين ، عامة وخاصة.

(القسم الأول) العامة ، وفيه مسائل.

الأولى : لو قيل : هل طلقت فلانة؟ فقال : نعم ، قصداً للإنشاء ، هل يقع به

(١) المبسوط : ج ٥ ص ٧٨ س ٤ قال : فاما إذا أطلق الطلاق إلى قوله في س ٢٠ ومن أي وقت تعتد؟ قال قوم : من حين البيان عنه لا من حين اللفظ ، وقال اخرون : من حين تلفظ بالطلاق لان الإيقاع وقع حينئذ ، وانما بقي البيان إلخ.

الطلاق؟ قال في النهاية : نعم ^(١) وبه قال القاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) واختاره المصنف ^(٤).
وظاهر ابن إدريس المنع ^(٥) وهو قول الشيخ في المبسوط ^(٦) وهو مذهب العلامة ^(٧)
وفخر المحققين ^(٨).

احتج الشيخ بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام ، في
الرجل يقال له : أطلقت امرأتك؟ فيقول : نعم ، قد طلقته حينئذ ^(٩).
وهو صريح في كونه إنشاء ، لأن قوله : نعم يتضمن إعادة السؤال ، وهو صريح في
الإ إنشاء عنده.

والجواب : بضعف السند.

- (١) النهاية ، باب أقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١١ س ١ قال : فان قيل للرجل هل طلقت فلانة؟ فقال : نعم
كان الطلاق واقعا.
- (٢) المذهب : ج ٢ باب بيان ما يقع به الطلاق ص ٢٧٨ س ١١ قال : وإذا قال له إنسان : فارقت زوجتك؟
فقال : نعم لزمه طلاق واحدة بإقراره لا يقاعها إلخ.
- (٣) الوسيلة ، فصل في بيان أقسام الطلاق ، ص ٣٢٣ س ٢٠ قال : وما يكون بحكم الطلاق أربعة أشياء ، إلى
أن قال : والثالث قوله : نعم إذا قيل له : طلقت فلانة؟
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) السرائر ، كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٢ قال : فان قيل للرجل هل طلقت فلانة؟ فقال : نعم كان ذلك
إقرارا منه بطلاق شرعي إلخ.
- (٦) المبسوط : ج ٥ ، ص ٥٢ س ١٩ قال : إذا قال له رجل : فارقت امرأتك؟ فقال : نعم ، قال قوم يلزمه في
الحكم طلاق بإقراره لا بإيقاعه إلخ.
- (٧) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٤ س ٢٠ قال : والتحقيق ان نقول : إلى قوله : وان قصد بذلك الإنشاء
، فهل يصح إلخ.
- (٨) الإيضاح : ج ٣ ص ٣٠٧ س ١٧ قال : والأصح عندي انه لا يقع بذلك.
- (٩) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ، ص ٣٨ الحديث ٣٠.

احتج الآخرون برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته : أنت حرام ، أو بائنة ، أو بته ، أو خلية ، أو برية ، فقال : هذا ليس بشيء ، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل عدتها قبل أن يجامعها : أنت طالق ، ويشهد على ذلك رجلين عدلين^(١).

وانما للحصر.

ورواه محمد بن أبي نصر في الجامع عن سماعة عن محمد بن مسلم^(٢).

ورواه الشيخ أيضا وزاد (واعتدي)^(٣).

(الثانية) لو قال : اعتدي : الأكثر على عدم وقوع الطلاق به ، خلافا لأبي علي^(٤) لأنه ليس بصريح ولرواية محمد بن مسلم المتقدمة^(٥).

احتج : بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام ، الطلاق أن يقول لها : اعتدي ، أو يقول لها : أنت طالق^(٦).

(الثالثة) أنت مطلقة ، أو من المطلقات ، قال في المبسوط : الأقوى أنه يقع^(٧)

(١) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ١٦ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٥ الحديث ٣.

(٢) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٤ س ٢٥ قال : وقد روى محمد بن أبي نصر في كتاب الجامع إلخ.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٦٥) باب ما تقع به الفرقة من كنايات الطلاق ، ص ٢٧٧ الحديث ١.

(٤) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٤ س ٦ قال : ابن الجنيد : إلى قوله : أو قوله : اعتدي.

(٥) تقدم آنفا.

(٦) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٣٧ الحديث ٢٨.

(٧) المبسوط : ج ٥ فيما يقع به الطلاق وما لا يقع ص ٢٥ س ٨ قال : وعندنا ان قوله : أنت مطلقة ، إلى قوله : فالأقوى انه يقع به.

وقال في الخلاف : لا يقع ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) لأنه إخبار لغة ، والأصل عدم نقله إلى الإنشاء.

(الرابعة) قوله : طلقت فلانة ، منشأ ، قال المصنف : يقع ^(٤) لوقوعه بما يتضمنه في قوله : هل طلقت؟ فيقول : نعم ، فمع صريحه أولى ، ونقل منعه عن الشيخ ^(٥) وهو اختيار العلامة ^(٦).

(الخامسة) قوله : يا طالق ، حكم في موضع من المبسوط بوقوعه ^(٧) والأكثر على المنع.

وجه الأول : بإتيانه بصيغة طالق مع القصد بها إلى الطلاق.

وجه الثاني : أنّ صحة النداء بوصف متأخر عن ثبوت ذلك الوصف الموصوف ، فلا يكون سببا في ثبوته ، وإلا دار.

(السادسة) التلغظ بغير العربية مع القدرة عليها ، أطلق وقوع الفرقة به في النهاية ^(٨) ، وهو صريح ابن حمزة ^(٩) ومنعه ابن إدريس ^(١٠) إلا مع العجز

(١) الخلاف كتاب الطلاق ، مسألة ١٨ قال : إذا قال لها : أنت مطلقة ، لم يكن ذلك صريحا في الطلاق.

(٢) الشرائع : في الصيغة قال : ولو قال : أنت الطلاق لم يكن شيئا ، وكذا لو قال : أنت مطلقة إلخ.

(٣) القواعد ، كتاب الفراق ، الصيغة ، قال : ولو قال : أنت طلاق ، أو مطلقة إلى قوله : لم يقع.

(٤) الشرائع ، في الصيغة ، قال : ولو قال : طلقت فلانة ، قال (أي الشيخ) لا يقع ، وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك إلخ.

(٥) الشرائع ، في الصيغة ، قال : ولو قال : طلقت فلانة ، قال (أي الشيخ) لا يقع ، وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك إلخ.

(٦) القواعد : كتاب الفراق ، الصيغة قال : ولو قال : أنت طلاق إلى قوله : أو طلقت فلانة لم يقع.

(٧) المبسوط : ج ٥ ، كتاب الطلاق ص ٨٩ س ٢٠ قال : فرع ، لو قال يا طالق إلى قوله : طلقت طلقة بقوله يا طالق.

(٨) النهاية : باب أقسام الطلاق ص ٥١١ س ٢ قال : وما ينوب مناب قوله أنت طالق بغير العربية بأي لسان كان ، فإنه تحصل به الفرقة.

(٩) الوسيلة في بيان أقسام الطلاق : ص ٣٢٤ س ٤ قال : والرابع تطليقها بما يفيد مفاد العربية من اللغات.

(١٠) السرائر : كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٣ قال : فاما إذا كان قادرا على التلغظ بالطلاق

عن النطق بالعربية ، واختاره المصنف ^(١) والعلامة في المختلف توقف فيه ^(٢).
 (السابعة) لو قال لأربع : أوقعت منكن أربع طلقات ، قال في المبسوط : طلقن ^(٣)
 ومنعه المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥) لبعده عن سنة الإنشاء.

(الثامنة) التخيير للمرأة كقوله : اختاري نفسك ، أو اخترتك ، أو جعلت لك الخيار ، أو جعلت أمرك إليك ، قال القديمان : بوقوعه بشروط ثلاثة :
 ان يكون في طهر لم يقرها فيه بجماع.
 وحضور شهود (شاهدين خ ل).
 وجوابها على الفور ^(٦) ^(٧).

فان اختارت زوجها ، أو تفرقا ثم اختارت ، أو تحولت من مجلسها لم يقع به فرقة.

بالعربية وطلق بلسان غيرها ، فلا تقع الفرقة بذلك.

(١) الشرائع : في الصيغة قال : ولا يقع الطلاق بالكناية ولا بغير العربية.

(٢) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٤ قال : مسألة قال الشيخ في النهاية : وما ينوب مناب قوله أنت طالق بغير العربية إلى قوله : ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

(٣) المبسوط : ج ٥ كتاب الطلاق ص ٥٨ س ٢٣ قال : فان قال : أوقعت بينكن أربع تطليقات ونوى طلقت كل واحدة طلقة عندنا.

(٤) الشرائع : في الصيغة ، شرع ، قال بعد نقل قول الشيخ : وفيه إشكال ، لأنه إطرار للصيغة المشتركة.

(٥) القواعد : كتاب الفراغ ، في الصيغة ، الثالث ، قال : وكذا لو قال لأربع : أوقعت بينكن أربع طلقات.

(٦) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٣ س ٦ قال : وقال ابن الجنيد : إذا أراد الرجل ان يخير امرأته إلخ وس ١١ قال ابن أبي عقيل : والخيار عند آل الرسول عليهم السلام ان يخير الرجل امرأته ويجعل أمرها إليها إلخ.

(٧) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٣ س ٦ قال : وقال ابن الجنيد : إذا أراد الرجل ان يخير امرأته إلخ وس ١١ قال ابن أبي عقيل : والخيار عند آل الرسول عليهم السلام ان يخير الرجل امرأته ويجعل أمرها إليها إلخ.

.....

وإن جعل الاختيار إلى وقت معين جاز له الرجوع قبل انقضائه ، ولها الاختيار قبل انتهاءه ، وإن اختارت بعده لم يجز.

وتقع الطلقة رجعية وله الرجوع ما دامت في العدة.

وحكى الشيخ في الخلاف عن بعض القائلين به من شواذ الأصحاب وقوعها بائة^(١).

وقال الشيخ في كتابي الخلاف : لا يقع به طلاق^(٢) ^(٣) وبه قال ابن إدريس^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦).

احتج الأولون بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال : قلت : رجل خير امرأته؟ قال : الخيار لهما ما داما في مجلسهما ، فإذا تفرقا فلا خيار لهما^(٧).

وفي الموثق : عن جميل بن دراج ، عن زرارة ومحمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام قال : لا خيار إلا على طهر من غير جماع ، بشهور^(٨).

وصحيحة حمران قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : المخيرة تبين من

(١) و (٢) كتاب الخلاف : كتاب الطلاق ، مسألة ٣١ قال : إذا خيرها فاختارت نفسها لم يقع الطلاق إلى قوله : ومنهم من قال : بائة.

(٣) المبسوط : ج ٥ ، فصل فيما يصح به الطلاق وما لا يقع ص ٣٠ س ١ قال : وإن اختارت نفسها فلا يقع عندنا به طلاق إلخ.

(٤) السرائر : كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٨ قال : ومتى جعل إليها الخيار فاختارت نفسها إلى قوله : وبعض لا يوقعها ، وهذا هو الأظهر.

(٥) الشرائع : في الصيغة قال : ولو خيرها وقصد الطلاق إلى قوله : وقيل : لا حكم له وعليه الأكثر.

(٦) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٣ س ٢٦ قال بعد نقل الأقوال في المسألة : والمعتمد ما قاله الشيخ.

(٧) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٨٩ الحديث ٢٢٢.

(٨) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٧ الحديث ٨.

ساعاتها ، من غير طلاق ولا ميراث بينهما ، لأن العصمة قد زالت بساعة كان ذلك منها ومن الزوج^(١).

وحملها الشيخ على التقية بموافقتها مذهب بعض العامة^(٢).

احتج الآخرون : بأصالة بقاء النكاح ، ومعارضة الروايات بمثلها.

روى عيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل خير امرأته ، فاختارت نفسها ، بانت منه؟ فقال : لا ، انما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله خاصة ، أمر بذلك ففعل ، ولو اخترن أنفسهن طلقن ، وهو قول الله تعالى ﴿قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ الآية^(٣) ^(٤).

قال الحسن بن سماعة : وبهذا الخبر نأخذ في الخيار.

ومثله رواية محمد بن مسلم^(٥).

تنبيه

على القول بوقوعه يقع الطلقة رجعية ، قاله القديمان^(٦) ^(٧).

والمعتمد رواية زرارة (الموثقة) عن الباقر عليه السلام قال : قلت له : رجل خير

(١) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٨ الحديث ١١.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ، ص ٨٨ س ١٨ قال : فاما ما روى من جواز الخيار إلى النساء إلى قوله : فالوجه فيها كلها ان نحملها على ضرب من التقية ، لأن الخيار موافق لمذهب العامة.

(٣) الأحزاب : ٢٨.

(٤) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٦ الحديث ٤.

(٥) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٦ الحديث ٣.

(٦) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٣ س ٦ قال : وقال ابن الجنيد إذا أراد الرجل ان يخير امرأته إلخ وس ١١ قال : وقال ابن عقيل : والخيار إلخ.

(٧) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٣ س ٦ قال : وقال ابن الجنيد إذا أراد الرجل ان يخير امرأته إلخ وس ١١ قال : وقال ابن عقيل : والخيار إلخ.

.....

امراته . إلى أن قال . : وهو أحق بها برجعته قبل ان تنقضي عدتها ^(١) .

وقيل : بآئنة .

والمعتمد رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال : إذا اختارت نفسها فهي طلقة

بآئنة ، وهو خاطب من الخطاب ، وان اختارت زوجها ، فلا شيء ^(٢) .

(القسم الثاني) الخاصة .

وفيه مسألتان .

(الأولى) الكتابة للغائب : قال في النهاية : يقع إذا كتب بخطه : فلانة طالق ^(٣) وبه

قال ابن حمزة بشروط أربعة .

أن يكتب بخطه .

ويشهد عليه .

ويسلم من الشاهدين .

ولا يفارقهما حتى يقيما الشهادة ، ويعلما المطلقة ^(٤) .

وقال الشيخ في الكتابين : لا يقع ^(٥) ^(٦) وبه قال ابن الجنييد ^(٧) وابن

(١) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ، ص ٣٣٨ قطعة من حديث ١٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٧ الحديث ٩ .

(٣) النهاية : باب أقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١١ س ٥ قال : وان كان غائبا وكتب بخطه : ان فلانة طالق ، وقع الطلاق .

(٤) الوسيلة : فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٣ س ٢١ قال : ومن الغائب بأربعة شروط .

(٥) المبسوط : ج ٥ ، كتاب الطلاق ، فصل فيما يقع به الطلاق وما لا يقع ص ٢٨ س ٩ قال : إذا كتب بطلاقها ، إلى قوله : فلا يقع به شيء بلا خلاف .

(٦) كتاب الخلاف : كتاب الطلاق ، مسألة ٢٩ قال : إذا كتب بطلاق زوجته ولم يقصد بذلك الطلاق لا يقع بلا خلاف إلخ .

(٧) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٢ قال : وقال ابن الجنييد : وان قال لغيره بحضرة الشهود

إدريس^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣) والقاضي في الكامل تابع النهاية^(٤) وفي المهذب تابع الخلاف^(٥).

احتج الشيخ بصحيحة أبي حمزة الثمالي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لرجل : اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها ، واكتب إلى عبيدي بعتقه ، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال : لا يكون طلاق أو عتق حتى ينطق بلسانه ، أو غالباً عن أهله^(٦). وحملها العلامة على حالة الاضطرار ، وجعل قوله (أو) للتفصيل لا للتخيير^(٧). احتج المانعون : بأن النكاح عصمة مستفادة من الشرع ، فيقف زوالها على دلالة ، والأصل بقاء ما كان على ما كان. ولأن الكنايات اللفظية لا يحصل بها الفرقة مع القصد ، فالكتابة أولى بعدم الحصول. ولأن النسبة بين اللفظين أقوى مشابهة من النسبة بين اللفظ والفعل.

اكتب الى قوله : لم يلفظ بالطلاق لم يكن طلاقاً.

(١) السرائر : كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٧ قال : قال محمد بن إدريس : لا يقع الطلاق إذا كتب بخطه ان فالانة طالق إلخ.

(٢) الشرائع ، في الصيغة قال : ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر إلخ.

(٣) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٩ قال : بعد نقل الأقوال : والمعتمد ما قاله الشيخ في الخلاف.

(٤) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٣ قال : وقال ابن البراج في الكامل يمثل قول الشيخ في النهاية.

(٥) المهذب : ج ٢ باب بيان ما يقع به الطلاق ص ٢٧٧ س ١ قال : وإذا كتب بطلاقها الى قوله : لم يقع طلاق.

(٦) التهذيب : ج ٨

(٣) باب احكام الطلاق ص ٣٨ الحديث ٣٣ وفي التهذيب والكافي والفقيه عن أبي جعفر عليه السلام وفي المختلف ص ٣٥ س ١٥ نقله عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٧) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٥ س ١٨ قال : والجواب انه محمول على حالة الاضطرار إلخ.

وبحسنة زرارة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل كتب بطلاق امرأته ، أو بعث غلامه ، ثم بدا له فمحاها؟ قال : ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به ^(١) .

فان قيل : هذه الرواية مطلقة ، وتلك مقيدة ، والمطلق يحمل على المقيد .

أجيب : بأن الغيبة والحضور لا تأثير لهما في السببية ، لأن اللفظ لما كان سببا للبينونة ، استوى إيقاعه من الغائب والحاضر ، ولو كانت الكتابة سببا ، لتساوي الحالين فيهما ، مع اختصاص هذه الرواية لموافقة اعتضادها بالنظر والشهرة بين الأصحاب .

(الثانية) إلقاء القناع على المرأة للأخرس .

قاله الصدوقان ^(٢) ^(٣) وبه قال ابن حمزة ^(٤) وجعله الشيخ رواية ، وقال : طلاقه بالإشارة والكتابة ان عرفها ^(٥) وبه قال القاضي ^(٦) وابن إدريس ^(٧) وأبو علي ^(٨)

-
- (١) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ١٤ من أبواب مقدماته وشرائطه ، ص ٢٩١ الحديث ٢ .
- (٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٦٢) باب طلاق الأخرس ص ٣٣٣ الحديث ١ وفي ذيله (وقال أبي رضي الله عنه في رسالته الى : الأخرس إذا أراد أن يطلق امرأته القى على رأسها قناعا إلخ .
- (٣) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٦٢) باب طلاق الأخرس ص ٣٣٣ الحديث ١ وفي ذيله (وقال أبي رضي الله عنه في رسالته الى : الأخرس إذا أراد أن يطلق امرأته القى على رأسها قناعا إلخ .
- (٤) الوسيلة : فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٤ س ١ قال : أو إلقاء مقنعة على رأسها إلخ .
- (٥) النهاية : باب أقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١١ س ١٩ قال : فليؤم الى الطلاق الى قوله : وقد روي انه ينبغي أن يأخذ المقنعة إلخ .
- (٦) لم نظفر عليه في المذهب ولكن نقله في المختلف (كتاب الطلاق ص ٤٠ س ٣) قال : وجعله الشيخ وابن البراج رواية ، ولعله منقول من كتابه الكامل .
- (٧) السرائر : كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٢٥ قال : ومن لم يتمكن من الكلام الى قوله : وقد روي انه ينبغي ان يأخذ المقنعة فيضعها على رأسه .
- (٨) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٤٠ س ١ قال : المشهور ان طلاق الأخرس إلى قوله : ذهب اليه الشيخ وابن الجنيد .

ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث ، صحت واحدة وبطل التفسير .

وقيل : يبطل الطلاق .

ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم .

(الركن الرابع) في الإشهاد ، ولا بد من شاهدين يسمعه ، ولا

واختاره المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) .

احتج الأولون : بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال : طلاق الأخرس ان

يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ، ثمَّ يعتزلها ^(٣) .

ومثلها رواية أبي بصير عنه عليه السلام ^(٤) .

وأجيب : بضعف السند ، وبالحمل على ما إذا علم بذلك إشارته .

احتج الآخرون برواية أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : سألت الرضا عليه السلام عن

الرجل يكون عنده المرأة ، فيصمت فلا يتكلم ، قال : أخرس؟ قلت : نعم ، قال : فيعلم

منه بغض لامراته وكراهته لها؟ قلت : نعم ، أيجوز ان يطلق عنه وليه؟ قال : لا ، ولكن

يكتب ويشهد على ذلك ، قلت : أصلحك الله : لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال :

بالذي يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها ، أو بغضه لها ^(٥) .

قال طاب ثراه : ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث ، صحت واحدة وبطل التفسير ،

(١) الشرائع : كتاب الطلاق في الصيغة ، قال : ويقع طلاق الأخرس بالإشارة الدالة ، وفي رواية يلقي عليها القناع .

(٢) المختلف : كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال : المشهور ان طلاق الأخرس بالإشارة المفيدة إلى قوله : لنا ما رواه احمد بن محمد آه .

(٣) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧٤ الحديث ١٦٨ .

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الأخرس ص ٣٠١ الحديث ٣ .

(٥) الوسائل : ج ١٥ ، الباب ١٩ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٩ الحديث ١٩ .

يشترط استدعاءهما إلى السماع ، ويعتبر فيهما العدالة ، وبعض الأصحاب يكتفي بالإسلام.
ولو طلق ولم يشهد ثمّ أشهد كان الأوّل لغوا ، ولا تقبل فيه شهادة النساء.

وقيل : يبطل الطلاق.

أقول : الأول اختيار الشيخ في النهاية ^(١) والقاضي ^(٢) وابن زهرة ^(٣) وابن إدريس ^(٤)
واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

والثاني اختيار المرتضى ^(٧) وابن حمزة ^(٨) والحسن ^(٩) وظاهر سلار ^(١٠).

(١) النهاية : باب أقسام الطلاق وشرائطه ، ص ٥١٢ س ٥ قال : فان طلقها أكثر من ذلك ثنتين أو ثلاثا ، لم يقع أكثر من واحدة.

(٢) المذهب : ج ٢ ، باب بيان ما يقع به الطلاق ، ص ٢٧٩ س ٥ قال : وإذا قال لها : أنت طالق اثنتين ، وقعت طلقة في الحال ، وما عدا ذلك لغو.

(٣) الغنية من جوامع الفقهية : في الطلاق واللعان ص ٦١٥ س ١ قال : ومن طلق ثلاثا بلفظ واحد كان مبتدعا في قوله ثلاثا ووقعت واحدة.

(٤) السرائر : كتاب الطلاق ، ص ٣٢٥ س ٢٩ قال : فان طلقها ثنتين أو ثلاثا الى قوله : لم يقع على الصحيح من المذهب إلا واحدة إلخ.

(٥) الشرائع : كتاب الطلاق ، في الصيغة قال : ولو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاث الى قوله : وقيل : يقع واحدة ويلقى التفسير وهو أشهر الروايتين.

(٦) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٦ س ١ قال : وابن زهرة وابن إدريس وافقا الشيخ في النهاية وهو المعتمد

(٧) الانتصار في الطلاق ص ١٣٦ قال : مسألة ، ومما انفردت به الإمامية القول : بان الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلخ.

(٨) الوسيلة : أحكام الطلاق ، ص ٣٢٢ س ٤ قال : وبدعة في القول الى قوله : وإيقاع الطلاق ثلاثا بلفظ واحد ولا يقع كلاهما.

(٩) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٥ س ٣٧ قال : وقال ابن عقيل : لو طلقها ثلاثا بلفظ واحد وهي طاهر لم يقع عليها شيء.

(١٠) المراسم كتاب الفراق ، ص ١٦١ طلاق السنة س ٧ قال : فما يرجع الى الزوج الى قوله : وان يتلفظ بالطلاق موحدا.

(النظر الثاني) في أقسامه ، وينقسم إلى بدعة وسنة.
فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج ، أو غيبته دون المدة المشترطة ،
وفي طهر قد قربها فيه ، وطلاق الثلاث المرسلة ، وكله لا يقع.

احتج الأولون : بوجود المقتضى ، وهو (أنت طالق) وانتفاء المانع ، إذ ليس إلّا
الضميمة ، وهي هنا مؤكدة لا منافية.
ولصحيحة جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الذي يطلق في
حال طهر في مجلس ثلاثاً؟ قال : هي واحدة^(١).
وصحيحة بكير بن أعين عن الباقر عليه السلام قال : ان طلقها للعدة أكثر من
واحدة ، فليس الفضل على الواحدة بطلاق^(٢).
احتج الآخرون بصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام : من طلق ثلاثاً في
مجلس فليس بشيء ، من خالف كتاب الله ردّ الى كتاب الله^(٣).
ولأنّ واحدة المفردة المقيدة بقيد الوحدة غير مرادة ، فلا يقع ، لاشتراط القصد في
الطلاق والثلاث غير واقعة إجماعاً.
أجاب العلامة بالقول بالموجب ، فان الثلاث لا يقع ، فكأنه ليس بشيء يوجب ما
قصده ، والفعل الاختيار الصادر عن الحيوان إذا لم يحصل غايته يسمى باطلاً ، فلا يكون
شيئاً^(٤).

قال طاب ثراه : وطلاق الثلاث المرسلة ، وكله لا يقع.

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٥ الحديث ١.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٦ الحديث ٥.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٧ الحديث ١٠.

(٤) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٨ قال : والجواب : انا نقول بموجب الخبر إلخ.

وطلاق السنة ثلاث : بائن ، ورجعي ، وللعدة.

فالبائن ما لا يصح معه الرجعة ، وهو طلاق اليائسة على الأظهر ، (١) ومن لم يدخل بها ، والصغيرة ، والمختلعة والمبارأة ما لم ترجعا في البذل ، والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان.

والرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع.
وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ، ثم يطلق.
فهذه تحرم في التاسعة تحريما مؤبدا.
وما عداها تحرم في كل ثلاثة حتى تنكح غيره.

أقول : مراده تعداد الطلاق البدعي ، وعدّ منه أصنافا ، كطلاق الحائض ، والثلاث المرسلة ، قال : (وكلّه لا يقع) لأنه غير مراد للشارع ، والأصل بقاء عصمة النكاح ، فيقف رفعها على موضع الاذن ، خلافا للعامة : فان عندهم أن طلاق الحائض بدعة ، لكنه يقع ^(١).

ويحتمل ان يعود الضمير في قوله : (وكله) إلى الثلاث المرسلة ، وقد تقدم ان الواقع منها واحدة على احد القولين ، ولا يقع شيء على القول الآخر ، ومختار المصنف الوقوع ، فقوله هنا (وكله) يحتمل ان يكون المراد الكل المجموعي ، أي الثلاث بتمامها لا يقع ، بل واحدة منها ، ويحتمل ان يكون رجوعا عن الأول ، وقد صرح به المصنف في الشرائع ، حيث قال : والكل باطل لا يقع معه طلاق ^(٢) فأتى الطلاق منكرا في سياق النفي وهو يفيد العموم على ما تقرر في موضعه.

قال طاب ثراه : فالبائن لا يصح معه الرجعة ، وهو طلاق اليائسة على الأظهر.

(١) فصل : فان طلق للبدعة وهو ان يطلقها حائضا ، أو في طهر أصابها فيه ، اثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم (المغني لابن قدامة) ج ٨ ص ٢٣٨ مسألة ٥٨١٦ .
(٢) تقدم آنفا.

أقول : اختلف في اليائسة والصغيرة هل عليهما عدة أم لا؟

الأول مذهب المرتضى ^(١) وابن زهرة ^(٢).

والثاني مذهب الشيخين ^(٣) ^(٤) والصدوقين ^(٥) ^(٦) والتقي ^(٧) والقاضي ^(٨) وابن حمزة ^(٩)

وابن إدريس ^(١٠) واختاره المصنف ^(١١) والعلامة ^(١٢).

(١) الانتصار ، في مسائل العدة ، ص ١٤٦ س ٤ قال : والذي أذهب إنا اليه : ان على الآئسة من الحيض والتي لم تبلغه ، العدة إلخ.

(٢) الغنية في الجوامع الفقهية ، ص ٥٥٤.

(٣) المقنعة : باب عدد النساء ، ص ٨٢ س ٢٢ قال : وان كانت قد استوفت خمسين سنة وارتفعت عنها الحيض وأيست منه لم يكن عليها عدة الى ان قال : وان صغرت عن ذلك لم يكن عليها عدة إلخ.

(٤) المبسوط : ج ٥ ، كتاب العدد ، ص ٢٣٩ س ٦ قال : الايسة من الحيض ومثلها لا تحيض لا عدة عليها مثل الصغيرة إلخ.

(٥) المختلف : الفصل السادس في العدد ص ٥٩ س ١٧ قال : لا عدة عليها (أي الصبية والايسة) وهو اختيار الشيخ علي بن بابويه.

(٦) المقنع باب الطلاق ص ١١٦ س ١ قال : واعلم الى ان قال : ان كان مثلها لا تحيض فلا عدة عليها.

(٧) الكافي : فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال : وقبل ان تبلغ تسع سنين إلى قوله : فلا عدة عليهما.

(٨) المهذب : ج ٢ باب طلاق المدخول بها ولم تبلغ الحيض ص ٢٨٤ س ١٥ قال : فاذا طلقها بانت منه إلخ.

(٩) الوسيلة : فصل في بيان العدة ص ٣٢٥ س ١٨ قال : والتي لم تبلغ الحيض ، والايسة لا عدة عليهما.

(١٠) السرائر : باب العدد ص ٣٣٩ س ١ قال : فقد اختلف أصحابنا في وجوب العدة عليهما الى قوله : والقول الآخر (أي عدم الوجوب) أكثر وأظهر.

(١١) لاحظ عبارة النافع.

(١٢) المختلف : ص ٥٩ الفصل السادس في العدد س ١٩ قال : والمعتمد الأول ، أي قول الشيخان.

وهنا مسائل خمسة.

(الاولى) لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة.

احتج السيد بقوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾^(١) وهذا صريح في الآيات من المحيض ، واللائي لم يبلغن عدتهن الأشهر على كل حال^(٢).

احتج الآخرون بوجوه.

(أ) ان المقتضى للاعتداد ، وهو استعلام فراغ الرحم من الحمل غالبا منتف هنا قطعاً ، فلا وجه لوجوب العدة روى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : التي لا تحبل مثلها ، لا عدة عليها^(٣) وهو إيماء إلى ما ذكرناه من العلة.

(ب) ان غير المدخول بها لا عدة عليها إجماعاً ، فكذا اليائسة والصغيرة ، إذا الدخول هنا لا اعتداد به.

(ج) موثقة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال : ثلاث يتزوّجن على كل حال : التي لم تحض ومثلها لا تحيض ، قال : قلت : وما حدها؟ قال : إذا أتى عليها أقل من تسع سنين ، والتي لم يدخل بها ، والتي يئسن من المحيض ومثلها لا تحيض ، قال : قلت : وما حدها؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة^(٤).

قال طاب ثراه : لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثالثة.

أقول : لم يختلف احد من أصحابنا في افتقارها بعد الثلاثة إلى المحلل ، سواء كانت الثلاث للعدة أو للسنة.

ولأنه منصوص القرآن^(٥) وفي الثالثة لا بد من استيفاء العدة بالنسبة إلى المحلل ،

(١) الطلاق : ٤ .

(٢) تقدم أنفاً .

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٩٦) ص ٣٣٨ الحديث ٣ .

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٩٦) ص ٣٣٧ الحديث ١ .

(٥) قال تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ سورة البقرة . ٢٣٠ .

ولو كان استيفائها كافيا في الحل في الأول وهادما للتحريم لجاز العقد للزوج مكان المحلل ، فيلزم عدم الافتقار الى المحلل ابدا ، وهو مخالف للكتاب العزيز ، وعليه طابقت الروايات ^(١) .

نعم ورد في شواذها : عن الحسن بن محبوب ، عن عبد الله بن بكير ، عن زرارة بن أعين قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الطلاق الذي يحبه الله هو الطلاق الذي يطلق الفقيه ، وهو العدل بين المرأة والرجل ان يطلقها في استقبال الطهر بشهادة الشاهدين ، واردة من القلب ، ثم يتركها حتى يمضي ثلاثة قروء ، فإذا رأت الدم في أول قطرة من الثالثة ، وهو آخر القروء ، لأن الأقراء هي الأطهار ، فقد بان من ، وهي أملك بنفسها ، فان شاءت تزوجه وحلت له بلا زوج ، فان فعل هذا بها مرة هدم ما قبله ، وحلت بلا زوج ، وان راجعها قبل ان تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات ، يراجعها ويطلقها لم تحل له إلا بزواج ^(٢) .

وعبد الله بن بكير فطحي كذاب.

وقال الشيخ : وسئل عن هذا؟ فقال : هذا مما رزقه الله من الرأي ، ولما رأى أصحابه لا يقولون به أسنده إلى زرارة نصرته لمذهبه الذي افترى به ، وانما هو عليه من الغلط في انحرافه عن اعتقاد الحق ، في اعتقاد مذهب الفطحية أعظم من الغلط في استناده فتيا يعتقد صحته لشبهة دخلت عليه الى بعض أصحاب الأئمة عليهم السلام ولم يعمل بها احد من الأصحاب ^(٣) .

قال طاب ثراه : يصح طلاق الحامل للسنّة كما تصح للعدة.

(١) لاحظ الوسائل : ج ١٥ ، الباب ٤ من أبواب أقسام الطلاق واحكامه ص ٣٥٧ .

(٢) التهذيب : ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ، ص ٣٥ الحديث ٢٦ .

(٣) قطعة من كلام الشيخ بعد نقل الرواية ، لاحظ ص ٣٥ و ٣٦ من ج ٨ من التهذيب .

أقول : هذه المسألة من مشكلات علم الفقه ، وقبل الخوض فيه يفتقر إلى توضيح (مقدمة).

وهي ان الطلاق ينقسم إلى قسمين :

سني وبدعي :

فالبدعي ما نهي عنه ، كطلاق الحائض ، والنفساء ، وفي طهر قريبا فيه . وعندنا لا يقع البدعي ، ويقع عند العامة موقعه وإن أثم .

والسني مقابله ، وهو ما اذن فيه وجاز فعله .

وينقسم إلى قسمين : طلاق عدة ، وطلاق سنة .

فطلاق العدة ان يطلقها على الشرائط ، ثم يراجعها في العدة ، ويواقعها فيها .

والسنة ان يتركها حتى تخرج من العدة ، ويراجعها بعقد ومهر جديد .

والسني الأول : يسمى طلاق السنة بالمعنى الأعم ، لعمومه ، فإنه يشمل البائن ،

والرجعي ، والعدي ، والسني ، والسني الثاني الذي قابل العدي في التقسيم الثاني يسمى طلاق السنة بالمعنى الأخص .

إذا تقرر هذا فنقول :

الحامل يجوز طلاقها للعدة إجماعا : بأن يطلقها على الشرائط ، ثم يراجعها قبل وضع

حملها ، ويطأ قبل الوضع فقد حصل الرجوع والوطي في العدة ، لا انها هنا زمان الحمل ، وهل يجوز ان يطلقها للسنة أم لا؟ فيه إشكال :

لأنه إن أريد بالسنة ، السنة بالمعنى الأعم ، فهو تكرار ، لان الطلاق الأول الذي

جاز إجماعا ، اعنى طلاق العدة سني بالمعنى الأعم ، لأنه أحد أقسامه ، والمقسم صادق على الاقسام .

وان أريد بالمعنى الأخص ، فهو لا يتحقق الا بعد خروج العدة ، وهو تحصل بوضع

الحمل ، وحينئذ يخرج عن كونها حاملا .

فهذا تقرير الإشكال ، وتقرير حله يتوقف على إيراد أقوال الفقهاء في هذه المسألة وهي أربعة.

(أ) قال الصدوق في الرسالة والمقنع ^(١) ^(٢) إذا راجع الحبلى قبل وضعها ، ثم أراد طلاقها ثانيا لم يكن له ذلك إلا بعد الوضع ، أو مضى ثلاثة أشهر ، ولم يفصلا العدي والسني.

(ب) قال أبو علي : إذا أراد طلاقها بعد الرجعة وكان قد وقع ، اشترط مضى شهر بعد الوقاع وكذا في الثالث ، ويحرم حتى المحلل ^(٣).

(ج) قال الشيخ في النهاية : إذا أراد الرجل ان يطلق امرأته وهي حبلى مستبين حملها ، فليطلقها أي وقت شاء ، فاذا طلقها واحدة كان أملك برجعته ما لم تضع ما في بطنها ، فاذا راجعها وأراد طلاقها للسنة ، لم يجوز له ذلك حتى تضع ما في بطنها ، وإذا أراد طلاقها للعدة ، واقعها ثم طلقها بعد المواقعة ^(٤).

وتبعه القاضي ^(٥) وابن حمزة ^(٦) فقد منع من طلاقها للسنة بالمعنى الأعم ،

(١) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٧ س ٢١ قال : وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته : فان راجعها يعني الحبلى إلخ.

(٢) المقنع ، باب الطلاق ص ١١٦ س ٨ قال : فان راجعها من قبل ان تضع ما في بطنها ، أو يمضي بها ثلاثة أشهر ، ثم أراد طلاقها إلخ.

(٣) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٧ س ٢٣ قال : وقال ابن الجنيد : والحبلى إذا طلقها زوجها وقع الطلاق وله ان يرتجعها آه.

(٤) النهاية : باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٦ س ٢٠ قال : وإذا أراد ان يطلق امرأته وهي حبلى مستبين حملها فيطلقها أي وقت شاء إلخ.

(٥) المهذب : ج ٢ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٨٥ س ١٢ قال : طلاق هذه المرأة إذا أراد زوجها إلخ.

(٦) الوسيلة ، فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٢ س ١٢ قال : والحامل إذا استبان حملها طلقها متى شاء إلخ.

وأجازه للعدة فكأنه يقول : لا يجوز طلاقها إلا نوعاً واحداً من أنواع الطلاق ، وهو العدي فقط.

(د) قال ابن إدريس : يجوز طلاقها للسنة ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) وفخر المحققين ^(٤) رضي الله عنهم.

احتج الصدوقان بصحيفة محمد بن إسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال : طلاق الحامل واحدة ، فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت عنه ^(٥).

وبصحيفة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : الحبل تطلق تطليقة واحدة ^(٦).
ورواية منصور الصيقل عنه عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى؟ قال : يطلقها ، قلت : فيراجعها؟ قال : نعم يراجعها ، قلت : فإنه بدا له بعد ما راجعها أن يطلقها؟ قال : لا حتى تضع ^(٧).

وأجاب الشيخ عن الأولين : بأن المراد بالوحدة ، الوحدة الصنفية ، أي لا يقع بها إلا صنف واحد من الطلاق ، وهو العدي ، لا صنفان أحدهما عدى والآخر

(١) السرائر ، كتاب الطلاق ، ص ٣٢٨ س ٥ قال : وإذا أراد أن يطلق امرأته وهي حبلى مستبين حملها فليطلقها أي وقت شاء إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٧ س ٣٨ قال : والتحقيق في هذا الباب أن نقول إلخ.

(٤) الإيضاح : ج ٣ ص ٣١٧ س ٧ قال : (د) قول والدي المصنف قدس الله سره : أنه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة إلى قوله : وهو الأقوى.

(٥) التهذيب : ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٣ وفيه (عن إسماعيل الجعفي) بحذف كلمة (محمد).

(٦) التهذيب : ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٢.

(٧) التهذيب : ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧١ الحديث ١٥٧.

سني^(١) ولهذا منع من طلاقها إلا بعد الواقعة ، ليكون للعدة .
 واحتج الشيخ على هذا التأويل برواية إسحاق بن عمار قال : قلت لأبي إبراهيم عليه
 السلام : الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ، ثم يطلقها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها الثالثة؟
 فقال : تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره^(٢) .
 فقد تضمنت هذه الرواية تعداد الطلاق صريحا ، فيكون معارضة للثالثة والأولتين
 أيضا .

وعن إسحاق بن عمار أيضا عنه عليه السلام قال : سألته عن الحبلى ، يطلق طلاق
 الذي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره؟ قال : نعم ، قلت : أأست قلت : إذا جامع لم
 يكن له ان يطلق؟ قال : الطلاق لا يكون الا على طهر ، قد بان وحمل قد بان وهذه قد
 بان حملها^(٣) .

احتج أبو علي برواية يزيد الكناسي قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن طلاق
 الحبلى؟ فقال : يطلقها واحدة للعدة بالشهود ، قلت : فله ان يراجعها؟ قال : نعم وهي
 امرأته قلت : فان راجعها ومسّها وأراد أن يطلقها تطليقة أخرى؟ قال : لا يطلقها حتى
 يمضى لها بعد ما مسّها شهرا ، قلت : فان طلقها ثانية واشهد ثم راجعها واشهد على
 رجعتها ومسّها ثم طلقها التطليقة الثالثة واشهد على طلاقها لكل عدة شهر ، فهل تبين كما
 تبين المطلقة على العدة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره؟ قال : نعم ، قلت : فما
 عدّها؟ قال : عدّها إن تضع ما في بطنها ، ثم قد حلت

(١) قال في الاستبصار ، ج ٣ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٩٩ ذيل حديث ٧ ما لفظه : قيل له :
 الوجه في هذا الخبر انه ليس له ان يطلقها أي طلاق ، وإذا لم يكن ذلك فيه ، حملناه على انه ليس له ان يطلقها
 إذا راجعها حتى تضع طلاق السنة ، فاما طلاق العدة فيجوز إذا وطئها .

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها ، ص ٢٩٩ الحديث ٨ .

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٩٩ الحديث ٨ .

.....

للأزواج^(١).

احتج ابن إدريس بعدم المانع ، وعموم الايات كقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾^(٢)
﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾^{(٣) (٤)}.

قال المصنف : الوجه الاعراض عن اخبار الاحاد ، والالتفات الى ما دل القرآن عليه
من جواز طلاقها مطلقا^(٥).

وقول المصنف في الشرائع : إذا طلق الحامل وراجعها جاز ان يطأها ويطلقها ثانية
للعدة إجماعا^(٦).

يريد بالإجماع هنا الحاصل بعد عصري الفقيهين وأبي علي ، لانقراض المخالف فيه^(٧).

قال العلامة في المختلف : والتحقيق في هذا الباب ان طلاق العدة والسنة واحدة ،
وانما يصير للسنة بترك الرجعة وترك الموافقة ، وللعدة بالرجعة في العدة والموافقة ، فإذا طلقها
لم يظهر أنه للسنة أو للعدة إلا بعد وضع الحمل ، لأنه إن راجع

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٣٠٠ الحديث ٩.

(٢) البقرة : ٢٣٠.

(٣) البقرة : ٢٢٩.

(٤) السرائر : كتاب الطلاق ، ص ٢٢٨ س ٩ قال : والأصل الصحة والمنع يحتاج إلى دليل مع قوله تعالى : إلخ.

(٥) الظاهر ان المراد بقوله (قال المصنف) هو نجم الدين بن سعيد ، لان هذا القول منه ، لاحظ الإيضاح ، ج
٣ س ٥.

(٦) الشرائع : كتاب الطلاق ، واما طلاق العدة ، قال : (الثانية) إذا طلق الحامل وراجعها جاز له ان يطأها
ويطلقها الى قوله : إجماعا.

(٧) الإيضاح : ج ٣ ، كتاب الفراق ، ص ٣١٨ س ١٢ قوله (إجماعا) المراد به إجماع أهل العصر الثالث ، أي
بعد عصري ابن بابويه وابن الجنيد ، لانقراض المخالف فيه إلخ.

قبله كان طلاق العدة ، وان تركها حتى تضع كان طلاق السنة ، فان قصد الشيخ ذلك فهو حق وتحمل الاخبار عليه ^(١).

وعجز هذا التحقيق يعطي كون النزاع لفظيا ، لان حاصله : ان طلاق السنة لا يتصور ، لان حقيقته تركها بعد الطلاق حتى تنقضي العدة ، وهي بوضع الحمل ، يخرج عن كونها حاملا ، ولم يقل أحد ببطلان الطلاق الذي لا يتعقبه رجعة إذ شرائط الطلاق تكون مقدمة عليه بوجوب تقدم الشرط على مشروطه.

وأورد عليه السيد عميد الدين عبد المطلب قدست نفسه ^(٢) ان قوله : (لا يعلم كونه للسنّة أو للعدة إلّا بعد الوضع) مستدرك ، لأنه يعلم كونه للعدة قبل الوضع ، بان يراجعها قبله ، ثم يواقعها ، ثم يطلقها ، ثم يجوز له ان يراجعها أيضا ويواقعها ثم فيطلقها الثالثة ، فيحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره ، ولا يتوقف العلم بذلك على الوضع ، ولو قال : (لا يعلم كونه للسنّة حتى تضع) ، كان حقا ، وذلك ليس مخصوصا بالحامل ، بل كل مطلقة رجعيا لا يعلم كون طلاقها للسنّة حتى تنقضي عدتها ، سواء كان بالوضع ، أو بالأقراء ، أو بالأشهر ، فإنه متى انقضت عدتها ولم يراجع ، علم انه للسنّة ، وقبل ذلك لا يعلم ، هذا آخر كلامه في شرحه ^(٣).

وأجاب عنه ولده فخر المحققين بان قوله : (إذا طلقها لم يظهر) أي بالطلاق لأيهما

(١) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٣٧ س ٣٨ قال : والتحقيق في هذا الباب ان نقول : إلخ.

(٢) قال في الذريعة : ج ١٤ ص ٢١ تحت رقم ١٥٦٧ في عنوان شرح القواعد : ما لفظه : السيد عميد الدين عبد المطلب مجد الدين ، ابي الفوارس محمد بن علي الأعرجي ابن أخت العلامة الحلبي ، ولد سنة ٦٨١ وتوفي سنة ٧٥٤ ذكره سيدنا الصدر في التكملة ، وحكى في رياض العلماء عن نظام الأقوال بعنوان الحاشية أيضا ، وعند عدّه لشروح القواعد ذكر أولا شرح العميدي مصرحا بأنه ألفه بعد وفاة خاله العلامة.

(٣) مخطوط ولم نظفر عليه.

هو ، وإنما يظهر بأحد الأمرين اما بالرجوع قبله والمواقعة ، وهو علامة العدي ، أو بالوضع قبل الرجوع ، وهو علامة السني ، هذا مراده ولم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع^(١).

ثم قال فخر المحققين : وأقول على قول الشيخ : يلزم أحد أمور ثلاثة.
اما ان يجعل حصول وصف السني والعدي بالنية ، أو الرجعة سببا للصحة أو كاشفة ، لأن الطلاق حال وقوعه قدر مشترك بين صنفيه ، اعني العدي والسني بالمعنى الأخص ، فالمميز له بحصول احد الوصفين ، أما النية ، أو الرجعة والمواقعة في العدة ، أو هي كاشفة ، ودليل الحصر الإجماع على انتفاء غيرها. أما النية فلم يقل به أحد ، وأما كون الرجعة سببا للصحة ، فلاستلزامه الدور ، لأن صحة الرجعة مشروطة بصحة الطلاق ، فلو كان الرجعة سببا في صحة الطلاق لزم الدور ، فبقي أن يكون الرجعة والمواقعة في العدة كاشفة ، فإن حصلنا علمنا أنه للعدة ، وإن لم يحصلنا حتى خرجت العدة بوضع الحمل علمنا أنه للسنة^(٢).

وأقول : إن الذي ينبغي تحصيله في هذا المقام أن نقول :
موضوع المسألة : أن الحامل يجوز أن تطلق واحدة إجماعا.
وهل الواحدة نوعية ، أو شخصية؟ الصدوقان على الثاني^(٣) ، والشيخ على الأول^(٤) ، فيجوز عنده تعددها إذا كانت من صنف واحد من أصناف الطلاق ، وهو العدي ، فيمنع من طلاقها ثانيا حتى يواقعها ، ولو لم يواقعها منع من طلاقها ، فالوقاع شرط في الطلاق الثاني للحامل ، فيزيد على شروطها ذلك ، ويكون معنى

(١) الإيضاح : كتاب الفراق ، ج ٣ ص ٣١٨ س ٧ قال : (فاذا طلقها لم يظهر ، أي بالطلاق انه لأيهما هو ، الى قوله : هذا مراده ، ولم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع كما قد يقع في أوهم بعض العوام.

(٢) الإيضاح : ج ٣ ، كتاب الفراق ، ص ٣١٨ س ١٤ قال : وأقول على قول الشيخ إلخ.

(٣) تقدم نقل قولهما.

(٣) تقدم نقل قولهما.

(الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة على الأشبه.

(الثالثة) يصح ان يطلق ثانية في الطهر الذي طلق فيه وراجع فيه ، ولم يطأ ، لكن لا يقع للعدة.

(الرابعة) لو طلق غائبا ثم حضر ودخل بها ، ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ، ولا بينته ، ولو أولدها لحق به.

(الخامسة) إذا طلق الغائب وأراد العقد على أختها ، أو على خامسة ، تربص تسعة أشهر احتياطاً.

(النظر الثالث) في اللواحق وفيه مقاصد.

قول الشيخ : (فإذا راجعها وأراد طلاقها للسنة لم يجز له ذلك) السنة بالمعنى الأعم ، وقوله (حتى تضع) أي لا يجوز إيقاع طلاق آخر عليها على غير الوجه المذكور ، وهو الذي يتقدمه الوقاع ، بل يستمر معها حتى تضع.

وابن إدريس ومن تبعه على جواز طلاقها مطلقاً^(١) ، أي وان لم يتقدمه وطى ، فيكون للسنة بالمعنى الأعم.

ويجاب عن الاشكال^(٢) قوله : (طلاق العدة سني بالمعنى الأعم لأنه أحد أقسامه).

قلنا : مسلم ، لكن لما اختص الجواز بقسم واحد من اقسامه ، صار كالقسيم لباقي الاقسام ، فقولهم : (يجوز طلاق الحامل للعدة) وهو داخل في السني العام لكن بقيد الرجوع والوطي في العدة ، ومع عدم الوطي يكون سنياً عاماً شاملاً لذلك وللسني الخاص ، فاعلم ذلك.

(١) تقدم نقل قوله ودليله.

(٢) أي الإشكال الذي طرحه في صدر المبحث.

(الأول) يكره طلاق المريض ، ويقع لو طلق ، ويرث زوجته في العدة الرجعية ، وترثه هي ، ولو كان الطلاق بائنا ، إلى سنة ، ما لم تتزوج ، أو يرى من مرضه ذلك.
(الثاني) في المحلل.

ويعتبر فيه البلوغ والوطي في القبل بالعقد الصحيح الدائم.
وهل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان ، أشهرهما : انه يهدم.

قال طاب ثراه : وهل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان ، أشهرهما : انه يهدم.
أقول : إذا رجع المطلق عاد إليه النكاح بما بقي من الطلقات. وكذا ان بانث منه بطلقة أو طلقتين وارتجعا بعقد مستأنف قبل تزويجها بغيره ، أو بعده قبل إصابة الثاني.
أما لو كان بعد إصابته على الشرائط المحللة لو وقعت بعد ثلاث ، فهل يهدم هذا المحلل الطلاق السابق ، وتبقى مع زوجها على ثلاث مستأنفات؟ أو لا يهدم بعد الطلقة السابقة على النكاح الثاني من الثلاث وتبقى معه بعد تزويجها على طلقتين ، ولو كان السابق على نكاح الثاني طلقتين بقيت معه على طلقة؟
فيه روايتان.

أحدهما الهدم ، وهي رواية رفاعه بن موسى النحاس ، قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل طلق امرأته تطليقة واحدة ، فتبين منه ، ثم يتزوجها آخر ، فيطلقها على السنة ، فتبين منه ، ثم يتزوجها الأول ، على كم هي عنده؟ قال : على غير شيء ، ثم قال : يا رفاعه كيف إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانيا استقبل الطلاق ، فإذا طلقها واحدة كانت على الشنتين^(١).

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٦٤) باب ان من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة ، لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ص ٢٧٢ الحديث ٩.

ويؤيدها رواية عبد الله بن عقيل بن أبي طالب : ان عمر قضى على انها تبقى على ما بقي من الطلاق ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : سبحان الله أيهدم ثلاثا ، ولا يهدم واحدة^(١).

وبعضدها الشهرة بين الأصحاب ، فأفتى بمضمونها الشيخ في كتبه الثلاثة في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) والخلاف^(٤) والقاضي^(٥) وابن حمزة^(٦) وابن إدريس^(٧) واختاره المصنف^(٨) والعلامة^(٩) والآخرون عدم الهدم.

وهي صحيحة الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة ، ثم تركها حتى قضت عدتها ، فتزوجت زوجا غيره ، ثم مات الرجل ،

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأته ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ص ٢٧٥ الحديث ٢٣.

(٢) النهاية : باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٣ س ١٦ قال : فان تزوجت فيما بين التطليقة الاولى الى قوله : هدم ما تقدم من الطلاق.

(٣) المبسوط : ج ٥ فصل فيما يهدم الزوج من الطلاق ، ص ٨١ س ١٩ قال : وان وطئها الثاني ثم طلقها الى قوله : فإنها تعود عندنا كما كانت أولا.

(٤) كتاب الخلاف ، كتاب الطلاق ، مسألة ٥٩ قال : الظاهر من روايات أصحابنا والأكثرين : ان الزوج الثاني إذا دخل بها يهدم ما دون الثلاث إلخ.

(٥) المهذب : ج ٢ باب صفة طلاق السنة ، ص ٢٨٢ س ٣ قال : فان تزوجت بين الطلقة الاولى والثانية إلى قوله : هدم هذا التزويج ما تقدم من الطلاق.

(٦) الوسيلة : فصل في بيان أقسام الطلاق ، ص ٣٢١ س ١٥ قال : فان تزوجها بعد الواحدة أو الاثنتين رجل بالغ الى قوله : هدم ما تقدم من الطلاق.

(٧) السرائر : كتاب الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال : وكذا ان تزوجت فيما بين الاولى والثانية إلى قوله : هدم ذلك ما تقدم من الطلاق.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) المختلف : كتاب الطلاق ص ٣٩ س ٣٩ قال بعد نقل الأقوال : فالأقوى ما اختاره الشيخ.

ولو ادعت انها تزوجت ودخل ، وطلقها ، فالمروي القبول إذا كانت ثقة.
(المقصد الثالث) في الرجعة.

تصح نطقا ، كقوله : راجعت ، وفعلا ، كالوطء والقبلة واللمس بالشهوة ، ولو أنكر الطلاق كان رجعة ولا يجب في الرجعة الإشهاد ، بل يستحب.

أو طلقها فراجعها زوجها الأول ، فقال : هي عنده على تطليقتين باقيتين^(١).

ونقل ابن إدريس عن بعض أصحابنا : العمل بها^(٢).

وحمل الشيخ هذه الرواية وما في معناها على احد أمور ثلاثة.

اما ان يكون الزوج الثاني صغيرا.

أو لم يدخل بها.

أو يكون متعة^(٣).

قال طاب ثراه : ولو ادعت انها تزوجت ودخل وطلق ، فالمروي القبول إذا كانت

ثقة.

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الحسين بن سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام في

رجل طلق امرأته ثلاثا فباننت منه ، وأراد مراجعتها ، قال : اني أريد أراجعك

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ص ٢٧٣ الحديث ١٠.

(٢) السرائر : كتاب الطلاق ، ص ٣٢٣ س ١٠ قال : في بعضها لا يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث إلخ.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ص ٢٧٣ قال بعد نقل حديث ١٤ : فالوجه في هذه الروايات أحد شيئين إلخ.

ورجعة الأخرس بالإشارة ، وفي رواية بأخذ القناع.
ولو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن ، قبل.

فتزوجي زوجا غيري ، قالت : قد تزوجت وحللت لك نفسي ، فيصدقها ويراجعها ، كيف يصنع؟ قال : إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها ^(١).

قال طاب ثراه : رجعة الأخرس بالإشارة ، وفي رواية بأخذ القناع.

أقول : الأول هو المشهور ، وهو مختار الشيخ ^(٢) والقاضي ^(٣) وأبي علي ^(٤) وابن إدريس ^(٥) والمصنف ^(٦) والعلامة ^(٧).

وأخذ القناع مذهب الصدوقين ^(٨) ^(٩) وابن حمزة ^(١٠).

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٦٤) باب ان من طلق امرأة ثلاث تطليقات لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، ص ٢٧٥ الحديث ٢٢.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الأخرس الحديث ١ ثم قال بعد نقل الحديثين الذين فيهما أخذ المقنعة ووضعها على رأسها ما لفظه : فلا ينافي هذين الخبرين الخبر الأول إلخ.

(٣) المختلف كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال : مسألة المشهور أن طلاق الأخرس بالإشارة الى ان قال : ذهب اليه الشيخ وابن الجنيد وتبعهما ابن البراج.

(٤) المختلف كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال : مسألة المشهور أن طلاق الأخرس بالإشارة الى ان قال : ذهب اليه الشيخ وابن الجنيد وتبعهما ابن البراج.

(٥) السرائر : كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٢٥ قال : ومن لم يتمكن من الكلام مثل أن يكون أخرس إلى قوله : فإذا أراد منه مراجعتها أخذ القناع من رأسها وهذه الرواية يمكن حملها على من لم يكن له كتابة مفهومة إلخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد : كتاب الفراق ، ص ٦٦ الفصل الثاني في الرجعة ، س ٤ قال : والأخرس بالإشارة الدالة عليها ، وقيل : بأخذ القناع إلخ.

(٨) المقنع ، باب الطلاق ص ١١٩ س ١٥ قال : والأخرس إلى قوله : فإذا أراد أن يراجعها رفع القناع عنها إلخ.

(٩) المختلف : كتاب الطلاق ص ٤٠ س ٢ قال : وقال الصدوق في المقنع وأبوه في رسالته الى قوله : فإذا أراد مراجعتها رفع القناع عنها.

(١٠) الوسيلة : في بيان أحكام الرجعة ص ٣٣٠ س ١٣ قال : ويزداد للأخرس واحد وهو كشف

(المقصد الرابع) في العدد ، والنظر في فصول.

واما الرواية بأخذ القناع تنصيا في الرجعة ، فلم نقف عليها ، بل في الطلاق.
وهي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : طلاق الأخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ^(١).

مقدمة

العدّة مدّة مقررة بأصل الشرع بالأشهر أو الأقراء ، أو بهما ، أو الحمل.
يوجبها رفع النكاح الثابت بالعقد بالموت مطلقا ، وبعد الدخول بغيره ، أو وطى غير محرم لأجنبية.

وهي على ثلاثة أضرب.
تعبد محض ، كعدة الوفاة مع عدم الدخول.
واستبراء محض كعدة الحامل.
وبعدّة واستبراء بالشهور والأقراء.
وأیضا : العدّة قد يكون بالأقراء كمستقيمة الحيض ، وقد يكون بالشهور كالمستزابة ، وقد يترکب منهما كما لو بانت بعد حيضة فإنها يكملها بشهرين ، ولو كان بعد حيضين أكملت بشهر.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب : فلذوات الأقراء ، قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ ^(٢) ولذوات الشهور ﴿وَاللّٰتِي يَخْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللّٰتِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ ^(٣) وللحوامل

المقنعة عن رأسها.

(١) الكافي : ج ٦ باب طلاق الأخرس ص ١٢٨ الحديث ٣.

(٢) البقرة : ٢٢٨.

(٣) الطلاق : ٤.

﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١) وللأرامل ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ
أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢).

واما السنة فكثيرة متواترة^(٣).

واما الإجماع : فمن سائر المسلمين لا يختلفون في وجوب الاعتداد على الزوجات بعد
مفارقة الأزواج ومن طريق النظر : انما حرم السفاح حذرا من اختلاط الأنساب ، ومع مفارقة
الأول بعد وطئه لو جاز الوطي لامتزج الماءان ، وقال عليه السلام : ماءان في رحم واحد^(٤).

ويلزم اختلاط النسب المحذور في كل شريعة ، فلا بد من ضبط قدر يعلم به فراغ
الرحم من الأول ليأمن الثاني على نسبه من التدنيس بالغير .
وقد كان يكفي الحيضة الواحدة كما جعله الشرع دلالة على فراغ رحم الجارية في
الاستبراء ، فجعله ثلاثة قروء إعظاما للعقد وتفخيما لأمر الحرائر ، واحتياطا في المبالغة على
حفظ الأنساب ، وإمهالا في التروّي لاختيار الزوجين الرجوع إلى التئام الحال ، وحفظا
للعيال ، وصونا لعصمة الفرج وستر الحال والفرش أن يكثر التطلع عليه قال الله تعالى
﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^(٥). ومع عدم الوطي لا عدة ، لأمن
الاختلاط المذكور ، ولا عيال يخشى ضيعتهم ، ولا فراش انكشف عليه بحافظ على ستره .
وأوجبها في الوفاة تفجعا على الميت ، لتعظيم أمره ، ولئلا ينسى ذكره ، ويبعث الفكر على
النظر في أمر الآخرة والترهيد في الدنيا ، ولهذا

(١) الطلاق : ٤ .

(٢) البقرة : ٢٣٤ .

(٣) لاحظ الوسائل ج ١٥ ، الباب ٢ و ٤ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه .

(٤) عوالي اللثالي : ج ٣ ص ٣٨٤ الحديث ٤٩ .

(٥) البقرة : ٢٢٨ .

(الأول) لا عدة على من لم يدخل بها عدا المتوفى عنها زوجها. ونعني بالدخول :
الوطء قبلاً أو دبراً ولا تجب بالخلوة.

(الثاني) في المستقيمة الحيض ، وهي تعد بثلاثة أطهار على الأشهر (١) ، إذا كانت حرة ، وإن كانت تحت عبد. وتحسب بالطهر الذي طلقها فيه ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ، وتبين برؤية الدم الثالث. وأقل ما تقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان ، وليست الأخيرة من العدة ، بل دلالة الخروج.

وجب الحداد المشتمل على ترك الزينة ولبس شعار الحزن ليعظم أمر الموت ولا يستهان به ، واستحباب إقامة المأتم وإظهار الحزن والتعزية ثلاثة أيام ، من هذا القبيل. وأما عدة الحامل : فإن الوجه فيه ، وإن أمن الاختلاط في حقيقة النسب ، لا يؤمن فيه الاختلاط بالعضية ، لما روى في الاخبار انه يتغذى بنطفته ^(١) وقد تقدم من ذلك جملة مقنعة في باب بيع الحيوان ، مع ما فيه من التروّي لالتئام الحال وعود الزوجين إلى النكاح في زمان العدة.

قال طاب ثراه : وهي تعد بثلاثة أطهار على الأشهر.

أقول : اختلف أهل اللغة في لفظ (القرء) هل هو موضوع للطهر حقيقة ، ويستعمل في الحيض ، أو بالعكس؟ أو هو مشترك بينهما بالاشتراك اللفظي كلفظ العين ، أو انه اسم للانتقال من معتاد إلى معتاد ، فيتناول الانتقال من الحيض على الطهر وبالعكس ، وقد ذهب إلى هذه التفاسير الأربعة قوم منهم ^(٢).

وأما الفقهاء فعلى قولين بعد اتفاقهم على انقضاء العدة بالأقراء لقوله تعالى

(١) لاحظ الوسائل : ج ١٤ ، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ص ٥٠٧ الحديث ١ وفيه (فإنه غذاه بنطفته) وفي حديث ٣ (لأن نطفتك غدت سمعه وبصره ولحمه ودمه) الى غير ذلك في الروايات.

(٢) لاحظ مجمع البحرين ، والنهاية لابن الأثير ولسان العرب لغة (قرأ).

﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾.

فبعضهم ذهب إلى أنه الحيض دون الطهر^(١) ، وهو اختيار جماعة من الصحابة والتابعين ، والفقهاء المتأخرين.

وبعضهم ذهب إلى أنه الطهر واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣). واحتج الأولون بوجوه.

(أ) قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٤) وهو عام ، ولو جعلناه الطهر ، لكان إذا طلقت بعد ساعة أقيمت مقام قرء كاملا ، فلا يكون عدتها ثلاثة أقراء ، ويلزم التخصيص أو النسخ ، لأن الآية يقتضي ثلاثة قرء ، وهنا لم يتم.

(ب) قوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾^(٥) فنقلها مما يثبت منه إلى بدله ، والبدل غير المبدل ، فلما كان هو اليأس من الحيض والخلو منه دلّ على أنه هو القرء ، لأن الانتقال هو الحيض.

(ج) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لفاطمة بنت أبي حبيش : اقعدي عن الصلاة أيام أقراءك^(٦) والمراد الحيض.

(١) المغني لابن قدامة : ج ٩ ص ٨٣ س ٨ قال : واختلف أهل العلم ، إلى قوله : فروى أنها الحيض. روى ذلك عن عمرو علي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي إلى قوله : والرواية الثانية عن أحمد أن القرء الأطهار ، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار إلخ.

(٢) الشرائع كتاب الطلاق ، الفصل الثاني في ذات الأقراء قال : وهذه تعد بثلاثة أقراء ، وهي الأطهار.

(٣) القواعد : كتاب الفراق ، ص ٦٨ قال : الأول في ذات الأقراء إلى قوله : وهي الأطهار في الطلاق.

(٤) البقرة : ٢٢٨.

(٥) الطلاق : ٤.

(٦) سنن البيهقي : ج ٧ ص ٤١٦ باب من قال : الأقراء الحيض.

(د) رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عدة التي تحيض وتستقيم حيضها ثلاثة أقراء ، وهي ثلاث حيض ^(١).

احتج الآخرون بوجوه.

(أ) قوله تعالى ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ فاثبت التاء في العدد ، وهو دلالة التذكير ، والحيض مؤنث ، فيكون المراد الطهر.

(ب) قوله تعالى ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ ^(٢) أي في وقت عدتهن ، كقوله تعالى ﴿وَنَضْعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾ ^(٣) أي في يوم القيامة ، والطلاق في الحيض ليس بمأمور به لتحريمه إجماعاً.

(ج) قوله تعالى ﴿لِعَدَّتِهِنَّ﴾ يقتضي اتصال العدة بالطلاق ، لأن دخول اللام على الشرط يقتضي اتصاله بالمشروط كقول القائل : أطعم زيدا ليشبع.

(د) رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : الأقراء هي الأطهار ^(٤). وأجابوا عن حجة الأولين.

بأن القرء طهر ينتهي بالحيض ، فما ذكره قرء تام لا بعضه.

وعن الثاني : أن القرء بمعنى الطهر مقدر بالحيض أيضاً ، لأنه ليس عبارة عن النقاء مطلقاً ، بل هو نقاء ينتهي إلى الحيض ، فنقلها من طهر مقدر بالحيض إلى طهر مقدر بالشهور.

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٨٩) باب ان المرأة تبين إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة ص ٣٣٠ الحديث ٩.

(٢) سورة الطلاق . ١ .

(٣) سورة الأنبياء . ٤٧ .

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٨٩) باب ان المرأة تبين إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة ، ص ٣٣٠ الحديث ١٣ .

(الثالث) المسترابة ، وهي التي لا تحيض وفي سنّها من تحيض ، وعدّها ثلاثة أشهر .
وهذه تراعى الشهور والحيض وتعتدّ بأسبقهما . أما لو رأت في الثالث حيضة وتأخرت الثانية
أو الثالثة ، صبرت تسعة أشهر ، لاحتمال الحمل ثمّ أعتدت بثلاثة أشهر .
وفي رواية عمار : تصبر سنة ثمّ تعتد بثلاثة أشهر .

وعن الثالث في قوله : دعي الصلاة في أيام أقرائك ، قال بعض الرواة : أنه زيادة في
الخير ^(١) .

وأيضاً : لا نمنع كون القرء مقولاً على الحيض بالاشتراك ، وبصرف إليه مع القرينة ،
وهي ثابتة ، ونحن نبحت عن القرء في العدة ، وما ذكرناه من الأدلة كالقرائن الصارفة له عن
إرادة الحيض .

إذا عرفت هذا : فأقلّ زمان تنقضي به عدتها على المختار ستة وعشرون يوماً
ولحظتان ، والأخيرة ليست من العدة ، بل هي دلالة على الخروج عند المصنف ^(٢) وعند
الشيخ أنّها من العدة ، لأن الحكم بانقضاء العدة موقوف على تحققها ^(٣) ، وعلى المذهب
الأول : تسعة وعشرون يوماً ولحظتان . والكلام في اللحظة الأخيرة من الطهر الرابع هنا
كالكلام في اللحظة الأخيرة من الحيضة الثالثة ثمة .

قال طاب ثراه : وفي رواية عمار : تصبر سنة ثمّ تعتد بثلاثة أشهر .
أقول : البحث هنا يتوقف على تمهيد مقدمتين .

(١) سنن البيهقي : ج ٧ باب من قال : الأقرء الحيض ص ٤١٦ س ٦ من الهامش ، قال قال البيهقي : إلى
قوله : والأحاديث الصحيحة متفقة على العبارة بأيام الحيض دون الأقرء .

(٢) لاحظ عبارة النافع .

(٣) كتاب الخلاف ، كتاب العدة ، مسألة ٤ قال : دليلنا ، الى قوله : ثمّ رأت الدم لحظة فقد مضى لها ثلاثة
أقرء .

(أ) المرأة التي لا تحيض ومثلها تحيض تعتد بثلاثة أشهر إجماعاً ، لقوله تعالى :
﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾
^(١) قوله **﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾** عطف على قوله **﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ﴾** ، فيكون المراد : فعدتن ثلاثة أشهر ، وهو حجة المرتضى في وجوب عدة اليأس ^(٢).

(ب) الأصل في عدة الحامل الأقراء ، أخذاً من قوله تعالى **﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾** وعلى الأشهر عند فقدها قال **﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ﴾**.

إذا تقرر هذا ، فاعلم : أنَّ هذه تراعى الشهور والحيض ، لأن الآية يثبت حالها في الحالتين وجعلت لها في كل حالة واحداً من الحكمين ، فأيهما سبقت خرجت به.
 وقد نص على هذا التقرير رواية زرارة (الحسنة) عن الباقر عليه السلام قال : أمر أن أيهما سبق بانت المطلقة المسترابة تستريب الحيض ، إن مرت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت به ، وإن مرت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض ^(٣).
 بقي هنا شيء : وهو أنها إذا ابتدأت العدة بالأشهر فرأت الدم في آخر الثالث بطلت العدة بالأشهر ، لفقد شرطها ، وتعتد بالماضي قرء واحداً ، لأن القرء طهر ، نهايته الحيض ، ولا تتركب العدة هنا من الأشهر والأقراء ، لأن التركيب إنما يكون إذا طرأت الأشهر على الأقراء وكانت الأقراء هي السابقة ، لتحقيق البأس منها ، والحال هنا على العكس.

(١) سورة الطلاق . ٤ .

(٢) الانتصار : مسائل العدة ص ١٤٦ س ٤ قال : والذي أذهب إنا إليه : أن على الأيسة من الحيض والتي لم تبلغه ، العدة ، إلى قوله : والذي يدل على صحة هذا المذهب قوله تعالى : **﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ﴾** الآية) وهذا نص صريح إلخ.

(٣) الكافي : ج ٦ باب عدة المسترابة ص ٩٨ الحديث ١ .

والأصل أنّ الواجب الواحد لا يؤدي ببعض الأصل وبعض البدل الاضطراري المشروط بتعدّد الأصل ، إلّا بنص شرعي ، وهو موجود في حالة سبق الأقراء والانتقال إلى اليأس ، وليس موجودا في صورة العكس.

ويتضرع على هذا لو تأخرت الحيضة الثانية ، أو الثالثة ، وهو موضوع البحث في هذه المسألة ، ومحل الإشكال ، وفيه ثلاثة أقوال :

(أ) أنّها تصبر مدة يعلم براءة رحمها من الحمل ، وهو تسعة أشهر من حين الطلاق ، لأنه أقصى مدة الحمل ، فإن ظهر منها حمل أعتدت بوضعه ، وإن لم يظهر علم براءة الرحم وأعتدت بعدها بثلاثة أشهر ، وكانت بمنزلة الثلاثة الأقراء في المستقيمة ، ولم يحسب ما مضى من العدة ، لأن التربص السابق لم يكن عدة ، وإنما اعتبر ليعلم أنّها ليست من ذوات الأقراء ، فإذا علمت أعتدت بعدة المسترابة.

ونبه عليه قوله **﴿إِنْ ارْتَبْتُمْ﴾** وهو قول ابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) وبه قال الشيخ إن كان المحتبس الدم الثاني ^(٤).

(ب) قال بعض الأصحاب : أنّها تصبر سنة بناء على أن أقصى مدة الحمل سنة ، فإن ظهر في أثناءها حمل أعتدت بوضعه ، وإلا أعتدت بعدها بثلاثة أشهر.

وهو مضمون رواية عمّار الساباطي قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل

(١) السرائر : كتاب الطلاق ، باب العدد ص ٣٤٠ س ٣٤ قال : والذي يقوى في نفسي أنّها إذا احتبس الدم الثالث إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد : كتاب الفراق ، الفصل الثاني ، ص ٦٩ س ٨ قال : أما لو رأت الدم في الثالث وتأخرت الحيضة الثانية أو الثالثة صبرت إلخ.

(٤) النهاية : باب العدد وأحكامها ص ٥٣٣ س ١ قال : فإن تأخرت عنها الحيضة الثانية فلتصبر من يوم طلقها إلى تمام التسعة أشهر إلخ.

عنده امرأة شابة ، وهي تحيض في كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة ، كيف يطلقها زوجها؟ فقال : أمرها شديد : تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، متى حاضت فاذا حاضت ثلاثا فقد انقضت عدتها ، قيل له : فان مضت سنة ولم تحيض فيها ثلاث حيض؟ قال : إذا مضت سنة ولم تحض ثلاث حيض يتربص بها بعد السنة ثلاثة أشهر ، ثم انقضت عدتها ، قيل : فان ماتت أو مات زوجها؟ قال : فأيهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهرا^(١).

وهو قول الشيخ في النهاية ان كان المحتبس هو الدم الثالث^(٢) وتبعه القاضي^(٣) وابن حمزة^(٤).

(ج) ان كان انقطاع الدم لعارض كالمرض والرضاع ، أعتدت بالأقراء وان طالت مدتها ، وان لم يكن لعارض ، فان مرت بها ثلاثة أشهر بيض ، فقد قضت عدتها ، فإن رأت فيها قبل ذلك دما ، فان ارتفع حيضها بالكلية كان بلغت اليأس وكان ذلك بعد حيضة أضافت إليها شهرين ، وان لم يرتفع بل كان لعذر صبرت تمام تسعة أشهر ثم أعتدت بثلاثة أشهر ان كان المحتبس الدم الثاني ، وان كان

(١) الكافي : ج ٦ ، باب في التي تحيض في كل شهرين وثلاثة ، ص ٩٨ الحديث ١.

(٢) النهاية : باب العدد وأحكامها ، ص ٥٣٣ س ٣ قال : وان رأت الدم الى قوله : واحتبس عليها الدم الثالث إلخ.

(٣) المهذب : ج ٢ ، باب العدد والاستبراء ، ص ٣٢٠ س ١٠ قال وإذا كانت المرأة ممن تحيض وتطهر وتعتد بالأقراء وانقطع عنها الدم إلى قوله : فان ارتفع الدم الثالث لعذر صبرت تمام السنة ، ثم أعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك.

(٤) الوسيلة ، فصل في بيان العدة وأحكامها ص ٣٢٦ س ٤ قال : والمستزابة عدتها أربعة أنواع إلى قوله : ورابعها سنة إلخ.

ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر.

الثالث صبرت تمام السنة ثم أعتدت بعدها بثلاثة أشهر ، وهو قول القاضي ^(١).

قال طاب ثراه : ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر.

أقول : هذا هو مذهب الشيخين ^(٢) ^(٣) وتلميذه ^(٤) وابن حمزة ^(٥) والتقي ^(٦) وابن إدريس ^(٧) وذهب السيد الى وجوب العدة عليها بثلاثة أشهر ^(٨) واختاره ابن زهرة ^(٩).

احتج الأولون بأن المقتضي للاعتداد زال ، فيزول العدة ، لأن العدة إنما شرعت لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالبا ، وهذه الحكمة منتفية هنا قطعا ، فلا وجه لوجوب العدة.

(١) تقدم آنفا.

(٢) المقنعة : ص ٨٢ باب عدد النساء س ٢٢ قال : وان كانت قد استوت خمسين سنة الى قوله : لم يكن عليها عدة ، ثم قال بعد أسطر : ومن طلق صبيا الى قوله : لم يكن عليها عدة.

(٣) الخلاف : كتاب العدة ، مسألة ١ قال : الأظهر من روايات أصحابنا ان التي لم تحض ومثلها لا تحيض والايسة ، لا عدة عليهما.

(٤) المراسم ، ذكر ما يلزم المرأة ، ص ١٦٦ س ١ قال : فمن لا تحب عليها عدة : من لم تبلغ الحيض الى قوله واليائسة من الحيض.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان العدة وأحكامها ، ص ٣٢٥ س ١٨ قال : والتي لم تبلغ الحيض ولا مثلها والايسة من الحيض لا عدة عليهما.

(٦) الكافي : فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال : فاما الطلاق الى قوله : وقبل ان تبلغ تسع سنين ، أو بعد ما يئست فلا عدة عليهما.

(٧) السرائر : باب العدة ص ٣٣٨ س آخر قال : وان كانت لا تحيض لصغر ، أو لكبر بلغ خمسين سنة ، الى ان قال بعد نقل قول السيد : والقول الآخر (أي عدم العدة) أكثر وأظهر بين أصحابنا وعليه يعمل العامل منهم وبه يفتي المفتي إلخ.

(٨) تقدم نقل قول السيد واحتجاه بالاية عن الانتصار في مسائل العدة.

(٩) الغنية : فصل في العدة ، ص ٦١٦ في الهامش قال : وان كانت لا يحض لصغر أو كبر وليس في سننها من تحيض ، فقد اختلف أصحابنا إلخ.

ولأن غير المدخول بها لا عدة عليها إجماعاً ، فكذا الايسة والصغيرة ، إذ الدخول هنا لا اعتبار به.

وموثقة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السّلام قال : ثلاث يتزوجن على كل حال : التي لم تحض ومثلها لا تحيض ، قال : قلت : وما حدها؟ قال : إذا لها أقل من تسع سنين ، والتي لم يدخل بها ، والتي قد يئست من المحيض ومثلها لا تحيض ، قلت : وما حدها؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة ^(١).

وبحسنة زرارة عنه عليه السّلام في الصبية التي لا تحيض مثلها ، والتي قد يئست من المحيض قال : ليس عليهما عدة وان دخل بهما ^(٢).

وفي معناه رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام قال : التي لا تحبل مثل ما لا عدة عليها ^(٣).

احتج السيد بقوله تعالى ﴿وَاللّٰهِيَ يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللّٰهِيَ لَمْ يَحْضَنْ﴾ وهذا صريح في وجوب العدة بالأشهر على الايسات ومن لم يبلغن المحيض ^(٤).

وبما رواه محمد بن يعقوب عن حميد بن زياد ، عن ابن سماعة ، عن عبد الله بن جبلة ، عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير قال : عدّة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر ، والتي قد قعدت عن المحيض ثلاثة أشهر ^(٥).

(١) الكافي : ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض ص ٨٥ الحديث ٤ .

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٩٦) باب ان التي لم تبلغ المحيض والايسة منه إذا كانتا في سن من لا تحيض لم يكن عليهما عدة ص ٣٣٧ الحديث ٢ .

(٣) الكافي : ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض ، ص ٨٥ الحديث ٣ .

(٤) تقدّم فراجع.

(٥) الكافي : ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض ، ص ٨٥ ذيل حديث ٥ .

وفي حد اليأس روايتان ، أشهرهما خمسون سنة.
ولو رأت المطلقة الحيض مرة ، ثم بلغت اليأس ، أكملت العدة بشهرين.
ولو كانت لا تحيض إلا في خمسة أشهر ، أو ستة أعتدت بالأشهر.

والجواب عن الآية : بمنع دلالتها على ما ذكر ، لاشتراطها بالريبة ، وهي عائدة إلى اليأس منه ، فيكون التقدير : واللائي يئسن من المحيض أي لم يرين الحيض ، إن ارتبتم ، أي شككتن في كونهن ذوات أقرء وآيسات ، فعدتكن ثلاثة أشهر ، واللائي لم يحضن ، أي لم يسبق لهن حيض وحصلت الريبة في أمرهن أيضا فعدتكن ثلاثة أشهر.
وعن الرواية : بالطعن في سندها ، فان ابن سماعة وابن جبلة وابن أبي حمزة منحرفون عن الحق ، والروايات الأول أوضح طريقا.

قال طاب ثراه : وفي حد اليأس روايتان ، أشهرهما خمسون سنة.
أقول : هذه رواية عبد الرحمن بن الحجاج (في الموثق) عن الصادق عليه السلام قال : ثلاث يتزوجن على كل حال : التي لم تحض ومثلها لا تحيض ، قلت : وما حدّها؟ قال : إذا أتى لها أقل من تسع سنين ، والتي لم يدخل بها ، والتي قد يئست من المحيض ومثلها لا تحيض ، قلت : وما حدّها؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة ^(١).
وروى الشيخ عن محمد بن أحمد بن أبي نصر ، عن بعض أصحابنا قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : المرأة التي يئست من المحيض حدّها خمسون سنة ^(٢).
وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف ، مع إرسالها ^(٣).

(١) الكافي : ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض ، ص ٨٥ الحديث ٤ .

(٢) التهذيب : ج ١ (١٩) باب الحيض والاستحاضة والنفاس ، ص ٣٩٧ الحديث ٥٨ .

(٣) سند الحديث كما في التهذيب (سهل بن زياد عن أحمد بن محمد عن ابن أبي نصر عن بعض

ورواها محمد بن يعقوب في كتابه بالسند المذكور ، قال : وروى ستون سنة ^(١) .
 وروى الشيخ في الصحيح : عن ابن أبي عمير ، عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة إلا ان تكون امرأة من قريش ^(٢) .
 وقال في المبسوط : وعد اليأس خمسون سنة ، وفي القرشية روى انها ترى الدم الى ستين ^(٣) .

والحق في غيره النبطية بالقرشية في البلوغ إلى ستين ^(٤) ، وذكره المفيد رواية ^(٥) ، وهذا قول أهل المدينة واحتج العلامة في المختلف الى تحديده بالستين مطلقا مع وجوده ^(٦) وذكره في المنتهى مطلقا ^(٧) .

فالحاصل : ان في اليأس ثلاثة أقوال.

أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام).

(١) الكافي : ج ٣ باب المرأة يرتفع طمثها ثم يعود وحد اليأس من الحيض ، ص ١٠٧ الحديث ٢ وفيه على بن محمد عن سهل بن زياد.

(٢) التهذيب : ج ١ (١٩) باب الحيض والاستحاضة والنفاس ، ص ٣٩٧ الحديث ٥٩ .

(٣) المبسوط : ج ١ ، فصل في ذكر الحيض والاستحاضة ، ص ٤٢ س ٥ قال وتيأس المرأة من الحيض إذا بلغت خمسين سنة الى قوله : الى ستين سنة.

(٤) لم أعثر عليه.

(٥) المقنعة : باب عدد النساء ص ٨٢ س ٢٣ قال : وقد روى ان القرشية من النساء والنبطية تريان الدم الى ستين سنة آه.

(٦) المختلف : الفصل السادس في العدد ص ٥٩ س ١٦ قال : وفي القرشية والنبطية ستين الى ان قال : لنا ان المقتضى للاعتداد زائل إلخ. فأورد الاحتجاج للتحديد بالستين مطلقا.

(٧) المنتهى : ج ١ ص ٩٦ س ١٣ قال : ولو قيل : اليأس يحصل ببلوغ ستين أمكن بناء على الموجود إلخ.

(الرابع) في الحامل : وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ، ولو لم يكن تاماً مع تحققه حملاً ولو طلقها فادّعت الحمل تربص بها أقصى الحمل .
ولو وضعت توأماً ، بانت على تردد ، ولا تنكح حتى تضع الآخر .
ولو طلقها رجعيًا ثمّ مات استأنفت عدة الوفاة . ولو كان بائناً اقتصررت على إتمام عدة الطلاق .

(أ) خمسين مطلقاً قاله الشيخ في النهاية ^(١) والاستبصار ^(٢) .

(ب) ستين مطلقاً ، قاله العلامة في المنتهى ^(٣) .

(ج) التفصيل : رواه الصدوق في كتابه ^(٤) واختاره العلامة في أكثر كتبه ^(٥) .

قال طاب ثراه : ولو وضعت توأماً بانت على تردد .

أقول : إذا كانت المرأة حاملاً بأكثر من واحد ، ووضعت واحداً ، هل تبين به؟
لصدق الوضع في الجملة ، لكن لا تنكح الا بوضع الأخير لاشتغال رحمها بحمل له
حرمة ، أو لا تبين الا بوضع الجميع؟

(١) النهاية : باب كيفية أقسام الطلاق ، ص ٥١٦ س ١٦ قال : وحد ذلك خمسون سنة فصاعداً .

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٩٦) باب ان التي لم تبلغ الحيض والايسة منه إذا كانتا في سن من لا تحيض لم يكن عليها عدة ص ٣٣٧ الحديث ١ .

(٣) تقدّم .

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٦١) باب طلاق التي لم تبلغ الحيض والتي قد يئست من الحيض ص ٣٣٣ الحديث ١٠ قال : وروي ان المرأة إذا بلغت خمسين سنة لم تر حمرة الا ان تكون امرأة من قريش .

(٥) تقدم نقل مختاره عن المختلف ، وفي القواعد ، كتاب الفراق ، المقصد الرابع في العدة ص ٦٨ س ١٣ قال :
اليائسة وهي من بلغت خمسين أو ستين ان كانت قرشية أو نبطية .

بالأول قال الشيخ في النهاية ^(١) وتبعه القاضي في كتابيه ^(٢) ^(٣) وابن حمزة ^(٤) وأبو علي ^(٥).

وبالثاني قال في الخلاف ^(٦) والمبسوط ^(٧) لقوله تعالى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وهذه ما وضعت ، وبه قال ابن إدريس ^(٨) واختاره المصنف ^(٩) والعلامة ^(١٠).

وتظهر الفائدة في مسائل.

(أ) عدم جواز الرجعة فيما بين التوأمين على الأول ، وجوازها على الثاني.

(١) النهاية : باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٧ س ٨ قال : فان كانت حاملا باثنتين ، فإنها تبين من الرجل عند وضعها الأول إلخ.

(٢) و

(٣) المهذب : ج ٢ ، باب العدد والاستبراء ص ٣١٦ س ٦ قال : فان كانت حاملا باثنتين فوضعت أحدهما فقد ملكت نفسها إلخ.

(٤) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٦٧ س ١٩ قال : وابن البراج في كتابيه معا وافق ما اختاره الشيخ في النهاية ، وقال ابن الجنيدي : الى قوله : وان كان ولدان كان انقضاء العدة بوضع أحدهما إلخ.

(٥) الوسيلة : فصل في بيان العدة وأحكامها ص ٣٢٥ س ٥ قال : الرجل إذا طلق امرأته حاملا الى قوله : بانته منه بوضع الأول إلخ.

(٦) كتاب الخلاف ، كتاب العدة ، مسألة ٨ قال : إذا طلقها وهي حامل الى قوله : فان عدتها لا تنقضي حتى تضع الثاني منهما إلخ.

(٧) المختلف : كتاب الطلاق ، ص ٦٧ س ١٨ قال : وفي المبسوط : لا تنقضي عدتها حتى تضع الثاني منهما إجماعا إلا عكرمة فإنه قال تنقضي بوضع الأول ، ولم أظفر في المبسوط على هذه العبارة.

(٨) السرائر : كتاب الطلاق ، ص ٣٢٨ س ١٣ قال : فان كانت حاملا باثنتين فإنها لا تبين من الرجل الا بعد وضع الأخير منهما إلخ.

(٩) الشرائع ، في الحامل قال : والأشبه أنها لا تبين الا بوضع الجميع.

(١٠) القواعد : الفصل الثالث في عدة الحامل ص ٦٩ س ٢٣ قال والأقرب تعلق البيئونة بوضع الجميع.

(الخامس) في عدة الوفاة : تعتد الحرة بأربعة أشهر وعشرة أيام إذا كانت حائلا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، دخل بها أو لم يدخل ، وبأبعد الأجلين ان كانت حاملا . ويلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حداد على امة .

(السادس) في المفقود : لا خيار لزوجته ان عرف خبره ، أو كان له ولي ينفق عليها ، ثم ان فقد الأمران ، ورفعت أمرها إلى الحاكم أجلها أربع سنين ، فان وجدته والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح . فان جاء في العدة فهو أملك بها ، وان خرجت وتزوجت فلا سبيل له . وان خرجت ولم تتزوج فقولان : أظهرهما انه لا سبيل له عليها .

(ب) عدم وجوب الإنفاق على الأول دون الثاني .

(ج) خروجها عن كونها زوجة على الأول دون الثاني .

وتظهر فائدته في تسعة أمور .

صحة وقوع الظهار والإيلاء ، وإسقاط حد القذف باللعان ، وجواز (وَحَلَّ خ ل) النذر واليمين ، ووجوب استئذانه في الحج والصوم المندوبين ، وتحريم الخامسة وأختها ، وثبوت التوارث والإحصان من الطرفين .

قال طاب ثراه : وان خرجت ولم تتزوج فقولان :

أقول : مذهب الشيخ في النهاية والخلاف انه أولى ما لم تتزوج ^(١) ^(٢) واختاره

(١) النهاية : باب العدد وأحكامها ص ٥٣٨ س ١٥ قال : فان جاء زوجها كان أملك بها ، الى قوله : أو تكون قد خرجت غير انها لم تكن قد تزوجت .

(٢) كتاب الخلاف ، كتاب العدة ، مسألة ٣٤ قال : وان لم تكن تزوجت بعد ان خرجت من العدة ، فهو أولى بها وهي زوجته .

فخر المحققين ^(١) وذهب المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) وابن إدريس ^(٤) انها أولى بنفسه ، وقواه في المبسوط ^(٥) واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) لأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق ، وحكمه عدم الرجوع بعد العدة.

تنبيه

هل يفتقر هذه بعد البحث ، إلى الطلاق أم لا؟ قيل فيه : ثلاثة أقوال :

(أ) أطلق الشيخان ^(٨) ^(٩) والقاضي ^(١٠) وابن إدريس ^(١١) القول

- (١) الإيضاح : ج ٣ ص ٣٥٤ س ١٦ قال : والأقوى عندي الأول ، أي قول الشيخ في النهاية.
- (٢) المقنعة باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢٢ قال : وان جاء زوجها وهي في العدة ، أو قد قضتها ولم تتزوج كان أملك بها من غير نكاح إلى آخره.
- فعلى هذا الظاهر عدم الفرق بين مختاره ومختار النهاية.
- (٣) المراسم ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٥ س ١٥ قال : وان جاء وقد خرجت العدة فلا سبيل له عليها.
- (٤) السرائر : باب العدد ص ٣٤٠ س ٥ قال : وقال اخرون : هي أملك بنفسها ، الى قوله : وهذا الذي يتقوى في نفسي إلخ.
- (٥) المبسوط : ج ٥ ، فصل في امرأة المفقود وعدتها ص ٢٧٨ س ١٤ قال : وان خرجت من العدة ، فقد ملكت نفسها إلخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف : كتاب الطلاق ص ٤١ س ٢٢ قال : وان رجع بعد انقضائها لم يكن له عليها سبيل ، وهو المعتمد.
- (٨) المقنعة : باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢١ قال : وان لم تعلم له خبر أعتدت عدة المتوفى عنها زوجها ، وتزوجت إن شاءت.
- (٩) النهاية : باب العدد وأحكامها ص ٥٣٨ س ١٤ قال : أعتدت من الزوج عدة المتوفى عنها زوجها ثم لتتزوج آه.
- (١٠) المهذب : ج ٢ باب المفقود وعدة زوجته ص ٣٣٨ س ٥ قال : فرق الحاكم بينهما فاعتدت عدة الوفاة.
- (١١) السرائر : باب العدد ص ٣٤٠ س ٣ قال : أمرها الامام بالاعتداد عنه أربعة أشهر وعشرة أيام عدة المتوفى عنها زوجها.

.....
 بالاعتداد بعد مدة البحث ، بعدة الوفاة ، ثمَّ يحل للأزواج ، ولم يذكر والطلاق ، وكذا المصنف^(١).

(ب) قال أبو علي : يأمر السلطان الولي بالطلاق ، فان لم يطلق أمرها الحاكم بالعدة^(٢).

(ج) قال ابن بابويه : يأمر السلطان الولي بالطلاق ، فان لم يطلق طلقها الحاكم^(٣) وبه قال ابن حمزة^(٤) واختاره العلامة في المختلف^(٥) وفخر المحققين^(٦).

احتجوا بصحيفة بريد بن معاوية العجلي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود ، كيف يصنع بامرأته؟ قال : ما سكنت عنه وصبرت يخلى عنها ، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها أربع سنين ثمَّ يكتب الى الصقع الذي فقد فيه ، فليسأل عنه ، فان خبر عنه بحياة صبرت ، وان لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي الأربع سنين ، دعى ولي الزوج المفقود ف قيل له : هل للمفقود مال؟ فان كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته ، وان لم يكن له مال ، قيل للولي : أنفق عليها ، فان

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) المختلف : كتاب الطلاق ص ٤١ س ١٥ قال : وقال ابن الجنيد الى قوله : والا (أي وان لم ينفق) امره السلطان بان يطلق فان طلق وقع طلاقه موقع طلاق زوجها ، وان لم يطلق أمرها ولي المسلمين ان تعتد إلخ.

(٣) المقنع : باب الطلاق ص ١١٩ س ١٠ قال : أجبره الوالي على أن يطلقها. الى قوله : فان لم يكن لها ولي طلقها السلطان. والظاهر (ان لم يكن له ولي) ولعله الصحيح.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٤ س ١١ قال : أمر الحاكم ولي الغائب بتطليقها ، فان لم يكن له ولي طلقها الحاكم.

(٥) المختلف : كتاب الطلاق ص ٤١ س ٢٢ قال بعد نقل قول ابن حمزة : وهو المعتمد.

(٦) الإيضاح : ج ٣ كتاب الفراق ص ٣٥٤ س ١٤ قال : لان حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق إلخ.

(السابع) في عدد الإمام والاستبراء.

عدة الأمة في الطلاق مع الدخول قرءان ، وهما طهران على الأشهر. ولو كانت مسترابة فخمسة وأربعون يوما ، تحت عبد كانت أو تحت حر. ولو أعتقت ثم طلقت لزمها عدة الحرة ، وكذا لو طلقها رجعا ثم أعتقت في العدة ، أكملت عدة الحرة ، ولو طلقها بائنا أتمت عدة الأمة. وعدة الذمية كالحررة في الطلاق والوفاة على الأشبه ، وتعد الأمة من الوفاة

فعل فلا سبيل لها الى ان تتزوج ، وان لم ينفق عليها أجبره الوالي على ان يطلق تطليقة في استقبال العدة ، وهي طاهر ، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج ، فان جاء زوجها من قبل ان تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي ، فبدا له أن يراجعها ، فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين ، فان انقضت العدة قبل ان يجيء أو يراجع فقد حلت للأزواج ، ولا سبيل للأول عليها ^(١) وهو المعتمد.

فرع

لو أنفق الولي من ماله ثم تبين الموت سابقا على ذلك بأوقات متطاولة ، لم يكن للوارث الرجوع بما أنفقت بعد الوفاة ، لأنها محبوسة لأجله ، ولوجوب ذلك شرعا.

قال طاب ثراه : عدة الأمة في الطلاق مع الدخول قرآن ، وهما طهران على الأشهر.

أقول : قد تقدم البحث في تفسير القرء.

قال طاب ثراه : وعدة الذمية كالحررة في الطلاق والوفاة على الأشبه.

أقول : المشهور ان عدة الأمة في الوفاة شهران وخمسة أيام.

(١) الكافي : ج ٦ باب المفقود ص ١٤٧ الحديث ٢.

لصحيحتي الحلبي ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : الأمة إذا توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام ^(١) وهو مذهب المفيد ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤).

وقال الصدوق ^(٥) وابن إدريس ^(٦) عدتها كالحرّة ، وبه قال الشيخ في التبيان ^(٧).
لرواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ^(٨).

والمعتمد الأول : ويحمل الرواية على أم الولد.
إذا عرفت هذا : فهل الذمية كالأمة في هذه العدة كالقسمة ، أو كالحرّة المسلمة؟
المشهور أنها كذلك ، عملا بعموم الآية ، والأحاديث ، خرجت الأمة بصريح الروايات الصريحة فيبقى الباقي على عمومته.

-
- (١) الاستبصار : ج ٣ (٢٠١) باب عدة الأمة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٣ و ٤ .
(٢) المقنعة : باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢ قال : وإن كانت الزوجة أمة أعتدت من زوجها إذا مات عنها بشهرين وخمسة أيام.
(٣) لاحظ النافع.
(٤) القواعد : الفصل السادس في عدة الأمة ص ٧٣ س ٤ قال : وفي الوفاة شهران وخمسة أيام.
(٥) المقنعة باب الطلاق ص ١٢١ س ٤ قال : وعدة الأمة إذا توفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا.
(٦) السرائر : باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٥ قال : فاما عدة الأمة المتوفى عنها زوجها الى قوله : فأربعة أشهر وعشرة أيام على الصحيح من المذهب.
(٧) التبيان : ج ٢ ص ٢٦٢ س ٢ في تفسيره الآية ٢٣٤ من سورة البقرة قال : وعدة كل متوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا حرّة كانت أو أمة.
(٨) الاستبصار : ج ٣ (٢٠١) باب عدة الأمة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٧ .

بشهرين وخمسة أيام ، ولو كانت حاملا أعتدت مع ذلك بالوضع. وأم الولد تعتد من وفاة الزوج كالخرة. ولو طلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة الحرة ، ولو لم تكن أم ولد استأنفت عدة الأمة للوفاة. ولو مات زوج الأمة ثم أعتقت أمت عدة الحرة ، تغليباً لجانب الحرية. ولو وطى المولى أمتة ثم أعتقها ، أعتدت بثلاثة أقرء. ولو كانت زوجة الحر أمة فابتاعها ، بطل نكاحه ، وله وطؤها من غير استبراء.

(تتمة)

لا يجوز لمن طلق رجعيًا أن يخرج الزوجة من بيته إلا أن تأتي

ونقل المصنف ^(١) والعلامة ^(٢) عن بعض الأصحاب أنها كالأمة.

وهو في رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها ، فهل 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 ^(٣).

وكذا في الحداد : المشهور أنها كالخرة.

قال طاب ثراه : وأم الولد تعتد من وفاة الزوج كالخرة.

أقول : يريد أن السيد إذا زوج أمتة ولها منه ولد ، فعدتها في الطلاق والوفاة عدة

(١) الشرائع : في عدة الإماء والاستبراء ، قال : وعدة الذمية إلى قوله : وفي رواية تعتد عدة الأمة ، وهي شاذة.
(٢) القواعد : الفصل السادس في عدة الأمة والاستبراء ص ٧٣ س ٥ قال : والذمية كالخرة في الطلاق والوفاة ، وقيل : كالأمة.

(٣) الكافي : ج ٦ باب طلاق أهل الذمة وعدتهم في الطلاق والموت إذا أسلمت المرأة ، ص ١٧٤ قطعة من حديث ١.

بفاحشة ، وهو ما يوجب به الحدّ. وقيل : أدناه أن تؤذي أهله. (١) ولا تخرج هي ، فإن اضطرت خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر ، ولا يلزم ذلك في البائن ، ولا المتوفى عنها زوجها ، بل تبين كل واحد

الحرّة ، لأن لها تشبها بالحرية كالمكاتبة وإن كانت مشروطة ، تغليباً لجانب الحرية ، وأخذاً بالأحوط.

وكذا لو مات السيد عن أم الولد الموطوءة ، فإنها تعتد كالحرة ، قاله التقي (١) وهو ظاهر ابن حمزة (٢) وقال ابن إدريس : لا عدة عليها من مولاها ، لأنها ليست زوجة ، والأصل براءة الذمة من وجوب العدة ، بل يكون عليها الاستبراء ، لأنها ليست زوجة ، بل باقية على الملك والعبودية إلى حين وفاته (٣) ، وجنح إليه العلامة في المختلف (٤) والمعتمد الأول.

لموثقة إسحاق بن عمار قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الأمة يموت سيدها؟ قال : تعتد عدة المتوفى عنها زوجها (٥) وحملها العلامة في المختلف على ما إذا أعتقها (٦).

قال طاب ثراه : وقيل : ان أدناه أن يؤذي أهله.

-
- (١) الكافي : فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٠ قال : وعدة أم الولد لوفاة سيد أربعة أشهر وعشرا.
- (٢) الوسيلة : فصل في بيان العدة وأحكامها ص ٣٢٨ س ٢٢ قال : وكذلك حكم الأمة إذا كانت عند سيدها ومات عنها إلى قوله : كانت عدتها عدة الحرائر.
- (٣) السرائر : باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٤ قال : والاولى في أم الولد ان لا عدة عليها في موت مولاها إلخ.
- (٤) المختلف : الفصل السادس في العدد ، ص ٦٠ س ١٥ قال : ولا بأس بقول ابن إدريس ، إلى ان قال بعد نقل الحديث : والجواب الحمل على ما إذا أعتقها.
- (٥) المختلف : الفصل السادس في العدد ، ص ٦٠ س ١٥ قال : ولا بأس بقول ابن إدريس ، إلى ان قال بعد نقل الحديث : والجواب الحمل على ما إذا أعتقها.
- (٦) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٥٥ قطعة من حديث ١٣٨.

منهما حيث شاءت وتعتد المطلقة من حين الطلاق حاضرا كان المطلق أو غائبا إذا عرفت الوقت. وفي الوفاة من حين يبلغها الخبر.

أقول : المطلقة رجعية بمنزلة الزوجة لها النفقة بالإجماع ، والسكنى لقوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ ^(١) وقال تعالى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ ^(٢).

والمراد بيوت الأزواج ، فنسبها إليهن لاستحقاقهن سكنها. دون البائن ، للأصل ، ولأن الله سبحانه عقب الإسكان حيث أوجبه بقوله ﴿لَعَلَّ اللَّهُ يُخَدِّثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ ^(٣) يعني الرجعة ، ولا رجعة في البائن. ولأنه صلى الله عليه وآله لم يجعل لفاطمة بنت قيس لما تبّتها زوجها نفقة ولا سكنى ، وقال : ان النفقة والسكنى لمن يملك زوجها رجعتها ^(٤). واختلف في الفاحشة المسوغة لإخراجها من المنزل الذي طلقت فيه ، فالمروي عن ابن عباس : ان تؤذي أهل الرجل ^(٥) وهو اختيار الشيخ في الكتابين ^{(٦) (٧)}.

(١) الطلاق : ٦ .

(٢) الطلاق : ١ .

(٣) الطلاق : ١ .

(٤) مسند احمد بن حنبل ، ج ٦ ص ٤١٥ ولفظ الحديث كما وجدناه (عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة فخاصمته في السكنى والنفقة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله) وسلم قالت : فلم يجعل سكنى ولا نفقة ، وقالت : يا بنت آل قيس انما السكنى والنفقة على من كانت له رجعة).

(٥) الدر المنثور : ج ٨ ص ١٩٣ عن ابن عباس قال : الفاحشة المبينة أن تبذو المرأة على أهل الرجل ، فاذا بذت عليهم بلسانها إلخ.

(٦) كتاب الخلاف : كتاب العدة ، مسألة ٢٣ قال : الفاحشة التي تحل إخراج المطلقة من بيت زوجها الى تشتم أهل الرجل وتؤذيهم إلخ.

(٧) المبسوط : ج ٥ كتاب العدد ص ٢٥٣ س ١٥ قال : وكذلك ان أتت بفاحشة ، وهي ان تبذو على بيت احمائها وتشتمهم إلخ.

ورواه محمد بن علي بن جعفر قال : سأل المأمون الرضا عليه السلام عن قول الله عز وجل ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ قال : يعني ان تؤذي أهل زوجها ^(١).

وعن ابن مسعود ان تزني ، فيخرج وتحد ثم ترد الى موضعها ^(٢).

وهو اختيار المفيد ^(٣) والشيخ في النهاية ^(٤) وابن إدريس ^(٥).

وقيل : يجوز إخراجها بأي الأمرين المذكورين حصل ، نقل عن التقي ^(٦) وهو اختيار المصنف في الشرائع ^(٧) والعلامة في القواعد ^(٨) وزاد فيها : أو تستطيل على أهل الزوج بلسانها.

(١) التهذيب : ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٣٢ الحديث ٥٥.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب العدة مسألة ٢٣ قال : وقال ابن مسعود : الفاحشة أن تزني فتخرج وتحد ثم ترد الى موضعها.

(٣) المقنعة : باب عدد النساء ، ص ٨٢ س ٢٦ قال : فإن أتت في منزله بفاحشة يستحق عليها الحد ، أخرجها منه ليقام عليها حد الله تعالى.

(٤) النهاية : باب العدد وأحكامها ص ٥٣٤ س ١٦ قال : والفاحشة ان تفعل ما يجب عليها الحد ، فاذا فعلت ذلك أخرجت وأقيم عليها الحد إلخ.

(٥) السرائر : باب العدد ، ص ٣٤٠ س ١٣ قال : ولا يجوز له إخراجها منه الا ان تؤذي أهله ، أو تأتي فيه بما يوجب الحد فيخرجها لإقامته إلخ.

(٦) الكافي : فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٢ س ١٣ قال : ولا يخرجها الا ان تؤذيه ، أو تأتي في منزله ما يوجب الحد فيخرجها لإقامته ويردها اليه.

(٧) الشرائع : كتاب الطلاق ، الفصل السابع في اللواحق ، الاولى قال : لا يجوز لمن طلق رجعا ان يخرج الزوجة من بيته الا ان تأتي بفاحشة إلى قوله : وادنى ما تخرج له ان تؤذي أهله.

(٨) القواعد ، كتاب الفراق ، المطلب الثاني في صفة السكنى ص ٧٥ قال : لا يجوز للزوج إخراجها الا أن يأتي بفاحشة إلى قوله : وتستطيل عليهم بلسانها.

كتاب الخلع والمباراة

كتاب الخلع والمباراة

(مقدمة):

الخلع بفتح الخاء نزع الثوب ، وبضمها ازالة قيد النكاح بفدية لازمة لماهيته ، مع كراهتها الزوج دونه ، بلفظ خلعت .
فالإزالة كالجنس ، ويشمل الإزالة بالفسخ والطلاق ، والبواقي كالفصول .
وهي أربعة

الفدية ، ويخرج بها الطلاق ، وبقولنا (لازمة لماهيته) يخرج الطلاق بعوض ، لأنه ليس من لوازمة العوض بخلاف الخلع ، وب (كراهتها دونه) يخرج المبارات فإنها تترتب على كراهتهما معا ، لأنها مفاعلة من التباري ، وهو من الطرفين ، فتبرئه وتبعده بما تبذل له ، وتبريها وتبعدها بابانتها ، وبقولنا (بلفظ خلعت) يخرج عنه ما لو وقع الطلاق بعوض مع كراهتها ، فإنه لا يسمى خلعا .

وانما سمى خلعا؟ استعارة من نزع الثوب . وانما استعمل هذا في الزوجين؟ لان كل واحد منهما لباس لصاحبه قال تعالى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾^(١) فكأن كل واحد منهما لمفارقة الآخر ينزع لباسه . وسمى الخلع اقتداءً؟ لأن المرأة تفتدي نفسها من زوجها بما تبذله .

ويدل على مشروعية الكتاب والسنة والإجماع ...

(١) البقرة : ١٨٧ .

أما الكتاب فقولہ تعالیٰ ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيْمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) فرفع الجناح في أخذ الفدية خوف التقصير في إقامة الوظائف المحدودة في حقوق الزوجية ، يدل على جواز الفدية.

واما السنة : فروي عن يحيى بن سعيد ، عن عمرة بنت عبد الرحمن ان حبيبة بنت سهل الانصارية أخبرتها انها كانت تحت ثابت بن قيس الشماس ، وان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خرج إلى الصبح ، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس^(٢) فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هذه؟ فقالت : انا حبيبة بنت سهل ، قال : ما شأنك؟ قالت : لا انا ولا ثابت بن قيس لزوجها ، فلما جاء ثابت بن قيس قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هذه حبيبة بنت سهل ، وذكرت ما شاء الله ان تذكر وقالت حبيبة : يا رسول الله كل ما أعطاني عندي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : يا ثابت بن قيس : خذ منها ، فأخذ منها ، وجلست هي في أهلها^(٣).

وبطريق آخر : ان حبيبة بنت سهل كانت تحت قيس بن ثابت ، وكان يحبها وتكرهه وكان أصدقها حديقة بين يدي النبي صلى الله عليه وآله فقال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم : تعطيه حديقته التي اصدقك إياها؟ فقالت : وأزيد ، فخلعها قيس على الحديقة ، فلما تم الخلع قال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم : اعتدي ، ثم التفت الى أصحابه وقال : هي واحدة^(٤).

(١) البقرة : ٢٢٩ .

(٢) في الحديث : كان النبي صلى الله عليه وآله يغلس بال فجر إذا اختلط بضوء الصباح ، والغلس بالتحريك الظلمة آخر الليل (مجمع البحرين لغة غلس).

(٣) سنن أبي داود ، الجزء الثاني ، باب في الخلع ، ص ٢٦٨ الحديث ٢٢٢٧ .

(٤) المستدرک : ج ٣ كتاب الخلع والمباراة ، ص ٢٦ الحديث ٢ .

والكلام في العقد والشرائط واللواحق.

وصيغة الخلع ان يقول : خلعتك أو فلانة مختلعة على كذا.

وهل يقع بمجرد؟ قال علم الهدى : نعم ، وقال الشيخ : لا حتى تتبع بالطلاق

فاستفيد من هذا الحديث فوائد.

(أ) مشروعية الخلع.

(ب) لزوم الفدية فيه بقوله (تعطيه حديقته).

(ج) وقوعه بمجرد ، لأنه لم يأمره بالطلاق.

(د) وجوب الاعتداد عنه.

(هـ) كونه طلاقاً بقوله (هي واحدة).

واما الإجماع : فأطبق المسلمون على جوازه ، وان اختلفوا في مسائله.

قال طاب ثراه : وهل تقع بمجرد؟ قال علم الهدى : نعم ، وقال الشيخ : لا حتى

تتبع بالطلاق.

أقول : قال المرتضى : تقع بمجرد من غير احتياج الى ان يتبع بالطلاق ^(١) وهو

مذهب أبي علي ^(٢) وظاهر الحسن ^(٣) والصدوق ^(٤) والمفيد ^(٥) وتلميذه ^(٦) وابن

(١) الناصريات : في الجوامع الفقهية ، ص ٢١٤ ، المسألة ١٦٥ قال : الخلع فرقة بائنة ، وليست كل فرقة طلاقاً

كفرقة الردة واللعان : عندنا ان الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأة وجرى مجرى الطلاق.

(٢) المختلف : القول في أحكام الخلع ص ٤٣ س ١٢ قال : مسألة إلى قوله : قال ابن الجنيدي بالأول ، (أي يقع

بمجردة) وليس عليه ان يقول لها : قد طلقتك ، وهو الظاهر من كلام ابن عقيل إلخ.

(٣) المختلف : القول في أحكام الخلع ص ٤٣ س ١٢ قال : مسألة إلى قوله : قال ابن الجنيدي بالأول ، (أي يقع

بمجردة) وليس عليه ان يقول لها : قد طلقتك ، وهو الظاهر من كلام ابن عقيل إلخ.

(٤) المقنع : باب الطلاق ص ١١٧ س ٣ قال : واما الخلع الى قوله : وقد بانت منه ، وقوله : وكان الخلع له

تطبيقاً واحدة.

(٥) المقنعة : ص ٨١ باب الخلع والمبارات س ٣٤ قال : قال لها : قد خلعتك على كذا وكذا إلى قوله : فاذا قال

لها ذلك فقد بانت منه.

(٦) المراسم : ص ١٦٢ س ٩ قال : فإذا اجابته الى ذلك قال لها : قد خلعتك على كذا وكذا إلخ.

حمزة^(١) والعلامة في المختلف^(٢) وفخر المحققين^(٣) وهو ظاهر المصنف^(٤).
وقال الشيخ : لا حتى تتبع بالطلاق^(٥) وهو مذهب القاضي في المذهب^(٦) وابن
إدريس^(٧) وظاهر التقي^(٨).
قال الشيخ : وهو مذهب جماعة من المتقدمين كجعفر بن سماعة والحسن بن سماعة
وعلي بن رئاب^(٩).
احتج الأولون بروايات.

- (١) الوسيلة : فصل في بيان الخلع ص ٣٣١ س ١٦ قال : بان يقول الرجل : خالعتك ، أو تقول المرأة اختلعت نفسي منك إلخ.
- (٢) المختلف : الفصل الثاني في الخلع ، ص ٤٣ س ١٩ قال : والمعتمد الأول ، أي وقوع الخلع بمجرد.
- (٣) الإيضاح : ج ٣ ، الباب الثاني في الخلع ، ص ٣٧٥ س ١٥ قال : واختار شيخنا في المختلف وقوعه بمجرد ، وهو الأقوى عندي.
- (٤) لاحظ عبارة النافع. وفي الشرائع ، كتاب الخلع ، أما الصيغة قال : وهل يقع بمجرد؟ المروي : نعم.
- (٥) مع الفحص الشديد لم أظفر عليه في المبسوط ، وفي المختلف ص ٤٣ س ١٤ قال : وقال الشيخ في المبسوط : والخلع بمجرد لا يقع ولا بد من التلفظ بالطلاق على الصحيح من المذهب.
- (٦) المهذب : ج ٢ ، باب الخلع ص ٢٦٧ س ١٨ قال : ولا يقع أيضا بمجرد فلا بد فيه من التلفظ بالطلاق.
- (٧) السرائر : باب الخلع والمبارات والنشوز ص ٣٣٧ س ١٦ قال : فان قدم لفظ الخلع وعقب بلفظ الطلاق كان جائزا إلخ.
- (٨) الكافي : الطلاق ، واما الخلع ص ٣٠٧ س ١١ قال : فإذا أراد خلعها فليقل : قد خلعتك على كذا فأنت طالق.
- (٩) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٧ قال بعد نقل حديث ٨ ما لفظه : قال محمد بن الحسن الذي اعتمده في هذا الباب ان المختلعة لا بد فيها من ان تتبع بالطلاق وهو مذهب جعفر بن سماعة وعلي بن رباط وابن حذيفة من المتقدمين إلخ.

ولو تجرد كان طلاقا عند المرتضى وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا.
وما صح ان يكون مهرا صح فدية في الخلع ، ولا تقدير فيه ، بل يجوز ان يأخذ منها
زائدا عما وصل إليها منه ولا بد من تعيين الفدية وصفا أو إشارة.
أما الشرائط : فيعتبر في الخالع البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد.

منها صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام
عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه
بذلك؟ أو هي امرأته ما لم يتبعها الطلاق؟ فقال تبين منه ، فان شاء ان يريد إليها ما أخذ
منها وتكون امرأته فعل ، قلت : انه قد روى انها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق ، قال : ليس
ذلك إذا خلع ، فقلت : تبين منه؟ قال : نعم ^(١) وهو نص بالبَاب.

وبان النبي صلى الله عليه وآله لم يأمر ثابت بن قيس بالتلفظ بالطلاق.
احتج الآخرون بما رواه موسى بن بكر عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال :
المختلعة تتبعها الطلاق ما دامت في عدتها ^(٢) وبان الأصل بقاء الزوجية فلا تنزل الا
بالسبب المتيقن ، وليس حاصلا مع التجرد.

قال طاب ثراه : ولو تجرد كان طلاقا عند المرتضى ، وفسخا عند الشيخ لو قال
بوقوعه مجردا.

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ، ص ٣١٨ الحديث ١٢.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ، ص ٣١٧ الحديث ٩.

وفي المختلعة مع الدخول ، الطهر الذي لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضرا ، وكان مثلها تحيض ، وان يكون الكراهية منها خاصة صريحا. ولا يجب لو قالت : لأدخلنّ عليك من تكره ، بل يستحب. ويصح خلع الحامل مع الدم لو قيل انها تحيض. ويعتبر في العقد حضور الشاهدين عدلين ونجريده عن الشرط ، ولا بأس بشرط يقتضيه العقد ، كما لو شرط الرجوع ان رجعت.

واما اللواحق فمسائل.

(الاولى) لو خالعهما والأخلاق ملتزمة لم يصح ولم يملك الفدية.

(الثانية) لا رجعة للخالع ، نعم لو رجعت في البذل رجع ان شاء. ويشترط رجوعها في العدة ثم لا رجوع بعدها.

(الثالثة) لو أراد مراجعتها ولم ترجع في البذل افتقر الى عقد جديد في العدة أو بعدها.

(الرابعة) لا توارث بين المختلعين ولو مات أحدهما في العدة ، لانقطاع العصمة بينهما.

أقول : على القول بوقوع الفرقة بمجرد لفظ الخلع ، هل يكون طلاقا أو فسخا؟ المرتضى^(١) وابن الجنيّد^(٢) على الأول ، واختاره العلامة^(٣) وفخر المحققين^(٤) بوجوه.

(١) الناصريات : (في الجوامع الفقهية ص ٢١٤ ، المسألة ١٦٥ قال : الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأة وجرى مجرى الطلاق في انه ينقص من عدد الطلاق ، وهذه فائدة اختلاف الفقهاء في انه طلاق أو فسخ إلخ.

(٢) و (٣) والمختلف : كتاب الطلاق ص ٤٤ س ٥ قال بعد نقل قول السيد : وهو قول ابن الجنيّد أيضا ، الى قوله : والمعتمد ما ذهب إليه السيد.

(٤) الإيضاح : ج ٣ ، الباب الثاني في الخلع ص ٣٧٦ س ١٤ قال : والأقرب عندي اختيار المرتضى.

(أ) ان النبي صَلَّى الله عليه وآله لم يأمر ثابتاً بلفظ الطلاق حين خالع زوجته حبشية بين يديه ، وقال لها : اعتدي ، ثم التفت الى أصحابه وقال : هي واحدة ^(١) .

(ب) قول الصادق عليه السلام : وكانت معه على تطليقتين باقيتين ^(٢) .

(ج) قوله عليه السلام : وكانت تطليقة بغير طلاق تتبعها ^(٣) .

(د) قوله عليه السلام : وخلعها طلاقها ^(٤) .

(هـ) رواية زرارة ومحمد بن مسلم عنه عليه السلام : الخلع تطليقة بائنة ^(٥) .

(و) ان الزوجين لا يملكان فسخ النكاح بتراضيهما ، لأنه لا يقبل التقايل .

روى محمد بن مسلم في الحسن عن الصادق عليه السلام قال : المختلعة تقول لزوجها اخلعني وانا أعطيك ما أخذت منك ، فقال : لا يحل له ان يأخذ منها شيئاً حتى يقول : والله لا أبر لك قسماً ، ولا أطيع لك أمراً ، ولأؤذنن في بيتك بغير إذنك ، ولا وطن فراشك غيرك ، فاذا فعلت ذلك من غير ان يعلمها حل له ما أخذ منها ، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت بائناً بغير طلاق ، وكان خاطباً من الخطاب ^(٦) .

وفي حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها : والله لا أبر لك قسماً ، ولا أطيع لك أمراً ، ولا اغتسل لك من جنابة ، ولأوطن فراشك ، ولأؤذنن عليك بغير إذنك ، وقد كان الناس يرخصون فيما دون

(١) تقدم نقله من سنن أبي داود.

(٢) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ١ .

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ٣ .

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٦٩) باب الخلع ص ٣٣٨ قطعة من حديث ٢ .

(٥) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٧ الحديث ٨ .

(٦) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ٣ .

هذا ، فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة ^(١).

والشيخ على الثاني ، قال : ولو قلنا بوقوعه مجردا كان الاولى ، لأنه فسخ ^(٢). واحتج بوجوه :

(أ) انه لو كان طلاقا ، لكان كناية في الطلاق ، لا صريحا ، والطلاق لا يقع بالكناية ، وقد قلنا بوقوعه ، وهذا خلف.

(ب) قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ ^(٣) ثم قال ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ^(٤) ثم قال ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ ^(٥) فذكر تطليقتين ، والخلع وتطليقة بعده ، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا هذا محال.

(ج) انها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكان فسخا كسائر الفسوخ.

(د) اشتماله على مشابهة المعاوضة في استرداد كل من الزوجين عوضه ، فإن الزوجة أرادت نفسها واستردت بضعها ، واسترد الزوج مهره ، فأشبهه فسخ المعاوضة. وتظهر فائدة الخلاف في مسائل :

(أ) انتقاض عدد الطلاق به وافتقاره الى المحلل على الأول دون الثاني.

(ب) صحته من ولي الطفل على الثاني دون الأول.

(ج) عدم الحنث به لو نذر أو حلف ان لا يطلق على الثاني خاصة.

(د) استحقاق اسم المطلقة للزوجة على الأول دون الثاني ، فتدخل في الوقف والنذر والصدقة على المطلقات.

(١) الاستبصار : ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ١.

(٢) كتاب الخلاف : كتاب الخلع ، مسألة ٣ قال : ومن لم يعتبر من أصحابنا التلفظ بالطلاق ، الاولى ان يقول : انه فسخ وليس بطلاق ، لأنه ليس على كونه طلاقا دليل.

(٣) البقرة : ٢٢٩.

(٤) البقرة : ٢٢٩.

(٥) البقرة : ٢٣٠.

والمبارأة : هو ان يقول : بارأتك على كذا. وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه. ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر. والشرائط المعتبرة في الخالع والمختلعة مشترطة هنا. ولا رجوع للزوج الا ان ترجع هي في البذل. وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها. ويجوز ان تفاديهما بقدر ما وصل إليها منه فما دون ، ولا يحل له ما زاد عنه.

قال طاب ثراه : ويشترط اتباعها (أي المبارأة) بالطلاق على قول الأكثر.

أقول : ادعى الشيخ الإجماع على افتقار المبارأة الى التلفظ بالطلاق ^(١) وكذا المصنف في الشرائع ^(٢) وقوله هنا في الواقع يشعر بوجود مخالف ، وهو منقوض أو متروك. نعم روى الشيخ في الاستبصار مرفوعا الى حمران قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : ان المبارأة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما ، لأن العصمة قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج ^(٣). وعن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المبارأة تبين من غير أن تتبعها بالطلاق ^(٤).

قال الشيخ : أوردنا هذه الاخبار على ما رويت وليس العمل على ظاهرها ، لان المبارات ليس يقع بها فرقة من غير طلاق ، وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في ان يقع

(١) المبسوط : ج ٤ كتاب الخلع ص ٣٧٣ س ٣ قال : فرق أصحابنا بين الخلع والمبارات فلم يختلفوا في ان المبارات لا يقع الا بلفظ الطلاق.

(٢) الشرائع : كتاب المبارأة س ٥ قال : ويشترط اتباعه بلفظ الطلاق ، فلو اقتصر المباري على لفظ المبارأة لم يقع به فرقة.

(٣) الاستبصار : ج ٣ (١٨٤) باب حكم المبارأة ص ٣١٩ الحديث ٣.

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٨٤) باب حكم المبارأة ص ٣١٩ الحديث ٤.

.....
بائنا لا يملك معه الرجعة ، وهو مذهب جميع فقهاء أصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لا نعلم خلافا بينهم في ذلك. والوجه في هذه الاخبار ان نحملها على التقية ، لأنها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به ^(١) هذا آخر كلامه رحمه الله.

والحاصل : ان الخلع والمباراة يجتمعان في أمور ويفترقان في أمور ، فلهذا شملهما كتاب واحد ، لان منشأهما حصول المنافاة بين الزوجين وعدم التثام الأحوال ، فالموافقة في أمور :

- (أ) حصول البينونة في عدة كل منهما.
- (ب) حصول العوض فيهما.
- (ج) حصول المنافاة في الجملة.
- والمفارقة في أمور :
- (أ) ترتب الخلع على كراهتها خاصة ، وفي المباراة على كراهتهما.
- (ب) تحريم أخذ الزيادة في المباراة عما وصل إليها منه وجوازه في الخلع.
- (ج) افتقار البينونة في المباراة الى التلفظ بالطلاق وعدمه في الخلع على الأصح.

فرع

المشهور جواز مساواة البذل في المباراة لما وصل إليها منه ، وهو اختيار المفيد ^(٢).

(١) الاستبصار : ج ٣ ص ٣١٩ س ١٦ قال بعد نقل حديث ٤ : قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار إلخ.
(٢) المقنعة : باب الخلع والمباراة ص ٨٢ س ٨ قال : ولا يجوز له إذا كان كارها لها ان يأخذ منها على الطلاق لها أكثر مما أعطاه.

وابن إدريس ^(١) والمصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) لقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ^(٤).

ولصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : المرأة تقول لزوجها : لك ما عليك واتركني ، أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها ، إلا أنه يقول : فإن ارتجعت في شيء فأنا أملك ببضعك ، فلا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه ^(٥).
ولالأصل ، ومنعناه في الزائد؟ للاشتراك في الكراهة.
وقال الصدوقان : وله أن يأخذ دون الصداق وليس له أن يأخذ الكل ^(٦) وبه قال ابن حمزة ^(٧) وهو ظاهر الحسن ^(٨) والنهاية ^(٩).

احتجوا بحسنة زرارة قال : المباراة يؤخذ منها دون الصداق ، والمختلعة تؤخذ منها

-
- (١) السرائر : باب الخلع والمبارات ص ٣٣٦ س ٣٣ قال : ولا يجوز أن يأخذ منها أكثر من المهر.
(٢) الشرائع : كتاب المباراة قال : ويأخذ في المباراة بقدر ما وصل إليها منه ولا تحل له الزيادة.
(٣) المختلف : في أحكام الخلع والمبارات ص ٤٤ س ٣٧ قال بعد نقل قول المفيد وابن إدريس : وهو الوجه.
(٤) سورة البقرة . ٢٢٩ .
(٥) التهذيب : ج ٨ (٤) باب الخلع والمبارات ، ص ١٠٠ الحديث ١٨ .
(٦) المختلف : في أحكام الخلع والمبارات ص ٤٤ س ٣٤ قال : مسألة قال الشيخ علي بن بابويه في رسالته : وله أن يأخذ دون الصداق وفي المقنع ، باب الطلاق ص ١١٧ قال : وأما المبارات الى قوله : ولا ينبغي أن يأخذ منها أكثر من مهرها وزاد في المختلف نقلاً عنه (بل يأخذ منها دون مهرها).
(٧) الوسيلة ، فصل في بيان المباراة والنشوز ص ٣٣٢ س ١٣ قال : صح بشرطين : تكون الفدية أقل من المهر.
(٨) المختلف : في أحكام الخلع والمباراة ص ٤٤ س ٣٦ قال : وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية وابن أبي عقيل إلخ.
(٩) النهاية : باب الخلع والمباراة ص ٥٣٠ س ١١ قال : ويكون ذلك دون المهر الذي أعطاهما إلخ.

.....

ما شئت وما تراضيا عليه من صداق أو أكثر ، وانما صارت المباراة يؤخذ منها دون المهر
والمختلعة يؤخذ منها ما شاء؟ لأن المختلعة تتعدى في الكلام وتتكلم بما لا يحل لها^(١).
وهي مرسلة ولا دلالة فيها ، لان تسويغ أخذ الناقص لا يمنع المساواة.

(١) التهذيب : ج ٨ (٤) باب الخلع والمباراة ص ١٠١ الحديث ١٩ .

كتاب الظهار

كتاب الظهر

(مقدمة)

الظهر شرعا تشبيه الزوج المكلف منكوحته . ولو مطلقة رجعية في العدة . بظهر أمه .
وقيل : تشبيه من يملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة عليه ابدا ، بنسب أو رضاع
أو مصاهرة .

وانما سمي ظهرا؟ اشتقاقا من الظهر . وخصّ بالظهر دون البطن والفخذ والفرج وغيرها
من الأعضاء؟ لأن كل بهيمة تركب فإنما تركب ظهرها ، ولما كانت المرأة تركب وتغشى
شبّهت بذلك ، فاذا قال : أنت علي كظهر أمي ، فمعناه : ركوبك علي محرم كركوب أمي ،
فسمي ظهرا اشتقاقا من هذا .

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُم مِّنْ نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ . إِلَى
قوله . فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^(١) فذكر الله سبحانه الظهر في هذه الايات الثلاث .

ففي الأولى تحريمه وكونه منكرا .

وفي الثانية والثالثة الكفارة وتفصيلهما ...

(١) المجادلة : ٢ .

وأما السنة : فروت خولة بنت مالك بن ثعلبة ، قالت : تظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فأتيت النبي صلى الله عليه وآله فشكوت اليه ذلك ، فجعل رسول الله يجادلني عن زوجي أوس ويقول : اتقى الله فإنه ابن عمك ، فما برحت حتى نزل قوله تعالى ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾^(١) الى آخر الآيات ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : يعتق رقبة ، فقلت : لا يجد فقال : تصوم شهرين متتابعين ، فقلت : انه شيخ كبير ما به من صيام ، فقال : تطعم ستين مسكينا ، فقلت : ما له شيء ، فأتى بعرق^(٢) من تمر ، فقلت : اضم اليه عرقا آخر وأتصدق به عنه ، فقال : أحسنت ، تصدق به على ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك^(٣).

وروى سليمان بن بشار عن سلمة بن صخر قال : كنت رجلا أصيب من النساء ما لا يصيب غيري ، فلما دخل شهر رمضان خفت ان أصيب من امرأتي شيئا يتابع^(٤) بي حتى أصبح ، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان ، فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء ، فلم ألبث ان نزوت عليها ، فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرهم الخبر وقلت : امشوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالوا : لا والله ، فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته ، فقال : أنت بذاك يا سلمة؟ قلت : انا بذاك يا رسول الله ، مرتين ، وانا صابر لأمر الله فاحكم في ما أراك الله ، قال : حرر رقبة ، قلت والذي بعثك بالحق

(١) المجادلة : ١ .

(٢) في حديث المظاهر : انه اتى بعرق من تمر ، هو زنبيل منسوج من نسائج الخوص (النهاية لغة عرق).

(٣) سنن أبي داود : ج ٢ ص ٢٦٦ الحديث ٢٢١٤ .

(٤) أي يلازمي فلا استطيع الفكاك منه (هكذا في هامش السنن).

.....

ما أملك رقبة غيرها ، وضربت صفحة رقبتني ، قال : فصم شهرين متتابعين ، قال : وهل أصبت ما أصبت الا من الصيام؟ قال : فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا ، قلت : والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ^(١) ما لنا طعام ، قال : فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر ، وكل أنت وعيالك بقيتها ، فرجعت إلى قومي فقلت : وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ، ووجدت عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم السعة وحسن الرأي ، وقد أمر لي بصدقتكم ^(٢).

ومن طريق الخاصة : روى الصدوق عن محمد بن أبي عمير ، عن ابان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يقول له : أوس بن الصامت ، وكانت تحته امرأة يقال لها خولة بنت المنذر ، فقال لها ذات يوم : أنت على كظهر أمي ، ثم ندم من ساعته ، وقال لها : أيتها المرأة ما أظنك الا وقد حرمت على ، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت : يا رسول الله ان زوجي قال لي : أنت على كظهر أمي ، وكان هذا القول فيما مضى تحرم المرأة على زوجها ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله أيتها المرأة ما أظنك إلا حرمت عليه ، فرفعت المرأة يدها الى السماء فقالت : أشكو الى الله فراق زوجي ، فأنزل الله عز وجل يا محمد ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾ الآيات ^(٣).

واما الإجماع : فمن سائر المسلمين ثبوت الظهار حكما من احكام الشرع.

(١) وفيه (لقد بتنا وحشين ما لنا طعام) يقال : رجل وحش بالسكون من قوم أو حاش ، إذا كان جائعا لا طعام له ، وقد أوحش ، إذا جاع (النهاية لغة وحش).

(٢) سنن أبي داود : ج ٢ باب في الظهار ص ٢٦٥ الحديث ٢٢١٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٠ الحديث ٤.

وينعقد بقوله : أنت علي كظهر أمي ، وإن اختلفت حرف الصلة. وكذا يقع لو شبهها بظهر ذوي رحم نسباً ورضاعاً. ولو قال : كشعر أمي أو يدها لم يقع ، وقيل : يقع برواية فيها ضعف ، ويشترط أن يسمع نطقها شاهداً عدل.

تذنيب

الظهار محرم ، لأن الله وصفه بالنكر والزور ، فيحرم فعله ، لأنهما قبيحان. وهنا فرعان :

(أ) هل يثبت فيه عقوبة في الآخرة؟ قيل : نعم ، قضية لفعل المنكر ، وقيل : لا لتعقيقه بالعفو فإن الله سبحانه قال ﴿وَأَنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مَنَّكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ﴾^(١).

(ب) لا يصح الظهار من الصبي ، لأن المنكر والزور لا يتحققان في فعل الصبي ، لعدم تكليفه ، والظهار المعتبر هو الموصوف بهما. قال طاب ثراه : ولو قال : كشعر أمي أو يدها لم يقع ، وقيل : يقع برواية فيها ضعف.

أقول : قال الشيخ في المبسوط بالوقوع^(٢) وبه قال ابن حمزة^(٣) والقاضي في المهذب^(٤).

(١) سورة المجادلة . ١ .

(٢) المبسوط : ج ٥ كتاب الظهار ص ١٤٩ س ٤ قال : فاما إذا شبه زوجته بعضو من أعضاء الأم غير الظهر إلى قوله : كان بجميع ذلك مظاهراً.

(٣) الوسيلة ، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٥ قال : أو عضو من أعضائها وسمى إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ ، باب الظهار ص ٢٩٨ س ١٠ قال : فإن شبه زوجته بعضو من أعضاء الأم غير الظهر إلى قوله كان بجميع ذلك مظاهراً.

وبعدمه قال المرتضى^(١) والسيد ابن زهرة^(٢) وابن إدريس^(٣) ، وهو ظاهر المفيد^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦) تمسكا بأصالة الحل ، وبأن الأسباب الشرعية إنما يستفاد من نص الشارع والذي وقع ودل الكتاب والسنة المتواترة عليه ، أنت على كظهر أمي .

وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الظهار؟ قال : هو من كل ذي محرم : أما أو أختا أو عمّة أو خالة ، ولا يكون إلا في يمين ، قلت : وكيف هو؟ قال : يقول الرجل لامرأته ، وهي طاهر من غير جماع : أنت على حرام مثل ظهر أمي أو أختي ، وهو يريد بذلك الظهار^(٧) فيقتصر عليه أخذا بالمتيقن .

احتج الشيخ برواية السدير عن الصادق عليه السلام قال : قلت : الرجل يقول لامرأته : أنت على كشعر أمي أو كفها أو بطنها أو كرجلها ، قال : ما عني؟ ان أريد به الظهار ، فهو الظهار^(٨) .

-
- (١) الانتصار : مسائل الظهار ، ص ١٤٢ س ١ قال : (مسألة) ومّا انفردت به الإمامية إلى قوله : ولا يقوم مقامها تعليقة بجزء من اجزاء الام .
- (٢) الغنية : (في الجوامع الفقيه) ص ٦١٣ س ١٠ قال : فصل في الظهار الى ان قال : فلو علق ذلك بغير الظهر من رأس أو يد أو غيرهما لم يصح .
- (٣) السرائر : باب الظهار والإيلاء ص ٣٣٣ س ١١ قال : ومنها ان يكون متلفظا بقوله : أنت على كظهر أمي ، إلى قوله : ولم يثبت ذلك في باقي الأعضاء .
- (٤) المقنعة : باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٤ قال : وإذا قال الرجل لامرأته إلى قوله : أنت على كظهر أمي ثم قال : حرم بذلك عليه وطفها إلخ واكتفى بذلك ولم يذكر غير ذلك .
- (٥) لاحظ النافع .
- (٦) المختلف : الفصل الثالث في الظهار ص ٤٦ س ٣١ قال : والمعتمد قاله المرتضى .
- (٧) الكافي : ج ٦ باب الظهار ص ١٥٣ الحديث ٣ .
- (٨) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٠ الحديث ٤ .

وفي صحته مع الشرط روايتان ، أشهرهما : الصحة. ولا يقع في يمين ولا إضرار ولا غضب ولا سكر ويعتبر في المظاهر البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار والقصد. وفي المظاهرة طهر لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضر أو مثلها تحيض.

وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف ^(١).

قال طاب ثراه : وفي صحته مع الشرط روايتان ، أشهرهما : الصحة.

أقول : لا شك ان الخلع والظهار قد شاركا الطلاق في اشتراط وقوع كل من الثلاثة في الطهر العاري عن الجماع ، وسماع الشاهدين.

اما الخلع فلمشابهة الطلاق ، أو لكونه قسما من اقسامه على القول بوقوعه مجردا. واما الظهار فبالإجماع.

ولا يقع كل واحد من الطلاق والخلع معلقا على الشرط إجماعا.

وهل حكم الظهار كذلك؟ أو يجوز وقوعه معلقا على شرط كقوله : أنت علي كظهر

أُمِّي ان دخلت الدار ، وان قدم زيد؟ فيه مذهبان :

(أ) الوقوع قاله الشيخ في الثلاثة ^(٢) ^(٣) ^(٤) والصدوق في المقتنع ^(٥) وابن

(١) سند الحديث كما في التهذيب (محمّد بن علي بن محبوب ، عن سهل بن زياد ، عن غياث ، عن محمد بن سليمان ، عن أبيه عن سدير).

(٢) المبسوط : ج ٥ ، كتاب الظهار ص ١٥٠ س ١٦ قال : الظهار يقع عاجلا وآجلا ، الى أن قال : والأجل ان يقول : إذا دخلت الدار إلخ.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الظهار ، مسألة ٢٠ قال : الظهار على ضربين الى ان قال : والاخران يكون مشروطا إلخ.

(٤) النهاية : باب الظهار والإبلاء ص ٥٢٥ س ٢ قال : ثمّ انه ينقسم قسمين الى قوله : والضرب الثاني لا تجب فيه الكفارة إلا بعد ان يفعل ما شرط.

(٥) المقتنع : باب الطلاق ص ١١٨ س ٢١ قال : فان قال : هي عليه كظهر أمه ان فعل كذا وكذا الى

حمزة^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣).

(ب) عدمه قاله السيّد في الانتصار^(٤) والقاضي^(٥) وسالار^(٦) وابن زهرة^(٧) وهو ظاهر أبي علي^(٨).

احتج الأولون : بعموم الآية^(٩).

وبصحيحة حريز عن الصادق عليه السّلام قال : الظهران : فأحدهما أن يقول : أنت عليّ كظهر أمي ، ثمّ يسكت ، فذلك الذي يكفر قبل ان يواقع ، فاذا قال : أنت علي كظهر أمي ان فعلت كذا وكذا ، ففعل ، وجبت عليه الكفارة حيث يحث^(١٠).

احتج الآخرون برواية القاسم بن محمّد الزيات قال : قلت لأبي الحسن الرضا عليه السّلام : اني ظاهرت من امرأتي فقال لي : كيف قلت؟ : قال : قلت : أنت علي

ان قال : فليس عليه شيء حتى يفعل ذلك لشيء.

(١) الوسيلة ، فصل في بيان الظهران ص ٣٣٤ س ٨ قال : وإذا ظاهر مشروطا حرم الوطء بوقوع الشرط.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : في أحكام الظهران ص ٤٧ قال : (مسألة) سوغ الشيخ وقوع الظهران مع الشرط الى قوله : والوجه ما قاله الشيخ.

(٤) الانتصار : مسائل الظهران ص ١٤١ س ١٤ قال : (مسألة) ومّا انفردت به الإمامية القول بان الظهران مشروطا بأي شرط كان.

(٥) المهذب : ج ٢ باب الظهران ص ٢٩٨ س ٤ قال : وكذلك لا يقع صحيحا إذا كان مشروطا.

(٦) المراسم ، الظهران ص ١٦٠ س ٩ قال : والشروط فيه تبطله كالطلاق.

(٧) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ فصل في الظهران س ١٣ قال : ومنها ان يكون خاليا من الاشتراط ، فلو قال : أنت كظهر أمي ان كان كذا لم يصح وان حصل الشرط.

(٨) المختلف : في أحكام الظهران ص ٤٧ س ٣١ قال : وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد.

(٩) المجادلة : ٣.

(١٠) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهران ص ١٢ الحديث ١٤.

.....

كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا ، فقال : لا شيء عليك ولا تعد ^(١).
وفي الطريق أبي سعيد الآدمي ، وفيه ضعف ^(٢).
والفرق بين اليمين والشرط مع اتحاد صورتكما : ان اليمين المقصود فيها الكف وزجر النفس ، والإلزام ، وبالتزام مخطور على تقدير المخالفة ، والمقصود في الشرط : التعليق بالمشروط ووقوعه عند وقوع شرطه.

فرع

على القول بوقوعه معلقا على الشرط ، هل يقع معلقا على الزمان المستقبل؟ ويسمى المعلق على الصفة ، كقوله : أنت عليّ كظهر أمي إذا جاء رأس الشهر فيه احتمالا. ان.
عدم الوقوع لعدم النص عليه ، والوقوع لاشتراكهما في التعليق وهو اختيار الشيخ ^(٣).
والفرق بينهما : ان الشرط يمكن وقوعه في الحال وعدم وقوعه ، والمعلق بالزمان يستحيل وقوعه في زمان إيقاعه ثمّ ينحتم وقوعه في الزمان المستقبل ، فوقعه في الحال محال ، وفي المستقبل واجب.
فقليل : هو اولى بالوقوع من المشروط ، لأنه لا بد من وقوعه ، بخلاف الشرط فقد لا يقع.

(١) الاستبصار : ج ٣ ، أبواب الظهار (١٥٨) ص ٢٦٠ الحديث ١١.
(٢) سند الحديث كما في الاستبصار (أحمد بن محمد بن يحيى ، عن أبي سعيد الآدمي عن القاسم بن محمد الزيات).
(٣) المبسوط : ج ٥ ص ١٥٠ س ١٦ قال : الظهار يصح أجلا وعاجلا الى قوله : وإذا جاء رأس الشهر إلخ.

وفي اشتراط الدخول تردد ، المروي الاشتراط.

وأجيب : بل هو اولى بعدم الوقوع ، لان المكلف لا يرد وقوعه في زمان إيقاعه قطعاً ، بخلاف الشرط ، فان المقصود وقوع المشروط عند حصول الشرط ، وهو ممكن الحصول في الحال ، ومع هذا فهو في غير صورة النص.

قال طاب ثراه : وفي اشتراط الدخول تردد ، المروي : الاشتراط.

أقول : اشترط الصدوق ^(١) والشيخ في الكتابين ^(٢) ^(٣) الدخول ، وهو ظاهر القاضي ^(٤) وأبي علي ^(٥) واختاره العلامة ^(٦).

ولم يشترطه المفيد ^(٧) وتلميذه ^(٨) وابن زهرة ^(٩) وابن إدريس ^(١٠) ونقله عن المرتضى ^(١١) واختاره فخر المحققين ^(١٢).

احتج الأولون بصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في المرأة التي

(١) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٢ قال : ولا يقع حتى يدخل الرجل بأهله.

(٢) النهاية : باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٦ ، س ١٧ قال : والظهار لا يقع الا على المدخول بها.

(٣) المبسوط : ج ٥ كتاب الظهار ص ١٤٦ س ٢٢ قال : لا يقع الظهار قبل الدخول عندنا إلخ.

(٤) المهذب : ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٥ قال : ولا يقع إلا بزوجة مدخول بها.

(٥) و (٦) المختلف : في أحكام الظهار ص ٤٨ س ٣٧ قال : وجعله (أي الدخول) الشيخ أبو جعفر شرطاً ، الى قوله : وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد ، والمعتمد ما قاله الشيخ.

(٧) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٣ قال : وان قال لها قبل ان يدخل بها وهي حائض وقع.

(٨) المراسم ، الظهار ص ١٦٠ س ٨ قال : وان تكون زوجته إلخ ولم يشترط الدخول.

(٩) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ س ١٦ قال : أو غير مدخول بها ، أو مدخولاً بها وهي غائبة عن زوجها فإنه لا اعتبار بهذا الشرط إلخ.

(١٠) و (١١) السرائر : باب الظهار والإيلاء ، ص ٣٣٣ س ٢٦ قال : أو غير مدخول بها على الصحيح من مذهب أصحابنا إلى قوله وما اخترناه اختيار السيد المرتضى إلخ.

(١٢) الإيضاح : ج ٣ ص ٤٠٨ س ١١ قال : واحتجوا بعموم قوله تعالى الى قوله : المتناول للمدخول بها وغيرها وهو الأصح عندي.

وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان ، أشبههما : الوقوع ، وكذا الموطوءة بالملك والمروي أنها كالحرّة.

لم يدخل بها زوجها ، قال : لا يقع بها إيلاء ولا ظهار ^(١).
ومثلها رواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السّلام قال : سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته ، قال : لا يلزمه ، وقال : لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها ^(٢).
احتج الآخرون بعموم قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ ^(٣) وهو عام.
قال طاب ثراه : وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان ، أشبههما الوقوع ، وكذا الموطوءة بالملك والمروي أنها كالحرّة.
أقول : هنا مسئلتان.

الموطوءة بالعقد المنقطع هل يقع بها الظهار؟ قال المرتضى ^(٤) وابن زهرة ^(٥) والتقي ^(٦) نعم واختاره المصنف ^(٧) والعلامة في القواعد ^(٨) والمختلف ^(٩).

-
- (١) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤٠.
(٢) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤١.
(٣) المجادلة : ٣.
(٤) الانتصار ، في نكاح المتعة ص ١١٥ س ١٤ قال : والظهار أيضا يقع بالمتمتع بها إلخ.
(٥) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ س ١٤ قال : ومنها ان يكون موجهها ذلك الى معقود عليها سواء كانت حرة أو أمة دائما نكاحها أو مؤجلا.
(٦) الكافي : فصل في الظهار ص ٣٠٣ س ٣ قال : حرة كانت أو أمة غبطة أو متعة.
(٧) لاحظ عبارة النافع.
(٨) القواعد في الظهار ص ٨٤ س ٢٥ قال : وهل يشترط كون العقد دائما؟ خلاف أقره الوقوع بالمستمتع بها.
(٩) المختلف : في أحكام الظهار ص ٤٨ س ١١ قال : والوجه قول السيد المرتضى.

وقال الصدوق : وأبو علي لا يقع ^(١) ^(٢) واختاره ابن إدريس ^(٣). واحتجوا بما رواه ابن فضال عمن أخبره عن الصادق عليه السلام قال : لا يكون الظهار الا على موضع الطلاق ^(٤).

وهي مع ضعف سندها مرسلة.

احتج الأولون بقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ ^(٥) وهي من النساء ، والا كانت حراما لقوله ﴿فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ ^(٦).

(ب) الموطوءة بالملك هل يقع بها الظهار أم لا؟ بالوقوع قال في النهاية ^(٧) والمختلف ^(٨) وبه قال الحسن ^(٩) وابن حمزة ^(١٠) والمصنف ^(١١) واختاره العلامة ^(١٢).

(١) الهداية : (١٢٢) باب الظهار ص ٢٢ قال : ولا يقع الظهار الا على موضع الطلاق.

(٢) المختلف : في أحكام الظهار ص ٤٨ س ٨ قال : (مسألة) قال الصدوق وابن الجنيد : لا يقع الظهار الا على موضع الطلاق.

(٣) السرائر : باب الظهار والإيلاء ص ٣٣٣ س ٢٠ قال : ومنها ان يكون ذلك موجها الى معقود عليها دائما نكاحها.

(٤) الاستبصار : ج ٣ ، أبواب الظهار ص ٢٦١ الحديث ١٣.

(٥) المجادلة : ٣.

(٦) المؤمنون : ٧ . المعارج : ٣١.

(٧) النهاية باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٧ س ١٠ قال : والظهار يقع بالحرّة والأمة سواء كانت الأمة زوجة أو موطوءة بملك يمين.

(٨) المختلف في أحكام الظهار ص ٤٨ س ٢٠ قال : والمعتمد الأول ، أي قول الشيخ في النهاية.

(٩) المختلف : في أحكام الظهار ص ٤٨ س ١٨ قال : والأول (أي صحة ظهار الموطوءة بملك اليمين) اختيار شيخنا ابن أبي عقيل إلخ.

(١٠) الوسيلة ، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٥ س ١٣ قال : والظهار يقع بأمر الولد الى قوله : وبالأمة إذا كانت مزوجة.

(١١) لاحظ عبارة النافع.

(١٢) المختلف : في أحكام الظهار ص ٤٨ س ٢٠ قال : والمعتمد الأول (أي صحة ظهار الموطوءة بملك اليمين).

وبعدمه قال الصدوق ^(١) وبه قال المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) والتقي ^(٤) والقاضي ^(٥) وابن إدريس ^(٦) ونقله عن المرتضى ^(٧).

احتج الأولون بوجوه.

(أ) أنها من النساء ، لتحريم أمها إجماعاً قال تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ ^(٨) وإذا ثبت كونها من النساء وقع بها الظهار لعموم الآية ^(٩).

(ب) موثقة إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام قال : سألته عن الرجل يظاهر من جاريته؟ فقال : الأمة والحرّة في هذا سواء ^(١٠).

(ج) صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الظهار على الحرّة والأمة ، فقال : نعم ^(١١).

احتج الآخرون بوجهين.

(أ) أصالة بقاء الحل.

(١) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٢ قال : ولا يقع الظهار الا على موضع الطلاق.

(٢) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٤ قال : وان كانت الأمة ملك يمينه لم يقع به.

(٣) المراسم ، الظهار ص ١٦٠ س ٨ قال : وان تكون زوجته ، لا امة.

(٤) الكافي : فصل في الظهار ص ٣٠٤ س ٣ قال : ولا يصح الظهار في ملك اليمين.

(٥) المذهب : ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٦ قال : فان كانت ملك يمين لم يقع بها ظهار.

(٦) السرائر : الظهار والإيلاء ص ٣٣٣ س ٢١ قال : ولا يقع بملك اليمين على الصحيح من المذهب الى ان

قال : والأول (أي عدم الوقوع) اختيار السيد المرتضى وشيخنا المفيد وهو الحق اليقين إلخ.

(٧) السرائر : الظهار والإيلاء ص ٣٣٣ س ٢١ قال : ولا يقع بملك اليمين على الصحيح من المذهب الى ان

قال : والأول (أي عدم الوقوع) اختيار السيد المرتضى وشيخنا المفيد وهو الحق اليقين إلخ.

(٨) النساء : ٢٣.

(٩) المجادلة : ٣.

(١٠) الاستبصار : ج ٣ (١٦١) باب ان الظهار يقع بالحرّة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ١.

(١١) الاستبصار : ج ٣ (١٦١) باب ان الظهار يقع بالحرّة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ٣.

وهنا مسائل.

(الأولى) الكفارة تجب بالعود ، وهو ارادة الوطء ، والأقرب انه لا استقرار لوجوبها.

(ب) رواية حمزة بن حمران قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه ، قال : يأتيها وليس عليه شيء^(١).
وفي طريقها ابن فضال^(٢).

قال طاب ثراه : الكفارة تجب بالعود ، وهو ارادة الوطء ، والأقرب انه لا استقرار لوجوبها.

أقول : كفارة الظهار يجب عند العود إجماعا ، لقوله تعالى ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾^(٣) والعود هو إرادة الوطي. وهل يستقر بنفس الإرادة ، أولا؟ بل معنى الوجوب يحرم الوطي حتى يكفر؟ أكثر الأصحاب على الثاني ، وبالأول قال نجيب الدين يحيى بن سعيد^(٤) واختاره العلامة في التحرير^(٥) لدلالة الآية عليه.
ويظهر الفائدة في مسائل :

(أ) لو أراد الوطي ثم مات قبله ، وجبت الكفارة على الأول ، ولا يجب على الثاني.

-
- (١) الاستبصار : ج ٣ (١٦١) باب ان الظهار يقع بالحره والمملوكه ص ٢٦٤ الحديث ٤.
(٢) سند الحديث كما في الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٤ (الحسين بن سعيد عن الحسن بن علي بن فضال عن ابن بكير عن حمزة بن حمران) ولاحظ ما قاله الشيخ في ذيل الحديث أيضا.
(٣) المجادلة : ٣.
(٤) الجامع للشرائع.
(٥) التحرير : ج ٢ ص ٦٢ الفصل الثاني في أحكامه س ٦ قال : فمضى أراد الوطي وجبت عليه الكفارة ، وهل لها استقرار إلخ.

(الثانية) لو طلقها وراجع في العدة لم تحلّ حتى يكفر. ولو خرجت فاستأنف النكاح ، فيه روايتان ، أشهرهما : انه لا كفارة.

-
- (ب) لو طلق قبل الوطي بعد ارادته ، وجب على الأول خاصة.
- (ج) لو لا عن بينى على القولين.
- (د) وجوب إخراجها على الفور عند الإرادة على الأول ، دون الثاني.
- (هـ) لو كانت الإرادة سابقة على هلال شوال ، وكانت الكفارة تمام الاستطاعة ، سقط الحج على الأول خاصة.
- (و) لو تمّ بها مئونة السنة ، وجب الفطرة على الثاني دون الأول.
- (ز) يحل له الأخذ من الزكاة لو لم يكن كسوبا إذا كانت تمام المئونة على الأول.
- (ح) كذا لا يجب عليه الخمس في الأرباح لو كانت تمام المئونة على الأول خاصة.
- قال طاب ثراه : و (لو خ ل) راجع في العدة لم يحلّ حتى يكفر ، ولو خرجت فاستأنف النكاح فيه روايتان ، أشهرهما انه لا كفارة.
- أقول : إذا رجع المطلقة الرجعية في العدة لم يسقط الكفارة قطعا ، اما لو تركها حتى انقضت العدة ثم أعادها إلى النكاح بعقد مستأنف ، أو كانت العدة بائنة فاستأنف نكاحها بعقد ، هل يجب الكفارة فيه ؛ للأصحاب ثلاثة أقوال.
- (أ) السقوط ، قاله الشيخ ^(١) وابن زهرة قال : وفي أصحابنا من قال : لا يجوز له الوطي حتى يكفر على حال ، وظاهر القران معه ، لأنه يوجب الكفارة بالعود من

(١) النهاية : باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٦ س ٣ قال : فان خرجت من العدة ثم عقد عليها عقدا مستأنفا لم تكن عليها كفارة إلخ.

غير فصل ، وكذا قال ابن إدريس جزما وحكاية ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣) ، وهو ظاهر الصدوقين ^(٤) ^(٥) والمفيد ^(٦) والقاضي ^(٧) لأنهم قالوا : فان طلقها سقطت الكفارة ، فإن راجعها وحبب عليه ، فان نكحت زوجا غيره وطلقها الزوج فقضت العدة وعادت الى زوجها الأول بنكاح مستقبل حلت له ولا يلزمه كفارة.

والظاهر انهم لم يقصدوا اشتراط التزويج في سقوط الكفارة ، بل خروج العدة ، مع احتماله.

(ب) سقوط الكفارة ان كان بتجديد العقد بعد العدة وان كان في العدة لكون الطلاق بائنا ، لم يسقط ، قاله ابن حمزة ^(٨).

(١) السرائر : باب الظهار والإيلاء ص ٣٣٤ س ٩ قال : وان خرجت من العدة واستأنف العقد عليها جاز له الوطى من غير تكفير ومن أصحابنا إلخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف : في أحكام الظهار ، ص ٥٠ س ٩ قال : والوجه ما قاله الشيخ.

(٤) الفقيه : ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٣ قال في ذيل حديث ٧ : (فان تركها حتى يحل أجلها وتزوجها رجل أخر إلى قوله : لم تلزمه الكفارة).

(٥) المختلف : في أحكام الظهار ص ٤٩ س ٣٦ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية : وكذا قال الصدوق وأبوه.

(٦) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٧ قال : فان نكحت زوجا غيره الى قوله : حلت له ولم تلزمه كفارة ما كان منه في الظهار.

(٧) المهذب : ج ٢ باب الظهار ص ٣٠٠ س ١٠ قال : فان خرجت من عدتها وعقد عليها بعد ذلك عقدا جديدا لم يلزمه كفارة.

(٨) الوسيلة فصل في بيان الظهار ص ٣٣٥ س ٦ قال : وان خرجت من العدة إلى قوله : لم يلزم ، وان ظاهر ثم طلق بائنا وجدد العقد قبل الخروج من العدة لزم الحكم.

(ج) وجوب الكفارة سواء نكحت زوجا غيره أم لا ، عقد عليها الاولى في العدة أو بعدها قاله التقي ^(١) وسالار ^(٢) وقال الحسن : فان طلق المظاهر امرأته ، أو اخرج جاريته عن ملكه فليس عليه كفارة الظهار الا ان يرجع امرأته ويرد مملوكته الى ملكه بشراء أو غير ذلك ، فإنه إذا كان ذلك لم يقرها حتى يكفر كفارة الظهار ^(٣).

احتج الأولون بوجوه :

(أ) أصالة البراءة.

(ب) صيرورته أجنبيا بالطلاق ، فيخرج عن العهدة.

(ج) انها على حذو النكاح الأول ، وقد زال فيزول ما فيه ، كالإيلاء.

(د) ان استباحة الفرج ليست مستندة إلى العقد الأول الذي لحقه الظهار ، بل الى العقد الثاني وليس فيه ظهار.

(هـ) انها بالطلاق وخروج العدة صارت أجنبية ، وكما لا يصح ابتداء الظهار عليها ، فكذا لا يصح الحكم باستدامته في حقها.

(و) ما رواه يزيد الكناسي قال : سألت أبا جعفر عليه السلام ، إلى ان قال : فان راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل ان يتماسا ، فان تركها حتى يحل أجلها وتملك نفسها ، ثم تزوجها بعد ، هل الظهار قبل ان يتماسا؟ قال : لا ، قد

(١) الكافي ، فصل في الظهار ، ص ٣٠٣ س ١٤ قال : إذا طلق المظاهر قبل التكفير فتزوجت المرأة إلى قوله : لم يحل عليه وطؤها.

(٢) المراسم ، الظهار ص ١٦٠ س ٥ قال : فان طلقها ونكحت زوجا غيره الى قوله : وجب عليه أيضا التكفير حتى أراد وطأها.

(٣) المختلف : في أحكام الظهار ص ٤٩ س ٣٧ قال : وقال ابن أبي عقيل : فان طلق المظاهر امرأته إلى آخر ما في المتن.

.....

بانت منه وملكت نفسها^(١).

ومثلها صحيحة بريد بن معاوية^(٢).

احتج الآخرون بوجوه :

(أ) عموم القران^(٣).

(ب) الاحتياط.

(ج) حسنة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين ، فتزوجت ، ثم طلقها الذي تزوجها ، فراجعها الأول ، هل عليه فيها الكفارة للظهار الأول؟ قال : نعم عتق رقبة أو صوم أو صدقة^(٤).

والجواب : بالمنع من تناول القران صورة النزاع ، لان العود إلى استباحة ما حرمه الظهار في عقد ، انما يكون بالعود في ذلك العقد. والاحتياط معارض بأصالة البراءة. والخبر حملة الشيخ على التقية ، لكونه مذهب جماعة من العامة^(٥) ^(٦) قال العلامة : وليس بعيدا من الصواب حمل النكاح الثاني على الفاسد لأنه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين ، فيكون قد وقع في العدة ، فيكون باطلا. قلت : وما أحسن هذا التأويل.

(١) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٦ قطعة من حديث ٢٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٢ قطعة من حديث ٦.

(٣) المجادلة : ٢ و ٣.

(٤) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٧ الحديث ٢٧.

(٥) التهذيب : ج ٨ ص ١٧ قال بعد نقل حسنة علي بن جعفر : وهذا الخبر محمول على التقية إلخ.

(٦) لاحظ : المغني لابن قدامة : ج ٨ ص ٥٧٥ مسألة ٦١٨٦ الفصل الثاني انه إذا طلق من ظاهر منها الى قوله : وهو قول عطا والحسن والزهرى إلخ.

(الثالثة) لو ظاهر من اربع بلفظ واحد لزمه اربع كفارات. وفي رواية كفارة واحدة ، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة.

أما أولا فلكون التزويج معقبا بالفاء ، وهي تقتضي الفورية ، وذلك يقتضي عدم الخروج من العدة.

واما ثانيا فلان حكاية الحديث تشعر به ، حيث قال : فراجعها الأول ولم يقل يزوجه الأول كما في رواية الكناسي^(١).

قال طاب ثراه : ولو ظاهر من اربع بلفظ واحد لزمه اربع كفارات ، وفي رواية كفارة واحدة ، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة.
أقول : هنا مسألتان.

(الاولى) لو ظاهر من اربع بلفظ واحد كقوله : أنتن على كظهر أمي كان كما لو ظاهر من كل واحدة بانفرادها على المشهور من فتاوى علمائنا ، قاله الشيخان^(٢) والتقي^(٣) والقاضي^(٤) وابن إدريس^(٥).

وقال أبو علي : لو ظاهر من أربع نسوة في كلمة واحدة كان عليه كفارة

(١) التهذيب : ج ٨ (٢) باب الظهار ص ١٦ الحديث ٢٦.

(٢) النهاية : باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٦ س ٨ قال : وكذلك ان ظاهر الرجل من نساء له جماعة بكلام واحد إلخ.

(٣) المقنعة : باب حكم الظهار ص ٨١ س ٤ قال : وإذا ظهر من أربع نسوة له كان عليه بعدد النساء كفارات.

(٤) الكافي : فصل في الظهار ص ٣٠٤ س ٢ قال : وإذا ظاهر من عدة أزواج حرمين ، ولزمته للغرم على وطء كل منهن كفارة.

(٥) المهذب : ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٩ س ١٠ قال : وإذا كان للرجل من الزوجات أكثر من واحدة فظاهر منهن في حاله واحدة إلخ.

(٦) السرائر : باب الظهار والإيلاء ص ٣٣٤ س ١١ قال : وإذا ظاهر من زوجتين له فصاعد ألزمه مع العود لكل واحدة منهن كفارة.

(الرابعة) يجرم الوطء قبل التكفير ، فلو وطء عامدا لزمه كفارتان ، ولو كرّر لزمه بكل وطء كفارة.

واحدة ^(١) وجعله القاضي رواية ^(٢) والمعتمد الأول واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤) لوجوه.
(أ) ان كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم الظهار من التحريم ، والترافع لو رافعته دون الباقيات ، فيتعلق به الكفارة ، لوجود السبب التام.
(ب) حسنة حفص البخاري عن الصادق والكاظم عليهما السلام في رجل كان له عشر جوار وظاهر منهن كلهن جميعا بكلام واحد ، فقال : عليه عشر كفارات ^(٥).
(ج) الاحتياط.

احتج برواية غياث بن إبراهيم عن الصادق وعن الباقر عليهما السلام عن علي عليه السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال : عليه كفارة واحدة ^(٦).
وهي ضعيفة السند ^(٧) مع احتمال حملها على الوحدة في الجنس ، وهو اما عتق أو صوم أو صدقة على الترتيب ، ولا يجب عن بعض عتق وعن بعض صوم وعن بعضهم صدقة

(١) المختلف : في أحكام الظهار ص ٥١ س ٢٢ قال : وقال ابن الجنيد : وان ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة كان عليه كفارة واحدة.

(٢) المهذب : ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٩ س ١١ قال : وقد روى ان عليه كفارة واحدة.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف : في أحكام الظهار والإيلاء ص ٥١ س ٢٣ قال : لنا ان كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم الظهار.

(٥) التهذيب : ج ٨ (٢) باب الظهار ص ٢١ الحديث ٤٢.

(٦) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤٣.

(٧) سند الحديث كما في التهذيب (احمد بن محمد بن عيسى ، عن محمد بن يحيى الخزاز ، عن غياث بن إبراهيم ، عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام).

.....

(الثانية) في تكرار طهارة الواحدة ، وفيه ثلاثة أقوال.

(الأول) تعدد الكفارة بتعدد المرات مطلقا ، أي سواء كان الثاني متراخيا عن الأول أولا ، وسواء كان المشبه بها في الثاني مخالفة للأول أولا ، وهو إطلاق الحسن ^(١) والشيخ في النهاية ^(٢) واختاره العلامة ^(٣) لوجوه.

(أ) ان كل طهارة سبب مستقل بوجوب التكفير لعموم الآية.

(ب) ان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية ، واحكام الطهارة معلقة على حصوله فيكون علة ، وهو موجود في كل مرة مرة.

(ج) صحيحة محمد بن سلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن رجل طاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر قال : قال علي عليه السلام : مكان كل مرة كفارة ^(٤) ومثلها حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل طاهر من امرأته ثلاث مرات ، قال : يكفر ثلاث مرات ^(٥).

(الثاني) تعدد الكفارة إن تعددت المشبه بها ، كما لو قال : أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أختي ، لأنهما حرمتان انتهكهما ، واتحادهما مع اتحاده ، وهو قول أبي علي ^(٦).

(١) و (٢) المختلف : في أحكام الطهارة ص ٥٠ س ٢٩ قال : وقال ابن عقيل : ولو ان رجلا تكلم بلفظ الطهارة مرتين أو ثلاثا الى قوله : كان عليه لكل مرة كفارة ، إلى قوله : وهو المعتمد.
(٣) النهاية : باب الطهارة والإيلاء ص ٥٢٦ س ٦ قال : ومتى طاهر الرجل من امرأته مرة بعد أخرى كان عليه بعد كل مرة كفارة.

(٤) الكافي : ج ٦ باب الطهارة ص ١٥٦ الحديث ١٤.

(٥) المختلف : في أحكام الطهارة ص ٥٠ س ٢٦ قال : وقال ابن الجنيد : ان طاهر بامه ثم طاهر بأخته لزمه كفارتان إلخ.

(٦) الكافي : ج ٦ باب الطهارة ص ١٥٦ الحديث ١٢.

(الثالث) تعدد الكفارة مع تراخي الثاني عن الأول ، ومع تناليه ان قصد بالثانيظهارا مستأنفا ، وان قصد به الأول لم يتعدد ، وهو قول أبي حمزة ^(١) وادعى في المبسوط الإجماع على عدم تعددها مع قصد التأكيد ^(٢) قال العلامة في المختلف : وقول المبسوط لا بأس به ^(٣).

واحتجوا بأصالة البراءة.

وبصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد ، قال : عليه كفارة واحدة ^(٤).

والجواب : الأصالة معارضة بالاحتياط ، وحمل الشيخ الوحدة على الجنس ، أي لا يختلف كما يختلف الكفارات فيما عد الظهار ، وليس المراد ، عليه كفارة واحدة عن المرات الكثيرة ^(٥).

واعلم ان مختار العلامة في المختلف : التكرير مطلقا وان قصد التأكيد ، يفهم ذلك من إيراده الأقوال وجوابه عنها ، ثم قال في آخر بحثه : والظاهر ان قول النهاية غير مخالف لقوله في المبسوط ، لأن تأكيد الظهار ليس ظهارة ^(٦).

(١) الوسيلة : فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٩ قال : فان تكرر منه لفظ الظهار لم يخل : اما تكرر منه متواليا أو متراخيا إلخ.

(٢) المبسوط : ج ٥ ، كتاب الظهار ، ص ١٥٢ س ١٥ قال : إذا تظاهر من امرأته مرارا إلى قوله : والثالث التأكيد لم يلزمه إلا كفارة واحدة بلا خلاف الى قوله في س ٣٩ وقول المبسوط لا بأس به.

(٣) المختلف : في أحكام الظهار ص ٥٠ س ٣٠ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط : وهو المعتمد.

(٤) الاستبصار : ج ٣ (١٥٩) باب حكم الرجل يظاهر من امرأة واحدة مرات كثيرة ص ٢٦٣ الحديث ٥ وقال بعد نقل الحديث : فالوجه في هذا الخبر ان نحمله على ان عليه كفارة واحدة في الجنس لا يختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار إلخ.

(٥) الاستبصار : ج ٣ (١٥٩) باب حكم الرجل يظاهر من امرأة واحدة مرات كثيرة ص ٢٦٣ الحديث ٥ وقال بعد نقل الحديث : فالوجه في هذا الخبر ان نحمله على ان عليه كفارة واحدة في الجنس لا يختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار إلخ.

(٦) المختلف : في أحكام الظهار ص ٥١ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف : والظاهر انه غير مخالف لقوله في النهاية إلخ.

(الخامسة) إذا أطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفّر. ولو علقه بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط ، وقال بعض الأصحاب : أو بواقع ، وهو بعيد ، ويقرب إذا كان الوطاء هو الشرط.

ويظهر من فخر المحققين دعوى الإجماع على عدم التكرير مع قصد التأكيد ^(١) ، فيعود الخلاف الى قولين.

قال طاب ثراه : ولو علقه بشرط لم يحرم حتى يحصل الشرط ، وقال بعض الأصحاب : أو يواقع ، وهو بعيد ، ويقرب إذا كان الشرط هو الوطاء.

أقول : هنا مسألتان :

(الأولى) إذا كان الظهار معلقا على شرط ، لم يتحقق الظهار الا عند حصول شرطه ، قضية للتعليل.

وقال الشيخ في النهاية : أو يواقع فمتى واقعها كانت عليه كفارة واحدة ^(٢) قال المصنف : وهو بعيد ^(٣) ووجه بعده ان المشروط عدم عند عدم شرطه ، فلم يحصل الموجب للتحريم ، والأصل بقاء الحل الا مع تيقن السبب ، فلا تجب الكفارة لأصالة البراءة.

فهاهنا ثلاثة أصول.

(الأول) أصالة الحل.

(١) الإيضاح : ج ٣ ، كتاب الظهار ص ٤٢٠ س ١٦ قال : والبحث هو انه إذا كرر الظهار ولم يظهر انه أراد بالثاني تأكيد الأول وفيه خلاف بين الأصحاب إلخ ولازم هذا الكلام انه إذا ظهر ان الثاني تأكيد للأول لا خلاف فيه.

(٢) النهاية : باب الظهار والإيلاء ، ص ٥٢٥ س ٧ قال : والضرب الثاني الى قوله : فمتى واقعها كانت عليه كفارة.

(٣) الشرائع ، الرابع في الأحكام ، السابعة ، قال : ولو كان الوطاء هو الشرط الى قوله : وقيل : تجب بنفس الوطاء ، وهو بعيد ، ولاحظ عبارة النافع أيضا.

(السادسة) إذا عجز عن الكفارة قيل : يحرم وطؤها حتى يكفر ، وقيل : تجزي بالاستغفار ، وهو أشبه.

(السابعة) مدة التريص ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، وعند انقضائها يضيق عليه حتى يفيء أو يطلق.

(الثاني) أصالة البراءة.

(الثالث) أصالة عدم الظهار.

قال المصنف : ويقرب إذا كان الشرط هو الوطي ^(١) ، وذلك ظاهر قضيته للشرطية.
 (الثانية) لو كان الشرط هو الوطي ، كقوله : أنت على كظهر أمي إن وطئتكَ ، وقع الظهار بعد الشرط ، وهل تجب الكفارة بهذا الوطي؟ قال الشيخ : نعم ، بناء على ان الاستمرار وطى ثان ^(٢) وضعفه العلامة لأن الوطي من ابتداءه الى النزع عرفا واحدا ، والإطلاق انما يحمل على العرف ، والمشروط يتحقق بعد وقوع شرطه ، لا قبله ^(٣).
 قال طاب ثراه : إذا عجز عن الكفارة قيل : يحرم وطؤها حتى يكفر ، وقيل : يجزيه الاستغفار وهو أشبه.

أقول : للأصحاب هنا ستة أقوال :

(أ) تحريم الوطء حتى الكفارة ، فإن عجز منع من وطئها حتى يؤدي الواجب

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) النهاية : باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٥ س ١٠ قال : ومتى فعل ما ذكر انه لا يفعله وجبت عليه الكفارة أيضا إلخ.

(٣) القواعد : كتاب الفراق ، المقصد الثاني في أحكام الظهار ص ٨٦ س ٤ قال : وقيل : يجب بنفس الوطي ، وليس بجيد.

.....

عليه قاله المفيد ^(١) وأبو علي ^(٢).

(ب) تحريم الوطي حتى يكفر بما يقدر عليه : من العتق ، والصيام ، أو إطعام ستين مسكينا ، فان لم يجد تصدق بما يطيق قاله الصدوقان ^(٣) ^(٤).

(ج) تحريم الوطي حتى يكفر بما يقدر عليه من الخصال الثلاث ، فان عجز صام ثمانية عشر يوما ، قاله الشيخ في النهاية ^(٥) وتبعه القاضي ^(٦) وجعله الصدوق في المنع رواية ^(٧) وأوجب في النهاية التفريق بينهما ^(٨).

(د) تحريم الوطء بعد العجز عن الخصال الثلاث حتى يصوم ثمانية عشر يوما ، ومع عجزه عنها يطعم كل مسكين عن كل يوم مدين من طعام ، فان عجز استغفر الله ، قاله ابن حمزة ^(٩).

(١) المنعنة : باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٦ قال : ولم يجز له ان يطأ زوجته حتى يؤدي الواجب عليه في ذلك.

(٢) المختلف : في أحكام الظهار ص ٥١ س ٥ قال بعد نقل قول المفيد : وهو اختيار ابن الجنيد.

(٣) المختلف : في أحكام الظهار ص ٥١ س ٥ قال : وقال ابن بابويه في رسالته الى قوله : فان لم يجد تصدق بما يطيق.

(٤) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٠ قال : فمن لم يقدر يتصدق بما يطيق.

(٥) النهاية : باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٧ س ٤ قال : ومتى عجز عن إطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما الى قوله : يحرم عليه وطؤها الى ان يكفر.

(٦) المهذب : ج ٢ باب الظهار ص ٣٠٠ س ٦ قال : وإذا عجز عن الإطعام صام ثمانية عشر يوما الى قوله : لم يجز له وطء زوجته إلخ.

(٧) لم نعثر عليه في المنع ، وفي الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٠ قال : وقد روى أنه يصوم ثمانية عشر يوما.

(٨) تقدم أنفا.

(٩) الوسيلة : كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١ قال : وإذا عجز عن فرضه الى قوله : فان عجز استغفر الله ولم يعد.

(هـ) مع العجز عن الخصال يستغفر الله ويطأ زوجته ، ويكون الكفارة في ذمته إذا قدر عليها كقوله الشيخ في الاستبصار ^(١).

(و) انتقال فرضه الى الاستغفار ، ويحل الوطء ولا شيء عليه لو قدر بعد ذلك قاله ابن إدريس ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤) لوجهه.
(أ) أصالة البراءة.

(ب) أصالة اباحة الوطي.

(ج) كون إيجاب الكفارة تكليفاً بغير مقدور ، فيكون مرفوعاً لما تقرر في موضعه.

(د) موثقة إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام : ان الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفارة ، فليستغفر ربه ، ولينو أن لا يعود قبل ان يواقع ، ثم ليواقع ، وقد أجزأ ذلك عنه عن الكفارة ، فإذا وجد السبيل الى ما يكفر به يوماً من الأيام فليكفر ، وان تصدق بكفه أو أطعم نفسه وعياله فإنه يجزيه إذا كان محتاجاً ، وان لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه وينوي ان لا يعود ، فحسبه بذلك والله كفارة ^(٥).

احتج الشيخ على التفريق بما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال : كل من عجز عن الكفارة التي يجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو

(١) الاستبصار : ج ٤ (٣٦) باب ان من وجب عليه كفارة الظهار فعجز عنها اجمع كان باقياً في ذمته ولم يجز له وطء المرأة حتى يكفر ص ٥٦ الحديث ٢.

(٢) السرائر : باب الظهار والإيلاء ص ٣٣٤ س ١٧ قال : والصحيح ان الاستغفار كفارة لمن لا يقدر على الكفارة رأساً.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف : في أحكام الظهار ص ٥١ س ١٣ قال بعد نقل قول ابن إدريس : والوجه ما قاله ابن إدريس.

(٥) الاستبصار : ج ٤ (٣٦) باب ان من وجب عليه كفارة الظهار فعجز عنها اجمع كان باقياً في ذمته ولم يجز له وطء المرأة حتى يكفر ص ٥٦ الحديث ٢.

قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار ، فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه ان يجامعها ، وفرق بينهما ، الا ان ترضى المرأة ان يكون معها ولا يجامعها ^(١).

وعلى الثماني عشر يوما بما رواه أبو بصير عنه عليه السلام قال : سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ، ولا يقوى على الصيام؟ قال : يصوم ثمانية عشر يوما ، لكل عشرة مساكين ثلاثة أيام ^(٢).
وردها العلامة بضعف السند ^(٣) وتمسك بالبراءة الأصلية ^(٤).

(١) التهذيب : ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٠ الحديث ٥ ورواه أيضا في ج ٨ باب حكم الظهار ص ١٦ الحديث ٢٥.

(٢) التهذيب : ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢٣ الحديث ٤٩.

(٣) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن الحسين عن وهب بن حفص النخاس عن أبي بصير).

(٤) المختلف : في أحكام الظهار ص ٥١ س ٢٠ قال بعد نقل الحديث : (والجواب المنع من صحة السند والتمسك بالبراءة الأصلية).

كتاب الإيلاء

كتاب الإيلاء

(مقدمة)

الإيلاء لغة اليمين عن كل شيء ، يقال : آلى يولى إيلاء فهو مولى ، والآلية اليمين ، وجمعه ألياء ، ومنه قول الشاعر.

فآليت لا آتيك إن كنت محرماً ولا أبتغى جارا سواك مجاوراً

ويقال : تألى يتألى تألياً فهو متأل ، ومنه قوله : تألى على أن لا يفعل خيراً ، يعنى

حلف ، ويقال : ائتلى يأتلى إئتلاءً فهو مؤتل ، ومنه قوله تعالى ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى﴾^(١) يعنى لا يحلف^(٢).

ففي الشرع هو حلف الرجل على ترك وطى امرأته مطلقاً أو مقيداً بالدوام ، أو مدة يزيد على أربعة أشهر ، فهو يمين مخصوص ، وله أحكام مخصوصة به تميّزه عن اليمين المطلقة ، وسنذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى.

والأصل فيه : الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ

اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ الآية^(٣) فأخير سبحانه عن حكم من

(١) النور : ٢٢ .

(٢) من قوله (الإيلاء لغة) إلى هنا من المبسوط : ج ٥ ص ١١٤ كتاب الإيلاء.

(٣) البقرة : ٢٢٦ . ٢٢٧ .

(كتاب الإيلاء) ...

ولا ينعقد الا باسم الله سبحانه. ولو حلف بالطلاق والعتاق لم يصح. ولا تنعقد إلا في الإضرار.

فلو حلف لصلاح لم ينعقد ، كما لو حلف لاستضرارها بالوطء ، أو لا صلاح اللبن. ولا يقع حتى يكون مطلقا ، أو أزيد من أربعة أشهر. ويعتبر في المولي : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد. وفي المرأة : الزوجية والدخول. وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان ، المروي : انه لا يقع.

حلف ان لا يوطأ زوجته ، وأوجب انما يتربص أربعة أشهر ، فإن فاء ، يعنى جامع ، فان الله يغفر له ، وان عزم الطلاق ، فان الله يسمع ذلك منه.
وأما السنة : فيتناوله عموم النص الدال على انعقاد الايمان ، ووجوب المحافظة عليها ، وتعلق الكفارة عند الحنث فيها ، ونصوص الأئمة عليهم السلام على أخذ مسأله.
واما الإجماع فلا خلاف بين الأمة فيه ، وكان طلاقا في الجاهلية ، فنسخ حكمه وبقي محله.

قال طاب ثراه : وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان : المروي انه لا يقع.

أقول : بالوقوع قال التقي ^(١) ونقل عن المفيد في بعض مسأله ^(٢) ووجهه العموم.

وبالمنع قال الشيخ ^(٣) والحسن والسيد ^(٤) وابن إدريس ^(٥) لقوله تعالى :

(١) الكافي : فصل في بيان حكم الإيلاء ص ٣٠٢ س ١٧ قال : فان حلف ان لا يقرب أمته أو متعته فعليه الوفاء فان حنث كُفّر.

(٢) لم أعثر عليه.

(٣) النهاية : باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٨ س ١٣ قال : والمتمتع بها لا يقع بها إيلاء على حال.

(٤) الانتصار : مسائل النكاح ص ١١٥ س ٢٢ قال : واما الإيلاء فإنما لم يلحق المستمتع بها ، لأن أجل المتعة ربما كان دون أربعة أشهر إلخ.

(٥) السرائر : باب الإيلاء ص ٣٣٥ س ٣١ قال : ومنها ان يكون المولى منها زوجة دوام.

وإذا رافعته أنظره الحاكم أربعة أشهر. فإن أصرَّ على الامتناع ثمَّ رافعته بعد المدة خيره الحاكم بين الفئة والطلاق ، فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفيء ، أو يطلق ، وإذا طلق وقع رجعيًا ، وعليها العدة من يوم طلقها. ولو ادعى الفئة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه. وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة؟ قال الشيخ : نعم والروايات مطلقة.

﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ الآيتين.

والاستدلال بهذه الآية من وجهين :

(أ) ضرب أربعة أشهر للتربص ، ثمَّ يجبر على احد الأمرين ، الفئة أو الطلاق ، ولا إجبار في المؤجل لعدم وجوب القسمة.

(ب) تعقبه بالطلاق ، وهو غير ثابت في المؤجل ، وانتفاء اللوازم يدل على انتفاء الملزومات.

ولرواية عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا إيلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها ^(١) واختاره المصنف ^(٢) والعلامة ^(٣).

قال طاب ثراه : وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة؟ قال الشيخ : نعم ، والروايات مطلقة.

أقول : المشهور ان ضرب المدة بعد المرافعة وما قبلها عفو ، فكأنها بتركها الطلب

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب حكم الإيلاء ص ٨ الحديث ٢٢.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد : كتاب الفراق ، الباب الرابع في الإيلاء ، ص ٨٦ س ٢٠ قال : ويشترط كونها منكوحة بالعقد الدائم فلا يقع بالمتمتع بها.

أسقطت حقها فلا يحسب عليه ، وهو اختيار الشيخين ^(١) ^(٢) والقاضي ^(٣) وابن حمزة ^(٤) والتقي ^(٥) وابن إدريس ^(٦) والمصنف ^(٧) والعلامة ^(٨) في أحد قولين. وقال الحسن وأبو علي مدة الأربعة محسوبة عليه من حين الإيلاء ^(٩) ^(١٠) واختاره العلامة في المختلف ^(١١) والروايات مطلقة ، وكذا الآية.

روى بريد بن معاوية (في الحسن) عن الصادق عليه السلام قال : إذا آلى الرجل ان لا يقرب امرأته ولا يمسه رأسه ورأسها ، فهو في سعة ما لم يمض الأربعة أشهر ، فإذا مضت الأربعة أشهر وقف ، فاما ان يفيء واما ان يغرم

(١) المتنوعة : باب فراق الرجال النساء ، حكم الإيلاء ص ٨٠ س ٢٧ قال : فان استعدت عليه أنظره الحاكم أربعة أشهر إلخ.

(٢) النهاية : باب الظهار والإيلاء ص ٥٢٧ س ١٨ قال : أنظره الحاكم بعد رفعها إليه أربعة أشهر إلخ.

(٣) المهذب : ج ٢ باب الإيلاء ص ٣٠٢ س ٣ قال : أنظره الحاكم بعد مرافعتها إليه أربعة أشهر إلخ.

(٤) الوسيلة : فصل في بيان الإيلاء ص ٣٣٦ س ٣ قال : فان استعدت ضرب الحاكم مدة أربعة أشهر إلخ.

(٥) الكافي : فصل في بيان حكم الإيلاء ص ٣٠٢ س ١٤ قال : والا أنظره أربعة أشهر إلخ.

(٦) السرائر : باب الإيلاء ص ٣٣٥ س ٣٧ قال : فان أبي أنظره أربعة أشهر من حين المرافعة لا من حين اليمين.

(٧) لا حظ عبارة النافع.

(٨) القواعد : كتاب الفراق ، المقصد الثاني في أحكامه ، ص ٨٨ س ١٦ قال : وان رفعت أمرها إلى الحاكم أنظره أربعة أشهر إلخ.

(٩) و (١٠) المختلف : في أحكام الإيلاء ص ٥٤ س ١٧ قال : وقال ابن عقيل : والحد الذي يجب المرأة أن تسكت أربعة أشهر فإذا مضت فالأمر إلى المرأة ، إلى قوله : وكذا قال ابن الجنيدي ، فإنه قال : فاذا كان موليا فمضت أربعة أشهر إلخ.

(١١) المختلف : في أحكام الإيلاء ص ٥٤ س ٢١ قال : لنا قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ من حين الإيلاء إلخ.

الطلاق^(١).

ونحوه حسنة الحلبي^(٢) ورواية ابن بكير^(٣) ومثله صحيحة أبي بصير^(٤).

تنبيه

الإيلاء يمين مخصوصة ، وكفارته كفارة اليمين ، والفرق بينه وبين مطلق اليمين عن وجوه :

(أ) ان اليمين إذا تعلقت بالأولى خلافه دينا أو دينا لم ينعقد ، وكان له فعل الاولى ، ولا كفارة عليه وفي الإيلاء بالنظر إليها ، ان كان في الحلف صلاحها كالتدبير في المرض لم ينعقد الإيلاء ، وكذا لو كان لصلاح الدين ، وكان كاليمين . واما بالنظر اليه ، فلا يقال انه أصلح له ، أو أضر عليه ، بل يراعى طرفها ، وحيث لا ينعقد إيلاء يكون يميناً يراعى فيه ما في اليمين.

(ب) ان الإيلاء يلحقه حكم الحاكم والمرافعة اليه ، وليس كذلك اليمين.

(ج) ان الإيلاء يشترط تعلقه بزوجة منكوحة بعقد دائم ، فلا تقع بالمتعة ومملك اليمين ، ومطلق اليمين لا يعتبر فيه ذلك ، فلو حلف ان لا يطأ متعته أو أمته روعي جانب المصلحة في الانعقاد.

(د) لو قال : والله لا أنكحتك ، وكان إيلاء ، أي في إضرار فوطئ في الدبر ، لم يزل حكم الإيلاء ، وفي اليمين ينحل بذلك ويجب الكفارة.

(١) التهذيب : ج ٨ (١) باب حكم الإيلاء ص ٣ الحديث ٣.

(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب حكم الإيلاء ص ٢ الحديث ١.

(٣) الكافي : ج ٦ باب الإيلاء ص ١٣١ الحديث ٤.

(٤) الكافي : ج ٦ باب الإيلاء ص ١٣٢ الحديث ٩.

ولنتبع ذلك بذكر الكفارات ، وفيه مقصدان .
(الأول) في حصرها : وتنقسم إلى مرتبة ومخيرة ، وما يجتمع فيه الأمران ، وكفارة الجمع .

فالمرتبة : كفارة الظهار : وهي عتق رقبة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ، ومثلها كفارة قتل الخطأ . وكفارة من أفطر يوما من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامدا ، إطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات .

والمخيرة : كفارة شهر رمضان : وهي عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكينا . ومثله كفارة من أفطر يوما منذورا على التعيين ، وكفارة خلف العهد على تردد .

ذكر الكفارات

قال طاب ثراه : وكفارة خلف العهد على تردد .
أقول : ذهب الشيخ إلى أن كفارة خلف العهد كفارة رمضان كبرى مخيرة ^(١) وتبعه القاضي ^(٢) والتقي ^(٣) وابن حمزة ^(٤)

(١) النهاية : باب الكفارات ، ص ٥٧٠ س ١٥ قال : وكفارة نقض النذور والعهود عتق رقبة ، أو إلخ .
(٢) المهذب : ج ٢ باب كفارة نقض النذر والعهد ، ص ٤٢١ س ٤ قال : كفارة نقض النذر والعهد عتق رقبة أو صيام إلخ .
(٣) الكافي : فصل في النذور والعهود والوعود ص ٢٢٥ س ١٣ قال : فان فرط حتى فات فعله قضاءه وكفارة من أفطر يوما من شهر رمضان .
(٤) الوسيلة ، فصل في بيان النذر ص ٣٥١ س ٤ قال : والمعاهدة ثلاثة أضرب : أحدها ان يقول

أما كفارة خلف النذر ففيه قولان : أشبههما أنها صغيرة.
وما فيه الأمران : كفارة يمين : وهي عتق رقبة ، أو إطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات.

واختاره العلامة ^(١) وفخر المحققين ^(٢).

لرواية أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام قال : من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر لله وطاعته فحنث فعليه عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً ^(٣).

ومثلها رواية على بن جعفر عن أخيه عليه السلام ^(٤).
وقال المفيد : من نكث عهد الله تعالى وجب عليه من الكفارة ما قدمناه في كفارة قتل الخطأ ^(٥) ، ونقل عنه في كفارة قتل الخطأ قولان : التخيير والترتيب ^(٦).
قال طاب ثراه : أما كفارة خلف النذر ففيه قولان : أشبههما أنها صغيرة.

عاهدت الله تعالى الى قوله : فالأول حكمه حكم النذر في جميع الاحكام ولزوم الكفارة ، ثم قال في كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ٢ وعلى التخيير في أربعة مواضع إلخ.
(١) المختلف : في الكفارات ص ١١٢ س ٧ قال : (مسألة) ذهب الشيخان الى ان كفارة خلف النذر والعهد كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان الى ان قال : والمعتمد اختيار الشيخين.
(٢) الإيضاح : ج ٤ في الكفارات ص ٧٩ س ١٨ قال : كفارة خلف العهد كفارة خلف النذر ، وهي إلى قوله وهو الأقوى عندي.

(٣) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٥ الحديث ٤٧.

(٤) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٩ الحديث ٢٥.

(٥) المقنعة : باب النذور والعهود ص ٨٨ س ٦ قال : ومن نكث عهد الله تعالى إلخ.

(٦) المقنعة : باب النذور والعهود ص ٨٨ س ١٣ قال : ومن قتل مؤمناً خطأ إلى قوله : وكفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان ، وقال في باب القضاء في الديات ص ١١٥ س ٢ : ويجب على قاتل الخطأ الكفارة ، وهي عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يستطع إلخ.

وكفارة الجمع : كقتل المؤمن عمدا عدوانا ، وهي عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين ، وإطعام ستين مسكينا.

أقول : في كفارة خلف النذر للأصحاب أقوال.

- (أ) انها كبرى مخيرة مثل كفارة رمضان سواء كان النذر صوما أو غيره قاله الشيخ ^(١) والقاضي ^(٢) وابن حمزة ^(٣) والتقي ^(٤) ونقل عن المفيد ^(٥) واختاره العلامة ^(٦).
- لصحيحة عبد الملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام في حديث قال : من جعل لله عليه أن لا يركب محرما سماه فركبه ، الى قوله : فليعتق رقبة ، أو ليصم شهرين متتابعين ، أو ليطعم ستين مسكينا ^(٧).
- (ب) انها كبرى مرتبة ، مثل كفارة الظهار وهو اختيار سلار ^(٨).

- (١) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١٥ قال : وكفارة نقض النذور والعهد عتق رقبة أو صيام شهرين إلخ.
- (٢) المهذب : ج ٢ باب كفارة نقض النذر والعهد ص ٤٢١ س ٤ قال : كفارة نقض النذر والعهد عتق رقبة أو صيام إلخ.
- (٣) الوسيلة : كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ٢ قال : وعلى التخيير في أربعة مواضع كفارة النذر وإفطار يوم من شهر رمضان متعمدا.
- (٤) الكافي : فصل في النذور والعهد والوعود ص ٢٢٥ س ٨ قال : فالمفروض الى قوله : فان فرط حتى فات ، وكفارة من أفطر يوما من شهر رمضان.
- (٥) المقنعة : باب النذور والعهد ص ٨٧ س ٢ قال : ومن نذر لله شيئا الى قوله : والكفارة عتق رقبة أو صيام إلخ.
- (٦) تقدم نقل قوله : والمعتمد اختيار الشيخين.
- (٧) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٤ الحديث ٤٢.
- (٨) المراسم : ذكر الكفارات ص ١٨٧ س ١ قال : وكفارة خلف النذر وكفارة الظهار الى قوله : عتق رقبة ، أو. إلخ. وهذه العبارة تدل على التخيير ، وقبل أسطر قال : كفارة الظهار عتق رقبة ، فان لم يجد إلخ وهذه تدل على الترتيب ، وعلى أي حال فالعبارة لا يخلو من اشكال.

(ج) انها صوم شهرين متتابعين قاله الفقيه في الرسالة ، قال : وروى كفارة يمين ^(١) .
 (د) كفارة خلف النذر كفارة يمين قاله الصدوق في المقنع : وعبارته : فان نذر ان يصوم كل سبت فليس له ان يتركه الا من علة ، فإن أفطر من غير علة تصدق مكان كل يوم على عشرة مساكين ^(٢) ، معولا على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن كفارة النذر؟ فقال : كفارة النذر كفارة اليمين ^(٣) .
 وفي حسنة الحلبي عنه عليه السلام قال : فان قلت : لله علي ، فكفارته كفارة يمين ^(٤) .

والى هاتين الروايتين أشار والده بقوله : وروى كفارة يمين ^(٥) .
 وحملها بعض الأصحاب ^(٦) على العجز ، مصيرا إلى صحيحة جميل بن صالح عن الكاظم عليه السلام انه قال : كل من عجز عن نذر نذره فكفارته كفارة يمين ^(٧) .

-
- (١) المختلف : في الكفارات ص ١١٢ ، س ١٠ قال : وقال شيخنا علي بن بابويه في رسالته كفارة خلف النذر إلخ.
 (٢) المقنع : باب الايمان والنذور والكفارات ، ص ١٣٧ س ١٣ قال : فان نذر رجل ان يصوم إلخ وقال قبل ذلك بأسطر : فإن خالف (أي النذر الواجب) لزمته الكفارة صيام شهرين متتابعين وروى إلخ.
 (٣) التهذيب : ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٧ الحديث ١٨ .
 (٤) الاستبصار : ج ٤ (٣٥) باب كفارة من خالف النذر أو العهد ص ٥٥ الحديث ٨ .
 (٥) تقدّم آنفا .
 (٦) وهو الفخر قدّس سرّه لاحظ الإيضاح ج ٤ ، في الكفارات ص ٧٩ .
 (٧) الاستبصار : ج ٤ (٣٥) باب كفارة من خالف النذر أو العهد ص ٥٥ الحديث ٧ .

مسائل ثلاث.

(الاولى) قيل : من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار. ومن وطء في الحيض عامدا لزمه دينار في اوله ونصف في وسطه وربيع في آخره. ومن تزوج امرأة في عدتها ، فارقها وكفّر بخمسة أصواع من دقيق. ومن نام عن صلاة العشاء الآخرة حتى جاوز نصف الليل ، أصبح صائما. والاستحباب في الكل أشبه.

(الثانية) في جزّ المرأة شعر رأسها في المصاب كفارة شهر رمضان ، وقيل : كفارة مرتبة. وفي نتفه في المصاب كفارة يمين. وكذا في خدش وجهها. وكذا في شق الرجل ثوبه بموت ولده أو زوجته.

(الثالثة) من نذر صوم يوم فعجز عنه ، تصدق عنه بإطعام المسكين مدّين من طعام ، فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله.

قال : فان قيل : مع العجز لا كفارة ، فكيف يتعين كفارة اليمين؟ أجاب بأنها فداء كما في صوم المرضع.

(هـ) ان النذران كان للصوم وخالف وجب كفارة رمضان ، وان كان لغيره كفارة يمين ، ووجه الجمع بين الروايات : حمل ما ورد فيها بوجوب الكفارة الكبرى على الصوم ، والصغرى على غيره ، نقله ابن إدريس عن المرتضى في المسائل الموصليات ، وعن الصدوق^(١).

والمعتمد الأول عملا بالاحتياط وبالرواية الصحيحة.

قال طاب ثراه : قيل : من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار.

(١) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦١ س ١٥ قال : ان النذر لا يخلو من أحد أمرين اما ان يكون صوما معينا الى قوله : وذهب اليه من جملة أصحابنا السيد المرتضى في الموصليات وأبو جعفر بن بابويه رحمه الله إلخ.

أقول : هنا مسائل :

(الاولى) الحلف بالبراءة من الله حرام وكذا من الرسول والأئمة عليهم السلام ، بالإجماع سواء كان ما حلف عليه باطلا أو حقا ، وهل يجب بها كفارة ، أم لا؟ قيل فيه قولان :

أحدهما : لا كفارة فيها ، وهو معنى عدم انعقادها ، لأنه لا يمين الا بالله.

لقوله عليه السلام : من كان حالفا فليحلف بالله والا فليسكت ^(١) اختاره الشيخ في المبسوط ^(٢) والخلاف ^(٣) وبه قال ابن إدريس ^(٤) والمصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).
والآخر وجوب الكفارة ، وهو قول المفيد ^(٧) والصدوق ^(٨)

(١) صحيح مسلم : كتاب الايمان ، (١) باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى الحديث ٣ وراجع عوالي اللئالي : ج ٢ ص ٣١٢ الحديث ٣ وذيله.

(٢) المبسوط : ج ٦ ، كتاب الايمان ص ١٩٤ س ١ قال : إذا قال : برئت من الله الى قوله : لم يكن يمينا ولا ينحت بخلافه.

(٣) كتاب الخلاف : كتاب الايمان ، مسألة ٤ قال : إذا قال : انا يهودي أو نصراني أو مجوسي أو برئت من الإسلام إلى قوله : لم يكن يمينا.

(٤) السرائر : كتاب الايمان ، ص ٣٥٢ س ١٨ قال : ولا يجوز اليمين بالبراءة من الله تعالى الى قوله : ما ذكر في مبسوطه وخلافه هو الذي يقوى في نفسي.

(٥) الشرائع : في بيان الكفارات ، المقصد الثاني فيما اختلف فيه (الاولى) من حلف بالبراءة إلى قوله : وقيل : يا ثم ولا كفارة وهو أشبه.

(٦) القواعد : ج ٢ كتاب الايمان ، في الكفارات ص ١٤٤ س ١٥ قال : ومن حلف بالبراءة إلى قوله : لم ينعقد ولا يجب بها كفارة.

(٧) المنفعة : باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال : ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله : ثم حنث كان عليه كفارة ظهار.

(٨) المنع : باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال : فان قال الرجل : الى قوله : وهو

.....

والقاضي^(١) وسلار^(٢) والتقي^(٣) والشيخ في باب الكفارات من النهاية^(٤).

فعلى هذا ينعقد عندهم.

ثم اختلف الموجبون على أقوال.

(أ) كفارة ظهار ، فان عجز فكفارة يمين قاله الشيخ في النهاية^(٥) والمفيد^(٦) والقاضي

^(٧) واقتصر سلار على كفارة الظهار ، ولم يذكر حالة الاضطرار^(٨).

(ب) كفارة النذر ، وهي كفارة رمضان قاله ابن حمزة^(٩).

(ج) كفارتها صيام ثلاثة أيام والصدقة على عشرة مساكين قاله الصدوق^(١٠).

(د) إطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد ، ويستغفر الله قاله العلامة في

بري من دين محمد صلى الله عليه وآله فإنه يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين.

(١) المذهب : ج ٢ باب كفارة الحلف بالبراءة من الله ص ٤٢١ س ٢٠ قال : هذه الكفارة مثل كفارة الظهار إلخ.

(٢) المراسم ذكر الايمان والنذور والعهود ص ١٨٥ س ١ قال : يلزم بالحنث فيه كفارة ظهار ، وهي اليمين بالبراءة إلخ.

(٣) الكافي : في الايمان ، ص ٢٢٩ س ١٢ قال : وقول القائل : هو برئ من الله الى قوله : تجب عليه التوبة وكفارة ظهار.

(٤) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال : ومن حلف بالبراءة من الله الى قوله : كان عليه كفارة ظهار فان لم يقدر كان عليه كفارة يمين.

(٥) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال : ومن حلف بالبراءة من الله الى قوله : كان عليه كفارة ظهار فان لم يقدر كان عليه كفارة يمين.

(٦) تقدم ما عن المفيد آنفا ولم يذكر حالة الاضطرار.

(٧) المذهب : ج ٢ باب كفارة الحلف بالبراءة من الله ص ٤٢١ س ٢٠ قال : فان لم يقدر كان عليه كفارة يمين.

(٨) تقدم آنفا.

(٩) الوسيلة : فصل في بيان أقسام اليمين ص ٣٤٩ س ٧ قال : وان حلف بالبراءة إلى قوله : لزمته كفارة النذر.

(١٠) تقدم آنفا.

المختلف^(١).

لما رواه محمد بن يحيى قال : كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد الحسن العسكري عليه السلام رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله صلى الله عليه وآله ، فحنث ما توبته وكفارته؟ فوقع عليه السلام : يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مدّ ويستغفر الله عزّ وجلّ^(٢) والى هذه الرواية أشار المصنف في الشرائع^(٣) وقال في نكت النهاية : والحق عندي انه لا كفارة في شيء من ذلك ، لان ما ذكره الشيخان لم يثبت ، وما تضمنته الرواية نادر ، ولا ينهض المكاتبة بالحجية لما يتطرق إليها من الاحتمال^(٤).

تنبيهان

(أ) صرح الشيخان^(٥) ^(٦) والتقي^(٧) بترتب الحكم على كل واحد من هذه

(١) المختلف : في أحكام اليمين ص ٩٧ س ٢ قال : والمعتمد ان نقول لا يجوز الحلف بذلك فان حنث في يمينه وجب عليه إطعام عشرة مساكين إلخ.

(٢) التهذيب : ج ٨ (١) باب الايمان والاقسام ص ٢٩٩ الحديث ١٠٠.

(٣) الشرائع في الكفارات (الاولى) من حلف بالبراءة فعليه كفارة ظهار إلخ والإشارة إلى الرواية لأنه قبل ذلك قال : المقصد الثاني فيما اختلف فيه.

(٤) نكت النهاية : (في الجوامع الفقهية) ص ٤٣٥ س ٤ قال : والحق عندي انه لا كفارة في شيء من ذلك إلخ.

(٥) المقنعة : باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال : ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله : ومن حلف بشيء من ذلك ثم حنث إلخ.

(٦) الخلاف : كتاب الايمان ، مسألة ٤ قال : إذا قال : انا يهودي ، أو نصراني ، أو مجوسي ، أو برئت من الإسلام ، أو من الله ، أو من القرآن إلخ.

(٧) الكافي : فصل في الايمان ص ٢٢٩ س ١٧ قال : وان قال : هو برئ من الإسلام ، أو هو كافر ، أو هو مشرك ، أو فاسق إلخ.

الثلثة ، أعني البراءة من الله ، أو من رسوله ، أو من الأئمة عليهم السلام ، وأبو علي رتب الحكم على المجموع ^(١) ولعل مراده الأول.

(ب) رتب المفيد ^(٢) وتلميذه ^(٣) الكفارة على المخالفة ، وكذا ابن حمزة ^(٤) وان خالفهما في الكفارة ورتبها الصدوق على مجرد القول ^(٥) وهو يقتضي إلزامه بالكفارة معجلا ، وان لم يترتب عليه حنث وكذا الشيخ في النهاية ^(٦) والتقي ^(٧) والقاضي ^(٨).

فرع

يجب الكفارة بالغموس منها على مذهب الصدوق ومتابعيه ، ولا يجب على

- (١) لم أظفر عليه ولم يتعرض له في المختلف أيضا.
- (٢) المنفعة : باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال : ومن حلف بشيء من ذلك ثم حنث كان عليه كفارة ظاهر.
- (٣) المراسم : ذكر الايمان والنذور والعهود ص ١٨٥ س ١ قال : أحدهما يلزم بالحنث فيه كفارة ظاهر ، وهي اليمين بالبراءة إلخ.
- (٤) الوسيلة : كتاب الايمان والنذور ص ٣٤٩ س ٧ قال : وان حلف بالبراءة إلى قوله : فان كذب اثم ولزمته كفارة النذر.
- (٥) المنع : باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال : فان قال الرجل : الى قوله : فإنه يصوم ثلاثة أيام إلخ.
- (٦) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال : ومن حلف بالبراءة إلى قوله : كان عليه كفارة ظاهر إلخ.
- (٧) الكافي : فصل في الايمان ص ٢٢٩ س ١٧ قال : وان قال : هو برئ من الإسلام إلى قوله : فهو مأزور صادقا كان أم كاذبا.
- (٨) المهذب : ج ٢ ص ٤٢١ س ١٨ قال : باب كفارة الحلف بالبراءة من الله أو رسوله ، أو أحد من الأئمة عليهم السلام.

مذهب المفيد.

(الثانية) كفارة الوطي في الحيض وقد تقدم البحث فيها.

(الثالثة) من تزوج امرأة في عدتها ، فارقها ، وهل يجب عليه كفارة؟ قال ابن حمزة :

نعم ^(١) واختاره العلامة في القواعد ^(٢) وفخر المحققين في الإيضاح ^(٣) للاحتياط.

ولرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن امرأة تزوجها رجل في

عدتها ، فوجد لها زوجا ، قال : عليه الحد وعليها الرجم ، لأنه تقدم بعلم ، وتقدمت هي بعلم ، وكفارته ان لم يتقدم الى الامام ان يتصدق بخمسة أصواع دقيقا ^(٤).

ولما رواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل

تزوج امرأة ولها زوج ، فقال : إذا لم يرفع خبره الى الامام فعليه ان يتصدق بخمسة أصواع من دقيق ، هذا بعد ان يفارقها ^(٥).

وقال ابن إدريس : بالاستحباب ^(٦) وهو اختيار المصنف ^(٧) وأطلق الشيخ في

(١) الوسيلة : كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١٥ قال : ومن تزوج امرأة في عدتها كفر بخمسة أصواع من دقيق.

(٢) القواعد : ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال : ومن تزوج امرأة في عدتها فارق وكفر بخمسة أصواع من دقيق وجوبا.

(٣) الإيضاح : ج ٤ في الكفارات ص ٨٣ س ١٧ قال : وهو الأقوى عندي ، أي وجوب الكفارة وعدم الفرق بين المعتدة وغيرها.

(٤) الاستبصار : ج ٤ (١٢٠) باب من تزوج امرأة ولها زوج ص ٢٠٩ الحديث ١.

(٥) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠١ الحديث ٢٣.

(٦) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦١ س ٣٤ قال : وقد روى ان من تزوج بامرأة في عدتها الى قوله : وروى أيضا ان من نام عن عشاء الآخرة الى قوله والاولى حمل هاتين الروايتين على الاستحباب دون الفرض والإيجاب.

(٧) لا حظ عبارة النافع.

النهاية التكفير المذكور ولم يذكر الوجوب أو الندب^(١).

فرع

أطلق الأصحاب لفظ التزويج ولم يصرحوا بالعلم أو الجهل ، لكن قولهم : كَفَّر ، يدل على تقييده بالعالم ، إذ الجاهل لا يتوجه عليه عقوبة ، وفي الرواية الأولى تصريح به ، وإيجاب الحد أيضا دليل عليه. وفي قوله عليه السَّلام (ان لم يرفع خبره الى الامام) إيماء إلى انه لو رفع خبره الى الامام وأخذ منه الحد لا يجب عليه الكفارة ، وكأنه استغنى بالعقوبة بالحد عن التكفير ، لان تعليق الحكم على وصف يشعر بعلية ذلك الوصف ، قضيته للتعليق ، والا خلا التقييد عن الفائدة.

وقال المرتضى : لو تزوج بذات البعل جاهلا كفر بخمسة دراهم^(٢) ورواه أبو علي عن أبي بصير عن الصادق عليه السَّلام^(٣) وهو نادر.

تنبيه

وهذا الحكم يشمل المعتدة رجعية ، وبائنة عدة الوفاة وغيرها وذوات البعول. اما ذوات البعل فلأنه منطوق الرواية ، واما الرجعية فلأنها ذات بعل. واما البائنة فلأنهم لم يفرقوا بين العدتين ، فيكون الفرق احداث قول ثالث. (الرابع) من نام عن صلاة العشاء الآخرة حتى جاوز نصف الليل ، فاتته

(١) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٢ س ١٣ قال : ومن تزوج بامرأة في عدتها فارقها ، وكفر إلخ.
(٢) الانتصار : (مسائل الكفارات) ص ١٦٦ س ١٠ قال : (مسألة) ومما انفردت به الإمامية ان من تزوج امرأة ولها زوج الى قوله : ويتصدق بخمسة دراهم.
(٣) المختلف : في الكفارات ص ١١٣ س ٢٣ قال بعد نقل قول السيد : ورواه ابن الجنيد عن أبي بصير عن الصادق عليه السَّلام.

العشاء ، ووجب قضائها ، وهل يجب عليه التكفير بصيام اليوم الذي يصبح فيه؟ قال المرتضى : نعم ^(١) وبه قال التقي ^(٢) وأطلق الشيخ في النهاية ^(٣) وكثير من الأصحاب صوم ذلك اليوم ولم يصرحوا بالوجوب أو الندب وقال ابن إدريس : بالاستحباب ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

واحتج الأولون برواية عبد الله بن المغيرة عمن حدثه عن الصادق عليه السلام في رجل نام عن العتمة ولم يقم الا بعد انتصاف الليل ، قال : يصلّيها ويصبح صائماً ^(٧) وبالإجماع ، وبقوله ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ ^(٨).

والرواية مرسلة ، والإجماع غير متحقق ، ولا دلالة في الآية على المطلوب ، والأصل البراءة ، وحملها على الاستحباب أشبه.

(الخامس) لو جزت المرأة شعرها في المصاب كانت آثمة ، وهل يجب عليها الكفارة؟ قيل فيه ثلاثة أقوال.

(١) الانتصار : (مسائل الكفارات ص ١٦٥) س ١٦ قال : (مسألة) ومّا انفردت به الإمامية القول : بان من نام عن صلاة العشاء إلخ.

(٢) الكافي : الصوم ، ص ١٨٨ س ١١ قال : فصل في كفارة اليمين وفوت عشاء الآخرة الى قوله : ويتعين على من فرط في صلاة العشاء الآخرة حتى جاوز النصف الأول من الليل ان يصبح صائماً إلخ.

(٣) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٢ س ١٥ قال : ومن نام عن عشاء الآخرة حتى يمضي النصف الأول من الليل صلاها حين يستيقظ إلخ.

(٤) تقدّم آنفاً.

(٥) لا حظ عبارة النافع.

(٦) القواعد : ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال : ومن نام عن العشاء حتى خرج نصف الليل أصبح صائماً ندباً.

(٧) التهذيب : ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٣ الحديث ١٦.

(٨) الحج : ٧٨.

(أ) وجوب كفارة كبرى مرتبة ، ذكره أبو علي ^(١) وابن إدريس وأسنده الى بعض الأصحاب ^(٢) وهو يشعر بتوقفه فيه.

(ب) وجوب كفارة كبرى مخيرة ، قاله القاضي ^(٣) وهو ظاهر العلامة ^(٤) (النهاية خ ل).

اعتمادا على رواية خالد بن سدير أخي حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام : إذا خدشت المرأة وجهها ، أو جزت شعرها ، أو نتفتته ، ففي جز الشعر عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكينا ^(٥).

ومفهوم (في) هنا الوجوب ، لأنها للسببية كما قيل : (في خمس من الإبل شاة) (وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل) قال فخر المحققين : وهذه الرواية لا تدل على الوجوب بنص ولا بظاهر ، والاولى حملها على الاستحباب ^(٦).

(ج) الاستحباب نقله المصنف في الشرائع ^(٧) ووجهه التمسك بالأصل ،

(١) لم أعثر عليه.

(٢) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦٢ س ١١ قال : ولا تجوز للمرأة إلى قوله : وتجز شعرها الى قوله : وقد قدمنا شرحها على ما رواه أصحابنا.

(٣) المهذب : ج ٢ كتاب الكفارات ص ٤٢٤ س ١٢ قال : فان جزت شعرها في ذلك كانت الكفارة فيه عتق رقبة أو إطعام إلخ.

(٤) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٣ س ٥ قال : ولا تجز شعرها ، فان جزته كان عليها إلخ. وفي بعض النسخ (وهو ظاهر العلامة) كما أثبتناه والظاهر أنه الصحيح ، وقال في القواعد : (ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ١٧) ما لفظه : وقيل : في جز المرأة شعرها في المصاب كفارة الظهار ، وقيل : كبيرة مخيرة ، وقيل : لا كفارة إلخ.

(٥) التهذيب : ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٥ قطعة من حديث ٢٣.

(٦) الإيضاح : ج ٤ ، كتاب الكفارات ص ٨٢ س ١٩ قال : وهذه الرواية لا تدل إلى آخره.

(٧) الشرائع : في الكفارات ، فيما اختلف فيه ، قال : (الثانية) في جز المرأة شعرها الى قوله : وقيل : تأثم ولا كفارة استضعافا للرواية.

واستضعاف الرواية المتقدمة لكونها نادرة وفي طريقها محمد بن عيسى^(١) وفيه كلام.

(السادسة) لو نتفت شعرها ، أو خدشت وجهها وجب عليها كفارة يمين ، وهذه المسألة عدّها المصنف في المسائل الخلافية في الشرائع ، حيث قال : المقصد الثاني فيما اختلف فيه ، وهو سبع ، الى ان قال : الثالثة : تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب ، وخدش وجهها ، وشق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين^(٢) ، ولم يحك فيها خلافا كما حكاه في الست الباقية ، وكذا العلامة جزم به في القواعد^(٣) والإرشاد^(٤) والتحرير^(٥) ولا اعلم فيه خلافا نقله ، فالأولى بان يلحق بالاجماعات.

واما شق الثوب على الأب والأخ فلا شيء فيه ، ولا اثم.

واما شقه على الولد والزوجة فالمشهور كفارة يمين ، وقال ابن إدريس : لا شيء ، بل لا إثم خاصة^(٦) ، والأول هو المشهور في كتب الأصحاب ، وجزم به

-
- (١) سند الحديث كما في التهذيب (وذكر احمد بن محمد بن داود القمي في نوادره قال : روى محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى عن خالد بن سدير أخي حنان بن سدير).
- (٢) الشرائع : في الكفارات ، فيما اختلف فيه ، قال الثالثة تجب على المرأة إلخ.
- (٣) القواعد : ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ١٨ قال : ويجب في نتف شعرها في المصاب كفارة يمين ، وكذا في خدش وجهها فيه.
- (٤) الإرشاد : المقصد الثالث في الكفارات قال : وفي جز المرأة شعرها في المصاب ، قيل : كفارة رمضان ، وقيل : كفارة الظهار ، وقيل : يأثم مخطوط.
- (٥) التحرير : ج ٢ في الكفارات ص ١٠٩ س ٢٣ قال : (د) لو نتفت المرأة شعرها في المصاب وجب عليها كفارة يمين.
- (٦) السرائر : في الكفارات ص ٣٦٢ س ٦ قال : ولا يجوز للرجل ان يشق ثوبه في موت أحد إلى قوله : والاولى ان يحمل ذلك على التدب إلخ.

المصنف ^(١) والعلامة ^(٢).

واما غير الزوجة والولد ، فيحرم شق الثوب عليه ، ولا كفارة فيه ، قريبا كان أو أجنبيا ، وان كان حراما ، لعدم النصّ عليه. وذهب ابن إدريس إلى تحريم شق الثوب على الأب والأخ وان لم يجب به كفارة ، لأنه لا دليل عليه من كتاب ولا سنة مقطوع بها ، والأصل حفاظ المال ، وتضييعه سفه وإدخال ضرر ، والعقل يقبح ذلك ^(٣) ، واختاره الشيخان ^(٤) ^(٥) والعلامة ^(٦).

فالحلاف مع ابن إدريس اذن في مقامين.

(أ) في وجوب الكفارة بشقه على غير الأب والأخ ، فعنده لا شيء لأصالة براءة الذمة ، واستضعافا للرواية المتضمنة لوجوبه.

(ب) في تسويغه ، وهو مذهب الجماعة ، وهو المعتمد ، ويحرم عنده.

ومستند الحكم ما رواه الشيخ في التهذيب عن داود القمي في نوادره قال : روى محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى عن خالد بن سدير أخي حنان بن سديد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أخيه ، أو على امه ، أو على

(١) لا حظ عبارة النافع وفي الشرائع قال : (الثالثة) وشق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين.

(٢) التحرير : ج ٢ في الكفارات ص ١٠٩ س ٢٧ قال : (و) لو شق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين.

(٣) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦٢ س ٩ قال : والاولى ترك ذلك واجتنابه الى قوله : والعقل يقبح ذلك.

(٤) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٣ س ٢ قال : ولا بأس ان يشق ثوبه على أبيه وفي موت أخيه.

(٥) المقنعة : باب الكفارات ص ٨٨ س ٣٤ قال : ولا بأس ان يشق ثوبه على أبيه وفي موت أخيه.

(٦) المختلف : في الكفارات ص ١١٣ س ٢٥ قال : (مسألة) قال الشيخ في النهاية : لا بأس ان يشق ثوبه الى ان قال : والذي قاله الشيخ هو المعتمد.

أخته ، أو على قريب له ، فقال : لا بأس بشق الجيوب فقد شق موسى بن عمران جيبه على أخيه هارون ، ولا يشق الوالد على ولده ، ولا زوج على امرأته ، وتشق المرأة على زوجها ، وإذا شق زوج على امرأته ، أو والد على ولده فكفارته حنث يمين ، ولا صلاة لهما حتى يكفرا أو يتوبا عن ذلك ، وإذا خدشت المرأة وجهها ، أو جزت شعرها ، أو نتفته ، ففي جز الشعر عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكينا ، وفي الخدش إذا دميت ، وفي النتف كفارة حنث يمين ، ولا شيء في اللطم على الحدود سوى الاستغفار والتوبة وقد شققن الجيوب ولطمن الحدود الفاطميات على الحسين بن علي عليهما السلام ، وعلى مثله تلطم الحدود وتشق الجيوب ^(١).

ومحمد بن عيسى اختلف فيه أصحابنا ، قال الشيخ : قيل : انه كان يذهب مذهب الغلاة ^(٢) وكذا الصدوق ضعفه ^(٣) ووثقه النجاشي ^(٤) وكذا روى الكشي توثيقه ^(٥) واختاره العلامة ^(٦) وهو الأظهر في أقوال الأصحاب. وأما أخوه جعفر فثقة.

(١) التهذيب : ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٥ الحديث ٢٣.

(٢) و (٣) الفهرست ص ١٤٠ تحت رقم (٦٠١) قال : محمد بن عيسى بن عبيد اليقطيني ضعيف الى ان قال : وقيل : انه كان يذهب مذهب الغلاة وقال : استثناه أبو جعفر محمد بن علي بن بابويه عن رجال نوادر الحكمة ، وقال : لا اروي ما يختص بروايته.

(٤) رجال النجاشي : ص ٣٣٣ تحت رقم (٨٩٦) قال : محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين ، أبو جعفر جليل في أصحابنا ، ثقة ، عين ، كثير الرواية ، حسن التصانيف ، ثم نقل تضعيفه عن الصدوق ، ثم قال : ورأيت أصحابنا ينكرون هذا القول ، ويقولون : من مثل أبي جعفر محمد بن عيسى إلخ.

(٥) اختيار معرفة الرجال ص ٥٣٧ تحت رقم ١٠٢١ قال : علي بن محمد القتيبي قال : كان الفضل يحب العبيدي ويثنى عليه ويمدحه ويميل اليه ، ويقول : ليس في أقرانه مثله.

(٦) رجال العلامة الحلي ، الفصل الثالث والعشرون في الميم ، الباب الأول (محمد) تحت رقم (٢٢) قال : محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين الى قوله : والأقوى عندي قبول روايته.

فروع

- (أ) المتمتع بها زوجة يجب الكفارة بالشق عليها ، وكذا المعتدة الرجعية ، لا البائنة.
- (ب) هل يلحق أم الولد أو السرية بالزوجة؟ إشكال.
- (ج) يتعلق الحكم بشق الثوب دون العمامة ، ولا فرق بين شق الكل والبعض.
- (د) لا فرق في الولد للصلب وولد الولد ذكرا كان أو أنثى ، وفي ابن البنت نظر.
- (هـ) المراد بالخدش خرص الجلد من الوجه ، فلو خدشت غيره من سائر جسدها ، أو لطمت خدّها من غير خدش لم يجب سوى الاستغفار ، ولا يشترط قطع الجلد بأسره ، بل يكفى الخرص ، ولا إخراج الدم قاله العلامة في التحرير ^(٧) وفي الرواية : في الخدش إذا أدميت وفي التنف كفارة حنث يمين.
- (و) المراد بالجزّ ، القصّ ، فلو حلقه فالأقرب أنه كذلك ، بخلاف ما لو نتفه كله ، فإنه لا يلحقه بالجزّ.
- (ز) لا فرق في الجز والتنف بين الكل والبعض ، ففي الجز كبرى مرتبة أو مخيرة ، أو لا شيء عليه ، وفي التنف كفارة يمين.
- (السابعة) من نذر صوم يوم معين فعجز عن صومه ، قال في النهاية : يطعم مسكينا مدين من طعام كفارة لذلك اليوم ^(١) واختاره المصنف في باب الكفارات

(١) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧١ س ١ قال : ومن كان عليه صيام يوم قد نذر صومه فعجز عن صيامه اطعم مسكينا مدين من طعام كفارة لذلك اليوم وقد أجزأه.

من كتابيه ^(١) ^(٢) وزاد : فان عجز تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله ، وظاهره في باب النذر من الشرائع السقوط ^(٣).

وقال المفيد : إن أفطره لغير عذر فعليه الكفارة وصيامه على سبيل القضاء ، وان عرض له في ذلك مرض فليفطره ثم ليقتضه ولا كفارة عليه ^(٤) واختاره العلامة في المختلف ^(٥) وفصل ابن إدريس وقال : ان كان المانع من كبر أو عطاش لا يرجى برؤه فما ذكره الشيخ صحيح ، وان كان لمرض يرجى برؤه مثل الحمى وغير ذلك فالواجب القضاء من غير إطعام ^(٦).

احتج الشيخ بما رواه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل لله عليه صياما في نذر ولا يقوى قال : يعطى من يصوم عنه في كل يوم مدين ^(٧) وفي الاستدلال بهذه تعسف : من الطعن في السند ^(٨) أولا ، ومن عدم الدلالة على المطلوب ثانيا ، ومن جواز الحمل على الاستحباب ثالثا ، لعدم التصريح بالوجوب فيها.

-
- (١) الشرائع : في ضبط الكفارات ، المقصد الثاني فيما اختلف فيه ، السابعة : من نذر صوم يوم فعجز عنه إلخ.
- (٢) المختصر النافع : كتاب النذور والعهود ، الرابع اللواحق ، قال : الاولى لو نذر يوما معينا ، الى ان قال : ولو عجز عن صومه أصلا قيل : يسقط وفي رواية يتصدق عنه بمذ.
- (٣) الشرائع : كتاب النذر ، في اللواحق قال : الخامسة إذا عجز الناذر عما نذره الى قوله : سقط النذر وكذا لو نذر صوما فعجز ، لكن روى في هذا : يتصدق عن كل يوم بمد من طعام.
- (٤) المقنعة : باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٢٦ قال : والذي ينذر الله تعالى ان يصوم يوما بعينه الى قوله : فان عرض له في ذلك اليوم مرض فليفطره ثم يقضيه ولا كفارة عليه إنشاء الله.
- (٥) المختلف : في الكفارات ص ١١٢ س ٢٤ قال بعد نقل الأقوال : والوجه ما قاله المفيد.
- (٦) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦١ س ٢٠ قال : ان كان عجزه لكبر إلخ.
- (٧) الكافي : ج ٧ ، باب النذور ص ٤٥٧ الحديث ١٥ وليس في المطبوع كلمة (الله).
- (٨) سند الحديث كما في الكافي (محمد بن يحيى ، عن يعقوب بن يزيد ، عن يحيى بن المبارك ، عن عبد الله بن جبلة عن إسحاق بن عمار).

المقصد الثاني في خصال الكفارة.

وهي العتق والإطعام والكسوة والصيام.

اما العتق فيتعين في الواحد في المرتبة. ويتحقق ذلك بملك الرقبة أو الثمن مع إمكان الابتياح ، ولا بد من كونها مؤمنة ، أو مسلمة ، وان تكون سليمة من العيوب التي تعتق بها. وهل يجزي المدبر؟ قال في النهاية : لا ، وفي غيرها بالجواز وهو أشبه. ويجزي الابق ما لم يعلم موته ، وأم الولد.

واما الصيام فيتعين مع العجز عن العتق في المرتبة.

ولا تباع ثياب البدن ولا المسكن في الكفارة ، إذا كان قدر الكفاية ، ولا الخادم. ويلزم الحرّ في كفارة قتل الخطأ أو الظهار صوم شهرين متتابعين ، والمملوك صوم شهر. فاذا صام الحر شهرا ومن الثاني

قال طاب ثراه : وهل يجزي المدبر؟ قال في النهاية : لا ، وفي غيرها بالجواز ، وهو أشبه.

أقول : موضوع المسألة : ان المدبر قبل نقض تدييره ، هل يجزي عتقه في الكفارة؟

قال في النهاية : لا ^(١) ، وتبعه القاضي ^(٢) وقال ابن إدريس : يصح ويكون ذلك نقضا للتدبير ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).

(١) النهاية : باب الكفارات ص ٥٦٩ س ٤ قال : ولا يجوز له ان يعتق مدبر الا بعد ان ينقض تدييره.

(٢) المهذب : ج ٢ ، كتاب الكفارات ، باب كفارة اليمين ، ص ٤١٤ س ١٦ قال : ولا يجوز عتق مدبر الا بعد ان ينقض تدييره.

(٣) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦٠ س ٣٦ قال : والمدبر وأم الولد يجزي عتقهما عن الكفارة.

(٤) لا حظ عبارة النافع.

(٥) التحرير : ج ٢ في خصال الكفارات ص ١١١ س ٣ قال : اما المدبر فإن أعتقه بعد نقض التدبير أخره ، إجماعا وان أعتقه قبله فالأقوى الإجزاء.

شيئا ولو يوما أتم. ولو أفطر قبل ذلك أعاد إلا لعذر كالحيض ، والنفاس ، والاعضاء ، والمرض ، والجنون.

احتج الشيخ بموثقة عبد الرحمن قال : سألته عن رجل قال لعبد : ان حدث بي حدث فأنت حر ، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين ، أوظهار ، إله أن يعتق عبده الذي جعل له العتق ان حدث به حدث في كفارة تلك اليمين؟ قال : لا يجوز للذي جعل له ذلك ^(١).

احتج الآخرون بأصالة الصحة. وبأول جزء من عتقه يكون فسحا للتدبير ، وبآخرة وقوع التحرير ، والرواية مقطوعة.

وكذا البحث في المكاتب المطلق قبل ان يؤدي شيئا ، والمشروط قبل إيفائه. قال الشيخ : لا يصح ^(٢) واختاره العلامة في المختلف ^(٣) لنقصان الرق بالكتابة ، وقال ابن إدريس : يجوز لأنه مملوك ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) وفخر المحققين ^(٦) والعلامة في القواعد ^(٧).

(١) التهذيب : ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٥ الحديث ٣٠.

(٢) النهاية : باب الكفارات ص ٥٦٩ س ٥ قال : ولا ان يعتق مكاتبا وقد أدى من مكاتبته شيئا.

(٣) المختلف : كتاب العتق ، ص ٩٣ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ بعدم الجواز : والوجه ما قاله الشيخ.

(٤) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦١ س ٢ قال والذي يقتضيه أصول مذهبنا ان عتق المكاتب الى قوله جائز لأنه عبد.

(٥) الشرائع : القول في العتق قال : (الثالث) ان يكون تام الملك الى قوله : وظاهر كلامه في النهاية انه يجزى وهو أشبه.

(٦) الإيضاح : ج ٤ ص ٨٨ س ١٤ قال بعد نقل قول ابن إدريس : والأصح عندي الصحة.

(٧) القواعد : ج ٢ في الكفارات ص ١٤٥ س ١٠ قال : واما تمامية الملك الى قوله : والأقرب فيهما (أي المطلق والمشروط) الاجزاء.

وأما الإطعام : فيتعين في المرتبة مع العجز عن الصيام. ويجب إطعام العدد لكل واحد مدّ من الطعام ، وقيل : مدان مع القدرة ، ولا يجزى إعطاؤه لما دون العدد. ولا يجوز التكرار من الكفارة الواحدة مع التمكن ، ويجوز مع التعذر. ويطعم ما يغلب على قوته ، ويستحب ان يضم إليه أدماء أعلاه اللحم وأوسطه الخل وأدناه الملح. ولا يجزى إطعام الصغار منفردين ويجوز منضمين ، ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد.

(مسائل)

(الأولى) كسوة الفقير ثوبان مع القدرة. وفي رواية يجزي الثوب الواحد ، وهو أشبهه. وكفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين.

قال طاب ثراه : ويجب إطعام العدد لكل واحد مد من الطعام ، وقيل : مدان مع القدرة.

أقول : إجزاء المد الواحد مذهب الصدوقين ^(١) ^(٢) والمفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤) وقال الشيخ في الكتب الثلاثة : يجب المدان مع القدرة ^(٥) ^(٦) ^(٧) والمعتمد الأول.

قال طاب ثراه : كسوة الفقير ثوبان مع القدرة ، وفي رواية يجزي الثوب الواحد ، وهو أشبهه.

(١) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ١٩ قال : وقال الصدوق وأبوه : لكل مسكين مد.

(٢) المنقح : باب الايمان والندور والكفارات ص ١٣٧ س ٦ قال : لكل مسكين مد.

(٣) المنقحة : باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٣ قال : وادنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام.

(٤) المراسم : ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال لكل واحد منهم شبعه في يومه.

(٥) النهاية : باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٢ قال : فليطعم لكل مسكين مدين من طعام.

(٦) المبسوط : ج ٥ ص ١٧٧ س ١٠ قال : يجب ان يطعم كل مسكين مدين مع القدرة إلخ.

(٧) كتاب الخلاف : كتاب الظهار (مسألة) (٦٢) قال : يجب ان يدفع الى كل مسكين مدان.

(الثانية) من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق لم يلزمه العود ، وإن كان أفضل.

(الثالثة) كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين ، فعجز صام ثمانية عشر يوما. فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه.

(الرابعة) يشترط في المكفر البلوغ ، وكمال العقل ، والايمان ، ونية القرية ، والتعيين.

أقول : للأصحاب هنا أربعة أقوال.

(أ) اجزاء الواحد مطلقا ، قاله الفقيه ^(١) والشيخ في المبسوط ^(٢) وابن إدريس ^(٣) واختاره المصنف ^(٤) والعلامة ^(٥).

(ب) وجوب الثوبين مطلقا ، قاله الصدوق ، وجعل الثوب رواية ^(٦) وبه قال

(١) المختلف : كتاب الايمان ص ١١٤ س ٢١ قال بعد نقل قول الصدوق : وقال أبوه : لكل رجل ثوب الى ان قال : والمعتمد ما قاله ابن بابويه لكل مسكين ثوب واحد.

(٢) المبسوط : ج ٦ فصل في الكفارات ص ٢١١ س ٢٣ قال : وأقل الكسوة ثوب واحد وقد روى أصحابنا ثوبين.

(٣) السرائر : كتاب الايمان والنذور والكفارات ص ٣٥٢ س ١٢ قال : وبعض ذهب الى ثوب واحد وهو الأظهر.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) تقدم نقله آنفا عن المختلف : كتاب الايمان ص ١١٤ س ٢١ قال بعد نقل قول الصدوق : وقال أبوه : لكل رجل ثوب الى ان قال : والمعتمد ما قاله ابن بابويه لكل مسكين ثوب واحد.

(٦) المنع : باب الايمان والنذور والكفارات ، ص ١٣٧ س ٦ قال : أو كسوتهم لكل رجل ثوبان. هذا ولكن في الهداية اقتصر على ثوب واحد ، لا حظ (١٢٥) باب النذور والايمان والكفارات ص ٧٣ س ١٨ قال : أو كسوتهم لكل رجل ثوب.

.....

- المفيد ^(١) وتلميذه ^(٢) وابن حمزة ^(٣) وقال في المبسوط : رواه أصحابنا ^(٤).
- (ج) ثوبان مع القدرة وثوب مع العجز ، قاله الشيخ في النهاية ^(٥) وتبعه القاضي ^(٦) والتقي ^(٧).
- (د) ثوبان للمرأة ، وللرجل ثوب يجزيه في مثله الصلاة ، ولا يجزى ما دون ذلك كمئزر أو خمار مفرد للمرأة ، قاله ابن الجنييد ^(٨).

خاتمة

تشتمل على فصلين :

(الأول) في الإطعام : ويتخير المكفر بين الإطعام والتسليم.

فهاهنا قسمان :

(الأول) الإطعام : وفيه مسائل.

- (١) المقنعة : باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٢ قال : أو كسوة عشرة مساكين لكل مسكين ثوبان.
- (٢) المراسم : ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال : لكل واحد منهم ثوبان.
- (٣) الوسيلة : كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١٢ قال : والكسوة إزار ورداء من الثياب الجديدة.
- (٤) تقدّم نقله آنفاً.
- (٥) النهاية : باب الكفارات ص ٥٧٠ س ٧ قال : فليعط كل واحد منهم ثوبين الى قوله : فان لم يقدر عليهما جاز ان يقتصر على ثوب واحد إلخ.
- (٦) المذهب : ج ٢ ، كتاب الكفارات ص ٤١٥ س ١٧ قال : دفع الى كل واحد منهم ثوبين ، فان لم يمكنه وقدر على ان يكسو كل واحد ثوبا واحدا اقتصر على ذلك.
- (٧) الكافي : فصل في الايمان ص ٢٢٧ س ٩ قال : والكسوة على الموسر ثوبان وعلى المعسر ثوب واحد.
- (٨) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ٢٢ قال : وقال ابن الجنييد : الى قوله : ان يكسو المرأة ثوبين درع وخمار وهو ما يجزيها فيهما الصلاة ، ولا بأس ان يكون للرجل ثوب يجزيه في مثله الصلاة.

(الأولى) الواجب إشباع الفقير مرة واحدة ، وهو إطلاق الأكثر.
ويؤيده صحيحة أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال : سألته ، عن أوسط ما
تطعمون أهليكم ، قال : ما تعولون به عيالكم من أوسط ذلك ، قلت : وما أوسط ذلك؟
قال : الخل والزيت والتمر والخبز يشبعهم به مرة واحدة ^(١).
وقال المفيد وتلميذه : شبعه في يومه ^(٢) ^(٣) وبه قال التقي ^(٤) والقاضي ^(٥) وأوجب أبو
علي الغداء والعشاء ^(٦).

(الثانية) يجزى الشبع وان قصر عن المد ، ولو لم يكفه المدّ زاده حتى يبلغ الشبع.
(الثالثة) لا يجزى المريض ، ولا الهرم ، ويجزى الصغير منضما ، ومع الانفراد يحتسب
الاثنان بواحد ، قاله الشيخ في النهاية ^(٧) والمبسوط ^(٨) والخلاف ^(٩) وهو

-
- (١) الاستبصار : ج ٤ (٣٢) باب ما يجزى من الكسوة في كفارة اليمين ص ٥٢ الحديث ٥.
(٢) المنقعة : باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ١٩ قال : أو إطعامهم ممّا يقتاتة الخالف وأهله شبعهم في طول
يومهم.
(٣) المراسم : ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال : لكل واحد منهم شبعه في يومه.
(٤) الكافي : فصل في الايمان ص ٢٢٧ س ٩ قال : والإطعام شبع المسكين في يومه.
(٥) المهذب : ج ٢ ، كتاب الكفارات ص ٤١٥ س ٥ قال : فليطعم كل واحد منهم شبعه في يوم.
(٦) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ١٠ قال : وقال ابن الجنيد : فإذا أراد ان يطعمهم دون التملك
غداهم وعشاهاهم.
(٧) النهاية : باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٦ قال : ومتى كانوا كلهم صغارا احتسب كل اثنين منهم بواحد.
(٨) المبسوط : ج ٥ ، كتاب الظهار ص ١٧٨ س ٨ قال : يجوز صرف الكفارة إلى الصغير الى قوله : عدّ
صغيرين بواحد.
(٩) كتاب الخلاف : كتاب الظهار مسألة (٦٨) قال : يجوز صرف الكفارة إلى الصغار الى قوله : ويعد صغيرين
بكبير.

مذهب الصدوق^(١) وابن حمزة^(٢) وجعله القاضي رواية^(٣) ومنع المفيد^(٤) وابن الجنيد من إطعام الصغار^(٥).

(الرابعة) لا يشترط اذن الولي في إطعام الطفل ، ولا يجوز التسليم اليه ، بل الى وليه.
(الخامسة) يجزئ الخبز والسويق والعصيدة والأرز واللبن والعنب والرطب والتمر والزبيب.
(السادسة) قال ابن إدريس : يجب ان يطعم في كفارة اليمين من أوسط ما يطعم اهله ، للالة وحملت على الأفضل^(٦).
(السابعة) يستحب ضم الإدام اليه ، وظاهر المفيد وتلميذه الوجوب^(٧) ^(٨).

- (١) المنع : باب الايمان والندور والكفارات ص ١٣٦ س ١٧ قال : ولا يجوز إطعام الصغير الى قوله : ولكن صغيرين بكبير .
(٢) الوسيلة : كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ١٩ قال : وان حضر الصبيان عد مكان واحد اثنين .
(٣) المهذب : ج ٢ ، كتاب الكفارات ص ٤١٥ س ٧ قال : وقد ذكر انه إذا لم يوجد الا الصغار جعل كل اثنين منهم بواحد .
(٤) المنع : باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٢ قال : ولا يكون في جملتهم صبي صغير ولا شيخ كبير ولا مريض .
(٥) المختلف : في الكفارات ص ١١٦ س ٢٠ قال : وقال ابن الجنيد : ولا يكون في العشرة مساكين مريض ولا صبي ولا كبير يضعف عن الأكل إلخ .
(٦) السرائر : باب الايمان والندور والكفارات ص ٣٥٢ س ١٣ قال : والإطعام مشيع المسكين بما يقتاتاه الخالف إلخ .
(٧) المنع : باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٣ قال : وادنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام بما تيسر من الإدام .
(٨) المراسم : ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٩ قال : فادنى ما يطعم كل واحد منهم بما تيسر من الأدم أعلاه اللحم إلخ .

.....

(الثاني) التسليم ، وفيه مسائل.

(الأول) تجزي المد الواحد اختيارا ، قاله الصدوقان ^(١) ^(٢) والمفيد ^(٣) وتلميذه ^(٤). وقال الشيخ في الكتب الثلاثة : يجزى مع العجز ومع القدرة مدان ^(٥) ^(٦) ^(٧) والمعتمد الأول. لما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام الى ان قال : فان لم يستطع اطعم ستين مسكينا مدا مدا ^(٨) وهو مذهب المصنف ^(٩) والعلامة ^(١٠).

(الثاني) لا فرق في ذلك بين الصغير والكبير ، لكن لا يدفع الى الطفل ، بل الى وليه ، وظاهر الخلاف الاجزاء ^(١١).

-
- (١) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ٩ قال : وقال الصدوق وأبوه : لكل مسكين مد.
- (٢) المنع : باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٧ س ٦ قال : واعلم ان كفارة اليمين الى قوله : لكل مسكين مد.
- (٣) تقدّم آنفا.
- (٤) المراسم ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال : أو إطعام : لكل واحد منهم شبعه في يومه.
- (٥) كتاب الخلاف : كتاب الظهار مسألة (٦٢) قال : يجب ان يدفع الى كل مسكين مدان.
- (٦) المبسوط : ج ٥ ص ١٧٧ س ١٠ قال : يجب ان يطعم كل مسكين مدين مع القدرة ومع العجز يكفيه مد.
- (٧) النهاية : باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٢ قال : فليطعم لكل مسكين مدين من طعام فان لم يقدر إلخ.
- (٨) التهذيب : ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٢ قطعة من حديث ١٢.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.
- (١٠) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ١٥ قال بعد نقل مذهب الصدوق وان ابن إدريس اختاره وهو المعتمد.
- (١١) كتاب الخلاف : كتاب الظهار مسألة (٦٨) قال : يجوز صرف الكفارة إلى الصغار والكبار الى ان قال : وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يصح أن يقبضهم إياه إلخ.

(الثالث) يجزى تسليم الحب ، ولا يجب مئونة الطحن والخبر ، وقال أبو علي : يجب مئونة طبخه وخبره وادمه ^(١).

(الرابعة) يجزى المد من الرطب وان نقص عن التمر مع الجفاف.

(الخامسة) لا يجزى إخراج القيمة ، نعم لو دفع الى الفقيه مدا جاز ان يشتريه ثم يدفعه إلى آخر ، وهكذا حتى يأتي على العدد ، لكنه مكروه.

(السادسة) لا يجزى دفع المقدار لما دون العدد ، نعم لو لم يتمكن من العدد جاز التكرار على الموجود حتى يستوفي أكلا وتسليما يوما فيوما ، ولا يجزى دفعة لجواز التمكن من العدد. ولو وجد أكثر من العدد لم تجز القيمة بحيث يخرج للفقير أقل من مد ، بل يخص بقدر العدد من شاء ، ويستحب تخصيص أهل الصلاح ، ثم الأحوج.

(الفصل الثاني) الكسوة وفيه مسائل.

(أ) يجزى ما يصح الصلاة فيه للرجل كالقميص والسراويل والمئزر ، وكذا للمرأة مقنعة أو قميص أو سراويل أو مئزر ، وقال العلامة : وظاهر كلمات علمائنا عدم الفصل بين الرجل والمرأة وفصل أبو علي فأوجب للمرأة ما يصح صلاتها فيه درع وخمار ، قال : والمعتمد ، المشهور ، للأصل ^(٢).

(ب) لو دفع الى ولي الطفل ما يواريه اجزاء وان كان رضيعا ، إذا قبض للطفل ، لا له.

(ج) يجزى القطن والكتان والصوف والفرو والشعر إذا اعتيد ، وكذا الوبر والقنب والجلد والحرير للنساء

(١) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ١٠ قال : وقال ابن الجنيد : إلى قوله : وإذا أراد تملك المساكين الطعام اعطى كل إنسان منهم مد وزيادة عليه بقدر ما يكون لطبخه وخبره وادمه.

(٢) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ٢٨ قال : (تذنيب) ظاهر كلام علمائنا عدم الفصل بين الرجل والمرأة إلى قوله : للأصل.

(د) لا يجزى السخيف لبطلان منافعه ، ويجزى الغسيل على الأشهر لبقاء معظم منافعه ، قاله الشيخ ^(١) إذا لم يكن قد تحرق واختاره ابن إدريس ^(٢) والمصنف ^(٣) والعلامة ^(٤) وقال ابن حمزة يجب الحديد ، فان لم يجد جاز الغسيل ^(٥).

- (١) المبسوط : ج ٦ فصل في الكفارات ص ٢١٢ س ٧ قال : فاما صفته فالمستحب ان يكون جديدا الى قوله : وان اعطى سحيقا لم يجزه.
- (٢) السرائر : باب الكفارات ص ٣٦٠ س ١٣ قال : ولا يلزمه ان يكون جديدا ويجوز ان يكون غسيلا.
- (٣) لا حظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ٣٤ قال بعد نقل قول الشيخ وابن حمزة : والوجه ما قاله الشيخ لأصالة البراءة.
- (٥) الوسيلة : كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١٢ قال : والكسوة إزار ورداء من الثياب الجديدة ، فان لم يجد جاز الغسيل إذا بقيت منافعه.

فهرست المطالب

كتاب الوديعة والعارية

- ٥ اشتقاق الوديعة
٧ الوديعة والعارية من الأمانات الخاصة
٨ اختلاف المتقاضي في المال
١٣ لو اختلف المستعيرات في القيمة

كتاب الإجارة

- ١٧ تعريف الإجارة
١٩ حكم الإجارة بعد الموت
٢١ شرائط الإجارة
٢٢ استئجار الأجير في حمل المتاع
٢٤ استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر
٢٦ الاختلاف في قيمة الدابة المستأجرة

كتاب الوكالة

- ٢٩ الفصل الأول : تعريف الوكالة
٣١ لا حكم لوكالة المتبرع
٣٥ الفصل الثاني : ما تصح فيه الوكالة

٣٥.....	الفصل الثالث : في الموكل.
٣٦.....	الفصل الرابع : في الوكيل
٣٧.....	الفصل الخامس : أحكام الوكالة
٣٨.....	لو اختلف الوكيلان في الرد
٤٠.....	حكم الوكالة في التزويج

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

٤٧.....	تعريف الوقف
٥٠.....	لو جعل الوقف لمن ينقرض
٥٣.....	لو شرط عود الوقف
٥٦.....	حكم وقف من بلغ عشرة
٥٧.....	وقف الكافر على البيع والكنايس
٥٨.....	صفة الموقوف عليهم
٥٩.....	الوقف على الشيعة الإمامية
٦٠.....	نسبة الذرية للأب
٦١.....	حدود الجيران الموقوف عليهم
٦٢.....	لو بطلت المصلحة الموقوف عليها
٦٣.....	إطلاق الوقف على الأبناء
٦٤.....	في اخراج الوقف عن شرطه

السكنى والعمرى :

٦٨.....	تعريف السكنى والعمرى

الصدقة والهبة :

٧١.....	الهبة للوالدين
٧٣.....	تردد الرجوع بالهبة لاحد الزوجين

هل التصرف بالهبة يمنع الرجوع؟ ٧٤

كتاب السبق والرماية

تعريف السبق ٧٩

هل السبق من العقود اللازمة؟ ٨٤

تردد اشتراط المبادرة والمحاطة ٨٥

كتاب الوصايا

الفصل الأول في الوصية :

تعريف الوصية ٩٣

وجوب العمل بما يوجد بخط الميت ٩٥

الفصل الثاني في الموصي :

حكم وصية البالغ عشرا ٩٦

عدم قبول وصية الجارح لنفسه ٩٧

الفصل الثالث في الموصى له :

في صحة الوصية للذمي وعدمها ٩٩

الوصية للمكاتب ١٠١

الوصية للمملوك وأحكامها ١٠٢

هل يصح عتق المملوك عند موت المالك؟ ١٠٧

الوصية لام الولد ١٠٩

الوصية للأعمام والأخوال ١١٠

حكم من أوصى لقرابته ١١٢

لو مات الموصى له قبل الوصي ١١٣

الفصل الرابع في الأوصياء :

- ١١٤ ما يعتبر في الأوصياء
 ١١٦ في اطلاق الوصية لاثنتين
 ١١٩ حكم اجرة الوصي
 ١٢١ لو أوصى شيئاً للوصي
 ١٢٢ حكم الوصية الزائدة عن الثلث
 ١٢٤ صحة الوصية بالمضاربة
 ١٢٧ حكم ما لو أوصى بأشياء تطوعاً

الطرف الثاني : في المبهمة

- ١٢٨ من أوصى بجزء ماله
 ١٣٠ فيمن أوصى بسهم من ماله
 ١٣١ نسيان الوصي أحد وجوه الوصية
 ١٣٢ دخول اجزاء الشئ المتعلقة به في الوصية
 ١٣٦ إخراج الولد من الإرث

الطرف الثالث : في احكام الوصية

- ١٣٨ ثبوت الوصية بالشهادة
 ١٤١ منجزات المريض
 ١٤٢ الاقرار للأجنبي في الوصية

كتاب النكاح

القسم الأول : في الدائم

الفصل الأول : في صيغة العقد وأحكامه وآدابه

١٤٧	تعريف النكاح
١٩٤	وقوع الألفاظ بصيغة الماضي
	أحكام العقد :
١٩٨	حكم من زوجت نفسها وهي سكرى
٢٠٠	لا يشترط في النكاح الشهود ولا الولي
	الآداب :
	القسم الأول : آداب العقد :
	القسم الثاني في آداب الخلوة :
٢٠٣	جواز النظر إلى وجه المرأة المراد نكاحها
٢٠٧	حكم الوطء في الدبر
٢٠٨	حكم العزل عن الحرة بغير اذنها
٢١٠	الدخول بالمرأة بعد مضي تسع سنين
٢١٣	الفصل الثاني : في أولياء العقد
٢١٤	لا يشترط في ولاية الجد بقاء الأب
٢١٧	حكم خيار الصبي والصبية بعد البلوغ
٢١٩	امر البكر البالغة الرشيدة في الزواج
٢٢٢	الوكيل في النكاح
٢٢٣	سكوت البكر إجازة الرضا
٢٢٥	نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة
٢٢٧	حكم زواج الأخوين لأختهما
٢٢٩	في ولاية الام وعدمها
	الفصل الثالث : في أسباب التحريم
٢٣١	انحصار أسباب التحريم في ستة

٢٣٩	عدد الرضعات الموجبة للتحريم
٢٤٢	حكم الرضاع في الحولين
٢٤٤	كراهة استرضاع المجوسي
٢٤٥	حكم بقية الأولاد الذين لم يرتضعوا
٢٤٦	حكم الزوجة الصغيرة المرتضعة من الأخرى
٢٤٨	حكم أم المعقود عليها
٢٥٠	الخيار للعممة والخالة إذا تزوج بنت الأخ أو الأخت
٢٥٥	حكم المصاهرة بوطء الشبهة
٢٥٦	حكم نكاح الزانية
٢٥٩	الزنا بالمرأة هل ينشر الحرمة؟
٢٦٣	اللمس والنظر لا يجوز لغير المالك
٢٧٠	حكم من ملك أختين فوطاً واحدة
٢٧٥	كراهة عقد الحر على الأمة
٢٧٩	نكاح الأمة على الحرية
٢٨٣	حكم التزويج في العدة جهلاً
٢٨٨	حكم من تزوج محرماً
٢٩٠	حكم زواج الأختين بعقد
٢٩٤	نكاح الكتابية
٢٩٨	حكم اسلام زوجة الذمي
٣٠٠	إباق العبد ارتداد
٣٠١	تساوي الاسلام في صحة العقد
٣٠٣	اشتراط تمكن الزوجة من النفقة وعدمه
٣٠٦	وجوب إجابة المؤمن الخاطب

٣٠٨	هل يفسخ النكاح بالانتساب إلى غير القبيلة
	القسم الثاني : في النكاح المنقطع : صورة العقد المنقطع
٣١٥	لو بان فساد العقد بعد الدخول
٣١٦	ذكر الصيغة مع الاجل في المنقطع
	أحكام المنقطع :
٣١٩	ثبوت الميراث بالمتعة وعدمه
٣٢١	عدة العقد المنقطع
	القسم الثالث : في نكاح الإماء :
	النظر الأول في العقد :
٣٢٥	في صحة عقد النكاح وعدمها لو بادر العبد
٣٢٦	لحوق الابن بأشرف الأبوين
٣٢٨	حكم ما لو ادعت الأمة انها حرة
٣٣٤	حكم الأمة بين شريكين
٣٣٧	مهاياة الأمة على الزمان
٣٣٨	حكم الأمة المنكوحة إذا أعتقت
٣٤١	جعل العتق صداقا
٣٤٦	انعتاق أم الولد من نصيب ولدها
٣٤٩	يثبت الخيار لو بيع العبد وتحتة أمة
	النظر الثاني في الملك
٣٥١	حلية الوطاء في ملك المنفعة
٣٥٤	ملك المنفعة هل هو إباحة أو عقد متعة
٣٥٦	في تحليل الأمة للمملوك

٣٥٧ في أن ولد المحللة حر
ما يلحق بالنكاح :

النظر الأول : في العيوب :

٣٥٩ هل ان الرتق عيب أم لا

٣٦٠ لا يعد العرج من العيوب

٣٦٤ حكم العيب المتجدد بعد العقد

٣٧٦ حكم من تزوج حرة فبانث انها أمة

٣٧٩ حكم البكر إذا وجدها ثيب

٣٨١ النظر الثاني : في المهر تعريف المهر

٣٨٢ لو جعلت استتجار الزوج مهرا

٣٨٥ التقدير في المهر

٣٨٨ في صحة عقد المسلم على الخمر

٣٩١ حق المرأة من المهر قبل الدخول

٣٩٤ تملك المرأة المهر بالعقد

٤٠٢ حكم المهر الغير مسمى

٤٠٤ حكم التدبير إذا جعل مهرا

٤٠٦ جواز الشرط بعدم الافتضااض

٤٠٩ لزوم الشرط بعدم الخروج من البلد

٤١٣ موارد حق المرأة في المنع

النظر الثالث : في القسم والنشور والشقاق

٤١٨ اختصاص حق المرأة من الأوقات

٤١٩ صلاحية الحكمين في التحكيم

النظر الرابع : في أحكام الأولاد :

أحكام لحوق الولد بالأب..... ٤٢٢

حكم لحوق الأولاد بعد الانفصال ٤٢٦

النظر الخامس : في النفقات :

أحكام النفقة..... ٤٣٠

أحكام النفقة على الأقرباء ٤٣٥

كتاب الطلاق

الركن الأول : في المطلق :

حكم طلاق الصبي ٤٤٢

الركن الثاني :

في المطلقة : شروط الطلاق ٤٤٤

الركن الثالث : في الصيغة :

صيغة الطلاق ٤٥٠

في تفسير الطلقة اثنين أو ثلاث..... ٤٦٠

النظر الثاني : في أقسام الطلاق :

حكم الطلاق البدعي ٤٦٣

في حكم التطليقة الثالثة ٤٦٥

طلاق الحامل وأحكامه ٤٦٦

النظر الثالث : في اللواحق :

حكم الرجوع بالمطلقة ٤٧٥

قبول دعوى المطلقة ثلاثا..... ٤٧٧

رجوع الأخرس بزوجه ٤٧٨

زمان عدة المطلقة ٤٨١

٤٨٤	عدة المسترابة
٤٨٨	في عدة الصغيرة واليائسة
٤٩٠	في حد اليأس
٤٩٢	في عدة الحامل
٤٩٤	حكم زوجة المفقود
٤٩٧	في عدة الأمة والذمية
٤٩٩	عدة الوفاة لام الولد
٥٠٠	حكم المطلقة رجيعا

كتاب الخلع والمباراة

٥٠٨	في وقوع الخلع بالصيغة وعدمه
٥١١	وقوع الفرقة بالخلع
٥١٤	في اشتراط اتباع المباراة بالطلاق

كتاب الظهار

٥٢٣	الألفاظ الدالة على الظهار
٥٢٥	صحة الظهار مع الشرط
٥٢٨	يشترط في الظهار الدخول
٥٢٩	هل يقع الظهار بالتمتع بها؟
٥٣٢	كفارة الظهار
٥٣٣	لا تسقط الكفارة بمراجعتها في العدة
٥٣٧	ظهار الأربعة بلفظ واحد
٥٤١	حكم الظهار المعلق بشرط

كتاب الايلاء

٥٤٩	حكم الايلاء بالتمتع بها

المرافعة للحاكم وضرب المدة..... ٥٥٠

الكفارات :

المقصد الأول : في حصرها

كفارة العهد..... ٥٥٣

كفارة النذر ٥٥٤

كفارة الحلف بالبراءة ٥٥٧

المقصد الثاني : في خصال الكفارة

عتق المدبر في الكفارة ٥٧١

في مقدار الاطعام والكسوة..... ٥٧٣

خاتمة..... ٥٧٥