

موسوعة الشريعة الإسلامية

الجزء الثامن

الرَّوْضَةُ الْبَهِيَّةُ

في شرح المعية الدمشقية ٣



المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية
مركز إحياء التراث الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الثامن

الروضة البهيّة

في شرح اللمعة الدمشقيّة / ٣

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلاميّة

مركز إحياء التراث الإسلامي



المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الثامن (الروضة البهية / ٣)

الناشر: المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية
الإعداد والتحقيق: مركز إحياء التراث الإسلامي

الطباعة: مطبعة الباقر

الطبعة الأولى ١٤٣٤ ق / ٢٠١٣ م

الكتبة: ١٠٠٠ نسخة

العنوان: ١٤٣، التل: ٢٤١

حقوق الطبع محفوظة للنشر

العنوان: قم، شارع الشهداء (صفائية)، زقاق آمار، الرقم ٤٢

التلفون والفاكس: ٧٨٣٢٨٣٣، التوزيع: قم ٧٨٣٢٨٣٤، طهران ٦٦٩٥١٥٣٤

ص. ب: ٣٧١٨٥/٣٨٥٨، الرمز البريدي: ١٦٤٣٩ - ٣٧١٥٦

وب سايت: www.pub.isca.ac.ir البريد الإلكتروني: nashr@isca.ac.ir

شهادت ثانی، زین الدین بن علی، ٩١١ - ٩٦٥ ق.

موسوعة الشهيد الثاني / الإعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية.

١٤٣٤ ق. = ٢٠١٣ م.

ج ٣٠

ISBN 978-600-5570-74-8 ... (دوره)

ISBN 978-600-5570-83-0 ... (ج ٨)

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.
کتابنامه.

مندرجات: ج ٨، الروضة البهية / ٣.

١. اسلام - مجموعه ها. ٢. دانش و دانش اندوزی - جنبه های مذهبی - اسلام. ٣. اسلام و آموزش و پرورش.

٤. اخلاق اسلامی. الف. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. مرکز احیای آثار اسلامی. ب. عنوان.

٢٩٧/٠٨

٨ م ٩٢ ش/٦/ BP٤

دليل موسوعة الشهيد الثاني

المدخل = الشهيد الثاني حياته وأثاره

الجزء الأول = (١) منية المريد

الجزء الثاني = (٢-٦) الرسائل ١ : ٢. كشف الريبة ؛ ٣. التنبيهات العلية ؛ ٤. مسكن الفؤاد ؛
٥. البداية ؛ ٦. الرعاية لحال البداية في علم الدراية.

الجزء الثالث = (٧-٣٠) الرسائل ٢ : ٧. تخفيف العباد في بيان أحوال الاجتهاد ؛ ٨. تقليد الميت ؛
٩. العدالة ؛ ١٠. ماء البئر ؛ ١١. تيقن الطهارة والحدث والشك في السابق منهما ؛ ١٢. الحدث الأصغر
أثناء غسل الجنابة ؛ ١٣. النية ؛ ١٤. صلاة الجمعة ؛ ١٥. الحث على صلاة الجمعة ؛ ١٦. خصائص يوم
الجمعة ؛ ١٧. نتائج الأفكار في بيان حكم المقيمين في الأسفار ؛ ١٨. أقل ما يجب معرفته من أحكام
الحج والعمرة ؛ ١٩. نيات الحج والعمرة ؛ ٢٠. مناسك الحج والعمرة ؛ ٢١. طلاق الغائب ؛ ٢٢. ميراث
الزوجة ؛ ٢٣. الحبوة ؛ ٢٤. أجوبة مسائل شكر بن حمدان ؛ ٢٥. أجوبة مسائل السيد ابن طرّاد
الحسيني ؛ ٢٦. أجوبة مسائل زين الدين بن إدريس ؛ ٢٧. أجوبة مسائل الشيخ حسين بن زمعة
المدني ؛ ٢٨. أجوبة مسائل الشيخ أحمد المازحي ؛ ٢٩. أجوبة مسائل السيد شرف الدين السماكي ؛
٣٠. أجوبة المسائل النجفية.

الجزء الرابع = (٣١-٤٣) الرسائل ٣ : ٣١. تفسير آية البشعة ؛ ٣٢. الإسطنبولية في الواجبات
العينية ؛ ٣٣. الاقتصاد والإرشاد إلى طريق الاجتهاد ؛ ٣٤. وصية نافعة ؛ ٣٥. شرح حديث «الدنيا
مزرعة الآخرة» ؛ ٣٦. تحقيق الإجماع في زمن الفئنة ؛ ٣٧. مخالفة الشيخ الطوسي (رحمه الله)
لإجماعات نفسه ؛ ٣٨. ترجمة الشهيد بقلمه الشريف ؛ ٣٩. حاشية «خلاصة الأقوال» ؛ ٤٠. حاشية
«رجال ابن داود» ؛ ٤١. الإجازات ؛ ٤٢. الإنهاءات والبلاغات ؛ ٤٣. الفوائد.

الجزء الخامس = (٤٤) تمهيد القواعد

الجزء السادس - الجزء التاسع = (٤٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية

الجزء العاشر والجزء الحادي عشر = (٤٦) روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان

الجزء الثاني عشر = (٤٧ - ٤٩) المقاصد العلية وحاشيتا الألفية

الجزء الثالث عشر = (٥٠) الفوائد المليّة لشرح الرسالة النقليّة

الجزء الرابع عشر = (٥١ و ٥٢) حاشية شرائع الإسلام وحاشية المختصر النافع

الجزء الخامس عشر = (٥٣) حاشية القواعد (فوائد القواعد)

الجزء السادس عشر = (٥٤) حاشية إرشاد الأذهان

الجزء السابع عشر - الجزء الثامن والعشرون = (٥٥) مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام

الجزء التاسع والعشرون = الفهارس

فهرس الموضوعات

١١	كتاب الإجارة
٣٣	كتاب الوكالة
٤٧	كتاب الشفعة
٦١	كتاب السبق والرماية
٧١	كتاب الجعالة
٨٣	كتاب الوصايا
٨٥	الفصل الأول في الوصية
٩٧	الفصل الثاني في متعلق الوصية
١٠٧	الفصل الثالث في الأحكام
١١٣	الفصل الرابع في الوصاية
١٢٣	كتاب النكاح
١٢٥	الفصل الأول في المقدمات
١٣٦	الفصل الثاني في العقد
١٥٥	الفصل الثالث في المحرمات وتوابعها

١٩٤	الفصل الرابع في نكاح المتعة
٢٠٤	الفصل الخامس في نكاح الإماء
٢١٦	الفصل السادس في المهر
٢٣١	الفصل السابع في العيوب والتدليس
٢٤٠	الفصل الثامن في القسَم والنشوز والشقاق
٢٤٩	النظر الأول: الأولاد
٢٦٤	النظر الثاني في النفقات
٢٧٣	كتاب الطلاق
٢٧٥	الفصل الأول في أركانه
٢٨٢	الفصل الثاني في أقسامه
٢٩٢	الفصل الثالث في العدد
٢٩٩	الفصل الرابع في الأحكام
٣٠٣	كتاب الخلع والمُباراة
٣١٥	كتاب الظهار
٣٢٧	كتاب الإيلاء
٣٣٩	كتاب اللعان
٣٤٨	القول في كَيْفِيَّةِ اللعان وأحكامه
٣٥٧	كتاب العِتق

٣٨١	كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاد
٣٨٣	النظر الأول في التدبير
٣٩٢	النظر الثاني في الكتابة
٤٠٣	النظر الثالث في الاستيلاد للإماء بملك اليمين

كتاب الإجارة

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الإجارة^١)

(وهي العقد على تملك المنفعة المعلومّة بعوضٍ معلوم).

فالعقد بمنزلة الجنس يشمّل سائر العقود، وخرج بتعلّقه بالمنفعة البيع والصلح المتعلّق بالأعيان، وبالعوض الوصيّة بالمنفعة، وبالمعلوم إصدّاقها؛ إذ ليس في مقابلها عَوْضٌ معلوم، وإنّما هو البُضْع، ولكن يَنْتَقِضُ في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم، فإنّه ليس إجارة؛ بناءً على جعله أصلاً.

(وإيجابها «آجرتك» أو «أكريتك» أو «ملكك منفعتها سنة»). قيّد التملك بالمنفعة؛ ليحترز به عمّا لو عبّر بلفظ الإيجار والإكراء، فإنّه لا يصحّ تعلّقه إلّا بالعين، فلو أوردّهما على المنفعة، فقال: «آجرتك منفعة هذه الدار» مثلاً لم يصحّ بخلاف التملك؛ لأنّه يفيد ثقل ما تعلّق به، فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها، وليس ذلك مورد الإجارة؛ لأنّ العين تَبْقَى على ملك المؤجر، فيتعيّن فيها إضافته إلى المنفعة؛ ليفيد نقلها إلى المستأجر حيث يُعبّر بالتمليك.

(ولو) عبّر بالبيع (ونوى بالبيع الإجارة فإن أوردّه على العين)، فقال: بعتك هذه

١. مشتقّة من الأجر، وهو العوض. (زين رحمه الله)

الدارَ شهراً - مثلاً - بكذا (بطل)؛ لإفادته نقلَ العين، وهو منافعُ للإجارة، (وإن قال: بعثك سكنها) سنةً (مثلاً، ففي الصحة وجهان) مأخذهما أن البيعَ موضوعٌ لنقل الأعيانِ والمنافعِ تابعةً لها، فلا يُثَمِّرُ الملكُ لو تجوَّز به في نقل المنافع منفردةً وإن نوى به الإجارة. وأنه يفيد نقلَ المنفعة أيضاً في الجملة ولو بالتبعية، فيقوم مقامُ الإجارة مع قصدها. والأصح المنع.

(وهي لازمةٌ من الطرفين) لا تبطلُ إلا بالتقاييل أو بأحد الأسبابِ المقتضية للفسخ، وسيأتي بعضها^١.

(ولو تعقَّبها البيعُ لم تبطلُ)؛ لعدم المنافاة، فإنَّ الإجارةَ تتعلَّقُ بالمنافع، والبيعُ بالعين وإن تَبَعَّتْها المنافعُ حيث يمكن (سواء كان المشتري هو المستأجر أو غيره) فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجارةُ على الأقوى، بل يجتمع عليه الأجرةُ والتمنُّ، وإن كان غيره وهو عالم بها صَبَرَ إلى انقضاء المدَّة، ولم يمنع ذلك من تعجيل الثمن، وإن كان جاهلاً بها تخيَّر بين فسخ البيع وإمضائه مجاناً مسلوبَ المنفعة إلى انقضاء المدَّة، ثم لو تجدد فسخُ الإجارة عادت المنفعة إلى البائع لا إلى المشتري.

(وعذرُ المستأجر لا يُبطلُها) وإن بلغ حدّاً يتعذَّر عليه الانتفاعُ بها، (كما لو استأجر حانوتاً فيُسَرِّق متاعه) ولا يقدر على إبداله؛ لأنَّ العينَ تامَّةٌ سالحةٌ للانتفاع بها، فيُستصحبُ اللزومُ.

(وأما لو عمَّ العذرُ كالثُلجِ المانعِ من قطعِ الطريق) الذي استأجر الدابةَ لسلوكه مثلاً (فالأقرب جواز الفسخ لكلِّ منهما)؛ لتعذُّر استيفاء المنفعة المقصودة حساً، فلو لم يُجَبَّر بالخيار لزم الضررُ المنفي^٢. ومثله ما لو عرض مانع شرعيٌّ كخوفٍ

١. يأتي عن قريب.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦-١٤٧، ح ٦٥١.

الطريق لتحريم السفر حينئذٍ، أو استئجار امرأة لكئس المسجد فحاضت، والزمان معيّن ينقضي مدّة العذر. ويَحْتَمَلُ انفساخُ العقد في ذلك كله؛ تنزيلاً للتعدّر منزلة تلف العين.

(ولا تَبْطُلُ) الإجارة (بالموت) كما يقتضيه لزومُ العقد، سواءً في ذلك موتُ المؤجر والمستأجر، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ مَوْقُوفَةً^١) على المؤجر وعلى مَنْ بعده من البطون فيؤجرها مدّةً، وَيَتَّفِقُ موتهُ قبل انقضاءها فتَبْطُلُ؛ لانتقال الحقِّ إلى غيره، وليس له التصرّف فيها إِلَّا زَمَنَ استحقاقه، ولهذا لَا يَمْلِكُ نقلها ولا إتلافها.

نعم، لو كان ناظراً وأَجَرَهَا لمصلحة البطون لم تبطل بموته، لكنّ الصّحّة حينئذٍ ليست من حيث إنّه موقوف عليه، بل من حيث إنّه ناظر، ومثله الموصى له بمنفعتها مدّة حياته، فيؤجرها كذلك.

ولو شَرَطَ على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه بطلت بموته أيضاً. (وكلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه تصحّ إعارته وإجارته)، وينعكس في الإجارة كلياً^٢ دون الإعارة؛ لجواز إعارة المنحة^٣، مع أنّ المقصود منها وهو اللب

١. نعم، إلّا أن يكون المؤجر ناظراً فيؤجر لحق النظر عن البطن الثاني، فلا تبطل بموته. (زين رحمه الله)

٢. الفرض من هذا العكس: ضبط مورد الإجارة على وجه يلزم من تحقّقه صحّتها ومن عدمه عدمها؛ لأنّ ذلك هو المقصود بالذات هنا، وذلك لا يتمّ إلّا بالعكس المذكور؛ لأنّ المقدّمة التي ذكرها المصنّف «من أنّه كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه يصحّ إجارته»، إنّما يستلزم حصوله حصولها ولا يلزم من رفعه رفعها، ضرورة أنّ وضع المقدّم يستلزم وضع التالي، ولا يلزم من رفعه رفعه، كما أنّ التالي بالعكس يلزم من رفعه رفع المقدّم، ولا يلزم من ثبوته ثبوته. وأمّا إذا عكسنا المقدّم، فقلنا: «كلّ ما يصحّ إجارته صحّ الانتفاع مع بقاء عينه»، فإنّه يستلزم أنّ كلّ ما لا يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه لا تصحّ إجارته، فيفيد حينئذٍ انحصار مورد الإجارة فيما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه، وإنّما يستلزم ذلك؛ لأنّ التالي هو المقدّم في مقدّمة المصنّف والمقدّم هو التالي فيها فيلزم من ارتفاع ما لا ينتفع به مع بقاء عينه ارتفاع ما تصحّ إجارته؛ لما أسلفناه من المقدّم، وذلك هو المطلوب. ومن هنا لم تصحّ مقدّمة الإعارة كلياً؛ إذ لا يلزم من ارتفاع ما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه ارتفاع مورد الإعارة؛ لتخلّفه في المنحة. (منه رحمه الله)

٣. المنحة: الشاة أو الناقة المستعارة للحلب. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ٣٦٤، «منح».

لَا تَبْقَى عَيْنُهُ، وَلَا تَصَحَّ إِجَارَتُهَا لَذَلِكَ.

(منفرداً كان) مَا يُؤَجَّرُ (أَوْ مُشَاعاً)؛ إِذْ لَا مَانِعَ مِنَ الْمَشَاعِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ الْقِسْمَةِ؛ لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ بِمُوَافَقَةِ الشَّرِيكِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُؤَجَّرَ مِنْ شَرِيكِهِ وَغَيْرِهِ عِنْدَنَا.

(وَلَا يَضْمَنُ الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ إِلَّا بِالتَّعَدِّيِّ) فِيهَا (أَوْ التَّفْرِيطُ^(١))؛ لِأَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِحَقِّ الْقَابِضِ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ وَبَعْدَهَا، قَبْلَ طَلْبِ الْمَالِكِ وَبَعْدَهُ إِذَا لَمْ يُؤَخَّرْ مَعَ طَلْبِهَا اخْتِيَاراً.

(وَلَوْ شَرَطَ) فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ (ضَمَانَهَا) بِدُونِهَا (فَسَدَ الْعَقْدُ^(٢))؛ لِفْسَادِ الشَّرْطِ مِنْ حَيْثُ مَخَالَفَتُهُ لِلْمَشْرُوعِ وَمَقْتَضَى الْإِجَارَةِ.

(وَيَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِهَمَا وَلِأَحَدِهِمَا) مَدَّةً مُضَبُوطَةً؛ لِعُمُومِ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(٣)، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَعْيَنَةِ وَالْمُطْلَقَةِ عِنْدَنَا^(٤).

(نَعَمْ، لَيْسَ لِلْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ فِعْلُ ذَلِكَ) وَهُوَ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَوْ لِلْأَعْمِّ بِحَيْثُ يَفْسَخُ إِذَا أَرَادَ (إِلَّا مَعَ الْإِذْنِ، أَوْ ظَهُورِ الْغِبْطَةِ) فِي الْفَسْخِ، فَيَفْسَخُ حَيْثُ يَشْتَرِطُهَا لِنَفْسِهِ، لَا بِدُونِ الْإِذْنِ فِي الْوَكِيلِ، وَلَا الْغِبْطَةِ فِي الْوَصِيِّ؛ لِعَدَمِ اقْتِضَاءِ إِطْلَاقِ التَّوَكِيلِ فِيهَا إِضَافَةَ الْخِيَارِ الْمَقْتَضِي لِلتَّسَلُّطِ عَلَى إِطَالِهَا، وَكَذَا الْوَصَايَةِ، فَإِنَّ فِعْلَ الْوَصِيِّ مَنْوُطٌ بِالصَّلَاحَةِ.

(وَلَا بَدَّ مِنْ كَمَالِ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَجَوَازِ تَصَرُّفِهِمَا) فَلَا تَصَحُّ إِجَارَةُ الصَّبِيِّ وَإِنْ كَانَ

١. الْفَرْقُ بَيْنَ التَّعَدِّيِّ وَالتَّفْرِيطِ أَنَّ التَّعَدِّيَّ أَمْرٌ وَجُودِي، وَهُوَ فِعْلٌ مَا لَا يَجُوزُ فِعْلُهُ، كَأَنْ يَحْمِلَ الدَّابَّةَ فَوْقَ الْمُعْتَادِ، أَوْ يَتَجَاوَزَ بِهَا الْمَسَافَةَ الْمَشْرُوطَةَ، وَالتَّفْرِيطُ أَمْرٌ عَدَمِي، وَهُوَ تَرْكُ مَا يَجِبُ فِعْلُهُ، كَحِفْظِ الدَّابَّةِ وَعِلْفِهَا مَثَلًا. (زَيْن رَحِمَهُ اللَّهُ)

٢. نَعَمْ، وَلَهُ أَجْرَةُ الْمُثَلِّ وَإِنْ زَادَتْ عَنِ الْمُسَمَّى مَعَ الْإِنْتِفَاعِ. (زَيْن رَحِمَهُ اللَّهُ)

٣. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

٤. نَبَّهَ بِالنَّسُوبَةِ عَلَى خِلَافِ بَعْضِ الْعَامَّةِ حَيْثُ جَوَّزَ خِيَارَ الشَّرْطِ فِي الْمُطْلَقَةِ - وَهُوَ مَا كَانَ مَوْرَدَهَا الذَّمَّةُ - لَا الْمَعْيَنَةَ، وَهُوَ تَحَكُّمٌ. (مَنْ رَحِمَهُ اللَّهُ).

مميّزاً أو أذن له الوليُّ، ولا المجنون مطلقاً، ولا المحجور بدون إذن الوليِّ أو مَنْ في حكمه.

(وَمِنْ كَوْنِ الْمَنْفَعَةِ) المقصودة من العين (والأجرة معلومتين)، ويتحقّق العلم بالمنفعة بمشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلّق المنفعة، أو وصفها بما يرفع الجهالة، وتعيين المنفعة إن كانت متعدّدة في العين ولم يردّ الجميع، وفي الأجرة بكيّليها أو وزنها أو عدّها إن كانت مما يُعتبَر بها في البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك.

(والأقرب أنّه لا تكفي المشاهدة في الأجرة عن اعتبارها) بأحد الأمور الثلاثة إن كانت ممّا يُعتبَر بها؛ لأنّ الإجارة معاوضة لازمة مبنية على المغابنة، فلا بدّ فيها من انتفاء الغرر عن العوضين، أمّا لو كانت الأجرة ممّا يكفي في بيعها المشاهدة - كالقار - كَفَتْ فيها هنا قطعاً، وهو خارج بقرينة «الاعتبار».

(وَتُمْلِكُ) الأجرة (بالعقد)؛ لاقتضاء صحّة المعاوضة انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر، لكن لا يجب تسليمها قبل العمل، وإنّما تظهر الفائدة في ثبوت أصل الملك، فيتّبعها التّماء متّصلاً ومنفصلاً.

(ويجب تسليمها بتسليم العين) المؤجرة (وإن كانت على عمل فبعده) لا قبل ذلك، حتّى لو كان المستأجر وصيّاً أو وكيلاً لم يَجْزُ له التسليم قبله، إلّا مع الإذن صريحاً أو بشاهد الحال. ولو فرض توقّف الفعل على الأجرة كالحجّ، وامتنع المستأجر من التسليم تَسَلُّطَ الأجير على الفسخ.

(ولو ظهر فيها) أي في الأجرة (عيب، فللأجير الفسخ أو الأرش مع التعيين) للأجرة في متن العقد؛ لاقتضاء الإطلاق السليم، وتعيينه مانع من البدل كالبيع، فيُجَبَر العيب بالخيار، و(مع عدمه) أي عدم التعيين (يُطالَب بالبدل)؛ لعدم تعيين المَعِيب أجرة، فإن أُجِيب إليه وإلاّ جاز له الفسخ، والرضى بالمعيب فيُطالَب بالأرّش؛ لتعيين المدفوع عوضاً بتعذّر غيره.

(وقيل: له الفسخ) في المطلقة مطلقاً^١ (وهو قريب إن تعذر الإبدال)، كما ذكرناه لا مع بذله؛ لعدم انحصار حقه في المعيب.

(ولو جَعَلَ أُجْرَتَيْنِ على تقديرين؛ كنقل المتاع في يوم بعينه بأجرة وفي) يوم (آخَرَ بـ) أجرة (أُخْرَى، أو) جَعَلَ أُجْرَتَيْنِ إحداهما (في الخياطة الروميّة، وهي التي بَدَرَزَيْنِ و) الأُخْرَى على الخياطة (الفارسيّة، وهي التي بواحد، فالأقرب الصّحّة)؛ لأنّ كلا الفعلين معلوم وأجرته معلومة، والواقع لا يخلو منهما؛ ولأصالة الجواز. ويُشكّل بمنع معلوميّته؛ إذ ليس المستأجر عليه المجموع ولا كلّ واحد وإلا لوجبا، فيكون واحداً غير معيّن، وذلك غَرَرٌ مُبْطِلٌ لها، كالبيع بثمنين على تقديرين، ولو تُحْمَلْ مثلُ هذا الغرر لَزِمَ مثله في البيع بثمنين؛ لاشتراكهما في العقد اللازم المشتمل على المعاوضة. نعم، لو وقع ذلك جُعَالَةً توجّهت الصّحّة؛ لاحتمالها من الجهالة ما لا تحتمله الإجارة.

(ولو شَرَطَ عَدَمَ الأجرة على التقدير الآخر لم تصحّ^٢ في مسألة النقل) في اليومين، وتثبت أجرة المثل على المشهور. ومستند الحكمين خبران: أحدهما صحيح^٣ و^٤

١. انظر شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٢؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ١٢٩، الرقم ٤٢٩٢.

٢. وثبتت له أجرة المثل إن جاء به في المعين، وإلا فلا شيء. (زين رحمه الله)

٣. الخبر الصحيح ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سمعته يقول: «كنت جالسا عند قاضي من قضاة المدينة فأناه رجلان، فقال أحدهما: إني تكرّيت هذا على أن يوافيني السوق يوم كذا وكذا وأنّه لم يفعل. قال: فقال: ليس له كر قال: فدعوته وقلت له: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه، وقلت للأجير: ليس لك أن تأخذ كلّ الذي عليه اصطلاحا بينكما».

وهذا الخبر كما ترى ليس فيه تعرّض لما عدا اليوم المعين بالأجرة ولا بغيرها، وكذلك ليس في كلام الإمام عليه السلام أنّ اللازم في غيره أجرة المثل أو غيره، ومع ذلك فما تضمّنه الخبر من الحكم لا يوافق القواعد الشرعيّة؛ لأنّ اللازم من بقية العمل في اليوم المعين والسكوت من غيره أنّه لا يستحقّ في غيره أجرة كما ذلك القاضي إلّا أن نفرض اطلاعه عليه ما يوجب بطلان الإجارة، فحكم عليهما بالاصطلاح؛ لأنّ الثابت حينئذٍ أجرة المثل وهي خارجة عن المعين (أي الأجرة المعيّنة والتذكير باعتبار الموضع) كما أشار إليه في كلامه عليه السلام لهما. (منه رحمه الله)

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٤، ح ٩٤١.

وليس بصريح في المطلوب، والآخِرُ ضعيف أو موثَّق^{٢٥١}، فالرجوع فيهما إلى الأصول الشرعيَّة أولى.

وللمصنَّف (رحمه الله) في الحكم الثاني بحث نبّه عليه بقوله (وفي ذلك نظر؛ لأنَّ قضية كلِّ إجارة المنع من نقيضها)، فيمكن أن يُجعل موردُ الإجارة هنا القسم الذي فُرض فيه أجرة، والتعرُّض للقسم الآخر الخالي عنها تعرُّضاً في العقد لحكم نقيضه، فإنَّ قضية الإجارة بالأجرة المخصوصة في الزمن المعين حيث يُطلَق، عدمُ استحقاق شيء لو لم ينقل أو نقل في غيره، (فيكون) على تقدير اشتراط عدم الأجرة لو نقله في غير المعين (قد شَرَطَ قضيةَ العقد فلم تبطل) الإجارة (في مسألة النقل، أو في غيرها) ممَّا شارَكها في هذا المعنى، وهو اشتراط عدم الأجرة على تقدير مخالفة مُقتضى الإجارة الخاصَّة.

(غاية ما في الباب أنّه إذا أُخلَّ بالمشروط) وهو نقله في اليوم المعين (يكون البطلان منسوباً إلى الأجير) حيث فوّت الزمانَ المعينَ ولم يفعل فيه ما شَرَطَ عليه فلا يَسْتَحِقُّ شيئاً؛ لأنّه لم يفعل ما استَوْجِرَ عليه، (ولا يكون) البطلان (حاصلاً من جهة العقد)، فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير وإثبات أجرة المثل، بل

١. وجه التردد بين كون الخير ضعيفاً أو موثقاً أن في طريقه منصور بن يونس بُرِّزَ وكان واقفياً إلا أن النجاشي مع ذلك وثقه [رجال النجاشي، ص ٤١٣، الرقم ١١٠٠] وغيره ردّ روايته؛ والعلامة (رحمه الله) قال: الوجه عندي التوقف فيما يرويه خلاصة الأقوال، ص ٤٠٨، الرقم ١٦٥٠ فعلى قول النجاشي هو من الموثق، وعلى قول غيره هو من الضعيف، خصوصاً على ما ذكره الكشي من أن سبب وقوفه أموال كانت في يده للكاظم عليه فوجد النصّ للرضا عليه لذلك [اختيار معرفة الرجال، ص ٤٦٨، ح ٨٩٣] هذا من حيث السند، وأمّا من حيث الدلالة: فهي صريحة في حكم المسألتين معاً وهما ما لو جعل للقسم الآخر أجرة وما لو شرط إسقاط ماله رأساً ولفظ الرواية عن الحلبي قال: كنت قاعداً إلى قاضي وعنده أبو جعفر عليه فأتاه رجلان فقال أحدهما: إنّي تكاريت إيل هذا الرجل ليحملك لي متاعاً إلى بعض المعادن واشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا؛ لأنّها سوق وأنخوف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت عن الكرى يوم احتبست كذا كذا، وأنّه حسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً. فقال القاضي: هذا شرط فاسد وقد كراه، فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه فقال: «هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه». (منه رضوان الله عليه وقدس سرّه)

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٤، ح ٩٤٠.

اللازم عدم ثبوت شيء وإن نُقِلَ المتاع إلى المكان المعين في غير الزمان؛ لأنّه فَعَلَ ما لم يُؤَمَّر به ولا اسْتُؤِجِر عليه.

وهذا النظر ممّا لم يَتَعَرَّضْ له أحد من الأصحاب ولا ذَكَرَهُ المصنّف في غير هذا الكتاب. وهو نظر موجّه، إلّا أنّه لا يَتِمُّ إلّا إذا فُرِضَ كون مورد الإجارة هو الفعل في الزمن المعين، وما خرج عنه خارج عنها، وظاهر الرواية^١، وكلام الأصحاب أنّ مورد الإجارة كلا القسمين، ومن ثَمَّ حكموا بصحّتها مع إثبات الأجرة على التقديرين؛ نظراً إلى حصول المقتضي وهو الإجارة المعيّنة المشتملة على الأجرة المعيّنة وإن تعدّدت واختلّفت؛ لانحصارها وتعيّنها كما تقدّم، وبطلانها على التقدير الآخر.

ولو فُرِضَ كون مورد الإجارة هو القسم الأوّل خاصّةً -وهو النقل في الزمن المعين- لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض أجرة مع نقله في غيره أولى؛ لأنّه خلاف قضية الإجارة وخلاف ما تعلّقت به، فكان أولى بثبوت أجرة المثل.

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

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

(ولابدّ) في صحّة الإجارة على وجه اللزوم (من كون المنفعة مملوكةً له) أي للمؤجر (أو لمؤلّاه)، وهو من يدخُل تحت ولايته ببُتُوّةٍ أو وصايةٍ أو حكمٍ (سواء كانت مملوكةً) له (بالأصل)، كما لو استأجر العين فملّك منفعتها بالأصل لا بالتبعية للعين ثمّ آجرها، أو أوصي له بها، (أو بالتبعية) لمِلْكه للعين.

(وللمستأجر أن يُؤجر) العين التي استأجرها (إلّا مع شرط) المؤجر الأوّل عليه

(استيفاء المنفعة بنفسه)، فلا يصح له حينئذ أن يؤجر، إلا أن يشترط المستأجر الأول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه فيصح أن يؤجر أيضاً؛ لعدم منافاتها لشرط المؤجر الأول، فإن استيفاءه المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه.

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

وقيل: يجوز تسليمها من غير ضمان؛ لأن القبض من ضرورات الإجارة للعين وقد حكم بجوازها، والإذن في الشيء إذن في لوازمه. وهذا هو الذي رجحه المصنف في بعض حواشيه^٣، وفيه قوة، ويؤيده صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير^٤، وغيرها أولى.

(ولو آجر الفضولي فالأقرب الوقف على الإجازة) كما يقف غيرها من العقود، وخصها بالخلاف؛ لعدم النص فيها بخصوصه، بخلاف البيع فإن قصّة عروة البارقي مع النبي ﷺ في شراء الشاة تدل على جواز بيع الفضولي وشراؤه^٥، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص^٦، والأشهر توقّفه على الإجازة مطلقاً.

(ولابد من كونها) أي المنفعة (معلومة إمّا بالزمان) فيما لا يمكن ضبطه إلا به (كالسكنى) والإرضاع، (وإمّا به أو بالمسافة) فيما يمكن ضبطه بهما (كالركوب)،

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٤٦٧؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨٧.

٢. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١١٥، المسألة ١٢.

٣. حكاه عنه المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٧، ص ١٢٥.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٥، ح ٩٤٢.

٥. المسعجم الكبير، الطبراني، ج ١٧، ص ١٦٠، ح ٤٢١؛ سنن الدار قطني، ج ٢، ص ٥٧٨، ح ٢٩٧٨٧ -

٣٠/٢٧٨٨.

٦. حيث أمره النبي ﷺ بشراء شاة بدينار فاشتري شاتين به ثم باع إحداهما به وردّه مع الأخرى، فأجازه النبي ﷺ. (منه رحمه الله)

فإنه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر وبالمسافة كالركوب إلى البلد المعين، (وإما به أو بالعمل) كاستئجار آدمي لعمل (كالخياطة)، فإنه يمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر، وبالعمل كخياطة هذا الثوب.

(ولو جَمَعَ بين المدة والعمل) كخياطة الثوب في هذا اليوم، (فالأقرب البطلان إن قصد التطبيق^١) بين العمل والزمان بحيث يبتدئ بابتدائه وينتهي بانتهائه؛ لأن ذلك مما لا يتفق غالباً، بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس، فإن أمر بالإكمال في الأول لزم العمل في غير المدة المشروطة، وإلا كان تاركاً للعمل الذي وقع عليه العقد، وإن أمر في الثاني بالعمل إلى أن تنتهي المدة، لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في المدة المشروطة.

ولو قصد مجرد وقوع الفعل في ذلك الزمان صحَّ مع إمكان وقوعه فيه، ثم إن وقع فيه ملك الأجرة لحصول الغرض، وإن خرجت المدة قبله، فإن كان قبل الشروع فيه بطلت، وإن خرجت في أثنائه استحقَّ المسمى لما فعل.

وفي بطلانها في الباقي، أو تخيير المستأجر بين الفسخ في الباقي أو الإجازة فيكمل خارجه ويستحقَّ المسمى، وجهان. وقيل: يستحقَّ مع الفسخ أجرة مثل ما عمل، لا المسمى^٢. والأوسط أجود.

(ولا يعمل الأجير الخاص) وهو الذي يُستأجر للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أو حكماً؛ كما إذا استؤجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده (لغير المستأجر^٣) إلا بإذنه؛ لانحصار منفعته فيه بالنسبة إلى الوقت الذي جرت عادته بالعمل فيه كالنهار، أما غيره كالليل، فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤدَّ

١. المراد بـ«التطبيق» انتهاء الزمان بانتهاء العمل الواقع فيه، بحيث يكون آخر جزء من الزمان آخر جزء من العمل.
(زين رحمه الله)

٢. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٨٦، الرقم ٤٢٠٩.

٣. فإن عمل من دون الإذن تخير المستأجر بين الفسخ والمطالبة بأجرة المثل، أو المسمى الثاني له أو لمستأجره.
(زين رحمه الله)

إلى ضعف في العمل المستأجر عليه.

وفي جواز عمله لغيره - في المعين - عملاً لا ينافي حقّه كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقّه، وجهان: من التصرف في حق الغير. وشهادة الحال. ومثله عمل مملوك غيره كذلك. وباعتبار هذا الانحصار سمي خاصاً؛ إذ لا يمكنه أن يُشرك غير من استأجره في العمل في الزمان المعهود. فإن عمل لغيره في الوقت المختص فلا يخلو إما أن يكون بعقد إجارة أو جعالة أو تبرعاً؛ ففي الأول يتخير المستأجر بين فسخ عقد نفسه؛ لفوات المنافع التي وقع عليها العقد أو بعضها، وبين إبقائه، فإن اختار الفسخ وكان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئاً فلا شيء عليه، وإن كان بعده تَبَعَضَّتْ الإجارة، ولزمه من المسمى بالنسبة.

وإن بقي على الإجارة تخير في فسخ العقد الطارئ وإجازته؛ إذ المنفعة مملوكة له فالعاقد عليها فضولي، فإن فسّخه رجع إلى أجرة المثل عن المدّة الفائتة؛ لأنّها قيمة العمل المستحق له بعقد الإجارة وقد أتلّف عليه، ويتخير في الرجوع بها على الأجير؛ لأنّه المباشر للإتلاف، أو المستأجر؛ لأنّه المستوفي.

وإن أجاز له المسمى فيه، فإن كان قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر؛ لأنّ الأجير هنا بمنزلة فضولي باع ملك غيره فأجاز المالك، فإنّ الفضولي لا يطالب بالثمن، وإن كان بعد القبض وكانت الأجرة معيّنة، فالمطالب بها من هي في يده، وإن كانت مطلقة فإن أجاز القبض أيضاً فالمطالب الأجير وإلا المستأجر، ثمّ المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله، أو عليه وبقاء العين.

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

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

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

(ويجوز للمطلق) وهو الذي يُستأجر لعملٍ مجردٍ عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوماً، أو عن المدة مع تعيين المباشرة، كأن يخطط له ثوباً بنفسه من غير تعرّض إلى وقت، أو مجردٍ عنهما كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان.

وسُمّي مطلقاً؛ لعدم انحصار منفعته في شخص معيّن، فمن ثَمَّ جاز له أن يعمل لنفسه وغيره. وتسميته بذلك أولى من تسميته مشتركاً - كما صنع غيره^١ - لأنه في مقابلة المقيّد وهو الخاصّ، ويبيّن هذا الخاصّ باعتباره الثلاثة؛ إذ الأوّل مطلق بالنسبة إلى المباشر، والثاني بالنسبة إلى المدة، والثالث فيهما معاً.

وللمصنّف (رحمه الله) قول بأنّ الإطلاق في كلّ الإجازات يقتضي التعجيل، وأنّه تجب المبادرة إلى ذلك الفعل، فإن كان مجرداً عن المدة خاصّةً فبنفسه، وإلاّ تخير بينه وبين غيره، وحينئذٍ فيقع التنافي بينه وبين عملٍ آخرٍ في صورة المباشرة. وفرّع عليه عدم صحّة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة، كما مُنِع الأجير الخاصّ^٢. ويرشّد إليه ما تقدّم في الحجّ من عدم صحّة الإجارة الثانية مع اتّحاد زمان الإيقاع نصّاً أو حكماً، كما لو أُطلق فيهما، أو عُيّن في إحداهما بالسنة الأولى وأُطلق في الأخرى. وما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور.

(وإذا تسلّم) المستأجر (العين ومضت مدةً يمكن فيها الانتفاع) بها فيما استأجرها له (استقرّت الأجرة) وإن لم يستعملها. وفي حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين فلم يأخذها المستأجر حتّى انقضت المدة أو مضت مدةً يمكنه الاستيفاء فتستقرّ الأجرة.

(ولا بدّ من كونها) أي المنفعة (مباحةً، فلو استأجره لتعليم كفر أو غناء) ونحوه من المعلومات الباطلة (أو حمل مسكرٍ بطل) العقد. ويُستثنى من حمل المسكر الخمر

١. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٩٠.

٢. حاشية القواعد، ص ٣٦٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٤).

بقصد الإراقة أو التخلييل، فإن الإجارة لهما جائزة.

(وأن يكون مقدوراً على تسليمها، فلا تصح إجارة الآبق)؛ لاشتمالها فيه على الفرر، (وإن ضمَّ إليه) شيئاً متمولاً (أمكن الجواز^١) كما يجوز في البيع، لا بالقياس بل لدخولها في الحكم بطريق أولى^٢؛ لاحتمالها من الفرر ما لا يحتمله، وبهذا الإمكان أفتى المصنّف في بعض فوائده^٣. ووجه المنع فقد النصّ المجوّز هنا، فيقتصر فيه على مورده وهو البيع، ومنع الأولوية.

وعلى الجواز هل يُعتبر في الضميمة إمكان إفرادها بالإجارة أم بالبيع، أم يكفي كلّ واحد منهما في كلّ واحد منهما؟ أوجه، من حصول المعنى في كلّ منهما. ومن أنّ الظاهر ضميّة كلّ شيء إلى جنسه، وقوى المصنّف الثاني^٤.

ولو آجره من يقدّر على تحصيله صحّ من غير ضميّة. ومثله المفصوب لو آجره الغاصب أو من يتمكن من قبضه.

(ولو طرأ المنع) من الانتفاع بالعين المؤجرة فيما أوجرت له، (فإن كان) المنع (قبل القبض فله الفسخ)؛ لأنّ العين قبل القبض مضمونة على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذّرها، ومطالبة المؤجر بالمسعى؛ لفوات المنفعة، وله الرضى بها وانتظار زوال المانع، أو مطالبة المانع بأجرة المثل لو كان غاصباً، بل يُحتمل مطالبة المؤجر بها أيضاً؛ لكون العين مضمونة عليه حتّى يُقبض، ولا يسقط التخيير بزوال المانع في أثناء المدّة؛ لأصالة بقائه.

(وإن كان) المنع (بعده) أي بعد القبض (فإن كان تلفاً بطلت) الإجارة؛ لتعذّر تحصيل المنفعة المستأجر عليها، (وإن كان غصباً) لم تبطل؛ لاستقرار العقد بالقبض

١. لا. (زين رحمه الله)

٢. أي إذا جاز في البيع الذي يشترط فيه التعيين من جميع الوجوه جاز في الإجارة التي ليس التعيين فيها شرطاً من جميع الوجوه بطريق أولى. (منه رحمه الله)

٣. حاشية القواعد، ص ٣٥٨-٣٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٤).

٤. حاشية القواعد، ص ٣٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٤).

وبراءة المؤجر، والحال أن العين موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها، وإنما المانع عارض (راجع المستأجر على الغاصب^١) بأجرة مثل المنفعة الفاتية في يده، ولا فرق حينئذ بين وقوع الغصب في ابتداء المدة وخلالها، والظاهر عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر وغيره. (ولو ظهر في المنفعة عيب فله الفسخ^٢)؛ لفوات بعض المائنة بسببه فيجبر بالخيار؛ ولأن الصبر على العيب ضرر منفي^٣.

(وفي الأرض) لو اختار البقاء على الإجارة (نظراً)؛ من وقوع العقد على هذا المجموع وهو باقٍ، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع. ومن كون الجزء الفائت أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل، وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فيجبر بالأرض، وهو حسن.

وطريق معرفته أن يُنظر إلى أجرة مثل العين سليمة ومعيبة، ويُرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة إلى الصحيحة.

وإن اختار الفسخ وكان قبل مضي شيء من المدة فلا شيء عليه، وإلا فعليه من المسمى بنسبة ما مضى إلى المجموع.

(ولو طرأ) العيب (بعد العقد فكذاك، كانهدام المسكن) وإن كان بعد استيفاء شيء من المنفعة، ولا يمنع من ذلك كون التصرف مُسقطاً للخيار؛ لأن المعتبر منه ما وقع في العوض المعيب الذي تعلقت به المعاوضة وهو هنا المنفعة، وهي تتجدد شيئاً فشيئاً، وما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف. وإنما يتخير مع انهدام المسكن إذا أمكن الانتفاع به وإن قل، أو أمكن إزالة المانع وإلا بطلت.

ولو أعاده المؤجر بسرعة بحيث لا يفوت عليه شيء معتد به، ففي زوال الخيار نظر؛ من زوال المانع. وثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب، وهو أقوى.

١. ولا يجب على المالك الانتزاع من الغاصب وإن تمكن. (زين رحمه الله)

٢. مختير بين الفسخ والأرض مع فوات بعض المنفعة. (زين رحمه الله)

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٤، ح ٧٢٧.

(وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَقَاطِعَ مَنْ يَسْتَعْمَلُهُ عَلَى الْأَجْرَةِ أَوَّلًا)؛ للأمر به في الأخبار، فعن الصادق عليه السلام: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْتَعْمَلُنَّ أَجِيرًا حَتَّى يُعْلِمَهُ مَا أَجْرُهُ»^١، وعن الرضا عليه السلام أَنَّهُ ضَرَبَ غِلْمَانَهُ حَيْثُ اسْتَعْمَلُوا رَجُلًا بَغِيرَ مَقَاطَعَةٍ وَقَالَ: «إِنَّهُ مَا مِنْ أَحَدٍ يَعْمَلُ لَكَ شَيْئًا بَغِيرَ مَقَاطَعَةٍ ثُمَّ زِدْتَهُ لَذَلِكَ الشَّيْءَ ثَلَاثَةَ أَضْعَافٍ عَلَى أَجْرَتِهِ إِلَّا ظَنَّ أَنَّكَ قَدْ نَقَصْتَهُ أَجْرَتَهُ، وَإِذَا قَاطَعْتَهُ ثُمَّ أُعْطِيَتْهُ أَجْرَتُهُ حَمَدَكَ عَلَى الْوَفَاءِ، فَإِنْ زِدْتَهُ حَبَّةً عَرَفَ ذَلِكَ لَكَ، وَرَأَى أَنَّكَ قَدْ زِدْتَهُ»^٢.

(وَأَنْ يُوفِّيَهُ) أَجْرَتَهُ (عَقِيبَ فَرَاغِهِ) مِنَ الْعَمَلِ، قَالَ الصَّادِقُ عليه السلام فِي الْحَمَالِ وَالْأَجِيرِ: «لَا يَجُفَّ عِرْقُهُ حَتَّى تُعْطِيَهُ أَجْرَتَهُ»^٣، وَعَنْ حَنَّانِ بْنِ شَعِيبٍ قَالَ: تَكَارَيْنَا لِأَبِيِّ عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَوْمًا يَعْمَلُونَ فِي بَسْتَانٍ لَهُ وَكَانَ أَجْلُهُمْ إِلَى الْعَصْرِ، فَلَمَّا فَرَّغُوا قَالَ لِمُعْتَبَرٍ: «أَعْطِهِمْ أَجُورَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَجُفَّ عِرْقُهُمْ»^٤.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يُضْمَنَ) أَي يُغَرِّمَ عَوَضَ مَا تَلَفَ بِيَدِهِ بِنَاءً عَلَى ضَمَانِ الصَّانِعِ مَا يَتَلَفُ بِيَدِهِ، أَوْ مَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَى تَفْرِيطِهِ، أَوْ مَعَ نَكُولِهِ عَنِ الْيَمِينِ حَيْثُ يَتَوَجَّهَ عَلَيْهِ لَوْ قَضَيْنَا بِالنَّكُولِ (إِلَّا مَعَ التَّهْمَةِ)^٥ لَهُ بِتَقْصِيرِهِ عَلَى وَجْهِ يَوْجِبُ الضَّمَانَ.

(مسائل)

[المسألة (الأولى): مَنْ تَقَبَّلَ عَمَلًا فَلَهُ تَقْبِيلُهُ غَيْرَهُ بِأَقْلٍ) مِمَّا تَقَبَّلَهُ بِهِ (عَلَى

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١١، ح ٩٣١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٢، ح ٩٣٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١١، ح ٩٢٩.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١١، ح ٩٣٠، فيه: عَنْ حَنَّانٍ عَنْ شَعِيبٍ.

٥. كَانَ يَشْهَدُ شَاهِدَانِ عَلَى تَفْرِيطِهِ وَهُوَ غَيْرُ مَتَّهِمٍ فِيكَرُهُ تَضْمِينُهُ. هَذَا عَلَى مَذْهَبِ جَمَالِ الدِّينِ بِعَدَمِ تَضْمِينِ الْأَجْرَاءِ إِلَّا لِتَفْرِيطِ عِنْدِهِ، أَمَّا عَلَى مَذْهَبِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ فَالْأَمْرُ ظَاهِرٌ: لِأَنَّ قَضِيَّةَ الصَّنَاعِ وَالْمَلَا حِينَ وَأَشْبَاهِهِمُ الضَّمَانَ لِمَا فِي أَيْدِيهِمْ، إِلَّا أَنْ يَقُومَ الْبَيِّنَةُ بِمَا تَنْفِيهِ، فَحِينَئِذٍ يَكْرَهُ تَضْمِينَهُمْ مَعَ التَّلَفِ إِلَّا مَعَ التَّهْمَةِ، وَأَمَّا مَنْ فَرَّ بِاشْتِرَاطِ الضَّمَانَ فِي الْعَقْدِ فَلَيْسَ؛ إِذَا اشْتَرَطَ الضَّمَانَ فَاسِدَ قِطْعًا، سِوَاهُ كَانَ هُنَاكَ تَهْمَةٌ أَوْ لَا. (زَيْن رَحِمَهُ اللَّهُ)

الأقرب)؛ لأصالة الجواز، وما ورد من الأخبار دالاً على النهي^١ عنه يُحتمل على الكراهة، جمعاً بينها وبين ما يدل على الجواز^٢.

هذا إذا لم يُشترط عليه العمل بنفسه، وإلا فلا إشكال في المنع، وإذا لم يُحدث فيه حَدَثاً وإن قلَّ، (ولو أحدث فيه حدثاً، فلا بحث) في الجواز؛ للاتفاق عليه حينئذٍ. وعلى تقدير الجواز، فالمشهور اشتراط إذن المالك في تسليم العين للمتقبل؛ لأنها مال الغير، فلا يصح تسليمه لغيره بغير إذنه، وجواز إيجارته لا ينفيه، فيستأذن المالك فيه، فإن امتنع رَفَعَ أمره إلى الحاكم، فإن تعذر ففي جوازه بغير إذنه أو تسلطه على الفسخ وجهان، وجواز التسليم بغير إذنه مطلقاً - خصوصاً إذا كان المتقبل ثقة - قوي.

[المسألة] (الثانية: لو استأجر عيناً فله إيجارها بأكثر مما استأجرها به) للأصل، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود^٣. (وقيل بالمنع إلا أن تكون إيجارها (بغير جنس الأجرة أو يُحدث فيها صفة كمال)^٤، استناداً إلى روايتين ظاهرتين في الكراهة^٥ وإلى استلزامه الربا. وهو ضعيف؛ إذ لا معاوضة على الجنس الواحد.

[المسألة] (الثالثة: إذا فَرَطَ في العين) المستأجرة (ضَمِنَ قيمتها يوم التفريط)؛ لأنه يوم تعلُّقها بذمته، كما أن الغاصب يَضْمَنُ القيمة يوم الغصب. هذا قول الأكثر. (والأقرب) ضَمَانُ قيمتها (يوم التلف)؛ لأنه يوم الانتقال إلى القيمة لا قبله وإن حُكِمَ بالضمان؛ لأن المفروض بقاء العين فلا ينتقل إلى القيمة. وموضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة، أما لو كان بسبب نقص في العين، فلا شبهة في ضمانه.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٠ - ٢١١، ح ٩٢٣ و ٩٢٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٠ - ٢١١، ح ٩٢٥ و ٩٢٨.

٣. المائدة (٥): ١.

٤. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٠٤، ح ٨٩٩ و ٩٠٠.

(ولو اختلفا في القيمة خَلَفَ الغارم)؛ لأصالة عدم الزيادة؛ ولأنَّه منكر. وقيل:
القول قول المالك إن كانت دَائِبَةً^١. وهو ضعيف.

[المسألة] (الرابعة: مؤونة العبدِ أو الدائِية على المالك) لا المستأجر؛ لأنَّها تابعة للملك، وأصالة عدم وجوبها على غير المالك. وقيل: على المستأجر مطلقاً، وهو ضعيف. ثم إن كان المالك حاضراً عندها أنفق، وإلا استأذنه المستأجرُ في الإنفاق ورجع عليه. (ولو أنفق عليه المستأجرُ بنية الرجوع) على المالك (صحَّ مع تعذُّر إذن المالك أو الحاكم) وإن لم يُشهد على الأقوى، ولو أهمل مع غيبة المالك ضَمِنَ لتفريطه، إلا أن ينهائه المالك.

(ولو استأجر أجيراً لِيُنْفِذَهُ في حوائجه، فنفقته على المستأجر في المشهور)، استناداً إلى رواية سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام^٢، ولاستحقاق منافع المانع من ثبوت النفقة عليه.

والأقوى أنَّه كغيره لا تجب نفقته إلا مع الشرط، وتُحمَلُ الرواية - مع سلامة سندها - عليه، واستحقاق منفعه لا يَمْنَعُ من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته الأجرة. وحيث يُشترَطُ فيه وفي غيره من الحيوان على المستأجر يُعتَبَرُ بيان قدرها ووصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداءً، فإنَّه يكفي القيام بعبادة أمثاله.

[المسألة] (الخامسة: لا يجوز إسقاطُ المنفعة المعيّنة) أي الإبراء منها، سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الدالة عليه؛ لأنَّه عبارة عن إسقاط ما في الذمَّة، فلا يتعلَّق بالأعيان ولا بالمنافع المتعلِّقة بها.

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٤٦.

٢. قال به العلامة في إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٢٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٢، ج ٩٣٣.

(ويجوز إسقاط) المنفعة (المطلقة) المتعلقة بالذمة وإن لم يستحق المطالبة بها.
(و) كذا (الأجرة) يصح إسقاطها إن تعلقت بالذمة، لا إن كانت عيناً.
(وإذا تسلّم أجيراً) ليعمل له عملاً (فتلّف لم يضمن) صغيراً كان أم كبيراً، حرّاً كان أم عبداً؛ لأنّه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقّة لا يمكن تحصيلها إلّا بإثبات اليد عليه، فكان أمانةً في يده. ولا فرق بين تلفه مدّة الإجارة وبعدها، إلّا أن يحسبه مع الطلب بعد انقضاء المدّة فيصير بمنزلة المغضوب. وسيأتي^١ -إن شاء الله- أن الحرّ البالغ لا يضمن مطلقاً، وما عليه من الثياب تابع له، ولو كان صغيراً أو عبداً ضمنه.

[المسألة] (السادسة): كلّ ما يتوقّف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر، كالقَتَب والزِّمام والحِزام) والسَّرَج أو البَزْدَعَة، ورفع المَحْمِل والأَحْمال وشُدّها وحطّها، والقائد والسائق إن شُرط مصاحبته (والمِدَاد في النسخ)؛ لتوقّف إيفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم، فيجب من باب المقدّمة.

والأقوى الرجوع فيه إلى العرف، فإن انتفى أو اضطرّب فعلى المستأجر؛ لأنّ الواجب على المؤجر إنّما هو العمل؛ لأنّ ذلك هو المقصود من إجارة العين، أمّا الأعيان، فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب إذهابها لأجلها، إلّا في مواضع نادرة تنبّت على خلاف الأصل، كالرضاع والاستحمام. ومثله الخُيوط للخياطة والصّبغ للصباغة والكُشّ^٢ للتليقح.

(و) كذا يجب على المؤجر (المفتاح في الدار)؛ لأنّه تابع للعلَق المثبّت الذي يدخل في الإجارة، بل هو كالجُزء منه وإن كان منقولاً، ومن شأن المنقول أن لا يدخل في إجارة العقار الثابت. وأمّا مفتاح القفل فلا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم القفل؛ لاتنفاء التبعية عرفاً.

١. يأتي في ج ٤، ص ٤٧ كتاب الفصّب.

٢. الكُشّ - بالضم -: ما يلقح به النخل. القاموس المحيط، ج ٢، ص ٤١٨، «كشش».

[المسألة] (السابعة: لو اختلفا في عقد الإجارة حلف المنكر) لها، سواء كان هو المالك أم غيره؛ لأصالة عدما.

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رَجَعَ كُلُّ مالٍ إلى صاحبه، وإن كان بعد استيفاء شيء منها أو الجميع الذي يَزْعُمُ مَنْ يَدَّعي وقوعَ الإجارة أنه متعلق العقد وكان المنكرُ المالك، فإن أنكر مع ذلك الإذن في التصرف وحلف استحقَّ أجره المثل وإن زادت عن المسمى بزعم الآخر، ولو كان المتصرف يَزْعُمُ تعيَّنَها في مالٍ مخصوص وكان من جنس النقد الغالب لَزِمَ المالك قبضه عن أجره المثل، فإن ساواها أخذه، وإن نقص وجب على المتصرف الإكمال، وإن زاد صار الباقي مجهولَ المالك لزعم المتصرف استحقاق المالك له وهو ينكر، وإن كان مغايراً له ولم يَرْضَ المالك به وجب عليه الدفع من الغالب، وبقي ذلك بأجمعه مجهولاً، ويضمَّن العَيْنَ بإنكار الإذن، ولو اعترف به فلا ضمان.

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

(و) لو اختلفا (في قدر الشيء المستأجر) - بفتح الجيم - وهو العينُ المستأجرة، بأن قال «أجرتك البيت بمائة»، فقال «بل الدار أجمع بها» (حلف النافي)؛ لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما اتفقا عليه. وقيل: يتحالفان وتبطل الإجارة؛ لأنَّ كلاً منهما مُدَّعٍ ومنكر.

(وفي ردّ العين حلف المالك)؛ لأصالة عدمه، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه، فلا يقبل قوله فيه مع مخالفته للأصل.

(وفي هلاك المتاع المستأجر عليه حلف الأجير)؛ لأنه أمين، وإمكان صدقه فيه، فلو لم يقبل قوله فيه لزم تخليذه الحبس. ولا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر كالفرق أو خفي كالسرق.

(وفي كيفية الإذن) في الفعل (كالقباة والقميص) بأن قطع الخياط قباة، فقال المالك «أمرتك بقطعه قميصاً» (حلف المالك)؛ لأنه منكر لما يدّعيه الخياط من التصرف في ماله، والأصل عدم ما يدّعيه الخياط من الإذن، ولقبول قول المالك في أصل الإذن فكذا في صفته؛ لأن مرجع هذا النزاع إلى الإذن؛ على وجه مخصوص.

وقيل: يحلف الخياط لدعوى المالك عليه ما يوجب الأرض، والأصل عدمه.^١ وعلى المختار إذا حلف المالك ثبت على الخياط أرض الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً وقباة، ولا أجرة له على عمله، وليس له فتقه ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك؛ إذ لا عين له ينزعها، والعمل ليس بعين وقد صدر عدواناً ظاهراً. ولو كانت الخيوط للخياط فالأقوى أن له نزاعها كالمغصوب، ووجه المنع استلزامه التصرف في مال الغير.

ولو طلب المالك أن يشد في طرف كل خيط منها خيطاً لتصير خيوطه في موضع خيوط الخياط إذا سلها لم يجب إجابته؛ لأنه تصرف في مال الغير يتوقف على إذنه، كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمة الخيوط.

(وفي قدر الأجرة حلف المستأجر)؛ لأصالة عدم الزائد. وقيل: يتحالفان كما لو اختلفا في قدر المستأجر؛ لأن كلاً منهما مدّع ومنكر.^٢ وهو ضعيف؛ لاتفاقهما على وقوع العقد ومقدار العين والمدّة، وإنما تخالفاً على القدر الزائد عما يتفقان عليه، فيحلف منكره.

١. قال به الشيخ في كتاب الوكالة في الخلاف، ج ٣، ص ٣٤٨، المسألة ١١.

٢. قال به ابن البراج في المهذب، ج ١، ص ٤٧٤.

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة

بفتح الواو وكسرها (وهي استنابة في التصرف) بالذات؛ لئلا تَرَدَّ الاستنابة في نحو القراض والمزارعة والمساواة. وخرج بقيد الاستنابة الوصيَّة بالتصرف، فإنها إحدَث ولاية لا استنابة، وبالتصرف الوديعة، فإنها استنابة في الحفظ خاصَّة.

وتفتقر إلى إيجاب وقبول؛ لأنها من جملة العقود وإن كانت جائزة. (وإيجابها «وَكَلَّتْكَ» أو «اسْتَنْبَتْكَ») أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على الاستنابة في التصرف وإن لم تكن على نهج الألفاظ المعبرة في العقود، (أو الاستيجاب^١ والإيجاب)، كقوله: «وَكَلَّنِي فِي كَذَا» فيقول: «وَكَلَّتْكَ» (أو الأمر بالبيع والشراء)، كما دلَّ عليه قول النبي ﷺ لعروة البارقي: «اشْتَرِ لَنَا شاةً»^٢.

(وقبولها قولِي) كـ «قَبِلْتُ» و «رَضِيتُ» وما أشبهه، (وفعلي) كفعله ما أمره بفعله. (ولا يُشترط فيه) أي في القبول (الفوريَّة)، بل يجوز تراخيه عن الإيجاب وإن طالَّت المدَّة (فإن الغائب يُوكَّل) والقبول متأخِّر. وكأنَّ جوازَ توكيل الغائب موضعُ وفاق، فلذا جعله شاهداً على الجواز، وإلا فهو فرع المدعى. (ويُشترط فيها التنجيز)، فلو عُلِّقَت على شرطٍ مُتَوَقَّع كدُوم المسافر، أو صفةٍ مُتَرَقِّبة كطلوع الشمس لم يَصَحَّ.

١. الاستيجاب هو استدعاء الوكالة أولاً، مثل أن يقول: «وَكَلَّنِي»، فيقول: «نعم». (زين رحمه الله)

٢. تقدَّم تخريجه في ص ٢١، الهامش ٥.

وفي صحّة التصرف بعد حصول الشرط أو الصفة بالإذن الضمني قولان^١، منشؤهما كونُ الفاسد بمثل ذلك إنّما هو العقد، أمّا الإذن الذي هو مجرد إباحة تصرفٍ فلا، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال «بغ كذا على أنّ لك الثمن من ثمنه»، فتفسد الوكالة دون الإذن؛ ولأنّ الوكالة أخصّ من مطلق الإذن، وعدمُ الأخصّ أعظم من عدم الأعمّ. وأنّ الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن، وما يزيد عنه من مثل الجعل أمرٌ زائد عليهما؛ لصحّتها بدونها، فلا يعقل فسادها مع صحّته.

(ويصحّ تعليق التصرف) مع تنجيز الوكالة، بأن يقول «وكلّتك في كذا ولا تتصرف إلّا بعد شهر»؛ لأنّه بمعنى اشتراط أمرٍ سائغٍ زائدٍ على أصلها الجامع لشرائطه التي من جملتها التنجيز وإن كان في معنى التعليق؛ لأنّ العقود المتلقّاة من الشارع منوطة بضوابط، فلا تقع بدونها وإن أفاد فائدتها.

(وهي جائزة من الطرفين)، فكلّ منهما يبطلها في حضور الآخر وغيبته، لكن إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقاً، (ولو عزله) الموكل (اشتراط علمه) بالعزل، فلا ينعزل بدونها في أصحّ الأقوال^٢.

والمراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره وإن كان عدلاً واحداً؛ لصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام^٣، ولا عبرة بخبر غيره وإن تعدّد، ما لم يحصل به العلم أو الظنّ المتأخّر له.

(ولا يكفي) في انزاله (الإشهاد) من الموكل على عزله على الأقوى؛ للخبر السابق، خلافاً للشيخ^٤ وجماعة^٥.

١. استقرّب الصحّة العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ١٥، المسألة ٦٤٩؛ وعدمها فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٣٤.

٢. ذهب إليه العلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٢٤، الرقم ٤٠٥٤؛ واختار الشيخ الانزال في النهاية، ص ٣١٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٣، ح ٥٠٣.

٤. النهاية، ص ٣١٨.

٥. منهم: أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٣٣٨؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٨٣؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٩٣.

(و) حيث كانت جائزةً (تبطل بالموت والجنون والإغماء) من كل واحد منهما، سواء طال زمان الإغماء أم قصر، وسواء أطبق الجنون أم كان أدواراً، وسواء عليم الموكل بعروض المبطل أم لم يعلم. (وبالحجر على الموكل فيما وكل فيه) بالسفاهة والفلس؛ لأن منعه من مباشرة الفعل يقتضي منعه من التوكيل فيه، وفي حكم الحجر طرؤه الرق على الموكل بأن كان حريباً فاسترق، ولو كان وكيلاً صار بمنزلة توكيل عبد الغير.

(ولا) تبطل (بالنوم وإن تطاول)؛ لبقاء أهلية التصرف (ما لم يؤد إلى الإغماء) فتبطل من حيث الإغماء لا من حيث النوم. ومثله السكر، إلا أن يشترط عدالته كوكيل الوكيل والولي.

(وتبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة)، كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه، وفي حكمه فعله ما ينافيها كعتقه.

(وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بثلث المثل)، إلا بنقصان عنه يتسامح بمثله عادة كدرهم في مائة، وإلا مع وجود باذل لأزيد منه، فلا يجوز الاقتصار عليه، حتى لو باع بخيار لنفسه فوجد في مدة الخيار باذلاً للزيادة وجب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له، إلا أن يعين له قدرًا، فلا يجب تحصيل الزائد وإن بُذِل (حالاً)، فلا يجوز بالمؤجل مطلقاً، (بنقد البلد) فإن اتحد تعيين، وإن تعدد باع بالأغلب، فإن تساوت النقود باع بالأمنع للموكل، فإن استوت نفعاً تخير.

(وكذا) التوكيل (في الشراء) يقتضيه بثلث المثل، حالاً بنقد البلد.

(ولو خالف) ما اقتضاه الإطلاق أو التنصيص (ففضولي) يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة المالك.

(وإنما تصح الوكالة فيما لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه كالعتق)، فإن غرضه فيه فك الرقبة، سواء أحدثه المالك أم غيره، (والطلاق) فإن غرضه منه رفع الزوجية كذلك، ومثله النكاح (والبيع) وغيرهما من العقود والإيقاعات،

(لا فيما يتعلّق) غرضه بإيقاعه من مُباشِر بعينه.

ومَرَجِعَ معرفة غرضه في ذلك وعدمه إلى النقل، ولا قاعدة له لا تَنْخَرِمَ. وقد عَلِمَ تعلُّقُ غرضه بجملة من العبادات؛ لأنَّ الغرضَ منها امتثالُ المكلف ما أُمِرَ به، وانقياده وتذلُّله بفعل الأمور به، ولا يحصلُ ذلك بدون المباشرة (كالطهارة)، فليس له الاستنابةُ فيها أجمع، وإن جاز في غَسْلِ الأَعْضاء ومسحِها، حيث يَعجز عن مباشرتها مع تَوَلُّيه النِّيَّة، ومثُلُ هذا لا يُعَدُّ توكيلاً حَقِيقِيّاً، ومن ثَمَّ يَقَعُ مَسْنٌ لا يجوز توكيله كالمجنون، بل استعانةٌ على إيصال المُطَهَّر إلى العضو كيف اتَّفَق؛ (والصلاة الواجبة في) حال (الحياة)، فلا يُسْتَنَابُ فيها مطلقاً إلا زَكعتا الطواف حيث يجوز استنابة الحيّ في الحجّ الواجب، أو فيها خاصّةً على بعض الوجوه.

واحترز بـ«الواجبة» عن المندوبة، فيصحّ الاستنابةُ فيها في الجملة، كصلاة الطواف المندوب، أو في الحجّ المندوب وإن وجب، وصلاة الزيارة. وفي جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه.

وبالجملة، فضبط متعلّق غرض الشارع في العباداتِ وغيرها يحتاج إلى تفصيلٍ ومستندٍ نقلي.

(ولا بدّ من كمال المتعاقدين) بالبلوغ والعقل، فلا يُوكَّل ولا يَتَوَكَّل الصبيّ والمجنون مطلقاً، (وجواز تصرّف الموكَّل) فلا يُوكَّل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته. وخصّ الموكَّل؛ لجواز كون المحجور في الجملة وكيلاً لغيره فيما حَجَرَ عليه فيه من التصرّف، كالسفيه والمفلس مطلقاً، والعبد بإذن سيّده.

(وتجوز الوكالة في الطلاق للحاضر) في مجلسه (كالغائب) على أصحّ القولين^١؛ لأنَّ الطلاقَ قابِلٌ للنّياحة وإلّا لصحّ توكيل الغائب. ومنَعَ الشيخُ من توكيل الحاضر فيه^٢.

١. للقولين راجع القول الأصحّ هو قول ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٨٣ و ٩٥؛ والعلامة في مختلف الشيعة،

ج ٥، ص ٥٠٦-٥٠٧، المسألة ١٨٧.

٢. النهاية، ص ٣١٩.

استناداً إلى رواية^١ ضعيفة السند قاصرة الدلالة^٢.

(ولا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن صريحاً) ولو بالتعميم، كـ «اضنَّع ما شئت»، (أو فحوى كاتساع متعلّقها) بحيث تدلّ القرائن على الإذن له فيه، كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم إلا بمساعد، ومثله عجزه عن مباشرته وإن لم يكن متسعاً مع علم الموكل به، (وترفع الوكيل عما وكّل فيه عادةً)، فإنّ توكيله حينئذٍ يدلّ بفحواه على الإذن له فيه مع علم الموكل بترفعه عن مثله، وإلا لم يَجْز؛ لأنّه مستفاد من القرائن ومع جهل الموكل بحاله ينتفي.

وحيث أذن له في التوكيل، فإن صرح له بكون وكيله وكيلاً عنه أو عن الموكل، لزمه حكم من وكّله، فينزل في الأوّل بانزاله؛ لأنّه فرعه، وبغزل كلّ منهما له، وفي الثاني لا ينزل إلا بغزل الموكل أو بما أبطل توكيله.

وإن أطلق ففي كونه وكيلاً عنه أو عن الموكل، أو تخيّر الوكيل في توكيله عن أيّهما شاء، أوجه. وكذا مع استفادته من الفحوى، إلا أنّ كونه هنا وكيلاً عن الوكيل أوجه. (ويستحبّ أن يكون الوكيل تامّ البصيرة) فيما وكّل فيه ليكون مليّاً^٣ بتحقيق مراد الموكل، (عارفاً باللغة التي يُحاوَر بها) فيما وكّل فيه؛ ليحصل الغرض من توكيله. وقيل: إنّ ذلك واجب، وهو مناسب لمعنى الشرط بالنسبة إلى الأخير.

(ويستحبّ لذوي المروءات) وهم أهل الشرف والرفعة والمروءة (التوكيل في المنازعات)، ويكره أن يتولّوها بأنفسهم؛ لما يتضمّن من الاتمهات والوقوع فيما يكره، روي أنّ عليّاً عليه السلام وكّل عقيلاً في خصومة، وقال: «إنّ للخصومة قحماً، وأنّ الشيطان

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٩، ح ١٢٠.

٢. هي رواية جعفر بن سماعة عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «لا تجوز الوكالة في الطلاق». ووجه قصور دلالتها: لتضمنها النهي عن طلاق الوكيل مطلقاً، فتقيده بالغائب لا وجه له، وأمّا ضعف سندها، فبابن سماعة فإنّه وافي، وفيه أيضاً مجاهيل. (منه رحمه الله)

٣. في «ط، ق»: «عليماً» بدل «مليّاً».

٤. نقله عن ابن البراج العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١٢، المسألة ١٩٩، لم نثر عليه في كتب القاضي.

لِيَحْضُرُهَا، وَإِنِّي لَأَكْزَهُ أَنْ أَحْضُرَهَا»^١. وَالْقَحَمَ - بِالضَمِّ - الْمَهْلَكَةُ^٢، وَالمراد هنا أَنَّهَا تُقْجَمُ بِصَاحِبِهَا إِلَى مَا لَا يُرِيدُهُ.

(وَلَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِارْتِدَادِ الْوَكِيلِ^٣) مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ ارْتِدَادٌ وَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَبْطُلُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ، كَكُونِهِ وَكَيْلًا عَلَى مُسْلِمٍ، فَإِنَّهُ فِي ذَلِكَ بِحُكْمِ الْكَافِرِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْفَطْرِيِّ وَغَيْرِهِ وَإِنْ حُكِمَ بِبَطْلَانِ تَصَرُّفَاتِهِ لِنَفْسِهِ.

(وَلَا يَتَوَكَّلُ الْمُسْلِمُ لِلذَّمِّ عَلَى الْمُسْلِمِ عَلَى قَوْلِ) الشَّيْخِ (رَحِمَهُ اللَّهُ)^٤، وَالْأَفْوَى الْجَوَازُ عَلَى كِرَاهِيَةٍ؛ لِلأَصْلِ، (وَلَا الذَّمُّ عَلَى الْمُسْلِمِ لِمُسْلِمٍ وَلَا لَذَّمِّي قِطْعًا) فِيهِمَا؛ لِاسْتِزْلَامِهِمَا إِثْبَاتَ السَّبِيلِ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ الْمُنْفِيِّ بِالْآيَةِ^٥، (وَبَاقِي الصُّورِ جَائِزَةٌ، وَهِيَ ثَمَانٍ) بِإِضَافَةِ الصُّورِ الثَّلَاثِ الْمُتَقَدِّمَةِ إِلَى بَاقِيهَا.

وَتَفْصِيلُهَا: أَنَّ كَلًّا مِنَ الْمَوْكَلِ وَالْوَكِيلِ وَالْمَوْكَلُ عَلَيْهِ، إمَّا مُسْلِمٌ أَوْ كَافِرٌ، وَمِنْهُ تَنَشَّعَتِ الثَّمَانُ؛ بِضَرْبِ قِسْمِي الْوَكِيلِ فِي قِسْمِي الْمَوْكَلِ، ثُمَّ الْمَجْتَمِعِ فِي قِسْمِي الْمَوْكَلِ عَلَيْهِ. وَلَا فَرْقَ فِي الْكَافِرِ بَيْنَ الذَّمِّ وَغَيْرِهِ، كَمَا يَقْتَضِيهِ التَّعْلِيلُ.

(وَلَا يَتَجَاوَزُ الْوَكِيلُ مَا حُدَّ لَهُ) فِي طَرَفِ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ (إِلَّا أَنْ تَشْهَدَ الْعَادَةُ بِدُخُولِهِ) أَيْ دُخُولَ مَا تَجَاوَزَ فِي الْإِذْنِ، (كَالزِّيَادَةِ فِي ثَمَنِ مَا وُكِّلَ فِي بَيْعِهِ) بِثَمَنِ مَعَيَّنٍ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ مِنْهُ الْغَرَضُ فِي التَّخْصِصِ بِهِ، (وَالنَّقِصَةِ فِي ثَمَنِ مَا وُكِّلَ فِي شِرَائِهِ) بِثَمَنِ مَعَيَّنٍ؛ لِشَهَادَةِ الْحَالِ غَالِبًا بِالرَّضَى بِذَلِكَ فِيهِمَا، لَكِنْ قَدْ يَتَخَلَّفُ بَأَنْ لَا يَرِيدُ الْإِشْطَاطَ^٦ فِي الْبَيْعِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَغْرَاضِ.

١. نقله ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٠٥، المسألة ٣٧٣٩؛ والنووي في المجموع شرح المذهب، ج ١٤، ص ٩٨؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٨، ص ١٩١.

٢. الصحاح، ج ٤، ص ٢٠٠٦، «قحم».

٣. متى كان الموكل عليه مسلماً لا يجوز أن يكون الوكيل إلا مسلماً. (زين رحمه الله)

٤. النهاية، ص ٣١٧.

٥. النساء (٤): ١٤٦.

٦. الإشطاط: تجاوز الحد. راجع المعجم الوسيط، ص ٤٨٣، «شطط».

(وَتَثْبُتُ الْوَكَالَةُ بَعْدَ لَيْسَ) كما يثبت بهما غيرها من الحقوق المَالِيَّةِ وغيرها، (ولا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُفْرَدَاتٍ)؛ لاختصاصها بما يَعْسُرُ اِطْلَاعُ الرِّجَالِ عليه، والوصِيَّةُ كما سلف في بابها^١، (ولا مُنْضَمَاتٍ) إلى الرجال؛ لاختصاصها حينئذٍ بِالمال وما في حكمه، والوكالةُ ولايةٌ على التَّصَرُّفِ وإنْ تَرْتَّبَ عَلَيْهَا الْمَالُ، لكنَّه غَيْرُ مَقْصُودٍ.

(ولا تَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ)؛ لما ذُكِرَ، إِلَّا أَنْ يَشْتَمِلَ عَلَى جِهَتَيْنِ، كما لو ادَّعى شَخْصٌ عَلَى آخَرَ وَكَالَةً بِجُفْلٍ وَأَقَامَ شَاهِدًا وَامْرَأَتَيْنِ أَوْ شَاهِدًا وَخَلَفَ مَعَهُ، فَلَا قُوَى ثَبُوتُ الْمَالِ لَا الْوَكَالَةَ وَإِنْ تَبَعَّضَتِ الشَّهَادَةُ، كما لو أقام ذلك بالسَّرْقَةِ يَثْبُتُ الْمَالُ لَا الْقَطْعُ. نعم، لو كان ذلك قَبْلَ الْعَمَلِ لم يثبت شيءٌ.

(ولا بِتَصَدِيقِ الْغَرِيمِ) لمدَّعي الوكالةِ عَلَيْهَا فِي اخْتِزَاقٍ مِنْهُ لغيره؛ لِأَنَّهُ تَصَدِيقٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ.

هذا إِذَا كَانَ الْحَقُّ الَّذِي يَدَّعِي الْوَكَالَةَ فِيهِ عَيْنًا، أَمَا لَوْ كَانَ دَيْنًا، ففِي وَجُوبِ دَفْعِهِ إِلَيْهِ بِتَصَدِيقِهِ قَوْلَانِ^٢، أَوْجُودُهُمَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ خَاصَّةً؛ إِذَ الْحَقُّ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِقَبْضِ مَالِكِهِ أَوْ وَكِيلِهِ، فَإِذَا حَضَرَ وَأَنْكَرَ بَقِي دَيْنُهُ فِي ذِمَّةِ الْغَرِيمِ، فَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا أُلْزِمَ الْغَرِيمُ بِالْدَفْعِ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِلِزُومِهِ لَهُ، وَبِهَذَا يَظْهَرُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ مُحْضٌ لغيره، وَفَائِئُهَا لَا يُسْتَدْرَكُ.

نعم، يَجُوزُ لَهُ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ مَعَ تَصَدِيقِهِ لَهُ؛ إِذَا لَا مَنَازَعَ لَهُ الْآنَ، وَيَقْبِي الْمَالِكُ عَلَى حِجَّتِهِ، فَإِذَا حَضَرَ وَصَدَّقَ الْوَكِيلَ بَرَأَ الدَّافِعَ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ مَوْجُودَةً أَخَذَهَا، وَلَهُ مَطَالِبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا بِرَدِّهَا؛ لِتَرْتَّبِ أَيْدِيهِمَا عَلَى مَالِهِ، وَلِلدَّافِعِ مَطَالِبَةٌ الْوَكِيلَ بِإِحْضَارِهَا لَوْ طُولَبَ بِهِ دُونَ الْعَكْسِ، وَإِنْ تَعَذَّرَ رَدُّهَا بِتَلَفٍ

١. تقدَّم في ج ٢، ص ٨٤ كتاب الشهادات.

٢. القول بوجوب الدفع لابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٩٨؛ وعندهم للشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٣٤٩، المسألة ١٣.

وغيره تخيّر في الرجوع على مَنْ شاء منهما، فإن رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقاً؛ لاعترافه ببراءته بدفعها إليه، فإن رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل مع تلفها في يده بغير تفريط؛ لأنّه بتصديقه له أمينٌ عنده، وإلا رجع عليه.

(والوكيلُ أمينٌ لا يضمنُ إلا بالتفريط أو التعدي) وهو وفاق. (ويجب عليه تسليمُ ما في يده إلى الموكل إذا طُلب به)، سواءً في ذلك المال الذي وُكِّل في بيعه وثنه، والمبيع الذي اشتراه، وثنه قبل الشراء وغيرها.

ونبه بقوله: «إذا طُلب» على أنّه لا يجب عليه دفعه إليه قبل طلبه، بل معه ومع إمكان الدفع شرعاً وعرفاً، كالوديعة.

(فلو أُخّر مع الإمكان) أي إمكان الدفع شرعاً، بأن لا يكون في صلاة واجبة مطلقاً، ولا مريداً لها مع تضييق وقتها، ونحو ذلك من الواجبات المنافية، أو عرفاً، بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها، ولا في حتم أو أكل طعام ونحوها من الأعذار العرفية، (ضمن).

(وله أن يمتنع) من التسليم (حتى يُشهد) على الموكل بقبض حقه حذراً من إنكاره، فيضمن له ثانياً أو يلزمه اليمين.

(وكذا) حكم (كلّ مَنْ عليه حقٌّ وإن كان وديعةً) يُقبل قوله في ردّها؛ لافتقاره إلى اليمين، فله دفعها بالإشهاد وإن كان صادقاً. ولا فرق في ذلك بين من يكون له على الحقّ بينةٌ وغيره؛ لما ذكرناه من الوجه. هذا هو أجود الأقوال في المسألة.

وفرق بعضهم^١ بين من يُقبل قوله في الردّ وغيره^٢، وآخرون بين من عليه بقبض الحقّ بينةٌ وغيره^٣؛ ودفع ضرر اليمين يدفع ذلك كله، خصوصاً في بعض الناس، فإنّ

١. تقدّم في المسألة الرابعة من مسائل الرهن أنّه لا يلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين في الاستيفاء من الرهن لو اعترف؛ لعدم الضرر باليمين الصادقة. وبملاحظة الفرق بين المقامين يندفع توهم المناقات. (منه رحمه الله)

٢. فرق بذلك الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٦.

٣. قال به يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٣٢٣.

ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين.

(والوكيل في الوديعة) لمال شخص عند آخر (لا يجب عليه الإشهاد) على المستودع، (بخلاف الوكيل في قضاء الدين وتسليم المبيع)، فليس له ذلك حتى يُشهد. والفرق أن الوديعة مبنية على الإخفاء بخلاف غيرها؛ ولأن الإشهاد على الودعي لا يفيد ضمانه؛ لقبول قوله في الردّ بخلاف غيره، (فلو لم يُشهد) على غير الوديعة (ضمين)؛ لتفريطه إذا لم يكن الأداء بحضرة الموكل، وإلا انتفى الضمان؛ لأن التفريط حينئذٍ مستند إليه.

(ويجوز للوكيل تولّي طرفي العقد بإذن الموكل)؛ لانتفاء المانع حينئذٍ، ومغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار.

ولو أطلق له الإذن ففي جواز توليها لنفسه قولان^١، منشؤها دخوله في الإطلاق. ومن ظاهر الروايات الدالة على المنع^٢، وهو أولى.

واعلم أن توليه طرفي العقد أعم من كون البيع أو الشراء لنفسه، وموضع الخلاف مع عدم الإذن توليه لنفسه، أمّا لغيره، بأن يكون وكيلاً لهما فلا إشكال، إلا على القول بمنع كونه موجباً قابلاً، وذلك لا يفرق فيه بين إذن الموكل وعدمه.

(ولو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر)؛ لأصالة عدمها، سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل. وتظهر فائدة إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع، فيدعي الموكل حصولها ليتم له العقد، وينكرها الوكيل ليتزلزل ويتسلط على الفسخ.

(و) لو اختلفا (في الردّ حلف الموكل)؛ لأصالة عدمه، سواء كانت الوكالة بجعل أم لا.

١. حكاهما العلامة مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٨٩ - ٩٠، المسألة ٤٩؛ غاية المراد، ج ٢، ص ١٨٤ - ١٨٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٦ - ٧، ج ١٩.

(وقيل:) يَحْلِفُ (الوكيل إلا أن تكون بجعل) فالموكل^١. أما الأول، فلأنه أمين وقد قَبِضَ المالَ لمصلحة المالك، فكان محسناً محضاً كالودعي. وأما الثاني، فلما مر؛ ولأنه قَبِضَ لمصلحة نفسه كعامل القراض والمستأجر.

ويُضَعَّفُ، بأنَّ الأمانة لا تستلزم القبول، كما لا تستلزمه في الثاني مع اشتراكهما في الأمانة، وكذلك الإحسان، والسبيل^٢ المنفي^٣ مخصوص، فإنَّ اليمينَ سبيلٌ.

(و) لو اختلفا (في التلف)، أي تلف المال الذي بيد الوكيل، كالعين الموكَّل في بيعها وشرائها، أو الثمن أو غيره (حلف الوكيل)؛ لأنَّه أمين، وقد يَتَعَدَّرُ إقامَةُ البيِّنَةِ على التلف فاقْتَنِعَ بقوله، وإنَّ كان مخالفاً للأصل، ولا فرق بين دعواه التلف بأمر ظاهري، وخفي.

(وكذا) يحلف لو اختلفا (في التفريط). والمراد به ما يَشْمَلُ التعدي؛ لأنَّه منكر. (و) كذا يحلف لو اختلفا في (القيمة) على تقدير ثبوت الضمان؛ لأصالة عدم الزائد.

(ولو زَوَّجه امرأةً بدعوى الوكالة) منه (فأنكر الزوج) الوكالة (حلف)؛ لأصالة عدمها (وعلى الوكيل نصف المهر)؛ لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام؛ ولأنَّه فسخ قبل الدخول، فيجب معه نصف المهر كالطلاق. (ولها التزويج) بغيره؛ لبطلان نكاحه بإنكاره الوكالة. (ويجب على الزوج) فيما بينه وبين الله تعالى (الطلاق) إنَّ كان وَكَّلَ في التزويج؛ لأنَّها حينئذٍ زوجته، فإنكارها وتعريضها للتزويج بغيره محرَّم، (ويُسَوَّقُ نصفَ المهر إلى الوكيل) للزومه بالطلاق، وغُزِمَ الوكيل له بسببه.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٢.

٢. السبيل المنفي في الآية نكرة في سياق النفي فيعم، وتخصيصه في بعض أفرادها بإثبات اليمين عليه إجماعاً لا ينفي حجَّته في الباقي على المختار عند المحققين، فيبقى دالاً على محل النزاع إلا أن يدعى أنَّ السبيل لا يتناول مثل ذلك. (منه رحمه الله)

٣. التوبة (٩): ٩١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٣ - ٢١٤، ح ٥٠٤.

(وقيل: يبطل) العقد (ظاهراً^١ ولا غُرمَ على الوكيل)؛ لعدم ثبوت عقدٍ حتى يُحكَم بالمهر أو نصفه؛ ولأنه على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج؛ لأنه عوضُ البضع، والوكيل ليس بزوج، والحديثُ ضعيفُ السند، وإلا لما كان عنه عدولٌ مع عملٍ الأكثرِ بمضمونه، والتعليلُ بالفسخ فاسدٌ. فالقول الأخير قوي^٢. نعم، لو ضَمِنَ الوكيلُ المهرَ كله أو نصفه، لزمه حسب ما ضَمِنَ.

وإنما يجوز للمرأة التزويجُ إذا لم تُصدِّق الوكيلَ عليها، وإلا لم يَجُزْ لها التزويجُ قبل الطلاق؛ لأنها بزعمها زوجةٌ، بخلاف ما إذا لم تكن عالمةً بالحال.

ولو امتنع من الطلاق حينئذٍ لم يُجبرَ عليه؛ لانتفاء النكاح ظاهراً. وحينئذٍ ففي تسلُّطها على الفسخ - دفْعاً للضرر - أو تسلُّطِ الحاكم عليه أو على الطلاق، أو بقائها كذلك حتى يُطلَّق أو يموت، أوجهٌ.

ولو أوقع الطلاقَ معلَّقاً على الشرط، كـ «إن كانت زوجتي فهي طالق»، صحَّ ولم يكن إقراراً ولا تعليقاً مانعاً؛ لأنه أمرٌ يعلمُ حاله، وكذا في نظائره، كقول من يعلمُ أنَّ اليومَ الجمعةُ: «إن كان اليومُ الجمعةُ فقد بعْتُك كذا»، أو غيره من العقود.

(ولو اختلفا في تصرف الوكيل^٣) بأن قال: «بعْتُ» أو «قبضْتُ» أو «اشتريتُ» (حلف) الوكيلُ؛ لأنه أمينٌ وقادِرٌ على الإنشاء، والتصرُّفُ إليه، ومرجعُ الاختلاف إلى فعله، وهو أعلم به.

(وقيل:.) يحلف (الموكلُ)؛ لأصالة عدم التصرف، وبقاء المِلِك على مالِكه^٤.

١. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٣.

٢. في «ط»: «أقوى» بدل «قوي».

٣. التقدير: أنَّ الوكيل يقول: «تصرَّف - يعني بعْتُ - وقبضت الثمن وتلف في يدي». والموكل ينكر. والفائدة أنَّ الموكل يريد أن يثبت العين على ملكه ليرجع بها أو بقيمتها. وإنَّما كان القول قول الوكيل؛ لأنَّ المالك يدعي إمَّا تسليمها قبل قبض الثمن فهو ضامن، وإمَّا بقاءها على ملكه والوكيل أمين، فكان القول قوله مع يمينه. ويحتمل

تقديم قول الموكل؛ لأنَّ الأصل عدم التصرف. (زين رحمه الله)

٤. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ١٨٤، المسألة ٧٨٣.

والأقوى الأول. ولا فرق بين قوله في دعوى التصرف «بعث وقبضت الثمن وتلف في يدي» وغيره؛ لاشتراك الجميع في المعنى، ودعوى التلف أمر آخر. (وكذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترى به السلعة). كأن قال الوكيل: «اشتريته بمائة» والحال أنه يساوي مائة؛ ليتمكن صحة البيع، فقال الموكل: «بل بثمانين» يُقدّم قول الوكيل؛ لأنه أمين^١. والاختلاف في فعله، ودلالة الظاهر على كون الشيء إنما يباع بقيمته، وهو الأقوى. وقيل: قول الموكل؛ لأصاله براءته من الزائد^٢؛ ولأن في ذلك إثبات حق للبائع عليه فلا يُسمع.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٨٥-٣٨٦.

٢. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٢٥، المسألة ٢٢٣.

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة

(وهي) فَعْلَةٌ من قولك «شَفَعْتُ كذا بكذا» إذا جعلته شَفْعاً به، أي زوجاً، كأن الشفيع يجعل نصيبه شَفْعاً بنصيب شريكه، وأصلها التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة والشفْع. وشرعاً (استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته). ولا يحتاج إلى قيد الاتِّحاد وغيره ممَّا يُعتَبَر في الاستحقاق؛ لاستلزام «الاستحقاق» له، وإنَّما يفتقر إلى ذكرها في الأحكام.

ولا يَرُدُّ النقص في طرده بشراء الشريك حصة شريكه، فإنَّه بعد البيع يصدّق استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته؛ إذ ليس في التعريف أنَّها مبيعة لغيره أو له، وكما يصدّق الاستحقاق بالأخذ يصدّق بنفس الملك.

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

ولو قيّد المبيع بكونه لغير المستحق، أو علّق الاستحقاق بتملّك الحصة، فقال «استحقاق الشريك تملّك الحصة المبيعة» إلى آخره، سلّم من ذلك؛ لأنَّ استحقاق

التملك غير استحقاق الملك.

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

(وموضوعها) وهو المال الذي تثبت فيه على تقدير بيعه (ما لا يتقل كالأرض والشجر) إذا بيع منضمّاً إلى مغرّسه، لا منفرداً. ومثله البناء، فلو اشتركت غرفة بين اثنين دون قرارها، فلا شفعة فيها وإن ضمت إلى أرض غيره، كالشجر إذا ضم إلى غير مغرّسه.

(وفي اشتراط إمكان قسمته قولان)^٥؛ أجودهما اشتراطه؛ لأصالة عدم ثبوتها في محل النزاع، وعليه شواهد من الأخبار^٦، لكن في طريقها ضعف، ومن لم يشترط نظراً إلى عموم أدلة ثبوتها مع ضعف المخصّص. وعلى الأول فلا شفعة في الحماص الصغير، والعضائد الضيقة، والنهر والطريق الضيقين، والرّحى حيث لا يمكن قسمة أحجارها وبيتها. وفي حكم الضيق قلّة النصيب بحيث يتضرّر صاحب القليل بالقسمة.

(ولا تثبت) الشفعة (في المقسوم) بل غير المشترك مطلقاً (إلا مع الشركة في المَجَاز) وهو الطريق، (والشُرْب) إذا ضمّهما البائع إلى المقسوم.

وهل يُشترط قبولهما القسمة كالأصل؟ إطلاق العبارة يقتضي عدمه، وفي الدروس

١. للقولين راجع مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٤، المسألة ٣٢٧؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٤، باب الشفعة.

٣. نقله عن ابن الجنيّد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٥، المسألة ٣٢٧.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٥-١٦٦، باب الشفعة.

٥. للقولين راجع مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٣، المسألة ٣٢٦؛ غاية المراد، ج ٢، ص ١٠٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٦. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٦-١٦٧، ح ٧٣٨ و ٧٤١.

اشتراطه^١، والأقوى الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة. نعم، لو بيعاً منفردين اعتُبر قبولهما كالأصل.

(ويُشترط قدرة الشفيع على الثمن) وبذله للمشتري، فلا شفعة للعاجز ولا للممتنع مع قدرته والمُعاطل، ويُرجع في العجز إلى اعترافه، لا إلى حاله؛ لإمكان استدانته، ولا يجب على المشتري قبول الرهن والضامن والعوض.

(وإسلامه إذا كان المشتري مسلماً) فلا شفعة لكافر مطلقاً على مسلم.

(ولو ادّعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام) ولو مُلَفَّقَةً^٢، وفي دخول الليالي وجهان. نعم، لو كان الأخذ عَشِيَّةً دخلت الليلة تبعاً، ولا إشكال في دخول الليلتين المتوسّطتين كالاعتكاف. ولو ادّعى أنه في بلدٍ آخرُ أجل زماناً يسع ذهابه وإيابه، وثلاثة (ما لم يتضرّر المشتري)؛ لبعد البلد عادةً كالإراق من الشام.

وفي العبارة: أن تضرّر المشتري يُسقط الإمهال ثلاثة مطلقاً، والموجود في كلامه في الدروس^٣، وكلام غيره اعتباره في البلد النائي خاصّةً^٤.

(وتثبتت) الشفعة (للفائب) وإن طالت غيبته، (فإذا قديم) من سفره (أخذ) إن لم يتمكّن من الأخذ في الغيبة بنفسه أو وكيله. ولا عبرة بتمكّنه من الإشهاد. وفي حكمه المريض والمحبوس ظلماً أو بحق يُعجز عنه، ولو قدّر عليه ولم يُطالب بعد مضي زمان يتمكّن من التخلص والمطالبة بطلت.

(و) كذا تثبت (للصبي والمجنون والسفيه، ويتولّى الأخذ) لهم (الولي مع الغبطة) لهم في الأخذ كسائر التصرفات. ولا فرق بين كون الشريك البائع هو الولي

١. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣١٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. والليالي تابعة للأيام، فإن وقع نهراً اعتبر إكمال الثالث من اليوم الرابع ودخلت الليالي تبعاً، وإن وقع ليلاً أُجِّل ثلاثة أيام تامة، وتامام الليلة من الرابعة كذلك. (منه رحمه الله)

٣. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣١٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٤. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٤٢٥؛ والقاضي ابن البرّاج في المهذب، ج ١، ص ٤٥٩.

وغيره. وكما يأخذ لهم يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، وكذا يأخذ لأحد المولّين نصيب الآخر لو باعه بشركته. (فإن ترك^١) في موضع الثبوت (فلهم عند الكمال الأخذ)، لا إن ترك لعدم المصلحة.

ولو جهل الحال ففي استحقاقهم الأخذ؛ نظراً إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا؛ التفاتاً إلى أنه مقيّد بالمصلحة ولم تعلّم، وجهان أو جهّهما الثاني.

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

(ويستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد وإن كان فيه خيار)؛ بناءً على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به، فلو أوقفناه على انقضاء الخيار كالشيخ توقّف على انقضائه^٢.

(و) على المشهور (لا يمتنع) الأخذ (من التباير)؛ لأصالة بقاء الخيار (فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت) الشفعة، وإلا استقرّ الأخذ.

وجعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد^٣، نظراً إلى عدم الفائدة به قبله؛ إذ ليس له انتزاع العين قبل مضيّ مدّة الخيار؛ لعدم استقرار ملكه. والظاهر أنّ ذلك جائز لا لازم، بل يجوز قبله وإن مُنع من العين. والفائدة تظهر في النماء وغيره.

واحتمل المصنّف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ لانتهاء فائدته؛ إذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفع، كما لو أراد الردّ بالبيع فأخذ الشفع^٤. ويضعف

١. أي مع العبطة. (زين رحمه الله)

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٢٢، المسألة ٢٩.

٣. كالعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦٠، المسألة ٣٣١.

٤. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣٢١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

بأنَّ الفائدة ليست منحصرةً في الثمن، فجاز أن يريد دفعَ الدَّركِ عنه.
 (وليس للشفيع أخذُ البعض، بل يأخذ الجميعُ أو يدَعُ)؛ لئلاَّ يتضرَّر المشتري
 بتبعيض الصفقة؛ ولأنَّ حقَّه في المجموع من حيث هو المجموع كالخيار، حتَّى لو قال:
 أخذتُ نصفه - مثلاً - بطلت الشفعة؛ لمنافاته الفوريَّة حيث تُعتَبَر.
 (ويأخذ بالثمن الذي وقَّع عليه العقد) أي بمثله؛ لعدم إمكان الأخذ بعينه، إلَّا أن
 يَتملَّكه وليس بلازم، (ولا يلزمه غيره من دلالة أو وكالة) وأجرة نقدٍ، ووزنٍ وغيرها؛
 لأنَّها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه. (ثمَّ إن كان) الثمن (مِثلياً فعليه مثله، وإن
 كان قيميّاً فقيمته).

وقيل: لا شفعة هنا؛ لتعذُّر الأخذ بالثمن^١، وعملاً برواية^٢ لا تخلو من ضعفٍ وقصورٍ
 عن الدلالة^٣. وعلى الأوَّل يُعتَبَر قيمته (يومَ العقد)؛ لأنَّه وقت استحقاق الثمن، فحيث
 لا يمكن الأخذ به تُعتَبَر قيمته حينئذٍ. وقيل: أعلى القِيم من حينه إلى حين دفعها
 كالغاصب^٤، وهو ضعيف.

(وهي على الفور) في أشهر القولين^٥؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على محلِّ
 الوفاق؛ ولما رُوِيَ: «أنَّها كحلُّ العقال»^٦، ولأنَّها شُرِعت لدفع الضرر، وربما جاء من

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٤٣٢، المسألة ٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٧، ح ٧٤٠.

٣. وهي رواية علي بن رناب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبزّ وجوهر، قال: «ليس
 لأحد فيها شفعة» [تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٧، ح ٧٤٠] وضعف سندها بالحسن بن سماعة وهو واقفي وأنا
 قصورها عن الدلالة، فلا تَه لم يذكر فيها أن فيها شركة لأحد، فجاز أن تكون الشفعة المنفية شفعة الجوار ونحوها،
 ولو سلّم أنَّها مشتركة فليس فيها ما يدلُّ على أنَّ المانع كون الثمن قيميّاً، فجاز كونه غيره كعدم قبولها القسمة
 وغيره. وبَنه بذلك على خلاف العلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة [ج ٤، ص ٥٧٣، الرقم ٦١٨٦] وغيره حيث
 جعل الرواية صحيحة ودالة على عدم ثبوت الشفعة في القيمي، وقد عرفت ضعفها. (منه رحمه الله)

٤. قال به فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢١٠.

٥. القول بالفور للشيخ في النهاية، ص ٤٢٤؛ والخلاف، ج ٣، ص ٤٣٠، المسألة ٤؛ والقول بعدم الفور للسيد
 المرتضى في الانتصار، ص ٤٥٤، المسألة ٢٥٩.

٦. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٣٥، ح ٢٥٠٠؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٦، ص ١٧٨، ح ١١٥٨٩.

التراخي على المشتري ضررٌ أقوى؛ لأنه إن تصرفَ كان مَعْرَضاً للنقص، وإن أهمل انتَفَتْ فائدةُ الملك.

وقيل: على التراخي^١؛ استصحاباً لما ثبت، وأصالة عدم الفورية، فهو مُخْرِجٌ عن الأصل، والروايةُ عاميةٌ. نعم، رَوَى عَلِيُّ بْنُ مَهْزِيَارٍ عَنِ الْجَوَادِ عليه السلام إِنْظَارَهُ بِالْثَمَنِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ^٢، وهو يُؤْذِنُ بعدم التراخي مطلقاً، ولا قائل بالفرق، وهذا حسن.

وعليه (فإذا عَلِمَ وأَهْمَلَ) عالماً مختاراً (بطلت)، ويُعَذَّرُ جاهلُ الفوريةِ كجاهلِ الشفعة وناسيها. وتُقْبَلُ دعوى الجهل مِمَّنْ يمكن في حَقِّهِ عادةً. وكذا يُعَذَّرُ مؤخِّرُ الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلاً، وإلى الطهارة والصلاة ولو بالأذان والإقامة والسنن المعهودة وانتظار الجماعة لها، والأكل والشرب، والخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، وتشجيع المسافرين، وشهود الجنائز، وقضاء حاجةِ طالِها، وعيادة المريض ونحو ذلك؛ لشهادة العرف به، إلّا أن يكون المشتري حاضراً عنده بحيث لا يَمْنَعُهُ مِنْ شُغْلِهِ. ولا يَدَّ من ثبوت البيع عنده بشهادة عدلين أو الشياخ، فلا عبرة بخبر الفاسق والمجهول والصبي والمرأة مطلقاً. وفي شهادة العدل الواحد وجهٌ، واكتفى به المصنّف في الدروس مع القرينة^٣. نعم، لو صدّق المخبر كان كذبته في حَقِّهِ، وكذا لو عَلِمَ صدّقه بأمرٍ خارج.

(ولا تسقط الشفعةُ بالفسخ المتعقّب للبيع بتقابل، أو فسخ بعيب)، أمّا مع التقابل، فظاهر؛ لأنه لا حَقُّ للعقد، والشفعة تَثْبُتُ به فتَقَدَّم، وأمّا العيب، فلأنَّ استحقاقَ الفسخ به فرعٌ دخول المعيب في ملكه؛ إذ لا يُعْقَلُ رَدُّ ما كان ملكاً للغير، ودخوله في ملكه إنّما يَتَحَقَّقُ بوقوع العقد صحيحاً، وفي هذا الوقت تَثْبُتُ الشفعة فيقتربان، ويُقَدَّمُ حَقُّ الشفيع؛ لعموم أدلّة الشفعة للشريك واستصحاب الحال، ولأنَّ فيه جمعاً بين الحَقَّين؛ لأنَّ

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٨٨.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٧، ج ٧٣٩.

٣. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

العيب إن كان في الثمن المعين فالبايع يرجع إلى قيمة الشقص، وإن كان في الشقص فالمشتري يطلب الثمن، وهو حاصل له من الشفع، بخلاف ما إذا قدّمنا البائع في الأول فإنه يقتضي سقوط حق الشفع من الشقص عيناً وقيمةً، وكذا لو قدّمنا المشتري. وربما فُرق بين أخذ الشفع قبل الفسخ وبعده؛ لتساويهما في الثبوت فيقدم السابق في الأخذ. ويضعف بما ذكرناه.

وقيل بتقديم حق المتبايعين^١؛ لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق.

وفيه نظر؛ لأن مجرد وجود العيب غير كافٍ في السببية بل هو مع العقد، كما أن الشركة غير كافية في سببية الشفعة بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، وإن كان جانب العيب لا يخلو من قوة، إلا أنها لا توجب التقديم، فالعمل على ما اختاره المصنف أولى.

ولو اختار البائع أخذ أرش الثمن المعيب من المشتري، رجع المشتري به على الشفع إن كان أخذ بقيمة المعيب أو بمعيب مثله، وإلا فلا. ولو ترك البائع الرد والأرش معاً مع أخذ الشفع له بقيمة المعيب أو مثله فلا رجوع له بشيء؛ لأنه كإسقاط بعض الثمن. وكذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص قبل أخذ الشفع أخذ الشفع بما بعد الأرش؛ لأنه كجزء من الثمن. ولو أخذه بعد أخذ الشفع رجع الشفع به.

ويُفهم من تقييد الفسخ بالعيب أنه لو كان بغيره بطلت، وقد تقدّم ذلك في الفسخ بالخيار^٢. وبقي تجدد الفسخ بذاته كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض، وفي بطلانها به قول^٣، من حيث إنه يوجب بطلان العقد. وآخر بعدهم^٤؛ لأن البطلان من حين التلف لا

١. راجع مفتاح الكرامة، ج ١٨، ص ٦٠٦، فيه: أنه يمكن أن يقال: ...

٢. تقدّم في ج ٢، ص ٢٢٨، فابعدها.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٥٦٤.

٤. قال به العلامة في مختلف الشيع، ج ٥، ص ٣٧٨، المسألة ٣٥٢.

من أصله فلا يُرِيل ما سبق من استحقاقها. وثالثُ بالفرق بين أخذ الشفيع قبل التلف فتبُت؛ وبعده فتبطل^١. والأوسط أوسط.

(و) كذا (لا) تسقط الشفعة (بالعقود اللاحقة) للبيع، (كما لو باع) المشتري الشقص (أو وهب أو وقف)؛ لسبق حق الشفيع على ما تأخّر من العقود (بل للشفيع إبطالُ ذلك كله) والأخذُ بالبيع الأول، (وله أن) يُجيز البيع (و) (يأخذُ بالبيع الثاني)؛ لأنَّ كلاً من البيعين سببُ تأمُّ في ثبوت الشفعة، والثاني صحيح وإنْ تَوَقَّفَ على إجازة الشفيع فالتعيين إلى اختياره.

وكذا لو تعدّدت العقود، فإن أخذ من الأخير صحت العقود السابقة، وإن أخذ من الأول بطلت اللاحقة، وإن أخذ من المتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده.

ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره الشفيع بين اللازمة وغيرها، ولا بين المعوّض عنها وغيرها، فيأخذ الواهبُ الثمنَ ويُرجع العوضَ إلى باذله.

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

(والشفعة تُورث) عن الشفيع - كما يورث الخيارُ وحُدّ القذف والقصاص - في أصحّ القولين^٢؛ لعموم أدلّة الإرث^٣. وقيل: لا تورث^٤؛ استناداً إلى رواية^٥ ضعيفة السند.

١. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٥٦.

٢. القول بأنّه تورث قول المفيد في المقنعة، ص ٦٦٩؛ والسيد المرتضى في الانتصار، ص ٤٥١، المسألة ٢٥٧.

٣. النساء (٤): ٧ و ١١ و ١٢.

٤. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٤٣٦، المسألة ١٢؛ والنهاية، ص ٤٢٥ - ٤٢٦.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٧، ح ٧٤١.

وعلى المختار فهي (كالمال) فتقسم (بين الورثة) على نسبة سهامهم، لا على رؤوسهم، فللزوجة مع الولد الثمن.

ولو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط؛ لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره. (فلو عفاوا إلا واحداً أخذ الجميع أو ترك)؛ حذراً من تبعض الصفة على المشتري. ولا يقدح هنا تكثر المستحق وإن كانوا شركاء؛ لأن أصل الشريك متحداً، والاعتبار بالوحدة عند البيع لا الأخذ.

(ويجب تسليم الثمن أولاً)؛ جبراً لقهر المشتري (ثم الأخذ) أي تسلّم المبيع، لا الأخذ بالشفعة القولي، فإنه متقدم على تسليم الثمن، مراعاة للفورية، (إلا أن يرضى الشفيع بكونه) أي الثمن (في ذمته) فله أن يتسلّم المبيع أولاً؛ لأن الحق في ذلك للمشتري، فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمة الشفيع فله ذلك.

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

(ولا يصح الأخذ إلا بعد العلم بقدره وجنسه) ووصفه؛ لأنه معاوضة تفتقر إلى العلم بالعوضين، (فلو أخذ قبله لغا، ولو قال: أخذته بمهما كان)؛ للغرر، ولا تبطل بذلك شفيعته. ويُعترف بعد اجتماعه بالمشتري السؤال عن كمّية الثمن والشقص بعد السلام والكلام المعتاد.

(ولو انتقل الشقص بهية أو صلح أو صداق فلا شفعة)؛ لما تقدّم في تعريفها من اختصاصها بالبيع، وما ذكر ليس بيعاً حتى الصلح، بناءً على أصلته.

(ولو اشتراه بثمن كثير ثم عوّضه عنه بيسير أو أبرأه من الأكثر) ولو حيلةً على تركها (أخذ الشفيع بالجميع) إن شاء؛ لأنه الثمن، والباقي معاوضة جديدة أو إسقاط لما ثبت.

ومقتضى ذلك أن الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري وجائز للبائع أخذه وإن كان بينهما مواطأة على ذلك؛ إذ لا يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت في

ذمته، ولا يثبت في ذمته إلا ما يستحق البائع المطالبة به.

وقال في التحرير:

لو خالف أحدهما ما تواطئا عليه فطالب صاحبه بما أظهر له، لزمه في ظاهر

الحكم، ويحرّم عليه في الباطن؛ لأنّ صاحبه إنّما رضي بالعقد للتواطؤ^١.

(أو ترك) الشفيع الأخذ؛ لما يلزمه من الغرم.

(ولو اختلف الشفيع والمشتري في) مقدار (الثمن حلف المشتري) على

المشهور؛ لأنّه أعرف بالعقد، ولأنّه المالك فلا يزال ملكه إلا بما يدّعيه.

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

خصوصاً مع تلف العين. وعموم «اليمين على من أنكر»^٢ وارد هنا، ومن ثم ذهب ابن

الجنيّد إلى تقديم قول الشفيع؛ لأنّه منكر^٣.

والاعتذار للأوّل بأنّ المشتري لا دعوى له على الشفيع؛ إذ لا يدّعي شيئاً في ذمته

ولا تحت يده، وإنّما الشفيع يدّعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يدّعيه،

والمشتري ينكره، ولا يلزم من قوله: «اشترته بالأكثر» أن يكون مدّعيّاً عليه وإن كان

خلاف الأصل؛ لأنّه لا يدّعي استحقاقه إيّاه عليه، ولا يطلب تغريمه إيّاه. إنّما يتمّ

قبل الأخذ بالشفعة، أمّا بعده فالمشتري يدّعي الثمن في ذمّة الشفيع، ويأتي فيه

جميع ما سبق.

لا يقال: إنّ لا يأخذ حتّى يستقرّ أمر الثمن؛ لما تقدّم من اشتراط العلم بقدره، فماداماً

متنازعين لا يأخذ، ويتّجه الاعتذار.

لأنّا نقول: المعتبر في أخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده، لا على وجه يرفع

الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ ووقع النزاع فيه بعد تملكه للشقص،

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٥٩٢، الرقم ٦١٩٨.

٢. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٨، ص ٢١٣، ح ١٦٤٤٥؛ عوالي اللآلي، ج ٣، ص ٥٢٣، ح ٢٢.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦٦، المسألة ٣٣٤.

فيكون المشتري هو المدعى. ويمكن أيضاً أن يتملك الشقص برضى المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعده، فيصير المشتري مدعياً. وتظهر الفائدة لو أقاما بيئته، فالحكم لبيئته الشفيع على المشهور، وبيئته المشتري على الثاني.

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

(ولو تداعيا السبق تحالفا)؛ لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فإذا تحالفا استقر ملكهما؛ لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر، (ولا شفعة)؛ لانتفاء السبق.

١. تقدم في ج ٢، ص ٥٩ - ٦٠، كتاب القضاء بعد قوله: القول في اليمين... ويكفي الحلف على نفي الاستحقاق وإن أجاب بالأخص.

كتاب السَّبَق والرِّمَاية

(كتاب السِّبْق والِرِّمَاية)

وهو عقد شُرِع لفائدة التَّمَرُّن على مباشرة النِّضال والاستعداد لممارسة القتال. والأصل فيه قوله ﷺ: «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي نَضْلِ أَوْ خَفٍّ أَوْ حَافِرٍ»^١. وقوله ﷺ: «إِنَّ الْمَلَائِكَةَ لَتَنْفِرُ عِنْدَ الرِّهَانِ وَتَلْعَنُ صَاحِبَهُ مَا خَلَا الْحَافِرَ وَالْخَفُّ وَالرِّيشُ وَالنَضْلُ»^٢. و(إِنَّمَا يَنْعَقِدُ السَّبْقُ) بسكون الباء (من الكاملين) بالبلوغ والعقل (الخاليتين من الحجر)؛ لأنَّه يقتضي تصرفاً في المال (على الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ) وهي داخلَةٌ في الحافرِ المثَبَّتِ في الخبر (والإِبِلِ وَالْفِيلَةِ) وهما داخلان في الْخَفِّ، (وعلى السيف والسهم والجِرَابِ^٣) وهي داخلَةٌ في النضل، ويدخل السهم في الريش على الرواية الثانية إذا اشتمل عليه؛ تسميةً للشيء باسم جزئه. وأطلق السبق على ما يعم الرمي؛ تبعاً للنص، وتغليباً للاسم.

(لا بالمصارعة والسُّفْنِ والطُّيُورِ وَالْعَدْوِ) ورفع الأحجار ورميها ونحو ذلك؛ لدلالة الحديث السابق على نفي مشروعيتها ما خرج عن الثلاثة. هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض، أما لو تجرّد عنه، ففي تحريمه نظرٌ، من دلالة النص على عدم مشروعيتها إن رُوِيَ «السبق» بسكون الباء؛ ليفيد نفي المصدر، وإن رُوِيَ بفتحها - كما قيل: إنَّه

١. سنن ابن ماجه. ج ٢، ص ٩٦٠؛ ح ٢٨٧٨؛ سنن النسائي، ج ٦، ص ٢٢٧، ح ٣٥٨٤.

٢. الفقيه، ج ٤، ص ٥٩، ح ٥٠٩٧.

٣. الجراب جمع الحزبة كما في القاموس المحيط، ج ١، ص ١٦٤، «حرب».

الصحيح رواية^١ - كان المنفي مشروعاً العوض عليها، فيبقى الفعل على أصل الإباحة؛ إذ لم يرد شرعاً ما يدل على تحريم هذه الأشياء خصوصاً مع تعلق غرض صحيح بها. ولو قيل بعدم ثبوت رواية الفتح، فاحتمال الأمرين يُسقط دلالته على المنع.

(ولابدّ فيها من إيجاب وقبول على الأقرب)؛ لعدم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^٢ و«المؤمنون عند شروطهم»^٣، وكلّ من جعله لازماً حكّم بافتقاره إلى إيجاب وقبول.

وقيل: هو جعالة؛ لوجود بعض خواصّها فيه، وهي أنّ بذل العوض فيه على ما لا يؤتّق بحصوله، وعدم تعيين العامل، فإنّ قوله «من سبق فله كذا» غير متعين عند العقد؛ ولأصالة عدم اللزوم، وعدم اشتراط القبول. والأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه، وهو موضع النزاع. سلّمنا، لكنّ الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوماً وجوازاً، وإلاّ لوجب الوفاء بالعقود الجائزة.

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

(وتعيين العوض) وهو المال الذي يُبذل للسابق منهما قدرأً وجنسأً ووصفاً. وظاهر العبارة - ككثير - أنّه شرط في صحّة العقد. وفي التذكرة: أنّه ليس بشرط، وإنّما يُعتبر تعيينه لو شرط^٤، وهو حسن.

(ويجوز كونه منهما) معاً، ومن أحدهما، وفائدته حينئذٍ أنّ البازل إن كان هو السابق أحرز ماله، وإن كان غيره أحرزه، (ومن بيت المال)؛ لأنّه مُعَدّ للمصالح وهذا

١. نقله عن الخطّابي ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٣٣٨، «سبق».

٢. المائدة (٥): ١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

٤. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢١٩، المسألة ١٧٧.

٥. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٥٥ (الطبعة الحجرية).

منها؛ لما فيه من البعث على التمرّن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد، (ومن أجنبي)، سواء كان الإمام أم غيره. وعلى كلّ تقدير، فيجوز كونه عيناً وديناً، حالاً ومؤجلاً.

(ولا يُشترط المُخلّل)، وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط في عقده، فيَسابق معهما من غير عوض يبذله؛ ليعتبر السابق منهما. ثم إن سبق أخذ العوض، وإن سبق لم يَغرم، وهو بينهما كالأمين.

وإنما لم يُشترط؛ للأصل، وتناول ما دلّ على الجواز للعقد الخالي منه، وعند بعض العامة^١ وبعض أصحابنا هو شرط^٢، وبه سميّ محللاً؛ لتحريم العقد بدونه عندهم. وحيث شرط لزم، فيجري دأبته بينهما أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق، وإلى ما شرط مع التعيين؛ لأنهما بإخراج سبق متنافران فيدخل بينهما لقطع تنافرهما.

(ويُشترط في السبق تقدير المسافة) التي يستيقان فيها (ابتداءً وغايةً)؛ لئلا يؤدي إلى التنازع؛ واختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً ظاهراً؛ لأنّ من الخيل ما يكون سريعاً في أول عذوه دون آخره، فصاحبه يطلب قصر المسافة، ومنها ما هو بالعكس، فينعكس الحكم.

(و) تقدير (الخطر) وهو العوض، إن شرطاه أو مطلقاً.

(وتعيين ما يُسابق عليه) بالمشاهدة^٣، ولا يكفي الإطلاق ولا التعيين بالوصف؛ لاختلاف الأغراض بذلك كثيراً.

(واحتمالُ السبق في المعيّنين) بمعنى احتمال كون كلّ واحد يسبق صاحبه، (فلو علّم قصور أحدهما بطل)؛ لانتفاء الفائدة حينئذٍ؛ لأنّ الغرض منه استعلام السابق،

١. قال به الشافعي في الأمّ، ج ٤، ص ٣٢٦.

٢. حكاه عن ابن الجيند العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٢٠، المسألة ١٧٩.

٣. لأنّ المقصود من السباق امتحان الفرس ليعرف شدة سير الفرس وتمرينه على العدو وذلك يقتضي التعيين بالمشاهدة. (منه رحمه الله)

ولا يَقْدَحُ رُجْحَانُ سَبْقِ أَحَدِهِمَا إِذَا أُمِكنَ سَبْقُ الْآخَرِ؛ لحصول الغرض معه.
(وَأَنْ يُجْعَلَ السَّبْقُ) بفتح الباء، وهو العوض (لأحدهما) وهو السابق منهما لا مطلقاً؛ (أو للمحلل إن سبق لا لأجنبي) ولا للمسبوق منهما ومن المحلل، ولا جعلُ القسْطِ الأَوْفَرِ للمتأخَّر أو للمُصَلِّي والأقلُّ للسابق؛ لمنافاة ذلك كُلِّهِ للغرض الأقصى من شرعيَّته، وهو الحثُّ على السبق والتمرُّن عليه.

(ولا يُشْتَرَطُ التساوي في المَوْقِفِ)؛ للأصل، وحصول الغرض مع تعيين المبدأ والغاية. وقيل: يُشْتَرَطُ؛ لانتفاء معرفة جَوْدَةِ عَذْوِ الفرس وفُرُوسِيَّةِ الفارس مع عدم التساوي^١؛ لأنَّ عدمَ السبق قد يكون مستنداً إليه، فيُخِلَّ بمقصوده. ومثله إرسال إحدى الدابَّتين قبل الأخرى.

(والسابق هو الذي يَتَقَدَّمُ) على الآخر (بالعُنُقِ)، ظاهره اعتبارُ التقدُّمِ بجمعيه. وقيل: يكفي بعضه^٢، وهو حسن. ثمَّ إنَّ اتِّفَاقاً في طولِ العُنُقِ وقِصَرِهِ، أَوْسَبَقَ الأَقْصَرُ عنقاً ببعضه فواضح، وإلَّا اعتُبِرَ سَبْقُ الطويل بأكثر من القدر الزائد، ولو سَبَقَ بأقلَّ من قدر الزائد، فالقصر هو السابق.

وفي عبارة كثير: أَنَّ السَّبْقَ يحصلُ بالعنق والكِتْدَ معاً، وهو - بفتح الفوقانيَّة أشهر من كسرهما - مجمع الكتفين بين أصلِ العنق والظَّهْرِ، وعليه يَسْقُطُ اعتبارُ بعضِ العنق. وقد يَتَّفِقُ السَّبْقُ بالكِتْدِ وحده، كما لو قَصُرَ عنقُ السابق به أو رَفَعَ أحدُ الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به، وبالقوائم، فالمتقدِّم بيديه عند الغاية سابق؛ لأنَّ السَّبْقَ يحصلُ بهما والجزي عليهما. والأولى حينئذٍ تعيين السبق بأحد الأربعة، ومع الإطلاق يَتَّبِعُ الاكتفاءُ بأحدهما؛ لدلالة العرف عليه.

ويُطْلَقُ على السابق «المُجَلِّي». (و«المُصَلِّي» هو الذي يحاذي رأسه صَلَوِي

١. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٥٥ (الطبعة الحجرية).

٢. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ١٦٨، الرقم ٤٣٨٤؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد،

السابق، وهما العظمان النابتان عن يمينِ الذَّنْبِ وشِمَالِهِ). و«التالي» هو الثالث. و«البارع» الرابع. و«المُرتاح» الخامس. و«الحَظِي» السادس. و«العاطف» السابع. و«المؤمِّل» - مبنياً للفاعل - الثامن. و«اللَّطِيم» - بفتح أوله وكسر ثانيه - التاسع. و«السُّكَيْت» - بضم السين ففتح الكاف - العاشر. و«الفِشْكِل» - بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف، أو بضمَّهما كَقُنْفُذ - الأخير.

وتظهر الفائدة فيما لو شَرَطَ للمُجَلِّي مالا، وللمُضَلِّي أقلَّ منه، وهكذا إلى العاشر. (ويُشترَطُ في الرمي معرفةُ الرِّشْق) بكسر الراء، وهو عدد الرمي الذي يتَّفَقان عليه (كعشرين، وعددُ الإصابة) كعشرة منها، (وصفُّها من المارق) وهو الذي يخرج من الغرض نافذاً ويقع من ورائه، (والخاسق) بالمعجمة والمهمله، وهو الذي يَنْقُبُ الغرضَ وَيَقِفُ فيه، (والخازق) بالمعجمة والزاي، وهو ما خَدَّشه ولم يَنْقُبْه. وقيل: ثَقْبُه. ولم يَثْبُت فيه^١، (والخاصل) بالخاء المعجمة والصاد المهمله، وهو يُطَلَّقُ على القارع، وهو ما أصاب الغرضَ ولم يُؤثِّر فيه، وعلى الخازق وعلى الخاسق، وقد عرفتهما، وعلى المصيب له كيف كان، (وغيرها) من الأوصاف؛ كالخاصر وهو ما أصاب أحدَ جانبيه، والخارم وهو الذي يَخْرِمُ حاشيته، والحابي وهو الواقع دونه ثمَّ يَحْبُو إليه، مأخوذاً من حَبُو الصبيِّ، ويقال على ما وقع بين يَدَي الغرض ثمَّ وَثَبَ إليه فأصابه، وهو المُزْدَلِف، والقارع وهو الذي يُصِيبُه بلا خَدَش.

ومقتضى اشتراطه تعيينِ الصفة بطلانُ العقد بدونه، وهو أحد القولين^٢؛ لاختلافِ النوع الموجبِ للقرَر.

وقيل: يُحتمل على أخير ما ذكره بمعناه الأخير^٣، وهو الأقوى؛ لأنَّه القدر المشترك بين الجميع، فيُحتمل الإطلاق عليه؛ ولأصالة البراءة من وجوب التعيين؛ ولأنَّ اسمَ

١. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعيَّة، ج ٣، ص ١٦٧، ذيل الرقم ٤٣٨٤.

٢. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٦٩٧.

٣. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٧١-٣٧٢.

الإصابة واقع على الجميع، فيكفي اشتراطه، ولا غرر حيث يُعلم من الإطلاق الدلالة على المشترك.

(وقدر المسافة) إمّا بالمشاهدة، أو بالتقدير كمائة ذراع؛ لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد، (و) قدر (الغرض) وهو ما يُقصد إصابته من قرطاس أو جلدٍ أو غيرهما؛ لاختلافه بالسعة والضيّق. ويُشترط العلم بوضعه من الهدف، وهو ما يُجعل فيه الغرض من تراب وغيره؛ لاختلافه في الرفة والانحطاط الموجب لاختلاف الإصابة.

(والسبب) وهو العوض، (وتماثل جنس الآلة) أي نوعها الخاص كالقوس العربي، أو المنسوب إلى وضع خاص؛ لاختلاف الرمي باختلافها، (لا شخصها)؛ لعدم الفائدة بعد تعيين النوع؛ ولأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يُحوج إلى إيداله، بل قيل: إنّه لو عيّنه لم يتعين وجاز الإبدال وفسد الشرط^١.

وشمل إطلاق «الآلة» القوس والسهم وغيرهما.

وقد ذكر جماعة أنّه لا يُشترط تعيين السهم^٢؛ لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي بخلاف القوس، وأنّه لو لم يُعَيّن جنس الآلة انصرف إلى الأغلب عادة؛ لأنّه جار مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطرّبت فسَد العقد؛ للفرق.

(ولا يُشترط) تعيين (المبادرة^٣) وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدّر إلى إصابة عددٍ معيّن من مقدار رِشقيّ معيّنين مع تساويهما في الرشق، كخمسة من عشرين؛ (ولا المحاطة) وهي اشتراط استحقاقه لمن خلّص له من الإصابة عددٌ معلومٌ بعد

١. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٧٩.

٢. منهم: المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٨٦؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٧٩؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٨، ص ٣٥٥.

٣. الرماة على قسمين: مبادرة ومحاطة. والمراد بالأوّل أن يتفق على رمي عدد معيّن، كعشرين مثلاً، فمن بادّر إلى إصابة عدد معيّن فيها كخمسة فهو ناضل لمن لم يصب أو أصاب دونه. والمراد من المحاطة -بتشديد الطاء- أن يقابل إصابتهما من العدد أمر مشروط المشترك من الإصابات، فمن زاد فيها بعدد معيّن كخمسة فناضل، فيستحق المال المشروط في العقد. (زين رحمه الله)

مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه.

(ويُحْمَلُ المطلق على المحاطة)؛ لأنَّ اشتراط السبق إنّما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي إكمال العدد كلّهُ؛ لتكون الإصابة المعيّنة منه، وبالمبادرة قد لا يفتقر إلى الإكمال، فإنَّهما إذا اشترطا رشقَ عشرين وإصابة خمسة، فرمى كلّ واحد عشرة فأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة مثلاً فقد نُضِلَّه صاحبُ الخمسة ولا يجب عليه الإكمال، بخلاف ما لو شرطا المحاطة فإنَّهما يتحاطان أربعة بأربعة، ويَبْقَى لصاحب الخمسة واحدٌ ويجب الإكمال؛ لاحتمال اختصاص كلّ واحد بإصابة خمسة فيما يبقى.

وقيل: يُحْمَلُ على المبادرة^١؛ لأنَّه المتبادر من إطلاق «السبق لِمَن أصاب عدداً معيّناً» وعدمُ وجوب الإكمال مشتركٌ بينهما، فإنَّه قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته؛ للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كلّ تقدير بأن رَمَى أحدهما في المثال خمسة عشر فأصابها، ورمّاها الآخر فأصاب خمسة، فإذا تحاطا خمسة بخمسة بَقِيَ للآخر عشرة، وغاية ما يَتَّفَق مع الإكمال أن يُخْطِئ صاحبُ العشرة الخمسة ويصيبها الآخر، فيبقى له فضلُ خمسة وهي الشرط. وما اختاره المصنّف أقوى؛ لأنَّه المتبادر، وما أدَّعِي منه في المبادرة غير متبادر، ووجوبُ الإكمال فيها أغلب، فتكثرُ الفائدة التي بسببها شُرِعت المعاملة. ولو عَيَّنّا أحدهما كان أولى.

(فإذا تَمَّ النِضالُ) وهو الرماة، وتماؤه بتحقيق الإصابة المشروطة لأحدهما، سواء أتمَّ العددُ أجمع أم لا، (مَلَكُ الناضلُ) وهو الذي غَلَبَ الآخرَ (العوضُ)، سواء جعلناه لازماً كالإجارة، أم جُمُالَةً.

أما الأول، فلأنَّ العوضَ في الإجارة وإن كان يُملَك بالعقد، إلّا أنّه هنا لمّا كان

١. نسبه إلى الشافعي ابن فهد الحلبي في المهذب البارع، ج ٣، ص ٨٦.

لغالب - وهو غير معلوم بل يمكن عدمه أصلاً - تَوَقَّفَ الْمَلِكُ عَلَى ظَهْرِهِ، وَجَازَ كَوْنَهُ لازماً برأسه يخالف الإجارة في هذا المعنى. وَأَمَّا عَلَى الْجَعَالَةِ، فَلَأَنَّ الْمَالَ إِنَّمَا يُمْلَكُ فِيهَا بِتَمَامِ الْعَمَلِ. وَجَوَازُ الرِّهْنِ عَلَيْهِ قَبْلَ ذَلِكَ وَضْمَانِهِ؛ نَظَرًا إِلَى وَجُودِ السَّبَبِ الْمُتَمَلِّكِ وَهُوَ الْعَقْدُ. وَهَذَا يَتِمُّ فِي الرِّهْنِ، أَمَّا فِي الضَّمَانِ، فَيُشْكَلُ بِأَنَّ مَجْرَدَ السَّبَبِ غَيْرُ كَافٍ، كَيْفَ وَيُمْكِنُ تَخَلُّفُهُ بَعْدَ الْإِصَابَةِ؟! فَلَيْسَ بِتَامٍ، وَهَذَا مِمَّا يُرْجَحُ كَوْنَهُ جَعَالَةً. (وَإِذَا فَضَّلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِشَيْءٍ (فَصَالَحَهُ عَلَى تَرْكِ الْفَضْلِ لَمْ يَصَحْ)؛ لِأَنَّهُ مُقَوِّتٌ لِلْغَرَضِ مِنَ الْمُنَاضَلَةِ أَوْ مُخَالِفٌ لَوْضَعِهَا.

(وَلَوْ ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُ الْعَوَضِ الْمَعْيَنِ فِي الْعَقْدِ (وَجِبَ عَلَى الْبَاذِلِ مِثْلُهُ أَوْ قِيَمَتُهُ)؛ لِأَنَّهُمَا أَقْرَبُ إِلَى مَا وَقَعَ التَّرَاضِي عَلَيْهِ مِنَ الْعَوَضِ الْفَاسِدِ، كَالصَّدَاقِ إِذَا ظَهَرَ فَسَادُهُ. وَيُشْكَلُ بِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْعَوَضِ الْمَعْيَنِ يَقْتَضِي فَسَادَ الْمَعَامَلَةِ كَنظَائِرِهِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الرَّجُوعَ إِلَى أَجْرَةِ الْمِثْلِ لِلْعَوَضِ الْآخَرِ. نَعَمْ، لَوْ زَادَتْ أَجْرَةُ الْمِثْلِ عَنْ مِثْلِ الْمَعْيَنِ أَوْ قِيَمَتِهِ اتَّجَهَ سَقُوطُ الزَّائِدِ؛ لَدُخُولِهِ عَلَى عَدَمِهِ. وَهَذَا هُوَ الْأَقْوَى.

وَالْمُرَادُ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ هُنَا مَا يُبْدَلُ لِذَلِكَ الْعَمَلِ الْوَاقِعِ مِنَ الْمُسْتَحَقِّ لَهُ عَادَةً، فَإِنْ لَمْ تَسْتَقِرَّ الْعَادَةُ عَلَى شَيْءٍ رَجَعَ إِلَى الصَّلَاحِ. وَرَبْمَا قِيلَ بِأَنَّهُ أَجْرَةُ مِثْلِ الزَّمَانِ الَّذِي وَقَعَ الْعَمَلُ فِيهِ؛ نَظَرًا إِلَى أَنَّ ذَلِكَ أَجْرَةُ مِثْلِ الْحَرِّ لَوْ غُصِبَ تِلْكَ الْمُدَّةُ. وَالْأَجُودُ الْأَوَّلُ.

كتاب الجُعالة

(كتاب الجُعالة^١)

(وهي) لغةً: مَالٌ يُجْعَلُ على فعلٍ^٢؛ وشرعاً (صيغةٌ ثمرُها تحصيلُ المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما) في العمل والعوض، كـ«مَنْ رَدَّ عِبْدِي فَلَهُ نَصْفُهُ» مع الجهالة به وبمكانه، وبهذا تَتَمَيَّزُ عن الإجارة على تحصيل منفعة معيَّنة؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ شرطٌ في الإجارة، وكذا عوضها. أمَّا عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق، وأمَّا العَوَضُ ففيه خلاف يأتي تحقيقه^٣.

(ويجوز على كُلِّ عَمَلٍ محلِّلٍ مقصودٍ) للعقلاء غير واجب على العامل، فلا يصحّ على الأعمال المحرّمة كالزنى، ولا على ما لا غاية له معتدّاً بها عقلاً كَنَزْفِ ماء البئر، والدَّهَابِ لِيلاً إلى بعض المواضع الخطرة، ونحوهما ممَّا يَقْصِدُهُ العابثون. نعم، لو كان الغرضُ به التمرُّنُ على الشَّجَاعَةِ وإضعافِ الوهم، ونحوه من الأغراض المقصودة للعقلاء صحّ. وكذا لا يصحّ على الواجب عليه كالصلاة.

(ولا يفتقر إلى قبولٍ) لفظي، بل يكفي فعلٌ مقتضى الاستدعاء به، (ولا إلى مخاطبة شخصٍ معيَّنٍ، فلو قال: «مَنْ رَدَّ عِبْدِي أَوْ خَاطَ ثَوْبِي» بصيغة العموم (فله

١. إذا جعل لعامل المزارعة حصّةً من الزرع فبلغت النصاب فالزكاة على المالك؛ إذ الأجير المجمول له لا يملك الجعل إلّا بتمام العمل. (زين رحمه الله)

٢. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١، ص ٢٧٦، «جعل».

٣. يأتي في ص ٧٧ فما بعدها.

كذا» صحَّ، أو «فله مالٌ أو شيء»، ونحوهما من العوضِ المجهولِ (صحَّ إذ العلمُ بالعوض غيرُ شرط في تحقُّق الجعالة، وإنَّما هو شرطٌ (في تشخيصه وتعيينه، فإنَّ أراد ذلك) التعيَّنَ (فليذكرُ جنسَه وقدرَه، وإلَّا) يذكرُه، أو ذكرَه ولم يُعيِّنَه (ثبت بالردُّ أجرةُ المثل).

ويُشكِّل بأنَّ ثبوت أجرة المثل لا يقتضي صحَّة العقد، بل هي ظاهرة في فساده، وإنَّما أوجبها الأمرُ بعملٍ له أجرةٌ عادةً، كما لو استدعاه ولم يُعيِّن عوضاً، إلَّا أن يقال: إنَّ مثل ذلك يُعدَّ جَعَالَةً أيضاً، فإنَّها لا تنحصر في لفظ، ويرشِد إليه اتِّفاقُهم على الحكم من غير تعرُّضٍ للبطلان. وفيه أنَّ الجعالةَ مستلزِمةٌ لجعل شيء، فإذا لم يذكره لا يتحقَّق مفهومُها وإنَّ ترتَّب عليها العوضُ.

وقيل: إن كانت الجهالة لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوضُ المعيَّن لا أجرةُ المثل؛ كـ «من ردَّ عبدي فله نصفه»، فردَّه من لا يعرفه^١، ولا بأس به. وعلى هذا فيصحَّ جعلُه صِبرةً مشاهدَةً مجهولة المقدار، وحصَّةً من نَماءٍ شجر على عمله، وزرعٍ كذلك ونحوها.

والفرقُ بينه وبين الشيء والمالِ مَقُولَتُهُمَا على القليل والكثير المُفْضِي إلى التنازع والتجاذب، فلم يصحَّ على هذا الوجه، بخلاف ما لا يَمَنع من التسليم فإنَّه أمرٌ واحدٌ لا يقبل الاختلاف، ومسمَّاه لتشخيصه لا يقبل التعدّد، وقبولُه للاختلاف قيمةٌ - بالزيادة والنقصان - قد قَدِم عليه العاملُ كيف كان، ويمكن التبرُّع به، فإذا قَدِم على العوض الخاصَّ انتَفَى الغَرَرُ؛ لأنَّه معيَّن في حدِّ ذاته.

(ويُشترَط في الجاعِلِ الكمالُ) بالبلوغ والعقل، (وعدمُ الحجر)؛ لأنَّه باذلُ المال فيُعْتَبَر رفعُ الحجر عنه، بخلاف العامل فإنَّه يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ وإنَّ كان صبيّاً مميّزاً بغير إذن وليّه. وفي غير المميّز والمجنون وجهان: من وقوع العملِ المبدولِ عليه. ومن عدم القصد.

١. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢١٦؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٦٣.

(ولو عيَّن الجعالةَ لواحد و رَدَّ غَيْرُهُ فهو متبرِّع) بالعمل (لا شيء له)؛ للتبرِّع، ولا للمعيَّن؛ لعدم الفعل، (ولو شاركَ المعَيَّن، فإن قَصَدَ التبرِّعَ عليه فالجميع للمعيَّن)؛ لوقوع الفعل بأجمعه له (وإلَّا) يقصِّد التبرِّعَ عليه بأن أطلق أو قصَّد العملَ لنفسه أو التبرِّعَ على المالك (فالنصف) للمعيَّن خاصَّةً؛ لحصوله بفعلين: أحدهما مجعولٌ له، والآخرُ متبرِّعٌ فيستحقُّ النصفَ؛ بناءً على قسمة العوض على الرؤوس.

والأقوى بسطُّه على عملهما، فيستحقُّ المعَيَّنُ بنسبة عمله، قَصَرَ عن النصف أم زاد، وهو خِيَرَةُ المصنِّف في الدروس^١. ومثله ما لو عَمِلَ معه المالك، (ولا شيء للمتبرِّع). (وتجوز الجعالة من الأجنبي) فيلزِّمه المَالُ دون المالك إن لم يأمره به، ولو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي.

(ويجب عليه) أي على الجاعل مطلقاً (الجُعْلُ مع العمل المشروط) حيث يتعيَّن، وإلَّا فما ذُكِرَ بدله.

(وهي جائزة من طرف العامل مطلقاً) قبل التلبُّس بالعمل وبعده؛ فله الرجوع متى شاء، ولا يستحقُّ شيئاً لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقاً، (وأما الجاعل فجائزة) من طرفه (قبل التلبُّس) بالعمل، (وأما بعده فجائزة بالنسبة إلى ما بقي من العمل) فإذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته من العوض، (أما الماضي فعليه أجرته).

وهذا في الحقيقة لا يخرج عن كونها جائزةً من قبَله مطلقاً، فإنَّ المراد بالعقدِ الجائر أو الإيقاع ما يصحَّ فسخه لمن جاز من طرفه، وثبوت العوض لا ينافي جوازَه كما أنَّها بعد تمام العمل يلزمها جميعُ العوض مع أنَّها من العقود الجائزة، وكذا الوكالة بجُعْلٍ بعد تمام العمل.

واستحقاق الجُعْل لا يخرجها عن كونها عقداً جائزاً، فينبغي أن يقال: إنَّها جائزة مطلقاً، لكن إن كان الفسخ من المالك ثَبَّتَ للعامل بنسبة ما سبق من العمل إلى المسمَّى

١. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٩٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

على الأقوى، وقيل: أجرة مثله^١.

وربما أشكل ذلك فيما لو كانت على رد ضالة مثلاً ثم فسخ وقد صارت بيده، فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ؛ إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك أو من يقوم مقامه، فلا يتحقق فائدة للفسخ حينئذ.

ويمكن دفعه بأن فائدة البطان عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير، بل يستحق لما سبق بنسبته، ويبقى له فيما بعد ذلك أجرة المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك، وهو حفظه عنده ونحوه؛ إذ لا يجب عليه حينئذ رده على المالك، بل تمكنه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه.

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

(ولو أوقع) المالك (صيغتين) للجمالة مختلفتين في مقدار العوض، أو في بعض أوصافها (عمل بالاخيرة إذا سمعها العامل)؛ لأن الجمالة جائزة، والثانية رجوع عن الأولى سواء زادت أم نقصت، وإلا يسمعهما (فالمعتبر ما سمع) من الأولى والأخيرة، ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل، فله من الأولى بنسبة ما عمل إلى الجميع، ومن الثانية بنسبة الباقي.

(وإنما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود) إلى ماله مع الإطلاق، أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده، (فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شيء للعامل)؛ لعدم إتمامه العمل الذي هو شرط الاستحقاق. ومثله ما لو مات قبل

١. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٧، ص ٤٤٣، المسألة ٥٠٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٣، ح ٥٠٣.

وصوله إلى يده وإن كان بداره، مع احتمال الاستحقاق هنا؛ لأن المانع من قبيل الله تعالى لا من قبل العامل. ولو كان الجعل على إيصاله إلى البلد أو إلى منزل المالك استحقَّ الجميع بالامتنال.

(ولا يستحقُّ الأجرة إلا ببذل الجاعل) أي استدعائه الردَّ، سواء كان مع بذل عوض أم لا، (فلو ردَّ بغيره كان متبرِّعاً) لا عوض له مطلقاً، وكذا لو ردَّ من لم يسمع الجعالة على قصد التبرُّع أو بقصدٍ يغير ما بذله المالك جنساً أو وصفاً.

ولو ردَّ بنية العوض مطلقاً وكان ممن يدخل في عموم الصيغة أو إطلاقها، ففي استحقاقه قولان^١: منشؤها فعله متعلِّق بالجعل مطابقاً لصدوره من المالك على وجه يشمله، وأنه عملٌ محترَّم لم يقصد به فاعله التبرُّع، وقد وقع بإذن الجاعل فقد وُجد المقتضي، والمانع ليس إلا عدمُ علمه بصدور الجعل، ومثله يُشكَّ في مانعته؛ لعدم الدليل عليه، فيعمل المقتضي عمله. ومن أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرِّع؛ إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك، وعدم سماعه في قوَّة عدمه عنده.

وفصل ثالث، ففرق بين من ردَّ كذلك عالماً بأن العمل بدون الجعل تبرُّع وإن قصد العامل العوض، وبين غيره؛ لأنَّ الأوَّل متبرِّع محضاً، بخلاف الثاني^٢. واستقرب المصنَّف الأوَّل^٣. والتفصيل متَّجه.

(مسائل:)

[المسألة الأولى:] (كلِّما لم يُعيَّن جُعِل) إمَّا لتركه أصلاً بأن استدعى الردَّ وأطلق، أو لذكره مبهماً كما سلف، (فأجرة المثل) لمن عمِل مقتضاه سامعاً للصيغة غير متبرِّع

١. القول بالاستحقاق لفخر المحقِّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٦٢؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٩٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوَّل، ج ١١)؛ والقول بالعدم للعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤٤١، بدون الرقم.

٢. هو المحقِّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٦، ص ١٩٠.

٣. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٩٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوَّل، ج ١١).

بالعمل، إلّا أن يُصرّح بالاستدعاء مجّاناً فلا شيء. وقيل: لا أجره مع إطلاق الاستدعاء^١. والأوّل أجود. نعم، لو كان العمل ممّا لا أجره له عادةً لقلّته فلا شيء للعامل، كمن أمر غيره بعمل من غير أن يذكر أجره^٢. (إلّا في ردّ الآبق من المصّر) الذي فيه مالكة إليه (فدينار، و) في ردّه (من غيره) سواء كان من مصرٍ آخر أم لا (أربعةً دنانير) في المشهور، ومستنده^٣ ضعيف. ولو قيل بثبوت أجره المثل فيه كغيره كان حسناً.

والمراد بالدينار على القول به الشرعي، وهو المثل الذي كانت قيمته عشرة دراهم. (والبعير كذا) أي كالآبق في الحكم المذكور، ولا نصّ عليه بخصوصه، وإنّما ذكره الشيخان^٤، وتبعهما عليه جماعة^٥. ويظهر من المفيد أنّ به رواية؛ لأنّه قال: «بذلك ثبتت السنّة».

وفي إلحاقه - على تقدير ثبوت الحكم في الآبق - إشكال. ويَقْوَى الإشكال لو قَصُرَت قيمتهما عن الدينار والأربعة. وينبغي حينئذٍ أن يثبت على المالك أقلُّ الأمرين من قيمته والمقدّر شرعاً، ومبنى الرواية^٦ على الغالب من زيادة قيمته عن ذلك كثيراً.

[المسألة الثانية:] (ولو بذل جُعلاً) لمن ردّه، واحداً كان أم أكثر (فردّه جماعةً

١. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤٤٣، بدون الرقم.

٢. والمستند رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ النبي ﷺ جعل في ردّ الآبق ديناراً إذا وجد في مصره، وإن وجد في غيره فأربعة دنانير» [تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٩٨، ح ١٢٠٣] وعمل بها أكثر الأصحاب مع ضعف عظيم في طريق الخبر لجماعة منهم: محمّد بن الحسن بن ميمون وهو ضعيف جداً، غال، وضاع. ومنهم: عبد الله بن عبد الرحمن الأصمّ وحاله كذلك أو زيادة ومنهم: سهل بن زياد وهو حاله مشهور. (منه رحمه الله)

٣. المقنعة، ص ٦٤٨ - ٦٤٩: النهاية، ص ٣٢٣.

٤. منهم: القاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٥٧٠؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٧٧؛ وابن إدريس في

السرائر، ج ٢، ص ١٠٩.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٩٨، ح ١٢٠٣.

استَحَقُّوهُ بينهم بالسوية^١، ولو كان العمل غير الرِّدِّ من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من كلِّ واحد منهم - كدخول داره مع الغرض الصحيح - فلكلِّ ما عَيَّن. (ولو جَعَلَ لكلِّ من الثلاثة) جُعلاً (مغايراً) للآخرين؛ كأن جَعَلَ لأحدهما ديناراً، وللآخر دينارين، وللثالث ثلاثة (فردَّوه، فلكلِّ ثلث ما جَعَلَ له)، ولو ردَّه أحدهم فله ما عَيَّن له أجمع، ولو ردَّه اثنان منهم فلكلِّ منهما نصف ما عَيَّن له، (ولو لم يُسَمَّ لبعضهم) جُعلاً مخصوصاً (فله ثلثُ أُجرة المثل)، ولكلِّ واحد من الآخرين ثلث ما عَيَّن له، ولو ردَّه من لم يُسَمَّ له وأحدهما، فله نصف أُجرة مثله، وللآخر نصف ما سَمَّى له وهكذا. (ولو كانوا أزيد) من ثلاثة (فبالنسبة) أي لو ردَّوه أجمع فلكلِّ واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أُجرة المثل أو المستمى.

[المسألة الثالثة:] (ولو اختلفا في أصل الجعالة) بأن ادَّعى العاملُ الجَعْلَ وأنكره المالكُ وادَّعى التبرع (حلف المالك)؛ لأصالة عدم الجَعْل، (وكذا) يحلف المالك لو اختلفا (في تعيين الآبق) مع اتفاقهما على الجعالة؛ بأن قال المالك: إنَّ المردودَ ليس هو المجموع، وادَّعاه العامل؛ لأصالة براءة ذمَّته من المال الذي يدَّعي العاملُ استحقاقه.

(ولو اختلفا في السعي بأن قال المالك: حَصَلَ في يدك قبل الجَعْل) بفتح الجيم، وقال الراي: بل بعده، (حلف) المالك أيضاً؛ (للأصل) وهو براءة ذمَّته من حقِّ الجعالة، أو عدمُ تقدُّم الجَعْل على حصوله في يده، وإن كان الأصلُ أيضاً عدمَ تقدُّم وصوله إلى يده على الجَعْل، إلَّا أنَّه بتعارض الأصلين لا يثبتُ في ذمَّة المالك شيءٌ. ومثله ما لو قال المالك: حَصَلَ في يدك قبل عِلْمِكَ بالجَعْل أو من غير سعي، وإن كان بعد صدوره. (وفي قدر الجَعْل كذلك) يحلف المالك؛ لأصالة براءته من الزائد؛ ولأنَّ العاملَ

١. بناءً على قسمة الرؤوس كما سلف والأقوى قسمته على العمل كما تقدَّم وكذا الحكم في نظائره. (منه رحمه الله)

مدَّعٍ للزائد، والمالك منكرٌ (فَيُثْبِتُ للعامل) يمين المالك (أقلُّ الأمرين من أجره المثل ومما ادَّعاه)؛ لأنَّ الأقلَّ إن كان الأجرة فقد انتفى ما يدَّعيه العاملُ بيمين المالك، وإن كان ما يدَّعيه العامل فلاعترافه بعدم استحقاق الزائد، وبراءة ذمَّة المالك منه، والحال أنَّهما معترفان بأنَّ عمله بجعل في الجملة، وأنَّه عملٌ محترَّمٌ فَتُثْبِتُ له الأجرةُ إن لم يَنْتَقِ بعضها بإنكاره، (إِلَّا أن يَزِيدَ ما ادَّعاه المالكُ) عن أجره المثل فَتُثْبِتُ الزيادة؛ لاعترافه باستحقاق العامل إياها والعامل لا ينكرها.

(وقال) الشيخُ نجيبُ الدين (بنُ نما) (رحمه الله) ^١: «إذا حلف المالك (على نفي ما ادَّعاه العاملُ) (ثبت ما ادَّعاه) هو؛ لأصالة عدم الزائد، واتفاقهما على العقد المشخَّص بالعوض المعيَّن وانحصاره في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما ادَّعاه العاملُ ثبت مدَّعاه؛ لقضيَّة الحصر» ^٢، (وهو قويٌّ، كمال الإجارة) إذا اختلفا في قدره.

وقيل: يتحالفان؛ لأنَّ كلاً منهما مدَّعٍ ومدَّعى عليه فلا ترجيح لأحدهما، فيحلف كلُّ منهما على نفي ما يدَّعيه الآخرُ وَيُثْبِتُ الأقلُّ ^٣، كما مرَّ.

والتحقيق أنَّ اختلافهما في القدر إن كان مجرداً عن التسمية بأن قال العامل: «إني أَسْتَحِقُّ مائةً من جهة الجعل الفلاني» فأنكر المالكُ وادَّعى أنَّه خمسون، فالقول قولُ المالك؛ لأنَّه منكرٌ محضٌ والأصلُ براءتُه من الزائد، كما يُقَدِّمُ قوله لو أنكر أصلَ الجعل، ولا يتوجَّه اليمينُ هنا من طرف العامل أصلاً، وإن قال: «جَعَلْتُ لي مائةً» فقال المالك: «بل خمسين» ففيه الوجهان الماضيان في الإجارة ^٤.

والأقوى تقديم قول المالك أيضاً؛ لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض، واختلافهما في مقداره خاصَّةً، فليس كلُّ منهما مدَّعيّاً لما يَنْفِيهِ الآخرُ.

١. هو محمَّد بن جعفر بن أبي البقاء هبة الله بن نما، شيخ المحقِّق الحلِّي. ولم نثر على كتاب له ولا على من حكاه عنه. (زين رحمه الله)

٢. حكاه عنه أيضاً الشهيد في الدروس الشرعيَّة، ج ٣، ص ٩٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوَّل، ج ١١).

٣. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢١٨.

٤. مضى في ص ٣١.

وإن كان اختلافهما في جنس المَجْعُول مع اختلافه بالقيمة، فادَّعى المالكُ جَعَلَ شيءٍ معيَّنٍ يساوي خمسين، وادَّعى العاملُ جَعَلَ غيره ممَّا يساوي مائتين، فالتحالف هنا متعيَّن؛ لأنَّ كلاًَّ منهما يدَّعي ما يُنْكِرُهُ الآخَرُ، إلَّا أنَّ ذلك نشأ من اختلاف الجُعْل جنساً أو وصفاً لا من اختلافه قَدْرًا، وإذا فرض اختلاف الجنس فالقول بالتحالف وإنَّ تساويًا قيمةً. وإنَّما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم؛ لأنَّ جماعةً كالمحقِّق والعلامة شَرَكُوا بينه وبين الاختلاف قدراً في الحكم^١. وليس بواضح.

ويبقى في القول بالتحالف مطلقاً إشكالٌ آخَرُ، وهو فيما إذا تساوت الأجرة وما يدَّعيه المالكُ، أو زاد ما يدَّعيه عنها، فإنَّه لا وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد الذي يدَّعيه العامل؛ لثبوت ما حُكِمَ به مِن مدَّعى المالك زائداً عن الأجرة أو مساوياً باعترافه، فتكليف العامل باليمين حينئذٍ لا وجه له؛ لاعتراف المالك به، وإنَّما يتوجَّه لو زادت أجرة المثل عمَّا يدَّعيه المالك، فيتوقَّف إثباتُ الزائد من الأجرة عمَّا يدَّعيه على يمين المدَّعي، وهو العامل.

١. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٢٩؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢١٨؛ جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٠٢.

(كتاب الوصايا)

(وفيه فصولٌ)

[الفصل] [الأوّل] [في الوصيّة]

(الوصيّة) مأخوذة من «وَصَى يَصِي»، أو «أَوْصَى يُوصِي»، أو «وَصَى يُوصِي»، وأصلها الوصل، وسُمِّي هذا التصرفُ وصيّةً؛ لما فيه من وُصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة، أو وُصلة القُربة في تلك الحال بها في الحالة الأخرى.

وشرعاً: (تمليكُ عينٍ، أو منفعةٍ، أو تسليطُ على تصرف بعد الوفاة).

فالتمليك بمنزلة الجنس يشمُل سائر التصرفاتِ المملّكة من البيع والوقف والهبة، وفي ذكر العين والمنفعة تنبيهٌ على متعلّقي الوصيّة. ويتدرج في العين الموجودة منها بالفعل كالشجرة والقوّة كالثمرة المتجدّدة، وفي المنفعة المؤبّدة والمؤقتة والمطلقة. ويدخل في التسليط على التصرف الوصاية إلى الغير بإفادِ الوصيّة، والولاية على مَنْ للموصي عليه ولاية. ويخرج ببعديّة الموت الهبة وغيرها من التصرفاتِ المنجّزة في الحياة، المتعلّقة بإحداهما؛ والوكالة؛ لأنّها تسليطُ على التصرف في الحياة.

ويَنقِض في عكسه بالوصيّة بالعق فإنّه فكُ ملك، والتدبير فإنّه وصيّة به عند الأكثر، والوصيّة بإبراء المديون وبوقف المسجد فإنّه فكُ ملك أيضاً، وبالوصيّة بالمضاربة والمساقاة؛ فإنّهما وإن أفادا ملكَ العاملِ الحصّة من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما، إلّا أنّ حقيقتهما ليست كذلك، وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة، فينتفي التمليك.

(وإيجابُها «أوصيتُ» لفلان بكذا» (أو «افعلوا كذا بعد وفاتي»)، هذا القيد يُحتاج إليه في الصيغة الثانية خاصّة؛ لأنّها أعمّ ممّا بعد الوفاة، أمّا الأولى فمقتضاها كونُ ذلك

بعد الوفاة، (أو «لفلان بعد وفاتي) كذا»، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المعنى المطلوب.

(والقبول الرضى^١) بما دلّ عليه الإيجاب، سواء وقع باللفظ أم بالفعل الدالّ عليه كالأخذ والتصرف. وإنما يُفتقر إليه فيمن يمكن في حقّه - كالمحصور - لا غيره؛ كالفقراء والفقهاء وبنو هاشم والمسجد والقنطرة، كما سيأتي^٢.

واستفيد من افتقارها إلى الإيجاب والقبول أنها من جملة العقود. ومن جواز رجوع الموصي ما دام حيّاً والموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاة - كما سيأتي - أنها من العقود الجائزة، وقد تَلَحَّقَ باللازمة على بعض الوجوه، كما يُعَلَمُ ذلك من القيود.

ولما كان الغالبُ عليها حُكْمُ الجواز لم يُشترَطَ فيها القبول اللفظي، ولا مقارنته للإيجاب، بل يجوز مطلقاً، سواء (تأخّر) عن الإيجاب (أو قارَن). ويمكن أن يريد بتأخّره تأخّره عن الحياة ومقارنته للوفاة، والأوّل أوفق بمذهب المصنّف؛ لأنّه يَرَى جوازَ تقديم القبول على الوفاة^٣، والثاني للمشهور.

ومبنى القولين على أنّ الإيجاب في الوصيّة إنّما يتعلّق بما بعد الوفاة؛ لأنّها تملك أو ما في حكمه بعد الموت، فلو قَبِلَ قَبْلَهُ لم يطابق القبول الإيجاب، وأنّ المتعلّق بالوفاة تمامُ الملك على تقدير القبول والقبض، لا إحداثُ سببه، فإنّ الإيجاب جزءُ السبب فجاز أن يكون القبول كذلك، وبالموت يَتِمُّ، أو يُجْعَلُ الموت شرطاً لحصول

١. ولا يشترط القبول لفظاً بل يكفي الفعل الدالّ عليه، إنّما اعتبر القبول؛ لأنّ الوصيّة عقد فلا يتحقّق إلّا من اثنين عن تراضٍ منهما، والرضى أمر باطني فلا بدّ من لفظ يدلّ عليه؛ ولأنّ الوصيّة تملك مال لمن هو من أهل الملك متعيّن فاعتر قبوله كالهبة، وإن كانت لغير معيّن - كالفقراء مثلاً - لا يمكن قبولهم أو على مصلحة كقنطرة أو حجّ - لم يفتقر إلى القبول، ولزمت بالموت ما لم يرجع؛ لأنّ اعتبار القبول مرجعهم متعذّر فيسقط اعتباره، أمّا الآدمي المعيّن، فيثبت له الملك فيعتبر قبوله، ولا يشترط، بل يكفي مايدلّ عليه من الأفعال، والفعل الدالّ على الرضى كما في الهبة. (زين رحمه الله)

٢. يأتي في ص ٨٩.

٣. انظر الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٦٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

الملك بالعقد، كالبيع على بعض الوجوه. وهذا أقوى. وتعلق الإيجاب بالتمليك بعد الموت لا ينافي قبوله قبله؛ لأنه قبول بعده أيضاً.

وإنما يصح القبول على التقديرين (ما لم يردّ) الوصية قبله، (فإن ردّ) حينئذ لم يؤثر القبول؛ لبطلان الإيجاب برده. نعم، لو ردّ (في حياة الموصي جاز القبول بعد وفاته)؛ إذ لا اعتبار برده السابق حيث إن الملك لا يمكن تحققه حال الحياة والمتأخر لم يقع بعد.

وهذا بمذهب من يعتبر تأخر القبول عن الحياة أوفقاً، أما على تقدير جواز تقدّمه في حال الحياة، فينبغي تأثير الردّ حالتها أيضاً؛ لفوات أحد ركّني العقد حال اعتباره، بل يمكن القول بعدم جواز القبول بعد الردّ مطلقاً؛ لإبطاله الإيجاب السابق، ولم يحصل بعد ذلك ما يقتضيها كما لو ردّ المتّهبّ الهبة.

ولو فُرق بأنّ المانع هنا انتفاء المقارنة بين القبول والإيجاب، قلنا: مثله في ردّ الوكيل الوكالة فإنه ليس له التصرف بعد ذلك بالإذن السابق وإن جاز تراخي القبول. وفي الدروس نسب الحكم بجواز القبول حينئذ بعد الوفاة إلى المشهور؛ مؤذناً بتمريضه، ولعلّ المشهور مبني على حكم المشهور السابق.

(وإن ردّ بعد الوفاة قبل القبول بطلت وإن قبض) اتفاقاً؛ إذ لا أثر للقبض من دون القبول، (وإن ردّ بعد القبول لم تبطل وإن لم يقبض) على أجود القولين^٢؛ لحصول الملك بالقبول فلا يبطله الردّ، كردّ غيره من العقود المملّكة بعد تحققه، فإن زوال الملك بعد ثبوته يتوقّف على وجود السبب الناقل ولم يتحقّق، والأصل عدمه.

وقيل: يصحّ الردّ؛ بناءً على أن القبض شرط في صحّة الملك كالهبة فتبطل بالردّ قبله^٣. ويضعف ببطلان القياس، وثبوت حكمها بأمر خارج لا يقتضي المشاركة

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٣٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. أجود القولين وهو قول المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٨٩؛ والعلمة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٤.

٣. قال به في المبسوط، ج ٣، ص ٢٣٥؛ ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٧٧.

بمجرّده، وأصالة عدم الزوال بذلك واستصحاب حكم الملك ثابت.^١
 (وَيَنْتَقِلُ حَقُّ الْقَبُولِ إِلَى الْوَارِثِ) لو مات الموصى له قبله، سواء مات في حياة الموصي أم بعدها على المشهور. ومستنده رواية^٢ تدلّ بإطلاقها عليه.
 وقيل: تبطل الوصيّة بموته^٣؛ لظاهر صحيحة أبي بصير، ومحمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام^٤. وفصل ثالث: فأبطلها بموته في حياته لا بعدها^٥. والأقوى البطلان مع تعلّق غرضه بالموثّر وإلا فلا، وهو مختار المصنّف في الدروس^٦. ويمكن الجمع به بين الأخبار لو وجب^٧.

ثم إن كان موته قبل موت الموصي لم تدخل العين في ملكه، وإن كان بعده ففي دخولها وجهان مبنيان على أن القبول هل هو كاشف عن سبق الملك من حين الموت، أم ناقل له من حينه، أم الملك يحصل للموصى له بالوفاة مترزلاً ويستقرّ بالقبول أوجه تأتي. وتظهر الفائدة فيما لو كان الموصى به ينعيق على الموصى له الميّت لو ملكه.
 (وتصحّ) الوصيّة (مطلقةً) غير مقيدة بزمانٍ أو وصفٍ (مثل ما تقدّم) من قوله «أوصيت» أو «افعلوا كذا بعد وفاتي» أو «فلان بعد وفاتي»، (ومقيدةً مثل) «افعلوا (بعد وفاتي) «في سنة كذا» أو في سفر كذا» فيخصّص) بما خصّصه من السنة والسفر ونحوهما، فلو مات في غيرها أو غيره بطلت الوصيّة؛ لاختصاصها بمحلّ القيد، فلا وصيّة بدونه.

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣٠، ح ٩٠٣.

٢. قال به الشهيد في غاية المراد، ج ٢، ص ٢٩٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٣. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣١، ح ٩٠٦.

٤. نقله عن ابن الجنيّد ونفى عنه البأس العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦٤، المسألة ١٤٣.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٣٨ - ٢٣٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٦. أشار بقوله: «لو وجب» إلى أن في طريق الرواية الأولى محمّد بن قيس وهو مشترك بين الثقة وغيره، فلا عبرة بها وإن اشتهرت فلا تعارض الصحيح. وما قيل من احتمال الصحيحة لغير المطلوب من الصحة فلا تعارض الأولى مردود، بأنّ ظاهرها ذلك فلا تعارضها الأولى. تأمل. (منه رحمه الله)

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

ولا تكفيان مع الاختيار وإن شوهِد كاتباً أو عَلِمَ خطّه، أو عَمِلَ الورثة ببعضها - خلافاً للشيخ في الأخير^١ - أو قال: «إنه بخطي وأنا عالم به»، أو «هذه وصيتي فاشهدوا عليّ بها»، ونحو ذلك، بل لا بدّ من تلقّظه به، أو قراءته عليه واعترافه بعد ذلك؛ لأنّ الشهادة مشروطة بالعلم، وهو منفيّ هنا، خلافاً لابن الجنيّد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده^٢. والأقوى الاكتفاء بقراءة الشاهد له مع نفسه، مع اعتراف الموصي بمعرفته بما فيه، وأنّه موصٍ به، وكذا القول في المقرّ.

(والوصية للجهة العامة - مثل الفقراء) والفقهاء وبني هاشم (والمساجد والمدارس - لا تحتاج إلى القبول)؛ لتعذّره إن أريد من الجميع، واستلزامه الترجيح من غير مرجّح إن أريد من البعض.

ولا يفتقر إلى قبول الحاكم أو منصوبه وإن أمكن كالوقف، وربما قيل فيه بذلك، ولكن لا قائل به هنا ولعلّ مجال الوصية أوسع، ومن ثمّ لم يُشترط فيها التنجيز ولا فورية القبول ولا صراحة الإيجاب ولا وقوعه بالعريّة مع القدرة.

(والظاهر أنّ القبول كاشف عن سبق الملك) للموصى له (بالموت) لا ناقل له من حينه؛ إذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك؛ إذ الميّت لا يملك؛ لخروجه به عن أهليّته كالجمادات، وانتقال ماله عنه، ولا الوارث؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ﴾^٣، فلو لم ينتقل إلى الموصى له لزم خلوّه عن المالك؛ إذ لا يصلح لغير من ذُكر.

١. النهاية، ص ٦٢١ - ٦٢٢.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦٧، المسألة ١٤٩.

٣. النساء (٤): ١١.

ووجه الثاني: أَنَّ القَبُولَ معتبرٌ في حصول الملك، فهو إما جزء السبب أو شرطُ قبول البيع، فيمتنع تقدُّمُ الملك عليه. وكونُها من جملة العقود يُرشد إلى أَنَّ القَبُولَ جزءُ السببِ الناقل للملك، والآخَرُ الإيجابُ كما يُستفاد من تعريفهم العقود: بأنَّها الألفاظُ الدالَّةُ على نقل الملك على الوجه المناسب له، وهو العينُ في البيع والمنفعةُ في الإجارة ونحو ذلك، فيكون الموتُ شرطاً في انتقال الملك، كما أَنَّ الملكَ للعين والعلمُ بالعوضين شرطٌ فيه، فإن اجتمعت الشرائطُ قبل تمام العقد بأن كان مالكاً للمبيع تحققت ثمرته به، وإن تخلف بعضها فقد يحصل منه بطلانه كالعلم بالعوض، وقد تَبَيَّ موقوفةٌ على ذلك الشرط، فإذا حصل تحقق تأثير السببِ الناقل وهو العقد؛ كإجازة المالك في عقد الفضولي، والموتِ في الوصية، فالانتقال حصل بالعقد لكنَّه موقوف على الشرط المذكور، فإذا تأخَّر قبولُ الوصية كان الملك موقوفاً عليه، والشرطُ - وهو الموت - حاصلًا قبله، فلا يتحقق الملك قبل القبول.

ويُشكل بأنَّ هذا لو تمَّ يقتضي أَنَّ قبول الوصية لو تقدَّم على الموت حصل الملكُ به حصولاً متوقفاً على الشرط وهو الموت، فيكون الموتُ كاشفاً عن حصوله بعد القبول كإجازة المالك بعد العقد، والقائل بالنقل لا يقول بحصول الملك قبل الموت مطلقاً. فتبيَّن أَنَّ الموتَ شرطٌ في انتقال الملك، بل حقيقة الوصية التملكُ بعده كما عُلِمَ من تعريفها، فإن تقدَّم القبولُ توقَّف الملكُ على الموت، وإن تأخَّر عنه فمقتضى حكم العقد عدمُ تحقُّقه بدون القبول، فيكون تمامُ الملك موقوفاً على الإيجاب والقبول والموت. وبالجملة فالقول بالكشف متوجِّه لولا مخالفة ما عُلِمَ من حكم العقد.

(ويُشترط في الموصي الكمال) بالبلوغ والعقل ورفع الحَجَر، (وفي وصية مَنْ بَلَغَ عَشْرًا قولٌ مشهورٌ) بين الأصحاب مستندٌ إلى رواياتٍ متظافرةٍ بعضها صحيح^١، إلَّا أنَّها مخالفةٌ لأصول المذهب وسبيل الاحتياط.

١. راجع مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٧-٣٤٨، المسألة ١٢٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨١-١٨٢، ح ٧٣٢.

(أما المجنون والسكران ومن جَرَحَ نفسه بالمُهْلِك، فالوصية) من كل منهم (باطلة)، أما الأولان: فظاهر؛ لانتفاء العقل ورفع القلم، وأما الأخير: فمستنده صحيحة أبي ولاد عن الصادق عليه السلام «فإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتلٍ لعله يموت لم تجزُ وصيته»^١؛ ولدلالة هذا الفعل على سَفَهه، ولأنه في حكم الميت فلا تجري عليه الأحكام الجارية على الحي، ومن ثم لا تقع عليه الزكاة لو كان قابلاً لها.

وقيل: تصح وصيته مع ثبات عقله كغيره^٢، وهو حسنٌ لولا معارضة النص المشهور. وأما دلالة الفعل على سَفَهه فغير واضح، وأضعف منه كونه في حكم الميت فإنه غير مانع من التصرف مع تيقن رشده. وموضع الخلاف ما إذا تعدد الجرح، فلو وقع منه سهواً أو خطأ لم تمتنع وصيته إجماعاً.

(و) يُشترط (في الموصى له الوجود) حالة الوصية (وصحة التملك، فلو أوصى للحمل اعتبر) وجوده حال الوصية (بوضعه لدون سته أشهر منذ حين الوصية) فيعلم بذلك كونه موجوداً حالها، (أو بأقصى) مدة (الحمل) فما دون (إذا لم يكن هناك زوج ولا مولى) فإن كان أحدهما لم تصح؛ لعدم العلم بوجوده عندها، وأصالة عدمه؛ لإمكان تجدد بعداها.

وقيام الاحتمال مع عدمهما بإمكان الزنى والشبهة مندفع بأن الأصل عدم إقدام المسلم على الزنى كغيره من المحرمات، وندور الشبهة. ويشكل الأول لو كانت كافرة حيث تصح الوصية لحملها. وربما قيل على تقدير وجود الفرائش باستحقاقه بين الغائتين؛ عملاً بالعادة الغالبة من الوضع لأقصاهما أو ما قارَ بها.

وعلى كل تقدير فيُشترط انفصاله حياً، فلو وضعته ميتاً بطلت، ولو مات بعد انفصاله حياً كانت لوارثه. وفي اعتبار قبوله هنا وجه قوي؛ لإمكانه منه، بخلاف الحمل. وقيل:

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٠٧، ح ٨٢٠.

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٩٧.

يُعتَبَرُ قَبُولُ وَلِيِّهِ^١. ثُمَّ إِنْ اتَّحَدَ فِيهِ لَهُ، وَإِنْ تَعَدَّدَ قَسِيمُ الْمُوَصَّى بِهِ عَلَى الْعَدَدِ بِالسُّوِيَّةِ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا بِالذَّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ.

(ولو أَوْصَى لِلْعَبْدِ لَمْ تَصَحَّ)، سواء كان قِتْنًا أم مَدْرَرًا أم أُمًّا وَلَدًا، أجاز مولاه أم لا؛ لأنَّ العبد لا يَمْلِكُ بِتَمْلِكِ سَيِّدِهِ فَبِتَمْلِكِ غَيْرِهِ أُولَى؛ ولرواية عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليه السلام قال: «لا وصية لمملوك»^٢.

ولو كان مكاتباً مشروطاً أو مطلقاً لم يُؤدَّ شيئاً، ففي جواز الوصية له قولان^٣: من أنه في حكم المملوك حيث لم يتحرَّر منه شيء، ولرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام^٤. ومن انقطاع سلطنة المولى عنه، ومن ثمَّ جاز اكتسابه وقبول الوصية نوع منها. والصحة مطلقاً أقوى، والرواية لا حجة فيها^٥.

(إِلَّا أَنْ يَكُونَ) الْعَبْدُ الْمُوَصَّى لَهُ (عَبْدَهُ)، أي عبد الموصي (فتنصرف) الوصية (إلى عتقه) فإن ساواه عتق أجمع، وإن نقص عتق بحسابه، (وإن زاد المال عن ثمنه فله)^٦ الزائد. ولا فرق في ذلك بين القنِّ وغيره، ولا بين المال المشاع والمعيَّن على الأقوى.

وَيُحْتَمَلُ اخْتِصَاصُهُ بِالْأَوَّلِ؛ لَشُيُوعِهِ فِي جَمِيعِ الْمَالِ وَهُوَ مِنْ جَمَلَتِهِ فَيَكُونُ كَعَتَقِ جُزْءٍ مِنْهُ، بخلاف المعين، ولا بين أن تبلغ قيمته ضعف الوصية وعديده. وقيل: تبطل في

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٢١١-٢١٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٦، ح ٨٥٢.

٣. قال بالبطلان الشيخ في النهاية، ص ٦١٠؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٩٩؛ ذهب إلى الجواز المفيد في المقنعة، ص ٦٧٧؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٠٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٤. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٢٣، ح ٨٧٤.

٥. إمّا لاشتراك محمد بن قيس -الذي يروي عن الباقر عليه السلام- بين الثقة وغيرها؛ أو لأنها واقعة حال فلا يعم؛ لأنَّه يسأله «عن مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيتها إنَّه مكاتب لم ينعق ولا يرث، فقضى أنَّه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه».

الحديث. (منه رحمه الله)

٦. وإن نقص عتق منه بالنسبة. (زين رحمه الله)

الأول^١؛ استناداً إلى رواية^٢ ضعيفة.

(وتصحّ الوصية للمُشَقَّص)، وهو الذي عتق منه شِقْصٌ -بكسر الشين- وهو الجزء (بالنسبة) أي بنسبة ما فيه من الحرّية. والمراد به مملوك غير السيد، أمّا هو فتصحّ في الجميع بطريق أولى، (ولأمّ الولد) أي أمّ وَلَدِ الموصي؛ لأنها في حياته من جملة ممتلكاته، وإنما خصّها لِتَرْتَبَ عليها قوله: (فَتُعْتَقَ من نصيبه) أي نصيب ولدها (وتأخذ الوصية)؛ لصحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام^٣، ولأنّ التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث، فيستقرّ ملكُ ولدها على جزء منها فتعتق عليه وتستحقّ الوصية.

والوصية للمملوك وإن لم تتوقّف على القبول فينتقل إلى ملك الموصي له بالموت، إلّا أنّ تنفيذها يتوقّف على معرفة القيمة ووصول التركة إلى الوارث، بخلاف ملك الوارث. وقيل: تُعتَق من الوصية، فإن ضاقت فالباقى من نصيب ولدها؛^٤ لتأخّر الإرث عن الوصية والذين بمقتضى الآية^٥؛ ولظاهر الرواية^٦.

(والوصية لجماعة تقتضي التسوية) بينهم فيها، ذكوراً كانوا أم أنثاء أم مختلفين، وسواء كانت الوصية لأعمامه وأخواله أم لغيرهم على الأقوى، (إلا مع التفضيل) فيتبع شرطه، سواء جعل المفضل الذكر أم الأنثى. (ولو قال «على كتاب الله»، فللذكر ضعفُ الأنثى)؛ لأنّ ذلك حكم الكتاب في الإرث، والمتبادر منه هنا ذلك.

(والقربة من عُرف بنسبه) عادة؛ لأنّ المرجع في الأحكام إلى العرف حيث لا نصّ وهو دالّ على ذلك، ولا يكفي مطلق العلم بالنسب، كما يتفق ذلك في الهاشميين

١. قال به المفيد في المقنعة، ص ٦٧٦؛ والشيخ في النهاية، ص ٦١٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٦، ح ٨٥١.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٢٩، باب الوصية لأئمة الأولاد، ح ٤.

٤. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٩٧.

٥. النساء (٤): ١١-١٢.

٦. أي صحيحة أبي عبيدة المتقدم أنفاً.

ونحوهم مَن يُعرَف نسبه مع بُعده الآن، مع انتفاء القرابة عرفاً. ولا فرق بين الوارث وغيره، ولا بين الغني والفقير، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين الذكر والأنثى.

وقيل: ينصرف إلى أنسابه الراجعين إلى آخر أب وأم له في الإسلام، لا مطلق الأنساب^١؛ استناداً إلى قوله ﷺ: «قطع الإسلام أرحام الجاهلية»^٢ فلا يرتقي إلى آباء الشرك وإن عُرفوا بالنسب.

وكذا لا يُعطى الكافر وإن انتسب إلى مسلم؛ لقوله تعالى عن ابن نوح: «إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ»^٣. ودلّ لهما على ذلك ممنوعة مع تسليم سند الأول.

(والجيران لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً) من كل جانب على المشهور. والمستند ضعيف. وقيل: إلى أربعين داراً^٤ استناداً إلى رواية عامية^{٥٦}. والأقوى الرجوع فيهم إلى العرف. ويستوي مالك الدار ومستأجرها ومستعيرها وغاصبها على الظاهر. ولو انتقل منها إلى غيرها اعتبرت الثانية، ولو غاب لم يخرج عن الحكم ما لم تطل الغيبة بحيث يخرج عرفاً.

ولو تعددت دُور الموصي وتساوت في الاسم عرفاً استحق جيران كل واحدة، ولو

١. قال به المفيد في المقتعة، ص ٦٧٥؛ والشيخ في النهاية، ص ٦١٤.

٢. بحار الأنوار، ج ٧١، ص ١٠٩ - ١١٠.

٣. هود (١١): ٤٦.

٤. وهو قول الأكثر ومنهم: الشياخ وأتباعهما وابن إدريس والشهيد (رحمه الله). ومال إليه العلامة في تحرير الأحكام الشرعية. ومع ذلك لم نقف لهم على مستند خصوصاً مثل ابن إدريس الذي لا يقول في مثل ذلك على الأخبار الصحيحة ونحوها، والعرف لا يدل عليه... فيما لا مستند له، ولعله تعول على ما تخيله من الإجماع عليه، كما اتفق له ذلك مراراً. (زين رحمه الله)

٥. نقله المحقق الحلي في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٩؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٧٥، المسألة ٤٨ بقوله: وقيل... .

٦. الجامع الصغير، ج ١، ص ٥٧٠، ح ٣٦٨٧.

٧. قوله: «وقيل إلى أربعين داراً استناداً إلى رواية عامية». إلى آخره. روتها عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «الجار إلى أربعين داراً». (منه رحمه الله)

غَلَبَ أَحَدُهَا اخْتَصَصَ. وَلَوْ تَعَدَّدَتْ دُورُ الْجَارِ وَاخْتَلَفَتْ فِي الْحُكْمِ اعْتَبِرَ إِطْلَاقُ اسْمِ الْجَارِ عَلَيْهِ عَرَفًا كَالْمُتَّحِدِ، وَيُحْتَمَلُ اعْتِبَارُ الْأَغْلَبِ سُكْنَى فِيهَا.

وعلى اعتبار الأذرع ففي استحقاق ما كان على رأس الغاية وجهان، أجمودهما الدخول. وعلى اعتبار الدور قيل: يُقَسَّمُ على عددها لا على عدد سُكَّانِهَا، ثُمَّ تُقَسَّمُ حَصَّةُ كُلِّ دَارٍ عَلَى عَدَدِ سُكَّانِهَا^١، وَيُحْتَمَلُ الْقِسْمَةُ عَلَى عَدَدِ السُّكَّانِ مُطْلَقًا، وَعَلَى الْمَخْتَارِ فَالْقِسْمَةُ عَلَى الرُّؤُوسِ مُطْلَقًا.

(وللموالي) أي موالي الموصي، واللام عِوَضٌ عَنِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، (تُحْمَلُ عَلَى الْعَتِيقِ) بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ (وَالْمُعْتَقِ) بِالْبِنَاءِ لِلْفَاعِلِ، عَلَى تَقْدِيرِ وَجُودِهِمَا؛ لَتَنَاوُلِ الْإِسْمَ لِهَما كَالِإِخْوَةِ؛ وَلِأَنَّ الْجَمْعَ الْمُضَافَ يَفِيدُ الْعُمُومَ فِيمَا يَصْلُحُ لَهُ، (إِلَّا مَعَ الْقَرِينَةِ) الدَّالَّةُ عَلَى إِرَادَةِ أَحَدِهِمَا خَاصَّةً، فَيَخْتَصُّ بِهِ بَغَيْرِ إِشْكَالٍ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ دَلَّتْ عَلَى إِرَادَتِهِمَا مَعًا تَنَاوَلَتْهُمَا بَغَيْرِ إِشْكَالٍ. وَكَذَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوَالِي إِلَّا مِنْ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ.

(وقيل: تَبْطُلُ) مَعَ عَدَمِ قَرِينَةٍ تَدَلُّ عَلَى إِرَادَتِهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا^٢؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ مُشْتَرَكٌ، وَحِفْلُهُ عَلَى مَعْنَيَيْهِ مَجَازٌ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعٌ لِكُلِّ مَنِهْمَا عَلَى سَبِيلِ الْبَدَلِ، وَالْجَمْعُ تَكْرِيرُ الْوَاحِدِ فَلَا يَتَنَاوَلُ غَيْرَ صَنْفٍ وَاحِدٍ، وَالْمَعْنَى الْمَجَازِيُّ لَا يُبْصَرُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ. وَبِذَلِكَ يَحْصُلُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِخْوَةِ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ مُتَوَاطِئٌ لَا مُشْتَرَكٌ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعٌ لِمَعْنَى يَقَعُ عَلَى الْمُتَقَرَّبِ بِالْأَبِ وَالْأُمِّ وَبِهِمَا، وَهَذَا أَقْوَى.

(و) الْوَصِيَّةُ (لِلْفُقَرَاءِ) تَنْصَرِفُ إِلَى فُقَرَاءِ مِلَّةِ الْمَوْصِي لَا مُطْلَقِ الْفُقَرَاءِ، وَإِنْ كَانَ جَمْعًا مَعْرَفًا مُفِيدًا لِلْعُمُومِ، وَالْمَخْصُصُ شَاهِدُ الْحَالِ الدَّالُّ عَلَى عَدَمِ إِرَادَةِ فُقَرَاءِ غَيْرِ مِلَّتِهِ وَنَخْلَتِهِ.

(وَيَدْخُلُ فِيهِمُ الْمَسَاكِينُ إِنْ جَعَلْنَاهُمْ مَسَاوِينَ) لَهُمْ فِي الْحَالِ بِأَنْ جَعَلْنَا اللَّفْظَيْنِ

١. ذكره وجهاً في كتاب الوقف من مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٣٤٦.

٢. قال به العلامة -إذا كان اللفظ مفرداً- في كتاب الوقف من مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٨٦-٢٨٧، المسألة ٦٧:

وقواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٥١.

بمعنى واحدٍ، كما ذهب إليه بعضهم^١، (أو أسوأ) حالاً، كما هو الأقوى، (وإلا فلا) يدخلون؛ لاختلاف المعنى، وعدم دلالة دخول الأضعف على دخول الأعلى بخلاف العكس.

وذكر جماعة من الأصحاب أن الخلاف في الأسوأ والتساوي إنما هو مع اجتماعهما كآية الزكاة^٢، أما مع انفراد أحدهما خاصةً، فيشمل الآخر إجماعاً^٣، وكأن المصنف لم تثبت عنده هذه الدعوى.

(وكذا) القول في (العكس) بأن أوصى للمساكين، فإنه يتناول الفقراء على القول بالتساوي، أو كون الفقراء أسوأ حالاً، وإلا فلا. وعلى ما نقلناه عنهم يدخل كل منهما في الآخر هنا مطلقاً.

١. كالمحقق في شرائع الإسلام، ج ١، ص ١٤٧.

٢. التوبة (٩): ٦٠.

٣. راجع السرائر، ج ١، ص ٤٥٦؛ مختلف الشيعة، ج ٣، ص ٧٥-٧٦، المسألة ٤٨؛ تذكرة الفقهاء، ج ٥، ص ٢٣٨، المسألة ١٦٢، في كلها لم يذكر الإجماع.

(الفصل الثاني في متعلّق الوصيّة)

(وهو كلُّ مقصود) للتملّك عادةً (يقبَل النقل) عن المِلِك من ماله إلى غيره، فلا تصحّ الوصيّة بما ليس بمقصود كذلك، إمّا لحِقارته كفضلة الإنسان، أو لقلّته كحبّة الحِنطة وقشر الجوزة، أو لكون جنسه لا يقبَل المِلِك كالخمر والخنزير، ولا بما لا يقبَل النقل كالوقف وأُمّ الولد.

(ولا يُشترط كونه معلوماً) للموصي، ولا للموصى له ولا مطلقاً، (ولا موجوداً) بالفعل (حال الوصيّة)، بل يكفي صلاحيّته للوجود عادةً في المستقبل، (فتصحّ الوصيّة بالقسط والنصيب وشبهه) كالخطّ والقليل والكثير والجزيل، (ويُختار الوارث) في تعيين ما شاء إذا لم يعلم من الموصي إرادة قدرٍ معيّن، أو أزيد ممّا عيّنه الوارث. (أمّا الجزء: فالعُشر)؛ لحسنة أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام؛ مُتمثلاً بالِجبال العشرة التي جُعِل على كلّ واحد منها جزءٌ من الطيور الأربعة^١.

(وقيل: السبع)^٢؛ لصحيحة البرنطبي عن أبي الحسن عليه السلام متمثلاً بقوله تعالى: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ﴾^٣. وَرُجِحَ الأوّلُ بموافقته للأصل. ولو أضافه إلى جزءٍ آخرٍ كالثلث، فعُشره؛ لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام^٤ وتمثّل أيضاً بالِجبال، وهو مُرَجَّحٌ آخرُ.

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٠٩، ح ٨٢٦.

٢. قال به المفيد في المفتحة، ص ٦٧٣، والشيخ في النهاية، ص ٦١٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٠٩، ح ٨٢٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٠٨، ح ٨٢٤.

(والسهم: الثمن)؛ لحسنه صفوان عن الرضا عليه السلام^١، ومثله رَوَى السَّكُونِي عن الصادق عليه السلام^٢ معللاً بآية أصناف الزكاة الثمانية^٣، وأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قَسَمَهَا على ثمانية أَشْهُمٍ^٤. ولا يخفى أن هذه التعليقات لا تصلح للعلية وإنما ذكروها عليه السلام على وجه التقريب والتمثيل.

وقيل: السهم العُشْرُ استناداً إلى رواية^٥ ضعيفة. وقيل: السُّدُس^٦؛ لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه أعطاه لرجل أوصي له بسهم^٧. وقيل: إن في كلام العرب أن السهم سُدُسٌ^٨. ولم يثبت.

(والشيء: السدس) ولا نعلم فيه خلافاً، وقيل: إنه إجماع^٩، وبه نصوص^{١٠} غير معللة. (و) حيث لم يُشترَط في الموصى به كونه موجوداً بالفعل (تصح الوصية بما ستَحِيلُه الأُمّةُ أو الشجرة) إما دائماً أو في وقت مخصوص كالسنة المستقبلية، (وبالمنفعة) كسكنى الدار مدة معينة أو دائماً، ومنفعة العبد كذلك، وشبهه وإن استوعبت قيمة العين.

(ولا تصح الوصية بما لا يقبل النقل كحق القصاص، وحدّ القذف، والشفعة) فإن الغرض من الأول تشفي الوارث باستيفائه فلا يتم الغرض بنقله إلى غيره، ومثله حدّ

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٠، ح ٨٣٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٠، ح ٨٣٢.

٣. التوبة (٩)، ٦٠.

٤. كما في ذيل حديث المذكور في الهامش ١.

٥. ولا نعلم به قائلًا كما في مسالك الأفهام، ج ٦، ص ١٨٠؛ وفي النهاية، ص ٦١٣؛ وقد روي أنه سهم من عشرة.

٦. رواية طلحة بن زيد راجع تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١١، ح ٨٣٤.

٧. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٨؛ والخلاف، ج ٤، ص ١٤٠، المسألة ٩.

٨. بغية الرائد، ج ٤، ص ٣٨٨، ح ٧٠٩٩؛ مجمع الزوائد، ج ٤، ص ٢١٣.

٩. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٩٦ (الطبعة الحجرية)؛ وحكاها ابن زهرة عن أبياس بن معاوية في

غنية النزوع، ج ١، ص ٣٠٨.

١٠. غنية النزوع، ج ١، ص ٣٠٨.

١١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١١، باب الوصية المبهمة.

القذف والتعزيرُ للشم، وأما الشفعة فالغرض منها دفع الضرر عن الشريك بالشركة، ولا حظَّ للموصى له في ذلك. نعم، لو أُوصِيَ له بالشيْقَص والخيارِ معاً لم تبعُد الصَّحَّة؛ لأنَّ الوصيةَ بالمال، والخيار تابعٌ ونفعه ظاهر مقصود، وكذا غيرها من الخيار.

(وتصحَّ) الوصيةُ (بأحد الكلاب الأربعة) والجزو^١ القابل للتعليم؛ لكونها مالاً مقصوداً، (لا بالخنزير وكلب الهراش)؛ لانتفاء المالِيةَ فيهما. ومثله طبلُ اللهو الذي لا يقبلُ التغييرَ عن الصفةِ المحرَّمةِ مع بقاء المالِيةِ.

(ويُشترطُ في الزائد عن الثلثِ إجازةُ الوارث) وإلا بطل، (وتكفي) الإجازةُ (حالَ حياةِ الموصي) وإن لم يكن الوارثُ مالكاً الآن؛ لتعلُّق حَقِّه بالمال، وإلا لم يُمنع الموصي من التصرف فيه، ولصحيحة منصور بن حازم^٢، وحسنة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام^٣.

وقيل: لا تُعتبر إلا بعد وفاته؛ لعدم استحقاق الوارث المالَ حينئذٍ، وقد عرفتَ جوابه. ولا فرق بين وصية الصحيح والمريض في ذلك؛ لاشتراكهما في الحَجْر بالنسبة إلى ما بعد الوفاة، ولو كان التصرفُ منجزاً افترقا.

ويعتبر في المُبجِز جوازُ التصرف، فلا عبرة بإجازة الصبي والمجنون والسفيه، أما المفلس فإن كانت إجازته حالَ الحياة نَفَذَتْ؛ إذ لا ملكَ له حينئذٍ وإنما إجازته تنفيذٌ لتصرف الموصي.

ولو كان بعد الموت ففي صحتِّها وجهان: مبناهما على أنَّ التركة هل تَنقِلُ إلى الوارث بالموت وبالإجازة تَنقِلُ عنه إلى الموصى له، أم تكون الإجازة كاشفةً عن سَبْقِ ملكه من حين الموت، فعلى الأول لا تَنفَذُ؛ لتعلُّق حَقِّ الغرماء بالتركة قبل الإجازة. وعلى الثاني يَحْتَمِلُ الأمرين وإن كان النفوذ أوجَه.

١. الجرو: الصغير من وَلَد الكلب والأسد والباع. المعجم الوسيط، ص ١١٩، «جرو».

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٩٣، ح ٧٧٥ و ٧٧٦.

٣. قال به الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٧٠؛ والديلمى في المراسم، ص ٢٠٦.

(والمعتبر بالتركة) بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها (حين الوفاة)، لا حين الوصية ولا ما بينهما؛ لأنه وقت تعلق الوصية بالمال، (فلو قُتل فأُخذت دية حُسبت) الدية (من تركته) واعتبر ثلثها؛ لثبوتها بالوفاة وإن لم تكن عند الوصية.

وهذا إنما يتم بغير إشكال لو كانت الوصية بمقدار معين كمائة دينار مثلاً، أو كانت بجزء من التركة مشاع - كالثلث - وكانت التركة حين الوصية أزيد منها حين الوفاة. أما لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بإرادة الموصي للزيادة المتجددة؛ لأصالة عدم التعلق، وشهادة الحال بأن الموصي لا يريد ثلث المتجدد، حيث لا يكون تجددّه متوقعاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً.

وينبغي على ما ذكر اعتبارها بعد الموت أيضاً؛ إذ قد يتجدد للميت مال بعد الموت كالدية إذا ثبت صلاحاً، وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث فلا يكون محسوباً عليه. والأقوى اعتبار أقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض.

(ولو أوصى بما يقع اسمه على المحرم والمحلل صُرف إلى المحلل)؛ حملاً لتصرف المسلم على الصحيح (كالغود)، وله عود لهو وعيدان قسي وعيدان عصي وعيدان السقف والبنيان، (والطبل) وله طبل لهو وطبل حرب. ثم إن اتحد المحلل حبل عليه، وإن تعدد تخير الوارث في تعيين ما شاء. ولو لم يكن له إلا المحرم بطلت الوصية إن لم يمكن إزالة الوصف المحرم مع بقاء ماليته، وإلا صحّت وحول إلى المحلل.

(ويتخير الوارث في المتواطئ) وهو المَقُول على معنى يشترك فيه كثير (كالعبد، وفي المشترك) وهو المَقُول على معنيين فصاعداً بالوضع الأول^١ من حيث هو كذلك

١. احترز بـ «الوضع» عن المجاز فإن لفظة استعمل لمعنيين فصاعداً لكن لا بوضع واحد، بل وضع أولاً للمعنى الحقيقي ثم استعمل في الثاني من غير نقل، كالأسد فإنه وضع أولاً للحيوان المفترس ثم استعمل في الرجل الشجاع؛ لعلاقة بينهما وهي الشجاعة. ويقيد «الحديثة» عن المتواطئ المتناول للمختلفين لكن لا من حيث الاختلاف، بل باعتبار اتحاده المعنى المتناول لهما. (منه رحمه الله)

(كالقوس)؛ لأن الوصية بالتواطئ وصية بالماهية الصادقة بكل من الأفراد، كالعبد؛ لأن مدلول اللفظ فيه هو الماهية الكلية وخصوصيات الأفراد غير مقصودة إلا تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أي فرد شاء؛ لوجود متعلق الوصية في جميع الأفراد. وكذا المشترك؛ لأن متعلق الوصية فيه هو الاسم وهو صادق على ما تحته من المعاني حقيقة، فتحصل البراءة بكل واحد منها.

وربما احتيل هنا القرعة لأنه أمر مشكل؛ إذ الموصى به ليس كل واحد؛ لأن اللفظ لا يصلح له، وإنما المراد واحد غير معين فيتوصل إليه بالقرعة. ويضعف بأنها لبيان ما هو معين في نفس الأمر مشكل ظاهراً، وليس هنا كذلك؛ فإن الإيهام حاصل عند الموصي وعندنا وفي نفس الأمر فيتخير الوارث. وسيأتي في هذا الإشكال بحث^١.

(والجمع يُحمل على الثلاثة) جمع (قِلَّةٍ كان كأعبد، أو كثرة كالعبيد)؛ لتطابق اللغة والعرف العام على اشتراك مطلق الجمع في إطلاقه على الثلاثة فصاعداً. والفرق بحمل جمع الكثرة على ما فوق العشرة اصطلاح خاص لا يستعمله أهل المحاورات العرفية والاستعمالات العامة فلا يُحمل إطلاقهم عليه.

ولا فرق في ذلك بين تعيين الموصي قدرأ من المال يصلح لعتق العبيد بما يوافق جمع الكثرة لو اقتصر على الخسيس من ذلك الجنس، وعدمه فيتخير بين شراء النفيس المطابق لأقل الجمع فصاعداً، وشراء الخسيس الزائد المطابق لجمع الكثرة حيث يُعبر بها.

(ولو أوصى بمنافع العبد دائماً أو بشرة البستان دائماً، قُومت المنفعة على الموصى له، والرقبة على الوارث إن فرض لها قيمة) كما يتفق في العبد؛ لصحة عتق الوارث له ولو عن الكفارة، وفي البستان بانكسار جذع ونحوه فيستحقه الوارث خطباً أو خشباً؛ لأنه ليس بشرة. ولولم يكن للرقبة نفع ألبتة قُومت العين أجمع على الموصى له.

وطريق خروجها من الثلث - حيث يُعتَبَر منه - يُستفاد من ذلك، فتَقَوَّم العَيْنُ بمنافعها مطلقاً ثُمَّ تَقَوَّم مسلوبةً المنافع الموصى بها فالتفاوت هو الموصى به، فإن لم يكن تفاوتاً فالمُخْرَج من الثلث جميع القيمة. ومنه يعلم حكم ما لو كانت المنفعة مخصوصةً بوقت.

(ولو أوصى بعق مملوكه وعليه دَيْنٌ قُدِّم الدين) من أصل المال الذي من جملته المملوك، (وعُتِق من الفاضل) عن الدين من جميع التركة (ثلثه) إن لم يَزِد على المملوك، فلو لم يَمَلِك سواه بطل منه فيما قابل الدين وعق ثلث الفاضل إن لم يُجَزِ الوارث. ولا فرق بين كون قيمة العبد ضِعْفَ الدين وأقلُّ على أصحَّ القولين^١. وقيل: تبطل الوصية مع نقصان قيمته عن ضعف الدين^٢.

(ولو نَجَزَ عِتْقَهُ^٣) في مرضه (فإن كانت قيمته ضِعْفَ الدِّينِ صحَّ العتق) فيه أجمع، (وسعى في) قيمة (نصفه للديان، وفي ثلثه) الذي هو ثلثا النصف الباقي عن الدين (للوارث)؛ لأنَّ النصف الباقي هو مجموع التركة بعد الدين فيعتق ثلثه، ويكون ثلثاه للورثة وهو ثلث مجموعيه، وهذا ممَّا لا خلاف فيه.

إنما الخلاف فيما لو نَقَصَتْ قيمته عن ضعف الدين، فقد ذهب الشيخ^٤ وجماعة إلى بطلان العتق^٥ حينئذٍ؛ استناداً إلى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام. ويُفهم من المصنَّف هنا الميلُ إليه حيث شَرَطَ في صحَّة العتق كونَ قيمته ضِعْفَ الدِّينِ،

١. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٩ - ٢٠٠.

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٦١٠.

٣. المعتبر بالمنجز عتقه عند الاعتاق، والموصى بعتقه بعد الوفاة، وباتركه أقلَّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث؛ لأنَّ الزائد بعد الوفاة إلى حين القبض للوارث والتالف غير مضمون عليه قبل القبض. (زين رحمه الله)

٤. قال به الشيخ في النهاية، ص ٦١٠.

٥. منهم: القاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ١٠٨؛ ونقله عن الشيخ والقاضي - فقط - ابن الفهد في المهذب

البارع، ج ٣، ص ١٠٩.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٧، ح ٨٥٤.

إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُصْرَحْ بِالشَّقِّ الْآخَرِ. وَالْأَقْوَى أَنَّهُ كَالأَوَّلِ، فَيَنْعَتَقُ مِنْهُ بِمِقْدَارِ ثُلْثِ مَا يَبْقَى مِنْ قِيَمَتِهِ فَاضْلاً عَنِ الَّذِينَ، وَيَسْعَى لِلذَّيَّانِ بِمِقْدَارِ ذَيْنِهِمْ وَلِلوَرِثَةِ بِضِعْفِ مَا عَتَقَ مِنْهُ مُطْلَقاً، فَإِذَا آدَاهُ عَتَقَ أَجْمَعُ. وَالرَّوَايَةُ الْمَذْكُورَةُ مَعَ مَخَالَفَتِهَا لِلأَصُولِ مَعَارِضَةٌ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الْمَطْلُوبِ، وَهُوَ حَسَنَةُ الْحَلْبِيِّ عَنْهُ رحمته ^١.

(وَلَوْ أَوْصَى بِعَتَقِ ثُلْثِ عِبِيدِهِ أَوْ عَدَدٍ مِنْهُمْ) مَبْهَمٌ كَثَلَاثَةٌ (اسْتُخْرِجَ) الثُّلُثُ وَالْعَدَدُ (بِالْقِرْعَةِ)؛ لِصِلَاحِيَّةِ الْحُكْمِ لِكُلِّ وَاحِدٍ فَالْقِرْعَةُ طَرِيقُ التَّعْيِينِ؛ لِأَنَّهَا لِكُلِّ أَمْرٍ مُشْكَلٍ، وَلِأَنَّ الْعَتَقَ حَقٌّ لِّلْمُعْتَقِ، وَلَا تَرْجِيحَ لِبَعْضِهِمْ لَانْتِفَاءُ التَّعْيِينِ، فَوَجَبَ اسْتِخْرَاجُهُ بِالْقِرْعَةِ. وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ الْوَارِثُ فِي الثَّانِي^٢؛ لِأَنَّ مُتَعَلِّقَ الْوَصِيَّةِ مُتَوَاطِئٌ فَيَتَخَيَّرُ فِي تَعْيِينِهِ الْوَارِثُ كَمَا سَبَقَ؛ وَلِأَنَّ الْمُتَبَادَرَ مِنَ اللَّفْظِ هُوَ الْاِكْتِفَاءُ بِعَتَقِ أَيِّ عَدَدٍ كَانَ مِنَ الْجَمِيعِ فَيُحْتَمَلُ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَوِيٌّ. وَفِي الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثُّلْثِ نَظَرٌ.

(وَلَوْ أَوْصَى بِأُمُورٍ) مُتَعَدِّدَةٍ (فَإِنْ كَانَ فِيهَا وَاجِبٌ قُدِّمَ) عَلَى غَيْرِهِ وَإِنْ تَأَخَّرَتْ الْوَصِيَّةُ بِهِ، سَوَاءٌ كَانَ الْوَاجِبُ مَالِيّاً أَمْ غَيْرَهُ، وَبُدِئَ بَعْدَهُ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْوَاجِبُ مَالِيّاً كَالَّذِينَ وَالْحَجَّ أَخْرَجَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ وَالْبَاقِي مِنَ الثَّلْثِ، وَإِنْ كَانَ بَدْتِيّاً كَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ قُدِّمَ مِنَ الثَّلْثِ، وَأُكْمِلَ مِنَ الْبَاقِي مَرْتَباً لِلأَوَّلِ فَالأَوَّلِ. (وَإِلَّا) يَكُنْ فِيهَا وَاجِبٌ (بُدِئَ بِالأَوَّلِ) مِنْهَا (فَالأَوَّلُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّلْثَ) وَيَبْطُلُ الْبَاقِي إِنْ لَمْ يُجْزِ الْوَارِثُ.

وَالْمُرَادُ بِالأَوَّلِ الَّذِي قُدِّمَهُ الْمَوْصِي فِي الذِّكْرِ وَلَمْ يُعَقِّبْهُ بِمَا يَنْفَاهِيهِ، سَوَاءٌ عَطَفَ عَلَيْهِ التَّالِي بِـ«ثُمَّ» أَمْ بِـ«الْفَاءِ» أَمْ بِـ«الْوَاوِ»، أَمْ قَطَعَهُ عَنْهُ بِأَنْ قَالَ: «أَعْطُوا فُلَاناً مِائَةً، أَعْطُوا فُلَاناً خَمْسِينَ».

وَلَوْ رَتَّبَ ثُمَّ قَالَ: «ابْدَأُوا بِالْأَخِيرِ أَوْ بِغَيْرِهِ» أَتَّبَعَ لَفْظُهُ الْآخِيرُ. (وَلَوْ لَمْ يُرَتَّبْ) بِأَنْ ذَكَرَ الْجَمِيعَ دَفْعَةً، فَقَالَ: «أَعْطُوا فُلَاناً وَفُلَاناً وَفُلَاناً مِائَةً»، أَوْ رَتَّبَ بِاللَّفْظِ ثُمَّ نَصَّ عَلَى

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٨-٢١٩، ح ٨٥٧.

٢. واستحسنه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٨؛ واختاره العلامة في إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٦٢.

عدم التقديم (بُسيط الثلث على الجميع)، وبَطْل من كُلِّ وصِيَّةٍ بحسابها.

ولو عَلِمَ الترتيبُ واشتَبَه الأولُ أُقِرَّ، ولو اشْتَبَه الترتيبُ وعدمه فظاهرهم إطلاقُ التقديم بالقرعة كالأول. ويُشكِّلُ باحتمال كون الواقع عدمه وهي لإخراج المشكل ولم يحصل، فينبغي الإخراج على الترتيب وعدمه؛ لاحتمال أن يكون غير مرتَّب، فتقديم كُلِّ واحدٍ ظلم.

ولو جامعَ الوصايا مُنَجَّزٌ يُخْرَجُ من الثلث قُدِّمَ عليها مطلقاً، وأكْمِلَ الثلثُ منها كما ذُكِرَ.

(ولو أجاز الورثة) ما زاد على الثلث (فادَّعَوْا) بعد الإجازة (ظَنَّ القلَّة) أي قلَّة الموصى به وأنه ظَهَرَ أَزِيدَ مَتَا ظَنُّوه، (فإن كان الإيصاءُ بعينٍ لم يُقْبَلْ منهم)؛ لأنَّ الإجازة وقعت على معلومٍ لهم، فلا تُسَمَّعُ دعواهم أَنَّهُمْ ظَنُّوا زيادته عن الثلث بيسير مثلاً فظَهَرَ أَزِيدٌ؛ أو ظَنَّ أَنَّ المالَ كثيرٌ؛ لأصالة عدم الزيادة في المال، فلا تُعْتَبَرُ دعواهم ظَنَّ خلافه. (وإن كان) الإيصاء (بجزءٍ شائعٍ) في التركة (كالنصف قَبْلَ) قولهم (مع اليمين^١)؛ لجواز بنائهم على أصالة عدم زيادة المال فظهر خلافه، عكس الأول.

وقيل: يُقْبَلُ قولهم في الموضعين^٢؛ لأنَّ الإجازة في الأول وإن وقعت على معلوم إلَّا أنَّ كونه بمقدار جزءٍ مخصوصٍ من المال - كالنصف - لا يَعْلَمُ إلَّا بعد العلم بمقدار التركة، ولأنَّه كما احتُمِلَ ظَنُّهم قِلَّةَ النصف في نفسه يُحْتَمَلُ ظَنُّهم قِلَّةَ المعَيَّن بالإضافة إلى مجموع التركة ظَنًّا منهم زيادتها، وأصالة عدمها لا دخل لها في قبول قولهم وعدمه؛ لإمكان صدق دعواهم وتعدُّر إقامة البيِّنة عليها، ولأنَّ الأصلَ عدمُ العلم بمقدار التركة على التقديرين وهو يقتضي جهالة قَدَرِ المعَيَّن من التركة كالمشاع، وإمكان ظَنُّهم أَنَّهُ لا دين على الميِّت فظهر مع أنَّ الأصلَ عدمه. وهذا القول مُتَّجِه.

١. ويعطى نصف الذي ظَنُّوه، والرائد على الذي ظَنُّوه يعطى ثلثه. (زين رحمه الله)

٢. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٣٤٢، الرقم ٤٧٥٢؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢،

ص ٢٤٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

وحيث يحلفون على مدّعاهم يُعطى الموصى له من الوصية ثلث المجموع، وما ادّعوا ظنّه من الزائد.

(ويدخل في الوصية بالسيف جفّته) بفتح أوله، وهو غمّده بكسره، وكذا تدخل جليته؛ لشمول اسمه لها عرفاً وإن اختصّ لغةً بالنّقل، ورواية أبي جميلة بدخولها شاهد مع العرف^١، (وبالصّندوق أثوابه) الموضوعه فيه، وكذا غيرها من الأموال المظروفة.

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

(ولو عقب الوصية بمضادّها) بأن أوصى بعين مخصوصة لزيد، ثم أوصى بها لعمرو (عمل بالأخيرة)؛ لأنها ناقضة للأولى والوصية جائزة من قبله فتبطل الأولى.

(ولو أوصى بعق رقبة مؤمنة وجب) تحصيل الوصف بحسب الإمكان، (فإن لم يجد أعتق من لا يُعرف بنصب) على المشهور، ومستنده رواية علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام^٤، والمستند ضعيف. والأقوى عدم الإجزاء، بل يتوقّع المكنة؛ وفاقاً لابن إدريس^٥.

(ولو ظنّها مؤمنة) على وجه يجوز التعويل عليه بإخبارها أو بإخبار من يُعتدّ به،

١ و٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١١، ح ٨٣٧.

٣. منها رواية عقبة بن خالد راجع تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٢، ح ٨٣٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٢٠، ح ٨٦٣.

٥. السرائر، ج ٣، ص ٢١٣.

فأعتقها (كفى وإن ظهر خلافه)؛ لإتيانه بالمأمور به على الوجه المأمور به فيخرج عن العهدة؛ إذ لا يُعتَبَر في ذلك اليقين، بل ما ذُكِر من وجوه الظن.

(ولو أوصى يعتق رقبة بثمانٍ معيّنٍ وجب) تحصيلها به مع الإمكان، (ولو تعذر إلا بأقل اشتري وعتق ودفع إليه ما بقي) من المال المعين، على المشهور بين الأصحاب، وربما قيل: إنه إجماع. ومستنده رواية سماعة عن الصادق عليه السلام^١.

ولو لم يوجد إلا بأزيد تَوَقَّع المكنة، فإن يئس من أحد الأمرين ففي وجوب شراء بعض رقبته فإن تعذر صرف في وجوه البر، أو بطلان الوصية ابتداءً، أو مع تعذر بعض الرقبة، أو جهة الأول. ويقوى لو كان التعذر طارئاً على زمن الوصية أو على الموت؛ لخروج القدر عن ملك الورثة فلا يعود إليه.

(الفصل الثالث في الأحكام)

(تصحّ الوصيّة للذمّي وإن كان أجنبيّاً؛ للأصل^١، والآية^٢، والرواية^٣، بخلاف
الحربي وإن كان رَجِمًا)، لا لاستلزامها المَوَادَّةَ المنهيَّ عنها^٤ لهم؛ لمنع الاستلزام، بل
لأنّ صحّة الوصيّة تقتضي ترتیب أثرها الذي من جملته وجوبُ الوفاء بها، وترتّب
العقاب على تبديلها ومنعها، وصحّتها تقتضي كونها مالاً للحربي، وماله فيء للمسلم في
الحقيقة ولا يجب دفعه إليه، وهو يُنافي صحّتها بذلك المعنى بخلاف الذمّي. وهذا
المعنى من الطرفين يَشْتَرِكُ فيه الرَجْمُ وغيره.

ويمكن أن تُمنع المنافاة، فإنّ منع الحربي منها من حيث إنّها ماله غيرُ منافٍ للوفاء
بالوصيّة من حيث إنّها وصيّة، بل منعه من تلك الحيثيّة مترتّب على صحّة الوصيّة
وعدم تبديلها. وفي المسألة أقوالٌ آخرٌ.

(وكذا المرتدّ)؛ عطفٌ على الحربي، فلا تصحّ الوصيّة له؛ لأنّه بحكم الكافر المنهيّ عن
مَوَادَّتِهِ. ويُشكّل بما مرّ. نعم، يَتِمُّ ذلك في الفطري؛ بناءً على أنّه لا يَمْلِكُ الكسبَ المتجدّد،
وأما المَلِكِيُّ والمرأةُ مطلقاً فلا مانع من صحّة الوصيّة له، وهو خِيَرَةُ المصنّف في الدروس^٥.
(ولو أوصى في سبيل الله فلكلُّ قُرْبَةٍ)؛ لأنّ السبيل هو الطريق، والمراد هنا ما

١. الممتحنة (٦٠): ٨ و ٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٠١، ح ٨٠٤.

٣. المجادلة (٥٨): ٢٢.

٤. لاحظ تفصيل الأقوال في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٥ - ٣٠٦، المسألة ٨٦؛ كشف الرموز، ج ٢، ص ٧٠ -

٧١؛ التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٣٧٠.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٤٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

كان طريقاً إلى ثوابه، فَيَتَنَاوَلُ كُلَّ قَرَبَةٍ؛ جَزْياً لَهُ عَلَى عَمُومِهِ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ الْغُرَاةَ.^١
(ولو قال «أَعْطُوا فلاناً كذا» ولم يبيّن ما يَصْنَعُ بِهِ، دُفِعَ إِلَيْهِ يَصْنَعُ بِهِ ما شاء)؛
لأنَّ الوَصِيَّةَ بمنزلة التَّمْلِيكِ، فتَقْتَضِي تَسْلُطَ المَوْصَى لَهُ تَسْلُطَ المَالِكِ. ولو عَيَّنَ لَهُ
المَصْرَفَ تَعَيَّنَ.

(وَتُسْتَحَبُّ الوَصِيَّةُ لذي الْقَرَابَةِ، وإِذَا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ
إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^٢، ولأنَّ فِيهِ صَلَةٌ
لِلرَّجِمِ وَأَقْلَ مراتبه الاستحبابُ.

(ولو أَوْصَى لِلأَقْرَبِ) أي أَقْرَبَ النَّاسِ إِلَيْهِ نَسَباً (تُنْزَلُ عَلَى مَرَاتِبِ الْإِرْثِ)؛ لأنَّ
كُلَّ مَرْتَبَةٍ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنَ الَّتِي بَعْدَهَا، لَكِنْ يَتَسَاوَى الْمُسْتَحَقُّ هُنَا؛ لِاسْتَوَاءِ نَسَبِهِمْ إِلَى
سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الْوَصِيَّةُ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ التَّفَاضُلِ، فَلِلذِّكْرِ مِثْلُ الْأُنْثَى، وَلِلْمَتَقَرِّبِ
بِالْأَبِ مِثْلُ الْمَتَقَرِّبِ بِالْأُمِّ، وَلَا يَتَقَدَّمُ ابْنُ الْعَمِّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عَلَى الْعَمِّ لِلْأَبِ وَإِنْ قُدَّمَ فِي
الْمِيرَاثِ، وَيَتَسَاوَى الْأَخُ مِنَ الْأُمِّ وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ. وَفِي تَقْدِيمِ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عَلَى
الْأَخِ مِنَ الْأَبِ وَجْهٌ قَوِيٌّ؛ لِأَنَّ تَقَدُّمَهُ عَلَيْهِ فِي الْمِيرَاثِ يَقْتَضِي كَوْنَهُ أَقْرَبَ شَرْعاً، وَالرَّجُوعُ
إِلَى مَرَاتِبِ الْإِرْثِ يُرْشِدُ إِلَيْهِ، وَلَا يَرِدُ مِثْلُهُ فِي ابْنِ الْعَمِّ لِلأَبَوَيْنِ؛ لِاعْتِرَافِهِمْ بِأَنَّ الْعَمَّ
أَقْرَبُ مِنْهُ، وَلِهَذَا جَعَلُوهُ مُسْتَنْثًى بِالْإِجْمَاعِ. وَيُحْتَمَلُ تَقْدِيمُهُ هُنَا؛ لِكُونِهِ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ.
(ولو أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ، فَالْنَصْفُ إِنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ وَاحِدٌ، وَالثُّلُثُ إِنْ كَانَ لَهُ
ابْنَانِ، وَعَلَى هَذَا). وَالضَّابِطُ أَنَّهُ يُجْعَلُ كَأَحَدِ الْوَرَاثِ وَيُزَادُ فِي عَدَدِهِمْ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ
أَنْ يُوصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبٍ مَعْيْنٍ وَغَيْرِهِ.

ثُمَّ إِنْ زَادَ نَصِيبَهُ عَلَى الثُّلُثِ تَوَقَّفَ الزَّائِدُ عَلَيْهِ عَلَى الْإِجَازَةِ، فَلَوْ كَانَ لَهُ ابْنٌ وَبِنْتُ
وَأَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْبِنْتِ فَلِلْمَوْصَى لَهُ رُبْعُ التَّرِكَةِ؛ وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ
الابْنِ فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِخُمْسِي التَّرِكَةِ، فَيَتَوَقَّفُ الزَّائِدُ عَنِ الثُّلُثِ - وَهُوَ ثُلُثُ خُمْسٍ - عَلَى

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٦١٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٧١.

٢. البقرة (٢): ١٨٠.

إجازتهما، فإن أجازا فالمسألة من خمسة؛ لأن الموصى له بمنزلة ابنٍ آخرٍ وسِهامُ الابنين مع البنت خمسة، وإن ردّا فمِن تسعة؛ لأنّ للموصى له ثلثُ التركة وما يَبْقَى لهما أثلاثاً، فتَضْرِبُ ثلاثةً في ثلاثة.

وإن أجاز أحدهما وردَّ الآخرُ ضَرَبَتْ مسألة الإجازة في مسألة الردِّ، فَمَنْ أجاز ضَرَبَتْ نصيبه من مسألة الإجازة في مسألة الردِّ، وَمَنْ ردَّ ضَرَبَتْ نصيبه من مسألة الردِّ في مسألة الإجازة، فلها مع إجازتها تسعة من خمسة وأربعين، وله عشرون، وللموصى له ستّة عشر هي ثلثُ الفريضة، وثلثُ الباقي من النصيب على تقدير الإجازة، وله مع إجازته ثمانية عشر، ولها عشرة، وللموصى له سبعة عشر، وعلى هذا القياس.

(ولو قال) «أعطوه (مثلَ سهمٍ أحدِ وُراثي)» أُعْطِيَ مثلَ سهم الأَقْل؛ لصدق السهم به وأصالة البراءة من الزائد، فلو ترك ابناً وبناتاً فله الربع، ولو ترك ابناً وأربعَ زَوَجاتٍ فله سهم من ثلاثة وثلاثين.

(ولو أوصى بضعف نصيب ولده فمِثْلُه) على المشهور بين الفقهاء وأهل اللغة^١، وقيل: مثله، وهو قول بعض أهل اللغة^٢، والأصح الأول. (وبضعفیه ثلاثة أمثاله)؛ لأنَّ ضِعْفَ الشيء ضَمُّ مثله إليه، فإذا قال «ضِعْفِيه» فكأنَّه ضَمَّ مثليه إليه، وقيل: أربعة أمثاله^٣؛ لأنَّ الضعفَ مثلاًن كما سبق، فإذا ثُنِيَ كان أربعة. ومثله القول في ضعف الضعف. (ولو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرفُ كلِّ ثلث إلى فقراء بلد المال) الذي هو فيه، وهو الأفضل لیسلم من خطر النقل، وفي حكمه احتسابه على غائبٍ مع قبض وكيله في البلد. (ولو صُرف الجميعُ في فقراء بلدٍ الموصي) أو غيره (جاز)؛ لحصول الغرض من الوصية وهو صرفه إلى الفقراء.

واستشكل المصنّف جواز ذلك في بعض الصور: بأنّه إن نُقِلَ المالُ من البلاد

١. العين، ج ١، ص ٢٨٢؛ وحكاة قولاً ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ٨٩، «ضعف».

٢. الصحاح، ج ٤، ص ١٣٩٠؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ٨٩، «ضعف».

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٢٠٣.

المتفرقة إلى بلد الإخراج كان فيه تغريز في المال وتأخير للإخراج، وإن أخرج قدر الثلث من بعض الأموال ففيه خروج عن الوصية؛ إذ مقتضاها الإشاعة^١. والأوسط منها متوجه، فإن تأخير إخراج الوصية مع القدرة عليه غير جائز، إلا أن يفرض عدم وجوبه إما بعدم المستحق في ذلك الوقت الذي نُقِلَ فيه، أو تعيين الموصي الإخراج في وقتٍ مترقبٍ بحيث يمكن نقله إلى غير البلد قبل حضوره، ونحو ذلك.

وينبغي جوازُه أيضاً لغرض صحيح، ككثرة الصلحاء، وشدة الفقر، ووجود من يرجع إليه في أحكام ذلك، كما يجوز نقل الزكاة للغرض. وأما التغرير فغير لازم في جميع أفراد النقل، وأما إخراج الثلث من بعض الأموال فالظاهر أنه لا مانع منه؛ إذ ليس الغرض الإخراج من جميع أعيان التركة بل المراد إخراج ثلثها بالقيمة، إلا أن يستلحق غرض الموصي بذلك أو تتفاوت فيه مصلحة الفقراء.

والمعتبر صرفه إلى الموجودين في البلد ولا يجب تتبع الغائب. ويجب الدفع إلى ثلاثة فصاعداً، لا في كل بلد، بل المجموع.

(ولو أوصى له بأبيه فقيل وهو مريض ثم مات) الموصى له (عتق) أبوه (من صلب ماله)؛ لأنه لم يُلَفَّ على الورثة شيئاً مما هو محسوب ماله، وإنما يُعتبر من الثلث ما يُخرجه عن ملكه كذلك، وإنما ملكه هنا بالقبول^٢، وانعتق عليه قهراً تبعاً لملكه. ومثله ما لو ملكه بالإرث أو بالإنهاب على الأقوى.

أما لو ملكه بالشراء فإنه ينعق من الثلث على الأقوى؛ لاستناد العتق إلى حصول الملك الناشئ عن الشراء، وهو ملكه في مقابلة عوض، فهو بشرائه ما لا يبقى في ملكه مضيق للثمن على الوارث كما لو اشترى ما يقطع بتلفه. ويحتمل اعتباره من الأصل؛ لأنه مالٌ متقومٌ بثمنٍ مثله؛ إذ الغرض ذلك، والعتق أمرٌ قهريٌّ طرأ بسبب القرابة. وضعفه

١. نقله عن بعض حواشي الشهيد المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٠، ص ٢٢٣ - ٢٢٤.

٢. وهنا لم يخرجه المريض كذلك، وإنما أخرجه الله تعالى عن ملكه بالقبول وانعتق عليه تبعاً لملكه بغير اختياره فلم يكن مفوتاً بغير اختياره وإنما جاء الفوات من قبل الله تعالى. (منه رحمه الله)

واضح؛ لأنَّ بذلَ الثمنِ في مقابلة ما قُطِعَ بزوال مَالِيَّتِهِ محضُ التضييع على الوارث. (ولو قال: «أَعْطُوا زَيْدًا وَالْفُقَرَاءَ»، فلزَيْدٍ النصفُ)؛ لأنَّ الوصِيَّةَ لفريقين فلا يُنْظَرُ إلى آحادهما، كما لو أوصَى لشخصين أو قبيلتين.

(وقيل: الربع^١)؛ لأنَّ أَقْلَ الفقراء ثلاثة من حيث الجمع وإن كان جمعٌ كثرة؛ لما تقدَّمَ من دلالة العرفِ واللغة على اتِّحاد الجمعَيْن، فإذا شَرَكَ بين زَيْدٍ وبينهم بالعطف كان كأحدهم^٢. وَيُضَعَّفُ بأنَّ التشريكَ بين زَيْدٍ والفقراء لا بينه وبين آحادهم، فيكون زَيْدٌ فريقاً والفقراء فريقاً آخَر.

وفي المسألة وجه ثالث، وهو أن يكون زَيْدٌ كواحد منهم؛ لأنَّهم وإن كانوا جمعاً يَصْدُقُ بالثلاثة لكنَّه يقع على ما زاد، ولا يَتَعَيَّنُ الدَفْعُ إلى ثلاثة، بل يجوز إلى ما زاد أو يَتَعَيَّنُ حيث يُوجَدُ في البلد، ومقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم. وهو أَمْتَنُ من السابق، وإن كان الأصحُّ الأوَّل.

(ولو جمع بين) عطِيَّةٍ (منجَزَةٍ) في المرض - كهبة ووقف وإبراء - (ومؤخَّرةٍ) إلى بعد الموت (قُدِّمَتِ المنجَزَةُ) من الثلث وإن تأخَّرت في اللفظ فإن بَقِيَ من الثلث شيء بُدِئَ بالأوَّلِ فالأوَّلِ من المؤخَّرة، كما مرَّ. ولا فرق في المؤخَّرة بين أن يكون فيها واجبٌ يُخْرَجُ من الثلث وغيره، نعم، لو كان ممَّا يُخْرَجُ من الأصل قُدِّمَ مطلقاً.

واعلم أنَّ المنجَزَةَ تُشَارِكُ الوصِيَّةَ في الخروج من الثلث في أجود القولين^٣، وأنَّ خروجها من الثلث يُعْتَبَرُ حال الموت، وأَنَّهُ يُقَدِّمُ الأَسْبَقُ منها فالأَسْبَقُ لو قَصَرَ الثلثُ عنها؛ وتُفَارِقُها في تقدُّمِها عليها ولزومِها من قِبَلِ المعطي، وقبولُها كغيرها من العقود وشروطُها شروطُها، وأَنَّهُ لو بَرِئَ من مرضه لَزِمَتْ من الأصل بخلاف الوصِيَّة.

١. قَوَاهُ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ، ج ٣، ص ٢٤٣.

٢. تَقَدَّمَ فِي ص ١٠١.

٣. ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ، ج ٣، ص ٢٤٧ - ٢٤٨؛ وَالْعَلَّامَةُ فِي مَخْتَلَفِ الشَّيْخَةِ، ج ٦، ص ٣٦٨، الْمَسْأَلَةُ ١٥٢؛ وَقَوْلُ الْآخَرِ وَهُوَ الْخُرُوجُ مِنَ الْأَصْلِ لِلْمُعْتَقَةِ فِي الْمَقْنَعَةِ، ص ٦٧١؛ وَابْنُ الْبَرَّاجِ فِي الْمَهْذَبِ، ج ١، ص ٤٢٠.

(ويصحّ) للموصي (الرجوع في الوصية) ما دام حياً (قولاً؛ مثل «رَجَعْتُ» أو «نَقَضْتُ» أو «أَبْطَلْتُ») أو «فسخت» أو «هذا لوارثي» أو «ميراثي» أو «حرام على الموصى له» (أو لا تفعلوا كذا) ونحو ذلك من الألفاظ الدالة عليه.

(وفعلًا؛ مثل بيع العين الموصى بها) وإن لم يقبضها (أو رهنها) مع الإقباض قطعاً، وبدونه على الأقوى، ومثله ما لو وهبها أو أوصى بها لغير من أوصى له أولاً.

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

(أو) فعل ما يبطل الاسم ويدلّ على الرجوع، مثل (طحن الطعام أو عجن الدقيق) أو غزل القطن أو نسج مغزوله، (أو خلطه بالأجود) بحيث لا يتميَّز، وإنما قيّد بالأجود لإفادته الزيادة في الموصى به، بخلاف المساوي والأردأ^١.

وفي الدروس لم يفرّق بين خلطه بالأجود وغيره في كونه رجوعاً^٢، وفي التحرير لم يفرّق كذلك في عدمه^٣. والأنسب عدم الفرق، وتوقّف كونه رجوعاً على القرائن الخارجة، فإن لم يحكم بكونه رجوعاً يكون مع خلطه بالأجود شريكاً بنسبة القيمتين.

١. وجه البطلان في جميع ذلك أن متعلّق الوصية هو المسمّى الخاصّ وقد زال، مضافاً إلى إشعار هذه الأفعال بالرجوع. ولو خلط الشيء بمثاله جنساً فإن كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعاً؛ لاشتغال أجوديته على زيادة ولم يحصل منه الرضى ببذلها مع عدم إمكان فصلها وإن خلط بمساوٍ... فمفهوم كلام المصنّف أنّه لا يكون رجوعاً؛ لبقاء المال وعدم اشتماله على وصف المنع هو ظاهر مع المساواة، ومع الأردأ يكون القدر الناقص من الوصف بمنزلة خلاف الموصى به فيبقى الباقي على الأصل. وأطلق جماعة كون الخلط موجباً للرجوع، وهو حسن مع انضمام القرينة الدالة عليه. هذا كلّ مع عدم دلالة القرينة على عدم إرادة الرجوع بهذه الأفعال. كما إذا فعل ذلك لمصلحة العين كدفع الدود عن الحنطة بطحنها وخبز المعجن، حذراً من فسادها وخلطه كذلك، فإنّ مرجع هذه الأمور إلى القرائن المقترنة بها نفياً وإثباتاً. ولو كان الفصل من غير الموصى بغير إذنه لم يقدح؛ لانتفاء المقتضي. (منه رحمه الله)

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٣٣٦، ذيل الرقم ٤٧٣٥.

(الفصل الرابع في الوصاية)

بكسر الواو وفتحها، وهي استنابة الموصي غيره بعد موته في التصرف فيما كان له التصرف فيه من إخراج حق أو استيفائه، أو ولاية على طفل أو مجنون يملك الولاية عليه بالأصالة أو بالعرض.

(وإنما تصح الوصية على الأطفال بالولاية من الأب والجد له) وإن علا، (أو الوصي) لأحدهما (المأذون له من أحدهما) في الإيضاء لغيره، فلو نهاه عنه لم تصح إجماعاً، ولو أطلق، قيل: جاز^١؛ لظاهر مكاتبة الصفار^٢، ولأن الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما ثبت له، ولأن الاستنابة من جملة التصرفات المملوكة له بالنص.

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

(ويُعتبر في الوصي الكمال) بالبلوغ والعقل، فلا تصح إلى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقاً، ولا إلى مجنون كذلك، (والإسلام) فلا تصح الوصية إلى كافر وإن كان رَجِماً؛ لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين، ولا من أهل الأمانة؛ وللنهي عن الركون إليه^٣، (إلا أن يُوصي الكافر إلى مثله) إن لم نشترط العدالة في الوصي؛ لعدم

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ١٦٢، المسألة ٤٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٥، ح ٨٥٠.

٣. هود (١١): ١١٣.

المانع حينئذٍ. ولو اشترطناها فهل تكفي عدالته في دينه أم تبطل مطلقاً؟ وجهان: من أن الكفر أعظم من فسق المسلم، ومن أن الغرض صيانة مال الطفل وأداء الأمانة، وهو يحصل بالعدل منهم.

والأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا، ولو أريد صحّتها عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك، ولو ترفعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم، وإلا فاللازم الحكم ببطلانها؛ بناءً على اشتراط العدالة؛ إذ لا وثوق بعدالته في دينه، ولا ركون إلى أفعاله؛ لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام.

(والعدالة في قول قوي^١)؛ لأن الوصية استئمان والفاسق ليس أهلاً له؛ لوجوب التثبت عند خبره، ولتضمنها الركون إليه والفاسق ظالمٌ منهٍ عن الركون إليه^٢، ولأنها استنباط على الغير فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل بل أولى؛ لأن تقصير وكيل الوكيل مجبورٌ بنظر الوكيل والموكل وتفحصهما على مصلحتهما، بخلاف نائب الميّت ورضاه به غير عدل لا يقدح في ذلك؛ لأن مقتضاها إثبات الولاية بعد الموت، وحينئذٍ فترفع أهليته عن الإذن والولاية، ويصير التصرف متعلقاً بحق غير المشتتب من طفلٍ ومجنونٍ وفقيرٍ وغيرهم فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل ووكيل الحاكم على مثل هذه المصالح.

وبذلك يظهر ضعف ما احتج به نافي اشتراطها من أنها في معنى الوكالة، ووكالة الفاسق جائزة إجماعاً وكذا استيداعه^٣؛ لما عرفت من الفرق بينها وبين الوكالة والاستيداع، فإنهما متعلقان بحق الموكل والمودع، وهو مسلط على إتلاف ماله فضلاً عن تسليط غير العدل عليه، والموصي إنما سلطه على حق الغير؛ لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً. مع أننا نمنع أن يطلق الوكيل والمستودع لا يشترط فيهما العدالة.

١. قال به المفيد في المقنعة، ص ٦٦٨؛ والشيخ في النهاية، ص ٦٠٥.

٢. هود (١١): ١١٣.

٣. احتج به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٨٩.

واعلم أنَّ هذا الشرطَ إنما اعتُبرَ ليحصلَ الوثوقُ بفعل الوصي. ويُقبل خبرُه به كما يُستفاد ذلك من دليله، لا في صحَّة الفعل في نفسه، فلو أوصى لمن ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية، فالظاهرُ نفوذُ فعله وخروجه عن العهدة، ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى إليه فيما بينه وبينه وفعل مقتضاه، بل لو فعله ظاهراً كذلك لم تبعد الصحَّة، وإن حُكِمَ ظاهراً بعدم وقوعه وضمانه ما ادَّعى فعله.

وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصية باطلاع عدلين أو باطلاع الحاكم، إلا أنَّ ظاهر اشتراط العدالة ينافي ذلك كلَّه. ومثله يأتي في نيابة الفاسق عن غيره في الحجِّ ونحوه، وقد ذكر المصنِّف^١ وغيره أنَّ عدالة النائب شرطٌ في صحَّة الاستنابة لا في صحَّة النيابة^٢.

(و) كذا يُشترط في الوصيِّ (الحرِّيَّة) فلا تصحَّ وصاية المملوك؛ لاستلزامها التصرف في مال الغير بغير إذنه كما لا تصحَّ وكالته، (إلا أن يأذن المولى) فتصح لزوال المانع، وحينئذٍ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصي، ويصح قبله كما إذا قَبِلَ الحرُّ.

(وتصح الوصية إلى الصبيِّ مُنْصَماً إلى كامل) لكن لا يتصرَّف الصبيُّ حتَّى يكمل، فينفرد الكامل قبله ثم يشتركان فيها مجتمعين. نعم، لو شرط عدم تصرف الكامل إلى أن يبلغ الصبيُّ أتبع شرطه. وحيث يجوز تصرف الكامل قبل بلوغه لا يختص بالضرورة بل له كمال التصرف، وإنما يقع الاشتراك في المتخلف، ولا اعتراض للصبيِّ بعد بلوغه في نقض ما وقع من فعل الكامل موافقاً للمشروع.

(وإلى المرأة والخنثى) عندنا مع اجتماع الشرائط؛ لانتفاء المانع، وقياس الوصية على القضاء واضح الفساد.

١. الدروس الشرعية، ج ١، ص ٢٣٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٩).

٢. منهم: فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٢٧٧؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ١، ص ٤١٠؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٣، ص ١٤٢.

(ويصحّ تعدّد الوصيّ فيجتمعان^١) لو كانا اثنين في التصرف، بمعنى صدورهما عن رأيهما ونظرهما وإن باشره أحدهما، (إلا أن يشترط لهما الانفرد) فيجوز حينئذٍ لكلّ منهما التصرف بمقتضى نظره.

(فإن تعاسرا) فأراد أحدهما نوعاً من التصرف ومنعه الآخر (صحّ) تصرفهما (فيما لا بدّ منه، كمؤونة اليتيم) والدابة وإصلاح العقار، ووقف غيره على اتفاقهما. (وللحاكم) الشرعيّ (إجبارهما على الاجتماع) من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان؛ إذ لا ولاية له فيما فيه وصيّ، (فإن تعدّر) عليه جمعهما (استبدل بهما)؛ تنزيلاً لهما بالتعدّر منزلة المعدوم، لاشتراكهما في الغاية.

كذا أطلق الأصحاب، وهو يتمّ مع عدم اشتراط عدالة الوصيّ، أمّا معه فلا؛ لأنّهما بتعاسرهما يفسقان؛ لوجوب المبادرة إلى إخراج الوصيّة مع الإمكان فيخرجان بالفسق عن الوصاية ويستبدل بهما الحاكم، فلا يتصور إجبارهما على هذا التقدير. وكذا لو لم نشرطها وكانا عدلين لبطانها بالفسق حينئذٍ على المشهور. نعم، لو لم نشرطها ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاخّ.

(وليس لهما قسمة المال)؛ لأنّه خلاف مقتضى الوصيّة من الاجتماع في التصرف. (ولو شرط لهما الانفرد، ففي جواز الاجتماع نظراً)، من أنّه خلاف الشرط فلا يصحّ. ومن أنّ الاتفاق على الاجتماع يقتضي صدوره عن رأي كلّ واحد منهما، وشرط الانفرد اقتضى الرضى برأي كلّ واحد وهو حاصل إن لم يكن هنا آكد. والظاهر أنّ شرط الانفرد رخصة لهما لا تضييق. نعم، لو حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف له حالة الانفرد توجّه المنع؛ لجواز كون المصيب هو حالة الانفرد، ولم يرض الموصي إلّا به.

(ولو نهاهما عن الاجتماع اتّبع) قطعاً؛ عملاً بمقتضى الشرط الدالّ صريحاً على

١. ليس المراد به من اجتماعهما تلقظهما بصيغة العقود معاً، بل المراد صدوره عن رأيهما، ثم لا فرق بين أن يباشره أحدهما أو غيرهما بإذنهما. تذكرة الفقهاء [ج ٢، ص ٥٠٩، الطبعة الحجرية]. (زين رحمه الله)

النهي عن الاجتماع فَيَمْتَنِعُ. (ولو جَوَّزَ لهما الأمرين) الاجتماع والانفراد (أَمْضِي) ما جَوَّزَهُ، وَتَصَرَّفَ كُلُّ منهما كيف شاء من الاجتماع والانفراد. (فلو اقْتَسَمَا المالَ) في هذه الحالة (جاز) بالتنصيف والتفاوتِ حيث لا يحصل بالقسمة ضرر؛ لأنَّ مرجع القسمة حينئذٍ إلى تصرف كُلِّ منهما في البعض وهو جائز بدونها، ثم بعد القسمة لكلِّ منهما التصرف في قسمة الآخر وإن كانت في يد صاحبه؛ لأنَّه وصي في المجموع فلا تُزِيلُ القسمة ولا يَنُتِ فيه.

(ولو ظهر من الوصيِّ) المتَّحِدِ أو المتعَدِّدِ على وجه يفيد الاجتماع (عَجَزُ ضَمِّ) الحاكمِ إليه) مُعِيناً؛ لأنَّه بعجزه خرج عن الاستقلال المانع من ولاية الحاكم، وبقدرته على المباشرة في الجملة لم يخرج عن الوصاية بحيث يَسْتَقِيلُ الحاكمُ فيُجَمِّعُ بينهما بالضمِّ، ومثله ما لو مات أحدُ الوصيين على الاجتماع.

أما المأذونُ لهما في الانفراد فليس للحاكم الضمُّ إلى أحدهما بعجز الآخر لبقاء وصيِّ كاملٍ.

وبقي قسمٌ آخرٌ، وهو ما لو شَرَطَ لأحدهما الاجتماعَ وسَوَّغَ للآخر الانفرادَ، فيجب اتِّباعُ شرطه فيتصرَّفُ المستقلُّ بالاستقلال والآخرُ مع الاجتماع خاصَّةً. وقریب منه ما لو شَرَطَ لهما الاجتماعَ موجودين وانفراد الباقي بعد موت الآخر أو عجزه فيُتَّبَعُ شرطه.

وكذا يصحَّ شرطُ مُشْرِفٍ على أحدهما بحيث لا يكون للمُشْرِفِ شيءٌ من التصرفات وإنما يَصْدُرُ عن رأيه، فليس للوصيِّ التصرفُ بدون إذنه مع الإمكان، فإن تعذَّرَ ولو بامتناعه ضَمَّ الحاكم إلى الوصيِّ مُعِيناً كالمشروط له الاجتماع على الأقوى؛ لأنَّه في معناه حيث لم يَرْضِ الموصي برأيه منفرداً.

وكذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما في نوع خاصٍّ والآخر في الجميع؛ منفردين ومجتمعين على ما اشترَكَ فيه.

(ولو خان) الوصيُّ المتَّحِدُ أو أحدُ المجتمعين أو فسَقَ بغير الخيانة (عزله) الحاكم،

بل الأجودُ انزاله بذلك من غير توقّفٍ على عزل الحاكم؛ لخروجه عن شرط الوصاية، (وأقام) الحاكم (مكانه) وصياً مستقلاً إن كان المعزول واحداً، أو مُنضمّاً إلى الباقي إن كان أكثر.

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

(و) كذا يجوز له (قضاء ديون الميت التي يعلم بقاءها) إلى حين القضاء. ويتحقّق العلم بسماعه إقرار الموصي بها قبل الموت بزمان لا يمكنه بعده القضاء، ويكون المستحقّ ممّا لا يمكن في حقّه الإسقاط كالطفل والمسجد. أمّا ما كان أربابها مكلفين يمكنهم إسقاطها فلا بدّ من إحلافهم على بقائها وإنّ علّم بها سابقاً، ولا يكفي إحلافه إياهم إلّا إذا كان مُستَجْمِعاً لشرائط الحكم، وليس للحاكم أن يأذن له في التحليف استناداً إلى علمه بالذين بل لا بدّ من ثبوته عنده؛ لأنّه تحكيّم لا يجوز لغير أهله. نعم، له بعد ثبوته عنده بالبيّنة توكيله في الإحلاف.

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

(ولا يوصي) الوصي إلى غيره عمّن أوصى إليه (إلا بإذن) منه له في الإيصاء، على أصحّ القولين^١، وقد تقدّم^٢، وإنّما أعادها لفائدة التعميم؛ إذ السابقة مختصة بالوصي على الطفل ومَن بحكمه من أبيه وجدّه، وهنا شاملة لسائر الأوصياء. وحيث يأذن له فيه يقتصر على مدلول الإذن، فإن خصّه بشخص أو وصف اختصّ، وإن عمّم أوصى إلى مُستجمع الشرائط، ويتعدّى الحكم إلى وصي الوصي أبداً مع الإذن فيه لا بدونه.

١. ذهب إليه الشيخ المفيد في المقتعة، ص ٦٧٥ - ٦٧٦؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٨٥؛ وبجواز الإيصاء

ذهب الشيخ في النهاية، ص ٦٠٧؛ وابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ١١٧.

٢. تقدّم في ص ١١٣.

(و) حيث لا يُصرَّح له بالإذن في الإيصاء (يكون النظر بعده) في وصية الأول (إلى الحاكم)؛ لأنَّه وصيٌّ من لا وصيَّ له. (وكذا) حكم كلِّ (من مات ولا وصيَّ له. ومع تعذُّر الحاكم) لفَقْدِهِ أو بُعْدِهِ بحيث يَشُقُّ الوصولُ إليه عادةً، يَتَوَلَّى إنفاذَ الوصية (بعضُ عُدول المؤمنين^١) من باب الحسبة والمعاونة على البرِّ والتقوى المأمورِ بها^٢.

واشترط العدالة يدفع محذور إتلاف مال الطفل وشبهه، والتصرّف فيه بدون إذن شرعي فإنَّ ما ذكرناه هو الإذن. وينبغي الاقتصاد على القدر الضروري الذي يَظُنُّ إلى تقديمه قبل مراجعة الحاكم، وتأخير غيره إلى حين التمكن من إذنه، ولو لم يمكن لفقده لم يَخْتَصْ. وحيث يجوز ذلك يجب؛ لأنَّه من فروض الكفاية. وربما منع ذلك كلُّه بعضُ الأصحاب^٣؛ لعدم النصِّ. وما ذُكِر من العمومات كافٍ في ذلك، وفي بعض الأخبار ما يُرشد إليه^٤.

(والصفاتُ المعبرةُ في الوصيِّ) من البلوغ والعقل والإسلام على وجه، والحرية والعدالة يشترط حصولها (حال الإيصاء)؛ لأنَّه وقت إنشاء العقد، فإذا لم تكن مجتمعة لم يقع صحيحاً كغيره من العقود، ولأنَّه وقت الوصية ممنوعٌ من التفويض إلى من ليس بالصفات.

وقيل: يكفي حصولها حال الوفاة حتَّى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق حصول صفات الأهلية له قبل الموت صحَّ؛ لأنَّ المقصود بالتصرّف هو ما بعد الموت وهو محلّ الولاية، ولا حاجة إليها قبله^٥. ويضعف بما مرَّ.

١. لو قال: «أوصيت إليك فإذا حضرتك الوفاة فوصيَّ فلان» أو: «إذا بلغ ابني فلان فهو الوصي» جاز؛ للأصل، فإذا مات الوصي الأول كان الثاني وصياً للأب لا للوصي الأول؛ لأنَّه وصيٌّ إليه بشرط، وهو جائز. (زين رحمه الله) المائدة (٥): ٣.

٢. كابين إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٩٣ - ١٩٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣٩، ح ٩٢٧.

٤. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٦٢٨.

(وقيل: يُعْتَبَرُ (من حين الإيصاء إلى حين الوفاة)^١؛ جمعاً بين الدليلين. والأقوى اعتبارها من حين الإيصاء، واستمراره ما دام وصياً.

(وللوصي أجره المثل عن نظره في مال الموصى عليهم مع الحاجة)^٢، وهي الفقر، كما نبّه عليه تعالى بقوله: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^٣، ولا يجوز مع الغناء؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾^٤.

وقيل: يجوز أخذ الأجرة مطلقاً؛ لأنها عوضٌ عملٍ محترم. وقيل: يأخذ قدر الكفاية^٥؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^٦ فإن المعروف ما لا إسراف فيه ولا تقتير من القوت. وقيل: أقلّ الأمرين^٧؛ لأن الأقل إن كان أجره المثل فلا عوض لعمله شرعاً سواها، وإن كان الأقل الكفاية، فلأنها هي القدر المأذون فيه بظاهر الآية^٨.

والأقوى جواز أخذ أقلهما مع فقره خاصّة؛ لما ذكر، ولأن حصول قدر الكفاية يوجب الغناء فيجب الاستعفاف عن الزائد وإن كان من جملة أجره المثل.

(ويصحّ) للوصي (الردّ) للوصيّة (ما دام) الموصي (حيّاً) مع بلوغه الردّ، (فلورّد) ولما يبلغ) الموصي (الردّ بطل الردّ)^٩. ولو لم يعلم بالوصيّة إلا بعد وفاة الموصي

١. حكاه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٣ بقوله: وقيل.

٢. واعلم أنّ هذا كله مع نيّة أخذ العوض لعمله، أمّا لو نوى التبرّع لم يكن له أخذ شيء مطلقاً. ولو زهل عن القصد فالظاهر جواز الأخذ؛ لأنّه مأثور بالعمل من الشارع ﷺ فيستحقّ عوضه ما لم ينو التبرّع؛ لأنّه عمل محترم، كما لو أمره مكلف بعمل له أجره في العادة، فإنّه يستحقّ عليه أجره المثل ما لم ينو التبرّع كما ذكره في بابيه، خصوصاً إذا قلنا بجواز أخذه الكفاية للإذن فيها من الله تعالى من غير قيد، فيشمل ما إذا نوى العوض أو لم ينو. (زين رحمه الله)

٣ و ٤. النساء (٤): ٦.

٥. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٦٢.

٦. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢١١.

٧. النساء (٤): ٦.

٨. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ١٧٩، المسألة ٢٩٥.

٩. تقدّم أنفاً.

١٠. وكذا إذا لم يمكنه الإيصاء بعد بلوغه. (زين رحمه الله)

لَزِمَهُ الْقِيَامُ بِهَا) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ سَبَقَ قَبُولُ، (إِلَّا مَعَ الْعَجْزِ) عَنْ الْقِيَامِ بِهَا فَيَسْقُطُ
وَجُوبُ الْقِيَامِ عَنِ الْمَعْجُوزِ عَنْهُ قَطْعاً لِلْحَرَجِ، وَظَاهِرُ الْعِبَارَةِ أَنَّهُ يَسْقُطُ غَيْرُهُ أَيْضاً،
وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ، بَلْ يَجِبُ الْقِيَامُ بِمَا أَمَكُنْ مِنْهَا؛ لِعُمُومِ الْأَدَلَّةِ.

وَمُسْتَنْدُ هَذَا الْحُكْمِ الْمَخَالِفِ لِلْأَصْلِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ عَلَى الْمُوصَى إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ
قَهْرِي وَتَسْلِيْطِ الْمُوصِي عَلَى إِبْطَالِ وَصِيَّتِهِ عَلَى مَنْ شَاءَ، أَخْبَارٌ كَثِيرَةٌ^١ تَدُلُّ بِظَاهَرِهَا
عَلَيْهِ.

وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ^٢ مِنْهُمْ الْعَلَامَةُ فِي الْمَخْتَلَفِ وَالتَّحْرِيرِ إِلَى أَنَّ لَهُ الرَّدَّ مَا لَمْ يَقْبَلْ^٣؛ لِمَا
ذُكِرَ، وَلَا سَتْلَزَامَهُ الْحَرَجُ الْعَظِيمُ وَالضَّرَرُ فِي أَكْثَرِ مَوَارِدِهَا، وَهِيَ مُنْفِيَّتَانِ بِالْآيَةِ^٤ وَالْخَبَرِ^٥.
وَالْأَخْبَارُ لَيْسَتْ صَرِيحَةً الدَّلَالَةِ عَلَى الْمَطْلُوبِ، وَيُمْكِنُ حَمْلُهَا عَلَى شِدَّةِ الاسْتِحْبَابِ،
وَأَمَّا حَمْلُهَا عَلَى سَبْقِ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ فَهُوَ مُنَافٍ لظَاهَرِهَا. وَالْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ هُوَ
الْوَجُوبُ مُطْلَقاً. وَيَنْبَغِي أَنْ يُسْتَنْتَى مِنْ ذَلِكَ مَا يَسْتَلْزِمُ الضَّرَرَ وَالْحَرَجَ دُونَ غَيْرِهِ، وَأَمَّا
اسْتِثْنَاءُ الْمَعْجُوزِ عَنْهُ فَوَاضِحٌ.

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٠٥-٢٠٦، باب قبول الوصية.

٢. منهم: الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٢٣٩؛ والخلاف، ج ٤، ص ١٤٨، المسألة ٢١؛ والمحقق الكركي في جامع
المقاصد، ج ١١، ص ٢٨٣-٢٨٥.

٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٩٩، المسألة ٨٢؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٣٧٩-٣٨٠، الرقم ٤٨٤١.

٤. الحج (٢٢): ٧٨.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦-١٤٧، ح ٦٥١.

كتاب النكاح

(وفيه فصول:)

[الفصل] (الأول في المقدمات)

(النكاح^١ مستحبٌ مؤكَّدٌ^٢) لمن يُمكنه فعله، ولا يخاف الوقوعَ بتركه في محرَّمٍ وإلاَّ وجب. قال الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^٣ «وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ، وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»^٤. وأقلُّ مراتب الأمرِ الاستحبابُ وقال ﷺ: «مَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»^٥، «وإِنَّ مِنْ سُنَّتِي النِّكَاحَ»^٦.

(وفضله مشهور) بين المسلمين (محقَّقٌ) في شرعهم (حتَّى أَنْ المَتَزَوِّجَ يُحْرِزَ نصفَ دينه)، رواه في الكافي بإسناده إلى النبي ﷺ قال: «مَنْ تَزَوَّجَ أَحْرَزَ نِصْفَ دِينِهِ فَلَيْتَقَى اللَّهَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ - أَوْ - الْبَاقِي»^٧، (وَرُوِيَ: «ثُلُثَا دِينِهِ»^٨).

١. النكاح لغةً: التقابل، يقال: تناكح الجبلان إذا تقابلا، وفي الاصطلاح يطلق على العقد المخصوص والدخول أيضاً، واختلفوا فيه فقليل: حقيقة في الدخول ومجاز في العقد، وقيل: بالعكس، وهو الوجه: لأنَّ السلب عن الحقيقة غير ممكن. ويمكن أن يقال: هذا نكاح وليس بِنكاح. (منه رحمه الله)

٢. قيل: من تزوّج نادى شيطانه: ويلة ويلة أحرز ثلثي دينه. (زين رحمه الله)

٣. النساء (٤): ٣.

٤. النور (٢٤): ٣٢.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٤٩٦، باب كراهة الرهبانية ...، ح ٥.

٦. الكافي، ج ٥، ص ٤٩٦، باب كراهية الرهبانية وترك الباء، ح ٦؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ١٢٤، ح ١٣٤٥١.

٧. الكافي، ج ٥، ص ٣٢٨، باب كراهية العزبة، ح ٢.

٨. الجعفریات، المطبوع ضمن قرب الإسناد، ص ١٥٣، ح ٥٧٥؛ دعائم الإسلام، ج ٢، ص ١٩٠، ح ٦٨٦.

(وهو من أعظم الفوائد بعد الإسلام) فقد رُوِيَ عن النبي ﷺ بطريق أهل البيت (عليهم الصلاة والسلام) أنه قال: «ما استفاد امرء مسلم فائدةً بعد الإسلام أفضل من زوجة مسلمة تُسرّه إذا نظر إليها، وتُطيعه إذا أمرها، وتَحَفَظْه إذا غاب عنها في نفسها وماله»^١، وقال ﷺ: «قال الله (عز وجل): إذا أردت أن أجمع للمسلم خير الدنيا وخير الآخرة جعلتُ له قلباً خاشعاً ولساناً ذاكراً، وجسداً على البلاء صابراً، وزوجة مؤمنة تُسرّه إذا نظر إليها وتَحَفَظْه إذا غاب عنها في نفسها وماله»^٢.

(وليُتَخَيَّرَ البكر) قال النبي ﷺ: «تَزَوَّجُوا الْأَبْكَارَ فَإِنَّهُنَّ أَطْيَبُ شَيْءٍ أَفْوَهاً، وَأَنْشَفُهُ أَرْحاماً، وَأَدْرَ شَيْءٍ أَخْلافاً، وَأَفْتَحُ شَيْءٍ أَرْحاماً»^٣ (العفيفة) عن الزنى (الولود) أي ما من شأنها ذلك بأن لا تكون يائسة ولا صغيرة ولا عقيماً، قال ﷺ: «تَزَوَّجُوا بَكَراً وَلَوْ دَأَوْا وَلَا تَزَوَّجُوا حَسَنَاءَ جَمِيلَةً عَاقِراً فَإِنِّي أَبْأْهِ بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى بِالسَّقَطِ، يَظَلُّ مُخْبَظِطاً عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ، فيقول الله (عز وجل): ادْخُلِ الْجَنَّةَ. فيقول: لا حَتَّى يَدْخُلَ أَبْوَائِي قَبْلِي. فيقول الله تبارك وتعالى لِمَلَكٍ مِنَ الْمَلَائِكَةِ: اثْنِني بِأَبَوَيْهِ، فَيَأْمُرُ بِهِمَا إِلَى الْجَنَّةِ. فيقول: هذا بفضل رحمتي لك»^٤.

(الكريمة الأصل) بأن يكون أبواها صالحين أو مؤمنين. قال ﷺ: «انكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَانكِحُوا فِيهِمْ وَاخْتَارُوا لِنُطْفِكُمْ»^٥.

(ولا يقتصر على الجمال أو الثروة) من دون مراعاة الأصل والعفة. قال ﷺ: «إِيَّاكُمْ وَخَضَاءَ الدِّمَنِ! قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا خَضَاءُ الدِّمَنِ؟ قَالَ: الْمَرْأَةُ الْحَسَنَاءُ فِي مَنَبَتِ

١. الكافي، ج ٥، ص ٣٢٧، باب مَنْ وَفَّقَ لَهُ الزَّوْجَةُ الصَّالِحَةُ، ح ١.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٣٢٧، باب مَنْ وَفَّقَ لَهُ الزَّوْجَةُ الصَّالِحَةُ، ح ٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٠٠، ح ١٥٩٨.

٤. لم نعثر عليها في رواية بل صدرها في رواية والذيل في رواية أخرى. الكافي، ج ٥، ص ٣٢٣، باب كراهية

تزويج العاقر، ح ٢، و ص ٣٣٤، باب فضل الأبكار، ذيل الحديث ١.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٣٣٢، باب اختيار الزوجة، ح ٣.

السوء»^١. وعن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا تزوّج الرجل المرأة لجمالها أو مالها وكِل إلى ذلك، وإذا تزوّجها لدينها رزقه الله الجمال والمال»^٢.

(ويُستحبّ) لمن أراد التزويج قبل تعيين المرأة (صلاةً ركعتين والاستخارة) وهو أن يطلب من الله تعالى الخيرة له في ذلك، (والدعاء بعدهما بالخيرة) بقوله «اللهم إني أريد أن أتزوج فقدّر لي من النساء أعفهنّ فرجاً، وأحفظهنّ لي في نفسها ومالي، وأوسطنّ رزقاً وأعظمهنّ بركة، وقدّر لي ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي»^٣، أو غيره من الدعاء، (وركعتي الحاجة)؛ لأنها من مهام الحوائج، (والدعاء) بعدهما بالمأثور^٤ أو بما سنح؛ (والإشهاد) على العقد؛ (والإعلان) إذا كان دائماً؛ (والخطبة) بضمّ الخاء (أمام العقد)؛ للتأسي^٥، وأقلها «الحمد لله» (وإيقاعه ليلاً)، قال الرضا عليه السلام: «من السنّة التزويج بالليل؛ لأنّ الله جعل الليل سكناً، والنساء إنّما هنّ سكن»^٦.

(وليُجتنب إيقاعه والقمُر في) برج (العقرب)؛ لقول الصادق عليه السلام: «من تزوّج والقمُر في العقرب لم يرَ الحُسنى»^٧. والتزويج حقيقة في العقد.

(فإذا أراد الدخول) بالزوجة (صلى ركعتين) قبله (ودعا) بعدهما بعد أن يُمجّد الله ويصلي على النبي صلى الله عليه وآله بقوله: «اللهم ارزقني إلفها ووُدّها ورضاها، وأرضني بها، واجمع بيننا بأحسن اجتماع وأنس ائتلافٍ فإنك تحبّ الحلال وتكره الحرام»^٨ أو غيره

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٠٣، ح ١٦٠٨.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٠٣، ح ١٦٠٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٠٧، ح ١٦٢٧.

٤. تقدّم في الهامش ٧.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٣٦٩، باب خطب النكاح، ح ١.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٨، ح ١٦٧٥.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٦١، ح ١٨٤٤.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٠٩ و ٤١٠، ح ١٦٣٦.

من الدعاء، (و) تفعل (المرأة كذلك) فتصلي ركعتين بعد الطهارة وتدعو الله تعالى بمعنى ما دعا.

(وَلْيَكُنْ) الدخول (ليلاً) كالعقد، قال الصادق عليه السلام: «رُفُوا نساءكم ليلاً وأطعموا ضحى»^١. (وَيَضَعُ يَدَهُ عَلَى نَاصِيَتِهَا) وهي ما بين نَزَعَتَيْهَا مِنْ مُقَدِّمِ رَأْسِهَا عند دخولها عليه وَلْيَقُلْ: «اللَّهُمَّ عَلَى كِتَابِكَ تَرَوَّجْتُهَا، وَفِي أَمَانَتِكَ أَخَذْتُهَا، وَبِكَلِمَاتِكَ اسْتَخْلَلْتُ فَرْجَهَا، فَإِنْ قَضَيْتَ لِي فِي رَحِمِهَا شَيْئاً فَاجْعَلْهُ مُسْلِماً سَوِيّاً وَلَا تَجْعَلْهُ شِرْكَ شَيْطَانٍ»^٢. (وَيُسَمِّي) الله تعالى (عند الجِماع دائماً) عند الدخول بها وبعده لِيَسْتَبَاعِدَ عَنْهُ الشَّيْطَانُ وَيَسْلَمَ مِنْ شِرْكَهِ. (وَيَسْأَلُ اللَّهَ الْوَلَدَ الذَّكَرَ السَّوِيَّ الصَّالِحَ). قال عبد الرحمن بن كثير: كنتُ عند أبي عبد الله عليه السلام فذكرَ شِرْكَ الشَّيْطَانِ فَعَظَّمَهُ حَتَّى أَفْرَعَنِي. فَقُلْتُ: جُعِلْتُ فِدَاكَ، فَمَا الْمَخْرَجُ مِنْ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: «إِذَا أَرَدْتَ الْجِمَاعَ فَقُلْ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ بَدِيعُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ، اللَّهُمَّ إِنْ قَضَيْتَ مِنِّي فِي هَذِهِ اللَّيْلَةِ خَلِيفَةً فَلَا تَجْعَلْ لِلشَّيْطَانِ فِيهِ شِرْكَاً وَلَا نَصِيباً وَلَا حِظّاً، وَاجْعَلْهُ مُؤْمِناً مُخْلِصاً صَفِيّاً مِنَ الشَّيْطَانِ وَرِجْزِهِ جَلَّ ثَنَاؤُكَ»^٣.

(وَلْيُؤَلِّم) عند الزفاف (يوماً أو يومين) تأسيساً بالنبي صلى الله عليه وآله فقد أولم على جملة من نسائه، وقال عليه السلام: «إِنْ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ الْإِطْعَامُ عِنْدَ التَّزْوِيجِ»^٤، وقال عليه السلام: «الْوَلِيمَةُ أَوَّلُ يَوْمٍ حَقٌّ، وَالثَّانِي مَعْرُوفٌ، وَمَا زَادَ رِيَاءً وَسُمْعَةً»^٥. (وَيَدْعُو الْمُؤْمِنِينَ) إِلَيْهَا وَأَفْضَلُهُمُ الْفُقَرَاءَ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَكُونُوا كُلُّهُمْ أَغْنِيَاءَ، وَلَا بَأْسَ بِالشَّرْكَةِ، (وَيُسْتَحَبُّ) لَهُمُ (الْإِجَابَةُ)

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٨، ح ١٦٧٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٠٧، ح ١٦٢٧.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٥٠٣، باب القول عند الباء ...، ح ٤.

٤. قيل: إِنَّ الرُّسُولَ صلى الله عليه وآله أَوَّلُ مَنْ يَتَنَزَّلُ وَسُوقِي. [سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦١٥، ح ١٩٠٧؛ السنن الكبرى، البيهقي،

ج ٧، ص ٢٤٤، ح ١٤٥٠٦]. (زين رحمه الله)

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٠٩، ح ١٦٣٣.

٦. الكافي، ج ٥، ص ٣٦٨، باب الإطعام عند التزويج، ح ٤.

استحباً مؤكداً، ومن كان صائماً ندباً فالأفضل له الإفطار، خصوصاً إذا شقَّ بصاحب الدعوة صيامه.

(ويجوز أكلُ نثارِ العُرس وأخذه بشاهد الحال) أي مع شهادة الحال بالإذن في أخذه، لأن الحال يشهد بأخذه دائماً. وعلى تقدير أخذه به فهل يملك بالأخذ أم هو مجرد إباحة؟ قولان^١، أجودهما الثاني. وتظهر الفائدة في جواز الرجوع فيه مادامت عينه باقيةً. (ويُكره الجماعُ) مطلقاً (عند الزوال) إلّا يومَ الخميس، فقد رُوِيَ «أنَّ الشيطان لا يَقْرَب الولدَ الذي يتولَّد حينئذٍ حتَّى يَشِيب»^٢، (و) بعد (الغروب حتَّى يذهب الشفقُ) الأحمرُ، ومثله ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس؛ لوروده معه في الخبر^٣، (وعارياً)؛ للنهي عنه، رواه الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام^٤، (وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء) قال عليه السلام: «يُكره أن يَغْشَى الرجلُ المرأةَ وقد احتلم حتَّى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فإن فعل ذلك وخرج الولد مجنوناً فلا يَلُمَنَّ إلّا نفسه»^٥، ولا يُكره معاودةُ الجماع بغير غسل؛ للأصل.

(والجماع عند ناظر إليه) بحيث لا يَرى العورة، قال النبي عليه السلام: «والذي نفسي بيده لو أن رجلاً غَشِيَ امرأته وفي البيت مُسْتَقِطٌ يراهما ويسمَعُ كلامهما ونَفْسُهُما ما أفلَح أبداً؛ إن كان غلاماً كان زانياً وإن كانت جاريةً كانت زانية»^٦. وعن الصادق عليه السلام قال: «لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبي، فإنَّ ذلك ممَّا يُورِث الزنى»^٧.

١. ذهب إلى الملك الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥٩١؛ والقول بعدم الملك للعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٠٩، المسألة ٤٩.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٥٥٣ - ٥٥٤، ح ٤٩٠٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١١، ح ١٦٤٢.

٤. علل الشرائع، ج ٢، ص ٢٣٣ - ٢٣٤، باب علل نوادر النكاح، ح ٨.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٢، ح ١٦٤٦.

٦. الكافي، ج ٥، ص ٥٠٠، باب كراهية أن يواقع الرجل أهله وفي البيت صبي، ح ٢.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٤، ح ١٦٥٥.

وهل يعتبر كونه مميزاً؟ وجه يُشعر به الخير الأول، أما الثاني فمطلق.

(والنظر إلى الفرج حال الجماع وغيره) وحال الجماع أشد كراهةً، وإلى باطن الفرج أقوى شدةً، وحرّمه بعض الأصحاب^١، وقد رُوي «أنه يُورث العمى في الولد»^٢؛ والجماع مُستقبلُ القبله ومستدبرها؛ للنهي عنه^٣.

(والكلام) من كلّ منهما (عند التقاء الختّانين إلّا بذكر الله تعالى)، قال الصادق عليه السلام: «أتقوا الكلام عند ملتقى الختّانين فإنّه يُورث الخرس»^٤، ومن الرجل أكد، ففي وصيّة النبي صلى الله عليه وآله: «يا علي لا تتكلّم عند الجماع كثيراً فإنّه إن قُضيَ بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس»^٥.

(وليلة الخسوف، ويوم الكسوف، وعند هبوب الريح الصفراء أو السوداء، أو الزلزلة) فعن الباقر عليه السلام أنّه قال: «والذي بعث محمداً صلى الله عليه وآله بالنبوة واختصّه بالرسالة واصطفاه بالكرامة لا يجامع أحدٌ منكم في وقت من هذه الأوقات فيُرزق ذريّةً فيزى فيها قرّة عين»^٦.

(وأوّل ليلة من كلّ شهر إلّا شهر رمضان، ونصفه)؛ عطف على «أوّل» لا على المستثنى، ففي الوصيّة: «يا علي لا تجامع امرأتك في أوّل الشهر ووسطه وآخره فإنّ الجنون والجذام والخبل يسرع إليها وإلى ولدها»^٧. وعن الصادق عليه السلام: «يكره للرجل أن يجامع في أوّل ليلة من الشهر وفي وسطه وفي آخره فإنّه من فعل ذلك خرج الولد مجنوناً، ألا ترى أنّ المجنون أكثر ما يُصرع في أوّل الشهر ووسطه وآخره»^٨. وروى

١. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣١٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٤، ح ١٦٥٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٢، ح ١٦٤٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٣، ح ١٦٥٣.

٥. الفقيه، ج ٣، ص ٥٥٢، ح ٤٩٠٢.

٦. دعائم الإسلام، ج ٢، ص ٢١٣، ح ٧٨٥.

٧. الفقيه، ج ٣، ص ٥٥٢، ح ٤٩٠٢.

٨. علل الشرائع، ج ٢، ص ٢٢٩ - ٢٣٠، باب علل نوادر النكاح، ح ٤.

الصدوق عن عليٍّ عليه السلام أنه قال: «يُسْتَحَبُّ للرجل أن يأتي أهله أوَّلَ ليلةٍ من شهر رمضان؛ لقول الله (عزَّ وجلَّ): ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَّامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾^١.
(وفي السفر مع عدم الماء)؛ للنهي عنه عن الكاظم عليه السلام مستثنياً منه خوفه على نفسه^٢.

(ويجوز النظر إلى وجه امرأةٍ يريد نكاحها وإن لم يستأذنها، بل يُسْتَحَبُّ) له النظر ليرتفع عنه الغرُّ فإنَّه مُستأم يأخذ بأعلى ثمن، كما ورد في الخبر^٣. (ويختصَّ الجوازُ بالوجه والكفين) ظاهرهما وباطنهما إلى الزَّندين (وينظرُها قائمةً وماشيةً). وكذا يجوز للمرأة نظره كذلك. (وروى) عبد الله بن الفضل رسلاً عن الصادق عليه السلام (جواز النظر إلى شعرها ومحاسنها) وهي مواضع الزينة «إذا لم يكن متلذذاً»^٤، وهي مردودة بالإرسال وغيره.

ويُشترط العلمُ بصلاحيتها للتزويج بخلوها من البعلِّ والعدة والتحريم، وتجويزُ إيجابتها، ومباشرةُ المريد بنفسه فلا يجوز الاستنابة فيه وإن كان أعمى، وأن لا يكون بريةً ولا تلذُّذاً^٥. وشَرَطَ بعضهم أن يستفيد بالنظر فائدةً فلو كان عالماً بحالها قبله لم يصحَّ^٦، وهو حسن لكن النصُّ مطلق؛ وأن يكون الباعثُ على النظر إرادةُ التزويج دون العكس، وليس بجيِّد؛ لأنَّ المعْتَبَرَ قصدُ التزويج قبل النظر كيف كان الباعث.

(ويجوز النظر إلى وجه الأمة) أي أمة الغير ويديها، (و) كذا (الذميمة) وغيرها من

١. الفقيه، ج ٣، ص ٤٧٣، ح ٤٦٥٦؛ البقرة (٢): ١٨٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٨، ح ١٦٧٧.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٥، ح ١٧٣٤ و ١٧٣٥.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٣٦٥، باب النظر لمن أراد التزويج، ح ٥.

٥. ينبغي أن يكون المراد بها خوف الوقوع معها في محرّم وهو المعبرُ بخوف الفتنة. وفي التذكرة اشترط في الجواز أن لا يكون لتلذُّذ ولا ريبه ولا خوف افتتان، ويظهر من ذلك أنَّ الريبة غير خوف الفتنة. وفي القواعد وغيرها اقتصر منها على عدم الريبة كما في الكتاب وهو أجد. (زين رحمه الله)

٦. انظر تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٧٣ (الطبعة الحجرية).

الكفار بطريقٍ أولى (لا لشهوة)؛ قيّد فيهما.

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

(وإلى المحارم) وهنّ من يحرم نكاحهنّ مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة (خلا العورة) وهي هنا القُبُل والدُّبُر. وقيل: تختص الإباحة بالمحاسن^١ جمعاً بين قوله: ﴿قُلْ لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾^٢ وقوله: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾^٣ إلى آخره. (ولا ينظر) الرجل (إلى) المرأة (الأجنبية) وهي غير المحرم والزوجة والأمة (إلا مرةً) واحدةً (من غير معاودة) في الوقت الواحد عرفاً (إلا لضرورة كالمعاملة والشهادة) عليها إذا دُعِيَ إليها، أو لتحقيق الوطء في الزنى وإن لم يُدْعَ، (والعلاج) من الطبيب وشبهه.

(وكذا يحرم على المرأة أن تنظر إلى الأجنبي أو تسمع صوته إلا لضرورة) كالمعاملة والطب (وإن كان) الرجل (أعمى)؛ لتناول النهي له^٤، ولقول النبي ﷺ لأُمّ سلمة وميمونة لما أمرهما بالاحتجاب من ابن أمّ مكتوم وقولهما إنه أعمى: «أَعْيَاوَانِ أَنْتُمَا؟ أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِ؟»^٥.

(وفي جواز نظر المرأة إلى الخَصِي المملوك لها أو بالعكس خلاف) منشأ ظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^٦ المتناول بعمومه لموضع النزاع. وما قيل من

١. انظر إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٩؛ التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٢٢.

٢. النور (٢٤): ٣٠.

٣. النور (٢٤): ٣١.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٥٣٤، باب في نحو ذلك، ح ٢.

٥. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ١٤٨، ح ١٣٥٢٥؛ مكارم الأخلاق، ج ١، ص ٤٩٨، ح ٢٥/١٧٢٨.

٦. النور (٢٤): ٣١.

اختصاصه بالإماء^١ جمعاً بينه وبين الأمر بغضُّ البصر وحفظُ الفرج مطلقاً، ولا يرد دخولهنَّ في «نسائهنَّ»؛ لاختصاصهنَّ بالمسلمات، وعموم ملك اليمين للكافرات. ولا يخفى أنَّ هذا كله خلافُ ظاهر الآية من غير وجهٍ للتخصيص ظاهراً.

(ويجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجة إلا القُبْلُ في الحيض والنفاس) وكذا الأمة. (والوطء في دُبُرِها مكروهٌ كراهةٌ مُغلَّظةٌ^٢) من غير تحریم على أشهر القولين^٣ والروایتين وظاهر آية الحرث^٤. (وفي رواية) سُدِير عن الصادق عليه السلام (يحُرِّمُ)؛ لأنَّه رُوِيَ عن النبي ﷺ أنَّه قال: «مَحَاشُ النِّسَاءِ عَلَى أُمَّتِي حَرَامٌ»^٥ وهو مع سلامة سنده محمولٌ على شِدَّةِ الكَرَاهَةِ جمعاً بينه وبين صحیحَةِ ابن أبي يعفور^٦ الدَّالَّةِ على الجواز صريحاً. والمَحَاشُ جمعٌ مِخْشَةٍ وهو الدُّبُرُ، ويقال أيضاً بالسَّيْنِ المَهْمَلَةِ؛ كُنِيَ بِالمَحَاشِ عن الأدبار كما كُنِيَ بِالحُشُوشِ عن مواضع الغائط؛ فَإِنَّ أَصْلَهَا الحَشُّ - بفتح الحاء المَهْمَلَةِ - وهو الكَنيف. وأصله البستان «لأنَّهم كانوا كثيراً ما يَتَغَوَّطُونَ في البساتين»؛ كذا في نهاية ابن الأثير^٨.

(ولا يجوز العزل عن الحرَّةِ بغير شرط) ذلك حالُ العقد؛ لمنافاته لحكمة النكاح وهي الاستيلاد فيكون مُنافياً لغرض الشارع. والأشهرُ الكَرَاهَةُ؛ لصحیحة مُحَمَّد بن

١. قال به الصيمري في غاية المرام، ج ٣، ص ١٣.

٢. اختلف العلماء في وطء المرأة في دبرها فقال أكثر الأصحاب كالشيخين والمرتضى وجميع المتأخرين: إنَّه جائز لكنَّه مكروه كراهية شديدة، وهو مذهب مالك بن أنس من الفقهاء الأربعة. وذهب جماعة من علمائنا - منهم: القُتَيْبُونَ وابن حمزة - إلى أنَّه حرام، وهو اختيار أكثر العامة. وقد اختلف الرواية فيه من طريق الخاصة وأشهرها ما دلَّ على الجواز، واختلف من طريق العامة وأشهرها عندهم ما دلَّ على المنع. (زين رحمه الله)

٣. ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٢٣٦، المسألة ١١٧؛ والقول بالحرمة لابن حمزة في الوسيلة، ص ٣١٣؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٢، ص ٤٩٧.

٤. البقرة (٢): ٢٢٣.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٦، ح ١٦٦٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٤، ح ١٦٥٧.

٧. الصحاح، ج ٣، ص ١٠٠١، «حشش».

٨. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١، ص ٣٩٠، «حشش».

مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه سأل عن العزل فقال: «أما الأمة فلا بأس، وأما الحرّة فإني أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يتزوَّجها»^١، والكراهة ظاهرة في المرجوح الذي لا يمتنع من النقيض، بل حقيقة فيه، فلا تصلح حجة للمنع من حيث إطلاقها على التحريم في بعض مواردّها، فإنّ ذلك على وجه المجاز. وعلى تقدير الحقيقة فاشتراكها يمتنع من دلالة التحريم فيرجع إلى أصل الإباحة. وحيث يحكم بالتحريم (فيجب دية النطفة لها) أي للمرأة خاصّة (عشرة دنانير) ولو كرهناه فهي على الاستحباب.

واحتزّز بالحرّة عن الأمة فلا يحرم العزل عنها إجماعاً وإن كانت زوجة. ويشترط في الحرّة الدوام فلا تحريم في المتعة، وعدم الإذن فلو أدّنت انتفى أيضاً. وكذا يُكره لها العزل بدون إذنه. وهل يحرم لو قلنا به منه؟ مقتضى الدليل الأوّل ذلك، والأخبار^٢ خالية عنه. ومثله القول في دية النطفة له.

(ولا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر)، والمعتبر في الوجوب مسماه وهو الموجب للفعل، ولا يشترط الإنزال، ولا يكفي الدبر.

(و) كذا (لا) يجوز (الدخول قبل) إكمالها (تسع) سنين هلائيّة (فتحرّم) عليه مؤبداً (لو أفضاها) بالوطء بأن صير مسلّك البول والحيض واحداً، أو مسلّك الحيض والغائط. وهل تخرج بذلك من حباله؟ قولان^٣، أظهرهما عدم. وعلى القولين يجب الإنفاق عليها حتّى يموت أحدهما. وعلى ما اخترناه يحرم عليه أختها والخامسة.

وهل يحرم عليه وطؤها في الدبر والاستمتاع بغير الوطء؟ وجهان، أجودهما ذلك. ويجوز له طلاقها ولا تسقط به النفقة وإن كان بائناً. ولو تزوّجت بغيره ففي سقوطها وجهان، فإن طلقها الثاني بائناً عادت، وكذا لو تمعّز إنفاقه عليها لقيبة أو فقر، مع

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٧، ح ١٦٧١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٧، ح ١٦٧٢ و ١٦٦٩.

٣. القول بالخروج لابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٩٢؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٧٨؛ والقول

بعدم الخروج لابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٣٠ - ٥٣١.

احتمال وجوبها على المُفْضِي مطلقاً؛ لإطلاق النصّ^١، ولا فرق في الحكم بين الدائم والمُتَمَتِّعِ بها. وهل يثبت الحكم في الأجنبية؟ قولان^٢، أقربهما ذلك في التحريم المؤبد دون النفقة. وفي الأمة الوجهان وأولى بالتحريم، ويقوى الإشكال في الإنفاق لو أعتقها. ولو أفضى الزوجة بعد التسع ففي تحريمها وجهان، أجودهما العدم؛ وأولى بالعدم إفضاء الأجنبي كذلك. وفي تعدي الحكم إلى الإفضاء بغير الوطاء وجهان، أجودهما العدم؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على مورد النصّ وإن وجبت الدية في الجميع.

(ويُكره للمسافر أن يطرق أهله) أي يدخل إليهم من سفره (ليلاً)، وقيد بعضُ بعدم إعلامهم بالحال وإلا لم يُكره^٣، والنصّ مطلق، روى عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام أنه قال: «يُكره للرجل إذا قديم من سفره أن يطرق أهله ليلاً حتى يُصبح»^٤. وفي تعلّق الحكم بمجموع الليل أو اختصاصه بما بعد المبيتِ وغلّق الأبواب نظراً؛ منشأه دلالة كلام أهل اللغة على الأمرين، ففي الصحاح: أتاناً فلان طروقاً إذا جاء بليل^٥. وهو شامل لجميعه، وفي نهاية ابن الأثير: قيل: أصل الطروق من الطرق وهو الدقّ وسَمِيَ الآتي بالليل طارقاً؛ لاحتياجه إلى دق الباب^٦. وهو مشعر بالثاني، ولعله أجود. والظاهر عدم الفرق بين كون الأهل زوجةً وغيرها؛ عملاً بإطلاق اللفظ وإن كان الحكم فيها أكّد، وهو بباب النكاح أنسب.

١. تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٤٩، ح ٩٨٥.

٢. القول بالتحريم المؤبد للملأمة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٣؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٧٨؛ وأما القول بالعدم لم نثر عليه.

٣. كيحيى بن سعيد في الجامع للمشترع، ص ٤٥٣.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤١٢، ح ١٦٤٥.

٥. الصحاح، ج ٤، ص ١٥١٥، «طرق».

٦. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ١٢١، «طرق».

(الفصل الثاني في العقد)

ويعتبر اشتماله على الإيجاب والقبول اللفظيين كغيره من العقود اللازمة،
(فالإيجاب «زَوَّجْتُكَ» و«أَنْكَحْتُكَ» و«مَتَّعْتُكَ» لا غير).

أما الأولان فموضع وفاق، وقد ورد بهما القرآن في قوله تعالى: «زَوَّجْنَاهَا»^١،
«وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ»^٢، وأما الأخير فاكْتَفَى به المصنّف وجماعة^٣؛
لأنه من ألفاظ النكاح لكونه حقيقةً في المنقطع وإن توقّف معه على الأجل كما لو عبّر
بأحدهما فيه وميّزه به، فأصل اللفظ صالح للنوعين فيكون حقيقةً في القدر المشترك
بينهما، ويتميّزان بذكر الأجل وعدمه؛ ولحكم الأصحاب تَبَعاً للرواية؛ بأنّه لو تَزَوَّجَ
مُتَّعاً ونَسِيَ ذِكْرَ الأجل انْقَلَبَ دائماً وذلك فرعُ صلاحية الصيغة له. وذهب الأكثر إلى
المنع منه؛ لأنّه حقيقةً في المنقطع شرعاً فيكون مجازاً في الدائم حَذراً من الاشتراك،
ولا يكفي ما يدلّ بالمجاز حذراً من عدم الانحصار، والقول المحكي ممنوع، والرواية
مردودة بما سيأتي وهذا أولى.

(والقبول «قَبِلْتُ التزويجَ أو النكاح» أو «تَزَوَّجْتُ» أو «قَبِلْتُ» مُقْتَصِراً) عليه
من غير أن يَذْكُرَ المفعول.

(كلاهما) أي الإيجاب والقبول (بلفظ المُضِيِّ) فلا يكفي قوله «أَتَزَوَّجُكَ» بلفظ

١. الأحزاب (٣٣): ٣٧.

٢. النساء (٤): ٢٢.

٣. منهم: العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٩؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢١٧؛ والفاضل الآبي في

كشف الرموز، ج ٢، ص ٩٦-٩٧.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٢، ح ١١٣٤.

المستقبل مُنْشِئاً على الأقوى؛ وقوفاً على موضع اليقين. وما رُوِيَ من جواز مثله في المتعة^١ ليس صريحاً فيه مع مخالفته للقواعد.

(ولا يُشترط تقديم الإيجاب) على القبول؛ لأنَّ العقد هو الإيجاب والقبول، والترتيب كيف اتَّفَقَ غيرُ مُخِلٍّ بالمقصود. ويزيد النكاحُ على غيره من العقود أنَّ الإيجاب من المرأة وهي تستحي غالباً من الابتداء به فاعتُفِرَ هنا وإنْ خُولِفَ في غيره، ومن ثَمَّ ادَّعى بعضهم الإجماعَ على جواز تقديم القبول هنا^٢، مع احتمال عدم الصحة كغيره؛ لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وُجِدَ قبله لم يكن قبولاً. وحيث يَتَقَدَّم يُعْتَبَرُ كونه بغير لفظ «قبلت» كـ «تَرَوَّجْتُ» و«نَكَحْتُ» وهو حينئذٍ في معنى الإيجاب. (و) كذا (لا) يُشترط (القبول بلفظه) أي بلفظ الإيجاب بأن يقول «زَوَّجْتُكَ» فيقول «قبلت التزويج»، أو «أنكحتك» فيقول «قبلت النكاح» (فلو قال «زَوَّجْتُكَ» فقال «قبلت النكاح» صح)؛ لصراحة اللفظ واشتراك الجميع في الدلالة على المعنى.

(ولا يجوز) العقد إيجاباً وقبولاً (بغير العربية مع القدرة) عليها؛ لأنَّ ذلك هو المعهود من صاحب الشرع عليه السلام كغيره من العقود اللازمة بل أولى. وقيل: إنَّ ذلك مستحبٌ لا واجبٌ؛ لأنَّ غيرَ العربية من اللغات من قبيل المترادف يصحُّ أن يُقام مقامه، ولأنَّ الغرضَ إيصالَ المعاني المقصودةِ إلى فهم المتعاقدين فيتأدَّى بأيّ لفظ اتَّفَقَ^٣، وهما ممنوعان. واعتبر ثالثٌ كونه بالعربية الصحيحة فلا ينعقد بالملحون والمحرف مع القدرة على الصحيح؛ نظراً إلى الواقع من صاحب الشرع^٤، ولا ريب أنَّه أولى.

ويسقط مع العجز عنه، والمراد به ما يَشْتَمِلُ المشقةَ الكثيرةَ في التعلُّمِ أو فوات بعض الأغراض المقصودة. ولو عَجَزَ أحدهما اختَصَّ بالرُّخصة ونَطَقَ القادرُ بالعربية بشرط

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٥، ح ١١٤٥.

٢. كالشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٤٣٠.

٣. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٩١.

٤. كالمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٢، ص ٧٥.

أَنْ يَفْهَمَ كُلُّ مَنْهَا كَلَامَ الْآخَرِ وَلَوْ بِمُتَرَجِّمَيْنِ عَدْلَيْنِ، وَفِي الْاِكْتِفَاءِ بِالْوَاحِدِ وَجْهٌ. وَلَا يَجِبُ عَلَى الْعَاجِزِ التَّوَكُّلُ وَإِنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ؛ لِلْأَصْلِ.

(وَالْأُخْرَى) يَعْقِدُ إِجْبَاباً وَقَبُولاً (بِالْإِشَارَةِ) الْمُهَيَّمَةِ لِلْمُرَادِ.

(وَيُتَبَيَّنُ فِي الْعَاقِدِ الْكَمَالُ، فَالْسَّكَرَانُ بَاطِلٌ عَقْدُهُ وَلَوْ أَجَازَ بَعْدَهُ). وَخَصَّهُ بِالذِّكْرِ تَنْبِيْهاً عَلَى رَدِّ مَا رُوِيَ مِنْ أَنَّ السَّكَرَى لَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ أَفَاقَتْ فَرَضِيَّتْ، أَوْ دَخَلَ بِهَا فَأَفَاقَتْ وَأَقَرَّتْهُ كَانَ مَاضِياً، وَالرَّوَايَةُ صَحِيحَةً إِلَّا أَنَّهَا مُخَالِفَةٌ لِلْأَصُولِ الشَّرْعِيَّةِ فَاطَّرَحَهَا الْأَصْحَابُ إِلَّا الشَّيْخُ فِي النِّهَايَةِ^٢.

(وَيَجُوزُ تَوَلَّى الْمَرْأَةَ الْعَقْدَ عَنْهَا وَعَنْ غَيْرِهَا إِجْبَاباً وَقَبُولاً) بَغَيْرِ خِلَافٍ عِنْدَنَا، وَإِنَّمَا تَبَيَّنَ عَلَى خِلَافِ بَعْضِ الْعَامَّةِ الْمَانِعِ مِنْهُ^٣.

(وَلَا يُشْتَرَطُ الشَّاهِدَانِ) فِي النِّكَاحِ الدَّائِمِ مُطْلَقاً (وَلَا الْوَلِيُّ فِي نِكَاحِ الرِّشِيدَةِ وَإِنْ كَانَ أَحْفَظُ) عَلَى الْأَشْهَرِ، خِلَافاً لِابْنِ أَبِي عَقِيلٍ حَيْثُ اشْتَرَطَهُمَا فِيهِ^٤ اسْتِنَاداً إِلَى رَوَايَةٍ^٥ ضَعِيفَةٍ تَصْلَحُ سَنَداً لِلِاسْتِحْبَابِ لَا لِلشَّرْطِيَّةِ.

(وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجِ) بِالْإِشَارَةِ أَوْ بِالِاسْمِ أَوْ الْوَصْفِ الرَّافِعِينَ لِلِاشْتِرَاكِ (فَلَوْ كَانَ لَهُ بَنَاتٌ وَزَوْجُهُ وَاحِدَةً وَلَمْ يُسَمَّهَا، فَإِنْ أَبْهَمَ وَلَمْ يُعَيِّنْ شَيْئاً فِي نَفْسِهِ بَطُلَ) الْعَقْدُ؛ لَا مَتْنَاعُ اسْتِحْقَاقِ الْاِسْتِمْتَاعِ بَغَيْرِ مَعْيِنٍ، (وَإِنْ عَيَّنَ) فِي نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُسَمِّيَهَا لَفْظاً (فَاخْتَلَفَا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا حَلْفُ الْأَبِّ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ رَأَهْنَ وَإِلَّا بَطُلَ الْعَقْدُ). وَمُسْتَنْدَ الْحُكْمِ رَوَايَةُ أَبِي عُبَيْدَةَ عَنِ الْبَاقِرِ^٦، وَفِيهَا عَلَى تَقْدِيرِ قَبُولِ قَوْلِ الْأَبِّ «أَنْ عَلَيْهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الزَّوْجِ الْجَارِيَةَ الَّتِي نَوَى

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩٢، ح ١٥٧١.

٢. النِّهَايَةُ، ص ٤٦٨.

٣. انظر المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٧، ص ٣٣٧ و ٤٠٨: مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٤٧.

٤. حكاه عنه الشَّيْخُ فِي الْخِلَافِ، ج ٤، ص ٢٦١، الْمَسْأَلَةُ ١٣.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٥، ح ١١٠١.

أن يزوجه إياه عند عُقْدَةِ النكاح»^١.

وَيُشْكَلُ بَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُسَمَّ لِلزَّوْجِ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ سِوَاءَ رَأْيِ أَمٍّ أَوْ لَا؛ لِمَا تَقَدَّمَ، وَأَنَّ رُؤْيَا الزَّوْجَةِ غَيْرُ شَرْطٍ فِي صَحَّةِ النِّكَاحِ فَلَا مَدْخَلَ لَهَا فِي الصَّحَّةِ وَالْبَطْلَانِ. وَنَزَّلَهَا الْفَاضِلَانِ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ قَدْ رَأَى فَقَدْ رَضِيَ بِمَا يَعْقِدُ عَلَيْهِ الْأَبُ مِنْهُنَّ وَوَكَّلَ الْأَمْرَ إِلَيْهِ فَكَانَ كَوَكِيلِهِ، وَقَدْ نَوَى الْأَبُ وَاحِدَةً مَعِيْنَةً فَضَرَفَ الْعَقْدَ إِلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَأَى بَطْلٌ؛ لَعَدَمِ رِضَى الزَّوْجِ بِمَا يُسَمِّيهِ الْأَبُ^٢.

وَيُشْكَلُ بِأَنَّ رُؤْيَا لَهَا أَعْمٌ مِنْ تَفْوِيضِ التَّعْيِينَ إِلَى الْأَبِ، وَعَدَمُهَا أَعْمٌ مِنْ عَدَمِهِ، وَالرَّوَايَةُ مُطْلَقَةٌ، وَالرُّؤْيَا غَيْرُ شَرْطٍ فِي الصَّحَّةِ فَتَخْصِيصُهَا بِمَا ذُكِرَ وَالْحُكْمُ بِهِ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ، فَالْعَمَلُ بِإِطْلَاقِ الرَّوَايَةِ كَمَا صَنَعَ جَمَاعَةٌ^٣، أَوْ رَدُّهَا مُطْلَقًا نَظَرًا إِلَى مَخَالَفَتِهَا لِأَصُولِ الْمَذْهَبِ - كَمَا صَنَعَ ابْنُ إِدْرِيسَ^٤، وَهُوَ الْأَوَّلَى - أَوَّلَى.

وَلَوْ فُرِضَ تَفْوِيضُهُ إِلَيْهِ التَّعْيِينَ يَنْبَغِي الْحُكْمُ بِالصَّحَّةِ وَقَبُولُ قَوْلِ الْأَبِ مُطْلَقًا؛ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْإِخْتِلَافَ فِي فِعْلِهِ، وَأَنَّ نَظَرَ الزَّوْجَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي صَحَّةِ النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ التَّعْيِينَ بَطْلٌ مُطْلَقًا.

(وَلَا وَلايَةَ فِي النِّكَاحِ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ لَهُ) وَإِنْ عَلَا (وَالْمَوْلَى وَالْحَاكِمُ، وَالْوَصِيُّ) لِأَحَدِ الْأَوَّلِينَ، (فَوَلايَةُ الْقَرَابَةِ) لِلأَوَّلِينَ ثَابِتَةٌ (عَلَى الصَّغِيرَةِ أَوْ الْمَجْنُونَةِ أَوْ الْبَالِغَةِ سَفِيهَةً، وَكَذَا الذَّكَرُ) الْمُتَّصِفُ بِأَحَدِ الْأَوْصَافِ الثَّلَاثَةِ، (لَا عَلَى) الْبَكْرِ الْبَالِغَةِ (الرَّشِيدَةِ فِي الْأَصَحِّ)؛ لِلآيَةِ^٥ وَالْأَخْبَارِ^٦ وَالْأَصْلِ. وَمَا وَرَدَ مِنَ الْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى أَنَّهَا

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩٣، ح ١٥٧٤.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢١٨ - ٢١٩؛ مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٢٤، المسألة ٦٦.

٣. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٤٦٨؛ والقاضي ابن البراء في المذهب، ج ٢، ص ١٩٦؛ ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٣٦.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٥٧٣.

٥. البقرة (٢): ٢٣٢ - ٢٣٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧٧ - ٣٧٨، ح ١٥٢٥ و ١٥٣٠.

لا تَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ^١ محمولةً على كراهة الاستبداد جمعاً؛ إذ لو عُملَ بها لزم أطراح ما دلَّ على انتفاء الولاية. ومنهم من جمع بينهما بالتشريك بينهما في الولاية^٢، ومنهم من جَمَعَ بحمل إحداها على المتعة والأخرى على الدوام^٣، وهو تحكُّمٌ.

(ولو عَضَّلَهَا) الوليُّ وهو أن لا يُزَوِّجَهَا بالكُفُو مع وجوده ورغبتها (فلا بحث في سقوط ولايته) وجواز استقلالها به، ولا فرق حينئذٍ بين كون النكاح بمهر المثل وغيره، ولو مَنَعَ من غير الكُفُو لم يكن عَضْلاً.

(وللمولي تزويج رقيقه) ذكراً كان أم أنثى، رشيداً كان أم غير رشيد، ولا خيار له معه، وله إجباره عليه مطلقاً. ولو تَحَرَّرَ بعضُه لم يملك إجباره حينئذٍ كما لا يصح نكاحه إِلَّا بِإِذْنِهِ.

(والحاكم والوصي يُزَوِّجَانِ مَنْ بَلَغَ فَاسَدَ الْعَقْلُ) أو سفيهاً (مع كون النكاح صلاحاً له وخُلُوهُ مِنَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ)، ولا ولاية لهما على الصغير مطلقاً في المشهور، ولا على من بَلَغَ رشيداً. ويزيد الحاكم الولاية على من بلغ وَرَشَدٌ ثُمَّ تَجَدَّدَ له جنونٌ.

وفي ثبوت ولاية الوصي على الصغيرين مع المصلحة مطلقاً أو مع تصريحه له في الوصية بالنكاح أقوال، اختار المصنّف هنا انتفاءها مطلقاً. وفي شرح الإرشاد اختار الجواز مع التنصيص أو مطلقاً^٤، وَقَبْلَهُ الْعَلَامَةُ فِي الْمَخْتَلَفِ^٥.

وهو حسن؛ لَأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْوَصِيِّ مَنْوُطَةٌ بِالْغُبْطَةِ وَقَدْ تَتَحَقَّقُ فِي نِكَاحِ الصَّغِيرِ،

١. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧٩، ح ١٥٣١.

٢. القائل بالتشريك المفيد [في المقنعة، ص ٥١١]، وأبو الصلاح [في الكافي في الفقه، ص ٢٩٢]، والذي فَصَّلَ فأجاز تفرداها بالمتعة دون الدوام الشيخ في كتابي الأخبار [تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨١، ذيل الحديث ١٥٣٨]؛ والاستبصار، ج ٣، ص ١٤٥، ذيل الحديث ٥٢٧ وعكس آخر ولا يعلم بعينه. (منه رحمه الله)

٣. كالشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٤، ذيل الحديث ١٠٩٤، وص ٣٨٠، ذيل الحديث ١٥٣٨.

٤. غاية المراد، ج ٣، ص ٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٥. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٤٢، المسألة ٧٥.

ولعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ»^١، ولرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «الذي بيده عُقْدَةُ النكاح هو الأب والأخ والرجل يُوصَى إليه»^٢. وذكر الأخ غير منافي؛ لإمكان حمله على كونه وصياً أيضاً، ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك؛ لتعذر تحصيل الكفو حيث يُراد، خصوصاً مع التصريح بالولاية فيه.

(وهنا مسائل:)

[المسألة الأولى:] (يصح اشتراط الخيار في الصداق)؛ لأن ذكره في العقد غير شرط في صحته فيجوز إخلاؤه عنه واشتراط عدمه، فاشتراط الخيار فيه غير منافي لمقتضى العقد فيندرج في عموم «المؤمنون عند شروطهم»^٣، فإن فسّخه ذو الخيار ثبت مهر المثل مع الدخول، ولو اتفقا على غيره قبله صح. (ولا يجوز) اشتراطه (في العقد)؛ لأنه ملحق بضروب العبادات لا المعاوضات، (فيبطل) العقد باشتراط الخيار فيه؛ لأن التراضي إنما وقع بالشرط الفاسد ولم يحصل. وقيل: يبطل الشرط خاصة؛ لأن الواقع شيان فإذا بطل أحدهما بقي الآخر. ويضعف بأن الواقع شيء واحد وهو العقد على وجه الاشتراط فلا يتبعض. ويمكن إرادة القول الثاني من العبارة.

(ويصح توكيل كل من الزوجين في النكاح)؛ لأنه مما يقبل النيابة، ولا يختص غرض الشارع بإيقاعه من مبائير معين، (فليقل الولي) ولي المرأة لو كمل الزوج («زوّجت من موكلك فلان» ولا يقل «منك») بخلاف البيع ونحوه من العقود. والفرق أن الزوجين في النكاح ركنان بمثابة الثمن والمثمن في البيع ولا بد من

١. البقرة (٢): ١٨١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩٣، ح ١٥٧٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

٤. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٧٥.

تسميتهما في البيع فكذا الزوجان في النكاح؛ ولأنَّ البيع يَرُدُّ على المال وهو يَقْبَلُ النقل من شخص إلى آخر فلا يَمْتَنِعُ أن يُخاطَبَ به الوكيل وإن لم يَذْكُرِ الموكل، والنكاح يَرُدُّ على البُضْع وهو لا يَقْبَلُ النقل أصلاً فلا يُخاطَبُ به الوكيل إلا مع ذكر المنقول إليه ابتداءً، ومن ثَمَّ لو قِيلَ النكاح وكالة عن غيره فأنكر الموكل الوكالة بطل ولم يقع للوكيل، بخلاف البيع فإنه يقع مع الإنكار للوكيل؛ ولأنَّ الغرض في الأموال متعلِّق بحصول الأعواض الماليَّة ولا نظَرُ غالباً إلى خصوص الأشخاص، بخلاف النكاح فإنه متعلِّق بالأشخاص فيُعْتَبَرُ التصريح بالزوج؛ ولأنَّ البيع يتعلَّق بالمخاطَب دون من له العقد، والنكاح بالعكس ومن ثَمَّ لو قال «زَوَّجْتُها من زيد» فقَبِلَ له وكيله صحَّ، ولو حلف أن لا يَنْكِحَ فقَبِلَ له وكيله خَبِثَ، ولو حَلَفَ أن لا يَشْتَرِيَ فاشْتَرَى له وكيله لم يَحِنْتَ. وفي بعض هذه الوجوه نظر.

(وليقل) الوكيل («قَبِلْتُ لفلان») كما ذُكِرَ في الإيجاب، ولو اقْتَصَرَ على «قبلت» ناوياً موكله فالأقوى الصَّحَّة؛ لأنَّ القبول عبارة عن الرضى بالإيجاب السابق، فإذا وَقَعَ بعد إيجاب النكاح للموكل صريحاً كان القبول الواقع بعده رضىً به فيكون للموكل، ووجه عدم الاكتفاء به أنَّ النكاح نسبة فلا يَتَحَقَّقُ إلا بتخصيصه بمعيَّن كالإيجاب، وضعفه يُعْلَمُ ممَّا سبق فإنه لما كان رضىً بالإيجاب السابق اقْتَضَى التخصيص بمن وَقَعَ له.

(ولا يُزَوِّجُها الوكيلُ من نفسه إلا إذا أُذِنَتْ) فيه (عموماً) كـ «زَوَّجْنِي مِمَّنْ شئتَ» أو «ولو من نفسك» (أو خصوصاً) فيصح حينئذٍ على الأقوى.

أما الأول فلأنَّ المفهوم من إطلاق الإذن تزويجها من غيره؛ لأنَّ المتبادر أنَّ الوكيل غير الزوجين، وأما الثاني، فلأنَّ العامَّ ناصٌّ على جزئياته بخلاف المطلق، وفيه نظر، وأما الثالث، فلانتفاء المانع مع النص. ومنع بعض الأصحاب^١ استناداً إلى رواية عمار

١. حكاها الفاضل المقداد في التفتيح الرائع، ج ٣، ص ٣٣؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٢، ص ١٤٧.

الدالة على المنع^١ وأنه يصير موجباً قابلاً؛ مردودٌ بضعف الرواية وجواز تولي الطرفين اكتفاءً بالمغايرة الاعتبارية. وله تزويجها مع الإطلاق من والده وولده وإن كان مولى عليه.

[المسألة] (الثانية: لو ادَّعى زوجية امرأةٍ فصدَّقته حُكم بالعقد ظاهراً؛ لانحصار الحق فيهما وعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^٢ (وتوارثا) بالزوجية؛ لأن ذلك من لوازم ثبوتها ولا فرق بين كونهما غريبين أو بلدنيين.

(ولو اعترف أحدهما) خاصةً (قُضي عليه به دون صاحبه) سواء حلف المنكر أم لا، فيمنع من التزويج إن كان امرأةً، ومن أختها وأُمها وبنْت أخويها بدون إذنهما، ويثبت عليه ما أقرَّ به من المهر وليس لها مطالبته به، ويجب عليه التوصل إلى تخلص ذمته إن كان صادقاً، ولا نفقة عليه لعدم التمكين.

ولو أقام المدعي بينةً أو حلف اليمين المردودة مع نكول الآخر ثبتت الزوجية ظاهراً، وعليهما فيما بينهما وبين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع. ولو انتفت البينة ثبت على المنكر اليمين.

وهل له التزويج الممتنع على تقدير الاعتراف قبل الحلف؟ نظر: من تعلّق حق الزوجية في الجملة، وكون تزويجها يمنع من نفوذ إقرارها به على تقدير رجوعها؛ لأنّه إقرارٌ في حق الزوج الثاني؛ ومن عدم ثبوته، وهو الأقوى. فيتوجّه اليمين متى طلبه المدعي، كما يصحّ تصرّف المنكر في كلّ ما يدّعيه عليه غيره قبل ثبوته؛ استصحاباً للحكم السابق المحكوم به ظاهراً، ولاستلزام المنع منه الحرج في بعض الموارد كما إذا غاب المدعي أو آخر الإحلاف.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧٨، ح ١٥٢٩.

٢. لم نثر عليه في كتب الحديث، رواه الحرّ العاملي في وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١٨٤، الباب ٣ من أبواب كتاب الإقرار، ح ٢؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٧٠، المسألة ٣٣٧.

ثم إن استمرت الزوجة على الإنكار فواضح، وإن رجعت إلى الاعتراف بعد تزويجها بغيره لم يُسمع بالنسبة إلى حقوق الزوجية الثابتة عليها، وفي سماعه بالنسبة إلى حقوقها قوة؛ إذ لا مانع منه فيدخل في عموم «جواز إقرار العقلاء على أنفسهم»^١. وعلى هذا، فإن ادَّعت أنها كانت عالمةً بالعقد حال دخول الثاني بها فلا مهر لها عليه ظاهراً لأنها بزعمها بغي، وإن ادَّعت الذكر بعده فلها مهر المثل للشبهة، ويرثها الزوج ولا ترثه هي. وفي إرث الأول مما يبقى من تركتها بعد نصيب الثاني نظر: من نفوذ الإقرار على نفسها وهو غير منافٍ، ومن عدم ثبوته ظاهراً مع أنه إقرار في حق الوارث.

[المسألة] (الثالثة: لو ادَّعى زوجة امرأة وادَّعت أختها عليه الزوجية خلف) على نفي زوجية المدعية لأنه منكر، ودعواه زوجية الأخت متعلق بها وهو أمر آخر. ويُشكل تقديم قوله مع دخوله بالمدعية؛ للنص على أن الدخول بها مرجح لها^٢ فيما سيأتي. ويمكن أن يقال هنا: تعارض الأصل والظاهر فيرجح الأصل، وخلافه خرج بالنص، وهو منفي هنا. هذا إذا لم تُقيم بينة (فإن أقامت بينة فالعقد لها، وإن أقام بينة) ولم تُقيم هي (فالعقد) على الأخت (له)^٣.

ويشكل أيضاً مع معارضة دخوله بالمدعية؛ لما سيأتي من أنه مرجح على البينة،

١. تقدّم آنفاً.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٣، ح ١٧٢٩.

٣. قال ابن فهد: في هذه المسألة حكمان على خلاف الأصل: الأول: تقديم بينته مع التعارض والخلو من المرجحات المذكورة؛ لأن الأصل هو تقديم بينتها؛ لأنها المدعية وهو منكر؛ ولهذا كان القول قوله مع عدم البينة. الثاني: ترجيحها مع دخوله بها، وذلك ليس موجباً للتزويج في نفس الأمر؛ لجواز إشارته هواد بدخوله بها، وإلغاء بينته وإن كانت سابقة فيعضد ضعفها بانضمام اليمين منه في الصورة الأولى، ومنها في الثانية، ولا يقضى لمن ينكل عن اليمين. (زين رحمه الله)

ومع ذلك فهو مُكذَّب بفعله لبيّنته إلا أن يقال كما سبق: إنّ ذلك على خلاف الأصل، ويُمنَع كونه تكذيباً بل هو أعمّ منه فيقتصر في ترجيح الظاهر على الأصل على مورد النصّ^١.

(والأقرب توجهه «اليمين على الآخر») وهو ذو البيّنة (في الموضعين) وهما إقامته البيّنة فيحلف معها وإقامتها فتحلف معها. ولا يخفى منافرة لفظ «الآخر» لذلك. وفي بعض النسخ «الآخذ» بالذال المعجمة، والمراد به أخذ الحق المدعى به وهو من حُكِمَ له ببيّنته، وهو قريب من «الآخر» في الغرابة.

وإنما حُكِمَ باليمين مع البيّنة؛ (لجواز صدق البيّنة) الشاهدة لها بالعقد (مع تقدّم عقده على من أدّعاها) والبيّنة لم تطلّع عليه فلا بدّ من تحليفها لينتفي الاحتمال، وليس حلفها على إثبات عقدها تأكيداً للبيّنة؛ لأنّ ذلك لا يدفع الاحتمال وإنما حلفها على نفي عقد أختها. وهل تحلف على البتّ أو على نفي العلم به؟ مقتضى التعليل الأوّل؛ لأنّ بدونه لا يزول الاحتمال. ويشكل بجواز وقوعه مع عدم اطلاعها فلا يُمكنها القطع بعدمه، وبأنّ اليمين هنا ترجع إلى نفي فعل الغير فيكفي فيه حلفها على نفي علمها بوقوع عقد أختها سابقاً على عقدها؛ عملاً بالقاعدة.

(و) وجه حلفه مع بيّنته على نفي عقده على المدّعية جواز (صدق بيّنته) بالعقد على الأخت (مع تقدّم عقده على من أدّعته)، والبيّنة لا تعلم بالحال فيحلف على نفيه لرفع الاحتمال، والحلف هنا على القطع لأنّه حلف على نفي فعله. واليمين في هذين الموضعين لم يُنبّه عليها أحد من الأصحاب والنصّ خالٍ عنها، فيحتمل عدم ثبوتها لذلك؛ ولئلا يلزم تأخير البيان عن وقت الخطاب أو الحاجة.

(ولو أقاما بيّنة) فإما أن تكونا مطلقتين أو مؤرّختين أو إحداها مطلقة والأخرى مؤرّخة، وعلى تقدير كونهما مؤرّختين إما أن يتفق التاريخان أو يتقدّم تاريخ بيّنته أو

تأريخ بيّنتها، وعلى التقادير الستة إمّا أن يكون قد دخل بالمدعية أو لا، فالصور اثنتا عشرة^١ مضافة إلى ستة سابقة.

وفي جميع هذه الصور الاثنتي عشرة (فالحكم لبيّنته إلّا أن يكون معها) أي مع الأخت المدعية (مرجّح) لبيّنتها (من دخول) بها، (أو تقدّم تأريخ) بيّنتها على تأريخ بيّنته حيث تكونان مؤرّختين، فيقدّم قولها في سبع صور من الاثنتي عشرة وهي الستة المجامعة للدخول مطلقاً، وواحدة من الستة الخالية عنه وهي ما لو تقدّم تأريخها، وقوله في الخمسة الباقية.

وهل يفتقر من قدّمت بيّنته بغير سبق التأريخ إلى اليمين؟ وجهان، منشأهما الحكم بتساقط البيّنتين حيث تكونان متفتّحتين فيحتاج من قدّم قوله إلى اليمين خصوصاً المرأة؛ لأنها مدعية محضّة، وخصوصاً إذا كان المرجّح لها الدخول فإنه بمجرد لا يدلّ على الزوجيّة، بل الاحتمال باقي معه، ومن إطلاق النصّ^٢ بتقديم بيّنته مع عدم الأمرين، فلو توقّف على اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

والأقوى الأول، وإطلاق النصّ غير منافٍ لثبوت اليمين بدليل آخر، خصوصاً مع جريان الحكم على خلاف الأصل في موضعين: أحدهما تقديم بيّنته مع أنّه مدعيّ [عليه]، والثاني ترجيحها بالدخول وهو غير مرجّح.

ومورد النصّ^٣ الأختان كما ذكر، وفي تعديّه إلى مثل الأمّ والبنت، وجهان: من عدم النصّ وكونه خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده، ومن اشتراك المقتضي. والأول أقوى فتقدّم بيّنتها مع انفرادها أو إطلاقهما أو سبق تأريخها، ومع عدمها يحلف هو لأنّه منكر.

[المسألة] (الرابعة: لو اشتري العبد زوجته لسيّده فالنكاح باقٍ فإنّ شراءها

١. في النسخ: «اثنتي عشرة» والقياس ما أثبتناه وهكذا في الموضعين الآتين.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٣، ح ١٧٢٩.

٣. تقدّم آنفاً.

لسيده ليس مانعاً منه، (وإن اشتراها) العبدُ (لنفسه بإذنه أو مَلَّكه إياها) بعد شرائها له (فإن قلنا بعدم ملكه فكلاًوَل)؛ لبطان الشراء والتملك فَبَقِيَتْ كما كانت أولاً على ملك البائع أو السيد، (وإن حكمنا بملكه بطل العقد) كما لو اشترى الحرُّ زوجته الأمة واستباح بُضْعَهَا بالملك. (أَمَّا الْمُبْعَضُ فَإِنَّهُ) بشرائه لنفسه أو تملكه (يَبْطُلُ العقد قطعاً)؛ لَأَنَّهُ يَجْزِيهِ الحرُّ قَابِلٌ لِلتَّمْلُكِ، ومتى مَلَّكَ ولو بعضها بطل العقد.

[المسألة] (الخامسة: لا يُزَوِّج الوليُّ ولا الوكيلُ بدون مَهْر المثل، ولا بالمجنون ولا بالخَصِي) ولا بغيره مَن به أَحَدُ العيوبِ المَجْزُورَةِ للفسخ، (و) كذا (لا يُزَوِّج) الوليُّ (الطفلُ بذات العيب، فَيَتَخَيَّرُ) كُلُّ منهما (بعد الكمال) لو زَوِّجَ بمن لا يقتضيه الإذن الشرعي، لكن في الأول إن وقع العقد بدون مَهْر المثل على خلاف المصلحة تَخَيَّرَتْ في المهر على أصحِّ القولين^١.

وفي تَخَيَّرِهَا في أصل العقد قولان: أحدهما التخيير^٢؛ لَأَنَّ العقد الذي جَرَى عليه التراضي هو المشتمل على المسمى، فمتى لم يكن ماضياً كان لها فسخه من أصله، والثاني عدمه^٣؛ لعدم مدخلية المهر في صحّة العقد وفساده. وقيل: ليس لها خيارٌ مطلقاً؛ لَأَنَّ ما دون مَهْر المثل أولى من العفو وهو جائزٌ لِلَّذِي بيده عُقْدَةُ النكاح، وإذا لم يكن لها خيارٌ في المهر ففي العقد أولى. وعلى القول بتخييرها في المهر يثبت لها مَهْرُ المثل، وفي توقف ثبوته على الدخول أم يَثْبُتَ بمجرد العقد قولان^٤.

وفي تخيير الزوج لو فَسَخَتْ المسمى وجهان: من التزامه بحكم العقد وهذا من جملة أحكامه، ومن دخوله على المهر القليل فلا يَلْزَمُ منه الرضى بالزائد جبراً.

١. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٢٢؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٥؛ وقال في إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٦: أَنَّ لها مهر المثل.

٢. ذهب إليه المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٢، ص ١٤٩.

٣. قال به الشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ١٠٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٤. لم نعر علىهما.

ولو كان العقد عليها بدون مهر المثل على وجه المصلحة بأن كان هذا الزوج بهذا القدر أصلح وأكمل من غيره بأضعافه، أو لاضطرارها إلى الزوج ولم يوجد إلا هذا بهذا القدر أو غير ذلك ففي تخيرها قولان^١، والمتجّه هنا عدم الخيار كما أن المتجّه هناك ثبوته.

وأما تزويجها بغير الكفو أو المعيب فلا شبهة في ثبوت خيارها في أصل العقد. وكذا القول في جانب الطفل. ولو اشتمل على الأمرين ثبت التخيّر فيهما. وعبارة الكتاب في إثبات أصل التخيّر مجملّة تجري على جميع الأقوال.

[المسألة] (السادسة: عقد النكاح) لو وَقَعَ فضولاً من أحد الجانبين أو منهما (يقف على الإجازة من المعقود عليه) إن كان كاملاً (أو وليّه) الذي له مباشرة العقد إن لم يكن، (ولا يبطل) من أصله (على الأقرب)؛ لما رُوِيَ من أن جاريةً بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباهَا زَوَّجَهَا وهي كارهة، فخيّرَهَا النبي ﷺ^٢، ورَوَى مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلَمٍ أَنَّهُ سَأَلَ الْبَاقِرَ ﷺ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ. قَالَ: «النكاح جائز؛ إن شاء الزوج قَبْلَ وإن شاء تَرَكَ»^٣، وحملَ القبول على تجديد العقد خلافاً للظاهر. ورَوَى أَبُو عُبَيْدَةَ الْحَذَّاءُ فِي الصَّحِيحِ: أَنَّهُ سَأَلَ الْبَاقِرَ ﷺ عَنْ غُلَامٍ وَجَّارِيَةٍ زَوَّجَهَا وَلَيْتَانِ لَهَا وَهُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ. فَقَالَ: «النكاح جائز وأتَمُّ أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ»^٤، وَحُمِلَ الْوَلِيُّ هُنَا عَلَى غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ بَقَرِينَةِ التَّخْيِيرِ، وَغَيْرِهَا مِنَ الْأَخْبَارِ^٥، وَهِيَ دَالَّةٌ عَلَى صَحَّةِ النكاح مَوْقُوفاً، وَإِنْ لَمْ تَقْلُ بِهِ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ.

١. القول بعدم التخيير للعلامة في إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٦؛ والقول بالتخيير للمحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٢٢.

٢. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ١٨٩، ح ١٣٦٦٩؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٣٢، ح ٢٠٩٦.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٥٦٢، باب بدون العنوان، ح ٢٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨٨، ح ١٥٥٥.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٣٨٣، ح ١٣٦٧.

ويدلّ على جواز البيع أيضاً حديث عروة البارقي في شراء الشاة^١، ولا قائل باختصاص الحكم بهما، فإذا ثبت فيهما ثبت في سائر العقود. نعم، قيل باختصاصه بالنكاح^٢، وله وجه لو نُوقِش في حديث عروة.

وقيل ببطلان عقد الفضولي مطلقاً^٣؛ استناداً إلى أَنَّ العقدَ سببٌ للإباحة، فلا يصحّ صدوره من غير معقود عنه أو وليّه لثَلَا يلزَم من صحّته عدمُ سببِيّته بنفسه، وأنّ رضى المعقود عنه أو وليّه شرطٌ والشرط متقدّم، وما رُوِيَ من بطلان النكاح بدون إذن الولي^٤، وأنّ العقود الشرعيّة تحتاج إلى الأدلّة وهي منفيّة. والأوّل عينُ المتنازع [فيه]. والثاني ممنوع. والرواية عاميّة. والدليل موجود.

[المسألة] (السابعة: لا يجوز نكاح الأمة إلّا بإذن مالِكها وإن كان المالك امرأةً، في الدائم والمتعة)؛ لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، ولقوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^٥ (ورواية سيف) بن عُميرة عن عليّ بن المُغيرة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يَتَمَتَّع بأمة المرأة من غير إذنها فقال: «لا بأس»^٦ (منافية للأصل^٧) وهو تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً، فلا يُعْمَل بها وإن كانت صحيحة، فلذلك اطّرحها الأصحابُ غيرُ الشيخ في النهاية^٨ جَرِيّاً على قاعدته.

١. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٠٣، ح ١٨٧٥؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٥٦، ح ٣٣٨٤.

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٦٤ - ٥٦٥.

٣. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٧ - ٢٨.

٤. سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٢٨، ح ٢٠٨٣؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٤٠٧ - ٤٠٨، ح ١١٠٢.

٥. النساء (٤): ٢٥.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٧، ح ١١١٣.

٧. في المتعة. (زين رحمه الله)

٨. النهاية، ص ٤٩٠.

وإذا أذن المولى لعبده في التزويج فإن عَيْنَ له مَهْرًا تَعَيَّنَ وليس له تخطئه، وإن أطلق انصرف إلى مهر المثل. (ولو زاد العبد المأذون) في المعَيَّن في الأول (وعلى مهر المثل) في الثاني (صح)؛ للإذن في أصل النكاح وهو يقتضي مهر المثل على المولى أو ما عَيَّنَه، (وكان الزائد في ذمته يُتَبَعَ به بعد عتقه، ومهر المثل) أو المعَيَّن (على المولى) وكذا النفقة. وقيل: يجب ذلك في كسبه^١.

والأقوى الأول؛ لأنَّ الإذن في النكاح يقتضي الإذن في توابعه والمهر والنفقة من جملتها، والعبد لا يملك شيئاً فلا يجب عليه شيء؛ لامتناع التكليف بما لا يطاق، فيكون على المولى كسائر ديونه.

وأما الزوجة، فإن أطلقها تخيَّر ما يليق به، وإن عَيَّن تَعَيَّنَتْ، فلو تَخَطَّأها كان فضولياً يقف على إجازة المولى.

(ومن تَحَرَّرَ بعضه ليس للمولى إجباره على النكاح) مراعاةً لجانب الحرِّية، (ولا للمُبْعُض الاستقلال) مراعاةً لجانب الرقيَّة، بل يتوقَّف نكاحه على رضاه وإذن المولى جمعاً بين الحَقَّين.

[المسألة] (الثامنة: لو زَوَّج الفضولي الصغيرين فَبَلَغَ أحدهما وأجاز) العقد لَزِمَ من جهته، وَيَقِي لزومه من جهة الآخر موقوفاً على بلوغه وإجازته، فلو أجاز الأول (ثم مات) قبل بلوغ الآخر غُزِلَ للصغير قسطه من ميراثه على تقدير إجازته، (و) إذا (بلغ الآخر) بعد ذلك وفسخ فلا مهر ولا ميراث؛ لبطان العقد بالردِّ، (و) إن (أجاز حَلَفَ على عدم سببيَّة الإرث في الإجازة) بمعنى أنَّ الباعث على الإجازة ليس هو الإرث، بل لو كان حياً لَرَضِيَ بتزويجه (و وَرِثَ) حين يحلف كذلك. ومستند هذا التفصيل صحيحة أبي عُبَيْدة الحذاء عن الباقر عليه السلام^٢، وموردها الصغيران كما ذَكَرَ.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٣٩٥-٣٩٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨٨، ح ١٥٥٥.

ولو زَوَّجَ أَحَدَ الصَّغِيرَيْنِ الْوَلِيَّ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا بِالْغَا رَشِيداً وَزَوَّجَ الْآخَرَ الْفُضُولِيَّ فَمَاتَ الْأَوَّلُ غَزَلَ لِلثَّانِي نَصِيْبَهُ وَأَحْلَفَ بَعْدَ بَلُوْغِهِ كَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ بَطَلَ الْعَقْدُ. وَهَذَا الْحُكْمُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُورِدَ النَّصِّ إِلَّا أَنَّهُ ثَابِتٌ فِيهِ بِطَرِيقِ أَوَّلَى؛ لِلزُّوْمِ الْعَقْدُ هُنَا مِنَ الْطَرَفِ الْآخَرِ فَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الثَّبُوتِ مِمَّا هُوَ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

نعم، لو كانا كَبِيرَيْنِ وَزَوَّجَهُمَا الْفُضُولِيُّ فِي تَعَدِّي الْحُكْمِ إِلَيْهِمَا نَظَرُ؛ مِنْ مَسَاوَاتِهِ لِلْمَنْصُوصِ^١ فِي كَوْنِهِ فَضُولِيّاً مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَلَا مَدْخَلَ لِلصَّغَرِ وَالْكَبَرِ فِي ذَلِكَ، وَمِنْ ثُبُوتِ الْحُكْمِ فِي الصَّغِيرَيْنِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ مِنْ حَيْثُ تَوَقَّفَ الْإِرْثُ عَلَى الْيَمِينِ، وَظُهُورِ التَّهْمَةِ فِي الْإِجَازَةِ، فَنَحْكُمُ فِيْمَا خَرَجَ عَنِ الْمَنْصُوصِ بِبَطْلَانِ الْعَقْدِ مَتَى مَاتَ أَحَدُ^٢ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِمَا بَعْدَ إِجَازَتِهِ وَقَبْلَ إِجَازَةِ الْآخَرِ.

وَيُمْكِنُ إِبْتِهَاتُ الْأَوَّلِيَّةِ فِي الْبَالِغَيْنِ بِوَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ مَتَى كَانَ لَهُ مُجِيزٌ فِي الْحَالِ فَلَا إِشْكَالَ عِنْدَ الْقَائِلِ بِصَحَّتِهِ فِي صَحَّتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مُجِيزٌ كَذَلِكَ فَإِنَّ فِيهِ خِلَافاً عِنْدَ مَنْ يُجَوِّزُ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ، فَإِذَا ثَبَتَ الْحُكْمُ فِي الْعَقْدِ الضَّعِيفِ الَّذِي لَا مُجِيزَ لَهُ فِي الْحَالِ - وَهُوَ عَقْدُ الصَّغِيرَيْنِ - فَتَعَدِّيهِ إِلَى الْأَقْوَى أَوَّلَى.

وَلَوْ عَرَّضَ لِلْمُجِيزِ الثَّانِي مَانِعٌ عَنِ الْيَمِينِ كَالْجُنُونِ وَالسَّفَرُ الضَّرُورِيُّ غَزَلَ نَصِيْبَهُ إِلَى أَنْ يَحْلِفَ. وَلَوْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فَلَا أَقْوَى أَنَّهُ لَا يَرِثُ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَهُ بِالنَّصِّ وَالْفَتْوَى مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ وَالْيَمِينِ مَعاً، فَيَنْتَفِي بِدُونِ أَحَدِهِمَا.

وَهَلْ يَثْبُتُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ لَوْ كَانَ هُوَ الزَّوْجُ بِمَجْرَدِ الْإِجَازَةِ مِنْ دُونِ الْيَمِينِ؟ وَجِهَانِ: مِنْ أَنَّهُ مَتَرْتَّبٌ عَلَى ثُبُوتِ النِّكَاحِ وَلَمْ يَثْبُتْ بِدُونِهَا، وَمِنْ أَنَّ إِجَازَتَهُ كَالْإِقْرَارِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَالْمَهْرِ، وَإِنَّمَا يَتَوَقَّفُ الْإِرْثُ عَلَى الْيَمِينِ لِقِيَامِ التَّهْمَةِ وَعَوْدِ النِّفَاقِ إِلَيْهِ مُحْضاً، فَيَثْبُتُ مَا يَعُودُ عَلَيْهِ دُونَ مَا لَهُ، وَلَا بُغْدٌ فِي تَبْعُضِ

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨٨، ح ١٥٥٥.

٢. يعني صحيحة أبي عبيدة المتقدمة في الهامش ١.

الحكم وإن تنافى الأصولان، وله نظائر كثيرة وقد تقدّم^١ منه ما لو اختلفا في حصول النكاح فإنّ مدّعيه يُحكّم عليه بلوازم الزوجيّة دون المنكر ولا يثبت النكاح ظاهراً، وإطلاق النصّ بتوقّف الإرث على حلفه لا ينافي ثبوت المهر عليه بدليل آخر، وهذا مُتَّجِه.

واعلم أنّ التهمة بطمعه في الميراث لا تأتي في جميع الموارد؛ إذ لو كان المتأخّر هو الزوج والمهرُ بقدر الميراث أو أزيد انتفتت التهمة، وينبغي هنا عدمُ اليمين إن لم يتعلّق غرضُ باثبات أعيان التركة بحيث يترجّع على ما يثبت عليه من الدّين، أو يُخاف امتناعه من أدائه أو هَرَبُه ونحو ذلك ممّا يُوجب التهمة، ومع ذلك فالموجود في الرواية موتُ الزوج وإجازةُ الزوجة وأنها «تَحْلِف بالله ما دَعَاها إلى أخذ الميراث إلّا الرضى بالتزويج»^٢، فهي غيرُ منافية لما ذكرناه، ولكن فتوى الأصحاب مطلقةٌ في إثبات اليمين.

[المسألة] (التاسعة: لو زوّجها الأبوان): الأبُّ والجدُّ (برجلين، واقتربا) في العقد بأن اتّحد زمانُ القبول (قُدِّم عقدُ الجدِّ) لنعلم فيه خلافاً، وتدلّ عليه من الأخبار رواية عُبَيْد بن زُرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل. فقال: «الجدُّ أولى بذلك ما لم يكن مُضَارّاً إن لم يكن الأبُّ زوّجها قبله»^٣.

وعُلِّل مع ذلك بأنّ ولاية الجدِّ أقوى؛ لثبوت ولايته على الأب على تقدير نقصه بجنون ونحوه بخلاف العكس. وهذه العلّة لو تمّت لَزِمَ تعدّي الحكم إلى غير النكاح ولا يقولون به، والأجودُ قصره على محلّ الوفاق؛ لأنّه على خلاف الأصل حيث إنّهما

١. تقدّم في ص ١٤٣ وما بعدها.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨٨، ح ١٥٥٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩٠، ح ١٥٦٠.

مشركان في الولاية، ومثل هذه القوة لا تصلح مرجحاً. وفي تعدي الحكم إلى الجد مع جد الأب وهكذا صاعداً وجه؛ نظراً إلى العلة. والأقوى العدم؛ لخروجه عن موضع النص واستوائهما في إطلاق الجد حقيقة، والأب كذلك أو مجازاً.

(وإن سبق) عقد (أحدهما صحَّ عقده)؛ لما ذكر من الخبر وغيره، ولأنهما مشركان في الولاية فإذا سبق أحدهما وقع صحيحاً فامتنع الآخر.

(ولو زوّجها الأخوان برجلين فالعقد للسابق) منهما (إن كانا) أي الأخوان (وكيلين) لما ذكر في عقد الأبوين. (وإلا) يكونا وكيلين (فلتختَر) المرأة (ما شاءت) منهما كما لو عقد غيرهما فضولاً. (ويُستحبّ) لها (إجازة عقد) الأخ (الأكبر) مع تساوي مختارهما في الكمال أو رجحان مختار الأكبر، ولو انعكس فالأولى ترجيحُ الأكمل. (فإن اقرنا) في العقد قبولاً (بطلا) لاستحالة الترجيح والجمع (إن كان كل منهما وكيلًا)، والقول بتقديم عقد الأكبر هنا^١ ضعيف؛ لضعف مستنده^٢. (وإلا) يكونا وكيلين (صحَّ عقد الوكيل منهما) لبطلان عقد الفضولي بمعارضة العقد الصحيح. (ولو كانا فضوليَّين) والحال أن عقديهما اقرنا (تخيَّرت) في إجازة ما شاءت منهما وإبطال الآخر أو إبطالهما.

[المسألة] (العاشرة: لا ولاية للأُم) على الولد مطلقاً (فلو زوّجته أو زوّجتها اعتُبر رضاها) بعد الكمال كالفضولي، (فلو ادّعت الوكالة عن الابن) الكامل (وأُنكر) بطل العقد (وَعَرِمَتْ) للزوجة (نصف المهر)؛ لتفويتها عليها البُضْع وغرورها بدعوى الوكالة مع أن الفرقة قبل الدخول.

وقيل: يلزمها جميع المهر^٣ لما ذكر، وإنما يَنْتَصِف بالطلاق ولم يقع، ولرواية

١. القول للشيخ في النهاية، ص ٤٦٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨٧، ح ١٥٥٣.

٣. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٦٨.

محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^١. وَيُشْكِلُ بَأَنَّ الْبُضْعَ إِنَّمَا يُضْمَنُ بِالْإِسْتِيفَاءِ عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ لَا مُطْلَقاً، وَالْعَقْدُ لَمْ يَثْبُتْ فَلَمْ يَثْبُتْ مُوجِبُهُ.

وَالْأَقْوَى أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَى الْوَكِيلِ مُطْلَقاً إِلَّا مَعَ الضَّمَانِ فَيَلْزِمُهُ مَا ضَمِنَ، وَيُمْكِنُ حَمْلُ الرِّوَايَةِ - لَوْ سُلِّمَ سَنَدُهَا - عَلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا يَتَعَدَّى الْحُكْمُ إِلَى غَيْرِ الْأُمِّ. وَبِالْفَحْشِ الْقَائِلُ بِلِزُومِ الْمَهْرِ^٢ فَحُكْمٌ بِهِ عَلَى الْأُمِّ وَإِنْ لَمْ تَدَّعِ الْوَكَالَةَ؛ اسْتِنَاداً إِلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَهُوَ بَعِيدٌ، وَقَرِيبٌ مِنْهُ حَمْلُهَا عَلَى دَعْوَاهَا الْوَكَالَةَ فَإِنَّ مَجْرَدَ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ لِثَبُوتِ الْمَهْرِ فِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ.

١. الكافي، ج ٥، ص ٤٠١، باب الرجل يهوى امرأة ويهوى أبواه غيرها، ح ٢.

٢. تقدّم في ص ١٥٣، الهامش ٣.

(الفصل الثالث في المحرّمات) بالنسبِ والرّضاعِ

وغيرهما من الأسباب (وتوابعها)

(يحزّم) على الذّكر (بالنسب) تسعة أصناف من الإناث: (الأُم وإن علّت) وهي كلّ امرأة ولَدته أو انتَهى نسبه إليها من العُلُو بالولادة لأب كانت أم لأم، (والبنْتُ وبنْتُها) وإن نزلت؛ (وبنْتُ الابن فنزلاً) وضابطهما مَنْ يَنْتَهِي إليه نسبه بالتولّد ولو بوسائط؛ (والأختُ وبنْتُها فنزلاً) وهي كلّ امرأة ولَدَها أبواه أو أحدهما، أو انتَهى نسبهما إلى أحدهما بالتولّد؛ (وبنْتُ الأخ) وإن نزلت (كذلك) لأب كان أم لأم أم لهما، (والعمّة) وهي كلّ أنثى هي أختُ ذَكَرٍ وَلَدَه بواسطةٍ أو غيرها من جهة الأب أو الأُم أو منهما. (والخالَةُ فصاعداً) فيهما، وهي كلّ أنثى هي أخت أنثى وَلَدته بواسطةٍ أو بغير واسطة، وقد يكون من جهة الأب كأخت أُم الأب. والمراد بالصاعد فيهما عمّة الأب والأُم وخالتهما، وعمّة الجدّ والجدّة وخالتهما وهكذا، لا عمّة العمّة وخالة الخالة فإنهما قد لا تكونان محرّمتين. ويحزّم على المرأة ما يحزّم على الرجل بالقياس. وضابطُ المحرّمات الجاعمُ لها أنّه يحزّم على الإنسان كلّ قريبٍ عدا أولاد العمومة والخوّلة.

(ويحزّم بالرّضاع ما يحزّم بالنسب) فأثَمُ من الرّضاغة هي كلّ امرأةٍ أَرْضَعَتْك أو رَجَعَ نَسَبُ مَنْ أَرْضَعَتْك أو صاحبِ اللبنِ إليها، أو أَرْضَعَتْ مَنْ يَرْجِعُ نَسَبُكَ إليه من ذَكَرٍ أو أنثى وإن علا، كمرْضِعةٍ أحدِ أبويك أو أجدادِك أو جدّاتِك، وأختها خالَتُك من الرّضاغة وأخوها خالُك وأبوها جدُّك، كما أنّ ابنَ مُرْضِعتِك أخٌ وبنْتُها أختٌ إلى آخر

أحكام النسب. والبنْتُ من الرِّضَاع كُلُّ أَنْثَى رَضَعَتْ مِنْ لَبَنِكَ أَوْ لَبَنِ مَنْ وَلَدَتْهُ، أَوْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةٌ وَلَدَتْهَا، وكذا بَنَاتُهَا مِنَ النِّسَبِ والرِّضَاعِ. والعَمَّاتُ والخَالَاتُ أَخَوَاتُ الْفَخْلِ والمُرْضِعَةِ، وَأَخَوَاتُ مَنْ وَلَدَهُمَا مِنَ النِّسَبِ والرِّضَاعِ، وكذا كُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْهَا وَاحِدَةً مِنْ جَدَّاتِكَ أَوْ أَرْضَعَتْ بَلْبَنَ وَاحِدٍ مِنْ أَجْدَادِكَ مِنَ النِّسَبِ والرِّضَاعِ. وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ بَنَاتُ أَوْلَادِ المُرْضِعَةِ والفَخْلِ مِنَ الرِّضَاعِ والنِّسَبِ، وكذا كُلُّ أَنْثَى أَرْضَعَتْهَا أُخْتُكَ، وَبَنْتُ أَخِيكَ، وَبَنَاتُ كُلِّ ذَكَرٍ أَرْضَعْتَهُ أُمُّكَ أَوْ ارْتَضَعَ بَلْبَنَ أَبِيكَ.

وَإِنَّمَا يُحَرِّمُ الرِّضَاعُ (بشروط كونه عن نكاح) دَوَامًا وَمُتَعَةً وَمَلِكٍ يَمِينٍ، وَشُبْهَةً عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ^١ مع ثبوتها من الطرفين، وَإِلَّا ثَبِتَ الْحَكْمُ فِي حَقِّ مَنْ ثَبِتَ لَهُ النِّسَبُ. وَلَا فَرْقَ فِي اللَّبَنِ الْخَالِيِّ عَنِ النِّكَاحِ بَيْنَ كَوْنِهِ مِنْ صَغِيرَةٍ وَكَبِيرَةٍ، بِكَرٍ وَثِيْبٍ، ذَاتِ بَغْلٍ وَخَلِيَّةٍ.

وَيُعْتَبَرُ مَعَ صَحَّةِ النِّكَاحِ صُدُورُ اللَّبَنِ عَنْ ذَاتِ حَمَلٍ أَوْ وَلَدٍ بِالنِّكَاحِ الْمَذْكُورِ، فَلَا عِبْرَةَ بَلْبَنِ الْخَالِيَةِ مِنْهُمَا وَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَةً نِكَاحًا صَحِيحًا، حَتَّى لَوْ طَلَّقَ الزَّوْجُ وَهِيَ حَامِلَةٌ مِنْهُ أَوْ مُرْضِعٌ فَأَرْضَعَتْ وَلَدًا نَشَرَ الْحَرَمَةَ - كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي حَبَالِهِ - وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بغيره. والأقوى اعتبَارُ حَيَاةِ المُرْضِعَةِ، فَلَوْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ الرِّضَاعِ فَأُكْمِلَ النِّصَابُ مِيتَةً لَمْ يَنْشُرْ وَإِنْ تَنَاوَلَهُ إِطْلَاقُ الْعِبَارَةِ وَصَدَّقَ عَلَيْهِ اسْمُ الرِّضَاعِ؛ حَمَلًا عَلَى الْمَعْهُودِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ إِرْضَاعُ الْحَيَّةِ، وَدَلَالَةُ الْأَدَلَّةِ اللَّفْظِيَّةِ عَلَى الْإِرْضَاعِ بِالِاخْتِيَارِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^٢، وَاسْتِصْحَابًا لِبَقَاءِ الْحِلِّ.

(وَأَنْ يُنْبِتَ اللَّحْمَ أَوْ يَشُدَّ الْعَظْمَ) وَالْمَرْجِعُ فِيهِمَا إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الْخُبْرَةِ، وَيُشْتَرَطُ الْعَدَدُ وَالْعَدَالَةُ لِيُثْبِتَ بِهِ حَكْمُ التَّحْرِيمِ، بِخِلَافِ خَبَرِهِمْ فِي مِثْلِ الْمَرْضِيِّ الْمُبِيحِ لِلْفِطْرِ

١. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٢٦؛ وذهب إلى قول الآخر على تردد ابن إدريس في السرائر،

ج ٢، ص ٥٥٢.

٢. النساء (٤): ٢٣.

والتيمم فإن المرجع في ذلك إلى الظن وهو يحصل بالواحد. والموجود في النصوص^١ والفتاوى اعتبار الوصفين^٢ معاً، وهنا اكتفى بأحدهما ولعله للتلازم عادةً، والأقوى اعتبار تحققهما معاً.

(أو يَتِمُّ يوماً وليلةً) بحيث يَرِضُ كُلُّمَا تَقاضاه أو احتاج إليه عادةً وإن لم يَتِمَّ العدد ولم يحصل الوصف السابق. ولا فرق بين اليوم الطويل وغيره لانجباره بالليلة أبداً. وهل يكفي المُلَفَّقُ منهما لو ابتدأ في أثناء أحدهما؟ نظر؛ من الشك في صدق الشرط، وتحقق المعنى.

(أو خمس عشرة رَضْعَةً) تامة متوالية؛ لرواية زياد بن سُوقة، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حدٌ يُؤخَذُ به؟ فقال: «لا يُحرِّم الرضاع أقل من يوم وليلة، أو خمس عشرة متواليات، من امرأة واحدة، من لبن فحلٍ واحدٍ، لم يفصل بينها برَضْعَةٍ امرأةٍ غيرها»^٣ وفي معناها أخبارٌ أخرى.

(والأقربُ النشرُ بالعشر) وعليه المُعْظَم؛ لعموم قوله تعالى: «وَأَمَّهَتْكُمْ أَلْسِنَتِي أَرْضَعْتُكُمْ»^٤ ونظائره من العمومات المخصَّصة بما دون العشر قطعاً فيبقى الباقي. ولصحيحة الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام: «لا يحرم من الرضاع إلا المَجْبُورُ»، قال، قلت: وما المَجْبُور؟ قال: «أُمُّ تُرْبِي، أو ظَنُرٌ تُسْتَأْجَرُ، أو أُمَةٌ تُشْتَرَى ثُمَّ تُرَضِعَ عَشْرَ رَضَعَاتٍ يَرَوِي الصَّبِيُّ وَيَنَامُ»^٥، ولأن العشر تُنْبِتُ اللحم؛ لصحيحة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام - إلى أن قال: - قلت: وما الذي يُنْبِتُ اللحمَ والدم؟ فقال: «كان يقال عشر رضعات»^٦.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٣، ح ١٢٩٨.

٢. راجع شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٢٦؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٥، ح ١٣٠٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٤، ح ١٣٠٢-١٣٠٣.

٥. النساء (٤): ٢٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٤، ح ١٣٣٤، وص ٣١٥، ح ١٣٠٥.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٣، ح ١٢٩٦.

والأخبارُ المصْرُحة بالخمس عشرة^١ ضعيفةُ السند أو قريبةُ منه^٢.

وفيه نظر؛ لمنع صحّة الخبر الدالّ على العشر؛ فإنّ في طريقه محمّد بن سنان وهو ضعيف على أصحّ القولين^٣ وأشهرهما، وأمّا صحيح عُبيد فنسب العشر إلى غيره مُشعراً بعدم اختياره، وفي آخره ما يدلّ على ذلك؛ فإنّ السائل لما فهم منه عدم إرادته قال له: فهل تُحرّم عشر رَضَعَات؟ فقال: «دَعْ ذَا». وقال: «ما يَحْرُم من النسب فهو يَحْرُم من الرضاع»^٤، فلو كان حكم العشر حقاً لما نسبهُ ﷺ إلى غيره بل كان يَحْكُم به من غير نسبة، فأعراضهُ ﷺ ثانياً عن الجواب إلى غيره مُشعراً بالتقيّة وعدم التحريم بالعشر فسقط الاحتجاجُ من الجانبين.

وبقي صحيحة عبد الله بن رثاب عن الصادق ﷺ، قال: قلت ما يُحرّم من الرضاع؟ قال: «ما أثبت اللحمُ وشدَّ العظم». قلت: فتُحرّم عشر رَضَعَات؟ قال: «لا؛ لأنها لا تُنبت اللحم، ولا تُشدُّ العظمُ عشر رَضَعَات»^٥. فانتفت بهذا الخبر، فلم يبقَ إلّا القولُ بالخمس عشرة وإن لم يُذكر؛ إذ لا واسطة بينهما، وبهذا يُخصّ عمومُ الأدلّة أيضاً. ويُضَعَّف قولُ ابن الجنيد بالاكْتفاء بما وَقَعَ عليه اسمُ الرَضْعَة^٦؛ نظراً إلى العموم حيث أطرَح الأخبارُ من الجانبين، وما أوردناه من الخبر الصحيح حجةً عليه، وتَبَقَّى الأخبارُ المثبتةُ للخمس عشرة والنافيةُ للعشر من غيره شاهدة وعاضدة له وهي كثيرة. (وأن يكون المُرْتَضِعُ في الحولين) فلا عبرة برضاعه بعدهما وإن كان جائزاً

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٥، ح ١٣٠٦.

٢. إشارة بالضعيف إلى الأول [أي رواية زياد بن سوفة] وبالقريب منه إلى غيره فإن فيه خبرين آخرين من الموثق. (منه رحمه الله)

٣. ذهب إليه النجاشي في رجاله، ص ٣٢٨، الرقم ٨٨٨؛ والعلامة في خلاصة الأقوال، ص ٣٩٤، الرقم ١٥٩١؛ وحكى توثيقه عن الشيخ المفيد ورجّح العمل بروايته في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣١، المسألة ١.

٤. تقدّم في ص ١٥٧، الهامش ٧.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٣، ح ١٢٩٨.

٦. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٠، المسألة ١.

كالشهر والشهرين معهما. والحوالان معتبران في المرتضع دون ولد المرضعة، فلو كمل حَوْلًا وَلِدَهَا ثم أَرْضَعَتْ بلبنه غيره نَشَرَ في أَصَحِّ القولين^١. ولا فرق بين أن يُفْطَم المرتضع قبل الرضاع في الحولين وعدمه. والمعتبر في الحولين الهلاليَّة. ولو انكسر الشهرُ الأوَّلُ أَكْمِلْ بعد الأخير ثلاثين كغيره من الآجال.

(وَأَنْ لَا يُفْصَلَ) بين الرضعات في الأحوال الثلاثة (برضاع أخرى) وإن لم يكن رَضْعَةً كاملة. ولا عبرة بتخلل غير الرضاع من المأكول والمشروب وشُرْبِ اللبن من غير الثدي ونحوه، وإنما يَقْطَعُ اتِّصَالَ الرضعات إرضاعُ غيرها من الثدي. وصرَّح العلامة في القواعد بالاكْتِفَاء في الفصل بأقلَّ من رَضْعَةٍ كاملة من غير تردّد^٢، وفي التذكرة بأنَّ الفصل لا يَتَحَقَّقُ إِلَّا برضعة تامة، وأنَّ الناقصة بحكم المأكول وغيره^٣؛ والرواية مطلقة في اعتبار كونها من امرأة واحدة، قال الباقر عليه السلام: «لَا يُحَرِّمُ الرضاعُ أَقَلَّ من رضاع يوم وليلة، أو خمسَ عشرة رَضْعَةً متوالياتٍ من امرأة واحدة من لبن فحلٍّ واحد»^٤، ولعلَّ دلالتها على الاكتفاء بفصل مسمَّى الرضاع أَكْثَرَ.

(وَأَنْ يَكُونَ اللَّبَنُ لِفَحْلٍ وَاحِدٍ، فَلَوْ أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ جَمَاعَةً ذَكَرًا وَإِنَاثًا) (بلبن فحلين) فصاعداً بحيث لم يَجْتَمِعْ ذَكَرٌ وَأُنْثَى مِنْهُمْ على رضاع لبن فحلٍّ واحدٍ بَأَنْ أَرْضَعَتِ جَمَاعَةً ذَكَرًا وَبَلَبِنٍ وَاحِدٍ ثُمَّ جَمَاعَةً إِنَاثًا بَلَبِنٍ فَحْلٍ آخَرَ أَوْ أَرْضَعَتِ صَبِيًّا بَلَبِنٍ فَحْلٍ ثُمَّ أُنْثَى بَلَبِنٍ فَحْلٍ آخَرَ ثُمَّ ذَكَرًا بَلَبِنٍ ثَالِثٍ ثُمَّ أُنْثَى بَلَبِنٍ رَابِعٍ وَهَكَذَا (لَمْ يُحَرِّمْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ). ولو اتَّحَدَ فَحْلٌ اِثْنَيْنِ مِنْهُمْ تَحَقَّقَ التَّحْرِيمُ فِيهِمَا دُونَ الْبَاقِيَيْنِ، كَمَا لَوْ أَرْضَعَتِ ذَكَرًا وَأُنْثَى بَلَبِنٍ فَحْلٍ ثُمَّ ذَكَرًا آخَرَ وَأُنْثَى بَلَبِنٍ فَحْلٍ آخَرَ

١. ذهب إليه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥١٩؛ والقول باشتراط الحولين في ولد المرضعة أيضاً لابن حمزة في الوسيطة، ص ٣٠١؛ راجع لتفصيل الأقوال مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٦، المسألة ٤.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٣.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٦٢٠ (الطبعة الحجرية).

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٥، ح ١٣٠٤.

وهكذا، فإنه يَحْرُمُ كُلُّ أُنْتَى رَضَعَتْ مع ذَكَرِها من لبن واحدٍ عليه، ولا يَحْرُمُ على الذكر الآخر. والعبارة لا تَقِي بذلك ولكن المراد منها حاصل.

ولا فرق مع اتحاد الفحل بين أن تتحد المرضعة - كما ذكر - أو تتعدد بحيث يرتفع أحدهما من إحداهما كمال النصاب والآخر من الأخرى كذلك، وإن تعددت قبلن مائة كالمنكوحات بالمتعة أو بملك اليمين. وعلى اعتبار اتحاد الفحل مُعْظَمُ الأصحاب وجملة من الأخبار، وقد تقدّم بعضها.

(وقال) أبو علي (الطبرسي صاحب التفسير رحمة الله عليه) فيه: لا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الفحل بل يكفي اتِّحَادُ المرضعة؛ لأنه (يكون بينهم) مع اتحادها (أُخُوَّةُ الْأُمِّ) وإن تعدد الفحل (وهي تُحْرَمُ التناكح) بالنسب، والرضاع يحرم منه ما يحرم بالنسب^١. وهو متجه لولا ورود النصوص عن أهل البيت عليهم السلام بخلافه^٢، وهي مخصصة لما دلّ بعمومه على اتحاد الرضاع والنسب في حكم التحريم.

(ويُستَحَبُّ) في الاسترضاع (اختيارُ) المرضعة (العاقلة المسلمة العفيفة الوضيئة) الحسنة (للرضاع)؛ لأن الرضاع مؤثر في الطباع والأخلاق والصورة؛ قال النبي صلى الله عليه وآله: «أنا أفصح العرب بيد أني من قريش، ونشأت في بني سعد، وارتضعت من بني زهرة»^٣. وكانت هذه القبائل أفصح العرب فافتخر صلى الله عليه وآله بالرضاع كما افتخر بالنسب. وقال أمير المؤمنين عليه السلام: «انظروا من يرضع أولادكم فإن الولد يشب عليه»^٤. وقال الباقر عليه السلام: «عليكم بالوضاء من الظؤرة فإن اللبن يُعدي»^٥ وقال عليه السلام لمحمد بن مروان:

١. مجمع البيان، ج ٣، ص ٢٨-٢٩، ذيل الآية ٢٣ من النساء، (٤).

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٩-٣٢١، ح ١٣٢٣ و ١٣١٨.

٣. غريب الحديث، الهروي، ج ١، ص ٨٩؛ الفائق في غريب الحديث، ج ١، ص ١٢٦؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٦، ح ١٦٥٨ بتفاوت.

٤. كذا في المصدر، وفي النسخ: «اللبن».

٥. الكافي، ج ٦، ص ٤٤، باب من يكره لبنه ومن لا يكره، ح ١٠.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١١٠، ح ٣٧٧.

«استرضع لولدك بلبن الحسان، وإيّاك والقُبّاحَ فَإِنَّ اللبن قد يُعدي»^١.

(ويجوز استرضاعُ الذمّيّة عند الضرورة) من غير كراهة ويُكره بدونها، ويظهر من العبارة كعبارة كثير التحريم من دونها، والأخبارُ دالّةٌ على الأوّل^٢. (ويمنعها) زَمَن الرضاة (من أكل الخنزير وشرب الخمر) على وجه الاستحقات إن كانت أمته أو مستأجرته، وشَرَطَ عليها ذلك وإلّا تَوَصَّلَ إليه بالرِّفق. (ويُكره تسليمُ الولد إليها لتحمّله إلى منزلها)؛ لأنّها ليست مأمونةً عليه.

(والمجوسيّة أشدُّ كراهةً) أن تُسترضع؛ للنهي عنها في بعض الأخبار المحمول على الكراهة جمعاً، قال عبد الله بن هلال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مُطائِرة المجوس، فقال: «لا ولكن أهل الكتاب»^٣.

(ويُكره أن تُسترضع من ولادتها) التي يصدر عنها اللبن (عن زنى) قال الباقر عليه السلام: «لبن اليهوديّة والنصرانيّة والمجوسيّة أحبّ إليّ من ولد الزنى» والمراد به ما ذكرناه؛ لأنّه قال بعد ذلك: «وكان لا يرى بأساً بولد الزنى إذا جعل مولى الجارية الذي فَجَّرَ المرأة في حلّ»^٤.

وكذا يُكره استرضاع ذات البدعة في دينها، والتشويه في خلقها، والحمقاء، قال النبي صلى الله عليه وآله: «لا تُسترضعوا الحمقاء فَإِنَّ الولد يَشَبَّ عليه»^٥، وقال أمير المؤمنين عليه السلام: «لا تُسترضعوا الحمقاء فَإِنَّ اللبن يَغْلِبُ الطِّباع»^٦.

(وإذا كملت الشرائطُ) المعتبرة في التحريم (صارت المرضعة أمّاً) للرضيع (والفحل) صاحبُ اللبن (أباً وإخوتُهما أعماماً وأخوالاً، وأولادُهما إخوةً، وآبأؤهما أجداداً، فلا يَنْكِحُ أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادةً ورضاعاً)؛ لأنّهم صاروا

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٠، ح ٣٧٦.

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٩، ح ٣٧٢ و ٣٧٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٩، ح ٣٧٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٩، ح ٣٧١.

٥ و ٦. الكافي، ج ٦، ص ٤٣، باب من يكره لبنه ومن لا يكره، ح ٩.

إِخْوَةٌ وَلَدِهِ وَإِخْوَةُ الْوَلَدِ مُحَرَّمُونَ عَلَى الْأَبِ، وَلِذَلِكَ عَطَفَ الْمَصْنُفُ التَّحْرِيمَ بِالْفَاءِ لِيَكُونَ تَفْرِيعاً عَلَى مَا ذَكَرَ، وَالْأَخْبَارُ الصَّحِيحَةُ مُصَرِّحَةٌ بِالتَّحْرِيمِ هُنَا وَأَنَّهُمْ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهِ^١.
 وَقِيلَ: لَا يَحْرُمَنَّ عَلَيْهِ مَطْلَقاً^٢؛ لِأَنَّ أُخْتَ الْإِبْنِ مِنَ النَّسَبِ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِنْتاً إِنَّمَا حَرُمَتْ؛ لِأَنَّهَا بِنْتُ الزَّوْجَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا فَتَحْرِيْمُهَا بِسَبَبِ الدَّخُولِ بِأُمِّهَا وَهُوَ مُنْتَفٍ هُنَا، وَلِأَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ بِأَنَّهُ «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»^٣ لَا مَا يَحْرُمُ مِنَ الْمَصَاهِرَةِ، وَأُخْتُ الْوَلَدِ إِذَا لَمْ تَكُنْ وَلِداً إِنَّمَا تَحْرُمُ بِالمَصَاهِرَةِ. وَهُوَ حَسَنٌ لَوْلَا مُعَارَضَةُ النُّصُوصِ الصَّحِيحَةِ، فَالْقَوْلُ بِالتَّحْرِيمِ أَحْسَنُ.

(و) كَذَا (لَا) يَنْكِحُ أَبُو الْمَرْتَضِعِ (فِي) أَوْلَادِ الْمَرْضِعَةِ (وَلَا ذَةَ)؛ لِصَحِيحَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ عليه السلام: أَنَّ امْرَأَةً أَرْضَعَتْ وَلِداً لِرَجُلٍ، هَلْ يَحِلُّ لَذَلِكَ الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَةَ هَذِهِ الْمَرْضِعَةِ أَمْ لَا؟ فَوَقَّعَ: «لَا تَحِلُّ لَهُ»^٤. وَمِثْلُهَا صَحِيحَةُ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ وَفِيهَا: «لِأَنَّ وَلَدَهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِكَ»^٥.

وَيَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ تَحْرِيمُ زَوْجَةِ أَبِي الْمَرْتَضِعِ عَلَيْهِ لَوْ أَرْضَعْتَهُ جَدُّهُ لِأُمِّهِ سِوَاءِ كَانَ بَلْبِينَ جَدُّهُ أَمْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ حِينَئِذٍ مِنْ جَمْلَةِ أَوْلَادِ صَاحِبِ اللَّبَنِ إِنْ كَانَ جَدًّا، وَمِنْ جَمْلَةِ أَوْلَادِ الْمَرْضِعَةِ نِسْباً إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَلَا يَجُوزُ لِأَبِي الْمَرْتَضِعِ نِكَاحُهَا لِأَحَقِّ كَمَا لَا يَجُوزُ سَابِقاً بِمَعْنَى أَنَّهُ يَمْنَعُهُ سَابِقاً وَيُطِيلُهُ لِأَحَقِّ. وَكَذَا لَوْ أَرْضَعَتْ الْوَلَدَ بَعْضُ نِسَاءِ جَدِّهِ لِأُمِّهِ بَلْبِينَ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ جَدَّةً لِلرَّضِيعِ؛ لِأَنَّ زَوْجَةَ أَبِ الرِّضِيعِ حِينَئِذٍ مِنْ جَمْلَةِ أَوْلَادِ صَاحِبِ اللَّبَنِ.

(و) كَذَا (لَا) يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ أَوْلَادِهَا (رِضَاعاً عَلَى قَوْلِ الطَّبْرِسِيِّ)؛ لِأَنَّهُمْ بِمَنْزِلَةِ

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٠-٣٢٣.

٢. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٣٤٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٩١، ح ١٢٢٣.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٤٤٧، باب نوادر في الرضاع، ح ١٨.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢١، ح ١٣٢٤.

إخوة أولاده من الأم. وقد تقدّم^١ ضعفه؛ لما عرفت من أن التحريم مشروط باتحاد الفحل وهو منفي هنا.

(وينكح إخوة المرتضع نسباً في إخوانته رضاعاً)؛ إذ لا أخوة بينهم وإنما هم إخوة أخيه وإخوة الأخ إذا لم يكونوا إخوة لا يحرمون على إخوانته، كالأخ من الأب إذا كان له أخت من الأم فإنها لا تحرم على أخيه لانتفاء القرابة بينهما.

(وقيل) والقاتل الشيخ: (بالمنع)؛ للدلالة تعليل التحريم على أب المرتضع في المسألة السابقة بأنهن بمنزلة ولده عليه^٢، ولأن أخت الأخ من النسب محرمة فكذا من الرضاع^٣. ويضعف بمنع وجود العلة هنا؛ لأن كونهن بمنزلة أولاد أب المرتضع غير موجود هنا وإن وُجد ما يجري مجراها، وقد عرفت فساد الأخير.

(ولو لحق الرضاع العقد حرم كالسابق) فلو أرضعت أمه أو من يحرم النكاح بإرضاعه كأخته وزوجة أبيه وابنه وأخيه بلبنهم زوجته فسد النكاح. ولو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما حرمتا أبداً مع الدخول بالكبيرة، وإلا الكبيرة، وينفسخ نكاح الجميع مطلقاً.

(ولا تقبل الشهادة به إلا مفضلة) فلا تكفي الشهادة بحصول الرضاع المحرم مطلقاً؛ للاختلاف في شرائطه كيفية وكمية، فجاز أن يكون مذهب الشاهد مخالفاً لمذهب الحاكم فيشهد بتحريم ما لا يحرمه.

ولو علم موافقة رأي الشاهد لرأي الحاكم في جميع الشرائط فالمتجه الاكتفاء بالإطلاق، إلا أن الأصحاب أطلقوا القول بعدم صحتها إلا مفضلة، فيشهد الشاهدان بأن فلاناً ارتضع من فلانة من الثدي من لبن الولادة خمس عشرة رضة تامات في

١. تقدّم في ص ١٦٠.

٢. هذا القول اختاره المصنف في بعض تحقیقاته، واحتج له بما ذكرناه من فحوى الرواية السابقة [أي صحيحة أيوب بن نوح] فإنها تدل على أنهم صاروا أولاد أبيهم، وذلك يمنع من كونهم إخوة الأخ بل أخوه، وقد عرفت جوابه. (منه رحمه الله)

٣. النهاية، ص ٤٦٢.

الحولين من غير أن يُفصل بينها برضاع امرأة أخرى. وبالجملة فلا بد من التعرض لجميع الشرائط. ولا يُشترط التعرض لوصول اللبن إلى الجوف على الأقوى. ويُشترط في صحة شهادته به أن يعرف المرأة في تلك الحال ذات لبن، وأن يُشاهد الولد قد التّم الثدي وأن يكون مكشوفاً؛ لئلا يلتزم غير الحَلَمَة، وأن يُشاهد امتصاصه له وتحريك شفّتيه والتجرّع وحركة الحلق على وجه يحصل له القطع به. ولا يكفي حكاية القرائن وإن كانت هي السبب في علمه، كأن يقول: «رأيتُه قد التّم الثدي وحلقه يتحرك» إلى آخره؛ لأن حكاية ذلك لا تُعدّ شهادة وإن كان علمه مترتباً عليها، بل لا بد من التلفّظ بما يقتضيه عند الحاكم. ولو كانت الشهادة على الإقرار به قُبِلت مطلقاً؛ لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^١ وإن أمكن استناد المقرّ إلى ما لا يحصل به التحريم عند الحاكم، بخلاف الشهادة على عينه.

(وتحرّم بالمصاهرة) وهي علاقة تُحدث بين الزوجين وأقرباء كلّ منهما بسبب النكاح تُوجب الحرمة، ويلحق بالنكاح الوطء والنظر واللمس على وجه مخصوص. هذا هو المعروف من معناها لغةً وعرفاً فلا يحتاج إلى إضافة وطء الأُمّة والشبهة والزنى ونحوه إليها وإن أوجب حرمةً على بعض الوجوه؛ إذ ذاك ليس من حيث المصاهرة بل من جهة ذلك الوطء وإن جرت العادة بإلحاقها بها في بابها. (زوجة كلّ من الأب فصاعداً) كالجد وإن علا من الطرفين (والابن فنازلاً) وإن كان للبنت، وأطلق عليه الابن مجازاً (على الآخر) وإن لم يدخل بها الزوج؛ لمعوم «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ»^٢ وقوله تعالى: «وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ»^٣، والنكاح حقيقة في العقد على الأقوى والحليلة حقيقة في المعقود عليها للابن قطعاً.

(وأُمّ الموطوءة) حلالاً أو حراماً، (وَأُمّ) (المعقود عليها) وإن لم يدخل بها

١. تقدّم تخريجه في ص ١٤٣، الهامش ٢.

٢ و٣. النساء (٤): ٢٢-٢٣.

٤. بالملك مثلاً. (زين رحمه الله)

(فصاعداً) وهي جدُّها من الطرفين وإنْ عَلَتْ، (وابنة الموطوءة) مطلقاً (فنازلاً) أي ابنة ابنها وابنتها وإنْ لم يُطْلَق عليها ابنة حقيقةً (لا ابنة المعقود عليها) من غير دخول، فلو فارقها قبل الدخول حلَّ له تزويج ابنتها. وهو موضع وفاق، والآية الكريمة صريحة في اشتراط الدخول في التحريم.

وأما تحريم الأم وإنْ لم يدخل بالبنْت فعليه المُعْظَم، بل كاد يكون إجماعاً. وإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمّهْتِ نِسَاءَكُمْ﴾^١ يدلُّ عليه، والوصف بعده بقوله تعالى: ﴿مِنْ نِسَائِكُمْ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^٢ لا حجة فيه إمّا لوجوب عوده إلى الجملة الأخيرة كالاستثناء، أو لتعذر حمله عليهما من جهة أن «من» تكون مع الأولى بيانية ومع الثانية ابتدائية والمشارك لا يُستعمل في معنّيه معاً؛ وبه مع ذلك نصوص^٣ إلّا أنّها معارضةٌ بمثلها، ومن ثمَّ ذهب ابن أبي عقيل إلى اشتراط الدخول بالبنْت في تحريمها^٤ كالعكس، والمذهب هو الأول.

(أما الأخت) للزوجة (فتحرّم جمعاً) بينها وبينها، فمتى فارق الأولى بموت أو فسخ أو طلاق بائن أو انقضّت عدّتها حلّت الأخرى (لا عيناً).

(والعمة والخالة) وإنْ عَلَتْنا (يُجمعُ بينها وبين ابنة أخيها أو أختها) وإنْ نَزَلْنَا (برضى العمة والخالة لا بدونه) بإجماع أصحابنا، وأخبارنا متظافرةٌ به^٥. ثمَّ إنْ تقدّم عقد العمة والخالة توقّف العقد الثاني على إذهما، فإنْ بادَرَ بدونه ففي بطلانه أو وقوفه على رضاهما، فإنْ فسَخَتْاه بطل، أو تخيّرهما فيه وفي عقدهما أو جُءَ، أو سطّها الأوسط. وإنْ تقدّم عقد بنت الأخ والأخت وعَلِمَتِ العمة والخالة بالحال فِرْضاهما بعقدهما رَضَى بالجمع، وإلّا ففي تخيّرهما في فسخ عقد أنفسهما، أو فيه وفي عقد السابقة، أو

١. ٢. النساء (٤): ٢٢-٢٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٧٣، ح ١١٦٥ و ١١٦٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٧٤-٢٧٥، ح ١١٦٩-١١٧٠.

٥. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٨، المسألة ١٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣٢، باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها وما يحرم من ذلك.

بطلان عقدهما أوجه، أجودها الأول.

وهل يلحق الجمعُ بينهما بالوطء في ملك اليمين بذلك؟ وجهان، وكذا لو مَلَكَ إحدهما وعَقَدَ على الأخرى. ويمكن شمولُ العبارة؛ لآتِحاد الحكم في الجميع. (وحكمُ) وطءٍ (الشبهة والزنى السابق على العقد حكمُ الصحيح في المصاهرة) فتحرُّم الموطوءةُ بهما على أبيه وابنه، وعليه أمُّها وبنتُها، إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة، ولو تأخَّر الوطء فيهما عن العقد أو المِلْك لم تحرَّم المعقودُ عليها والمملوكةُ. هذا هو الأصحُّ فيهما، وبه يُجمَع بين الأخبار الدالَّة على المنع مطلقاً، وعلى عدمه كذلك.^٢

(وتكرَّره ملموسةُ الابن ومنظورُته) على وجه لا تحلَّ لغير مالك الوطء بعقدٍ أو ملكٍ (على الأب، وبالعكس) وهو منظورةُ الأب وملموسته (تحرُّم^٣) على ابنه. أمَّا الأول فلأنَّ فيه جمعاً بين الأخبار التي دلَّ بعضها على التحريم كصحيحة محمد بن بزيع^٤ وغيرها^٥، وبعضها على الإباحة كموثقة علي بن يقطين عن الكاظم^٦ بنفي البأس عن ذلك بحمل النهي على الكراهة.

وأما الثاني وهو تحريم منظورة الأب وملموسته على الابن فلصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق^٧ قال: «إذا جرَّد الرجلُ الجاريةَ ووضَعَ يده عليها فلا تحلَّ لابنه»^٨ ومفهومها الحلُّ لأبيه، فإن عُمِل بالمفهوم وإلا فبدلالة الأصل وما سبق. وفيه نظر؛ لأنَّ صحيحة ابن بزيع دلَّت على التحريم فيهما ورواية ابن يقطين دلَّت

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٩ - ٣٣٠، ح ١٣٥٢ و ١٣٥٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٦ و ٣٢٩، ح ١٣٤٣ و ١٣٥٥.

٣. بل يكره. (زين رحمه الله)

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٨١، ح ١١٩٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٢، ح ٧٥٨.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠٩، ح ٧٤١.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٨٢، ح ١١٩٣.

على نفيه فيهما، فإن وجب الجمع بينهما بالكراهة فالحكم في صحبة محمد بن مسلم كذلك، وهذا هو الذي اختاره المصنف في شرح الإرشاد^١ وجماعة^٢، أو يعمل بالأولى؛ ترجيحاً للصحيح على الموثق حيث يتعارضان أو مطلقاً، وتكون صحبة محمد بن مسلم مؤيدة لأحد الطرفين وهو الأظهر، فتحرّم فيهما، فالتفصيل غير متوجّه.

وقدّنا النظر واللمس بكونهما لا يحلّان لغيره؛ للاحتراز عن نظر مثل الوجه والكفين بغير شهوة فإنه لا يحرم اتفاقاً، وأمّا اللمس فظاهر الأصحاب - وصرّح به جماعة منهم^٣ - تحريمه فيهما مطلقاً، فيتعلّق به الحكم مطلقاً. نعم، يشترط كونهما بشهوة كما ورد في الأخبار^٤، وصرّح به الأصحاب، فلا عبرة بالنظر المتّقّي ولمس الطبيب ونحوهما وإن كانت العبارة مطلقة.

هذا حكم المنظورة والملموسة بالنسبة إليهما، وهل يتعدّى التحريم إلى أمّها وابنتها في حق الفاعل؟ قولان^٥، مأخذهما أصالة الحلّ واشتراط تحريم البنت بالدخول بالأتم

١. غاية المراد، ج ٣، ص ١٥٨ - ١٦١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٢. منهم: ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٢٨؛ المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٣٣؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٠.

٣. وممن صرح به العلامة في التذكرة [ج ٢، ص ٥٧٥] فإنه قال فيها: لا يجوز مسّ وجه الأمة وإن جوّزنا النظر إليه وتصافحها من وراء ثياب، ويظهر من القواعد [ج ٣، ص ٣٠] والتحريم [ج ٣، ص ٤٦٢] جواز لمس كفها بغير شهوة والمنع أقوى، والفرق بين اللمس والنظر واضح. وقد صرح المجوزون للنظر إلى وجه الأجنبية وكفها بعدم جواز لمسها وادّعى فخر المحقّقين في الشرح [أي إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٩] عليه الإجماع، ولأنّه أقوى في التلذّذ والاستمتاع من النظر. وأغرب المقداد في التنقيح [ج ٣، ص ٧٣] فخصّ موضع النزاع بنظر الفرج ولمسه خاصّة. والنصوص والفتوى مصرّحة بالعموم. وحينئذٍ فيحرّر لهم في المسألة ثلاث عبارات يترتّب عليها ثلاثة أقوال: الأول: عموم النظر واللمس مع استثناء ما وقع منهما في الكفّين ونحوهما. الثاني: كذلك مع استثناء النظر خاصّة. الثالث: تخصيصها بالفرج. (منه رحمه الله)

٤. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٤٥١؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ١٨٢؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٩٣.

٥. من غير تقييد بكونه على وجه لا يحلّ لغير المالك. (منه رحمه الله)

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٨١، ح ١١٩٢.

٧. القول بالتحريم للشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٣٠٨، المسألة ٨١؛ القول بالعدم للعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٦٧ - ٦٨، المسألة ٢٢.

في الآية ولا قائل بالفرق، وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام الدالة على التحريم. ويمكن الجمع بحمل النهي على الكراهة وهو أولى.

واعلم أنَّ الحكم مختصُّ بنظر المملوكة على ذلك الوجه، وما ذكرناه من الروايات دالٌّ عليها. أمَّا الحرَّة، فإن كانت زوجةً حُرِّمت على الأب والابن بمجرد العقد، وإن كانت أجنبيةً ففي تحریمها قولان^١، ويظهر من العبارة الجزمُ به لأنَّه فَرَضَها مطلقاً، والأدلة لا تُساعد عليه.

(مسائلُ عشرون:)

[المسألة الأولى:] (لو تزوّج الأمُّ وابنتها في عقدٍ واحدٍ (بطلا)؛ للنهي عن العقد الجامع بينهما^٢ واستحالة الترجيح؛ لاتحاد نسبته إليهما. (ولو جَمَعَ بين الأختين فكذاك)؛ لاشتراكهما في ذلك. (وقيل) والقائل الشيخ^٣ وجماعة منهم العلامة في المختلف^٤: (يَتَخَيَّر) واحدةً منهما؛ لمُرْسَلَةِ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عن أحدهما عليه السلام في رجل تزوّج أختين في عقدٍ واحدٍ، قال: «هو بالخيار أن يُمِسِكَ أَيْتَهُمَا شاءَ وَيُحَلِّي سَبِيلَ الأُخْرَى»^٥. وهي مع إرسالها غيرُ صريحة في ذلك؛ لإمكان إمساك إحداها بعقد جديد. ومثله ما لو جَمَعَ بين خَمْسٍ في عقدٍ أو بين اثنتين وعنده ثلاث أو بالعكس ونحوه. ويجوز الجمعُ بين الأختين في المِلْك، وكذا بين الأمِّ وابنتها فيه، وإنَّما يَحْرُمُ الجمعُ بينهما في النكاح وتوابعه من الاستمتاع.

١. القول بالعدم لفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٦٦؛ والفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٧٥؛

وأمَّا القول بالتحريم حكاه الشهيد في مسالك الأفهام، ج ٧، ص ٣٠٩.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٤٥١، ح ٤٥٦٢.

٣. النهاية، ص ٤٥٤.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٦٩، المسألة ٢٣.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٨٥، ح ١٢٠٣.

(ولو وَطِئَ إِحْدَى الْأَخْتَيْنِ الْمَمْلُوكَتَيْنِ حُرِّمَتْ الْأُخْرَى حَتَّى تَخْرُجَ الْأُولَى عَنْ مِلْكِهِ) بَيْعٍ أَوْ هَبَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا. وهل يكفي مطلق العقد الناقل للملك، أم يُشترط لزومه فلا يكفي البَيْعُ بخيار والهَبَةُ التي يجوز الرجوع فيها؟ وجهان: من إطلاق النص^١ اشتراط خروج الأولى عن ملكه وهو حاصل بمطلقه، ومن أنها مع تسلطه على فسخه بحكم المملوكة.

وَيُضَعَّفُ بَأَنَّ غَايَةَ التَّحْرِيمِ إِذَا عُلِّقَتْ عَلَى مَطْلُوقِ الْخُرُوجِ لَمْ يُشْتَرَطْ مَعَهَا أَمْرٌ آخَرُ؛ لِثَلَا يَلْزَمُ جَعْلُ مَا جَعَلَهُ الشَّارِعُ غَايَةً لَيْسَ بَغَايَةً، وَقَدْرَتْهُ عَلَى رَدِّهَا إِلَى مِلْكِهِ لَا تَصْلُحُ لِلْمَنْعِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ الْإِزْمُ مَتَمَكِّنٌ مِنْهُ دَائِمًا عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ بِالشَّرَاءِ وَالْإِتِهَابِ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الْعُقُودِ، فَالْإِكْتِفَاءُ بِمَطْلُوقِ النَّاقلِ أَجْوَدُ. وفي الاكتفاء بفعل ما يقتضي تحريمها عليه كالتزويج والرهن والكتابة وجهان: منشأهما حصول الغرض وهو تحريم الوطء، وانتفاء النقل الذي هو مورد النص^٢ وهو الأقوى. ولا فرق في تحريم الثانية بين وطء الأولى في القبل والدبر. وفي مقدماته من اللمس والقُبْلَةُ والنظر بشهوة نظر: من قيامها مقام الوطء كما سلف، وعدم صدق الوطء بها.

(فَلَوْ وَطِئَ الثَّانِيَةَ فَعَلَّ حَرَامًا) مع علمه بالتحريم (ولم تَحْرُمِ الْأُولَى)؛ لِأَنَّ «الْحَرَامَ لَا يُحْرَمُ الْحَلَالُ»^٣، وَالتَّحْرِيمُ إِنَّمَا تَعَلَّقَ بِوَطْءِ الثَّانِيَةِ فَيُسْتَصْحَبُ، وَلَأَصَالَةُ الْإِبَاحَةِ، وَعَلَى هَذَا فَمَتَى أَخْرَجَ إِحْدَاهُمَا عَنْ مِلْكِهِ حَلَّتِ الْأُخْرَى سِوَاءَ أَخْرَجَهَا لِلْعُودِ إِلَيْهَا أَمْ لَا. وإن لم يُخْرِجْ إِحْدَاهُمَا فَالثَّانِيَةُ مُحَرَّمَةٌ دُونَ الْأُولَى.

وقيل: متى وَطِئَ الثَّانِيَةَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ الْأُولَى أَيْضًا إِلَى أَنْ تَمُوتَ الثَّانِيَةُ أَوْ يُخْرِجَهَا عَنْ مِلْكِهِ لَا لِفَرْضِ الْعُودِ إِلَى الْأُولَى، فَإِنْ اتَّفَقَ إِخْرَاجُهَا لَا لَذَلِكَ حَلَّتْ لَهُ الْأُولَى، وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِيَرْجِعَ إِلَى الْأُولَى فَالتَّحْرِيمُ بَاقٍ، وَإِنْ وَطِئَ الثَّانِيَةَ جَاهِلًا

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٨٨، ح ١٢١٢.

٢. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٤٩، ح ٢٠١٥؛ سنن الدارقطني، ج ٣، ص ١٩٧-١٩٨، ح ٨٨٨/٣٦٢٢-٩٠/٣٦٢٤.

بالتحريم لم تحرم عليه الأولى^{٢٩}. ومستند هذا التفصيل روايات بعضها صريح فيه^٣ وخالية عن المعارض، فالقول به متعين، وبه ينتفي ما علّوه في الأول.
ولو ملك أماً وبنتها ووطئ إحداهما حُرِّمت الأخرى مؤبداً، فإن وطئ المحرمة عالماً حُدَّ ولم تحرم الأولى، وإن كان جاهلاً قيل: حُرِّمت الأولى أيضاً مؤبداً، ويُشكّل بأنه حينئذٍ لا يخرج عن وطء الشبهة أو الزنى وكلاهما لا يُحرَّم لاحقاً كما مرّ، وخروج الأخت عن الحكم للنص^٥ وإلا كان اللازم منه عدم تحريم الأولى مطلقاً كما اختاره هنا.

[المسألة] (الثانية: لا يجوز أن يتزوج أمة على حرّة إلا بإذنها) وهو موضع وفاق، (فلو فعل) بدون إذنها (وقف) العقد (على إجازتها) ولا يقع باطلاً؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقد^٦، وليس المانع هنا إلا عدم رضاها وهو مجبور بإيقافه على إجازتها كعقد الفضولي، ولرواية سماعة عن الصادق^٧.

وقيل: يبطل^٨؛ لحسنه الحلبي عنه^٩: «من تزوج أمة على حرّة فنكاحه باطل»^٩، ونحوه روى حذيفة بن منصور عنه^{١٠}، وزاد فيها: «أنه يُعزّر اثني عشر سوطاً ونصفاً، تُمنّ حرّ الزاني وهو صاغر»^{١١}. وتأويل البطلان بأنه آيل إليه على تقدير اعتراض الحرّة.

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٥٥.

٢. قيّد الشيخ ومن تبعه عدم تحريم الأولى في صورة الجهالة بما إذا أخرج الثانية عن ملكه والأخبار مطلقة في حلّها. فلهذا أطلقنا هنا الحكم بعدم تحريم الأولى. (منه رحمه الله)

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٩٠، ح ١٢١٧.

٤. نسبته إلى الشافعية العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٦٣٧ (الطبعة الحجرية).

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٨٥، ح ١٢٠٣.

٦. المائدة (٥): ١.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٥، ح ١٤١٢.

٨. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٤٥.

٩. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٤، ح ١٤٠٨.

١٠. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٤-٣٤٥، ح ١٤١١.

خلاف ظاهره، ورواية سَمَاعَةَ قاصرة عن معارضته. وعلى البطلان يُنْزَلُ عَقْدُ الأُمَةِ منزلة المعدوم، وعلى إيقافه قيل: للحرّة فسُخِّعَ عقدها أيضاً كالعمّة والخالة^١. وهو ضعف في ضعف.

وجواز تزويج الأُمَةِ بإذن الحرّة^٢ المستفاد من الاستثناء مختصّ بالعبد أو بمن يَعْبُرُ عن وطء الحرّة دون الأُمَةِ وَيَخْشَى الْعَنْتَ، أو مبنًى على القول بجواز تزويج الأُمَةِ بدون الشرطين وإن كان الأقوى خلافه كما نبّه عليه بقوله: (و) كذا (لا) يجوز للحرّة (أن) يتزوَّج الأُمَةَ مع قدرته على تزويج الحرّة) بأن يَحْدَ الحرّة وَيَقْدِرَ على مهرها ونفقها ويمكنه وطؤها وهو المعبر عنه بالطول، (أو مع عجزه إذا لم يَخْشَ الْعَنْتَ) وهو لغة: المشقّة الشديدة^٣، وشرعاً: الضرر الشديد بتركه بحيث يخاف الوقوع في الزنى لغلبة الشهوة وضعف التقوى. وينبغي أن يكون الضرر الشديد وحده كافياً وإن قُوِيَتِ التقوى؛ للحرّج^٤ والضرر المنفّين^٥، وأصالة عدم النقل. وعلى اعتبار الشرطين ظاهر الآية^٦، وبمعناها رواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^٧، ودلالتها بمفهوم الشرط وهو حجة عند المحقّقين.

(وقيل: يجوز) العقد على الأُمَةِ مع القدرة على الحرّة على كراهة^٨؛ للأصل، وعمومات الكتاب مثل: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^٩ و﴿وَلَأُمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٥٩.

٢. قتيده في تحرير الأحكام الشرعيّة [ج ٣، ص ٥٢٢، الرقم ٥١١٦] بالدوام، فلا يحرم التمتع بالأُمَةِ على الحرّة حلاً للآية على الفرد الظاهر وإن كان عموم المنع متوجّهاً نظراً إلى عموم الآية. (منه رحمه الله)

٣. راجع الصحاح، ج ١، ص ٢٥٨ - ٢٥٩؛ ولسان العرب، ج ٢، ص ٦٢، «عنت».

٤. الحجّ (٢٢): ٧٨.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ - ١٤٧، ح ٦٥١.

٦. النساء (٤): ٢٥.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣٤، ح ١٣٧١.

٨. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٦٠.

٩. المؤمنون (٢٣): ٦.

خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ^١، ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾^٢، ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْسَىٰ مِنْكُمْ
وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^٣، ولرواية ابن بكير المرسلة عن الصادق عليه السلام:
«لا ينبغي»^٤ وهو ظاهر في الكراهة.

ويُضَعَّفُ بأنَّ الاشتراط المذكور مخصَّص لما ذكر من العمومات، والرواية مع إرسالها
ضعيفة، وضعف مطلق المفهوم ممنوع، وتنزيل الشرط على الأغلب خلاف الظاهر.
(وهو) أي القول بالجواز (مشهور) بين الأصحاب إلا أنَّ دليله غير ناهض عليه،
فلذا نسبه إلى الشهرة.

(فعلى) القول (الأول لا يُباح) نكاح الأمة (إلا بعدد الطول) وهو لغة: الزيادة
والفضل^٥، والمراد به هنا الزيادة في المال وسعته بحيث يَتِمَكَّنُ معها من نكاح الحرّة
فيقوم بما لا بدّ منه من مهرها ونفقتها، ويكفي للنفقة وجوده بالقوّة كغَلّة المِلك وكسب
ذي الحرقة؛ (وخوف العنت) بالفتح، وأصله انكسارُ العظم بعد الجبر فاستعير لكلّ
مشقة وضرر، ولا ضررَ أعظم من موقعة المأثم، والصبرُ عنها مع الشرطين أفضل؛ لقوله
تعالى: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾^٦.

(وتكفي الأمة الواحدة)؛ لاندفاع العنت بها وهو أحد الشرطين في الجواز.
(وعلى الثاني) وهو الجواز مطلقاً (تُباح اثنتان) لا أزيد كما سيأتي^٧.

[المسألة] (الثالثة: من تزوّج امرأةً في عدّتها، بائنة كانت أو رجعيةً) أو عدّة

١. البقرة (٢): ٢٢.

٢. النساء (٤): ٢٤.

٣. النور (٢٤): ٣٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣٤، ح ١٣٧٢.

٥. المعجم الوسيط، ص ٥٧٢، «طول».

٦. النساء (٤): ٢٥.

٧. يأتي في ص ١٧٦ وما بعدها.

وفاة أو عدة شبهة، ولعلّه غَلَبَ عليهما اسمُ البائنة (عالمًا بالعدة والتحريم بطل العقد وحرِّمَت) عليه (أبدًا)، ولا فرق بين العقد الدائم والمنقطع فيهما؛ لإطلاقِ النصوص^١ الشاملِ لجميع ما ذُكِر. (وإن جَهِل أحدهما) العدة أو التحريم (أو جَهِلَهُمَا حرِّمَت إن دخل) بها قُبْلًا أو دُبْرًا (وإلا فلا).

ولو اختَصَّ العلمُ بأحدهما دون الآخر اختَصَّ به حكمه وإن حرِّم على الآخر التزوُّج به من حيثُ المساعدة على الإثم والعدوان، ويمكن سلامته من ذلك بجَهْلِهِ التحريم أو بأن يَخْفَى عليه عَيْنُ الشخصِ المحرَّم مع علم الآخر ونحو ذلك، وفي الحكم بصحة العقد على هذا التقدير نظراً. ويتعدَّى التحريم - على تقدير الدخول - إلى أبيه وابنه كالموطوءة بشبهة مع الجهل، والمزنيُّ بها مع العلم.

وفي إلحاق مدة الاستبراء بالعدة فتحرم بوطنها فيها وجهان، أجودهما العدم؛ للأصل. وكذا الوجهان في العقد عليهما مع الوفاة المجهولة ظاهراً قبل العدة مع وقوعه بعد الوفاة في نفس الأمر أو الدخول مع الجهل. والأقوى عدمُ التحريم؛ لانتفاء المقتضي له وهو كونها معتدة أو مَرَوَّجَةً، سواء كانت المدة المتخلَّلة بين الوفاة والعدة بقدرها أم أزيد أم أنقص، وسواء وقع العقد أو الدخول في المدة الزائدة عنها أم لا؛ لأنَّ العدة إنما تكون بعد العلم بالوفاة أو ما في معناه وإن طال الزمانُ.

وفي إلحاق ذات البتل بالمعتدة وجهان: من أنَّ علاقة الزوجية فيها أقوى، وانتفاء النص. والأقوى أنَّه مع الجهل وعدم الدخول لا تحرم، كما أنَّه لو دخل بها عالمًا حرِّمَت لأنَّه زانٍ بذات البتل، والإشكال فيهما واهٍ، وإنما يقع الاشتباه مع الجهل والدخول، أو العلم مع عدمه، ووجه الإشكال من عدم النص عليه بخصوصه، وكون الحكم بالتحريم هنا أولى؛ للعلاقة، ولعلّه أقوى.

وحيث لا يُحكم بالتحريم يُجدد العقد بعد العدة إن شاء. ويلحق الولدُ مع الدخول

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٠٦-٣٠٧، باب فيمن يحرم نكاحهن بالأسباب....

والجهل بالجاهل منهما إن وُلد في وقت إمكانه منه. ولها مهرُ المثل مع جهلها بالتحريم، وتعتدُّ منه بعد إكمال الأولى.

[المسألة] (الرابعة: لا تحرمُ المزنِيُّ بها على الزاني إلا أن تكون ذاتُ بعل) دواماً ومتعةً، والمعتدة رَجْعِيَّةٌ بحكمها دون البائن. والحكمُ موضع وفاق.

وفي إلحاق الموطوءة بالملك بذات البعل وجهان، مأخذُهما مساواتُها لها في كثير من الأحكام خصوصاً المصاهرة، واشترَاكُهما في المعنى المقضي للتحريم وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط، وأن ذلك كُلُّه لا يوجب للحاق مطلقاً، وهو الأقوى.

(ولا تحرمُ الزانية) على الزاني ولا على غيره (ولكن يُكره تزويجها) مطلقاً (على الأصح)، خلافاً لجماعة حيث حرّموه على الزاني ما لم تَظْهَرْ منها التوبة^١. ووجهُ الجواز الأصل، وصحيحةُ الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ فَجَّرَ بامرأةٍ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا حَلَالاً فَإِذَا أَوَّلُهُ سِفَاحٌ وَآخِرُهُ نِكَاحٌ، فَمَثَلُهُ كَمَثَلِ النَّخْلَةِ أَصَابَ الرَّجُلُ مِنْ ثَمَرِهَا حَرَاماً ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَكَانَتْ لَهُ حَلَالاً»^٢. ولكن تُكره؛ للنهي عن تزويجها مطلقاً في عدة أخبار^٣ المحمول على الكراهة جمعاً.

واحتج المانع^٤ برواية أبي بصير قال: سألتُه عن رجلٍ فَجَّرَ بامرأةٍ ثُمَّ أَرَادَ بَعْدُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، فَقَالَ: «إِذَا تَابَ حَلٌّ لَهُ نِكَاحُهَا»، قلت: كيف يَعْرِفُ تَوْبَتَهَا؟ قَالَ: «يَدْعُوهَا إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ مِنَ الْحَرَامِ فَإِنْ امْتَنَعَتْ وَاسْتَغْفَرَتْ رَبَّهَا عَرَفَ تَوْبَتَهَا»^٥. وقريب منه ما

١. منهم: الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٠٤؛ الشيخ في النهاية، ص ٤٥٨؛ والقاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ١٨٨.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٧، ح ١٣٤٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٧، ح ١٣٤٧، وص ٤٠٦، ح ١٦٢٥.

٤. المانع هو الشيخ في النهاية [ص ٤٥٨] وابن البراج وأبو الصلاح إلا أنه أطلق تحريم تزويج الزانية وغيره وأخبار النهي مطلقة أيضاً ولم يذكروها قولاً. (منه رحمه الله)

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٧، ح ١٣٤٨.

روى عَمَّارٌ عن الصادق عليه السلام^١. والسند فيهما ضعيف، وفي الأولى قطع، ولو صحَّحتا لوجب حملهما على الكراهة جمعاً.

(ولو زنت امرأته لم تحرم) عليه (على الأصح وإن أصرَّت) على الزنى؛ للأصل والنص^٢ خلافاً للمفيد وسَلَّارٍ حيث ذهباً إلى تحريمها مع الإصرار استناداً إلى فوات أعظم فوائد النكاح وهو التناسل معه؛ لاختلاط النسب حينئذٍ، والغرض من شرعية الحدِّ والرجم للزاني حفظه عن ذلك^٣. ويُضَعَّفُ بأنَّ الزاني لا نسب له ولا حرمة.

[المسألة] (الخامسة: من أوقب غلاماً أو رجلاً، بأن أدخل به بعضَ الحشفة وإن لم يجب الغسلُ حُرِّمَت على الموقب أمُّ الموطوء) وإن علت (وأخوته) دون بناتها (وبنته) وإن نزلت من ذكر وأنتى من النسب اتفاقاً، ومن الرضاع على الأقوى. ولا فرق في المفعول بين الحيِّ والميت على الأقوى؛ عملاً بالإطلاق^٤.

وإنما تحرم المذكورات مع سبقه على العقد عليهن. (ولو سبق العقد) على الفعل (لم يحرم)؛ للأصل، ولقولهم عليه السلام^٥: «لا يُحرَّم الحرامُ الحلال»^٦. والظاهر عدمُ الفرق بين مفارقة مَنْ سبقَ عقدُها بعد الفعل وعدمه فيجوز له تجديدُ نكاحها بعده، مع احتمال عدمه؛ لصدق سبق الفعل بالنسبة إلى العقد الجديد. ولا فرق فيهما بين الصغير والكبير على الأقوى؛ للعموم، فيتعلَّق التحريمُ قبل البلوغ بالولي وبعده به.

ولا يحرم على المفعول بسببه شيء عندنا^٧؛ للأصل، وربما يُقِلُّ عن بعض الأصحاب

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٨، ح ١٣٤٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣١، ح ١٣٦٢.

٣. المقنعة، ص ٥٠٤؛ المراسم، ص ١٥١.

٤. سواء كان لشبهة أو إكراه؛ لأنَّه من باب الأسباب. (زين رحمه الله)

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٠، ح ١٢٨٦.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧١، ح ١٨٨٩.

٧. نبه بقوله «عندنا» على خلاف أحمد [الشرح الكبير المطبوع مع المعني، ج ٧، ص ٤٨٢ - ٤٨٣] حيث حرَّم على الغلام أمَّ اللاتط وبنته. (منه رحمه الله)

تعلّق التحريم به كالفعل^١، وفي كثير من الأخبار^٢ إطلاق التحريم بحيث يمكن تعلّقه بكلّ منهما، ولكنّ المذهب الأوّل.

[المسألة] (السادسة: لو عقد المُحرّم) بفرض أو نفلي بحجّ أو عمرة، بعد إفساده وقبله، على أننى (عالمًا بالتحريم حرّمت أبدأ بالعقد) وإن لم يدخل، (وإن جهل) التحريم (لم تحرّم وإن دخل بها) لكن يقع عقده فاسدًا، فله العود إليه بعد الإحلال. هذا هو المشهور، ومستنده رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام ^٣ الدالّة بمنطوقها على حكم العلم، وبمفهومها على غيره، وهو معتضد بالأصل فلا يضرّ ضعف دلالتيه. ولا تحرم الزوجة بوطنها في الإحرام مطلقاً.

[المسألة] (السابعة: لا يجوز للحرّ أن يجمع زيادةً على أربع حرائر، أو حرّتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة). ينأى على جواز نكاح الأمة بالعقد بدون الشرطين، وإلا لم تجز الزيادة على الواحدة لانتفاء العنّت معها، وقد تقدّم من المصنّف اختيار المنع^٤، ويبعد فرض بقاء الحاجة إلى الزائد عن الواحدة. ولا فرق في الأمة بين القنّة والمدبّرة والمكاتبّة بقسميّها حيث لم تؤدّ شيئاً، وأمّ الولد.

(ولا للعبد أن يجمع أكثر من أربع إماء أو حرّتين أو حرّة وأمتين، ولا يُباح له

١. وهذا القول نقله السيّد الفاخر عن بعض الأصحاب ولم يعينه، قال المصنّف: وهو الظاهر من كلام الراوندي في شرح النهاية محتجاً بشمول الرواية والأخبار المطلقة، منها: حسنة ابن أبي عمير عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يبعث بالفلام، قال عليه السلام: «إذا أوقب حرمت عليه ابنته وأخته» وقريب منها رواية إبراهيم بن عمير وموسى بن سعدان عنه عليه السلام. (منه رحمه الله) [الكافي، ج ٥، ص ٤١٧، باب الرجل يفسق بالفلام....، ح ١ و ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٠، ح ١٢٨٧].

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٠، ح ١٢٨٥ و ١٢٨٦.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٤٢٦، باب المرأة التي تحرم على الرجل، ح ١.

٤. تقدّم في ص ١٧١.

ثلاث إماءٍ وحرّةٌ). والحكم في الجميع إجماعيٌّ. والمُعْتَقُ بعضُهُ كالحرِّ في حقِّ الإماءِ وكالعبدِ في حقِّ الحرائر؛ والمُعْتَقُ بعضُها كالحرّةِ في حقِّ العبدِ وكالأمّةِ في حقِّ الحرِّ. (كلُّ ذلك بالدوام، أمّا المتعةُ فلا حصر له على الأصحّ)؛ للأصل، وصحيحةُ زُرارة: قال: قلت: ما يَجِلُّ من المتعة؟ قال: «كم شئت»^١، وسأل أبو بصير أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة أهى من الأربع؟ قال: «لا ولا من السبعين»^٢، وعن زرارة، عن الصادق عليه السلام قال: ذُكِرَ المتعةُ أهى من الأربع؟ قال: «تزوِّجُ منهنَّ ألفاً فإنَّهنَّ مُستأجرات»^٣.

وفيه نظر؛ لأنَّ الأصلَ قد عُدِلَ عنه بالدليل الآتي، والأخبارُ المذكورةُ وغيرها في هذا الباب ضعيفةٌ أو مجهولةُ السند أو مقطوعةٌ^٤، فإثباتُ مثل هذا الحكمِ المخالفِ للآيةِ^٥ الشريفة وإجماعِ باقي علماء الإسلام مشكُلٌ، لكنّه مشهور حتّى أن كثيراً من الأصحاب لم يَنْقُلْ فيه خلافاً، فإن ثبت إجماعُ كما ادّعاه ابن إدريس^٦ وإلا فالأمر كما ترى.

وتبّه بالأصحّ على خلاف ابن البرّاج حيث مَنَعَ في كتابيه من الزيادة فيها على الأربع^٧ محتجاً بعموم الآية، وبصحيحة أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن [الرضا] عليه السلام، قال: سألتُه عن الرجل تكون عنده المرأةُ أَيْجَلُ له أن يتزوَّجَ بأختها متعة.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٨، ح ١١١٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٨، ح ١١١٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٨-٢٥٩، ح ١١١٩.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٩ و ٢٦٠، ح ١١٢٢ و ١١٢٤.

٥. صحيح زرارة الأول مقطوع، وخبر أبي بصير في طريقه جهالةً بالحسين بن محمد وضعيفٌ بالمعلّى بن محمد. وخبر زرارة الثاني فيه جهالةً بالحسين وسعدان بن مسلم، بقي فيه خبر محمد بن مسلم، وفيه جهالةً بالقاسم بن عروة. وخبر بكير بن محمد الأزدي، وفيه جهالةً بالحسين، وفي بكر نظر، تأمّل. (منه رحمه الله)

٦. النساء (٤): ٣.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٦٢٤.

٨. المهذب، ج ٢، ص ٢٤٣؛ حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٣٨ و ٢٣٩، المسألة ١٦٢.

قال: «لا»، قلتُ حَكَى زَرَّارَةُ عن أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام: «إِنَّمَا هِيَ مِثْلُ الْإِمَاءِ يَتَزَوَّجُ مَا شَاءَ». قال: «لا»، هُنَّ مِنَ الْأَرْبَعِ^١، وَرَوَى عَمَّارٌ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي الْمَتْعَةِ قَالَ: «هِيَ إِحْدَى الْأَرْبَعِ»^٢.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَفْضَلِ وَالْأَحْوَطِ^٣؛ جَمْعاً بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَا سَبَقَ، وَلِصَحِيحَةِ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنِ الرِّضَا عليه السلام قَالَ: «قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام: اجْعَلُوهُنَّ مِنَ الْأَرْبَعِ. فَقَالَ لَهُ صَفْوَانُ بْنُ يَحْيَى: عَلَى الْإِحْتِيَاظِ؟ قَالَ: نَعَمْ»^٤.

وَاعْلَمْ أَنَّ هَذَا الْحَمْلَ يَحْسُنُ لَوْ صَحَّ شَيْءٌ مِنْ أَخْبَارِ الْجَوَازِ لَا مَعَ عَدَمِهِ، وَالْخَبَرُ الْأَخِيرُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي جَوَازِ مَخَالَفَةِ الْإِحْتِيَاظِ. وَفِي الْمَخْتَلَفِ اقْتَصَرَ مِنْ نَقْلِ الْحُكْمِ عَلَى مَجَرَّدِ الشُّهْرَةِ^٥ وَلَمْ يُصَرِّحْ بِالْفَتْوَى، وَلَعَلَّهُ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ.

(وَكَذَا) لَا حَصْرَ لِلْعَدَدِ (بِمِلْكِ الْيَمِينِ إِجْمَاعاً) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^٦. هَذَا فِي مِلْكِ الْعَيْنِ، أَمَّا مِلْكُ الْمَنْفَعَةِ كَالْتَحْلِيلِ فَبِهِ الْإِحَاقُ بِهِ نَظَرٌ، مِنَ الشُّكِّ فِي إِطْلَاقِ اسْمِ مِلْكِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ، وَالشُّكُّ فِي كَوْنِهِ عَقْداً أَوْ إِبَاحَةً، وَالْأَقْوَى الْإِحَاقُ بِهِ، وَبِهِ جُزْمٌ فِي التَّحْرِيرِ^٧.

[المسألة] (الثامنة: إِذَا طَلَّقَ ذُو النِّصَابِ) الَّذِي لَا يَجُوزُ تَجَاوُزُهُ وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ طَلَاقاً (رَجْعِيّاً لَمْ يَجْزُ لَهُ التَّزْوِيجُ دَائِماً حَتَّى تَخْرُجَ) الْمَطْلُوقَةُ مِنَ (الْعِدَّةِ)؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوقَةَ رَجْعِيّاً بِمَنْزِلَةِ الزَّوْجَةِ، فَالْنِكَاحُ الدَّائِمُ زَمَنَ الْعِدَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْجَمْعِ زَائِداً عَلَى النِّصَابِ.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٩، ح ١١٢٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٩، ح ١١٢١.

٣. كالشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٩، ذيل الحديث ١١٢٣.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٩، ح ١١٢٣.

٥. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٣٨، المسألة ١٦٢.

٦. المؤمنون (٢٣): ٦.

٧. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥١٤، الرقم ٥٠٩١.

(وكذا) لا يجوز له تزويج (الأخت) أي أخت المطلقة رجعيًا (دائمًا ومتعة) وإن كانت المطلقة واحدة؛ لأنه يكون جامعاً بين الأختين.

(ولو كان) الطلاق (بائناً جاز) تزويج الزائدة عن النصاب، والأخت؛ لانقطاع العصمة بالبائن وصيرورتها كالأجنبية لكن (على كراهية شديدة)؛ لتحرّمها بحرمة الزوجية، وللنهي عن تزويجها مطلقاً في صحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام قال: «إذا جمّع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدّة المرأة التي طلق». وقال: - لا يجمع ماء في خمس^١، وحمل النهي على الكراهة^٢ جمعاً.

[المسألة] (التاسعة: لا تحلّ الحرّة على المطلّق ثلاثاً) يتخلّلها رجعتان أيّ أنواع الطلاق كان (إلا بالمحلّل وإن كان المطلّق عبداً)؛ لأن الاعتبار في عدد الطلقات عندنا بالزوجة. (ولا تحلّ الأمة المطلقة اثنتين) كذلك (إلا بالمحلّل ولو كان المطلّق حرّاً)؛ للآية^٣ والرواية^٤.

(أما المطلقة تسعاً للعدّة) والمراد به أن يطلقها على الشرائط ثم يُراجع في العدّة ويطلق ثم يطلق في طهر آخر ثم يُراجع في العدّة ويطلق، ثم يطلق الثالثة فيتكحّلها بعد عدتها زوج آخر ثم يفارقها بعد أن يطلقها فيتزوجها الأول بعد العدّة ويفعل كما فعل

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٩٤، ح ١٢٣٣.

٢. كالمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٢، ص ٣٧٥.

٣. البقرة (٢): ٢٣٠.

٤. فيه لفّ ونشر مرتّب، أي دليل اعتبار الثلاث في الحرّة إطلاق الآية المتناول للزوج الحرّ والعبد. ولكن طلاق المطلقة مقيد بالحرّة؛ لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام ودليل اعتبار الطلقتين في الأمة مع مطلق الزوج روايتا محمد بن مسلم والحلي عن الباقر والصادق عليه السلام قال: «طلاق الحرّة إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات وطلاق الأمة إذا كانت تحت الحرّ تطليقات». والعامة جعلوا الاعتبار بالزوج، فإن كان حرّاً اعتبر الطلاق ثلاثاً وإن كانت الزوجة أمة، وإن كان عبداً ثبت التحريم بعد طلقتين وإن كانت الزوجة حرّة. (منه رحمه الله)

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٨٣، ح ٢٨٣.

أولاً إلى أن يُكْمِلَ لها تسعاً كذلك (يَنْكِحُهَا رَجُلَانِ) بعد الثالثة والسادسة، (فإنَّهَا تَحْرُمُ أبداً). وإطلاق التسع للعدة مجاز؛ لأنَّ الثالثة من كلِّ ثلاث ليست للعدة، فإطلاقه عليها إمّا إطلاقاً لاسم الأكثر على الأقل، أو باعتبار المجاورة.

وحيث كانت النصوص^١ والفتاوى مطلقةً في اعتبار التسع للعدة في التحريم المؤبّد كان أعظم من كونها متواليةً ومتمترقةً، فلو اتَّفَقَ في كلِّ ثلاثٍ واحدةً للعدة اعتُبر فيه إكمال التسع كذلك. لكن هل يُغْتَفَرُ منها الثالثة من كلِّ ثلاث؛ لاغفارها لو جامعَتِ الاثنتين للعدة فيكفي وقوع الست للعدة، أو يُعْتَبَرُ إكمال التسع للعدة حقيقة؟ يُحْتَمَلُ الأول؛ لأنَّه المعتبر عند التوالي، ولأنَّ الثالثة لم يَتَحَقَّقْ اعتبار كونها للعدة، وإنَّما استُفيد من النصّ^٢ التحريمُ بالسِتِّ الواقعة لها فيُستصحب الحكم مع عدم التوالي.

والثاني؛ لأنَّ اغتفَارَ الثالثة تَبَيَّنَ مع التوالي على خلاف الأصل، فإذا لم يحصل اعتُبرت الحقيقة خصوصاً مع كون طُلُقَ العدة هي الأولى خاصةً، فإنَّ علاقتي المجاز منتفيتان عن الثالثة؛ إذ لا مجاورة لها للعدّة ولا أكثرية لها، بخلاف ما لو كانت العدّة هي الثانية فإنَّ علاقة المجاورة موجودة. والثاني أقوى. فإن كانت العدّة هي الأولى تعلّق التحريم بالخامسة والعشرين، وإن كانت الثانية فبالسادسة والعشرين.

ويبقى فيه إشكال آخر وهو أن طلاق العدة حينئذٍ لا يَتَحَقَّقُ إلّا بالرجعة بعده والوطء، فإذا توقّف التحريم على تحقّق التسع كذلك لزم تحريمها بعد الدخول في الأخيرة بغير طلاق وهو بعيد، ولو توقّف على طلاقٍ آخر بعده ولم يكن ثالثاً لزم جعل ما ليس بمحرّم محرّماً، والحكم بالتحريم بدون طلاقٍ موقوفٍ على التحليل، وكلاهما بعيد، وليس في المسألة شيء يُعتمد عليه، فللتوقّف فيما خالف النصّ مجال.

هذا كلّهُ حكم الحرّة، أمّا الأمة فقد عرفت أنّها تحرم بعد كلِّ طلقين فلا يجتمع لها طلاقٌ تسع للعدة مع نكاح رجلين، وهما معتبران في التحريم نصّاً وفتوى، فيُحْتَمَلُ

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٠٥، ح ١٢٧٢، وص ٣١١، ح ١٢٩٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٣، ح ٩٨.

تحريمها بسّ؛ لأنها قائمة مقام التسع للحرّة وينكحها بينها رجلان، ويَحْتَمَلُ اعتبار التسع كالحرّة؛ استصحاباً للحلّ إلى أن يَثْبُتَ الْمُحَرَّم. ولا يَقْدَحُ نكاحُ أزيدَ من رجلين؛ لصدقهما مع الزائد.

وعلى التقديرين فيحتمل اعتبار العدد كلّهُ للعدّة اقتصاراً في المجاز على المتحقّق، والاكتفاء في كلّ اثنتين بواحدة للعدّة وهي الأولى؛ لقيامها مقام الاثنتين، ولصدق المجاز في إطلاق العدّة على الجميع بعلاقة المجاورة؛ فعلى الأول يُعْتَبَرُ اثنتا عشرة تَطْلِيقَةً إذا وقعت الأولى من كلّ اثنتين للعدّة، وعلى التسع فثماني عشرة، وَيَبْقَى الكلامُ في الثانية عشرة والثامنة عشرة كما مرّ. وعلى الثاني يُكْتَفَى بالسّ أو التسع. ويَحْتَمَلُ في الأُمّة عدمُ تحريمها مؤبداً مطلقاً؛ لأنّ ظاهر النصّ^١ أنّ مورده الحرّة بقرينة نكاح الرجلين مع التسع فَيَتَمَسَّكُ في الأُمّة بأصالة بقاء الحلّ، ولعدم اجتماع الشرطين فيها؛ وللتوقّف مجال.

[المسألة] (العاشرة: تَحْرُمُ المِلاَعَةُ أبداً) وسيأتي الكلام في تحقيق حكمها وشرائطها^٢. (وكذا) تَحْرُمُ (الصَّمَاءُ والخِرْسَاءُ إذا قَذَفَها زوجها بما يوجب اللعان) لولا الآفة، بأن يَرِمَها بالزنى مع دعوى المشاهدة وعدم البيّنة، فلو لم يَدَّعِ المشاهدة حُدٌّ ولم تحرم. ولو أقام بيّنة بما قَذَفَها به سَقَطَ الحُدُّ عنه والتحريم كما يَسْقُطُ اللعان؛ لأنّ ذلك هو مقتضى حكم القذف في إيجاب اللعان وعدمه.

ولا يَسْقُطُ الحُدُّ بتحريمها عليه، بل يُجْمَعُ بينهما إن ثبت القذف عند الحاكم^٣، وإلا حُرِّمَتْ فيما بينه وبين الله تعالى وبقي الحُدُّ في ذمّته؛ على ما دلّت عليه رواية

١. تقدّم آنفاً.

٢. يأتي في ص ٣٤١ وبعدها.

٣. لعدم المنافات وإن سقط باللعان من حيث إقامته مقام الشهود المسقط للحُدِّ عنه، والرواية مصرّحة بشبوته مع التحريم وبأنّها تحرم عليه بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يترافعه إلى الحاكم أو لم يسمعه أحد ويبقى الحُدُّ في ذمّته كذلك. (منه رحمه الله)

أبي بصير^١ التي هي الأصل في الحكم وإن كان المستند الآن الإجماع عليه كما ادّعاء الشيخ (رحمه الله)^٢.

ودلت الرواية^٣ أيضاً على اعتبار الصّم والخرس معاً، فلو اتّصفت بأحدهما خاصة فمقتضى الرواية ودليل الأصل عدم التحريم، ولكن أكثر الأصحاب^٤ عطفوا أحد الوصفين على الآخر بـ«أو» المقتضي للاكتفاء بأحدهما، والمصنّف عطف بـ«الواو» وهو يدلّ عليه أيضاً، ولكن وَرَدَ الخَرَسُ وحده في روايتين^٥ فالإكتفاء به وحده حسنٌ، أمّا الصّم وحده فلا نصّ عليه بخصوصه يُعْتَدُّ به. وفي التحرير^٦ استشكل حكم الصّماء خاصة بعد أن استقرّب التحريم.

ولو نفى ولدها على وجه يثبت اللعان به لو كانت غير مؤوفة، ففي ثبوت اللعان أو تحريمها به كالقذف وجهان: من مساواته للقذف في التحريم المؤيّد باللعان فيساويه في المعلول الآخر، ودعوى الشيخ في الخلاف الإجماع على أنّه لا لعان للصّماء والخرساء^٨، ومن عموم الآية^٩ المتناول لكلّ زوجة خرّج منه قذفهما بالنصّ أو الإجماع

١. رواية أبي بصير رواها الشيخ في الموثّق وفي الكافي في الصحيح. الكافي، ج ٦، ص ١٦٦، باب اللعان، ح ١٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣١٠-٣١١، ح ١٢٨٨.

٢. الخلاف، ج ٥، ص ١٣، المسألة ٩.

٣. روى الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قد قذف امرأته بالزنى وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال فقال عليه السلام: «إن كان لها بيّنة تشهد له عند الإمام جلد بحدّ وفرق بينهما ثم لا تحلّ له أبداً، وإن لم تكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها». (منه رحمه الله)

٤. وبذلك عبّر جماعة، واكتفى أكثر الأصحاب بأحد الأمرين وهو موجود في هذه الرواية في التهذيب بلفظ «أو» في النسخة التي عندنا، وفي الكافي بحذفها كما ذكرناه. (منه رحمه الله)

٥. منهم: الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٢١٦؛ والقااضي في المهذب، ج ٢، ص ١٨٣؛ وسلاّر في المراسم، ص ١٦٥.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٣، ح ٦٧٣ و ٦٧٦.

٧. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٤٧١، الرقم ٥٠٠٧.

٨. الخلاف، ج ٥، ص ١٣، المسألة ٩.

٩. النور (٢٤): ٦-٩.

فيبقى الباقي داخلاً في عموم الحكم باللعان وتوقّف التحريم عليه، ولا يُلزَم من مساواة النفي القذف في حكم مساواته في غيره؛ لأنّ الأسباب متوقّفة على النصّ، والإجماع إنّما يُقِلّ على عدم لعانها مع القذف كما صرّح به الشيخ فلا يلحق به غيره. والظاهر أنّه لا فرق هنا مع القذف بين دخوله بهما وعدمه؛ عملاً بالإطلاق، أمّا نفي الولد فاشتراطه حسنٌ. ومتى حرّمت قبل الدخول فالأجود ثبوت جميع المهر؛ لثبوته بالعقد فيُستصحب، وتنصّفه في بعض الموارد لا يوجب التعدي. وألحق الصدوق (رحمه الله) في الفقيه بذلك قذف المرأة زوجها الأصمّ^١ فحكم بتحريمها عليه مؤبداً؛ حملاً على قذفه لها، وهو مع غرابته قياس لا نقول به.

[المسألة] (الحادية عشر): تحرّم الكافرة غير الكتابيّة) وهي اليهوديّة أو النصرانيّة أو المجوسيّة (على المسلم إجماعاً، و) تحرّم (الكتابيّة) عليه (دواماً لا متعةً ومِلْكَ يمينٍ) على أشهر الأقوال، والقول الآخر الجواز مطلقاً^٢، والثالث المنع مطلقاً^٣. وإنّما جعلنا المجوسيّة من أقسام الكتابيّة مع أنّها مغايرة لها وإنّ لحقّت بها في الحكم؛ لدعواه الإجماع على تحريم نكاح مَنْ عداها مع وقوع الخلاف في المجوسيّة، فلو لا تغليبُه الاسمَ عليها لدخلت في المُجمَع على تحريمه. ووجه إطلاقه عليها أنّ لها شُبّهة كتاب صَحّ بسببه التجوّز، والمشهور بين المتأخّرين أنّ حكمها حكمها فناسب الإطلاق. وإنّما يُمنَع من نكاح الكتابيّة ابتداءً لا استدامةً؛ لما سيأتي من أنّه لو أسلم زوج الكتابيّة فالنكاح بحاله.

(ولو ازتدّأ أحد الزوجين) عن الإسلام (قبل الدخول بطل النكاح) سواء كان

١. الفقيه، ج ٤، ص ٥٠، ذيل الحديث ٥٠٧٥.

٢. حكاة عن الرّعيّة للشيخ المفيد الشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٧٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٣. كالسيد المرتضى في الانتصار، ص ٢٧٩، المسألة ١٥٥؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٢٧.

٤. الرّدّة هي الإنثيان بما يخرج عن الإسلام قطعاً أو اعتقاداً أو شكّاً. (زين رحمه الله)

الارتداد فطرياً أم مَلِيّاً، (ويجب) على الزوج (نصفُ المهر إن كان الارتدادُ من الزوج)؛ لأنَّ الفسخ جاء من جهته فأشبهه الطلاق. ثمَّ إن كانت التسميةً صحيحةً فنصف المستى، وإلا فنصف مهر المثل. وقيل: يجب جميع المهر؛ لوجوبه بالعقد ولم يثبت تشطيره إلا بالطلاق^١، وهو أقوى. ولو كان الارتداد منها فلا مهر لها؛ لأنَّ الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول^٢.

(ولو كان) الارتداد (بعده) أي بعد الدخول (وقف) انفساخُ النكاح (على) انقضاء العدة) إن كان الارتداد من الزوجة مطلقاً، أو من الزوج عن غير فطرة، فإن رجع المرتد قبل انقضائها ثبت النكاح وإلا انفسخ، (ولا يسقط شيء من المهر)؛ لاستقراره بالدخول.

(ولو كان) ارتداده (عن فطرة بانت) الزوجة (في الحال)؛ إذ لا تُقبل توبته^٣ بل يُقتل، وتخرج عنه أمواله بنفس الارتداد، وتبين منه زوجته وتعتد عدة الوفاة. (ولو أسلم زوج الكتابية) دونها (فالنكاح بحاله) قبل الدخول وبعده دائماً ومنقطعاً، كتابياً كان الزوج أم وثيقياً، جوزنا نكاحها للمسلم ابتداءً أم لا. (ولو أسلمت) دونه (بعد الدخول (وقف) الفسخ (على) انقضاء (العدة) وهي عدة الطلاق من حين إسلامها، فإن انقضت ولم يُسلم تبين أنها بانت منه حين إسلامها، وإن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح.

هذا هو المشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى، وللشيخ (رحمه الله) قول بأن النكاح لا ينفسخ بانقضاء العدة إذا كان الزوج ذميّاً لكن لا يمكن من الدخول عليها ليلاً ولا من

١. قال به المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٢، ص ٤١٠.

٢. أشار بذلك إلى ضابط كلّي وهو أنّه متى كان انفسخ منها قبل الدخول، فلا شيء لها ولا يستثنى عن ذلك إلا شيء واحد وهو ما لو فسخت الزوجة قبله بعنة فإن لها نصف المهر. (منه رحمه الله)

٣. ظاهر هذا ينافي ما قدّمه في قضاء الصلاة من قبول توبة الفطري مطلقاً وما سيأتي في الميراث من القبول باطناً لا ظاهراً وقريب منه في الحدود. (منه رحمه الله)

الخلوة بها، ولا من إخراجها إلى دار الحرب ما دام قائماً بشرائط الذمة^١؛ استناداً إلى روايات ضعيفة مرسل^٢ أو معارضة بما هو أقوى^٣ منها.
(وإن كان) الإسلام (قبل الدخول وأسلمت الزوجة بطل) العقد ولا مهر لها؛ لأنَّ الفرقة جاءت من قتلها، وإن أسلم الزوج بقي النكاح كما مر. ولو أسلما معاً ثبت النكاح؛ لانقضاء المقتضي للفسخ.

[المسألة] (الثانية عشر: لو أسلم أحدُ الزوجين (الوثنيين) المنسويين إلى عبادة الوثن وهو الصنم، وكذا من يحكمهما من الكفار غير الفِرَق الثلاثة، وكان الإسلام (قبل الدخول بطل) النكاح مطلقاً؛ لأنَّ المسلم إن كان هو الزوج استحال بقاءه على نكاح الكافرة غير الكتابية؛ لتحريمه ابتداءً واستدامةً، وإن كان الزوجة فأظهر. (ويجب النصف) أي نصف المهر (بإسلام الزوج) وعلى ما تقدّم^٤ فالجميع، ويسقط بإسلامها؛ لما ذكر.

(وبعده) أي بعد الدخول (يقف) الفسخ (على) انقضاء (العدة) فإن انقضت ولم يُسلم الآخرُ تبين انفساؤه من حين الإسلام، وإن أسلم فيها استمرَّ النكاح. وعلى الزوج نفقة العدة مع الدخول إن كانت هي المسلمة، وكذا في السابق، ولو كان المسلم هو فلا نفقة لها عن زَمَن الكفر مطلقاً؛ لأنَّ المانع منها مع قدرتها على زواله.
(ولو أسلما معاً فالنكاح بحاله)؛ لعدم المقتضي للفسخ. والمعتبر في ترتب الإسلام ومعنيته بآخر كلمة الإسلام لا بأولها. ولو كانا صغيرين قد أنكحهما الوليُّ فالمعتبر إسلام أحد الأبوين في إسلام ولده. ولا اعتبار بمجلس الإسلام عندنا.

١. قال به في النهاية، ص ٤٥٧.

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٠٢، ح ١٢٥٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٠٠، ح ١١٥٥.

٤. تقدّم في ص ١٨٤.

(ولو أسلم الوثني) وَمَنْ فِي حُكْمِهِ (أو الكتابي على أكثر من أربع) نسوة بالعقد الدائم (فأسلمن أو كنّ كتابيات) وإن لم يُسَلَمْنَ (تخيّر أربعاً) منهنّ وفارق سائرهنّ إن كان حرّاً وهنّ حرائر، وإلا اختار ما عيّن له سابقاً من حرّتين وأمتين أو ثلاث حرائر وأمة، والعبد يختار حرّتين أو أربع إماء أو حرّة وأمتين، ثمّ تتخيّر الحرّة في فسخ عقد الأمة وإجازته كما مرّ^١.

ولو شرّطنا في نكاح الأمة الشرطين توجّه انفساخ نكاحها هنا إذا جامعته حرّة؛ لقدرته عليها المنافية لنكاح الأمة. ولو تعدّدت الحرائر اعتُبر رضاهنّ جُمع ما لم يزدنّ على أربع فيعتبر رضى من يختارهنّ من النصاب. ولا فرق في التخيير بين مَنْ تَرْتَب عقدهنّ واقترن، ولا بين اختيار الأوائل والأواخر، ولا بين مَنْ دَخَلَ بهنّ وغيرهنّ. ولو أسلم معه أربع وبقي أربع كتابيات فالأقوى بقاء التخيير.

[المسألة] (الثالثة عشر): لا يُحَكَّم بفسخ نكاح العبد بإبائه وإن لم يَعدْ في العدة على الأقوى؛ لأصالة بقاء الزوجية، (ورواية عمّار) الساباطي عن الصادق عليه السلام، قال: سألتُه عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوَّجها ثمّ إنَّ العبد أبى. فقال: «ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه، فإنَّ إباق العبد طلاقُ امرأته، وهو بمنزلة المرتدّ عن الإسلام». قلت: فإن رجع إلى مواليه ترجع امرأته إليه؟ قال: «إن كانت قد انقضت عدّتها ثمّ تزوّجت غيره فلا سبيل له عليها وإن لم تتزوَّج ولم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الأول»^٢. (ضعيفة) السند فإنَّ عمّاراً وإن كان ثقةً إلاَّ أنَّه فطحي لا يُتمتدّ على ما ينفرد به.

ونبّه بالأقوى، على خلاف الشيخ في النهاية^٣ حيث عمِل بمضمونها، وتبعه

١. تقدّم في ص ١٧٠ وما بعدها.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠٧، ح ٧٣١.

٣. النهاية، ص ٤٩٨.

ابن حمزة^١، إلا أنه خصَّ الحكم بكون العبد زوجاً لأمة غير سيِّده قد تزوّجها بإذن السيِّدين. والحقُّ المنعُ مطلقاً، ووجوبُ النفقة على السيِّد، ولا تبيِّن المرأةُ إلا بالطلاق.

[المسألة] (الرابعة عشر: الكفاءة) بالفتح والمدّ، وهي تساوي الزوجين في الإسلام والإيمان إلا أن يكون المؤمن هو الزوج، والزوجة مسلمةً من غير الفرق المحكوم بكفرها مطلقاً^٢، أو كتابيةً في غير الدائم. وقيل: يُعتَبَر مع ذلك يسارُ الزوج بالنفقة قوّةً أو فعلاً^٣، وقيل: يُكتَفَى بالإسلام^٤، والأشهر الأوّل. وكيف فسّرت فهي (معتبرة في النكاح فلا يجوز للمسلمة) مطلقاً (التزوُّج بالكافر) وهو موضع وفاق، (ولا يجوز للناصب التزوُّج بالمؤمنة)؛ لأنّ الناصبي شرٌّ من اليهودي والنصراني على ما رُوِيَ في أخبار أهل البيت عليهم السلام^٥، وكذا العكس سواء الدائم والمتعّة.

(ويجوز للمسلم التزويج متعّةً أو استدامةً) للنكاح على تقدير إسلامه (كما مرّ بالكافرة) الكتابية ومنها المجوسية، وكان عليه أن يقيدها ولعله اكتفى بالتشبيه بما مرّ. (وهل يجوز للمؤمنة التزويج بالمخالف) من أيّ فرق الإسلام كان ولو من الشيعة غير الإمامية؟ (قولان) أحدهما - وعليه المُعْظَم - المنع^٦؛ لقول النبي صلى الله عليه وآله: «المؤمنون بعضهم أكفأُ بعضٍ»^٧، دلّ بمفهومه على أنّ غير المؤمن لا يكون كفؤاً للمؤمنة، وقوله صلى الله عليه وآله: «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه، إن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفسادٌ كبير»^٨، والمؤمن لا يرضى دين غيره، وقول الصادق عليه السلام: «إنّ العارفة

١. الوسيلة، ص ٣٠٧.

٢. كالخوارج والنواصب والمجسّمة والغلاة ومن خرج عن الإسلام بقول أو فعل. (منه رحمه الله)

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٤١٠.

٤. قال به الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥١٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ٢٢٣، ح ٦٣٩.

٦. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٤٠٩؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٥٧.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩٧، ح ١٥٨٨.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩٦، ح ١٥٨٦.

لَا تُوضَع إِلَّا عِنْدَ عَارِفٍ^١. وَفِي مَعْنَاهَا أَخْبَارٌ^٢ كَثِيرَةٌ^٣ وَاضِحَةٌ الدَّلَالَةُ عَلَى الْمَنْعِ لَوْ صَحَّ سَنَدُهَا، وَفِي بَعْضِهَا تَعْلِيلٌ ذَلِكَ بِأَنَّ «الْمَرْأَةَ تَأْخُذُ مِنْ أَدَبِ زَوْجِهَا وَيَقْهَرُهَا عَلَى دِينِهِ»^٤.
وَالثَّانِي: الْجَوَازُ عَلَى كِرَاهِيَةٍ، اخْتَارَهُ الْمَفِيدُ وَالْمَحْقَقُ ابْنُ سَعِيدٍ^٥، إِمَّا لِأَنَّ الْإِيمَانَ هُوَ الْإِسْلَامُ، أَوْ لَضَعْفِ الدَّلِيلِ الدَّالِّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْإِيمَانِ فَإِنَّ الْأَخْبَارَ بَيْنَ مَرْسَلٍ وَضَعِيفٍ وَمَجْهُولٍ.

وَلَا شَكَّ أَنَّ الْاِحْتِيَاطَ الْمَطْلُوبَ فِي النِّكَاحِ الْمُرْتَبِّ عَلَيْهِ مَهَامُ الدِّينِ مَعَ تَضَافُرِ الْأَخْبَارِ بِالنَّهْيِ^٦ وَذَهَابِ الْمُعْظَمِ إِلَيْهِ حَتَّى ادَّعَى بَعْضُهُمُ الْإِجْمَاعَ عَلَيْهِ^٧ يُرْجَحُ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ. وَاقْتِصَارَ الْمُصَنِّفِ عَلَى حِكَايَةِ الْقَوْلَيْنِ مُشْعِرٌ بِمَا نَبَّهْنَا عَلَيْهِ.
(أَمَّا الْعَكْسُ فَجَائِزٌ قَطْعاً؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْخُذُ مِنْ دِينِ بَعْلِهَا) فَيَقُودُهَا إِلَى الْإِيمَانِ، وَالْإِذْنَ فِيهِ مِنَ الْأَخْبَارِ كَثِيرٌ^٨.

[المسألة] (الخامسة عشر): لَيْسَ التَّمَكُّنُ مِنَ النِّفْقَةِ قُوَّةٌ أَوْ فِعْلاً (شَرْطاً فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ)؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيِّمَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^٩ وَلِلْخَبَرَيْنِ السَّالِفَيْنِ^{١٠}. ثُمَّ إِنْ كَانَتْ

١. الكافي، ج ٥، ص ٣٥٠، باب مَنَاحَةِ النَّصَابِ وَالشَّكَاكِ، ح ١١.

٢. فِي صَحِيحَةِ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارٍ قَالَ: كَتَبَ عَلِيُّ بْنُ أَسْبَاطٍ إِلَى أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام فِي أَمْرِ بَنَاتِهِ وَأَنَّهُ لَا يَجِدُ أَحَدًا مِثْلَهُ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام «فَهَمْتُ مَا ذَكَرْتَ مِنْ أَمْرِ بَنَاتِكَ، وَأَنَّكَ لَا تَجِدُ أَحَدًا مِثْلَكَ، فَلَا تَنْتَظِرْ فِي ذَلِكَ رَحِمَكَ اللَّهُ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله قَالَ ...» (مِنْهُ رَحِمَهُ اللَّهُ).

٣. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٧، ص ٣٠٢ وَ ٣٠٤، ح ١٢٦٠ وَ ١٢٦٦.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٣٤٩، باب مَنَاحَةِ النَّصَابِ وَالشَّكَاكِ، ح ٥.

٥. انْظُرِ الْمُقَنَّنَةَ، ص ٥١٢: الْجَامِعُ لِلشَّرَائِعِ، ص ٤٣٢.

٦. تَقَدَّمَ أَمَّا.

٧. كَالشَّيْخِ فِي الْخِلَافِ، ج ٤، ص ٢٧١، الْمَسْأَلَةُ ٢٧؛ وَابْنُ إِدْرِيسٍ فِي السَّرَائِرِ، ج ٢، ص ٥٥٧.

٨. رَاجِعْ تَهْذِيبَ الْأَحْكَامِ، ج ٧، ص ٣٠٤ وَ ٣٠٥، ح ١١٦٦ وَ ١٢٦٩.

٩. النُّور (٢٤): ٣٢.

١٠. تَقَدَّمَ فِي ص ١٨٧، الْهَامِشُ ٧ وَ ٨.

عالمه بفقره لزم العقد وإلا ففي تسلطها على الفسخ إذا علمت قولان^١، مأخذهما لزوم التضار ببقائها معه كذلك المنفي بالآية^٢ والرواية^٣، وأن النكاح عقد لازم والأصل البقاء، ولقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ»^٤ وهو عام، وهو الأجود. والوجهان آتيان فيما إذا تجدد عجزه. وقيل: هو شرط في صحة النكاح كالإسلام، وأن الكفاءة مركبة منهما أو منهما ومن الإيمان^٥.

والأقوى عدم شرطيته مطلقاً. (نعم، هو شرط في وجوب الإجابة) منها أو من وليها^٦ لأن الصبر على الفقر ضرر عظيم في الجملة، فينبغي جبره بعدم وجوب إجابته وإن جازت أو رجحت مع تمام خلقه وكمال دينه كما أمر به النبي ﷺ في إنكاح جوير^٧ وغيره، وملاحظة المال مع تمام الدين ليس محطاً نظر ذوي الهمم العوالي.

[المسألة] (السادسة عشر: يُكره تزويج الفاسق، خصوصاً شارب الخمر) قال الصادق عليه السلام: «مَنْ زَوَّجَ كَرِيمَتَهُ مِنْ شَارِبٍ خَمْرٍ فَقَدْ قَطَعَ رَجِمَهَا»^٨. وذهب بعض العامة

١. القول بالاشتراط للمفيد للمقنعة، ص ٥١٢؛ والشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٤١٠؛ القول بعدم للقاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ١٧٩؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٩٠.

٢. البقرة (٢): ١٨٥؛ الحج (٢٢): ٧٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦-١٤٧، ح ٦٥١.

٤. البقرة (٢): ٢٨٠.

٥. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٤١٠.

٦. وإن كانت أخفض نسباً وامتنع الولي كان عاصياً إنما تجب الإجابة مع قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوة وإنما يكون عاصياً مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئاً وإن كان أدون منه وإلا جاز العدول إليه وكان وجوب الإجابة تخييرياً فلا يكون الولي عاصياً بذلك وإنما يتعلق الحكم بالولي على القول بأن له الولاية على البكر البالغ وإلا فالتكليف يتعلق بها بالولي، وهل يعتبر في وجوب الإجابة بلوغ المرأة أم يجب على الولي الإجابة لمن ذكر وإن كانت صغيرة؟ وجهان من إطلاق الأمر وانتفاء الحاجة. (زين رحمه الله)

٧. الكافي، ج ٥، ص ٣٣٩، باب أن المؤمن كفو المؤمنة، ح ١.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩٨، ح ١٥٩٠.

إلى عدم جواز تزويج الفاسق مطلقاً إلا لمثله^١؛ لقوله تعالى: «أَقْصَىٰ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ»^٢.

[المسألة] (السابعة عشر): لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل) اتفاقاً، ولما فيه من الفساد (ولا للمعتدة رجعية)؛ لأنها في حكم المروجة. والمراد بالتعريض الإتيان بلفظٍ يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها مع ظهور إرادتها مثل: رَبِّ رَاغِبٍ فِيكَ وَحَرِيصٍ عَلَيْكَ، أَوْ: إِنِّي رَاغِبٌ فِيكَ، أَوْ: أَنْتِ عَلَيَّ كَرِيمَةٌ أَوْ عَزِيزَةٌ أَوْ: إِنْ اللَّهَ لَسَائِقُ إِلَيْكَ خَيْرًا أَوْ رِزْقًا، ونحو ذلك. وإذا حُرِّمَ التعريض لهما فالتصريح أولى.

(ويجوز في المعتدة بائناً)؛ كالمختلعة (التعريض من الزوج) وإن لم تحل له في الحال (وغيره، والتصريح منه) وهو الإتيان بلفظ لا يحتمل غير إرادة النكاح (إن حلت له في الحال) بأن تكون على طَّلَقة أَوْ طَلَّقْتِينِ وإن توقَّفَ الحِلُّ على رجوعها في البذل. (ويحرم) التصريح منه (إن توقَّفَ) حلُّها له (على المحلل)، وكذا يحرم (التصريح) في العدة (من غيره مطلقاً)، سواء توقَّفَ حلُّها للزوج على محلل أم لا، وكذا منه بعد العدة.

(ويحرم التعريض للمطلقة تسعاً) للعدة (من الزوج)؛ لامتناع نكاحه لها، ومثلها الملاعنة ونحوها من المحرّمات على التأبید. (ويجوز) التعريض لها (من غيره) كغيرها من المطلقات بائناً.

واعلم أن الإجابة تابعة للخُطبة في الجواز والتحريم، ولو فَعَلَ الممنوعَ تصريحاً أو تعريضاً لم تحرم بذلك فيجوز له بعد انقضاء العدة تزويجها، كما لو نَظَرَ إليها في وقت تحریمه ثم أراد نكاحها.

١. انظر الشرح الكبير المطبوع مع المغني، ج ٧، ص ٣٧٤ - ٣٧٥؛ ومغني المحتاج، ج ٣، ص ١٦٦.

٢. السجدة (٣٢): ١٨.

[المسألة] (الثامنة عشر): تحرم الخطبة بعد إجابة الغير منها^١ أو من وكيلها أو وليها؛ لقوله ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»^٢ فإن النهي ظاهر في التحريم، ولما فيه من إيذاء المؤمن وإثارة الشحنة المحرم فيحرم ما كان وسيلة إليه. ولو رد لم تحرم إجماعاً، ولو انتفى الأمران فظاهر الحديث التحريم أيضاً، لكن لم يقف على قائل به. (ولو) خالف وخطب وعقد صحَّ وإن فعل محرماً؛ إذ لا منافاة بين تحريم الخطبة وصحة العقد.

(وقيل: تكره الخطبة) بعد إجابة الغير من غير تحريم^٣؛ لأصالة الإباحة، وعدم صيرورتها بالإجابة زوجة، ولعدم ثبوت الحديث كحديث النهي عن الدخول في سومه^٤. وهذا أقوى وإن كان الاجتناب طريق الاحتياط. هذا كله في الخاطب المسلم، أما الذمي إذا خطب الذميمة لم تحرم خطبة المسلم لها قطعاً؛ للأصل، وعدم دخوله في النهي؛ لقوله ﷺ: «على خطبة أخيه»^٥.

[المسألة] (التاسعة عشر): يكره العقد على القابلة المريبة؛ للنهي عنه في عدة أخبار^٦ المحمولة على الكراهة؛ جمعاً بينها وبين ما دلَّ صريحاً على الجل^٧. وقيل:

١. المراد بإجابتها إظهار قبولها له بأن تقول: أجبته إلى ذلك أن يأذن لوليها أو وكيلها في التزويج إن كانت ثيباً أو تسكت إذا استأذنها فيه إن كانت بكرًا وجعلنا لها الولاية، وفي حكم إجابتها إجابة وليها حيث يكون له الولاية ولو أجابت بما يؤذن بالرضى من غير تصريح به، مثل لا رغبة فيك، ففي التحريم وجهان، وكذا لو لم يوجد إجابة ولا رد (منه رحمه الله)

٢. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٢٩١، ح ١٤٠٢٩.

٣. قال به المحقق في المختصر النافع، ص ٢٨٧؛ والفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ١١٤.

٤. الفقيه، ج ٤، ص ٥، ح ٤٩٧١.

٥. تقدّم في الهامش ٢.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٥٥، ح ١٨٢٢ و ١٨٢٣.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٥٥، ح ١٨٢١.

تَحْرُم؛ عملاً بظاهر النهي. ولو قَبِلَتْ ولم تُرَبَّ أو بالعكس لم تَحْرُم ولم يُكْرَه قطعاً. والمعتبر في التربية مسماها؛ عملاً بالإطلاق. وكذا يُكْرَه العقد على بنتها؛ لأنها بمنزلة أختها كما أَنَّ القابلة بمنزلة أمه؛ لورودها معها في بعض الأخبار^٢، وكان عليه أن يذكرها إلا أَنَّهُ لا قائل هنا بالمنع.

(و) كذا يُكْرَه (أَن يُزَوِّج ابْنَه بِنْتَ زَوْجِه المولودة بعد مفارقتِه) لأمتها، وكذا ابنة أُمِّه كذلك؛ للنهي عنه عن الباقر عليه السلام، معللاً بأنَّ أباه لها بمنزلة الأب^٣. وكذا يُكْرَه تزويج ابنته لابنها كذلك، والرواية شاملة لهما؛ لأنَّه فَرَضَهَا في تزويج ولده لولدها، فلو فَرَضَهَا المصنَّف كذلك كان أشمل. (أمَّا) لو وَلَدَتْها (قبل تزويجه فلا كراهة)، لعدم النهي وانتفاء العلة.

(وَأَن يَتَزَوَّج بِضَرَّةِ الأُمِّ مع غير الأب لو فارقها الزوج)؛ لرواية زرارة عن الباقر عليه السلام : «قال ما أَحَبَّ للرجل المسلم أَن يَتَزَوَّج ضَرَّةً كانت لأُمِّه مع غير أبيه»^٤ وهو شامل لما إذا كان تزوُّج ذلك الغير قبل أبيه وبعده.

[المسألة] (العشرون: نكاح الشُّغَار) - بالكسر، وقيل بالفتح أيضاً^٥ - (باطل) إجماعاً (وهو أَن يزَوِّج كُلَّ من الوليَّين الآخَر على أَن يكون بُضْعُ كُلِّ واحدةٍ مَسْهُراً للأُخْرَى). وهو نكاح كان في الجاهليَّة؛ مأخوذ من الشُّغْر وهو رفع إحدى الرجلين؛ إمَّا لأنَّ النكاح يُفْضِي إلى ذلك ومنه قولهم: «أَشْغُرُ وفَخْرُ؟!»^٦ أو لأنَّه يَتَضَمَّن رفع

١. قال به الشيخ الصدوق في المقنع، ص ٣٢٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٥٥، ح ١٨٢٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٥٣، ح ١٨١٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧٢، ح ١٨٩٥.

٥. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٨٠.

٦. في مجالس السيّد المرتضى (رحمه الله) [ج ١، ص ٨٠]: أَنَّ من الشُّغْرِ الذي هو رفع الرجلين قول زياد لابنة معاوية وكانت عند ابنته فافتخرت يوماً عليه وتناولت فشكاها إلى أبيه زياد، فدخل عليها بالدرة يضربها ويقول: أشْغُرُ وفَخْرُ. (منه رحمه الله)

المهر، أو من قبيل شَغَر البلد إذا خلا من القاضي والسلطان؛ لخلوّه من المهر..
والأصل في تحريمه ما رُوِيَ من النهي عنه عن النبي ﷺ^١. ولو خلا المهرُ من أحد
الجانبين بَطُل خاصّةً. ولو شَرَطَ كُلُّ منهما تَزَوُّجَ الأُخْرَى بمهر معلوم صحَّ العقدان
وبطل المسمّى؛ لأنّه شرط معه تزويجٌ وهو غير لازم، والنكاح لا يَقْبَلُ الخيارَ فَيَبُتُّ
مهرُ المثل. وكذا لو زَوَّجه بمهر وشَرَطَ أن يزوجه ولم يَذْكُرْ مهراً.

(الفصل الرابع في نكاح المتعة)

وهو النكاح المنقطع.

(ولا خلاف) بين الإمامية (في شرعيته) مستمراً إلى الآن، أو لا خلاف بين المسلمين قاطبةً في أصل شرعيته وإن اختلفوا بعد ذلك في نسخه. (والقرآن) الكريم (مُصَرِّحٌ به) في قوله تعالى: «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»^١. اتفق جمهورُ المفسرين على أن المراد به نكاح المتعة، وأجمع أهل البيت عليهم السلام على ذلك، ورؤي عن جماعة من الصحابة منهم: أُبَيُّ بن كَعْبٍ وابنُ عباس وابنُ مسعود أنهم قرأوا: «فما استمتعتم به منهنَّ إلى أجلٍ مسَمًّى»^٢.

(ودعوى نَسْخِهِ) أي نسخ جوازه من الجمهور (لم تَثْبُتْ)؛ لتناقض رواياتهم بنسخه فإنهم رَوَوْا عن عليٍّ عليه السلام: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله نَهَى عَنْ مَتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ»^٣، ورَوَوْا عن الربيع بن سَبْرَةَ عن أبيه أَنَّهُ قَالَ: شَكُونَا الْعُرْبَةَ فِي حِجَّةِ الْوَدَاعِ فَقَالَ: «اسْتَمْتَعُوا مِنْ هَذِهِ النِّسَاءِ» فَتَزَوَّجْتُ امْرَأَةً ثُمَّ غَدَوْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَهُوَ قَائِمٌ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْبَابِ وَهُوَ يَقُولُ: «إِنِّي كُنْتُ قَدْ أَذْنْتُ لَكُمْ فِي الْاسْتِمْتَاعِ، أَلَا وَإِنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَهَا إِلَيَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^٤.

ومن المعلوم ضرورةً من مذهب عليٍّ وأولاده عليهم السلام حِلُّها وإنكارُ تحريمها بالغاية،

١. النساء (٤): ٢٤.

٢. مجمع البيان، ج ٣، ص ٣٢، ذيل الآية ٢٤ من النساء.

٣. صحيح البخاري، ج ٥، ص ١٩٦٦، ح ٤٨٢٥؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٣٢٧، ح ١٤١٤٦.

٤. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٣٣١، ح ١٤١٥٥.

فالرواية عن عليٍّ عليه السلام بخلافه باطلة.

ثمَّ اللازم من الروایتين أن تكون قد نُسخَت مَرَّتَيْنِ؛ لأنَّ إباحَتها في حِجَّةِ الوداع أولاً ناسخةٌ لتحريمها يوم خيبر، ولا قائل به. ومع ذلك فيتوجَّه إلى خبر سَبْرَةَ الطعن في سنده، واختلاف ألفاظه ومعارضته لغيره.

ورَوَوْا عن جماعة من الصحابة منهم: جابر بن عبد الله، وعبد الله بن عباس، وابن مسعود، وسَلَمَةُ بن الأكوع، وعِمْرانُ بن حصين، وأنس بن مالك أنَّها لم تُنسخ. وفي صحيح مسلم بإسناده إلى عطاء قال: قَدِمَ جابرُ بنُ عبد الله مُعْتَمِراً فجنَّاه في منزله، فسأله القوم عن أشياء ثمَّ ذكروا المتعة، فقال: نعم، اسْتَمْتَعْنَا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر^٢. وهو صريح في بقاء شرعيَّتها بعد موت النبي ﷺ من غير نسخ.

(وتحريمُ بعض الصحابة) وهو عمر^٣ (إيَّاه تشریع) من عنده (مردود) عليه؛ لأنَّه إن كان بطريق الاجتهاد فهو باطل في مقابلة النصِّ إجماعاً، وإن كان بطريق الرواية فكيف خَفِيَ ذلك على الصحابة أجمع في بقيَّة زمن النبي وجميع خلافة أبي بكر وبعض خلافة المُحرَّم؟!

ثمَّ يدلُّ على أنَّ تحریمه من عنده، لا بطريق الرواية، قوله في الرواية المشهورة عنه بين الفريقين: مُتَعَتَانِ كَانَتَا على عهد رسول الله ﷺ حلالاً أنا أَنهَى عنهما وأعاقب عليهما^٤. ولو كان النبي ﷺ قد نَهَى عنهما في وقت من الأوقات لكان إسناده إليه ﷺ أولى وأدخل في الزجر.

ورَوَى شُعْبَةُ عن الحَكَم بن عُثَيْبَةَ وهو من أكابرهم، قال: سألتُه عن هذه الآية: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ، مِنْهُنَّ﴾^٥ أمسوخةٌ هي؟ قال: لا. ثمَّ قال الحَكَم: قال علي بن أبي

١. انظر المحلى، ج ٩، ص ١٢٩؛ ونيل الأوطار، ج ٦، ص ١٣٥.

٢. صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٠٢٣، ذيل الحديث ١٥/١٤٠٥.

٣. الدر المنثور، ج ٢، ص ٤٨٧، ذيل الآية ٢٤ من النساء (٤).

٤. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٣٣٥، ح ١٤١٧٠.

٥. النساء (٤): ٢٤.

طالب: «لولا أنَّ عمر نهى عن المتعة ما زُنِّي إِلَّا شَفِيٌّ»^١. وفي صحيح الترمذي: أنَّ رجلاً من أهل الشام سأل ابنَ عمر عن متعة النساء، فقال: هي حلال. فقال: إنَّ أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر: أَرَأَيْتَ إنَّ كان أبي نهى عنها وصنعها رسول الله ﷺ أَتُتْرَكَ السَّنَةُ وَتَتَّبِعَ قَوْلَ أَبِي؟!^٢

وأما الأخبار بشرعيته من طريق أهل البيت (عليه السلام) فبالغة أو كادت أن تبلغ حدَّ التواتر^٣ لكثرتها، حتَّى أنَّه مع كثرة اختلاف أخبارنا الذي أكثره بسبب التقيّة وكثرة مخالفينا فيه لم يُوجَد خبرٌ واحدٌ منها يدلُّ على منعه وذلك عجيب.

(وإيجابه كالدائم) بأحد الألفاظ الثلاثة، ولا إشكال هنا في «مَتَعَتُكَ»، (وقبوله كذلك. ويزيد) هنا ذكرُ (الأجل) المضبوط المحروس عن الزيادة والنقصان (وذكرُ المهر) المضبوط كذلك بالكيل أو الوزن أو العدد مع المشاهدة أو الوصفِ الرافع للجهالة، ولو أُخِلَّ به بطل العقد بخلاف الدائم.

(وحكمه كالدائم في جميع ما سلف) من الأحكام شرطاً وولايَةً وتحريماً بنوعيه (إِلَّا ما استثنَيْ^٤) من أنَّ المتعة لا تنحصر في عددٍ، وأنها تصحُّ بالكتابيّة ابتداءً. (ولا تقدير في المهر قَلَّةً ولا كَثَرَةً) بل ما تَرَاخَا عليه ممَّا يَتِمُّوْلُ ولو بكفٍّ مِنْ بَرٍّ، وقَدَّرَه الصدوق بدرهم^٥. (وكذا) لا تقدير في (الأجل) قَلَّةً وكَثَرَةً، وشَدُّ قَوْلٍ بعض الأصحاب بتقديره قَلَّةً بما بين طلوع الشمس والزوال^٦.

١. تفسير الطبري، ج ٤، ص ١٥، ذيل الآية. في بعض النسخ الخطيّة والمطبوعة «شَقِيٌّ» بدل «شَفِيٌّ».

٢. الجامع الصحيح، ج ٣، ص ١٨٥، ح ٨٢٤، ولكنّه في متعة الحجّ.

٣. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥٠، باب تفصيل أحكام النكاح....

٤. يعني في تحريم المصاهرة وأن يستمتع بأمة وعنده حرّة على الدوام أو متعة على الأقرب إلّا بإذنها، ويحرم إدخال بنت الأخ أو بنت الأخت عليها إلّا برضى العمّة أو الخالة له؛ فإن فعل كان موقوفاً أو باطلاً. قوله: «إِلَّا ما استثنَيْ» يعني من عدم القسمة، وعدم النفقة، وعدم السكنى، وأنّه لا حصر، فيجوز أن يستمتع بأكثر من أربع، خلافاً لابن البرّاج. المهذب [ج ١، ص ٢٤٣]. (زين رحمه الله)

٥. المقنع، ص ٣٣٩.

٦. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣١٠.

(ولو وهبها المدة قبل الدخول فعليه نصفُ المسمى^١) كما لو طُلِّق في الدوام قبله. وفي إلحاق هبة بعض المدة قبله بالجميع نظرٌ، والأصل يقتضي عدم السقوط. ولو كانت الهبة بعد الدخول للجميع أو البعض لم يسقط منه شيء قطعاً؛ لاستقراره بالدخول. والظاهر أن هذه الهبة إسقاط بمنزلة الإبراء فلا يفتقر إلى القبول.

(ولو أخلت بشيء من المدة) اختياراً قبل الدخول أو بعده (قاصها) من المهر بنسبة ما أخلت به من المدة بأن يبسط المهر على جميع المدة ويسقط منه بحسابه حتى لو أخلت بها أجمع سقط عنه المهر. ولو كان المنع لعذر كالحيض والمرض والخوف من ظالم لم يسقط باعتباره شيء، ويحتمل ضعيفاً السقوط بالنسبة كالاختياري؛ نظراً إلى أنه في مقابلة الاستمتاع بقرينة المنع الاختياري، وهو مشترك بين الاختياري والاضطراري. وضعفه ظاهر. وفي رواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^٢ ما يدل على الحكمين.

وإطلاق المقاصة على ذلك الوجه مجاز؛ لأن مجرد إخلالها بالمدة يوجب سقوط مقابليها من العوض الآخر ومثل هذا لا يعد مقاصة. ولو ماتت في أثناء المدة أو قبل الدخول فأولى بعدم سقوط شيء كالدائم.

(ولو أخل بالأجل في) متن (العقد انقلب دائماً أو بطل على خلاف) في ذلك منشأ من صلاحية أصل العقد لكل منهما، وإنما يتمحض للمتعة بذكر الأجل.

وللدوام بعده، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني؛ لأن الأصل في العقد الصحة، وموثقة ابن بكير عن الصادق عليه السلام^٣، قال: «إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح باقي»^٤، وعلى هذا عمل الشيخ^٥ والأكثر ومنهم المصنف في شرح الإرشاد^٥، ومن أن

١. ولا عدة. (زين رحمه الله)

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٤٦١، ح ٤٥٩٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٢، ح ١١٣٣.

٤. النهاية، ص ٤٨٩.

٥. غاية المراد، ج ٣، ص ٧٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

المتعة شرطها الأجل إجماعاً والمشروط عدم عند عدم شرطه، ولصحيحة زُرارة عنه عليه السلام: «لا تكون متعة إلا بأمرين: بأجل مسمى وأجر مسمى»^١، وأن الدوام لم يقصد والعقود تابعة للقصد، وصلاحيّة الإيجاب لهما لا يوجب حنل المشترك على أحد معيّنه مع إرادة المعنى الآخر المبين له. وهذا هو الأقوى، والرواية ليس فيها تصريح بأنهما أرادا المتعة وأخلاً بالأجل، بل مضمونها أن النكاح مع الأجل متعة وبدونه دائم، ولا نزاع فيه.

وأما القول بأنّ العقد إن وقع بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، أو بلفظ التمتع بطل^٢، أو بأنّ ترك الأجل إن كان جهلاً منهما أو من أحدهما أو نسياناً كذلك بطل، وإن كان عمداً انقلب دائماً^٣، فقد ظهر ضعفه ممّا ذكرناه، فالقول بالبطان مطلقاً مع قصد التمتع الذي هو موضع النزاع أوجه.

(ولو تبين فساد العقد) إمّا بظهور زوج أو عدّة أو كونها محرّمة عليه جمعاً أو عيناً، أو غير ذلك من المفسدات (فمهر المثل مع الدخول) وجهلها حالة الوطء؛ لأنّه وطء محترّم فلا بدّ له من عوض وقد بطل المسمى فيثبت مهرٌ مثلها في المتعة المخصوصة. وقيل: تأخذ ما قبضته ولا يسلم الباقي^٤؛ استناداً إلى رواية^٥ حملها على كون المقبوض بقدر مهر المثل أولى من إطلاقها المخالف للأصل، وقبل الدخول لا شيء لها؛ لبطلان العقد المقتضي لبطلان المسمى، فإن كانت قد قبضته استعادته وإن تلف في يدها ضمّنته مطلقاً، وكذا لو دخل وهي عالمة بالفساد؛ لأنّها بغية و«لا مهر لبغية».

(ويجوز العزل عنها وإن لم يشترط) ذلك في متن العقد، وهو هنا موضع وفاق،

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٢، ح ١١٣٢.

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٢٠.

٣. لم نثر عليه نعم، حكاه أيضاً في مسالك الأفهام، ج ٧، ص ٤٤٨.

٤. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٩١.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦١، ح ١١٢٨.

وهو منصوص^١ بخصوصه؛ ولأنَّ الغرض الأصليَّ منه الاستمتاعُ دون النسل بخلاف الدوام، (و) لكن (يلحق به الولدُ) على تقدير ولادتها بعد وطئه بحيث يمكن كونه منه (وإنَّ عَزَلَ)؛ لأنَّها فراش و«الولد للفراش»^٢ وهو مرويٌّ أيضاً^٣، لكن لو نفاه استغنى ظاهراً بغير إعان، بخلاف ولد الدوام.

(ويجوز اشتراطُ السائغ في العقد كاشتراطِ الإتيان ليلاً أو نهاراً)؛ لأنَّه شرطٌ لا يُنافي مقتضى العقد؛ لجواز تعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر، إمَّا طلباً للاستبداد أو توفيراً لما سواه على غيره من المطالب، (أو) شرطُ إتيانها (مرةً أو مراراً) مضبوطة (في الزمان المعين) لما ذُكر، ولو لم يُعَيَّن الوقت بل أطلق المَرَّةَ والمَرَّاتِ بطل للجهالة.

(ولا يقع بها طلاقٌ) بل تَبَيَّنُ بانقضاء المدة أو بهبته إياها، وفي رواية محمد بن إسماعيل عن الرضا عليه السلام، قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: «نعم»^٤. (ولا إيلاءً) على أصح القولين^٥؛ لقوله تعالى في قصة الإيلاء: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾^٦ وليس في المتعة طلاقٌ، ولأنَّ من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء وهو منتفٍ في المتعة وبانتفاء اللازم يستفي الملزوم. وللمرتضى (رحمه الله) قولٌ بوقوعه بها^٧؛ لعموم لفظ النساء^٨، ودُفِعَ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾^٩ فإنَّ عود الضمير إلى بعض العامِّ يُخصِّصه.

١. الكافي، ج ٥، ص ٥٠٤، باب العزل، ح ٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦٨، ح ٥٨٧.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٩، ح ١١٥٧.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٦، ح ١١٤٧.

٥. ذهب إليه الشيخ في النهاية، ص ٥٢٨.

٦. البقرة (٢): ٢٢٧.

٧. لم نثر عليه في كتبه، نقله عنه فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٣١.

٨. البقرة (٢): ٢٢٦.

٩. البقرة (٢): ٢٢٧.

(ولا لعان إلا في القذف بالزنى على قول) المرتضى والمفيد^١ استناداً إلى أنها زوجة فيقع بها اللعان؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ^٢﴾ فإن الجمع المضاف يَعْمُ. وأجيب بأنه مخصوص بالسنة^٣؛ لصحيفة ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «لا يلاعن الحرُّ الأمّة ولا الذميّة ولا التي يُتَمَتَّعُ بها»^٤. ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام^٥، ولا قائل بالفرق بين الحرِّ والعبد، فالقول بعدم وقوعه مطلقاً قوي، وأمّا لعانها لنفي الولد فممنفي إجماعاً؛ ولانتفائه بدونه.

(ولا توارث) بينهما (إلا مع شرطه) في العقد فيثبت على حسب ما يشترطانه، أمّا انتفاؤه بدون الشرط فللأصل، ولأنّ الإرث حكم شرعي فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع ولم يثبت هنا، بل الثابت خلافه كقول الصادق عليه السلام: «من حدودها - يعني المتعة - أن لا ترثك ولا ترثها»^٦. وأمّا ثبوته معه فلعموم «المؤمنون عند شروطهم»^٧، وقول الصادق عليه السلام في صحيفة محمد بن مسلم: «إن اشترطت الميراث فهما على شرطهما»^٨. وقول الرضا عليه السلام في حسنة البرزطي: «إن اشترطت الميراث كان وإن لم تشترط لم يكن»^٩.

وفي المسألة أقوال أخر مأخذها أخبار أو إطلاق لا تقاوم هذه، أحدها التوارث

١. الانتصار، ص ٢٧٦، المسألة ١٥٣؛ خلاصة الإيجار، ص ٣٧ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٦)؛ لمزيد

الاطلاع راجع غاية المراد، ج ٣، ص ٧٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٢. النور (٢٤): ٦.

٣. المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٣، ص ٣٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٨، ح ٦٥٣.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٩، ح ٦٥٨.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٥، ح ١١٤٣.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٤، ح ١١٤١.

٩. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٤، ح ١١٣٩.

مطلقاً، وثانيها عدمه مطلقاً^٢، وثالثها ثبوته مع عدم شرط عديمه^٣، والأظهر مختار المصنف. ثم إن شرطاه لهما فعلى ما شرطاه، أو لأحدهما خاصةً احتِمِل كونه كذلك؛ عملاً بالشرط، وبطلانه لمخالفته مقتضاه؛ لأنَّ الزوجية إن اقتضت الإرث وانتفت موانعه ثبت من الجانبين، وإلا انتفى منهما.

(ويقع بها الظهار) على أصح القولين^٤؛ لعموم الآية^٥، فإنَّ المُسْتَمَعَ بها زوجة ولم تُخصَّ، بخلاف ما سبق. وذهب جماعة إلى عدم وقوعه بها^٦؛ لقول الصادق عليه السلام: «الظهار مثل الطلاق»^٧، والمتبادر من المماثلة أن يكون في جميع الأحكام، ولأنَّ المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق وهو هنا متعذر، والإلزام بالفئة وحدها بعيد، وبهية المدة بدل الطلاق أبعد.

ويُضعَّف بضعف الرواية وإرسالها، والمماثلة لا تقتضي العموم، والإلزام بأحد الأمرين جاز أن يختصَّ بالدائم، ويكون أثر الظهار هنا وجوب اعتزالها كالمملوكة. (وعِدَّتُها) مع الدخول إذا انقضت مدَّتُها أو وهَبَها (حيضتان) إن كانت من تحيض؛ لرواية محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: «طلاق الأمة تطليقتان وعدَّتُها حيضتان»^٨، وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام: «أنَّ على المتمتعة ما على الأمة»^٩.

١. ذهب إليه القاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٢٤٠ و ٢٤٣.

٢. ذهب إليه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٢٤.

٣. ذهب إليه السيد المرتضى في الانتصار، ص ٢٧٥، المسألة ١٥٣.

٤. ذهب إليه السيد المرتضى في الانتصار، ص ٢٧٦، ضمن المسألة ١٥٣.

٥. المجادلة (٥٨): ٣.

٦. منهم: الشيخ الصدوق في الهداية، ص ٢٧٤؛ وابن الجنيّد حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٨.

المسألة ٦٥؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٢٤.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٤.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣٥، ح ٤٦٧.

٩. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٧، ح ٥٤٥.

وقيل: عدّتها قرّان^١ وهما طهران؛ لحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام: «وإن كان حرّاً تحتَه أمةً فطلاقها تطليقتان وعدّتها قرّان»^٢ مضافة^٣ إلى صحيحة زرارة. والأوّل أحوط. وعليه لو انقضّت أيامها أو وهبها في أثناء الحيض لم يُحسب ما بقي منه؛ لأنّ الحيضة لا تصدّق على بعضها وإن احتسب ما بقي من الطهر طهرًا.

(ولو اشترابت) بأن لم تحض وهي في سنّ من تحيض (فخمسة وأربعون يوماً) وهو موضع وفاق. ولا فرق فيهما بين الحرّة والأمة.

(و) تعتدّ (من الوفاة بشهرين وخمسة أيام إن كانت أمةً، وبضعفها إن كانت حرّةً) ومستند ذلك الأخبار الكثيرة الدالة على أنّ عدّة الأمة من وفاة زوجها شهران وخمسة أيام^٤، والحرّة ضعفها^٥، من غير فرق بين الدوام والمتعة. وتزيد الأمة هنا بخصوصها مرسله عليّ بن أبي شعبة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوّج امرأةً متعةً ثمّ مات عنها ما عدّتها؟ قال: «خمسة وستون يوماً»^٦ بحملها على الأمة جمعاً.

وقيل: إنّ عدّتها أربعة أشهرٍ وعشرٍ مطلقاً؛ لصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألتَه ما عدّة المتمتعة إذا مات عنها الذي تمتّع بها؟ قال: «أربعة أشهرٍ وعشرًا». ثمّ قال: «يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّةً كانت أو أمةً، وعلى أيّ وجه كان النكاح منه متعةً أو تزويجاً أو ملكٍ يمينٍ فالعدّة أربعة أشهرٍ وعشرًا»^٧. وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، قال: سألتَه عن المرأة يتزوّجها الرجل متعةً ثمّ

١. قال به الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٣٦؛ والحلي في الكافي في الفقه، ص ٣١٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣٤، ح ٤٦٦.

٣. في النسخ: «مضافة».

٤. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٤، باب عدد النساء.

٥. راجع الكافي، ج ٦، ص ١١٧، باب المتوفّي عنها زوجها....

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٨، ح ٥٤٧.

٧. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٢٥.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٧، ح ٥٤٥.

يَتَوَقَّى عنها. هل عليها العدة؟ فقال: «تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام»^١.

ويشكل بأن هذه مطلقة فيمكن حملها على الحرّة جمعاً، وصحيحة زرارة تضمنت أن عدة الأمة في الدوام كالحرّة، ولا قائل به، ومع ذلك معارضةً بمطلق الأخبار الكثيرة الدالة على أن عدة الأمة في الوفاة على نصف الحرّة، وبأن كونها على النصف في الدوام يقتضي أولويته في المتعة؛ لأن عدتها أضعف في كثير من أفرادها، ونكاحها أضعف فلا يناسبها أن تكون أقوى، وهذه مخالفة أخرى في صحيحة زرارة للأصول، وإن كان العمل بها أحوط.

(ولو كانت حاملاً فبأبعد الأجلين) من أربعة أشهر وعشرة أو شهرين وخمسة ومن وضع الحمل (فيهما) أي في الحرّة والأمة. أمّا إذا كانت الأشهر أبعد فظاهر؛ للتحديد بها في الآية^٢ والرواية^٣، وأمّا إذا كان الوضع أبعد فلامتناع الخروج من العدة مع بقاء الحمل.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٧، ح ٥٤٤.

٢. البقرة (٢): ٢٣٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٠، ح ٥١٨.

(الفصل الخامس في نكاح الإماء)

بكسرة الهمزة مع المدّ؛ جمع «أمة» بفتحها.

(لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يّعقدا لأنفسهما نكاحاً إلّا بإذن المولى)؛ لأنّهما مملوك له. فلا يتصرّفان في ملكه بغير إذنه لقبحه (أو إجازته) لعقدهما لو وقع بغير إذنه، على أشهر القولين^١؛ لحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام، قال: سألت عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده. قال: «ذاك إلى السيّد إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما»^٢، وعلى هذا فتكون الإجازة كاشفةً عن صحّته من حين إيقاعه كغيره من العقود الفضوليّة. وقيل: بل يكون كالعقد المُستأنف^٣.

وقيل: يقع باطلاً؛ إمّا بناءً على بطلان عقد الفضولي مطلقاً، أو بطلان نكاح الفضولي^٤، أو بطلان هذا بخصوصه نظراً إلى أنّه منهيٌّ عنه^٥؛ لقبح التصرّف في ملك الغير فيكون فاسداً، ولما رُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وآله: «أَيُّمَا مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ»^٦ وكليّة الكبري والسند ممنوعان. وقيل: تختصّ الإجازة بعقد العبد دون الأمة^٧؛

١. ذهب إليه يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٤٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥١، ح ١٤٣٢.

٣. اختاره القاضي ابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٢١٦.

٤. اختاره فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٧؛ وج ٣، ص ٢٧.

٥. ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٢٥٧-٢٥٨، المسألة ١١.

٦. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٩٦.

٧. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٢٠٥، ح ١٣٧٢٩ و ١٣٧٣٠ مع تفاوت.

٨. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٠٠.

عملاً بظاهر النص السابق، ورجوعاً في غيره إلى النهي المفيد للبطلان. وكلاهما ممنوعان فإن المملوك يصلح لهما، والنهي لا يقتضيه هنا.

وحيث يأذن المولى أو يُجيز عقد العبد فالمهر ونفقة الزوجة عليه، سواء في ذلك كسب العبد وغيره من سائر أمواله، على أصح القولين^١، وله مهر أمته.

(وإذا كانا) أي الأبوان (رقاً فالولد رقاً)؛ لأنه فرعهما وتابع لهما، ويملكه المولى إن اتحد، وإن كان كل منهما لمالك (يملكه المولى إن أذنا) لهما في النكاح (أو لم يأذن أحدهما) أي كل واحد منهما؛ لأنه نماء لملكهما فلا مزية لأحدهما على الآخر، والنسب لاحق بهما، بخلاف باقي الحيوانات فإن النسب غير معتبر، والنسب والتبعية فيه لاحق بالأم خاصة، والنص^٢ دال عليه أيضاً، والفرق به أوضح.

(ولو أذن أحدهما خاصة فالولد لمن لم يأذن) سواء كان مولى الأب أم مولى الأم، وعُلِّل مع النص بأن الأذن قد أقدم على فوات الولد منه فإنه قد يتزوج من ليس برق فينقذ الولد حرّاً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة^٣. ويشكل الفرق فيما لو انحصر إذن الأذن في وطء المملوكة فإنه لم يُضَيِّع الولد حينئذٍ.

ويشكل الحكم فيما لو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص وأحد المشتركين دون الآخر، أو تعدد مولى كل منهما فإنه خارج عن موضع النص والفتوى فيحتمل كونه كذلك، فيختص الولد بمن لم يأذن اتحد أم تعدد، واشتراكه بين الجميع على الأصل حيث لا نص.

(ولو شرط أحد الموليين انفراذه بالولد أو بأكثره صح الشرط^٤)؛ لعموم

١. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٥٣؛ خلافاً لأحد قولي الشيخ فعملقهما بكسب العبد. راجع المبسوط، ج ٣، ص ٣٩٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٩، ح ١٤٢٥.

٣. علَّله المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٣، ص ٨٦.

٤. ولا يسقط بالإسقاط بعده. (زين رحمه الله)

«المؤمنون عند شروطهم»^١، ولأنه شرط لا يُنافي النكاح.

(ولو كان أحد الزوجين حرّاً فالولد حرّاً)؛ للأخبار الكثيرة الدالة عليه^٢، سواءً في ذلك الأب والأم، ولأنه نماء الحرّ في الجملة وحقّ الحرّية مقدّم لأنها أقوى، ولهذا يُبيّن العتق على التغليب والسرّاية. وقول ابن الجنيّد بأنّه لسيد المملوك منهما إلّا مع اشتراط حرّيته؛ تغليباً لحقّ الآدمي على حقّ الله تعالى ضعيف^٣.

(ولو شرط) مولى الرقّ منهما (رقّيته جاز) وصار رقّاً (على قول مشهور^٤) بين الأصحاب (ضعيف المأخذ)؛ لأنّه رواية مقطوعة دلّت على أنّ ولد الحرّ من مملوكة مملوك^٥ حملوها على ما إذا شرط المولى الرقّية. ومثّل هذه الرواية لا تصلح مؤسسة لهذا الحكم المخالف للأصل، فإنّ الولد إذا كان مع الإطلاق ينعقد حرّاً فلا تأثير في رقيّته للشرط؛ لأنّه ليس ملكاً لأبيه حتّى يؤثر شرطه، كما لا يصحّ اشتراط رقيّة من وُلد حرّاً سيّما مع ورود الأخبار الكثيرة بحرّية من أحد أبويه حرّاً، وفي بعضها «لا يملك ولد حرّاً»^٦.

ثمّ على تقدير اشتراط رقيّته في العقد أو التحليل وقلنا بعدم صحّة الشرط، هل يُحكم بفساد العقد لعدم وقوع التراضي بدون الشرط الفاسد، كما في غيره من العقود المشتملة على شرط فاسد، أم يصحّ ويبطل الشرط خاصّة؟ يُحتَمَل الأوّل؛ لأنّ العقد يتبع القصد ولم يحصل إلّا بالشرط والشرط لم يحصل، والثاني؛ لأنّ عقد النكاح كثيراً ما يصحّ بدون الشرط الفاسد وإنّ لم يصحّ غيره من العقود. وفي الأوّل قوّة، وصحّته في

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣٥-٣٣٦، باب العقود على الإماء....

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٦٨، المسألة ١٨٧.

٤. ذهب إليه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٦٨، المسألة ١٨٧.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣٦، ح ١٣٧٨.

٦. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣٥-٣٣٦.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥٠، ح ١٤٢٩.

بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضي عمومته في جميع موارد، وأولى بعدم الصحة لو كان تحليلاً؛ لأنه متردّد بين العقد والإذن - كما سيأتي - ولا يلزم من ثبوت الحكم في العقد ثبوته في الإذن المجرد، بل يبقّى على الأصل.

وعلى هذا لو دخل مع فساد الشرط وحكمنا بفساد العقد كان زانياً مع علمه بالفساد، وانعقد الولد رِقاً كنظائره. نعم، لو جهل الفساد كان حرّاً للشبهة. وإن قلنا بصحته لزم بالشرط ولم يسقط بالإسقاط بعد العقد؛ لأنّ ذلك مقتضى الوفاء به مع احتماله؛ تغليباً للحرية وكما لو أسقط حقّ التحجير ونحوه.

(ويستحبّ إذا زوج عبده أُمته أن يُعطيها شيئاً من ماله) ليكون بصورة المهر جبراً لقلبها، ورفعاً لمنزلة العبد عندها، ولصحيحة محدّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، قال: سأله عن الرجل كيف ينكح عبده أُمته؟ قال: «يُجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانة» ويُعطيها شيئاً من قبله أو من مولاه، ولا بدّ من طعام أو درهمٍ أو نحو ذلك^١.

وقيل بوجوب الإعطاء^٢ عملاً بظاهر الأمر، ولئلاّ يلزم خلوّ النكاح عن المهر في العقد والدخول معاً.

ويُضعف بأنّ المهر يستحقّه المولى؛ إذ هو عوض البضع المملوك له ولا يعقل استحقاقه شيئاً على نفسه وإن كان الدفع من العبد كما تضمّنته الرواية^٣؛ لأنّ ما بيده ملكٌ للمولى؛ أمّا الاستحباب فلا حرج فيه؛ لما ذكر وإن لم يخرج عن ملكه، ويكفي فيه كونه إباحةً بعض ماله للأمة تتنفع به بإذنه. والفرق بين النفقة اللازمة للمولى والمهر أنّه في مقابلة شيءٍ هو ملك المولى، بخلافها فإنّها مجرد نفع ودفع ضرورة لا معاوضة. واعلم أنّه يكفي في إنكاح عبده لأُمته مجرد اللفظ الدالّ على الإذن فيه كما يظهر من الرواية، ولا يشترط قبول العبد ولا المولى لفظاً، ولا يقدح تسميته فيها نكاحاً - وهو

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٥، ح ١٤٦٥.

٢. قال به المفيد في المقنعة، ص ٥٠٧؛ والشيخ في النهاية، ص ٤٧٨.

٣. تقدّم في الهامش ١.

متوقّف على العقد - وإيجابه إعطاء شيء، وهو يُنافي الإباحة؛ لأنّ قوله ﷺ «يجزئه» ظاهرٌ في الاكتفاء بالإيجاب والإعطاء على وجه الاستحباب، ولأنّ رفعه بيد المولى والنكاح الحقيقي ليس كذلك، ولأنّ العبد ليس له أهلية الملك فلا وجه لقبوله، والمولى بيده الإيجاب والجهتان ملكه، فلا ثمة لتعليقه ملكاً بملك. نعم، يُعتبر رضاه بالفعل وهو يحصل بالإباحة الحاصلة بالإيجاب المدلول عليه بالرواية. وقيل: يُعتبر القبول من العبد؛ إمّا لأنّه عقد أو لأنّ الإباحة منحصرة في العقد أو التملك، وكلاهما يتوقّف على القبول. وربما قيل: يُعتبر قبول المولى^١؛ لأنّه الوليُّ كما يُعتبر منه الإيجاب.

(ويجوز تزويج الأمة بين الشريكين لأجنبي باتفاقهما)؛ لانحصار الحقّ فيهما واتّحاد سبب الحلّ، ولو عقد أحدهما وحلّها الآخر لم يصحّ لتبعض البضع، مع احتمال الجواز لو جعلنا التحليل عقداً. ثمّ إن اتّحد العقدُ منهما فلا إشكال في الصحة، وإن أوقع كلّ منهما عقداً على المجموع صحّ أيضاً، وإن أوقعه على ملكه لم يصحّ. (ولا يجوز تزويجها لأحدهما)؛ لاستلزامه تبعض البضع من حيث استباحته بالملك والعقد والبضع لا يتبعّض، ولأنّ الحلّ منحصّر في الأزواج وملك الأيمان، والمستباحّ بهما خارجٌ عن القسمة؛ لأنّ التفصيل يقطع الاشتراك. ودوران الحكم^٢ بين منع الخلوّ ومنع الجمع يوجب الشكّ في الإباحة فيرجع إلى أصل المنع. (ولو حلّل أحدهما لصاحبه) حصّته (فالوجه الجواز)؛ لأنّ الإباحة بمنزلة الملك؛ لأنّها تملك للمنفعة فيكون حلّ جميعها بالملك، ولرواية محمّد بن مسلم عن

١. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٤٦.

٢. انظر نكت النهاية، ج ٢، ص ٣٤٦.

٣. جواب عن مقدّر، تقريره أنّ الآية الحاصرة للحلّ في الأزواج أو ملك الأيمان كما يحتمل إرادة منع الجمع الذي ادّعيتموه يحتمل إرادة منع الخلوّ منهما، فلا يدلّ على منع الجمع فإذا استباح بهما صحّ، وتقرير الجواب أنّ المنفصلة تحتمل إرادة منع الجمع والخلوّ ومنع كلّ واحد منهما على انفراد، ومع قيام الاحتمال يتحقّق الجواز مع وجود أحدهما خاصّة ويحصل الشكّ في اجتماعهما فيستصحح حكم المنع الثابت قبل ذلك وإن أمكن إرادة منع الخلوّ؛ لأنّ مجرد احتمال غير كافٍ في رفع الحظر. (منه رحمه الله)

الباقر عليه السلام في جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم أحلَّ أحدهما فرجها لصاحبه، قال: «هو له حلال»^١.

وقيل بالمنع أيضاً بناء على تبعض السبب^٢ حيث إن بعضها مُستباح بالملك، والبعض بالتحليل، وهو مغاير لملك الرقبة في الجملة، أو لأنه عقد أو إباحة، والكل مغاير لملكه كمغايرة الإباحة بالعقد لها بالملك مع اشتراكهما في أصل الإباحة، والرواية ضعيفة السند. وأما تعليل الجواز بأنها قبل التحليل محرمة وإنما حلت به فالسبب واحد، ففيه أنه حينئذ يكون تمام السبب لا السبب التام في الإباحة ضرورة أن التحليل مختص بحصة الشريك لا بالجميع، وتحقق المسبب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير منه سبباً تاماً.

(ولو أُعتقت المملوكة) التي قد زوّجها مولاهما قبل العتق (فلها الفسخ)؛ لخبر بريرة^٣ وغيره^٤، ولما فيه من حدوث الكمال وزوال الإيجاب. ولا فرق بين حدوث العتق قبل الدخول وبعده. والفسخ (على الفور) اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، والضرورة تندفع به، وتُعدّر مع جهلها بالعتق وفورية الخيار وأصله على الأقوى (وإن كانت) الأمة (تحت حرّ)؛ لعموم صحيحة الكناني عن الصادق عليه السلام: «أيما امرأة أُعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت وإن شاءت فارقت»^٥ وغيرها^٦. وقيل يختص الخيار بزوجة العبد^٧؛ لما روي من أن بريرة كانت تحت عبد وهو مغيب^٨.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠٣، ح ٧١٧.

٢. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٦٧، المسألة ١٨٥؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٤٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤١-٣٤٢، ح ١٣٩٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤١-٣٤٢، ح ١٤٠٠-١٤٠١.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤١، ح ١٣٩٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٣، ح ١٤٠٢.

٧. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥٠٧-٥٠٨.

٨. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٣٦٢، ح ١٤٢٦٩.

ولا دلالة فيه على التخصيص لو تم.

(بخلاف العبد فإنه لا خيار له بالعتق)؛ للأصل، ولانجبار كماله بكون الطلاق بيده، وكذا لا خيار لسيده ولا لزوجته حرّة كانت أم أمة؛ للأصل.

(ويجوز جعل عتق أمته صدقاً) فيقول: «تزوّجتك وأعتقتك وجعلت مهرَك عتقك». (ويُقدّم) في اللفظ (ما شاء من العتق والتزويج)؛ لأن الصيغة أجمع جملة واحدة لا يتيم إلا بآخرها فلا فرق بين المتقدم منها والمتأخّر. وقيل: يتعيّن تقديم العتق لأن تزويج المولى أمته باطل، ويضعف بما مرّ، وبأنه يستلزم عدم جواز جعل العتق مهراً؛ لأنه لو حُكِم بوقوعه بأوّل الصيغة امتنع اعتباره في التزويج المتعقّب.

وقيل: بل يُقدّم التزويج^٢؛ لثلاث تَعَتَّق فلا تَصْلَح لجعل عتقها مهراً، ولأنّها تملك أمرها فلا يصح تزويجها بدون رضاها، ولرواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام، قال: سألت عن رجل قال لأتمته: أعتقتك وجعلت مهرَك عتقك. فقال: «عَتَقْتُ وهي بالخيار إن شاءت تزوّجته وإن شاءت فلا، فإن تزوّجته فليعطها شيئاً»^٣. ونحوه زُوي عن الرضا عليه السلام^٤. وفيه نظر؛ لما ذكر، ولأنّ المانع في الخبر عدم التصريح بلفظ التزويج لا تقديم العتق، وهو غير المتنازع. والحق أنّهما صيغة واحدة لا يترتّب شيء من مقتضاها إلاّ بتامها، فيقع مدلولها وهو العتق وكونه مهراً وكونها زوجة.

(ويجب قبولها على قول)^٥؛ لاشتغال الصيغة على عقد النكاح وهو مركّب شرعاً من الإيجاب والقبول، ولا يمنع منه كونها حال الصيغة رقيقة؛ لأنّها بمنزلة الحرّة حيث تصير حرّة بتامه، فرقيتها غير مستقرّة، ولولا ذلك امتنع تزويجها. ووجه عدم الوجوب

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٢٦٨، المسألة ٢٢؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٨٧، المسألة ٢٠٤.

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٩٧؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٢٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠١، ح ٧١٠.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠١، ح ٧٠٩.

٥. راجع كنز الفوائد، ج ٢، ص ٤٢٠ - ٤٣٠؛ واحتمله فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٥٤.

أَنْ مُسْتَنْدَ شَرْعِيَّةِ هَذِهِ الصِّيغَةِ هُوَ النُّقْلُ الْمُسْتَفِيزُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ^١ وَالْأُتَمَّةُ ﷺ^٢، وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ الْقَبُولِ وَلَوْ وَقَعَ لَنَقِلَ لِأَنَّهُ مِمَّا تَعَمُّ بِهِ الْبُلُو؛ وَأَنَّ جِلَّ الْوَطءِ مَمْلُوكٌ لَهُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ التَّزْوِيجِ، فَإِذَا أُعْتُقَتْهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ كَانَ فِي مَعْنَى اسْتِثْنَاءِ بَقَاءِ الْجِلِّ مِنْ مَقْتَضِيَّاتِ الْعِتْقِ، وَلِأَنَّ الْقَبُولَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ مِنَ الزَّوْجِ لَا مِنَ الْمَرْأَةِ وَإِنَّمَا وَظِيفَتِهَا الْإِجَابُ وَلَمْ يَقَعْ مِنْهَا. وَبِذَلِكَ يَظْهَرُ أَنَّ عَدَمَ اعْتِبَارِ قَبُولِهَا أَقْوَى وَإِنْ كَانَ الْقَوْلُ بِهِ أَحْوَطَ. وَيَظْهَرُ أَيْضاً جَوَابُ مَا قِيلَ: إِنَّهُ كَيْفَ يَتَزَوَّجُ جَارِيَتُهُ؟ وَكَيْفَ يَتَحَقَّقُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ؟^٣

وَمَا قِيلَ مِنْ أَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مُتَحَقِّقاً قَبْلَ الْعَقْدِ وَمَعَ تَقْدِيمِ التَّزْوِيجِ لَا يَكُونُ مُتَحَقِّقاً، وَأَنَّهُ يَلُوحُ مِنْهُ الدَّوْرُ فَإِنَّ الْعَقْدَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْمَهْرِ الَّذِي هُوَ الْعِتْقُ وَالْعِتْقُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بَعْدَ الْعَقْدِ، مُنْذِفٌ بِمَنْعِ اعْتِبَارِ تَقَدُّمِهِ بَلْ يَكْفِي مَقَارَنَتُهُ لِلْعَقْدِ وَهُوَ هُنَا كَذَلِكَ، وَبِمَنْعِ تَوَقُّفِ الْعَقْدِ عَلَى الْمَهْرِ وَإِنْ اسْتَلْزَمَهُ، وَإِذَا جَازَ الْعَقْدُ عَلَى الْأُمَّةِ - وَهِيَ صَالِحَةٌ لِأَنَّ تَكُونَ مَهراً لغيرها - جَازَ جَعْلُهَا أَوْ جَعْلُ فَكٍّ مَلَكَهَا مَهراً لِنَفْسِهَا، مَعَ أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ فِي مَقَابِلَةِ النَّصِّ الصَّحِيحِ الْمُسْتَفِيزِ^٤ فَلَا يُسْمَعُ.

(وَلَوْ بَيَعَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فَلِلْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ الْخِيَارُ) فِي فسخِ النِّكَاحِ وَإِمْضَائِهِ، سَوَاءٌ دَخَلَ أَمْ لَا، وَسَوَاءٌ كَانَ الْآخَرُ حُرّاً أَمْ لَا، وَسَوَاءٌ كَانَا لِمَالِكٍ أَمْ كُلُّ وَاحِدٍ لِمَالِكٍ. وَهَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ كَخِيَارِ الْعِتْقِ، وَيُعْذَرُ جَاهِلُهُ وَجَاهِلُ الْفَوْرِيَّةِ عَلَى الظَّاهِرِ. (وَكَذَا) يَتَخَيَّرُ كُلُّ (مَنْ) انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْمَلِكُ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ) مِنْ هِبَةٍ وَصَلَحٍ وَصِدَاقٍ وَغَيْرِهِ. وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُؤَلِّيانِ فِي الْفَسْخِ وَالْإِتِمَامِ قُدِّمَ الْفَاسْخُ كَغَيْرِهِ مِنَ الْخِيَارِ الْمَشْتَرَكِ. (وَلَوْ بَيَعَ الزَّوْجَانِ مَعاً عَلَى وَاحِدٍ تَخَيَّرَ)؛ لِقِيَامِ الْمُقْتَضِي. (وَلَوْ بَيَعَ كُلُّهُمَا عَلَى

١. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٩٣، ح ١٣٣٦٦ - ١٣٣٦٧.

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠١ - ٢٠٢، باب السراري وملك الأيمان.

٣. وهو المحقق في نكت النهاية، ج ٢، ص ٣٩٤ - ٣٩٥.

٤. تقدّم آنفاً.

واحد تخيراً) لما ذكر، وكذا لو باعهما المالك من اثنين على جهة الاشتراك.
 (وليس للعبد طلاق أمة سيده) لو كان متزوجاً بها بعقد يلزمه جواز الطلاق (إلا برضاه) كما أن تزويجه بيده، وهو موضع نص^١ وإجماع^٢.
 (ويجوز) للعبد (طلاق غيرها) أي غير أمة سيده وإن كان قد زوجه بها مولاه (أمة كانت) الزوجة (أو حرة، أذن المولى) في طلاقها (أولا) على المشهور؛ لعموم قوله ﷺ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^٣، ورؤى ليث المرادي عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن جواز طلاق العبد، فقال: «إن كانت أمتك فلا، إن الله تعالى يقول: ﴿عَبْدًا مَّملُوكًا﴾^٤، وإن كانت أمة قوم آخرين جاز طلاقه»^٥.
 وقيل: ليس له الاستبداد به كالأول^٦، استناداً إلى أخبار مطلقة^٧ حملها على كون الزوجة أمة المولى طريق الجمع. وفي ثالث: يجوز للسيد إجباره على الطلاق كما له إجباره على النكاح^٨، والرواية مطلقة يتعين حملها على أمته كما مر.
 (وللسيد أن يفرق بين رقيقته متى شاء بلفظ الطلاق وبغيره) من الفسخ والأمر بالاعتزال ونحوهما. هذا إذا زوجهما بعقد النكاح، أما إذا جعله إباحة فلا طلاق إلا أن يجعل دالاً على التفريق من غير أن يلحقه أحكامه. ولو أوقع لفظ الطلاق مع كون السابق عقداً فظاهر الأصحاب لحقوق أحكامه واشتراطه بشرائطه؛ عملاً بالعموم، مع احتمال عدم بناء على أنه إباحة وإن وقع بعقد.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٠، ح ١٣٩٢.

٢. غنية النزوع، ج ١، ص ٣٥٢.

٣. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٧٢، ح ٢٠٨١؛ مجمع الزوائد، ج ٤، ص ٣٢٤، باب لا طلاق قبل النكاح.

٤. النحل (١٦): ٧٥.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٦٨، باب طلاق العبد...، ح ٢.

٦. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٧١، المسألة ٢١.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٧، ح ١٤٢٠ و ١٤٢١.

٨. قال به الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٢٩٧.

(وَتُبَاحُ الْأُمَةِ) لغير مالكةا (بالتحليل^١) من المالك لمن يجوز له التزويج بها، وقد تقدّمت شرائطه^٢ التي من جعلتها كونه مؤمناً في المؤمنة، ومسلماً في المسلمة، وكونها كتابيّة لو كانت كافرة، وغير ذلك من أحكام النَّسَبِ والمصاهرة وغيرها. وجِلَّ الأمة بذلك هو المشهور بين الأصحاب بل كاد يكون إجماعاً، وأخبارهم الصحيحة به مستفيضة^٣.

ولا بدّ له من صيغة دالّة عليه (مثل «أَحْلَلْتُ لَكَ وَطَأَهَا» أو «جَعَلْتُكَ فِي حِلٍّ مِنْ وَطْئِهَا») وهاتان الصيغتان كافيتان فيه اتفاقاً. (وفي) صحّته بلفظ (الإباحة قولان) أحدهما إلحاقها به؛ لمشاركتها له في المعنى فيكون كالمرادف الذي يجوز إقامته مقام رديفه، والأكثر على منعه^٤ وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وتمسكاً بالأصل، ومراعاةً للاحتياط في الفروج المبنية عليه، وهو الأقوى.

وتُمنَعُ المرافقة أولاً ثمّ الاكتفاء بالمرادف مطلقاً، فإن كثيراً من أحكام النكاح توقفيّة وفيه شائبة العبادة والاحتياط فيه مهمّ. فإن جَوَزه بلفظ الإباحة كَفَى «أَذْنْتُ» و«سَوَّغْتُ» و«مَلَكْتُ» و«وَهَبْتُ» ونحوها.

(والأشبه أنه ملك يمين لا عقد) نكاح؛ لانحصار العقد في الدائم والمتعة وكلاهما منتفیان عنه؛ لتوقّف رفع الأوّل على الطلاق في غير الفسخ بأمر محصورة ليس هذا منها، ولزوم المهر فيه بالدخول وغير ذلك من لوازمه وانتفاء اللازم يدلّ على انتفاء الملزوم، ولتوقّف الثاني على المهر والأجل وهما منتفیان هنا أيضاً فينتفي؛ ولأنّ عقد النكاح لازم ولا شيء من التحليل بلازم. وإذا انتفى كونه عقداً ثبت الملك؛ لانحصار

١. قال الشيخ في المبسوط راجع [ج ٣، ص ٤٩٣]: لا بدّ مع الإباحة من ضبط المدة، وفيه نظر. (زين رحمه الله)

٢. تقدّمت في ص ١٨٧ وما بعدها.

٣. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٤١ و ٢٤٢، باب ضروب النكاح.

٤. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٣٣، والعلامة في مختلف الشيعية، ج ٧، ص ٢٨٠، المسألة ٢٠٠.

٥. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٤٩٤؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥١٦، الرقم ٥٠٩٦؛ وولده

في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٦٦.

جَلَّ النكاح فيهما بمقتضى الآية^١. وعلى القولين^٢ لابد من القبول؛ لتوقف الملك عليه أيضاً.

وقيل: إن الفائدة تظهر فيما لو أباح أمته لعبده^٣، فإن قلنا إنه عقد أو تملك وإن العبد يملك خلّت، وإلا فلا. وفيه نظر؛ لأن الملك فيه ليس على حد الملك المحض بحيث لا يكون العبد أهلاً له، بل المراد به الاستحقاق كما يقال «يملك زيد إحضار مجلس الحكم» ونحوه، ومثل هذا يستوي فيه الحر والعبد، فصحة التحليل في حقه - على القول به - متجهة.

(ويجب الاختصار على ما تناوله اللفظ وما يشهد الحال بدخوله فيه) فإن أحله بعض مقدمات الوطء كالنقبيل والنظر لم يحل له الآخر ولا الوطء، وكذا لو أحله بعضها في عضو مخصوص اختص به. وإن أحله الوطء خلّت المقدمات بشهادة الحال؛ ولأنه لا يتفك عنها غالباً ولا موقع له بدونها، ولأن تحليل الأقوى يدل على الأضعف بطريق أولى بخلاف المساوي والعكس.

وهل يدخل اللمس بشهوة في تحليل القُبلة؟ نظر من الاستلزام المذكور في الجملة فيدخل، ومن أن اللازم دخول لمس ما استلزمته القُبلة لا مطلقاً فلا يدخل إلا ما توقفت عليه خاصة، وهو الأقوى.

(والولد) الحاصل من الأمة المحللة (حر) مع اشتراط حرّيته أو الإطلاق، ولو شرط رقّيته ففيه ما مرّ. ويظهر من العبارة عدم صحة الشرط حيث أطلق الحرّية، وهو الوجه. ولا يخفى أن ذلك مبني على الغالب من حرّية الأب أو على القول باختصاصه بالحر، فلو كان مملوكاً وسوّغناه كما سلف فهو رقّ.

(و) حيث يحكم بحرّيته (لا قيمة على الأب) مع اشتراط حرّيته إجماعاً، ومع

١. المؤمنون (٢٣): ٦ و ٧.

٢. راجع مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٧٥، المسألة ١٩٧.

٣. قال به المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٣، ص ١٨٨.

الإطلاق على أصح القولين^١، وبه أخبار كثيرة^٢؛ ولأنَّ الحرَّية مبنية على التغليب ولهذا يسري العتق بأقلِّ جزءٍ يُتصوَّر، ولا شبهة في كون الولد متكوِّناً من نطفة الرجل والمرأة فيغلب جانبُ الحرِّية والحرُّ لا قيمة له. وفي قولٍ آخر: إنَّه يكون رقاً لمولى الجارية، ويفكَّه أبوه إن كان له مال وإلا استُشعي في ثمنه^٣، والأوَّل أشهر.

(ولا بأس بوطء الأمة وفي البيت آخرٌ) مميّزٌ، أمَّا غيره فلا يُكره مطلقاً، (وأن يَنَامَ بين أمتين. ويُكره ذلك) المذكورُ في الموضعين (في الحرَّة. و) كذا (يُكره ووطءُ الأُمِّ الفاجرة كالحرَّة الفاجرة)؛ لما فيه من العارِ وخوفِ اختلاط المَاءَيْنِ، (ووطءُ مَنْ وُلِدَتْ من الزنى بالعقد، و) لا بأس به بـ(الملك) لكن لا يَتَّخِذُهَا أُمًّا وَلَدَ، بل يَعزِلُ عنها حذراً من الحَمْلِ، رَوَى ذلك مُحَمَّدُ بن مسلم عن أحدهما عليه السلام^٤.

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٩٨؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٦٨ - ٢٦٩، المسألة ١٨٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٤٧، ح ١٠٧١ و ١٠٧٢.

٣. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٩٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠٧، ح ٧٣٣.

(الفصل السادس في المهر)

المهر (كُلُّ مَا صَحَّ أَنْ يُمْلَكَ) وَإِنْ قَلَّ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مُتَمَوِّلاً (عَيْنًا كَانَ أَوْ مَنْفَعَةً) وَإِنْ كَانَتْ مَنْفَعَةٌ حَرًّا وَلَوْ أَنَّهُ الزَّوْجُ كَتَعْلِيمِ صَنِيعٍ أَوْ سُورَةٍ، أَوْ عِلْمٍ غَيْرٍ وَاجِبٍ، أَوْ شَيْءٍ مِنَ الْحِكْمِ وَالْآدَابِ أَوْ شَعْرٍ، أَوْ غَيْرِهَا مِنَ الْأَعْمَالِ الْمُحَلَّلَةِ الْمَقْصُودَةِ (يَصَحُّ إِمְهَارُهُ). وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ سِوَى الْعَقْدِ عَلَى مَنْفَعَةِ الزَّوْجِ فَقَدْ مَنَعَ مِنْهُ الشَّيْخُ (رَحِمَهُ اللَّهُ) فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ^١ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةٍ^٢ لَا تَنْهَضُ دَلِيلًا مُتَنًا وَسَدًّا.

(وَلَوْ عَقَدَ الذَّمِّيَّانِ عَلَى مَا لَا يُمْلَكَ فِي شَرْعِنَا) كَالْخَمْرِ وَالْخَنزِيرِ (صَحَّ): لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِهِ (فَإِنْ أَسْلَمَا) أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ التَّقَابُضِ (انْتَقَلَ إِلَى الْقِيَمَةِ) عِنْدَ مُسْتَحْلِيهِ؛ لِخُرُوجِهِ عَنِ مِلْكِ الْمُسْلِمِ سِوَاءِ كَانَ عَيْنًا أَمْ مَضْمُونًا؛ لِأَنَّ الْمُسْتَمْتَلَ لَمْ يَفْسُدْ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ قَدْ أَقْبَضَهَا إِلَيْهِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ بَرِيًّا، وَإِنَّمَا تَعَذَّرَ الْحُكْمُ بِهِ فَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى قِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ شَيْءٍ إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ جَرَى الْعَقْدُ عَلَى عَيْنٍ وَتَعَذَّرَ تَسْلِيمُهَا. وَمِثْلُهُ مَا لَوْ جَعَلَاهُ ثَمَنًا لِمَبِيعٍ أَوْ عَوَضًا لَصَلَحٍ أَوْ غَيْرِهِمَا.

وَقِيلَ: يَجِبُ مَهْرُ الْمُثَلِّ^٣ تَنْزِيلًا لَتَعَذُّرِ تَسْلِيمِ الْمَعِينِ مَنْزِلَةَ الْفَسَادِ، وَلِأَنَّ وَجُوبَ الْقِيَمَةِ فَرْعٌ وَجُوبِ دَفْعِ الْعَيْنِ مَعَ الْإِمْكَانِ وَهُوَ هُنَا مُمْكِنٌ، وَإِنَّمَا عَرَضَ عَدَمُ صَلَاحِيَّتِهِ لِلتَّمْلُكِ لِهَمَا.

وَيُضَعَّفُ بِمَنْعِ الْفَسَادِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالتَّعَذُّرُ الشَّرْعِيُّ مُنْزَلٌ مَنْزِلَةَ الْحَسِيِّ أَوْ أَقْوَى، وَمَهْرُ

١. النهاية، ص ٤٦٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦٦، ح ١٤٨٣.

٣. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٤٦، الرقم ٥١٧٤.

المثل قد يكون أزيد من المستى فهي تعترف بعدم استحقاق الزائد، أو أنقص فيعترف هو باستحقاق الزائد حيث لم يقع المستى فاسداً فكيف يرجع إلى غيره بعد استقراره؟ ولو كان الإسلام بعد قبض بعضه سَقَطَ بقدر المقبوض وَوَجَبَ قيمة الباقي، وعلى الآخر يجب بنسبته من مهر المثل.

(ولا تقدير في المهر قلةً) ما لم يقصُر عن التقويم كحبة جنطة (ولا كثرةً) على المشهور؛ لقوله تعالى: «وَأَتَيْتُمُ إِيَّاهُنَّ قِنطَارًا»^١ وهو المال العظيم. وفي القاموس: القنطار - بالكسر: - وزن أربعين أوقيةً من ذهب أو فضة، أو ألف دينار، أو ألف ومائتا أوقيةً، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائة رطلٍ من ذهب أو فضة، أو ملء مشكٍ ثوبٍ ذهباً أو فضةً^٢.

وفي صحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام: «لو أن رجلاً تزوج امرأةً وجعل مهرها عشرين ألفاً ولأبيها عشرة آلاف، كان المهر جائزاً والذي جعله لأبيها فاسداً»^٣. (ويُكره أن يتجاوز مهر (السنة) وهو ما صدقه النبي ﷺ لأزواجه جمعاً^٤ (وهو خمسمائة درهم) قيمتها خمسون ديناراً).

ومنع المرتضى من الزيادة عليها وحكم برد من زاد عنها إليها محتجاً بالإجماع^٥، وبه خبر ضعيف^٦ لا يصلح حجةً، والإجماع ممنوعٌ، وجميعُ التفسيرات السابقة للقنطار تردُّ عليه، والخبر الصحيح^٧ حجةً بينةً. نعم، يُستحبُّ الاقتصارُ عليه لذلك. (ويكفي فيه المشاهدةُ عن اعتباره) بالكيل أو الوزن أو العدد؛ كقطعٍ من ذهب

١. النساء (٤): ٢٠.

٢. القاموس المحيط، ج ٢، ص ١٧٣، «قنطار».

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦١، ح ١٤٦٥.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥٦، ح ١٤٤٩.

٥. الانتصار، ص ٢٩٢، المسألة ١٦٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦١، ح ١٤٦٤.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥٤، ح ١٤٤٠.

مشاهدة لا يُعلم وزنها، وقية من طعام لا يُعلم كيلها؛ لارتفاع معظم الغرّ بالمشاهدة، واغتفار الباقي في النكاح؛ لأنه ليس معاوضةً محضةً بحيث ينافيه ما زاد منه. ويُشكل الحال لو تَلَف قبل التسليم أو بعده وقد طَلَّقها قبل الدخول. ولو لم يُشاهد اعتُبر التعيين قدراً ووصفاً إن كان ممّا يعتبر به، أو وصفاً خاصّةً إن اكتُفي به كالعبد.

(ولو تزوّجها على كتاب الله وسنّة نبيّه ﷺ فهو خمسمائة درهم)؛ للنص^١ والإجماع، وبهما يندفع الإشكال مع جهل الزوجين أو أحدهما بما جرّت به السنّة منه، وبقبوله الغرّ كما تفرّر.

(ويجوز جعل تعليم القرآن مهراً)؛ لرواية سهل الساعدي^٢ المشهورة، فيعتبر تقديره بسورة معيّنة أو آياتٍ خاصّة. ويجب حينئذٍ أن يعلمها القراءة الجائزة شرعاً، ولا يجب تعيين قراءة شخص بعينه وإن تفاوتت في السهولة والصعوبة. ولو تشاحا في التعيين قدّم مختاره؛ لأنّ الواجب في ذمته منها أمرٌ كلّّي فتعيينه إليه كالدين.

وحّد التعليم أن تستقلّ بالتلاوة ولا يكفي تنبُّعها نُطقه، والمرجع في قدر المستقلّ به إلى العرف فلا يكفي الاستقلال بنحو الكلمة والكلمتين. ومتى صدّق التعليم عرفاً لا يقَدَح فيه نسيانها ما علّمته وإن لم تكن قد أكملت جميع ما شرط لتحقيق البراءة. ولو تعذّر تعلّمها لبلاذيتها أو موتها أو موت الزوج حيث يُشترط التعليم منه، أو تعلّمت من غيره فعليه أجره المثل؛ لأنّها عوضه حيث يتعذّر. ولو افتقرت إلى مشقة عظيمة زائدة على عادة أمثالها لم يبعد إلحاقه بالتعذّر. وكذا القول في تعليم الصنعة.

(ويصحّ العقد الدائم من غير ذكر المهر) وهو المعبر عنه بـ«تفويض البضع» بأن تقول «زوّجتك نفسي» فيقول «قبِلْتُ»، سواءً أهتلا ذكره أم نفياه صريحاً، وحينئذٍ فلا يجب المهر بمجرد العقد، (فإن دخل) بها (فمهر المثل) والمراد به ما يُرغَب به في مثلها نسباً وسناً وعقلاً ويساراً وبكارةً وأضادها وغيرها ممّا تختلف به الأغراض.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦٣، ح ١٤٧٠.

٢. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٣٩٥، ح ١٤٣٩٨ و ١٤٣٩٩؛ عوالي اللآلي، ج ٢، ص ٢٦٣، ح ٨.

(وإن طَلَّقَ قبل الدخول) وقبل اتِّفَاقهما على فرضِ مَهْرٍ (فلها المتعة) المدلولُ عليها بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾^١، (حرّةٌ كانت) الزوجة المفوّضة (أو أمةً).

والمعتبر في المتعة بحال الزوج في السعة والإقتار (فالقنني) يُمتّع^٢ (بالدائبة) وهي الفرس؛ لأنّه الشائع في معناها عرفاً، والمعتبر منها ما يقع عليه اسمها صغيرة كانت أم كبيرة، برذوناً كانت أم عتيقاً، قاربَتْ قيمته الثوب والعشرة الدنانير أم لا، (أو الثوب المرتفع) عادةً، ناسبَتْ قيمته قسيميّه أم لا، (أو عشرة دنانير) وهي المتأقيل الشرعية. (والمتوسط) في الفقر والغناء يُمتّع^٣ (بخمسة دنانير، والفقيّر بدينار وخاتم) ذهب أو فضّة معتدّ به عادةً (وشبهه) من الأموال المناسبة لما ذُكر في كلّ مرتبة. والمرجع في الأحوال الثلاثة إلى العرف بحسب زمانه ومكانه وشأنه.

(ولا متعة لغير هذه) الزوجة وهي المفوّضة لبضعها، المطلقة قبل الدخول والفرض، لكن يُستحبُّ لو فازقها بغير الطلاق من لعانٍ وفسخٍ، بل قيل بوجوبه حينئذٍ؛ لأنّه في معنى الطلاق^٤. والأوّل أقوى؛ لأنّه مدلول الآية، وأصالة البراءة في غيره تقتضي العدم. وألحق بهذه مَنْ فُرِضَ لها مهرٌ فاسدٌ فإنّه في قوّة التفويض، وَمَنْ فَسَخَتْ في المهر قبل الدخول بوجهٍ مجوّزٍ.

(ولو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز وصار لازماً)؛ لأنّ الحقّ فيه لهما زاد عن مهر المثل أم ساواه أم قَصَرَ. فإن اختلفا قيل: للحاكم فرضه بمهر المثل^٥ كما يُعَيَّن النفقة للزوجة على الغائب وَمَنْ جرى مجراه. ويُحتمل إبقاء الحال إلى أن يحصل أحدُ الأمور الموجبة للقدر أو المُسقطِ للحق؛ لأنّ ذلك لازم التفويض الذي قد قَدِمَا عليه.

١. البقرة (٢): ٢٣٦.

٢ و٣. في النسخ: «يُتَمَتَّع».

٤. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٩١، المسألة ١٢١.

٥. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٦٥، الرقم ٥٢١٢.

(ولو فَوْضاً) في العقد (تقدير المهر إلى أحدهما صح) وهو المعبر عنه بـ«تفويض المهر» بأن تقول «زَوَّجْتُكَ عَلَى أَنْ تَفْرُضَ مِنَ الْمَهْرِ مَا شِئْتُ أَوْ مَا شِئْتُ». وفي جواز تفويضه إلى غيرهما أو إليهما معاً وجهان، من عدم النصّ و أنه كالنائب عنهما، والوقوف مع النصّ طريق اليقين. (وَلَزِمَ مَا حَكَمَ بِهِ الزَّوْجُ مِمَّا يُتَمَوَّلُ) وإن قلّ، (وما حكمت به الزوجة إذا لم يتجاوز مهر (السنة) وهو خمسمائة درهم، وكذا الأجنبي لو قيل به؛ لرواية زرارة عن الباقر عليه السلام^١ وعَلَّله بأنه إذا حَكَّمَهَا لم يكن لها أن تَتَجَاوَزَ مَا سَنَّ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَتَزَوَّجَ عَلَيْهِ نِسَاءً؛ وَإِذَا حَكَّمْتَهُ فَعَلِيهَا أَنْ تَقْبَلَ حُكْمَهُ قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيراً. (ولو طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَنَصَفُ مَا يَحْكُمُ بِهِ) الحاكم؛ لأنّ ذلك هو الفرض الذي يَنْتَصِفُ بالطلاق، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أم بعده. وكذا لو طَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ لَزِمَ الحاكمُ الفَرْضَ وَاسْتَقَرَّ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ.

(ولو مات الحاكم قبل الدخول) والحكم (فالمروي) في صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل تزوّج امرأة على حكمها أو حكمه فمات أو ماتت قبل الدخول أن «لها» (المتعة) والميراث، ولا مهر لها^٢. ويؤيده أن مهر المثل لا يجب إلّا مع الدخول ولم يحصل، ولا مسمّى، ولا يجوز إخلاء النكاح عن مهر فتجب المتعة إذ لا رابع. وقيل: يَثْبُتُ لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ^٣؛ لِأَنَّهُ قِيَمَةُ الْمَعْوُضِ حَيْثُ لَمْ يَتَّعِنَ غَيْرُهُ، وَلِأَنَّ الْمَهْرَ مَذْكُورُ غَايَتِهِ أَنَّهُ مَجْهُولٌ فَإِذَا تَعَذَّرَتْ مَعْرِفَتُهُ وَجِبَ الرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ. وهو غير مسموع في مقابلة النصّ الصحيح^٤. ولا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه وعديمه؛ عملاً بإطلاق النصّ.

ولو مات المحكوم عليه وحده فللحاكم الحكم؛ إذ لا يُشْتَرَطُ حُضُورُ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦٥، ح ١٤٨٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦٥، ح ١٤٨١.

٣. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٨٢.

٤. تقدّم في الهامش ١ و ٢.

عنده، والتفويضُ إليه قد لَزِمَ بالعقد فلا يَبْطُلُ بموت المحكوم عليه، ولأصالة بقائه والنصُّ لا يعارضه. وربما قيل بأنَّه مع موت الحاكم لا شيء^١، وهو ضعيف.

(ولو مات أحد الزوجين مع تفويض البُضع قبل الدخول فلا شيء)؛ لرضاها بغير مهر، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: «إن كان فرض لها مهرأ فلها... وإن لم يكن فرض لها مهرأ فلا مهر لها»^٢. وهذا ممَّا لا خلاف فيه ظاهراً.

(وهنا مسائلُ عشر:)

[المسألة الأولى:] (الصِّدَاقُ يُمْلِكُ) بأجمعه للزوجة (بالعقد) ملكاً متزلزلاً، وَيَسْتَقِرُّ بأحد أمورٍ أربعة: الدخول إجماعاً، ورِدَّةُ الزوج عن فطرة، وموته، وموتها في الأشهر. (ولها التصرف فيه قبل القبض)؛ إذ لا مدخلية للقبض هنا في الملك، سواء طَلَّقَهَا قبل الدخول أم لا وإن رَجَعَ إليه نصفه بالطلاق، (فلو نما) بعد العقد (كان) النماء (لها) خاصة؛ لرواية عُبيد بن زُرَّارة عن الصادق عليه السلام في زوج ساق إلى زوجته غنماً ورقيقاً فولدت عندها وطلَّقَهَا قبل أن يدخل، فقال: «إن كُنَّ حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها، وإن كُنَّ حملن عندها فلا شيء له من الأولاد»^٣.

(فإن تَعَقَّبَهُ طلاقٌ قبل الدخول مَلَكَ الزوج النصفَ حينئذٍ) ولا شيء له في النماء. ثم إن وجده باقياً على ملكها أجمع أخذ نصفه، وإن وجده تالفاً أو منتقلاً عن ملكها فنصف مثله أو قيمته، ثم إن اتَّفَقَتِ القيمةُ وإلا فله الأقلُّ من حين العقد إلى حين التسليم؛ لأنَّ الزيادة حَدَثَتْ في ملكها. وإن وجده مَعِيباً رجع في نصف العين مع الأرض. ولو نَقَصَتِ القيمةُ للسُّوقِ فله نصف العين خاصة، وكذا لو زادت وهي باقية.

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٨٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٤٦، ح ٥٠٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦٨، ح ١٤٩١.

ولو زاد زيادةً متصلةً كالسمن تخيرت بين دفع نصف العين الزائدة ونصف القيمة من دونها، وكذا لو تغيرت في يدها بما أوجب زيادة القيمة كصياغة الفضّة وخياطة الثوب، ويُجبر على العين لو بذلّها في الأوّل دون الثاني؛ لقبول الفضّة لما يريده منها دون الثوب، إلّا أن يكون مفضلاً على ذلك الوجه قبل دفعه إليها.

(وَيُسْتَحَبُّ لَهَا الْعَفْوُ عَنِ الْجَمِيعِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَغْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾^١. والمراد بالعفو إسقاط المهر بالهبة إن كان عيناً، والإبراء وما في معناه من العفو والإسقاط إن كان ديناً. وربما قيل بصحّته بلفظ العفو مطلقاً^٢؛ عملاً بظاهر الآية، وردّه إلى القوانين الشرعية أولى، والآية لا تدلّ على أزيد منه.

(ولو ليها الإجماري) الذي بيده عقدة النكاح أصالةً، وهو الأب والجدة له بالنسبة إلى الصغيرة (العفو عن البعض) أي بعض النصف الذي تستحقّه بالطلاق قبل الدخول؛ لأنّ عفو الوليّ مشروطٌ بكون الطلاق قبل الدخول (لا الجميع) واحتراز بالإجماري عن وكيل الرشيدة فليس له العفو مع الإطلاق في أصحّ القولين^٣. نعم، لو وكلّته في العفو جاز قطعاً، وكذا وكيل الزوج في النصف الذي يستحقّه بالطلاق.

[المسألة] (الثانية: لو دخل قبل دفع المهر كان ديناً عليه وإن طالّت المدّة؛ للأصل والأخبار^٤، وما روي من أنّ الدخول يهدم العاجل، أو أنّ طول المدّة يسقطه^٥ شاذٌّ لا يلتفت إليه، أو مؤوّل بقبول قول الزوج في براءته من المهر لو تنازعا. (والدخول) الموجب للمهر تاماً (هو الوطء) المتحقّق بغيبوبة الحشفة أو قدرها

١. البقرة (٢): ٢٣٧.

٢. حكاه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٢٥.

٣. ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٣٩٨، المسألة ٣٤؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٧١؛ والقول الآخر للشيخ في النهاية، ص ٤٦٨؛ والقاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ١٩٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥٧ و ٣٥٨، باب المهور والأجور....

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥٩ - ٣٦٠، ح ١٤٦١ - ١٤٦٢.

من مقطوعها، وضابطه ما أوجب الفسَل (قُبْلاً أو دُبْراً، لا مجردُ الخلوة) بالمرأة وإرخاء الستر على وجه ينتفي معه المانع من الوطء على أصح القولين^١.
والأخبار في ذلك مختلفة، ففي بعضها أن وجوبه أجمع متوقف على الدخول^٢، وفي آخر بالخلوة^٣، والآية ظاهرة في الأول، ومعه مع ذلك الشهرة بين الأصحاب، وكثرة الأخبار.

[المسألة] (الثالثة: لو أْبْرَأَتْهُ من الصِّدَاقِ ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول رَجَعَ) عليها (بنصفه)؛ لأنها حين الإبراء كانت مالكةً لجميع المهر ملكاً تاماً، وما يَرْجِعُ إليه بالطلاق ملكٌ جديدٌ، ولهذا كان نِماؤُهُ لها فإذا طَلَّقَهَا رَجَعَ عليها بنصفه، كما لو صادفها قد أْتَلَفَتْهُ فَإِنْ تَصَرَّفَهَا فيه بالإبراء بمنزلة الإِتْلَافِ فَيَرْجِعُ بنصفه، وكذا لو كان عِيناً وَوَهَبَتْهُ إِيَّاهَا ثم طَلَّقَهَا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عليها بنصف القيمة.

وَيُحْتَمَلُ ضعيفاً عدمُ الرجوع في صورة الإبراء؛ لأنها لم تَأْخُذْ منه مالاً ولا نَقَلَتْ إليه الصِّدَاقُ؛ لأنَّ الإبراء إسقاطٌ لا تمليك ولا أْتَلَفَتْهُ عليه، كما لو رجع الشاهدان بدين في ذمَّة زيد لعمر بعد حُكْمِ الحاكم عليه وقبل الاستيفاء وكان قد أْبْرَأَ المشهود عليه فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ على الشاهدين بشيء، ولو كان الإبراء إِتْلَافاً على مَنْ فِي ذِمَّتِهِ لَعَرِمَا لَهُ. والفرق واضحٌ فَإِنَّ حَقَّ المهر ثابتٌ حال الإبراء في ذمَّة الزوج ظاهراً وباطناً فإسقاطُ الحق بعد ثبوته متحققٌ، بخلاف مسألة الشاهد فَإِنَّ الحَقَّ لم يكن ثابتاً كذلك، فلم تُصَادِفِ البراءةُ حقاً يُسْقَطُ بالإبراء.

(وكذا) يَرْجِعُ عليها بنصفه (لو خلعها به أجمع) قبل الدخول؛ لاستحقاقه له ببذلها

١. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٧٢؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٥٧، المسألة ٨٢؛ وأما الخلوة وإرخاء الستر ففيهما أقوال راجع إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٩٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٦٤، ح ١٨٥٩ و ١٨٦٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٦٧، ح ١٨٧٠.

٤. البقرة (٢): ٢٣٧.

عَوْضاً مع الطلاق؛ فكان انتقاله عنها سابقاً على استحقاقه النصف بالطلاق فَيَنْزِلُ منزلةَ المنتقل عنها حين استحقاقه النصفَ فَيَرْجِعَ عليها بنصفه ديناً أو عيناً.

[المسألة] (الرابعة: يجوز اشتراط ما يُوافق الشرع في عقد النكاح) سواء كان من مقتضى عقد النكاح كأن تَشْتَرِطَ عليه العدل في القسمة والنفقة أو يَشْتَرِطَ عليها أن يَتَزَوَّجَ عليها متى شاء أو يَتَسَرَّى، أو خارجاً عنه كشرط تأجيل المهر أو بعضه إلى أجل معين، (فلو شُرِّطَ ما يخالفه لَغَا الشرط) وصَحَّ العقدُ والمهرُ (كاشتراط أن لا يَتَزَوَّجَ عليها أو لا يَتَسَرَّى) أو لا يَطْأُ أو يُطْلَقَ كما في نكاح المحلل. أمّا فساد الشرط حينئذٍ فواضح؛ لمخالفته المشروع، وأمّا صَحَّةُ العقد فالظاهر إطباق الأصحاب عليه، وإلا كان للنظر فيه مجالٌ كما عَلِمَ من غيره من العقود المشتعلة على الشرط الفاسد. وربما قيل بفساد المهر خاصة^١؛ لأنَّ الشرط كالعوضِ المضافِ إلى الصِّدَاقِ فهو في حكم المال، والرجوعُ إلى قيمته متعذرٌ للجهالة فيجهل الصِّدَاقُ فَيَرْجِعُ إلى مهر المثل. (ولو شُرِّطَ إبقاؤها في بلدها لَزِمَ)؛ لأنَّه شرطٌ لا يخالف المشروع، فإنَّ خصوصياتِ الوطن أمرٌ مطلوبٌ للعقلاء بواسطة النشوء والأهل والأُنسِ وغيرها فجاز شرطه؛ توصلاً إلى الغرضِ المباح، ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوَّج امرأةً وَيَشْرُطَ لها أن لا يُخْرِجَها من بلدها، قال عليه السلام: «يفي لها بذلك». أو قال عليه السلام: «يلزمه ذلك»^٢ ولعموم «المؤمنون عند شروطهم»^٣. (وكذا) لو شُرِّطَ إبقاؤها (في منزلها) وإن لم يكن منصوصاً؛ لاتِّحاد الطريق.

وقيل: يبطل الشرط فيهما؛ لأنَّ الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حقٌّ

١. جعله وجهاً للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٧٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧٢، ح ١٥٠٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

٤. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٩٠؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٠٩.

الزوج بأصل الشرع، وكذا السلطنة له عليها، فإذا شُرِّط ما يخالفه كان باطلاً، وحملوا الرواية على الاستحباب.

ويشكل بأن ذلك وارد في سائر الشروط السائغة التي ليست لمقتضى العقد كتأجيل المهر، فإن استحقاقها المطالبة به في كل زمان ومكان ثابت بأصل الشرع أيضاً، فالتزام عدم ذلك في مدة الأجل يكون مخالفاً، وكذا القول في كل تأجيل ونحوه من الشروط السائغة.

والحق أن مثل ذلك لا يُمنع، خصوصاً مع ورود النص الصحيح^١ بجوازه، وأما حمل الأمر المستفاد من الخبر الذي بمعناه على الاستحباب فلا ريب أنه خلاف الحقيقة، فلا يُصار إليه مع إمكان الحمل عليها وهو ممكن، فالقول بالجواز أوجه في مسألة النص. وأما المنزّل فيمكن القول بالمنع فيه وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النص. وفي التعدي إليه قوة؛ لعموم الأدلة، واتحاد طريق المسألتين. وحكم المحلّة والموضع المخصوص حكم المنزل. ومتى حكمتنا بصحته لم يصح إسقاطه بوجه؛ لأنه حق يتجدد في كل آن، فلا يعقل إسقاط ما لم يوجد حكمه وإن وُجد سببه.

[المسألة] (الخامسة: لو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف أجره التعليم)؛ لعدم إمكان تعليمها نصف الصنعة وهو الواجب لها بالطلاق خاصة. (ولو كان قد علمها) الصنعة (رَجَعَ بنصف الأجرة)؛ لعدم إمكان ارتجاع نفس الواجب فيرجع إلى عوضه. (ولو كان) الصّدائ (تعليم سورة) ونحوها (فكذلك)؛ لأنه وإن أمكن تعليم نصفها عقلاً إلا أنه ممنوع شرعاً؛ لأنها صارت أجنبية. (وقيل: يُعلمها النصف من وراء حجاب)^٢ كما يُعلمها الواجب (وهو قريب^٣)؛ لأنّ تحریم سماع

١. تقدّم آنفاً.

٢. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥٣٢.

٣. نعم، إلا مع خوف الفتنة فلها نصف الأجرة. (زين رحمه الله)

صوتها مشروط بحالة الاختيار (والسَّماعُ هنا من باب الضرورة).

[المسألة] (السادسة: لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزيدَ منه) أو بمغايه جنساً أو وصفاً (ثم طَلَّقَهَا رَجَعَ بنصف المسمى؛ لأنَّه الواجبُ بالطلاق (لا) بنصف (العوض)؛ لأنَّه معاوضةٌ جديدةٌ لا تَعْلُقُ له بها.

[المسألة] (السابعة: لو وَهَبَتْه نصفَ مهرها مشاعاً قبل الدخول فله الباقي؛ لأنَّه بقدر حَقِّه فينحصر فيه، ولأنَّه لا يَنْتَقِلُ مستحقُّ العين إلى بدلها إلا بالتراضي أو تعذُّر الرجوع لمانعٍ أو تلفٍ والكلُّ منتفٍ. ويُحتمل الرجوع إلى نصفِ النصف الموجود وبديلِ نصف الموهوب؛ لأنَّ الهبة وَرَدَتْ على مطلق النصف فيشيعُ، فيكون حَقُّه في الباقي والتالفِ فيرجع بنصفه وببديلِ الذاهب ويكون هذا هو المانع، وهو أحد الثلاثة المسوَّغة للانتقال إلى البديل. ورُدَّ بأنَّه يؤدي إلى الضرر بتبعض حَقِّه، فيلزم ثبوت احتمالٍ آخر وهو تخيُّره بين أخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور^١.

(ولو كان) الموهوب (معيناً فله نصفُ الباقي ونصفُ ما وَهَبَتْهُ مثلاً أو قيمةً؛ لأنَّ حَقِّه مُشاعٌ في جميع العين وقد ذهب نصفُها معيناً فيرجع إلى بدله، بخلاف الموهوب على الإشاعة. ونَبَّه بقوله «وَهَبَتْه» على أنَّ المهرَ عينٌ، فلو كان ديناً وأبْرَأَتْهُ من نصفه برئى من الكلِّ وجهاً واحداً.

(وكذا لو تزوّجها بعبدَين فمات أحدهما أو باعته فللزوجة نصفُ الباقي ونصف قيمة التالف)؛ لأنَّه تَلَفٌ على ملكها واستحقاقه لنصفه تجددَّ بالطلاق من غير اعتبار الموجود وغيره، والتقريبُ ما تقدَّم.

[المسألة] (الثامنة: للزوجة الامتناعُ قبل الدخول حتَّى تَقْبِضَ مهرها إن كان)

المهر (حالاً)، مؤسراً كان الزوج أم معسراً، عينا كان المهر أم منفعة، متعينا كان أم في الذمة؛ لأن النكاح في معنى المعاوضة وإن لم تكن محضة، ومن حكمها أن لكلٍ من المتعاضين الامتناع من التسليم إلى أن يُسلم إليه الآخر، فيجبرهما الحاكم على التقابض معاً؛ لعدم الأولوية بوضع الصداق عند عدلٍ إن لم يدفعه إليها، ويأمرها بالتمكين. وهذا الحكم لا يختلف على تلك التقديرات. وربما قيل بأنه إذا كان معسراً ليس لها الامتناع؛ لمنع مطالبتها^١. ويُضَعَف بأن منع المطالبة لا يقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض.

واحترز بـ«الحال» عما لو كان مؤجلاً فإن تمكينها لا يتوقف على قبضه؛ إذ لا يجب لها حينئذٍ شيء فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض. ولو أقدمت على فعل المحرم وامتنعت إلى أن حلَّ الأجل، ففي جواز امتناعها حينئذٍ إلى أن تقبضه تنزيلاً له منزلة الحال ابتداءً، وعدمه بناءً على وجوب تمكينها قبل حلوله فيستصحب؛ لأنها لما رُضيَّت بالتأجيل بنت أمرها على أن لا حق لها في الامتناع فلا يثبت بعد ذلك؛ لانقضاء المقتضي، وجهان، أجودهما الثاني.

ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً كان لكل منهما حكم مائله. وإنما يجب تسليمه إذا كانت مهيئةً للاستمتاع، فلو كانت ممنوعةً بغدرٍ وإن كان شرعياً كالإحرام لم يلزم؛ لأن الواجب التسليم من الجانبين فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الآخر. نعم، لو كانت صغيرة يحرم وطؤها فالأقوى وجوب تسليم مهرها إذا طلبه الولي؛ لأنه حق ثابت حال طلبه من له حق الطلب فيجب دفعه كغيره من الحقوق، وعدم قبض العوض الآخر جاء من قبل الزوج حيث عقد عليها كذلك موجباً على نفسه عوضاً حالاً ورَضِيَ بتأخير قبض المعوض إلى محله، وهذا بخلاف النفقة؛ لأن سبب وجوبها التمكين التام دون العقد. ووجه عدم الوجوب قد عُلِمَ مما سلف مع جوابه.

(وليس لها بعد الدخول الامتناع) في أصح القولين^١؛ لاستقرار المهر بالوطء، وقد حصل تسليمها نفسها برضاها فانحصر حقها في المطالبة دون الامتناع، ولأن النكاح معاوضة ومتى سلم أحد المتعاضين العوض الذي من قبليه باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه ليتسلم العوض الآخر، ولأن متعها قبل الدخول ثابت بالإجماع ولا دليل عليه بعده فيتتفي بالأصل، فإن التسليم حق عليها والمهر حق عليه، والأصل عدم تعلق أحدهما بالآخر فيتمسك به إلى أن يثبت الناقل.

وقيل: لها الامتناع كقبول الدخول^٢؛ لأن المقصود بعقد النكاح منافع البضع فيكون المهر في مقابلها، ويكون تعلق الوطء الأول به كتعلق غيره. والأقوى الأول.

هذا كله إذا سلمت نفسها اختياراً، فلو دخل بها كرهاً فحق الامتناع بحاله؛ لأنه قبض فاسد فلا يترتب عليه أثر الصحيح، ولأصالة البقاء إلى أن يثبت المزيل، مع احتمال عدمه؛ لصدق القبض.

[المسألة] (التاسعة: إذا زوج الأب ولده الصغير) الذي لم يبلغ ويُرشد (وللولد مال) يفي بالمهر (ففي ماله المهر، وإلا) يكن له مال أصلاً (ففي مال الأب) ولو ملك مقدار بعضه فهو في ماله والباقي على الأب. هذا هو المشهور بين الأصحاب، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا^٣ وهو يُشعر بالاتفاق عليه، ثم اختار أن ذلك مع عدم شرط كونه على الولد مطلقاً أو كونه عليه مطلقاً، وإلا كان على الولد في الأول وعليه في الثاني مطلقاً.

(ولو بلغ الصبي فطلق قبل الدخول كان النصف المستعاد للولد) لا للأب؛ لأن

١. ذهب إليه السيد المرتضى في الانتصار، ص ٢٨٧، المسألة ١٦٠؛ والشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٣٩٣.

المسألة ٣٩.

٢. قال به المفيد في المقنعة، ص ٥١٠؛ والشيخ في النهاية، ص ٤٧٥.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٦٠٨ و ٦٠٩ (الطبعة الحجرية).

دَفَعَ الأب له كالمهبة للابن، ويملك الابن له بالطلاق يملك جديد لا إبطالاً لملك المرأة السابق ليرجع إلى ماله. وكذا لو طلق قبل أن يدفع الأب عنه؛ لأن المرأة ملكته بالعقد وإن لم تقبضه. وقطع في القواعد^١ هنا بسقوط النصف عن الأب وأن الابن لا يستحق مطالبته بشيء، والفرق غير واضح.

ولو دفع الأب عن الولد الكبير المهر تبرعاً أو عن أجنبي ثم طلق قبل الدخول، ففي عود النصف إلى الدافع أو الزوج قولان^٢؛ من ملك المرأة له - كالأول - فيرجع إلى الزوج، ومن أن الكبير لا يملك بغير اختياره، وإنما أسقط عنه الحق فإذا سقط نصفه رجع النصف إلى الدافع. واختلف كلام العلامة هنا، ففي التذكرة^٣ قطع برجوعه إلى الزوج كالصغير، وفي التحرير^٤ قوى عدمه، واستشكل في القواعد^٥ بعد حكمه بإلحاقه بالصغير، والأقوى الأول.

[المسألة] (العاشرة: لو اختلفا في التسمية) فادعاهما أحدهما وادعى الآخر التفويض (حلف المنكر) لها؛ لأصالة عديها فيثبت مقتضى عديها من المتعة أو مهر المثل أو غيرهما. (ولو اختلفا في القدر قُدم) قول (الزوج)؛ لأصالة البراءة من الزائد على ما يعترف به.

واحتمل العلامة في القواعد^٦ تقديم قول من يدعي مهر المثل؛ عملاً بالظاهر من عدم العقد على ما دونه، وأنه الأصل في عوض الوطء المجرد عنه كالشبهة. وفيه أن

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٨٨.

٢. القول بكونه للدافع للعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٧٥، الرقم ٥٢٢٨؛ والقول بكونه للزوج

للشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥٥٤.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٦٠٩ (الطبعة الحجرية).

٤. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٧٥، الرقم ٥٢٢٩.

٥. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٨٧.

٦. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٨٨.

الأصل مقدّم على الظاهر عند التعارض إلا فيما ندر، وإنما يكون عيوضاً عن وطءٍ مجزئٍ عن العقد أو في مواضع خاصّة. ولو كان النزاع قبل الدخول فلا اشتباه في تقديم قوله.

ولو قيل بقبول قولها في مهر المثل فما دون مع الدخول لتطابق الأصل والظاهر عليه - إذ الأصل عدم التسمية وهو موجب له حينئذٍ والظاهر تسميته، وعدم قبوله قبله لأصالة البراءة وعدم التسمية - كان حسناً. نعم، لو كان اختلافهما في القدر بعد اتفاقهما على التسمية قدّم قول الزوج مطلقاً. ومثله ما لو اختلفا في أصل المهر، أو ادّعت الزوجة مهراً ولم يمكن الجواب من قبل الزوج أو وارثه لصغر أو غيبة ونحوها. (وكذا) لو اختلفا (في الصفة) كالجيد والرديء والصحيح والمكسر، فإن القول قول الزوج مع اليمين، سواء كان النزاع قبل الدخول أم بعده، وسواء وافق أحدهما مهر المثل أم لا؛ لأنه الغارم فيقبل قوله فيه كما يقبل في القدر.

(وفي التسليم يُقدّم قولها)؛ لأصالة عدمه واستصحاب اشتغال ذمته. هذا هو المشهور، وفي قول للشيخ إنه بعد تسليم نفسها يُقدّم قوله^١ استناداً إلى رواية^٢، وهو شاذ. (وفي الواقعة لو أنكرها)؛ ليندفع عنه نصف المهر بالطلاق يُقدّم (قوله)؛ لأصالة عدمها. (وقيل: قولها مع الخلوة التامة) التي لا مانع معها من الوطء شرعاً ولا عقلاً ولا عرفاً^٣، (وهو قريب^٤)؛ عملاً بالظاهر من حال الصحيح إذا خلا بالحليلة، وللأخبار الدالة على وجوب المهر بالخلوة التامة^٥ بحملها على كونه دخل بشهادة الظاهر. والأشهر الأول ترجيحاً للأصل.

وحكم اختلاف ورثتهما أو أحدهما مع الآخر، حكمه.

١. النهاية، ص ٤٧٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧٦، ح ١٥٢١.

٣. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٧١.

٤. نعم، إذا كانت ثيباً أو بكرأ وقد ذهبت بكارتها أو لم تذهب وادّعت الوطء دبراً. (زين رحمه الله)

٥. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٦٤، باب الزيادات في فقه النكاح.

(الفصل السابع في العيوب والتدليس)

(وهي) أي العيوبُ المجوّزةُ لفسخ النكاح على الوجه الذي يأتي (في الرجل) بل الزوج مطلقاً (خمسة: الجنونُ والخِصاءُ) بكسر الخاء مع المدّ وهو سَلُّ الأُنثيين وإن أمكن الوطء، (والجُبُّ) وهو قطع مجموع الذكر أو ما لا يبقى معه قدرُ الحَشَفَةِ، (والعَنَنُ) وهو مرض يَعْجُزُ معه عن الإيلاج؛ لضعف الذَّكَر عن الانتشار.

(والجُذامُ) بضَمِّ الجيم، وهو مرضٌ يَظْهَرُ معه يُبْسُ الأعضاء وتَنَاقُزُ اللحم (على قول) القاضي وابنِ الجُنَيْد^٢. واستحسنه في المختلف^٣، وقَوَاهُ المحقِّقُ الشَّيْخُ عَلِيُّ؛ لعموم قول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: «إِنَّمَا يُرَدُّ النكاح من البَرَصِ والجُذامِ والجنونِ والعَقْلِ»^٥ فَإِنَّهُ عَامٌّ فِي الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ، ولأدائه إلى الضرر المنفي^٦ فَإِنَّهُ مِنَ الْأَمْرَاضِ الْمُعْدِيَةِ بِاتِّفَاقِ الْأَطْبَاءِ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ عليه السلام قال: «فِرٌّ مِنَ الْمَجْذُومِ فِرَارَكَ مِنَ الْأَسَدِ»^٧ فَلَا بَدَّ مِنْ طَرِيقٍ إِلَى التَّخَلُّصِ وَلَا طَرِيقَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا الْخِيَارَ،

١. فائدة في العيوب المتخللة بين العقد والدخول: الظاهر أنها إن كانت بالمرأة لم يكن للرجل الفسخ: تَمَسُّكاً بمقتضى العقد؛ لقدرته عليه بالمفارقة بالطلاق. وإن كان بالرجل كان لها الفسخ؛ لعدم قدرتها على الفراق إلا بالفسخ، فلو لم يشرع لها لحصل عليها ضرر، وهو منفي بالخبر، وإن كان بعد الدخول فليس لأحدهما الفسخ إلا بجنون الرجل دون المرأة. (زين رحمه الله)

٢. المهذب، ج ٢، ص ٢٣١؛ حكاة عن ابن الجنيّد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٩٥-١٩٦، المسألة ١٢٤.

٣. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٩٦، المسألة ١٢٤.

٤. جامع المقاصد، ج ١٣، ص ٢٦٩.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٤، ح ١٦٩٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦-١٤٧، ح ٦٥١.

٧. الفقيه، ج ٤، ص ٣٥٧، ح ٥٧٦٥.

والنص^١ والفتوى^٢ الدالّان على كونه عيباً في المرأة - مع وجود وسيلة الرجل إلى الفرقة بالطلاق - قد يقتضيه في الرجل بطريق أولى.

وذهب الأكثر إلى عدم ثبوت الخيار لها به؛ تمسكاً بالأصل، ورواية غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل لا يُرَدّ من عيب»^٣ فإنه يتناول محلّ النزاع. ولا يخفى قوة القول الأوّل ورجحان روايته؛ لصحتها وشهرتها مع ما ضمّ إليها، وهي ناقله عن حكم الأصل.

واعلم أنّ القائل بكونه عيباً في الرجل ألحقّ به البرص؛ لوجوده معه في النصّ الصحيح^٤، ومشاركته له في الضرر والإضرار والعذوى فكان ينبغي ذكره معه.

(ولا فرق بين الجنون المطبق) المستوعب لجميع أوقاته (وغيره) وهو الذي ينوب أدياراً، (ولا) بين الحاصل (قبل العقد وبعده) سواء (وطئ أو لا)؛ لإطلاق النصّ^٥ بكونه عيباً صادقاً لجميع ما ذكر؛ لأنّ الجنون فنون والجامع لها فساد العقل على أيّ وجه يكون. وفي بعض الأخبار^٦ تصريح بجواز فسخها بالحادث منه بعد العقد. وقيل: يشترط فيه كونه بحيث لا يعقل أوقات الصلاة^٧، وليس عليه دليل واضح.

(وفي معنى الخصاء الوجاء) بكسر أوله والمد، وهو رَضُ الخُصَيَّين بحيث تبطل قوتُهما، بل قيل: إنّه من أفراد الخُصي^٨ فيتناوله نصّه أو يشاركه في العلّة المقتضية للحكم.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٤، ح ١٦٩٤.

٢. راجع مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٩٥، المسألة ١٢٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٠، ح ١٧١٤.

٤ و ٥. تقدّم في ص ٢٣١، الهامش ٥.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٨، ح ١٧٠٨.

٧. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥٠٠ - ٥٠١؛ والخلاف، ج ٤، ص ٣٤٩، المسألة ١٢٧.

٨. حكاه المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٣، ص ٢٢٦.

(وشرطُ الجُبِّ أن لا يَبْقَى قدرُ الحشفة)، فلو بَقِيَ قدرُها فلا خيار لإمكان الوطء حينئذٍ.

(وشرطُ العُتَّة) بالضم (أن يَعْجِزَ عن الوطء في القُبُل والدُّبُر منها ومن غيرها)، فلو وَطَّئَهَا في ذلك النكاح ولو مرةً أو وَطَّئَ غيرها فليس بِعَيْنين، وكذا لو عَجَزَ عن الوطء قَبْلًا وَقَدَّرَ عليه دُبْرًا عند من يُجَوِّزُهُ ؛ لتَحَقُّقِ القدرةِ المَنَافِيَةِ لِلْعُتَّةِ.

ومع تَحَقُّقِ العجز عن ذلك أَجْمَعُ فَإِنَّمَا تَفْسَخُ (بعد) رَفْعِ أمرها إلى الحاكم و(إِنْظَارِهِ سَنَةً) من حين المرافعة، فإذا مَضَتْ أَجْمَعُ وهو عاجز عن الوطء في الفصول الأربعة جاز لها الفسخُ حينئذٍ، ولو لم تَرْفَعْ أمرها إليه وإن كان حَيَاءً فلا خيار لها. وإِنَّمَا احتيج إلى مُضِيِّ السَّنةِ هنا دون غيره من العيوب؛ لجواز كون تَعَذُّرِ الجَمَاعِ لعارضِ حرارةٍ فيزُولُ في الشتاء، أو بُرودةٍ فيزُولُ في الصَّيف، أو رطوبةٍ فيزُولُ في الخَرِيف، أو يَبُوسَةٍ فيزُولُ في الربيع.

(وشرطُ الجذام تَحَقُّقُهُ) بظهوره على البدن أو شهادة عدلين أو تصادقهما عليه، لا مجرد ظهور أماراته مِنْ تَعَجُّرِ الوجه واحمراره أو اسوداده واستدارة العين وكُمُودَتِهَا إلى حُمْرةٍ وضيقِ النفس وبُحَّةِ الصوت وتَنَنِّ العَرَقِ وتساقطِ الشعر؛ فَإِنَّ ذلك قد يَعْرِضُ من غيره. نعم، مجموع هذه العلاماتِ قد يُفِيدُ أَهْلَ الخبرة به حصوله، والعمدة على تَحَقُّقِهِ كيف كان.

(ولو تجددت هذه) العيوبُ غَيْرُ الجنون (بعد العقد فلا فسخ)؛ تَمَسَّكًا بِأَصَالَةِ لزوم العقد، واستصحاباً لحكمه مع عدم دليلٍ صالح على ثبوت الفسخ. وقيل: يُفْسَخُ بها مطلقاً؛ نظراً إلى إطلاقِ الأخبار^٢ بكونها عيوباً شامِلِ لموضع النزاع، وما وَرَدَ منها^٣

١. قال به القاضي ابن البراج في المَهْدَب، ج ٢، ص ٢٣٤ و ٢٣٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٢، ح ١٧٢٢ - ١٧٢٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٥، ح ١٦٩٩.

مما يدلّ على عدم الفسخ بعد العقد غير مقاوم لها دلالّةً وسنداً، ولمشاركة ما بعد العقد لما قبله في الضرر المنفي^١. وفصل آخرون فحكموا بالفسخ قبل الدخول لا بعده^٢؛ استناداً إلى خبرين^٣ لا يَنْهَضَان حَجَّةً. وتوقّف في المختلف^٤، وله وجه.

(وقيل) والقائل الشيخ: (لو بان) الزوج (خنثى فلها الفسخ^٥)، وكذا العكس. (ويُضَعَفُ بأنّه إن كان مشكلاً فالنكاح باطل) لا يحتاج رفعه إلى الفسخ؛ (وإن كان محكوماً بذكوريّته) بإحدى العلامات الموجبة لها (فلا وجه للفسخ؛ لأنّه كزيادة عضو في الرّجل)، وكذا لو كان هو الزوجة وحُكِمَ بأنوثيّتها؛ لأنّه حينئذٍ كالزيادة في المرأة، وهي غيرُ مجوّزةٍ للفسخ على التقديرين.

وربما قيل: إنّ موضع الخلاف ما لو كان محكوماً عليه بأحد القسمين، ووجه الخيار حينئذٍ أنّ العلامة الدالّة عليه ظنيّة لا تدفع النفرة والعاز عن الآخر، وهما ضرران منفيان. وفيه أنّ مجرد ذلك غير كافٍ في رفع ما حُكِمَ بصحّته واستصحابه من غير نصّ، وربما مُنِعَ من الأمرين معاً؛ لأنّ الزائد هنا بمنزلة السلعة والثّقة، وهما لا يُوجِبَان الخيار. والظاهر أنّ الشيخ فرّضه على تقدير الاشتباه لا الوضوح؛ لأنّه حَكَمَ في الميراث بأنّ الخنثى المشكل لو كان زوجاً أو زوجةً أُعْطِيَ نصفَ النصيبين^٦. لكنّه ضعيف جداً فالمنبئي عليه أولى بالضعف.

(وعيوبُ المرأة تسعة: الجنونُ والجذامُ والبرصُ والعَمى والإقعادُ والقرن) بسكون الراء وفتحها (عظماً) كما هو أحد تفسيريه كالسنّ يكون في الفرج يمنع الوطء

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ و ١٤٧، ح ٦٥١.

٢. كالشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥١٥: النهاية، ص ٤٨٧.

٣. أي خبري إسحاق بن عمار وغيث الضبي. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٠، ح ١٧١٤ و ١٧١٥.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٠٦، المسألة ١٣١.

٥. المبسوط، ج ٤، ص ٢٦٣ و ٢٦٦.

٦. المبسوط، ج ٤، ص ١١٧.

فلو كان لحماً فهو العَقْل، وقد يُطْلَق عليه القَرْنُ أيضاً وسيأتي حكمه، (والإِفْضاء) وقد تقدّم^١ تفسيره.

(والعَقْل) بالتحريك، وهو شيء يخرج من قُبُل النساء شبيه الأذرة للرجل، (والرَتَق) بالتحريك، وهو أن يكون الفرج مُلتَجِماً ليس فيه مدخل للذكر (على خلاف فيهما) أي في العَقْل والرَتَق. ومنشأ الخلاف؛ من عدم النص، ومساواتيهما للقَرْن المنصوص^٢ في المعنى المقتضي لثبوت الخيار وهو المنع من الوطء، وفيه قوّة. وفي بعض كلام أهل اللغة أن العَقْل هو القَرْن^٣ فيكون منصوفاً، وفي كلام آخرين أن الألفاظ الثلاثة مترادفة في كونها لحماً يَنْبُت في الفرج يَمْنَع الوطء^٤.

(ولا خيار) للزوج (لو تجددت) هذه العيوب (بعد العقد) وإن كان قبل الوطء في المشهور؛ تمسكاً بأصالة اللزوم، واستصحاباً لحكم العقد، واستضعافاً لدليل الخيار. وقيل: يُفْسَخ بالمتجدد مطلقاً؛ عملاً بإطلاق بعض النصوص^٥، وقيد ثالث بكونه قبل الدخول^٦، والأشهر الأول.

(أو كان يمكن وطء الرثقاء أو القَرْناء أو العَقلاء؛ لانتفاء الضرر مع إمكانه، (أو) كان الوطء غير ممكن لكن كان يمكن (علاجه) بفتح الموضع أو قطع المانع (إلا أن تمتنع) المرأة من علاجه. ولا يجب عليها الإجابة؛ لما فيها من تحمّل الضرر والمشقة، كما أنها لو أرادت له لم يكن له المنع؛ لأنه تداوٍ لا تعلق له به.

(وخيار العيب على الفور) عندنا اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة،

١. تقدّم في ص ١٣٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٧، ح ١٧٠٣.

٣. لسان العرب، ج ٩، ص ٢٩٣، «عقل».

٤. كالعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٣٤، الرقم ٥١٤٥.

٥. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥٠١.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٧، ح ١٧٠٣ و ١٧٠٤.

٧. كيحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٦٣.

فلو أَّخَر مَنْ إِلَيْهِ الْفَسْخُ مَخْتَاراً مَعَ عِلْمِهِ بِهَا بَطْلُ خِيَارِهِ سِوَاءِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ. وَلَوْ جَهِلَ الْخِيَارَ أَوْ الْفُورِيَّةَ فَالْأَقْوَى أَنَّهُ عُدِرَ فَيُخْتَارُ بَعْدَ الْعِلْمِ عَلَى الْفُورِ، وَكَذَا لَوْ نَسِيَهُمَا. وَلَوْ مَنَعَ مِنْهُ بِالْقَبْضِ عَلَى فِيهِ أَوْ التَّهْدِيدِ عَلَى وَجْهِ يُعَدُّ إِكْرَاهاً فَالْخِيَارُ بِحَالِهِ إِلَى أَنْ يَزُولَ الْمَانِعُ، ثُمَّ تُعْتَبَرُ الْفُورِيَّةُ حِينَئِذٍ.

(وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْحَاكِمُ)؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْحَقُوقِ، خِلَافاً لِابْنِ الْجُنَيْدِ^١.

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

(وَيُشْتَرَطُ الْحَاكِمُ فِي ضَرْبِ أَجْلِ الْغَنَّةِ) لَا فِي فَسْخِهَا بَعْدَهُ بَلْ تَسْتَقِلُّ بِهِ حِينَئِذٍ. (وَيُقَدِّمُ قَوْلُ مَنْكَرِ الْعَيْبِ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ)؛ لِأَصَالَةِ عَدَمِهِ فَيَكُونُ مَدْعِيهِ هُوَ الْمَدْعَى فَعَلِيهِ الْبَيِّنَةُ وَعَلَى مَنْكَرِهِ الْيَمِينُ.

وَلَا يَخْفَى أَنَّ ذَلِكَ فِيمَا لَا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ كَالْجُبِّ وَالْخِصَاءِ، وَإِلَّا تَوَصَّلَ الْحَاكِمُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ. وَمَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ بِهِ إِنْ كَانَ ظَاهِراً كَالْعَبِيَّانِ الْمَذْكُورَيْنِ كَفَى فِي الشَّاهِدَيْنِ الْعَدْلَةَ، وَإِنْ كَانَ خَفِياً يَتَوَقَّفُ الْعِلْمُ بِهِ عَلَى الْجُبْرِ كَالْجَذَامِ وَالْبَرَصِ اشْتَرَطَ فِيهِمَا مَعَ ذَلِكَ الْجُبْرُ بِحَيْثُ يَقْطَعَانِ بَوَاجُودِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْلَمُهُ غَالِباً غَيْرُ صَاحِبِهِ وَلَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ إِلَّا مِنْ قِبَلِهِ كَالْغَنَّةِ، فَطَرِيقُ ثَبُوتِهِ إِقْرَارُهُ أَوْ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِقْرَارِهِ أَوْ الْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ مِنْ الْمَنْكَرِ، أَوْ مِنَ الْحَاكِمِ مَعَ نَكُولِ الْمَنْكَرِ عَنِ الْيَمِينِ بِنَاءً عَلَى عَدَمِ الْقَضَاءِ بِمَجْرَدِهِ. وَأَمَّا اخْتِبَارُهَا بِجُلُوسِهِ فِي الْمَاءِ الْبَارِدِ فَإِنْ اسْتَرْخَى ذَكَرَهُ فَهُوَ عَيْنٌ وَإِنْ تَشَنَّجَ فَلَيْسَ بِهِ - كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ^٢ - فَلَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فِي الْأَصَحِّ. وَفِي الْعُيُوبِ الْبَاطِنَةِ لِلنِّسَاءِ بِإِقْرَارِهَا - شَهَادَةُ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ، وَلَا تُسْمَعُ فِي عُيُوبِ الرِّجَالِ وَإِنْ أُمِكنَ أَطْلَاعُهُنَّ كَأَرْبَعِ زَوَاجَاتٍ طَلَّقَهُنَّ بَعْنَتَهُ.

١. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢١٦، المسألة ١٤٥.

٢. كالشيخ الصدوق في المقتع، ص ٣٢٢.

(و) حيث يَثْبُت العيبُ ويحصل الفسخُ (لا مهر) للزوجة (إن كان الفسخ قبل الدخول) في جميع العيوب (إلا في العُتَّة فنصفه) على أصح القولين^١، وإنما خرجت العُتَّة بالنص^٢ الموافق للحكمة من إشرافه عليها وعلى محارمها فناسب أن لا يخلو من عيوض، ولم يجب الجميع لانتفاء الدخول، وقيل: يجب جميع المهر وإن لم يُولج^٣.

(وإن كان) الفسخ (بعد الدخول فالمسمى)؛ لاستقراره به (ويُرجع) الزوج (به) على المُدَّلس، إن كان وإلا فلا رجوع، ولو كانت هي المدلّسة رجع عليها إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً، وهو أقلُّ مَمْتَوِّلٍ على المشهور. وفي الفرق بين تدليسها وتدليس غيرها في ذلك نظر. ولو تَوَلَّى ذلك جماعةً وُزِعَ عليهم بالسوية ذكوراً كانوا أم إناثاً أم بالتفريق. والمراد بالتدليس السكوت عن العيب الخارج عن الخلقة مع العلم به أو دعوى صفة كمالٍ مع عدمها.

(ولو تزوّج امرأةً على أنها حرة) أي شَرَطَ ذلك في متن العقد (فظهرت أمةً) أو مُبْتَضَّةً (فله الفسخ) وإن دخل؛ لأنّ ذلك فائدة الشرط. هذا إذا كان الزوج مَمَّنْ يجوز له نكاح الأمة وَوَقَعَ بإذن مولاها أو مباشرته، وإلا بطل في الأول ووقع موقوفاً على إجازته في الثاني على أصح القولين^٤.

ولو لم يَشْترط الحرية في نفس العقد بل تزوّجها على أنها حرة أو أخبرته بها قبله أو أخبره مخبرٌ، ففي إلحاقه بما لو شَرَطَ نظرٌ، من ظهور التدليس، وعدم الاعتبار بما تقدّم من الشروط على العقد. وعبارة المصنّف والأكثر محتمةً للأمرين.

(وكذا تَفْسَخ) هي (لو تزوّجته على أنه حرٌّ فظهر عبداً) بتقريب ما سبق.

(ولا مهر) في الصورتين (بالفسخ قبل الدخول)؛ لأنّ الفاسخ إن كان هي فقد جاء

١. ذهب إليه الشيخ في النهاية، ص ٤٨٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٩، ح ١٧٠٩.

٣. قال به ابن الجنيّد حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٠٧، المسألة ١٣٣.

٤. تقدّمت الأقوال في ص ٢٠٤.

من قتلها وهو ضابطٌ عدم وجوبه لها قبل الدخول، وإن كان هو فبسيبها. (ويجب) جميع المهر (بعده)؛ لاستقراره به.

(ولو شرط كونها بنتَ مَهِيرَةٍ) بفتح الميم وكسر الهاء؛ فَعِيلَةٌ بمعنى مفعولة، أي بنتَ حَرَّةٍ تُتَكَحَّ بمهر وإن كانت مُعْتَقَةً في أظهر الوجهين، خلافَ الأمة فإنها قد تُوطَأَ بالملك (فظهرت بنتُ أمةٍ فله الفسخ)؛ قضيَّةٌ للشرط. (فإن كان قبل الدخول فلا مهر) لها؛ لما تقدَّم، (وإن كان بعده وجب المهرُ وَيَرْجِعُ به على المدلِّس)؛ لفروره. ولو لم يَشرَطْ ذلك بل ذكر قبل العقد فلا حكم له مع احتماله كما سلف. (فإن كانت هي) المدلِّسة (رَجَعَ عليها) بالمستى (إِلَّا بِأَقْلٍ مَهْرٍ) وهو ما يُتَمَوَّلُ؛ لأنَّ الوطءَ المحترَمَ لا يخلو عن مهر، وحيث وَرَدَ النصُّ^١ برجوعه على المدلِّس يُقتَصَرُ فيما خالف الأصل على موضع اليقين وهو ما ذُكِرَ.

وفي المسألة وجهان آخران أو قولان، أحدهما^٢ أنَّ المستثنى أقلُّ مهرٍ أمثاليها؛ لأنَّه قد استوفى منفعةَ البضع فوجب عِوَضُ مثله، والثاني^٣ عدمُ استثناء شيءٍ؛ عملاً بظاهر النصوص، والمشهور الأول.

وكذا يَرجِعُ بالمهر على المدلِّس لو ظهرت أمةٌ، ويمكن شمولُ هذه العبارة له بتكْلُفٍ. وتختصُّ الأمةُ بأنَّها لو كانت هي المدلِّسة فإنَّما يَرجِعُ عليها على تقدير عتقها، ولو كان المدلِّس مولاهَا اعتُبرَ عدمُ تلفُّظِهِ بما يقتضي العتق، وإلَّا حُكِمَ بحريَّتها ظاهراً وصَحَّ العقد.

(ولو شرطها بكراً فظهرت ثيباً فله الفسخ) بمقتضى الشرط (إذا ثبت سَبْقُهُ) أي سبق الثيبوبة (على العقد) وإلَّا فقد يمكن تجدُّده بين العقد والدخول بنحو الخُطوة والخُرْقُوص. ثم إن فَسَخَ قبل الدخول فلا مهر وبعده فيجب لها المستى، وَيَرْجِعُ به

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٣، ح ١٦٩١.

٢. حكاة عن ابن الجنييد العلَّامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢١٥-٢١٦، المسألة ١٤٤.

٣. قال به المحقِّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٦٦.

على المدلس وهو العاقدُ كذلك العالمُ بحالها، وإلا فعليها مع استثناء أقل ما يكون مهرًا كما سبق.

(وقيل) والقائل ابن إدريس: لا فسخ ولكن (يَنْقُص من مهرها بنسبة ما بين مهر البكر والثيب)^١ فإذا كان المسمى مائةً ومهرُ مثلها بكرًا مائةً وثيبًا خمسون نَقَصَ منه النصف، ولو كان مهرها بكرًا مائتين وثيبًا مائةً نَقَصَ من المسمى خمسون؛ لأنها نسبة ما بينهما لا مجموع تفاوتٍ ما بينهما؛ لثَلَا يَسْقُطُ جميعُ المسمى كما قُرِّرَ في الأرض. ووجه هذا القول أن الرضى بالمهر المعين إنما حَصَلَ على تقدير اتصافها بالبكارة ولم تحصل إلا خاليةً عن الوصف فيلزم التفاوت كأرض ما بين كون المبيع صحيحاً ومعيباً.

واعلم أن الموجود في الرواية أن صَدَاقَهَا يَنْقُصُ^٢، فحكَّم الشيخ (رحمه الله) بنقص شيء من غير تعيين^٣ لإطلاق الرواية، فأغَرَبَ القطبُ الراوندي في أن الناقص هو السُدُس؛ بناءً على أن الشيء سدسٌ كما ورد في الوصية به^٤. وهو قياس على ما لا يَطْرُد، مع أن «الشيء» من كلام الشيخ قصدًا للإبهام تَبَعاً للرواية المتضمنة للنقص مطلقاً. وربما قيل: يرجع إلى نظر الحاكم^٥؛ لعدم تفسيره لغةً ولا شرعاً ولا عرفاً.

١. السرائر، ج ٢، ص ٦١٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦٣، ح ١٤٧٢.

٣. النهاية، ص ٤٨٦.

٤. حكاة عنه المحقق في نكت النهاية، ج ٢، ص ٣٦١.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١١، ح ٨٣٥.

٦. قال به المحقق في نكت النهاية، ج ٢، ص ٣٦٢.

(الفصل الثامن في القسم)

[والنشوز والشقاق]

و[القسم] هو بفتح القاف مصدرٌ «قَسَمْتُ الشيء»، أما بالكسر فهو الحظ والنصيب. والنشوز وهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة الآخر، (والشقاق) وهو خروج كلٍّ منهما عن طاعته.

أما القسم فهو حقٌّ لكلٍّ منهما؛ لا شراك ثمرته وهو العشرة بالمعروف المأمور بها^١. (ويجب للزوجة الواحدة ليلةً من أربع) وله ثلاث ليالٍ يبيتها حيث شاء، وللزوجتين ليلتان من الأربع وله ليلتان، (وعلى هذا فإذا تمت الأربع فلا فاضل له) لاستغراقهنَّ النصاب.

ومقتضى العبارة أنَّ القسمة تجب ابتداءً وإن لم يبتدئ بها، وهو أشهر القولين^٢؛ لورود الأمر بها مطلقاً. وللشيخ (رحمه الله) قول بأنَّها لا تجب إلا إذا ابتدأ بها^٣، واختاره المحقق في الشرائع^٤ والعلامة في التحرير^٥، وهو متجّه، والأوامر المدعاة لا تنافيه. ثم إن كانت واحدة فلا قسمة وكذا لو كُنَّ أكثر وأعرضَ عنهنَّ، وإن بات عند واحدة

١. النساء (٤): ١٩: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ».

٢. كما في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣١٧، المسألة ٢٢٦؛ وغاية المراد، ج ٣، ص ١٥٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٥٩٦.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٧٩.

٥. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٨٩، الرقم ٥٢٥٣.

منهنَّ ليلةً لزمه للباقيات مثلها، وعلى المشهور يجب مطلقاً، وحينئذٍ فإن تعدّدَ ابتداءً بالقرعة ثم إن كانتا اثنتين، وإلا افتقر إلى قرعة أخرى للثانية وهكذا لتلازجَ بغير مرجح. وقيل: يتخَيَّرُ^١، وعلى قول الشيخ يتخيَّر من غير قرعة.

ولا تجوز الزيادة في القسمة على ليلة بدون رضاهنَّ، وهو أحد القولين^٢؛ لأنَّه الأصل، وللتأسي بالنبي ﷺ^٣ فقد كان يقسم كذلك، ولتلايلحق بعضهنَّ ضررٌ مع الزيادة بعروض ما يقطعهُ عن القسم للمتأخرة. والآخَرُ جوازها مطلقاً؛ للأصل.

ولو قيل بتقييده بالضرر كما لو كنَّ في أماكن متباعدة يَشُقُّ عليه الكون كلَّ ليلة مع واحدة كان حسناً، وحينئذٍ فيتقدَّ بما يندفع به الضررُ ويتوقَّف ما زاد على رضاهنَّ. وكذا لا يجوز أقلُّ من ليلة؛ للضرر.

(ولا فرق) في وجوب القسم (بين الحرِّ والعبد والخَصِي والعَيْنين وغيرهم)؛ لإطلاقي الأمر^٤ وكون الغرض منه الإيناس بالمضاجعة لا الواقعة.

(وتسقط القسمة بالنشوز) إلى أن ترجع إلى الطاعة، (والسفر) أي سفره مطلقاً مع استصحابه لإحداهنَّ أو على القول بوجوبه مطلقاً فإنه لا يقضي للمتخلفات وإن لم يُفِرَّ للخارجة، وقيل: مع القرعة^٥ وإلا قضى.

أما سفرها فإن كان لواجبٍ أو جائزٍ بإذنه وجب القضاء، ولو كان لغرضها ففي القضاء قولان للعلامة في القواعد والتحرير^٦، والمتجّه وجوبه. وإن كان في غير واجب بغير إذنه ولا ضرورةٍ إليه فهي ناشزة.

١. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٧٩.

٢. ذهب إليه العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٩١، الرقم ٥٢٦٢.

٣. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٤٨٤، ح ١٤٧٣٢ و ١٤٧٣٣.

٤. اختاره الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٥٩٩.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٥٦٥، باب النوادر من كتاب النكاح، ح ٤٠.

٦. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٤١٥، المسألة ٧.

٧. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٩٠؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٩٥، الرقم ٥٢٧٢.

(ويختصَّ الوجوبُ بالليل، وأمَّا النهار فلمعاشه) إن كان له معاش (إلا في نحو الحارس) وَمَنْ لَا يَتِمُّ عَمَلُهُ إِلَّا بِاللَّيْلِ (فتنعكس) قسمته فتجب نهاراً دون الليل. وقيل: تجب الإقامة صَبِيحَةً كُلَّ لَيْلَةٍ مع صاحبها؛ لرواية إبراهيم الكرخي عن الصادق عليه السلام، وهي محمولةٌ مع تسليم سندها على الاستحباب. والظاهر أَنَّ المراد بـ«الصبيحة» أَوَّلُ النهار بحيث يُسَمَّى صَبِيحَةً عرفاً، لا مجموعَ اليوم.

هذا كله في المقيم. أمَّا المسافر الذي معه زُوجَاتُه فعماد القسمة في حَقِّه وقتُ النزول، ليلاً كان أم نهاراً، كثيراً كان أم قليلاً.

(وللأمة) المعقود عليها دوماً حيث يُسَوَّغ (نصفُ القسم)؛ لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «إذا كان تحتَ أمةٍ مملوكةٌ فتزوّج عليها حرةً قَسَمَ للحرّة مثلي ما يَقسِمُ للمملوكة»^٣. وحيث لا تكون القسمة في أقلَّ من ليلة فللأمة ليلةٌ من ثمان وللحرّة ليلتان وله خمس. ويجب تفريق ليلتي الحرّة؛ لِتَفَقَّعٍ من كلّ أربعٍ واحدةٍ إن لم تَرْضَ بغيره. وإنما تَسْتَحِقُّ الأمةُ القسمَ إذا اسْتَحَقَّتْ النَفَقَةَ بأن كانت مُسَلِّمَةً للزوج ليلاً ونهاراً كالحرّة.

(وكذا الكتابيّة الحرّة) حيث يجوز نكاحها دوماً على المشهور، وعُلِّلَ بنقصها بسبب الكفر فلا تُساوي المسلمة الحرّة. (وللكتابيّة الأمة رُبعُ القسم)؛ لئلا تُساوي الأمة المسلمة (فتصير القسمة من ستّ عشرة ليلةً) للأمة الكتابيّة منها ليلة، وللحرّة المسلمة أربع، كما سلف، وللأمة المسلمة ليلتان لو اتَّفقت، وكذا الكتابيّة. ومن هنا يَتَفَرَّعُ باقي صُورُ اجتماع الزوجاتِ المتفرقاتِ في القسمة وهي أربعون صورةً تَبْلُغُ مع الصورِ المتَّفَقّةِ اثنتين وخمسين تُعرَفُ مع أحكامها بالتأمل. وتَسْتَحِقُّ القسمَ مريضةٌ ورَقَاءٌ وقَرَنَاءٌ وحائضٌ ونُفَسَاءٌ؛ لِأَنَّ المقصودَ منه الأنثى لا الوطء.

١. حكاه عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣١٧، المسألة ٢٢٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢٢، ح ١٦٨٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٢١، ح ١٦٨٦.

(ولا قِسْمَةً للصغيرة) التي لم تَبْلُغ التسع (ولا للمجنونة المُطْبِقَةُ إذا خاف) أذاها مع مضاجعتها؛ لأنَّ القِسْمَةَ مشروطةٌ بالتمكين وهو منتفٍ فيهما، ولو لم يَخَفْ من المجنونة وجب، وكذا غيرُ المُطْبِقَةِ.

(ويَقْسِمُ الوليُّ بالمجنون) بأن يَطُوفَ به على أزواجه بالعدل، أو يَسْتَدْعِيَهُنَّ إليه أو بالتفريق، ولو خَصَّ به بعضَهُنَّ فقد جار وعليه القضاء، فإن أفاق المجنون قَضَى ما جار فيه الوليُّ، وفي وجوبه عليه نظر؛ لعدم جوره.

(وتختصُّ البكرُ عند الدخول بسبع) ليالٍ ولَاءٍ، ولو فَرَّقَهُ لم يُحْتَسَبْ واستأنف وقَضَى المَفْرَقُ للأخريات، ويَحْتَمَلُ الاحتسابُ مع الإثم، (والثيبُ بثلاثٍ) ولَاءٍ، والظاهر أنَّ ذلك على وجه الوجوب. ولا فرق بين كون الزوجة حرةً وأمةً، مسلمةً وكتيبةً إن جَوَزْنَا تزويجها دوماً؛ عملاً بالإطلاق. واستقرب في التحرير تخصيص الأمة بنصف ما تَخْتَصُّ به لو كانت حرةً^١، وفي القواعد المساواة^٢.

وعلى التنصيف يجب عليه الخروجُ من عندها بعد انتصاف الليل إلى مكان خارج عن الأزواج، كما يجب ذلك لو بات عند واحدة نصفَ ليلة ثم مُنِعَ من الإكمال فإنه يبيت عند الباقيات مثلها مع المساواة أو بحسابه.

(وليس للزوجة أن تهب ليلتها للضرَّة إلا برضى الزوج)؛ لأنَّ القسمَ حقٌّ مشتركٌ بينهما أو مختصٌّ به على القول بعدم وجوبه ابتداءً، فإن رَضِيَ بالهبة وهَبَتْ لمعيَّنة منهنَّ بات عندها ليلتهما كُلَّ ليلة في وقتها، متصّلتين كانتا أم منفصلتين.

وقيل: يجوز وصلهما تسهلاً عليه، والمقدار لا يختلف. ويضعفُ بأن فيه تأخيرَ حقِّ مَنْ بين ليلتين، وبأن الواهبة قد تَرَجَّعَ بينهما، والموالة تُقَوِّتُ حقَّ الرجوع. وإن وهَبَتْها لهنَّ سوَّى بينهما فيجعل الواهبة كاللمعدومة. ولو وهبتها له فله تخصيص نوبتها بمن شاء، ويأتي في الاتصال والانفصال ما سبق.

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٩٥، ذيل الرقم ٥٢٧١.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٩٠.

(ولها الرجوع قبل تمام المبيت)؛ لأنّ ذلك بمنزلة البذل لا هبةً حقيقةً، ومن ثمّ لا يُشترط رضى الموهوبة (لا بعده)؛ لذهاب حقّها من الليلة فلا يمكن الرجوع فيها ولا يجب قضاؤها لها.

(ولو رجعت في أثناء الليلة تحوّل إليها)؛ لبطان الهبة لما بقي من الزمان. (ولو رجعت ولمّا يعلم فلا شيء عليه)؛ لاستحالة تكليف الغافل، ولها أن ترجع في المستقبل دون الماضي، ويثبت حقّها من حين علمه به ولو في بعض الليل.

(ولا يصحّ الاعتياض عن القسم) بشيء من المال؛ لأنّ المعوّض كون الرجل عندها وهو لا يقابل بالعوض؛ لأنّه ليس بعين ولا منفعة. كذا ذكره الشيخ^١، وتبعه عليه الجماعة^٢، وفي التحرير نسب القول إليه^٣ ساكتاً عليه، مشعراً بتوقيفه فيه أو تمييزه. وله وجه؛ لأنّ المعاوضة غيرُ منحصرة فيما ذكر، ولقد كان ينبغي جواز الصلح عليه كما يجوز الصلح على حقّ الشفعة والتحجير ونحوهما من الحقوق.

وحيث لا تجوز المعاوضة (فيجب) عليها (ردّ العوض) إن كانت قبضته، ويجب عليه القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت؛ لأنّه لم يسلم لها العوض. هذا مع جهلها بالفساد أو علمها وبقاء العين وإلاّ أشكل الرجوع لتسليطه على إتلافه بغير عوض حيث يعلم أنّه لا يسلم له. وقد تقدّم البحث فيه في البيع الفاسد وأنّ المصنّف مالّ إلى الرجوع مطلقاً كما هنا، خلافاً للأكثر.

(ولا يزور الزوجُ الضرة في ليلة ضرّتها)؛ لما فيه من تفويت حقّها زمنّ الزيارة، وكذا لا يدخل إليها لغير الزيارة إلاّ لضرورة فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصّر جداً بحيث لا يُعدّ إقامة عرفاً فيأثم خاصّة. وقيل: لا يجب القضاء إلاّ مع

١. المبسوط، ج ٣، ص ٥٩٦.

٢. منهم: القاضي ابن البراج في المهدّب، ج ٢، ص ٢٢٨؛ والعلماء في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٩٤؛ والصيمري في غاية المرام، ج ٣، ص ١٦٥.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٩١، الرقم ٥٢٦١.

استيعاب الليلة. والقولان للفاضل في القواعد والتحرير^١.

(وتجوز عيادتها في مرضها، لكن يقضي لو استوعب الليلة عند المَرْوَرَة)؛ لعدم إيصالها حقها، وقيل^٢: لا كما لو زار أجنبياً. وهل تُحسب الليلة على المَرْوَرَة؟ الظاهر لا؛ لأنها ليست حقها. ولو لم يستوعب الليلة فلا قضاء هنا.

(والواجب) في المبيت (المضاجعة) وهي أن يتام معها قريباً منها عادةً مُعْطِياً لها وجهه دائماً أو أكثر ياً بحيث لا يُعَدَّ هاجراً وإن لم يتلاصق الجسمان، (لا المواقعة) فإنها لا تجب إلا في كل أربعة أشهر مرةً كما سلف.

(ولو جار في القسمة قَضَى) واجباً لمن أخلَّ بليتها، فلو قَسَم لكل واحدة من الأربع عَشراً فوقَ ثلاثاً ثم عاد عليهنَّ دون الرابعة بعشر قضى لها ثلاث عشرة ليلةً وتُلثاً، ولو باتها منفرداً قضى لها عَشراً خاصَّةً. ولو طَلَّقها قبل القضاء أو بعد حضور ليلتها قبل إيفائها بقيَ حقها في ذمته، فإن تزوّجها أو راجعها وجب عليه التخلُّص منها وإلا استقرَّت المَظْلَمَةُ في ذمته. وكذا لو فارَّق المَظْلوم بها وجدَّد غيرها؛ لأنَّ قضاء الظلم يستلزم الظلم للجديدة. ولو كان الظلمُ بعضَ ليلة وجب عليه إيفؤها قدرَ حقها وإكمال باقي الليلة خارجاً عن الزوجات. ولو شكَّ في القدر بنى على المتيقن.

(والنشوزُ) وأصله الارتفاع و(هو) هنا (الخروج عن الطاعة) أي خروج أحد الزوجين عما يجب عليه من حق الآخر وطاعته؛ لأنه بالخروج يتعالى عما أوجب الله عليه من الطاعة. (فإذا ظهرت أمارته للزوج بتقطيعها في وجهه والتبرُّم) أي الضجر والسأم (بحوائجه) التي يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع بأن تمتنع أو تتناقل إذا دعاها إليه، لا مطلق حوائجه؛ إذ لا يجب عليها قضاء حاجته التي لا تتعلق

١. قال بعدم القضاء في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٩١؛ وبالقضاء في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٣، ص ٥٩١، الرقم ٥٢٦١.

٢. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٨١.

بالاستمتاع. (أو تُغَيِّرُ عَادَتِهَا فِي أَدَبِهَا) معه قولاً كَانَ تُجِيبُهُ بِكَلَامٍ خَشِنٍ بَعْدَ أَنْ كَانَ بَلِينٍ، أَوْ غَيْرِ مُقْبِلَةٍ بِوَجْهِهَا بَعْدَ أَنْ كَانَتْ تُقْبِلُ، أَوْ فَعَلًا كَانَ يَجِدُ إِعْرَاضًا وَغُبُوسًا بَعْدَ لُطْفٍ وَطَلَاقَةٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ (وَعَظَّمَهَا^١) أَوَّلًا بَلَا هَجَرٍ وَلَا ضَرْبٍ فَلَعَلَّهَا تُبْدِي عُذْرًا أَوْ تَتُوبَ عَمَّا جَرَى مِنْهَا مِنْ غَيْرِ عَذْرِ. وَالْوَعْظُ كَانَ يَقُولُ «اتَّقِي اللَّهَ فِي الْحَقِّ الْوَاجِبِ لِي عَلَيْكَ وَاحْذَرِي الْعُقُوبَةَ» وَبَيَّنَّ لَهَا مَا يَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ عَذَابِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْآخِرَةِ وَسُقُوطِ النَّفَقَةِ وَالْقَسَمِ فِي الدُّنْيَا؛ (ثُمَّ حَوَّلَ ظَهْرَهُ إِلَيْهَا) فِي الْمَضْجَعِ - بِكَسْرِ الْجِيمِ - إِنْ لَمْ يَنْجَعِ الْوَعْظُ، (ثُمَّ اعْتَزَلَهَا نَاحِيَةً فِي غَيْرِ (فِرَاشِهَا، وَلَا يَجُوزُ ضَرْبُهَا) إِنْ رَجَا رَجُوعَهَا بِدُونِهِ.

(فَإِذَا امْتَنَعَتْ مِنْ طَاعَتِهِ فِيمَا يَجِبُ لَهُ) وَلَمْ يَنْجَعِ ذَلِكَ كُلُّهُ (ضَرْبُهَا مُقْتَصِرًا عَلَى مَا يُؤَمِّلُ بِهِ رَجُوعَهَا) فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ مَعَ حَصُولِ الْغَرَضِ بِهِ، وَإِلَّا تَدَرَّجَ إِلَى الْأَقْوَى فَالْأَقْوَى (مَا لَمْ يَكُنْ مُذْمِيًّا وَلَا مُبَرِّحًا) أَيَّ شَدِيدًا كَثِيرًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ^٢﴾.

والمراد: فِعْظُوهُنَّ إِذَا وَجَدْتُمْ أَمَارَاتِ النُّشُوزِ، وَاهْجُرُوهُنَّ إِنْ نَشَزْنَ، وَاضْرِبُوهُنَّ إِنْ أَضْرَزْنَ عَلَيْهِ. وَأَفْهَمَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فِي الْمَضَاجِعِ﴾ أَنَّهُ لَا يَهْجُرُهَا فِي الْكَلَامِ، وَهَذَا فِيمَا زَادَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثٍ^٣»، وَيَجُوزُ فِي الثَّلَاثَةِ إِنْ رَجَا بِهِ رَجُوعَهَا. وَلَوْ حَصَلَ بِالضَّرْبِ تَلَفٌ أَوْ إِدْمَاءٌ ضَمِنَ.

(وَلَوْ نَشَزَ) الزَّوْجُ (بِمَنْعِ حَقُوقِهَا) الْوَاجِبَةِ لَهَا عَلَيْهِ مِنْ قَسَمِ وَنَفَقَةٍ (فَلَهَا الْمَطَالِبَةُ) بِهَا (وَلِلْحَاكِمِ الزَّوَامِي) بِهَا، فَإِنْ أَسَاءَ خُلُقَهُ وَأَذَاهَا بِضَرْبٍ وَغَيْرِهِ بَلَا سَبَبٍ صَحِيحٍ نَهَا عَنْ ذَلِكَ، فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَزَّرَهُ بِمَا يَرَاهُ. وَإِنْ قَالَ كُلُّ مِنْهُمَا «إِنَّ صَاحِبَهُ مُتَعَدٍّ» تَعَرَّفَ

١. بَأَنْ يَقُولَ: أَنَا أَوْثَرُ الْبَقَاءِ مَعَكَ وَفِي خِلَافِكَ عَلَى قَطْعِ الْأَلْفَةِ وَغَضَبِ الرَّبِّ (سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى). وَلَوْ كَانَ هُوَ النَّاشِزُ فَوَعَظَهَا بِقَوْلِهَا: أَنَا أَوْثَرُ الْمَقَامِ مَعَكَ فَلَا تُشْمِتْ بِي عَدُوِّي، وَاتَّقِ اللَّهَ فِي أَمْرِي، وَمَا أَشْبَهَهُ. وَلَيْسَ لَهَا ضَرْبُهُ. (زَيْنِ

رَحِمَهُ اللَّهُ)

٢. النِّسَاءُ (٤): ٣٤.

٣. الْأَمَالِيُّ، الشَّيْخُ الطُّوسِيُّ، ص ٣٩١، الْمَجْلِسُ ١٤، ح ٨/٨٦٠.

الحاكمُ الحالَ بثقة في جوارهما يَخْتَبِرُهُما، وَمَنَعَ الظالمَ منهما.
(ولو تركت) الزوجةُ (بعض حقوقها) من قِسْمَةِ ونفقة (استِمالَةً له، حَلًّا له
قبولُهُ) وليس له منعُ بعض حقوقها لتَبَدُّلَ له مالاً لِيَخْلَعَهَا؛ فَإِنْ فَعَلَ فَبَدَلَتْ أَيْمًا، وَصَحَّ
قبولُهُ ولم يكن إكراهًا. نعم، لو قَهَرها عليه بخصوصه لم يَحِلَّ.

(والشقاق) هو (أن يكون النشوزُ منهما) كأن كان كل واحد منهما قد صار في
شِقِّ غير الآخر (وَتُخَشَى الفُرْقَةُ) أو الاستمرارُ على ذلك (فَيَبْعَثُ الحاكمُ الحَكَمينِ
من أهل الزوجين) أي أحدهما من أهله والآخر من أهلها كما تَضَمَّنَتْهُ الآية^١؛ لِيَنْظُرَا
في أمرهما بعد اختلاء حَكَمِهِ به وحَكَمِهَا بها ومعرفة ما عندهما في ذلك. وهل بَعَثُهما
واجب أو مستحب؟ وجهان، أوجهُهما الوجوب؛ عملاً بظاهر الأمر في الآية^٢.

(أو من غيرهما)؛ لحصول الغرض به، ولأنَّ القَرَابَةَ غيرُ معتبرة في الحَكَم ولا في
التوكيل، وكونُهما من الأهل في الآية للإرشاد إلى ما هو الأصلح. وقيل: يتعيَّن كونُهما
من أهلها^٣ عملاً بظاهر الآية، ولأنَّ الأهلَ أعرفُ بالمصلحة من الأجانب. ولو تعذَّر
الأهلُ فلا كلامَ في جواز الأجانب..

وبعثُهما يكون (تحكيمًا) لا توكيلًا؛ لأنَّ الله خاطَبَ بالبعث الحُكَّامَ وجَعَلَهُما
حَكَمَينِ، ولو كان توكيلًا لَخاطَبَ به الزوجين، ولأنَّهما إن رَأَيَا الإصلاحَ فَعَلَاهُ من غير
استئذان، وإن رَأَيَا التفريقَ تَوَقَّفَ على الإذن، ولو كان توكيلًا لكان تابعًا لما دَلَّ عليه
لفظُهما. وبذلك يُضَعَّفُ قولُ القاضي بكونه توكيلًا؛ استنادًا إلى أَنَّ البُضْعَ حقٌّ للزوج
والمالَ حقٌّ للمرأة وليس لأحدٍ التصرفُ فيهما إلَّا بإذنها لعدم الحَجَرِ عليهما؛ لأنَّ إِذْنَ
الشارع قد يَجْري على غير المحجور كالمُماطل.

١. والنساء (٤): ٣٥.

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٣٠.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٢٦٦.

وحيث كان تحكيماً (فإن اتّفقاً على الإصلاح) بينهما (فعلاه) من غير مراجعة،
 (وإن اتّفقاً على التفريق لم يصحّ إلّا بإذن الزوج في الطلاق و) إذن (الزوجة في
 البذل) إن كان خلُعا؛ لأنّ ذلك هو مقتضى التحكم. (وكلّ ما شرطاه) أي الحكمان
 على الزوجين (يلزَم إذا كان سائغاً) شرعاً وإن لم يَرْضَ به الزوجان، ولو لم يكن سائغاً
 كاشتراط ترك بعض النفقة أو القسمية أو أن لا يُسافرَ بها لم يلزَم الوفاء به.
 ويُسْتَرَط في الحَكَمين البلوغُ والعقلُ والحريّةُ والعدالةُ والاهتداءُ إلى ما هو المقصود
 من بعثهما، دون الاجتهاد.

(ويلحق بذلك نظران:)

[النظر] (الأول: الأولاد)

(ويلحق الولد بالزوج الدائم) نكاحه (بالدخول) بالزوجة (ومُضي سِتَّة أشهرٍ) هِلَالِيَّةٍ (من حين الوطء). والمراد به - على ما يَظْهَر من إطلاقهم، وصرَّح به المصنَّف في قواعده^١ - غَيْبُوبَةُ الحشفة قُبْلًا أو دُبْرًا وإن لم يُنْزَل. ولا يخلو ذلك من إشكال إن لم يكن مُجمَعاً عليه؛ للقطع بانتفاء التولّد عنه عادةً في كثير من مواردّه، ولم أَقِفْ على شيء ينافي ما نقلناه يُعْتَمَد عليه.

(وعدم تجاوز أقصى الحمل) وقد اختلف الأصحاب في تحديده فقليل: تسعة أشهر^٢، وقيل: عشرة^٣ (وغاية ما قيل) فيه (عندنا سِتَّة)^٤.

ومُسْتَنَدُ الكلِّ مفهومُ الروايات^٥، وعدل المصنَّف عن ترجيح قول؛ لعدم دليلٍ قويٍّ على الترجيح. ويمكن حملُ الروايات على اختلاف عادات النساء فإنَّ بعضَهنَّ تَلِدُ لتسعة وبعضَهنَّ لعشرة وقد يَتَّفِق نادراً بلوغَ سِتَّةٍ. واتفق الأصحاب على أَنّه لا يَزِيد عن السنة، مع أَنّهم رَوَوْا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَمَلَتْ به أُمُّهُ أَيَّامَ التشريق^٦ واتفقوا على أَنّه وُلِدَ في شهر ربيع الأول^٧، فأقلُّ ما يكون لَبْنُهُ في بطن أُمّه سنة وثلاثة أشهرٍ، وما نَقَلَ

١. القواعد والفوائد، ص ١٠٤ - ١٠٦، ذيل القاعدة ١٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٥).

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٥٠٥؛ والقاضي ابن البرّاج في المهذّب، ج ٢، ص ٣٤١.

٣. قال به المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٨٤؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٩٨.

٤. قال به السيّد المرتضى في الانتصار، ص ٣٤٥، المسألة ١٩٣، والحلي في الكافي في الفقه، ص ٣١٤.

٥. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٨٠، باب لحوق الأولاد بالآباء....

٦ و٧. الكافي، ج ١، ص ٤٣٩، باب مولد النبي ﷺ ووفاته، ح ١.

أحد من العلماء أن ذلك من خصائصه عليه السلام.

(هذا في) الولد (التام الذي وَلَجَتْهُ الروحُ، وفي غيره) ممّا تُسْقِطُهُ المرأةُ (يُرْجَع) في إلحاقه بالزوج حيث يحتاج إلى الإلحاق ليجب عليه تكفيُّه ومؤونة تجهيزه ونحو ذلك من الأحكام التي لا تترتب على حياته (إلى المعتاد) لمثله (من الأيام والأشهر وإن نَقَصَتْ عن الستة الأشهر) فإن أمكن عادةً كونه منه لِحَقِّه حكمه، وإن عُلِمَ عادةً انتفاؤه عنه لغيبته عنها مدةً تزيد عن تخلُّفه عادةً انتفى عنه.

(ولو فَجَرَ بها) أي بالزوجة الدائمة فاجز (فالولدُ للزوج) وللعاهر الحجز، (ولا يجوز له نفيه لذلك)؛ للحكم بلحوقه بالفراش شرعاً وإن أشبه الزاني خِلَقَةً. (ولو نفاه لم يَنْتَفِ عنه إلا باللعان) لأَمَّه فإن لم يلاعِنْ حَدُّ به^١.

(ولو اختلفا في الدخول) فادَّعَتْه وأنكره هو، (أو في ولادته) بأن أنكر كونها وَلَدَتْهُ (حلف الزوج)؛ لأصالة عدمهما، ولأنَّ النزاع في الأول في فعله، ويمكنها إقامة البيِّنة على الولادة في الثاني فلا يُقْبَلُ قولها فيها بغير بيِّنة.

(ولو) اتفقا عليهما و(اختلفا في المدة) فادَّعَى ولادته لدون ستَّةٍ أو لأزيد من أقصى الحمل (حلفت) هي تغليباً للفراش، ولأصالة عدم زيادة المدة في الثاني. أمَّا الأول فالأصل معه فيُحْتَمَلُ قبول قوله فيه عملاً بالأصل، ولأنَّ مآله إلى النزاع في الدخول فإنَّه إذا قال «لم تَنْقُصْ ستَّةَ أشهر من حين الوطء» فمعناه أنَّه لم يَطَأْ منذ ستَّةَ أشهرٍ وإنما وقع الوطء فيما دونها. وربما فسَّر بعضهم النزاع في المدة بالمعنى الثاني خاصَّةً^٢ ليوافق الأصل، وليس ببعيد إن تحقَّق في ذلك خلافٌ، إلا أنَّ كلام الأصحاب مطلقٌ.

(وولدُ المملوكة إذا حصلت الشروط) الثلاثة، وهي الدخول وولادته لستَّة أشهر فصاعداً ولم يتجاوز الأقصى (يلحق به، وكذلك) ولدُ (المتعة)، ولا يجوز له نفيه

١. لم ترد كلمة «به» في نسخة «ق م ن».

٢. لم نعتز عليه.

لمكان الشبهة فيهما (لكن لو نفاه انتَقَى) ظاهراً (بغير لعان فيهما وإن فعل حراماً) حيث نفى ما حَكَمَ الشارعُ ظاهراً بلحوقه به. أمّا ولدُ الأمة، فموضع وفاق، ولتعليق اللعان على رَمي الزوجة في الآية^١. وأمّا ولدُ المتعة فانتفاؤه بذلك هو المشهور، ومستندُه غلبة إطلاق الزوجة على الدائمة ومن ثَمَّ حُجِلَتْ عليها في آية الإِثْر^٢ وغيره^٣. وذهب المرتضى^٤ وجماعة إلى إلحاقها بالدائمة هنا؛ لأنّها زوجةٌ حقيقةً وإلا لَحَرَمَتْ بقوله تعالى: «فَمَنْ أَبْتَنَى وَرَأَى ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْغَادُونَ»^٥.
(فلو عاد واعترف به صَحَّ وَلِجَقَّ به)، بخلاف ما لو اعترف به أولاً ثم نفاه فإنّه لا يَنْتَفِي عنه وألحق به.

(ولا يجوز نفْيُ الولد) مطلقاً (لمكان العزل) عن أمّه؛ لإطلاق النصّ^٦ والفتوى بلحوق الولد لفرّاش الواطئ وهو صادق مع العزل ويمكن سَبْقُ الماء قَبْلَه، وعلى ما ذكرناه سابقاً لا اعتبار بالإنزال في إلحاق الولد مطلقاً فمع العزل بالماء أولى. وقَيِّد العلامة هنا الوطء مع العزل بكونه قُبْلاً^٧، والمصنّف صرّح في القواعد باستواء القُبْل والدُبُر في ذلك^٨، وفي باب العِدَد صرّحوا بعدم الفرق بينهما في اعتبار العِدَّة^٩.

١. النور (٢٤): ٦.

٢. كالعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٣٥، المسألة ١٦٠.

٣. انظر جامع المقاصد، ج ١٣، ص ٣٦.

٤. الانتصار، ص ٢٧٦، ذيل المسألة ١٥٣.

٥. منهم: الشيخ المفيد في خلاصة الإيجار، ص ٣٧ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٦)؛ حكاها عن الشيخ الصدوق الشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٧٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣)؛ الجامع للشرائع، ص ٤٥٢.

٦. المؤمنون (٢٣): ٧.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٣، ح ٦٤٠.

٨. في أوّل أحكام الأولاد.

٩. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٧، الرقم ٥٣٠٥.

١٠. القواعد والفوائد، ص ١٠٤-١٠٦، ذيل القاعدة ١٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٥).

١١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٣٨؛ المختصر النافع، ص ٢٠٠.

(وولدُ الشبهة يلحق بالوَاطِئ بالشروطِ) الثلاثة (وعدم الزوج الحاضر) الداخل بها بحيث يمكن إلحاقه به. والمولى في ذلك بحكم الزوج، لكن لو انتفى عن المولى ولحق بالوَاطِئ أغرم قيمة الولد يوم سَقَطَ حيّاً لمولاهما.

(ويجب) كفاية (استبداؤ النساءِ) أي انفراذهنَّ (بالمرأة عند الولادة، أو الزوج، فإن تعذر فالرجال) المَحَارِمُ، فإن تعذروا فغيرهم. وقَدَّم في القواعد الرجال الأقارب غير المحارم على الأجانب^١، وهنا أطلق الرجال. هذا جملة ما ذكره فيه، ولا يخلو من نظر، بل ذلك مقيّد بما يستلزم إطلاعه على العورة، أمّا ما لا يستلزمه من مساعدتها فتحريره على الرجال غير واضح. وينبغي فيما يستلزم الإطلاع على العورة تقديم الزوج مع إمكانه، ومع عدمه يجوز غيره للضرورة كنظر الطبيب، وأمّا الفرق بين أقارب الرجال من غير المحارم والأجانب فلا أصل له في قواعد الشرع.

(ويُستحبَّ غُسلُ المولود) حين يُولَد (والأُذُنُ في أذنه اليمنى والإقامة في اليسرى) وليكن ذلك قبل قطع سُرَّتِه فلا يُصِيبه لَمَمٌ ولا تابعة ولا يَفْرَع ولا تُصِيبه أُمُّ الصَّبيّان، رُوي ذلك عن أبي عبد الله عليه السلام، عن النبي صلى الله عليه وآله: «من وُلد له مولودٌ فَلْيُوَدِّنْ في أذنه اليمنى بأذن الصلاة، وَلْيَقِم في أذنه اليسرى فَإِنَّهَا عَصَمَةٌ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ»^٢.

(وتحنيكه بترية الحسين عليه السلام وماء الفرات) وهو النهر المعروف (أو ماءِ فِراتٍ) أي عَذْبٍ (ولو يَخْلُطُه بالتمر أو بالعسل) لِيَعَذَّبَ إن لم يكن عَذْباً. وظاهرُ العبارة التخييرُ بين الثلاثة، والأجودُ الترتيبُ بينها فيَقْدَم ماءُ الفرات مع إمكانها، ثم الماءُ الفرات بالأصالة، ثم بإصلاح ما لِحِه بالخُلُو. وفي بعض الأخبار: «حَنَكُوا أولادكم بماءِ الفرات وترية الحسين عليه السلام، فإن لم يكن فبماء السماء»^٣. والمراد بالتحنيك إدخال ذلك إلى حَنَكِه وهو أعلى داخل الفم.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٩٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٧، ح ١٧٤٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٦، ح ١٧٤٠.

وكذا يُسْتَحَبُّ تحنيكُهُ بالتمر بأن يَمْضَغُ التمرةَ وَيَجْعَلُهَا فِي فِيهِ وَيُوصِلُهَا إِلَى حَنَكِهِ بِسَبَابَتِهِ حَتَّى يَتَخَلَّلَ فِي حَلَقِهِ، قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع): «حَنَكُوا أَوْلَادَكُمْ بِالتمر فَكَذَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) بِالْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ (ع)». ^١ قَالَ الْهَرَوِيُّ: يَقَالُ: حَنَكَهُ وَحَنَكَهُ بِتَخْفِيفِ النون وتشديدِها ^٢.

(وَتَسْمِيَّتُهُ مُحَمَّدًا) إِنْ كَانَ ذَكَرًا (إِلَى الْيَوْمِ السَّابِعِ فَإِنْ غَيَّرَ) بَعْدَ ذَلِكَ (جَاز)، قَالَ الصَّادِقُ (ع): «لَا يُؤَلَّدُ لَنَا وَلَدٌ إِلَّا سَمَّيْنَاهُ مُحَمَّدًا، فَإِذَا مَضَى سَبْعَةُ أَيَّامٍ فَإِنْ شِئْنَا غَيَّرْنَا وَإِلَّا تَرَكَنَا» ^٣.

(وَأَصْدَقُ الْأَسْمَاءِ مَا عُبِّدَ اللَّهُ) أَيِ اشْتَمَلَ عَلَى عِبُودِيَّتِهِ تَعَالَى كَعَبْدِ اللَّهِ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ وَغَيْرِهِ مِنْ أَسْمَائِهِ تَعَالَى، (وَأَفْضَلُهَا) أَيِ الْأَسْمَاءِ مُطْلَقًا (اسْمُ مُحَمَّدٍ وَعَلِيٍّ وَأَسْمَاءُ الْأَنْبِيَاءِ وَالْأَئِمَّةِ (ع)) قَالَ الْبَاقِرُ (ع): «أَصْدَقُ الْأَسْمَاءِ مَا سُمِّيَ بِالْعِبُودِيَّةِ وَأَفْضَلُهَا أَسْمَاءُ الْأَنْبِيَاءِ» ^٤، وَعَنِ الصَّادِقِ (ع): «إِنَّ النَّبِيَّ (ص) قَالَ: مَنْ وُلِدَ لَهُ أَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ وَلَمْ يُسَمَّ أَحَدُهُمْ بِاسْمِي فَقَدْ جَفَانِي» ^٥، وَعَنْهُ (ع): «لَيْسَ فِي الْأَرْضِ دَارٌ فِيهَا اسْمُ مُحَمَّدٍ إِلَّا وَهِيَ تُقَدَّسُ كُلُّ يَوْمٍ» ^٦. وَعَنِ الْحُسَيْنِ (ع) فِي حَدِيثٍ طَوِيلٍ: «لَوْ وُلِدَ لِي مِائَةٌ لَأَخْبَيْتُ أَنْ لَا أُسَمِّيَ أَحَدًا مِنْهُمْ إِلَّا عَلِيًّا» ^٧. وَقَالَ الرِّضَا (ع): «لَا يَدْخُلُ الْفَقْرُ بَيْتًا فِيهِ اسْمُ مُحَمَّدٍ أَوْ أَحْمَدَ أَوْ عَلِيٍّ أَوْ الْحَسَنِ أَوْ الْحُسَيْنِ أَوْ جَعْفَرٍ أَوْ طَالِبٍ أَوْ عَبْدِ اللَّهِ، أَوْ فَاطِمَةَ مِنَ النِّسَاءِ» ^٨.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٦-٤٣٧، ح ١٧٤١.

٢. غريب الحديث، الهروي، ج ١، ص ١٧١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٧، ح ١٧٤٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٧، ح ١٧٤٧.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٩٩، باب الأسماء والكنى ...، ح ٦.

٦. الكافي، ج ٦، ص ٣٩٩، باب النوادر، ح ٢.

٧. الكافي، ج ٦، ص ١٩٩، باب الأسماء والكنى ...، ح ٧.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٨، ح ١٧٤٨.

(وتكنيته) بـ «أبي فلان» إن كان ذَكَراً و«أُم فلان» إن كان أنثى، قال الباقر: «إِنَّا لَنُكْنِي أَوْلَادَنَا فِي صِغَرِهِمْ مَخَافَةَ النَّبْزِ أَنْ يَلْحَقَ بِهِمْ»^١. (ويجوز اللقب) وهو ما أشعر من الأعلام بمدح أو ذم، والمراد هنا الأول خاصة.

(ويُكره الجمعُ بين كُنْيَتِهِ) بضم الكاف (بأبي القاسم وتسميته محمداً) قال الصادق عليه السلام: «إِنَّ النَّبِيَّ نَهَى عَنْ أَرْبَعِ كُنْيَ: عَنْ أَبِي عَيْسَى وَعَنْ أَبِي الْحَكَمِ وَعَنْ أَبِي مَالِكٍ وَعَنْ أَبِي الْقَاسِمِ إِذَا كَانَ الْاسْمُ مُحَمَّدًا»^٢.

(وَأَنْ يُسَمِّيَ حَكَمًا أَوْ حَكِيمًا أَوْ خَالِدًا أَوْ حَارِثًا أَوْ ضَرَارًا أَوْ مَالِكًا) قال الباقر عليه السلام: «أَبْغَضُ الْأَسْمَاءِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى حَارِثٌ وَمَالِكٌ وَخَالِدٌ»^٣ وعن الصادق عليه السلام قال: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ دَعَا بِصَحِيفَةٍ حِينَ حَضَرَهُ الْمَوْتُ يَرِيدُ أَنْ يَنْهَى عَنْ أَسْمَاءٍ يُتَسَمَّى بِهَا فَقُبِضَ وَلَمْ يُسَمَّهَا، مِنْهَا الْحَكَمُ وَحَكِيمٌ وَخَالِدٌ وَمَالِكٌ، وَذَكَرَ أَنَّهَا سِتَّةٌ أَوْ سَبْعَةٌ مِمَّا لَا يَجُوزُ أَنْ يُتَسَمَّى بِهَا»^٤.

(وأحكام الأولاد أمور:)

(منها: العقيقة والحلق والختان^٥ وثُقْبُ الْأُذُنِ) اليمنى في شَحْمَتِهَا واليسرى في أعلاها، كل ذلك (في اليوم السابع) من يوم وُلِدَ ولو في آخرِ جزءٍ من النهار، قال الصادق عليه السلام: «العقيقة واجبة»^٦ «وكل مولود مَرَّتَيْنِ بعقيقته»^٧، وعنه عليه السلام: «عُقِّ عَنْهُ

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٨، ح ١٧٥٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٩، ح ١٧٥٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٩، ح ١٧٥٣.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٣٩، ح ١٧٥١.

٥. والأصل في سببه أن إبراهيم عليه السلام أمر بقتال العمالقة، فقتل من الفريقين خلق كثير ولم يعرف إبراهيم عليه السلام أصحابه ليدفنهم، فأمر بالختان من أجل ذلك ليكون علامة لأهل الإسلام، فاختنن على رأس مائة وعشرين سنة، وأمر بالختان. مؤمناً خفض النساء فالأصل فيه أن سارة عليه السلام لما غارت من هاجر حلفت أن يُثْلِي يدها من دمها، فقال إبراهيم عليه السلام: «اخفضيها فاختنيها لتكون سنة من بعدي، وتخلصي من يمينك»، ففعلت، فهاجر عليه السلام أول من اختن من النساء، وهي مكرمة فيهن. (زين رحمه الله)

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤١، ح ١٧٦١.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤١، ح ١٧٦٢.

واخلق رأسه يوم السابع^١، وعنه ﷺ: «اختنوا أولادكم لسبعة أيام فإنه أطهر وأسرع لبنات اللحم وإن الأرض لتكره بول الأغلف»^٢. وعنه ﷺ: «إن تقب أذن الغلام من السنة وختانه لسبعة أيام من السنة»^٣، وفي خبر آخر عن النبي ﷺ: «إن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحاً»^٤ وفي آخر: «إن الأرض تضيح إلى الله تعالى من بول الأغلف»^٥.

(وليكن الحلق) لرأسه (قبل) ذبح (العقيقة، ويتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضةً) قال إسحاق بن عمار للصادق ﷺ: بأيها نبدأ؟ فقال: «تحلق رأسه وتغق عنه وتصدق بوزن شعره فضةً، يكون ذلك في مكان واحد»^٦ وفي خبر آخر: «أو ذهباً»^٧.

(ويكره القنازع) وهو أن يحلق من الرأس موضعاً ويترك موضعاً في أي جانب كان، روي ذلك عن أمير المؤمنين ﷺ^٨. وفي خبر آخر عن الصادق ﷺ: «أنه كره القرع في رؤوس الصبيان، وذكر أن القرع أن يحلق الرأس إلا قليلاً وسط الرأس تسمى القرعة»^٩. وعنه ﷺ قال: «أتى النبي ﷺ بصبي يدعو له وله قنازع فأبى أن يدعوه وأمر أن يحلق رأسه»^{١٠}.

(ويجب) على الصبي (الختان عند البلوغ) أي بعده بلا فصل لو ترك وليه ختانه. وهل يجب على الولي ذلك قبله؟ وجهان: من عدم التكليف حينئذٍ، واستلزام تأخيرهِ

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٢، ح ١٧٦٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٤، ح ١٧٧٧.

٣. الكافي، ج ٦، ص ٣٥، باب التطهير، ح ١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٥، ح ١٧٧٨.

٥. الكافي، ج ٦، ص ٣٥، باب التطهير، ح ٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٢، ح ١٧٦٧.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٢، ح ١٧٦٨.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٧، ح ١٧٩٠.

٩. الكافي، ج ٦، ص ٤٠، باب كراهية القنازع، ح ٢ و ٣.

١٠. الكافي، ج ٦، ص ٤٠، باب كراهية القنازع، ح ٢ و ٣.

إلى البلوغ تأخير الواجب المضيّ^١. وفي التحرير: لا يجوز تأخيرهِ إلى البلوغ^٢. وهو دالٌّ على الثاني، ودليله غير واضح.

(وَيُسْتَحَبَّ خَفَضُ النِّسَاءِ وَإِنْ بَلَغْنَ) قال الصادق عليه السلام: «خَفَضُ النِّسَاءِ مَكْرُمَةٌ... وَأَيُّ شَيْءٍ أَفْضَلُ مِنَ الْمَكْرَمَةِ؟»^٣.

(والعقيقة شاة) أو جَزُورٌ (تَجْتَمِعُ فِيهَا شُرُوطُ الْأُضْحِيَّةِ) وهي السلامة من العيوب، والسَمَنُ على الأفضل، ويُجَزَى فيها مطلق الشاة، قال الصادق عليه السلام: «إِنَّمَا هِيَ شَاةٌ لَحْمٌ لَيْسَتْ بِمَنْزِلَةِ الْأُضْحِيَّةِ، يَجْزَى مِنْهَا كُلُّ شَيْءٍ^٤ وَخَيْرُهَا أَسَمْتُهَا»^٥. (وَيُسْتَحَبُّ مَسَاوَاتُهَا الْوَلَدَ فِي الذُّكُورَةِ وَالْأُنثَى) ولو خَالَفَتْهُ أَجْزَأَتْ (والدعاء عند ذَبْحِهَا بِالْمَأْثُورِ) وهو: «بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ اللَّهُمَّ هَذِهِ عَقِيْقَةُ عَنْ فُلَانٍ، لَحْمُهَا بِلَحْمِهِ وَدُمُّهَا بِدَمِهِ وَعَظْمُهَا بِعَظْمِهِ، اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ وَقَاءً لِّآلِ مُحَمَّدٍ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِمْ)»^٦. رواه الكرخي عن أبي عبد الله عليه السلام. وعن الباقر عليه السلام قال: «إِذَا ذَبَحْتَ فَقُلْ: بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ إِيْمَانًا بِاللَّهِ، وَثَنَاءً عَلَى رَسُولِ اللَّهِ، وَالْعِظْمَةُ لِأَمْرِهِ، وَالشُّكْرُ لِرِزْقِهِ، وَالْمَعْرِفَةُ بِفَضْلِهِ عَلَيْنَا أَهْلَ الْبَيْتِ، فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقُلْ: اللَّهُمَّ إِنَّكَ وَهَبْتَ لَنَا ذَكَرًا وَأَنْتَ أَعْلَمُ بِمَا وَهَبْتَ، وَمِنْكَ مَا أُعْطِيتَ، وَكُلُّ مَا صَنَعْنَا فَتَقَبَّلْهُ مِنَّا عَلَى سَنَّتِكَ وَسَنَّةِ نَبِيِّكَ وَرَسُولِكَ وَاخْتِصَّائِ عَنَّا الشَّيْطَانَ الرَّجِيمَ، لَكَ سُفِكَتُ الدَّمَاءِ لَا شَرِيكَ لَكَ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ»^٧. وعن الصادق عليه السلام مثله وزاد فيه: «اللَّهُمَّ لَحْمُهَا بِلَحْمِهِ وَدُمُّهَا بِدَمِهِ وَعَظْمُهَا بِعَظْمِهِ وَشَعْرُهَا بِشَعْرِهِ وَجِلْدُهَا بِجِلْدِهِ، اللَّهُمَّ اجْعَلْهَا وَقَاءً لِفُلَانِ بْنِ

١. في «ق» زيادة: «في أوَّل وقته».

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٨، الرقم ٥٢٧٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٥، ح ١٧٨٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٣، ح ١٧٧٣.

٥. الكافي، ج ٦، ص ٣٠، باب أن العقيقة ليست بمنزلة الأضحية...، ح ٢.

٦. الكافي، ج ٦، ص ٣٠، باب أن العقيقة ليست بمنزلة الأضحية...، ح ١.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٣ - ٤٤٤، ح ١٧٧٤.

فلان»^١. وعنه: «إذا أردت أن تَذِيحَ العقيقةَ قلت: يا قوم إني بريء مما تشركون، إني وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أُمِرت وأنا من المسلمين، اللهم منك ولك بسم الله والله أكبر وتُسَمَّى المولودُ باسمه ثم تَذِيحُ»^٢. وعنه عليه السلام: «يقال عند العقيقة: اللهم منك ولك ما وهبت وأنت أعطيت اللهم، فَتَقْبَلُهُ مِنَّا عَلَى سِتَّةِ نَبِيَّكَ، ونستعِذُ بالله من الشيطان الرجيم، وتُسَمَّى وتَذِيح وتقول: لك سُفِكَتِ الدماءُ لا شريك لك والحمدُ لله رب العالمين، اللهم احْسَأْ الشيطانَ الرجيم»^٣.

فهذه جملة ما وَقَفْتُ عليه من الدعاء المأثور. (وسؤالُ الله تعالى أن يجعلَها فِدْيَةً له لحماً بلحم وعظماً بعظم وجلداً بجلد). هذا داخل في المأثور فكان يُسْتَفْنَى عن تخصيصه، ولعلَّه لمزيد الاهتمام به أو التنبيه عليه حيث لا يتفق الدعاء بالمأثور.

(ولا تكفي الصدقةُ بئمنها) وإنْ تَعَذَّرَتْ بل يَنْتَظِرُ الوجدانَ بخلاف الأضحية، قيل للصادق عليه السلام: إِنَّا طلبنا العقيقةَ فلم نجدها، فما ترى نَتَصَدَّقَ بئمنها؟ فقال: «لا، إنَّ الله تعالى يحبُّ إطعامَ الطعام وإراقةَ الدماء»^٤.

(ولتُخَصَّ القابلةُ بالرجل والوزك) وفي بعض الأخبار أن لها ربع العقيقة^٥، وفي بعضها ثلثها^٦. (ولو لم تكن قابلةً تَصَدَّقَتْ به الأُمُّ) بمعنى أن حصَّةَ القابلة تكون لها وإن كان الذابح الأب، ثم هي تَصَدَّقُ بها؛ لأنَّه يُكرَه لها الأكلُ كما سيأتي. ولا تختص

١. الكافي، ج ٦، ص ٣١، باب القول على العقيقة، ح ٣.

٢. الكافي، ج ٦، ص ٣١، باب القول على العقيقة، ح ٤.

٣. الكافي، ج ٦، ص ٣١، باب القول على العقيقة، ح ٥.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤١، ح ١٧٦٤.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٢، ح ١٧٦٨.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٤، ح ١٧٧٥.

صدقته بالفقراء بل تُعطي مَنْ شاءت، كما ورد في الخبر^١.

(ولو بلغ الولدُ ولماً يَعَقَّ عنه استُحِبَّ له العقيقة عن نفسه، وإن شكَّ الولدُ هل عَقَّ عنه أم لا (فَلْيُعَقَّ) هو (إِذَا أَصْلُ عَدُمَ عَقِيقَةُ أَبِيهِ)، ولرواية عبد الله بن سنان عن عمر بن يزيد، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني والله ما أدري كان أبي عَقَّ عَنِّي أم لا؟ قال: فأمرني أبو عبد الله عليه السلام فَعَقَّقْتُ عن نفسي وأنا شيخٌ. وقال عمر: سمعت أبا عبد الله يقول: «كُلَّ امرئٍ مرتَهَنٌ بعقيقته، والعقيقة أوجبٌ من الأضحية»^٢.

(ولو مات الصبيُّ يومَ السابع بعد الزوال لم تَسْقُطْ، وقبله تَسْقُطُ) رَوَى ذلك إدريس بن عبد الله عن أبي عبد الله^٣.

(ويُكره للوالدين أن يأْكُلَا منها شيئاً، وكذا مَنْ في عِيَالهما) وإن كانت القابلةُ منهم؛ لقول الصادق عليه السلام: «لا يأكل هو ولا أحدٌ من عِيَاله من العقيقة»، وقال عليه السلام: «للقابلة ثلث العقيقة فإن كانت القابلةُ أمَّ الرجل أو في عِيَاله فليس لها منها شيء»، وتتأكد الكراهة في الأم؛ لقوله في هذا الحديث: «يأكل العقيقة كلُّ أحدٍ إِلَّا الأمَّ»^٤.
(وأن تُكسَّرَ عِظَامُهَا بل يُفَصَّلَ أَعْضَاءُ)؛ لقوله عليه السلام في هذا الخبر: «ويُجَعَلُ أَعْضَاءُ ثُمَّ يَطْبَخُهَا»^٥.

(ويُستَحَبُّ أن يُدْعَى لها المؤمنون، وأقلُّهم عشرة) قال الصادق: «يُطْعَمُ منه عشرةٌ من المسلمين فإن زاد فهو أفضل»^٦. وفي الخبر السابق: «لا يُعْطِيهَا إِلَّا لِأَهْلِ الْوَلَايَةِ». وأن يُطْبَخَ طبخاً دون أن تُفَرَّقَ لحماً أو تُشَوَّى على النار؛ لما تقدّم من الأمر بطبخها، والمعتبر مسماها (و) أقلّه أن يُطْبَخَ بالماء والملح، ولو أُضيف إليهما غيرُهما

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٣، ح ١٧٧١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤١، ح ١٧٦٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤٧، ح ١٧٨٨.

٤ و ٥. راجع ص ٢٥٨، الهامش ٦.

٦. الكافي، ج ٦، ص ٢٨، باب أنه يعقّ يوم السابع للمولود....، ضمن الحديث ٩.

فلا بأس؛ لإطلاق الأمر الصادق به بل ربما كان أكمل، وما ذكره المصنف للتنبيه على أقل ما يتأذى به الطبخ لا للحصر؛ إذ لم يرد نص بكون الطبخ بالماء والملح خاصة بل به مطلقاً.

(ومنها: الرضاع فيجب على الأم إرضاع اللبن) بكسر اللام، وهو أول اللبن في النتاج، قاله الجوهري^١. وفي نهاية ابن الأثير: هو أول ما يحلب عند الولادة^٢. ولم أقف على تحديد مقدار ما يجب منه وربما قيده بعض بثلاثة أيام، وظاهر ما نقلناه عن أهل اللغة أنه حلبة واحدة.

وإنما وجب عليها ذلك؛ لأن الولد لا يعيش بدونه، ومع ذلك لا يجب عليها التبرع به بل (بأجرة على الأب إن لم يكن للولد مال) وإلا ففي ماله جمعاً بين الحقين، ولا منافاة بين وجوب الفعل واستحقاق عوضه كبذل المال في المخصصة للمحتاج. وبذلك يظهر ضعف ما قيل بعدم استحقاقها الأجرة عليه لوجوبه^٣؛ لما عليم من عدم جواز أخذ الأجرة على العمل الواجب. والفرق أن الممنوع من أخذ أجرته هو نفس العمل لا عين المال الذي يجب بذله واللبن من قبيل الثاني لا الأول، نعم، يجيء على هذا أنها لا تستحق أجرة على إيصاله إلى فمه لأنه عمل واجب. وربما منيع من كونه لا يعيش بدونه فينقذ حينئذ عدم الوجوب، والعلامة قطع في القواعد بكونه لا يعيش بدونه^٤، وقيده بعضهم بالغالب، وهو أولى.

(ويستحب) للأم (أن ترضعه طول المدّة) المعتبرة في الرضاع وهي حولان كاملان لمن أراد أن يتم الرضاعة، فإن أراد الاختصار على أقل المجزئ فأحد وعشرون شهراً ولا يجوز نقصائه عنها، ويجوز الزيادة على الحولين شهراً وشهرين خاصة، لكن

١. الصحاح، ج ١، ص ٧٠، «لباً».

٢. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ٢٢١، «لباً».

٣. قال به الفاضل المقداد في التقيح الرابع، ج ٣، ص ٢٦٧.

٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٠١.

لَا تَسْتَحِقُّ الْمَرْضِعَةُ عَلَى الزَّائِدِ أَجْرَةً. وَإِنَّمَا كَانَ إِرْضَاعُ الْأُمِّ مُسْتَحَبًّا؛ لِأَنَّ لَبَنَهَا أَوْفَقُ بِمَزَاجِهِ لِتَغْذِيَةِ بِهِ فِي الرَّجْمِ دَمًا.

(والأجرة كما قلناه) من كونها في مال الولد إن كان له مال، وإلا فعلى الأب وإن علا - كما سيأتي - مع يساره وإلا فلا أجرة لها بل يجب عليها كما يجب عليها الإنفاق عليه لو كان الأب مُعْسِرًا.

(ولها إرضاعه) حيث يَسْتَأْجِرُهَا الأب (بنفسها، وبغيرها) إذا لم يَشْتَرِطْ عَلَيْهَا إِرْضَاعَهُ بِنَفْسِهَا كَمَا فِي كُلِّ أَجِيرٍ مُطْلَقٍ، (وهي أولى) بإرضاعه ولو بالأجرة (إذا قَنِعَتْ بِمَا يَقْنَعُ بِهِ الْغَيْرُ) أو أنقص، أو تبرعت بطريق أولى فيهما. (ولو طلبت زيادة) عن غيرها (جاز للأب انتزاعه) منها (وتسليمه إلى الغير) الذي يَأْخُذُ أَنْقَصَ أو يَتَبَرَّعَ.

وَيُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ «انتزاعه وتسليمه» سَقُوطُ حَضَانَتِهَا أَيْضًا، وَهُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ^١، وَوَجْهُهُ لَزُومُ الْحَرَجِ بِالْجَمْعِ بَيْنَ كَوْنِهِ فِي يَدِهَا وَتَوَلِّيِ غَيْرِهَا إِرْضَاعَهُ، وَلِظَاهَرِ رَوَايَةِ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنِ الصَّادِقِ عليه السلام: «إِنْ وَجَدَ الْأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ بِأَرْبَعَةِ دِرَاهِمٍ وَقَالَتِ الْأُمُّ لِأَرْضِعُهُ إِلَّا بِخَمْسَةِ دِرَاهِمٍ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا»^٢.

وَالْأَقْوَى بَقَاءُ حَقِّ الْحَضَانَةِ لَهَا؛ لَعَدَمِ تَلَازُمِهَا، وَحِينَئِذٍ فَتَأْتِي الْمَرْضِعَةُ وَتُرْضِعُهُ عِنْدَهَا مَعَ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ حُمِلَ الصَّبِيُّ إِلَى الْمَرْضِعَةِ وَقَتَّ الْإِرْضَاعُ خَاصَّةً، فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمِيعٌ ذَلِكَ أَتَجَهَّ سَقُوطُ حَقِّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ لِلْحَرَجِ وَالضَّرَرِ.

(وللمولى إيجاباً أمته على الإرضاع لولدها وغيره)؛ لِأَنَّ مَنَاقِفَهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا كَيْفَ شَاءَ، بِخِلَافِ الزَّوْجَةِ حُرَّةٌ كَانَتْ أَمَ مَمْلُوكَةً لِغَيْرِهِ، مُعْتَادَةٌ لِإِرْضَاعِ أَوْلَادِهَا أَمَ غَيْرَ مُعْتَادَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ بِالزَّوْجِيَّةِ مَنَاقِفَهَا وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْاسْتِمْتَاعَ.

١. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٨٩؛ والقول الآخر عدم السقوط اختاره ابن إدريس في

السرائر، ج ٢، ص ٦٥٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٤، ح ٣٥٢.

(ومنها: الحَضَانَةُ) بالفتح، وهي ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يَتَعَلَّقُ بها من مصلحته من حفظه وجعله في سريره ورَفْعِهِ وَكَحْلِهِ وَدَهْنِهِ وَتَنْظِيفِهِ وَغَسْلِ خِرْقَةٍ وَثِيَابِهِ وَنَحْوِهِ، وهي بِالْأُنْثَى أَلِيقُ منها بالرجل.

(فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مَدَّةَ الرِّضَاعِ وَإِنْ كَانَ) الْوَلَدُ (ذَكَرًا، إِذَا كَانَتْ) الْأُمُّ (حَرَّةً مُسْلِمَةً) عَاقِلَةً (أَوْ كَانَا) أَيِ الْأَبَوَانِ مَعًا (رَقِيقَيْنِ أَوْ كَافَرَيْنِ) فَإِنَّهُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْحَرِّيَّةِ فِي الْأَوَّلِ وَالْإِسْلَامِ فِي الثَّانِي؛ لِعَدَمِ التَّرْجِيحِ، وَلَوْ كَانَتْ الْأُمُّ خَاصَّةً حَرَّةً مُسْلِمَةً فَهِيَ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مُطْلَقًا مِنَ الْأَبِ الرَّقُّ أَوْ الْكَافِرُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ وَإِنْ تَزَوَّجَتْ.

(فَإِذَا فُصِّلَ) عَنِ الرِّضَاعِ (فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْأُنْثَى إِلَى سَبْعِ) سَنِينَ. وَقِيلَ: إِلَى تِسْعٍ^١، وَقِيلَ: مَا لَمْ تَتَزَوَّجِ الْأُمُّ^٢، وَقِيلَ: إِلَى سَبْعٍ فِيهِمَا^٣، وَالْأَوَّلُ مَعَ شَهْرَتِهِ جَامِعٌ بَيْنَ الْأَخْبَارِ الْمَطْلُوقَةِ^٤. (وَالْأَبُ أَحَقُّ بِالذَّكَرِ) بَعْدَ فَصَالِهِ (إِلَى الْبُلُوغِ، وَ) أَحَقُّ (بِالْأُنْثَى بَعْدَ السَّبْعِ). وَالْأَقْوَى أَنَّ الْخُنْثَى الْمَشْكُلَ هُنَا كَالْأُنْثَى؛ اسْتِصْحَابًا لَوْلَايَةِ الْأُمِّ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً إِلَى أَنْ يَثْبُتَ الْمَزِيلُ، وَلَا ثَبُوتَ لَهُ قَبْلَ السَّبْعِ؛ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِالذَّكُورِيَّةِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ زَوَالٍ وَلَا يَتَهَا عَنْهُ بَعْدَ الْحَوْلِينَ، وَأَصَالَةٍ عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ الْوَلَايَةَ قَبْلَهَا.

هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْأَبَوَانِ مَوْجُودَيْنِ فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا كَانَ الْآخَرُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مُطْلَقًا مِنْ جَمِيعِ الْأَقَارِبِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ. (وَ) كَذَلِكَ (الْأُمُّ أَحَقُّ مِنَ الْوَصِيِّ) أَيِ وَصِيِّ الْأَبِ (بِالْأَبْنِ) وَكَذَا بِالْبِنْتِ بَعْدَ السَّبْعِ، كَمَا هِيَ أَحَقُّ مِنَ الْأَقَارِبِ وَإِنْ تَزَوَّجَتْ.

(فَإِنْ قَدَّ الْأَبَوَانِ فَالْحَضَانَةُ لِأَبِ الْأَبِ)؛ لِأَنَّهُ أَبٌ فِي الْجُمْلَةِ فَيَكُونُ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَقَارِبِ، وَلِأَنَّهُ أَوْلَى بِالْمَالِ فَيَكُونُ أَوْلَى بِالْحَضَانَةِ. وَبِهَذَا جُزِمَ فِي الْقَوَاعِدِ^٥

١. قَالَ بِهِ الشَّيْخُ الْمَفِيدُ فِي الْمَقْنَعَةِ، ص ٥٣٦.

٢. قَالَ بِهِ الشَّيْخُ الصَّدُوقُ فِي الْمَقْنَعِ، ص ٣٦٠.

٣. قَالَ بِهِ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ، ج ٤، ص ٤٠٧؛ وَالْعَلَّامَةُ فِي تَحْرِيرِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ، ج ٤، ص ١٢ وَ ١٣، الرِّقْمُ ٥٢٨٩.

٤. رَاجِعْ تَهْذِيبَ الْأَحْكَامِ، ج ٨، ص ١٠٤، بَابَ الْحُكْمِ فِي أَوْلَادِ الْمَطْلُوقَاتِ....

٥. قَوَاعِدُ الْأَحْكَامِ، ج ٣، ص ١٠٢.

فقدّم الجدّ للأب على غيره من الأقارب.

ويُشكّل بأنّ ذلك لو كان موجباً لتقديمه لاقتضى تقديم أمّ الأمّ عليه؛ لأنّها بمنزلة الأمّ وهي مقدّمة على الأب على ما فُضّل، وولاية المال لا مدخل لها في الحضانة وإلاّ لكان الأب أولى من الأمّ وكذا الجدّ له، وليس كذلك إجماعاً. والنصوص خالية من غير الأبوين من الأقارب وإنما استُفيد حكمهم من آية أولي الأرحام^١، وهي لا تدلّ على تقديمه على غيره من درجته، وبهذا جزم في المختلف^٢، وهو أجود.

(فإن فُقد) أبو الأب أو لم تُرَجَّحْهُ (فللأقارب الأقرب) منهم إلى الولد (فالأقرب) على المشهور؛ لآية أولي الأرحام، فالجدة لأُمّ كانت أمّ لأب وإن علّت أولى من العمّة والخالة، كما أنّهما أولى من بنات العمومة والخوالة، وكذلك الجدة الدنيا والخالة والعمّة أولى من الغلبا منهنّ، وكذا ذكور كلّ مرتبة. ثمّ إن اتّحد الأقرب فالحضانة مختصة به، وإن تعدّد أقرع بينهم؛ لما في اشتراكها من الإضرار بالولد. ولو اجتمع ذكر وأُنثى ففي تقديم الأُنثى قول^٣ مأخذه تقديم الأمّ على الأب وكون الأُنثى أوفق لتربية الولد وأقوم بمصالحه سيّما الصغير والأُنثى، وإطلاق الدليل المستفاد من الآية يقتضي التسوية بينهما كما يقتضي التسوية بين كثير النصيب وقليله، ومن يمتّ بالأبوين وبالأُمّ خاصّة؛ لاشتراك الجميع في الإرث.

وقيل: إنّ الأخت من الأبوين أو الأب أولى من الأخت من الأمّ؛ وكذا أمّ الأب أولى من أمّ الأمّ والجدة أولى من الأخوات والعمّة أولى من الخالة؛ نظراً إلى زيادة القرب أو كثرة النصيب. وفيه نظرٌ بيّن؛ لأنّ المستند وهو الآية مشترك ومجرد ما ذكر لا يصلح دليلاً. وقيل: لا حضانة لغير الأبوين^٤؛ اقتصاراً على موضع النصّ، وعموم الآية يدفعه.

١. الأنفال (٨): ٧٥.

٢. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٠٨، المسألة ٢١٧.

٣. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٥، الرقم ٥٢٩٧.

٤. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤١٠.

٥. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٥٤.

(ولو تزوّجَت الأمُّ) بغير الأب مع وجوده كاملاً (سقطت حَضَانَتُها)؛ للنص^١ والإجماع، (فإن طُلِّقَت عادت الحَضَانَةُ) على المشهور؛ لزوال المانع منها وهو تزويجها واشتغالها بحقوق الزوج التي هي أقوى من حق الحَضَانَةِ. وقيل: لا تعود^٢؛ لخروجها عن الاستحقاق بالنكاح فيستصحب ويحتاج عودُه إليها إلى دليل آخر وهو مفقود، وله وجهٌ وجيهٌ لكن الأشهر الأول. وإنما تعود بمجرد الطلاق إذا كان بائناً وإلا فبعد العدة إن بقي لها شيء من المدة. ولو لم يكن الأب موجوداً لم تَسْقُط حَضَانَتُها بالتزويج مطلقاً كما مرّ.

(وإذا بلغ الولدُ رشيداً سقطت الحَضَانَةُ عنه)؛ لأنها ولاية والبالغ الرشيد لا ولاية عليه لأحد، سواء في ذلك الذَكَرُ والأنثى، البكرُ والثيبُ، لكن يُسْتَحَبُّ له أن لا يفارقَ أمّه خصوصاً الأنثى إلى أن تتزوّج.

واعلم أنّه لا شبهة في كون الحَضَانَةُ حقّاً لمن ذُكِرَ، ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقاط حَقِّه منها؟ الأصل يقتضي ذلك، وهو الذي صرَّح به المصنّف في قواعده فقال: لو امتنعت الأمُّ من الحَضَانَةِ صار الأبُّ أولى به - قال: - ولو امتنعا معاً فالظاهر إجبارُ الأبِّ^٣. ونُقِلَ عن بعض الأصحاب وجوبُها، وهو حسن، حيث يستلزم تركُّها تضييعَ الولد، إلّا أنّ حضانتَه حينئذٍ تجب كفايةً كغيره من المضطّرين. وفي اختصاص الوجوب بذِي الحَقِّ نظرٌ، وليس في الأخبار^٤ ما يدلّ على غير ثبوت أصل الاستحقاق.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٥، ح ٣٥٤.

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٥١.

٣. القواعد والفوائد، ص ٢٤٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٥).

٤. لم نعر عليه.

٥. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٤، باب الحكم في أولاد المطلقات....

(النظر الثاني في النفقات)

(وأسبابها) ثلاثة: (الزوجية، والقربة) البعضية، (والملك).

(فالأول: تجب نفقة الزوجة بالعقد الدائم) دون المنقطع، سواء في ذلك الحرّة والأمة، المسلمة والكافرة (بشرط التمكين الكامل) وهو أن تُخَلِّيَ بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً (في كل زمان ومكان يَسُوغُ فيه الاستمتاع)، فلو بَدَلَتْ في زمانٍ دون زمان أو مكانٍ كذلك يَصْلُحان للاستمتاع فلا نفقة لها.

وحيث كان مشروطاً بالتمكين (فلا نفقة للصغيرة) التي لم تَبْلُغْ سنّاً يجوز الاستمتاع بها بالجماع، على أشهر القولين^١؛ لفقد الشرط وهو التمكين من الاستمتاع. وقال ابنُ إدريس: تجب النفقة على الصغيرة؛ لعموم وجوبها على الزوجة، فتخصيصه بالكبيرة المُمَكَّنَةِ يحتاج إلى دليل^٢. وسيأتي الكلام على هذا الشرط. ولو انعكس بأن كانت كبيرة مُمَكَّنَةً والزوجُ صغيراً وجبت النفقة؛ لوجودِ المقتضي وانتفاء المانع؛ لأنَّ الصِّغَرَ لا يَصْلُحُ [للمنع]^٣، كما في نفقة الأقارب فإنها تجب على الصغير والكبير، خلافاً للشيخ^٤ محتجاً بأصالة البراءة، وهي مندفعَةٌ بما دلَّ على وجوب نفقة الزوجة المُمَكَّنَةِ أو مطلقاً. ولو قيل: إنَّ الوجوب من باب خطابِ الشرع المختصِّ بالمكلفين، أمكن جوابه بكون التكليف هنا متعلقاً بالولي أن يُؤدِّيَ من مالِ الطفل كما يُكَلِّفُ بأداء

١. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٣٧٨.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٦٥٥.

٣. لم يرد في النسخ.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٣٧٨.

أعواض مُتَلَفَاتِهِ التي لا خلاف في ضَمَانِهَا، وقضاء ديونه وغَرَامَاتِهِ.

(ولا للناشز) الخارجة عن طاعة الزوج ولو بالخروج من بيته بلا إذن ومنع لَمَسِ بلا عذر، (ولا للساكنة بعد العقد ما) أي مَدَّة (لم تَعْرِضَ التَمَكِينَ عليه) بأن تقول: «سَلَّمْتُ نَفْسِي إِلَيْكَ فِي أَيِّ مَكَانٍ شِئْتُ» ونحوه، وتعمل بمقتضى قولها حيث يَطْلُبُ. ومقتضى ذلك أَنَّ التَمَكِينَ الفعلي خاصَّةٌ غَيْرُ كَافٍ، وَأَنَّهُ لا فرق في ذلك بين الجاهلة بالحال والعالمية، ولا بين مَنْ طَلَبَ منها التَمَكِينَ وطالبته بالتسليم وغيره.

وهذا هو المشهور بين الأصحاب، واستدلوا عليه بأنَّ الأَصْلَ براءة الذمة من وجوب النفقة، خَرَجَ منه حالة التمكن بالإجماع^١ فَبَقِيَ الباقي على الأَصْل. وفيه نظر؛ لأنَّ النصوص^٢ عامة أو مطلقة فهي قاطعة للأصل إلى أن يُوجَدَ المَخَصَّصُ والمَقَيَّدُ، إِلَّا أَنَّ الخلافَ غَيْرُ متَحَقِّقٍ فالقول بما عليه الأصحاب متعيَّن.

وتظهر الفائدة فيما ذُكِرَ وفيما إذا اختلفا في التمكن وفي وجوب النفقة الماضية، فعلى المشهور القولُ بقوله في عدمهما عملاً بالأصل فيهما، وعلى الاحتمال قولها؛ لأنَّ الأصل بقاء ما وجب، كما يُقَدِّمُ قولها لو اختلفا في دفعها مع اتِّفَاقِهما على الوجوب.

(والواجب) على الزوج (القيام بما تحتاج إليه المرأة) التي تجب نفقتها (من) إِيْطَاعٍ وإِدَامٍ وكسوة وإِسْكَانٍ وإِخْدَامٍ وآلَةِ الدَّهْنِ والتنظيف من المَشْطِ والدهن والصابون، دون الكحل والطيب والحمام إِلَّا مع الحاجة إليه لِيَزِدَ ونحوه (تَبَعاً لِعَادَةِ أَمْثَالِهَا مِنْ بِلَدِهَا) المقيمة بها؛ لأنَّ الله تعالى قال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^٣ ومن العِشْرَةِ به الإِنْفَاقُ عليها بما يَلِيْقُ بها عادةً. (و) لا يَتَقَدَّرُ الإِطْعَامُ بِمَدٍّ ولا بِمُدَّةٍ ولا غَيْرِهما بل (المرجعُ في الإِطْعَامِ إلى سَدِّ الخَلَّةِ) بفتح الخاء وهي الحاجة.

(ويجب الخادم إذا كانت من أهله) في بيت أبيها، دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت

١. كما في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٦٨.

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٦٢، باب الزيادات في فقه النكاح.

٣. النساء (٤): ١٩.

زوجها، (أو كانت مريضةً) أو زَمِنَتْ تحتاج إلى الخادم. وَيَتَخَيَّرُ بين إخدامها بحرةٍ أو أمةٍ ولو بأجرة. ولو كان معها خادمٌ تَخَيَّرَ بين إبقائها وَيُنْفِقُ عليها وبين إبدالها وإن كانت مألوفةً لها؛ لأنَّ حقَّ التعيين له لا لها حتَّى لو أراد أن يَخْدِمَهَا بنفسه أجزأ. ولو خَدَمَتْ نفسها لم يكن لها المطالبةُ بنفقة الخادم.

(وجنسُ المأدوم والملبوس والمسكن يَتَّبِعُ عادةً أمثالها) في بلد السكنى لا في بيت أهلها. ولو تعدَّد القوَّت في البلد اعتُبرَ الغالبُ، فإن اختلف الغالب فيها أو قُوَّتُها من غير غالب وجب اللائق به.

(ولها المنع من مشاركة غير الزوج) في المسكن بأن تَنفِرِدَ ببيتٍ صالح لها ولو في دار - لا بدارٍ - لما في مشاركة غيره من الضرر.

(ويزيد) كِسْوَتُهَا (في الشتاء المَحْشُوَّةُ) بالقُطْنِ (الليقظة، واللِّحاف للنوم) إن اعتيد ذلك في البلد. (ولو كان في بلد يُعتاد فيه الفَرُّو للنساء وجب) على الزوج بذله، (ويرجع في جنسه) من حرير أو كَتَان أو قُطْن أو في جنس الفَرُّو من غنم وسِنجاب وغيرهما (إلى عادة أمثالها) في البلد. ويُعتَبَرُ في مراتب الجنس المعتاد حاله في يساره وغيره. وقيل: لا تجب الزيادة على القطن لأنَّ غيرَه رُغُونَةٌ وهو ضعيف؛ لاقتضاء المعاشرة بالمعروف ذلك.

(وكذا لو احتيج إلى تعدُّد اللِّحاف) لشدة البرد أو لاختلاف الفصول فيه، لكن هنا لا يجب إبقاء المستغنى عنه في الوقت الآخر عندها. (وتزاد المتجملَةُ ثيابَ التَّجْمُلِ بحسب العادة) لأمثالها في تلك البلد.

(ولو دخل بها واستمرت تأكل معه على العادة فليس لها مطالبتُهُ بمدةٍ مؤاكلته)؛ لحصول الغرض وإطباقي الناس عليه في سائر الأعصار. ويَحْتَمَلُ جواز مطالبتها بالنفقة؛ لأنَّه لم يُؤدَّ عَيْنَ الواجب وَتَطَوَّعَ بغيره.

واعلم أنَّ المعتبرَ من المسكن الإمتاعُ اتِّفَاقاً، ومن المؤونة التملكُ في صبيحة كلِّ يوم - لا أزيد - بشرط بقائها مُمَكَّنَةً إلى آخره، فلو نَشَرَتْ في أثنائه اسْتَحَقَّتْ بالنسبة.

وفي الكسوة قولان^١، أجودهما أنها إمتاعٌ فليس لها بيعُها ولا التصرفُ فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات، ولا لبسُها زيادةً على المعتاد كَيْفِيَّةً وَكَمِّيَّةً، فإن فَعَلَتْ فابْلَغَتْها قبل المدة التي تُبْلَى فيها عادةً لم يجب عليه إبدالُها. وكذا لو أَبْقَتْها زيادةً على المدة. وله إبدالُها بغيرها مطلقاً، وتحصيلُها بالإعارة والاستئجار وغيرهما. ولو طَلَّقَها أو ماتت أو مات أو نَشَرَتْ اسْتَحَقَّ ما يجده منها مطلقاً. وما تحتاج إليه من الفرش والآلات في حكم الكسوة.

(الثاني: القَرَابَةُ) البَعْضِيَّةُ دُونِ مَطْلُوقِ النَّسَبِيَّةِ

(وتجب النفقة على الأبوين فصاعداً) وهم آباء الأب وأمهاتُه وإنْ علُوا، وآباءُ الأمِّ وأُمَّهاتُها وإنْ علُوا، (والأولادِ فَنَزَلاً) ذُكُوراً كانوا أم إناثاً لابنِ المُنْفِقِ أم لبنته. (وَيُسْتَحَبُّ) النفقة (على باقي الأقارب) من الإخوة والأخوات وأولادِهِم، والأعمام والأخوالِ ذُكُوراً وإناثاً وأولادِهِم، (وَيَتَأَكَّدُ) الاستِحْبَابُ (في الوارث منهم) في أصَحِّ القولين^٢. وقيل: تجب النفقة على الوارث^٣؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^٤ بعد قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^٥، وإذا وجب على الوارث والعلة هي الإرث ثَبَتَ من الطرفين؛ لتساويهما فيه، ولا فرق في المُنْفِقِ بين الذَّكَرِ والأنثى ولا بين الصغير والكبير؛ عملاً بالعموم^٦. (وإنما يجب الإنفاق على الفقير العاجز عن التكسب)، فلو كان مالكاً مؤونة سنَّةٍ

١. ذهب إلى التملك الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤١٨؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٣٥٠؛ والقول بالامتاع للعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٣، الرقم ٥٢٣٨.

٢. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٩٦.

٣. نسبته إلى الشيخ الفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٨٣؛ ولم نثر عليه في كتبه، نعم، احتمله في الخلاف، ج ٥، ص ١٢٧ و ١٢٨، المسألة ٣١؛ لتوضيح المطلب راجع مسالك الأفهام، ج ٨، ص ٤٨٤.

٤. البقرة (٢): ٢٣٣.

٦. الطلاق (٦٥): ٧.

أو قادراً على تحصيلها بالكسب تدريجاً لم يجب الإنفاق عليه. ولا يُشترط عدالته ولا إسلامه، بل يجب (وإن كان فاسقاً أو كافراً)؛ للعموم^١. ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم، فلو كان حربياً لم يجب؛ لجواز إتلافه، فترك الإنفاق لا يزيد عنه.

وأما الحرّية فهي شرط؛ لأن المملوك نفقته على مولاه. نعم، لو امتنع منها أو كان معسراً أمكن وجوبه على القريب؛ عملاً بالعموم، وقيل: لا يجب مطلقاً^٢ بل يلزم بيعه أو الإنفاق عليه، كما سيأتي، وهو حسن.

(ويُشترط في المنفق أن يفضل ماله عن قوته وقوت زوجته) ليومه الحاضر وليلته ليصرف إلى من ذكر، فإن لم يفضل شيء فلا شيء عليه؛ لأنها مواساة وهو ليس من أهلها. (والواجب) منها (قدر الكفاية) للمنفق عليه (من الإطعام والكسوة والمسكن) بحسب زمانه ومكانه.

(ولا يجب إعفاف واجب النفقة) أي تزويجه ليصير ذا عفة وإن كان أباً، ولا النفقة على زوجته؛ للأصل. نعم، يُستحب تزويج الأب، وعليه يُحمل ما ورد من الأمر به^٣. وكذا لا يجب إعدامه ولا النفقة على خادمه إلا مع الزمانة المحوجة إليه.

(ويقضى نفقة الزوجة)؛ لأنها حق مالي وجب في مقابلة الاستمتاع فكانت كالعوض اللازم في المعاوضة. (لا نفقة الأقارب)؛ لأنها وجبت على طريق المواساة وسد الخلة لا التمليك، فلا تستقر في الذمة وإنما يأنم بتركها، (ولو قدرها الحاكم)؛ لأن التقدير لا يفيد الاستقرار. (نعم، لو أذن الحاكم للقريب (في الاستدانة) لغيبته أو مدافعتيه بها، (أو أمره) الحاكم بالإنفاق (قضى)؛ لأنها تصير ديناً في الذمة بذلك.

(والأب مقدّم) على الأم وغيرها (في الإنفاق) على الولد مع وجوده ويساره،

١. راجع تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٣، باب الزيادات في القضايا والأحكام؛ ولقمان (٣١): ١٥؛ «ووضايجهن» في الدنيا مغروفاً.

٢. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤٥، الرقم ٥٣٧٢.

٣. لم نعتز عليه.

(ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب فصاعداً) يُقدّم الأقرب منهم فالأقرب. (فإن عُدِمَتِ الآباءُ) أو كانوا مُعْسِرِينَ (فعلى الأمّ) مع وجودها ويسارها (ثمّ على أبيها بالسوية) لا على جهة الإرث. وأمّ الأب بحكم أمّ الأمّ وأبيها، وكذا أمّ الجدّ للأب مع أبوي الجدّ والجدّة للأمّ وهكذا.

(والأقربُ) إلى المنفق عليه (في كلّ مرتبة) من المراتب (مقدّم على الأبعد) وإنّما يَنْتَقِلُ إلى الأبعد مع عدمه أو فقره، فالولد مقدّم في الإنفاق على أبيه وأمه وإنّ علّوا على ابنه، وهكذا. ومتى تعدّد من يجب عليه الإنفاق تساووا فيه وإنّ اختلفوا في الذكوريّة والأنوئيّة، وكذا يتساوى الغنيّ فعلاً وقوّة على الأقوى فيهما.

(وأما) ترتیب (المنفق عليهم فالأبوان والأولاد سواءً)؛ لأنّ نسبتهنّ إلى المنفق واحدة بحسب الدرجة وإنّما اختلفت بكونها في أحدهما علّياً وفي الآخر دُنْياً، فلو كان له أب وابن، أو أبوان أو أولاد معهما أو مع أحدهما وجب قسمة الميسور على الجميع بالسوية، ذكوراً كانوا أم إناثاً أم ذكوراً وإناثاً، ثمّ إن كفاهم أو نَقَعَ كلّ واحد نصيبه نفعاً معتدّاً به اقتسموه، وإن لم يَنْتَفِعْ به أحدهم لقلّته وكثرتهم فالأجود القرعة؛ لاستحالة الترجيح بغير مرجّح والتشريك يُنافي الغرض. ولو كان نصيب بعضهم يكفيه لصغرهِ ونحوه، ونصيب الباقي لا يَنْفَعُهُمْ منقسماً اعتبرت القرعة فيمن عدا المنتفع.

(وهم) يعني الآباء والأولاد (أولى من آبائهم وأولادهم) لزيادة القرب (و) هكذا (كلّ طبقة أولى من التي بعدها)، ويتساوى الأعلى والأدنى مع تساوي الدرجة كالأجداد وأولاد الأولاد، وهكذا. كلّ ذلك (مع القصور)، أمّا مع سعة ماله للإنفاق على الجميع فيجب التعميم.

(ولو كان للعاجز أبّ وابنٌ قادران فعليهما) نفقته (بالسوية)؛ لتساويهما في المرتبة بالنسبة إليه، والبنت كالابن. أمّا الأمّ ففي مساواتها للأب في مشاركة الولد أو تقديمه عليها وجهان، مأخذهما اتّحاد الرتبة، وكون الولد مقدّماً على الجدّ المقدّم عليها فيكون أولى بالتقديم؛ فإن اجتمعوا فعلى الأب والولدين خاصّة بالسوية؛ لما تقدّم من

أَنَّ الْأَبَ مَقْدَمٌ عَلَى الْأُمِّ، وَأُمَّا الْأَوْلَادُ فَعَلَى أَصْلِ الْوَجُوبِ مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ مَعَ احْتِمَالِ تَقْدِيمِ الذَّكَورِ؛ نَظَرًا إِلَى الْخُطَابِ فِي الْأَمْرِ بِهَا بِصِغَةِ الْمَذْكَرِ^١.

(وَيُجْبِرُ الْحَاكِمُ الْمَمْتَنِعَ عَنِ الْإِنْفَاقِ) مَعَ وَجُوبِهِ عَلَيْهِ، (وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ) يَجِبُ صَرْفُهُ فِي الدِّينِ (بِإِذْنِ الْحَاكِمِ) إِنْ شَاءَ (وَأَنْفَقَ مِنْهُ).

وَفِي كَيْفِيَّةِ بَيْعِهِ وَجِهَانِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَبِيعَ كُلَّ يَوْمٍ جِزَاءً بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَالثَّانِي لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يَشُقُّ، وَلَكِنْ يَقْتَرِضُ عَلَيْهِ أَنْ يَجْتَمِعَ مَا يَسْهُلُ بَيْعُ الْقَقَارِ لَهُ. وَالْأَقْوَى جَوَازُ الْأُمَرَاءِ. وَلَوْ تَعَدَّرَا فَلَمْ يُوجَدْ رَاغِبٌ فِي شِرَاءِ الْجِزَاءِ الْيَسِيرِ وَلَا مُقَرَّضٌ وَلَا بَيْتٌ مَالٍ يَقْتَرِضُ مِنْهُ، جَازَ بَيْعُ أَقْلٍ مَا يُمْكِنُ بَيْعُهُ وَإِنْ زَادَ عَنْ قَدْرِ نَفَقَةِ الْيَوْمِ؛ لَتَوَقَّفَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ.

(الثالث: الملك)

(وَتَجِبُ النِّفَقَةُ عَلَى الرَّقِيقِ) ذَكَرْنَا وَأَنْثَى (وَالْبَهِيمَةَ) بِالْعَلْفِ وَالسَّقْيِ حَيْثُ تَقْتَرِضُ إِلَيْهَا، وَالْمَكَانَ مِنْ مَرَاحٍ وَاصْطَبَلَ يَلِيقُ بِحَالِهَا وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُنْتَفَعٍ بِهَا أَوْ مُشْرِفَةً عَلَى التَّلَفِ - وَمِنْهَا دَوْدُ الْقَرْزِ - فَيَأْتِمُّ بِالتَّقْصِيرِ فِي إِصَالِهِ قَدْرَ كِفَايَتِهِ وَوَضْعِهِ فِي مَكَانٍ يَقْصُرُ عَنْ صِلَاحِيَّتِهِ لَهُ بِحَسَبِ الزَّمَانِ. وَمِثْلُهُ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْبَهِيمَةُ مُطْلَقًا مِنَ الْآلَاتِ حَيْثُ يَسْتَعْمِلُهَا أَوْ الْجُلُّ لِدَفْعِ الْبَرْدِ وَغَيْرِهِ حَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ.

(وَلَوْ كَانَ لِلرَّقِيقِ كَسْبٌ جَازٌ لِلْمَوْلَى أَنْ يَكْفِلَهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَفَاهُ) الْكَسْبُ بِجَمِيعِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ النِّفَقَةِ اقْتَصَرَ عَلَيْهِ (وَالْإِلَّا) يَكْفِيهِ (أَتَمَّ لَهُ) قَدْرَ كِفَايَتِهِ وَجَوَابًا. (وَيُرْجَعُ فِي جِنْسِ ذَلِكَ إِلَى عَادَةِ مَمَالِكِ أَمْثَالِ السَّيِّدِ مِنْ) أَهْلِ (بِلَدِهِ) بِحَسَبِ شَرْفِهِ وَضِعِّهِ وَإِعْسَارِهِ وَيَسَارِهِ، وَلَا يَكْفِي سَاتِرُ الْعَوْرَةِ فِي اللَّبَاسِ بِبِلَادِنَا وَإِنْ اكْتَفَى بِهِ فِي بِلَادِ الرَّقِيقِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ نَفَقَةِ السَّيِّدِ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ الْغَالِبِ فِي نَفَقَةِ الرَّقِيقِ عَادَةً - تَقْتِيرًا وَبُخْلًا أَوْ رِيَاضَةً - وَفَوْقَهُ فَلَيْسَ لَهُ الْاِقْتِصَارُ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ فِي الْأَوَّلِ. وَلَا عِبْرَةَ فِي الْكَمِّيَّةِ بِالْغَالِبِ بَلْ تَجِبُ الْكِفَايَةُ لَوْ كَانَ الْغَالِبُ أَقْلًا مِنْهَا، كَمَا لَا يَجِبُ الزَّائِدُ

لو كان فوقها وإنما تُعتَبَر فيه الكيفيّة.

(ويُجَبَر) السَيّد (على الإنفاق أو البيع) مع إمكانهما وإلّا أُجبر على الممكن منهما خاصّةً، وفي حكم البيع الإجارة مع شرط النفقة على المستأجر والعقّ، فإن لم يفعل باعه الحاكم أو آجره. وهل يبيعه شيئاً فشيئاً أو يَسْتَدِين عليه إلى أن يجتمع شيء فيبيع ما يفي به؟ الوجهان.

(ولا فرق) في الرقيق (بين القنّ) وأصله الذي مُلِكَ هو وأبواه، والمراد هنا المملوك الخالص غير المتشبّث بالحرّيّة بتدبير ولا كتابيّة ولا استيلادٍ (والمُدَبِّر وأُمُّ الولد)؛ لاشتراك الجميع في المملوكيّة وإنْ تشبّث الأخيران بالحرّيّة، أمّا المكاتبُ فنفقته في كسبه وإن كان مشروطاً أو لم يُؤدّ شيئاً.

(وكذا يُجَبَر على الإنفاق على البهيمة المملوكة إلّا أن تجتزئ بالرّعي) وتَرُدُّ الماء بنفسها فيُجَزَى به، فيسْقُطان عنه ما دام ذلك ممكناً، (فإن امتنع أُجبر على الإنفاق) عليها (أو البيع أو الذبح إن كانت) البهيمة (مقصودةً بالذبح) وإلّا أُجبر على البيع أو الإنفاق صوتاً لها عن التلف، فإن لم يفعل ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه وتَقْضِيه الحال. وإنما يَنْخَيَّر مع إمكان الأفراد، وإلّا نَعَيَّن الممكن منها.

(وإن كان لها ولدٌ وفَرَّ عليه من لبنها ما يكفيها) وجوباً، وخَلَب ما يَفْضَل منه خاصّةً (إلّا أن يقوم بكفايته) من غير لبن حيث يَكْتَفِي به.

وبقي من المملوك ما لا روح فيه كالزروع والشجر ممّا يُتْلَف بترك العمل. وقد اختلف في وجوب عمله، ففي التحرير قَرَب الوجوب من حيث إنّه تضييعٌ للمال فلا يَفَرُّ عليه^١، وفي القواعد قَطَعَ بعده؛ لأنّه تنميةٌ للمال فلا تجب كما لا يجب تملُّكه. ويُشْكَل بأنْ ترك التملُّك لا يقتضي الإضاعة، بخلاف التنمية التي يُوجِب تركها فَوَاتَه رأساً. أمّا عِمارة العقار فلا تجب، لكن يُكره تركه إذا أدّى إلى الخراب.

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٤٦، ذيل الرقم ٥٣٧٣.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١١٨.

كتاب الطلاق

(كتاب الطلاق)

وهو إزالة قيد النكاح بغير عوضٍ بصيغة طالق.
(وفيه فصول:)

[الفصل] (الأول في أركانه)

(وهي) أربعة: (الصيغة والمُطَلَّق والمُطَلَّقة والإشهاد) على الصيغة.
(و) اللفظ (الصريح) من الصيغة («أنتِ أو هذه أو فلانة») ويذكر اسمها أو ما يفيد التعيين (أو زوجتي - مثلاً - طالق). وينحصر عندنا في هذه اللفظة (فلا يكفي) «أنتِ (طالق)» وإن صحَّ إطلاق المصدر على اسم الفاعل وقصدَه فصار بمعنى «طالق»؛ وقوفاً على موضع النصّ^١ والإجماع، واستصحاباً للزوجيّة، ولأنّ المصادر إنما تُستعمل في غير موضوعها مجازاً وإن كان في اسم الفاعل شهيراً وهو غير كافٍ في استعمالها في مثل الطلاق.
(ولا «من المطلقات» ولا «مطلّقة» ولا «طلّقتُ فلانة» على قولٍ مشهور^٢؛ لأنّه

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٧، ح ١١٠.

٢. ذهب إليه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٧٦؛ والقول بالوقوع للمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٨.

ليس بصريح فيه، ولأنّه إخبار ونقله إلى الإنشاء على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو صيغ العقود، فاطراده في الطلاق قياساً، والنصّ دلّ فيه على «طالق» ولم يدلّ على غيره فيقتصر عليه.

ومنه يظهر جواب ما احتجّ به القائل بالوقوع، وهو الشيخ (رحمه الله) في أحد قوليه^١ استناداً إلى كون صيغة الماضي في غيره منقولة إلى الإنشاء، ونسبة المصنّف البطلان إلى القول يُشعرُ بميله إلى الصّحة.

(ولا عبرة) عندنا (بالسّراح والفراق) وإن عبّر عن الطلاق بهما في القرآن الكريم بقوله: «أَوْ تَسْرِحْ بِإِخْسَنِ»^٢ «أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ»^٣؛ لأنهما عند الإطلاق لا يُطلقان عليه فكانا كنايةً عنه لا صراحةً فيهما، والتعبيرُ بهما لا يدلّ على جواز إيقاعه بهما.

(و) كذا (الخلية والبرية) وغيرهما من الكنايات كـ «البته» و«البثلة» و«حرام» و«بائن» و«اعتدي» (وإن قصد الطلاق)؛ لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يُزيله.

(وطلاق الأخرس بالإشارة) المفهومة له (وإلقاء القناع) على رأسها ليكون قرينةً على وجوب سترها منه. والموجود في كلام الأصحاب الإشارةُ خاصّةً وفي الرواية إلقاء القناع، فجمع المصنّف بينهما وهو أقوى دلالةً. والظاهر أن إلقاء القناع من جملة الإشارات، ويكفي منها ما دلّ على قصده الطلاق كما يقع غيره من العقود والإيقاعات والدعاوي والأقارير.

(ولا يقع) الطلاق (بالكتّب) بفتح الكاف مصدرٌ «كتّب» كالكتابة من دون تلفظ

١. النهاية، ص ٥١١.

٢. البقرة (٢): ٢٢٩.

٣. الطلاق (٦٥): ٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧٤، ح ٢٤٩.

مَنْ يُحْسِنُهُ، (حاضراً كان) الكاتب (أو غائباً) على أشهر القولين^١؛ لأصالة بقاء النكاح، ولحسنه محمد بن مسلم عن الباقر^{عليه السلام}: «إنما الطلاق أن يقول...: أنت طالق»^٢ الخبر، وحسنه زرارة عنه^{عليه السلام} في رجل كتب بطلاق امرأته قال: «ليس ذلك بطلاق»^٣. وللشيخ قول بوقوعه به للغائب دون الحاضر^٤؛ لصحيفة أبي حمزة الثمالي عن الصادق^{عليه السلام}: «في الغائب لا يكون طلاق حتى ينطق به بلسانه أو يخطه بيده وهو يريد به الطلاق»^٥، وحمل على حالة الاضطرار^٦ جمعاً.

ثم على تقدير وقوعه للضرورة أو مطلقاً على وجه يُعتبر رؤية الشاهدين لكتابته حالتهما؛ لأن ذلك بمنزلة النطق بالطلاق فلا يتم إلا بالشاهدين، وكذا يُعتبر رؤيتهما إشارة العاجز.

(ولا بالتخير) للزوجة بين الطلاق والبقاء بقصد الطلاق (وإن اختارت نفسها في الحال) على أصح القولين^٧؛ لما مر، وقول الصادق^{عليه السلام}: «ما للناس والخيار إنما هذا شيء خصّ الله به رسول الله^{صلى الله عليه وآله وسلم}»^٨. وذهب ابن الجنيد إلى وقوعه به^٩؛ لصحيفة حمران عن الباقر^{عليه السلام}: «المُخَيَّرَةُ تَبِينُ مِنْ سَاعَتِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ»^{١٠}، وحملت على تخييرها بسبب غير الطلاق^{١١} كتدليس وعيب؛ جمعاً.

١. ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٤٦٩، المسألة ٢٩؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٧٧؛ القول بالوقوع من الآخرس والغائب لابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٢٣.
٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٦، ح ١٠٨.
٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٨، ح ١١٣.
٤. النهاية، ص ٥١١.
٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٨، ح ١١٤.
٦. كالعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٤٨، المسألة ٨.
٧. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٣٦؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٤٠، المسألة ٤.
٨. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٨٨، ح ٣٠٠.
٩. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٤٠، المسألة ٤.
١٠. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩٠، ح ٣٠٧.
١١. كفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٣٠٩.

(ولا معلقاً على شرط) وهو ما أمكن وقوعه وعدمه، كقدوم المسافر ودخولها الدار (أو صفة) وهو ما قطع بحصوله عادة كطلوع الشمس وزوالها، وهو موضع وفاق منا، إلا أن يكون الشرط معلوم الوقوع له حال الصيغة كما لو قال «أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك» وهو يعلم وقوعه، على الأقوى؛ لأنه حينئذٍ غير معلق. ومن الشرط تعليقه على مشيئة الله تعالى.

(ولو فسّر الطلقة بأزيد من الواحدة) كقوله «أنت طالق ثلاثاً» (لغا التفسير) ووقع واحدة؛ لوجود المقتضي وهو قوله «أنت طالق»، وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلا الضميمة وهي تؤكده لاتنافية، ولصحيحة جميل^١ وغيرها^٢ في الذي يُطلق في مجلس ثلاثاً. قال: «هي واحدة».

وقيل: يبطل الجميع^٣؛ لأنه بدعة؛ لقول الصادق عليه السلام: «مَنْ طَلَّقَ ثَلَاثاً فِي مَجْلَسٍ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ، مَنْ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ رُدَّ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ»^٤ وحيل على إرادة عدم وقوع الثلاث التي أرادها.

(ويُعتبر في المطلق البلوغ) فلا يصح طلاق الصبي وإن أُذن له الولي أو بلغ عَشْراً، على أصح القولين^٥. (والعقل) فلا يصح طلاق المجنون المُطْبِق مطلقاً ولا غيره حال جنونه (ويُطلق الولي) وهو الأب والجد له مع اتصال جنونه بصغره، والحاكم عند عدمهما أو مع عدمه (عن المجنون^٦) المُطْبِق مع المصلحة، (لا عن الصبي)؛ لأن له أمداً يُرتقب ويُرْوَل نقصه فيه، وكذا المجنون ذو الأدوار. ولو بلغ الصبي فاسد العقل طلق عنه الولي حينئذٍ.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٥٢، ح ١٦٨.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٥٣، ح ١٧١.

٣. قال به السيد المرتضى في الانتصار، ص ٣٠٨، المسألة ١٧٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٥٤، ح ١٧٧.

٥. ذهب إليه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٦٤؛ والقول بالصحة للشيخ في النهاية، ص ٥١٨.

٦. المطبق، لا من يعتوره الجنون أدواراً. (زين رحمه الله)

وأطلق جماعة من الأصحاب جواز طلاق الولي عن المجنون من غير فرق بين المطبق وغيره^١، وفي بعض الأخبار دلالة عليه^٢، والتفصيل متوجّه، وبه قطع في القواعد^٣، واعلم أن الأخبار غير صريحة في جوازه من وليه، ولكن فخر المحققين ادّعى الإجماع على جوازه^٤، فكان أقوى في حجّيته منها، والعجب أن الشيخ في الخلاف ادّعى الإجماع على عدمه^٥.

(و) كذا (لا) يطلق الولي عن (السكران) وكذا المغمى عليه وشارب المُرَقَد كالنائم؛ لأنّ عذرهم متوقّف الزوال.

(والاختيار، فلا يقع طلاق المكره) كما لا يقع شيء من تصرفاته عدا ما استثنى. ويتحقّق الإكراه بتوعّده بما يكون مضرّاً به في نفسه أو من يجري مجراه - بحسب حاله - مع قدرة المتوعّد على فعل ما توعّد به، والعلم أو الظنّ أنّه يفعل به لو لم يفعل. ولا فرق بين كون المتوعّد به قتلاً وجرحاً، وأخذ مالٍ وإنّ قلّ، وشتماً وضرباً وحبساً. ويستوي في الثلاثة الأوّل جميع الناس، أمّا الثلاثة الأخيرة فتختلف باختلاف الناس، فقد يؤثّر قليلها في الوجه الذي يُنقّضه ذلك، وقد يحتمل بعض الناس شيئاً منها لا يؤثّر في قدره، والمرجع في ذلك إلى العرف.

ولو خيّر المكره بين الطلاق ودفع مالٍ غير مستحقّ فهو إكراه، بخلاف ما لو خيّر بينه وبين فعلٍ يستحقّه الأمر - من مالٍ وغيره - وإنّ ختم أحدهما عليه، كما لا إكراه لو ألزمه بالطلاق ففعله قاصداً إليه، أو على طلاقٍ معيّنة فطلق غيرها، أو على طلقة فطلق أزيد. ولو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معيّنة فالأقوى أنّه إكراه؛ إذ

١. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٥٠٩؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٣؛ والعلامة في إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٤٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧٥، ج ٢٥٣.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٢١ و ١٢٢.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٩٢.

٥. الخلاف، ج ٤، ص ٤٤٢، المسألة ٢٩.

لَا يَتَحَقَّقُ فَعْلٌ مُقْتَضَى أَمْرِهِ بِدُونِ إِحْدَاهُمَا. وكذا القولُ في غيره من العقود والإيقاع. ولا يُشْتَرَطُ التَّوْرِيَةُ بِأَنْ يَتَوَيَّرَ غَيْرُهَا وَإِنْ أُمْكِنَتْ.

(والقصدُ، فلا عبرة بعبارة الساهي والنائم والغالطِ)، والفرق بين الأول والأخير أَنَّ الأول لا قصد له مطلقاً، والثاني له قصدٌ إلى غير مَنْ طَلَّقَهَا ففَلِطَ وَتَلَفَّظَ بِهَا. ومثله ما لو طَلَّ زَوْجَتَهُ أَجْنَبِيَّةً بِأَنْ كَانَتْ فِي ظِلْمَةٍ، أَوْ أُنْكَحَهَا لَهُ وَلِئِهِ أَوْ وَكِيلُهُ ولم يعلم. وَيُصَدَّقُ فِي ظَنِّهِ ظَاهِراً وفي عدم القصد لو ادَّعاه ما لم تَخْرُجِ الْعِدَّةُ الرَّجْعِيَّةُ، وَلَا يَقْبَلُ فِي غَيْرِهَا إِلَّا مَعَ اتِّصَالِ الدَّعْوَى بِالصِّفَةِ، وَأُطْلِقَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ قَبُولَ قَوْلِهِ فِي الْعِدَّةِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ^١.

(ويجوز توكيلُ الزوجة في طلاقِ نفسها وغيرها) كما يجوز تَوَلِّيَهَا غَيْرَهُ مِنَ الْعُقُودِ؛ لِأَنَّهَا كَامِلَةٌ فَلَا وَجْهَ لِسَلْبِ عِبَارَتِهَا فِيهِ. وَلَا يَقْدَحُ كَوْنُهَا بِمَنْزِلَةِ مَوْجِبَةٍ قَابِلَةٍ عَلَى تَقْدِيرِ طَلَاقِ نَفْسِهَا؛ لِأَنَّ الْمَغَايِرَةَ الْاِعْتِبَارِيَّةَ كَافِيَةٌ، وَهُوَ مِمَّا يَقْبَلُ النِّيَابَةَ فَلَا خُصُوصِيَّةَ لِلنَّائِبِ، وَقَوْلُهُ ﷺ: «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»^٢ لَا يَنْفَاهِيهِ؛ لِأَنَّ يَدَهَا مُسْتَفَادَةٌ مِنْ يَدِهِ مَعَ أَنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى الْحَصْرِ ضَعِيفَةٌ.

(وَيُعْتَبَرُ فِي الْمَطْلُوقَةِ الزَّوْجِيَّةِ) فَلَا يَقَعُ بِالْأَجْنَبِيَّةِ وَإِنْ عَلَّقَهُ عَلَى النِّكَاحِ، وَلَا بِالْأُمَةِ (وَالدَّوَامِ) فَلَا يَقَعُ بِالْمُتَمَتِّعِ بِهَا، (وَالطُّهُرُ مِنَ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ إِذَا كَانَتْ) الْمَطْلُوقَةُ (مَدْخُولاً بِهَا، حَائِلاً حَاضِراً زَوْجُهَا مَعَهَا)، فَلَوْ اخْتَلَّتْ أَحَدُ الشَّرُوطِ الثَّلَاثَةِ بِأَنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، أَوْ حَامِلاً - إِنْ قَلْنَا بِجَوَازِ حَيْضِهَا - أَوْ زَوْجُهَا غَائِبٌ عَنْهَا صَحَّ طَلَّاقُهَا وَإِنْ كَانَتْ حَائِضاً أَوْ نَفْسَاءً، لَكِنْ لَيْسَ مَطْلُوقُ الْغَيْبَةِ كَافِياً فِي صَحَّةِ طَلَّاقِهَا بَلِ الْغَيْبَةُ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ. وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي حَدِّ الْغَيْبَةِ الْمَجْوُزَةِ لَهُ عَلَى أَقْوَالٍ^٣، أَجْوَدُهَا

١. منهم: الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٣٠؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٤؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٥١، الرقم ٥٣٧٨.

٢. الجامع الصغير، ج ١، ص ٣٣٠، ح ٥٣٤٩؛ المعجم الكبير، الطبراني، ج ١٧، ص ١٧٩.

٣. لاحظ مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٥٢ - ٣٥٤، المسألة ١١.

مُضِيٍّ مَدَّةٍ يَعْلَمُ أَوْ يَظُنُّ انْتِقَالَهَا مِنَ الطَّهْرِ الَّذِي وَاقَعَهَا فِيهِ إِلَى غَيْرِهِ، وَيَخْتَلَفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ عَادَتِهَا فَمَنْ تَمَّ اخْتَلَفَتِ الْأَخْبَارُ فِي تَقْدِيرِهَا^١، وَاخْتَلَفَتْ بِسَبَبِهَا الْأَقْوَالُ. فَإِذَا حَصَلَ الظَّنُّ بِذَلِكَ جَازَ طَلَاقُهَا وَإِنْ اتَّفَقَ كَوْنُهَا حَائِضًا حَالَ الطَّلَاقِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَيْضِهَا حِينَئِذٍ وَلَوْ بَخْبَرٍ مَنْ يُعْتَمَدُ عَلَى خَبَرِهِ شَرْعًا، وَإِلَّا بَطَلَ. وَفِي حُكْمِ عِلْمِهِ بِحَيْضِهَا عِلْمُهُ بِكَوْنِهَا فِي طَهْرِ الْمَوَاقِعَةِ عَلَى الْأَقْوَى. وَفِي الْمَسْأَلَةِ بَحْثٌ عَرِيضٌ قَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي رِسَالَةٍ مَفْرَدَةٍ^٢، مَنْ أَرَادَ تَحْقِيقَ الْحَالِ فَلْيَتَقَيَّفْ عَلَيْهَا.

وَفِي حُكْمِ الْغَائِبِ مَنْ لَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ حَالِهَا لِحَبْسٍ وَنَحْوِهِ مَعَ حُضُورِهِ، كَمَا أَنَّ الْغَائِبَ الَّذِي يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ حَالِهَا أَوْ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ الْمَعْتَبَرَةِ فِي حُكْمِ الْحَاضِرِ. وَيَتَحَقَّقُ ظَنُّ انْقِضَاءِ نَفَاسِهَا بِمُضِيِّ زَمَانٍ تَلَدُّ فِيهِ عَادَةٌ وَأَكْثَرُ النِّفَاسِ بَعْدَهَا أَوْ عَادَتِهَا فِيهِ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ كُلَّهُ وَلَمْ يَظُنَّهُ تَرَبُّصُ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ كَالْمُسْتَرَابَةِ.

(وَالْتَعْيِينُ) أَيُ تَعْيِينُ الْمَطْلُوقَةِ لَفْظًا أَوْ نِيَّةً، فَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ لَا بَعِيْنَهَا بَطَلَ (عَلَى الْأَقْوَى)؛ لِأَصَالَةِ بَقَاءِ النِّكَاحِ فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِسَبَبٍ مُحَقَّقٍ السَّبَبِيَّةِ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ أَمْرٌ مَعْيَّنٌ فَلَا يَدُلُّهُ مِنْ مَحَلٍّ مَعْيَّنٍ وَحَيْثُ لَا مَحَلَّ فَلَا طَلَاقَ، وَلِأَنَّ الْأَحْكَامَ مِنْ قَبِيلِ الْأَعْرَاضِ فَلَا يَدُلُّهَا مِنْ مَحَلٍّ تَقُومُ بِهِ، وَلِأَنَّ تَوَابِعَ الطَّلَاقِ مِنَ الْعِدَّةِ وَغَيْرِهَا لَا يَدُلُّهَا مِنْ مَحَلٍّ مَعْيَّنٍ. وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ وَيُسْتَخْرَجُ الْمَطْلُوقَةُ بِالْقَرْعَةِ أَوْ يُعَيَّنُ مَنْ شَاءَ؛ لِعُمُومِ مَشْرُوعِيَّةِ الطَّلَاقِ، وَمَحَلُّ الْمَبْهَمِ جَازٌ أَنْ يَكُونَ مَبْهَمًا^٣، وَلِأَنَّ إِحْدَاهُمَا زَوْجَةً وَكُلُّ زَوْجَةٍ يَصِحُّ طَلَاقُهَا؛ وَقَوَاهُ الْمَصْنَفُ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ^٤. وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ الْعِدَّةُ، فَقِيلَ: ابْتَدَأُهَا مِنْ حِينِ الْإِقْبَاعِ^٥ وَقِيلَ: مِنْ حِينِ التَّعْيِينِ^٦، وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِ أَيْضًا فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ لَيْسَ هَذَا مَوْضِعُ ذِكْرِهَا.

١. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٦٠-٦٣، باب أحكام الطلاق.

٢. أي رسالة طلاق الغائب. راجع الرسائل، ج ٢، ص ٤١٠ (ضمن الموسوعة، ج ٣).

٣. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٦.

٤. غاية المراد، ج ٣، ص ١٧٢-١٧٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٥. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٨٨.

٦. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٥٧، الرقم ٥٣٨٧.

(الفصل الثاني في أقسامه)

وهو ينقسم أربعة أقسام: (وهي) ما عدا المباح، وهو متساوي الطرفين من الأحكام الخمسة، فإنه لا يكون كذلك بل إما راجح أو مرجوح مع المنع من النقيض وتعيينه أم لا. وتفصيلها أنه (إما حرام وهو طلاق الحائض لا مع المصحح له^١) وهو أحد الأمور الثلاثة السابقة أعني عدم الدخول أو الحمل أو الغيبة، (وكذا النفساء، وفي طهر جامعها فيه) وهي غير صغيرة ولا يائسة ولا حامل مع علمه بحالها أو مطلقاً؛ نظراً إلى أنه لا يستثنى للغائب إلا كونها حائضاً عملاً بظاهر النص^٢.

(والثلاث من غير رجعة) والتحريم هنا يرجع إلى المجموع من حيث هو مجموع، وذلك لا ينافي تحليل بعض أفرادها وهو الطلقة الأولى؛ إذ لا منع منها إذا جمعت الشرائط.

(وكله) أي الطلاق المحرم بجميع أقسامه (لا يقع) بل يبطل، (لكن يقع في) الطلقات (الثلاث) من غير رجعة (واحدة) وهي الأولى أو الثانية على تقدير وقوع خلل في الأولى، أو الثالثة على تقدير فساد الأولى.

(وإما مكروه، وهو الطلاق مع التثام الأخلاق) أي أخلاق الزوجين فإنه «ما من شيء مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق»^٣ وذلك حيث لا موجب له.

١. المصحح هو أن يكون حاملاً أو لم يدخل بها أو دخل بها وغاب عنها غيبة يعلم انتقالها من طهر إلى آخر، أو كان

حاضراً ولا يمكنه تعارف حالها. (زين رحمه الله)

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٦٢، ح ٢٠١.

٣. الكافي، ج ٦، ص ٥٤، باب كراهية طلاق الزوجة الموافقة، ح ٢.

(وإِذَا وَاجِبٌ، وهو طلاق المُؤَلِّي والمُظَاهِر) فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ: الْفَتَّةُ، أَوْ الطَّلَاقُ - كَمَا سَيَأْتِي - فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُوصَفُ بِالْوُجُوبِ التَّخْيِيرِيِّ، وهو واجب بقولٍ مطلقٍ.

(وإِذَا سُنَّةٌ، وهو الطلاق مع الشَّقَاقِ) بَيْنَهُمَا (وَعَدَمُ رَجَاءِ الْاجْتِمَاعِ) وَالْوَفَاقِ، (وَالْخَوْفُ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْمَعْصِيَةِ) يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مِنْ تَمَتُّعِ شَرَايِطِ سُنَّتِهِ عَلَى تَقْدِيرِ الشَّقَاقِ. وَيُمْكِنُ كَوْنُهُ فَرْدًا بِرَأْسِهِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، فَإِنَّ خَوْفَ الْوُقُوعِ فِي الْمَعْصِيَةِ قَدْ يُجَامِعُ اتِّفَاقَهُمَا فَيَسُنُّ تَخْلُصًا مِنَ الْخَوْفِ الْمَذْكُورِ إِنْ لَمْ يَجِبْ كَمَا وَجِبَ النِّكَاحُ لَهُ. (وَيُطْلَقُ الطَّلَاقُ السُّنِّيُّ) الْمُنْسُوبُ إِلَى السُّنَّةِ (عَلَى كُلِّ طَلَاقٍ جَائِزٍ شَرْعًا). وَالْمُرَادُ بِهِ الْجَائِزُ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَ (وَهُوَ مَا قَابِلُ الْحَرَامِ) وَيُقَالُ لَهُ: طَلَاقُ السُّنَّةِ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَ، وَيُقَابِلُهُ الْبِدْعِيُّ وَهُوَ الْحَرَامُ. وَيُطْلَقُ السُّنِّيُّ عَلَى مَعْنَى أَخْصَصَ مِنَ الْأَوَّلِ وَهُوَ أَنْ يُطْلَقَ عَلَى الشَّرَايِطِ ثُمَّ يَتْرُكَهَا حَتَّى تَخْرُجَ مِنَ الْعِدَّةِ وَيَعْقِدَ عَلَيْهَا ثَانِيًا، وَيُقَالُ لَهُ: طَلَاقُ السُّنَّةِ بِالْمَعْنَى الْأَخْصَصِ، وَسَيَأْتِي مَا يَخْتَلِفُ مِنْ حُكْمِهِمَا.

(وَهُوَ) أَيُّ الطَّلَاقِ السُّنِّيِّ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَ (ثَلَاثَةٌ) أَقْسَامُ: (بَاطِنٌ) لَا يُمْكِنُ لِلْمُطَلَّقِ الرَّجُوعُ فِيهِ ابْتِدَاءً (وَهُوَ سُنَّةٌ: طَلَاقٌ غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا) دَخُولًا يُوجِبُ الْفُسْلَ فِي قُبُلٍ أَوْ دُبُرٍ، (وَالْيَائِسَةِ) مِنَ الْمَحِيضِ وَمِثْلُهَا لَا تَحِيضُ (وَالصَّغِيرَةِ)؛ إِذْ لَا عِدَّةَ لِهَذِهِ الثَّلَاثِ وَلَا رَجُوعَ إِلَّا فِي عِدَّةٍ. (وَالْمُخْتَلِعَةِ وَالْمُبَارَاةِ مَا لَمْ يَرْجِعَا فِي الْبَدَلِ) فَإِذَا رَجَعَا صَارَ رَجْعِيًّا، (وَالْمُطَلَّعَةِ ثَالِثَةً) ثَلَاثَةٌ (بَعْدَ رَجْعَتَيْنِ) كُلُّ وَاحِدَةٍ عَقِيبَ طَلْقَةٍ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، وَثَانِيَةً بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْأُولَى رَجْعَةً إِنْ كَانَتْ أَمَةً.

(وَرَجْعِيٌّ، وَهُوَ مَا لِلْمُطَلَّقِ فِيهِ الرَّجْعَةُ) سِوَاءِ (رَجْعٍ أَوْ لَا) فِإِطْلَاقِ الرَّجْعِيِّ عَلَيْهِ بِسَبَبِ جَوَازِهَا فِيهِ، كِإِطْلَاقِ الْكَاتِبِ عَلَى مُطْلَقِ الْإِنْسَانِ مِنْ حَيْثُ صَلَاحِيَّتُهُ لَهَا. (وَالثَّالِثُ: طَلَاقُ الْعِدَّةِ وَهُوَ أَنْ يُطْلَقَ عَلَى الشَّرَايِطِ ثُمَّ يَرْجِعَ فِي الْعِدَّةِ وَيَطَأُ ثُمَّ

١. أي ما لم يرجع الزوجان: الزوج والمختلعة أو المبارأة، أسند الرجوع إلى الزوج أيضاً مسامحةً.

يُطْلَقُ فِي طَهْرٍ آخَرَ) وإطلاق العِدِّي عليه من حيث الرجوع فيه في العدة، وجعله قسيماً للأولين يقتضي مغايرته لهما مع أنه أخص من الثاني؛ فإنه من جملة أفرادها بل أظهرها حيث رجع في العدة، فلو جعله قسمين ثم قَسَمَ الرُّجْعِي إليه وإلى غيره كان أجود.

(وهذه) أعني المطلقة للعدة (تَحْرُمُ في التاسعة أبداً) إذا كانت حرة، وقد تقدّم أنها تَحْرُمُ في كلِّ ثالثةٍ حَتَّى تَنْكِحَ غَيْرَهُ، وَأَنَّ المعتبرَ طلاقها للعدة مرتين من كلِّ ثلاثة؛ لأنَّ الثالثَ لا يكون عِدِّيّاً حيث لا رجوع فيها فيه، (وما عداه) من أقسام الطلاق الصحيح وهو ما إذا رَجَعَ فيها وَتَجَرَّدَ عن الوطء أو بعدها بعقد جديد، وإن وَطِئَ تحرم المطلقة (في كلِّ ثالثةٍ للحرّة)؛ وفي كلِّ ثانية للأمة.

وفي إلحاق طلاق المُخْتَلَعَةِ إذا رجع في العدة بعد رجوعها في البذل، والمعقود عليها في العدة الرجعية به قولان^١، منشأهما من أَنَّ الأول^٢ من أقسام البائن، والعِدِّي من أقسام الرُّجْعِي وَأَنَّ شرطه الرجوع في العدة والعقد الجديد لا يُعَدُّ رجوعاً؛ ومن أَنَّ رجوعها في البذل صيِّره رَجْعِيّاً وَأَنَّ العقد في الرُّجْعِي بمعنى الرجعة. والأقوى إلحاق الأول به دون الثاني؛ لاختلال الشرط ومنع إلحاق المساوي بمثله.

(والأفضل في الطلاق أن يطلق على الشرائط) المعتبرة في صحته (ثم يتركها) حَتَّى تَخْرُجَ من العدة ثم يتزوجها إن شاء، وعلى هذا) هو طلاق السنة بالمعنى الأخص ولا تحرم المطلقة به مؤبداً أبداً، وإنما كان أفضل للأخبار الدالة عليه^٣. وإنما يكون أفضل حيث تشترك أفرادها في أصل الأفضلية وجوباً أو ندباً؛ لاقتضاء أفعال التفضيل الاشتراك في أصل المصدر وما يكون مكروهاً أو حراماً لا فضيلة فيه.

١. القول بإلحاق المختلعة وعدم إلحاق المعقود عليها للعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٦٧، ذيل الرقم ٥٤٣؛ وأما القول بعدم إلحاقهما لم نثر عليه.

٢. في «ن، ق»: «الأولى».

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥-٢٧، باب أحكام الطلاق.

(وقد قال بعض الأصحاب) وهو عبد الله بن بكير: (إنَّ هذا الطلاق لا يحتاج إلى محلٍّ بعد الثلاث) بل استيفاء العدَّة الثالثة يهدم التحريم^٢ استناداً إلى رواية أسندها إلى زُرارة قال: سمعتُ أبا جعفر عليه السلام يقول: «الطلاق الذي يُحبِّه الله تعالى والذي يُطْلَقُ الفقيه، وهو العدل، بين المرأة والرجل، أن يطلِّقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين وإرادة من القلب ثم يترُكها حتى تمضي ثلاثة قروء، فإذا رأت الدَّم في أوَّل قطرة من الثالثة وهو آخرُ القرء؛ لأنَّ الأقراء هي الأطهار فقد بانَتْ منه، وهي أملكُ بنفسها فإن شاءت تزوّجته وحلَّت له [بلازواج]، فإن فعل هذا بها مائة مرّة هَدَم ما قبله وحلَّت بلا زوج»^٣ الحديث. وإِنما كان ذلك قول عبد الله؛ لأنَّه قال حين سُئِلَ عنه: «هذا ممَّا رزق الله من الرأي»^٤، ومع ذلك رواه بسندٍ صحيح. وقد قال الشيخ (رحمه الله): إنَّ العصابة أجمعتُ على تصحيح ما يصحَّ عن عبد الله بن بكير وأقرُّوا له بالفقه والثقة^٥.

وفيه نظر؛ لأنَّه فَطَحِي المذهب، ولو كان ما رواه حقّاً لما جعله رأياً له، ومع ذلك قد اختلف سندُ الرواية عنه فتارةً أسندها إلى رفاعه^٦ وأخرى إلى زُرارة ومع ذلك نسبه إلى نفسه، والعجبُ من الشيخ مع دعواه الإجماع المذكورُ أَنه قال:

إنَّ إسناده إلى زُرارة وقع نُصرةً لمذهبه الذي أفتى به لمَّا رَأَى أَنَّ أصحابه لا يَقْبَلُون ما يقوله برأيه - قال: - وقد وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحقِّ إلى الفطحية ما هو معروف. والغلط في ذلك أعظمُ من الغلط في إسناده فُتياً يَعْتَدِ صحَّته لشبهة دَخَلَتْ عليه إلى بعض أصحاب الأئمة عليهم السلام^٧.

١. هذا للسنة بالمعنى الأخَصَّ. (زين رحمه الله)

٢. حكاة عنه الشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠، ضمن الحديث ٨٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٥، ح ١٠٧.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠، ح ٨٨.

٥. اختيار معرفة الرجال، ص ٣٧٥، ح ٧٠٥.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠، ح ٨٨.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٦، ذيل الحديث ١٠٧.

(والأصح احتياجه إليه) أي إلى المحلل؛ للأخبار الصحيحة الدالة عليه^١، وعموم القرآن الكريم^٢، بل لا يكاد يتحقق في ذلك خلاف؛ لأنه لم يذهب إلى القول الأول أحد من الأصحاب على ما ذكره جماعة^٣ وعبدالله بن بكير ليس من أصحابنا الإمامية، ونسبة المصنف له إلى أصحابنا التفاتاً إلى أنه من الشيعة في الجملة بل من فقهاءهم على ما نقلناه عن الشيخ وإن لم يكن إمامياً. ولقد كان ترك حكاية قوله في هذا المختصر أولى.

(ويجوز طلاق الحامل أزيد من مرة) مطلقاً على الأقوى (ويكون طلاق عدّة إن وطئ) بعد الرجعة ثم طلق (وإلا) يَطأ بعدها (فستة بمعناه الأعم)، وأما طلاق السنة بالمعنى الأخص فلا يقع بها؛ لأنه مشروط بانقضاء العدة ثم تزويجها ثانياً كما سبق وعدة الحامل لا تنقضي إلا بالوضع، وبه تخرج عن كونها حاملاً فلا يصدق أنها طُلقت طلاق السنة بالمعنى الأخص ما دامت حاملاً، إلا أن يجعل وضعها قبل الرجعة كاشفاً عن كون طلاقها السابق طلاق سنة بذلك المعنى. والأقوال هنا مختلفة^٤ كالأخبار، والمحصل ما ذكرناه.

(والأولى تفریق الطَّلقات على الأطهار) بأن يُوقع كلُّ طَلقة في طهرٍ غير طهر الطلقة السابقة (لمن أراد أن يُطلق ويُراجع) أزيد من مرة، وهذه الأولوية بالإضافة إلى ما يأتي بعده وإلا فهو موضع الخلاف، وإن كان أصحُّ الروايتين^٥ صحته، وإنما الأولى المُخرج من الخلاف أن يراجع ويَطأ ثم يُطلق في طهرٍ آخر فإن الطلاق هنا يقع إجماعاً.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٦٥-٦٦، باب أحكام الطلاق.

٢. البقرة (٢): ٢٣٠.

٣. منهم: الفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٣٢٠؛ وابن فهد في المهذب البارع، ج ٣، ص ٤٦٥.

٤. راجع النهاية، ص ٥١٦ و ٥١٧؛ والمقنع، ص ٣٤٦؛ ومختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٥٧-٣٥٨، المسألة ١٣.

٥. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧٠-٧٢، باب أحكام الطلاق.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤٥، ح ١٣٩ و ١٤٠.

(ولو طَلَّقَ مَرَّاتٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ) بَأَنْ يَطْلُقَ وَيُرَاجِعَ ثُمَّ يَطْلُقَ وَهَكَذَا ثَلَاثًا (فَخِلَافٌ^١ أَقْرَبُهُ الْوُقُوعُ مَعَ تَخْلُلِ الرَّجْعَةِ) بَيْنَ كُلِّ طَلَاقَيْنِ؛ لِعُمُومِ الْقُرْآنِ^٢ وَالْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ^٣ بِصَحَّةِ الطَّلَاقِ لِمَنْ أَرَادَهُ فِي الْجُمْلَةِ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ، وَرَوَى إِسْحَاقُ بْنُ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عليه السلام، قَالَ: قُلْتُ لَهُ: رَجُلٌ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ رَاجَعَهَا بِشُهُودٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا بِشُهُودٍ [ثُمَّ رَاجَعَهَا بِشُهُودٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا بِشُهُودٍ]^٤ تَبَيَّنَ مِنْهُ؟ قَالَ: «نَعَمْ». قُلْتُ: كُلُّ ذَلِكَ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ! قَالَ: «تَبَيَّنَ مِنْهُ»^٥. وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ مِنَ الْمَوْثُوقِ وَلَا مَعَارِضَ لَهَا إِلَّا رِوَايَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنِ الصَّادِقِ عليه السلام فِي الرَّجُلِ يُطْلِقُ امْرَأَتَهُ لَهُ أَنْ يَرَايَهَا. قَالَ: «لَا يَطْلُقُ الطَّلَاقَ الْآخَرَى حَتَّى يَمَسَّهَا»^٦، وَهِيَ لَا تَدَلُّ عَلَى بَطْلَانِهِ نَظَرًا إِلَى أَنَّ النِّهْيَ فِي غَيْرِ الْعِبَادَةِ لَا يُفْسِدُ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الرَّجْعَةَ بَعْدَ الطَّلَاقِ تَجْعَلُهَا بِمَنْزِلَةِ الْمَعْدُومَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى اعْتِبَارِ حَالِهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ وَإِنْ بَقِيَ لَهَا أَثَرٌ فِي الْجُمْلَةِ كَعَدِّهَا مِنَ الثَّلَاثِ، فَيَبْقَى حُكْمُ الزَّوْجَةِ بَعْدَهَا كَمَا كَانَ قَبْلَهَا، فَإِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَرَاجَعَ ثُمَّ طَلَّقَ يَكُونُ طَلَّاقُهَا طَلَّاقًا مَدْخُولًا بِهَا لَا طَلَّاقًا غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، نَظَرًا إِلَى أَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلَةِ التَّرْوِيجِ الْجَدِيدِ فَيَكُونُ طَلَّاقُهَا بَعْدَهُ وَاقِعًا عَلَى غَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا؛ لَمَّا عُرِفَتْ مِنْ أَنَّ الرَّجْعَةَ أَسْقَطَتْ حُكْمَ الطَّلَاقِ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَمْ يُمْكِنْ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا. وَإِنْ فُرِّقَ الطَّلَاقَاتِ عَلَى الْأَطْهَارِ - مِنْ غَيْرِ دُخُولٍ، وَالرِّوَايَاتُ الصَّحِيحَةُ^٧ نَاطِقَةٌ بِصَحَّتِهَا حِينَئِذٍ، وَكَذَا فَتَوَى الْأَصْحَابُ إِلَّا مَنْ شَدَّ^٨،

١. راجع للخلاف مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٧٢، المسألة ٢٣.

٢. البقرة (٢): ٢٩٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤٦، ح ١٤٢.

٤. ما بين المعقوفتين أضافناه من المصدر.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩٢، ح ٣١٧.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤٤، ح ١٣٤.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤٥، ح ١٣٩ و ١٤٠.

٨. حكاه عن ابن أبي عقيل العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٧٢، المسألة ٢٣.

وحينئذ فيكون الطلاق الثاني رَجْعِيًّا لا بَائناً وإن وَقَعَ بغير مدخول بها بالنسبة إلى ما بعد الرِّجعة فَإِنَّهَا مدخولٌ بها قبلها وهو كافٍ.

(وتحتاج) المَطْلَقَةُ مُطْلَقاً (مع كمال) الطَّلَاق (الثلاث إلى المحلِّ)؛ للنص^١ والإجماع، ومخالفة مَنْ سَبَقَ ذكره في بعض موارد^٢ غير قادح فيه بوجه.

(ولا يَلْزَمُ الطَّلَاقُ بالشكِّ) فيه لتندفع الشبهة الناشئة من احتمال وقوعه، بل تَبَقَّى على حكم الزوجية؛ لأصالة عدمه وبقاء النكاح، لكن لا يخفى الوَرَعُ في ذلك فراجع إن كان الشكُّ في طلاقٍ رَجْعيٍّ ليكون على يقينٍ مِنَ الحِلِّ، أو في البائن بدون ثلاث جَدَّدَ النكاحَ، أو بثلاثٍ أَمْسَكَ عنها وطلَّقها ثلاثاً لِتَحِلَّ بغيره^٣ يقيناً، وكذا يَبْنِي على الأقلِّ لو شَكَّ في عدده، والورعُ الأكثرُ.

(ويُكرَه للمريض الطلاقُ)؛ للنهي عنه في الأخبار^٤ المحمول على الكراهة؛ جمعاً بينها وبين ما دَلَّ على وقوعه صريحاً (فإن قَعَلَ تَوَارِثاً في) العدة (الرَّجعية) من الجانبين كغيره، (وَتَرْتُهُ) هي (في البائن والرَجعي إلى سَنَةِ) من حين الطلاق؛ للنص^٥ والإجماع. وربما غُلِّلَ بالتهمة بإرادة إسقاط إرثها فيؤاخذ بنقيض مطلوبه^٦ وهو لا يَتِمُّ حيث تسأله الطلاقُ أو تُخالعه أو تُبَارِثه. والأقوى عمومُ الحكم؛ لإطلاق النصوص (ما لم تَتَزَوَّج) بغيره (أو يَبْرَأ من مرضه) فَيَنْتَفِي إرثُها بعد العدة الرَّجعية وإن مات في أثناء السنة.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٣، ح ٩٨.

٢. هو عبد الله بن بكير تقدَّم في ص ٢٨٥، الهامش ٢.

٣. في النسخ: «لغيره» ولكن قال الشيخ علي في حاشيته: واعلم أنَّ بغيره في خطه (طاب ثراه) بالياء... مع أنَّ تحتها نقطة وبالياء يستقيم المعنى أنه إذا شكَّ هل أوقع بها ثلاث طلاقات أو لم يوقع بها شيئاً أَمْسَكَ عنها وطلَّقها ثلاثاً لِتَحِلَّ له بنكاح غيره يقيناً.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧٧، ح ٢٥٨ و ٢٦١.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧٩، ح ٢٦٨.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧٨، ح ٢٦٧.

٧. كالعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٣٥، المسألة ٢.

وعلى هذا لو طَلَّقَ أربعاً في مرضه ثم تزوّج أربعاً ودخل بهنّ ومات في السنة مريضاً قبل أن تتزوَّج المطلَّقات ورث الثمانُ الثُّنَى أو الربع بالسويّة، ولا يرث أزيد من أربع زوّجاتٍ اتفاقاً إلّا هنا. ولا يلحق الفسخ في المرض بالطلاق؛ عملاً بالأصل. (والرّجعة تكون بالقول مثل «رَجَعْتُ» و«ارْجَعْتُ») متصلاً بضميرها فيقول «رَجَعْتُكَ» و«ارْتَجَعْتُكَ» ومثله «راجعتُكِ». وهذه الثلاثة صريحة، وينبغي إضافة «إِلَيَّ» أو «إِلَى نِكَاحِي». وفي معناها «رَدَّدْتُكَ» و«أَمْسَكْتُكَ» لورودهما في القرآن، قال تعالى: «وَبُئِيتُهُنَّ بِأَحْقِّ بَرْدِهِنَّ فِي ذَلِكَ»^١، «فَأَمْسَاكَ بِمَغْرُوفٍ»^٢. ولا يفتقر إلى تية الرّجعة لصراحة الألفاظ، وقيل: يفتقر إليها في الأخيرين^٣ لاحتمالهما غيرها كالإمساك باليد أو في البيت ونحوه، وهو حسن.

(وبالفعل كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة)؛ لدلالته على الرّجعة كالقول وربما كان أقوى منه، ولا تتوقّف إباحته على تقدّم رجعةٍ لأنّها زوجة. وينبغي تقييده بقصد الرجوع به أو بعدم قصد غيره؛ لأنّه أعمُّ خصوصاً لو وقع منه سهواً، والأجود اعتبارُ الأول.

(وإنكارُ الطلاق رجعةً)؛ لدلالته على ارتفاعه في الأزمنة الثلاثة، ودلالته الرّجعة على رفعه في غير الماضي فيكون أقوى، أو دلالته عليها ضمناً. ولا يقَدَح فيه كونُ الرّجعة من توابع الطلاق فتنتفي حيث ينتفي المتبوع؛ لأنّ غايتهما التزامُ ثبوت النكاح والإنكار يدلّ عليه فيحصل المطلوب منها وإنْ أنكر سببَ شرعيّتها.

(ولو طَلَّقَ الذمّيّة جاز مراجعتها ولو مَتَّعَنَا من ابتداء نكاحها دواماً)؛ لما تقدّم^٤ من أنّ الرّجعة ترفع حكمَ الطلاق فيُستصحب حكمُ الزوجيّة السابقة، لا أنّها تُحدث

١. البقرة (٢): ٢٢٨.

٢. البقرة (٢): ٢٢٩.

٣. قال به الملامّة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٣٥.

٤. تقدّم في ص ٢٨٧.

حكمَ نكاح جديد، ومن ثمَّ أمكن طلاقها ثلاثاً قبل الدخول بعدها استصحاباً لحكم الدخول السابق، ولأنَّ الرجعيةَ زوجةً ولهذا يثبت لها أحكامُ الزوجية، ولجواز وطنه ابتداءً من غير تلفظ بشيء.

وربما يُخَيَّلُ^١ المنعُ هنا من حيث إنَّ الطلاقَ إزالةً قيد النكاح والرجعة تقتضي ثبوته، فإما أن يثبت بالرجعة عينُ النكاح الأول أو غيره، والأوّل مُحالٌ لاستحالة إعادة المعدم، والثاني يكون ابتداءً لاستدامة. ويُضَعَّفُ بمنع زوال النكاح أصلاً بل إنما يزول بالطلاق وانقضاء العدة، ولم يحصل.

(ولو أنكرتُ الدخولَ عقيب الطلاق) لِمَنَعَهُ من الرجعة قُدِّمَ قولُها (حَلَفْتُ)؛ لأصالة عدم الدخول، كما يُقدِّمُ قوله لو أنكره لِيَسْقُطَ عنه نصف المهر.

ثمَّ مع دعواه الدخولَ يكون مُقرّاً بالمهر، وهي مقرّة على نفسها بسقوط نصفه، فإن كانت قَبَضَتْهُ فلا رجوع له بشيء؛ عملاً بإقراره وإلا فلا تُطالبه إلا بنصفه عملاً بإنكارها. ولو رَجَعَتْ إلى الإقرار بالدخول لتَأَخَّدَ النصفَ ففي ثبوته لها أو توقُّفه على إقرارٍ جديدٍ منه وجهان. وأولى بالعدم لو كان رجوعُها بعد انقضاء العدة على تقدير الدخول.

(وَرَجَعَةُ الأُخْرُسِ بالإشارة) المُفْهِمَةُ لها (وَأَخِذِ الْقِنَاعَ) عن رأسها؛ لما تقدّم من أنَّ وَضْعَهُ عليه إشارةٌ إلى الطلاق^٢، وضدَّ العلامة علامة الضدِّ. ولا نصَّ هنا عليه بخصوصه فلا يجب الجمعُ بينهما بل يكفي الإشارة مطلقاً.

(وَيُقْبَلُ قولُها في انقضاء العدة في الزمانِ المحتملِ) لانقضائها فيه (وَأَقْلَهُ سِتَّةٌ وعشرون يوماً ولحظتان) إن كانت معتدةً بالأقراء، وذلك بأن يُطلَقَ وقد بقي من الطهر لحظةٌ ثمَّ تحيض أقلَّ الحيض ثلاثة أيامَ ثمَّ تَطْهُرُ أقلَّ الطُّهُرِ عشرةً ثمَّ تحيض وتطهر كذلك ثمَّ تَطْعَنُ في الحيض لحظةً، (و) هذه اللحظة (الأخيرةُ دَلَالَةٌ على الخروج) من العدة أو من الطهر الثالث لاسْتِثْنَائِهِ بها، (لا جزءاً) من العدة؛ لأنَّها ثلاثة قروءٍ وقد

١. في «م»: «يُحْتَمَلُ».

٢. تقدّم ج ٢، ص ١٦٩ في ص ٢٧٦.

انْقَضَتْ قَبْلَهَا فَلَا تَصَحُّ الرِّجْعَةُ فِيهَا وَيَصَحُّ الْعَقْدُ. وَقِيلَ: هِيَ مِنْهَا^١؛ لِأَنَّ الْحَكْمَ بَانْقِضَانِهَا مَوْقُوفٌ عَلَى تَحَقُّقِهَا، وَهُوَ لَا يَدُلُّ عَلَى الْمَدْعَى.

هَذَا إِذَا كَانَتْ حُرَّةً، وَلَوْ كَانَتْ أُمَةً فَأَقْلُ عَدَّتِهَا ثَلَاثَةُ عَشَرَ يَوْمًا وَلِحِظَتَانِ. وَقَدْ يَتَّفَقُ نَادِرًا انْقِضَاؤُهَا فِي الْحُرَّةِ بِثَلَاثَةِ وَعَشْرِينَ يَوْمًا وَثَلَاثِ لِحِظَاتٍ، وَفِي الْأُمَةِ بِعَشْرَةِ وَثَلَاثٍ بِأَنْ يُطْلَقَهَا بَعْدَ الْوَضْعِ وَقَبْلَ رُؤْيَةِ دَمِ الْنَفَاسِ بِلِحْظَةٍ ثُمَّ تَرَاهُ لِحْظَةً ثُمَّ تَطْهَرُ عَشْرَةً ثُمَّ تَحِيضُ ثَلَاثَةً ثُمَّ تَطْهَرُ عَشْرَةً ثُمَّ تَرَى الْحِيضَ لِحْظَةً، وَالنَّفَاسَ مَعْدُودٌ بِخِيضَةٍ، وَمِنْهُ يُعْلَمُ حَكْمُ الْأُمَةِ. وَلَوْ ادَّعَتْ وَلَادَةً تَامًا فإِمَّا كَانَ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلِحِظَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ لِحْظَةً لِلوُطْءِ وَلِحْظَةً لِلوَلَادَةِ وَإِنْ ادَّعَتْهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ بِلِحْظَةٍ. وَلَوْ ادَّعَتْ وَلَادَةً سَقِطَ مَصُورٌ أَوْ مُضْغَةٍ أَوْ عَلَقَةٍ اعْتُبِرَ إِمَّا كَانَ عَادَةً، وَرَبَّمَا قِيلَ: إِنَّهُ مَائَةٌ وَعَشْرُونَ يَوْمًا وَلِحِظَتَانِ فِي الْأَوَّلِ، وَثَمَانُونَ يَوْمًا وَلِحِظَتَانِ فِي الثَّانِي، وَأَرْبَعُونَ كَذَلِكَ فِي الثَّلَاثِ، وَلَا بِأَسْ بِهِ.

(وِظَاهِرُ الرِّوَايَاتِ^٢ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهَا غَيْرُ الْمَعْتَادِ إِلَّا بِشَهَادَةِ أَرْبَعٍ مِنَ النِّسَاءِ الْمُطْلَعَاتِ عَلَى بَاطِنِ أَمْرِهَا، وَهُوَ قَرِيبٌ) عَمَلًا بِالْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ وَاسْتِصْحَابًا لِحَكْمِ الْعِدَّةِ، وَلِإِمَّا كَانَ إِقَامَتُهَا الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ. وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّ النِّسَاءَ مُؤْتَمَنَاتٌ عَلَى أَرْحَامِهِنَّ، وَلَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِنَّ غَالِبًا، وَإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَسِيرَةٌ عَلَى ذَلِكَ غَالِبًا، وَرَوَى زُرَّارَةُ فِي الْحَسَنِ عَنِ الْبَاقِرِ^٣ قَالَ: «الْعِدَّةُ وَالْحِيضُ لِلنِّسَاءِ إِذَا ادَّعَتْ صُدِّقَتْ»^٤، وَالْأَقْوَى الْمَشْهُورُ.

١. قَالَ بِهِ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ، ج ٤، ص ٢٧٢.

٢. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٨، ص ١٦٦، ج ٨، ص ٥٧٦.

٣. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٨، ص ١٦٥، ج ٨، ص ٥٧٥.

(الفصل الثالث في العِدَّة)

جمع عِدَّة، وهي مَدَّة تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِتَعْرِفَ بَرَاءَةَ رَجِيمِهَا مِنَ الْحَمْلِ، أَوْ تَعْبُدًا.
(وَلَا عِدَّةَ عَلَى مَنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الزَّوْجُ) مِنَ الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ (إِلَّا فِي الْوَفَاةِ فَيَجِبُ)
عَلَى الزَّوْجَةِ مَطْلَقًا أَلَا عِدَّةً (أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً) وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا
عَبْدًا. (وَنَصْفُهَا) شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ (إِنْ كَانَتْ أُمَةً) وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا، عَلَى
الْأَشْهُرِ^١. وَمُسْتَنْدَهُ صَحِيحَةُ مُحَمَّدَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الصَّادِقِ عليه السلام قَالَ: «الْأُمَةُ إِذَا تَوَفَّيَ عَنْهَا
زَوْجُهَا فَعِدَّتُهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ»^٢ وَقِيلَ كَالْحُرَّةِ^٣ اسْتِنَادًا إِلَى عُمُومِ الْآيَةِ^٤ وَبَعْضُ
الرَّوَايَاتِ^٥، وَتَخْصِيصُهَا بغيرِهَا طَرِيقُ الْجَمْعِ، سِوَاءٍ (دَخَلَ بِهَا أَوْ لَا) صَغِيرَةً كَانَتْ أَمْ
كَبِيرَةً وَلَوْ يَأْنِسُهُ، دَائِمًا كَانَ النِّكَاحُ أَمْ مُنْقَطَعًا.

(وَفِي بَاقِي الْأَسْبَابِ) الْمَوْجِبَةِ لِلْفُرْقَةِ (تَعْتَدُ ذَاتُ الْأَقْرَاءِ) جَمْعَ قَسْرٍ -بِالْفَتْحِ
وَالضَّمِّ- وَهُوَ الطَّهَرُ أَوْ الْحَيْضُ، (الْمُسْتَقِيمَةُ الْحَيْضُ) بَأَنْ يَكُونَ لَهَا فِيهِ عَادَةٌ مُضْبُوطَةٌ
وَقَتًّا، سِوَاءٍ انْضَبَطَ عَدَدُهَا أَمْ لَا (مَعَ الدَّخُولِ) بِهَا. الْمُتَحَقِّقُ بِإِيلَاجِ الْحَشْفَةِ أَوْ قَدْرِهَا مِنْ
مَقْطُوعِهَا قُبْلًا وَدُبْرًا، عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ لَمْ يُنْزَلْ. (بِثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ) أَحَدُهَا مَا بَقِيَ مِنْ
طَهْرِ الطَّلَاقِ بَعْدَهُ وَإِنْ قَلَّ. وَغَيْرُ مُسْتَقِيمَةِ الْحَيْضِ تَرْجِعُ إِلَى التَّمَيِّزِ ثُمَّ إِلَى عَادَةِ نِسَائِهَا
إِنْ كَانَتْ مُبْتَدَأَةً ثُمَّ تَعْتَدُ بِالشُّهُورِ.

١. فِي «ق» «الْمَشْهُور».

٢. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٨، ص ١٥٤، ح ٥٣٦.

٣. قَالَ بِهِ ابْنُ إِدْرِيسَ فِي السَّرَائِرِ، ج ٢، ص ٧٤٣.

٤. الْبَقْرَةُ (٢): ٢٣٤.

٥. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٨، ص ١٥٣، ح ٥٢٩.

(وذاثُ الشهور - وهي التي لا يحصل لها الحيض المعتاد وهي في سنّ الحيض) سواء كانت مُستَرابة كما عبّر به كثيرٌ أم انقطع عنها الحيض لعارض من مرضٍ وحملٍ ورضاعٍ وغيرها - تعتدّ (بثلاثة أشهرٍ) هِلاليّةٍ إن طلقها عند الهلال، وإلّا أكملت المنكسر ثلاثين بعد الهلالين على الأقوى.

(والأمة) تعتدّ (بطهرين) إن كانت مستقيمة الحيض (أو خمسة وأربعين يوماً) إن لم تكن.

(ولو رأت) الحرّة (الدم في الأشهر) الثلاثة (مرةً أو مرّتين) ثم احتبس إلى أن انقضت الأشهر (انتظرت تمام الأقرء)، لأنها قد استرابت بالحمل غالباً (فإن تمت الأقرء قبل أقصى الحمل انقضت عدتها) (وإلّا صبرت تسعة أشهرٍ) على أشهر القولين^١ (أو سنةً) على قول^٢. (فإن وضعت ولداً أو اجتمعت الأقرء) الثلاثة (فذاك) هو المطلوب في انقضاء العدة، (وإلّا) يتفق أحد الأمرين (اعتدت بعدها) أي بعد التسعة أو السنة (بثلاثة أشهرٍ إلّا أن يتم الأقرء قبلها) فتكتفي بها. وقيل: لا بدّ من وقوع الثلاثة الأقرء بعد أقصى الحمل كالثلاثة الأشهر^٣، والأوّل أقوى. وإطلاق النصّ^٤ والفتوى يقتضي عدم الفرق بين استرابتها بالحمل وعدمه في وجوب التبرّص تسعةً أو سنةً ثم الاعتداد بعدها، حتّى لو كان زوجها غائباً عنها فحكمها كذلك وإن كان ظاهر الحكمة يقتضي اختصاصه بالمستربة. واحتل المصنّف في بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعة لزوجة الغائب^٥ محتجاً بحصول مسمى العدة، والدليل في محلّ النزاع.

وهذه أطول عدّة تُقرّض، والضابط أن المعتدة المذكورة إن مضى لها ثلاثة أقرء قبل ثلاثة أشهرٍ انقضت عدتها بها، وإن مضى عليها ثلاثة أشهر لم ترّ فيها دم حيضٍ انقضت

١. السرائر، ج ٢، ص ٧٤٠؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٣٩.

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٥٣٣.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٢٧٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١١٩، ح ٤١٠ و ٤١١.

٥. لم نعر عليه.

عَدَّتْهَا بِهَا وَإِنْ كَانَ لَهَا عَادَةٌ مُسْتَقِيمَةً فِيمَا زَادَ عَلَيْهَا بَأَن كَانَتْ تَرَى الدَّمَ فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مَرَّةً، أَوْ مَا زَادَ أَوْ مَا نَقَصَ بِحَيْثُ يَزِيدُ عَنْ ثَلَاثَةِ وَلَوْ بِلَحْظَةٍ. وَمَتَى رَأَتْ فِي الثَّلَاثَةِ دَمًا وَلَوْ قَبْلَ انْقِضَائِهَا بِلَحْظَةٍ فَحُكْمُهَا مَا فَضَّلَ سَابِقًا مِنْ اِنْتِظَارِ أَقْرَبِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ تَمَامِ الْأَقْرَاءِ وَوَضَعَ الْوَلَدَ، فَإِنْ اِنْتَفَيَا اعْتَدَّتْ بَعْدَ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ إِلَّا أَنْ يَتِمَّ لَهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءَ قَبْلَهَا وَلَوْ مَبْنِيَّةً عَلَى مَا سَبَقَ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهَا دَمٌ آخَرَ فِي الثَّلَاثَةِ أَوْ قَبْلَهَا وَعَدِمَهُ.

(وَعَدَّةُ الْحَامِلِ وَضَعُ الْحَمْلِ) أَجْمَعَ كَيْفَ وَقَعَ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ نَشِئُ آدَمِي (وَإِنْ كَانَ عِلْقَةً) وَوَضَعَتْهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ بِلَحْظَةٍ، وَلَا عِبْرَةَ بِالنُّطْفَةِ (فِي غَيْرِ الْوَفَاةِ، وَفِيهَا بِأَبْعَدِ الْأَجَلَيْنِ مِنْ وَضَعِهِ وَمِنْ الْأَشْهُرِ) الْأَرْبَعَةَ وَالْعَشْرَةَ الْآيَّامَ فِي الْحَرَّةِ، وَالشَّهْرَيْنِ وَالْخَمْسَةِ الْآيَّامَ فِي الْأَمَةِ.

(وَيَجِبُ الْحِدَادُ عَلَى) الزَّوْجَةِ (الْمُتَوَفَّى عَنْهَا) زَوْجُهَا فِي جَمِيعِ مَدَّةِ الْعَدَّةِ (وَهُوَ تَرْكُ الزَّيْنَةِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْأَدْهَانِ وَالطِّيبِ وَالْكُخْلِ الْأَسْوَدِ). وَالْحِنَاءِ وَخَضْبِ الْحَاجِبَيْنِ بِالسَّوَادِ وَاسْتِعْمَالِ الْإِسْفِيدِاجِ فِي الْوَجْهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُعَدُّ زِينَةً عَرَفًا. وَلَا يَخْتَصُّ الْمَنْعُ بِلَوْنٍ خَاصٍّ مِنَ الثِّيَابِ، بَلْ يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ وَالْأَزْمَانِ وَالْعَادَاتِ، فَكُلُّ لَوْنٍ يُعَدُّ زِينَةً عَرَفًا يُحْرَمُ لُبْسُ الثَّوْبِ الْمَصْبُوغِ بِهِ. وَلَوْ احتاجتْ إِلَى الْاِكْتِحَالِ بِالسَّوَادِ لَعَلَّةٍ جَازَ، فَإِنْ تَأَدَّتِ الْضَّرُورَةُ بِاسْتِعْمَالِهِ لَيْلًا وَمَسَجِهَ نَهَارًا وَجِبَ، وَإِلَّا اقْتَصَرَتْ عَلَى مَا تَتَأَدَّى بِهِ الْضَّرُورَةُ.

وَلَا يُحْرَمُ عَلَيْهَا التَّنْظِيفُ وَلَا دُخُولُ الْحَمَّامِ وَلَا تَسْرِيعُ الشَّعْرِ، وَلَا السَّوَاكُ وَلَا قَلَمُ الْأَظْفَارِ، وَلَا السَّكْنَى فِي الْمَسَاكِنِ الْعَالِيَةِ وَلَا اسْتِعْمَالُ الْفُرُشِ الْفَاحِرَةِ، وَلَا تَزْيِينُ أَوْلَادِهَا وَخَدِّهَا. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الزَّوْجَةِ الْكَبِيرَةِ وَالصَّغِيرَةِ الْحَامِلِ وَالْحَائِلِ إِذَا كَانَتْ حَرَّةً. (وَفِي الْأَمَةِ قَوْلَانِ^١: الْمَرْوِيُّ) صَحِيحًا عَنِ الْبَاقِرِ رحمته الله (أَنَّهَا لَا تَحْدُ)؛ لِأَنَّهُ قَالَ: «إِنْ

١. القول بعدم الحداد للشَّيْخِ فِي النِّهَايَةِ، ص ٥٣٧؛ وَالْمُحَقِّقُ فِي شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ، ج ٣، ص ٢٧. الْقَوْلُ بِالْحَدَادِ لِلشَّيْخِ فِي الْمَبْسُوطِ، ج ٤، ص ٣٠٣؛ وَابْنُ إِدْرِيسَ فِي السَّرَائِرِ، ج ٢، ص ٧٤٥.

الْحَرَّةَ وَالْأَمَةَ كِلْتُمَاهَا إِذَا مَاتَ عَنْهُمَا زَوْجُهُمَا سَوَاءٌ فِي الْعِدَّةِ، إِلَّا أَنَّ الْحَرَّةَ تَحْدُ وَالْأَمَةَ لَا تَحْدُ^١. وهذا هو الأقوى. وذهب الشيخُ في أحدِ قَوْلَيْهِ^٢ وَجَمَاعَةٌ إِلَى وَجوبِ الْجِدَادِ عَلَيْهَا^٣؛ لعمومِ قولِ النَّبِيِّ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تَوَمَّنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحْدُ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»^٤. وفيه مع سلامة السند أَنَّهُ عَامٌّ وَذَلِكَ خَاصٌّ فَيَجِبُ التَّوْفِيقُ بَيْنَهُمَا بِتَخْصِصِ الْعَامِّ.

وَلَا جِدَادَ عَلَى غَيْرِ الزَّوْجِ مَطْلَقًا، وَفِي الْحَدِيثِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ بِلِ مَقْتَضَاهُ أَنَّهُ مُحَرَّمٌ، وَالْأَوَّلَى حُمْلُهُ عَلَى الْمَبَالِغَةِ فِي النَّفْيِ أَوْ الْكِرَاهَةِ.

(وَالْمَقْفُودُ إِذَا جُهِلَ خَبْرُهُ) وَكَانَ لَزُوجَتِهِ مَنْ يُنْفِقُ عَلَيْهَا وَجِبَ عَلَيْهَا التَّرْبِصُ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ، أَوْ تَتَبَّتْ وَفَاتَهُ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا، (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ يُنْفِقُ عَلَيْهَا) وَلَا مَتَبَرَعٌ فَإِنْ صَبَّرَتْ فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ بَحَثَ عَنْ أَمْرِهِ (وَطُلِبَ أَرْبَعُ سِنِينَ)^٥ مِنْ حِينَ رَفَعَ أَمْرَهَا إِلَيْهِ فِي الْجِهَةِ الَّتِي قُفِدَ فِيهَا إِنْ كَانَتْ مَعِينَةً، وَإِلَّا ففِي الْجِهَاتِ الْأَرْبَعِ حَيْثُ يُحْتَمَلُ الْأَرْبَعُ (ثُمَّ يُطْلَقُهَا الْحَاكِمُ) بِنَفْسِهِ أَوْ بِأَمْرِ الْوَلِيِّ بِهِ، وَالْأَجُودُ تَقْدِيمُ أَمْرِ الْوَلِيِّ بِهِ فَإِنْ امْتَنَعَ طَلَّقَ الْحَاكِمُ؛ لِأَنَّهُ مَدْلُولُ الْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ^٦ (بَعْدَهَا) أَيِ بَعْدِ الْمَدَّةِ وَرُجُوعِ الرُّسْلِ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ، (وَتَعْتَدُّ) بَعْدَهُ.

(وَالْمَشْهُورُ) بَيْنَ الْأَصْحَابِ (أَنَّهَا تَعْتَدُّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ)^٧ وَفِي خَبَرِ سَمَاعَةَ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الطَّلَاقَ وَقَالَ: «بَعْدَ مَضِيِّ أَرْبَعِ سِنِينَ أَمْرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٣، ح ٥٢٩.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٣٠٣.

٣. منهم: ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٤٥؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٢٩؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٧٨، المسألة ١٢٣.

٤. صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٢٤، ح ١٤٨٧؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٩٠، ح ٢٢٩٩.

٥. ولو بقي [في] بلد لم يحصل له السؤال عنه في هذه المدة فلا بد من السؤال بعد ذلك. (زين رحمه الله)

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧٨ و ٤٧٩، ح ١٩٢١ و ١٩٢٢.

٧. نعم، ولا نفقة لها في العدة. (زين رحمه الله)

وعشرًا^١، وباقي الأخبار^٢ مُطلقةٌ إلا أنَّ ظاهرها أنَّ العدةَ عدَّةُ الطلاق حيث حُكِمَ فيها بأنه يُطلِّقها ثمَّ تعتدُّ، وفي حسنة بُريد دلالةٌ عليه؛ لأنَّه قال فيها: «فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها فبدا له أن يرجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين، وإن انقضت العدة قبل أن يجيء أو يرجع فقد حلَّت للأزواج، ولا سبيل للأول عليها»^٣. وفي الرواية دلالة على أنَّه إذا جاء في العدة لا يصير أحقَّ بها إلا مع الرجعة فلو لم يرجع بانت منه، ووجهه أنَّ ذلك لازمٌ حكم الطلاق الصحيح. وإنَّما نسب المصنَّف القول إلى الشهرة لضعف مستنده. وتظهر الفائدة في المقدار والحداد والنفقة.

(وتُبَّاح) بعد العدة (للأزواج)؛ لدلالة الأخبار عليه، ولأنَّ ذلك هو فائدة الطلاق (فإن جاء) المفقود (في العدة فهو أملكُ بها) وإن حُكِمَ بكونها عدَّةً وفاةً بائنَةً؛ للنص^٤ (وإلا) يجيء في العدة (فلا سبيل له عليها) سواء وَجَدَهَا قد (تزوَّجت) بغيره (أو لا). أمَّا مع تزويجها فموضع وفاق، وأمَّا بدونه فهو أصحُّ القولين^٥ وفي الرواية السابقة دلالة عليه^٦؛ ولأنَّ حُكْمَ الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق فكيف مع الطلاق، والحكمُ بالتسلُّط بعد قطع السلطنة يحتاج إلى دليل وهو منفيٌّ. ووجه الجواز بطلانُ ظنِّ وفاته فيبطل ما ترتب عليه، وهو يتَّجه إن لم تُوجب طلاقها بعد البحث أمَّا معه فلا. (وعلى الإمام أن ينفق عليها من بيت المال طولَ المدَّة) أي مدَّة الغيبة إن صبرت، ومدَّة البحث إن لم تصبر. هذا إذا لم يكن له مال، وإلا أنفق الحاكمُ منه مقدَّمًا على بيت المال.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧٩، ح ١٩٢٣.

٢ و٣. تقدَّم في ص ٢٩٥، الهامش ٦.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٤٧-١٤٨، باب المفقود، ح ٢ و ٤.

٥. تقدَّم في الهامش ١.

٦. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٣١٧؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٣٧؛ والقول الآخر للمفيد

في المقنعة، ص ٥٣٧؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٣٨.

٧. تقدَّم في ص ٢٩٥، الهامش ٦.

(ولو أُعْتِقَتِ الأُمَةُ في أثناء العدة أَكْمَلَتِ عِدَّةَ الحَرَّةِ إِنْ كان الطلاق رَجْعِيًّا أو عِدَّةَ وفاة) أمَّا الأوَّلُ فَلأنَّها في حكم الزوجة وقد أُعْتِقَت، وأمَّا الثاني فلرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام،^١ ولو كان بائناً أَتَمَّتْ عِدَّةَ الأُمَةِ، للحكم بها ابتداءً، وصيرورتها بعد العتق أَجْنَبِيَّةٌ منه فلا يقدح عتقها في العدة.

(والذِمِّيَّةُ كالحرة في الطلاق والوفاء على الأشهر) بل لانعلم القائل بخلافه. نعم، رَوَى زُرَّارَةُ في الصحيح عن الباقر عليه السلام، قال: سَأَلْتُهُ عن نَصْرَانِيَّةٍ كانت تحت نصراني فطَلَّها هل عليها عِدَّةٌ مِثْلُ عِدَّةِ المسلمة؟ فقال: «لا». إلى قوله قلت: فما عِدَّتُها إِنْ أَرَادَ المسلم أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؟ قال: «عِدَّتُها عِدَّةُ الأُمَةِ حِيضَتَانِ أو خَمْسَةٌ وأربعون يوماً»^٢ الحديث، والعمل على المشهور.

وإنَّما تظهر فائدة الخلاف لو جعلنا عِدَّةَ الأُمَةِ في الوفاة نِصْفَ عِدَّةِ الحرة كما سلف، ولو جعلناها كالحرة فلا إشكال هنا في عِدَّةِ الوفاة للذِمِّيَّة، وَيَبْقَى الكلام مع الطلاق. (وتعتدُّ أُمُّ الولد من وفاة زوجها) لو كان مولاهما قد زَوَّجها من غيره بعد أن صارت أُمًّا ولده (أو) من وفاة (سيدها) لو لم يكن حين وفاته مَزُوجاً لها (عدة الحرة)؛ لرواية إِسْحاقَ بن عَمَّارٍ عن الكاظم عليه السلام في الأُمَةِ يموت سيدها قال: «تعتدُّ عِدَّةَ المتوفَّى عنها زوجها»^٣.

وقيل: لا عِدَّةَ عليها من وفاة سيدها؛ لأنَّها ليست زوجةً، كغيرها من إِمَائِهِ الموطوءاتِ من غير ولد فإنَّ عِدَّتَهُنَّ من وفاة المولى الواطئ قُرَّةٌ واحدٌ. وهذا القول ليس ببعيد لمن لم يَعْمَلْ بالخبر الموثَّق فإنَّ خبر إِسْحاقَ كذلك، والأجود الأوَّل. ولو مات سيدها وهي مَزُوجَةٌ من غيره فلا عِدَّةَ عليها قطعاً ولا استبراء، وكذا لو

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٦، ح ٥٤١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧٨، ح ١٩١٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥٥، ح ٥٣٩.

٤. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٥.

مات سيدها قبل انقضاء عدتها، أما لو مات بعدها وقبل دخوله ففي اعتدادها منه أو استبراءها نظر: من إطلاق النص^١ باعتداد أم الولد من موت سيدها، وانتفاء حكمة العدة والاستبراء لعدم الدخول، وسقوط حكم السابق بتوسط التزويج.

(ولو أعتق السيد أُمته) الموطوءة سواء كانت أم ولد أم لا (فثلاثة أقرء) لوطنه إن كانت من ذوات الحيض، وإلا فثلاثة أشهر.

(ويجب الاستبراء) للأمة (بحدوث الملك) على المتملك (وزواله) على الناقل بأي وجه كان من وجوه الملك إن كان قد وطئ، (بحيضة) واحدة (إن كانت تحيض، أو بخمسة وأربعين يوماً إذا كانت لا تحيض وهي في سنٍّ من تحيض) والمراد بالاستبراء ترك وطئها قبلاً ودُبُرًا في المدة المذكورة دون غيره من وجوه الاستمتاع. وقد تقدّم البحث في ذلك مُستوفى، وما يسقط معه الاستبراء في باب البيع^٢ فلا حاجة إلى الإعادة في الإفادة.

١. تقدّم في ص ٢٩٧، الهامش ٣.

٢. تقدّم في ج ٢، ص ١٦٩، كتاب المتاجر، الفصل الثالث في بيع الحيوان.

(الفصل الرابع في الأحكام)

(يجب الإنفاق) على الزوجة (في العدة الرجعية كما كان في صلب النكاح) شروطاً وكميةً وكيفيةً (ويحرم عليها الخروج من منزل الطلاق) وهو المنزل الذي طلقت وهي فيه إذا كان مسكنً أمثالها وإن لم يكن مسكنها الأول، فإن كان دون حقها فلها طلبُ المناسبِ أو فوقه فله ذلك. وإنما يحرم الخروج مع الاختيار. ولا فرق بين منزل الحضرية والبُدوية، البرية والبحرية.

ولو اضطرت إليه لحاجة خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر مع تأديها بذلك، وإلا خرجت بحسب الضرورة. ولا فرق في تحريم الخروج بين اتفاقهما عليه وعدمه على الأقوى؛ لأن ذلك حق الله تعالى وقد قال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾^١ بخلاف زمن الزوجية فإن الحق لهما. واستقرّب في التحرير جوازَه بإذنه^٢، وهو بعيد. ولو لم تكن حال الطلاق في مسكن وجب العودُ إليه على الفور، إلا أن تكون في واجب كحجٍّ فتتّمه كما يجوز لها ابتداءه.

ولو كانت في سفرٍ مباحٍ أو مندوبٍ ففي وجوب العود إن أمكن إدراكها جزءاً من العدة أو مطلقاً، أو تتخَيَّر بينه وبين الاعتداد في السفر أوجه: من إطلاق النهي^٣ عن الخروج من بيتها فيجب عليها تحصيلُ الكون به، ومن عدم صدق النهي هنا؛ لأنها غيرُ

١. في «ق» إضافة من الشرح: «مع عدم نشوزها قبل الطلاق وفي زمن العدة».

٢. الطلاق (٦٥): ١.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٧٩، الرقم ٥٦٠٤.

٤. تقدّم في الهامش ٢.

مُسْتَوْطِنَةٍ، وللمسْقَةِ في العود، وانتفاء الفائدة حيث لا تُدْرِك جزءاً من العدة. كل ذلك مع إمكان الرجوع وعدم الضرورة إلى عدمه.

(و) كما يحرم عليها الخروج (يحرم عليه الإخراج)؛ لتعلق النهي بهما في الآية (إلا أن تأتي بفاحشة) مُبَيَّنَةٍ (يجب بها الحدُّ، أو تُؤْذِي أَهْلَهُ) بالقول أو الفعل فتُخْرِجُ في الأول لإقامته ثم تَرُدُّ إليه عاجلاً، وفي الثاني تُخْرِجُ إلى مسكنٍ آخر يُنَاسِبُ حالها من غير عود إن لم تتب، وإلا فوجهان، أجودهما جواز إبقائها في الثاني؛ للإذن في الإخراج معها مطلقاً، ولعدم الوثوق بتوبتها، لنقصان عقلها ودينها. نعم، يجوز الردُّ فإن استمرت عليها وإلا أخرجت، وهكذا.

واعلم أن تفسير الفاحشة في العبارة بالأول هو ظاهر الآية^١ ومدلولها لغة مع ما هو أعم منه^٢. وأما الثاني ففيه روايتان مرسلتان^٣، والآية غير ظاهرة فيه، لكنه مشهور بين الأصحاب، وتردّد في المختلف^٤ لما ذكرناه، وله وجه.

(ويجب الإنفاق في) العدة (الرجعية على الأمة) كما يجب على الحرّة (إذا أرسلها مولاها ليلاً ونهاراً) ليتحقّق به تمام التمكين، كما يشترط ذلك في وجوب الإنفاق عليها قبل الطلاق، فلو منعها ليلاً أو نهاراً أو بعض واحدٍ منهما فلا نفقة لها ولا سكنى، لكن لا يحرم عليه إمسакها نهاراً للخدمة وإن توقّف عليه النفقة وإنما يجب عليه إرسالها ليلاً، وكذا الحكم قبل الطلاق.

(ولا نفقة للبائن) طلاقها (إلا أن تكون حاملاً) فتجب لها النفقة والسكنى حتّى تَضَعَ؛ لقوله تعالى: «وَإِنْ كُنْ أُولَيْتَ حَلْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ»^٥. ولا شبهة في كون النفقة بسبب الحمل لكن هل هي له أو لها؟ قولان، أشهرهما

١. الطلاق (٦٥): ١.

٢. راجع النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ٤١٥، «فحش»: كل خصلة قبيحة فهي فاحشة....

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣١ و ١٣٢، ح ٤٥٥ و ٤٥٦.

٤. مختلف الشيعية، ج ٧، ص ٤٧٤، المسألة ١١٩.

٥. الطلاق (٦٥): ٦.

الأول^١؛ للدوران وجوداً وعدماً كالزوجية. ووجه الثاني أنها لو كانت للولد لَسَقَطَتْ عن الأب بيساره، كما لو وَرِثَ أخاه لأبيه وأبوه قاتل لا يرث ولا وارثَ غير الحمل؛ وَلَوْ جَبَتْ على الجدِّ مع فقر الأب، لكن التالي فيهما باطل فالمقدم مثله. وأُجِيبَ بمنع بطلانه فيهما^٢.

وتظهر فائدة القولين في مواضع، منها: إذا تزَوَّج الحرُّ أمةً شَرَطَ مولاها رِقَّ الولد وجوَّزناه، وفي العبد إذا تزَوَّج أمةً أو حرةً وشَرَطَ مولاها الانفِرَادَ بِرِقِّ الولد، فإن جعلناها للحمل فلا نفقة على الزوج؛ أمَّا في الأول فلا تَمْلِكُ لغيره، وأمَّا في الثاني فلا تَمْلِكُ العبد لا يجب عليه نفقة أقاربه؛ وإن جعلناها للحامل وجبت، وهو في الأول ظاهرٌ، وفي الآخر في كسبِ العبد أو ذمَّةِ مولاة على الخلاف.

وتظهر الفائدة أيضاً فيما لو كان النكاحُ فاسداً والزوجُ حراً فَمَنْ جَعَلَ النِّفْقَةَ لَهَا نَفَاها هنا؛ إذ لا نفقة للمعتدة عن غير نكاح له حرمة، وَمَنْ جَعَلَهَا للحمل فعليه لأتَمُّ نفقةً ولده. (ولو انهدم المسكن) الذي طُلِّقَتْ فيه (أو كان مُسْتَعَاراً فَرَجَعَ مَالُكُهُ) في العارية (أو مستأجراً انقضت مدَّته أَخْرَجَهَا إلى مسكنٍ يناسبها) ويجب تَحَرِّيَ الأقربِ إلى المنتقل عنه فالأقربِ اقتصاراً على موضع الضرورة.

وظاهره كغيره^٣ أنه لا يجب تجديدُ استنجاره ثانياً وإن أمكن، وليس ببعيد وجوبه مع إمكانه تحصيلاً للواجب بحسب الإمكان، وقد قطع في التحرير بوجوب تحرِّي الأقرب^٤، وهو الظاهر، فتحصيلُ نفسه أولى.

(وكذا لو طُلِّقَتْ في مسكن لا يناسبها أَخْرَجَهَا إلى مسكنٍ مناسبٍ) مُتَحَرِّياً للأقرب فالأقرب كما ذكر.

١. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٣٩٦؛ والقاضي ابن البراج في المهدَّب، ج ٢، ص ٣٤٨؛ والقول الآخر

لابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٣٨٥.

٢. أجاب عنه الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٣٩٦.

٣. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٥٢.

٤. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٧٩ و ١٨٠، الرقم ٥٦٠٩.

(ولو مات فورث المسكن جماعة لم يكن لهم قسمته) حيث ينافي القسمة سكنها؛ لسبق حقها إلا مع انقضاء عدتها. هذا (إذا كانت حاملاً وقلنا لها السكنى) مع موته، كما هو أحد القولين^١ في المسألة، وأشهر الروايتين^٢ أنه لا نفقة للمتوفى عنها ولا سكنى مطلقاً فيبطل حقها من المسكن. وجمع في المختلف بين الأخبار بوجوب نفقتها من مال الولد لا من مال المتوفى^٣. (وإلا) تكن حاملاً أو قلنا لا سكنى للحامل المتوفى عنها (جازت القسمة)؛ لعدم المانع منها حينئذٍ.

(وتعتد زوجة الحاضر من حين السبب) الموجب للعدة من طلاق أو فسخ وإن لم تعلم به، (وزوجة الغائب في الوفاة من حين بلوغ الخبر) بموته وإن لم يثبت شرعاً، لكن لا يجوز لها التزويج إلا بعد ثبوته، (وفي الطلاق من حين الطلاق).

والفرق مع النص^٤ ثبوت الحداد على المتوفى عنها ولا يتم إلا مع بلوغها الخبر بموته بخلاف الطلاق. فعلى هذا لو لم يبلغها الطلاق إلا بعد مضي مقدار العدة جاز لها التزويج بعد ثبوته، بخلاف المتوفى عنها. وقيل: تشتركان في الاعتداد من حين بلوغ الخبر^٥، وبه روايات^٦، والأشهر الأول. ولو لم نوجب الحداد على الأمة فهي كالمطلقة عملاً بالعلة المنصوصة^٧.

١. ذهب إليه الشيخ في النهاية، ص ٥٣٧؛ وذهب إلى القول بالعدم ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٣٨.

٢. تهذيب الأحكام ج ٨، ص ١٥١، ح ٥٢٢ و ٥٢٤.

٣. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٧٥ و ٤٧٦، المسألة ١٢٠.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦٣، ح ٥٦٧ و ٥٦٨.

٥. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٧٩، المسألة ١٢٤.

٦. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦٤ و ١٦٥، باب عدد النساء.

٧. تقدّم في الهامش ٢.

كتاب الخُلع والمُباراة

(كتاب الخلع^١ والمُباراة^٢)

وهو طلاقٌ بعوضٍ مقصودٍ، لازمٌ لجهة الزوج، ويفترقان بأمرٍ تأتي.
والخلع بالضمِّ اسمٌ لذلك، مأخوذ منه بالفتح استعارَةً من خَلَع الثوب، وهو نزعُه؛
لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ﴾^٣.
(وصيغَةُ الخُلع أن يقول) الزوج (خَلَعْتُكَ عَلَى كَذَا أَوْ أَنْتِ مَخْلُوعَةٌ) عَلَى كَذَا أَوْ
«خَلَعْتُ فَلَانَةً، أَوْ هِيَ مَخْلُوعَةٌ عَلَى كَذَا» (ثُمَّ يُتَّبَعُهُ بِالطَّلَاقِ) عَلَى الْفَوْرِ فيقول بعد ذلك
«فَأَنْتِ طَالِقٌ» (فِي الْقَوْلِ الْأَقْوَى)^٤؛ لرواية موسى بن بكر عن الكاظم عليه السلام قال:
«المَخْلُوعَةُ يُتَّبَعُهَا بِالطَّلَاقِ مَا دَامَتْ فِي عَدَّتِهَا»^٥.
وقيل: يقع بمجرّده من غير إتباعه به، ذهب إليه المرتضى وابن الجنيد^٦ وتبعهما
العلامة في المختلف والتحرير^٧، والمصنّف في شرح الإرشاد^٨؛ لصحيحة محمد بن

١. هو إزالة قيد النكاح بعوض من الزوجة الكارهة. (زين رحمه الله)

٢. هي طلاق بعوضٍ مترتبٍ على كراهية الزوجين. (زين رحمه الله)

٣. البقرة (٢): ١٨٧.

٤. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٦٢٠؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٢٦٧؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٢٦.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩٧، ح ٣٢٩.

٦. المسائل الناصريات، ص ٣٥١، المسألة ١٦٥؛ نقله عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٨٣ - ٣٨٤، المسألة ٣٩.

٧. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٨٤، المسألة ٣٩؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٨٦، الرقم ٥٤٤١.

٨. غاية المراد، ج ٣، ص ١٨٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

إسماعيل بن بزيع أنه قال للرضا عليه السلام - في حديث -: قد روي أنها لا تبين حتى يتبع بالطلاق. قال: «ليس ذلك إذا خلع». فقلت: تبين منه؟ قال: «نعم»^١. وغيرها من الأخبار^٢، والخبر السابق ضعيفُ السند مع إمكان حمله على الأفضلية، ومخالفته لمذهب العامة فيكون أبعد عن التقية مع تسليمه لا يكفي في المصير إليه وترك الأخبار الصحيحة^٣، وهو على ما وصفناه، فالقول الثاني أصح.

ثم إن اعتبرنا اتباعه بالطلاق فلا شبهة في عدّه طلاقاً، وعلى القول الآخر هل يكون فسخاً أو طلاقاً؟ قولان، أصحهما الثاني^٤؛ لدلالة الأخبار الكثيرة^٥ عليه فيعدّ فيها ويفتقر إلى المحلل بعد الثلاث.

وعلى القولين لا بدّ من قبول المرأة عقيبه بلا فصل معتدّ به، أو تقدّم سؤالها له قبله كذلك.

(ولو أتى بالطلاق مع العوض) فقال «أنت طالق على كذا» مع سبق سؤالها له أو مع قبولها بعده كذلك (أغنى عن لفظ الخلع) وأفاد فائدته، ولم يفتقر إلى ما يفتقر إليه الخلع من كراهتها له خاصة؛ لأنّه طلاق بعوض لا خلع.

(وكل ما صحّ أن يكون مهراً) من المال المعلوم والمنفعة والتعليم وغيرها (صحّ أن يكون فدية^٦) في الخلع، (ولا تقدير فيه) أي في المَجْعُول فديةً في طرف الزيادة والنقصان بعد أن يكون مُتَمَوِّلاً (فيجوز على أزيد ممّا وصل إليها منه) من مهر وغيره؛ لأنّ الكراهة منها فلا يتقدّر عليها في جانب الزيادة.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩٨-٩٩، ح ٣٣٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩٥-٩٦، باب الخلع والمبارات.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩٥-٩٦، ح ٣٢٤-٣٢٦.

٤. ذهب إليه السيد المرتضى في المسائل الناصريات، ص ٣٥٢، ذيل المسألة ١٦٥؛ والعلامة في مختلف الشيعة،

ج ٧، ص ٣٨٧، المسألة ٤٠؛ والقول الآخر للشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٤٢٤، المسألة ٣.

٥. تقدّم في الهامش ٢ و ٣.

٦. من حيث إنّه عوض فلا يجوز. وقيل: ليس بعوض بل فدية فيصحّ والأولى المنع. (زين رحمه الله)

(ويصحّ بذلُ الفدية منها، ومن وكيلها) البازل له من مالها (وممن يضمنه) في ذمته (بإذنها^١) فيقول للزوج «طَلَّقْ زَوْجَتَكَ عَلَى مائَةٍ وَعَلَيَّ ضَمَانُهَا». والفرق بينه وبين الوكيل أَنَّ الوكيل يبذل من مالها بإذنها وهذا من ماله بإذنها.

وقد يُشكّل هذا بأنّه ضَمَانُ ما لم يجب، لكن قد وقع مثله صحيحاً فيما لو قال راكب البحر لِذِي المتاع «أَلْقِ متاعَكَ في البحر وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ»، وفي ضمان ما يُحدثه المشتري من بناء أو غرس على قول^٢، وفي أخذ الطبيب البراءة قبل الفعل^٣.

(وفي) صحته من (المتبرّع) بالبدل من ماله (قولان، أقربهما المنع)^٤؛ لأنّ الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزومُ العوض لغير صاحبِ المَعْوُض كالبيع، ولأنّه تعالى أضاف الفدية إليها في قوله: «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْنِهَا فِيمَا أَعْتَدَتْ بِهِ»^٥، وبذلُ الوكيل والضامن بإذنها كبذلها فيبقى المتبرّع على أصل المنع، ولأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت الرّيل، ولو قلنا بمفهوم الخطاب فالمنع أوضح، وحينئذٍ فلا يملك الزوجُ البذل ولا يقع الطلاق إن لم يُتبع به، فإن أُتبع به كان رجعيّاً. ووجه الصحة أنّه افتداء وهو جائز من الأجنبي كما تقع الجعالة منه على الفعل لغيره وإن كان طلاقاً.

والفرق بين الجعالة والبذل تبرعاً أنّ المقصود من البذل جعلُ الواقع خُلْعاً ليرتّب عليه أحكامه المخصوصة، لا مجرد بذل المال في مقابلة الفعل، بخلاف الجعالة فإنّ غرضه وقوعُ الطلاق بأن يقول: «طَلَّقْهَا وَعَلَيَّ أَلْفٌ» ولا مانع من صحته حتّى لا يشترط في إجابته الفورية والمقارنة لسؤاله، بخلاف الخلع.

ولو قلنا بصحته من الأجنبي فهو خلْعٌ لفظاً وحكماً، فللأجنبي أن يرجع في البذل

١. لو بذل المهر قبل الدخول جاهلاً بحكم المسألة ضمنت ولم ينفعها الجهل. (زين رحمه الله)

٢. راجع مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٨٣ - ٤٨٤، المسألة ١٤٩.

٣. قال به الشيخ في النهاية، ص ٧٦٢؛ راجع غاية المراد، ج ٤، ص ٣٣٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٤).

٤. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٦٤٨ - ٦٤٩؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٣٨؛ ونقل القول

بالجواز الشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ١٩١ - ١٩٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٥. البقرة (٢): ٢٢٩.

ما دامت في العدة فللزواج حينئذٍ أن يرجع في الطلاق، وليس للزوجة هنا رجوع في البذل؛ لأنها لا تملكه فلا معنى لرجوعها فيه. ويَحْتَمَلُ عدمُ جواز الرجوع هنا مطلقاً اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين وهو رجوع الزوجة فيما بذلته خاصةً. وفي معنى التبرع ما لو قال «طَلَّقَهَا عَلَى أَلْفٍ مِنْ مَالِهَا وَعَلَيَّ ضَمَانُهَا» أو «على عبدها هذا كذلك» فلا يقع الخلع ولا يضمن؛ لأنه ضمان ما لم يجب وإن جاز «أَلَوِي مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ»؛ لِتَمْيِيسِ الْحَاجَةِ بِحِفْظِ النَّفْسِ ثُمَّ دُونَ هَذَا، أَوْ لِلاتِّفَاقِ عَلَى ذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ.

(ولو تَلَفَ الْعَوَضُ) الْمَعْيَنُ الْمَبْذُولُ (قَبْلَ الْقَبْضِ فَعَلَيْهَا ضَمَانُهُ مِثْلًا) أَي بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا (أَوْ قِيَمَةً) إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا. سَوَاءٌ أَتَلَفَتْهُ بِاخْتِيَارِهَا أَمْ تَلَفَ بَاقَةً مِنَ اللَّهِ تَعَالَى أَمْ أَتَلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ، لَكِنْ فِي الثَّلَاثِ يَخْتَفِرُ الزَّوْجُ بَيْنَ الرَّجُوعِ عَلَيْهَا وَعَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَتَرْجِعُ هِيَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ لَوْ رَجَعَ عَلَيْهَا إِنْ أَتَلَفَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَلَوْ عَابَ فَلَهُ أَرُشُهُ. (وَكَذَا) تَضَمَّنَ مِثْلَهُ أَوْ قِيَمَتَهُ (لَوْ ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُهُ) لَغَيْرِهَا، وَلَا يَبْطُلُ الْخُلْعُ؛ لِأَصَالَةِ الصَّحَّةِ، وَالْمَعَاوِضَةُ هُنَا لَيْسَتْ حَقِيقَةً كَمَا فِي الْبَيْعِ فَلَا يُؤْثِرُ بَطْلَانُ الْعَوَضِ الْمَعْيَنِ فِي بَطْلَانِهِ، بَلْ يَنْجِبِرُ بِضَمَانِهَا الْمِثْلُ أَوْ الْقِيَمَةُ. وَيُشْكَلُ مَعَ عِلْمِهِ بِاسْتِحْقَاقِهِ حَالَةَ الْخُلْعِ؛ لِقُدُومِهِ عَلَى مَعَاوِضَةٍ فَاسِدَةٍ إِنْ لَمْ يُتَبَّعْ بِالطَّلَاقِ، وَمُطْلَقًا مِنْ حَيْثُ إِنْ الْعَوَضُ لَازِمٌ لِمَاهِيَّتِهِ وَبَطْلَانُ اللَّازِمِ يَسْتَلْزِمُ بَطْلَانُ الْمَلْزُومِ. وَالْمَتَّجَةُ الْبَطْلَانُ مُطْلَقًا إِنْ لَمْ يُتَبَّعْهُ بِالطَّلَاقِ وَإِلَّا وَقَعَ رَجْعِيًّا.

(وَيَصِحُّ الْبَذْلُ مِنَ الْأَمَةِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى) فَإِنْ أَذِنَ فِي عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ تَعَيَّنَتْ، فَإِنْ زَادَتْ عَنْهَا شَيْئًا مِنْ مَالِهِ وَقَفَ عَلَى إِجَازَتِهِ، فَإِنْ رَدَّ بَطْلَ فِيهِ، وَفِي صَحَّةِ الْخُلْعِ وَيَلْزَمُهَا مِثْلُهُ أَوْ قِيَمَتُهُ تُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ أَوْ بَطْلَانِهِ الْوَجْهَانِ. وَكَذَا لَوْ بَذَلَتْ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يُجِزْهُ، وَلَوْ أَجَازَ فَكَالِإِذْنِ الْمُتَبَدِّلِ.

وإن أذن في بذلها في الذمة أو من ماله من غير تعيين (فإن عين قدرًا) تعين وكان الحكم مع تخطيه ما سبق، (وإلا) يعين قدرًا (انصرف) إطلاق الإذن (إلى) بذل (مهر

المثل) كما يَنْصَرِفُ الإِذْنُ في البيع إلى ثمن المثل؛ نظراً إلى أنه في معنى المعاوضة وإن لم تكن حَقِيقَةً، ومهر المثل عوضُ البضع فيَحْمَلُ الإِطْلَاقُ عليه.

(ولو لم يَأْذَنْ لها في البذل مطلقاً صحَّ الخلعُ في ذِمَّتِها دون كسبها) (تُبْعَتْ به بعد العتق) كما لو عاملَها بإقراضٍ وغيره. ولا إشكال هنا وإن عِلِمَ بالحال؛ لأنَّ العوضَ صحيحٌ متعلِّقٌ بذِمَّتِها وإن اِمْتَنَعَ قبْضُهُ حالاً، خصوصاً مع علمه بالحكم؛ لقُدُومِهِ عليه وثبوتُ العوض في الجملة، بخلاف بذلِ العين حيث لا يصحُّ لخلوِّ الخلع عن العوض. ولو بَدَلْتُ مع الإِطْلَاق أزيدَ من مهر المثل فالزائدُ كالْمَبْتَدَأِ بغير إذن.

(والمكاتبَةُ المشروطةُ كالقِرْنِ) فيتعلَّقُ البذلُ بما في يدها مع الإِذن وبذِمَّتِها مع عدمه إن كان مطلقاً، وإن كان معيَّناً ولم يُجْزِ المولى بطل. وفي صحَّةِ الخلع ولزومِ المثل أو القيمة تُتَّبَعُ به الوجوهان.

(وأما) المكاتبَةُ (المطلقةُ فلا اعتراض عليها) للمولى مطلقاً. هكذا أَطْلَقَ الأصحابُ تَبَعاً للشيخ (رحمه الله) ^١.

وفي الفرقِ نظرٌ، لما اتَّفَقُوا عليه في باب الكتابة من أنَّ المكاتبَ مطلقاً ممنوعٌ من التصرُّفِ المنافي للاكتساب، ومسوّغٌ فيه من غير فرق بينهما، فالفدية إن كانت غير اكتساب - كما هو الظاهر؛ لأنَّ العائدَ إليها البضعُ وهو غيرُ مالٍ - لم يصحَّ فيهما، وإن اعتُبرَ كونه معاوضةً وأنه كالمال من وجه وجب الحكمُ بالصحة فيهما.

والأصحاب لم يَنْقَلُوا في ذلك خلافاً، لكن الشيخ في المبسوط حَكَى في المسألة أقوالاً: الصَّحَّةُ مطلقاً، والمنعُ مطلقاً، واختار التفصيلَ وجَعَلَهُ الموافق لأصولنا ^٢، وتَبِعَهُ الجماعة ^٣. والظاهر أنَّ الأقوالَ التي نقلها للعمامة كما هي عادته، فإن لم تكن المسألة إجماعيةً فالمتَّجِهُ عدمُ الصَّحَّةِ فيهما إلّا بإذن المولى.

١. ٢٠١. المبسوط، ج ٣، ص ٦٥٠.

٢. منهم: المحقِّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٤٠؛ والقاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٢٧٢؛ والعلامة في

قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٦٠.

(ولا يصح الخلع إلا مع كراهتها) له (فلو) طلقها والأخلاق مُلْتَمِئَةٌ (ولم تَكْرَه بطل البذل ووقع الطلاق رجعيًا) من حيث البذل. وقد يكون بائنًا من جهة أخرى ككونها غير مدخول بها أو كون الطلقة ثالثة.

(ولو أكرهها على الفدية ففعل حراماً): للإكراه بغير حق (ولم يملكها بالبذل): لبطان تصرف المكره إلا ما استثنى، (وطلاقها رجعي) من هذه الجهة؛ لبطان الفدية، فلا ينافي كونه بائنًا من جهة أخرى إن اتفقت.

(نعم، لو أتت بفاحشة) مبينة وهي الزنى، وقيل: ما يوجب الحد مطلقاً، وقيل: كل معصية^٢، (جاز عضلها) وهو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها (للتفتدي نفسها)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^٣، والاستثناء من النهي إباحة، ولأنها إذا زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره، وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله تعالى في حقه فيدخل في قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيَّامَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^٤.

وقيل: لا يصح ذلك ولا يستبيح المبدول مع القضل؛ لأنه في معنى الإكراه، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا﴾^٥، والمشروط عدم عند عدم شرطه^٦. وقيل: إن الآية الأولى منسوخة بآية الحد^٧ ولم يثبت؛ إذ لا منافاة بينهما، والأصل عدم النسخ.

١. قال به المحقق في المختصر النافع، ص ٣١٤.

٢. قال به الشيخ في التبيان، ج ٣، ص ١٥٠؛ والطبرسي في مجمع البيان، ج ٣، ص ٢٤، ذيل الآية ١٩ من النساء (٤).

٣. النساء (٤): ١٩.

٤. البقرة (٢): ٢٢٩.

٥. النساء (٤): ٤.

٦. انظر المبسوط، ج ٣، ص ٦١٩؛ والشرح الكبير المطبوع مع المغني، ج ٨، ص ١٧٨.

٧. حكاه الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٦٣٠؛ والطبرسي في مجمع البيان، ج ٣، ص ٢٤، ذيل الآية ١٩ من النساء (٤).

وعلى الأول هل يَتَقَيَّد جوازُ العضل ببذل ما وَصَلَ إليها منه من مهر وغيره فلا يجوز الزيادة عليه، أم لا يَتَقَيَّد إلا برضاه؟ اختار المصنّف الأول؛ حذراً من الضرر العظيم^١ واستناداً إلى قول النبي ﷺ لجميلة بنت عبد الله بن أبي لَمَّا كَرِهَتْ زوجها ثابت بن قيس وقال لها: «أَتُرَدِّينَ عليه حديقته؟»، قالت: وأزِيدُه: «لا، حديقته فقط»^٢.

ووجه الثاني إطلاق الاستثناء، الشامل للزائد، وعدُّ الأصحاب مثل هذا خلعاً وهو غيرُ مَقْبُولٍ.

وفيه نظر؛ لأنَّ المستثنى منه إذهابُ بعض ما أعطاهَا فالمستثنى هو ذلك البعض فيبقى المساوي والزائد على أصل المنع، فإن خرج المساوي بدليل آخر بقي الزائد، وإطلاق الخلع عليه محلٌّ نظر؛ لأنها ليست كارهة أو الكراهة غير مختصة بها بحسب الظاهر، وذكرها في باب الخلع لا يدل على كونها منه.

(وإذا تمَّ الخلع فلا رجعة للزوج) قبل رجوعها في البذل (وللزوجة الرجوع في البذل ما دامت في العدة^٣) إن كانت ذات عدة فلو خَرَجَتْ عَدَّتُها أو لم يكن لها عدة كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً. (فإذا رجعت) هي حيث يجوز لها الرجوع صار الطلاق رجعيّاً يترتب عليه أحكامه من النفقة وتحريم الأخت والرابعة، (ورجع هو إن شاء) ما دامت العدة باقية، ولم يمنع من رجوعه مانع كما لو تزوّج بأختها أو رابعة قبل رجوعها إن جوزناه. نعم، لو طلقها بائناً في العدة جاز له الرجوع حينئذٍ فيها لزوال المانع.

ولو كان الطلاق بائناً مع وجود العدة - كالطَّلَقِ الثالثة - ففي جواز رجوعها في العدة وجهان: من إطلاق الإذن فيه المتناول له، ومن أنَّ جواز رجوعها في البذل مشروطٌ

١. نقله عن بعض تحقیقات الشهيد في مسالك الأفهام، ج ٩، ص ٤٢٢.

٢. صحيح البخاري، ج ٥، ص ٢٠٢١ - ٢٠٢٢، ح ٤٩٧١ - ٤٩٧٣؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٥١٢ و ٥١٤، ح ١٤٨٤٢ و ١٤٨٤٨ بتفاوت.

٣. قال المصنّف: والأجود أنَّ الرجوع مشروط بإعلام الزوج. (زين رحمه الله)

بإمكان رجوعه في النكاح بالنظر إلى الخلع لا بسبب أمر خارجي يمكن زواله كتزويجه بأختها، ولأنه برجعوها يصير الطلاق رجعيًا وهذا لا يمكن أن يكون رجعيًا. ولا يخفى أن هذين مصادرةً على المطلوب، لكن المشهور المنع.

والوجهان آتيان فيما لو رجعت ولما يعلم حتى خرجت العدة حيث يمكنه الرجوع لو علم: من إطلاق الإذن لها في الرجوع، ولزوم الإضرار به. والأقوى الجواز هنا للإطلاق، ولأن جواز رجوعه مشروط بتقدم رجوعها فلا يكون شرطاً فيه وإلا داز، والإضرار حصل باختياره حيث أقدم على ذلك مع أن له طريقاً إلى الرجعة في الأوقات المحتملة إلى آخر جزء من العدة.

(ولو تنازعا في القدر) أي قدر الفدية (حلفت)؛ لأصالة عدم زيادتها عما تعرف به منها، (وكذا) يُقَدَّم قولها مع اليمين (لو تنازعا في الجنس) مع اتفاقهما على القدر بأن اتفقا على أنها مائة لكن ادّعى أنها دنانير وادّعت أنها دراهم؛ لأصالة عدم استحقاق ما يدّعيه، ولأنه مدّع فعلية البينة فتحلف يميناً جامعةً بين نفي ما يدّعيه وإثبات ما تدّعيه فينتفي مدّعاؤه. وليس له أخذ ما تدّعيه لاعترافه بأنه لا يستحقّه، وينبغي جواز أخذه مقاصّةً لا أصلاً. ويحتمل تحالفهما؛ لأنّ كلّاً منهما منكر لما يدّعيه صاحبه وهي قاعدة التحالف، وحينئذٍ فيسقط ما تدّعيه بالفسخ أو الإنفساخ ويثبت مهر المثل، إلا أن أصحابنا أعرضوا عن هذا الاحتمال رأساً، ومخالفونا جرّموا به^١.

(أو الإرادة) مع اتفاقهما عليها بأن اتفقا على ذكر القدر وعدم ذكر الجنس لفظاً وعلى إرادة جنس معيّن لكن اختلفا في الجنس المراد. وإما كان القول قولها فيها؛ لأنّ الاختلاف في إرادتها ولا يطّلع عليها إلا من قبلها فيُقدّم قولها فيها.

ويشكل بأنّ المعتبر إرادتهما معاً للجنس المعين ولا تكفي إرادتها خاصّةً، وإرادة كلّ

منهما لا يطلع عليها إلا من قبله. ولو غُلِّلَ بأنَّ الإرادة إذا كانت كافيةً عن ذكر الجنس المعين كان الاختلاف فيها اختلافًا في الجنس المعين فتقديم قولها من هذه الحيثية لا من جهة تخصيص الإرادة. وقال الشيخ: يبطل الخلع هنا^١ مع موافقته على السابق. وللقول بالتحالف هنا وجه كالسابق.

ولو كان اختلافهما في أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما «أردنا جنسًا معينًا»، وقال الآخر «إنَّا لم نرُدْ بل أطلقنا» رَجَعَ النزاعُ إلى دعوى الصحة والفساد ومقتضى القاعدة تقديم مدَّعيها منهما مع يمينه. ويَحْتَمِلُ تقديم منكرها والبطالان؛ لأصالة عدمها - وهو ظاهر القواعد^٢ - وتقديم قول المرأة؛ لرجوع النزاع إلى إرادتها كما مرَّ وهو ظاهر التحرير^٣، وفيه ما ذكر.

(ولو قال «خَلَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي ذِمَّتِكَ» فقالت «بل في ذِمَّة زيد» خَلَفَتْ عَلَى الْأَقْوَى)؛ لَأَنَّهُ مَدَّحٌ وَهِيَ مَنكَرَةٌ لثبوت شيء في ذِمَّتِهَا فكانت اليمين عليها. وقال ابن البرَّاج: عليه اليمين؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي مَالِ الْخَلْعِ أَنْ يَكُونَ فِي ذِمَّتِهَا، فَإِذَا ادَّعَتْ كَوْنَهُ فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهَا لَمْ تُسْمَعْ؛ لِأَصَالَةِ عَدَمِ انْتِقَالِهِ عَنْ ذِمَّتِهَا. وَعَلَى الْأَوَّلِ لَا عَوْضَ عَلَيْهَا وَلَا عَلَى زَيْدٍ إِلَّا بِاعْتِرَافِهِ، وَتَبَيَّنَ مِنْهُ بِمَقْتَضَى دَعْوَاهُ. وَمِثْلُهُ مَا لَوْ قَالَتْ «بَلْ خَالَعَكَ فَلَانٌ وَالْعَوْضُ عَلَيْهِ»؛ لِرَجْوَعِهِ إِلَى إِنكَارِهَا الْخَلْعَ مِنْ قَبْلِهَا، أَمَّا لَوْ قَالَتْ «خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ ضَمِنَهَا فَلَانٌ عَنِّي أَوْ دَفَعْتُهَا أَوْ أَبْرَأْتُني» وَنَحْوَ ذَلِكَ، فَعَلَيْهَا الْمَالُ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ.

(والمباراة) وأصلها المفارقة. قال الجوهري: تقول: بارأْتُ شريكي إذا فارَّقْتَهُ، وبارأً

١. المبسوط، ج ٣، ص ٦٢٧-٦٢٨.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٦٦.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٨٩، الرقم ٥٤٤٧.

٤. نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٩٣؛ انظر المهدَّب، ج ٢، ص ٢٦٩. وفيه: كان عليه البيِّنة وعليها اليمين.

الرجل امرأته^١. وهي (كالخلع) في الشرائط والأحكام (إلا أنها) تُفارق في أمور: منها: أنها (تتَرْتَّبُ على كراهية) كل من (الزوجين) لصاحبه، فلو كانت الكراهة من أحدهما خاصة أو خاليةً عنهما لم تصح بلفظ المباراة. وحيث كانت الكراهة منهما (فلا تجوز له الزيادة) في الفدية (على ما أعطاها) من المهر، بخلاف الخلع حيث كانت الكراهة منها فجازت الزيادة. وتبته بـ«الفاء» على كون هذا الحكم مرتباً على الكراهة منهما وإن كان حكماً آخر يحصل به الفرقُ بينها وبين الخلع.

(و) منها: أنه (لا بدّ فيها من الإتيان بالطلاق) على المشهور بل لانعلم فيه مخالفاً، وادّعى جماعة أنه إجماع^٢ (ولو قلنا في الخلع لا يجب) إتيانه بالطلاق. وروى أنها لا تقتصر أيضاً إلى الإتيان^٣ وربما كان به قائل؛ لأن الشيخ نسب في كتابي الحديث القول بلزوم إتيانها بالطلاق إلى المحضّلين من أصحابنا، وهو يدل بمفهومه على مخالفٍ منهم غير محضّل، والمحقق في النافع نسبه إلى الشهرة^٤. وكيف كان فالعمل به متعين. وصيغتها «بارأئك - بالهمزة - على كذا فانت طالق».

ومنها: أن صيغتها لا تنحصر في لفظها بل تقع بالكنيات الدالة عليها كـ«فاسخُك» على كذا» و«أبتُك» و«بنتُك»؛ لأنّ البينة تحصل بالطلاق وهو صريح، بخلاف الخلع على القول المختار فيه، وينبغي على القول بافتقاره إلى الطلاق أن يكون كالمباراة. (ويُشترط في الخلع والمباراة شروطُ الطلاق) من كمال الزوج وقصده واختياره وكون المرأة طاهراً طهراً لم يقرنها فيه بجماع إن كانت مدخولاً بها، حائلاً غير يائسة، والزوج حاضراً أو في حكمه، وغيرها من الشروط.

١. الصحاح، ج ١، ص ٣٦، «برأ».

٢. منهم: الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٦٥٨؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٢٣؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٣٧٥؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٦٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٢، ح ٣٤٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠٢، ذيل الحديث ٣٤٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣١٩، ذيل الحديث ١١٣٧.

٥. المختصر النافع، ص ٣١٨.

كتاب الظهار

(كتاب الظهار^١)

وهو فعَالٌ من الظَّهَر، اختَصَّ به الاشتقاق لأنَّه محلُّ الرُّكُوب في المركوب، والمراد به هنا تشبيهُ المكَلَّف من يَمْلِك نكاحَهَا بظَهْرِ محرِّمَةٍ عليه أبدأً بِنَسَبٍ أو رضاعٍ، قيل: أو مصاهرةً^٢.

وهو محرَّم وإنْ تَرَبَّثَ عليه الأحكام؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾^٣. لكن قيل: إنَّه لا عِقَاب فيه لَتَعَقُّبِهِ بالعفو، وَيُضَعَّفُ بأنَّه وصفٌ مطلقٌ فلا يَتَعَيَّن كونه عن هذا الذنب المعين.

(وصيغته: هي) أو أَنْتِ أو هذه أو فلانة عَلَيَّ، ونحوه، أو محذوفُ الصلة (كَظَهَرِ أُمِّي أو أُخْتِي أو ابْنَتِي) أو غيرهنَّ من المحرِّمات (ولو من الرضاع، على الأشهر) في الأمرين وهما: وقوعه بتعليقه بغير الأمِّ من المحارم النَّسَبِيَّات، ومحرِّماتِ الرضاع مطلقاً. ومستندُ عموم الحكم في الأوَّل - مع أنَّ ظاهر الآية وسبب الحكم تعلُّقه بالأمِّ - صحيحتا زُرَّارَةَ وَجَمِيلٍ عن الباقر والصادق عليهما السلام الدَّالَّتَانِ عليه صريحاً، ولا شاهد

١. الظهار تحريم الزوجة المنكحة أو الأمة بلفظ «الظهار» منسوباً إلى الأمِّ أو باقي المحرِّمات على التأبيد نسباً حتَّى يكفَّر. (زين رحمه الله)

٢. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٥، ذيل المسألة ٦١.

٣. المجادلة (٥٨): ٢.

٤. قال به الفاضل المقداد في كنز العرفان، ج ٢، ص ٢٩٠.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٦ و ٢٨.

للمخصّص بالأُمّ النسبِيّة في قوله تعالى: ﴿مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾^١ لَأَنَّهُ لَا يَنْفِي غَيْرَ الْأُمِّ، ونحن نُثَبِتُ غَيْرَهَا بالأخبار الصحيحة لا بالآية. ولا في صحيحة سيف التمار عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يقول لامرأته: أَنْتِ عَلَيَّ كظَهْر أُخْتِي أو عَمَّتِي أو خالتي، فقال: «إِنَّمَا ذَكَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْأُمّهَاتِ وَإِنَّ هَذَا لِحَرَامٍ»^٢؛ لَأَنَّ عَدَمَ ذِكْرِهِ لغيرهنَّ لا يدلُّ على الاختصاص، ولا يلزَم تأخيرُ البيان عن وقت الحاجة أو الخطاب؛ لَأَنَّهُ أَجَابَ بالتحريم ولعلَّ السائل استفاد مقصوده منه؛ إذ ليس في السؤال ما يدلُّ على موضع حاجته.

ومستندُ عمومهِ في الثاني قوله عليه السلام: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّسْبِ»^٣ وقولُ الباقر عليه السلام في صحيحة زرارة: «هُوَ مِنْ كُلِّ ذِي مَحْرَمٍ أُمًّا أو أَخْتًا أو عَمَّةً أو خَالَه»^٤ الحديث، و«كُلُّ» من ألفاظ العموم يَشْمَلُ المحرَّمةَ رضاعاً، و«مِنْ» في الخبر تعليليّة، مثلاً في قوله تعالى: ﴿مِمَّا خَطِيئَتُهُمْ أُغْرِقُوا فَأَذْخَلُوا نَارًا﴾^٥، وقوله: «وَيُغْضَى مِنْ مَهَابَتِهِ»^٦، أو بمعنى الباء، مثلاً في قوله تعالى: ﴿يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ﴾^٧، والتقدير «يَحْرُمُ لأجل الرضاع - أو بسببه - ما يحرم لأجل النسب أو بسببه». والتحريمُ في الظهار بسبب النسب ثابتٌ في الجملة إجماعاً فيثبت بسبب الرضاع كذلك. وحينئذٍ فيندفع ما قيل من «أَنَّ الظَّهَارَ سَبَبُهُ التَّشْبِيهُ بالنسب لا نفسُ النسب، فلا يلزَم من كون التشبيه بالنسب سبباً في التحريم كون التشبيه بالرضاع سبباً فيه»^٨؛ لما قد عرفت من الملازمة.

١. المجادلة (٥٨): ٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠، ح ٣٠.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٤٧٥، ذيل الحديث ٤٦٦٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٦.

٥. نوح (٧١): ٢٥.

٦. الإرشاد، ج ٢، ص ١٥١ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ١١).

٧. الشورى (٣٢): ٤٥.

٨. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٠٩.

ويمكن أن يُنبّه بالأشهر على ثالث، وهو اختصاص التشبيه بمن ذُكر، وهو محرّمات النسب والرضاع دون غيرهن؛ لتخرج المحرّمات مؤبداً بالمصاهرة، فقد قيل بوقوعه بالتشبيه بهن؛ للاشتراك في العلة^١ وهي التحريم المؤبد، ولعموم قوله ﷺ «هو من كلّ ذي محرّم»، ولا ينافيه قوله بعد ذلك «أماً أو أختاً أو عمة»؛ لأنّ ذكرهن للمثال لا للحصر إذ المحرّم النسبي أيضاً غير منحصر فيهن، ولم يقل أحد باختصاص الحكم بالثلاثة، لكن المشهور عدم وقوعه متعلّقاً بهن.

(ولا اعتبار بغير لفظ الظهر) من أجزاء البدن كقوله «أنت عليّ كبطن أمي، أو يديها، أو رجلها، أو فرجها»؛ لأصالة الإباحة وعدم التحريم بشيء من الأقوال إلّا ما أخرجه الدليل، ولدلالة الآية^٢ والرواية^٣ على الظهر، ولأنّه مشتقّ منه فلا يصدق بدونه. وقيل: يقع بجميع ذلك^٤، استناداً إلى رواية ضعيفة^٥. ولو علّقه بما يشمل الظهر كالبدن والجسم فالوجهان وأولى بالوقوع.

(ولا التشبيه بالأب) وإن عيّن ظهّره، (أو الأجنبية) وإن شاركا في التحريم، (أو أخت الزوجة) لأنّ تحريمها غير مؤبد. ويفهم من تخصيصها بالذكر من بين المحرّمات بالمصاهرة الميل إلى التحريم بهن، وإلّا لكان التمثيل بمن حرّم منهنّ مؤبداً أولى. (أو مظاهرتها منه)؛ لأصالة عدم التحريم في ذلك كلّّه، وكون التحريم حكماً شرعياً يقف على مورده.

(ولا يقع إلّا مُتَجَرِّزاً) غير معلّق على شرط ولا صفة كقدوم زيد وطلوع الشمس،

١. قال به العلامة في مختلف الشبهة، ج ٧، ص ٤٠٥، ذيل المسألة ٦١؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٠٩.

٢. المجادلة (٥٨): ٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٦ - ٢٨.

٤. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٦٩ - ١٧٠؛ والخلاف، ج ٤، ص ٥٣٠، المسألة ٩، وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٢٩٨.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠، ح ٢٩.

كما لا يقع الطلاق معلقاً إجماعاً، وإنما كان مثله لقول الصادق عليه السلام: «لا يكون الظهار إلا على مثلي مَوَاقِعِ الطلاق»^١، ولرواية القاسم بن محمد قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: إِنِّي ظَاهَرْتُ مِنْ امْرَأَتِي، فَقَالَ لِي: «كَيْفَ قُلْتَ؟» قَالَ: قُلْتُ: أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي إِنْ فَعَلْتُ كَذَا وَكَذَا. فَقَالَ: «لَا شَيْءَ عَلَيْكَ وَلَا تَعُدْ»^٢. ومثله روى ابن بُكَيْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عليه السلام^٣.

(وقيل) والقائل الشيخ^٤ وجماعة^٥: (يصحّ تعليقه على الشرط) وهو ما يجوز وقوعه في الحال وعدمه كدخول الدار، (لا) على (الصفة) وهي ما لا يقع في الحال قطعاً بل في المستقبل كانقضاء الشهر. (وهو قوي)؛ لصحیحة حرّيز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ثُمَّ يَسْكُتُ، فذلك الذي يُكْفَرُ قَبْلَ أَنْ يُوَاقِعَ، فإذا قال: أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي إِنْ فَعَلْتُ كَذَا وَكَذَا، ففَعَلَ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ حِينَ يَحْنُثُ»^٦. وقريب منها صحیحة عبد الرحمن بن الْحَجَّاجِ عَنْهُ عليه السلام^٧، فخرج الشرط عن المنع بهما وبقي غيره على أصل المنع.

وأما أخبار المنع^٨ من التعليق مطلقاً فضعيفة جداً لا تُعارض الصحيح، مع إمكان حملها على اختلال بعض الشروط غير الصيغة كسماع الشاهدين، فإنّه لو لم يكن ظاهراً لوجب جمعاً بينها لو اعتبرت.

(والأقرب صحة توقيته) بمدة كأن يقول «أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي إِلَى شَهْرٍ أَوْ سَنَةٍ»

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٣.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ١٧١-١٧٢؛ النهاية، ص ٥٢٥؛ الخلاف، ج ٤، ص ٥٣٥-٥٣٦، المسألة ٢٠.

٥. منهم: الشيخ الصدوق في المقنع، ص ٣٢٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٣٤؛ والعلامة في مختلف الشيعة،

ج ٧، ص ٤٠٦، المسألة ٦٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٢، ح ٣٩.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٢، ح ٤٠.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٢-٤٤.

مثلاً؛ لعموم الآيات^١ والروايات^٢، ولأنّ الظهار كاليمين القابلة للاقتران بالمدّة، وللأصل، ولحديث سلمة بن صخر أنّه ظاهر من امرأته إلى سلخ رمضان وأقرّه النبي ﷺ عليه، وأمره بالتكفير للمواقعة قبله^٣، وإقراره ﷺ بحجّة كفعله وقوله. وقيل: لا يقع مطلقاً؛ لأنّه تعالى علّق حلّ الوطء في كلّ المظاهرين بالتكفير ولو وقع مؤقتاً أفضى إلى الحلّ بغيره واللازم كالملزوم في البطلان. وربما فرّق بين المدّة الزائدة على ثلاثة أشهر وغيرها؛ لعدم المطالبة بالوطء قبلها وهي من لوازم وقوعه^٤، وهو غير كافٍ في تخصيص العموم.

(ولا بدّ من حضور عدلين) يسمعان الصيغة كالطلاق فلو ظاهر ولم يسمعه الشاهدان وقع لاغياً، (وكونها طاهراً من الحيض والنفاس) مع حضور الزوج أو حكمه، وعدم الحبل كالطلاق، وكان عليه أن يُنبّه عليه، ولعلّه أهمله لظهور أنّ هذه شرائط الطلاق. (وأن لا يكون قد قرّبها في ذلك الطهر) مع حضوره أيضاً كما سبق، فلو غاب وظنّ انتقالها منه إلى غيره وقع مطلقاً.

(وأن يكون المظاهر كاملاً) بالبلوغ والعقل (قاصداً)، فلا يقع ظهار الصبي والمجنون وفاقّد القصد بالإكراه والسكّر والإغماء، والغضب إن اتفق.

(ويصحّ من الكافر) على أصحّ القولين^٥؛ للأصل، والعموم، وعدم المانع إذ ليس عبادةً يمتنع وقوعها منه. ومنعه الشيخ؛ لأنّه لا يقرّ بالشرع والظهار حكم شرعي، ولأنّه

١. المجادلة (٥٨): ٢-٣.

٢. تقدّم في ص ٣٢٠، الهامش ٦ و٧.

٣. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤٠، ح ١٥٢٧٧؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٦٥، ح ٢٠٦٢.

٤. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٧٩؛ والقاضي في المهدب، ج ٢، ص ٣٠١؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٠٩.

٥. احتمله العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٣، المسألة ٨٦.

٦. ذهب إليه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٠٨؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٠؛ والقول بعدم

الصحة للشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٦٦؛ والخلاف، ج ٤، ص ٥٢٥، المسألة ٢.

لا تصح منه الكفارة لاشتراط نية القرية فيها فيمتنع منه الفئنة وهي من لوازم وقوعه. ويضعف بأنه من قبيل الأسباب وهي لا تتوقف على اعتقادها، والتمكن من التكفير متحقق بتقديمه الإسلام لأنه قادر عليه، ولو لم يقدر على العبادات لامتنع تكليفه بها عندنا، وإنما تقع منه باطللة لفقد شرط مقدور.

(والأقرب صحته بملك اليمين) ولو مدبرة أو أم ولد؛ لدخولها في عموم «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَابِهِمْ»^١ كدخولها في قوله تعالى: «وَأُمّهْت نِسَابِكُمْ»^٢ فحرمت أم الموطوءة بالملك، ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام، قال: وسألته عن الظهار على الحرّة والأمة. فقال: «نعم»^٣. وهي تشمل الموطوءة بالملك والزوجيّة.

وذهب جماعة^٤ إلى عدم وقوعه على ما لا يقع عليه الطلاق؛ لأن المفهوم من النساء الزوجة، ولورود السبب فيها، ورواية حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام فيمن يظاهر من أمتة قال: «يأتياها وليس عليه شيء»^٥، ولأن الظهار كان في الجاهليّة طلاقاً وهو لا يقع بها، وللأصل.

ويضعف بمنع الحمل على الزوجة وقد سلف، والسبب لا يخصّص وقد حُقق في الأصول^٦، والرواية ضعيفة السند، وفعل الجاهليّة لا حجة فيه وقد نُقل إنهم كانوا يظاهرون من الأمة أيضاً^٧، والأصل قد اندفع بالدليل.

وهل يشترط كونها مدخولاً بها؟ قيل: لا^٨؛ للأصل والعموم. (والمروئي) صحيحاً

١. المجادلة (٥٨): ٣.

٢. النساء (٤): ٢٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧، ح ٥٣.

٤. منهم: الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٢٤؛ والقاضي في المهذب، ج ٢، ص ٢٩٨؛ والحلي في الكافي في الفقه، ص ٣٠٤.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤، ح ٧٨.

٦. الذريعة إلى أصول الشريعة، ج ١، ص ٣٠٧؛ العدة في أصول الفقه، ج ١، ص ٣٦٨-٣٦٩.

٧. انظر غاية المراد، ج ٣، ص ٢٠٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٨. قال به الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٢٤؛ وسأّر في المراسم، ص ١٦٠.

(اشتراطُ الدخول)، فرَوَى مُحَمَّد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال: «لا يكون ظهاراً ولا إيلاءً حتَّى يَدْخُلَ بها»^١. وفي صحيحة الفضيل بن يسار أَنَّ الصادق عليه السلام قال: «لا يكون ظهاراً ولا إيلاءً حتَّى يَدْخُلَ بها»^٢. وهذا هو الأصح، وهو مخصَّصٌ للعموم بناءً على أَنَّ خبر الواحد حجةٌ ويخصَّصُ عمومَ الكتاب. (ويكفي الدُّبر)؛ لصدق الوطء به كالقُبُل.

(ويقع الظهار بالزَّتقاء والقَرْناء والمريضة التي لا تُوطأ). كذا ذكره المصنّف (رحمه الله) والجماعة^٣، وهو يَتِمُّ على عدم اشتراط الدخول، أمّا عليه فلا؛ لإطلاق النصِّ باشتراطه من غير فرق بين من يُمكن ذلك في حقِّه بالنظر إليه وإليها وغيره، ولكن ذَكَرَ ذلك مَنْ اشترَطَ الدخولُ^٤ كالْمَصْنَفُ^٥ وَمَنْ تَوَقَّفَ كالْعَلَّامَةِ^٦ والمحقِّق^٧، ويمكن أن يكون قول المصنّف هنا من هذا القبيل. وكيف كان فبناءً الحكم على اشتراط الدخول غير واضح، والقولُ بأنّه إنما يُشترَطُ حيث يمكن تَحَكُّمُ، ومثله حكمهم^٨ بوقوعه من الخَصِيّ والمجبوبِ حيث يَمْتَنِع الوطء منهما.

(وتجب الكفارة بالعود، وهي)، أنَّتَ الضميرَ لتوسّطه بين مذكّر ومؤنث أحدهما مفسّر للآخر، قاعدةٌ مُطَرِّدَةٌ، أي المراد من العود (إرادةُ الوطء)، لا بمعنى وجوبها

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١، ح ٦٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١، ح ٦٦.

٣. منهم: المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٤٨؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧١.

٤. قد جعل المصنّف في شرح الإرشاد اشتراط الدخول أصحّ وهذا هو التصريح بالاشتراط أمّا نسبته إلى المروي فلا يخلو من شائبة التوقّف. (منه رحمه الله)

٥. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٠٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٦. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٥٥.

٧. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٤٨.

٨. كالْمَصْنَفُ في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٤٧؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٠٠، الرقم ٥٤٦١؛

فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٠٥.

مُسْتَقِرّاً بإرادته، بل (بمعنى تحريم وطئها حتّى يُكْفَر) فلو عَزَم ولم يَفْعَل ولم يُكْفَر ثمّ بدا له في ذلك فطَلَّقَهَا سَقَطَتْ عنه الكفّارة.

ورجّح في التحريم^١ استقرارها به؛ محتجاً بدلالة الآية - وهو قوله تعالى: «ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ»^٢ - عليه. وفي الدلالة عليه نظر، وإنّما ظاهرها وجوبها بالعود قبل أن يتّمسّأ لا مطلقاً. وإنّما يحرم الوطء عليه به لا عليها إلّا أن تكون معاونة له على الإثم فيُحَرِّم لذلك لا للظهار، فلو تَشَبَّهَتْ عليه على وجه لا يحرم عليه أو استدخلته وهو نائم لم يحرم عليها؛ لثبوت الحِلِّ لها قبله والأصل بقاؤه.

ويُفهم من قوله «بمعنى تحريم وطئها حتّى يُكْفَر» أنّ غير الوطء من ضروب الاستمتاع لا يحرم عليه، وهو أحد القولين في المسألة^٣؛ لظاهر قوله تعالى: «مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَمَسَّأَ»^٤ إذ الظاهر منها الوطء كما في قوله تعالى: «مَنْ قَبِلَ أَنْ تَمْسُوهُنَّ»^٥ وإن كان بحسب اللغة أعمّ منه حذراً من الاشتراك، ولا يردّ استلزامه النقل والاشتراك خير منه؛ لأنّا نجعله متواطئاً على معنى يَشْتَرِك فيه كثير، وهو تلاقي الأبدان مطلقاً، وإطلاقه على الوطء استعمال اللفظ في بعض أفرادها، وهو أولى منهما ومن المجاز أيضاً. ومنه يظهر جواب ما احتجّ به الشيخ على تحريم الجميع استناداً إلى إطلاق الميسس^٦، وأمّا الاستناد إلى تنزيلها منزلة المحرّمة مؤبداً^٧ فهو مصادرة.

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ١٠٧، الرقم ٥٤٧٢.

٢. المجادلة (٥٨): ٣.

٣. ذهب إليه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧١١؛ والقول بتحريم الجميع للشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٧٧؛

والخلاف، ج ٤، ص ٥٣٩، المسألة ٢٢.

٤. المجادلة (٥٨): ٣.

٥. البقرة (٢): ٢٣٧؛ الأحزاب (٣٣): ٤٩.

٦. الخلاف، ج ٤، ص ٥٣٩، المسألة ٢٢.

٧. استند إليه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤١٥.

هذا كله إذا كان الظهار مطلقاً، أما لو كان مشروطاً لم يحرم حتى يقع الشرط سواء كان الشرط الوطء أم غيره. ثم إن كان هو الوطء تحقق بالنزع فتحرم المعاودة قبلها، ولا تجب قبله وإن طالت مدته، على أصح القولين^١ حملاً على المتعارف.

(ولو وطئ قبل التكفير) عامداً حيث يتحقق التحريم (فكفارتان) إحداها للوطء والأخرى للظهار، وهي الواجبة بالعزم. ولا شيء على الناسي. وفي الجاهل وجهان: من أنه عامد، وعذره في كثير من نظائره.

(ولو كثر) الوطء قبل التكفير عن الظهار وإن كان قد كفر عن الأول (تكررت الواحدة) وهي التي وجبت للوطء دون كفارة الظهار، فيجب عليه ثلاث للوطء الثاني، وأربع للثالث وهكذا. ويتحقق تكراره بالعود بعد النزع التام. (وكفارة الظهار بحالها) لا تتكرر بتكرار الوطء.

(ولو طلقها) طلاقاً (باتناً أو رجعيّاً) وانقضت العدة حلت له من غير تكفير؛ لرواية يزيد العجلي^٢ وغيره^٣، ولصيوروته بذلك كالأجنبي، واستباحته الوطء ليس بالعقد الذي لحقه التحريم. وروي أن ذلك لا يسقطها^٤ وحملت على الاستحباب^٥. ولو راجع في الرجعية عاد التحريم قطعاً.

(وكذا لو ظاهر من أمة) هي زوجته (ثم اشتراها) من مولاها؛ لاستباحتها حينئذ بالملك، وبطلان حكم العقد كما بطل حكم السابق في السابق. وكذا يسقط حكم الظهار لو اشتراها غيره وفسخ العقد ثم تزوجها المظاهر بعقد جديد.

١. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٤٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٣. وللقول الآخر راجع النهاية، ص ٥٢٥؛ ولتوضيح المطلب راجع كشف اللثام، ج ٨، ص ٢٥٢.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٩، ح ٤٨٣٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧، ح ٥٣.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧، ح ٥٢.

٥. حملة على الاستحباب الفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٣٧٦.

(ويجب تقديم الكفّارة على المسيس)؛ لقوله تعالى: «مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا»^١.
 (ولو ما طَلَّ) بالعود أو التكفير (رافَعَتْهُ إلى الحاكم فَيُنْظِرُهُ ثلاثة أشهر) من حين
 المرافعة (حتّى يُكْفَرُ وَيَفِيءَ) أي يَرْجِعَ عن الظهار مقدّماً للرجعة على الكفّارة كما مرّ،
 (أو يُطَلَّقَ وَيُجْبِرَهُ على ذلك بعدها) أي بعد المدة (لو امتنع)، فإن لم يَخْتَرْ أحدهما
 ضَيَّقَ عليه في المَطْعَمِ والمَشْرَبِ حتّى يختارَ أحدهما، ولا يُجْبِرُهُ على أحدهما عيناً،
 ولا يُطَلِّقَ عنه، كما لا يَعْتَرِضُهُ لو صَبَرَتْ.

كتاب الإيلاء

(كتاب الإيلاء)

(و) هو مصدرٌ «آلى يُؤلى» إذا خَلَفَ مطلقاً، وشرعاً (هو الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة) المدخول بها قُبْلاً أو مطلقاً، (أبداً أو مطلقاً) من غير تقييد بزمان (أو زيادةً على أربعة أشهر؛ للإضرار بها). فهو جزئي من جزئيات الإيلاء الكلّي أُطلق عليه.

والحلف فيه كالجنس يَشْمُلُ الإيلاء الشرعي وغيره، والمراد الحلف بالله تعالى كما سيأتي، وتقييده بترك وطء الزوجة يُخرج اليمين على غيره فإنّه لا يُلْحَقُه أحكامُ الإيلاء الخاصّةُ به بل حكمُ مطلق اليمين. وإطلاقُ الزوجة يَشْمُلُ الحرّة والأمة، المسلمة والكافرة، وخرج بها الحلف على ترك وطء الأمة الموطوءة بالملك. وتقييدها بالدائمة المتمتّع بها، فإنّ الحلف على وطئها^١ لا يُعَدُّ إيلاءً بل يميناً مطلقاً فَيُتَّبَعُ الأولى في الدين أو الدنيا فإن تَسَاوَيَا انعقد يميناً يُلْزَمُه حكمه، وكذا الحلف على ترك وطء الدائمة مدّة لا تَزِيدُ عن أربعة أشهر.

وزدنا في التعريف قيدَ «المدخول بها» لما هو المشهور بين الأصحاب من اشتراطه من غير نقل خلاف فيه، وقد اعترف المصنّف في بعض تحقیقاته بعدم وقوفه على خلاف فيه، والأخبارُ الصحيحة مصرّحةً باشتراطه فيه وفي الظهار^٢، وقد تقدّم

١. في «ن»، «وطئها».

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١، ح ٦٥-٦٦.

بعضها^١. وقيد «الْقَبْلُ أو مطلقاً» احترازاً عما لو خَلَفَ على ترك وطنها دبراً فإنه لا يَنْعَقِدُ إيلاءٌ كما لا تحضُلُ الفَنَةُ به.

واعلم أنَّ كلَّ موضع لا ينعقد إيلاءٌ مع اجتماع شرائط اليمين يكون يميناً، والفرق بين اليمين والإيلاء - مع اشتراكهما في أصل الحلف والكفارة الخاصة - جواز مخالفة اليمين في الإيلاء، بل وجوبها على وجه مع الكفارة دون اليمين المطلقة؛ وعدم اشتراط انعقاده - مع تعلُّقه بالمباح - بألويته ديناً أو دنياً أو تساوي طرفيه بخلاف اليمين؛ واشتراطه بالإضرار بالزوجة كما عُلِمَ من تعريفه، فلو خَلَفَ على ترك وطنها لمصلحتها كإصلاح لبنها أو كونها مريضةً كان يميناً لا إيلاءً، واشتراطه بدوام عقد الزوجة دون مطلق اليمين؛ وانحلال اليمين، على ترك وطنها بالوطء دُبراً مع الكفارة دون الإيلاء، إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بالإيلاء المذكورة في بابه.

(ولا ينعقد) الإيلاء كمطلق اليمين (إلا باسم الله تعالى) المختص به أو الغالب، كما سبق^٢ تحقيقه في اليمين، لا بغيره من الأسماء وإن كانت مُعْظَمَةً؛ لأنَّه حلفٌ خاصٌّ وقد قال ﷺ: «مَنْ كَانَ حَالِفاً فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ فَلْيَصُمْتُ»^٣. ولا تكفي نيَّته بل يُعْتَبَرُ كونه (متلفظاً به)، ولا يختص بلغة بل يَنْعَقِدُ (بالعربية وغيرها) لصدقه عرفاً بأيِّ لسان اتَّفَقَ.

(ولابدّ) في المحلوف عليه وهو الجِماع في الْقَبْل (من) اللفظ (الصريح) الدالُّ عليه (كإدخال الفرج في الفرج) أو تَغْيِيبِ الحشفة فيه (أو اللفظة المختصة بذلك) لغةً وعرفاً وهي مشهورة. (ولو تلفَّظَ بالجِماع والوطء وأراد الإيلاء صحّ) وإلا فلا؛ لاحتمالهما إرادةً غيره فإنَّهما وُضِعَا لغةً لغيره، وإنَّما كُنِّيَ بهما عنه عدولاً عما يُسْتَهْجَنُ إلى بعض لوازمه ثمَّ اشْتَهَرَ فيه عرفاً فوقَ به مع قصده.

١. تقدّم في ص ٣٢٣.

٢. سبق في ج ٢، ص ٣١ وما بعدها، كتاب النذر وتوابعه.

٣. السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٥٠، ح ١٩٨٢٤؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٢٢، ح ٣٢٤٩.

والتحقيق أَنَّ القصدَ معتبرٌ في جميع الألفاظ وإن كانت صريحةً فلا وجه لتخصيص اللفظين به، واشتراكهما أو إطلاقهما لغةً على غيره لا يضُرُّ مع إطباق العرف على انصرافهما إليه، وقد رَوَى أبو بصير في الصحيح عن الصادق عليه السلام، قال: سألتَه عن الإيلاء ما هو. فقال: «هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامِعُكِ كذا وكذا»^١ الحديث، ولم يَقَيِّده بالقصد فإنه معتبرٌ مطلقاً، بل أجاب به في جواب «ما هو» المحمول على نفس الماهية، فيكون حقيقة الإيلاء، ودخول غيره من الألفاظ الصريحة حينئذٍ بطريق أولى، فلا ينافيه خروجها عن الماهية المُجاب بها. نعم، يُستفاد منه أَنَّهُ لا يقع بمثل المباحة والمامسة والمباشرة التي يُعبر بها عنه كثيراً وإن قَصَدَه؛ لاشتتار اشتراكها، خلافاً لجماعة حيث حَكَمُوا بوقوعه بها^٢. نعم، لو تحَقَّق في العرف انصرافها أو بعضها إليه وَقَعَ به.

ويمكن أن تكون فائدة تقييده بالإرادة أَنَّهُ لا يقع عليه ظاهراً بمجرد سماعه مَوْقِعاً للصيغة بهما، بل يُرجع إليه في قصده، فإن اعترف بإرادته حُكِمَ عليه به، وإن ادَّعى عدمه قُبِلَ، بخلاف ما لو سُمِع منه الصيغة الصريحة، فإنه لا يَقْبَل منه دعوى عدم القصد؛ عملاً بالظاهر من حال العاقل المختار، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيرجع إلى نِيَّتِهِ. (ولو كُنِّي بقوله «لا جَمَعَ رأسي ورأسكِ مِخْدَةً» أو «لا ساقَفْتُكِ») بمعنى جَمَعَنِي وإِيَّاكِ سَقَفَ (وقَصَدَ الإيلاء) أي الحلف على ترك وطنها (حكم الشيخ) والعلامة في المختلف (بالوقوع)^٣؛ لأنَّه لفظٌ استعمل عرفاً فيما نواه فيَحْتَمِل عليه كغيره من الألفاظ. ولدلالة ظاهر الأخبار عليه حيث دلَّت على وقوعه بقوله «لأَغِيظَنَّكِ»^٤ فهذه أولى، وفي حسنة بُرِّد عن الصادق عليه السلام أَنَّهُ قال: «إذا آلى أن لا يَقْرَبَ امرأته ولا يَمَسَّها

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣، ح ٤.

٢. منهم: الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٣٣؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٢٢؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٥ - ١٧٦.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ١١٦؛ مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٧، المسألة ٨٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢ - ٣، ح ٢.

ولا يَجْمَعُ رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تَمْضِ أربعة أشهر^١.
والأشهر عدم الوقوع؛ لأصالة الجِلِّ، واحتمال الألفاظ لغيره احتمالاً ظاهراً،
فلا يزول الجِلُّ المتحقق بالمحتمل، والروايات^٢ ليست صريحة فيه، ويمكن كون الواو
في الأخيرة للجمع فيتعلّق الإيلاء بالجميع ولا يلزم تعلُّقه بكل واحد.
واعلم أن اليمين في جميع هذه المواضع تقع على وفي ما قصده من مدلولاتها؛ لأنَّ
اليمين تتعَيَّن بالنية حيث تقع الألفاظ محتملة، فإن قصده بقوله: «لا جَمَعَ رأسي ورأسك
مِخْدة» نومه ما مجتمعين عليها انعقدت كذلك، حيث لا أولوية في خلافها، وإن قصده به
الجماع انعقدت [ت] كذلك، وكذا غيره من الألفاظ حيث لا يقع الإيلاء به.
(ولابد من تجريده عن الشرط والصفة) على أشهر القولين^٣؛ لأصالة عدم الوقوع
في غير المتَّفَق عليه وهو المجرّد عنهما. وقال الشيخ في المبسوط والعلامة في
المختلف: يقع معلقاً عليهما؛ لعموم القرآن^٤ السالم عن المعارض. والسلامة عزيزة.
(ولا يقع لو جعله يميناً) كأن يقول «إن فعلت كذا فوالله لا جامعتك» قاصداً تحقيق
الفعل على تقدير المخالفة زجرأها عما علّقه عليه، وبهذا يمتاز عن الشرط مع اشتراكهما
في مطلق التعليق فإنه لا يريد من الشرط إلا مجرّد التعليق لا الالتزام في المعلق عليه.
ويتميّزان أيضاً بأن الشرط أعم من فعلهما واليمين لا تكون متعلّقة إلا بفعلها أو فعله^٥.
وعدم وقوعه يميناً بعد اعتبار تجريده عن الشرط واختصاص الحلف بالله تعالى واضح.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣، ح ٣.

٢. تقدم آنفاً.

٣. ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٥١٧، المسألة ١٢؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٣٥.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ١٣٤؛ مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٧، المسألة ٨٩.

٥. البقرة (٢): ٢٢٦.

٦. المراد بجعله يميناً جعله جزاءً على فعل أو ترك قصد الزجر عنه والبعث على فعل سواء تعلّق به أو بها كقوله: إن
كلمت فلاناً أو تركت الصلاة فوالله لا جامعتك وإنما لم يقع للنهي عن اليمين بغير الله تعالى، وهو مشارك للشرط
في الصورة مفارق له في المعنى؛ لأن المراد من الشرط مجرّد التعليق وفي اليمين ما ذكرناه من الزجر أو البعث.
(منه رحمه الله)

(أو حلف بالطلاق أو العتاق) بأن قال «إِنْ وَطِئْتُكَ ففُلَانَةٌ - إحدى زوجاته - طالق، أو عبْدُه حرٌّ» لأنَّه يمين بغير الله تعالى.

(ويُشترط في المؤلّي الكمال) بالبلوغ والعقل (والاختيار والقصد) إلى مدلول لفظه، فلا يقع من الصبيّ والمجنون والمكره والساھي والعاث به ونحوهم من لا يقصد الإيلاء.

(ويجوز من العبد) بدون إذن مولاه اتفاقاً، حرّةً كانت زوجته أم أمّة؛ إذ لا حقّ لسيّده في وطئه لها بل له الامتناعُ منه وإن أمره به، (و) من الكافر (الذميّ)؛ لإمكان وقوعه منه حيث يُقرّ بالله تعالى، ولا يُنافيه وجوبُ الكفّارة المتعدّرة منه حال كفره لإمكانها في الجملة كما تقدّم في الظهار^١.

وكان ينبغي أن يكون فيه خلافٌ مثله؛ للاشتراك في العلة لكن لم يُنقل هنا. ولا وجه للتقييد بالذمي بل الضابطُ الكافر المُقرّ بالله تعالى ليُمكن حلفه به.

(وإذا تمّ الإيلاء) بشرائطه (فللزوجة المرافعة) إلى الحاكم (مع امتناعه عن الوطء فيُنظرُ الحاكم أربعة أشهر ثم يُجبره بعدها على الفئّة) وهي وطؤها قبلاً ولو بمسّمَاه بأن تغيب الحشفة - وإن لم يُنزّل - مع القدرة، أو إظهار العزم عليه أوّل أوقات الإمكان مع العجز، (أو الطلاق)، فإن فعل أحدهما وإن كان الطلاق رجعيّاً خرج من حقّها، وإن امتنع منهما ضيق عليه في المطعم والمشرب ولو بالحبس حتّى يفعل أحدهما، ورؤي أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس في حظيرة من قصب ويعطيه رُبْع قوته حتّى يُطلق^٢. (ولا يجبره) الحاكم (على أحدهما عيناً) ولا يُطلق عنه عندنا بل يُخَيّره بينهما. (ولو آلى مدّةً معيّنة) تزيد عن الأربعة (ودافع) فلم يفعل أحد الأمرين (حتّى انقضت) المدّة (سقط حكم الإيلاء)؛ لانحلال اليمين بانقضاء مدّته، ولم تلزمه الكفّارة مع الوطء وإن أئتمّ بالمدافعة.

١. تقدّم في ص ٣٢١ وما بعدها.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٦، ح ١٣.

(ولو اختلفا في انقضاء المدّة) المضروبة (قدّم قول مدّعي البقاء) مع يمينه لأصالة عدم الانقضاء، (ولو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء خلف من يدّعي تأخّره) لأصالة عدم التقدّم. والمدّعي للانقضاء في الأوّل هو الزوجة لتطالّبه بأحد الأمرين ولا يتوجّه كونها منه، أمّا الثاني فيمكن وقوعها من كلّ منهما فتدّعي هي تأخّر زمانه إذا كان مقدّراً بمدة لم تنقض قبل المدّة المضروبة فترافعه ليلزم بأحدهما، ويدّعي تقدّمه على وجه تنقضي مدّته قبل المدّة المضروبة ليسلم من الإلزام بأحدهما، وقد يدّعي تأخّره على وجه لا يتيّم الأربعة المضروبة لئلا يلزم إذا جعلنا مبدأها من حين الإيلاء وتدّعي هي تقدّمه لتتيم.

(ويصحّ الإيلاء من الخصي والمجبوب) إذا بقي منه قدر يمكن معه الوطء إجماعاً. ولو لم يبق ذلك فكذلك عند المصنّف وجماعة^١؛ لعموم الآيات^٢ وإطلاق الروايات^٣. والأقوى عدم الوقوع؛ لأنّ متعلّق اليمين ممتنع كما لو خلف ألا يصعد إلى السماء، ولأنّ شرطه الإضرار بها وهو غير متصوّر هنا. (وفتّنه) على تقدير وقوعه منه (العزم على الوطء مظهر له) أي للعزم عليه (معتدراً من عجزه، وكذا) فنة الصحيح (لو انقضت المدّة وله مانع من الوطء) عقلي كالمرض، أو شرعي كالحيض، أو عادي كالنّعب والجوع والشّبع.

(ومتى وطئ) المولي (لزمته الكفّارة، سواء كان في مدّة التّربص) أو قبلها لو جعلناها من حين المرافعة، (أو بعدها) لتحقيق الحنث في الجميع. وهو في غير الأخير موضع وفاق، ونفاها فيه الشيخ في المبسوط^٤؛ لأصالة البراءة وأمره به المنافي للتحريم الموجب للكفّارة. والأصحّ أنّه كثيره؛ لما ذكر، ولقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيْمَنِيكُمْ إِذَا

١. منهم: الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٦٢؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٦٣؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٥.

٢. البقرة (٢): ٢٢٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢ - ٤، باب حكم الإيلاء.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٣.

حَلَفْتُمْ^١ ولم يَفْصِلْ، ولقول الصادق عليه السلام فيمن آلى من امرأته فمضت أربعة أشهر: «يُوقَفُ فإن عزم الطلاق بانت منه... وإلا كَفَرَ يمينه وأَسْكَهَا»^٢.

(ومدة الإيلاء من حين الترافع) في المشهور كالظهار؛ لأنَّ ضَرْبَ المدة إلى الحاكم فلا يُحَكِّمُ بها قبلها، ولأنَّه حَقُّها فيتوقَّف على مطالبتها، ولأصالة عدم التسلُّط على الزوج بحبسٍ وغيره قبل تحقُّق السبب.

وقيل: من حين الإيلاء^٣ عملاً بظاهر الآية حيث رَتَّب الترتُّبَ عليه من غير تعرُّضٍ للمرافعة، وكذا الأخبار، وقد تقدَّم في الخبر السابق^٤ ما يدلُّ عليه، وفي حسنة بُرِّد عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون إيلاء ما لم يَمُضِ أربعة أشهر، فإذا مضت وُقِفَ فإمَّا أن يَفِيَّ وإمَّا أن يَعْزِمَ على الطلاق»^٥. فعلى هذا لو لم تُرافعه حتَّى انقضت المدة أمره بأحد الأمرين مُنْجِزاً.

(ويزول حكمُ الإيلاء بالطلاق البائن) لخروجها عن حكم الزوجية. والظاهر أنَّ هذا الحكم ثابتٌ وإنْ عقد عليها ثانياً في العدة؛ لأنَّ العقد لم يَرْفَعْ حكمَ الطلاق بل أَحَدَثَ نكاحاً جديداً كما لو وقع بعد العدة، بخلاف الرجعة في الرجعي. ولو كان الطلاق رجعيّاً خرج من حَقِّها لكن لا يزول حكمُ الإيلاء إلَّا بانقضاء العدة، فلو رَجَعَ فيها بَقِيَ التحريم.

وهل يُلْزَمُ حينئذٍ بأحد الأمرين بناءً على المدة السابقة أم يُضْرَبُ له مدة ثانية ثم يُوقَفُ بعد انقضائها؟ وجهان: من بطلان حكم الطلاق وعود النكاح الأوَّل بعينه، ومن ثَمَّ جاز طلاقها قبل الدخول وكان الطلاق رجعيّاً بناءً على عود النكاح الأوَّل وأنها في

١. المائدة (٥): ١٥١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٨، ح ٢١.

٣. قال به فخر المحقِّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٢٣؛ وحكاه عن القديمين العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٨، المسألة ٩٠.

٤. تقدَّم آنفاً.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣، ح ٣.

حكم الزوجة؛ ومن سقوط الحكم عنه بالطلاق فيفتقر إلى حكمٍ جديدٍ استصحاباً لما قد ثبت، وبهذا جزم في التحرير^١. ثم إن طُلِّقَ وَفَى وإن راجَعَ ضُرِبَتْ له مدَّةٌ أخرى وهكذا. (و) كذا يُزِيلُ حكمَ الإيلاء (شراءُ الأُمّةِ ثمَّ عتقُها) وتزويجها بعده؛ لبطلان العقد الأوّل بشرائها وتزويجها بعد العتق حكمٌ جديدٌ كتزويجها بعد الطلاق البائن بل أبعد. ولا فرق بين تزويجها بعد العتق وتزويجها به جاعلاً له مهراً؛ لاتحاد العلة. وهل يزول بمجرد شرائها من غير عتق؟ الظاهر ذلك لبطلان العقد بالشراء واستباحتها حينئذٍ بالملك، وهو حكمٌ جديدٌ غيرُ الأوّل، لكن الأصحاب فرضوا المسألة كما هنا.

نعم، لو انعكس الفرض بأن كان المُولي عبداً فاشتريته الزوجة توقّف جلّها له على عتقه وتزويجه ثانياً. والظاهر بطلان الإيلاء هنا أيضاً بالشراء وإن توقّف جلّها على الأمرين، كما بطل بالطلاق البائن وإن لم يَتَزَوَّجْها. وتظهر الفائدة فيما لو وطّئها بعد ذلك بشبهة أو حراماً فإنّه لا كفّارة إن أبطلناه بمجرد الملك والطلاق.

(ولا تَتَكَرَّرُ الكَفَّارَةُ بتكرّر اليمين) سواء (قَصِدَ التأكيد) وهو تقوية الحكم السابق (أو التأسيس)^٢ وهو إحداث حكمٍ آخر، أو أَطْلَقَ (إلا مع تغاير الزمان) أي زمانَ الإيلاء، وهو الوقتُ المحلوفُ على ترك الوطء فيه، لا زمانَ الصيغة بأن يقول «والله لا وَطِئْتُكَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ فإذا انقضت فوالله لا وَطِئْتُكَ سِتَّةَ» فيتعدّد الإيلاء إن قلنا بوقوعه معلقاً على الصفة، وحينئذٍ فلها المرافعة لكلّ منهما، فلو ما طَلَّ في الأوّل حتّى انقضت مدّته انحَلَّ ودَخَلَ الآخَرُ، وعلى ما اختاره المصنّف سابقاً^٣ من اشتراط تجريده عن الشرط والصفة يبطل الثاني، ولا يَتَحَقَّقُ تعدّد الكفّارة بتعدّده ولا يَقَعُ الاستثناء موقّعه.

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٢٠، الرقم ٥٤٩٢.

٢. أن يقصد بالتاني تأكيد الأوّل. والتأسيس أن يقصد بالتاني ابتداء تحرير. وبعبارة أخرى التأسيس إحداث حكم

لم يكن من قبل، والتأكيد تقويته. (زين رحمه الله)

٣. تقدّم في ص ٣٣٢.

(وفي الظهار خلاف^١ أقربُهُ التَّكَرُّرُ) بتكرُّر الصيغة، سواءً فَرَّقَ الظَّهَارَ أم تَابَعَهُ في مجلس واحد، وسواءً قَصَدَ التَّاسِيسَ أم لم يَقْصِدْ ما لم يَقْصِدِ التَّأَكِيدَ؛ لصحِيةِ مُحَمَّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام، قال: سَأَلْتُهُ عن رجل ظَاهَرَ من امرأته خمسَ مَرَاتٍ أو أَكْثَرَ. قال: «قال علي عليه السلام: كَانَ كُلَّ مَرَّةٍ كَفَّارَةً»^٢. وَغَيْرَهَا من الْأَخْبَارِ^٣. وقال ابن الجُنَيْد: لَا تَتَكَرَّرُ إِلَّا مع تَغَايُرِ الْمَشَبَّهِ بها أو تَخَلُّلِ التَّكْفِيرِ^٤ اسْتِنَاداً إلى خبر^٥ لا دلالة فيه على مطلوبه^٦.

(وَإِذَا وَطِئَ الْمُؤَلَّى سَاهِيًا أو مَجْنُونًا أو لَشَبْهَةً) لم تَلَزَمَهُ كَفَّارَةٌ؛ لعدم الْحِنْثِ (وبطل حكمُ الإيلاء عند الشيخ)^٧؛ لِتَحَقُّقِ الْإِصَابَةِ وَمُخَالَفَةِ مَقْتَضَى الْيَمِينِ، كما يَبْطُلُ لو وَطِئَ مُتَعَمِّدًا لذلك وإن وَجِبَتْ الْكَفَّارَةُ، وَتَبَعَهُ على هذا القول جماعة^٨.

ونسبَةُ الْمُصَنَّفِ الْقَوْلَ إليه يُشِيرُ بِتَمْرِضِهِ، وَوَجْهُهُ أَصَالَةُ الْبَقَاءِ وَاعْتِفَارُ الْفِعْلِ بِالْأَعْذَارِ وَكُونُ الْإِيْلَاءِ يَمِينًا. وهي في النفي تقتضي الدوامَ، والنسيانُ والجهلُ لم يَدْخُلَا تحت مقتضاها؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ من الْبَعْثِ وَالزَّجْرِ في الْيَمِينِ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ ذُكْرِهَا وَذُكْرُ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ حَتَّى يَكُونَ تَرْكُهُ لِأَجْلِ الْيَمِينِ، مع أَنَّهُ في قَوَاعِدِهِ اسْتَقْرَبَ انْحِلَالَ الْيَمِينِ مُطْلَقًا بِمُخَالَفَةِ مَقْتَضَاهَا نَسْيَانًا وَجَهْلًا وَإِكْرَاهًا مع عدم الْحِنْثِ، مُحْتَجًّا بِأَنَّ الْمُخَالَفَةَ قَدْ حَصَلَتْ وهي لَا تَتَكَرَّرُ، وَبِحُكْمِ الْأَصْحَابِ يَبْطُلَانِ الْإِيْلَاءُ بِالْوُطْءِ

١. راجع للخلاف مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٩٩، المسألة ٧٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢، ح ٧٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢، ح ٦٩، ص ١٧-١٨، ح ٥٣ و ٥٩.

٤. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١٩٩، المسألة ٧٥.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣، ح ٧٣.

٦. هو صحبة عبد الرحمن بن العجاج عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد قال: «عليه كفارة واحدة». وحمل على إرادة التأكيد أو اتحاد جنس الكفارة، فلا تمتنع لتعدد أفرادها. وكيف كان فلا دلالة على التفصيل. (منه رحمه الله)

٧. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٨-١٥٩، وفيه: «الجنون» فقط.

٨. منهم: العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٠؛ راجع شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٦٦.

سahياً مع أنّها يمين^١، فنَسَبَ الحكمَ المذكورَ هنا إلى الأصحاب لا إلى الشيخ وحده. وللتوقف وجهٌ.

(ولو تَرَفَعَ الذَمِيَّانِ إلينا) في حكم الإيلاء (تخيّر الإمام) أو الحاكم المترافع إليه (بين الحكم بينهم بما يحكم على المؤلي المسلم، وبين ردّهم إلى أهل ملتهم). جَمَعَ الضميرُ للاسم المثنى تجوزاً أو بناءً على وقوع الجمع عليه حقيقةً، كما هو أحد القولين^٢.

(ولو آلى ثم ارتدّ) عن ملة (حُسيب عليه من المدة) التي تُضْرَبُ له (زمانُ الرّدة على الأقوى)؛ لتمكّنه من الوطء بالرجوع عن الرّدة فلا يكون عذراً لانتفاء معناه. وقال الشيخ: لا يُحتسب عليه مدة الرّدة؛ لأنّ المنع بسبب الارتداد لا بسبب الإيلاء، كما لا يُحتسب مدة الطلاق منها لو راجع وإن كان يمكنه المراجعة في كلّ وقت^٣.

وأُجيب بالفرق بينهما بأنّ المرتدّ إذا عاد إلى الإسلام تَبَيَّنَ أنّ النكاح لم يرفع، بخلاف الطلاق فإنّه لا يَنْهَدِمُ بالرجعة^٤ وإن عاد حكمُ النكاح السابق كما سبق^٥، ولهذا لو راجع المطلقة بَقِيَ معه على طَلَقَتَيْنِ. ولو كان ارتدّاه عن فطرة فهو بمنزلة الموت يَبْطُلُ معها التبرُّص، وإنما أطلقه لظهور حكم الارتدادين.

١. القواعد والفوائد، ص ٣٩٢-٣٩٣، القاعدة ١٩٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٥).

٢. راجع الكافي في النحو، ج ٢، ص ٧؛ وكتاب سيبويه، ج ٢، ص ٢٣٧.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٧.

٤. قال به فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٣٤.

٥. تقدّم في ص ٣٣٥.

كتاب اللّعان

(كتاب اللعان)

وهو لغةً المباهلة المطلق^١، أو فعّالٌ من اللعن، أو جمعٌ له، وهو الطرد والإبعاد من الخير، والاسمُ اللَّغْنَةُ^٢، وشرعاً: المباهلة بين الزوجين في إزالة حدٍّ أو نفي ولد بلفظٍ مخصوصٍ عند الحاكم.

(وله سيّان :)

(أحدهما: رَمَى الزوجة المحصنة) بفتح الصاد وكسرها (المدخول بها) دخولاً يُوجب تمامَ المهر، وسيأتي الخلافُ في اشتراطه^٣، (بالزنى قبلاً أو دُبْراً، مع دعوى المشاهدة) للزنى وسلامتها من الصّم والخرس. ولو انتفى أحدُ الشرائط ثبت الحدُّ من غير لعان، إلّا مع عدم الإحصان فالتعزير كما سيأتي^٤. والمطلقة رجعيةً زوجةً، بخلاف البائن.

وشمل إطلاقُ رَمَيْهَا ما إذا ادّعى وقوعه زمنَ الزوجية وقبله، وهو في الأوّل موضع وفاق، وفي الثاني قولان^٥. أجودُهما ذلك اعتباراً بحال القذف.

١ و٢. الصحاح، ج ٤، ص ٢١٩٦، «لعن».

٣. يأتي في ص ٣٤٦.

٤. يأتي في ص ٣٤٢.

٥. ذهب إليه المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٧٠؛ والشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٢٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣)؛ والقول الآخر للشيخ في الخلاف، ج ٥، ص ١٦-١٧، المسألة ١٥.

و(قيل) والقائل الشيخ والمحقق والعلامة^١ وجماعة^٢: (و) يُشترط زيادةً على ما تقدّم (عدمُ البيّنة) على الزنى على وجه يثبت بها، فلو كان له بيّنة لم يُشرع اللعان؛ لاشتراطه في الآية^٣ بعدم الشهادة والمشروطُ عدمٌ عند عدم شرطه، ولأنّ اللعانَ حجةٌ ضعيفةٌ لأنّه إمّا شهادةٌ لنفسه أو يمينٌ، فلا يُعمل به مع الحجةِ القويّةِ وهي البيّنة، ولأنّ حدّ الزنى مبنيٌّ على التخفيف^٤ فناسَبَ نفْيَ اليمين فيه.

ونسبتهُ إلى القول يُؤدّن بتوقّفه فيه، ووجهه أصالةُ عدم الاشتراط، والحكمُ في الآية وَقَعَ مقيّداً بالوصف وهو لا يدلّ على نفيه عمّا عداه وجاز خروجه مخرَجَ الأغلب، وقد رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا عَنَ بَيْنَ عُوَيْمِرِ الْعَجْلَانِي وَزَوْجَتِهِ وَلَمْ يَسْأَلْهُمَا عَنِ الْبَيِّنَةِ^٥.

(والمعنيّ بالمحصّنة العفيفة) عن وطءٍ محرّمٍ لا يُصادفُ ملكاً وإن اشتمل على عقد، لا ما صادفَه وإن حَزَمَ كوقت الحيض والإحرام والظهار، فلا تخرُج به عن الإحصان، وكذا وطءُ الشبهة ومقدماتُ الوطء مطلقاً، (فلو رمى المشهورة بالزنى) ولو مرّةً (فلا حدّاً ولا لعاناً) بل يُعزّر.

(ولا يجوز القذفُ إلّا مع المعاينة) للزنى (كالميل في المُكْحَلَة) ليترتّب عليه اللعان؛ إذ هو شهادةٌ أو في معناها، (لا بالشياعِ أو غلبةِ الظنِّ) بالفعل، فإنّ ذلك لا يجوز الاعتمادُ عليه في ثبوت الزنى.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٢١١؛ شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٦٩؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨١-١٨٢.

٢. منهم: فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٣٦؛ ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٨٠؛ ونسبه إلى الأكثر في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤١٦.

٣. النور (٢٤): ٦.

٤. المراد أنّ من جملة بناء الحدود على التخفيف أنّها لا تثبت بيمين المدّعي، ولا يتوجّه بها على المنكر يمين. فلو ثبت اللعان هنا مع إمكان البيّنة وهو في معنى اليمين لثبت الحدّ عليها بلعانه، وهو في معنى ثبوته عليها بيمينه، وبناء الحدّ على التخفيف ينافي ذلك، فلا يشرع مع إمكان إقامته بالبيّنة، فإنّه ممّا يثبت بها مطلقاً. ولا ينافي ذلك ثبوته باليمين في اللعان حيث يشرع؛ لأنّ ذلك ثبت بالإجماع فبقي المختلف فيه معرضاً للشبهة المذكورة. (منه رحمه الله)

٥. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٥٤، ح ١٥٣١٠ و ١٥٣١٢.

هذا إذا لم يُشترط في الشيعاء حصول العلم بالخبر فإنه حينئذ يكون كالبيّنة، وهي لا تُجوز القذف أيضاً. أما لو اشترطنا فيه العلم لم يبعد الجواز به؛ لأنه حينئذ كالمشاهدة.

(الثاني: إنكار مَنْ وُلِدَ على فراشه بالشرائط السابقة) المعتبرة في إلحاق الولد به، وهي وضعه لستة أشهر فصاعداً من حين وطئه ولم يتجاوز حملها أقصى مدته وكونها موطوءةً بالعقد الدائم، (وإن سكّت حال الولادة) فلم ينفه (على الأقوى)؛ لأنّ السكوت أعمُّ من الاعتراف به فلا يدلّ عليه.
وقال الشيخ (رحمه الله):

ليس له إنكاره حينئذٍ لحكم الشارع بإلحاقه به بمجرد الولادة العاري عن النفي؛ إذ للحوق لا يحتاج إلى غير الفراش فيمتنع أن يُزِيل إنكاره حكم الشارع، ولأدائه إلى عدم استقرار الأنساب^١.

وفيه أنّ حكم الشارع بالالتحاق مبنّي على أصالة عدم النفي أو على الظاهر وقد ظهر خلافه.

ولو لم يمكنه النفي حالة الولادة إما لعدم قدرته عليه لمرض أو حبس أو اشتغال بحفظ ماله من حرق أو غرق أو لصّ ولم يمكنه الإشهاد ونحو ذلك، أو لعدم علمه بأنّ له النفي لقرب عهده بالإسلام أو بغيده عن الأحكام، فلا إشكال في قبوله عند زوال المانع. ولو ادّعى عدم العلم قبل مع إمكانه في حقّه.

وإنما يجوز له نفيه باللعان على أيّ وجه كان (ما لم يسبق الاعتراف) منه (به صريحاً أو فحوى)، فالأول ظاهر، والثاني أن يجيب المبشّر بما يدلّ على الرضى به والاعتراف (مثل أن يقال له «بارك الله لك في هذا الولد» فيؤمّن أو يقول «إن شاء الله»، بخلاف قوله في الجواب («بارك الله فيك» وشبهه) كـ «أحسن الله إليك،

وَرَزَقَكَ اللَّهُ مِثْلَهُ» فَإِنَّهُ لَا يَقْتَضِي الْإِقْرَارَ؛ لِاحْتِمَالِهِ غَيْرَهُ اِحْتِمَالاً ظَاهِراً.
(ولو قَذَفَهَا) بالزنى (وَنَقَى الْوَلَدَ وَأَقَامَ بَيِّنَةً) بَرَّانَهَا (سَقَطَ الْحَدُّ) عَنْهُ لِأَجْلِ الْقَذْفِ بِالْبَيِّنَةِ (وَلَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ الْوَلَدُ إِلَّا بِاللَّعَانِ)؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ بِالْفِرَاشِ وَإِنْ زَنَتْ أُمُّهُ كَمَا مَرَّ. وَلَوْ لَمْ يُقَمَّ بَيِّنَةٌ كَانَ لَهُ اللَّعَانُ لِلْأَمْرَيْنِ مَعاً. وَهَلْ يُكْتَفَى بِلَعَانٍ وَاحِدٍ أَمْ يَتَعَدَّدُ؟ وَجِهَانِ: مِنْ أَنَّهُ كَالشَّهَادَةِ أَوِ الْيَمِينِ وَهُمَا كَافِيَانِ عَلَى مَا سَبَقَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدَّعْوَى، وَمِنْ تَعَدُّدِ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ لَتَعَدُّدِ الْمُسَبَّبِ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ.

(وَلَا بَدَّ مِنْ كَوْنِ الْمُلَاعِنِ كَامِلاً) بِالْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ وَلَا الْحَرِيَّةُ وَلَا انْتِفَاءُ الْحَدِّ عَنْ قَذْفٍ وَلَا الْإِسْلَامُ، بَلْ يُلَاعِنُ (وَلَوْ كَانَ كَافِراً) أَوْ مَمْلُوكاً أَوْ فَاسِقاً؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ^١ وَدَلَالَةِ الرِّوَايَاتِ^٢ عَلَيْهِ.

وقيل: لَا يُلَاعِنُ الْكَافِرُ وَلَا الْمَمْلُوكُ^٣، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ شَهَادَاتٌ كَمَا يَظْهَرُ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ﴾^٤ وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِهَا. وَهُوَ مَمْنُوعٌ لَجَوَازِ كَوْنِهِ أَيْمَاناً؛ لِإِفْتِقَارِهِ إِلَى ذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَالْيَمِينُ يَسْتَوِي فِيهِ الْعَدْلُ وَالْفَاسِقُ وَالْحَرُّ وَالْعَبْدُ وَالْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ وَالذَّكْرُ وَالْأُنْثَى، وَمَا ذَكَرُوهُ مَعَاضُ بَوَقُوعِهِ مِنَ الْفَاسِقِ إِجْمَاعاً.

(وَيَصَحُّ لَعَانُ الْآخَرِ بِالْإِشَارَةِ الْمَعْقُولَةِ إِنْ أُمِكنَ مَعْرِفَتُهُ) لِلْعَانِ، كَمَا يَصَحُّ مِنْهُ إِقَامَةُ الشَّهَادَةِ وَالْأَيْمَانِ وَالْإِقْرَارِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْأَحْكَامِ، وَلِعُمُومِ الْآيَةِ. وَقِيلَ بِالْمَنْعِ وَالْفَرْقِ^٥؛ لِأَنَّهُ مُشْرُوطٌ بِالْأَلْفَاظِ الْخَاصَّةِ، دُونَ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ فَإِنَّهُمَا يَقَعَانِ بِأَيِّ عِبَارَةٍ اتَّفَقَتْ، وَلَأَصَالَةِ عَدَمِ ثُبُوتِهِ إِلَّا مَعَ تَبَيُّنِهِ وَهُوَ مُنْتَفٍ هُنَا.

وَأُجِيبَ^٦ بِأَنَّ الْأَلْفَاظَ الْخَاصَّةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ مَعَ الْإِمْكَانِ وَإِشَارَتُهُ قَائِمَةٌ مَقَامَهَا كَمَا

١. النور (٢٤): ٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٤ - ١٨٦، باب اللعان.

٣. قال به الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٤٢؛ وسَلَّارُ فِي الْمُرَاسِمِ، ص ١٦٤.

٤. النور (٢٤): ٦.

٥. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٠١.

٦. أجاب عنه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٧٢.

قامت في الطلاق وغيره من الأحكام المعتمدة بالفاظ خاصة. نعم، استبعاد فهمه له موجّه لكنه غير مانع لأنّ الحكم مبني عليه.

(ويجب) على ذي الفِراش مطلقاً (نفي الولد) المولود على فراشه (إذا عَرَفَ اختلالَ شروطِ الإلحاق) فيلأين وجوباً لأنّه لا يتنفي بدونه، (ويحرّم) عليه نفية (بدونه) أي بدون علمه باختلال شروط الإلحاق (وإنّ ظنّ انتفاءه عنه) بزنى أمّه أو غيره (أو خالفت صفاته صفاته)؛ لأنّ ذلك لا مدخل له في الإلحاق والخالف على كلّ شيء قدير، والحكم مبني على الظاهر ويلحق الولد بالفراش دون غيره.

ولو لم يجد من علم انتفاءه من يلاعن بينهما لم يفذه نفية مطلقاً. وفي جواز التصريح به نظراً؛ لانتهاء الفائدة مع التعريض بالقذف إن لم يحصل التصريح.

(ويُعتبر في الملاعنة الكمال والسلامة من الصّم والخرس). فلو قذف الصغيرة فلا لعان بل يُحدّ إن كانت في محلّ الوطء كبنت الثماني، وإلّا عزّز خاصة للسبّ لتيقّن كذبّه. ولو قذف المجنونة بزنى أضافه إلى حالة الجنون عزّز أو حالة الصحة فالحّد. وله إسقاطه باللعان بعد إفاقتها، وكذا لو نفى ولدها. ولو قذف الصّماء أو الخرساء خرّمتا عليه أبداً ولا لعان. وفي لعانهما لنفي الولد وجهان: من عدم النصّ فيرجع إلى الأصل، ومساواته للقذف في الحكم، والأوجه الأول؛ لعموم النصّ ومنع المساواة مطلقاً، وقد تقدّم البحث^١ في ذلك.

(والدوام) فلا يثبت بالتمتّع بها؛ لأنّ ولدها يتنفي بنفيه من غير لعان، (إلّا أن يكون اللعان لنفي الحدّ) بسبب القذف فيثبت لعدم المانع مع عموم النصّ. وهذا جزم من المصنّف بعد التردّد؛ لأنّه فيما سلف نسب الحكم به إلى قول، وتقدّم أنّ الأقوى عدم ثبوت اللعان بالتمتّع بها مطلقاً، وأنّ المخصّص للآية صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام^٢.

١. تقدّم في ص ١٨٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٨، ح ٦٥٣.

(وفي) اشتراط (الدخول) بالزوجة في لعانها (قولان) ^١ مأخذهما عموم الآية ^٢ فإن «أزواجهم» فيها جمع مضاف فيعم المدخول بها وغيرها، وتخصيصها برواية محمد بن مصادف قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: «لا يكون ملائناً حتى يدخل بها، يضرب حداً وهي امرأته» ^٣. والمسند إليه ضعيف أو متوقف فيه فالتخصيص غير متحقق.

ولكن يشكّل ثبوته مطلقاً؛ لأنّ ولد غير المدخول بها لا يلحق بالزوج فكيف يتوقف نفيه على اللعان. نعم، ذلك يتم في القذف بالزنى، فالتفصيل كما ذهب إليه ابن إدريس ^٤ حسن، لكنّه حمل اختلاف الأصحاب عليه، وهو صلح من غير تراضي الخصمين؛ لأنّ النزاع معنوي لا لفظي بين الفريقين، بل النزاع لا يتحقق إلا في القذف؛ للإجماع على انتفاء الولد عند عدم اجتماع شروط الحقوق بغير لعان، وإن كان كلامهم هنا مطلقاً.

(ويثبت اللعان بين الحرّ و) زوجته (المملوكة لنفي الولد أو) نفي (التعزير) بقذفها؛ للعموم وصحيفة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، قال: سألت عن الحرّ يلاعن المملوكة. قال: «نعم، إذا كان مولاها زوجه إياها لا عنها» ^٥ وغيره ^٦. وقيل: لا لعان بينهما مطلقاً ^٧ استناداً إلى أخبار دلت على نفيه بين الحرّ والمملوكة ^٨. وحملها على كونها مملوكة للقاذف طريق الجمع بينها وبين ما ذكرناه من وقوعه بالزوجة المملوكة صريحاً. وفصل ابن إدريس هنا غير جيّد فأنبته مع نفي الولد دون القذف نظراً إلى عدم

١. القول بالاشتراط للشيخ في الخلاف، ج ٥، ص ٤٩، المسألة ٦٩؛ والقول بعدم الاشتراط للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٣.

٢. النور (٢٤): ٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٧، ح ٦٩٢.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٦٩٨.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٨، ح ٦٥٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٨، ح ٦٥١ و ٦٥٢.

٧. قال به الشيخ المفيد في المقنع، ص ٥٤٢؛ وسأّر في المراسم، ص ١٦٥.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧٦، ح ١٩١٢؛ وج ٨، ص ١٨٩، ح ٦٥٨.

الحَدَّ به لها، ولكن دفعَ التعزير به كافٍ مضافاً إلى ما دلَّ عليه مطلقاً^١. ووافقَه عليه
فخرُ المحققين محتجاً بأنَّه جامعٌ بين الأخبار^٢، والجمع بينها بما ذكرناه أولى.

(ولا يلحق ولدُ المملوكة) بمالكها (إلا بإقرار) به، على أشهر القولين^٣
والروايتين^٤ (ولو اعترف بوطئها، ولو نفاه انتفى بغير لعان) إجماعاً، وإنما الخلافُ في
أنَّه هل يلحق به بمجرد إمكان كونه منه وإن لم يُقرَّ به أم لا بدَّ من العلمِ بوطئه وإمكانِ
لحوقه به أو إقراره به، فعلى ما اختاره المصنّف والأكثرُ لا يلحق به إلا بإقراره أو وطئه
وإمكانِ لحوقه به، وعلى القول الآخر لا ينتفي إلا بنفيه أو العلمِ بانتفائه عنه. ويظهر من
العبارة وغيرها من عبارات المحقق والعلامة أنَّه لا يلحق به إلا بإقراره^٥، فلو سكَّت
ولم ينهه ولم يُقرَّ به لم يلحق به، وجعلوا ذلك فائدةً عدم كون الأمة فراشاً بالوطء.

والذي حَقَّقه جماعة أنَّه يلحق به بإقراره أو العلمِ بوطئه وإمكانِ لحوقه به وإن لم يُقرَّ
به^٦، وجعلوا الفرقَ بين الفراش وغيره أنَّ الفراشَ يلحق به الولدُ وإن لم يُعلم وطؤه مع إمكانه،
إلا مع النفي واللعان، وغيره من الأمة والمتمتع بها يلحق به الولدُ إلا مع النفي، وحملوا عدمَ
لحوقه إلا بالإقرار على اللحق اللازم؛ لأنَّه بدون الإقرار ينتفي بنفيه من غير لعان ولو
أقرَّ به استقرَّ ولم يكن له نفيه بعده. وهذا هو الظاهر، وقد سبق^٧ في أحكام الأولاد ما يُنبئه
عليه، ولولا هذا المعنى لنافي ما ذكره هنا ما حكموا به فيما سبق من لحوقه به بشرطه.

١. السرائر، ج ٢، ص ٦٩٧.

٢. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٤٥.

٣. ذهب إليه العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٧؛ والقول الآخر للشيخ في الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٥؛
ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٧٩.

٤. والأشهر هي صحيحة ابن سنان وغيرها راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧٩، ح ٦٢٨ وغيرها، ص ١٧٩ -
١٨٠، ح ٦٢٧ و ٦٢٩؛ وأما غير الأشهر وهو صحيح سعيد الأعرج تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦٨ - ١٦٩،
ح ٥٨٧ و ٥٨٨.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٨٦؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٧.

٦. كفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٤٦.

٧. سبق في أحكام الأولاد كتاب النكاح، ص ٢٥٠ وما بعدها.

(القول في كيفية اللعان وأحكامه)

(يجب كونه عند الحاكم) وهو هنا الإمام (أو مَنْ نَصَبَهُ) للحكم أو لللعان بخصوصه، (ويجوز التحكيم فيه) من الزوجين (للعالم المجتهد) وإن كان الإمام وَمَنْ نَصَبَهُ موجودين، كما يجوز التحكيم في غيره من الأحكام.

وربما أُطْلِقَ بعضُ الأصحاب على الْمُحَكَّمِ هنا كونه عامياً^١ نظراً إلى أَنَّهُ غيرُ منصوب بخصوصه فعاميته إضافية، لا أَنَّ المسألةَ خِلَافِيَّةٌ بل الإجماع على اشتراط اجتهاد الحاكم مطلقاً. نعم، مَنَعَ بعضُ الأصحاب من التحكيم هنا؛^٢ لَأَنَّ أحكام اللعان لا تختص بالمتلاعنين فَإِنَّ نَفْيَ الولد يتعلّق بحقه، وَمِنْ ثَمَّ لو تَصَادَقَا على نفيه لم يَنْتَفِ بدون اللعان، خصوصاً عند مَنْ يَشْتَرِطُ تَرَاضِيَهُمَا بحكمه بعده^٣، والأشهر الأول.

هذا كُلُّهُ في حال حضور الإمام ﷺ؛ لما تقدّم في باب القضاء^٤ من أَنَّ قاضي التحكيم لا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مع حضوره، أمّا مع غَيْبَتِهِ فَيَتَوَلَّى ذلك الفقيه المجتهدُ لَأَنَّهُ منصوب من قِبَلِ الإمام ﷺ عموماً كما يتولّى غيره من الأحكام، ولا يَتَوَقَّفُ على تراضيها بعده بحكمه لاختصاص ذلك على القول به بقاضي التحكيم. والأقوى عدم اعتباره مطلقاً.

وَإِذَا حَضَرَ بَيْنَ يَدَيِ الحاكم فَلْيُبْدِ الرجلُ بعد تلقين الحاكم له الشهادةَ (فَيَشْهَدُ

١. كالمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٧٣؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٨.

٢. كفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٤٩.

٣. كالشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٢٣ - ٥٢٤.

٤. تقدّم في ج ٢، ص ٤٥ - ٤٦، كتاب القضاء.

الرجلُ أربعَ مرَّاتٍ: بالله (أنَّه لمن الصادقين فيما رماها به) متلفظاً بما رَمَى به، فيقول له: «قل: أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزَّنى» فَيَتَّبِعُهُ فِيهِ: لِأَنَّ اللِّعَانَ يَمِينٌ فَلَا يُعْتَدَّ بِهَا قَبْلَ اسْتِحْلَافِ الْحَاكِمِ وَإِنْ كَانَ فِيهَا شَائِبَةُ الشَّهَادَةِ أَوْ شَهَادَةٌ فَهِيَ لَا تُؤَدَّى إِلَّا بِإِذْنِهِ أَيْضاً، وَإِنْ نَفَى الْوَلَدَ زَادَ «وَأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ مِنْ زَنَى وَلَيْسَ مِنِّي». كَذَا عَبَّرَ فِي التَّحْرِيرِ، وَزَادَ: أَنَّهُ لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا لَمْ يَجُزْ^١.

وَيُشْكَلُ فِيمَا لَوْ كَانَ اللَّعَانُ لِنَفْيِ الْوَلَدِ خَاصَّةً مِنْ غَيْرِ قَذْفٍ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ اسْتِنَادُهُ^٢ إِلَى الزَّنى: لَجَوَازِ الشَّبْهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكْتَفِيَ بِقَوْلِهِ: «إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ» فِي نَفْيِ الْوَلَدِ الْمَعْيَنِ.

(ثُمَّ يَقُولُ) بَعْدَ شَهَادَتِهِ أَرْبَعاً كَذَلِكَ: (إِنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ) جَاعِلاً الْمَجْرُورَ بِـ«عَلَى» يَاءَ الْمُتَكَلِّمِ (إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ) فِيمَا رَمَاها بِهِ مِنَ الزَّنى أَوْ نَفَى الْوَلَدَ كَمَا ذُكِرَ فِي الشَّهَادَاتِ.

(ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ) بَعْدَ فَرَاغِهِ مِنَ الشَّهَادَةِ وَاللَّعْنَةِ (أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ: بِاللَّهِ (إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاها بِهِ) فَتَقُولُ: «أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنى» (ثُمَّ تَقُولُ: «إِنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ») فِيهِ مَقْتَصِرَةٌ عَلَى ذَلِكَ فِيهِمَا.

(وَلَا بَدَّ مِنَ التَّلَفُّظِ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ) فَلَوْ أَبْدَلَهَا بِمَعْنَاهَا كـ«أَقْسِمُ» أَوْ «أَحْلِفُ» أَوْ «شَهِدْتُ»، أَوْ أَبْدَلِ الْجَلَالََةَ بِغَيْرِهَا مِنْ أَسْمَائِهِ تَعَالَى أَوْ أَبْدَلِ اللَّعْنَ وَالْغَضَبَ وَالصَّدْقَ وَالْكَذِبَ بِمَرَادِفِهَا، أَوْ حَذَفَ لَامَ التَّأْكِيدِ أَوْ عَلَّقَهُ عَلَى غَيْرِ «مِنْ» كَقَوْلِهِ «إِنِّي لَصَادِقٌ»، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ التَّعْبِيرَاتِ لَمْ يَصَحَّ.

(وَأَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ قَائِماً عِنْدَ إِيرَادِهِ) الشَّهَادَةَ وَاللَّعْنَ وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ حِينَئِذٍ جَالِسَةً، (وَكَذَا) تَكُونُ (الْمَرْأَةُ) قَائِمَةً عِنْدَ إِيرَادِهَا الشَّهَادَةَ وَالْغَضَبَ وَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٣٥-١٣٦، الرقم ٥٥١٩.

٢. في «ق»: «إسناده».

حينئذٍ جالساً، (وقيل: يكونان معاً قائمين في الإيرادين)^١. ومنشأ القولين اختلاف الروايات^٢، وأشهرها وأصحها ما دلّ على الثاني.

(وأن يتقدّم الرجل أولاً) فلو تقدّمت المرأة لم يصح؛ عملاً بالمنقول من فعل النبي^٣ وظاهر الآية، ولأن لعانها لإسقاط الحد الذي وجب عليها بلعان الزوج.

(وأن يُميّز الزوجة عن غيرها تمييزاً يَمْنَع المشاركة) إمّا بأن يذكّر اسمها ويرفع نسبها بما يميّزها، أو يصفها بما يميّزها عن غيرها، أو يُشير إليها إن كانت حاضرة.

(وأن يكون) الإيراد بجميع ما ذكر (باللفظ العربي الصحيح إلّا مع التعذر) فيجتزئ بمقدورها منه، فإن تعذّر تلفظهما بالعربية أصلاً أجزأ غيرها من اللغات من غير ترجيح.

(فيفتقر الحاكم إلى مترجمين عدلين) يُلقيان عليهما الصيغة بما يُحسِنانه من اللغة (إن لم يعرف) الحاكم (تلك اللغة) وإلاّ باشرها بنفسه، ولا يكفي أقل من عدلين حيث يفتقر إلى الترجمة ولا يحتاج إلى الأزيد.

(وتجب البدأة) من الرجل (بالشهادة ثم اللعن) كما ذكر (وفي المرأة بالشهادة ثم الغضب). وكما يجب الترتيب المذكور تجب الموالاة بين كلماتهما، فلو تراخى بما يُعدّ فصلاً أو تكلم خلاله بغيره بطل.

(ويُستحب أن يجلس الحاكم مُستدبر القبلة) ليكون وجههما إليها (وأن يَقِف الرجل عن يمينه والمرأة عن يمين الرجل، وأن يحضر) من الناس (مَن يسمع) اللعان ولو أربعة عددَ شهود الزنى، (وأن يعظه الحاكم قبل كلمة اللعنة) ويخوّفه الله تعالى

١. قال به المفيد في المقنعة، ص ٥٤٠؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٢٠.

٢. حديث قيامهما معاً صحيح محدّد بن مسلم في الكافي، ج ٦، ص ١٦٥، باب اللعان، ح ١٠؛ وتهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٤، ٦٤٤؛ وأما حديث قيامها بعده في الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٦، ح ٤٨٥٦.

٣. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٦٥، ح ١٥٣٤٢.

ويقول له «إِنَّ عَذَابَ الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا» وقرأ عليه: «إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا^١ الْآيَةَ، وَأَنْ لَّعَنَهُ لِنَفْسِهِ يُوجِبُ اللَّعْنَةَ إِنْ كَانَ كَاذِبًا، وَنَحْوَ ذَلِكَ، (وَيُعْظَاهَا قَبْلَ كَلِمَةِ الْغَضَبِ) بنحو ذلك.

(وَأَنْ يُعْظَظَ بِالْقَوْلِ) وهو تَكَرُّرُ الشَّهَادَاتِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وهو واجب، لكنَّه أَطْلَقَ الاستِحْبَابَ نظرًا إِلَى التَّغْلِيظِ بِمَجْمُوعِ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَجْمُوعٌ، وَبِمَا قَرَّرْنَاهُ صَرَّحَ فِي التَّحْرِيرِ^٢، وَأَمَّا حَمْلُهُ عَلَى زِيَادَةِ لَفْظِ فِي الشَّهَادَةِ أَوِ الْغَضَبِ عَلَى نَحْوِ مَا يُذَكَّرُ فِي الْيَمِينِ الْمَطْلُوقَةِ كـ «أَشْهَدُ بِاللَّهِ الطَّالِبِ الْغَالِبِ الْمُهِلِّكَ» وَنَحْوِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ مُمْكِنًا لَوْ نُصِّصَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ يُشْكَلُ بِإِخْلَالِهِ بِالْمُؤَالَاةِ الْمَعْتَبِرَةِ فِي اللَّفْظِ الْمَنْصُوصِ مَعَ عَدَمِ الْإِذْنِ فِي تَخْلُّلِ الْمَذْكُورِ بِالْخُصُوصِ.

(وَالْمَكَانِ) بَأَنْ يَلَاغِيَنَّ بَيْنَهُمَا فِي مَوْضِعٍ شَرِيفٍ (كَبِيْنِ الرُّكْنِ) الَّذِي فِيهِ الْحَجَرُ الْأَسْوَدُ (وَالْمَقَامِ) مَقَامُ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَهُوَ الْمَسْتَوِيُّ بِالْحَطِيمِ (بِمَكَّةَ) وَفِي الرُّوْضَةِ) وَهِيَ مَا بَيْنَ الْقَبْرِ الشَّرِيفِ وَالْمَنْبَرِ (بِالْمَدِينَةِ، وَتَحْتَ الصَّخْرَةِ فِي) الْمَسْجِدِ (الْأَقْصَى، وَفِي الْمَسَاجِدِ بِالْأَمْصَارِ) غَيْرِ مَا ذَكَرَ عِنْدَ الْمَنْبَرِ (أَوِ الْمَشَاهِدِ الشَّرِيفَةِ) لِلْأُتَمَّةِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَوْ الْأَنْبِيَاءِ إِنْ اتَّفَقَ.

ولو كانت المرأة حائضاً فببَابِ الْمَسْجِدِ فَيُخْرِجُ الْحَاكِمُ إِلَيْهَا أَوْ يَبْعَثُ نَائِبًا، أَوْ كَانَ ذَمِّيْنِ فَبَيْعَةٍ أَوْ كَنِيْسَةٍ، أَوْ مَجُوسِيْنِ فَبَيْتِ نَارٍ، لَا بَيْتَ صَنْمٍ لَوْ تَنَبَّاهُ؛ إِذْ لَا حَرَمَةَ لَهُ وَاعْتَقَادَهُمْ غَيْرَ مَزْعُوعٍ.

(وَإِذَا لَاعَنَ الرَّجُلُ سَقَطَ عَنْهُ الْحَدُّ وَوَجِبَ عَلَى الْمَرْأَةِ)؛ لِأَنَّ لِعَانَهُ حُجَّةٌ كَالْبَيِّنَةِ (فَإِذَا أَقْرَّتْ بِالزَّانِي (أَوْ) لَمْ تُقَرِّ وَلَكِنْ (تَكَلَّتْ) عَنِ اللَّعَانِ (وَجِبَ) عَلَيْهَا (الْحَدُّ، وَإِنْ لَا عَنَتُ سَقَطَ) عَنْهَا.

(وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانَهُمَا) مَعًا (أَحْكَامُ أَرْبَعَةٍ) فِي الْجُمْلَةِ لَا فِي كُلِّ لِعَانٍ: (سَقُوطُ

١. آل عمران (٣): ٧٧.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٣٤، الرقم ٥٥١٥.

الحدّين عنهما، وزوال الفِراش) وهذان ثابتان في كلّ لعان، (ونفي الولد عن الرجل) لا عن المرأة إن كان اللعان لنفيه، (والتحريم المؤبّد) وهو ثابت مطلقاً كالأولين. ولا يَنْتَفِي عنه الحدُّ إلاّ بمجموع لعانه وكذا المرأة، ولا تُثَبِّت الأحكامُ أجمعُ إلاّ بمجموع لعانهما.

(و) على هذا (لو أكَذَبَ نَفْسَهُ في أثناء اللعان وجب عليه حدُّ القذف) ولم يَثْبُت شيء من الأحكام، (و) لو أكَذَبَ نَفْسَهُ (بعد لعانه) وقبل لعانها ففي وجوب الحدِّ عليه (قولان) ^١ منشأهما من سقوط الحدِّ عنه بلعانه ولم يَتَجَدَّدْ منه قذفٌ بعده فلا وجه لوجوبه؛ ومن أنّه قد أَكَّدَ القذفَ السابقَ باللعان لتكراره إياه فيه. والسقوطُ إمّا يكون مع علم صدقه أو اشتباه حاله واعترافه بكذبه يَنْفِيهما فيكون لعانه قذفاً محضاً فكيف يكون مُسْقِطاً.

(وكذا) القولان ^٢ لو أكَذَبَ نَفْسَهُ (بعد لعانهما) لعين ما ذُكِرَ في الجانبين. والأقوى ثبوته فيهما لما ذُكِرَ، ولرواية محمّد بن الفضل ^٣ عن الكاظم عليه السلام أنّه سأله عن رجل لا عَنَ امرأته وانتَفَى مِن وَلَدِها ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ هل يُرَدُّ عليه وَلَدُها؟ قال: «إذا أَكْذَبَ نَفْسَهُ جُلِدَ الحدُّ وَرُدَّ عليه ابْنُهُ ولا ترجع إليه امرأته أبداً» ^٤.

(لكن) لو كان رجوعه بعد لعانهما (لا يعود الحِلُّ) للرواية، وللحكم بالتحريم شرعاً، واعترافه لا يصلح لإزالته، (ولا يَرِثُ الولدُ) لما ذُكِرَ (وإنَّ وَرِثَهُ الولدُ)؛ لأنَّ اعترافه إقراراً في حقِّ نفسه بإرثه منه ودعوى ولادته قد انتَفَتْ شرعاً فيَثْبُتُ إقراره على نفسه ولا تُثَبِّت دعواه على غيره. وكذا لا يَرِثُ الولدُ أقرباء الأب ولا يَرِثُونَهُ إلاّ مع

١. القول بسقوط الحدِّ للشَّيْخ في النهاية، ص ٥٢١؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٧٥؛ والقول بثبوت

الحدِّ للمفيد في المقنعة، ص ٥٤٢؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٩١؛ والشَّيْخ في غاية المراد، ج ٣،

ص ٢٢٦-٢٢٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٢. كذا في المصدر، وفي النسخ: «الفضل».

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٤، ح ٦٨١.

تصديقهم على نَسَبِهِ في قول^١؛ لَأَنَّ الإِقْرَارَ لَا يَتَعَدَّى الْمُقَرَّرَ.

(ولو أَكْذَبَتْ) المرأةُ (نَفْسَهَا بعد لعانها فكذلك) لا يعود الفِرَاش ولا يزول التحريمُ، (ولا حَدَّ عليها) بمجرد إِكْذَابِها نَفْسَهَا؛ لَأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِالزَّنى وهو لَا يَثْبُتُ، (إِلَّا أَنْ تُقَرَّرَ أَرْبَعًا) كما سيأتي إن شاء الله تعالى^٢، فَإِنْ أَقَرَّتْ أَرْبَعًا حَدَّتْ (على خِلَافٍ) في ذلك^٣، منشأه ما ذكرناه مِنْ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالزَّنى أَرْبَعًا مِنَ الكَامِلِ الحَرِّ الْمُخْتَارِ يَثْبُتُ حَدُّهُ؛ وَمِنْ سَقُوطِهِ بِلْعَانِهَا لقوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللهِ﴾^٤ الآية، فلا يعود.

(ولو قَذَفَهَا) الزوجُ (برجل) معين (وجب عليه حدّان) أحدهما لها والآخر للرجل؛ لَأَنَّهُ قَذَفَ لاثنتين، (وله إسقاطُ حدّها باللعان) دون حدّ الرجل، (ولو أقام بيّنةً) بذلك (سقط الحدّان) كما يَسْقُطُ كُلُّ حَدٍّ قَذْفَ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ بالفعلِ المقذوفِ به. وكذا يَسْقُطُ الحدُّ لو عَفَا مستحقُّهُ أو صَدَّقَ على الفعل، لكن إن كانت هي المصدّقة وهناك نسبٌ لم يَنْتَفِ بِتَصْدِيقِهَا؛ لَأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي حَقِّ الْغَيْرِ.

وهل له أن يلاعِنَ لنفيه؟ قولان^٥؛ من عمومِ ثبوته لنفي الولد، وكونه غيرَ متصوّرٍ هنا؛ إذ لا يمكن الزوجة أن تَشْهَدَ باللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ بعد تصديقها إِيَّاه. نعم، لو صَادَقَتْهُ على أصل الزنى دون كون الولد منه توجّه اللعانُ منها؛ لِإِمْكَانِ شهادتها بكذبه في نفيه وإن ثبت زناها.

(ولو قَذَفَهَا فماتت قبل اللعان سَقَطَ اللعان) لتعذُّره بموتها (وورثها) لبقاء

١. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٨٢.

٢. يأتي في الحدود.

٣. القول بوجود الحد للشيخ في النهاية، ص ٥٢١ - ٥٢٢؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٠١؛ والقول بعدم

الوجوب للمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٧٥.

٤. النور (٢٤): ٨.

٥. القول باللعان للشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٢٣٢؛ القول بعدم اللعان للشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٢٣٠

(ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

الزوجية، (وعليه الحد للوارث) بسبب القذف لعدم تقدّم مُسقطه، (وله أن يلاعِن لسقوطه) وإن لم يكن بحضور الوارث؛ لأنه إما شهادت أو إيمان وكلاهما لا يتوقف على حياة المشهود عليه والمحلف لأجله، ولعموم الآية. وقد تقدّم أن لعانه يُسقط عنه الحدّ ويوجب الحدّ عليها، ولعانهما يوجب الأحكام الأربعة فإذا انتفى الثاني بموتها بقي الأول خاصة فيسقط الحدّ.

(ولا ينتفي الإرث بلعانه بعد الموت) كما لا تنتفي الزوجية بلعانه قبله (إلا على رواية) أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إن قام رجلٌ من أهلها فلاغته فلا ميراث له وإن أبى أحدٌ منهم فله الميراث»^١، ومثله زوى عمرو بن خالدٍ عن زيد عن آبائه عليه السلام^٢، وبمضمونها عمل جماعة^٣.

والروايتان - مع إرسال الأولى وضعف سند الثانية - مخالفتان للأصل من حيث إن اللعان شرع بين الزوجين فلا يتعدى، وإن لعان الوارث متعذر؛ لأنه إن أريد مجرد حضوره فليس بلعان حقيقي، وإن أريد إيقاع الصيغ المعهودة من الزوجة فبعيد؛ لتعذر القطع من الوارث على نفي فعلٍ غيره غالباً وإيقاعه على نفي العلم تغيير للصورة المنقولة شرعاً؛ ولأن الإرث قد استقرّ بالموت فلا وجه لإسقاط اللعان المتجدد له.

(ولو كان الزوج أحد الأربعة) الشهود بالزنى (فالأقرب حدّها)؛ لأن شهادة الزوج مقبولة على زوجته (إن لم تختل الشرائط) المعتبرة في الشهادة، (بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف) فإن شهادته تُردّ لذلك وهو من جملة اختلال الشرائط، (أو اختلّ غيره من الشرائط) كاختلاف كلامهم في الشهادة، أو أدايتهم الشهادة مختلفي المجلس، أو عداوة أحدهم لها، أو فسقه أو غير ذلك (فإنّها) حينئذٍ (لا تحدّ) لعدم اجتماع شرائط

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٠-١٩١، ح ٦٦٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٤، ح ٦٧٩.

٣. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٥٢٣؛ والقاضي في المهذب، ج ٢، ص ٣١٠؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٣٧-٣٣٨.

ثبوت الزنى، (ويلاعن الزوج) لإسقاط الحد عنه بالقذف (وإلا) يلاعن (حُدَّ) ويُحَدَّ باقي الشهود للفرية.

واعلم أن الأخبار وكلام الأصحاب اختلف في هذه المسألة، فرَوَى إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام جواز شهادة الأربعة الذين أحدهم الزوج^١، ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة التي يترتب عليها أثرها وهو حد المرأة، وعمل بها جماعة^٢. ويؤيدها قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾^٣ فَإِنْ ظَاهَرَهَا أَنَّهُ إِذَا كَانَ غَيْرَهُ فَلَا لَعَانَ، وقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاستَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾^٤ فَإِنَّ الظاهر كون الخطاب للحاكم لأنه المرجع في الشهادة فيشمل الزوج وغيره.

ورَوَى زُرَّارَةُ عَنْ أَحَدِهِمَا عليه السلام في أربعة شهدوا على امرأة بالزنى أحدهم زوجها، قال: «يُلاعِن وَيُجَلَدُ الْآخَرُونَ»^٥ وعمل بها الصدوق^٦ وجماعة^٧ ويؤيدها قوله تعالى: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾^٨.

والمختارُ القبول، ويمكن الجمع بين الروایتين - مع تسليم أسنادهما - بحمل الثانية على اختلال شرائط الشهادة كسبق الزوج بالقذف أو غيره، كما نبّه عليه المصنّف (رحمه الله) بقوله «إِنْ لَمْ تَخْتَلِ الشَّرَائِطُ» إِلَى آخِرِهِ. وَأَمَّا تَعْلِيلُهَا بِكَوْنِ الزَّوْجِ خَصْمًا لَهَا فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهَا^٩ فَهُوَ فِي حَيْزِ الْمَنْعِ.

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٢، ح ٧٧٦.

٢. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٦٩٠؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٤٣٠؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٧٧.

٣. النور (٢٤): ٦.

٤. النساء (٤): ١٥.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٢، ح ٧٧٧.

٦. المقنع، ص ٤٤٠.

٧. منهم: القاضي في المهذب، ج ٢، ص ٥٢٥؛ والحلي في الكافي في الفقه، ص ٤١٥؛ والعلامة في قواعد

الأحكام، ج ٣، ص ١٩٢.

٨. النور (٢٤): ١٣.

٩. عللها القاضي في المهذب، ج ٢، ص ٥٢٥.

كتاب العِثَق

كتاب العتق^١

وهو لغة: الخلو ص^٢، ومنه سُميت جِيَادُ الْخَيْلِ عِتَاقًا، والبيتُ الشَّريفُ عَتِيقًا، وشرعاً خلوصُ المملوكِ الآدمي أو بعضُه من الرِّقِّ. وبالنسبة إلى عتقِ المباشرة المقصود بالذات من الكتاب تخلُّصُ المملوكِ الآدمي أو بعضُه من الرِّقِّ منجْزاً بصيغة مخصوصة. (وفيه أجر عظيم) قال النبي ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللَّهُ الْعَزِيزُ الْجَبَّارُ بِكُلِّ عَضْوٍ عَضْوًا لَهُ مِنَ النَّارِ، فَإِنْ كَانَ أَثْنَى أَعْتَقَ اللَّهُ الْعَزِيزُ الْجَبَّارُ بِكُلِّ عَضْوَيْنِ مِنْهَا عَضْوًا مِنَ النَّارِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ نِصْفُ الرَّجُلِ»^٣، وقال ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءً مِنَ النَّارِ»^٤، ولما فيه من تخلصِ الآدمي من ضرر الرِّقِّ وتملكِه منافعه وتكْمُلِ أحكامه. ويحصل العتقُ باختيارٍ سببه وغيره، فالأوَّل بالصيغة المنجزة والتدبير والكتابة

١. فيه أجر عظيم وثواب جزيل فقد روي: «أَنْ مَنْ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ عَضْوًا مِنَ النَّارِ» [راجع صحيح البخاري، ج ٢، ص ٨٩١، ح ٢٣٨١]. هذه رواية متَّفِقٌ على نقلها، رواها من طريقنا إبراهيم بن أبي البلاد عن أبيه قال، قال: رسول الله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللَّهُ الْعَزِيزُ الْجَبَّارُ بِكُلِّ عَضْوٍ عَضْوًا مِنَ النَّارِ، فَإِنْ كَانَ أَثْنَى أَعْتَقَ اللَّهُ الْعَزِيزُ الْجَبَّارُ بِكُلِّ عَضْوَيْنِ مِنْهَا عَضْوًا مِنَ النَّارِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ نِصْفُ الرَّجُلِ» [الكافي، ج ٦، ص ١٨٠، باب ثواب العتق....، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٦، ح ٧٧٠]. ورواية زرارة [الكافي، ج ٦، ص ١٨٠، باب ثواب العتق....، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٦، ح ٧٦٩] مثلها في الرجل. (زين رحمه الله)

٢. انظر الصحاح، ج ٣، ص ١٥٢٠-١٥٢١؛ والقاموس المحيط، ج ٣، ص ٢٦٩-٢٧٠، «عتق».

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٦، ح ٧٧٠.

٤. سنن أبي داود، ج ٤، ص ٣٠، ح ٣٩٦٦.

والاستيلاد، وشراء الذَّكَرَ أَحَدَ الْعَمُودَيْنِ أو المحارمَ من النساء والأُنثَى أَحَدَ الْعَمُودَيْنِ، وإسلام المملوك في دار الحرب قبل مولاه مع خروجه منها قبله وتنكيل المولى به؛ والثاني بالجذام والعَمَى والإعقاد وموت المورث، وكون أحد الأبوين حرّاً، إلّا أن يُشترط رِقُّه، على الخلاف^١.

وهذه الأسبابُ منها تامّةٌ في العتق كالإعتاق بالصيغة وشراء القريب والتنكيل والجذام والإعقاد، ومنها ناقصةٌ تتوقّف على أمرٍ آخر كالاستيلاد لتوقّفه على موت المولى وأموارٍ أُخرى، والكتابة لتوقّفها على أداء المال، والتدبير لتوقّفه على موت المولى ونفوذه من ثلث ماله، وموت المورث لتوقّفه على دفع القيمة إلى مالكه، وغيره ممّا يُفصل في محله إن شاء الله تعالى.

ويُفتقر الأوّل إلى صيغة مخصوصة (وعبارته الصريحة التحرير مثل «أنت مثلاً» أو هذا أو فلان حرّاً). ووقوعه بلفظ التحرير موضعٌ وفاقٍ، وصراحته فيه واضحة، قال تعالى: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ»^٢. (وفي قوله «أنت عتيق أو معتق» خلاف)^٣ منشأ الشك في كونه مرادفاً للتحرير فيدلّ عليه صريحاً أو كنايةً عنه فلا يقع به، و(الأقربُ ووقوعه) به لغلبة استعماله فيه في اللغة والحديث والعرف، وقد تقدّم بعضه، واتفق الأصحاب على صحته في قول السيّد لأَمته «أَعْتَقْتُكِ وتزوَّجْتُكِ»... إلى آخره.

(ولا عبرة بغير ذلك من الألفاظ) التي لم تُوضّع له شرعاً (صريحاً كان) في إزالة الرّق (مثل «أَزَلْتُ عَنْكَ الرّقَّ» أو «فَكَكْتُ رَقَبَتَكَ»، أو كنايةً) عنه تحتمل غير العتق (مثل «أنت» بفتح التاء (سائبةً) أو «لا ملكَ لي عليك أو لا سلطان أو لا سبيل» أو

١. راجع مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٦٨، المسألة ١٨٧.

٢. النساء (٤): ٩٢.

٣. والقول بوقوع العتق بهما للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠١؛ وقال بعدم الوقوع الشيخ في الخلاف،

ج ٦، ص ٣٧٢، المسألة ١٤؛ راجع مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٦٩، المسألة ٢٨.

«أنت مولاي». ويدخل في «غير ذلك» ما دلَّ على الإعتاق بلفظ الماضي الذي يقع به غيره كـ «أعتقتك» بل الصريح محضاً كـ «حرَّزْتُك»، وظاهرهم عدم وقوعه بهما، ولعله لبُعد الماضي عن الإنشاء وقيامه مقامه في العقود على وجه النقل خلاف الأصل فيقتصر فيه على محله، مع احتمال الوقوع به هنا لظهوره فيه.

(وكذا لا عبرة بالنداء مثل «يا حرٌّ») و«يا عتيق» و«يا معتق» (وإن قصد التحرير بذلك) المذكور من اللفظ غير المنقول شرعاً ومنه الكناية والنداء (كله) اقتصاراً في الحكم بالحرية على موضع اليقين، ولبعد النداء عن الإنشاء. وربما احتُمل الوقوع به من حيث إن حرف الإشارة إلى المملوك لم يعتبره الشارع بخصوصه وإنما الاعتبار بالتحرير والإعتاق، واستعمال «يا» بمعنى «أنت» أو «فلان» مع قصد جائز. ويضعف بأن غاية ذلك أن يكون كناية لا صريحاً فلا يقع به ولا يخرج الملك المعلوم عن أصله. وحيث لا يكون اللفظ مؤثراً شرعاً في الحكم لا يتفعه ضمُّ القصد إليه، وتبَّه بالغاية على خلاف من اكتفى بغير الصريح إذا انضمَّ إلى النية من العامة^٢. ويقوى الإشكال لو كان اسمها حرَّةً فقال «أنت حرَّة» وشكَّ في قصده؛ لمطابقة اللفظ للمتفق على التحرير به، واحتماله الإخبار بالاسم، والأقوى عدم الوقوع. نعم، لو صرح بقصد الإنشاء صحَّ كما أنه لو صرح بقصد الإخبار قيل ولم يُعتق.

(وفي اعتبار التعيين) للمعتق (نظر) منشأ النظر إلى عموم الأدلة الدالة^٣ على وقوعه بالصيغة الخاصة وأصالة عدم التعيين، وعدم مانعية الإبهام في العتق شرعاً من حيث وقع لمرضى أعتق عبداً يزيدون عن ثلث ماله ولم يُجزَّ الورثة، والالتفات إلى أن العتق أمرٌ معيَّن فلا بدَّ له من محلٍّ معيَّن، وقد تقدَّم مثله في الطلاق. والمصنَّف رجَّح

١. راجع شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٧٩.

٢. انظر المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٢٣٤ - ٢٣٥، المسألة ٨٥٦٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨ - ٢٢٩، باب العتق....

٤. تقدَّم في كتاب الطلاق، ص ٢٨١.

في شرح الإرشاد الوقوع^١ وهنا تَوَقَّف، وله وجهٌ إن لم يترجَّح اعتباره.

فإن لم يُعتبر التعيين فقال «أحدُ عبيدي حرَّ» صحَّ وعَيَّن مَنْ شاء. وفي وجوب الإنفاق عليهم قبله والمنع من استخدام أحدهم وبيعِهِ وجهان: من ثبوت النفقة قبل العتق ولم يتحقَّق بالنسبة إلى كلِّ واحد فيُستصحب، واشتباؤه الحرَّ منهم بالرقِّ مع انحصارهم فيَحْرُم استخدامهم وبيعهم؛ ومن استلزام ذلك الإنفاق على الحرَّ بسبب الملك، والمنع من استعمال المملوك؛ والأقوى الأول.

واحتمل المصنَّف استخراج المعتق بالقرعة وقطع بها لو مات قبل التعيين^٢. ويشكِّل كلُّ منهما بأنَّ القرعة لاستخراج ما هو معيَّن في نفسه غير متعيَّن ظاهراً لا لتحصيل التعيين، فالأقوى الرجوعُ إليه فيه أو إلى وارثه بعده. ولو عدَّل المعين عَمَّن عَيْنِهِ لم يُقبل ولم ينعق الثاني إذ لم يبقَ للعتق محلٌّ، بخلاف ما لو أعتق معيَّناً واشتبه ثمَّ عدَّل فإنَّهما ينعقان.

(ويُشترط بلوغُ المولى) المعتق (واختياره ورشدُه وقصدُه) إلى العتق (والتقرُّب) به (إلى الله تعالى) لأنَّه عبادة، ولقولهم: «لا عتق إلا ما أريد به وجهُ الله تعالى»^٣. (وكونه غيرَ محجور عليه بفُلْسٍ أو مرضٍ فيما زاد على الثلث) فلا يقع من الصبيِّ وإن بلغ عشراً، ولا من المجنون المُطْبِق ولا غيره في غير وقت كماله، ولا المكروه ولا السفه، ولا الناسي والغافل والسكران، ولا من غير المتقرَّب به إلى الله تعالى سواء قَصَد الرياء أم لم يقصد شيئاً، ولا من المُفْلَس بعد الحَجْر عليه أمَّا قبله فيجوز وإن استوعب دَيْنُه ماله، ولا من المريض إذا استغرق دَيْنُه تَرَكَّتْ، أو زاد المعتق عن ثلث ماله بعد الدين إن كان إلا مع إجازة الغرماء والورثة.

وفي الاكتفاء بإجازة الغرماء في الصورة الأولى وجهان: من أنَّ المنع من العتق

١. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٣٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٥٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٢.

لِحَقِّهِمْ، ومن اختصاص الوارث بعين التركة، والأقوى التوقف على إجازة الجميع.
 (والأقرب صحة مباشرة الكافر) للعتق لإطلاق الأدلة^١ أو عمومها، ولأن العتق
 إزالة ملك، وملك الكافر أضعف من ملك المسلم، فهو أولى بقبول الزوال، واشترطه بنية
 القربة لا يتنافيه؛ لأن ظاهر الخبر السالف أن المراد منها إرادة وجه الله تعالى سواء
 حصل الثواب أم لم يحصل، وهذا القدر ممكن ممن يُقَرَّر بالله تعالى. نعم، لو كان الكفر
 بجحد الإلهية مطلقاً توجّه إليه المنع. وكونه عبادةً مطلقاً ممنوعاً بل هو عبادة خاصة
 يغلب فيها فك الملك فلا يُمنع من الكافر مطلقاً.

وقيل: لا يقع من الكافر^٢ نظراً إلى أنه عبادة تتوقف على القربة، وأن المعتبر من
 القربة ترتب أثرها من الثواب لا مطلق طلبها كما يُنبّه عليه حكمهم ببطان صلاته
 وصومه^٣ لتعذر القربة منه، فإن القدر المتعذر هو هذا المعنى لا ما ادّعوه أولاً، ولأن
 العتق شرعاً ملزومٌ للولاء ولا يثبت ولأى الكافر على المسلم؛ لأنه سبيلٌ منفي عنه^٤
 وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم. وفي الأول ما مرّ، وفي الثاني أن الكفر مانع من
 الإرث كالقتل كما هو مانع في النسب.

والحق أن اتفاقهم على بطلان عبادته من الصلاة ونحوها، واختلافهم في عتقه
 وصدقته ووقفه عند من يعتبر نية القربة فيه يدل على أن لهذا النوع من التصرف المالي
 حكماً ناقصاً عن مطلق العبادة من حيث المالية، وكون الغرض منها نفع الغير، فجانب
 المالية فيها أغلب من جانب العبادة فمن ثم وقع الخلاف فيها دون غيرها من العبادة.
 والقول بصحة عتقه^٥ متجه مع تحقق قصده إلى القربة وإن لم يحصل لازمها.
 (وكونه) بالجر عطفاً على «مباشرة الكافر» أي والأقرب صحة كون الكافر (مَحلاً)

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٦-٢١٧، باب العتق....

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٤ و ٢٠.

٣. راجع غاية المراد، ج ٣، ص ٢٣٩ - ٢٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٤. النساء (٤): ١٤١.

٥. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٤١؛ والخلاف، ج ٦، ص ٣٧١، المسألة ١٢.

للعق بأن يكون العبدُ المعتقُ كافراً لكن (بالنذر لا غير) بأن يَنْذَرَ عتقَ مملوكٍ بعينه وهو كافراً.

أما المنعُ من عتقه مطلقاً فلأنه خبيث وعتقه إنفاقٌ له في سبيل الله وقد نهى الله عنه بقوله: «وَلَا تَيْمَمُوا الْخَيْثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ»^١، ولا شترط القربة فيه كما مرّ ولا قربةً في الكافر، ولرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام، قال: سألتُه أيجوز للمسلم أن يُعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: «لا»^٢. وأما جوازُه بالنذر فللجمع بين ذلك وبين ما رُوِيَ «أنَّ عليّاً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً فأسلم حين أعتقه»^٣ بحمله على النذر والأولى على عدمه. وفيهما معاً نظر؛ لأنَّ ظاهر الآية وقول المفسرين أنَّ الخبيث هو الرديء من المال يُعطى الفقير، وربما كانت المالِية في الكافر خيراً من العبد المسلم والإنفاق لمالِيته لا لمُعتقِهِ الخبيث، ومع ذلك فالنهي مخصوصٌ بالصدقة الواجبة؛ لعدم تحريم الصدقة المندوبة بما قلَّ وردَّوْ حَتَّى بِشِقِّ تمرَةٍ إجماعاً، والقربةُ يمكنُ تحقيقها في عتق المولى الكافر المُقَرَّ بالله تعالى الموافق له في الاعتقاد، فإنه يَقْصِدُ به وجهَ الله تعالى كما مرّ وإن لم يحصل الثواب، وفي المسلم إذا ظنَّ القربةَ بالإحسانِ إليه وفكَّ رقبته من الرقِّ وترغيبه في الإسلام كما رُوِيَ من فعل علي عليه السلام، وخبرُ سيف مع ضعف سنده أخصُّ من المدعى ولا ضرورةً إلى الجمع حينئذٍ بما لا يدلُّ عليه اللفظ أصلاً، فالقول بالصحة مطلقاً مع تحقق القربة متبجّه، وهو مختار المصنّف في الشرح^٤.

(ولا يَقِفُ العتقُ على إجازة) المالك لو وَقَعَ من غيره (بل يَبْطُلُ عتقُ الفضولي) من رأسٍ إجماعاً لقوله عليه السلام: «لا عتقَ إلّا في ملكٍ»^٥، ووقوعه من غيره بالسراية خروج

١. البقرة (٢): ٢٦٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٨، ح ٧٨٢.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٨٢، باب عتق والد الزنى، ح ١.

٤. التبيان، ج ٢، ص ٣٤٤-٣٤٥: مجمع البيان، ج ١، ص ٣٨١، ذيل الآية ٢٦٧ من البقرة (٢).

٥. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٤٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب لا عتق إلا بعد الملك، ح ١-٢.

عن المتنازع واستثناؤه إما منقطع أو نظراً إلى مطلق الانعتاق.

ولو علق غير المالك العتق بالملك لفاً أن يجعله نذراً أو ما في معناه كـ «الله عليّ إعتاقه إن ملكته» فيجب عند حصول الشرط، ويفتقر إلى صيغة العتق وإن قال «الله عليّ أنه حرٌّ إن ملكته» على الأقوى. وربما قيل بالاكتفاء هنا بالصيغة الأولى^١ اكتفاء بالملك الضمني كملك القريب أنا ثم يعتق.

(ولا يجوز تعليقه على شرط) كقوله «أنت حرٌّ إن فعلت كذا أو إذا طلعت الشمس» (إلا في التدبير) فإنه يجوز أن (يُعلق بالموت) كما سيأتي^٢ (لا بغيره)، وإلا في النذر حيث لا يفترق إلى صيغة إن قلنا به. (نعم، لو نذر عتق عبده عند شرط) سائغ على ما فصل (انعقد) النذر، وانعتق مع وجود الشرط إن كانت الصيغة أنه «إن كان كذا من الشروط السائغة فعبدي حرّ»، ووجب عتقه إن قال «فلله عليّ أن أعتقه»، والمطابق للعبارة الأولى لأنه العتق المعلق، لا الثاني فإنه الإعتاق. ومثله القول فيما إذا نذر أن يكون ماله صدقة أو لزيد أو أن يتصدق به أو يعطيه لزيد فإنه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط في الأول، ويصير ملكاً لزيد قهرياً، بخلاف الأخير فإنه لا يزول ملكه به وإنما يجب أن يتصدق أو يعطي زيدا فإن لم يفعل بقي على ملكه وإن حث. ويفترع على ذلك إبراؤه منه قبل القبض فيصح في الأول دون الثاني.

(ولو شرط عليه) في صيغة العتق (خدمته) مدة مضبوطة متصلة بالعتق أو منفصلة أو متفرقة مع الضبط (صح) الشرط والعتق؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^٣، ولأن منافع المتجددة ورقتته ملك للمولى فإذا أعتقه بالشرط فقد فك رقتته وغير المشترط من المنافع، وأبقى المشترط على ملكه فيبقى استصحاباً للملك ووفاء بالشرط. وهل يشترط قبول العبد؟ الأقوى عدمه، وهو ظاهر إطلاق العبارة لما ذكرناه، ووجه

١. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٤٠.

٢. يأتي في كتاب التدبير، ص ٣٨٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

اشتراط قبوله أَنَّ الإعتاق يقتضي التحرير والمنافع تابعة فلا يصح شرط شيء منها إلا بقبوله.

وهل تجب على المولى نفقته في المدّة المشترطة؟ قيل: نعم،^١ لقطعه بها عن التكسّب. ويُشكّل بأنّه لا يستلزم وجوب النفقة كالأجير والموصى بخدمته. والمناسب للأصل ثبوتها من بيت المال أو من الصدقات؛ لأنّ أسباب النفقة مضبوطة شرعاً وليس هذا منها، وللأصل.

وكما يصحّ اشتراط الخدمة يصحّ اشتراط شيء معيّن من المال؛ للعموم، لكنّ الأقوى هنا اشتراط قبوله لأنّ المولى لا يملك إثبات مالٍ في ذمّة العبد ولصحيحة حرّيز عن الصادق عليه السلام^٢. وقيل: لا يُشترط كالخدمة^٣؛ لاستحقاقه عليه رقاً السعي في الكسب كما يستحقّ الخدمة فإذا شرط عليه مالاً فقد استثنى من منافعه بعضها. وضعفه ظاهر.

وحيث يُشترط الخدمة لا يتوقف انعقاده على استيفائها، فإنّ وفّى بها في وقتها وإلا استقرّت أجره مثلها في ذمته؛ لأنّها مُستحقّة عليه وقد فاتت فيرجع إلى أجرتها، ولا فرق بين المعقّي ووارثه في ذلك.

(ولو شرط عودّه في الرقّ إن خالف) شرطاً شرطه عليه في صيغة العتق (فالأقرب بطلان العتق)؛ لتضمّن الشرط عود مَنْ تَبَيَّنَ حرّيّته رقاً وهو غير جائز، ولا يردّ مثله في المكاتب المشروط؛ لأنّه لم يخرج عن الرقيّة وإنّ تَشَبَّه بالحرّيّة بوجهٍ ضعيفٍ، بخلاف المعقّي بشرط، وقول سيّد المكاتب «فأنت ردّ في الرقّ» يريد به الرقّ المحض لا مطلق الرقّ.

١. حكاه عن ابن الجيند الملامّة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٩، المسألة ٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٤، ح ٨٠٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١١، ح ٣٣، وفيهما: عن أبي جرير؛ أوردها عن

حرّيز فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٧٨.

٣. وهو ظاهر ابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٥٩؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٨١.

وقيل: يصح الشرط ويرجع بالإخلال^١؛ للعموم، ورواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام، أنه سأل عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إن أغارها أن يردّه في الرق. قال: «له شرطه»^٢، وطريق الرواية ضعيف، ومتنها منافع للأصول، فالقول بالبطلان أقوى. وذهب بعض الأصحاب^٣ إلى صحة العتق وبطلان الشرط لبنيانه على التغليب، ويضعف بعدم القصد إليه مجرداً عن الشرط، وهو شرط الصحة كغيره من الشروط.

(ويستحب عتق) المملوك (المؤمن) ذكرأ كان أم أنثى (إذا أتى عليه) في ملك المولى المندوب إلى عتقه (سبع سنين)؛ لقول الصادق عليه السلام: «من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا تحل خدمته من كان مؤمناً بعد سبع سنين»^٤ وهو محمول على تأكد استحباب عتقه؛ للإجماع على أنه لا يعتق بدون الإعتاق (بل يستحب) العتق (مطلقاً) خصوصاً للمؤمن.

(ويكره عتق العاجز عن الاكتساب إلا أن يُعينه) بالإنفاق، قال الرضا عليه السلام: «من أعتق مملوكاً لا حيلة له فإنّ عليه أن يقول حتى يستغني عنه، وكذلك كان علي عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له»^٥.

(و) كذا يكره (عتق المخالف) للحق في الاعتقاد؛ للنهي عنه في الأخبار المحمول على الكراهة جمعاً، قال الصادق عليه السلام: «ما أغنى الله عن عتق أحدكم! تُعتقون اليوم، يكون علينا غداً؟! لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً»^٦.

و(لا) يكره عتق (المستضعف) الذي لا يعرف الحق ولا يعاند فيه ولا يوالي أحداً

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٥٤٢؛ وابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٣٥٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢، ح ٧٩٥.

٣. كابين إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١١؛ فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٧٩.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٠، ح ٨٣١.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٨١، باب عتق الصغير والشيخ، ح ١.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٩٦، باب النوادر، ح ٩.

بعينه؛ لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: الرقبة تُعتق من المستضعفين؟ قال: «نعم»^١.

(ومن خواص العتق السراية) وهو انتعاق باقي المملوك إذا أُعتق بعضه بشرائط خاصة، (فمن أُعتق شِقْصاً) بكسر الشين، أي جزءاً (من عبده) أو أمته - وإن قُلَّ الجزء - سَرَى العتق فيه أجمع و (عَتَقَ كُلَّهُ) وإن لم يَمْلِك سواه، (إِلَّا أَنْ يَكُونَ) المَعْتَقُ (مريضاً ولم يَبْرَأ) من مرضه الذي أُعتق فيه، (ولم يُخْرَج) المملوك (من الثلث) أي ثلث مال المَعْتَق، فلا يُعتَق حينئذٍ أجمع بل ما يَسَعُهُ الثلث (إِلَّا مع الإجازة) من الوارث فيُعتَق أجمع إن أجازاه وإلّا فبحسب ما أجازاه.

هذا هو المشهور بين الأصحاب وربما كان إجماعاً، ومستندُه من الأخبار^٢ ضعيف، ومن ثَمَّ ذهب السيّد جمال الدين بن طاووس إلى عدم السراية بعتق البعض مطلقاً؛ استضعافاً للدليل المُخْرِج عن حكم الأصل، ولموافقة لمذهب العامة^٣، مع أنه قد رَوَى حمزة بن حُمران عن أحدهما عليه السلام، قال: سألتُه عن الرجل أُعتَق نصفَ جاريته ثم قَذَفَهَا بالزنى. قال: فقال: «أَرَى أَنَّ عَلَيْهِ خَمْسِينَ جَلْدَةً وَيَسْتَغْفِرُ رَبَّهُ»^٤ الحديث، وفي معناه خبران آخَران^٥، وحملها الشيخ على أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ نَصْفَهَا الْآخَرَ مع إعساره^٦.

(ولو كان له فيه) أي في المملوك الذي أُعتَق بعضه (شريكٌ قُومٌ عليه نصيبه) وعَتَقَ أجمع (مع يساره) أي يسار المَعْتَق بأن يَمْلِك حال العتق - زيادةً عما يُسْتثنَى في الذين من داره وخادميه ودائتيه وثيابه اللاتقة بحاله كميته وكيفية، وقوت يومه له

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٨، ح ٧٨١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨ - ٢٢٩، ح ٨٢٤ - ٨٢٧.

٣. حكاة عنه الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٦٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٤. الشرح الكبير المطبوع مع المغني، ج ١٢، ص ٢٤٨ - ٢٤٩؛ المجموع شرح المهذب، ج ١٦، ص ٦ - ٧.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٢٦.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٢٤ و ٨٢٥.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٩، ذيل الحديث ٨٢٦.

ولعيله - ما يَسَعُ قيمةَ نصيبِ الشريك فيَدْفَعُ إليه وَيَعْتِقُ. ولو كان مديوناً يَسْتَفْرِقُ دَيْنَهُ مَالَهُ الَّذِي يَصْرِفُ فِيهِ كونه مُوسِراً أو مُعْسِراً قولان^١، أَوْجَهُهُمَا الْأَوَّلُ؛ لبقاء الملك معه.

وهل تَنْتَعِقُ حِصَّةُ الشريك بعتق المالك حِصَّتَهُ أو بأداء قيمتها إليه أو بالعتق مُرَاعَى بالأداء؟ أقوال^٢، وفي الأخبار^٣ ما يدلُّ على الْأَوَّلَيْنِ، وَالْأَخِيرُ طريق الجمع. وتظهر الفائدة فيما لو أُعْتِقَ الشريك حِصَّتَهُ قبل الأداء فيَصَحُّ على الثاني دون الأول. وفي اعتبار القيمة فعلى الأول يومَ العتق وعلى الثاني يومَ الأداء، والظاهر أَنَّ الثالثَ كالأول، وفيما لو مات قبل الأداء فيموت حرّاً على الأول وَيَرِثُهُ وارثُهُ دون الثاني وَيُعْتَبَرُ الأداء في ظهور حرِّيَّتِهِ على الثالث، وفيما لو وَجَبَ عليه حُدٌّ قبله فكالحرِّ على الأول، والمُبْعُضُ على الثاني، وفي الحكم على الثالث نظر، وفيما لو أَيْسَرَ المباشِرُ بعد العتق وقبل الأداء، فعلى الأول لا يجب عليه الفكُّ، وعلى الثاني يجب، وفي الثالث نظر، وإلحاقه بالأول مطلقاً حسن.

(وَسَعَى الْعَبْدُ) في باقي قيمته بجميع سعيه لا بنصيب الحرِّيَّةِ خاصَّةً (مع إعساره) عنه أجمع، فإذا أَدَّى عَتَقَ كالمكاتبِ المطلق، ولو أَيْسَرَ بالبعض سَرَى عليه بقدره على الأقوى وَسَعَى الْعَبْدُ في الباقي. ولا فرق في عتق الشريك بين وقوعه للإضرار بالشريك وعدمه مع تحقُّق القريةِ المشترطةِ، خلافاً للشيخ حيث شَرَطَ في السراية مع اليسار قصدَ الإضرار، وأبطل العتق بالإعسار معه، وَحَكَّمَ بسعي العبد مطلقاً مع قصد القرية^٤

١. أمَّا القول بالإعسار للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٥؛ واستشكله في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٩٥، الرقم ٥٦٣٧؛ راجع غاية المراد، ج ٣، ص ٢٤٧-٢٤٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).
٢. الأول لابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٥-١٦؛ والثاني للمفيد في المقنعة، ص ٥٥٠؛ والثالث للشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٢١؛ راجع غاية المراد، ج ٣، ص ٢٥٠-٢٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).
٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٢٤، وص ٢٢٠-٢٢١، ح ٧٩٠ و٧٩٣.

استناداً إلى أخبار^١ تأويلها بما يدفع المنافاة بينها وبين ما دلّ على المشهور طريق الجمع.

(ولو عجز العبد) عن السعي، أو امتنع منه ولم يُمكن إجباره، أو مطلقاً في ظاهر كلامهم (فالمُهايأة) بالهمز (في كسبه) بمعنى أنهما يقتسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه ويكون كسبه في كل وقت لمن ظهر له بالقسمة. (وتتناول) المُهايأة (المعتاد) من الكسب كالاحتطاب (والنادر) كالالتقاط، وربما قيل: لا تتناول النادر؛ لأنها معاوضة فلو تناولته تجهلّت، والمذهب خلافه، والأدلة عامة. والنفقة والفقرة عليهما بالنسبة. ولو ملك بجزئه الحرّ مالاً كالإرث والوصية لم يُشاركه المولى فيه وإن اتفق في نوبته. ولو امتنعا أو أحدهما من المُهايأة لم يُجبر الممتنع، وكان على المولى نصف أجره عمله الذي يأمره به، وعلى المُبتعض نصف أجره ما يغبه من المدة ويُفوته اختياراً.

(ولو اختلفا في القيمة حلف الشريك؛ لأنه يُنتزع من يده) فلا يُنتزع إلا بما يقوله؛ لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره، كما يحلف المشتري لو نازعه الشفيع فيها للعلّة. وقيل: يحلف المُعتق لأنه غارم^٢.

وربما يُنيّ الخلاف على عتقه بالأداء أو الإعتاق، فعلى الأوّل الأوّل وعلى الثاني الثاني، وعليه المصنّف في الدروس^٣، لكن قدّم على الحلف عَرْضَه على المقومين مع الإمكان. والأقوى تقديم قول المُعتق للأصل، ولأنّه مُتلف فلا يَقْصُر عن الغاصب المُتلف.

(وقد يحصل العتق بالعمى) أي عَمَى المملوك بحيث لا يُبصر أصلاً؛ لقول الصادق (عليه السلام) في حسنة حمّاد: «إذا عمي المملوك فقد أُعتق»^٤. وروى السكوني عن

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٩ - ٢٢٠، ح ٧٨٤ - ٧٨٧.

٢. قال به المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٨٥؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٧.

٣. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٧٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢، ح ٧٩٩.

أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: إذا عَمِيَ المملوكُ فلا رِقَّ عليه، والعبدُ إذا جَذِمَ فلا رِقَّ عليه»^١. وفي معناهما أخبارٌ كثيرة^٢، (والجذام) وكأَنَّهُ إجماعٌ ومن ثَمَّ لم يُنكره ابنُ إدريس^٣، وإلا فالْمُسْتَدُّ ضَعِيفٌ، وَالْحَقُّ به ابنُ حمزة البرَصُّ^٤ ولم يَثْبُت. (والإقْعَادُ) ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ ولم يَقِفْ على مُسْتَدِّهِ، وفي النَّافِعِ نَسَبُهُ إلى الْأَصْحَابِ^٥ مُشْعِراً بِتَمَرِضِهِ إن لم تكن إشارةً إلى أَنَّهُ إجماعٌ، وَكُونُهُ الْمُسْتَدُّ.

(وإِسْلَامُ الْمَمْلُوكِ فِي دَارِ الْحَرْبِ سَابِقاً عَلَى مَوْلَاهُ) خَارِجاً مِنْهَا قَبْلَهُ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ^٦؛ لِلْخَبَرِ^٧، وَلأنَّ إِسْلَامَ الْمَمْلُوكِ لَا يَنَافِي مِلْكَ الْكَافِرِ لَهُ، غَايَتُهُ أَنَّهُ يُجَبَّرُ عَلَى بَيْعِهِ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ بِالْقَهْرِ لِسَيِّدِهِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ثَمَّ إِلَّا بِالْخُرُوجِ إِلَيْنَا قَبْلَهُ. وَلَوْ أَسْلَمَ بَعْدَهُ لَمْ يُعْتَقْ وَإِنْ خَرَجَ إِلَيْنَا قَبْلَهُ. وَمَتَى مَلَكَ نَفْسَهُ أَمَكْنَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَسْتَرِقَ مَوْلَاهُ إِذَا قَهَّرَهُ فَتَنعَكُسَ الْمَوْلُويَّةُ.

(وَدَفْعُ قِيَمَةِ الْمَمْلُوكِ (الْوَارِثِ) إِلَى سَيِّدِهِ لِيُعْتَقَ وَيَرِثَ. وَيُظْهِرُ مِنَ الْعِبَارَةِ انْعِتَاقَهُ بِمَجَرَّدِ دَفْعِ الْقِيَمَةِ حَيْثُ جَعَلَهُ سَبَبَ الْعِتْقِ، وَكَذَا يَظْهِرُ مِنْهَا الْاِكْتِفَاءُ فِي عِتْقِهِ بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ، وَسَيَأْتِي^٨ فِي الْمِيرَاثِ أَنَّهُ يُشْتَرَى وَيُعْتَقُ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَرِيدَ كَوْنَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ مِنْ جُمْلَةِ أَسْبَابِ الْعِتْقِ وَإِنْ تَوَقَّفَ عَلَى أَمْرٍ آخَرَ كَسَبِيَّةِ التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَالْاِسْتِيلَادِ. وَتَنْكِيلِ الْمَوْلَى بَعْدَهُ) فِي الْمَشْهُورِ، وَبِهِ رَوَايَتَانِ إِحْدَاهُمَا مَرْسَلَةٌ^٩ وَفِي بَعْضِ

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢، ح ٧٩٨.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢ - ٢٢٣، ح ٨٠٠.

٣. السرائر، ج ٣، ص ٨.

٤. الوسيلة، ص ٣٤٠.

٥. المختصر النافع، ص ٣٣٦.

٦. ذهب إليه الشيخ في النهاية، ص ٢٩٥؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٤؛ أمَّا القول بالعدم نسبه إلى

الأكثر ابن فهد في المهذب البارع، ج ٤، ص ٦٥.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٥٢، ح ٢٦٤.

٨. سيأتي في كتاب الإرث.

٩. الكافي، ج ٦، ص ١٨٩، باب المملوك إذا عمى، ح ١.

سند الأخرى^١ جهالة، ومن ثم أنكره ابن إدريس^٢. وأصل التنكيل فعل الأمر الفظيع بالغير، يقال «نَكَّلَ به تنكيلاً إذا جعله نكالاً وعبرةً لغيره مثل أن يقطع أنفه أو لسانه أو أذنيه أو شفّتيه»، وليس في كلام الأصحاب هنا شيء محوّر بل اقتصروا على مجرد اللفظ فيرجع فيه إلى العرف، فما يعدّ تنكيلاً عرفاً يترتب عليه حكمه. والأمة في ذلك كالعبد، ومورد الرواية المملوك فلو عبّر به المصنّف كان أولى.

(و) قد يحصل العتق (بالمِلْك) فيما إذا مَلَكَ الذَّكَرُ أَحَدَ الْعُمُودَيْنِ أو إحدَى الْمُحَرَّمَاتِ نسباً أو رضاعاً، والمرأة أَحَدَ الْعُمُودَيْنِ، (وقد سبق) تحقيقه في كتاب البيع^٣.

(ويلحق بذلك مسائل:)

[المسألة الأولى:] (لو قيل لمن أعتق بعض عبده «أأعتقتهم؟») أي عبيدك بصيغة العموم من غير تخصيص بمن أعتقه، (فقال «نعم») لم يُعتَقَ سِوَى مَنْ أَعْتَقْتَهُمْ؛ لأنّ هذه الصيغة لا تكفي في العتق وإنما حُكِمَ بعتق مَنْ أعتقه بالصيغة السابقة. هذا بحسب نفس الأمر، أمّا في الظاهر فإنّ قوله «نعم» عَقِيبُ الاستفهام عن عتق عبده الذي هو جمعٌ مضافٌ مفيدٌ للعموم عند المحققين يُفِيدُ الإِقْرَارَ بعتق جميع عبيده مَنْ أَوْقَعَ عليه منهم صيغةً وغيره، عملاً بظاهر إقرار المسلم فإنّ الإقرار وإن كان إخباراً عما سبق لا يصدّق إلا مع مطابقته لأمرٍ واقعٍ في الخارج سابقٍ عليه، إلّا أنّه لا يُشْتَرَطُ العلمُ بوقوع السبب الخارجي، بل يكفي إمكانه وهو هنا حاصل فيلزم الحكم عليه ظاهراً بعتق الجميع لكلّ مَنْ لم يَعْلَمْ بفساد ذلك.

ولكنّ الأصحاب أطلقوا القول بأنّه لا يُعتَقُ إلّا مَنْ أعتقه، من غير فرق بين الظاهر

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠٢.

٢. السرائر، ج ٣، ص ٨-٩.

٣. سبق في ج ٢، ص ١٦٤، كتاب المتاجر، الفصل الثالث في بيع الحيوان.

ونفس الأمر؛ تبعاً للرواية^١، وهي ضعيفة مقطوعة فيها ما ذكر. ويقوى الإشكال لو كان من أعتقه سابقاً لا يبلغ الجمع فإن إقراره ينفيه من حيث الجمع والعموم، بل هو في الحقيقة جمع كثرة لا يطلق حقيقة إلا على ما فوق العشرة، فكيف يحمل على الواحد بحسب مدلول اللفظ لو لم يكن أعتق غيره في نفس الأمر؟! نعم، هذا يتم بحسب ما يعرفه المعيق ويدين به لا بحسب إقراره، لكن الأمر في جمع الكثرة سهل؛ لأن العرف لا يفرق بينه وبين جمع القلة وهو المحكم في هذا الباب.

واشترط بعضهم في المحكوم بعته ظاهراً الكثرة^٢؛ نظراً إلى مدلول لفظ الجمع فيلزم عتق ما يصدق عليه الجمع حقيقة ويكون في غير من أعتقه كالمشتبه، واعتذر لهم عما ذكرناه بأنه:

إذا أعتق ثلاثة من ممالكه يصدق عليه هؤلاء ممالكه حقيقة، فإذا قيل له «أأعتقت ممالكك؟» فقال «نعم» وهي تقتضي إعادة السؤال وتقريره، فيكون إقراراً بعق الممالك الذين انتفوا دون غيرهم؛ لأصالة البراءة، والإقرار إنما يحمل على المتيقن لا على ما فيه احتمال^٣.

ومما قررناه يعلم فساد الاعتذار؛ للفرق بين قوله «أعتقت ممالكه» المقتضي للعموم، وبين قوله لثلاثة «هؤلاء ممالكه»؛ لأنه حينئذ يفيد عموم المذكور دون غيره، بخلاف المطلق فإنه يفيد في جميع من يملكه بطريق الحقيقة وهذا لا احتمال فيه من جهة مدلول اللفظ، فكيف يتخصص بما لا دليل عليه ظاهراً؟! نعم، لو كان الإقرار في محل اضطراب كما لو مرّ بعاشر فأخبر بعقهم ليسلم منه أتجه القول بأنه لا يعتق إلا ما أعتقه عملاً بقرينة الحال في الإقرار، وبه وردت الرواية^٤.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ح ٨١٣.

٢. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٢-٢٠٣؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٨٢.

٣. المعتذر هو فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٨١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٧، ح ٨١٥.

[المسألة الثانية:] (ولو نَذَرَ عَتَقَ أَوَّلَ مَا تَلَدَّهُ فَوَلَدَتْ تَوَامِينِ) أي ولدين في بطن، واحدهما «تَوَامٌ» على فَوْعَلٍ، (عُتِقَا) معاً إن ولدتهما دفعةً واحدة؛ لأنَّ «ما» من صَيَغِ العموم فيشملهما، ولو ولدتهما متعاقبتين عُتِقَ الأَوَّلُ خاصَّةً. والشيخ لم يُقَيِّدْ بالدفعة^١ تَبَعاً للرواية^٢، وتَبَعَهُ جماعة^٣ منهم المصنّف هنا، وحُمِلَتْ على إرادة أوّل حملٍ. هذا إن ولدته حياً وإلّا عُتِقَ الثاني؛ لأنَّ المَيِّتَ لا يَصْلُحُ للعتق، ونذره صحيحاً يدلُّ على حياته التزاماً. وقيل: يَبْطُلُ لفوات متعلّقه^٤. ولو ولدته حرّاً أو مستحقّاً للعتق لعارض فوجهان.

(وكذا لو نَذَرَ عَتَقَ أَوَّلَ مَا يَمْلِكُهُ فَمَلَكَ جماعةً) دفعةً واحدةً بأن قَبِلَ شِراءَهُم أو تَمَلُّكُهُم في عقدٍ واحدٍ أو وَرَثَتُهُم من واحد (عُتِقُوا) أجمع؛ لما ذكرناه من العموم. (ولو قال «أَوَّلَ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ» فَمَلَكَ جماعةً أَعْتَقَ أَحَدَهُم بالقرعة)؛ لأنَّ «مملوكاً» نَكْرَةً واقعةً في الإنبات فلا تَعَمُّ بل تَصُدُقُ بواحد فلا تتناول غيره؛ لأصالة البراءة.

(وكذا لو قال «أَوَّلَ مَوْلُودٍ تَلَدُهُ») فلا فرق حينئذٍ بين نَذَرَ ما تَلَدَهُ ويمْلِكُهُ فيهما، نظراً إلى مدلول الصيغة في العموم وعدمه، وَمَنْ خَصَّ إحداهما بإحدى العبارتين والأخرى بالأخرى فقد مَثَّلَ.

هذا غاية ما بينهما من الفرق، وفيه بحث؛ لأنَّ «ما» هنا تَحْتَمِلُ المصدرية والنكرة المثبتة تَحْتَمِلُ الجنسية، فيلحق الأَوَّلُ بالثاني والثاني بالأوّل. ولا شبهة فيه عند قصده إنّما الشكّ مع إطلاقه لأنّه حينئذٍ مشتركٌ فلا يُخَصَّ بأحد معانيه بدون القرينة، إلّا أن يُدْعَى وجودها فيما ادّعوه من الأفراد، وغير بعيد ظهور الفرد المدّعى وإن احتُمِلَ

١. النهاية، ص ٥٤٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣١، ح ٨٣٤.

٣. منهم: القاضي في المذهب، ج ٢، ص ٣٦٠؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٨١؛ ويحيى بن سعيد في

الجامع للشرائع، ص ٤٠٣.

٤. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٠٣، الرقم ٥٦٥٥.

خِلافُهُ، وهو مرجَّحٌ، مع أنَّ في دلالة الجنسيَّة على تقدير إرادتها أو دلالتها على العموم نظراً؛ لأنَّه صالحٌ للقليل والكثير.

ثمَّ على تقدير التعدِّدِ والحملِ على الواحد يُستخرَجُ المَعْتَقُ بالقرعة كما ذُكِرَ؛ لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال: «أَوَّلُ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حَرٌّ، فَوَرِثَ سَبْعَةً جَمِيعاً، قال: «يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ وَيُعْتَقُ الَّذِي خَرَجَ اسْمُهُ»^١، وَالْآخَرُ مَحْمُولٌ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بِمَعْنَاهُ.

وقد يُشْكِلُ ذلك في غير مورد النصِّ بأنَّ القرعة لإخراج ما هو معلومٌ في نفس الأمر مشتبهُ ظاهراً، وهنا الاشتباه واقعٌ مطلقاً فلا تَنَوَّجَهُ القرعة في غير موضع النصِّ إلَّا أن يُمنَعَ تخصيصُها بما ذُكِرَ، نظراً إلى عموم قولهم عليه السلام: «إِنَّهَا لَكُلِّ أَمْرٍ مُشْتَبِهٍ»^٢، لكن خصوصيَّة هذه العبارة لم تَصِلْ إلينا مستندةً على وجه يُعْتَمَدُ وإن كانت مشهورة.

وقيل: يَتَخَيَّرُ في تعيين مَنْ شاء^٣؛ لرواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام في المسألة بعينها، لكنَّ الرواية ضعيفةُ السند، ولولا ذلك لكان القول بالتخيير وحملُ القرعة على الاستحباب طريقَ الجمع بين الأخبار، والمصنَّف (رحمه الله) في الشرح اختار التخيير جمعاً مع اعترافه بضعف الرواية^٤.

وربما قيل ببطْلانِ النذر^٥، لإفادة الصيغة وحدةَ المَعْتَقِ ولم تُوجَدْ. وربما احتُمِلَ عتق الجميع؛ لوجود الأولويَّة في كلِّ واحد كما لو قال: «مَنْ سَبَقَ فَلَهُ كَذَا» فسَبَقَ جماعةٌ^٦، والفرق واضح.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ح ٨١١.

٢. لم نعر عليه بلفظه راجع تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٣: الخلاف، ج ٦، ص ٣٣٨، المسألة ١٠: كنز العرفان، ج ٢، ص ٢٠-٢٩.

٣. حكاه عن ابن الجيند العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠، المسألة ١٠.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ح ٨١٢.

٥. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٤٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٦. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٢.

٧. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٢.

[المسألة الثالثة:] (ولو نَذَرَ عِتْقَ أَمَتِهِ إِنْ وَطَّئَهَا فَأَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ) قبل الوطء (ثُمَّ أَعَادَهَا) إِلَى مِلْكِهِ (لَمْ تَعُدَّ الْيَمِينُ)؛ لصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن الرجل تكون له الأَمَةُ فيقول: يوم يَأْتِيهَا فِيهِ حَرَّةٌ ثُمَّ يَبِيعُهَا مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ يَشْتَرِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ. قال: «لا بأسُ بِأَنْ يَأْتِيَهَا قَدْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ»^١. وَحِيلَ مَا أُطْلِقَ فِيهَا مِنَ التَّعْلِيقِ عَلَى النَّذْرِ^٢ لِيُؤْفَقَ الْأَصُولُ، وَيَشْهَدَ لَهُ أَيْضاً تَعْلِيلُهُ الْإِتْيَانُ بِخُرُوجِهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَنْذُوراً لَمْ يَتَوَقَّفْ ذَلِكَ عَلَى الْخُرُوجِ كَمَا لَا يَخْفَى. وَلَوْ عَمَّ النَّذْرُ بِمَا يَتَشَمَّلُ الْمَلِكُ الْعَائِدَ فَلَا إِشْكَالَ فِي بَقَاءِ الْحُكْمِ.

وفي تعديته إلى غير الوطء من الأفعال وإلى غير الأَمَةِ وجهان: من كونه قياساً، وإيماءً النَّصِّ إِلَى الْعَلَّةِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ، وَالْمَتَّجِعَةُ التَّعْدِي نَظْراً إِلَى الْعَلَّةِ. وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضاً جَوَازُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَنْذُورِ الْمُعْلَقِ عَلَى شَرْطٍ لَمْ يُوجَدِ، وَهِيَ مَسْأَلَةٌ إِشْكَالِيَّةٌ. وَالْعَلَّامَةُ اخْتَارَ فِي التَّحْرِيرِ عِتْقَ الْعَبْدِ لَوْ نَذَرَ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُوَ حَرٌّ، فَبَاعَهُ قَبْلَ الْفِعْلِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ثُمَّ فَعَلَ^٣، وَلَوْهُ اسْتَقْرَبَ عَدَمَ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَنْذُورِ الْمُعْلَقِ عَلَى الشَّرْطِ قَبْلَ حَصُولِهِ^٤، وَهَذَا الْخَبْرُ حَجَّةٌ عَلَيْهِمَا.

[المسألة الرابعة:] (ولو نَذَرَ عِتْقَ كُلِّ مَمْلُوكٍ قَدِيمٍ انْصَرَفَ) النَّذْرُ (إِلَى مَنْ مَضَى عَلَيْهِ فِي مَلِكِهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ) فَصَاعِداً، عَلَى الْمَشْهُورِ. وَبِمَا قِيلَ: إِنَّهُ إِجْمَاعٌ^٥، وَمُسْتَنْدَهُ رَوَايَةٌ^٦ ضَعِيفَةُ السَّنَدِ، وَاعْتِمَادُهُم الْآنَ عَلَى الْإِجْمَاعِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي تَعْدِيتهِ إِلَى نَذْرِ الصَّدَقَةِ بِالْمَالِ الْقَدِيمِ وَنَحْوِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَدِيمَ قَدْ صَارَ حَقِيقَةً شَرْعِيَّةً فِي ذَلِكَ فَيَتَعَدَّى، وَيُؤَيِّدُهُ تَعْلِيلُهُ فِي الرِّوَايَةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ عَادَ

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ح ٨١٤.

٢. راجع مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٣، المسألة ١١.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢١٠، ذيل الرقم ٥٦٦٣.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٨٤.

٥. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٨٣.

٦. وهي رواية أبي سعيد الكاري تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣١، ح ٨٣٥.

كَالْعَزْجُونِ الْقَدِيمِ^١ فَإِنَّهُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْقِدَمِ بِالْمَدَّةِ الْمَذْكُورَةِ مُطْلَقاً؛^٢ وَمِنْ مَعَارِضَةِ
اللُّغَةِ وَالْعَرَفِ وَمَنْعِ تَحْقِيقِهِ شَرْعاً لُضْعَفُ الْمُسْتَدَدِّ^٣، وَالْإِجْمَاعُ إِنْ تَبَيَّنَ اخْتِصَاصُ بِمُورَدِهِ.
وَالْأَقْوَى الرَّجُوعُ فِي غَيْرِ الْمَنْصُوصِ إِلَى الْعَرَفِ. وَفِيهِ لَوْ قَصَرَ الْكُلُّ عَنْ سِتَّةِ فِئِي
عَتَقِي أَوْلَهُمْ تَمَلُّكاً أَوْ تَعَدُّدَ، أَوْ بَطْلَانِ النَّذْرِ وَجِهَانِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ اتَّفَقَ مِلْكُ
الْجَمِيعِ دَفْعَةً فِي انْعَتَاقِ الْجَمِيعِ أَوْ الْبَطْلَانِ لَفَقْدِ الْوَصْفِ الْوَجِهَانِ. وَالْأَقْوَى الْبَطْلَانُ
فِيهِمَا؛ لِدَلَالَةِ اللَّغَةِ وَالْعَرَفِ عَلَى خِلَافِهِ وَقَدْ نَصَّ.

وَاعْلَمْ أَنَّ ظَاهِرَ الْعِبَارَةِ كَوْنُ مَوْضِعِ الْوِفَاقِ نَذَرَ عَتَقِ الْمَمْلُوكِ، سِوَاءٍ فِيهِ الذِّكْرُ
وَالْأُنْثَى، وَهُوَ الظَّاهِرُ؛ لِأَنَّ مُسْتَدَدَّ الْحُكْمِ غُبَّرَ فِيهِ بِالْمَمْلُوكِ. وَالْعَلَامَةُ جَعَلَ مُورَدَهُ الْعَبْدَ،
وَأَسْتَشْكِلُ الْحُكْمَ فِي الْأَمَةِ كَغَيْرِهَا مِنَ الْمَالِ^٤، وَاعْتَذِرْ لَهُ وَلَدَهُ بِأَنَّ مُورَدَ الْإِجْمَاعِ الْعَبْدُ
وَإِنْ كَانَ النَّصُّ أَعَمَّ لُضْعْفِهِ^٥، وَإِبْثَابُ مَوْضِعِ الْإِجْمَاعِ فِي ذَلِكَ لَوْ تَمَّ لَا يَخْلُو مِنْ عُسْرِ.
[الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ:] (وَلَوْ اشْتَرَى أَمَةً نَسِيئَةً وَأَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا وَجَعَلَ عِتْقَهَا
مَهْرَهَا) كَمَا هُوَ مُورَدُ الرِّوَايَةِ^٦ (أَوْ تَزَوَّجَهَا) بَعْدَ الْعَتَقِ (بِمَهْرٍ) أَوْ مَفْوُضَةً؛ لِاشْتِرَاكِ
الْجَمِيعِ فِي الْوَجْهِ، (ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُخَلَّفْ شَيْئاً) لِيُوفَى مِنْهُ ثَمْنُهَا (نَقْدَ الْعَتَقِ)؛ لَوْ قُوعَهُ
مِنْ أَصْلِهِ صَحِيحاً (وَلَا تَعُودَ رِقاً)؛ لِأَنَّ الْحَرَّ لَا تَطْرَأُ عَلَيْهِ الرِّقَّةُ فِي غَيْرِ الْكَافِرِ (وَلَا)
يَعُودُ (وَلَدُهَا) مِنْهُ رِقاً أَيْضاً؛ لِانْقِدَادِهِ حَرّاً كَمَا ذُكِرَ (عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ الْأُصُولُ) الشَّرْعِيَّةُ؛
فَإِنَّ الْعَتَقَ وَالنِّكَاحَ صَادَقَا مِلْكاً صَحِيحاً، وَالْوَلَدَ انْقَدَّ حَرّاً، فَلَا وَجْهَ لِبَطْلَانِ ذَلِكَ.

(وَفِي رِوَايَةِ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ الصَّحِيحَةِ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ: «رِقُّهَا

١. يس (٣٦): ٣٩.

٢. انظر السرائر، ج ٣، ص ١٣.

٣. منهم: العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٣؛ والشهيد الأول في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٦٤ (ضمن

موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٣.

٥. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٨٣.

٦. تأني عن قريب.

ورِقُّ ولِدِها لمولاهَا الأوَّل) الذي باعها ولم يَقْبِضْ ثَمَنَها. ولفظُ الرواية: قال أبو بصير: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريةً بِكَراً إلى سَنَةِ فلَمَّا قَبِضَها المشتري أَعْتَقَها من الغد وتَرَوَّجَها وجَعَلَ مَهْرَها عَتَقَها، ثم مات بعد ذلك بشهر. فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مالٌ أو عَقْدَةٌ تُحِيطُ بقضاء ما عليه من الدين في رقبِها فَإِنَّ عِتْقَها ونكاحَها جائز، وإن لم يَمِلِكْ مالاً أو عَقْدَةً تُحِيطُ بقضاء ما عليه من الدين في رقبِها فَإِنَّ عِتْقَها ونكاحَها باطل؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ ما لا يَمِلِكُ وأَرى أَنَّها رِقٌّ لمولاهَا الأوَّل». قيل له: فإن كانت قد عَلِقَتْ مِنَ الذي أَعْتَقَها وتَرَوَّجَها ما حَالٌ ما في بطنِها؟ فقال: «الذي في بطنِها مع أُمِّه كهيئتِها»^١.

وهذه الرواية منافية للأصول بظاهرها؛ للإجماع على أَنَّ الْمُعْسِرَ يَمْلِكُ ما اشتراه في الذمة، ويَصِحُّ عِتْقُها ويَصِيرُ ولَدُها حرّاً. فالحكم بكون عِتْقِها ونكاحِها باطلين وأَنَّهُ أَعْتَقَ ما لا يَمْلِكُ، لا يطابق الأصول، ومقتضاها أَنَّهُ متى قَصَرَ مالُه عن مجموع ثَمَنِها يكون الحكمُ كذلك وإنْ قَلَّ. لكن عَمِلَ بمضمونها الشيخ^٢ وجماعة^٣ لصَحَّتِها، وجوازِ استثناء هذا الحكم من جميع الأصول لعلَّةٍ غيرِ معقولة.

وعلى هذا لا فرق بين من جُعِلَ عِتْقُها مَهْرَها وغيرها كما نَبَهَ عليه المصنّف بقوله «أو تزوّجها بمهر»، ولا يَتَقَيَّدُ الأَجَلُ بالسنة، ولا فرق بين البكر والثيب، مع احتمال اختصاص الحكم بما قُيِّدَ في الرواية^٤.

ولو كان بدلُها عبداً قد اشتراه نسيئَةً وأَعْتَقَها ففي إلحاقها بها وجهٌ؛ لِاتِّحَادِ الطريق، وكذا في تعدّي الحكم إلى الشراء نقداً، أو بعضَه ولم يَدْفَعْ المَالَ. ومضمونُ الرواية موته قبل الولادة فلو تَقَدَّمَتْ على موته فأقوى إشكالاً في عودِه رِقّاً؛ للحكم بحرّيَّتِه حين ولادته، بخلاف الحمل لإمكان توهُّمِ كونِ الحكم لتبعيّة الحمل للحامل.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠٢، ح ٧١٤.

٢. النهاية، ص ٤٩٧ - ٤٩٨.

٣. منهم: القاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٢٤٨؛ ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٠٣.

٤. تقدّم في الهامش ١.

وَمَنْ خَالَفَ ظَاهِرَ الرواية - وهم الأكثر^١ - اختلفوا في تنزيلها، فحملها العلامة على كون المشتري مريضاً وصادفَ عتقه ونكاحه وشراؤه مرضَ الوفاة، فيكون الحكم ما ذُكر فيها^٢؛ لأنه حينئذٍ يكون العتق مُراعئاً فإذا مات مُعسراً كذلك ظَهَرَ بطلانه، ورَدَّه المصنّف (رحمه الله) بأنَّ ذلك لا يَتِمُّ في الولد^٣؛ لانعقاده حالَ الحكم بحرّية أمّه والحرُّ المسلم لا يصير رِقاً، وهو لا يَقْصُرُ عَمَّنْ تَوَلَّدَ مِنْ وَطءِ أَمَةٍ الغير بشبهةٍ أو شِراءٍ فاسدٍ مع جهله. وَحَمَلَهَا آخَرُونَ على فساد البيع^٤، وَيُنَافِيهِ قَوْلُهُ في الرواية «إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَعَتَقَهُ جَانِزٌ». وَحُمِلَتْ عَلَى أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ مُضَارَّةً، والعتق يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَرَبَةُ، وهذا الحمل نقله المصنّف (رحمه الله) عن الشيخ طُومان بن أحمد العاملي المناري (رحمه الله)، ورَدَّه بِأَنَّهُ لَا يَتِمُّ أَيْضاً فِي الْوَلَدِ. ورَدَّهَا ابْنُ إِدْرِيسٍ لَدَلِكِ مَطْلَقاً، وهو الْأَنْسَبُ. (وَعِتْقُ الْحَامِلِ لَا يَتَنَاوَلُ الْحَمْلَ) كَمَا لَا يَتَنَاوَلُهُ الْبَيْعُ وَغَيْرُهُ لِلْمَغَايِرَةِ، فَلَا يَدْخُلُ أَحَدُهُمَا فِي مَفْهُومِ الْآخَرِ، سِوَاءِ اسْتِثْنَاءِ أُمٍ لَا وَسِوَاءِ عِلْمٍ بِهِ أَمْ لَا، (إِلَّا عَلَى رِوَايَةٍ) السَّكُونِيَّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ، فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ أَمَةً وَهِيَ حُبْلَى فَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا. قَالَ: «الْأَمَةُ حُرَّةٌ وَمَا فِي بَطْنِهَا حُرٌّ لِأَنَّ مَا فِي بَطْنِهَا مِنْهَا»^٥، وَعَمِلَ بِمَضْمُونِهَا الشَّيْخُ^٦ وَجَمَاعَةٌ^٧، وَضَعَفُ سَنَدِهَا يَمْنَعُ مِنَ الْعَمَلِ بِهَا مَعَ أَنَّهَا ظَاهِرَةٌ فِي النِّقْيَةِ.

١. راجع غايه المراد، ج ٣، ص ٨٩ - ٩٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٢. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٩١، ذيل المسألة ٢٠٤.

٣. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٤. حكاية الشهيد في غايه المراد، ج ٣، ص ٩٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)، وفيه: حملت... راجع ترجمة الشيخ

طومان المناري في أعيان الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٢؛ ومعجم رجال الحديث، ج ١٠، ص ١٨٤ الرقم ٦٠٣٠.

٦. السرائر، ج ٣، ص ١٤؛ وج ٢، ص ٦٣٩.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٦، ح ٨٥١.

٨. النهاية، ص ٥٤٥.

٩. منهم: القاضي بن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٦١؛ وابن حمزة في الوسيطة، ص ٣٤٢؛ حكاية عن ابن الجنيّد

العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٩، المسألة ١٧.

(كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء)

[النظر] (الأول) [في التدبير]

(التدبير تعليقُ عتقِ عبده) أو أمته (بوفاته)، تفعيلٌ من الدُّبُر فإنَّ الوفاةَ دُبُرُ الحياة، (أو تعليقُه على وفاة زوج المملوكة) التي دُبِّرَها فعَلَّقَ عتَقَها على وفاة زوجها، (أو) وفاة (مخدوم العبد) أو الأمة أيضاً؛ لجواز إعارتها للخدمة، بل هي المنصوصة كما سيأتي^١.

وصحَّته في الأول إجماعي وفي الآخرَين (على قولٍ مشهورٍ)^٢؛ لأنَّ العتقَ لما قَبِلَ التأخيرَ - كقبوله للتنجيز، ولا تفاوت بين الأشخاص - جاز تعليقُه بوفاة غير المالك ممَّن له ملابسةٌ كزوجية وخدمة، وللأصل، ولصحيحة يعقوب بن شعيب، أَنَّهُ سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فقال: هي لفلان تَخْدِمُهُ ما عاش فإذا مات فـهـي حرة فتَأْتِي الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثمَّ يجدها وَرَثَتُهُ، أَلْهَمَ أن يستخدموها بعد ما أبقت. فقال: «لا، إذا مات الرجل فقد عَتَقَتْ»^٣، وحُملَ عليه الزوجية لشدة المشابهة، ولا يَتَعَدَّى إلى غيرهما لبعده عن النصِّ. وربما قيل بالتعدي مطلقاً من غير اعتبار الملابسة^٤؛ لمفهوم الدليل الأول.

١. يأتي عن قريب.

٢. منهم: ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٣٧٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٤٥؛ والمحقق في شرائع الإسلام،

ج ٣، ص ٨٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٤، ح ٩٦٥.

٤. حكاه عن ابن الجينيد الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

وفي مقابلة المشهور قولُ ابنِ إدريس باختصاصه بوفاة المولى^١، عملاً بالمتيقن، ودعوى أنه شرعاً كذلك، ولبطلانه بالإباق، والرواية تَضَمَّنَتْ خلافه. والنصُّ الصحيح يَدْفَعُ الاقتصارَ، والثاني مصادرةً، والملازمةُ بين إياقه من المالك ومن المخدوم ممنوعة؛ للفرق بمقابلته نعمة السيد بالكفران، فقولُ بنقيضه كقاتل العمد في الإرث، بخلاف الأجنبي.

واعلم أنَّ القولَ المشهورَ هو تَعْدِيَّتُهُ من موت المالك إلى المخدوم كما هو المنصوص، وأما إلحاق الزوج فليس بمشهور، كما اعترف به المصنّف في الشرح^٢، فالشهرةُ المحكيّةُ هنا إن عادت إلى الأخير لَزِمَ القطعُ بالأوّلِ دونهُ، وهو خلاف الظاهر، بل ينبغي العكس، وإن عادت إليهما لم يَتِمَّ الشهرةُ في الزوج إلا أن يُجْعَلَ له مع الزوجيّة الخدمة، والوقوفُ على موضع النصِّ والوفاء حسنٌ.

(والوفاةُ) المعلقُ عليها (قد تكون مطلقةً) غيرَ مقيّدةٍ بوقتٍ ولا مكانٍ ولا صفةٍ (وقد تكون مقيّدةً) بأحدها كـ«هذه السنة» أو «في هذه البلد» أو «المرض». والتعليقُ عليهما جائز فلا يَتَخَرَّرُ في المقيّد بدون القيد (كما تقدّم في الوصيّة) مِن جوازها بعد الوفاة مطلقاً ومقيّداً.

(والصيغةُ) في التدبير (أنت حرّ أو عتيق أو مُعتق بعد وفاتي) في المطلق، (أو بعد وفاة فلان) الزوج أو المخدوم، أو «بعد وفاتي هذه السنة»، أو «في هذا المرض»، أو «في سفري هذا» ونحو ذلك في المقيّد.

ويُستفاد من حصر الصيغة فيما ذُكِرَ أنه لا يَنعَقِدُ بقوله «أنت مُدَبِّرٌ» مقتصرأً عليه، وهو أحد القولين في المسألة^٣؛ لأنّ التدبيرَ عتقٌ معلقٌ على الوفاة كما استُفيد من

١. السرائر، ج ٣، ص ٣٠-٣١.

٢. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٦١-٢٦٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٣. ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٤٠٩، المسألة ٢؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٨٨؛ والقول بالانقياد للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٣؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٥٤٣.

تعريفه فيتنحصر في صيغة تُفيده. ووجه الوقوع بذلك أن التدبير حقيقة شرعية في العتق المخصوص فيكون بمنزلة الصيغة الصريحة فيه، وفي الدروس اقتصر على مجرد نقل الخلاف^١، والوجه عدم الوقوع.

ولا يقع باللفظ مجرداً بل (مع القصد إلى ذلك) المدلول، فلا عبرة بصيغة الغافل والساهي والنائم والمكروه. (ولا يُشترط) في صحته نية (التقرب) به إلى الله تعالى وإن تَوَقَّف عليه حصول الثواب على الأقوى؛ للأصل، ولأنه وصية لا عتق بصفة. وقيل: يُشترط^٢ بناءً على أنه عتق، وإلا لافتقر إلى صيغة بعد الوفاة، وشرطه القربة. ويتفرع عليهما صحة تدبير الكافر مطلقاً أو مع إنكاره الله تعالى كما سلف^٣.

(وشرطها) أي شرط صيغة التدبير (التنجيز) فلو علّقها بشرط أو صفة كـ«إن فعلت كذا أو طلعت الشمس فأنت حرّ بعد وفاتي» بطل، (وأن يُعلّق بعد الوفاة بلا فصل فلو قال «أنت حرّ بعد وفاتي بسنة») مثلاً (بطل). وقيل: يصحّ فيهما، ويكون في الثاني وصيةً بعتقه^٤، وهو شاذ.

(وشرط المباشر الكمال) بالبلوغ والعقل (والاختيار وجواز التصرف) فلا يصح من الصبي وإن بلغ عشرًا، ولا المجنون المُطَبِّق مطلقاً ولا ذي الأدوار فيه، ولا المكروه ولا المحجور عليه لسفه مطلقاً، على الأقوى. وقيل: لا^٥؛ لانتفاء معنى الحجر بعد الموت، ويضعف بأنّ الحجر عليه حيّاً يمنع العبارة الواقعة حالتها فلا تؤثر بعد الموت. أمّا المحجور عليه لفلس فلا يمنع منه؛ إذ لا ضرر على الغرماء فإنه إنما يُخرج بعد الموت من ثلث ماله بعد وفاء الدين. ومثله مطلق وصيته المتبرّع بها. وينبغي التنبيه على خروجه من اشتراط جواز التصرف، إلا أن يُدعى أن المفلس جائز التصرف

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٣٠.

٣. سلف في ص ٣٦٣.

٤. حكاه عن ابن الجنيّد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٠٢، المسألة ٥١.

٥. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥٦٣.

بالنسبة إلى التدبير وإن كان ممنوعاً منه في غيره، لكن لا يخلو من تكلف.

(ولا يُشترط) في المدبر (الإسلام) كما لا يُشترط في مطلق الوصية (فتصح مباشرة الكافر) التدبير (وإن كان حربياً) أو جاحداً للرؤية؛ لما تقدّم من عدم اشتراط القرية، وللأصل.

(فإن دبر) الحربى حربياً (مثله واسترق أحدهما) بعد التدبير (أو كلاهما، بطل التدبير)، أما مع استرقاق المملوك فظاهر؛ لبطان ملك الحربى له المناهية للتدبير، وأما مع استرقاق المباشر فلخروجه عن أهلية الملك وهو يقتضي بطلان كل عقد وإيقاع جائزين.

(ولو أسلم) المملوك (المدبر) من كافر (بيع على الكافر) قهراً (وبطل تدبيره)؛ لانتفاء السبيل له على المسلم بالآية^١، ولقوله ﷺ: «الإسلام يَغْلُو ولا يُغْلَى عليه»^٢ وطاعة المولى غلوه منه والتدبير لم يُخرجه عن الاستيلاء عليه بالاستخدام وغيره. وقيل: يتخير المولى بين الرجوع في التدبير فبيع عليه، وبين الحيلولة بينه وبينه وكسبه للمولى، وبين استسعائه في قيمته^٣، وهو ضعيف لا دليل عليه. نعم، لو مات المولى قبل البيع عتق من ثلثه، ولو قصر ولم يُجزِ الوارث فالباقى رقب، فإن كان الوارث مسلماً فله وإلا بيع عليه من مسلم.

(ولو حملت المدبرة من مملوك) بزنى أو شبهة أو عقد على وجه يملكه السيد (فولدها مدبر) كأُمّه. ويشكل في الزنى مع علمها لعدم لحوقه بها شرعاً، لكن الشيخ وجماعة أطلقوا الحكم^٥، والمصنف في الدروس قيده بكونه من مملوك المدبر فلو كان

١. النساء (٤): ١٤١.

٢. الفقيه، ج ٤، ص ٣٣٤، ح ٥٧٢٢: السنن الكبرى، البيهقي، ج ٦، ص ٣٣٨، ح ١٢١٥٥.

٣. قال به ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٣٧١.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٥: النهاية، ص ٥٥٢.

٥. منهم: ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٣٦٧؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٨٨؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٦.

من غيره لم يكن مدبراً، واستشكل حكم الزنى^١. والأخبار^٢ مطلقة في لحوق أولادها بها في التدبير حيث يكونون أرقاء، فالقول بالإطلاق أوجه. نعم، اشتراط إلحاقهم بها في النسب حسنٌ ليحقق النسب.

واعلم أن «الولد» بفتح الواو واللام وبضمها فسكونها، يُطلق على الواحد والجمع، وقد يكون الثاني جمعاً لوُلِدَ كَأَسَدٌ وَأُسْدٌ.

ويجوز وطء المدبرة ولا يكون رجوعاً، (ولو حَمَلَتْ من سيدها صارت أمً وُلِدَ) ولم يَطل التدبير (فَتَعَتَّقَ) بعد موته (من الثلث) بسبب التدبير، (فإن فَضَلَتْ) قيمتها عن الثلث (فمن نصيب الولد) يُعْتَقَ الباقي.

(ولو رَجَعَ) المولى (في تدبيرها) ولها وَلَدٌ (لم يكن) رجوعه في تدبيرها (رجوعاً) في تدبير وَلَدِها) لعدم الملازمة بينهما وتحقيق الانفكاك وعدم دلالة عليه بإحدى الدلالات.

(ولو صَرَّحَ بالرجوع في تدبيره) أي تدبير الولد (فقولان): أحدهما: الجواز^٣، كما يجوز الرجوع في تدبيرها لكون التدبير جائزاً فيصح الرجوع فيه والفرع لا يزيد على أصله.

والثاني: - وهو الذي اختاره الشيخ مدعي الإجماع^٤، وجماعة^٥ منهم المصنف في الدروس^٦، وهو (المروئي) صحيحاً عن أبيان بن تغلب عن الصادق عليه السلام^٧ - (المنع)؛

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٩ - ٢٦٠، ح ٩٤١ و ٩٤٦ و ٩٤٨.

٣. ذهب إليه ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٣٢ - ٣٣؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٦؛ وولده في إيضاح القوائد، ج ٣، ص ٥٤٩.

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٤١٦، المسألة ١٤.

٥. منهم: القاضي في المهذب، ج ٢، ص ٣٦٧؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٤٦؛ والمحقق في المختصر النافع، ص ٣٣٥.

٦. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٣ - ١٨٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٧. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبر، ح ٦.

ولأنه لم يباشر تدبيره وإنما حُكِمَ به شرعاً فلا يباشر رده في الرق، وبهذا يحصل الفرق بين الأصل والفرع.

(ودخول الحمل في التدبير للأتم مروياً) في الصحيح عن الحسن بن علي الوشاء عن الرضا عليه السلام، قال: سألت عن رجل دبّر جاريةً وهي حُبلى. فقال: «إن كان عليم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم فما في بطنها رق»^١. والرواية كما تَرى دالة على اشتراط دخوله بالعلم به لا مطلقاً، فكان على المصنف أن يَقِيده حيث نسبته إلى الرواية. نعم، ذهب بعضُ الأصحاب إلى دخوله في تدبيرها مطلقاً^٢ كما يدخل لو تجدد إلا أنه غيرُ مروى، وبمضمون الرواية أفتى الشيخُ في النهاية^٣ وجماعة^٤؛ (كعقّق الحامل) فإنه يَتَبَعُها الحملُ على الرواية السابقة.

والأظهر عدمُ دخوله فيها مطلقاً، وحُمِلَتْ هذه الرواية على ما إذا قَصَدَ تدبير الحمل مع الأتم، وأُطْلِقَ العلمُ على القصد مجازاً؛ لأنه مسبَّب عنه، وقد رَوَى الشيخُ أيضاً في الموثّق عن الكاظم عليه السلام عدم دخوله مطلقاً، فالحملُ طريقُ الجمع.

(ويَتَحَرَّرُ المدبّر) بعد الموت (من الثلث) كالوصيّة، (ولو جامع الوصايا) كان كأحدها (وقدّم الأول فالأول) إن لم يكن فيها واجب. (ولو كان على الميّت دينٌ قدّم الدين) من الأصل، سواء كان متقدماً على التدبير أم متأخراً، ومنه الوصيّة بواجب ماليٍّ، (فإن فَضَلَ) من التركة (شيء) ولم يكن هناك وصيّة تُقدّم عليه (عُتِقَ من المدبّر ثلث ما بقي) إن لم يَزِدْ عن قيمته كغيره من الوصايا المتبرّع بها، حتّى لو لم يَفْضَلْ سواء

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبّر، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٠، ح ٩٤٦ في المصادر؛ جاريتة.

٢. كابين البراج في المهدّب، ج ٢، ص ٣٦٧.

٣. النهاية، ص ٥٥٢.

٤. منهم: ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٤٦؛ ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٠٨؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٥. كالعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٩٦، المسألة ٤٥.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٠، ح ٩٤٧.

عَتَقَ ثَلَاثَهُ، فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ عَنِ الدِّينِ شَيْءٌ بَطَلَ التَّدْبِيرُ.

وَلَوْ تَعَدَّدَ الْمَدْبِيرُ وَالتَّدْبِيرُ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ وَبَطَلَ مَا زَادَ عَنِ الثَّلَاثِ إِنْ لَمْ يُجَزَّ الْوَارِثُ، وَإِنْ جُهِلَ التَّرْتِيبُ أَوْ دَبَّرَ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ اسْتُخْرِجَ الثَّلَاثُ بِالْقَرَعَةِ، وَبِالْجُمْلَةِ فَحَكْمُهُ حَكْمُ الْوَصِيَّةِ.

هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ التَّدْبِيرُ مَتَبَرِّعاً بِهِ وَعُلِّقَ عَلَى وَفَاةِ الْمَوْلَى لِيَكُونَ كَالْوَصِيَّةِ، فَلَوْ كَانَ وَاجِباً بِنَذَرٍ وَشَبَّهِهَ حَالُ الصَّحَّةِ أَوْ مَعْلَقاً عَلَى وَفَاةِ غَيْرِهِ فَمَاتَ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى فَهُوَ مِنَ الْأَصْلِ، وَلَوْ مَاتَ بَعْدَ الْمَوْلَى فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ أَيْضاً.

هَذَا إِذَا كَانَ النَّذْرُ مِثْلًا «لِلَّهِ عَلَيَّ عَتَقْتُ عَبْدِي بَعْدَ وَفَاتِي» وَنَحْوَهُ. أَمَّا لَوْ قَالَ: «لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَدَبِّرَ عَبْدِي» فَفِي إِحْقَاقِهِ بِهِ فِي خُرُوجِهِ مِنَ الْأَصْلِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِمَقْتَضَى الصِّيغَةِ هُوَ إِيقَاعُ التَّدْبِيرِ عَلَيْهِ، فَإِذَا فَعَلَهُ وَفَى بِنَذَرِهِ وَصَارَ التَّدْبِيرُ كَغَيْرِهِ لَدُخُولِهِ فِي مَطْلَقِ التَّدْبِيرِ، وَمِثْلُهُ مَا لَوْ نَذَرَ أَنْ يُوصِيَ بِشَيْءٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ، أَمَّا لَوْ نَذَرَ جَعَلَهُ صَدَقَةً بَعْدَ وَفَاتِهِ أَوْ فِي وَجْهِ سَائِفٍ فَكَانَ نَذْرُ الْعَتَقِ.

وَنَقَلَ الْمَصْنُفُ عَنْ ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ تَسَاوِيَّ الْقَسَمَيْنِ فِي الْخُرُوجِ مِنَ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ التَّزَامُ الْحَرَّتِيَّ بَعْدَ الْوَفَاةِ لَا مَجْرَدُ الصِّيغَةِ، وَنَقَلَ عَنْ ابْنِ نَمَا (رَحِمَهُ اللَّهُ) الْفَرْقَ^١ بِمَا حَكَيْنَاهُ، وَهُوَ مَتَّجِعٌ.

وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ لَا يَخْرُجُ بِالنَّذْرِ عَنِ الْمِلْكِ فَيَجُوزُ لَهُ اسْتِخْدَامُهُ وَوُطْؤُهُ إِنْ كَانَتْ جَارِيَةً. نَعَمْ، لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ عَنْ مِلْكِهِ، فَلَوْ فَعَلَ صَحَّ وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ مَعَ الْعِلْمِ، وَلَوْ نَقَلَهُ عَنْ مِلْكِهِ نَاسِئاً فَالظَّاهِرُ الصَّحَّةُ وَلَا كَفَّارَةَ لِعَدَمِ الْحِنْتِ. وَفِي الْجَاهِلِ وَجْهَانِ، وَإِحْقَاقُهُ بِالنَّاسِي قَوِيٌّ. وَلَوْ وَقَعَ النَّذْرُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ مَطْلَقاً.

(وَيَصَحُّ الرَّجُوعُ فِي التَّدْبِيرِ) الْمَتَبَرِّعِ بِهِ مَا دَامَ حَيًّا كَمَا يَجُوزُ الرَّجُوعُ فِي الْوَصِيَّةِ. وَفِي جَوَازِ الرَّجُوعِ فِي الْوَاجِبِ بِنَذَرٍ وَشَبَّهِهَ مَا تَقَدَّمَ^٢ مِنْ عَدَمِ الْجَوَازِ إِنْ كَانَتْ

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. تقدّم آنفاً.

صِغَتُهُ «لله عليَّ عتقه بعد وفاتي»، ومجيء الوجهين لو كان متعلّق النذر هو التدبير من خروجه عن عهدة النذر بإيقاع الصيغة كما حقّقناه، ومن أنّه تدبير واجب وقد أطلقوا لزومه^١.

والرجوع يصحّ (قولاً مثل «رَجَعْتُ في تدبيره») و«أبطلته» و«نَقَضْتُهُ» ونحوه، (وفعلًا كأن يَهَب) المدبّر وإن لم يَقْبِض، (أو يبيع أو يُوصي) به وإن لم يَفْسَخْه قبل ذلك أو يَقْصِد به الرجوع، على أصحّ القولين^٢. ولا فرق بين قبول الموصي له الوصيّة وردها؛ لأنّ فُسْخَها جاء من قِبَل إيجاب المالك ولا يعود التدبير بعوده مطلقاً.

(وإنكاره ليس برجوع) وإن حلف المولى لعدم الملازمة، واختلاف اللوازم فإنّ الرجوع يَسْتَلْزِم الاعتراف به وإنكاره يَسْتَلْزِم عدمه، واختلاف اللوازم يقتضي اختلاف الملزومات، ويحتَمَل كونه رجوعاً لاستلزامه رَفْعَه مطلقاً، وهو أبلغ من رفعه في بعض الأزمان. وفي الدروس قَطَعَ بكونه ليس برجوع إن جعلناه عتقاً، وتوقّف فيما لو جعلناه وصيّةً، ونَسَب القول بكونه رجوعاً إلى الشيخ^٣، وقد تقدّم اختياره أنّ إنكار الطلاق رجعة^٤. والعلامة حكّم بأنّ إنكار سائر العقود الجائزة ليس برجوع إلّا الطلاق^٥، والفرق بينه وبين غيره غير واضح.

(ويبطل التدبير بالإباق) من موله سواء في ذلك الذكّر والأنثى، لا بالإباق من عند مخدومه المعلّق عتقه على موته، وقد تقدّم ما يدلّ عليه. (فلو وُلِد له حال الإباق) أولاد من أمّة لسيّده أو غيره حيث يلحق به الولد، أو حرّة عالميّة بتحريم نكاحه (كانوا رِقاً) مثله، (و) أولادُه (قبله على التدبير) وإن بطل في حقّه؛ استصحاباً للحكم السابق فيهم مع عدم المعارض.

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٢٢١، الرقم ٥٦٩٤.

٢. راجع للقولين مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٨٩-٩٣، المسألة ٤٤.

٣. الدروس الشرعيّة، ج ٢، ص ١٨٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠)؛ النهاية، ص ٥٥٢.

٤. تقدّم في ص ٢٨٩.

٥. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٨-٢٢٩.

(ولا يبطل) التدبيرُ (بارتداد السيّد) عن غير فطرة فيُعتَق لو مات على رِدّته، أمّا لو كان عن فطرة ففي بطلانه نظر: من انتقال ماله عنه في حياته، ومن تنزيلها منزلة الموت فيُعتَق بها. والأقوى الأول، ولا يلزَم من تنزيلها منزلة الموت في بعض الأحكام ثبوته مطلقاً، وإطلاق العبارة يقتضي الثاني، وقد استشكل الحكم في الدروس^٢ لما ذكرناه.

(و) كذا (لا) يبطل (بارتداد العبد إلا أن يُلْحَق بدار الحرب) قبل الموت؛ لأنّه إباق، ولو التحق بعده تَحَوَّرَ من الثلث. والفارق بين الارتداد والإباق - مع أنّ طاعة الله أقوى، فالخروج عنها أبلغ من الإباق - النص^٣، وقد يُقَرَّب بغناء الله تعالى عن طاعته له، بخلاف المولى مع أنّ الإباق يَجْمَع معصية الله تعالى والمولى، بخلاف الارتداد ففوة الارتداد ممنوعة.

(وكسب المدبّر في الحياة) أي حياة المولى (للمولى؛ لأنّه رِقٌّ) لم يخرج بالتدبير عنها. (ولو استفاده بعد الوفاة فله جميع كسبه إن خرج من الثلث، وإلا فبنسبة ما عُتِقَ منه والباقي) من كسبه (للوarith).

هذا إذا كان تدبيره معلقاً على وفاة المولى، فلو كان معلقاً على وفاة غيره وتأخّرت عن وفاة المولى فكسبه بعد وفاة مولاه ككسبه قبلها؛ لبقائه على الرقبة. ولو ادّعى بعد الموت تأخّر الكسب وأنكره الوارثُ حَلَفَ المدبّر؛ لأصالة عدم التقدّم.

١. راجع غاية المراد، ج ٣، ص ٢٦٣ - ٢٦٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. الكافي، ج ٦، ص ٢٠٠، باب الإباق، ح ٤.

(النظر الثاني في الكتابة)

واشتقاقها من الكُتُب وهو الجمع لانضمام بعض النجوم إلى بعض، ومنه «كُتِبَتْ الحروف»، وهو مبنيٌّ على الغالبِ أو الأصلِ من وضعها بآجالٍ متعدّدةٍ، وإلاّ فهو ليس بمعتبرٍ عندنا وإنِ اشترطنا الأجل.

(وهي مستحبّةٌ مع الأمانة) وهي الديانة، (والتكسّب)؛ للأمر بها في الآية مع الخير^١، وأقلُّ مراتبه الاستحباب. وفُسِّر الخيرُ بهما^٢ لإطلاقه على الأوّل في مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللَّهُ﴾^٣، ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾^٤، وعلى الثاني في مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾^٥، ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾^٦ فحُمِلَ عليهما بناءً على جواز حمل المشترك على كلا معنَييه إمّا مطلقاً أو مع القرينة وهي موجودة؛ لصحیحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، في قول الله عزّ وجلّ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^٧ قال: «إِنْ عَلِمْتُمْ لَهُمْ دِينًا وَمَالًا»^٨. رواه الكليني بسندٍ صحيحٍ، وحينئذٍ يندفع ما قيل: إِنْ استعملَ المشترك في معنَييه مرجوحٌ أو مجازٌ لا يُصار إليه^٩. نعم،

١. النور (٢٤): ٣٣: ﴿فَكَاتِبُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾.

٢. راجع التبيان، ج ٧، ص ٣٨٣، ومجمع البيان، ج ٧، ص ١٤٠، ذيل الآية.

٣. البقرة (٢): ١٩٧.

٤. الزلزلة (٩٩): ٧.

٥. العاديات (١٠٠): ٨.

٦. البقرة (٢): ١٨٠.

٧. النور (٢٤): ٣٣.

٨. الكافي، ج ٦، ص ١٨٧، باب المكاتب، ح ١٠.

٩. قال به الفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٦٩.

رُوِيَ فِي التَّهْذِيبِ عَنِ الْحَلْبِيِّ صَحِيحاً عَنْهُ عليه السلام فِي الْآيَةِ قَالَ: «إِنْ عَلِمْتُمْ لَهُمْ مَالاً»^١ بِغَيْرِ ذِكْرِ الدِّينِ، وَالْمُثَبِّتُ مُقَدِّمٌ.

(وَمَتَأَكَّدُ) الْاسْتِحْبَابَ (بِالْتِمَاسِ الْعَبْدَ) مَعَ جَمْعِهِ لِلْوَصْفَيْنِ، أَمَّا مَعَ عَدَمِهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا فَلَا، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ، وَفِي النَّافِعِ أَنَّهَا تَتَأَكَّدُ بِسُؤَالِ الْمَمْلُوكِ... وَلَوْ كَانَ عَاجِزاً^٢ فَجَعَلَ الْاسْتِحْبَابَ مَعَ عَدَمِ سُؤَالِهِ مُشْرُوطاً بِالْشَّرْطَيْنِ وَمَعَهُ يُكْتَفَى بِالْأَوَّلِ خَاصَّةً. (وَلَوْ عُدِمَ الْأَمْرَانِ) الصَّادِقُ بَعْدَ أَحَدِهِمَا وَعَدَمُهُمَا مَعاً (فَهِيَ مُبَاحَةٌ) عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: مَكْرُوهَةٌ^٣.

(وَهِيَ مُعَامَلَةٌ) بَيْنَ الْمَوْلَى وَالْمَمْلُوكِ (مُسْتَقِلَّةٌ) بِنَفْسِهَا عَلَى الْأَشْهَرِ، وَتَخْتَصُّ بِوُقُوعِهَا بَيْنَ الْمَالِكِ وَمَمْلُوكِهِ وَأَنَّ الْعِوَضَ وَالْمُعَوَّضَ مِلْكُ السَّيِّدِ، وَأَنَّ الْمَكَاتِبَ عَلَى دَرَجَةٍ بَيْنَ الْإِسْتِقْلَالِ وَعَدَمِهِ، وَأَنَّهُ يَمْلِكُ مِنْ بَيْنِ الْعَبِيدِ، وَيُثَبِّتُ لَهُ أَرْضَ الْجَنَازَةِ عَلَى سَيِّدِهِ، وَعَلَيْهِ الْأَرْضُ لِلْسَّيِّدِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ. وَتُقَارِقُ الْبَيْعَ بِاعْتِبَارِ الْأَجْلِ فِي الْمَشْهُورِ، وَسُقُوطُ خِيَارِ الْمَجْلِسِ وَالْحَيَوَانِ وَعَدَمُ قَبُولِهَا لَخِيَارِ الشَّرْطِ.

(وَلَيْسَتْ بَيْعاً لِلْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ) وَإِنْ أَشَبَّهَتْهُ فِي اعْتِبَارِ الْعِوَضِ الْمَعْلُومِ، وَالْأَجْلِ الْمَضْبُوطِ عَلَى تَقْدِيرِ ذِكْرِهِ فِي الْبَيْعِ؛ لِمَخَالَفَتِهَا لَهُ فِي الْأَحْكَامِ، وَلِبُعْدِ مَلِكِ الْإِنْسَانِ نَفْسَهُ، فَلَوْ بَاعَهُ نَفْسَهُ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ لَمْ يَصَحَّ. (وَلَا عِتْقاً بِصِفَةٍ) وَهِيَ شَرْطُ عِوَضٍ مَعْلُومٍ عَلَى الْمَمْلُوكِ فِي أَجَلٍ مَضْبُوطٍ، وَهُوَ وَفَاقٌ، خِلَافاً لِبَعْضِ الْعَامَّةِ.

(وَيُشْتَرَطُ فِي الْمُتَعَاقِدِينَ الْكَمَالَ) بِالْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ فَلَا يَقَعُ مِنَ الصَّبِيِّ وَإِنْ بَلَغَ عَشْراً وَجُوزْنَا عِتْقَهُ، وَلَا مِنْ الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ وَلَا الدَّائِرِ جَنُونُهُ فِي غَيْرِ وَقْتِ الْإِفَاقَةِ. وَهَذَانِ مُشْتَرَكَانِ بَيْنَ الْمَوْلَى وَالْمَكَاتِبِ، وَقَدْ يُتَخَيَّلُ عَدَمُ اشْتِرَاطِهِمَا فِي الْمَكَاتِبِ لِأَنَّ الْمَوْلَى وَلِيُّهُ فَيُمْكِنُ قَبُولُهُ عَنْهُ، وَكَذَا الْأَبُ وَالْجَدُّ وَالْحَاكِمُ مَعَ الْغِبْطَةِ، وَلَهُ وَجْهٌ وَإِنْ

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٨، ح ٩٧٥.

٢. المختصر النافع، ص ٣٣٨.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٦.

اسْتَبَعَدَهُ الْمُصَنَّفُ فِي الدَّرُوسِ^١ غَيْرَ مُبَيَّنٍ وَجْهَ الْبَعْدِ.

(وَجَوَازُ تَصَرُّفِ الْمَوْلَى) فَلَا يَقَعُ مِنَ السَّفِيهِ بِدُونِ إِذْنِ الْوَلِيِّ وَلَا الْمَفْلُوسِ بِدُونِ إِذْنِ الْغَرَمَاءِ وَمَنِ الْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ مِنْهُ عَنِ الثَّلَاثِ بِدُونِ إِجَازَةِ الْوَارِثِ وَإِنْ كَانَ الْعَوْضُ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهُمَا مَلِكُ الْمَوْلَى فَلَيْسَتْ مَعَاوِضَةٌ حَقِيقَةً بَلْ فِي مَعْنَى التَّبَرُّعِ تَرْجِعُ إِلَى مَعَامَلَةِ الْمَوْلَى عَلَى مَالِهِ بِمَالِهِ. وَيُسْتَفَادُ مِنْ تَخْصِيصِ الشَّرْطِ بِالْمَوْلَى جَوَازُ كِتَابَةِ الْمَمْلُوكِ السَّفِيهِ؛ إِذْ لَا مَالَ لَهُ يُنَمَّعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ. نَعَمْ، يُنَمَّعُ مِنَ الْمَعَامَلَةِ الْمَالِيَّةِ وَمِنْ قَبْضِ الْمَالِ لَوْ مَلَكَهُ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْكِتَابَةِ.

(وَلَا بَدْءَ) فِي الْكِتَابَةِ (مِنْ الْعَقْدِ الْمُشْتَمِلِ عَلَى الْإِجَابِ مِثْلِ «كَاتَبْتُكَ عَلَى أَنْ تُؤَدِّيَ إِلَيَّ كَذَا فِي وَقْتٍ كَذَا» إِنْ اتَّحَدَ الْأَجَلُ، (أَوْ أَوْقَاتٍ كَذَا) إِنْ تَعَدَّدَ، (فَإِذَا أَدِّيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ)). وَقِيلَ: لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِضَافَةِ قَوْلِهِ «فَإِذَا أَدِّيْتَ» إِلَى آخِرِهِ بَلْ يَكْفِي قَصْدُهُ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيرَ غَايَةُ الْكِتَابَةِ فَهِيَ دَالَّةٌ عَلَيْهِ فَلَا يَجِبُ ذِكْرُهُ، كَمَا لَا يَجِبُ ذِكْرُ غَايَةِ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ خُصُوصاً لَوْ جَعَلْنَاهَا بَيْعاً لِلْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ^٢.

وَيُضَعَّفُ بِأَنَّ الْقَصْدَ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ مَعْتَبِراً لَزِمَ اعْتِبَارُ التَّلَفُّظِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلَى اعْتِبَارِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ اللَّفْظِيِّينِ فِي كُلِّ عَقْدٍ، وَلَا يَكْفِي قَصْدُ مَدْلُولِهِ. نَعَمْ، لَوْ قِيلَ بَعْدَ اعْتِبَارِ قَصْدِهِ أَيْضاً كَمَا فِي غَيْرِهِ مِنْ غَايَاتِ الْعُقُودِ اتَّجَهَ، لَكِنْ لَا يَظْهَرُ بِهِ قَائِلٌ.

(وَالْقَبُولُ مِثْلُ «قَبِلْتُ» وَ«رَضِيتُ»). وَتَوَقَّفُ هَذِهِ الْمَعَامَلَةُ عَلَى الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ يُلْحِقُهَا بِقِسْمِ الْعُقُودِ، فَذِكْرُهَا فِي بَابِ الْإِقَاعَاتِ الَّتِي يَكْفِي فِيهَا الصِّغَةُ مِنْ وَاحِدٍ بِالْعَرَضِ تَبَعاً لِلْعَقْدِ، وَلَوْ فَضَّلُوهَا وَوَضَعُوهَا فِي بَابِ الْعُقُودِ كَانَ أَجُودَ. (فَإِنْ قَالَ) الْمَوْلَى فِي الْإِجَابِ مِضَافاً إِلَى ذَلِكَ («فَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَدٌّ») بِفَتْحِ الرَّاءِ وَتَشْدِيدِ الدَّالِّ

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٩١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٧؛ والمعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٢٤، الرقم

مصدرٌ بمعنى المفعول أي مردود، (في الرقّ) فهي مشروطة، وإلّا يُقَلّ ذلك بل اقتصر على الإيجاب السابق (فهي مطلقة)، ومن القيد يظهر وجه التسمية. ويشارك القسمان في جميع الشرائط وأكثر الأحكام، ويفترقان في أنّ المكاتب في المطلقة ينعق منه بقدر ما يؤدّي من مال الكتابة، والمشروط لا ينعق منه شيء حتّى يؤدّي الجميع، والإجماع على لزوم المطلقة، وفي المشروطة خلاف، وسيأتي^١.

(والأقرب اشتراط الأجل) في الكتابة مطلقاً، بناءً على أنّ العبد لا يملك شيئاً، فعجزه حالة العقد عن العوض حاصلٌ ووقت الحصول متوقّع مجهولٌ، فلا بدّ من تأجيله بوقت يمكن فيه حصوله عادةً.

وفيه نظر؛ لإمكان التملك عاجلاً ولو بالاقتراض كثيراً من لا يملك شيئاً من الأحرار، خصوصاً لو فرض حضور شخص يؤعده بدفع المال عنه بوجه في المجلس. ويندفع ذلك كلّه بأنّ العجز حالة العقد حاصلٌ وهو المانع. نعم، لو كان بعضه حرّاً وبيده مالٌ فكاتبته على قدره فما دون حالاً فالمتّجه الصحة؛ لأنّه كالسعاية. ولو كان واقفاً على معدنٍ مباحٍ يمكنه تحصيل العوض منه في الحال فعلى التعليل بجهالة وقت الحصول يصحّ وبالعجز حالة العقد يمتنع.

وقيل: لا يشتراط الأجل مطلقاً^٢ للأصل؛ وإطلاق الأمر بها خصوصاً على القول بكونها بيعاً^٣، ويمنع اعتبار القدرة على العوض حالة العقد بل غايته إمكانها بعده وهو حاصل هنا.

وحيث يعتبر أو يُراد يشتراط ضبطه كأجل النسيئة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا يشتراط زيادته عن أجلٍ عندنا لحصول الغرض. ولو قصّر الأجل بحيث يتعذر

١. يأتي في ص ٣٩٦ وما بعدها.

٢. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٣٨٣، المسألة ٥؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٣٠؛ وابن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٠٩.

٣. كأبي الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٣١٨.

حصول المال فيه عادةً بطل إن غُلِّل بالجهالة وصَحَّ إن غُلِّل بالعجز. وفي اشتراط اتّصاله بالعقد قولان^١، أجودهما العدم؛ للأصل.

(وحدُّ العجز) المسوِّغُ للفسخ في المشروطة بمخالفة شرطه، فإن شَرَط عليه التعجيز عند تأخير نجمٍ عن محلّه أو إلى نجمٍ آخَرَ أو إلى مدّة مضبوطة أثْبَعَ شرطه، وإن أطلق فحدّه (أن يؤخَّر نجماً عن محلّه). والمراد بالحدّ هنا العلامة أو السبب الدالُّ على العجز لا الحدّ المصطلح، وبالنجم المال المؤدّى في المدّة المخصوصة ويُطْلَق على نفس المدّة، وبتأخيره عن محلّه عدم أدائه في أوّل وقت حلوله، وتحديدّه بذلك هو الوارد في الأخبار الصحيحة^٢. وفي المسألة أقوالٌ آخر^٣ مستندةٌ إلى أخبارٍ ضعيفة^٤ أو اعتبارٍ غير تامّ.

وأما المطلقة فإذا نَفَذَ بعضُ النجوم ولم يُؤدِّ قسطه فُكَّ من سهم الرقاب، فإن تعذّر استُرِقَ إن لم يكن أدّى شيئاً وإلا فبحسب ما عَجَزَ عنه، فحدُّ العجز المذكور يصلح له بوجه.

(ويُستحبُّ) للمولى (الصبرُ عليه) عند العجز؛ للأمرِ بإنظاره سنّةً وستين وثلاثاً^٥؛ المحمولُ على الاستحباب جمعاً.

(والأقربُ لزومُ الكتابة من الطرفين) طرفِ السيّد والمكاتب (في المطلقة والمشروطة) بمعنى أنّه ليس لأحدهما فسخها إلا بالتقابل مع قدرة المكاتب على الأداء ووجوب السعي عليه في أداء المال؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^٦ والكتابة منها،

١. القول بالاشتراط للشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٧؛ والقول بالعدم للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٣٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٥-٢٦٦، ح ٩٦٨ و ٩٧١.

٣. راجع للأقوال مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١١٣-١١٤، المسألة ٦٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٦-٢٦٧، ح ٩٦٨-٩٧٤.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٦-٢٦٧، ح ٩٧٢ و ٩٧٣.

٦. المائدة (٥): ١.

والجمعُ المُخْلِ مفيدٌ للعموم وخروجُ نحوِ الوديعة والعارية بنصٍّ، وَيَبْقَى الباقي على الأصل.

وذهب الشيخُ وابنُ إدريس^١ إلى جوازِ المشروطة من جهة العبد، بمعنى أَنَّ له الامتناع من أداء ما عليه فيتخير السيد بين الفسخ والبقاء، ولزومها من طرف السيد إلا على الوجه المذكور. وذهب ابنُ حمزة إلى جواز المشروطة مطلقاً والمطلقة من طرف السيد خاصة^٢، وهو غريب. ومن خواصِّ العقود اللازمة أَنَّها لا تَبْطُل بموت المتعاقدين، وهو هنا كذلك بالنسبة إلى المولى، أما موت المكاتب فإنه يُبطلها من حيث العجز عن الاكتساب. (ويصح فيها التقايل) كغيرها من عقود المعاوضات.

(ولا يُشترط الإسلام في السيد ولا في العبد) بناءً على أَنَّها معاملةٌ مستقلة، والأصل يقتضي جوازها كذلك، ولو جعلناها عتقاً بُني على ما سلف^٣ في عتق الكافر فاعلاً وقابلاً.

هذا إذا لم يكن المولى كافراً والعبد مسلماً، وإلا أشكل جوازُ المكاتب من حيث عدم استلزامها رفعَ سُلْطَنَتِهِ عنه خصوصاً المشروطة، والأقوى عدمُ جوازها لعدم الاكتفاء بها في رفع يد الكافر عن المسلم؛ لأنَّها لا ترفع أصل السبيل، وهو بمنزلة الرق في كثير من الأحكام، بل هو رِقٌّ. ولو كان كفرُ المولى بالارتداد فإن كان عن فطرة فعدم صحته كتابته واضح لا انتقال ماله عنه، وإن كان عن ملّة ففي صحته مطلقاً أو مراعاةً بعوده إلى الإسلام أو البطلانِ أوجهٌ، وأوجهُ الجواز ما لم يكن العبد مسلماً بتقريب ما سلف.

وقيل: يُشترط إسلام العبد مطلقاً؛ نظراً إلى أَنَّ الذين داخل في مفهوم الخير الذي هو شرطها، ولأنَّ المكاتب يُؤتَى من الزكاة ويتعذر هنا. ويضعف بأنَّ الخير شرط في الأمر

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٦٥؛ السرائر، ج ٣، ص ٢٩.

٢. الوسيلة، ص ٣٤٥.

٣. سلف في ص ٣٦٣.

٤. قال به السيد المرتضى في الانتصار، ص ٣٨١، المسألة ٢٢٤؛ والشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥٠٧؛ وابن

إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٢٩.

بها^١ لا في أصل شرعيّتها، والإيتاء من الزكاة مشروطٌ باستحقاقه لها، وهو منفيٌّ مع الكفر كما يَنْفِي مع عدم حاجته إليها.

(ويجوز لولي اليتيم أن يَكَاتِبَ رَقِيقَهُ مع الْغِيبَةِ) لليتيم في المكاتبه كما يصحّ بيعه وعتقه معها، ولصحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام في مكاتبه جارية الأيتام^٢. وقيل بالمنع؛ لأنّ الكتابة شبيهة بالتبرّع من حيث إنّها معاملَةٌ على ماله بماله^٣، والخبر حجةٌ عليه.

(ويجوز تنجيئُها) نجومًا متعدّدةً بأن يُؤدِّيَ في كلّ نجمٍ قدرًا من مالها (بشرط العلم بالقدر) في كلّ أجل (والأجل) حذرًا من الغرر، سواء تساوت النجومُ أَجَلًا ومالًا أم اختلفت؛ للأصل. وهذا هو الأصلُ فيها وليس موضعُ الاشتباه حتّى يُخصَّ بالذكر، وإنّما موضعه النجم الواحد ولا يجوز حملُ مطلقه عليه؛ للعلم به من اشتراط الأجل.

(ولا تصحّ) الكتابة (مع جهالة العوض)، بل يُعتَبَرُ ضبطه كالنسيئة وإن كان عَرْضًا فكالسَلَم، وَيَمْتَنِعُ فيما يَمْتَنِعُ فيه؛ (ولا على عين)؛ لأنّها إن كانت للسيد فلا معاوضة وإن كانت لغيره فهي كجعل ثمن المبيع من مال غير المشتري.

ولو أذِنَ الْغَيْرُ في الكتابة على عين يَمْلِكُها فهي في قوّة بيع العبد بها، فإن جعلناها بيعاً صحّ، وإلا فوجهان؛ من الأصل، وكونه خلاف المعهود شرعاً كما عُلِمَ من اشتراط الأجل.

(ويُسْتَحَبُّ أن لا يَتَجَاوَزَ) مَالُ الكتابة (قيمة العبد) يومَ المكاتبه.

(ويجب) على مولاة (الإيتاء) للمكاتب (من الزكاة إن وجبت) الزكاة (على المولى)؛ للأمر به في قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ﴾^٤، وَلَيْكُنْ من

١. النور (٢٤): ٣٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٥، ح ٩٦٨.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٧٠.

٤. النور (٢٤): ٣٣.

سهم الرقاب إن أوجبنا البسط. (وإلا) تجب عليه الزكاة (استحب) له الإيتاء، وهو إعطاؤه شيئاً. (ولا حد له) أي للموتى قلّة بل يكفي ما يُطلق عليه اسم المال. ويكفي الحطّ من النجوم عنه لأنّه في معناه. ويجب على العبد القبول إن آتاه من عين مال الكتابة أو من جنسه لا من غيره. ولو أُعتق قبل الإيتاء ففي وجوب القضاء وكونه ديناً على المولى، وجه رجّحه المصنّف في الدروس، وجعله كالدين^١.

ولو دَفَعَ إليه من الزكاة وكان مشروطاً فمَجَزّه، ففي وجوب إخراج الزكاة لغيره أو ردّها إلى دافعها لو كان غيره قول^٢. ويَحْتَمَلُ ذلك لو كان من الغير تبرّعاً، وعدمه فيهما؛ لِمَلِكِهِ له وقت الدفع وبراءة ذمّة الدافع، وعوده إلى المولى إحداث لا يبطال ما سلف، ومن ثَمَّ بقيت المعاملة السابقة بحالها وإن لم يَرْضَ بها المولى.

(ولو مات) المكاتب (المشروط قبل كمال الأداء) لمال الكتابة (بطلت) ومَلَكَ المولى ما وَصَلَ إليه من المال وما تركه المكاتب. (ولو مات المطلق ولم يُؤدّ شيئاً فكذاك، وإن أدّى تَحَرَّرَ منه بقدر المؤدّي) أي بنسبته من الجميع وبطل منه بنسبة المتخلف (وكان ميراثه بين السيّد ووارثه بالنسبة)، فإن كان الوارث حرّاً فلا شيء عليه (ويؤدّي الوارث التابع له في الكتابة)؛ كولد من أمته (باقِيَ مال الكتابة) لأنّه قد تَحَرَّرَ منه بنسبة أبيه وبَقِيَ الباقي لازماً له، (وللمولى إجبارُه على الأداء) للباقي (كما له إجبارُ المورث)؛ لأنّه دَيْنٌ فكان له إجبارُه على أدائه، وقيل: لا^٣؛ لعدم وقوع المعاملة معه، وفي صحيح ابن سنانٍ وجميل بن ذَرّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «يُقَضَى مالُ الكتابة من الأصل ويَرِثُ وارثُه ما بَقِيَ»^٤، واختاره بعض الأصحاب^٥، والمشهور الأوّل.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٩٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٢. حكاة عن ابن الجنيّد فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٥٩٧.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٦٦، الرقم ٥٧٨١. فيه: في إجبار الأداء إشكال.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٢، ح ٩٩١-٩٩٢.

٥. حكاة عن ابن الجنيّد فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٦٠٠.

(وتصحّ الوصية للمكاتب المطلق بحساب ما تَحَرَّرَ منه)؛ لرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في مكاتب كان تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية...: «فقدى أنه يَرِثُ بحساب ما أُعْتِقَ منه»^١، ولو لم يَتَحَرَّرَ منه شيء أو كان مشروطاً لم تصحّ الوصية له مطلقاً، على المشهور. واستقر المصنّف في الدروس جواز الوصية للمكاتب مطلقاً؛ لأنّ قبولها نوع اكتساب وهو أهل له، وفيه قوة.

هذا إذا كان الموصي غير المولى، أمّا هو فتصحّ وصيته مطلقاً ويُعتق منه بقدر الوصية، فإن كانت بقدر النجوم عتق أجمع وإن زادت فالزائد له، ولا فرق بين كون قيمته بقدر مال الكتابة وأقل؛ لأنّ الواجب الآن هو المال، مع احتمال اعتبار القيمة لو نَقَصَتْ فَيُعْتَقَ من الوصية وله الزائد وإن لم تَفِ بمال الكتابة؛ لأنّ ذلك حكمُ القرن والمكاتب لا يَقْصُرُ عنه.

(وكلُّ ما يُشْتَرَطُ في عقد الكتابة ممّا لا يُخَالِفُ المشروعَ لازمٌ)؛ لأنّ الشرط في العقد يصير كالجزء منه فالأمر بالوفاء^٢ به يتناولُه ولقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^٣، ولو خالف المشروع كشرط أن يَطَأَ المكاتبَ أو أمة المكاتب مطلقاً أو يَتْرَكَ التَّكْسِبَ أو ردّ المطلق في الرقّ حيث شاء ونحوه بطل الشرط، وَيَتَبَعُهُ بطلانُ العقد على الأقوى.

(وليس له) أي للمكاتب بنوعيه (التصرّف في ماله ببيع) يُنافي الاكتساب كالبيع نسيئةً بغير رهنٍ ولا ضمينٍ أو محاباةً أو بغنٍ، لا مطلق البيع فإنّ له التصرّف بالبيع والشراء وغيرهما من أنواع التَّكْسِبِ التي لا خَطَرَ فيها ولا تَبَرُّعٍ؛ (ولا هبة) لا تَسْتَلْزِمُ عَوْضاً زائداً عن الموهوب، وإلّا فلا منع للغبطة. وفي صحّة العوض المساوي وجه؛ إذ

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٥، ح ١٠٠٠.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٠٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. المائدة (٥): ١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

لا ضرر حينئذٍ كالبيع بضمن المثل والشراء به؛ (ولا عتق)؛ لأنه تبرع محض ومنه شراء من ينعق عليه، وله قبول هبته مع عدم الضرر بأن يكون مكتسباً قدر مؤونته فصاعداً؛ (ولا إقراض) مع عدم الغبطة، فلو كان في طريق خطر يكون الإقراض فيه أغبط من بقاء المال، أو خاف تلفه قبل دفعه أو بيعه ونحو ذلك فالتجّه الصحة.

ولكنهم أطلقوا المنع فيما ذكر^١، (إلا بإذن المولى) فلو أذن في ذلك كله جاز لأن الحقّ لهما. وحيث ينعق بإذنه فالولاء له إن عتق وإلا فللمولى، ولو اشتري من ينعق عليه لم ينعق في الحال، فإن عتق تبعه وإلا استرقهما المولى، ولو مات العتق في زمن الكتابة وقف ميراثه توقّعاً لعتق المكاتب. وحيث لا يأذن المولى فيما لا غبطة فيه ولم يطله حتى عتق المكاتب نفذ لزوال المانع كالفضولي، وقيل: لا؛ لوقوعه على غير الوجه المشروع^٢، وهو ممنوع.

(ولا يتصرف المولى في ماله أيضاً) بما ينافي الاكتساب (إلا بما يتعلق بالاستيفاء)؛ مطلقة كانت أم مشروطة.

(ويحرّم عليه وطء) الأمة (المكاتبية عقدًا ومِلْكًا) بإذنها وغيره، فلو وطئها فعليه المهر وإن طأ وعته؛ لأنها لم تستقل بملكه ليسقط ببيعها. وفي تكرّر المهر بتكرّر الوطء أوجه، ثالثها تكرّره مع تخلل الأداء بين الوطنين وإلا فلا. وتصير أم ولد لو ولدت منه، فإن مات وعليها شيء من مال الكتابة عتق باقيها من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً.

(وله تزويجها) من غيره (بإذنها)، والفرق بينه وبين المولى أن الملك له غير تام لشبثها بالحرية، والعقد كذلك لعدم استقلالها والبض لا يتبعض، أمّا الأجنبي فلما كان الحقّ منحصرًا فيهما وعقد له بإذنها فقد أباحه بوجه واحد.

(ويجوز بيع مال الكتابة) بعد حلوله ونقله بسائر وجوه النقل فيجب على

١. راجع المبسوط، ج ٤، ص ٤٩٩؛ والسرائر، ج ٣، ص ٢٧؛ وقواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٤٧.

٢. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٣٧، الرقم ٥٧٢٩.

المكاتب تسليمه إلى مَنْ صار إليه، خلافاً للمبسط^١، استناداً إلى النهي عن بيع ما لم يقبض^٢، وإطلاقه ممنوع^٣؛ لتقييده بانتقاله إلى البائع بالبيع، (فإذا أذاه) المكاتب (إلى المشتري عتق) لأن قبضه كقبض المولى. ولو قيل بالفساد ففي عتقه بقبض المشتري مع إذنه له في القبض وجهان: من أنه كالوكيل، وقبضه لنفسه وهو غير مُستحقّ ففارق الوكيل بذلك، والوجهان اختارهما العلامة في التحرير^٤.

(ولو اختلفا في قدر مال الكتابة أو في) قدر (النجوم) وهي الآجال، إمّا في قدر كلّ أجل مع اتّفاقهما على عددها، أو في عددها مع اتّفاقهما على مقدار كلّ أجل (قدّم المنكير) وهو المكاتب في الأول، والمولى في الثاني (مع يمينه)؛ لأصالة البراءة من الزائد. وقيل: يقدّم قول السيّد مطلقاً؛ لأصالة عدم العتق إلّا بما يتفقان عليه.

١. المبسط، ج ٤، ص ٥٠٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥، ح ١٤٦؛ الأمالي، الشيخ الطوسي، ص ٣٩٩ - ٤٠٠، ح ٣٩/٨٩١.

٣. حاصل المنع يرجع إلى أنّ النهي مشروط بشرطين: أحدهما انتقاله إليه بالبيع. والثاني نقله بالبيع، وهنا الشرط الأول مفقود فلا يحرم كما لا يحرم نقل ما اشتراه بغير البيع من عقود المعاوضات. (منه رحمه الله)

٤. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٧٣ - ٢٧٤، الرقم ٥٧٩٦.

٥. قال به المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٠١؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٣٨.

(النظر الثالث في الاستيلاء) للإمام بملك اليمين

وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامٌ خَاصَّةٌ كِبَاطَالِ كُلِّ تَصَرَّفٍ نَاقِلٍ لِلْمَلِكِ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ غَيْرِ مُسْتَلْزِمٍ لِلْعَتَقِ أَوْ مُسْتَلْزِمٍ لِلنَّقْلِ كَالرَّهْنِ، وَعَتَقُهَا بِمَوْتِ الْمَوْلَى قَبْلَهَا مَعَ خُلُوعِ ذِمَّتِهِ مِنْ ثَمَنِ رَقَبَتِهَا، أَوْ وِفَاءِ التَّرَكَةِ، وَحَيَاةِ الْوَلَدِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ.

(وَهُوَ يَحْصُلُ بِغُلُوقِ أُمِّهِ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ) بِمَا يَكُونُ مَبْدَأَ نُشْوءِ آدَمِي وَلَوْ مُضْغَةً، لَا بِغُلُوقِ الزَّوْجَةِ الْأُمَّةِ، وَلَا الْمَوْطُوعَةِ بِشَبْهَةِ إِنْ وَلَدَتْهُ حُرّاً أَوْ مَلَكَهَا بَعْدَ عَلَى الْأَشْهَرِ. وَلَا يُشْتَرَطُ الْوَطْءُ بَلْ يَكْفِي مَطْلُوقُ الْغُلُوقِ مِنْهُ، وَلَا حُلُّ الْوَطْءِ إِذَا كَانَ التَّحْرِيمُ عَارِضاً كَالصَّوْمِ وَالْحَيْضِ وَالرَّهْنِ، أَمَّا الْأَصْلِيُّ بِتَرْوِيجِ الْأُمَّةِ مَعَ الْعِلْمِ بِالتَّحْرِيمِ فَلَا؛ لِعَدَمِ لِحُوقِ النَّسَبِ.

وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ الْحَكْمُ بِحَرِّيَّةِ الْوَلَدِ، فَلَا يَحْصُلُ بَوَاطِنُ الْمَكَاتِبِ أُمَّتَهُ قَبْلَ الْحَكْمِ بَعْتَهُ فَلَوْ عَجَزَ اسْتَرْقَ الْمَوْلَى الْجَمِيعَ. نَعَمْ، لَوْ عَتَقَ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا قَبْلَ عَجْزِهِ وَعَتَقَهُ لِتَشْبِيْهِهَا بِالْحَرِّيَّةِ؛ وَلَا بَوَاطِنُ الْعَبْدِ أُمَّتَهُ الَّتِي مَلَكَهُ إِيَّاهَا مَوْلَاهُ لَوْ قَلْنَا بِمِلْكِهِ.

(وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ) يَجُوزُ اسْتِخْدَامُهَا وَوَطْؤُهَا بِالْمَلِكِ، وَتَرْوِيجُهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا وَإِجَارَتِهَا وَعَتَقُهَا، (وَلَا تَتَحَرَّرُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى) أَيَّ بِمَجْرَدِ مَوْتِهِ كَمَا يَتَحَرَّرُ الْمَدْبَرُ لَوْ خَرَجَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ أَوْ أَجَازَهُ الْوَارِثُ، (بَلْ) تَتَحَرَّرُ (مَنْ نَصِيبٌ وَلَدَهَا) مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْ أَبِيهِ (فَإِنْ عَجَزَ النَّصِيبُ) عَنْ قِيَمَتِهَا كَمَا لَوْ لَمْ يَخْلِفْ سِوَاهَا وَخَلَفَ وَارِثاً سِوَاهُ (سَعَتْ هِيَ فِي الْمُتَخَلِّفِ) مِنْ قِيَمَتِهَا عَنْ نَصِيبِهِ، وَلَا اعْتِبَارُ بِمِلْكِ وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِ الْإِرْثِ؛ لِأَنَّ عَتَقَهَا عَلَيْهِ قَهْرِيٌّ فَلَا يَسْرِي عَلَيْهِ فِي الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: يُقَوِّمُ عَلَيْهِ

الباقى بناءً على السراية بمطلق الملك^١.

(ولا يجوز بيعها ما دام ولدها حياً إلا فيما استثنى) في كتاب البيع^٢، فإذا مات أو ولّذته سقط زال حكم الاستيلاد رأساً، وفائدة الحكم به بوضع العلقّة والمضغّة وما فوقهما إبطال التصرفات السابقة الواقعة حالة الحمل وإن جاز تجديدها حينئذٍ. (وإذا جنت) أمّ الولد خطأ تعلقت الجناية برقيتها على المشهور، و (فكّها) المولى (بأقلّ الأمرين من قيمتها وأرّش الجناية) على الأقوى؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الأرض فظاهر وإن كان القيمة فهي بدل من العين فتقوم مقامها، وإلا لم تكن بدلاً ولا سبيل إلى الزائد؛ لأنّ المولى لا يعقل مملوكاً، وهذا الحكم لا يختصّ بأمّ الولد بل بكلّ مملوك. وقيل: بل يفكّها بأرّش الجناية مطلقاً؛ لتعلقها برقيتها. ولا يتعيّن عليه ذلك، بل يفكّها (إن شاء، وإلاّ) يفكّها (سلّمها) إلى المجنيّ عليه أو وارثه ليتملّكها فيبطل حكم الاستيلاد، وله حينئذٍ بيعها والتصرّف فيها كيف شاء إن استغرقت الجناية قيمتها، (أو) يُسلّم ما قابِل الجناية) إن لم تستغرق قيمتها.



تمّ الجزء الثالث - حسب تجزئتنا - ويتلوه الجزء الرابع كتاب الإقرار.
والحمد لله ربّ العالمين.

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٥٤٧.

٢. تقدّم في ج ٢، ص ١٤٣، كتاب المتاجر، الفصل الثاني في عقد البيع.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥٦٩.