

المهذب البارع في شرح المختصر النافع

الجزء الثالث

تأليف

العلامة جمال الدين ابي العباس

احمد بن مُحَمَّد بن فهد الحلبي

٧٥٧ - ٨٤١ هـ.

تحقيق: الحجة الشيخ مجتبى العراقي

هذا الكتاب

نشر إلكترونيًا وأخرج فنيًا برعاية وإشراف

شبكة الإمامين الحسين عليه السلام للتراث والفكر الإسلامي

بانتظار أن يوفقنا الله تعالى لتصحيح نصه وتقديمه بصورة أفضل في فرصة أخرى

قريبة إنشاء الله تعالى.

كتاب الوديعة والعارية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أما الوديعة: فهي استئابة في الاحتفاظ، وتفتقر إلى القبول قولاً كان أو فعلاً، ويشترط فيهما الاختيار.

وتحفظ كل وديعة بما جرت به العادة. ولو عين المالك حرزاً اقتصر عليه، ولو نقلها إلى أدون أو أحرز ضمن إلا مع الخوف. وهى جائزة من الطرفين، وتبطل بموت كل واحد منهما. ولو كانت دابة وجب علفها وسقيها، ويرجع به على المالك. والوديعة أمانة لا يضمنها المستودع إلا مع التفريط أو العدوان. ولو تصرف فيها باكتساب ضمن وكان الربح للمالك. ولا يبرأ بردها إلى الحرز. وكذا لو تلفت في يده بتعد أو تفريط فرد مثلها إلى الحرز، بل لا يبرأ إلا بالتسليم [كتاب الوديعة والعارية

مقدمة

الوديعة مشتقة من ودع يدع، اذا استقر وسكن، تقول: اودعته اودعه، اى أقرته، واسكنه، وقيل: إنه مشتق من ودع يقال: ودع الشئ يودع اذا كان في حفظ وسكون، وهو قريب من الاول، وكأن المالك سكن إلى المستودع واطمأن اليه وثوقاً بأمانته وأنه يقوم مقامه في حفظها، فهو في حفظ ودعه من تكلف

[إلى المالك أو من يقوم مقامه، ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم، لكن إن أمكنه الدفع وجب، ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف موريا. وتجب إعادتها إلى المالك مع المطالبة. ولو كانت غصبا منعه وتوصل في وصولها إلى المستحق. ولو جهله عرفها كاللقطة حولاً، فإن وجدته، والا تصدق بها عن المالك إن شاء، ويضمن إن لم يرض. ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه إن لم يتميز. وإذا ادعى المالك التفريط، فالقول قول المستودع مع يمينه].

إحفاظها، وقرار من تجشم مراعاتها. والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها)^(١) وقوله تعالى (فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي إئتمن أمانته)^(٢).

وأما السنة: فروى أنس بن مالك وأبي بن كعب وابوهريّة كل واحد على الانفراد عن النبي ﷺ انه قال: أد الامانة إلى من إئتمنك، ولا تخن من خانك^(٣) وكان عنده ﷺ ودائع بمكة فلما أراد أن يهاجر أودعها أم أيمن، وأمر علياً عليه السلام بردها على أصحابها^(٤) وروى سمرة^(٥) عنه عليه السلام

(١) النساء: ٥٨.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) عوالى اللئالى: ج ٣ باب الوديعه ص ٢٥٠ الحديث ١ ولاحظ معلق عليه.

(٤) عوالى اللئالى: ج ٣، باب الوديعه ص ٢٥٠ الحديث ٢ ورواه في المستدرک: ج ٢ كتاب الوديعه، الباب ١ الحديث ١٢. نقلا عن عوالى اللئالى، ونقله في التذکرة: ج ٢ كتاب الامانات، ص ١٩٦.

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

انه قال: على اليد مأخذت حتى تؤدي^(١).
ومن طريق الخاصة عن زين العابدين عليه السلام: لو أن قاتل الحسين عليه السلام إثماني على السيف
الذي قتل به الحسين عليه السلام لرددته اليه^(٢).
وأما الاجماع: فمن الامة لا يختلفون فيه.

تنبيه

الوديعة والعارية من الامانات الخاصة.
والامانة مطلقا ينقسم إلى قسمين: أمانة خاصة كالوديعة، والعارية، والشركة، المضاربة، والعين
المرهونة، والمستاجرة، وما في يد الوكيل، والوصي.
وضابطها كل عين حصلت في يد غير مالكةا بغير اذنه أو باذنه، ثم اعلم ولم يطالبها، أو أقره
الشارع على إمساكها ليدخل فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجة الاسلام، مع علم
المستودع عدم تقييد الوارث، فإن الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحج فهي في يده إلى وقت
الاستيجار غير مضمونة.

ويدخل فيه ايضا اللقطة، فانها لا باذن المالك، بل الشارع أقر يده عليه للاحتفاظ.
وأمانة عامة: وهي كل عين حصلت في يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير المتعدي
كالشئ تطيره الريح إلى دار انسان، وكالوديعة اذا مات مالكةا ولم يعلم الوارث، وكالمأمر بدفع
عين إلى غيره، والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى من يعلم به.
ولو كان الموصى له معينا وعلم به كان أمانة خاصة، وحكم أمانة الخاصة

(١) سنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب الصدقات (٥) باب العارية، الحديث ٢٤٠٠ والترمذي: ج ٣ كتاب البيوع (٣٩) باب
ما جاء ان العارية مؤداة الحديث ١٢٦٦.

(٢) الامالى للشيخ الطوسي: المجلس الثالث والاربعون، ص ١٠٣.

[ولو اختلفا في مال هل هو ودیعة أو دين، فالقول قول المالك مع يمينه أنه لم يودع، اذا تعذر الرد، أو تلفت العين، ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل: القول قول المستودع، وهو أشبه، ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع. ولو مات المودع وكان الوارث جماعة دفعها اليهم، أو إلى من يرتضونه، ولو دفعها إلى البعض ضمن حصص الباقيين.

وأما العارية: فهي الاذن في الانتفاع بالعين تبرعا وليست لازمة لاحد المتعاقدين. ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف. وللمستعير الانتفاع، بل لا يضمن إلا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط، الا ان تكون العين ذهبا او فضة فالضمان يلزم وإن لم يشترط.

ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن، وكذا لو كان جاهلا لكن يرجع على المعير بما يغترم. وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاءه تصح إعارته، ويقتصر المستعير على ما يؤذن له.

ولو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه] انها لا يجب دفعها إلا مع الطلب من المالك أو وكيله، ولو اتلفت قبله لم يضمن، وحكم العامة وجوب الدفع على الفور ويضمن مع التأخير، ويشتركان في الضمان مع التفريط أو التعدى.

قال طاب ثراه: ولو اختلفا في مال هل هو ودیعة أو دين؟ فالقول قول المالك: أنه لم يودع، اذا تعذر الرد أو تلفت العين. ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل: القول قول المستودع، وهو أشبه.

اقول: هنا مسألتان: (آ) اذا اختلفا في مال، فقال القابض: هو ودیعة عندي، وقال مالكه: بل

هو

دين عليك، أي مثله دين، لان الملك المعين لانسان لا يكون دينا على غيره، لان الدين كلي ثابت في الذمة غير مشخص، إلا أن نقول: القرض لا يملك بمجرد القبض، بل بالتصرف، وهذا النزاع إنما يحصل ويتصور له ثمة مع تلف العين أو تعذر ردها، كما لو أخذها ظالم فادعى القابض أنها وديعة عنده وتلفها من مالكها، وادعى المالك أنها دين عليه، وقال: حقي ثابت في ذمتك وإنما لي عليك مثلها أو قيمتها، فالقول قول المالك لان الاصل في اليد ضمانها مال الغير، لقوله عليه السلام: على اليد مأخذت حتى تؤدي^(١) ولما رواه اسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم، فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضا، قال: المال لازم له، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة^(٢).

(ب) اذا ثبت تفريط الودعي باقراره أو البينة، لزمه ضمان العين مثلا أو قيمة، فإن اختلفا في القيمة، فهل القول قول المالك؟ قال الشيخان: نعم^(٣) لان الودعي صار بالتفريط خائنا، ولا يكون قوله مسموعا، وقال التقى: يقبل قوله لانه غارم والاصل براءة ذمته من الزائد^(٤) وبه قال ابن حمزة^(٥) وابن

(١) تقدم آنفا.

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

(٣) المقنعة: باب الوديعة ص ٩٧ س ١٦ قال: واذا اختلف المودع والمودع في قيمة الوديعة كان القول قول صاحبها الخ وفي النهاية: باب الوديعة والعارية ص ٤٣٧ س ١٥ قال: واذا اختلف المودع والمودع في قيمة الوديعة كان القول قول صاحبها الخ.

(٤) الكافي: فصل في الوديعة ص ٢٣١ س ١٢ قال: فان اختلفا في القيمة أخذ منه ما أقرب وطولب المودع بالبينة الخ.

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

ادريس^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣) ذكر العارية قال في الصحاح: العارية بالتشديد، كأنها منسوب إلى العار، لأن طلبها عار^(٤).

وقيل: منسوب إلى العارة، وهو اسم، من قولك: أعرت المتاع إعاره وعارة، والاعارة المصدر. وقيل: اشتقاقها من عار يعير اذا ذهب وجاء، فسميت عارة لتحويلها من يد إلى يد. وذكر الخطائي أن اللغة الغالبة التشديد، وقد يخفف. وفي الشرع: هي غبارة عن إباحة الانتفاع بالعين، ثم استردادها، ويسمى مالك المنفعة المعير والمستببح والمستعير، والعين المنتفع بها المستعار. والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى)^(٥) والعارية إباحة الانتفاع لمن هو محتاج، فكان إعانة.

وقوله تعالى (الذين هم يراؤن ويمنعون الماعون)^(٦) قال ابن عباس: الماعون العواري^(٧) وعن ابن مسعود: الماعون العواري من الدلو والقدر والميزان^(٨).

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

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٤) الصحاح: مادة عور.

(٥) المائدة: ٢.

(٦) الماعون: ٧.

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

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

وأما السنة: فروى جابر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: مامن صاحب الابل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ماكانت بقاع قرقر^(١) يشد عليه بقوائمها واخفافها، قال رجل: يارسول الله ماحق الابل؟ قال: حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها^(٢) وروى أبو امامة أن النبي ﷺ قال في خطبة الوداع: العارية مؤداة والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم^(٣) وروى أنس أن النبي ﷺ إستعار من أبي طلحة فرسا فركبه^(٤) واستعار من صفوان بن أمية يوم حنين درعا، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال: بل عارية مضمونة مؤداة^(٥).

وأما الاجماع: فمن سائر الامة.

تنبيه

العارية من الامانات الخاصة، والاصل فيها عدم الضمان عند الفرقة المحقة، إلا أن يعرض ما يوجب ضمانها، وهو أمور: (أ) التفريط، وهو ترك سبب من أسباب الحفظ الواجبة. (ب) التعدي، وهو فعل ما لا يجوز شرعا.

-
- (١) القرقر، القاع الاملس، وقيل: المستوى الاملس الذي لا شئ فيه، وفي حديث الزكاة بطح له بقاع قرقر، هو المكان المستوى لسان العرب ج ٥ لغة قرر.
- (٢) مسند احمد بن حنبل: ج ٣ ص ٣٢١ قطعة من حديث جابر.
- (٣) مسند احمد بن حنبل: ج ٥ ص ٢٦٧ عن أبي امامة الباهلي، وفي ٢٩٣ عن سعيد بن أبي سعيد.
- (٤) مسند احمد بن حنبل: ج ٣ ص ١٨٠ ولفظ الحديث (عن انس قال: كان بالمدينة فزع فاستعار النبي صلى الله عليه وآله وسلم فرسا لابي طلحة يقال له مندوب فركبه الحديث).
- (٥) الفروع: ج ٥ كتاب المعيشة، باب ضمان العارية والوديعة: ص ٢٤٠ الحديث ١٠.

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

(ج) أن يستعير ذهباً أو فضة إلا أن يشترط سقوط الضمان، ولا فرق بين المستودع وغيره.
(د) أن يستعير من غاصب أو ممن ليس بكامل.
(هـ) أن يشترط على المستعير ضمانها، فيضمن العين مع تلفها، ولا يضمن ما ينقص بالاستعمال.

(و) أن يستعير للرهن، فيكون مضمونة على المستعير دون المرتحن.
وذهب بعض العامة إلى كونها مضمونة في الأصل، لقوله عَلَيْهِ (بل عارية مضمونة) والجواب أن ضمانها بإشتراطه عَلَيْهِ على نفسه الضمان، لا أنه من لوازمها.
قال طاب ثراه: ولو اختلفا في القيمة فقولان: أشبههما قول الغارم.
أقول: مختار المصنف مذهب العلامة^(١) وبه قال القاضي^(٢) وسالار^(٣) وسالار^(٤)

(١) المختلف: كتاب الامانات، في العارية، ص ١٦٨ س ٣٨ قال بعد نقل قول ابن ادریس: وهو الوجه عندي.
(٢) ظاهر الامر على خلاف ما أثبتته المصنف رحمته الله لان بعضهم في الاختلاف يقول: القول قول المعير وبعضهم يقول: القول قول المعير وبعضهم يقول: القول قول المستعير، واليك ما اثبتوه في كتبهم أو نقل عنهم.
(٣) المختلف: كتاب الامانات، في العارية ص ١٦٨ س ٣٥ قال: وإذا اختلفا في القيمة بعد التفريط قال الشيخان: القول قول المالك مع يمينه إلى قوله وبه قال ابن البراج.
(٤) المراسم: ذكر احكام العارية ص ١٩٤ س ١٠ قال: فإذا اختلفا في شئ من ذلك فالقول قول المعير الخ.

وابن حمزة^(١) وابن ادريس^(٢) وقال الشيخان يقدم قول المالك^(٣) ومنشأ الخلاف قد تقدم.
والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

-
- (١) الوسيلة: فصل في بيان العارية ص ٢٧٦ س ٦ قال: وان اختلفا في القيمة كان القول قول المعير الخ.
(٢) السرائر: باب العارية، ص ٢٦٢ س ١١ قال: والذي يقتضيه الادلة واصول المذهب أن القول قول المدعى عليه الخ.
(٣) المقنعة: باب العارية ص ٩٧ س ٢٧ قال: وان لم تكن له بينة فالقول قول صاحب العارية الخ وفي النهاية: باب الوديعة والعارية ص ٤٣٨ س ١٣ قال: واذا اختلف المعير والمستعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه الخ.

كتاب الاجارة

[كتاب الاجارة وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. ويلزم من الطرفين]

كتاب الاجارة

مقدمة

الاجارة في اللغة كد الاجير، وإشتقاقه من الاجر وهو الثواب، يقال: آجر داره يوجرها ايجارا فهو موجر. والاجير فعيل بمعنى الفاعل كالعليم بمعنى العالم. وفي الشريعة تمليك المنفعة مدة معينة بعوض مالي. فالتمليك جنس، والمنفعة فصل يخرج به تمليك الاعيان كالبيع والهبة. ويخرج باشتراط العوض العارية، وباقي القيود شروطه. والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن اجورهن)^(١) وقال (لو شئت لاتخذت عليه أجرا)^(٢) وقال (إني اريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج)^(٣) فاخبر بوقوع الاجارة.

وأما السنة: فروى أبوهريرة أن النبي ﷺ قال: أعط الاجير أجرته

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الكهف: ٧٧.

(٣) القصص: ٢٧.

قبل أن يجف عرقه^(١) وروى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة عنه عليه السلام: من استأجر أجيرا فليعلمه أجره^(٢) وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره، ورجل أعطاني صفقته ثم غدر^(٣). وفعله الصحابة، فعلي عليه السلام آجر نفسه من يهودي ليستقي الماء كل دلو بتمرة وجمع التمرة وحمله إلى النبي صلى الله عليه وآله^(٤).

وروى محمد بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الاجارة؟ قال: صالح لا بأس بها اذا نصح قدر طاقته، وقدر آجر نفسه موسى بن عمران واشترط فقال: ان شئت ثمانيا وإن عشرين، فانزل الله الآية^(٥).

والتعرض للتكسب بالتجارة أفضل منها، روى محمد بن عمرو بن أبي المقدام عن عمار الساباطي قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يتجر وإن هو آجر نفسه أعطى أكثر مما يصيب في تجارته، قال: لا يؤاجر نفسه ولكن يسترزق الله عز وجل ويتجر، فان من آجر نفسه فقد حذر على نفسه الرزق^(٦).

-
- (١) سنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ باب لا تجوز الاجارة حتى تكون معلومة وتكون الاجرة معلومة ص ١٢٠ س ٢٢.
(٢) سنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ باب لا تجوز الاجارة حتى تكون معلومة وتكون الاجرة معلومة ص ١٢٠ س ٩ فعن أبي هريرة كما في المتن ولفظ ماعن أبي سعيد الخدري هكذا: نهي عن استئجار الاجير، يعني حتى يبين له أجره.
(٣) صحيح البخاري: ج ٣ باب في الاجارة: باب ٤١ من منع أجر الاجير.
وسنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب الرهون(٤) باب أجر الاجراء الحديث ٢٤٤٢.
(٤) سنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب الرهون(٥) باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدة الحديث ٢٤٤٦.
(٥) الفروع: ج ٥ كتاب المعيشة، باب كراهية اجارة الرجل نفسه ص ٩٠ الحديث ٢.
(٦) الفروع: ج ٥ كتاب المعيشة، باب كراهية اجارة الرجل نفسه ص ٩٠ الحديث ٣.

[وتنفسح بالتقايل، ولا تبطل بالبيع ولا بالعق. وهل تبطل بالموت؟ قال الشيخان: نعم، وقال المرتضى: لا تبطل، وهو أشبه].

وأما الاجماع: فمن عامة المسلمين.

قال طاب ثراه: وهل تبطل بالموت؟ قال الشيخان: نعم، وقال المرتضى: لا يبطل، وهو أشبه. أقول: للأصحاب هنا ثلاثة اقوال: (أ) البطلان بالموت من أيهما إتفق قاله الشيخان^(١) وسالار^(٢) والقاضي^(٣) وابن حمزة^(٤).

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

-
- (١) المقنعة، باب الاجارات، ص ٩٨ س ٢٠ قال: والموت يبطل الاجارة.
- وفي النهاية، باب المزارعة والمساقاة ص ٤٤١ س ١٩ قال: ومتى مات المستاجر أو المجر بطلت الاجارة وفي باب الاجارة ص ٤٤٤ س ٤ قال: والموت يبطل الاجارة على ما بيناه.
- (٢) المراسم، ذكر أحكام الاجارات ص ١٩٦ س ٦ قال: ولا يبطل الاجارة الا بالموت.
- (٣) المذهب: ج ١ كتاب الاجارة، ص ٥٠١ س ١٩ قال: والموت يفسخ الاجارة.
- (٤) الوسيلة، باب في بيان الاجارة ص ٢٦٧ س ١٠ قال: وتبطل الاجارة بموت كليهما وموت احدهما.
- (٥) المختلف: كتاب الاجارة ص ٢ س ٣٠ قال: وقال ابوالصلاح لا يبطل الاجارة بالموت إلى أن قال: وبه قال ابن ادريس ونقله عن السيد المرتضى إلى أن قال: والوجه ما قال ابوالصلاح.
- (٦) السرائر: باب المزارعة، ص ٢٦٧ س ١١ قال: وقال الاكثرون المحصلون: لا يبطل الاجارة بموت المجر ولا بموت المستاجر وهو الذي يقوى في نفسى وافتي به.
- (٧) الكافي: الاجارة، ص ٣٤٨ س ١٨ قال: ولا تبطل الاجارة بالموت الخ.
- (٨) المختلف: كتاب الاجارة ص ٢ س ٣٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولو مات المستاجر قام ورثته الخ.
- (٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (١٠) تقدم نقله آنفا.

(ج) بطلانها بموت المستأجر دون الموجر، نقله في الخلاف عن بعض الاصحاب^(١) وفي المبسوط قال: وهو اظهر عندهم^(٢) أي عند أصحابنا، وقال القاضي: وعمل الاكثر من أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذي يفسخها، لاموت الموجر^(٣).

احتج الاولون بتعذر استيفاء المنفعة بالموت، لانه استحق استيفائها على ملك الموجر فاذا مات زال ملكه عن العين، فانتقلت إلى ورثته، فالمنافع تحدث على ملك الوارث، فلا يستحق المستأجر استيفائها، لعدم العقد على ملك الوارث.

وكذا في طرف المستأجر على تقدير موته لا يمكن ايجاب الاجارة (الاجرة) من تركته، لانتقالها بالموت إلى ورثته، ولانه ربما كان غرض المالك تخصيص المستأجر، لتفاوت الاغراض بتفاوت المتسأجرين، وقد تعذر ذلك بالموت.

واجيب بان المستأجر قد ملك المنافع بالعقد، وملكت عليه الاجرة كاملة، فالمنتقل إلى ورثة الموجر بالموت ليس الا العين مسلوقة المنافع مدة الاجارة، والى ورثة المستأجر ما عدا مال الاجارة، لوجوبه في حياته للغير بعقد شرعي.

احتج العلامة ومن تابعه بوجوه: (أ) إن الاجارة حق مالي ومنفعته موجودة يصح المعاوضة عليها، وانتقالها بالميراث وشبهه، فلا يبطل بموت صاحبها كغيرها من الحقوق^(٤).

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

(٢) المبسوط: ج ٣ كتاب الاجارات، ص ٢٢٤ س ١٨ قال: والاطهر عندهم ان موت المستأجر يبطلها الخ.

(٣) المذهب: ج ١ كتاب الاجارة ص ٥٠١ س ٢٠ قال: وعمل الاكثر من أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذي يفسخها.

(٤) المختلف: كتاب الاجارة ص ٣ س ١ قال: لنا انه حق مالي ومنفعة مقصودة يصح المعاوضة عليها الخ

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

وشرائطها خمسة:

(١) ان يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف.

(٢) وأن تكون الاجرة معلومة، كيلا أو وزنا، وقيل: تكفى المشاهدة، ولو كان مما يكال أو

يوزن.

وتملك الاجرة بنفس العقد معجلة مع الاطلاق أو اشتراط التعجيل ويصح تأجيلها نجوما، أو إلى أجل واحد] ولقائل أن يقول: هذا مصادرة على المطلوب، لان المانع لا يسلم صحة انتقالها بالميراث لان المنافع تتجدد وتحدث في ملك الوارث.

(ب) انها عقد صحيح فيستصحب حكمه.

(ج) انه عقد ناقل بالاجماع، واذا اقتضى نقل المنفعة إلى المكتري والاجرة إلى المورج كان الاصل بقاءها على ملكه لايزول عنه ويعود إلى من صارت عنه الا بالدليل، وليس في الشرع مايدل على ذلك. احتج الآخرون بما احتج به الاولون في الشق الثاني.

قال طاب ثراه: وأن تكون الاجرة معلومة كيلا أو وزنا.

وقيل: تكفى المشاهدة.

أقول: قال الشيخ في المبسوط: مال الاجارة يصح أن يكون معلوما بالمشاهدة، وان لم يعلم

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

(١) المبسوط: ج ٣ كتاب الاجارات ص ٢٢٣ س ٧ قال: ومال الاجارة يصح ان يكون جزافا الخ.

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

(٣) النهاية: باب الاجارات س ١٦ قال: الاجارة لا تنعقد الا بأجل معلوم ومال معلوم الخ.

[ولو استأجر من يحمل له متاعا إلى موضع في وقت معين باجرة معينة، فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئا معيناً، صح ما لم يحط بالاجرة.

(٣) وان تكون المنفعة مملوكة للموَجَر، أو لمن يؤجر عنه، وللمستأجر أن يؤجر الا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه].

ادريس^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣) لتحقق الجهالة، اذ قد عهد في عرف الشرع ان المكيل والموزون انما يصح المعاوضة عليهما بعد إعتبارهما بالكيل أو الوزن، ولم يكتف في البيع لهما بالمشاهدة، ولا علة لذلك سوى الجهالة، فيمنع من الاجارة، لانها الغرر المفضي إلى التنازع المنهى عنه.

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

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

أقول: هذا هو المشهور في كتب أصحابنا، وتوضيحه ما رواه مُحَمَّدُ الحلي في الموثق قال: كنت قاعدا عند قاض وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس، فأثاه رجلان، فقال أحدهما: اني تكريرت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعا إلى بعض المعادن واشترطت أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا، لانها سوق أتخوف أن يفوتني، فان احتبسست عن ذلك حططت من الكر، لكل يوم احتبسسه كذا وكذا، وانه قد

(١) السرائر: باب الاجارات ص ٢٧٠ س ١ قال: فأما مال الاجارة التي هي الاجرة فالأظهر من المذهب انه لا يجوز الا أن يكون معلوما ولا تصح ولا تنعقد الاجارة اذا كان مجهولا جزافا الخ.

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٣) التذكرة: ج ٢ كتاب الاجارة ص ٢٩١ س ٣٣ قال: مسألة يشترط في الاجرة المالية إلى أن قال: وأن يكون معلوما لانه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كضمن المبيع إلى أن قال: اذا كانت الاجرة من المكيل أو الموزون الخ.

حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوما، فقال القاضي: هذا شرط فاسد وفه كراه، فلما قام الرجل أقبل الي ابوجعفر عليها السلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه^(١) وفي صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، قال: سمعته يقول: كنت جالسا عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: إني تكرّيت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا، وأنه لم يفعل، قال: ليس له كراء، قال: فدعوته فقلت له: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه وقلت للاجير: ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه إصطلحا، فترادا بينكما^(٢) وقال ابن ادريس: الاولى عندي أن العقد صحيح والشرط فاسد، لان الله تعالى قال (أوفوا بالعقود)^(٣) وهذا عقد فيحتاج في فسخه إلى دليل، وإلا فالشرط إذا انضم إلى عقد شرعى صح العقد وبطل الشرط اذا كان غير شرعي^(٤) وقال ابوعلي: اذا استأجره على أن يبلغ به خمسة أيام بخمسين درهما، فان لم يبلغها كان موضوعا من الاجرة لكل يوم خمسة عشر درهما، فبلغه إلى المكان في مدة لا يستغرق الحطيطة الاجرة، جاز، وان استغرقت، أو كان الشرط عليه إن تأخر عن شرطه لم يكن له أجره، كان الحكم في ذلك الصلح، لا يسقط الاجرة كلها ولا يأخذها جميعا^(٥) وظاهر العلامة بطلان العقد ببطلان الشرط ووجوب اجرة المثل^(٦).

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

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

(٣) المائدة: ١.

(٤) السرائر: كتاب الاجارات ص ٢٧٢ س ٣٠ قال: والاولى عندي أن العقد صحيح والشرط باطل الخ.

(٥) و(٦) المختلف: في الاجارة، ص ٥ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولو استأجر على أن يبلغ به الخ ثم قال بعد

تزييف قول ابن ادريس وحينئذ يجب أجره المثل.

[٤] وأن تكون المنفعة مقدرة بنفسها، كخياطة الثوب المعين، أو بالمدة المعينة كسكنى الدار وتملك المنفعة بالعقد. وإذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر، استقرت الاجرة ولو لم ينتفع. وإذا عين جهة الانتفاع لم يتعدها المستأجر، ويضمن مع التعدي. ولو]

فالحاصل: أن هنا أربعة أقوال: (أ) صحة هذا الشرط والعمل بموجبه مالم يحط بالاجرة، فيجب اجرة المثل، قاله الشيخ في النهاية واختاره^(١) وافق به العلامة في المعتمد^(٢).

(ب) صحة هذا الشرط والعمل بموجبه مالم يحط بالاجرة، فيجب القضاء بالصلح، قاله ابو علي^(٣).

(ج) بطلان هذا الشرط وصحة العقد، فيجب الاجرة بكاملها، قاله ابن ادريس^(٤).

(د) بطلانها معاً، فيجب اجرة المثل سواء أو صله في المعين أو غيره، وسواء أحاطت بالاجرة أو لا اختاره العلامة^(٥) وفخر المحققين^(٦) لعدم اليقين والجزم في العقد.

وهو مشكل لانه اجتهاد في مقابلة النص.

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

(١) النهاية: باب الاجارات، ص ٤٤٨ س ١٥ قال: ومن أكثرى من غيره دابة على أن تحمل له متاعاً إلى ان قال: ولزمه اجرة المثل.

(٢)(٣) و(٤) تقدما آنفاً.

(٥) و(٦) لم اعثر على هذا الفتوى منه رحمته الله ولاحظ ايضاح الفوائد في شرح القواعد: في المطلب الثاني في العوض ج ٢ ص ٢٤٨ س ٢ قال: ولو استأجر لحمل متاع إلى مكان في وقت معلوم الخ وارتضاه فخر المحققين ولم يعلق عليه شيئاً.

[تلفت العين قبل القبض أو امتنع الموجر من التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة.ولو منعه
الظالم بعد القبض لم تبطل وكان الدرك على الظالم.ولو اهدم المسكن تخير المستأجر في الفسخ وله
إلزام المالك باصلاحه.ولا يسقط مال الاجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر.
(٥) وان تكون المنفعة مباحة، فلو آجره ليحمل الخمر، وليعلمه الغناء لم تنعقد. ولا تصح
اجارة الآبق.

ولا يضمن صاحب الحمام الثياب الا أن يودع فيفرط. ولو تنازعا في الاستئجار فالقول قول
المنكر مع يمينه. ولو اختلفا في رد العين فالقول قول المالك مع يمينه، وكذا لو كان في قدر الشئ
المستأجر، ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه، وكذا لو ادعى عليه التفريط.
وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة.

ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن^(١)، أقول: هذا الكلام مجمل ويفتقر إلى تفصيل وأشار
اليه المصنف في الشرائع ولم يبينه^(١) وقد سمعنا فيه مذاكرة أقوالا غير محصلة لانطول بايرادها
الكتاب، لخلوها عن الفائدة، وأجود ما قيل فيه ما حكاه شيخنا قدس الله روحه ورضي عنه.
قال: أنسب ما سمعت في هذا المعنى ما رأيته مكتوبا على نسخة قرئت على المصنف، وصورته:
أي إن كانت المنفعة معينة بالزمان لزمته الاجرة المعينة، وإن لم يكن معينة يلزم في المدة الماضية اجرة
المثل، ولا يسقط المنفعة المقدرة وتلزم الاجرة.

(١) الشرائع: كتاب الاجارة، في شرائط الاجارة الرابع، قال: واذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة إلى أن قال: وفيه
تفصيل.

[ولزمه في الزائد اجرة المثل. وان اختلفا في قيمة الدابة أو أرش نقصها فالقول قول الغارم، وفي رواية القول قول المالك. ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الاجرة، ويجب إيفاءه عند فراغه، ولا يعمل أجير الخاص لغير المستأجر].

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

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

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

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

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

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

قد فرغت من كتابته وتصحيحه وتحديثه صبيحة يوم السبت في الخامس من شهر صفر المظفر من شهر سنة ١٠٤٩ هـ. ق والحمد لله كلما حمده حامد والصلاة والسلام على نبيه المصطفى وآله أولى الدراية والنهى بعدد أنفاس الخلائق.

كتاب الوكالة.. (الفصل الاول)

الوكالة، عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة

مقدمة

الوكالة بكسر الواو وفتحها، وهي استنابة في التصرف. والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب: فعموم قوله تعالى (أوفوا بالعقود)^(١) وقوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه)^(٢) أي أعطوه دراهمكم واقيموه في الشراء مقامكم، وقوله تعالى (فلما جاوزا قال لفتاه آتنا غداءنا)^(٣) والعرب تسمى الوكيل والخادم فتى، والمخاطب في الآية هو يوشع عليه السلام، وليس خادما، فيكون وكيلًا. فدللت الآيتان ونظائرها على مشروعية الاستنابة في التصرف وهو معنى الوكالة.

(١) المائدة: ١.

(٢) الكهف: ١٩.

(٣) الكهف: ٦٢.

وأما السنة: فروى جابر بن عبد الله أنه قال: أردت الخروج إلى خير فأتيت رسول الله ﷺ وسلمت عليه وقلت له: إني أريد الخروج إلى خير، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإن إبتغى منك آية فضع يدك على ترقوته، فأثبت عليا لنفسه وكيلا^(١) وفيه دلالة على جواز تسليم العين إلى غير المالك بالعلامة وإخبار الشقة.

وروي أنه ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح ام حبيبة وكانت بالحبيشة^(٢) ووكّل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحرث الهلالية خالة عبد الله بن العباس^(٣) ووكّل عروة بن الجعد البارقى في شراء شاة الاضحية^(٤) ووكّل السعاة في قبض الصدقات^(٥) وروي أن عليا ﷺ وكل أخاه عقيلا في مجلس أبي بكر أو عمر فقال: هذا أخي، فما قضي عليه فعلي، وماقضي له فلي^(٦) ووكّل عبد الله بن جعفر في مجلس عثمان^(٧).

وأما الاجماع، فمن عامة المسلمين.

-
- (١) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ ص ٨٠ كتاب الوكالة، باب التوكيل في المال وطلب الحقوق. وسنن الدارقطني ج ٤ ص ١٥٤ باب الوكالة، الحديث ١.
- (٢) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٧ ص ١٣٩ كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح.
- (٣) التذكرة: ج ٢ في الوكالة ص ١١٣ س ٣٥ قال: ووكّل ابا رافع في نكاح ميمونة، ولم أعثر فيما بأيدينا من كتب الحديث والرجال من العامة والخاصة على غيره.
- (٤) و(٥) عوالى اللثالى: ج ٣، باب الوكالة ص ٢٥٧ الحديث ٤ و ٥ ولاحظ معلق عليه.
- (٦) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ ص ٨١ كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة، ولفظ الحديث (كان علي بن ابيطالب ﷺ يكره الخصومة، فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيلا بن ابي طالب).
- (٧) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ ص ٨١ كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة، ولفظ الحديث (عن رجل من اهل المدينة يقال له جهم عن علي ﷺ انه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة فقال: ان للخصومة أهلا).

[في التصرف، ولا حكم لوكالة المتبرع. ومن شرطها أن تقع منجزة، فلا يصح معلقة على شرط ولاصفة. ويجوز تنجيزها وتأخير التصرف إلى مدة وليست لازمة لاحدهما. ولا ينعزل ما لم يعلم العزل وإن أشهد بالعزل على الاصح، وتصرفه قبل العلم ماض].

قال طاب ثراه: ولا حكم لوكالة المتبرع.

أقول: هذه المسألة من خواص هذا الكتاب، واختلف في تفسيرها على قولين: (أ) ان تبرع إنسان فيوكل آخر عن زيد مثلاً، وتقبل الوكيل هذه الوكالة، فيكون الوكالة هنا بمعنى التوكيل، أى لا حكم لتوكيل المتبرع، بل يقع باطلا.

أو يكون معناه: أن الوكيل تبرع بقبولها فضولياً، لعلمه بصورها عن غير مالك، فهو متبرع. (ب) وبيانه موقوف على مقدمة.

وتقريبها ان الوكالة الصحيحة لها حكمان:

(أ) امضاء التصرفات الصادرة من الوكيل على الموكل.

(ب) استحقاق الوكيل عند فعل ماوكل فيه أحد الامرين، إما الاجارة أو الجعل، فالمتبرع بقبول الوكالة من غير اشتراط أحد الامرين لا يستحق أحدهما، فقوله: لا حكم لوكالة المتبرع، يريد به الحكم الثاني الذي هو الاستحقاق، لا الاول.

ولا نعني بقولنا: من غير اشتراط أحد الامرين، أن لا يشترط العوض لفظاً، بل اعم من اللفظ والنية اذا كان العمل مما له اجرة بالعادة، فإنه مع وقوعه بأمر المالك يستحق عليه اجرة المثل وان لم يشارطه، بل التقدير انه فعله بنية التبرع، أو كان الفعل مما لا يستأجر له بمجرى العادة كبرية القلم، فاذا لم يذكر العوض لفظاً لم يمكن له أجر وان نواه لتبرعه بقبولها، والتعبير الاول أوجه.

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

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

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:

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

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

(١) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٨ س ٣٦ قال: فقال ابن الجنيدي: لا يصح عزل الموكل لوكيله الا ان يعلمه بالعزل الخ.

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

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٥) الايضاح: ج ٢، في الفسخ ص ٣٥٣ س ٢٤ قال: والوجه عندي الاول، أي قول ابن الجنيدي.

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

(٧) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٣ قال: اذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة في غيبة من الوكيل فلاصحابنا فيه روايتان، إحداهما انه ينعزل في الحال الخ.

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

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

احتج الاولون بأمور:

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

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

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

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

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

(٤) الوسيلة: فصل في بيان الوكالة ص ٢٨٣ س ٥ قال: وإذا عزله لم ينزل الا بالاعلام الخ.

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

(٦) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٣ قال: ان النهي لايتعلق به حكم في حق المنهي الا بعد حصول العلم به الخ.

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

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

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

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

وفي هذا الكلام نظر، لانا نجيب عن الاول: سلمنا أن الوكالة جائزة، قوله (فلموكل الفسخ)
قلنا: جواز الفسخ مسلم، لكن ترتب أثر الفسخ عليه شرطه العلم، ولم يحصل، والمشروط عدم عند
عدم شرطه، قوله (والا كانت لازمة) قلنا: قد تعرض اللزوم للجائز كالجعالة بعد شروع العامل في
العلم، فانها تكون لازمة للجاعل إلا مع بذل مقابل ما عمل مع اعلامه، وأمثاله في الاحكام
الشرعية كثير كحضور المسافر في مسجد الجمعة، وشروع الانسان في الحج المندوب، وعن الثاني،
قوله (العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتق) قلنا: تمنع
المساواة، فان العتق فك ملك وليس متعلقا بغير العاقد وليس كذلك العزل في الوكالة لتعلقه
بثالث، ثم قال: وقول الشيخ في النهاية لا بأس به، لانه

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

(٢) و(٣) المختلف: في الوكالة ص ١٥٩ س ١٨ قال فاذا الظاهر عدم عزل الوكيل لهذه الروايات ثم قال: ولانه لو
انعزل قبل علمه الخ.

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

الفصل الثاني ماتصح فيه الوكالة

وهو كل فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين كالبيع والنكاح، وتصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الاصح. ويقتصر الوكيل على ماعينه الموكل، ولو عمم الوكالة صح الا ما يقتضيه الاقرار.

الفصل الثالث؛ الموكل

ويشترط كونه مكلفا جائز التصرف. ولا يوكل العبد إلا باذن مولاه، ولا الوكيل الا أن يؤذن له. وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله. ويكره لذوي المروات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم. توسط بين الاقوال^(١) وهذا يدل على تردده. ورجح في القواعد العزل^(٢) وجزم به في كتاب فتواه^(٣).

قال طاب ثراه: ويصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الاصح: أقول: منع الشيخ في النهاية من توكيل الحاضر في الطلاق^(٤) وبه قال التقى^(٥) والقاضي^(٦) واختاره ابن ادريس^(٧) والمصنف^(٨) والعلامة^(٩) لوجه:

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

الفصل الرابع؛ الوكيل

ويشترط فيه كمال العقل. ويجوز أن تلى المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها. والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم، والذمي، وللذمي على الذمي. وفي وكالته له على المسلم تردد. والذمي يتوكل على
(أ) الاصل الصحة.

(ب) انه فعل يقبل النيابة، فيصح دخولها فيه، أما الاولى فلجوازه في الغائب، وأما الثانية فكغيره من الافعال، لعدم المانع الخاص بصورة النزاع الواجب لخروجها من القاعدة.
(ج) قال ابن ادريس: لاختلاف أن حال الشقاق وبعث الحكمين: أن الرجل إذا وكل الحكم الذى هو من أهله في الطلاق، فطلق مضى طلاقه وجاز وان كان الموكل حاضرا في البلد^(١).
احتج الشيخ برواية سماعة عن الصادق عليه السلام قال: لا يجوز الوكالة في الطلاق فحمل على ما إذا كان الموكل حاضرا في البلد، والاختبار التي وردت لجواز التوكيل تحمل على الغيبة^(٢).
والجواب ان الرواية ضعيفة السند^(٣) مع قصورها عن إفادة المطلوب، لأنها تدل على المنع مطلقا، فما دل عليه لا يقول به، وما ذهب اليه لاتدل الرواية عليه.
قال طاب ثراه: والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم، والذمي، وللذمي على الذمي، وفي وكالته له على المسلم تردد.

(١) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٧ س ٢١ قال: فلا خلاف بيننا معشر الامامية ان حال الشقاق الخ.
(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٦٦) باب الوكالة في الطلاق ص ٢٧٩ الحديث ٦ ثم قال بعد نقل الخبر: هذا الخبر محمول على انه اذا كان الرجل حاضرا الخ.
(٣) سند الحديث كما في الاستبصار (مُجَدِّد بن يعقوب عن الحسين بن مُجَدِّد عن معلى بن مُجَدِّد عن الحسن بن على، وحמיד بن زياد عن ابن سماعة عن جعفر بن سماعة جميعا عن حماد بن عثمان عن زرارة)

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

الفصل الخامس في الاحكام

وهي مسائل: الاولى: لو أمره بالبيع حالا فباع مؤجلا ولو بزيادة، لم تصح ووقف على الاجازة. وكذا لو أمره ببيعه مؤجلا بثمن فباع باقل حالا، ولو باع بمثله أو أكثر صح إلا أن يتعلق بالاجل غرض، ولو أمره بالبيع في موضع فباع في غيره بذلك الثمن صح. ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان فباع من غيره فإنه يقف على الاجازة ولو باع بأزيد. اقول: البحث هنا منحصر في ثمان مسائل، لان الوكيل لا يخلو اما أن يكون مسلما أو كافرا، فإن كان مسلما فمسائله أربع:

(أ) أن يتوكل لمسلم على مسلم.

(ب) أن يتوكل لمسلم على ذمي.

(ج) أن يتوكل لذمي على ذمي. وهذه الثلاثة اجماعى لانزاع فيها.

(د) أن يوكل لذمي على مسلم.

وهذه المسألة هي محل الخلاف، واليها أشار بقوله: وفي وكالته، أي وكالة المسلم، له، أي للذمي على المسلم تردد، فظاهر الشيخ في النهاية والخلاف^(١) ^(٢) المنع، وبه قال المفيد^(٣).

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

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

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

[الثانية: اذا اختلفا في الوكالة، فالقول قول المنكر مع يمينه. ولو اختلفا في العزل، أو في الاعلام، أو في التفريط، فالقول قول الوكيل. وكذا لو اختلفا في التلف ولو اختلفا في الرد فقولان: أحدهما: القول قول الموكل مع يمينه، والثاني: القول قول الوكيل ما لم يكن يجعل، وهو أشبه]. وتلميذه سلالر^(١) والتقي^(٢) وذهب في المبسوط إلى الكراهة^(٣) وبه قال ابن ادريس^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦) للاصل الدال على الجواز السالم عن معارضة اثبات السبيل للكافر على المسلم، فيثبت الجواز.

ولان للذمي اهلية المطالبة بالحقوق واستيفائها من المسلمين فلئن يتولى ذلك المسلم من المسلم أولى.

وان كان ذميا فمسائله أربع:

- (أ) أن يتوكل لمسلم على ذمي.
 - (ب) أن يتوكل لذمي على ذمي، ولا شك في جواز هذين القسمين.
 - (ج) أن يتوكل لذمي على مسلم، ولا شك في بطلان هذا القسم.
 - (د) أن يتوكل لمسلم على مسلم، ومنع منه اصحابنا لاستلزام السبيل.
- قال طاب ثراه: ولو اختلفا في الرد فقولان: أحدهما القول قول الموكل مع يمينه، والثاني قول الوكيل ما لم يكن يجعل وهو أشبه.
- أقول: في المسألة قولان:

(١) المراسم: ذكر أحكام الضمانات وكفالات والحوالات والوكالات، ص ٢٠١ س ١١ قال: فاما الذمي فلا يتوكل لاهل الذمة على أهل الاسلام.

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

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

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

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(أ) القول قول المالك في عدم الرد، لانه الاصل ولقوله عَلَيْهِ على اليد مأخذت حتى تؤدي^(١) سواء كان يجعل أولاً، وهو قول ابن ادريس^(٢) وهو مذهب المصنف في الشرائع^(٣).
(ب) القول قول المالك ان كان يجعل، وان لم يكن يجعل فالقول قول الوكيل لانه أمين قبض المال لمنفعة غيره دون منفعته كالمودع وهو قول الشيخ في المبسوط^(٤) وبه قال القاضي^(٥) والمصنف في النافع^(٦).

تنبيه: اقسام الأمانة

الامناء على ثلاثة أقسام:

(أ) من يقبل قوله في الرد إجماعاً، وضابطه من قبض العين لنفع المالك، وهو محسن محض، فيقبل قوله في ردها حذراً من مقابلة الاحسان بالاسائة، كالمستودع، واستشكله العلامة من حيث أن الاصل عدم الرد^(٧) وجزم به في كتاب فتواه

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

(٢) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٥ س ١ قال: فالذين لاضمان عليهم فهم الوكيل إلى أن قال: والذي يقتضيه أصولنا أن المستام لاضمان عليه الخ.

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

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

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

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

[الثالثة: اذا زوجه مدعيا وكالته، فانكر الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعلى الوكيل مهرها، وروي نصف مهرها لانه ضيع حقها، وعلى الزوج ان يطلقها إن كان وكل].
بموافقة الاصحاب^(١).

(ب) مقابله، وضابطه من قبض العين لنفعه ومصلحته كالمستعير والمستتره والمستأجر.
(ج) من قبض العين ونفعها مشترك بين المالك والقابض كالمضارب والوكيل بجعل، فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك، ومن غلب جانب الامانة إعتبر قول العامل.
قال طاب ثراه: إذا زوجه مدعيا وكالته، فأنكر الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعلى الوكيل مهرها، وروي نصف مهرها، لانه ضيع حقها، وعلى الزوج أن يطلقها إن كان وكل.
أقول: في المسألة ثلاثة أقوال: الاول: وجوب المهر كملا على الوكيل، بوجوه ثلاثة: (أ) انه ضيع حقها بترك الاشهاد على الوكالة، فعليه ضمانها.

(ب) إن المهر يجب كله بالعقد، وانما ينتصف بالطلاق، ولم يحصل.
(ج) إنه العار لها بالعقد عليها ومنع الأزواج منها، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٢) وتبعه القاضي^(٣) واختاره العلامة في كتاب فتواه^(٤).

(١ و ٢) النهاية: باب الوكالات ص ٣١٩ س ٣ قال: وان عقد له على التي أمره إلى أن قال: لزم الوكيل ايضا مهر المرأة الخ.

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

(٤)

الثاني: وجوب نصف المهر قاله الشيخ في المبسوط^(١) واختاره ابن ادريس^(٢) ثم قوى قول النهاية لانها فرقه قبل الدخول فيكون كالطلاق، ولرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^(٣).
الثالث: بطلان العقد في الظاهر، ولا يجب على الوكيل شيء، كالحكم في غير التزويج، كما لو باع مثلاً، فانه يحكم ببطلان العقد مع يمين الموكل.
وكما ينسب التفريط في عدم الاشهاد إلى الوكيل، ينسب إلى المرأة، إذا لحق لها، فكان من حقها أن لا تجيب إلى التزويج الا من ثبت وكالته شرعاً، وحينئذ يحكم ببطلان العقد في الظاهر، كما يحكم ببطلان البيع، ولا يغرم الوكيل شيئاً، ويبقى الزوج فيما بينه وبين الله سبحانه إن كان صادقاً فلا شيء عليه، والا وجب عليه الطلاق ودفع نصف المهر، حكاه العلامة عن بعض الاصحاب وقواه في المختلف^(٤).

فرع

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

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

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

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

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

تذنيبات

(أ) هل يصح الوكالة من أهل السهمان في قبض الزكاة؟ قال في المبسوط: نعم^(١) واختاره العلامة^(٢) وهو مذهب الشهيد^(٣) ومنع القاضي^(٤) واختاره ابن ادریس^(٥).
احتج الاولون: بالاصل، وبأنه عمل مباح فتدخله النيابة، أما اباحتها فظاهرة، وأما قبوله النيابة فيدل عليه وضع الشارع نصيبا للعامل.
ويجب دفع الزكاة إلى الامام والساعي، وتبرأ ذمة الدافع، وان تلفت بعد ذلك منهما، فكأننا كالموكلين لأهل السهمان، لأنهما لو كانا وكيلًا للمالك يغرم ثانيًا كما يغرم لو تلفت من يده أو يد وكيله.

فبراءة ذمته بتلفها منهما، دل على أنهما وكيلًا لأهل السهمان.
احتج ابن ادریس: بان التوكيل حكم شرعي فيحتاج في اثباته إلى دليل شرعي، ولا دلالة، وايضا فان الذمة مرتقنة بالزكاة، فلا تبرأ الا بفعلها، ولا خلاف في البراءة بتسليمها إلى مستحقها دون وكيله، لان الوكيل ليس هو من الثمانية الاصناف، ولان الزكاة والخمس لا يستحقهما واحد يعينه، ولا يملكهما أحد إلا بعد قبضهما، فالوكيل لا يستحق المطالبة، وكل واحد من أهل الزكاة والخمس لا يستحق المطالبة بالمال، لان الانسان مخير في وضعه فيه أو في غيره، فلا يجبر على تسليمه اليه^(٦) قال العلامة في المختلف: لا إستبعاد في أن يقول الفقير: وكلتك في قبض

(١) المبسوط: ج ٢ كتاب الوكالة، ص ٣٦١ س ٢ قال: ويصح من أهل السهمان التوكيل في قبضها.
(٢) و(٣) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ١٧ قال: مسألة تصح الوكالة من أهل السهمان في قبض الزكاة إلى أن قال: وقال ابن البراج: لاتصح الوكالة في الزكاة الا في إخراجها، إلى أن قال: لنا انه عمل مباح يقبل النيابة الخ.
(٤) لم أعثر عليه صريحاً.
(٥) و(٦) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٤ س ١٠ قال بعد نقل قول ابن البراج على المنع: وهو الذي يقوى في نفسي، لانه لادلالة عليه إلى قوله: فلا يجبر على تسليمه اليه.

مايدفعه المالك إلى عن زكاته، ولايستلزم ذلك إستحقاق المطالبة، بل اذا اختار المالك الدفع إلى ذلك الفقير، جاز الدفع إلى وكيله^(١)، وعندي في هذه المسألة توقف.

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

(ج) هل يجوز التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد، وبالجمله اجارة المباحات، بمعنى أن مايتطلبه الوكيل يكون للموكل، وكذا مايصطاده، أولا يجوز بمعنى انه يكون للوكيل بمجرد حيازته؟ قوى الشيخ المنع وأجاز التوكيل في احياء الموات^(٤) وتبعه ابن ادريس^(٥).

وفي الجمع بينهما نظر، ومنشأ الخلاف أن تملك المباحات هل يحتاج إلى نية أم لا؟ فبعض ذهب إلى الاحتياج، لوقوع الاجماع بتملك الدرة الموجودة في بطن السمكة، اذ لو دخلت في الملك مع عدم النية لوجب ردها على الصياد، لانه ملكها بمجرد الاستيلاء.

وذهب بعضهم إلى عدم الاحتياج

(١) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ٢٦ قال: وأى استبعاد في أن يقول الفقير الخ.

(٢) المبسوط: ج ٢ كتاب الوكالة، ص ٢٦٠ س ١٥ قال: أما الطهارة فلا يصح التوكيل فيهما وإنما يستعين بغيره الخ.

(٣) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ٢٨ قال: وقال ابن البراج: وأما النياية في صب الماء على المتطهر القادر على الطهارة الخ.

(٤) المبسوط: كتاب الوكالة ص ٣٦٣ س ٥ حال: وأما الجزية إلى أن قال: وكذلك الاحتطاب والاحتشاش، والاقوى ان لا يدخلها التوكيل.

وقال في ص ٣٦٢ س ٢١ وكذلك يصح في احياء الموات.

(٥) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٤ س ٣٤ قال: وأما الجزية والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فلا يدخل في ذلك النياية والتوكيل.

إلى النية، ولعل استناده إلى قوله ﷺ من احيا أرضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله^(١) فحكم بالملك ولم يشترط النية. ولعل الاول أقوى. فمن اعتبر النية. أجاز التوكيل وحكم بالملك للموكل، ومن لم يعتبر النية حكم بالملك للتوكيل باثبات يده اليه وألغى الوكالة.

(د) هل يصح التوكيل في الاقرار؟ الاظهر، لا، وهو مذهب العلامة^(٢) وفخر المحققين^(٣) لانه اخبار عن حق يلزم المقر، ولقوله ﷺ: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز^(٤) واتفق العلماء على انه يدل بمفهومه على عدم قبوله على الغير، واتفق الكل على أن دلالة المفهوم راجحة.

وجوزه الشيخ في المبسوط^(٥) والخلاف^(٦) وقال في المبسوط: ومن الناس من قال: لا يصح ثم اختلف القائلون بعدم الصحة فمنهم من قال: يكون توكيله واذنه في الاقرار عنه، إقرارا منه، لانه أخبر عن حق عليه لخصمه، وقال غيره: لا يكون إقرارا، لان التوكيل في الشئ لا يكون إثباتا لنفس ذلك الشئ، كالتوكيل في البيع لا يكون بيعا، وكذلك الامر بالامر لا يكون أمرا.

والحق أنه لا يكون إقرارا، لانه إخبار وفي التوكيل يكون إنشاء، واللفظ الواحد لا يستعمل فيهما في حالة واحدة، لاحتمال الاخبار الصدق والكذب، وليس كذلك الانشاء.

(١) الفقيه: ج ٣ باب احياء الموات والارضين، الحديث ٢ وسنن أبي داود ج ٣ كتاب الخراج والامارة والفئ، الحديث ٣٠٧٣ و ٣٠٧٤ بدون الجملة الاخيرة.

(٢) القواعد: الرابع متعلق الوكالة ص ٢٥٤ س ١٨ قال: وفي التوكيل على الاقرار اشكال الخ.

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

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

(٥) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٦٨ س ٢٤ قال: فاما إذا أذن له في الاقرار عليه ووكله فيه فانه يصح ذلك الخ.

(٦) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٥ قال: إذا أذن له في الاقرار عنه صح اقراره الخ.

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

أما الوقف: فهو تحبّيس الأصل وإطلاق المنفعة.
ولفظه الصريح (وقفت) وماعداه يفتقر إلى القرينة الدالة على التأييد، ويعتبر فيه القبض.
ولو كان مصلحة كالقناطر، أو موضع عبادة كالمساجد، قبضه الناظر فيها. ولو كان على طفل قبضه الولي، كالأب والجد للأب أو الوصي: ولو وقف عليه الأب أو الجد صح، لأنه مقبوض بيده. والنظر إما في الشروط أو اللواحق.
والشروط أربعة أقسام:

مقدمة

الوقف في اللغة الحبس.
وفي الشرع تحبّيس أصل ينتفع به مع بقاء عينه وتسبيل منافعه، والجمع وقوف وأوقاف، ولا يقال: أوقفت إلا شاذاً، ويقال: حبست وأحبست.
ومقتضاه زوال الملك عن المالك وتسبيل المنفعة على الموقف عليه.

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

والاصل فيه: الكتاب والنسبة والاجماع.

أما الكتاب: فعموم قوله (وافعلوا الخير)^(١) (وما تنفقوا من خير فلا أنفسكم)^(٢).

وأما السنة: فكثير، مثل قوله عليه السلام: إذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثة، ولد صالح يدعو له وعلم ينتفع به بعد موته، وصدقة جارية^(٣) قال العلماء: المراد بالصدقة الجارية، الوقف: وقال الصادق عليه السلام: ليس يتبع الرجل بعد موته من الاجر الا ثلاث خصال، صدقة أجراها في حياته، فهي تجرى بعد موته إلى يوم القيامة، وصدقة موقوفة لايورث، أو سنة هدى سنّها فكان يعمل بها، وعمل بها من بعده غيره، أو ولد صالح يستغفر له^(٤) وعنه عليه السلام: ستة تلحق المؤمن بعد وفاته.

ولد يستغفر له، ومصحف يخلفه، وغرس يغرسه، وبئر تحفره وصدقة تجريها، وسنة يؤخذ بها من بعده^(٥).

ووقفت فاطمة عليها السلام حوائطها بالمدينة^(٦).

(١) الحج: ٧٧.

(٢) البقرة: ٢٧٢.

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

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

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

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

وأما الاجماع: فمن الامامية لا يختلفون في مشروعية، وان اختلفوا في مسائله (واشتهر اتفاق الصحابة عليه قولا وفعلا، وقال جابر: لم يكن أحد من الصحابة ذو مقدرة الا وقف وقفا)^{(١)(٢)}.

تذنيب .. بطلان اوقاف الجاهلية

أوقاف الجاهلية باطلة، وهي أربعة:

(أ) السائبة، وهي التي تلد ثلاث بطون كلها اناث، فتسيب، ولا يركب ولا يحلب الا لضيف^(٣).

(ب) البحيرة، وهي ولد السائبة الذي يحمى به في بطن الحادي عشر، فان كان انثى فهي البحيرة، وسميت؟ لانهم كانوا يبحرون اذنفا، اى يشقونها، والبحر الشق، ومنه سمى البحر، لانه شق في الارض.

(ج) الوصيلة، وهي الشاة التي تلد خمس بطون، في كل بطن عناقان، فاذا ولدت بطنا سادسا ذكرا أو انثى، قيل وصلت أخاه، فما تلد بعد ذلك يكون حلالا للذكور وحراما على الاناث.

(د) الحام، وهو الفحل ينتج من صلبه عشر بطون، فيسيب، ويقال: حمى ظهره، فلا يركب. فهذه وقوف الجاهلية، وجاء في الشرع بابطالها، قال تعالى (ما جعل الله من بجمرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولن الذين كفروا يفتنوا على الله

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

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

(٣) ما أفاده عليه السلام في معنى الكلمات انما هو بعض ما اشتهر في ذلك ومن أراد التفصيل فليرجع إلى تفسير مجمع البيان في تفسيره لآية (١٠٣) من سورة المائدة.

[الاول، في الوقف: ويشترط فيه التنجيز والدوام، والاقباض وإخراجه عن نفسه. فلو كان إلى أمد كان حبسا. ولو جعله لمن ينقرض غالبا صح، ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقا، وقيل: ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه، والاول مروي].

(الكذب)^(١) فأخبر سبحانه أنهم لم يشرع لهم ذلك، وإنما هو بوضعهم واصطلاحهم، كقوله تعالى (إن هي إلا أسماء سميتوها أنتم وآبائكم ما أنزل الله بها من سلطان)^(٢).

والفاظ الوقف ستة: وقفت، وتصدقت، وحبست، وسبلت، وحرمت، وأبدت، فوقفت صريح لا يفتقر معه إلى قرينة، والبواقي كنايات يفتقر إلى قرينة كقوله: تصدقت بداري صدقة موقوفة، أو محتبسة، أو مسبلة وما ناسبه من الالفاظ الدالة على إرادة التأيد.

قال طاب ثراه: ولو جعله لمن ينقرض غالبا صح، ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقا، وقيل: ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه، والاول مروي.

أقول: هنا مسألتان: الاولى: هل يصح هذا الوقف أم لا؟ فنقول: شرط الوقف التأيد، فلو جعله على من ينقرض غالبا ولم يسقه بعد ذلك إلى من لا ينقرض كالفقراء والمساجد والمشاهد، هل يصح وقفا؟ قال الشيخان: نعم^(٣)

(١) المائدة: ١٠٣.

(٢) النجم: ٢٣.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ١٩ قال: فان وقف انسان شيئا على ولده إلى أن قال: كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد راجعا ميراثا الخ.

والنهاية: باب الوقوف واحكامها ص ٥٩٩ س ١٧ قال: ومتى وقف الانسان شيئا إلى أن قال: فمتى انقرض أرباب الوقف رجع الوقف إلى ورثة الواقف الخ.

وبه قال القاضي^(١) وابوعلي^(٢) وسالار^(٣) وابن ادريس^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦) وقال ابن حمزة: فان علق على من يصح انقراضه كان عمرى، أو سكنى أو حبسا بلفظ الوقف^(٧) (وحكى الشيخ القولين في كتاب الخلاف عن بعض أصحابنا)^(٨) (٩).

احتج الاولون بوجوه:

(أ) الاصل الصحة.

(ب) أنه نوع تملك وصدقة فيتبع إختيار المالك في التخصيص كغير صورة النزاع.

(ج) إن تملك الاخير ليس شرطاً في تملك الاول، وإلا لزم محالان، تقديم المعلول على العلة،

والدور، لان الوقف شرطه التنجيز، ولا بد أن يكون له مقر في

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

(٢) و(٣) المختلف: في الوقف ص ٣٤ س ٢٢ قال: فلو وقف على من ينقرض إلى أن قال: قال الشيخان وابن الجنيد يصح ثم قال: والوجه عندي الصحة.

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

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

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

الحال، فتملك الاول شرط في تملك الثاني، فلو انعكس لزم الدور. واحتج الآخرون، بأن الوقفية مقتضاه التأييد، فاذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول، فلا يصح كما لو وقفه على مجهول في الابتداء. وأحاب المسؤغون، بمنع الصغرى، وبالفارق بين مجهول الابتداء وبين صورة النزاع، فإن المصرف غير معلوم في الاول، بخلافه في الثاني. الثانية: هل يرجع هذا الوقف إلى الواقف، أو إلى ورثة الموقوف عليهم، أو إلى وجوه البر؟ قيل فيه ثلاثة أقوال: فبالاول قال الشيخ^(١) وتبعه القاضي^(٢) وسالار^(٣) وهو اللازم من كلام ابن حمزة حيث جعله سكنى أو عمرى^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦). وبالثاني قال المفيد^(٧) وابن ادريس^(٨).

-
- (١) النهاية: باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ١٧ قال: ومتى وقف الانسان شيئا إلى أن قال: رجع إلى ورثة الواقف.
- (٢) المهذب: ج ٢ ص ٩١ س ١٦ قال: فان وقفه على وجه من الوجوه في البر إلى أن قال: كان راجعا إلى ذرية الواقف.
- (٣) المراسم: ذكر احكام الوقوف، ص ١٩٨ س ١٧ قال: فان أطلقه إلى أن قال: كان اذا انقرضوا ميراثا لا قرب الناس إليه.
- (٤) الوسيلة: كتاب الوقوف، ص ٣٧٠ س ٣ قال: وان لا يعلق الوقف بوجه منقرض: فان علق كان عمرى او رقبى او سكنى إلى ان قال فان عين بالاسماء وقال: على فلان وفلان وقصر عليه كان اعمارا بلفظ الوقف.
- (٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٦) المختلف: في الوقف، ص ٣٤ س ٢٥ قال: بعد نقل الاقوال: والوجه عندي الصحة، لنا انه نوع تملك الخ.
- (٧) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ١٩ قال: واذا وقف انسان شيئا على ولده إلى أن قال: كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد راجعا ميراثا على أقرب الناس من آخر المنقرضين من أرباب الوقف.
- (٨) السرائر: كتاب الوقوف ص ٣٧٩ س ١٩ قال: ومتى وقف الانسان شيئا إلى أن قال: كان متى انقرضوا ميراثا إلى أقرب الناس من آخر المنقرضين.

[ولو شرط عودده عند الحاجة، فقولان: أشبههما البطلان. الثاني، في الموقوف: ويشترط أن يكون عينا مملوكة ينتفع بها مع بقائها، إنتفاعا محلا. ويصح اقتباسها، مشاعة كانت أو مقسومة].
وبالثالث قال ابن زهرة^(١).

أحتج الاولون: بأنه في الحقيقة حبس، لانقراض أربابه، فلا يكون مؤبدا، فيرجع إلى ورثة الواقف لعدم خروجه عنه بالكلية. ولأنه إنما وقف على قوم باعياهم، ولا يتخطى إلى غيرهم، لقول العسكري عليه السلام: الوقوف بحسب مايقفها أهلها ان شاء الله^(٢).

واحتج المفيد بان الوقف خرج عن الواقف، فلا يعود اليه، والموقوف عليه يملك الوقف، فيورث عنه كغيره، بخلاف البطن الاول فإنه وان ملك لا يورث عنه لعدم تمامية الملك في حقه، لتعلق حق البطون به، وليس بعد الاخير من يتعلق له حق بالوقف.

واجيب بالغ من كون الوقف مطلقا ناقلا، بل المؤبد منه، أما ماكان منه في حكم الحبس، فلا^(٣) قال العلامة في المختلف: ولا بأس بقول ابن زهرة، لانتقال الوقف من الواقف وزوال ملكه عنه^(٤).

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

أقول: في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

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

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

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

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

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

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

(ب) صحة الشرط والعقد، ويكون في الحقيقة حبساً، فإن رجع فيه مع الحاجة صار طلقاً وورث عنه، وكذا لومات ولم يرجع، قاله الشيخ في النهاية^(٥) وتبعه القاضي^(٦) وهو الذي رجحه العلامة في المختلف أولاً^(٧).

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

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

(٢) الانتصار: مسائل شتى في الهبات والاجارات والوقوف ص ٢٢٦ س ١٣ قال: ومما انفردت به الامامية القول: بأن من وقف وقفاً، جاز له أن يشترط الخ.

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

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

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

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

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

(٨) المبسوط: ج ٢، كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٠٠ س ١ قال: واذا وقف وقفاً وشرط ان يبيعه اي وقت شاء كان الوقف باطلاً الخ.

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

(١٠) الوسيلة: احكام الوقف، ص ٣٧٠ س ٩ قال: ولا يجوز الوقف على أربعة عشر إلى أن قال: ولا المشروط بان يبيعه الخ.

ادريس^(١).

احتج الاولون باصالة صحة العقد والشرط معا، لقوله تعالى (اوفوا بالعقود)^(٢) وقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم^(٣) وما رواه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد العسكري عليه السلام في الوقف، فوقع عليه السلام: الوقف على حسب ماوقفها أهلها ان شاء الله^(٤). ولان الوقف المشروط سائغ اجماعا، فاذا زال الشرط الذي علق عليه الوقف لم يكن ماضيا، واذا كان الوقف قابلا للشرط، والموقوف عليه قابلا للنقل عنه إلى غيره، فأى مانع من خصوصية هذا الشرط.

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

واحتج على قوله في المبسوط: بانه شرط ينافي عقد الوقف، فيبطل، لتضمنه شرطا فاسدا. وأجاب الاولون بالمنع من منافاة هذا الشرط للعقد، وإنما يكون منافيا لو لم

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

(٢) المائدة: ١.

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

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

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

[الثالث، في الواقف: ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف، وفي وقف من بلغ عشرة تردد، المروي جواز صدقته، والاولى المنع، ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الاشبه، وإن أطلق فالنظر لارباب الوقف]. يكن الوقف قابلا للمثل هذا الشرط، وهو المتنازع

قال طاب ثراه: وفي وقف من بلغ عشرة تردد، والمروي جواز صدقته، والاولى المنع. أقول: سوغ الشيخ وقفه في المعروف^(١) وهو مذهب التقي^(٢) وإبي علي^(٣) ومنع سلالر^(٤) وابن ادريس^(٥) وعليه المصنف^(٦) والعلامة^(٧).

قال طاب ثراه: ويجوز للواقف ان يجعل النظر لنفسه على الاشبه. أقول: منع ابن ادريس من صحة هذا الشرط، وأفسد به الوقف، حيث عد من شرائط صحة الوقف أن لا يدخله شرط خيار الواقف في الرجوع، وأن لا يتولاه هو بنفسه^(٨) واختار المصنف والعلامة الجواز^(٩)^(١٠) وادعى العلامة في المختلف:

(١) النهاية: كتاب الوصايا، باب الشرائط الوصية ص ٦١١ س ١٥ قال: وكذلك يجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشر سنين وهبته وعتقه اذا كان بالمعروف في وجه البر الخ أقول: الظاهر أن تعبير المصنف بأنه بقوله (سوغ الشيخ وقفه بالمعروف) لان الشيخ يرى ان الوقف صدقة، لاحظ باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٦ س ٦ حيث قال: والوقف والصدقة شئ واحد، ولم نجد في كتب الشيخ التصريح بصحة وقف من بلغ عشرة، ولعل الله يحدث بعد ذلك أمرا. (٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٧) لم اعثر على هذه المذاهب في الوقف الا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرة أو عدم صحته.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

[الرابع، في الموقوف عليه: ويشترط وجوده وتعيينه، وأن يكون ممن يملك، وأن لا يكون الوقف عليه محرماً فلو وقف على من سيوجد لم يصح، ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صح، والوقف على البر يصرف إلى الفقراء ووجه القرب. ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس، ولو وقف على ذلك الكافر صح، وفيه وجه آخر. ولا يقف المسلم على الحرى ولو كان رحماً، ويقف على الذمي وإن كان أجنبياً.

ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف إلى فقراء المسلمين ولو كان كافراً انصرف إلى فقراء نخلته].

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

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

(١) و(٢) تقدما آنفاً.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ٦ قال: وان وقف مسلم شيئاً على عمارة بيعة الخ.

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

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

[والمسلمون من صلى إلى القبلة، والمؤمنون الاثنى عشرية، وهم الامامية، وقيل: مجتنبوا الكبائر خاصة].

فيها بالعبادة بغير الله تعالى كبيوت النيران والاصنام، والقرايين للشمس والكواكب ونحوها في أي أرض كانت تملك المسلمون الحكم فيها، فإن ذلك غير ممضى، ولائمة الدين أن يصرفوا ثمرها وغلاتها إلى ما يصرفون إليه سهم الله في الغنائم^(١) وفصل العلامة فقال: إن كانت بيوت عبادة الله كالبيع والكنائس صح الوقف، وإن كانت بيوت عبادة لغير الله تعالى كبيوت الاصنام والنيران فإن الوقف باطل، وحكمه حكم الارض المفتوحة اذا فتحها المسلمون، لانا امرنا لاقرار أهل الذمة على عباداتهم ومواضع معتقداتهم، فصح وقفهم عليها كما جاز لهم عمارتها، بخلاف بيوت النيران، فانها ليست مواضع عبادة الله تعالى^(٢): قال طاب ثراه: والمؤمنون الاثنى عشرية، وهم الامامية، وقيل: مجتنبوا الكبائر.

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

(١) و(٢) المختلف: في الوقف، ص ٣٧ س ٧ قال: وقال ابن الجنيد: وأما ما وقفه اهل الشرك على الاماكن الخ. ثم قال بعد نقل قول ابن الجنيد: والمعتمد أن نقول: إن كانت بيوت عبادة الله صح الوقف كالبيع والكنائس الخ.

(٣) قال في تفسيره الآية ١٧٢ من سورة البقرة (ياايها الذين امنوا كلوا من طيبات الخ): هذا الخطاب يتوجه إلى جميع المؤمنين، وقد بينا ان المؤمنين هو المصدق بما وجب عليه. ويدخل فيه الفساق الخ.

(٤) المراسم: ذكر احكام الوقوف والصدقات، ص ١٩٨ س ١٥ قال: وان قال للامامية فهو لمن قال بامامة الاثنى عشر بالله.

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٨ س ٣٧ قال: وان وقفه على الامامية خاصة كان فيمن قال بامامة الاثنى عشر منهم.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٧) تحرير الاحكام: الفصل الرابع في شرائط الموقوف عليه، ص ٢٨٦ (با) قال: اذا وقف على المؤمنين نصرف إلى الاثنى عشرية.

[والشيعة: الامامية والجارودية، من الزيدية من قال بإمامة زيد، والفتحية من قال بالافطح، والاسماعيلية من قال باسماعيل بن جعفر عليه السلام، والناووسية من وقف على جعفر بن محمد عليه السلام، والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليه السلام، والكيسانية من قال بامامة محمد بن الحنفية].

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

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

أقول: هذا هو المشهور بين اصحابنا، وجزم به المصنف^(٦) والعلامة^(٧) عملا بعموم (أوفوا بالعقود)^(٨) والوقوف على حسب ماوقفها اهلها^(٩) وقال ابن

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

(٢) المقنعة: باب الوقوف، ص ١٠٠ س ١٢ قال: فان وقفه على المؤمنين كان على مجتئب الكبائر من الشيعة الامامية خاصة.

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

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

(٥) اختلفت النسخ من الاصل والشرح في ضبط هذه الجملة، ففي بعضها (الجارودية والزيدية) وفي البعض الاخر كما اثبتناه والظاهر انه الصحيح، وان كانت العبارة غير سلسلة.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٨) و(٩) تقدما.

[ولو وصفهم بنسبة إلى عالم، كان لمن دان بمقاتلته، كالحنفية. ولو نسبهم إلى أب كان لمن انتسب إليه بالابناء دون البنات على الخلاف كالعلوية والهاشمية، ويتساوى فيه الذكور والاناث. وقومه أهل لغته]،

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

توضيح .. فرق الزيدية

الزيدية ثلاث فرق:

(أ) الجارودية، أصحاب أبي الجارود ابن زياد بن منقذ العبدي.

قال: إن النبي ﷺ نص على علي بن أبي طالب بالوصف دون التسمية.

(ب) أصحاب سليمان بن جرير.

قالوا: إن البيعة طريق الامامية، واعترفوا بامامة أبي بكر وعمر اجتهادا، ثم إنهم تارة يصوبون ذلك الاجتهاد، وتارة يخطئون، وقالوا: بكفر عثمان وعائشة وطلحة وزبير ومعاوية لقتالهم عليا.

(ج) الصالحية: أصحاب الحسن بن صالح ابن حي، وكان فقيها، وكان يثبت إمامة أبي بكر وعمر، ويفضل عليا بن أبي طالب على سائر الصحابة، وتوقف في عثمان لما سمع عنه من الفضائل تارة ومن الرذائل أخرى.

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

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

[وعشيرته الادنون في نسبه. ويرجع في الجيران إلى العرف، وقيل: بمن يلي داره إلى أربعين ذراعا، وقيل: إلى أربعين دارا، وهو مطرح].

أقول: قد مر البحث في هذه المسألة في باب الخمس، فليُنظر من هناك.
قال طاب ثراه: ويرجع في الجيران إلى العرف، وقيل: هو من يلي داره إلى أربعين ذراعا، وقيل: أربعين دارا وهو مطرح.

أقول: الأول مختار المصنف^(١) وهو مذهب العلامة^(٢) ووجهه حمل الاطلاق عند تعذر الحقائق الشرعية عليه.

والثاني مذهب الشيخين^(٣) وتلميذيهما^(٤) وابن حمزة^(٥) وابن زهرة^(٦) والتقي^(٧).

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف: في الوقف، ص ٣٥ س ٢٧ قال: مسألة اذا وقف على جيرانه، إلى ان قال: والمعتمد العرف الخ.
(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ٤ قال: واذا تصدق على جيرانه إلى أن قال: كان مصروفا إلى من يلي داره إلى أربعين ذراعا من أربعة جوانبها.

وفي النهاية: باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ٤ قال: واذا وقف الانسان شيئا على جيرانه إلى أن قال: كان مصروفا إلى أربعين ذراعا من أربع جوانبها.

(٤) المراسم: ذكر احكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨ س ٣ قال: ومن وقف على إلى أن قال: أربعين ذراعا، والكافي، ص ٣٢٦ س ١٥.

(٥) الوسيلة: في بيان الوقف، ص ٣٧١ س ١٠ قال: وجيرانه على الاطلاق إلى قوله: إلى أربعين ذراعا.

(٦) الجوامع الفقهية: كتاب الغنية، في الوقف، ص ٦٠٣ س ١٩ قال: واذا وقف على جيرانه إلى قوله: أربعين ذراعا.

(٧) الكافي: فصل في الصدقة ص ٣٢٦ س ١٥ قال: وان تصدق على جيرانه إلى أن قال: إلى أربعين ذراعا.

[ولو وقف على مصلحة فبطلت، قيل: يصرف إلى البر].

والقطب الكيدري^(١) واختاره ابن ادريس^(٢).

وهل يدخل من هو على رأس الأربعين؟ يظهر من العلامة المنع^(٣) وقال القاضي بدخوله^(٤).

والثالث لبعض الاصحاب، وهو متروك.

قال طاب ثراه: ولو وقف على مصلحة فبطلت، قيل: تصرف إلى البر.

أقول: هذا هو القول المشهور بين الاصحاب، لان الوقف في الحقيقة على المسلمين، فمع تعذر خصوص المصرف المعين، لا يطل عمومه، لوجوب العمل بقصد الواقف، وهو اجراء وقفه على ما يحصل به الثواب.

وتردد المصنف طلبا للدليل، واصالة بقاء الملك، خرج عنه مانص الواقف عليه، فمع تعذره يرجع اليه مع وجوده، ومع فقده إلى ورثته، وهو نادر.

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

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

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٩ س ٧ قال: واذا وقف الانسان شيئا على جيرانه إلى أن قال: من يلي داره الخ.

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

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

[ولو شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح. ولو اطلق الوقف وأقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم، أولاداً كانوا أو أجنب، وهل له ذلك مع أصاغر ولده؟ فيه خلاف، والجواز مروي أما النقل عنهم فغير جائز وأما اللواحق فمسائل: الأولى: اذا وقف في سبيل الله، انصرف إلى القرب، كالحج، والجهاد، والعمرة، وبناء المساجد.

الثانية: إذا وقف على موالیه دخل الاعلون والادنون.

الثالثة: إذا وقف على أولاده إشتراك أولاده البنون والبنات الذكور والاناث بالسوية.

الرابعة: إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد ومن يحضره، وكذا كل قبيل متبدد كالعلوية والهاشمية والتميمية، ولا يجب تتبع من لم يحضره [قال طاب ثراه: وهل له ذلك مع أصاغر ولده؟ فيه خلاف، والجواز مروي.

أقول: القائل بالجواز هو الشيخ في النهاية^(١) وتبعه القاضي^(٢) واطلق الاصحاب المنع، وهو مذهب المصنف^(٣) والعلامة^(٤) لتحريم تغيير الوقف عن

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

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

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٤) المختلف: في الوقف ص ٣٤ س ١٥ قال: والحق اطلاق الاصحاب والمنع من ادخال من يولد الخ.

[الخامسة: لا يجوز اخراج الوقف عن شرطه، ولا بيعه الا أن يقع خلف يؤدي إلى فسادة على تردد.

السادسة: اطلاق الوقف يقتضي التسوية، فان فضل لزم.

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

شرطه، لانه عقد لازم، وإلا لم يكن لازما، ولما رواه جميل بن دراج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: لا، الصدقة لله^(١). احتج الشيخ برواية عبد الله بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يبدو له يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: لا بأس^(٢). قال طاب ثراه: ولا يجوز اخراج الوقف عن شرطه، ولا بيعه الا أن يقع خلف يؤدي إلى فسادة على تردد.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات: الاول: اذا كان بيع الوقف أنفع لأربابه من بقاءه على حاله وأرد عليهم، هل يجوز بيعه أم لا؟ سوغه المفيد رحمه الله^(٣) ومنعه الباقر، وهو الحق. الثاني: اذا تعطل وآل إلى الخراب بحيث لا يجدي نفعاً، أو كان بالموقوف عليهم حاجة شديدة إلى بيعه هل يجوز بيعه أم لا؟ قيل فيه أربعة أقوال:

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

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

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٩٩ س ٣٠ قال: والوقف في الاصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلى أن قال: أو يكون تغير الشرط في الوقف إلى غيره ارد عليهم وانفع لهم من تركه على حاله إلى أن قال: أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً فلهم حينئذ الانتفاع بثمنه الخ.

(أ) نعم مطلقا، قاله السيد^(١) والمفيد^(٢) ويصرف ثمنه في مصالحهم.
وكذا مع شدة ضرورتهم اليه، ويمثله قال سلالر^(٣) وقال ابن حمزة: ولا يجوز بيعه الا بشرطين،
الخوف من خرابه، أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به^(٤).
(ب) المنع من بيعه مطلقا، قاله ابن ادريس: سواء وقع فيه خلف أولا، وسواء حرب أولا،
وعلى كل وجه وسبب^(٥).
(ج) فصل القاضي^(٦) والصدوق^(٧) والتقى^(٨) إذا كان الشئ وقفا على قوم ومن بعدهم على
غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله الارض ومن عليها لم يجوز
بيعه على وجه من الوجوه.
وإذا كان وقفا على قوم مخصوصين وليس له فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب
ماقدمناه، وحصل الخوف من هلاكه وفساده، أو كان باريابه حاجة ضرورية يكون بيعه أنفع لهم
من

-
- (١) الانتصار: مسائل شتى من الهبات والوقف، ص ٢٢٧ س ١٩ قال: فاما اذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعا إلى
أن قال: فالاحوط ما ذكرناه من جواز بيعه الخ.
(٢) تقدم أنفا.
(٣) المراسم: ذكر احكام الوقوف ص ١٩٧ س ١٣ قال: وان تغير الحال في الوقف إلى أن قال: جاز بيعه وصرف ثمنه
فيما هو أنفع لهم.
(٤) الوسيلة: في بيان الوقف وأحكامه، ص ٣٧٠ س ٧ قال: ولا يجوز بيعه الا بأحد شرطين الخ.
(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٦ س ١٩ قال فاذا أقبض الوقف فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك ولا
التصرف فيه بيع إلى ان قال: فاما اذا كان الوقف إلى ان قال: لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه الخ.
(٦) المهذب: ج ٢ كتاب الوقف ص ٩٢ س ٨ قال: واذا كان الشئ وقفا إلى قوله: إلى أن يرث الله لم يجوز بيعه، وان
كان وقفا على قوم الخ.
(٧) و(٨) المختلف: في الوقف، ص ٣١ س ٢٢ قال: قال الصدوق: اذا وقف على قوم دون عقبهم جاز البيع، وان
وقف ثم قال بعد أسطر: وفصل ابوالصلاح كما فصل ابن البراج.

بقائه عليهم، أو يخاف وقوع خلاف بينهم يؤدي إلى افساده، فإنه يجوز بيعه حينئذ وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب إستحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه.

(د) جواز بيعه اذا خيف خرابه ولم تتمكن من عمارته، أو مع خلف فيه بين أربابه يحصل باعتباره فساد لا يمكن استدراكه مع بقائه، وهو قول المصنف^(١) والعلامة^(٢) لأن الغرض من الوقف إستيفاء منافعه وقد تعذرت فيجوز اخراجه عن حده تحصيلًا للغرض منه. والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما لو عطل الهدى ذبح في الحال. وإن اختص بموضع فلما تعذر المحل ترك مراعاة الخاص، لتعذره.

ولما رواة علي بن مهزيار في الصحيح، إلى أن قال: وكتبت إليه (يعني إلى أبي جعفر عليه السلام) إن الرجل كتب^(٣) إن بين من وقف عليهم هذه الضيعة إختلافًا شديدًا، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل انسان منهم ما كان وقف له من ذلك أمرته، فكتب بخطه إلى، واعلمه أن رأيي له: إن كان قد علم الاختلاف بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس^(٤).

احتج المانعون برواية علي بن راشد قال: سألت ابا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك، إشتريت أرضا إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في مالك، إيدفعها إلى من أوقف عليه، قلت: لا أعرف لها ربا قال: تصدق بغلتها^(١) ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منفعه لا يجوز بيعه مع تعطيلها كالعتق.

والجواب لا دلالة في الرواية، ونقول بموجبها، فإن المقتضى لتسويغ البيع هو الخراب أو وقوع فتنة بين أربابها، والتقدير حصول غلة لها وعدم المعرفة بأربابها، فانتفى المعنيان، فلهذا نهى عليه السلام عن شرائها، والفرق بينه وبين العتق ظاهر، فإن العتق اخراج عن الملك بالكلية لله تعالى، والوقف تمليك للموقوف عليه بطلب النفع منه. وأما التقى فلعله عول على مارواه جعفر بن حيان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف عليه ثم على قرابته من أبيه وقرابته من أمه، فللورثة أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ماخرج من الغلة؟ قال: نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا^(٢) فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأيد.

فالحاصل أن الأقوال خمسة:

- (أ) بيعه إذا كان رادا عليهم قاله المفيد.
 - (ب) بيعه إذا كان بهم إليه ضرورة قاله السيد.
 - (ج) بيعه إذا خيف خرابه قاله المصنف.
 - (د) بيع غير المؤبد منه قاله القاضي.
 - (هـ) المنع من بيعه مطلقا قاله ابن ادريس.
- الثالث: إذا بيع الوقف حيث يجوز، أما من خوف الفتنة، أو العطلة ما يصنع بثمانه؟

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

(٢) الفروع: ج ٧ باب مايجوز من الوقف والصدقه ص ٣٥ قطعة من حديث ٢٩.

[ومن الواحق: مسائل السكنى والعمرى وهي تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض. وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعا مع بقاء الملك للمالك، وتلزم لوعين المدة وان مات المالك. وكذا لو قال له: عمرك، لم تبطل بموت المالك وتبطل].

قال العلامة: الاقوى عندي أنه إن امكن شراء شئ بالثمن يكون وقفا على أربابه كان أولى، فان اتفق مثل الوقف كان أولى، والا جاز شراء مهما كان مما يصح وقفه، وان لم يكن صرف الثمن إلى البايعين يعملون به ماشاءوا، لان فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النص الدال على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد، واذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب، لانه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الاول الذي وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصية بالكلية يفضي إلى فوات الغرض باجمعه، ولان قصر الثمن على البايعين يقتضي خروج البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع انهم يستحقون من الواقف كما يستحق البطن الاول، وان تعذر وجودهم حالة الوقف^(١)، وقال المرتضى^(٢) والمفيد^(٣) يبيعه الموجود ويتنفعون بثمنه.

مسائل السكنى والعمرى مقدمة: انتقال الملك إلى الغير اما لازم أولا، والثاني العارية، والا
إما خروج

(١) المختلف: في الوقف، ص ٣٢ س ٥ قال: والاقوى عندي انه إن امكن الخ.

(٢) الانتصار: مسائل شتى، ص ٢٢٧ س ١٩ قال: فاما اذا صار الوقف بحيث لايجدى نفعا إلى قوله من جواز بيعه.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٩٩ س ٣٤ قال: إلا ان يخرب الوقف إلى أن قال: فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه.

[بموت الساكن.

ولو قال: حياة المالك لم تبطل بموت الساكن وانتقل ماكان له إلى ورثته. وان اطلق ولم يعين مدة ولا عمرا تخير المالك في اخراجه مطلقا. ولو مات المالك والحال هذه كان المسكن ميراثا لورثته وبطلت السكنى. ويسكن الساكن معه من جرت العادة به، كالولد والزوجة والخادم، وليس له أن يسكن معه غيره الا باذن المالك. ولو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر. ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله، والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة، ويلزم ذلك مادامت العين باقية].

العين عن المالك أولا، والاوّل الوقف، والثاني إما بعوض أولا والاوّل الاجارة، والثاني العمري. ويترادف عليها أربعة الفاظ، السكنى، والعمري، والرقبي، والحبس. فاذا قرنت بالعمر من المالك أو الساكن، قيل: عمري. واذا قرن بالاسكان قيل: سكنى. واذا قرنت بمدة معينة، قيل: رقبى، أخذنا من إرتقاب المدة وإنتظار خروجها، وقيل: من رقبة المالك، وقيل: الرقبى مختصة بالعبد، والسكنى بالملك، والحبس والحبس يطلق على الملك وعلى العبد والدابة والجارية اذا احتبست على رجل لتخدمه، أو لخدمة بيوت العبادة. وحكم العمري أجر المعمر على ماعين له، من عمره، أو عمر المالك. وحكم السكنى ان قرنت بمدة، اجراؤه عليها، وان اطلق الاسكان ولم يعين وقتا كان له اخراجه متى شاء.

وهل يلزم بالقبض؟ قيل فيه: ثلاثة اقوال: (أ) نعم مطلقا ز وعليه الاكثر.

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

(ج) يلزم ان قرنت بالقربة، والا فلا.

بقى هنا شئ وهو أنه اذا قال: أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك، هل يرجع إلى المالك بعد انقراض العقب؟ او ينتقل إلى المعمر؟ الاقوى رجوعها إلى المالك، لاصالة بقاء الملك، وهو مذهب المصنف^(١) والعلامة^(٢) وظاهر الشيخ في المبسوط^(٣) كمذهب القاضي في المذهب بملكها المعمر ولا يرجع إلى المالك^(٤) لانه أعطى عطاء يجري فيه الارث وانما يورث المملوك. واحتج بما رواه جابر ان النبي ﷺ قال: أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فانما هي للذي يعطاها ولا يرجع للذي أعطاها، فانه اعطى عطاء وقعت فيه الموارث^(٥).

فرع

والمشهور أنها اذا قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته ازعاج الساكن، لانتقال المنافع إنتقالا لازما، فوجب إجراؤها على الشرط الذي وقع عليه العقد، للخير^(٦) وقال أبوعلي: إن كان قيمة الدار تقدير ثلث التركة أجري على

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) التذكرة: ج ٢ في احكام السكنى والرقبي، ص ٤٢٩ س ٢ قال: واذا قرنت بعمر المعمر وعقبه، رجعت إلى المالك او إلى ورثته.

(٣) المبسوط: ج ٣، في العمرى والرقبي والسكنى ص ٣١٦ س ١٠ قال: فاذا قال: لك عمرك ولعقبك من بعدك، ثم استدل برواية جابر، وفي آخرها (فانه اعطى عطاء وقعت فيه الموارث) ثم قال: واما اذا اطلق إلى قوله: فاذا مات رجعت إلى المعمر ففيه استظهار بملك المعمر لا المالك.

(٤) المذهب: ج ٢، باب السكنى والعمرى والرقبي، ص ١٠٠ س ١٥ قال: فاذا قال لغيره: الخ والاستظهار بمثل ما في المبسوط.

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

(٦) المراد رواية جابر المتقدمة وغيرها من الروايات كرواية أبي الصباح الكناني في التهذيب ج ٩ في الوقوف والصدقات الحديث ٣٥.

[وأما الصدقة: فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض، ولا حكم لها ما لم تقبض بإذن المالك وتلزم بعد القبض وإن لم يعوض عنها. ومفروضها محرم على بني هاشم إلا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة، ولا بأس بالمندوبة. والصدقة سرا أفضل منها جهرا، إلا أن يتهم. وأما الهبة: فهي تمليك العين تبرعا مجردا عن القرية. ولا بد فيها من الإيجاب والقبول والقبض. ويشترط إذن الواهب في القبض. ولو وهب الأب أو الجد للولد الصغير لزم، لأنه مقبوض بيد الولي.

وهبة المشاع جائزة كالمقسوم.

ولا يرجع في الهبة لاحد الوالدين بعد القبض، وفي غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف].
ذلك، وإن كانت أكثر من ثلث التركة كان لهم ازعاجه^(١) ويظهر من هذا القول عدم لزومها.
قال طاب ثراه: ولا يرجع في الهبة لاحد الوالدين^(٢) من بعد القبض، وفي غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف.

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

(١) المختلف: في السكنى ص ٥٠ س ١٤ قال: وقال ابن الجنييد: إذا اراد ورثة المالك اخراج الساكن الخ.

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

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

(٤) التهذيب: ج ٩ في الوقوف والصدقات، الحديث ١٦ وباب النحل والعطية الحديث ٢٠ وفيه الا لذي رحم فانه لا يرجع فيها.

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

-
- (١) الانتصار: مسائل شتى، ص ٢٢٣ ص ٧ قال: وذهبت الامامية إلى انه يجوز (أي الرجوع) في المواضع كلها الخ.
- (٢) السرائر: باب الهبات والنحل، ص ٣٨١ س ١٤ قال: فاما ذوا الرحم غير الولد إلى أن قال: وبعض يذهب إلى أن له الرجوع بعد القبض ثم قال: وهو الذي يقوى في نفسي الخ.
- (٣) المختلف: كتاب الهبات وتوابعها، ص ٢٧ س ٥ قال: والاول مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن ادريس الخ.
- (٤) النهاية: باب النحل والهبة ص ٦٠٢ س ٩ قال: فاما الذي ليس له فيه رجوع، فهو كل هبة وهبها الانسان لذي رحمه.
- (٥) المقنعة: باب النحل والهبة، ص ١٠٠ س ٢٤ قال: احدهما ماض لارجوع فيه، وهو الهبة لذي الرحم الخ.
- (٦) المراسم: ذكر احكام الهبة، ص ١٩٩ س ٨ قال: وهبة ذوي الارحام على ضربين إلى قوله: فالمقبوضة لايجوز الرجوع فيها.
- (٧) المهذب: ج ٢ ص ٩٨ أقسام الهدية س ١٥ قال: وثانيها: أن يكون السبب الداعي اليها المودة إلى قوله: والافضل ترك الرجوع فيها.
- (٨) المختلف: في الهبة، ص ٢٧ س ٧ قال: والوجه عندي حيرة المفيد رحمته.
- (٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (١٠) الفروع: ج ٧ باب مايجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة، ص ٣١ ذيل حديث ٧.

[ولو وهب أحد الزوجين الآخر، ففي الرجوع تردد، أشبهه الكراهية. ويرجع في هبة الاجنبي مادامت العين باقية مالم يعوض عنها].

قال طاب ثراه: ولو وهب احد الزوجين الآخر ففي الرجوع تردد، أشبهه الكراهية.
أقول: مااختاره المصنف هنا مذهب الشيخ^(١) وابن ادريس^(٢) ونقل الشيخ في الخلاف عن
الاصحاب تحريم الرجوع^(٣) واختاره العلامة في التذكرة^(٤) وافق به فخر المحققين^(٥).

احتج الاولون بصحيفة محمد بن مسلم المتقدمة^(٦) فانه حكم فيها بجواز الرجوع في حق غير ذي
الرحم، وهو عام، وليس الزوج رحما.

واحتج الآخرون بعموم رواية ابراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال: أنت بالخيار في
الهبة مادامت في يدك، فاذا خرجت إلى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها^(٧).
وخصوص رواية زرارة الصحيفة عن أبي عبد الله عليه السلام

-
- (١) النهاية: باب النحل والهبة ص ٦٠٣ س ٦ قال: ويكره أن يرجع الانسان فيما يهبه لزوجته، وكذلك الخ.
(٢) السرائر: باب الهبات والنحل، ص ٣٨١ س ١٩ قال: ويكره أن يرجع الانسان فيما يهبه لزوجته، وكذلك يكره
للمرأة الخ.
(٣) الخلاف: كتاب الهبة، مسألة ١٢ قال: وقال: اذا وهب أحد الزوجين للآخر لم يكن للواهب الرجوع فيها، وقد
روى ذلك قوم من اصحابنا في الزوجين.
(٤) التذكرة: ج ٢ كتاب الهبة ص ٤١٨ س ٣٩ قال: وقال جماعة من علمائنا ان حكم الزوجين حكم ذوى الارحام
إلى قوله: وهو المعتمد.
(٥) الايضاح: ج ٢، كتاب الوقوف والهدايا ص ٤١٦ س ١٧ قال: وقيل: لايجوز إلى قوله: وهو الاصح.
(٦) تقدم آنفا.
(٧) الاستبصار: ج ٤ كتاب الوقوف والصدقات، باب الهبة المقبوضة، الحديث ٢.

[ومع التصرف قولان: أشبههما الجواز].

قال: ولا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته، ولا المرأة فيما تحبه لزوجها حيث أو لم تحز، أليس الله يقول (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً)^(١).

وقال: (فإن طبن لكم عن شيء فكلوه هنئنا مريئاً)^{(٢)(٣)}، وهذا يشمل الصداق والهبة.

قال طاب ثراه: ومع التصرف قولان: أشبههما الجواز.

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

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) النساء: ٤.

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

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

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

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

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

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

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

(١٠) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

فروع

(أ) التصرف المتلف لارجوع معه إجماعاً.

(ب) قسم ابن حمزة التصرف إلى ما يحصل معه تغير في العين، أو إحداث شئ بها كقصص الثوب، واتخاذ الباب والسرير من الشجر، وهذا النوع من التصرف يمنع من الرجوع، وإلى ما لا يحصل كالرهن والكتابة، وهذا لا يمنع عنده^(١) ويلزمه مثل ركوب الدابة وحلب البعير، لعدم التغير في العين وظاهر النهاية^(٢) وابن ادريس يقتضي المنع^(٣).

(ج) التصرف المخرج عن الملك كالبيع يمنع من الرجوع، وإن عاد إليه بملك مستأنف، صرح به ابن حمزة^(٤).

(د) لو خلطه المتهب بماله خلطاً لا يتميز، فالأقوى عدم الرجوع لتنزله منزلة الاستهلاك.

ويحتمل جوازه ويقضى بالشركة مع علم المقدار، وإلا الصلح.

(هـ) القبض شرط في صحة الهبة، فلا حكم لها قبله.

ويتفرع عليه فروع.

(أ) يشترط فيه إذن المالك، ويكفى استدامة اليد من المتهب، ومن يده بمنزلة يده كالأب، ولا يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض، خلافاً لابن علي^(٥).

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

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

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

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

(٥) المختلف: في الهبة ص ٣٠ س ٢٠ قال: وقال ابن الجنييد: ولو كان لرجل على غيره مال أو وديعة فقال له: قد وهبته لك فافترقا مت الهبة، والذي ذكره كان عليه أن يدفعه إلى صاحبه ثم يسترده منه الخ.

(ب) لو وهب صحيحا ثم اقبض مريضا خرج من الثلث.

(ج) النماء قبل القبض للمالك، والمؤنة عليه.

(د) لو مات أحدهما قبله بطلت.

(هـ) لو حجر على المالك قبله وقف القبض على اذن الوالي، وإن كان للفلس فالاذن من الغرماء، وإن كان للجنون، أو التبذير، فمن الاب أو الجد له أو الحاكم، وإنما يصح منهما الاذن مع غبطة الهبة، كما لو كان الموهوب عبدا كبيرا عاجزا عن الكسب.

كتاب السبق والرماية

ومستندهما قوله عليه السلام: لا سبق الا في نصل او خف او حافر. ويدخل تحت النصل السهام والحراب والسيف. وتحت الخف الابل. وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير. ولا يصح في غيرها. ويفتقر.

مقدمة

السبق بسكون الباء، المصدر. والمسابقة، هي اجراء الخيل وشبهها في حلبة السباق^(١) ليعلم الاجود منها والافرس من الرجال المتسابقين. وبتحريك الباء، العوض، وهو المال المجمعول رهنا، ويسمى الخطر^(٢)، والندب، والعوض، والرمى، والمرامات. وهي المناصلة^(٣) بالسهم لتعرف حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي.

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

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

(٣) النصل حديدة السهم والرمح والسكين والسيف مالم يكن له مقبض والمجمع نصول ونصال مجمع البحرين لغة نصل.

وفائدة المسابقة والمراعاة، هو بعث العزم على القتال، والهداية لممارسة النضال^(١).

والاصل فيه: الكتاب، والسنة، والاجماع.

أما الكتاب، فقوله تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله)^(٢) وفي المسابقة (قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا)^(٣) فاخير بالمسابقة. ووجه الدلالة انه تعالى أمر باعداد الرمي ورباط الخيل، والاعداد انما يكون بالتعليم، وأتم ذلك بالمسابقة، ليكد كل واحد نفسه في بلوغ الغاية والحذق فيه.

وأما السنة: فروى ابن أبي ذويب عن نافع بن أبي نافع عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: لاسبق الا في نصل أو خف أو حافر^(٤) وروى (لا سبق) بسكون الباء وتحريكها^(٥) وروى ابولبيد قال: سألت انس بن مالك هل كنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ فقال: نعم، راهن رسول الله ﷺ على فرس له، فسبق، فسر بذلك وأعجبه^(٦) وروى الزهري عن سعيد بن المسيب قال: كان لرسول الله ﷺ ناقة يقال لها العضباء^(٧)، اذا تسابقنا سبقت، فجاء أعرابي على بكر^(٨) فسبقها، فاغتم

(١) أصل المناضلة المراعاة، يقال: ناضله اذا راماه مجمع البحرين لغة نضل.

(٢) الانفال: ٦٠.

(٣) يوسف: ١٧.

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

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

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

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

(٨) البكر بالفتح: الفتي من الابل، بمنزلة الغلام من الناس، والائى بكرة - النهاية: ج ١ ص ١٤٩

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

وأما الاجماع: فعامة المسلمين على جواز المسابقة، وان اختلفوا في بعض مسائلها.

وأما في المراماة: فقلوه تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل)^(٣) روى عقبه بن عامر ان النبي ﷺ قال: ألا أن القوة، الرمي، ثلاثا^(٤).

وأما السنة: فروي انه ﷺ مر يقوم من الانصار يترامون، فقال رسول الله ﷺ: انا في الحزب الذي فيه ابن الادرع، فأمسك الحزب الاخر، وقالوا: لمن يغلب حزب فيه رسول الله ﷺ فقال: إرموا فاني أرمي معكم، فرمى مع كل واحد رشقا، فلم يسبق بعضهم بعضا، فلم يزالوا يترامون وأولادهم وأولاد أولادهم ولا يسبق بعضهم بعضا^(٥).

وأما الاجماع: فلا يختلف أحد من الامة في جواز المراماة.

اذا عرفت هذا فيقتصر في الجواز على الثلاثة المذكورة، لقولهم ﷺ: ان الملائكة لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه ماعدى الحافر والخف والريش^(٦) فيدخل تحت الحافر الخيل والبغال والحمير، وتحت الخف الابل والفيل، وتحت النصل النشاب، وهي للعجم، والسهام، وهي للعرب، والمزاريق، وهي الردينيات^(٧)

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

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

(٣) الانفال: ٦٠.

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

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

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

(٧) ردينة اسم امرأة، والرماح الردينية منسوبة اليها. الجوهري القناة الردينية والرمح الرديني زعموا انه منسوب إلى امرأة

السمهرى تسمى ردينة لسان العرب: ج ١٣ ص ١٧٨ في لغة رذن.

والرماح والسيوف.

ولا يجوز في غيرها سواء كان بعوض أو خلت عنه، عملا بعموم النهي عن الرهان في غير الثلاثة، ولأنها لهُ وقداح إلا ما خرج النص، وهي الثلاثة المذكورة، ولا يجوز فيما عداها. وأجازه العامة في مسائل: الأولى: المسابقة بالاقدام، وهو ان يتعاديا فايهما تقدم صاحبه فهو السابق، أو يكون المدى قدرا معلوما منتهيا إلى غاية معينة، فأيهما وصل إليها قبل صاحبه كان هو السابق، وأجازها بعضهم مطلقا والآخرين اذا خلت عن العوض. واحتجوا على جوازها بما روي عن عائشة قالت: كنت مع رسول الله ﷺ في غزاة فقال للقوم: تقدموا، فتقدموا فقال لي: تعالى أسابقك فسابقته برجلي فسبقته، فلما كان في غزاة أخرى، فقال للقوم تقدموا، فتقدموا وقال: تعالى أسابقك، فسابقته فسبقتي، فقال: ياعائشه هذه بتلك، وكنت قد نسيت، فندمت^(١).

الثانية: المسابقة بالمصارعة، فاجازها بعضهم اذا خلت عن العوض، وبعضهم مطلقا. واحتجوا بأن النبي ﷺ خرج إلى الأبطح فرأى يزيد بن ركابة يرفع اعزاله، فقال للنبي ﷺ: هل لك ان تصارعني؟ فقال له النبي ﷺ: ماتسابق لي؟ قال: شاة فصارعه فصصره النبي ﷺ فقال له يزيد: هل لك في العود؟ فقال النبي ﷺ: ماتسابق لي؟ قال: شاة، فصارعه فصصره النبي ﷺ فقال للنبي ﷺ: هل لك في

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

العود؟ فقال النبي ﷺ ماتسابق لي؟ قال: شاة، فصارع فصارع، فقال للنبي ﷺ اعرض علي الاسلام فما احد وضع جنبي على الارض، فعرض عليه الاسلام فأسلم، ورد عليه غنمه^(١).

والجواب. منع السند في الاولى، ولان ذلك لا يليق بمنصب النبوة.

والرواية الثانية لاتدل على الجواز في حق غير النبي ﷺ، لوجه:

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

(ب) أنها قضية في واقعة، اوجب مقتضى الحال التسوية في تلك الصورة، فلا يتعدى إلى غيرها، وذلك لان طلب المشرك للمصارعة للنبي ﷺ يجري مجرى طلب المبارزة، فلو لم يجبه إلى ذلك لاجترأ عليه واستشعر منه الوهن والضعف عن مقاومته، فأجابه إلى ذلك دفعا لهذه المفسدة العظيمة، فلا يلزم منه جواز التعدي.

(ج) علم ﷺ كون المصارعة في هذه سببا لاسلامه، فأجاب اليها تحصيلاً لهذه الفائدة.

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

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

الخامسة: المسابقة بالاحجار، بان يدحرجها ويدفعها من مكان إلى مكان، ليعرف الاشد

منهم والكل عندنا حرام، لانه لايعامل بهذه الاشياء، فيدخل تحت

(١) سنن أبي داود: ج ٤ كتاب اللباس، باب في العمائم، الحديث ٤٠٧٨ وفيه ان ركانة صارح النبي ﷺ، فصارع

النبي ﷺ وليس فيه سبق ولا الاسلام ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ٢٩١ كتاب السبق والرماية، كما في المتن.

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

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

القمار، ولعموم الخبر.

قال طاب ثراه: وفي لزومها تردد، أشبهه اللزوم.

أقول: ماذهب إليه المصنف، هو مذهب ابن ادريس^(١) وذهب الشيخ في الكتابين إلى انها عقد جائز^(٢) واختاره العلامة^(٣).

احتج ابن ادريس بقوله تعالى (أوفوا بالعقود)^(٤) والجواب: القول بالموجب فان الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه، فان كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، وان كان جائزاً كان العمل بمقتضاه على سبيل الجواز، وليس المراد به مطلق العقود، والا وجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود.

احتج العلامة: باصالة عدم اللزوم، ولانه نوع جهالة، فان قوله (من سبق فله كذا) هو عين الجعالة^(٥).

قال طاب ثراه: ولا يشترط المحلل عندنا.

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

(٢) المبسوط: ج ٦ كتاب السبق والرماية ص ١٠٠ س ١٧ قال: فهل ذلك من العقود الجائزة أو اللازمة؟ إلى ان قال والاقوى الاول.

والخلاف: كتاب السبق، مسألة ٩ قال: عقد المسابقة من العقود الجائزة الخ.

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

(٥) المائدة: ١

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

أقول: المحلل هو الذي يدخل بين المتسابقين المتراهنين، فيتسابق معهما من غير عوض يبذله، إن سبق أخذ، وإن لم يسبق لم يغرم، وهو بينهما كالامير، فيشرف عليهما. وهذا عندنا غير شرط، فلو تراضيا بانفسهما من غير ثالث جاز، وعند العامة انه شرط في اباحة هذا العقد ومشروعيته، لانه كان في الجاهلية قداحا، أي قمارا والمحلل يخرج به إلى حد الاباحة، والجواب: أخرجه العقد الشرعي والاذن من صاحب الشرع، وقد بيناه. قال طاب ثراه: وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد. أقول: معنى المبادرة أن يبادر أحدهما إلى إصابة العدد المشروط كون السبق به. ومعنى المحاطة اسقاط ماتساويا فيه من الاصابة.

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

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

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

لتفاوت الاغراض، فان من الرماة من تكثر اصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء، ومنهم من هو على عكس ذلك.

وقيل: لا يشترط، لاصالة الصحة وعدم الاشتراط، واختاره المصنف^(١) والعلامة في اكثر كتبه^(٢) فعلى هذا يحمل على المحاطة لانه الغالب في عرف الرماة، وقال الشافعي: يحمل مع الاطلاق على المبادرة.

تذنيب

في هذا الباب ألفاظ يحتاج إلى تفسيرها: فالرشق بفتح الراء، الرمي، يقال: رشقت رشقا، اى رميت رميا، ويقال: قوس رشيقة، أي خفيفة، وبالكسر عدده الذي يتفقان عليه.

ويسمى ايضا الوجه واليد، فيقال: رشق ووجه ويد، وبالفارسية (دست) ومعناه أن يقول عند أحد الغرضين: يرمون رشقهم إلى الاخير، فقالوا: وجه، ويقال: رشق وجه، ويراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ الرشق. والهدف بحركة الدال المهملة تراب يجمع، او حائط يبنى، لينصب فيه الغرض.

والغرض رق أو رشق، وهو الجلد البالى، او قرطاس يدور عليه شعر، وقيل: ما ينصب في الهدف يقال له القرطاس سواء كان من كاغذ أو غيره، وما تعلق في الهواء فهو الغرض.

وقد يجعل في الشق نقش كالهلال يقال له الدائرة، وفي وسطها نقش يقال له الخاتم، وهذه الدائرة هي الغاية في المقصود من حذق الرماة. والرقعة عظم ونحوه يجعل في الغرض.

اذا عرفت هذا فينبغي أن يعينا موضع الاصابة، أهو الهدف، أو الغرض، أو

(١) لا خط عبارة المختصر النافع.

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

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

(أ) الحايي، وهو الواقع دون الهدف ثم يحبو اليه، مأخوذ من حبو الصبي، وهو نوع من المزدلف
يفترقان في الاسم ويستويان في الحكم، لان المزدلف هو الذي يضرب الارض ثم يشب إلى الغرض
فهو أحد، والحايي أضعف.

(ب) الخاصر، وهو ما أصاب أحد جانبي الغرض، ومنه الخاصة لانها في احد جانبي الانسان.
(ج) الخارم، وهو الذي يخرم حاشيته.

وقال في المبسوط: والخارم والخارق بالراء المهملة عبارة عن شئ واحد، وهو ما يخرم حاشية
الغرض، يشب او لم يشب^(١).

(د) الخارق، وهو ما أخذشه ولم يثقبه.

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

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

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

(ح) الخاطف، وهو المرتفع في الهواء يخطف نازلاً، فإن أخطأ حسب عليه، وان أصاب قيل:
يحسب له لحصوله برمييه، وقيل: عليه، لان تأثير الرمي في ارتفاع السهم، وأما سقوطه فبثقله
وهبوطه بطبعه، فصار مصيباً بغير فعله، واذا لم يكن

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

مصيبا كان مخطئا.

وقيل: لا يحسب عليه ولاله، لانه ما أخطأ واستوا حاله ان لم يكن مصيبا لا يكون مخطئا، والثلاثة للشافعي، وقال العلامة: ان نزل السهم بعد ارتفاعه فأثر الحدة لا بقطع مسافة احتسب عليه خاطئا، وان نزل في بقية حدته حاييا في قطع مسافته، احتسب له صاييا، لان الرمي بالفتور منقطع وبالحدة مندفع^(١).

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

(ى) الطانش، وهو الذي لا يعرف مكان وقوعه، وهو محسوب من الخطا.

(يا) العابر، وهو المصيب الذي لا يعرف راميته، فلا تحسب لواحد من الراميين للجهل به.

(يب) العاضد، وهو الواقع من أحد الجانبين (يج) الحابض بالحاء المهملة والباء الموحدة بعد الالف والضاد المعجمة، وهو

(١) التذكرة: ج ٢ في احكام الرمي، ص ٣٦٠ س ٤١ قال: فلاقوى ان يقال: ان نزل السهم بعد ارتفاعه الخ.

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

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

الواقع بين يدي الرامي، وهو خلاف الدابر.

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

(يه) المرتدع، وهو الذي ينشدخ وينكسر اذا اصاب الغرض.

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

اذا تقرر هذا فنقول: هل يجب ذكر صفة الاصابة من خواسق، أو موارد؟ قيل: لا، للاصل

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

وهل يشترط تعيين المبتدى من المرماة؟ قيل: نعم لاختلاف الاغراض في ذلك، فان أهمل بطل،

وقيل: لا للاصل، ويبدأ بمن يخرج القرعة.

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

(١) المعظعظ من السهام الذي يضطرب ويلتوى اذا رمى به، وعظعظ السهم عظعظة وعظعاظا التوى وارتعش لسان

العرب: ج ٧ ص ٤٤٧ لغة عظظ.

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

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

كتاب الوصايا .. الفصل الاول

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

مقدمة

الوصايا جمع وصية، واشتقاقها من وصى يوصى، اذا وصل.
قال الشاعر: نصي الليل بالايام حتى صلاتنا مقاسمة يشتق أنصافها السفر^(١) معناه انه يصل
تصرف الوصى بعد الموت بتصرفه، ويقال: منه اوصى يوصى ايضاء، ووصى يوصى توصية والاسم
الوصية والوصائة.
والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع.
أما الكتاب: فقولہ تعالى (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية)^(٢) وقال
تعالى (يوصيكم الله في أولادكم)^(٣).

(١) القائل ذو الرمة، يقول: رجع صلاتنا من اربعة إلى اثنين في اسفارنا، لحال السفر لسان العرب: ج ١٥ ص ٣٩٥
لغة وصى.

(٢) البقرة / ١٨٠.

(٣) النساء / ١١.

فذكر الوصية فيها في اربعة مواضع:

(أ) فلامه السدس من بعد وصية^(١).

(ب) فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين^(٢).

(ج) ولهن الربع مما تركتم من بعد وصية توصين بها او دين^(٣).

(د) فهم شركاء في الثلث من بعد وصية توصى بها او دين^(٤). وقرنت الميراث على الوصية،

فدل ذلك على ان الوصية لها حكم.

وأما السنة: فكثير: منه ما روى عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال: ماحق امرء مسلم له شيء يوصى به، يبيت ليلتين إلا ووصيته تكون عنده^(٥) وروى ابوهريرة عن عامر بن سعد عن ابيه انه مرض بمكة مرضة اشفى منها، فعاده رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله ليس يرثني الا البنت أفأوصى بثلاثي مالي؟ فقال: لا، قال: أفأوصى بنصف مالي؟ وفي بعضها، بشرط مالي، فقال: لا، فقال: أفأوصى بثلاث مالي؟ قال ﷺ: بالثلث والثلث كثير، وقال: انك ان تدع اولادك أغنياء خيرا من ان تدعهم عالة يتبلبون الناس^(٦) وروى ابو قتادة ان النبي ﷺ لما قدم المدينة سأل عن البراء بن معمر فقبل يا رسول الله: إنه هلك وقد أوصى لك بثلث ماله، فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه

(١) النساء / ١١ .

(٢) النساء / ١٢ .

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصحيح (فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها) النساء / ١٢ .

(٤) النساء / ١٢ .

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

الوصايا (٣) باب ماجاء في الحث على الوصية الحديث ٢١١٨ .

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

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

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

وآله ثم رده على ورثته^(١).

أما الاجماع: فمن عامة المسلمين لا يختلفون فيه.

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

أقول: القائل الشيخ في النهاية^(٢) ومنع ابن ادريس^(٣) وقال: الذي يقتضى اصول مذهبنا: انهم اذا أقرروا بشئ منها وقالوا: ان هذا حسب صحيح أوصى به لزمهم، دون ماعداه، وعليه الاكثر، قال العلامة: ولا منافاة بين الامرين، فان قول الشيخ يحتمل العمل بما وجدوه بخطه، لانه أوصى بذلك، مستنديين إلى هذا الخط، عارفين بصحته، وحينئذ يجب العمل بالجميع، ولعل الشيخ عول على ما رواه الصدوق عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى ابي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي، ولم يقل اني قد أوصيت، إلا انه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه، ولم يأمرهم بذلك، فكتب عليه السلام: ان كان ولده ينفذون شيئاً منه،

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

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

(٣) السرائر: كتاب الوصايا باب الاقرار في المرض، ص ٣٩٢ س ٢٦ قال: والذي يقتضيه اصول مذهبنا إلى أن قال: دون ماعداه مما في هذا المكتوب، فانه لا يلزمهم العمل بجميع ما في المكتوب الا بما اقرروا به دون ماعداه الخ.

الفصل الثاني: في الموصى

ويعتبر فيه كمال العقل والحرية. وفي وصية من بلغ عشرة في البر تردد. والمروى: الجواز].
وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره^(١).
قال طاب ثراه: وفي وصية من بلغ عشرة في البر تردد.
أقول: إذا أوصى الصبي الذي لم يبلغ، وكانت وصيته في المعروف، فيه أقوال أربعة:
(أ) قال الشيخ في النهاية: إذا جمع ثلاث شرائط، بلوغ العشر، ووضعها في الأشياء مواضعها،
وكونها في المعروف، وسوغ مع ذلك هبته^(٢) ووافقه المفيد في الشرائط ومنع في الهبة^(٣) وكذا سلالر
وافقه في الشرائط ومنع في الهبة والوقف^(٤).
(ب) ظاهر التقى جواز وصيته مع بلوغ العشر مطلقا، ومع نقصه منها في المعروف، حيث
قال: لا يمتضى وصية من لم يبلغ عشر سنين، والمحجوز عليه الا ماتعلق بابواب البر^(٥).
(ج) قال ابوعلي: إذا أوصى الغلام وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصي به البالغ
الرشيد جاز^(٦) فقد سوى بينهما وبين البالغ مع بلوغ الثمان للذكر

-
- (١) الفقيه: ج ٤، باب الوصية بالكتب والامماء، ص ١٩٨ الحديث ٣.
(٢) النهاية: باب شرائط الوصية، ص ٦١١ س ٩ قال: فان بلغ عشر سنين إلى أن قال: كانت وصيته ماضية، ثم قال
بعد أسطر وكذلك يجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشر سنين وهبته.
(٣) المقنعة: باب وصية الصبي والمحجوز عليه، ص ١٠١ س ١٢ قال: واذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته إلى أن
قال: وهبتهما باطلة.
(٤) المراسم: ذكر احكام الوصية، ص ٢٠٣ س ٧ قال: فمن بلغها (أي عشر سنين) جازت وصيته من البر والمعروف
ولا تمتضى هبته.
(٥) الكافي: فصل في الوصية، ص ٣٦٤ س ١٤ قال: ولا يمتضى من وصيته من لم يبلغ عشر سنين الا ماتعلق بابواب
البر.
(٦) المختلف: في الوصايا، ص ٦٢ س ٤ قال: وقال ابن الجنيد: اذا اوصى الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع
سنين الخ.

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

والسبع للأنثى من غير تقييد بالبر وغيره.

احتج الشيخ بروايات متظافرة صحاح.

منها صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته^(١) وروى زرارة عن الباقر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز وصيته في ماله ما أعتق وتصدق وأوصى على حد معروف وحق فهو جائز^(٢). ومما يصح أن يتمسك به التقى عموم صحيحة عبدالرحمان المتقدمه. ولعل تمسك أبي على برواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله بشئ في حق جازت وصيته^(٣).

(د) الذي عليه المصنف^(٤) والعلامة المنع^(٥) وهو مذهب ابن ادريس^(٦) وهو أحوط، لان المناط في تنفيذ التصرف انما هو البلوغ.

قال طاب ثراه: ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى ثم جرح قبلت.

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

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

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

(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٦٢ س ٢١ قال بعد نقل الاقوال والروايات: لكن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقا حتى يبلغ الخ.

(٦) السرائر: باب شرائط الوصية، ص ٣٨٨ س ٢٣ قال: الذي يقتضيه اصول مذهبنا ان وصية غير المكلف البالغ غير حيحة ولا ممضاة.

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

وقال ابن ادریس: يصح وصيته اذا كان عقله ثابتاً، واحتج بأنه عاقل رشيد فتنفذ وصيته كغيره، ولعموم النهى عن تبديل الوصية^(٦) قال العلامة: وقول ابن ادریس لا بأس به^(٧) وهو نادر فاذن العمل على الاول أرجح، لوجه:

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

(ب) أنه اشهر بين الاصحاب، فيكون أرجح.

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

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

(٣) الكافي: فصل في الوصية، ص ٣٦٤ س ١٩: ولا تمضى وصية من جرح نفسه او فعل بما ماتلف الخ.

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

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

(٦) السرائر: باب الوصية ص ٣٨٦ س ١٢ قال: واذا أوصى بوصية ثم قتل نفسه كانت وصيته ماضية إلى أن قال: والذي يقتضيه أصولنا وتشهد بصحته ادلتنا ان وصيته ماضية صحيحة اذا كان عقله باقياً الخ.

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

الفصل الثالث: في الموصى له

ويشترط وجوده، فلا تصح لمعدوم، ولا لمن ظن بقاءه وقت الوصية فان ميتا. وتصح الوصية للوارث، كما تصح للأجنبي، وللحمل بشرط وقوعه حيا. وللذمي ولو كان أجنبيا، وفيه أقوال، ولا تصح للحرى، ولا للمملوك غير الموصى ولو كان مديرا أو ام ولد.

(ج) ان قول ابن ادريس اجتهاد في مقابلة النص فيكون مردودا.

(د) أنه قاتل نفسه، فلا يتصرف في ماله، كالوارث لو قتله منع منه.

قال العلامة في القواعد: لانه في حكم الميت، فلا يتصرف في مال غيره^(١) وفيه نظر، لان علاقة الانسان لا ينقطع عن ماله بعد الموت، فكيف اذا كان حيا، وان كان في حكم الميت، وذلك في وجوه:

- (أ) وجوب قضاء ديونه منه.
- (ب) وجوب مؤنته مقدما على الديون كما تقدم نفقة يومه في الحجر عند القسمة.
- (ج) عدم انتقالها إلى الوارث وبقاؤها على حكم ماله اذا كانت الديون محيطه بها، فلو نمت كان النماء للميت يقضى منه الديون على مذهب المصنف.
- (د) لو حفر بئرا عدوانا حال حياته، فوقع فيها انسان بعد موته تعلق الضمان بالمال.
- (هـ) لو نصب شبكة قبل موته فوقع فيها صيد بعد موته دخل في ملكه ابتداء، ثم منه إلى الورثة، فان كان عليه ديون قضيت منه ويتسع التركة للوصايا.
- قال طاب ثراه: وللذمي ولو كان أجنبيا، وفيه اقوال، ولا تصح للحرى.

(١) القواعد: في الوصايا، المطلب الثاني في الموصى ص ٢٩٢ س ١٢ قال: ولو جرح الموصى نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم يقبل الخ. وليس في القواعد جملة (لانه في حكم الميت) نعم تلك الجملة مذكورة في ايضاح الفوائد: لاحظ ج ٢ ص ٤٧٩ س ١٥ فتأمل.

أقول: الكافر إما حرى، أو ذمى، فالحرى لا يصح الوصية له على المشهور بين الاصحاب، لأنها مودة وصله، ولا يحل للحرى لقوله تعالى (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم) الآية^(١) وظاهر المبسوط يقتضى الجواز اذا كان رحماً^(٢) وكذا اطلاق المفيد^(٣) وتلميذه^(٤) وكذا التقى^(٥) فانهم لم يفصلوا، بل اجازوا الوصية للكافر اذا كان رحماً وأطلقوا، وهو يتناول الحرى والذمى.

وصرح في الخلاف بالمنع^(٦).

وأما الذمى فهل تصح الوصية له؟ فيه ثلاثة اقوال:

- (أ) لا تصح الوصية له مطلقاً، لتحريم مودة الكافر، وهو قول القاضي^(٧).
- (ب) يصح مطلقاً رحماً كان أو غيره، وهو قول ابن ادریس^(٨).
- (ج) تصح الوصية اذا كان رحماً، ولا يصح لو كان اجنبياً، حكاه في الخلاف

(١) الممتحنة: ٨.

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

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

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

(٥) الكافي: في الوصية ص ٣٦٤ س ١٥ قال: واذا أوصى لكافر إلى أن قال: وان كان ذا رحم مضت اذا كان تبرعاً الخ.

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

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

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

[نعم لو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه، مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية.

وتصح لعبد الموصي ومديره ومكاتبه وأم ولده].

عن بعض اصحابنا^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة صحة الوصية للذمي مطلقا، لاصالة الصحة، والجواز، ولأنها نوع عطية ولا فرق بين وقوعها حال الحياة او بعد الوفاة^(٣)، ولما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: أعط لمن أوصى له وان كان يهوديا أو نصرانيا، ان الله تعالى يقول (فمن بدله بعد ماسمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه والله سميع عليم)^{(٤)(٥)}.

قال طاب ثراه: ولو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه، مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية. أقول: معناه: اذا أوصى لمكاتب قد تحرر نصفه مثلا، بوصية، صح له منها نصفها، ولو كان المتحرر ثلثاه، صح له منها الثلثان، لكن بعد خروج ذلك من ثلث تركة الموصي. وهل المعتبر من الثلث مما صح له بنصيب الحرية، أو التقسيط على نصيب الحرية يكون بعد اعتبار الثلث؟ مثلا أوصى له بمائة وتركته مائة وخمسون، فعلى تقدير تقديم إعتبار التقسيط، يصح له خمسون، لانا نعطيه نصف ماوصى له به، ثم نقيسه على الثلث وقد خرج منه. وعلى تقدير تقديم اعتبار الثلث على التقسيط يصح له خمسة وعشرون، لانه لما أوصى له بمائة وهى زائدة على الثلث، رددناها إلى الثلث، فكان الخارج خمسين، فيقسط على مافيه من الحرية، وهو

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

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٤) البقرة: ١٨١.

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

[ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فان كان بقدر قيمته اعتق وكان الموصى به للورثة، وان زاد اعطى العبد الزائد، وان نقص عن قيمته سعى في الباقي، وقيل: ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت، وفي المستند ضعف]. النصف، فيصح له خمسة وعشرون، وهذا الوجه أشبه من الاول، لانه لولا ذلك لكان مساويا للحر، وهو محال.

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

أقول: اذا أوصى الانسان للعبد، لا يخلو إما أن يكون العبد للموصى، او لورثته، أو لاجنبي، والثالث لا يصح الوصية له إجماعاً، والثاني أجازاه في المبسوط^(١) وتبعه القاضي^(٢) ومنعه الباقر والاول جائز بالاجماع، وهو موضع البحث هنا.

اذا عرفت هذا فنقول: اذا أوصى لعبده بشئ قيس ذلك الشئ إلى قيمته تقويماً عادلاً، فان كان بقدر القيمة عتق ولا شئ له ولا عليه، وان كان اكثر من قيمته عتق وأعطى الفضل، وان كانت قيمته اكثر مما أوصى له قال المصنف: عتق منه مساوى الوصية وسعى في الباقي بالغاً ما بلغ^(٣) وعليه دل اطلاق

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

(٢) المهذب: ج ٢ كتاب الوصايا ص ١٠٨ س ٢٣ قال: واذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته كان ذلك صحيحاً الخ.

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

بالاستسعاء عند نقص القيمة بقدر الربع يوجب عدمه عند الزيادة، ودلالة المفهوم ضعيفة وقد بين في موضعه، والسند ايضا ضعيف، لان الراوي الحسن بن صالح بن حى أحد اركان الزيدية واليه نسبت الصالحية.

تنبيه

اطلاق الاصحاب اعتبار ماذكرناه، ولم يفصلوا بين كون الوصية للعبد بمشاع كثلث مالي، أو رבעه، أو بمعين كاعطوه هذه الدار، وقال ابن الجنييد: ان كانت الوصية للمملوك بمال مسمى لم يكن عتاق لجواز اخراج ذلك من غير رقبته، ولو كانت جزء من التركة كعشره أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته محررا^(١) وهذا بناء منه على ان العبد يملك.

وقال العلامة في المختلف: ان كانت الوصية بجزء مشاع قوم العبد او عتق من الوصية، فان فضل من قيمته سعى في الفاضل للورثة، سواء كان الفاضل ضعف قيمته أو أقل أو أزيد، وان قصر عتق وأخذ الفاضل وان ساواه عتق ولا شئ له ولا عليه، وان كانت الوصية بمعين بطلت ولا شئ له ولا يعتق منه شئ لانه قصد اعطاء عين فلا يجوز التخطي إلى غيرها، لانه يكون تبديلا للوصية، ولان العبد لا يملك فلا يصح له الوصية، ولا يمكن أن يحرر من قيمة العين لما فيه من التبديل للوصية المنهى عنه، ولا مجانا اذ لا سبب له، ولانه إضرار بالوارث وزيادة على الوصية، وعليه يحمل قول أحدهما عَلَيْهِ السَّلَام :

(١) المختلف: في الوصايا، ص ٥٧ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنييد: لو أوصى للمملوك بثلث ماله إلى أن قال: ولو كانت الوصية للمملوك بمال مسمى لم يكن عتاق، ثم قال العلامة: والمعتمد أن تقول: ان كانت الوصية بجزء مشاع إلى قوله (ولا يعتق منه شئ فبعد اقامة الدليل على الاول، قال: وعلى الثاني، انه لو قصد إعطاء عين فلا يجوز التخطي إلى غيرها الخ).

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

وما امتن تحقيق المختلف، لكن متابعة الاصحاب أمتن. ويمكن ان يجاب عنه. قوله (لانه قصد إعطاء المعين ويلزم منه إما التبديل إن قاصصناه برقية، أو تمليك من لا يملك إن دفعنا إليه العين).

قلنا: نختار القسم الاول، ونتخلص بأمرين. أحدهما يلزمك مثله في باب المشاع، لانه قال: أعطوه ثلث مالى، ومقتضى ذلك أن يعطى من كل شئ ثلثه، فالصرف إلى الرقبة تبديل.

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

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

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

(٤) ايضاح الفوائد: ج ٢ ص ٤٨٤ قال بعد نقل قول القواعد: أقول: هذا اختيار الشيخ في الخلاف إلى أن قال: وهو الاقوى.

(٥) الارشاد: الركن الثالث في الموصى له، قال: ولو أوصى لعبد له إلى أن قال صح ثم يقوم له بعد اخراج الوصية الخ.

(٦) الدروس: كتاب الوصية، ص ٢٣٤ س ١٩ قال: ولو أوصى لعبد صح وعتق من الوصية وفاضلها له الخ.

لا يقال يعتق منه شئ قطعا ويعتق الباقي سراية، وله فضل مال ملكه بسبب حرية جزئه فيسرى عليه، فيقاص بما كان موجودا، ويسعى في الباقي، وهذا المعنى غير متحقق في المعين. لانا نقول: لوصح هذا لوجب أن يكون القدر المملوك له من المال على نسبة ماعتق منه، ولم يقل به.

الثاني أن المعين يلزمه الاشاعة.

وبيان ذلك: ان الانسان إذا أوصى له بمعين وخرج من الثلث لا يملكه مستقرا بالموت، بل يكون متعلقا ببقاء ما يخرج منه من التركة، فلو كان بعض التركة غائبا لم يطلق له من التصرف في العين إلا بحسب ما اقتدر الوارث على مثله، ولو تلف بعض التركة بحيث يعجز عن قصور المعين ملك الوارث منه بالنسبة، وحينئذ نقول: إذا أوصى لعبده بمعين كان له تعلق بجميع التركة ومن جعلتها رقبته، فيكون لها دخولا في الموصى به.

وأیضا فإن شاهد حال الموصي أنه قصد نفع الموصى له، وأهم الاشياء إليه نفسه وأنفع الاشياء له خلاصه من الرق وملك نفسه، فإنه كالوجود الثاني، ولهذا شابه النسب وترتب عليه الارث لما كان سببا في تملكه وزوال الحجر عنه، كما كان الاب سببا في وجود الولد. وأيضا العتق مبني على التغليب، فيكفي في التوصل إليه بادنى سبب. وايضا في تنفيذ الوصية حفظا لمقصد المسلم عن الضياع وصونا للفظه عن الهدر. وايضا الاصل صحة الوصية، فإبطالها يفتقر إلى دليل شرعي، وليس في الشرع ما يدل على بطلانها من كتاب أو سنة.

قوله (العبد لا يملك ولا يصح الوصية له).

[ولو اعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين، فإن كانت قيمته بقدر الدين مرتين، صح العتق والا بطل، وفيه وجه آخر ضعيف].

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

قوله (وعليه يحمل، لا وصية لمملوك وهو عام).

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

قال طاب ثراه: ولو اعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين، فإن كانت قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق، والا بطل، وفيه وجه آخر ضعيف.

أقول اذا اعتق عبده المستوعب عند موته وعليه دين، أو أوصى بعتقه، فهنا قسمان: الاول: يتخير العتق، وهو الذي فرضه المصنف هنا، وفيه ثلاثة أقوال:

(أ) اشتراط المصنف في النافع في صحة العتق كون القيمة بقدر الدين مرتين^(١) وهو اختيار المفيد^(٢) لصحيفة عبدالرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، في حديث طويل، قلت: رجل مات وترك عبدا ولم يترك مالا غيره، وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم فاعتقه عند الموت، كيف يصنع فيه؟ قال: يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم، وتأخذ الورثة مائة درهم، ثم قال: قلت: فإن كانت قيمته ستمائة درهم ودينه اربعمائة درهم، قال: كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء اربعمائة ويأخذ الورثة مائتين، ولا يكون للعبد شيء، قال: قلت: فإن كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم، قال: فضحك، ثم قال بعد كلام فالآن يوقف العبد ويستسعى فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المقنعة: باب وصية الانسان لعبده ص ١٠٢ س ٣٤ قال: واذا كان على الانسان دين ولم يخلف الا عبدا أو عبيدا فاعتقهم الخ.

للورثة، ويكون له السدس^(١).

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

(ج) تقديم حق الديان وعتقه من ثلث الباقي وان قل، ويستسعى فيما يخص الديان والوارث على النسبة، مثلاً، كانت قيمته ثلاثمائة وعليه من الدين مائتان، عتق تسعه ويسعى في ثمانية اتساعه ستة اتساع للديان وتسعان للورثة، وهو قول العلامة قدس الله روحه^(٣) احتج بحسنة الحلبي قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: رجل قال: اذا مت فعبدني حر وعلى الرجل دين، قال: ان توفي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام يبيع العبد، وان لم يكن احاط بثمن العبد يستسعى العبد في قضاء دين مولاه، وهو حر اذا اوفى^(٤).

الثاني: ان يوصى بعتق المستوعب ولم يذكره المصنف في هذا الكتاب، بل في الشرائع، وفيه قولان:

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

(١) الفروع: ج ٧ كتاب الوصايا ص ٢٦ باب من اعتق وعليه دين قطعة من حديث ١.

(٢) السرائر: في الوصايا، ص ٣٨٦ س ٣٠ قال: فان اعتقه في الحال وثبت عتقه قبل موته مضى العتق وليس لاحد من الديان ولا للورثة عليه سبيل إلى أن قال: وانما ذلك عطية منجزة في الحال وعطايا المجزة صحيحة على الصحيح من المذهب الخ.

(٣) المختلف: في الوصايا ص ٥٨ س ١٨ قال: والمعتمد أن نقول: إلى أن قال: وان قصر الدين عن قيمته عتق ثلث الفضل الخ.

(٤) التهذيب: ج ٩ (١٨) باب وصية الانسان لعبده وعتقه له قبل موته، ص ٢١٨ الحديث ٧.

(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٥٨ س ١٨ قال بعد نقل قول المفيد: من انه اذا كان على الانسان دين ولم يخلف الا عبداً أو عبيداً فاعتقهم مالفظه: وان قصر الدين عن قيمته، عتق ثلث الفضل واستسعى في الباقي.

[ولو أوصى لام ولده صح، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد؟ قولان: فان اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية.

وفي رواية أخرى: تعتق من الثلث ولها الوصية].

المصنف^(١) بحسنة الحلبي وقد تقدمت، فالعلامة لم يفرق بين المنجز عتقه وبين الموصى بعتقه، عملاً بمقتضى الأصول المقررة، وفرق المصنف بينهما، فعمل في المنجز بصحيحة عبدالرحمان، وفي الموصى بعتقه بحسنة الحلبي، اعتماداً في كل واقعة بماورد على عينها من النص، وما امتنه.

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

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

أقول: هنا ثلاثة مذاهب:

(أ) وهو المشهور، أنها تعتق من الوصية، فان قصرت عن قيمتها عتقت من نصيب ولدها وهو

مذهب ابن ادريس^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة في

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

(٢) النهاية: باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح، ص ٦١٠ س ١٥ قال: واذا أوصى الانسان بعثق مملوك له وكان عليه دين الخ.

(٣) المهذب: ج ٢، كتاب الوصايا، ص ١٠٨ س ١ قال: واذا أوصى بعثق مملوكه وكان عليه دين الخ.

(٤) السرائر: باب الوصية، ص ٣٨٦ س ٣٣ قال: والذي يقتضيه أصول مذهبنا: أنها تعتق بالوصية الخ.

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

[وأطلاق الوصية تقتضي التسوية ما لم ينص على التفضيل، وفي الوصية لآخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث، والاشبه التسوية] القواعد^(١) وجزم به في كتاب فتواه^(٢).

ووجهه: أن حق الورثة متأخر عن الوصايا، لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)^(٣) ولو فرض تساويهما كان تخصيصها بالغرامة أولى من ولدها، لأن ذلك لمصلحتها.
(ب) أنها تعتق من النصيب ولها الوصية بكاملها، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٤) واختاره العلامة في المختلف^(٥) لأن التركة تنتقل إلى الورثة من حين الموت، فثبت ملك الولد على جزء من أمه، فتعتق عليه وتستحق الوصية.

(ج) أنها تعتق من الثلث ولها الوصية لصحيحة أبي عبيدة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام رجل كانت له أم ولد له منها غلام، فملا حضرته الوفاة أوصى لها بالفى درهم أو باكثر، للورثة ان يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل يعتق من ثلث الميت ويعطى ما أوصى لها به^(٦) قال طاب ثراه: وفي الوصية لأعمامه وأخواله رواية بالتفضيل كالميراث، والاشبه التسوية.

(١) القواعد: المطلب الثالث، الموصى له، ص ٢٩٣ س ١١ قال: ولو أوصى لام ولده فالأقرب أنها تعتق من الوصية الخ.

(٢) الارشاد: الركن الثالث في الموصى له، قال: وينعتق ام ولده من الوصية، لامن نصيب الولد على رأي (مخطوط).

(٣) النساء: ١١.

(٤) النهاية: باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١١ س ٢ قال: وإذا أوصى لام ولده اعتقت من نصيب ولدها الخ.

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

(٦) الفروع: ج ٧ كتاب الوصايا، باب الوصية لامهات الاولاد، الحديث ٤.

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

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

[واذا أوصى لقربته، فهم المعروفون بنسبه، وقيل: لمن يتقرب اليه بآخر أب في الاسلام. ولو أوصى لاهل بيته دخل الاولاد والآباء، والقول في العشيرة والجيران، والسبيل، والبر والفقراء كما مر في الوقف]. الرواية على كون المراد انه جعله بينهم على كتاب الله^(١).

قال طاب ثراه: وإذا أوصى لقربته، فهم المعروفون بنسبه.

وقيل: لمن يتقرب اليه بآخر أب وأم في الاسلام.

أقول: في تفسير القرابة ثلاثة اقوال:

(أ) انهم المعروفون بنسبه، سواء كانوا وراثا، أولا وهو مذهب الشيخ في الكتابين^(٢).

وبه قال ابن اديس^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة^(٥) حملا لللفظ على المعنى العرفي عند تجرده عن الوضع الشرعي، كما هو عادة الشرع فيما لم يضع له حقيقة، كالقبض والاحياء.

(ب) انهم جميع ذوي نسبه الراجعين إلى آخر أب وام في الاسلام بالسوية، قاله المفيد^(٦) وقال

في الخلاف: ولم أجد به نصا، ولا عليه دليلا مستخرجا، ولا له

(١) تقدم انفا.

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

(٣) السرائر: باب الوصية المبهمة والوصية بالعقب، ص ٣٨٩ س ٢٧ قال: واذا أوصى فقال: اعطو ثلثي لقربتي إلى أن قال: فهذه الوصية للمعروفين من اقاربه في العرف الخ.

(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٦) المقنعة: باب الوصية المبهمة ص ١٠٢ س ٢٣ قال: واذا وصى الانسان بثلث ماله لقربته إلى أن قال: إلى آخر أب له وأم في الاسلام.

[وإذا مات الموصى له قبل الموصي، انتقل ما كان إلى ورثته ما لم يرجع الموصي على الأشهر. ولو لم يخلف وارثا رجعت إلى ورثة الموصي. وإذا قال: أعطوا فلانا دفع إليه يصنع به ما شاء].^(٥) شاهدًا.

(ج) إنهم من تقرب إليه من جهة والده أو والدته، قاله أبو علي، قال: ولا اختار أن يتجاوز بالتعريف الأب الرابع، لأن النبي ﷺ لم يتجاوز ذلك في تعرفة سهم ذوى القربى من الخمس^(٦).

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

أقول: مختار المصنف هو المشهور، وهو خيرة المفيد^(٧) ورواه الصدوق^(٨) وقال أبو علي: يبطل الوصية^(٩) واختاره العلامة في المختلف^(١٠) وعلى الأول أكثر الأصحاب وجزم به العلامة في المعتمد^(١١).

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

-
- (١) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ٢٤ قال: وليس لأصحابنا فيه نص عن الأئمة عليهم السلام.
- (٢) المختلف: في الوصايا ص ٥٥ س ٢٧ قال: وقال ابن الجنيد: كانت لمن تقرب إليه من جهة ولده أو والديه إلى أن قال: ولا اختار الخ.
- (٣) المقنعة: باب الموصى له بشئ يموت قبل الموصى، ص ١٠٣ س ٥ قال: كان ما وصى به راجعا على ورثته الخ.
- (٤) المقنعة: باب الوصايا ص ١٦٦ س ٢ قال: فإن الوصية لو ارث الذي أوصى له الخ.
- (٥) و(٦) المختلف: في الوصايا، ص ٦٥ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد: إلى أن قال: وإن مات أحدهم قبل موت الموصى بطل سهمه، ثم قال: ولا بأس بهذا القول عندي الخ.
- (٧) لم تطفر على كتابه المعتمد.

الفصل الرابع: في الاوصياء

ويعتبر التكليف والاسلام، وفي اعتبار العدالة تردد، أشبهه انما لاتعتبر، أما لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته.

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

احتج العلامة بان الوصية عقد تفتقر إلى ايجاب وقبول، وقد بينا ان القبول المنعقد به هو الذي يقع بعد الوفاة، فصار الموت حينئذ العبرة به^(٢) ويؤيده ما رواه ابوبصير ومُحَمَّد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي، قال: ليس بشئ^(٣) ومثلها رواية منصور بن حازم في الموثق عنه عليه السلام^(٤) وأجاب عما تمسك به المفيد: بأن مُحَمَّد بن قيس مجهول، وما تمسك هو به أصح طريقا، وخيار العيب حق استقر للموروث فانتقل إلى وارثه بخلاف القبول الذي هو جزء السبب، فهو كقبول البيع، والاول هو المشهور بين الاصحاب وعليه فخر المحققين^(٥).

قال طاب ثراه: ويعتبر التكليف والاسلام، وفي اعتبار العدالة تردد، أشبهه انما لا تعتبر، اما لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته.

(١) الفروع: ج ٧ كتاب الوصايا، باب من اوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصي، ص ١٣ الحديث ١.

(٢) هكذا في النسخ المخطوطة الموجودة عندي، وفي المختلف هكذا: (فصار الموت حينئذ لاعبرة به) لاحظ ص ٦٥.

في الوصايا ص ٢٤.

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

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

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

[ولا يوصى إلى المملوك إلا بإذن مولاه. ويصح إلى الصبي منضمًا إلى كامل، لا منفردًا، ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي، ثم يشتركان، وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه. ولا تصح الوصية من المسلم إلى الكافر، وتصح من مثله. وتصح الوصية إلى المرأة].

أقول: هنا مسألتان: (أ) اشتراط العدالة ابتداء مذهب الشيخين في المبسوط^(١) والمقنعة^(٢) وبه قال ابن حمزة^(٣) والقاضي^(٤) وسالار^(٥) وجزم به العلامة في المعتمد^(٦) واستقر به في القواعد^(٧) وهو مذهب الشهيد^(٨) واضطرب ابن ادريس، فاعتبرها في أول بحثه، لأنها امانة فلا مناط بالفاسق، ثم قال بعد ذلك: والذي يقتضيه اصول مذهبنا ويشهد به اصولنا ورواياتنا أن العدالة في الوصي ليست شرطًا في صحة الوصية

(١) المبسوط: ج ٢ ص ٥١ س ٣ قال: لا تصح الوصية الا إلى من جمع صفات خمسة إلى أن قال: والعدالة.

(٢) المقنعة: باب الاوصياء ص ١٠١ س ١٥ قال: وينبغي أن يكون الوصي عاقلًا مسلمًا عدلًا إلى أن قال: ولا إلى الفاسق الخ.

(٣) الوسيلة: في بيان احكام الوصية، ص ٣٧٣ س ٣ قال: واما من يصح أن يوصى اليه إلى أن قال: والعدالة.

(٤) المهذب: ج ٢، باب الاوصياء ص ١١٦ س ٣ قال: فليوص إلى رجل مسلم عاقل مأمون حكيم إلى أن قال: ولا كافر ولا فاسق الخ.

(٥) المراسم: ذكر احكام الوصية ص ٢٠٢ س ٣ قال: وتطلب في الاوصياء العدالة والعقل والحجى الخ.

(٦) لم نظفر على كتابه.

(٧) القواعد: الرابع الوصى ص ٣٥٣ قال: الرابع العدالة وفي اعتبارها خلاف، الاقرب ذلك.

(٨) الدروس: كتاب الوصايا ص ٢٤٧ س ٢٠ قال: ورابعها العدالة، والمشهور اعتبارها فتبطل الوصية إلى الفاسق.

[ولو أوصى إلى اثنين واطلق، أو شرط الاجتماع، فليس لاحدهما الانفراد، ولو تشاحا لم يمحض
الا مالا بد منه، كمؤونة اليتيم، وللحاكم] اليه، وانما ذلك مستحب، لاشتراط في الصحة، للاجماع
على جواز ايداع الفاسق، وهي أمانة، فكذا الوصية^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة في المختلف^(٣)
لأنها نيابة فيتبع إختيار المنوب، وله قول آخر في القواعد باعتبارها فيما يعتبر فيه الامانة، كالولاية
على اليتيم والتفرقة على المساكين^(٤).

(ب) اشتراط استدامتها على تقدير حصولها ابتداء، ثم يطرد الفسق فهل يبطل وصيته؟ فمن
قال باعتبارها ابتداء، أبطل الوصية هنا لفوات شرط الوصية، ومن لم يقل باعتبارها ابتداء، أبطل به
هنا، لانه ربما كان الركون اليه بالايضاء في الابتداء وثوقا بعدالته، وقد زالت، ولا تعود ولايته.
لو عادت العدالة، لزوالها شرعا، وهو اجماع الامن ابن ادريس، فانه قال: الاصل صحة
الوصية، ولان القول ببطلانها تبديل وهو حرام^(٥) مع انه قال في كتاب الوصايا: فان مات أو فسق
اقام الحاكم مقامه من يراه^(٦).

قال طاب ثراه: ولو أوصى إلى اثنين واطلق، أو شرط الاجتماع، فليس لاحدهما الانفراد.

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

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٤) السرائر: باب الاوصياء، ص ٣٨٤ س ١٣ قال: وان كان تغير حاله بفسق إلى أن قال: والاصل صحة الوصية اليه
والاعتماد عليه الخ.

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

[جبرهما على الاجتماع، فان تعذر جاز الاستبدال، ولو التمسا القسمة لم يجز، ولو عجز أحدهما ضم اليه. أما لو شرط لهم الانفراد، تصرف كل واحد منهما، وان انفرد، ويجوز ان يقتسما. وللموصى تغيير الاوصياء وللموصى اليه رد الوصية، ويصح ان بلغ الرد، ولو مات الموصى قبل بلوغه لزمّت الوصية. واذا ظهر من الوصي خيانة استبدل به، والوصي أمين لا يضمن الا مع تعد أو تفريط، ويجوز ان يستوفى دينه مما في يده، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه، وأن يقتضيه اذا كان مليئاً، وتختص ولاية الوصي بما عين له الموصي عموماً كان أو خصوصاً].

أقول: اذا أوصى إلى أكثر من واحد، فإما أن يطلق أو ينص على الاجتماع، أو الانفراد، فما نص عليه اتبع، ويجوز خلافه من الانفراد إلى الاجتماع، دون العكس.

وان اطلق فالمشهور وجوب الاجتماع في كل تصرف، وعليه الشيخ في المبسوط^(١) وبه قال ابن حمزة^(٢) وابن ادريس^(٣) والفقهاء^(٤) والتقي^(٥) واختاره

-
- (١) المبسوط: ج ٤ ص ٥٤ س ٩ قال: الثالث اذا اطلق فقال: أوصيت إليكما فان الحكم في هذا الفصل كالحكم في الفصل الثاني، اذا أوصى اليهما ونهى كل واحد منهما أن يتصرف وينفرد بتصرفه الخ.
- (٢) الوسيلة: في بيان احكام الوصية ص ٣٧٣ س ١٧ قال: أو أطلق القول إلى أن قال: لا يكون لاحدهما الاستبداد بالامر الخ.
- (٣) السرائر: باب الاوصياء، ص ٣٨٤ س ١٩ قال: أما أن يطلق الوصية اليهما أو يقيد بها إلى أن قال: لم يكن لكل منهما الاستبداد الخ.
- (٤) المختلف: في الوصايا، ص ٦٤ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: وقال الشيخ علي بن بابويه: مايقارب هذا فقال: اذا أوصى رجل إلى رجلين إلى أن قال: والمعتمد الاول، لنا انه شرك بينهما فلم يكن لاحدهما الانفراد الخ.
- (٥) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٦ س ٥ قال: فان كانا اثنين فما زاد لم يجز لاحدهما التفرد بشئ من النظر الخ.

المصنف^(١) والعلامة^(٢) واجاز في النهاية الانفراد الا مع شرط الاجتماع^(٣) وتبعه القاضي^(٤).
فالحاصل أن الاطلاق كنص الاجتماع في المشهور، وكنص الانفراد عند القاضي والنهاية.

فروع

(أ) لو تشاحا بالاجتماع وأبيا لم يمض تصرف أحدهما الا في الضروري كمؤونة اليتيم، وعلف دوابه، واحراز ماله، وعلى الحاكم جبرهما على الاجتماع.
وقال التقي: يرد الناظر الى أعلمهم اذا كان أقوى^(٥)، وتبعه الباقر.
واستشكله العلامة من حيث اشتماله على تخصيص أحدهم بالنظر وقد منع منه الموصي^(٦).

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف: في الوصايا، ص ٦٤ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: وقال الشيخ علي بن بابويه: مايقارب هذا فقال: اذا أوصى رجل إلى رجلين إلى أن قال: والمعتمد الاول، لنا انه شرك بينهما فلم يكن لاحدهما الانفراد الخ.

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

(٤) المذهب: ج ٢ باب الاوصياء، ص ١١٦ س ١١ قال: وان وصى إلى اثنين بالغين ولم يجعل عليهما تنفيذ الوصية على الاجتماع إلى قوله: لكان لكل واحد منهما الاستبداد بما يصيبه الخ.

(٥) الكافي: فصل في الوصية، ص ٣٦٦ س ٦ قال: فان تشاحوا رد الناظر في المصالح، الامر في التنفيذ إلى أعلمهم به وأفواهم فيه.

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

[ويأخذ الوصي اجرة المثل، وقيل: قدر الكفاية، هذا مع الحاجة].

(ب) للحاكم الاستبدال اذا تعذر الاجتماع، أو رآه أصلح.

وهل يجب التعدد في منصوب القاضي؟ يحتمل ذلك، لان الموصى لم يرض برأي واحد، ويحتمل عدمه، لتمحض الولاية للحاكم، فالمنصوب في الحقيقة أمين الحاكم، ونص الشهيد على الاخير^(١).

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

(د) لوئها هما عن الانفراد، يحتمل عدم تنفيذ الضروري، لنص الموصي على عدمه، بل يرفع الامر فيه إلى الحاكم.

(هـ) يجوز التعدد في الايصاء، ترتيبا، كأوصيت إلى زيد، فان مات أورد فيلى عمروا، أو إن بلغ الطفل رشيدا فإليه.

(و) لو عجز أحد الوصيين، أو فسق ضم الحاكم اليه معيناً، ولو مات احتمل قويا وجوب الضم، لانه لم يرض برأيه وحده، ويحتمل عدمه، لانه لا عرضة للحاكم مع وجود وصي. قال طاب ثراه: ويأخذ الوصي أجرة المثل، وقيل: قدر الكفاية، هذا مع الحاجة.

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

أقول: الاول اختيار المصنف^(١) والعلامة^(٢) وجزم به الشهيد^(٣).
والثاني اختيار الشيخ في النهاية^(٤) وبه قال ابن ادريس^(٥)، وقال في المبسوط والتبيان له أقل
الامرين^{(٦)(٧)}. هذا مع الحاجة، واما مع الغنا فليستعفف.
وهل هذا الاستعفاف على سبيل

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

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

(٦) المبسوط: ج ٢، كتاب البيوع، فصل في تصرف الولي في مال اليتيم، ص ١٦٣ س ١٢ قال: الولي اذا كان فقيراً إلى
قوله: أقل الامرين الخ.

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

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

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

قال طاب ثراه: وان أجاز له في الوصية جاز، ولو لم يأذن فقولان: أشبههما انه لا يصح. أقول: اذا نص الموصي على الايصاء لاشك في جوازه، واذا نص على عدمه لاشك في منعه. وانما البحث على الاطلاق، فهل يجوز أن يوصى من حيث أنه ملك ولاية يتملك الايصاء بها؟ أم لا؟ من حيث أنه تصرف ولم يؤذن فيه، ويفتقر التصرف في حق الغير إلى صريح الاذن. الشيخ في النهاية على الاول^(٥) وبه قال القاضي^(٦)

-
- (١) السرائر: باب التصرف في اموال اليتامى، ص ٢٠٥ س ٣٦ قال: فان كان غنيا فلا يجوز له أخذ شيء من أموالهم.
- (٢) النهاية: باب التصرف في أموال اليتامى، ص ٣٦٢ س ١٩ قال: فان نقص نفسه كان له في ذلك فضل وثواب، وان لم يفعل كان له المطالبة باستيفاء حقه من اجرة المثل الخ.
- (٣) و(٤) المختلف: كتاب التجارة، ص ١٦٧ س ١٦ قال وقال: ابن الجنيد إلى أن قال: والموسر احب اليينا من المحتاج، ويكون للمحتاج من الاجرة على قدر قيامه لا على قدر حاجته، إلى أن قال العلامة بعد أسطر: وقوله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف) لا اشعار فيه بالوجوب، بل يدل بمفهومه على الاولوية.
- (٥) النهاية: باب الاوصياء، ص ٦٠٧ س ٦ قال: واذا حضر الوصي الوفاة وأراد أن يوصي إلى غيره، جاز له أن يوصي اليه الخ.
- (٦) المهذب: ج ٢ باب الاوصياء، ص ١١٧ س ١٩ قال: ومن كان وصيا لغيره وحضرته الوفاة وأراد أن يوصي إلى غيره جاز له أن يوصي الخ.

الفصل الخامس: في الموصى به

وفيه أطراف: (الاول) في متعلق الوصية، ويعتبر فيه الملك، فلا تصح بالخمير، ولا بآلات اللهو، ويوصى بالثلث فما نقص. ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح في الثلث وبطل الزائد، فإن أجاز الورثة بعد الوفاة صح. وإن أجاز بعض صح في حصته، وإن أجازوا قبل الوفاة، ففي لزومه قولان، المروى: اللزوم. ويملك الموصى به بعد الموت] وابوعلي^(١).

والمفيد على الثاني^(٢) وبه قال ابن ادريس^(٣) والتقي^(٤) وعليه المصنف^(٥) والعلامة^(٦) لأن ولايته تتبع اختيار الموصي، وهو مقصور عليه، فالتخطي مناف لمقتضى الوصية، فيكون تبديلا. قال طاب ثراه: وإن أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان، المروى: اللزوم. أقول: اللزوم مذهب الشيخ^(٧) وابن حمزة^(٨) وإبي علي^(٩) واختاره

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

(٢) المقنعة: باب الوصي يوصي إلى غيره، ص ١٠٢ س ٢٦ قال: وليس للوصي أن يوصي إلى غيره الآن يشترط ذلك الوصي الخ.

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

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

(٧) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

(٩) المختلف: في الوصايا، ص ٥٢ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ: وافتي به أبوعلي بن الجنيد، ثم قال: والمعتمد قول الشيخ الخ.

المصنف^(١) والعلامة^(٢).

وعدمه مذهب المفيد^(٣) وتلميذه^(٤) وابن ادريس^(٥) واطلق الحسن لزومها مع الاجازة، ولم يعين قبل الموت أو بعده^(٦).

احتج الاولون بوجوه:

(أ) عموم قوله تعالى (من بعد بالوصية يوصى بها أو دين)^(٧).

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

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

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

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

(٤) المراسم: ذكر احكام الوصية ص ٢٠٣ س ١٠ قال: فان أمضى الورثة في حياة الموصى مازاد على الثلث جاز لهم الرجوع فيه بعد الوفاة.

(٥) السرائر: باب الوصية، ص ٣٨٥ س ١٤ قال: فاذا أجازت مافوق الثلث قبل الموت كان لها ردها بعد الموت.

(٦) المختلف: في الوصايا ص ٥٢ س ١٧ قال: وابن أبي عقيل اطلق الخ.

(٧) النساء: ١١.

[وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر].

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

وادعى الشيخ الاجماع.

احتج الآخرون بأنها إجازة فيما لا يستحقونه، فلا يلزمهم، وهو مردود.

قال طاب ثراه: وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر.

اقول: هذه المسألة يوردها المصنفون في المضاربة وفي كتاب الوصية، وتحقيق البحث فيها أن نقول: موضوع المسألة في كتب الفقه، وما ورد به النص: هو أن ينصب الانسان على أطفاله وصيا ويأذن له في الاتجار بمالهم، ويجعل له نصيبا من الربح معلوما كالنصف مثلا، فهل يمضى ذلك؟ أم لا؟ قال الشيخ في النهاية: نعم ^(٣) وتبعه القاضي ^(٤) واختاره المصنف ^(٥) والعلامة ^(٦).

واحتجوا بما رواه خالد بن بكر الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة، فقال: يا بني إقبض مال اخوتك الصغار، واعمل به، وخذ نصف الربح، واعطهم النصف، وليس عليك ضمان، إلى أن قال: فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام

(١) و(٢) الفروع: ج ٧، كتاب الوصايا، ص ١٢ باب..الحديث ١ وذيله.

(٣) النهاية: باب الاوصياء، ص ٦٠٨ س ١ قال: وإذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر بها يأخذ نصف الربح، كان جائزا.

(٤) المذهب: ج ٢ (الايصاء للحاضر والغائب) ص ١١٨ س ٨ قال: وإذا أمر الانسان وصيه إلى قوله ويتجر لهم بها وله على ذلك نصف الربح.

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٦) المختلف: في الوصايا، ص ٦٣ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ: والوجه ما قاله الشيخ عملا بالرواية المناسبة للاصول الخ.

فقصصت عليه قصتي، فقال عليه السلام: أما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان^(١) وعن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ويكون الربح فيما بينهم، فقال: لا بأس، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك، وهو حي^(٢).

قال ابن ادريس: أورد ذلك شيخنا في نهايته، إلا أن الوصية لا تنفذ إلا في ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته، والربح تجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته، وقوله فيه وفي الرواية نظر^(٣) وظاهر هذه العبارة يعطى بطلان الوصية، والاول هو المشهور.

واعلم أن هذه المسألة يختلف الفاظ الفقهاء في التعبير عنها، فقال العلامة في القواعد: ولو جعل المريض للعامل من الربح ما يزيد عن اجرة المثل لم يحتسب الزائد من الثلث، إذ المتقيد بالثلث، التفويت، وليس حاصلًا هنا، لانتفاء الربح حينئذ^(٤) وقال المصنف في الشرائع: لو دفع قراضا في مرض الموت وشرط ربحها صح، وملك العامل الحصة^(٥).

وهاتان العبارتان من الكتابين في كتاب المضاربة منهما، وقد عرفت ان أصل المسألة وموضوعها ما قدمناه: من كون العامل هو الوصي والورثة أطفال: وان أردت التفريع عليها تتعد بها عن هذه الصورة إلى غيرها على ما تقتضيه الأصول الفقهية،

(١) الفروع: كتاب الوصايا باب النوادر، ص ٦١ الحديث ١٦.

(٢) الفروع: كتاب الوصايا، ص ٦٢ الحديث ١٩.

(٣) السرائر: باب الاوصياء، ص ٣٨٤ س ٣٤ قال: أورد ذلك شيخنا في نهايته، إلا أن الوصية الخ.

(٤) القواعد: في القراض، ص ٢٤٥ س ١٠ قال: ولو شرط المريض للعامل الخ.

(٥) الشرائع: كتاب المضاربة، الثالث في الربح قال: ولو دفع قراضا في مرض الموت الخ.

فليتصور ذلك في فروع:

(أ) لو كان الورثة كبارا لاتولي عليهم واوصى بالمضاربة بمالهم، لم ينفذ الوصيته، سواء كان الموصى له معينا أز مجهولا، كما لو أوصى بالولاية عليهم، وفرق بينه وبين الوصية بالثلث، لانه قصد في الثاني تمليك الموصى له، فيحتمل من متن المال، وقد أجاز الشارع له ذلك، وهنا لم يقصد تمليكه من متن المال شيئا، بل الوصية في الحقيقة بالولاية على مال الغير، وهو غير جائز.

(ب) لو كان الورثة صغارا وأوصى إلى الوصي بأن يخرج مضاربة إلى الغير، والموصى له غير معين، فيحتمل البطلان هنا، لانها وصية لمجهول، ويحتمل الصحة، فان كان القدر معينا وهو بقدر الثلث فما دون، اخرج إلى ثقة، ويكفي فيه المعاملة الواحدة، بأن يشتري العامل ويبيع، لحصول الامتثال بذلك، وان كان اكثر من الثلث رد اليه، لانه في مظنة التعرير بالمال والمخاطرة به، فاعتبر الثلث.

(ج) كان الورثة صغارا، والموصى له معين، فيجب دفع المقدار اليه، ولا يعتبر خروجه من الثلث، ويجب تركه عند الموصي له حتى يبلغ الطفل، وكان الموصى له في الحقيقة وصيا خاصا في هذا المبلغ المعين، ويتصرف بهذا النوع المعين من التصرف، قال المصنف في الشرائع، ولو أوصى إلى انسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه وبين الورثة نصفان، صح، وربما اشترط كونه قدر الثلث فأقل^(١).

(د) لو دفع المريض قراضا معجلا، كان ماضيا من الاصل، ولا يعتبر خروجه من الثلث، ولا خروج ربحه.

(١) الشرائع: كتاب الوصايا، الثالث في الموصى به، وفيه اطراف، الاول، قال: ولو أوصى إلى انسان بالمضاربة الخ.

[ولو أوصى بواجب وغيره، اخرج الواجب من الاصل والباقي من الثلث، ولو حصر الجميع في الثلث بدأ بالواجب ولو اوصى بأشياء تطوعا، فإن رتبته بدأ بالاول فالاول حتى يتسوفى الثلث وبطل ما زاد، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص واذا أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك].

أما الاول: فلان المريض لا يمنع من التصرف في عين ماله بغير الائلاف والمحابة، فلو عارض بمجموع تركته بثمان المثل نفذ، وها هنا لم يتصرف باتلاف المال، بل تصرف بأمر ربما كان سببا في زيادة المال.

وأما الثاني: فلان على المريض والميت من الثلث إنما هو ما يصادف المال الموجود، وهذا ليس بموجود، ولهذا لا يمنع المريض من قبول هبة أبيه وينعتق عليه حين ملكه، وإن لم يملك غيره، لعدم التفويت على الورثة. وإنما طولنا الكلام في هذه المسألة، لأنها موضوع إشتباه. قال طاب ثراه: ولو اوصى بأشياء تطوعا، فإن رتبته بدأ بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث وبطل ما زاد، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص.

أقول: معنى الترتيب هنا أن يذكروا وحدا بعد واحد بحرف العطف، وإن لم يكن الحرف مقتضيا للترتيب كالفاء وثم، بل الواو أيضا مرتب وإن لم يقتضى الترتيب، عند محققى الاصوليين. ومعنى الجمع أن يقول: رقابا، أو أعتقوا عبيدي، أو أعطوا كل واحد من فلان وفلان كذا، أو أعطوا الجماعة الفلانية كذا وكذا دينارا يقسمونها بينهم. لأن حمران سأل الباقر عليه السلام عن رجل أوصى عند موته: أعتقوا فلانا وفلانا وفلانا حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة الممالك الذين أمر بعقهم؟ قال ينظر إلى الذين سماهم وبدأ بعقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه،

[الثاني) في المبهمة: من أوصى بجزء من ماله، كان العشر، وفي رواية السبع، وفي أخرى سبع الثلث].

فيعتق منه أول من سماه ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان ذلك في الذين سماهم آخرًا، لانه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك ولا يجوز له ذلك^(١)، وقال ابن حمزة: إن أوصى لواحد بعدواحد، لم تخل من وجهين، إما عطف الثاني بحرف العطف، أو أوصى بكرة لواحد، وضحوه لآخر، أو غدا فالاول إن خرج الجميع من الثلث استحقوه، وإن لم يخرج قدم الاول فالاول حتى يستوفي الثلث، وإن اشتبه أخرج بالقرعة، والثاني إن أخرج من الثلث استحق الجميع، وإن لم يخرج قدم الاخير، والاول هو المشهور.

قال طاب ثراه: من أوصى بجزء من ماله كان العشر، وفي رواية السبع، وفي أخرى سبع الثلث. أقول: هنا ثلاث روايات:

(أ) العشر، وهو في صحيحة عبد الله بن سنان، قال: ان امرأة أوصت إلي، وقالت: ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى؟ فقال: ماأرى لها شيئًا، ماأدري ماالجزء، فسألت أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة، وما قال ابن أبي ليلى، فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، ان الله تعالى أمر ابراهيم عليه السلام وقال له: (اجعل على كل جبل منهن جزء)^(٢) وكانت الجبال عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء^(٣) وفي حسنة أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام، الجزء واحد من عشرة، لان الجبال عشرة،

(١) الفقيه: ج ٤ (١٠٦) باب الوصية بالعتق والصدقة والحج ص ١٥٧ الحديث ٣.

(٢) البقرة: ٢٦٠.

(٣) الفروع: ج ٧، باب من أوصى بجزء من ماله، ص ٣٩ الحديث ١.

والطير أربعة^(١) وبمضمونها قال الصدوق^(٢) والشيخ في كتابي الاخبار^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة^(٥) لاصالة بقاء التركة على ملك الوارث، فيقتصر على المتيقن، ولهذا أعطينا من أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته، مثل أقلهم عملاً بالمتيقن، فكذا هنا.

(ب) السبع، وهو في صحيحة احمد بن محمد بن أبي نصر قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من مال؟ فقال: واحد من سبعة، ان الله تعالى يقول: (لها سبعة ابواب لكل باب منها جزء مقسوم)^(٦) وبمضمونها قال في النهاية^(٨) والخلاف^(٩) وبه قال المفيد^(١٠) وتلميذه^(١١) والسيد^(١٢)

-
- (١) الفروع: ج ٧، باب من أوصى بجزء من ماله، ص ٤٠ الحديث ٣.
- (٢) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٣ س ٥ قال: وان اوصى بجزء من ماله فهو واحد من عشرة.
- وفي المختلف: في الوصايا ص ٥٣ س ٢٤ قال: قال في كتابي الاخبار: انه العشر وبه قال على بن بابويه وابنه.
- (٣) التهذيب: ج ٩، ص ٢٠٨ (١٦) باب الوصية المبهمة، الحديث ١ ٣ ٢ ٤ وفي الاستبصار: ج ٤ ص ١٣١ (٧٩) باب من أوصى بجزء من ماله، الحديث ١ ٣ ٢ ٤.
- (٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٥) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٢٥ قال بعد نقل قول الشيخ في كتابي الاخبار: وهو المعتمد.
- (٦) الحجر: ١٥.
- (٧) التهذيب: ج ٩، (١٦) باب الوصية المبهمة ص ٢٠٩ الحديث ٥.
- (٨) النهاية: باب الوصية المبهمة ص ١٣٦ س ٥ قال: كان ذلك سبعة من ماله، ثم قال: فان أوصى بسهم من ماله كان ذلك الثمن الخ.
- (٩) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ٧ قال: اذا قال لفلان جزء من مالي كان له واحد من سبعة، وقال في مسألة ٩ اذا قال: لفلان سهم من مالي كان له سدس ماله الخ.
- (١٠) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ١٣ قال: كان السبع من ماله إلى أن قال: وإن وصى بسهم من ماله كان الثمن من ماله.
- (١١) المراسم: ذكر احكام الوصية، ص ٢٠٤ س ١٧ قال: فان كان بجزء ماله كان بالسبع أو ان كان بسهم كان بالثمن.
- (١٢) لم نظفر عليه.

[ولو أوصى بسهم كان ثمنا، ولو كان بشئ كان سدسا].

وابوعلي^(١) وابن حمزة^(٢) والقاضي^(٣) وابن ادريس^(٤).

(ج) سبيع الثلث، وهو في رواية الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل

أوصى بجزء من ماله؟ قال: سبيع ثلثه^(٥) ذكرها الصدوق في كتابه.

قال طاب ثراه: ولو أوصى بسهم كان ثمنا.

أقول: لا خلاف في تفسير الشئ أنه الدس.

وفي السهم ثلاثة أقوال:

(أ) الثمن، قاله المفيد^(٦) وابوعلي^(٧) والصدوق^(٨) والقاضي^(٩) وسالار^(١٠) وابن ادريس^(١١) واختاره

الشيخ في النهاية^(١٢) وهو اختيار المصنف^(١٣) والعلامة^(١٤) لموثقة السكوني عن الصادق عليه السلام انه

سئل عن رجل يوصي

(١) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٢٤ قال بعد نقل قول المفيد: وكذا قال ابن الجنيد، وقال في س ٣٦ في الوصية بالسهم وقال المفيد: انه الثمن، وهو قول ابن الجنيد.

(٢) الوسيلة: في بيان احكام الوصية ص ٣٧٨ س ٣ قال: وان أوصى بجزء من ماله أو بسهم، كان الاول وصية بالسبع والثاني بالثمن.

(٣) الجوامع الفقهية: جواهر الفقه، ص ٥٠٣ س ١٥ قال: واذا أوصى بجزء من ماله كان ذلك السبع، واذا أوصى بسهم كان الثمن.

(٤) السرائر، باب الوصية المبهمة ص ٣٨٨ س ٣٥ قال: اذا أوصى بجزء من ماله كان ذلك السبع إلى قوله: وان أوصى بسهم كان ذلك الثمن.

(٥) الاستبصار: ج ٤ (٧٩) باب من أوصى بجزء من ماله، ص ١٣٣ الحديث ٨ وفي الفقيه: ج ٤ (١٠٠) باب الوصية بالشئ من المال والسهم والجزء ص ١٥٢ الحديث ٥.

(٦) و(٧) و(٨) و(٩) و(١٠) قد علم آرائهم مما اثبتناه آنفا.

(١١) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٣ س ٥ قال: وان أوصى بجزء من ماله فهو واحد من عشرة، وان أوصى بسهم من ماله فهو واحد من ستة.

(١٢) تقدم نقله آنفا.

(١٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٤) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٣٧ قال بعد نقل قول المفيد والصدوق: وهو المعتمد].

[ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهها، صرف في البر، وقيل: يرجع ميراثا].

بسهم من ماله؟ فقال: السهم واحد من ثمانية^(١).

(ب) انه السدس، قاله الشيخ في الكتابين^(٢) وبه قال الفقيه^(٣).

(ج) انه العشرة، وهو في رواية طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام قال: من اوصى بسهم من ماله

فهو سهم من عشرة^(٤)، وهو بترى.

قال طاب ثراه: ولو أوصى بوجوه، فنسي الوصي وجهها، صرف في البر، وقيل: يرجع ميراثا.

أقول: بالاول قال الشيخان^(٥) والصدوق^(٦) والقاضي^(٧) واختاره المصنف^(٨) والعلامة^(٩) وبالثاني

قال ابن ادریس وحكاه عن الشيخ في المسائل الحائريات^(١٠).

(١) الفروع: ج ٧، باب من أوصى بسهم من ماله، ص ٤١ الحديث ١.

(٢) المبسوط: ج ٤ كتاب الوصايا ص ٨ س ٣ قال: واذا أوصى له بسهم من ماله كان له السدس، وفي الخلاف، كتاب الوصايا، مسألة ٩.

(٣) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٣٦ قال: وفي المبسوط انه السدس، وبه قال: علي بن بابويه.

(٤) الاستبصار: ج ٤ (٨٠) باب من أوصى بسهم من ماله، ص ١٣٤ الحديث ٣.

(٥) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ٢٠ قال: فان أوصى رجل إلى رجل وجعلها ابوابا فنسي الوصي بابا إلى أن قال: في وجوه البر وفي النهاية: باب الوصية المبهمة، ص ٦١٣ س ١٦ قال: فان أوصى بوصية وجعلها ابوابا إلى أن قال: فليجعل ذلك السهم في وجوه البر.

(٦) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٧ س ١٠ قال: فان أوصى بوصية ولم يحفظ الوصي إلى أن قال: فان الابواب الباقية تجعل في البر.

(٧) و(٨) لم اعثر عليه في المذهب والجواهر، ولكن في المختلف: ص ٥٩ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ: وكذا قال ابن البراج إلى ان قال بعد نقل قول ابن ادریس: والمعتمد الاول.

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٠) السرائر: باب شرائط الوصية، ص ٣٨٩ س ٦ قال: فان أوصى الانسان بوصية وجعلها ابوابا مسماة، فنسي الوصي بابا منها إلى أن قال: وقال شيخنا في جواب الحائريات اذا نسي الوصي جميع أبواب الوصية فانها تعود ميراثا للورثة، فنعم ماقال الخ.

أقول: الظاهر هو الفرق بين نسيان جميع ابواب الوصية ونسيان باب من ابوابها ولا يقاس أحدهما بالآخر كما هو المستفاد من الفتاوى.

[ولو أوصى بسيف وهو في جفن وعليه حلية، دخل الجميع في الوصية على رواية يجبر ضعفها الشهرة. وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال، دخل المال في الوصية، وكذا قيل: لو أوصى بسفينة وفيها طعام، استنادا إلى فحوى رواية].

احتج الاولون بقوله تعالى (فمن بدله بعد ماسمعه)^(١) ودفعه إلى الورثة وجعله ميراثا تبديل للوصية، وبما رواه محمد بن ريان، قال: كتبت اليه (يعني علي بن محمد عليه السلام) أسأله عن انسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي الا بابا واحدا منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام: الابواب الباقية اجعلها في البر^(٢) ولانه بالوصية خرج عن ملك الورثة، وقد خفي مالكة ومستحقه، فوجب صرفه في البر كغيره.

احتج الآخرون: بانها وصية بطلت، لامتناع القيام بها، فيرجع إلى الميراث، واجيب بمنع الملازمة، فان المعين وان بطل، لكن مطلق الاخراج عن ملك الوارث ثابت. قال طاب ثراه: ولو أوصى بسيف وهو في جفن وعليه حلية دخل الجميع في الوصية على رواية يجبر ضعفها الشهرة.

وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال دخل المال في الوصية.
وكذا قيل: لو أوصى بسفينة وفيها طعام، إستنادا إلى فحوى رواية.

(١) سورة البقرة / ١٨١.

(٢) التهذيب: ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة، ص ٢١٤ الحديث ٢١.

أقول: هنا مسائل:

(أ) هل يشترط في الموصي لهذه الاشياء أن يكون عدلاً؟ قال الشيخ في النهاية: نعم، حيث قال عند دخول هذه في الوصية: هذا إذا كان الموصي عدلاً مأموناً، فإن لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه^(١) وتبعه القاضي في ذلك^(٢) وباقي الاصحاب على عدم الاشتراط، ولعل الشيخ أراد الاقرار وعبر عنه بالوصية، فلهذا اعتبر التهمة وعدمها، معولاً في ذلك على رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام عن رجل قال: هذه السفينة لفلان، ولم يسم ما فيها، وفيها طعام، أيعطاها الرجل وما فيها؟ قال: هي للذي أوصى له بها، إلا أن يكون صاحبها متهماً، وليس للورثة شيء^(٣).

قال العلامة: ولا دلالة فيه على أن الموصي إذا كان عدلاً يخرج من الاصل، وإن كان متهماً يخرج من الثلث^(٤).

قلت: اعتبار التهمة وعدمها يكفي عن ذكر العدالة، لأن صيغة الوصية صيغة الاقرار، والعدل لا يقول غير الواقع ولا يجوز أن يظلم الورثة بتصرفه في أكثر من الثلث، فلما ذكر التهمة في الخبر عبر الشيخ عن ضدها بالعدالة، فيكون شرطاً في تنفيذ مجموع ما أقربه، ماضياً من الاصل، ولهذا قال عقبيه: (وإن كان متهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه).

(ب) هل يدخل ما في هذه الاشياء وعليها أم لا؟ فيه مذهبان:

(١) النهاية: باب الوصية المبهمة، ص ٦١٤ س ٤ قال: هذا إذا كان الموصي عدلاً مأموناً الخ.

(٢) لم اعثر عليه في المذهب.

(٣) التهذيب: ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة، ص ٢١٢ الحديث ١٥.

(٤) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ١٢ قال: ولا دلالة فيه على أن الموصي إذا كان عدلاً يخرج من الثلث الخ.

أحدهما: لا، لان الوصية تعلقت بالسيف وليس الجفن من مسماه، ولا لازما لمعناه، وكذا الكلام في السفينة والصندوق، فإن المظروف ليس جزء من الظرف ولا لازما له، وهو نادر. والآخر: نعم، قاله الشيخان^(١) وابوعلي^(٢) والصندوق^(٣) والقاضي^(٤) والتقي^(٥) وابن ادريس^(٦). واستدلوا عليه برواية ابي جميله عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف في جفن وعليه حلية، فقال له الورثة: انما لك النصل وليس لك المال، فقال: لا، بل السيف بما فيه له.

قال: وقلت له: رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال، فقال الورثة: انما لك الصندوق وليس لك المال، قال: فقال ابوالحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له^(٧). وابوجميلة هذا كذا ملعون، لكن اكثر الاصحاب مطبقون على العمل بما،

(١) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ٢١ قال: اذا وصى الانسان لانسان بصندوق مقفل وكان في الصندوق متاع، فالصندوق بما فيه للموصى له الخ وفي النهاية، باب الوصية المبهمة ص ٦١٣ س ١٨ قال: واذا اوصى الانسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية الخ.

(٢) و(٣) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ١٤ قال: لكن الشيخان وابن الجنيد وابن البراج ذكروا ذلك واستدلوا بما رواه الخ.

(٤) المقنعة: باب الوصايا، ص ١٦٦، س ٧ قال: وان أوصى لرجل بصندوق أو سفينة إلى أن قال: فهو مع ما فيه لمن أوصى له الخ.

(٥) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٢ قال: واذا أوصى لغيره بصندوق مقفل إلى ان قال: فالوعاء وما فيه للموصى له الخ.

(٦) السرائر: باب الوصية المبهمة ص ٣٨٩ س ٩ قال: واذا أوصى الانسان لغيره بسيف إلى أن قال: كان السيف له بما فيه الخ.

(٧) التهذيب: ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة، ص ٢١١ الحديث ١٤.

فلهذا قال: (يجر ضعفها الشهرة) وهذه الرواية هي مستند الحكم في السيف والصندوق.
وأما مستند الحكم في السفينة فرواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل
قال: هذه السفينة لفلان، ولم يسم ما فيها، وفيها طعام، أيعطاها الرجل وما فيها؟ قال: هي للذي
أوصى له بها، إلا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها^(١).

ولما كان قوله عليه السلام (هي للذي أوصى له بها) غير صريح الا في دخول السفينة خاصة، ويفهم
من فحوى باقى الكلام دخول ما فيها بقوله (الا ان يكون صاحبها إستثنى ما فيها) قال المصنف:
إلى فحوى رواية.

وفحوى الكلام مافهم معناه من قصد المتكلم لقرينة من غير دلالة اللفظ عليه.
واختار المصنف في الشرائع الدخول جزما ونسب القول الآخر إلى البعد^(٢) والعلامة رحمته الله فصل
في المختلف فقال: بدخول ما في هذه الاشياء، وعليها مع القرينة، وعدمه مع عدمها^(٣) وقال في
المعتمد: ويدخل حلية السيف المعين فيه، دون جفنه، ولا يدخل المظروف في السفينة والصندوق
والجراب^(٤).

(ج) أطلق الشيخ الصندوق والجراب^(٥) وقيد المفيد الصندوق بالمقفل

(١) الفقيه: ج ٤ (١٠٨) باب الرجل يوصي لرجل بسيف أو صندوق أو سفينة، ص ١٦١ الحديث ٢.

(٢) الشرائع: الطرف الثاني في الوصية المبهمة، قال: ولو أوصى بسيف معين، دخل الجفن والحلبة في الوصية الخ.

(٣) المختلف: في الوصايا ص ٦٠ س ١٩ قال: فالوجه حينئذ التفصيل الخ.

(٤) لم نظفر على هذا الكتاب.

(٥) النهاية: باب الوصية المبهمة، ص ٦١٣ س ١٨ قال: وإذا أوصى الانسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية،
كان السيف له بما فيه وعليه الخ.

[ولا يجوز اخراج الولد من الارث ولو أوصى الاب، وفيه رواية مطرحة].

والجواب بالمشدود والوعاء بالمختوم^(١) وكذا التقي^(٢).

(د) هل يسري الحكم إلى غير هذه المذكورات إلى ما يشابههما؟ احتمالان: أحدهما، لا، لعدم النص في غيرها، فيقتصر على مورده، ومن تعميم العلة، وصرح ابوعلي فقال: اذا أوصى رجل بشئ يشمل اسمه على أعيان متصلة به، كان جميعها له، كالرجل يوصى لرجل بسيفه فهو له وجفنه وما عليه من الحلية، وكذا القول في روشن إن كان للدار.

ولو كانت الوصية بوصف كقوله: جراب هروى، أو سلة زعفران كانا جميعا له، فان قال: ما في الجوالق، لم تكن الجوالق له^(٣) وقال القاضي: ان أوصى له بسلة زعفران كانت السلة بما فيها له، قال: وان أوصى له بضبعة لها شرب، كانت الضبعة وشربها له، وكذلك ما جرى هذا الجرى^(٤).

واعلم أن الفاظ الروايات خالية من ذكر الجراب.

قال طاب ثراه: ولا يجوز اخراج الولد من الارث ولو أوصى الاب، وفيه رواية مطرحة.

أقول: لا يجوز اخراج الولد من الارث، لانه ثبت شرعا، فلا يملك الانسان ازالته

(١) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ٢١ قال: اذا وصى الانسان لانسان بصندوق مقفل إلى قوله: وكذلك إن وصى له بجراب مشدود، ووعاء مختوم.

(٢) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٢ قال: اذا وصى لغيره بصندوق مقفل أو جراب مشدود، أو كيس مختوم الخ.

(٣) و(٤) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ٢٥ قال: وقال ابن الجنيد: واذا أوصى رجل بشئ يشمل اسمه على اعيان الخ، وقال في س ٢٨ وقال ابن البراج: إلى أن قال: فان أوصى له بسلة زعفران كانت السلة بما فيها له الخ.

وتغيره، وبه قال الشيخ في النهاية^(١) وهو المشهور بين علمائنا، والرواية المشار إليها هي ما رواه الصدوق في كتابه عن وصي علي بن السري، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن علي بن السري توفي وأوصى إلي، فقال: رحمته الله، قلت: وإن ابنه جعفرًا وقع على أم ولد له، فأمرني أن أخرج من الميراث، فقال لي: أخرج من الميراث، فان كان صادقًا فيصيبه خبل^(٢) قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي السري وهذا وصي أبي فمره فليدفع إلي ميراثي من أبي فقال لي ما تقول؟ فقلت: نعم، هذا جعفر بن علي السري وأنا وصي علي بن السري، قال: فادفع إليه ماله، فقلت له: أريد أن أكلمك، قال: فاذن، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي، فقلت له، هذا وقع على أم ولد لابيه، فأمرني أبوه وأوصى إلي أن أخرج من الميراث، ولا أورثه شيئًا، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته، وسألته، فأمرني أن أخرج من الميراث ولا أورثه شيئًا، وقال: الله قسمًا، إن أبا الحسن أمرك، فقلت: نعم، فاستحلفني ثلاثًا، ثم قال: أنفذ مأمرك، فالقول قوله، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك، قال أبو محمد الحسن بن علي الوشا رايته بعد ذلك^(٣) قال الصدوق عقيب إيراد هذه الرواية: من أوصى باخراج ابنه من الميراث ولم يكن احدث هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ الوصية في ذلك^(٤) وهذا يدل على انه لو فعل ذلك انفذت وصيته لانه ذكر في كتابه: أن ما ذكره فيه

(١) النهاية: باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح، ص ٦١١ س ٤ قال: وإذا أوصى الموصي باخراج بعض الورثة من الميراث لم يلتفت إلى وصيته الخ.

(٢) الخبال الفساد، ويكون في الافعال والابدان والعقول، وخبله واختبله اذا فسد عقله او عضوه (مجمع البحرين لغة خبل).

(٣) و(٤) الفقيه: ج ٤، (١١٢) باب اخراج الرجل ابنه من الميراث لانيانه ام ولد لابيه، ص ١٦٢ الحديث ١ ولاحظ ذيله وما قاله الصدوق رحمته الله.

[الطرف الثالث) في أحكام الوصية، وفيه مسائل: الأولى: اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها، عمل بالاخيرة، ولو لم يضادها عمل بالجميع، فإن قصر الثلث بدأ بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث.

الثانية: تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين، وبشهادة أربع نساء، وبشهادة الواحدة في الربع، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد، أما الولاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين].

يفتي به^(١) فيكون الحكم عنده ساريا في هذه الصورة، مقيدا بهذا الحديث.

وأما الشيخ في الاستبصار فقال: هذا الحكم مقصور على هذه الوصية، لا يتعدى إلى غيرها^(٢).

تذنيب

وهل يلغو هذا اللفظ، ويكون وجوده كعدمه، أو يجري مجرى من أوصى بمجموع تركته للوارث الآخر فيكون له الثلث ويحاصص المخرج من الباقي؟ اختار المصنف الاول^(٣) لانه لفظ لم يعتبره الشارع، فلا يكون له أثر.

واختار العلامة في المختلف الثاني^(٤) لان اخراجه من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فيمضى من الثلث قال طاب ثراه: تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين، وشهادة أربع نساء، وبشهادة الواحدة في الربع، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد، أما الولاية فلا يثبت إلا بشهادة رجلين.

(١) الفقيه: ج ١ ص ٣ س ١١ قال: ولم اقصد فيه قصد المصنفين في ايراد جميع مارووه، بل قصدت إلى ايراد ما افتي به واحكم بصحته.

(٢) الاستبصار: ج ٤ ص ١٤٠ قال بعدنقل الخبر: ان هذا الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدى بها إلى غيرها الخ.

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٤) المختلف: في الوصايا ص ٥٩ س ١٤ قال: والمعتمد ماذهب اليه المشهور من علمائنا في ثلثي التركة، ويكون الثلث لغيره من الورثة الخ.

[الثالثة: لو أشهد عبيدين له على أن حمل المملوكة منه، ثم ورثهما غير الحمل، فاعتقا، فشهد للحمل بالبنوة صح، وحكم له، ويكره له تملكهما.

الرابعة: لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه، وتقبل للموصى في غير ذلك.

الخامسة: اذا أوصى بعق عبده، أو اعتقه عند الوفاة وليس له سواه، انعتق ثلثه، ولو اعتق ثلثه عند الوفاة وله مال، اعتق الباقي من ثلثه، ولو اعتق ممالكه عند الوفاة، أو أوصى بعقهم ولا مال سواهم اعتق ثلثهم بالقرعة، ولو رتبهم اعتق الاول فالاول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد السادسة: اذا أوصى بعق رقبة أجزأ الذكر والانثى، الصغير والكبير، ولو قال: مؤمنة لزم فان لم يجد: اعتق من لا يعرف بنصب. ولو ظنها مؤمنة فاعتقها، ثم بانته بخلافه أجزأت.

السابعة: اذا أوصى بعق رقبة بثمن معين فان لم يجد توقع، وان وجد بأقل اعتقها ودفع اليها الفاضل].

أقول: جزم المصنف هنا بالمنع من قبول الشاهد واليمين في الوصية بالولاية، وجعل محل الخلاف وموضوعه الوصية بالمال^(١) وعكس في الشرائع فجزم بقبول الشاهد واليمين في الوصية بالمال، وتردد في الوصية بالولاية، هل يثبت بالشاهد واليمين^(٢) والمشهور بين الفقهاء هو ما تضمنه الشرائع، لان الوصية بالمال لا شك في

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) الشرائع: الطرف الثالث في احكام الوصية، قال: ويقبل في الوصية بالمال شهادة واحد مع اليمين إلى ان قال: ولا يثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين، وهل يقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد أظهره المنع.

[الثامنة: تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من] ثبوتها بالشهاد واليمين، بل المرأة وحدها كافية في ثبوت ربع الوصية، فكيف لا يقبل الشاهد واليمين، والشاهد والمرأتان.

وأما الوصية بالولاية فقوى الشيخ في المبسوط قبول المرأتين مع الشاهد^(١) وهو مذهب أبي علي^(٢) ويلزمه قبول الشاهد واليمين، لأن كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين، لكن هل يقبل اليمين مع المرأتين، كما يقبل مع الرجل في كل موضع قبلنا فيه الشاهد واليمين، أم لا؟ ابن ادريس على الثاني^(٣) والعلامة على الاول^(٤).

وما ذكره المصنف من التردد في ثبوت الوصية له بشاهد ويمين، تردد غريب لم اظفر له بموافق من الاصحاب، بل الاصحاب مطبقون على قبول الشاهد واليمين في المال، وما كان المقصود منه المال، ولعل التردد منه عنه وجهه: ان قبول الشاهد واليمين حكم شرعي، فيقف على النص الشرعي، وليس على صورة النزاع نص بعينه، وثبوت ذلك بالنساء حتى بالواحدة لورود النص بذلك، والتعدي قياس، وهو مردود عندنا.

(١) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات، ص ١٧٢ س ٥ قال ماملخصه: ان حق الآدمي ثلاثة اقسام، أحدها لا يثبت الا بشاهدين ذكرين كالنكاح والوصية اليه إلى أن قال: وقال بعضهم: يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين وهو الاقوى.

(٢) المختلف: في الشهادات، ص ١٦٠ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد: وشهادة النساء في الدين جائزة بالنص والمرأتان مقام رجل.

(٣) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٥ قال: والذي يقتضيه الاذلة انه لا يقبل شهادة امرأتين مع يمين المدعي الخ.

(٤) المختلف: في الشهادات ص ١٦٤ س ٢٥ قال: وهل يثبت بشهادة امرأتين ويمين المدعي نص في النهاية والخلاف والمبسوط على قبوله إلى أن قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

[الثلث، وإن كانت منجرة وكان فيها محاباة أو عطية محضة فقولان: أشبههما انهما من الثلث].
قال طاب ثراه: وإن كانت منجرة وكان فيها محاباة أو عطية محضة، فقولان: أشبههما انهما من
الثلث.

أقول: قد مر أن منجزات المريض ماضية من الاصل عند الشيخين في النهاية^(١) والمقنعة^(٢)
والقاضي^(٣) وابن ادريس^(٤) ومن الثلث عند الصدوق^(٥) وأبي علي^(٦) والشيخ في المبسوط^(٧) وهو
ظاهر الخلاف^(٨) واختاره المصنف^(٩) والعلامة^(١٠).

(١) النهاية باب الاقرار في المرض والهبة فيه ص ٦١٧ س ٢٠ قال: اقرار المريض جائز على نفسه للاجنبي إلى أن قال:
ويكون ما اقره من اصل المال، وقال في ص ٦٢٠ والهبة في حال المرض صحيحة، والبيع في حال المرض صحيح
كصحته في حال الصحة.

(٢) المقنعة: باب الوصية والهبة ص ١٠١ س ٣٣ قال: وإذا وهب في مرضه أو تصدق جاز له ذلك في جميع ماله ولم
يكن لاحد معارضته في ذلك، والبيع في المرض صحيح كالهبة والصدقة.

(٣) المختلف: في الوصايا، ص ٦٦ س ٢٠ قال: احدها انه يصح من الاصل، اختاره الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة
وابن البراج.

(٤) السرائر: باب الوصية، ص ٣٨٦ س ٣١ قال: وعطايا المنجرة صحيحة على الصحيح من المذهب لا تحسب من
الثلث بل من أصل المال.

(٥) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٥ س ١١ قال: وسئل الصادق عليه السلام إلى ان قال: جاز ما وهبت له من ثلثها الخ.

(٦) و(٧) المختلف: في الوصايا، ص ٦٦ س ٢١ قال: وللشيخ قول آخر في المبسوط انهما من الثلث، وهو قول ابن
الجنيد إلى أن قال: وهو المعتمد.

(٨) المبسوط: كتاب الوصايا، ج ٤ ص ٤٤ س ٢٢ قال: والامراض على ثلاثة أضرب إلى أن قال: فعطاياه تكون من
الثلث.

(٩) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ١٢ قال: وإن كان منجزا مثل العتاق والهبة والمحاباة فلاصحابنا فيه روايتان الخ.

(١٠) لاحظ عبارة المختصر النافع.

[أما لإقرار للاجنبي، فإن كان متهما على الورثة فهو من الثلث، والا فهو من الاصل. وللوارث من الثلث على التقديرين ومنهم من سوى بين القسمين].

قال طاب ثراه: وأما الإقرار للاجنبي، فإن كان متهما على الورثة فهو من الثلث، والا فهو من الاصل، وللوارث من الثلث على التقديرين، ومنهم من سوى بين القسمين.

أقول: إقرار المريض هل يمضى من الاصل أو ينفذ من الثلث كالوصية؟ ابن ادريس على الاول^(١)، وهو لازم لكل من جعل المنجزات من الاصل، ومن قال: انها من الثلث، منهم من قال: ان الإقرار من الاصل لعموم قول: اقرار العاقل^(٢) كاطلاق المقنع^(٣) وسالار^(٤)، ومنهم من فصل.

والتفصيل في موضعين: الاول: في الفرق بين العين والدين، فالمفيد أمضى الإقرار الإقرار من الاصل في الدين ولم يعتبر التهمة، واعتبرها في العين، فأمضاها مع عدم التهمة من الاصل ومعها من الثلث^(٥) ولم يفرق الشيخ^(٦) وتلميذه^(٧) والصدوق في كتابه بينهما^(٨)،

-
- (١) السرائر: باب الإقرار في المرض، ص ٣٩١ س ٨ قال: اقرار المريض على نفسه جائز وللأجنبي وللوارث إلى أن قال: ويكون ما اقر به من أصل المال.
- (٢) إشارة إلى قوله ﷺ اقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لاحظ عوالى اللثالى: ج ١ ص ٢٢٣ الحديث ١٠٤ وج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٥ وج ٣ ص ٤٤٢ حديث ٥.
- (٣) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٧ س ٧ قال: فإن قال رجل عند موته لفلان أو لفلان لاحدهما عندي ألف درهم الخ.
- (٤) المراسم: ذكر الإقرار ص ٢٠١ س ١٦ قال: فإقراره في مرضه كإقراره في صحته.
- (٥) المقنعة: باب الإقرار في المرض، ص ١٠٠ س ٣٣ قال: وإذا كان على الرجل دين معروف بشهادة قائمة إلى أن قال: كان إقراره ماضيا الخ.
- (٦) النهاية: باب الإقرار في المرض ص ٦١٧ س ٢٠ قال: اقرار المريض جائز على نفسه للاجنبي وللوارث الخ.
- (٧) و(٨) تقدم آنفا نقل عبارتيهما.

[التاسعة: أرش الجراح ودية النفس يتعلق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت].
بل اعتبروا التهمة فقيده بالثلث معها، ومن الاصل مع عدمها، واختاره المصنف^(١) والعلامة^(٢).
الثاني: في الفرق بين الوارث والاجنبي: فابن حمزة اعتبر التهمة وعدمها في حق الوارث، وأطلق
القول باللزوم في حق الاجنبي^(٣) والشيخ ومن تابعه ممن ذكرنا لم يعتبروا الا التهمة وعدمها^(٤).

كتاب النكاح .. القسم الاول في الدائم .. الفصل الاول: في صيغة العقد وأحكامه وآدابه

أما الصيغة: فالايجاب والقبول.
ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة: زوجتك، وأنكحتك، ومتعتك، والقبول هو الرضا بالايجاب.

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف: في الوصايا ص ٦٧ س ٦ قال: والمعتد الاول.

أي قول الشيخ في النهاية.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الاقرار ص ٢٨٤ س ١ قال: واقرار المريض اذا كان صحيح العقل مثل اقرار الصحيح، الا
في حل بعض الورثة لشيء اذا كان متهما الخ.

(٤) النهاية: باب الاقرار في المرض ص ٦١٨ س ٢ قال: فان كان غير موثوق به وكان متهما، طوبى المقر له بالبينه
الخ.

مقدمات .. المقدمة الاولى، في تعريفه

وهو في اللغة الوطاء^(١).

(١) قال الازهرى: أصل النكاح في كلام العرب الوطاء، وقيل للزوج نكاح، لانه سبب للوطاء المباح، الجوهري: النكاح الوطاء، وقد يكون العقد (لسان العرب: ج ٢ ص ٦٢٦).

وفي الشريعة: عقد لفظي مملك للوطء إبتداء، فخرج عقد المعاوضات وشراء الاماء، فإنه يملك الوطء تبعا لملك الرقبة، لا ابتداء ولهذا جاز للمحرم، وهو حقيقة شرعية في العقد قال تعالى: (ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) الآية^(١) ومجاز شرعي في الوطء.

قيل: لم يرد في الكتاب العزيز لفظ النكاح بمعنى الوطء الا في قوله (حتى تنكح زوجا غيره)^{(٢)(٣)} لكن بشرط العقد الشرعي ايضا ولا يكفي مطلق الوطء إجماعا. وبعض الناس قال: إنه حقيقة في الوطء، قال صاحب الصحاح: النكاح الوطء وقد يقال: العقد^(٤)، وإذا كان حقيقة لغة كان حقيقة شرعا، لاصالة عدم النقل، وقيل: بالاشتراك لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم)^(٥) وهو شامل لكل من العقد والوطء على أظهر القولين.

المقدمة الثانية، في بدء النكاح وأصله

روى الصدوق، باسناده إلى زرارة بن اعين انه سئل أبوعبدالله عليه السلام عن خلق حواء إلى أن قال: إن الله تبارك وتعالى لما خلق آدم عليه السلام من طين وأمر الملائكة فسجدوا له، ألقى عليه السبات^(٦) ثم ابتدع له حواء فجعلها في موضع

(١) الاحزاب: ٤٩.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) وقيل: بل كلاهما (اي العقد والوطء) علم بالكتاب، لان لفظ النكاح يطلق عليها فكانه قيل: حتى يتزوج ويجمعها الزوج، ولان العقد مستفاد بقوله: (زوجا غيره) (مجمع البيان سورة البقرة ص ٣٣٠).

(٤) النكاح: الوطء، وقد يكون العقد (الصحاح: ج ١ ص ٤١٣).

(٥) النساء: ٢٢.

(٦) السبات كغراب النوم (مجمع البحرين لغة سبت).

النقرة التي بين وركيه^(١)، وذلك لكي تكون المرأة تبعا للرجل، فأقبلت تتحرك فانتبه لمتحركها، فلما انتبه نوديت أن تنحى عنه، فلما نظر إليها، نظر إلى خلق حسن شبه صورته غير أنها انثى، فكلّمها فكلّمته بلغته، فقال لها: من أنت؟ قالت: خلق خلقي الله كما ترى، فقال آدم ﷺ عند ذلك: يارب ما هذا الخلق الحسن الذي قد آنسى قربه والنظر اليه؟ فقال الله تبارك وتعالى: يا آدم هذه أمتي حواء، أفتحب أن تكون معك تؤنسك وتحدثك وتكون تبعا لامرك؟ فقال: نعم يارب ولك علي بذلك الحمد والشكر مابقيت، فقال له عزوجل: فاخطبها إلى فإنها أمتي، وقد تصلح لك أيضا زوجة، وألقى الله عزوجل عليه الشهوة، وقد علمه قبل ذلك المعرفة بكل شيء، فقال: يارب فإنني أخطبها إليك فما رضاك لذلك؟ فقال عزوجل: رضي أن تعلمها معالم ديني، فقال: ذلك لك علي يارب إن شئت ذلك لي، فقال عزوجل، وقد شئت ذلك، وقد زوجتكها فضمها إليك، فقال لها آدم ﷺ: إلى فأقبلي، فقالت له: بل أنت فأقبل إلى، فأمر الله عزو جل آدم أن يقوم إليها، ولولا ذلك لكان النساء هن يذهبن إلى الرجال حتى يخطبن على أنفسهن، فهذه قصة حواء صلوات الله عليها^(٢) ^(٣).

المقدمة الثالثة: في الترغيب في النكاح والحث عليه

قال الله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء)^(٤) وقال تعالى: (وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من

(١) النقرة بالضم حفرة صغيرة في الارض، والورك بالفتح والكسر، وككتف فوق الفخذ (مجمع البحرين لغة (نقرة) و (ورك)).

(٢) لما كان بين النسخة المعتمدة وبين من لا يحضره الفقيه اختلاف في بعض الكلمات، جعلت الاصل هو الفقيه.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٩) باب بدء النكاح واصله ص ٢٣٩ الحديث ١.

(٤) النساء: ٣.

فضله والله واسع عليهم^(١) وعدهم سبحانه وتعالى مع أمره بما هو محبوب عندهم من الغناء والسعة، ترغيباً في الاقدام على النكاح، ودفعاً لعذر من تعلل بالفقر وخوف الضيق، قال الصادق: عن أبيه عن آبائه عليهم السلام يرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: من ترك التزويج مخافة العيلة فقد أساء الظن بالله، إن الله تعالى قال: (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله)^(٢).

وعن هشام بن سالم عن أبي عبد الله قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله، فشكا إليه الحاجة، فقال له: تزوج، فتزوج فوسع عليه^(٣).

وعن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الحديث الذي يرويه الناس حق إن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فشكا إليه الحاجة، فأمره بالتزويج، ففعل، ثم أتاه فشكى إليه الحاجة، فأمره بالتزويج، حتى أمره ثلاث مرات؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: نعم هو حق، ثم قال: ألرزق مع النساء والعيال^(٤).

وعن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنهم الله من فضله)^(٥) قال: يتزوجون حتى يغنيهم الله من فضله^{(٦) (٧)}.

(١) النور: ٣٢.

(٢) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٥.

(٣) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٤.

(٥) النور: ٣٣.

(٦) بيان: هذا التفسير لا يلائم عدم الوجدان الا بتكلف، ويحتمل سقوط لفظة (لا) من اول الحديث، أو نقول: المراد بالتزويج التمتع كما يأتي في باب كراهية المتعة مع الاستغناء (الوافي: ج ٣، ابواب النكاح والحث عليه، ص ١٢).

(٧) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب في ان التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣١ الحديث ٧.

وروى ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل إلي أبي عليه السلام فقال له: هل لك من زوجة؟ فقال: لا، فقال: إني مأحب أن الدنيا وما فيها لي وإني أبيت ليلة ليست لي زوجة، ثم قال: الركعتان يصليهما رجل متزوج أفضل من رجل أعزب يقوم ليله ويصوم نهاره، ثم أعطاه أبي سبعة دنانير، وقال: تزوج بها، ثم قال أبي: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إتحذوا الأهل فإنه أرزق لكم^(١).

تنبيه: الناس على ثلاثة أقسام

واذ قد عرفت فضله في الجملة، فاعلم أن الناس فيه على ثلاثة أقسام:

(أ) فمنهم من يتق نفسه إليه ويخاف إن تركه الوقوع في الزنا، فهذا يجب عليه التزويج بلا خلاف بين الأمة، وإذا فعله كان مؤدبا فرضا، وإذا تركه كان عاصيا في كل آن من آفات الترك.

(ب) من يتق نفسه إليه ولا يخاف الوقوع في الزنا، فهذا يستحب له بإجماع الأمة.

(ج) من لا تتق نفسه إليه، وهو قسمان.

من لا يمكن حصوله منه كالحصى والعنيز الذي لا يرجو زواله، فالأفضل لهذا تركه، لعدم حصول الفائدة منه، وتعطيل المرأة عن الاحصان.

ومن يمكن وقوعه منه، وهذا أيضا يستحب له على الجملة.

لكن حصل الخلاف بين الأمة في مقام، وهو أن التخلي للعبادة لهذا أفضل، أم التزويج؟

(١) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح، باب كراهة العزبة ص ٣٢٩ الحديث ٦.

قال الشيخ في المبسوط: الافضل التخلي للعبادة، لان الله تعالى وصف يحيى عليه السلام في معرض مدحه، بكونه حصورا^(١) والحصور هو الذي لا يشتهي النساء^(٢).
وقد ورد في شرعنا استحبابه، فيحمل على ما إذا لم تتق النفس.
وأجاب المصنف عنه: بان مدح يحيى بذلك في شرعه لا يلزمه منه وجوده في شرعنا لاختلاف الشرعين في الاحكام^(٣).
والاكثر من أصحابنا على أنه أفضل من التخلي للعبادة، وهو اختيار المصنف^(٤) والعلامة في كتبه^(٥).

وهو الحق لوجوه:

(أ) دعاء النبي صلى الله عليه وآله فعلا وقولا.

أما الاولى فظاهر من حاله عليه السلام، ولقد مات عليه السلام عن تسع نساء^(٦).

(١) اشارة إلى قوله تعالى (وسيدا وحصورا) سورة آل عمران / ٣٩.

(٢) المبسوط: ج ٤، كتاب النكاح ص ١٦٠ س ١٠ قال: والذي لا يشتهي المستحب أن لا يتزوج الخ.

(٣) شرائع الاسلام: كتاب النكاح، في آداب العقد، قال: ويمكن الجواب بان المدح بذلك في شرع غيرنا الخ.

(٤) شرائع الاسلام: كتاب النكاح، في آداب العقد، قال: ومن لم تتق فيه خلاف، المشهور استحبابه الخ.

(٥) القواعد: كتاب النكاح ص ٢ س ٢ قال: والاقرب انه افضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه اليه (٦) عوالى

الثالث: ج ١ ص ١٧٥ الحديث ٢١٢ وقد تعرض له الفقهاء في كتبهم الاستدلالية عند عدم خصائص النبي صلى الله عليه وآله في

كتاب النكاح، وفي التذكرة: (ج ٢ كتاب النكاح ص ٥٦٧ س ٣٢) قال: فانه عليه السلام مات عن تسع الخ.

ولما بشر الله تعالى به عيسى عليه السلام قال له في وصفه: واستوص بصاحب الجمل الاحمر والوجه
 الاقمر، نكاح النساء^(١). ولا تذكر من الاوصاف في معرض التكرمة والتفضيل إلا أوصاف الكمال.
 وكذا كان شأن الانبياء عليهم السلام، حتى أن سليمان عليه السلام كان له ثلاثمائة زوجة وسبعمائة سرية^(٢).
 وقال الصادق عليه السلام: من أخلاق الانبياء حب النساء^(٣).
 وعن معمر بن خلاد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ثلاث من سنن المرسلين، ألعط،
 وإحفاء الشعر، وكثرة الطروقة^{(٤)(٥)}.
 وأما الثاني فكقوله عليه السلام: من أحب سنتي فإن من سنتي التزويج^(٦) وكقوله عليه السلام: من رغب عن
 سنتي فليس مني وإن من سنتي النكاح^(٧).
 (ب) اشتراك كل من التزويج والتخلي للعبادة، في كون كل منهما طاعة لله

-
- (١) عوالى اللغالى: ج ٣ ص ٢٨٢ الحديث ٧.
 (٢) دعائم الاسلام: ج ٢ ص ١٩٢ الحديث ٦٩٥.
 (٣) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب حب النساء، ص ٣٢٠ الحديث ١.
 (٤) بيان: احفاء الشعر بالمهملة، المبالغة في قصها وازالتها، والطروقة، الزوجة وكل امرأة طروقة زوجها، وكل ناقة طروقة
 فحلها، كذا في النهاية قال: هي فعوله بمعنى مفعوله (الوافي: كتاب النكاح ص ١٠).
 (٥) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب حب النساء، ص ٣٢٠ الحديث ٣ وفيه (واخذ الشعر) بدل (احفاء الشعر).
 (٦) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح، باب كراهة العرية ص ٣٢٩ الحديث ٥ وفيه (من أحب أن يتبع سنتي).
 (٧) المستدرک: ابواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ الحديث ١٥ ولفظ الحديث (من سنتي التزويج فمن رغب عن سنتي
 فليس مني) ورواه في عوالى اللغالى: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٢ كما في المتن.

سبحانه، وخلاص المزوج من خطر قوله عليه السلام : أرادل موتاكم العزاب^(١).

وقوله عليه السلام : شرار موتاكم العزاب^(٢).

وفي حديث آخر عنه عليه السلام : لو رجع العزاب من أمواتكم إلى الدنيا لتزوجوا^(٣) ووقع المتعبد في هذا الخطر.

(ج) فوز المتزوج بمضاعفة الركعة بسبعين من صلاة الاعزب^(٤).

(د) فوز المتزوج بفضيلة القيام على العيال، فعنه عليه السلام : من عال بيتا من المسلمين فله الجنة^(٥).

(هـ) فوزه بالذرية التي يبقى ذكره ويحيى أمره، قال النبي صلى الله عليه وآله : (إذا مات المسلم إنقطع عمله إلا من ثلاث، علم ينتفع به بعده، أو صدقة جارية أو ولد صالح يدعو له)^(٦).

(١) الكافي ج ٥ كتاب النكاح: باب كراهة العرية ص ٣٢٩ الحديث ٣ وفيه (رذل موتاكم) وفي المستدرک: ابواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ نقلا عن أبي الفتوح الرازي في تفسيره (أرادل موتاكم عزابكم) وفيه عن درر اللؤلؤ (أرادل موتاكم العزاب) وفي عوالي اللؤلؤ كما في المتن.

(٢) المستدرک: ابواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ الحديث ١ وفيه نقلا عن البحار (شرار امتي عزابها).

وفي عوالي اللؤلؤ: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٤ كما في المتن.

(٣) المستدرک: ابواب مقدمات النكاح، ص ٥٣١ الحديث ١٠ نقلا عن عوالي اللؤلؤ، وفيه (لو خرج العزاب من موتاكم إلى الدنيا).

(٤) إشارة إلى الحديث (ركعتان يصليهما المتزوج أفضل من سبعين ركعة يصليهما أعزب) الكافي: ج ٥ ص ٣٢٨ باب كراهة العزبة الحديث ١.

(٥) الجامع الصغير للسيوطي: ج ٢ حرف العين المهملة، ولفظ الحديث (من عال أهل بيت من المسلمين يومهم وليلتهم غفر الله له ذنوبه) وفي عوالي اللؤلؤ: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٦ كما في المتن.

(٦) سند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٣٧٢ وفيه (إذا مات الإنسان) وفي عوالي اللؤلؤ ج ٣ ص ٢٨٣ (إذا مات ابن آدم).

(و) فوزه بذخيرة الولد الصغير إذا مات، فيكون شفيعا له يوم القيامة^(١).

(ز) فوزه بثواب تفريح الاطفال وسرور العيال، قال النبي ﷺ: من قبل ولده كتب الله له حسنة، ومن فرحه فرحه الله يوم القيامة^(٢).

وقال ﷺ: من عال ثلاث بنات، أو ثلاث أخوات كنت أنا وهو في الجنة كهاتين، وشبك بين أصابعه السبابة والوسطى، فقيل: يارسول الله وإنتين؟ قال: وإنتين، قيل: وواحدة؟ قال: وواحدة^(٣) والاعرب على الخيبة من ذلك.

(ح) كونه يسعى في وصل سبب إتصل إليه ممن قبله، والاعرب يسعى في قطع ذلك السبب، وكيف يحسن بالعاقل.

أو تسمح نفسه بقطع سلسلة إتصلت إليه من آدم ﷺ، ألا ترى: أن المرابط يحرص على بلوغ ولد يقوم مقامه بعده في الرباط، وكذلك المرأ المؤمن ينبغي أن يشتد حرصه وتأسفه على ولده يكون بعده يقوم بأوامر الله سبحانه، قال الصادق ﷺ: ميراث الله من عبده المؤمن إذا مات، ولد يعبد، ثم تلا آية زكريا (فهب لي من لدنك وليا يرثني)^{(٤)(٥)}.

(ط) فوزه بالولد، فهو إن مات قبله كان ذخيرة في الآخرة.

قال رسول الله ﷺ: ثواب المؤمن من ولده إذا مات الجنة، صبر

-
- (١) اشارة إلى ما في موت الولد، لاحظ الوسائل: ج ١٥ ص ٩٦ الحديث ١٣ و ١٤).
- (٢) الكافي: ج ٦ باب بر الاولاد، ص ٤٩ الحديث ١ وتام الحديث (ومن علمه القرآن دعى بالابوين فيكسيان حلتين يضى من نورهما وجوه اهل الجنة).
- (٣) مسند أحمد بن حنبل: ج ٣ ص ١٤٨ بتفاوت يسير في بعض الكلمات، وفي الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد ص ٣١١ الحديث ١٢ مثله.
- (٤) مريم: ٥ و ٦.
- (٥) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد ص ٣٠٩ الحديث ٢ ولفظه (ميراث الله من عبده المؤمن الولد الصالح يستغفر له) وفي الكافي: ج ٦ باب فضل الولد ص ٤ قطعة من حديث ١٢ كما في المتن.

أو لم يصبر^{(١)(٢)}. وإن عاش كان سببا في وصول الرحمة إليه، والتخفيف عنه.

روي أن عيسى عليه السلام مر بقبر وهو يعذب، ثم مر به في عام فوجده لا يعذب، فقال الحواريون: ياروح الله مررنا بهذا القبر عام أول وهو يعذب، ومررنا به الآن وهو لا يعذب؟ ! فقال عليه السلام: إنه كان له ولد صغير فبلغ العام فأصلح طريقا، وآوى يتيما فغفر الله لآبيه بما كان منه^(٣).

(ي) فوزه بموافقة محبة الله تعالى وإرادته، وتعلق عنايته ببقاء نوع الانسان، وأن لا يخلو العالم من جنس الانس، ولذا حرم قتل النفوس، وحرم اللواط الذي هو سبب ضياع النطف، وتوعد عليهما بالقصاص والحد خزيا في الدنيا والنار في الآخرة، وأمر بإطعام الجائعين، وجعل ذلك كفارة لذنوب الخاطئين.

(با) كون الولد عملا برأسه.

روى ابن أبي عمير، عن محمد بن مسلم قال: كنت جالسا عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل يونس بن يعقوب فرأيت يان، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: مالى أراك تان؟ ! فقال: طفل لى ناديت به الليل أجمع، فقال أبو عبد الله عليه السلام: حدثني أبي محمد بن علي، عن آباءه عن جدى رسول الله صلى الله عليه وآله، ان جبرئيل نزل عليه ورسول الله وعلي عليه السلام يانان، فقال جبرئيل:

(١) يدل على ان الجزع لا يحبط أجر المصيبة، ويمكن حمله على ما اذا لم يقل ولم يفعل ما يسخط الرب، أو على عدم الاختيار (مرآة العقول: ج ١٤ ص ١٧٣).

(٢) الكافي: ج ٣، كتاب الجنائز، باب المصيبة بالولد، ص ٢١٩ الحديث ٨ والحديث مروي عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٣) الكافي: ج ٦، باب فضل الولد ص ٣ الحديث ١٢، وفيه (إن عيسى عليه السلام قال: يارب مررت الخ).

يا حبيب الله مالى أراك تان؟ ! فقال رسول الله ﷺ : طفلان لنا تأذينا بكائهما، فقال جبرئيل: مه يا محمد، فإنه سيبعث لهؤلاء القوم شيعة إذا بكى أحدهم، فبكاءه لا اله الا الله إلى أن يأتي عليه سبع سنين، فإذا جاز السبع فبكاءه إستغفار لوالديه، إلى أن يأتي على الحد، فإذا جاز الحد فما أتى من حسنة فلولاديه، وما أتى من سيئة فلا عليهما^{(١)(٢)}.

وعن حمدان بن عمار قال: كان لى ابن وكان تصيبه الحصة، فقيل لى: ليس له علاج إلا أن تبطه، فبططته فمات، فقالت الشيعة: شركت في دم ابنك، فكتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام، فوقع صلوات الله عليه (يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شئ، إنما التمسست الدواء، وكان أجله فيما فعلت)^{(٣)(٤)}.

وعن امير المؤمنين عليه السلام في المرض يصيب الصبي، فقال: كفارة لوالديه^{(٥)(٦)}.
(يب) كون مباشرة أهله عبادة وصدقة.

روى عبدالله بن القдах عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ

(١) قوله (فبكاءه) أي يعطى والده ثواب من قال: لا اله الا الله (مرآة العقول: ج ٢١ ص ٩١).
وقوله: (على الحد) أي حد البلوغ والتكليف (فلوالديه) أي من غير أن ينقص من أجره من تلك الحسنه شئ (الوافي باب ٢٠٦ فضل الولد ص ١٩٦).

(٢) الكافي: ج ٦، كتاب العقيقة، باب النوادر، ص ٥٢ الحديث ٥.
(٣) قال الفيروز ابادي: الحصة: اشتداد البول في المثانة حتي يصير كالحصاة، وقال الجزري: البط شق الدم والجراح ونحوهما (مرآة العقول ج ٢١ ص ٩١).

(٤) الكافي: ج ٦ كتاب العقيقة، باب النوادر ص ٥٣ الحديث ٦.
(٥) قوله عليه السلام (كفارة لوالديه) أقول: هذا لا ينافي العوض الذي قال به المتكلمون للطفل، فان المقصود الاصلي كونه كفارة لهما، والعوض تابع لذلك (مرآة العقول: ج ٢١ ص ٩٠).

(٦) الكافي: ج ٦ كتاب العقيقة، باب النوادر: ص ٥٢ الحديث ١.

لرجل: أصبحت صائما؟ قال: لا، قال: فأطعمت مسكينا؟ قال: لا، قال فارجع إلى أهلِكَ فإنه منك عليهم صدقة^(١).

المقدمة الرابعة، في فوائد النكاح

وهي ست : الولد، وكسر الشهوة، وتدير المنزل، وكثرة العشيرة، ومجاهدة النفس في القيام بهم، وترويح النفس.

(الفائدة الاولى) .. الولد

وهو الاصل، وله وضع النكاح، إذ المقصود بقاء النسل وأن لا يخلو العالم عن جنس الانس، كيف لا، وهم أشرف المخلوقات.

يدلك على ذلك، مباهاة تعالى بهم الملائكة لما قالوا: (ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون)^(٢) ثم أسجد الملائكة لآدم عليه السلام إعظاما له، وإظهارا لكرامته، ثم قال: (أنبئني بأسماء هؤلاء قالوا لا علم لنا)^(٣).

فنطق عليه السلام بما علمه ربه مفصلا لتلك الاشياء، ومبين ما خلقت له، وشارحا لحوالها، ثم جعل من الملائكة حفظة لهم من الشياطين، وخدمة ينزل بأرزاقهم، وتصلح أقواتهم، وكل ذلك يدل على فضل هذا المخلوق الشريف، وعناية خالقه به، قال تعالى (ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا)^(٤) وقال تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما)^(٥).

ولما اقتضت حكمة البارئ ﷻ ترتيب المسببات على الاسباب، مع الاستغناء عنها، إذ القدرة الازلية غير قاصرة عن إختراع الاشياء ابتداء من غير توسط حراثة وإزدواج كما خلق عيسى من غير أب، واخترع آدم من تراب،

(١) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح، باب كراهية الرهبانية وترك الباه ص ٤٩٥ الحديث ٢.

(٢) سورة البقرة / ٣٠.

(٣) سورة البقرة / ٣١ ٣٢.

(٤) سورة الاسراء / ٧٠.

(٥) سورة النساء / ٢٩.

والتراب من لا شيء، فقال: (كن) فكان، كما شاء، وأراد بشرا سويا.

ولكن من بديع قدرته وعجائب صنعته، وسعة إحاطته، ولطيف خبره، رتب المسببات على الاسباب، تنبيهها للالباب، وكشفا للحجاب عن طريق الرشد والصواب، ودليلا على تفرد بالاستغناء الحقيقي والوجود الازلي قال الصادق عليه السلام: (ألى الله أن يجري الاشياء إلا على الاسباب)^(١) (٢).

قال بعض العلماء: هذا واجب في الحكمة الالهية، ليعرف بذلك أنه لا سبب له، فيكون ذلك لطفا في معرفته تعالى.

ألا ترى إلى قول أمير المؤمنين عليه السلام: (وبعضادته بين الاشياء عرف أن لا ضد له)^(٣) ومثله ماروى عن الصادق عليه السلام: (لو لم يكن الشاهد دليلا على الغائب لما كان للخلق طريق إلى اثباته تعالى)^(٤).

وكان في مشاهدة ذلك وما اشتملت عليه من التدبير، حيث خلق الشهوة باعثة، كالموكل بالفحل في إخراج البذر، وبالاتنى بالتمكن من الحرث، تلطفأ بهما في السياقة إلى إقتناص الولد بسبب الوقاع، كالمتلطف بالطير في بث الحب الذي يشتهي، ليساق إلى الشبكة، ثم ألقى في قلوبهما من الحنة عليه والرأفة به ما يريانه بها، إظهارا للقدرة واتماما لعجائب الصنعة، وتنبيها على لطيف الحكمة، وتوقيفا على

(١) أي جرت عادته سبحانه على وفق قانون الحكمة والمصلحة أن يوجد الاشياء بالاسباب، كإيجاد زيد من الآباء والمواد والعناصر، وإن كان قادرا على إيجاده من كتم العدم دفعة بدون الاسباب، وكذا علوم أكثر العباد ومعارفهم جعلها منوطة بشرائط وعلل واسباب، كالمعلم، والرسول، والملك، واللوحي، والقلم، وإن كان يمكنه إفاضتها بدونها، وكذا سائر الامور التي تجري في العالم، (مرآة العقول: ج ٢ ص ٣١٢).

(٢) الكافي: ج ١ باب معرفة الامام والرد اليه، ص ١٨٣ قطعة من حديث ٧.

(٣) نهج البلاغة: (صبحي الصالح) الخطبة ١٨٦ ص ٢٧٣ س ٢.

(٤) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٢٨٦ الحديث ٢٨.

دقائق المعرفة، وإيضاحا لسوايغ النعمة ماتوصل إلى التوحيد والمعرفة، ويزرع في القلوب من غزائر الايمان، ويؤنس الصدور من وحشة نزغات الشيطان، بحيث يصير معرفته لخلقه كالعيان، ويدعن لربوبيته الانس والجنان، قال عز من قائل: (ولئن سألتهم من خلق السماوات والارض ليقولن الله قل الحمد لله)^(١).

وفي الوصلة إلى الولد قرية من خمسة أوجه:

(أ) موافقة محبة الله لبقاء نوع الانسان.

(ب) تحصيل محبة رسول الله ﷺ في تكثير من به المباهات، حيث قال: تناكحوا تكثروا فيني أباهي بكم الامم يوم القيامة حتى بالسقط^(٢).

وقال عائشة: والمولود في أمتي أحب إلي مما طلعت عليه الشمس^(٣).

(ج) طلب التبرك بدعاء الولد، فان رسول الله ﷺ قال: إذا مات المؤمن إنقطع عمله إلا من ثلاث: ولد صالح يدعوه له^(٤) الحديث.

وبالجملة دعاء الولد لابويه مفيد براكان الولد أو فاجرا، فهو مثاب على دعواته وحسناته، لانه من كسبه، وغير مؤاخذ بسيئاته، فإنه لا تزر وازرة وزر اخرى.

(د) طلب الشفاعة بموت الولد الصغير اذا مات قبله.

روى سليم بن جعفر الجعفري عن أبي الحسن عائشة قال: قال: رسول الله ﷺ لرجل: تزوجها سوداء ولودا، ولا تزوجها حسناء جميلة عاقرا، فيني مباه بكم الامم يوم القيامة، أو ما علمت أن الولدان تحت العرش يستغفرون لأبائهم، يحضنهم إبراهيم عائشة وتريهم سارة في جبل فيه مسك وعنبر

(١) لقمان: ٢٥.

(٢) الجامع الصغير للسيوطي: ج ١ حرف التاء، الحديث ٣٣٦٦.

(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٢٨٦ الحديث ٣.

(٤) تقدم آنفا نقلا عن مسند احمد بن حنبل.

وزعفران^(١).

وعنه في حديث: أما علمتم أني أباهي بكم الامم يوم القيامة حتى بالسقط، بطل محبطينا^(٢)، (أي ممتلى غيضا وغضبا) على باب الجنة، فيقول الله عزوجل: ادخل الجنة، فيقول: لا أدخل حتى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة إيتني بأبويه، فيأمر بهما إلى الجنة، فيقول: هذا بفضل رحمتي لك^(٣).

وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله تبارك وتعالى كفّل إبراهيم وسارة أطفال المؤمنين يغذونهم بشجر في الجنة، لها أخلاف كأخلاف البقر في قصر من درة، فإذا كان يوم القيامة البسوا وطيبوا واهدوا إلى آبائهم، فهم ملوك في الجنة مع آبائهم وهو قول الله تعالى: (والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان الحقناهم ذريتهم)^{(٤) (٥) (٦)}.

وفي خبر آخر: أن الاطفال يجمعون في موقف القيامة عند عرض الخلايق

(١) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج العاقر ص ٣٣٤ الحديث ٤ وفيه (سليمان بن جعفر).

(٢) المحبطين بالحاء والطاء المهملتين وتقديم الباء الموحدة على النون، يهمز ولا يهمز، هو المتغضب الممتلى غيظا المستبطن للشئ، وقيل: هو الممتنع امتناع طلبه لا امتناع اباء (الواقي: باب ٣ كراهة العروبة والحض على النكاح) ص ١١.

(٣) الكافي: ج ٥ باب فضل الابكار، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ١.

(٤) سورة الطور / ٢١.

(٥) أي والحال انهم في دار الدنيا تابعون لآبائهم في الايمان، وعلى النسخة الاخرى والقراءة الاخرى، أي والحال أنا أتبعنا الاولاد بالاباء تفضلا مني عليهم، كذلك تفضلنا عليهم في الآخرة و (الحقنا بهم ذريتهم) لتكون معهم وتقر أعينهم بهم وان لم يكن للاولاد عمل يستحقون به الحقوق، ولكن كان بالتفضل، أو بسبب إيمان الآباء (روضة المتقين ج ٨ ص ٦٣٢).

(٦) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٠) باب حال من يموت من اطفال المؤمنين، ص ٣١٦ الحديث ٢.

للحساب، فيقال للملائكة: إذهبوا بهؤلاء إلى الجنة، فيقفون على باب الجنة، فيقال بهم: مرحبا بذراري المسلمين، أدخلوا لاحتساب عليكم، فيقولون: أين آباؤنا وأمهاتنا؟ فتقول الخزنة: إن آباءكم وأمهاتكم ليسوا مثلكم، إنهم كانت لهم ذنوب وسيئات، فهم يجلسون ويطالبون بها، قال: فتصايحون ويضجون على باب الجنة صيحة واحدة، فيقول الله سبحانه وتعالى: وهو أعلم، ما هذه الضجة؟ فيقولون أطفال المسلمين قالوا: لاندخل الجنة إلا مع الآباء، فيقول الله تعالى: تخللوا الجمع فخذوا بأيدي آبائهم فأدخلوهم الجنة^(١).

ومن جملة المعاني التي فسر بها قوله تعالى (فأتوا حرثكم أنى شئتم وقدموا لانفسكم)^(٢) تقديم الاطفال (هـ) كونه سببا لذكر الله.

قال رسول الله ﷺ: ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلا، لعل الله يرزقه نسمة يثقل الارض ؛ (لا اله إلا الله)^(٣).

وقال يوسف لاخته: كيف استطعت أن تتزوج النساء بعدي؟ ! فقال: إن أبي أمرني وقال: إن استطعت أن يكون لك ذرية تثقل الارض بالتسييح، فافعل^(٤).

أما الاول من الوجوه، وهو (موافقة محبة الله بالسعي في تحصيل الولد لبقاء نوع الانسان) فهو أدق الوجوه، وأبعدها عن أفهام العوام، وأقواها عند ذوى البصائر والافهام، وأرباب الفكر في عجائب صنعة العلام، لان الله سبحانه خلق الزوجين الذكر والانثى، وخلق النطفة، وهى لها في الانثيين عروقا ومجاري، وخلق الرحم

(١) المستدرك: (الطبعة الحديثة) ج ٢ باب استحباب احتساب موت الاولاد، ص ٣٨٩ الحديث ٩ نقلا عن البحار.

(٢) سورة البقره / ٢٢٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج ص ٢٤١ الحديث ١.

(٤) الكافي: ج ٥، باب كراهة الغربة، ص ٣٢٩ الحديث ٤.

قرارا ومستودعا للنطفة وسلط متقاضى الشهوة على كل من الذكر والانثى.

فهذه الافعال تشهد بلسان ذلق في الاعراب عن مراد خالقها وبانيها، وينادي أرباب الآليات بتعريف ماأعدت له، فالتارك للنكاح المتعلل بنوع ما، من الاعذار، داحض الحجة، محجوج القول، خاسر الصفقة، وإنما مثله في ذلك كالسيد إذا أسلم إلى عبده البذر وآلات الحرث، وهياً له ارضا للحرثة، وكان العبد قادرا على الحرثة، ووكل به من يتقاضاه، فانه إن ترك ما امر به، وتكاسل، وعطل آلة الحرث، وترك البذر ضائعا حتى فسد، ودفع الموكل عن نفسه بنوع من الحيلة، كان مستحقا للغضب والعقوبة من سيده.

هذا لو لم يصرح سبحانه وتعالى على لسان نبيه ﷺ بالمراد، حيث يقول: مامن شئ أحب إلى الله عزوجل من بيت يعمر في الاسلام بالنكاح، وما من شئ أبغض إلى الله عزوجل من بيت يخرب في الاسلام بالفرقة، يعني الطلاق^(١).

وقال عائشة: تناكحوا تناسلوا^(٢).

ولهذا قال ﷺ: تزوجوا سوداء ولودا، ولا تزوجها حسناء عاقرا^(٣).

وقال عائشة: حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة لاتلد^(٤).

(١) الكافي: ج ٥، باب في الحض على النكاح، ص ٣٢٨ قطعة من حديث ١.

(٢) المستدرک: ج ٢ كتاب النكاح ص ٣٥١ الحديث ١٧ نقلا عن عوالى اللئالى، وتماه (أباهي بكم الامم يوم القيامة).

(٣) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج العاقر، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ٤.

(٤) التذكرة: ج ٥ ص ٥٦٩ رواه في المقدمة السادسة من مقدمات النكاح نقلا عن رسول الله ﷺ ورواه في كنز العمال: ج ١٦ حرف النون، الحديث ٤٥٥٨٩ ولفظه (عن ابن عمر، ان عمر تزوج امرأة فاصابها شطاء وقال: حصير في بيت خير من امرأة لاتلد) وفي الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ س ١٨ ولفظه (لحصير في ناحية البيت الخ).

وكل ذلك يدل على أن المقصود من النكاح إنما هو الولد وبقاء النسل، فالناكح ساع في إتمام ما أحب الله إتمامه، والمعرض معطل ومضيع لما كره الله ضياعه، وقاطع نسلا أدام الله وجوده من آدم عليه السلام إليه عقباً بعد عقب حتى انتهى إليه، وختم الوجود المستدام على نفسه، فمات أبتر لا عقب له ولا ذكر.

أما الوجه الثاني والثالث: أعني تكثير الامة وطلب التبرك بدعاء الولد، فمعلوم مما قدمناه من الاحاديث، وفي معناها كثيرة لا حاجة بنا إلى إيراده كيلا يطول الكتاب.

وأما الرابع: وهو أن يموت الولد الصغير فيكون شفيعاً له، فظاهر من نصوصه عليه السلام وهي كثيرة قدمنا منها ما يكفي الاستشهاد.

ومثله قوله عليه السلام: إعلموا أن احداكم يلقي سقطه محبباً على باب الجنة، حتى إذا رآه أخذ بيده حتى يدخله الجنة، وإن ولد أحدكم إذا مات أوجر فيه، وإن بقي له، إستغفر له بعد موته^(١).
وعنه عليه السلام: من مات له ثلاثة لم يبلغوا الحنث أدخله الله الجنة بفضل رحمته وآبائهم، قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم واثنان؟ قال: واثنان^(٢).

(الفائدة الثانية) .. التحصين عن الشيطان، وكسر الشوقان، ...

دفع غوائل الشهوة، وغض البصر، وحفظ الفرج

وإليه الإشارة بقوله: (من تزوج فقد أحرز نصف

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد ص ٣١١ الحديث ١٥.

(٢) ثواب الاعمال: ثواب من قدم اولادا بحسبهم عند الله ص ٢٣٣، الحديث ٣ إلى قوله (بفضل رحمته) وفي المستدرك كتاب الطهارة باب ٦٠ من ابواب الدفن، حديث ٦ وفيه (فقيل: يا رسول الله واثنان؟ قال: واثنان).

دينه فليترك الله في النصف الباقي^(١).

وقال عليه السلام: معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فان الصوم له وجاء^(٢).

والوجاء رض الخصيتين.

وكسر الشهوة أمر مهم في نظر الشرع، فإن الشهوة إن لم يغلبها قاهر الدين والحياء، أوقعت في المحرم، وإن قهرها فغايتها قهر الظاهر، أما القلب فلا سبيل عليه، ربما يشوش عليه عبادته، حتى ربما توسوس في الصلاة، فيخطر في خاطره مآلوا أظهره بين يدي مخلوق مثله، لا استحيا منه، وقلبه بالنسبة إلى البارئ تعالى كظاھر بالنسبة إلى المخلوق، فلا يكاد يسلم قلبه من وجود الشهوة. ولهذا روى أن بعض الصحابة كان يفطر عليه قبل الأكل.

وقال ابن عباس: لا يتم نسك الناسك حتى يتزوج^(٣).

فقال بعضهم: لا يفرق قلبه عن شهوة النكاح إلا بالتزويج، ولا يتم النسك إلا بفرغ القلب. والظاهر أن مراده: لا يكمل نسك الناسك حتى يتزوج، لأن التزوج أفضل السنن، ولا يكون نسك الناسك كاملاً مع إهماله أعظم السنن.

وعن علي صلوات الله وسلامه عليه، لم يكن أحد من أصحاب الرسول صلّى الله عليه وآله تزوج إلا قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: كمل دينه^(٤).

فالزوجة على التحقيق، قوة وسبب لطهارة النفس، ولذلك أمر رسول الله صلّى الله عليه وآله

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج ص ٢٤١ الحديث ٣ و ٤).

(٢) صحيح مسلم: كتاب النكاح (١) باب استحباب النكاح لمن طاقت نفسه اليه، الحديث ٣.

(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٢٩٠ الحديث ٤٥.

(٤) دعائم الاسلام: ج ٢ فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح، ص ١٩٠ الحديث ٦٨٧.

كل من وقع نظره إلى امرأة فتاقت نفسه إليها أن يجامع أهله^(١). ولأن ذلك يدفع الوسواس.
وعن علي عليه السلام: إذا نظر أحدكم إلى امرأة فليلمس أهله، فإنما هي إمراة كإمراة^(٢).
وروى مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: إذا نظر أحدكم إلى المرأة
الحسنة فليأت أهله، فإن الذي معها مثل الذي مع تلك، فقام رجل وقال يا رسول الله: فان لم
يكن له أهل فما يصنع؟ قال: فليرفع بصره إلى السماء وليراقبه، وليسأله من فضله^{(٣)(٤)}.
وقال الصادق عليه السلام: من نظر إلى إمراة فرفع بصره إلى السماء، وغمض بصره، لم يرتد إليه
بصره حتى يزوجه الله من الحور العين^(٥).
وفي خبر آخر: لم يرتد إليه بصره حتى يعقبه الله إيماناً يجد طعمه^(٦).

(الفائدة الثالثة) .. تدبير المنزل

وفي التزويج تفرغ القلب عن تدبير المنزل، والتكفل بشغل الطبخ، والكنس، والفرش، وتنظيف
الاولاني، وتهيئة أسباب المعيشة، فإن الانسان لو لم يكن له شهوة الوقاع، لتعذر أو تعسر عليه
العيش في منزله وحده، إذ لو تكفل بجميع أشغال المنزل لضاع أكثر أوقاته، ولم يتفرغ للعلم

(١) سيأتي عن قريب.

(٢) نصح البلاغة: القسم الثاني في غريب كلامه المحتاج إلى التفسير، تحت الرقم ٤٢٠ وفيه فليلمس أهله).

(٣) قوله (فليراقبه) أي فيتذكر عذاب الله تعالى وإطلاعه على أحواله ليصير سبباً للاحتراز عن الحرام، ويحتمل أن يكون
المراد التضرع والمسألة، فيكون ما بعده تفسيراً له، والنظر إلى السماء إما للتوجه بالدعاء، أو لرفع النظر عن المرأة (مرأة
العقول ج ٢٠ ص ٣٠٢).

(٤) الكافي: ج ٥، باب أن النساء أشباه ص ٤٩٤ الحديث ٢.

(٥) و(٦) من لا يحضره الفقيه: ج ٣، باب النوادر في النكاح، ص ٣٠٤ الحديث ٤١ ٤٢.

والعمل. فالمرأة الصالحة للمنزل عون على الدين، وإحتيال هذه الاسباب شواغل ومشوشات للقلب، ومنغصات للعيش.

وجاء عن النبي ﷺ : خمسة من السعادة، وعد منها الزوجة الصالحة^(١).

وجاء إليه رجل وقال: يا رسول الله، إن لي زوجة إذا دخلت تلقيتني، وإذا خرجت شيعتني، وإذا رأيتني مهموما، قالت: ما يهملك؟ إن كنت تهتم لرزقك، فقد تكفل به غيرك، وإن كنت تهتم بأمر آخرتك، فزادك الله هما، فقال رسول الله ﷺ : ان لله عمالا، وهذه من عماله، لها نصف أجر الشهيد^(٢).

وهي مع هذه الفائدة العاجلة، من الفوائد الآجلة المؤذنة بتضاعف الحسنات ما لا يوجد في غيره من أصناف الطاعات والعبادات.

وكان عثمان بن مظعون رضي الله عنه من زهاد الصحابة وأعيانها، حتى أن رسول الله ﷺ أمر بوضع جنازته عن أكتاف المشيعين وقبله مرارا، ونزل إلى قبره وألحده بيده، ثم سوى قبره بيده، فجاء يوما إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله قد غلبني حديث النفس، ولم احدث شيئا حتى أستأمرك؟ قال: بم حدثتك نفسك يا عثمان؟ قال: هممت أن أسبح في الارض، قال: فلا تسبح فيها، فإن سياحة امتي في المساجد، قال: وهممت أن احرم اللحم على نفسي فقال رسول الله ﷺ : لا تفعل فإنني أشتهيهِ وأكله، ولو

(١) دعائم الاسلام: ج ٢ فصل ١٢ ذكر من يستحب ان ينكح .. ص ١٩٥ الحديث ٧٠٦ وتام الحديث (والبنون الابرار، والخلطاء الصالحون، ورزق المرء في بلده، والحب لآل محمد صلوات الله عليهم).

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحمد من اخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٦ الحديث ٨.

سألت الله أن يطعمنيه كل يوم، لفعل، فقال: وهمت ان أحب^(١) نفسي؟ قال: يا عثمان من فعل ذلك فليس منا، أعنى بنفسه أحد^(٢) لا تفعل إن وجاء امتي الصيام، قال: وهمت أن أحرم خولة على نفسي؟ (يعنى إمرأته) قال: لا تفعل، فإن العبد المؤمن إذا أخذ بيد زوجته كتب الله له عشر حسنات ومحا عنه عشر سيئات، فإن قبلها كتب الله له مائة حسنة ومحا عنه مائة سيئة، فإن ألم بها كتب الله له ألف حسنة ومحا عنه ألف سيئة وحضرتهما الملائكة، فإن اغتسلا لم يمر الماء على شعرة من كل واحد منهما إلا كتب الله لهما حسنة ومحا عنهما سيئة، فإن كان ذلك في ليلة باردة قال الله عز وجل لملائكته: انظروا إلى عبدى هذين اغتسلا في هذه الليلة الباردة علما منهما اني ربحهما، اشهدكم أني قد غفرت لهما، فإن كان لهما في موافقتهما تلك ولد، كان لهما وصيفا في الجنة، ثم ضرب رسول الله ﷺ بيده على صدر عثمان، وقال: يا عثمان، لا ترغب عن سنتي فإن من رغب عن سنتي عرضت له الملائكة يوم القيامة فصرفت وجهه عن حوضي^(٣).

وعنه ﷺ: إذا أقبل الرجل المؤمن على امرأته المؤمنة، إكتنفته ملكان، وكان كالشهار سيفه في سبيل الله، فاذا فرغ منها تحاتت عنه الذنوب كما يتحات ورق الشجر^(٤)، فإذا هو اغتسل انسلخ من الذنوب، فقالت امرأة: بأبي انت وامى يا رسول الله، هذا للرجال فما للسنة؟ قال: هي اذا حملت كتب الله لها أجر الصائم القائم، فاذا أخذها الطلق لم يدر مالها من الاجر الا الله تعالى، فاذا

(١) الحب قطع الذكر، أو ما لا يبقى منه قدر الحشفة، ومنه خصى محبوب، مقطوع (مجمع البحرين لغة حب).

(٢) وفي المصدر (قال: يا عثمان ليس منا من فعل ذلك بنفسه ولا بأحد إن وجأ الخ).

(٣) دعائم الاسلام: ج ٢ فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح ص ١٩٠ الحديث ٦٨٨.

(٤) وزاد في المصدر (أوان سقوطه).

وضعت كتب الله لها بكل مصبة (يعنى من الرضاع) حسنة، ومحا عنها سيئة.
وقال: النفساء اذا ماتت من نفاسها، فجاءت^(١) يوم القيامة بغير حساب، لانها تموت
بغمها^(٢).

(الفائدة الرابعة) .. كثرة العشيرة

وهو أمر مطلوب في نظر العقلاء، ألا تنظر إلى قوله تعالى حاكيا عن إبراهيم عليه السلام (رب هب لي حكما والحقني بالصالحين واجعل لي لسان صدق في الآخرين)^{(٣)(٤)} وقال تعالى (وجعلها كلمة باقية في عقبه)^(٥) وقال موسى: (واجعل لي وزيرا من أهلي)^(٦) وقال زكريا: (رب هب لي من لدنك وليا يرثني)^(٧) وقال: (هب لي من لدنك ذرية طيبة إنك سميع الدعاء)^(٨).
وعن النبي صلى الله عليه وآله: خمسة من السعادة، الزوجة الصالحة، والبنون الابرار، والخلطاء الصالحون، ورزق المرء في بلده، والحب لآل محمد^(٩).
وعنه صلى الله عليه وآله: (تزوجوا فإني مكاثر بكم الامم غدا في القيامة)^(١٠) وخير النساء الولود الودود^(١١) ولا تنكحوا الحمقاء فإن في صحبتها بلاء، وولدها

(١) في المصدر (قامت يوم القيامة).

(٢) دعائم الاسلام: ج ٢، فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح ص ١٩١ الحديث ٦٩٠.

(٣) سورة الشعراء / ٨٣ ٨٤.

(٤) قيل: ان معناه: واجعل لي ولد صدق في آخر الامم يدعوا إلى الله ويقوم بالحق، وهو محمد صلى الله عليه وآله (مجمع البيان): ج ٧ ص ١٩٤.

(٥) الزخرف: ٢٨.

(٦) طه: ٢٩.

(٧) مريم: ٥.

(٨) آل عمران: ٣٨.

(٩) تقدم آنفا.

(١٠) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج، ص ٢٤٢ قطعة من حديث ٦.

(١١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب ما يستحب ويحمد من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٦ قطعة من حديث ٦ وفيه (ان من خير نساءكم الخ).

ضياع^(١).

وروى مُجَدُّ بن سنان عن بعض رجاله قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: خير نساءكم الطيبة الريح، الطيبة الطبيخ، أَلْتِي إنْ انفقت، أنفقت بمعروف، وإنْ أمسكت أمسكت بمعروف، فتلك عامل من عمال الله، وعامل الله لا يخيب ولا يندم^(٢).

(الفائدة الخامسة) .. مجاهدة النفس ورياضتها

في القيام بحق العيال، والصبر على أخلاق النساء، وإحتمال الأذى منهن، والسعي في إصلاحهن، والاجتهاد في كسب الحلال، والقيام بتربية الأولاد. كل هذه الأعمال عظيمة الفضل. وإذا كانت الراحة من الدنيا مستحيلة، وكانت هي دار الفناء على ما ورد به الأثر عن الصادقين عليهم السلام، وكذا ما روي أن المعونة تنزل على قدر المؤنة^(٣). فأحق ما صرف العنان إليه (ظ)، الاهتمام في إقامة سنن الرسول صلَّى الله عليه وآله، مع ما فيه من طيبته العيش العاجل، والتكثير بالعشيرة والأولاد والفضل العظيم. قال رسول الله صلَّى الله عليه وآله: من غال بيتا من المسلمين فله الجنة^(٤). وقال صلَّى الله عليه وآله: من بات كالا في طلب الحلال غفر له^(٥).

(١) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج الحمقاء والمجنونة ص ٣٥٤ الحديث ١ والحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام.

(٢) الكافي: ج ٥، باب خير النساء، ص ٣٢٥ الحديث ٦.

(٣) نهج البلاغة: (شرح مُجَدُّ عبده) ج ٢ ص ١١٨ تحت الرقم ١٣٩.

(٤) الجامع الصغير للسيوطي: حرف العين المهملة، ولفظ الحديث (من عال أهل بيت من المسلمين يومهم وليلتهم غفر الله له ذنوبه).

(٥) الوسائل: ج ١٢، كتاب التجارة، باب ٤ من أبواب مقدماتها، حديث ١٦ نقلا عن الأمالي، ولفظ الحديث (من بات كالا في طلب الحلال بات مغفورا له).

وقال عليه السلام: من عال ثلاث بنات أو ثلاث أخوات وجبت له الجنة، فقليل: يارسول الله وإثنتين؟ فقال وإثنتين، فقليل يارسول الله فواحدة؟ قال: وواحدة^{(١)(٢)}.

وروى حمزة بن حمران بإسناده قال: أتى رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله، وعنده رجل، فأخبره بمولود له، فتغير لون الرجل، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: مالك؟ قال: خير، قال: قل: قال: خرجت والمرأة تمخض، فاخبرت أنها ولدت جارية، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: الأرض تقلها، والسماء تظلمها، والله يرزقها، وهي ريحانة تشمها، ثم أقبل على أصحابه، فقال: من كانت له ابنة واحدة، فهو مقروح، ومن كانت له إبتنان، فياغوثاه بالله، ومن كانت له ثلاثة، وضع عنه الجهاد وكل مكروه، ومن كانت له أربع، فياعباد الله أعينوه، ياعباد الله أقرضوه، ياعباد الله إرحموه^{(٣)(٤)}.

وقال الصادق عليه السلام: من عال إبتنتين، أو اختين، أو عمتين، أو خالتين، حجبتاه من النار^(٥).

وقال عليه السلام: إذا صار للرجل ابنة بعث الله عزوجل إليها ملكا، فأمر

(١) يحتمل ان يكون ذكر الثلاث اولا للفرد الكامل من وجوب الجنة، ويحتمل بتجدد الوحي، فيكون كالنسخ (مرأة العقول: ج ٢١ ص ١٤).

(٢) الكافي: ج ٦، باب فضل البنات، ص ٦ الحديث ١٠.

(٣) (تقلها) أي تحملها، (تظلمها) أي ألفت ظلها عليها، أي ليس مؤنتها عليك، بل الله تعالى جعل الأرض والسماء كافلتين لرزقها.

(مقروح) أي مجروح، (أو مقدوح) أي حمله ثقيل (روضة المتقين: ج ٨ ص ٥٩٤).

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد، ص ٣١٠ الحديث ١١.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد، ص ٣١١ الحديث ١٣.

جناحه على راسها وصدرها، وقال: ضعيفة خلقت من ضعيف، المنفق عليها معان^(١).

(الفائدة السادسة) .. ترويح النفس وإيناسها

بالمجالسة والنظر والملاعبة، وفي ذلك راحة للقلب، وتقوية له على العبادة، فإن النفس ملول، وهى عن الحق نفور، لانه على خلاف طبعها، فإذا كلفت المداومة بالاكراه على ما يخالفها حجت وماتت.

قال امير المؤمنين عليه السلام: إن للقلوب إقبالا وإدبارا، فإذا أقبلت فاحملوها، على النوافل وإذا أدبرت فاقتصروا بها على الفرائض^(٢) فإن القلب إذا أكره عمى^(٣). وإذا روحت باللذات في بعض الاوقات قويت ونشطت، وفي الاستئناس بالنساء من الاستراحة ما يزيل الكرب ويروح القلب، قال تعالى (وجعل منها زوجها ليسكن اليها)^(٤).

وقال صلى الله عليه وآله: ما تلذذ الناس في الدنيا ولا في الجنة بشئ أشهى عندهم من النساء، لا طعام ولا شراب^(٥).

وعنه عليه السلام: ثلاثة للمؤمن فيها راحة، دار واسعة توارى عورته وسوء حاله من الناس، وإمرأة صالحة تعينه على أمر الدنيا، وابنة تخرجها إما بموت أو تزوج^(٦).

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد، ص ٣١١ الحديث ١٤.

(٢) نهج البلاغة: باب المختار من حكم امير المؤمنين عليه السلام ج ٢ ص ١٦٦ (عبده)، تحت الرقم ٣١٢.

(٣) اقبال القلوب رغبته في العمل، وادبارها مللها عنه (من شرح نهج عبده).

(٤) تلك الجملة ليست في هذه الحكمة، بل من حكمة أخرى، لاحظ الرقم ١٩٣.

(٥) الاعراف: ١٨٩.

(٦) الكافي: ج ٥، باب حب النساء ص ٣٢١ قطعة من حديث ١٠ وفيه (وان اهل الجنة ما يتلذذون آه).

(٧) الكافي: ج ٥، باب من وفق له الزوجة الصالحة، ص ٣٢٧ الحديث ٦.

وعن علي عليه السلام روحوا القلوب فإنها إذا اكترت عميت^(١).

وعن النبي صلى الله عليه وآله : وعلى العاقل أن لا يكون ظاعنا إلا في ثلاث، تزود لمعاد، أو مرممة لمعاش، أو لذة في غير محرم^(٢).

وعنه عليه السلام : وعلى العاقل أن يكون له ثلاث ساعات، ساعة يناجي ربه فيها، وساعة يحاسب فيها نفسه، وساعة يخلو فيها لمطعمه ومشربه، وهذه عون على تلك الساعتين^(٣).

وقال عليه السلام : لكل عامل شرة ولكل شرة فترة، فمن كانت فترته إلى سنتي فقد اهتدى^(٤).

والشره بالشين المعجمة والراء المهملة المشددة، الجد والمكاييدة بجدة وقوة، وذلك في ابتداء الإرادة، والفترة الوقوف للاستراحة.

وقال عليه السلام : حبيب إلي من دنياكم هذه، الثلاث، الطيب والنساء وقرة عيني في الصلاة^(٥).

وقال بعض العلماء: وذلك لتزويج القلب، ويعرف ذلك من جرب اتعاب نفسه في الافكار والاذكار، وصنوف الاعمال. ولعمري في الشهوة حكمة سوى ما يبعث عليه من الفوائد التي عددناها، وهو ما في قضائها من اللذة التي لا يوازيها لذة لودامت، فهي مشبهة على اللذات الموعودة في

(١) عوالى اللغالى: ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٢ (٦٧) باب ماجاء في السفر إلى الحج وغيره من الطاعات ص ١٧٣ الحديث ١.

(٣) الوسائل: ج ١١ كتاب الجهاد، الباب ٩٦ من ابواب جهاد النفس، قطعة من حديث ٤.

(٤) عوالى اللغالى: ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٣.

(٥) كتاب الخصال: باب الثلاثة، ص ١٦٥ الحديث ٢١٧ ولاحظ ماعلق عليه في المصدر.

الجنان، إذا التزغيب في لذة لم يحركها ذواق، لا ينتفع، فلو رغب العنين في لذة الجماع والصبي في لذة الملك والسلطنة لم ينفع التزغيب، لعدم شعورها باللذتين، فأحد فوائد لذات الدنيا، الرغبة في دوامها في الجنة، ليكون باعثا على عبادة الله، فانظر إلى الحكمة، ثم إلى الرحمة، ثم إلى التعبية الالهية، كيف عينت تحت شهوة واحدة، حياتان، حياة ظاهرة وحياة باطنة، فالظاهرة حياة المرء ببقاء نسله، فإنه نوع من دوام الوجود، والحياة الباطنة هي حياة الآخرة، فإن هذه اللذة الناقصة بسبب الانصرام والتفصيص، تحرك رغبة في الكاملة ذات الدوام، فيستحث على العبادة الموصلة إليها، فيستفيد العبد بشدة الرغبة فيها بعد المواظبة على ما توصله إلى نعيم الجنان، وما من ذرة من ذرات بدن الانسان ظاهرا وباطنا، بل من ذرات ملكوت السماوات والارضين، إلا وتحتها من لطائف الحكمة وعجائبها ماتحار فيه العقول.

المقدمة الخامسة في خطب النكاح

روي عن النبي ﷺ أنه قال: أَلنكاح بغير خطبة كاليد الجذماء^(١).

وعن علي بن الحسين عليه السلام: إذا حمد الله فقد خطب^(٢).

وروى معاوية بن حكيم قال: خطب الرضا عليه السلام بهذه الخطبة: (الحمد لله الذي حمد في الكتاب نفسه، وافتتح بالحمد كتابه، وجعل الحمد أول جزاء محل نعمته^(٣) وآخر دعوى أهل جنته، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده

(١) دعائم الاسلام: ج ٢ فصل ٣ ذكر اختطاب النساء، ص ٢٠٣ ذيل حديث ٧٤٣ (٢) الكافي: ج ٥ باب التزويج بغير خطبة ص ٣٤٨ ذيل حديث ٢.

(٣) قوله (محل نعمته) الظاهران يكون مصدرا ميميا بمعنى النزول، أى جعله أول جزاء من العباد لنعمه، ثم بعد ذلك مأمروهم به من الطاعات، ويحتمل أن يكون المراد به أن ما حمد به تعالى نفسه جعله جزاء لنعم العباد، لعلمه بعجزهم عما يستحقه تعالى من ذلك، كما ورد في بعض الاخبار، وقال الطبرسي رحمه الله في مجمع البيان.

(ودعواهم فيها) أي دعاء المؤمنين وذكرهم في الجنة أن يقولوا (سبحانك اللهم) يقولون ذلك لا على وجه العبادة، بل يتلذذون بالتسبيح، وقيل: إنهم إذا مر بهم الطير في الهواء يشتهونه (قالوا سبحانك اللهم) فيأتيهم الطير ويقع مشويا بين أيديهم، وإذا قضوا منه الشهوة، قالوا: (الحمد لله رب العالمين) فيطير الطير حيا كما كان، (وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين) ليس المراد أن ذلك يكون آخر كلامهم حتى لا يتكلمون بعده بشيء، بل المراد أنهم يجعلون هذا آخر كلامهم في كل مذكروه.

لا شريك له، شهادة اخلصها له وأدخرها عنده، وصلى الله على مُجَّد خاتم النبوة وخير البرية وعلى آله آل الرحمة^(١) وشجرة النعمة، ومعدن الرسالة، ومختلف الملائكة والحمد لله الذي كان في علمه السابق، وكتابه الناطق، وبيانه الصادق، أن أحق الاسباب بالصلة والاثرة وأولى الامور بالرغبة فيه، سبب أوجب سببا^(٢) وأمر أعقب غنى، فقال عزوجل: (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا)^(٣) وقال: (وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم)^(٤) ولو لم يكن في المناكحة والمصاهرة آية محكمة، ولا سنة متبعة، ولا أثر مستفيض، لكان فيما جعل الله من بر القريب^(٥) وتقريب البعيد، وتأليف القلوب، وتشبيك الحقوق^(٦)

-
- (١) (آل الرحمة) أى أهل رحمة الله الكاملة الجامعة ومستحقها، أوهم رحمة الله والشفقة عليهم.
وقال الفيروزابادي: رجل يستأثر على أصحابه، أي يختار لنفسه أشياء حسنة، والاسم: الاثرة محركة، والاثرة بالضم والكسر (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٦).
(٢) قوله: (اوجب سببا) أي من اللفة والانساب والمعونات، وفي بعض النسخ (نسبا) وهو الاظهر، فيكون اشارة إلى الآية الاولى، كما أن ما بعدها إشارة إلى الآية الثانية.
(٣) الفرقان: ٥٦.
(٤) النور: ٣٢.
(٥) قوله (من بر القريب) أي إذا كانت المواصله مع الاقرباء.
(٦) قوله (وتشبيك الحقوق) أي تحصل به أنواع الحقوق من الطرفين، من حق الزوجية، والوالدية، والمولودية وغير ذلك، ورعاية كل واحد منها موجبة لتحصيل المثوبات، وفي كل منها منافع نبوية وآخرويه

وتكثير العدد، وتوفير الولد، لنوائب الدهر، وحوادث الامور مايرغب في دونه^(١) العاقل الليبت، ويسارع إليه الموفق المصيب، ويحرص عليه الاديب الاريب، فأولى الناس بالله^(٢) من اتبع أمره، وأنفذ حكمه، وأمضى قضاءه، ورجى جزاءه.

وفلان بن فلان من قد عرفتم حاله وجلاله، دعاه رضا نفسه، وأتاكم إيثارا لكم وإختيارا لخطبة^(٣) فلانة بنت فلان كريمكم^(٤) وبذل لها من الصداق كذا وكذا، فتلقوه بالاجابة، وأجيبوه بالرغبة، واستخيروا الله في اموركم، يعزم لكم^(٥) على رشدكم إن شاء الله، نسأل الله أن يلحم^(٦) ماينكم بالبر والتقوى، ويؤلفه بالحبّة والهوى، ويختمه بالموافقة والرضا، إنه سميع الدعاء لطيف لما يشاء^(٧).

مُحَمَّد بن يعقوب: يرفعه إلى عبدالرحمان بن كثير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لما أراد رسول الله صلى الله عليه وآله أن يتزوج خديجة بنت خويلد، أقبل أبوطالب في أهل بيته ومعه نفر من قريش حتى دخل على ورقة بن نوفل عم خديجة^(٨)، فابتدأ أبوطالب بالكلام فقال: الحمد لرب هذا البيت الذي جعلنا

(١) قوله (في دونه) أي الاقل منه، والاريب: العاقل، ذكره الجوهرى.

(٢) قوله (فأولى الناس بالله) أى بفضلته ورحمته.

(٣) قوله (واختيارا لخطبة) قال في القاموس: خطب المرأة خطبا وخطبة وخطبى بكسرهما، واختطبها وهى خطبة وخطبته وخطيباه وخطيبة، وهو خطبها بكسرها ويضم الثاني.

(٤) قوله (كريمكم) أى من يكرم عليكم.

(٥) قوله (يعزم لكم) أى يقدر لكم ما هو خيره لكم.

(٦) قوله (أن يلحم) قال الفيروز آبادي: لحم الصائغ الفضة، كنصر، لامسها، والتحم الجرح للبرء: إلثم، ويقال: وألحم ما اسديت أى تم ما بديت (مقتبسات من مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٦ ٩٨).

(٧) الكافي: باب خطب النكاح ص ٣٧٣ الحديث ٧.

(٨) قوله (عم خديجة) المشهور أنه ابن عمها، قال الفيروز آبادي: ورقة بن نوفل اسد بن عبد العزى، وهو ابن عم خديجة، اختلف في اسلامها، وقال: الزرع: الولد.

من زرع إبراهيم وذرية إسماعيل وانزلنا حرما آمنا، وجعلنا الحكام على الناس، وبارك لنا في بلدنا الذي نحن فيه، ثم إن ابن أخي هذا يعنى رسول الله ﷺ ممن لا يوزن برجل من قريش إلا رجح به، ولا يقاس به رجل إلا عظم عنه، ولا عدل له في الخلق، وإن كان مقلا في المال، فإن المال رقد جار^(١) وظل زائل، وله في خديجة رغبة، ولها فيه رغبة، وقد جئناك لنخطبها إليك برضاها وأمرها، والمهر على في مالي الذي سألتموه عاجله وآجله وله، ورب هذا البيت حظ عظيم^(٢) ودين شائع ورأي كامل، ثم سكت أبوطالب وتكلم عمها، وتلجلج وقصر عن جواب أبي طالب وأدركه القطع والبحر وكان رجلا من القسيسين، فقالت خديجة مبتدئة: يا عماء إنك وإن كنت أولى بنفسي مني في الشهود، فلست أولى بي من نفسي^(٣) قد زوجتك يا محمد نفسي والمهر علي في مالي، فأمر عمك فلينحر ناقة فليؤلم بها وأدخل على أهلك، قال أبوطالب: إشهدوا عليها بقبولها محمدًا وضمانها المهر في مالها، فقال بعض قريش: يا عجباه المهر على النساء للرجال، فغضب أبوطالب غضبا شديدا، وقام على قدميه، وكان ممن يهابه الرجال ويكره غضبه، فقال: إذا كانوا مثل ابن أخي هذا طلبت الرجال بأغلا الاثمان وأعظم المهر،

(١) قوله (رقد جار) أي يجريه الله تعالى على عباده بقدر الضرورة والمصلحة، وفي الفقيه وغيره (رزق حائل) أي متغير، وهو اظهر.

(٢) قوله (حظ) أي من الخير والكمال، وفي الفقيه (خطر) وفي القاموس البهر بالضم إنقطاع النفس من الاعياء، وقال: القس بالفتح رئيس النصارى في العلم كالقسيس.

(٣) قولها ﷺ (وإن كنت أولى) أي إن كنت أولى بنفسي مني في الشهود، أي محضر الناس عرفاء، فلست أولى بي واقعا، أو إن كنت أولى في الحضور والتظلم بمحضر الناس، فلست أولى في أصل الرضا والاختيار، أو إن كنت قادرا على إهلاكى لكننى أولى بما اختار لنفسى، والحاصل: أنى أمكنك في إهلاكى ولا أمكنك في ترك هذا الامر، والاوسط اظهر. (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٨ و ٩٩).

وإذا كانوا أمثالكم لم يزوجوا إلا بالمهر الغالي، ونحر أبوطالب ناقة، ودخل رسول الله ﷺ بأهله^(١).

المقدمة السادسة، في النساء

ومنهن من رغب في نكاحه، ومنهن من رغب عنه فهنا قسمان: (الاول) المرغب فيه: روى يحيى بن عمران عن الصادق عليه السلام قال: الشجاعة لاهل خراسان، والباه في أهل بربر، والسخاء والحسد في العرب، فتخيروا لنطفكم^(٢). وينقسم إلى ضرب:

(أ) المقصود للاولاد والذرية.

روى إسماعيل بن عبدالحق، عن حمدويه قال: شكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام قلة ولدي، وأنه لا ولدي؟ فقال لي: إذا أتيت العراق، فتزوج امرأة، ولا عليك أن تكون سواء قلت: جعلت فداك مالمسواء؟ قال: المرأة فيها قبح، فإنهن أكثر أولاداً^(٣).

وعن النبي ﷺ قال: إن المرأة إذا كانت سوداء ولودا، أحب إلي من الحسناء العاقرة^(٤).

(ب) المقصود للشهوة، فمنهن البربريات، ومنها البيض.

روى بكر بن صالح عن بعض أصحابه عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: من

(١) الكافي: ج ٥ باب خطب النكاح ص ٣٧٤ الحديث ٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٣ الحديث ٣٣.

(٣) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج العاقر، ص ٣٣٣ الحديث ٣.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١١١) باب المذموم من اخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٨ الحديث ٩.

سعادة الرجل أن يكشف الثوب عن امرأة بيضاء^(١). وفهن السمراء، إذا كانت عيناء عجزاء.
 روى مالك بن أشيم عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: تزوجها عيناء سمراء مربوعة عجزاء، فإن كررتها فعلي الصداق^(٢).
 وكان النبي صلى الله عليه وآله إذا أراد نكاح امرأة، بعث إليها من ينظرها، وقال لها: شمي ليتها^(٣) فان طاب ليتها طاب عرفها، وانظري إلى كعبها، فان درم كعبها عظم كعبها^{(٤) (٥)}.
 (ج) المقصودة لليمن والرزق، وهن الزرق.
 عن النبي صلى الله عليه وآله: تزوجوا الزرق، فإن فيهن اليمن^(٦).
 (د) المقصودة لازالة البلغم.
 قال الصادق عليه السلام: المرأة الجميلة تقطع البلغم^(٧).
 (هـ) المقصودة للنجابة.
 قال النبي صلى الله عليه وآله: لا خيل أنقى من الدهم، ولا امرأة كإبنة

-
- (١) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمدة ص ٣٣٥ الحديث ٧.
 (٢) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمدة ص ٣٣٥ الحديث ٨.
 (٣) و(٤) قال في الفقيه: (البيت) صفحة العنق، و (العرف) الریح الطيبة، وقوله عليه السلام (درم كعبها) أي كثر لحم كعبها، ويقال: (امرأة درماء) اذا كانت كثيرة لحم القدم والكعب، و (الكعبث) الفرج (الوافي كتاب النكاح ص ١٤).
 (٥) الفقيه: ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحمد من اخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٥ الحديث ٢.
 (٦) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمدة ص ٣٣٥ الحديث ٦.
 (٧) الكافي: ج ٥ باب نادر ص ٣٣٦ الحديث ١.

العم^(١).

وروى عبدالله بن المغيرة عن أبي الحسن عليه السلام قال: سمعته يقول: عليكم بذوات الاوراك فإنهن أنجب^(٢).

(القسم الثاني) المرغب عنه: ونهى النبي صلى الله عليه وآله في الجملة عن نكاح يريد به غير وجه الله والعفة، ونهى عن النكاح للرياء والسمعة، وعن التزويج للمال والجمال.

وروى هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة لجمالها أو لمالها، وكل إلى ذلك، وإن تزوجها لدينها رزقه الله المال والجمال^(٣).

وروى إسحاق بن عمار عنه عليه السلام: من تزوج امرأة يريد مالها ألجأه الله إلى ذلك المال^(٤).

وقال سيد العابدين: من تزوج لله عزوجل ولصلة الرحم توجه الله بتاج الملك^(٥).
وينقسمن إلى ضرب:

(أ) العقيم عن النبي صلى الله عليه وآله: حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة

(١) دعائم الاسلام: ج ٢، فصل ١٢ ذكر من يستحب أن ينكح ومن يرغب عن نكاحه ص ١٩٥ الحديث ٧١١.

(٢) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمدة ص ٣٣٤ الحديث ١.

(٣) الكافي: ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي: ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٢.

(٥) الفقيه: ج ٣ (١٠٦) باب من تزوج لله عزوجل ولصلة الرحم ص ٢٤٣ الحديث ١.

لاتلد^(١).

وقال عائشة: تزوجها سوداء ولودا، ولا تزوجها حسناء جميلة إذا كانت عاقرا^(٢).

(ب) خسيس الاصل.

قال النبي ﷺ: إياكم وخضراء الدمن، قالوا: وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسنة في منبت السوء^(٣).

قال الصادق عليه السلام: ليس للمرأة خطر، لا لصالحتهن ولا لطالحتهن، أما صالحتهن فليس خطرهما الذهب والفضة، بل هي من الذهب والفضة، وأما لطالحتهن فليس التراب خطرهما، بل التراب خير منها^(٤).

وقال عائشة: تخيروا لنطفكم فإن الخال أحد الضجيعين^{(٥)(٦)}.

(ج) الحمقاء.

عن النبي ﷺ: إياكم وتزويج الحمقاء، فإن صحبتها بلاء

(١) تقدم نقلا عن التذكرة، وفي الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ فيما أوصى رسول الله ﷺ علي بن ابيطالب ولفظه (ولحصير في ناحية البيت، خير من امرأة لا تلد).

(٢) تقدم.

(٣) الكافي: ج ٥، باب إختيار الزوجة، ص ٣٣٢ الحديث ٤.

(٤) الكافي: ج ٥، باب إختيار الزوجة، ص ٣٣٢ الحديث ١.

(٥) قوله عائشة (أحد الضجيعين) لعل المراد بيان مدخلية الخال في مشاهة الولد في أخلاقه، فكأن الخال ضجيع الرجل لمدخليته فما تولد منه عند المضاجعة من الولد، أو المراد قرب أقارب المرأة من الزوج وشدة إرتباطهم به، فكأن الخال ضجيع الانسان، لشدة قربه وإطلاعه على سرائره، والاول اظهر، والضجيعان إما الزوجان، أو المرأة والخال، وقيل: أى كما أن الاب ضجيع إبنه ومربيه، وكما أنه يكسب من أخلاق الاب، كذلك يكسب من أخلاق الخال (مرآة العقول ج ٢٠ ص ٢٢).

(٦) الكافي: ج ٥ باب إختيار الزوجة ص ٣٣٢ الحديث ٢.

وولدها ضياع^(١).

(د) السوداء والاكرد.

وعن أمير المؤمنين عليه السلام: إياكم ونكاح الزنج فإنه خلق مشوه^{(٢) (٣)}.

وعن أبي الربيع الشامي قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتتر من السودان أحدا، فإن كان لابد فمن النوبة، فإنهم من الذين قال الله تعالى (ومن الذين قالوا أنا نصارى أخذنا ميثاقهم فنسوا حظا مما ذكروا به)^(٤) إنهم يتذكرون ذلك الحظ، وسيخرج مع القوائم منا عصابة منهم، ولا تنكحوا من الاكرد أحدا فإنهم جيش من الجن كشف عنهم الغطاء^{(٥) (٦)}.

وعن علي بن داود الحداد عن أبي عبد الله عليه السلام: لا تنكح الزنج والخوز، فإن لهم أرحاما تدل على غير الوفاء، قال: والسند والهند والقند ليس فيهم نجيب، يعني القندهار^{(٧) (٨)}.

(١) الكافي ج ٥ باب كراهية تزويج الحمقاء والمجنونة ص ٣٥٣ الحديث ١ وقد تقدم أيضا.

(٢) في مصباح اللغة: الشوه: قبح الخلقة، وهو مصدر من باب تعب، ورجل اشوه قبيح المنظر وإمرأة شوهاء (مرات العقول: ج ٢٠ ص ٥٥ الزنج بالفتح والكسر صنف من السودان واحد منهم زنجي (الوافي: كتاب النكاح ص ١٤).

(٣) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الاكرد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ١.

(٤) المائدة / ١٤.

(٥) النوبة بالضم: بلاد واسعة للسودان بجنوب الصعيد، منها بلال الحبشي (الوافي: كتاب النكاح ص ١٤).

(٦) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الاكرد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٢.

(٧) الخوز بالضم صنف من الناس، وفي بعض النسخ الخزر بالمعجمتين ثم المهملة، وهو محرّكة ضيق العين وصغرها، سمى به صنف من الناس هذه صفتهم (الوافي: كتاب النكاح، ص ١٤).

(٨) الكافي: ج ٥ باب من كره مناكحته من الاكرد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٣.

(هـ) الشهيرة، وهي الزرقاء البذيئة، بالباء المنقطة بواحدة، والذال المعجمة، والياء المهموزة المثناة من تحت، والبذئ: المتكلم بالفحش، يقال: رجل بذئ وإمرأة بذئية، والبذاء بالمد، الفحش.

(و) اللهيرة، وهي الطويلة المهزولة.

(ز) ألنهيبة، وهي القصيرة الذميمة.

(ح) الهيدرة، وهي العجوز المدبرة.

(ط) ألففوت، وهي ذات الولد من غيرك.

روى الصدوق بإسناده إلى النبي ﷺ أنه قال لزيد بن ثابت: يا زيد تزوجت؟ قال: لا، قال: تزوج تستعفف مع عفتك، ولا تزوجن خمسا، قال زيد: من هن يا رسول الله؟ فقال ﷺ: لا تزوجن شهيرة، ولا لهيرة، ولا نهيبة، ولا هيدرة، ولا لفوتا، قال زيد: يا رسول الله ما عرفت مما قلت شيئا، وإني بأمرهن لجاهل؟ فقال رسول الله ﷺ: ألستم عربا؟ أما الشهيرة فالزرقاء البذية، وأما اللهيرة فالطويلة المهزولة، وأما النهيرة فالقصيرة الذميمة، وأما الهيدرة فالعجوز المدبرة، وأما ألففوت فذات الولد من غيرك^(١).

المقدمة السابعة، في آداب وفوائد متفرقة

(أ) يستحب السعي والوساطة في التزويج، فإنه بر وإعانة على معروف وتقوى.

روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: أفضل الشفاعات أن تشفع بن إثنين في نكاح حتى يجمع الله بينهما^(٢).

وعن سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: من زوج أعزبا كان

(١) معاني الاخبار: باب معنى الشهيرة واللهيرة والنهيبة والهيدرة واللفوت ص ٣١٨ الحديث ١.

(٢) الكافي: ج ٥، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ١.

ممن ينظر الله إليه يوم القيامة^(١).

وعن زين العابدين عليه السلام: من زوج عزيا توجه الله بتاج الملك^(٢).

(ب) يستحب إيقاع العقد بالليل، وكذا الدخول.

روى الحسن بن علي الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: من السنة التزويج بالليل، لأن الله جعل الليل سكنا، والنساء إناهن سكن^(٣).

وعن الصادق عليه السلام: زفوا عرائسكم ليلا، وأطعموا ضحى^(٤).

وقال الباقر عليه السلام لميسر بن عبدالعزيز: يا ميسر تزوج بالليل، فإن الله جعله سكنا ولا تطلب حاجة بالليل، فإن الليل مظلم، قال: ثم قال: إن للطارق لحقا عظيما وإن للصاحب لحقا عظيما^{(٥)(٦)}.

(ج) يكره إيقاعه نصف النهار، وفي الساعة الحارة.

روى ضريس بن عبد الملك قال: بلغ أبا جعفر عليه السلام أن رجلا تزوج في ساعة حارة عند نصف النهار، أو نصف النهار، فقال أبوجعفر عليه السلام: مأراهما

(١) الكافي: ج ٥، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ٢.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٠٣ الحديث ١٠٢ وقريب منه ماعن الفقيه: ج ٣ (١٠٦) باب من تزوج لله عز وجل ولصلة الرحم ص ٢٤٣ الحديث ١.

(٣) الكافي: ج ٥ باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ١.

(٤) الكافي: ج ٥ باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ٢.

(٥) الطرق والطروق الاتيان بالليل، لما كان منعه عليه السلام عن طلب الحاجة بالليل مظنة لجواز عدم التعرض لحاجة الطارق، استدرك ذلك بقوله عليه السلام (إن للطارق لحقا عظيما) وإنما عظم حقه؟ لأنه لما لم يضطر لم يطرق، والاضطرار يعظم الحق، والصاحب من لك معه رابطة صعبة، وربما يكون هو الطارق فيجتمع الحقان العظيمان (الوافي كتاب النكاح، ص ٦٠).

(٦) الكافي: ج ٥، باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ٣.

يتفقان، فافترقا^(١).

وروى عبيد بن زرارة وأبو العباس قالاً: قال أبو عبد الله عليه السلام: ليس للرجل أن يدخل بامرأته ليلة الاربعاء^(٢).

وروى مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: وسئل عن التزويج في شوال؟ فقال: إن النبي صلى الله عليه وآله تزوج عائشة في شوال، وقال: إنما كره ذلك في شوال أهل الزمن الأول، وذلك أن الطاعون كان يقع فيهم في الإبكار والمملكات فيه فكرهوه لذلك لا لغيره^{(٣) (٤) (٥)}.

وروى علي بن اسباط، عن إبراهيم بن محمد بن حمران، عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من سافر أو تزوج والقمر في العقرب لم ير الحسنى^(٦).

(د) يستحب المبالغة في التستر بالسفاد، حتى البهائم.

(١) الكافي: ج ٥، باب الوقت الذي يكره فيه التزويج ص ٣٦٦ الحديث ١.

(٢) الكافي: ج ٥، باب الوقت الذي يكره فيه التزويج ص ٢٦٦ الحديث ٣.

(٣) قال عياض من علماء العامة: كانت العرب تكره أن يتزوج في شوال وتطير به، لقولهم: شالت نعماتهم، وشالت النوق باذناهما، وقال القرطبي: تطيروا بذلك، لأن شوال من الشول وهو الرفع والازالة، ومنه شالت الناقة باذناهما، أي رفعت، وقد جعلوه كتابة عن الهلاك، فاذا قالوا: شالت نعماتهم فمعناه هلكوا عن آخرهم، فكانوا يتوهمون أن المتزوجين فيه يقع بينهم البغضاء وترتفع خطوبهما من عين الزوج، وقد جاء الشرع بنفي هذا التطير (مرآة العقول، ج ٢٠ ص ٤١٧).

(٤) بيان في التهذيب: (ففي الإبكار والمملكات من الأملاك)، بمعنى التزويج، أي قريبات العهد بالتزويج، يعني أن الطاعون كان يقع فيهم في شوال (الوافي كتاب النكاح، ص ٦٠).

(٥) الكافي: ج ٥، باب نوادر ص ٥٦٣ الحديث ٢٩.

(٦) الفقيه: ج ٢ (٦٨) باب الأيام والأوقات التي يستحب فيها السفر، والأيام والأوقات التي يكره فيها السفر ص ١٧٤ الحديث ١٣ وأورده أيضاً في ج ٣ (١١٦) باب الوقت الذي يكره فيها التزويج، ص ٢٥٠ الحديث ١ بحذف كلمة (سافر).

قال الصادق عليه السلام: لا يجامع الرجل امرأته ولا جارية وفي البيت صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا^(١).

وعن النبي صلى الله عليه وآله: والذي نفسي بيده لو أن رجلا غشى امرأته وفي البيت صبي مستيقظ يراها ويسمع كلامهما ونفسهما ما أفلح أبدا، إذا كان غلاما كان زانيا أو جارية كانت زانية وكان علي بن الحسين عليه السلام إذا أراد أن يغشى أهله أغلق الباب وأرخى الستور وأخرج الخدم^(٢). وروى السكوني أن عليا عليه السلام مر على بهيمة وفحل يسفدها على ظهر الطريق، فأعرض عنه بوجهه، فقيل له: لم فعلت ذلك يا أمير المؤمنين؟ فقال: لانه لا ينبغي أن تصنعوا مثل ما يصنعون، وهو من المنكر إلا أن تواريه حيث لا يراه رجل ولا امرأة^{(٣) (٤)}.

(هـ) يستحب التسمية عند الجماع كيلا يشاركه الشيطان.

قال عبدالرحمان بن كثير، كنت عند أبي عبدالله عليه السلام، فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرعني، قلت: جعلت فداك فما المخرج من ذلك؟ فقال: إذا أردت الجماع فقل: (بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة، فلا تجعل للشيطان فيه شريكا ولا نصيبا ولا حطا، واجعله مومنا مخلصا مصفى من الشيطان ورجزه، جل ثناؤك^(٥).

(١) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن يواقع الرجل أهله وفي البيت صبي ص ٤٩٩ الحديث ١.

(٢) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن يواقع الرجل أهله وفي البيت صبي ص ٥٠٠ الحديث ٢.

(٣) يدل على كراهية محل الضراب في المكان الذي يجتمع اليه الناس لقبحه، وربما أدى إلى الحرام.

(روضة المتقين: ج ٨ ص ٥٣٧).

(٤) الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٤ الحديث ٤٠.

(٥) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٤.

وعن الصادق عليه السلام: إن الشيطان ليحجى حتى يقعد من المرأة كما يقعد الرجل منها ويحدث كما يحدث، وينكح كما ينكح، قلت: بأي شئ يعرف ذلك؟^(١) قال: بحبنا وبغضنا فمن أحبنا كان نطفة العبد، ومن أبغضنا كان نطفة الشيطان^(٢).

وقال امير المؤمنين عليه السلام: إذا جامع أحدكم فليقل (بسم الله وبالله، اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقني، قال: فإن قضى الله بينهما ولدا لا يضره الشيطان بشئ أبدا)^(٣).

روى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في النطفتين اللتين للآدمي والشيطان إذا اشتركا، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ربما خلق من أحدهما وربما خلق منهما جميعا^(٤).

(و) يستحب الجماع ليلة الاثنين، ليكون الولد حافظا للقرآن، راضيا بالمقسوم. وليلة الثلاثاء، ليكون سهلا، رحيم القلب، سخي اليد، طيب النكهة، طاهر اللسان من الغيبة والكذب والبهتان. وليلة الخميس، ليكون حاكما أو عالما، ويومه عند الزوال فإن الشيطان لا يقربه حتى يشيب، ويكن فهما سالما.

(١) لعله سأل عن الدليل على أنه يكون الولد شرك الشيطان، ثم سأل عن العلامة التي بها يعرف ذلك، والظاهر أن فيه تصحيحا لما سيأتي من خبر أبي بصير بسند آخر، وفيه مكانه (ويكون فيه شرك الشيطان مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣١٣).

(٢) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٢ قطعة من حديث ٢.

(٣) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي: ج ٥، باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٦.

وليلة الجمعة، ليكون خطيباً قوالاً مفوهاً، وبعد عصرها، ليكون مشهوراً عالماً، وليلتها بعد العشاء يرجى كونه بدلاً من الابدال^(١).

(ز) وطء الحائض حرام، مع مافيه من سوء العاقبة. فقد روى انه يورث الحول، والحول من الشيطان^(٢).

وروى الصدوق عن النبي ﷺ: من جامع إمرأته وهي حائض فخرج الولد مجذوماً، أو به برص فلا يلومن إلا نفسه^(٣).

وعنهم عليه السلام: أكثر هؤلاء المشوهين من الذين يأتون نساءهم في الطمث^(٤). ويكره أن يجمع إمرأته بشهوة غيرها، خوفاً من تخنيث الولد. وأن يجمع من قيام، خوفاً من مجيئه بوالاً في الفراش. وليلة الفطر، خوفاً من أن لا تلد الولد الاكبير السن. وليلة الاضحى، خوفاً من زيادة الاصبح أو نقصانها. وتحت شجرة مثمرة، خوفاً من مجيئه جلاداً قتالاً عريفاً. وبين الاذان والاقامة، خوفاً من مجيئه حريصاً على إهراق الدماء. ومستقبل الشمس إلا بستر، خوفاً من فقر الولد وبوسه حتى يموت.

وعلى غير وضوء، خوفاً من بخله وعمى قلبه. وليلة نصف شعبان، خوفاً من شامة في وجهه وشعره.

(١) و(٢) الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ مقتبسات من حديث ١ وهو ما وصى به رسول الله ﷺ علي بن ابي طالب عليه السلام.

(٣) الفقيه: ج ١ (٢٠) باب غسل الحيض والنفاس ص ٥٣ الحديث ١٠.

(٤) الفقيه: ج ١ (٢٠) باب غسل الحيض والنفاس ص ٥٣ الحديث ١١ ولفظ الحديث (فقال: هم الذين يأتي اباؤهم نساءهم في الطمث).

وفي الليلة التي يسافر فيها، كيلا ينفق الولد ماله في غير حق. وعلى سقوف البنيان، خوفا من مجيئه منافقا مرأيا مبتدعا. وأول ساعة من الليل، خوفا من مجيئه ساحرا مؤثرا للدنيا على الآخرة. وفي آخر درجة من شعبان، بحيث يبقى منه يومان، خوفا من مجيئه كذابا. وأن يجامع بشهوة اختها خوفا من كونه عشارا، عوننا لكل ظالم، ويهلك قبيلة من الناس على يديه. وأن يمسح بحرقه واحدة، فإنه يوقع العداوة بينهما.

(ح) يستحب منعها في اسبوعها من اللبن والخل والكزبرة والتفاح الحامض، فان يعقم الرحم ويبرده، وإذا حاضت على الخل لم يطهر بتمام، والكزبرة تكثر الحيض في بطنها ويشدد عليها الولادة، والتفاح الحامض يقطع حيضها، فيصرداء.

(ط) يستحب خلع خف العروس حين يدخل عليه عند جلوسها، وغسل رجليها، وصب الماء من باب الدار إلى أقصاها، ليخرج بذلك سبعون لونا من الفقر، ويدخل عليه سبعين لونا من البركة، وينزل عليه سبعين رحمة ترفرف على رأس العروس حتى ينال بركتها من كل زاوية من بيتك، ويأمن العروس من الجنون والجذام والبرص مادامت في تلك الدار^(١).

(١) الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر، ص ٣٥٨ الحديث ١ كل ذلك مقتبسات مما أوصى به رسول الله ﷺ علي بن أبي طالب عليه السلام، وقال المحقق المحدث الكاشاني في الوافي: كتاب النكاح ص ١٠٩ بعد نقل الحديث: ولا يخفى ما في هذه الوصايا وبعد مناسبتها لجلالة قدر المخاطب بها، ولذا قال بعض فقهاءنا: أنها مما يشم منها رائحة الوضع.

(ى) مايقال لطالب الولد.

قال سيد العابدين عليه الصلاة والسلام لبعض أصحابه: قل في طلب الولد: (رب لاتذرنى فردا وأنت خير الوارثين، واجعل لي من لدنك وليا يرثني في حياتي ويستغفر لي بعد وفاتي، واجعله خلقا سويا، ولا تجعل للشيطان فيه نصيبا، اللهم إني أستغفرك وأتوب اليك إنك أنت الغفور الرحيم) سبعين مرة، فإنه من أكثر هذا القول رزقه الله ما تمنى من مال وولد، ومن خير الدنيا والآخرة، فانه يقول: (واستغفروا ربكم إنه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا ويمددكم بأموال وبنين ويجعل لكم جنات ويجعل لكم أنهارا)^{(١)(٢)}.

(يا) من لم يستطع التزويج فعليه بالصوم وتوفير الشعر.

قال أمير المؤمنين عليه السلام: ماكثر شعر رجل قط إلا قلت شهوته^(٣).

وجاء شاب إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله اني تائق إلى النكاح ولا أجد الطول؟ فقال عليه السلام: وفر شعر جسدك، وأد من الصوم، فانه له وجاء^(٤).

(يب) قال الصدوق رحمه الله: إنما جعل مهر السنة خمسمائة درهم؟ لان الله تبارك وتعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائة تكبيرة، ولا يسبحه مائة تسبيحة، ولا يهلله مائة تهليلة، ولا يحمده مائة تحميدة، ولا يصلى على النبي وآله مائة مرة، ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين، إلا زوجه حوراء من الجنة وجعل

(١) نوح: ١٠ ١٢.

(٢) الفقيه: ج ٣ (١٤٥) باب الدعاء في طلب الولد، ص ٣٠٤ الحديث ١.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٣ الحديث ٣٤.

(٤) الكافي: ج ٥، باب نوادر، ص ٥٦٤ الحديث ٣٦ يتفاوت يسير في بعض الكلمات.

ذلك مهرها^(١).

(يج) شبه الولد إلى أبيه.

قال رسول الله ﷺ: من نعم الله على العبد أن يشبهه ولده^(٢).

وقال الصادق عليه السلام: إن الله تبارك وتعالى إذا أراد أن يخلق خلقا، جمع كل صورة بينه وبين آدم عليه السلام ثم خلقه على صورة إحداهن، فلا يقولن أحد لولده: هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئا من آبائي^(٣).

(يد) مواظبة النساء على التستر.

روى الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: ليس للنساء من سروات الطريق شيء، ولكنها تمشي في جانب الحائط والطريق^{(٤) (٥)}.

وعنه عليه السلام: أما امرأة تطيبت ثم خرجت فهي تلعن حتى ترجع إلى بيتها متى ما رجعت^{(٦) (٧)}.
وقال عليه السلام: لا ينبغي للمرأة المؤمنة أن تنكشف بين يدي اليهودية

(١) علل الشرايع: ج ٢ باب ٢٥٨ العلة التي من أجلها صار مهر السنة خمسمائة درهم ص ١٨٥ الحديث ١.

(٢) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٢.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٣.

(٤) قال الجوهري: السراة: واحد السروات، وسراة كل شيء ظهره ووسطه (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦).

(٥) الكافي: ج ٥ باب التستر ص ٥١٨ الحديث ١.

(٦) قوله (فهي تلعن) على بناء المجهول، أى تلعنها الملائكة، وظاهره الحرمة، ويمكن حمله على ما إذا كان بقصد الاجانب (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦).

(٧) الكافي: ج ٥ باب التستر، ص ٥١٨ الحديث ٢.

والنصرانية، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن^{(١) (٢)}.

(يه) حق الرجل على المرأة.

روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يارسول الله ما حق الزوج على المرأة؟ فقال لها: أن تطيعه ولا تعصيه، ولا تتصدق من بيته إلا بإذنه، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب^(٣)، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء والأرض، وملائكة الغضب، وملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها، فقالت: يارسول الله من أعظم الناس حقاً على الرجل؟ قال:

(١) ويدل على كراهة كشف المرأة يديها عند اليهودية والنصرانية، وربما قيل بالتحريم، لقوله تعالى: (ونسألهن) إذ الظاهر اختصاصها بالمؤمنات، قال في مجمع البيان، يعنى النساء المؤمنات، ولا يحل لها أن يتجرذن لليهودية أو نصرانية أو مجوسية إلا إذا كانت أمة، وهو معنى قوله (أو ما ملكت أيمانهن) أى من الامماء، وقد يقال: الاضافة في النساء لأنهن من جنسهن، لا من جهة الايمان، فيشمل جميع النساء والاحوط ترك تجردهن عند الكافرات مطلقاً، وقال الشيخ: الذمية لا تنظر إلى المسلمة حتى الوجه والكفين لهذا الخبر وللآية، وقال بعض العامة: المسلمة كلها عورة بالنسبة إلى نساء اهل الذمة، كما أن كلها عورة بالنسبة إلى الاجنبي، أقول: يمكن حمل الخبر على الكراهة كما هو الظاهر، ويؤيده ان التعليل المذكور مشتركة بين الذميات والمسلمات، ولم يقل بالتعميم أحد من علمائنا (تلخيص عن مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦ و ٣٣٧).

(٢) الكافي: ج ٥، باب التستر ص ٥١٩ الحديث ٥.

(٣) قوله (وان كان على ظهر قتب) وفي النهاية: القتب للجمل كالاكاف لغيره، ومعناه الحث لهن على مطاوعة أزواجهن، وانه لايسعن الامتناع في هذه الحال فكيف في غيرها، وقيل: ان نساء العرب كن اذا أردن الولادة جلسن على قتب ويقلن انه اسلس للخروج، فاراد تلك الحالة، قال ابو عبيد: كنا نرى ان المعنى: وهى تسير على ظهر البعير، فجاء التفسير بغير ذلك (روضة المتقين: ج ٨ ص ٣٦٠).

والده، فمن أعظم الناس حقاً على المرأة؟ قال: زوجها، قالت: فما لي من الحق عليه مثل ماله علي؟ قال: لا ولا من كل مائة واحدة، فقالت: والذي بعثك بالحق نبياً لا ملكت رقبتي رجلاً أبداً^(١).

وعنه ﷺ: إنما النكاح رق، فإذا نكح أحدكم إبنته فقد أرقها، فلينظر أحدكم أين يرق كريمته^(٢).

وعن الصادق عليه السلام قال: إن امرأة أتت رسول الله ﷺ لبعض الحاجة، فقال لها: لعلك من المسوفات؟ قالت: وما المسوفات يا رسول الله؟ قال: المرأة التي يدعوها زوجها لبعض الحاجة، فلا تزال تسوفه حتى ينعس زوجها فينام، وتلك لا تزال الملائكة تلعنها حتى يستيقظ زوجها^(٣).
وعنه عليه السلام: إن رسول الله ﷺ قال للنساء: لا تطولن صلاتكن لتمنعن أزواجكن^(٤).
(يو) الوصية بالمرأة.

قال أمير المؤمنين عليه السلام: في وصية لولده الحسن عليه السلام، لا تملك المرأة من الأمر ما يجاوز نفسها، فإن ذلك أنعم لحالها، وأرخص لبالها، وأدوم لجمالها، فإن المرأة ريحانة وليست بقهرمانه، ولا تعد بكرهايتها نفسها، واغضض بصرها بسترک، واكففها بحجابك، ولا تطمعها أن تشفع لغيرها فيميل عليك بمن شفعت له معها، واستبق من نفسك بقية فإن إمساكك عنهن وهن يرين أنك ذو اقتدار خير

(١) الفقيه: ج ٣ (١٣٠) باب حق الزوج على المرأة ص ٢٧٦ الحديث ١.

(٢) الوسائل: ج ١٤ كتاب النكاح، باب ٢٨ من ابواب مقدماته وآدابه، الحديث ٨ نقلاً عن الامالى.

(٣) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن تمنع النساء أزواجهن ص ٥٠٨ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن تمنع النساء أزواجهن ص ٥٠٨ الحديث ١.

[وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضي؟ الاحوط نعم، لانه صريح في الانشاء ولو أتى بلفظ الامر كقوله للولي: زوجنيها، فقال: زوجتك قيل: يصح كما في قصة سهل الساعدي ولو أتى بلفظ] من أن يرين فيك حالا على انكسار^(١) ^(٢).

(يز) يكره التبتل للنساء، وهو ترك التزويج كما تكره العروبة للرجل.

روى عبدالصمد بن بشير قال: دخلت امرأة على أبي عبدالله عليه السلام فقالت: اصلحك الله إني امرأة متبتلة، فقال: وما التبتل عندك؟ قالت: لا اتزوج، قال: ولم؟ قالت: ألتمس بذلك الفضل فقال: إنصربي، فلو كان ذلك فضلا لكانت فاطمة عليها السلام أحق به منك، انه ليس أحد يسبقها إلى الفضل^(٣).

(يح) عن النبي صلى الله عليه وآله من كان له صبي فليتاب به^(٤).

وروي أن أفضل ما يطبخ به العقيقة ماء وملح^(٥).

وروي أن الصبيان إذا زوجوا صغارا لم يكادوا يتألفون^(٦).

قال طاب ثراه: وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضي؟ الاحوط نعم، لانه صريح في الانشاء إلى اخر الفصل.

(١) قوله (ما يجاوز نفسها) أي لا تكل اليها ولا تكلفها سوى ما يتعلق بدبير نفسها، وقال في النهاية: القهرمان، هو كالحازن والوكيل والحافظ لما في تحت يده، والقائم بامور الرجل بلغة الفرس قوله (ولا تعد بكرامتها) أي لا تتجاوز بسبب كرامتها أن تفعل بها ما يتعلق بنفسها لئلا تمنعها عن الاحسان إلى اقاربه وغير ذلك من الخيرات لحسدها وضعف عقلها (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٢٣).

(٢) الكافي: ج ٥ باب اكرام الزوجة ص ٥١٠ الحديث ٣.

(٣) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن تتبتل النساء ويعطلن انفسهن ص ٥٠٩ الحديث ٣.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الاولاد ص ٣١٢ الحديث ٢١.

(٥) الفقيه: ج ٣ (١٤٩) باب العقيقة والتحنيك والتسمية والكنى وحلق الرأس ص ٣١٣ الحديث ١١.

(٦) الكافي: ج ٥ باب ان الصغار اذا زوجوا لم ياتلفوا ص ٣٩٨ الحديث ١.

[المستقبل، كقوله: أتزوجك، قيل: يجوز كما في خبر أبان عن الصادق عليه السلام في المتعة: أتزوجك، فإذا قالت: نعم، فهي إمرأتك. ولو قال: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم، فقال الزوج: قبلت، صح، لأنه يتضمن السؤال. ولا يشترط تقديم الإيجاب. ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق، وتجزي مع العذر كالأعجم، وكذا الإشارة للآخرس].

اقول: الانشاء لغة الابتداء، وإصطلاحاً إيجاد عقد بلفظ يقارنه في الوجود، إذا عرفت هذا: فاللفظ الدال على الحدث، لا يخلو إما أن يدل على الماضي أو الحال أو الاستقبال: والمستقبل لا وثوق بحصوله لاحتماله الوعد، والاستفهام والحال يشاركه في الصيغة، فالتبس به، فلم يبق ما يدل على وقوع الفعل قطعاً إلا الماضي، فكان الماضي هو الصريح في الانشاءات كلها، والأمر بعيد عن شبه الانشاء فلا يصلح له وماعدا النكاح من البيع والصلح والوقف لا شك في عدم وقوعه بغير الماضي.

وانما وقع الخلاف في النكاح، هل يقع بغير الماضي، كأتزوجك؟ قيل: نعم، وقيل: لا، والخلاف في أربع صيغ: (الاولى) صيغة الأمر، كقوله للولي (زوجنيها) ويكون قبولاً مقدماً، فيقول الولي: زوجتك، هل يصح ذلك من غير أن يقبل الزوج بعد ذلك؟ فيه مذهبان: الصحة، وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(١) وظاهر المصنف في النافع^(٢)

(١) المبسوط: ج ٤، فصل فيما ينعقد به النكاح، ص ١٩٤ س ٤ قال: وأما ان تأخر الإيجاب وسبق القبول: إلى ان قال: صح وان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر سعد الساعدي الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

واستحسنه في الشرائع^(١). والمنع، وهو مذهب ابن ادريس^(٢) واختاره العلامة في كتبه^(٣).

إحتج الاولون برواية سهل بن سعد الساعدي، إن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إني قد وهبت نفسي لك يارسول الله إن يكن لك رغبة، فقال ﷺ: لا رغبة لي في النساء فقامت طويلا، فقام رجل فقال يارسول الله: زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة فقال رسول الله ﷺ: هل لك شئ تصدقها إياه؟ فقال ما عندي إلا أزارى هذا، فقال النبي: إن أعطيتها جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئا، فقال: ما أجد شيئا، فقال رسول الله ﷺ: هل معك شئ من القرآن؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا، فقال رسول الله ﷺ: زوجتكها على ما معك من القرآن^(٤).

(١) الشرائع: الفصل الثاني في العقد، قال: ولواتي بلفظ الامر إلى أن قال: وهو حسن.

(٢) السرائر: في الكفاءة في النكاح ص ٢٩٩ س ٢٣ قال: ولا يجوز ان يأتي بلفظ الامر او الاستفهام الخ(٣) التذكرة: ج ٢، الركن الاول في الصيغة ص ٥٨٣ س ٦ قال: وقال احمد: لا يصح العقد اذا قدم القبول، إلى أن قال: ولا بأس بهذا القول.

وفي القواعد، الباب الثاني في العقد ص ٤ س ٨ قال: ولو قصد بلفظ الامر الانشاء قيل: يصح كما في خبر سهل الساعدي، ولو قال: أتزوجك بلفظ المستقبل جاز على رأي الخ، وفي المختلف: كتاب النكاح الفصل الثاني في العقد ص ٨٥ س ٢٦ قال بعد نقل الشيخ في المبسوط: والوجه المنع.

(٤) رواه أكثر ائمة الحديث من الخاصة والعامة باختلاف يسير في بعض الفاظه، لاحظ الكافي: ج ٥ باب نوادر في المهر ص ٣٨٠ الحديث ٥ والتهذيب: ج ٧(٣١) باب المهور والاجور ص ٣٥٤ الحديث ٧ وصحيح البخاري كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، وصحيح مسلم: ج ٢ كتاب النكاح(١٣) باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير، الحديث ٧٦ وسنن أبي داود: ج ٢ كتاب النكاح باب التزويج على العمل يعمل، الحديث ٢١١١، ٢١١٢، ٢١١٣ وسنن ابن ماجه، كتاب النكاح(١٧) باب صداق النساء الحديث ١٨٨٩ والترمذي(٣) كتاب النكاح(٢٣) باب منه، والنسائي كتاب النكاح باب التزويج على سورة القرآن.

واعلم أن هذا الحديث قد دل على أمور سبعة غير ما ذكره الشيخ من جواز وقوعه بلفظ الامر.

(أ) كون النبي ﷺ أولى بالمؤمنين من أنفسهم، لانه ﷺ زوجها ولم يأخذ إذنها، وهو موافق لمنطوق الآية.

(ب) جواز جعل تعليم القرآن صداقا.

(ج) جواز تقديم القبول على الايجاب.

(د) عدم اشتراط تقديم الخطبة.

(هـ) جواز خروج المرأة إلى مجمع الرجال لحاجة تعرض لها.

(و) جواز خطبة النساء للرجال.

(ز) اشتراط تمكن الزوج من المهر حالة العقد.

(الثانية) لفظ المستقبل.

وفي وقوع النكاح به مذهبان: الصحة: وهو مذهب المصنف في الشرائع^(١) لرواية ابان بن تغلب عن الصادق ﷺ في المتعة: أتزوجك مدة كذا بكذا، فاذا قالت: نعم فهي إمراةك^(٢).

وقال ابن حمزة لا يقع^(٣) واختاره العلامة في كتبه^(٤) اقتصارا على المتيقن، ومنع صحة سند الرواية.

(١) الشرائع: كتاب النكاح، في العقد، قال: ولواتى بلفظ المستقبل إلى قوله: جاز.

(٢) الكافي: ج ٥ باب شروط المتعة ص ٤٥٥ قطعة من حديث ٣.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح، فصل في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩١ س ١٩ قال: ولا يجوز بلفظة الاستفهام، ولا الاستقبال.

(٤) المختلف: كتاب النكاح، الفصل الثاني في العقد ص ٨٥ س ٢٧ قال: مسألة الاقوى أنه لا ينعقد بلفظ الاستقبال الخ وفي التذكرة، الركن الاول الصيغة ص ٥٨٣ س ٢٠ قال: ولو أتى بلفظ المستقبل الخ.

[وأما الحكم فمسائل: الأولى: لا حكم لعبارة الصبي، ولا المجنون، ولا السكران.
وفي رواية اذا زوجت السكرى نفسها ثم أفأقت، فرضيت به، أو دخل بها وأقرته كان ماضيا].
(الثالثة) الكناية، كنعم في جواب من قال له: هل تزوجت بنتك من فلان؟ فيقول: نعم، فيقول
الزوج: قبلت، في الحال مع قصدهما الانشاء، هل تصح أم لا؟ مذهبان: الصحة مذهب الشيخ^(١)
وجزم به المصنف في النافع^(٢) لان (نعم) يتضمن إعادة السؤال فيكون تقدير الكلام، نعم زوجت،
فقد حصل القبول ومعنى الايجاب، فصح العقد لاصالة الصحة.
والمنع قاله العلامة^(٣) وتردد المصنف في الشرائع^(٤).
(الرابعة) الترجمة، ومنع الجمهور من الاصحاب من وقوعه بغير العربية، وأجازه ابن حمزة^(٥)
والاقرب المنع في الرابع.
قال طاب ثراه: وفي رواية: اذا زوجت السكرى نفسها ثم أفأقت، فرضيت به، أو دخل بها
فأقرته كان ماضيا.

(١) المبسوط: فيما ينعقد به النكاح، ص ١٩٣ س ٢٢ قال: وكذلك (أى ينعقد العقد) لو قال: زوجت بنتك من
فلان، فقال: نعم الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) التحرير: في العقد، ص ٤ س ٣٤ قال: ولو قيل: زوجت بنتك من فلان فقال: نعم ثم قال: وعندي فيه نظر.
(٤) الشرائع: في العقد، قال: ولو قال: زوجت بنتك من فلان فقال: نعم إلى أن قال: وفيه تردد.
(٥) الوسيلة: في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩١ س ٢١ قال: وان قدر المتعاقدان إلى أن قال: وان عجز
اجاز بما يفيد مفادها من اللغات

أقول: الرواية إشارة إلى مارواه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة أبتليت بشرب النبيذ، فسكرت، فزوجت نفسها رجلا في سكرها، ثم أفاقت فانكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها؟ أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا قامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم ^(١) ^(٢).

وبمضمونها قال الشيخ في النهاية ^(٣) والصدوق في المقنع ^(٤) والشيخ سلم بطلان العقد وحكمه بامضائه بعد إجازتها، وهو مشكل، لأن مقتضى البطلان الإلغاء، وقال ابن إدريس: بالبطلان والإلغاء الإجازة ^(٥) وهو مذهب المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) وحمل الرواية على تقدير عدم بلوغ الاسكار إلى مزيل التحصيل.

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح .. ص ٣٩٢ الحديث ٤٧.
- (٢) وأعلم انه لو افاق السكران فأجاز العقد الواقع في السكر، فالمشهور أنه لا يصح وإن كان بعد الدخول، وقال الشيخ في النهاية: وإذا عقدت على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا، فإن أفاقت ورضيت كان العقد ماضيا، وحمل في المختلف الرواية على ما إذا لم يبلغ السكر إلى حد عدم التحصيل، وفيه مافيه (ملاذ الاختيار: ج ١٢ ص ٣٠٥).
- (٣) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء، ص ٤٦٨ س ٥ قال: وإذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا، ن أفاقت ورضت بفعلها كان العقد ماضيا.
- (٤) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٣ قال بعد نقل الحديث: فان التزويج واقع اذا اقامت معه بعد ما افاقت، وهو رضاها، والتزويج جائز عليها.
- (٥) السرائر: باب من يتولى العقد، ص ٢٩٨ س ١٣ قال بعد نقل الحديث: والذي يقوى عندي أن هذا العقد باطل، فاذا كان باطلا فلا يقف على الرضا والاجازة الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: كتاب النكاح، ص ٩٠ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس: وقول ابن إدريس لأبأس به، إلى أن قال: والتحقيق أن يقول: ما بلغ السكر بها إلى عدم التحصيل كان العقد باطلا وإن لم يبلغ السكر إلى ذلك الحد صح العقد ويحمل عليه لرواية.

[الثانية: لا يشترط حضور شاهدين، ولا ولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الاصح.
الثالثة: لو ادعى زوجية امرأة، وادعت اختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل، إلا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول، او تقدم تاريخ. ولو عقد على امرأة وادعى آخر زوجيتها لم يلتفت إلى دعواه إلا مع البينة.

الرابعة: لو كان لرجل عدة بنات، فزوج واحدة ولم يسمها، ثم اختلفا في المعقود عليها، فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التي قصدها في العقد، ان كان الزوج رآهن، وإن لم يكن رآهن فالعقد باطل].

قال طاب ثراه: لا يشترط حضور شاهدين ولا ولي اذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الاصح.
أقول: البحث هنا يقع في فصلين:

(أ) حضور الولي.

(ب) اشتراط الاشهاد.

وكلاهما غير شرط عندنا الا من شذ كابن عقيل^(١) وهو مذهب العامة^(٢).

لنا عموم قوله تعالى (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم

(١) المختلف: في الاولياء ص ٨٧ قال: مسألة المشهور عند علمائنا انه لا يشترط في العقد الولي ولا الشهود وقال ابن عقيل: ولا يجوز الا بولي مرشد وشاهدي عدل الخ.

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة: ج ٤ ص ٢٥ الشهود والزوجان قال: (٧) اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد، فاذا لم يشهد شاهدان عند الايجاب والقبول بطل، وقال في ص ٢٦: الولي في النكاح هو الذي يتوقف عليه صحة العقد، فلا يصح بدونه.

بالمعروف^(١).

وقوله (فانكحوا ما طاب لكم)^(٢) (وانكحوا الايامى منكم)^(٣). ومن الروايات كثير. كرواية حنان بن سدير، عن مسلم بن بشير عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة ولم يشهد، قال: أما فيما بينه وبين الله فليس عليه شيء، ولكن إن أخذه السلطان الجائر أعقبه^(٤).

وادعى المرتضى عليه الاجماع^(٥) ولاصالة الجواز.

احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل^(٦).

والجواب: منع السند، وقد أنكره الزهري منهم^(٧).

ومعارضة بما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله : ليس للولي مع

(١) البقرة: ٢٣٢.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النور: ٣٢.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١١٧) باب الولي والشهود والخطبة والصدوق ص ٢٥١ الحديث ٥.

(٥) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٨ قال: مسألة ومما ظن انفراد الامامية به القول بان الشهادة ليس بشرط في النكاح إلى أن قال: والحجة لقولنا اجماع الطائفة.

وقال في ص ١١٩ مسألة ومما يقدر من الاختيار له انفراد الامامية به وما انفردوا جواز عقد المرأة التي تملك أمرها على نفسها بغير ولي إلى أن قال بعد اسطر: دليلنا على ما ذهبنا اليه بعد اجماع الطائفة الخ.

(٦) سنن الترمذي: ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لا نكاح الا بولي الحديث ١١٠١ و ١١٠٢ و (١٥) باب ما جاء لا نكاح إلا بنية، الحديث ١١٠٣ وسنن الدارقطني: ج ٣ كتاب النكاح الحديث ١١ و ٢١ و ٢٢ و لفظ الحديث لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل.

(٧) سنن الترمذي: ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لا نكاح الا بولي، قال: وحديث عائشة في هذا الباب رواه ابن جريح عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، إلى أن قال: قال ابن جريح: ثم لقيت الزهري فسألته، فانكره، فضعفوا هذا الحديث من أجل هذا.

آداب النكاح .. القسم الاول، آداب العقد

ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الاصل، وأن يقصد السنة، لا الجمال والمال، فرمما حرمهما، ويصلي ركعتين، ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن وأحفظهن، وأوسعهن رزقا، وأعظمهن بركة، ويستحب الاشهاد والاعلان، والخطبة إمام العقد، وإيقاعه ليلا. ويكره والقمر في العقب، وأن يتزوج العقيم].

الثيب أمر^(١). وليس لهم ان يخصوه بالثيب، لان الامة لم يفرق بينها وبين البكر في اشتراط الاشهاد وحضور الولي، فإعتبار في إحداها دون الاخرى إحداث قول ثالث وهو غير جائز، لما تقرر في الاصول. هذا مع قبوله التأويل، اذا المنفي في الخبر، نفي الفضيلة، كقوله عائشة : لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد^(٢).

فان قالوا: يلزم الاضمار والاصل عدمه.

قلنا: الاضمار لازم، لاستحالة نفى الحقيقة، وليس نفي الصحة أولى منه، بل مذهبنا اليه أرجح، لاعتضاده بعموم الآيات، وصريح الروايات.

(١) سنن النسائي، كتاب النكاح (استثمار الاب البكر في نفسها)، ولفظ الحديث: (عن ابن عباس ان النبي ﷺ قال: الثيب احق بنفسها والبكر يستأمرها أبوها وإذنها صماها).

القسم الثاني: في آداب الخلوة

يستحب صلاة ركعتين اذا أراد الدخول، والدعاء، وأن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال، وأن يجعل يده على ناصيتها، ويكونا على طهر، ويقول: أَللّهُمَّ عَلَى كِتَابِكَ تَزَوَّجْتَهَا، إِلَى آخِرِ الدَّعَاءِ، وأن يكون الدخول ليلاً، ويسمي عند الجماع، وإن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً ويكره الجماع ليلة الخسوف، ويوم الكسوف، وعند الزوال، وعند الغروب حتى يذهب الشفق، وفي المحاق، وبعد الفجر حتى تطلع الشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلا شهر رمضان، وفي ليلة النصف، وفي السفر إذا لم يكن معه ماء للغسل، وعند الزلزلة، والريح الصفراء والسوداء، ومستقبل القبلة، ومستدبرها، وفي السفينة، وعارياً، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء، والجماع وعنده من ينظر إليه، والنظر إلى فرج المرأة، والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى.

مسائل

الاولى: يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها وكذا إلى أمة يريد شراءها، وإلى أهل الذمة لأنهم بمنزلة الاماء، ما لم يكن لتلذذ وينظر إلى جسد زوجته باطناً وظاهراً، وإلى محارمه ما خلا العورة].
قال طاب ثراه: يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها، وكفيها، وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها، إلى آخر البحث.

أقول: هنا مسائل:

(الاولى) يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها إجماعاً، بشروط:

(أ) أن يكون مریداً لنكاحها.

(ب) إمكانه عادة بالنظر إلى حالها وحاله.

(ج) خلوها من موانع النكاح كالعدة، وإن جازت خطبتها في بعض المواقع.

(د) أن لا يتلذذ به. فوقت جواز النظر عند إجتماع هذه الشرائط، وقيل: قبل اجابتها خطبة

غيره، وهو مبني على تحريم الخطبة على الخطبة، ولا يشترط إذنهما في ذلك.

والمستند قوله عليه السلام: من تآقت نفسه إلى نكاح امرأة فلينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها^(١).

فأجمل عليه السلام هنا ثم بينه لصحابي خطب امرأة نظر إلى وجهها وكفيها^(٢).

وفي رواية ابن مسكان عن الحسن بن السري، عن أبي عبد الله عليه السلام، لا بأس بأن ينظر الرجل

إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ينظر إلى خلفها وإلى وجهها^(٣).

وهذا معنى قول علمائنا: يجوز أن ينظر إليها قائمة وماشية، وهو اجماع من علماء الاسلام.

(١) عوالى اللئالى: ج ٣ ص ٣١٤ الحديث ١٥٠ وفي سنن أبي داود، ج ٢، كتاب النكاح باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، الحديث ٢٠٨٢ ولفظه: (قال رسول الله ﷺ إذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل).

(٢) سنن النسائي: كتاب النكاح (اباحة النظر قبل التزويج) وفيه: هل نظرت إليها؟ قال: لا، فأمره ان ينظر إليها.

(٣) الكافي: ج ٥، باب النظر لمن اراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٣.

بقي البحث في الشعر والمحاسن، هل يجوز النظر إلى ذلك أم لا؟ الذي عليه الاكثرون المنع، لعموم قوله تعالى: (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم)^(١) وهو عام خرج عنه ما وقع عليه الاجماع وتضافرت به الاخبار، فبقي الباقي على المنع، ولانه احوط.

ورواية الشعر هي رواية عبدالله بن سنان قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: ألرجل يريد أن يتزوج المرأة فيجوز أن ينظر إلى شعرها؟ قال: نعم إنما يريد أن يشتريها بأغلا الثمن^(٢).

وأما رواية المحاسن، فرواية غياث بن ابراهيم عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام في رجل نظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها؟ قال: لا بأس إنما هو مستام^(٣).

ولعل ما ذكره المصنف من الرواية الجامعة لهما اشارة إلى ما رواه محمد بن يعقوب مرفوعا إلى عبدالله بن الفضل، عن أبيه، عن رجل، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: أينظر الرجل إلى امرأة يريد تزويجها، فينظر إلى شعرها ومحاسنها؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذا^(٤).

وهذه الرواية مرسلة، وغياث بن ابراهيم بتري.

الثانية: يجوز النظر إلى أهل الذمة وشعورهن، لانهن بمنزلة الامة المزوجة فانه يجوز النظر اليها وان حرم نكاحها لمكان تزويجها.

والمستند ما رواه محمد بن يعقوب، يرفعه إلى السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: قال:

(١) النور: ٣٠.

(٢) الفقيه: ج ٣، (١٢٤) باب ما احل الله عزوجل من النكاح وما حرم منه ص ٢٦٠ الحديث ٢٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٩) باب نظر الرجل إلى المرأة قبل ان يتزوجها ص ٤٣٥ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥ باب النظر لمن اراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٥.

قال رسول الله ﷺ: لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وايديهن^(١). لكن بشروط ثلاثة:

(أ) أمن الفتنة، ولو خافها حرم.

(ب) عدم التلذذ، لانه إستمتاع.

(ج) أن لا يكون لريبة.

وعليه الاصحاب، ومنع ابن ادريس^(٢) والعلامة في المختلف^(٣) وهما نادران.

الثالثة: يجوز النظر إلى جسد زوجته باطنا وظاهرا.

روى اسماعيل بن همام عن علي بن جعفر، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يقبل قبل المرأة، قال: لا بأس^(٤).

وعن أبي حمزة قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى فرج امرأته وهو يجامعها، قال: لا بأس^(٥).

وحرمه ابن حمزة^(٦) وهونادر.

وعن اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل ينظر إلى فرج

(١) الكافي: ج ٥، باب النظر إلى نساء أهل الذمة ص ٥٢٤ الحديث ١.

(٢) السرائر: باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد، ص ٣٠٨ س ٢٨ قال: وقد روي جواز النظر إلى نساء أهل الكتاب إلى أن قال: والذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية والعدول عنها الخ.

(٣) المختلف: كتاب النكاح، ص ٨٦ س ١٨ قال: بعد نقل قول الشيخ وابن ادريس: والاقرب المنع كقول ابن ادريس.

(٤) الكافي: ج ٥ باب نوادر، ص ٤٩٧ الحديث ٤.

(٥) الكافي: ج ٥ باب نوادر، ص ٤٩٧ الحديث ٥.

(٦) الوسيلة: في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال: فالحرم ثلاثة أشياء. قراءة العزائم والنظر إلى فرج المرأة قال الجماع الخ.

[الثانية: الوطء في الدبر فيه روايتان، أشهرهما الجواز على الكراهية].

امراته وهي عريانة، قال: لا بأس، وهل اللذة إلا ذلك؟^(١).

وفي المشهور بين علمائنا كراهية النظر إلى الفرج حالة الجماع وغيره، وهذه الاحاديث قد تضمن الاباحة، فحمل النهي عن النظر إلى باطن الفرج، والاباحة على النظر إلى الظاهر، لما فيه من الجمع، ولما روي عن امير المؤمنين عليه السلام، يكره النظر إلى باطن الفرج^(٢).

الرابعة: يجوز النظر إلى المحارم ماعدا العورة، والمراد بالمحرم كل امرأة حرم نكاحها مؤبدا بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة بعقد أو ملك، فتدخل فيه ام الزوجة، وبنت المدخول بها، ومنكوحة الاب والابن، دون الملاعته، والمطلقة تسعا، والزوجة المزني بها، وبنت العمه والخالة المفجور بأمهما، لان التحريم هنا وإن تأيد فليس بسبب مصاهرة أو عقد، بل بسبب إيقاع، وهو استيفاء عدد الطلاق، أو عقوبة، فلا يكون سببا للترخص، ويجوز النظر إلى ما عدا العورة منهن.

روى السكوني عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليه السلام قال: لا بأس أن ينظر الرجل إلى شعر امه أو اخته أو بنته^(٣).

قال طاب ثراه: الوطء في الدبر فيه روايتان، أشهرهما الجواز على الكراهية.

أقول: الكراهية مذهب الشيخ^(٤) والمرتضى^(٥) والمصنف^(٦) والعلامة^(٧)

(١) الكافي: ج ٥ باب نوادر ص ٤٩٧ الحديث ٦.

(٢) لم اظفر عليه.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٤ الحديث ٤٤.

(٤) النهاية: باب ما يستحب فعله لمن اراد العقد او الزفاف وآداب الخلوة ص ٤٨٢ س ١٦ قال: ويكره للرجل أن يأتي النساء في احشاشهن.

(٥) الانتصار: كتاب النكاح ص ١٢٥ قال: مسألة ومما يشنع به على الامامية، القول باباحة وطء النساء في غير فروجهن المعتادة للوطء إلى ان قال: والحجة في اباحة ذلك اجماع الطائفة الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ قال: مسألة المشهور كراهة الوطء في الدبر من غير تحريم لنا قوله تعالى الخ.

[الثالثة: العزل عن الحرة بغير إذنها، قيل: يحرم، وتجب به دية النطفة عشرة دنانير، وقيل: مكروه وهو أشبهه، ورخص في الاماء].

ومذهب أكثر علمائنا، وقال ابن حمزة: بالتحريم^(١).

احتج الاولون بقوله تعالى (فأتوا حرثكم أنى شئتم)^(٢).

فان قلت: هذا مختص بموضع الحرث، وهو القبل.

قلنا: مدفوع بجواز الاتيان بين الفخذين والركبة إجماعا.

ولصحيحة عبدالله بن أبي يعفور قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل أتى المرأة في دبرها، قال: لا بأس^(٣).

وبالاصل إحتج الآخرون بما رواه سدير قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: محاش النساء على أمتي حرام^(٤).

أجاب الاولون بحمله على شدة الكراهة، أو على التقية، لكونه مذهب العامة.

قال طاب ثراه: العزل عن الحرة بغير إذنها، قيل: يحرم (محرم خ ل) ويجب به دية النطفة عشرة دنانير، وقيل مكروه، وهو أشبهه، ورخص في الاماء.

أقول: هنا مسألتان:

(أ) في تحريم العزل وكراهته، وفيه قولان:

(١) الوسيلة: فصل في بيان احكام الزفاف ص ٣١٣ س ١٥ قال: وحرم عليه وطؤها في المحاش.

(٢) البقرة ٢٢٣.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع، ص ٤١٥ الحديث ٣٤ وقطعة من حديث ٢٩.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع ص ٤١٦ الحديث ٣٦.

والاول مختار ابن حمزة^(١) ومذهب المفيد^(٢).

والثاني مذهب الشيخ في النهاية^(٣) والقاضي^(٤) وابن ادريس^(٥)، واختاره المصنف^(٦) والعلامة^(٧)،
لاصالة الاباحة.

ولرواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل؟ فقال: ذلك إلى الرجل يصرفه
حيث شاء^(٨).

واحتج المانع: بأن حكمة النكاح الاستيلاد، ولا يحصل مع العزل غالبا، فيكون منافيا لغرض
الشرع، وكلية الصغرى ممنوعة.

(ب) هل يجب دية النطفة أم لا؟ قال الشيخ بالاول^(٩) وابن ادريس والعلامة بالثاني^{(١٠)(١١)}
وللمصنف قولان: فبالاول قال في باب النكاح من

(١) الوسيلة: في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال: والمحرم ثلاثة أشياء، والعزل الاباذن المرأة.

(٢) المقنعة: باب السنة في عقود النكاح، ص ٧٩ س ١٦ قال: وليس لاحد ان يعزل الماء عن زوجة له حرة الخ.

(٣) النهاية: باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد وآداب الخلوة. ص ٤٨٢ س ١٩ قال: ويكره للرجل أن يعزل عن
امراته الحرة الخ.

(٤) المذهب: ج ٢ (في آداب الغشيان) ص ٢٢٣ س ١ قال: ويكره له العزل عن زوجته الحرة الخ.

(٥) السرائر: باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد والزفاف .. ص ٣٠٨ س ٢ قال: ويكره للرجل أن يعزل الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح، ص ٨٦ قال: مسألة المشهور كراهة العزل عن الحرة وليس محرما.

(٨) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح .. ص ٤١٧ الحديث ٤١.

(٩) النهاية: باب دية الجنين والميت ص ٧٧٩ س ١٥ قال: وكذلك اذا عزل الرجل عن زوجته الحرة بغير اختيارها كان
عليه عشر دية الجنين الخ.

(١٠) السرائر: باب ما يستحب فعله. ص ٣٠٨ س ٣ قال بعد نقل موجب الدية: الاصل براءة الذمة الخ.

(١١) المختلف: الفصل السادس في الجراحات، ص ٢٦٣ س ١٠ قال بعد نقل الاقوال: والوجه الحمل على
الاستحباب.

[الرابعة: لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الاصح.

الخامسة: لا يجوز للرجل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر.

السادسة: يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً.

السابعة: إذا دخل بالصبية لم تبلغ تسعا فأفصاها حرم عليه وطؤها مؤبداً، ولم تخرج عن حبالته،

و (لو ظ) لم يفضها لم يحرم على الاصح.]

الشرائع^(١) وبالثاني قال في باب الديات من كتابيه^{(٢)(٣)} وفي الاماء جائز بالاجماع، وهو صريح

في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام^(٤).

قال طاب ثراه: لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على

الاصح.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات: (الاولى) إذا دخل بمن لها دون التسع، هل يحرم بمجرد

الدخول، أو لا يحرم إلا مع الافضاء؟ الشيخ في النهاية على الاول^(٥) والباقون على الثاني، وهو قوله

في

(١) الشرائع: في آداب الخلوة، الثانية: العزل عن الحرة إلى أن قال: وقيل: هو مكروه وإن وجبت الدية وهو اشبه.

(٢) الشرائع: كتاب الديات، في اللواحق، قال: ولو عزل إلى أن قال: قيل: يلزمه عشرة دنانير وفيه تردد اشبهه انه لا يجب.

(٣) المختصر النافع: كتاب الديات، في اللواحق ص ٣١٣ قال: ولو عزل عن زوجته إلى أن قال: والاشبه الاستحباب.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء.. ص ٤١٧ الحديث ٤٣.

(٥) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٣ س ١٠ قال: وإذا تزوج الرجل بصبية لم تبلغ تسع سنين فوطئها فوق بينهما ولم تحل له ابداً.

الاستبصار^(١).

(الثانية) هل تبين منه في موضع التحريم المؤبد بمجرد الفعل؟ أو تبقى في حباله ولا تبين منه إلا بالطلاق؟ نص ابن حمزة على الأول^(٢) وهو ظاهر الشيخ^(٣) ونص ابن الجنيد على الثاني^(٤) وبه قال ابن ادريس^(٥) وهو ظاهر المفيد^(٦).

ومما يؤيد الثاني رواية البريد العجلي عن الباقر عليه السلام في رجل إفتض جاريته، يعنى إمرأته فأفضاها، قال: عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شئ عليه، وإن دخل بها ولها تسع سنين، فلا شئ عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق^(٧).
وروى ابن بابويه في كتابه يرفعه إلى حمزة بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوج جارية لم تدرك فأفضاها؟ قال: إن دخل بها ولها تسع سنين فلا شئ عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين وكان لها أقل من

(١) الاستبصار: ج ٤ (١٧٧) باب من وطأ جارية فأفضاها، ص ٢٩٤ الحديث ١.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه، ص ٢٩٢ س ٢٠ قال: والتي افضاها بالوطء إلى قوله: وتبين منه بغير طلاق.

(٣) وذلك لقوله (فرق بينهما) بدون قيد آخر.

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ قال: وقال ابن الجنيد: فإن أوج عليها فأفضاها قبل تسع سنين فعليه أن لا يطلقها الخ.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٨ س ١٣ قال: وإذا تزوج الرجل بصبية إلى أن قال: وهو بالخيار بين أن يطلقها أو يمسكها ولا يحل له وطؤها أبدا وليس بمجرد الوطء تبين منه وينفسخ عقدها الخ وله عليه السلام تحقيق دقيق في هذا المطلب فراجع.

(٦) المقنعة: باب ضمان النفوس ص ١١٧ س ١١ قال: والرجل إذا جامع الصبية ولها دون تسع سنين فافضاها كان عليه دية نفسها والقيام بها حتى يفرق الموت بينهما.

(٧) الكافي: ج ٧ باب ما يجب فيه الدية كاملة من الجراحات التي دون النفس ص ٣١٤ الحديث ١٨.

ذلك فافتضها، فإنه قد أفسدها وعطلها عن الأزواج، فعلى الامام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه^(١).

فروع

(أ) لو مات أحدهما قبل الطلاق، توارثا على الثاني دون الاول.
(ب) لا يجوز له التزويج بأختها على الثاني ويجوز على الاول.
(ج) يحرم عليه الخامسة لو كانت رابعة على الثاني دون الاول.
وكذا البحث في إدخال بنت الاخ أو الاخت عليها، فلا يفتقر إلى إذنها على الاول دون الثاني.

أما تزويجه بالامة، فإن كان تحتها غيرها من الحرائر إفتقر إلى إذنها مع الباقيات على الثاني، ولو لم يكن غيرها وعدم الطول، فالاقرب عدم التوقف على إذنها، لجواز أن يعانده بعدم الادن، فيستضر، وقال عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار^(٢). وأما وقوع الظهار منها، فإن حرمتنا به غير الوطاء، وقع على الثاني، وإلا فلا.

(د) لوزنا وليس له زوجة غيرها، لم يرجم على القولين.
ويتفرع على وجوب الانفاق فروع:
(أ) يجب الانفاق مطلقا، أي سواء قلنا بالبينونة بمجرد الفعل أولا.
(ب) لو تزوجت بغيره فالاقرب سقوط الانفاق.
(ج) لو طلقت باننا عاد الاستحقاق، وكذا لو غاب عنها الثاني غيبة منقطعة ولم يكن له ولي ينفق عليها، لظهور العذر، ولو أمرها الحاكم بالاعتداد، كانت نفقتها

(١) الفقيه: ج ٣ (١٢٤) باب ما احل الله عزوجل من النكاح وما حرم منه ص ٢٧٢ الحديث ٧٩.

(٢) لاحظ عوالى اللقالى: ج ١ ص ٢٢٠ الحديث ٩٣ وما علق عليه.

الفصل الثاني: في أولياء العقد

لا ولاية في النكاح لغير الأب، والجد للأب وإن علا، والوصي، والمولى، والحاكم، وولاية الأب والجد ثابتة على الصغيرة ولو ذهبت [في العدة على الأول إذ لم يقل برجوعها عليه، أما لو نشرت على الثاني، وسقطت نفقتها عنه لذلك، فانها لا يستحق على الأول نفقة، لاستناد التفريط في ضياع النفقة إليها. ولو أعسر احتمل أن يرجع إلى الأول، لعدم حصول النفقة لها، وعدمه لاستقرار نفقتها في ذمة الثاني ورجوعها عليه بعد يساره.

(المقام الثالث) الحكم يتعلق بالموطوءة بالعقد دائماً ومنقطعاً، ولو كان لشبهة قال في الخلاف: الحكم كذلك^(١) وقال ابن ادریس: لا يلزمه النفقة لأصالة البراءة^(٢)، وفي المكرهة يجب الدية دون المهر قاله في الخلاف^(٣) وأوجب ابن ادریس^(٤) وأما النفقة فيسقط عند ابن ادریس، ويلزم الشيخ وجوب الانفاق لأنه أبلغ من الشبهة لتغليظ العقوبة في الاكراه، وأما الدية فيجب في الجميع، أعني الزوجة والاجنبية بشبهة، ومكرهة ومطاوعة، لأنه إتلاف منفعة، وليس لازماً للوطء حتى يسقط بالاذن فيه، فيجب ديته لأنه جنائية، وسيجيء باقي أحكام المسألة في باب الديات.

(١) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٤١ قال: فان كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها مادامت حية وعليه مهرها وديتها كاملة إلى أن قال: هذا اذا كان في عقد صحيح أو شبهة، فاما اذا كان مكرها لها فانه يلزمه ديتها على كل حال ولا مهر لها الخ.

(٢) و(٤) لم اظفر عليه في السرائر: وفي المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٥ مالفظه (وقال ابن ادریس: عقد الشبهة لا يلزمه النفقة لأصالة البراءة، وقوله: لامهر لها مع الاكراه غير واضح، لانا نجمع عليه الامرين الدية والمهر، لانها ليست بغيا، والنهي انما هو عن مهر البغي).

(٣) تقدم عند نقل عبارة الخلاف آنفا.

[بكارتهما بزنا أو غيره، ولا يشترط في ولاية الجد بقاء الاب، وقيل: يشترط، وفي المستند ضعف].

قال طاب ثراه: ولا يشترط في ولاية الجد بقاء الاب.

وقيل: يشترط وفي المستند ضعف.

أقول: المشهور ان الولاية للاب والجد ثابتة على الصغيرين والمجنونين سواء كان جنونهما مستمرا قبل البلوغ، أو عرض بعد زوال الولاية عنهما لرشدتهما بعد البلوغ، وليست ولاية الجد مشروطة ببقاء الاب، بل هي ولاية برأسها وهو إختيار المفيد^(١) وتلميذه^(٢) والسيد^(٣) وابن ادريس^(٤) والمصنف^(٥) والعلامة^(٦).

وهنا مذهبان آخران:

(أ) ثبوت الولاية للاب خاصة قاله الحسن^(٧).

(١) المقنعة: باب عقد المرأة على نفسها النكاح. ص ٧٨ س ٢٢ قال: وذوات الآباء من الابكار ينبغي لهن أن لا يعقدن على أنفسهن الا باذن آبائهن إلى أن قال: وان عقد عليها وهي صغيرة لم يكن لها عند البلوغ خيار وأن عقدت على نفسها بعد البلوغ بغير اذن ابيها خالفت السنة وبطل العقد إلى أن قال: وليس لاحد أن يعقد على صغيرة سوى أبيها أو جدها لابيها.

(٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٤٨ س ٧ قال: فاما الصغار فيعقد لهن آباوهن ولا خيار لهن بعد البلوغ، وكذلك ان عقد لهن أجدادهن إلى أن قال: الا أن إختيار الجد مقدم على إختيار الاب وعقده امضى.

(٣) الانتصار: مسائل النكاح ص ١٢١ قال: ومما انفردت به الامامية ان لولاية الجد من قبل الاب رجحانا الخ.

(٤) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٥ س ٣٢ قال: الا أن لولاية الجد رجحانا وأولوية هنا الخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف: كتاب النكح ص ٨٧ قال: مسألة الجد للاب كالأب في ولاية النكاح سواء كان الاب حيا أو ميتا الخ.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٧ س ٢١ قال: وأما ابن أبي عقيل قال: الولي الذي هو أولى بنكاهن هو الاب

دون غيره.

(ب) إشتراط بقاء الاب في ثبوت ولاية الجد قاله الشيخ في النهاية^(١) وابوعلي^(٢) والصدوق^(٣) والقاضي^(٤) والتقي^(٥).

إحتج الاولون بما رواه عبيد بن زرارة (في الموثق) قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الاب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الاب والجد^(٦).

واذا كانت ولاية الجد أقوى لم يؤثر فيها موت الاضعف.

إحتج الحسن برواية ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا تزوج ذات الآباء من الابكار الا بإذن أبيها^(٧).

-
- (١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٦ قال بعد نقل ولاية الجد مالفظة (هذا اذا كانت البكر أبوها الادنى حيا، فان لم يكن أبوها حيا لم يجز للجد أن يعقد عليها الا برضاها وجرى مجرى غيره).
- (٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٧ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ: وبه قال ابن الجنيد.
- (٣) الهداية: (١١٨) باب النكاح ص ٦٨ س ١٠ قال: واذا كانت بكر أو كان لها أب وجد، فالجد الحق بتزويجها من الاب مادام الاب حيا، فاذا مات الاب فلا ولاية للجد عليها، لان الجد انما يملك أمرها في حياة ابنه.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ٩ قال: واذا كان الجد الذي هو أبوأبيها حيا، وكان أبوها ميتا، لم يجز له العقد عليها الا باذنها لانه مع فقد أبيه يجري مجرى غيره.
- (٥) الكافي: الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٢ س ٤ قال: والولاية مختصة بأب المعقود عليها وجدها له في حياته.
- (٦) الكافي: ج ٥، باب الرجل يريد أن يزوج ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجلا آخر ٣٩٥ الحديث ١.
- (٧) الكافي: ج ٥، باب استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ١.

وفي رواية مُحمَّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام يستأمرها كل أحد ماعدا الأب^(١).
 إحتج الشيخ بما رواه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: إن الجد اذا زوج ابنة ابنه
 وكان أبوها حيا، وكان الجد مرضيا جاز، قلنا: فإن هوى أبو الجارية هوى، وهوى الجد هوى، وهما
 سواء في العدل والرضا؟ قال: أحب إلي أن ترضى بقول الجد^{(٢) (٣) (٤)}.

-
- (١) الكافي: ج ٥، باب استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ قطعة من حديث ٢.
- (٢) الكافي: ج ٥ باب الرجل يريد أن يزوج ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجلا آخر ص ٣٩٦ الحديث ٥.
- (٣) قوله (وكان أبوها حيا) استدلل به على اشتراط وجود الأب في ولاية الجد، وقال بعض أفاضل المتأخرين، يمكن أن يقال: ان حجية المفهوم اما يثبت اذا لم يظهر للتقييد وجه سوى نفى الحكم عن المسكوت عنه، وربما كان الوجه في هذا التقييد على الفرد الاخفى، وهو جواز عقد الجد مع وجود الأب، مع ان الرواية ضعيفة، لاشتمالها على جماعة من الواقفية انتهى.
- قوله عليه السلام (وكان الجد مرضيا) قال الوالد العلامة رحمته الله: المراد يكون الجد مرضيا، إما كونه مرضيا من حيث المذهب، اذ (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) أو لا يكون فاسقا، سيما شارب الخمر، ولا يكون سفيها، ولا يكون مخبطا كما هو الشائع في المشايخ، وكان بحيث يعرف الكفو (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ١٣٣).
- (٤) هذه الرواية دلت على أمور ثلاثة:
- ١ - ان ولاية الجد مشروط ببقاء الأب.
 - ٢ - شترط العدالة في ولاية الأب والجد.
 - ٣ - عدم انفردهما بالولاية من دون اذن من عليها الولاية.
- والى الشرط الاول ذهب الشيخ، واما الشرط الثاني فالظاهر أن اشتراط العدالة هنا ليس في محل الضرورة حتى يكون من الشرائط اللازمة، كالعدالة في ولاية اليتيم، بل هي في محل الكمال، فتحمل على الاستحباب والفضيلة، واما الشرط الثالث فهو موافق للاصل مع بلوغ المرأة، اذ مع عدم بلوغها لا اعتبار برضاها وعدمه، لكن سند الرواية اصله ضعيف (نقلا عن هامش عوالى اللالى، ج ٣ ص ٣١٧).

[ولا خيار للصبيّة مع البلوغ، وفي الصبي قولان: أظهرهما انه كذلك ولو زوجها فالعقد للسابق، فإن إقترنا ثبت عقد الجد، ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكرًا كان أو أنثى، ولا خيار له لو أفاق والثيب تزوج نفسها ولا ولاية عليها لاب ولا لغيره، ولو زوجها من غير إذنّها وقف على إجازتها].

واجب بالمنع من سلامة السند، ثم من دلالة على المطلوب، لضعف دلالة المفهوم.

قال طاب ثراه: ولا خيار للصبيّة بعد البلوغ، وفي الصبي قولان: أظهرهما أنه كذلك.

أقول: المشهور أن العقد الصادر من الولي الاختياري (الاجباري خ ل) يستمر حكمه على المولى عليه بعد زوال الولاية عنه، لأنه صدر بولاية شرعية، ووقع صحيحًا، فيكون الأصل فيه الاستمرار، لقوله تعالى (أوفوا بالعقود)^(١) وقول النبي ﷺ: المؤمنون عند شروطهم^(٢) إلا ما أخرجه النص وهو عتق الجارية.

والحق ابن حمزة ثبوت الخيار للصبي دون الصبيّة^(٣) والشيخ في النهاية أثبت الخيار للصبي بعد بلوغه ولم يذكر الصبيّة^(٤) ولعل وجهه تطرق الضرر اليه

(١) المائدة: ١.

(٢) عوالم اللئالي: ج ١ ص ٢٣٥ الحديث ٨٤ وص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ وج ٢ ص ٢٧٥ الحديث ٧ وج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان من اليه العقد من النساء ص ٣٠٠ س ١٦ قال: كان عقد الصبي موقوفًا على إجازته.

(٤) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٧ س ١٣ قال: ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ كان له الخيار إذا بلغ.

دونها، فانه أثبت في ذمته مهرا ونفقة ولا ضرورة له إلى ذلك حالة الصبي، بخلاف الصبية فلا يثبت لها ذلك، وتبعه القاضي^(١) وابن حمزة^(٢) وابن ادريس^(٣)، فالمصنف هنا اورد المسألة على هذا التقدير، وجزم بلزوم النكاح في الصبية^(٤)، وقال في الشرائع: ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين وكذا لوزوج الاب أو الجد للولد الصغير لزمه العقد، ولا خيار له مع بلوغه ورشده على الأشهر^(٥).

أما فتوى النهاية فالتعويل فيها على رواية الكناسي عن الباقر عليه السلام: إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا ادرك أو بلغ خمسة عشر سنة^(٦).
واما ما اشار إليه في الشرائع فصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الصبي يتزوج الصبية قال: إن كان أبواهما اللذان زوجها، فنعم جائز، لكن لهما الخيار إذا أدركا، فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الاب^{(٧) (٨)}.

(١) المذهب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح، ص ١٩٧ س ١٧ قال: كان الخيار للابن اذا بلغ.

(٢) تقدم آنفا.

(٣) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٧ س ٢٨ ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ كان له الخيار اذا بلغ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) الشرائع: ج ٢ الفصل الثالث في اولياء العقد قال: ولا خيار لها بعد بلوغها الخ.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح.. ص ٣٨٣ س ٨ قطعة من حديث ٢٠.

(٧) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح.. ص ٣٨٢ قطعة من حديث ١٩.

(٨) اما رواية الكناسي فغير معلومة السند، واما رواية محمد بن مسلم فهي وان كانت صحيحة الطريق، لكن ظاهرها مخالف للاصل، من حيث ان العقد الصادر عن الولي الاجباري مقتضاه استقرار حكمه، فلا يكون متزلزلا قابلا للفسخ، لانه صدر بولاية شرعية، فيقع صحيح (صحاح) في أصله، فلا يقبل الزوال، فيحمل الرواية على حمل الخيار في المهر، فانه اذا زوج الصبية بدون مهر المثل، أو زوج الصبي بازيد من مهر المثل كان الاعتراض في المهر دون اصل العقد، لان ذلك من الحقوق المالية يجب أن تصادف المصلحة، فمع فقدها لا ينعقد فكان لهما الخيار فيه (من هامش عوالى الثمالى: ج ٣ ص ٣١٨).

[أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها ولو كان أبوها حيا قيل: لها الانفراد بالعقد دائما كان أو منقطعا، وقيل: العقد مشترك بينها وبين الأب فلا ينفرد أحدهما به، وقيل: أمرها إلى الأب وليس لها معه أمر، ومن الأصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم، ومنهم من عكس، والاول أولى، ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه إجماعا، ولو زوج الصغيرة غير الأب والجدة، وقف على رضاها عند البلوغ، وكذا الصغير، وللمولى أن يزوج المملوكة صغيرة وكبيرة، بكرا وثيبا، عاقلة ومجنونة، ولاخيرة لها وكذا العبد، ولا يزوج الوصي إلا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة، وكذا الحاكم].

قال طاب ثراه: أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها.

أقول: للأصحاب هنا خمسة أقوال:

(أ) لولاية على البكر البالغ الرشيدة في الدائم ولا المنقطع، بل أمرها بيدها وهو مذهب المفيد في أحكام النساء^(١) وتلميذه^(٢) والسيد^(٣) وأبو علي^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦).

(١) المقنعة: باب عقد المرأة على نفسها النكاح ص ٧٨ س ٢١ قال: والمرأة البالغة تعقد على نفسها النكاح الخ.

(٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة، ص ١٤٨ س ٦ قال: فمن ذلك أن تعقد المرأة على نفسها اذا كانت بالغة ثيبا.

(٣) الانتصار: كتاب النكاح ص ١٢٢ قال: ومما ظن قبل الاختبار أن الامامية تنفرد به القول: بانه ليس للأب أن يزوج بنته الباكرة البالغة الا باذنها الخ.

(٤) و(٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ في الاولياء س ٣٣ قال بعد نقل قول المفيد: وبه قال ابن الجنيد، ثم بعد نقل آراء المخالفين قال: والمعتمد الاول.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(ب) ثبوت الولاية عليها للاب، إختاره الشيخ في كتابه^(١) وبه قال الصدوق^(٢) والحسن^(٣) والقاضي^(٤).

(ج) الولاية مشتركة بينها وبين الاب والجد، فليس لاحدهم الانفرد به، وهو قول التقي^(٥).
(د) الولاية مشتركة بينها وبين الاب والجد، ولاحدهما الانفرد، وهو أحد قولي المفيد.
(هـ) أن لها أن ينكح متعة بدون إذن الاب، لكن لا يطأها في الفرج إختاره ابن حمزة^(٦) وذكره الشيخ في النهاية رواية^(٧) وأشار المصنف في كتابه إلى قول آخر، وهو الاذن في الدائم دون المنقطع^(٨) ولم نظفر به، ولم يذكره العلامة في مسائل

(١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٥ س ٣ قال: ولا يجوز للبكر أن تعقد على نفسها الدوام الا باذن أبيها، الخ.

(٢) الهداية: ١١٨ باب النكاح ص ٦٨ س ٩ قال: ولا ولاية لاحد على البنت إلا لايتها مادامت بكرا الخ.

(٣) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ س ٣٩ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وبه قال ابن عقيل.

(٤) المهذب: ج ٢ (في نكاح البكرة) ص ١٩٦ س ١ قال: فان كان أبوها حيا، كان الافضل لها أن لاتعدل عن رأيه ولا تعقد على نفسها إلا باذنه.

(٥) الكافي: النكاح، المضرب الاول ممن الاحكام ص ٢٩٢ س ٩ قال: وان كانت بالغاً لم يجوز لهما العقد عليها إلا باذنها الخ.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان من اليه العقد ص ٣٠٠ س ٧ قال: ويجوز للبكر عقد نكاح المتعة بغير اذن الولي الخ.

(٧) النهاية: باب من يتولى العقد ص ٤٦٥ س ٨ قال: وقد روي أنه يجوز للبكر أن تعقد على نفسها نكاح المتعة من غير اذن أبيها غير أن الذي يعقد عليها لا يطأها في الفرج.

(٨) الشرائع: (في اولياء العقد) قال: ومن الاصحاب من اذن لها في الدائم دون المنقطع ومنهم من عكس الخ.

الخلافاً، قال صاحب كشف الرموز: واستعلمنا المصنف فيه فما كان ذاكرة^{(١)(٢)}.

إحتج الاولون بعموم قوله تعالى (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا)^(٣) بقوله تعالى (فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا)^(٤) نسب الرجوع إلى رضاها، ومن الجائز طلاق البكر مرة والمرتين قبل الدخول بها، وقوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره)^(٥) وهو عام في المدخول بها وغيرها.

وصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال: تستأمر البكر وغيرها، ولا تنكح إلا بأمرها^(٦).

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام: إن المرأة إذا كانت مالكة أمرها، تبيع وتشتري، وتعتق، وتشهد، وتعطي من مالها ماشاءت، فإن أمرها بيدها جائز، تتزوج إن شاءت بغير إذن وليها، فإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها^(٧). جعل ولاية المال مدار الولاية النكاح وجوداً وعدمًا. إحتج المانعون بصحيحة ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: لاتزوج ذوات الآباء من الأباكار إلا بإذن أبيها^(٨).

(١) لم اظفر على كتابه.

(٢) قال المتبع الخبير صاحب الجواهر: ج ٢٩ ص ١٨٠: لم نعرف قائله ولا وجهه الخ.

(٣) البقرة: ٢٣٢.

(٤) البقرة: ٢٣٠.

(٥) البقرة: ٢٣٠.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية ص ٣٨٠ الحديث ١١.

(٧) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية ص ٣٧٨ الحديث ٦.

(٨) الكافي: ج ٥ باب إستبمار البكر ومن يجب عليه إستبمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ١.

[ويلحق بهذه الباب مسائل: الاولى: الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه، ولو أذنت في ذلك فالاشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمار].

واحتج الباقر بالجمع.

وبما رواه سعيد القمط قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام جارية بكر بين أبيوها تدعوني إلى نفسها سرا من أبيوها، أفأفعل ذلك؟ قال: نعم وأتق موضع الفرج، قال: قلت: فإن رضيت بذلك؟ قال: وإن رضيت بذلك، فانه عار على الابكار^(١).

واحتج التقى بموثقة صفوان قال: إستشار عبدالرحمان موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه؟ فقال: إفعل، ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها نصيبا.

قال: فاستشار خالد بن داود موسى بن جعفر في تزويج ابنته علي بن جعفر؟ قال: إفعل ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها حظا^(٢).

وليس صريحة في مطلوبه.

قال طاب ثراه: الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه، ولو أذنت في ذلك فالاشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمار.

أقول: روى مصدق بن صدقة عن عمار الساباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت، فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، يحل لها أن توكل رجلا يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكلتك فاشهد شهودا على تزويجي؟

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٤) باب تفصيل احكام النكاح ص ٢٥٤ الحديث ٢١.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية.. ص ٣٧٩ الحديث ١٠.

[الثانية: النكاح يقف على الاجازة في الحر والعبد.

ويكفي في الاجازة سكوت البكر ويعتبر في الثيب النطق].

قال: لا، قلت له: جعلت فداك وإن كانت أيماء؟ قال: وان كانت أيماء، قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها أيزوجها منه؟ قال: نعم^(١).

ويؤيدها كون الواحد موجبا قابلا، وقد تقدم منعه، وبمضمونها أفتى بعض الاصحاب، وقال ابن الجنيد: بالجواز، للاصل^(٢) وهو اختيار الاكثر، وبه قال المصنف^(٣) والعلامة^(٤) والرواية ضعيفة السند.

قال طاب ثراه: ويكفي في الاجازة سكوت البكر.

أقول: الاصل في هذا قول النبي ﷺ: البكر تستأذن وإذنها صماتها، والثيب يعرب عنها لسانها^(٥). فاذا سكت عند عرضه عليها كان ذلك إذنا، إن كان العرض سابقا على العقد، وإجازة إن كان متأخرا عنه. ويقرب أن يكون إجماعا إلا ماندر كعبارة الشيخ في المبسوط: وأما البكر فان كان لها ولي الاجبار مثل الاب والجد، فلا يفتقر نكاحها إلى إذنها، ولا إلى نطقها، وإن لم يكن لها ولي الاجبار كالاخ وابن الاخ والعم فلا بد من إذنها، والاحوط أن يراعى نطقها، وهو الاقوى عند الجميع، وقال قوم: يكفي سكوتها،

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٤٣) باب ان الثيب ولي نفسها ص ٢٣٣ الحديث ٥.

(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٣ قال: مسألة لو وكلت المرأة رجلا في تزويجها من نفسه، فالوجه الجواز، وبه قال ابن الجنيد الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) تقدم عن المختلف أنفا من قوله: (فالوجه الجواز).

(٥) سنن ابن ماجه: ج ١ كتاب النكاح (١١) باب استثمار البكر والثيب، حديث ١٨٧٢ ولفظه (الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها).

لعموم الخير، وهو قوي^(١) هذا آخر كلامه.

وقول ابن ادريس: لا بد من النطق، ولا يكفي السكوت، لكونه أعم من الرضا، وحمل ماورد من الروايات وأقوال الاصحاب باستئذانها والاكتفاء بسكوتها على تقدير تقديم توكيلها، فلا يوقع العقد عليها إلا عند إستئمارها ثانيا، قال: فان قيل: اذا وكلته في العقد فلا حاجة إلى استئمارها؟ قلنا: بل يستحب أن يستأمرها عند العقد بعد ذلك^(٢). وليس بشئ، أما أولا فلانه عدول عن الظاهر، وخلاف لما اشتهر بين الاصحاب، وإجتهاد في مقابله النص روى داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في رجل يريد أن يزوج اخته قال: يؤامرها، فان سكنت فهو اقرارها^(٣).

وأما ثانيا: فلان الاستجاب بعد تقديم التوكيل، حكم شرعي يفتقر في إثباته إلى دلالة شرعية. قال ابن عقيل قدس الله روحه: ولو أن رجلا أمر أختا له بكرا في تزويجها برجل سماه لها، فسكنت كان ذلك إذنا له في التزويج وإقرارا منها، فإن زوجها الاخ ثم أنكرت لم يكن لها ذلك ولزمها النكاح بالسكوت^(٤).
ومثله قال ابن حمزة: ^(٥).

-
- (١) المبسوط: ج ٤، كتاب النكاح، ص ١٨٣ س ٢١ قال: وأما البكر فإن كان الخ.
(٢) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٧ س ٢٩ قال: واذا أراد الاخ إلى أن قال: فان قيل الخ.
(٣) الكافي: ج ٥ باب استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ٣.
(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٩ س ٣٦ قال: وقال ابن عقيل: ولو ان رجلا الخ.
(٥) الوسيلة: فصل في بيان من اليه العقد على النساء، ص ٣٠٠ س ١٤ قال: واذا استأمر الاخ اخته البكر الرشيدة الخ.

[الثالثة: لا ينكح الأمة الا بإذن المولى، رجلا كان المولى أو امرأة وفي رواية سيف: يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة، وهي منافية للاصل.

الرابعة: إذا زوج الابوان الصغيرين صبح، وتوارثا، ولا خيار لاحدهما عند البلوغ، ولو زوجهما غير الابوين وقف على إجازتهما، فلو ماتا، أو مات أحدهما بطل العقد. ولو بلغ أحدهما فأجاز، ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي، فاذا بلغ وأجاز، أحلف أنه لم يجز للربة، وأعطى نصيبه].
وقال ابن الجنيد: روى ابوهريرة عن النبي ﷺ انه قال: لا ينكح الايم حتى يستأمر، ولا ينكح البكر حتى يستأذن، فإن سكوتها إذنها، قال: ويجعل ايضا لكرهتها علامة من قيام ونحوه ينبئ عن مرادها بالفعل منها^(١).

وقال القاضي في كتابيه: إذا أراد أبوها العقد عليها، يستحب له أن لا يعقد عليها حتى يستأذنها، فإن سكنت أو ضحكت أو بكت كان ذلك رضى منها بالتزويج^(٢).
واستشكل العلامة البكاء^(٣).

قال طاب ثراه: وفي رواية سيف: يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة، وهي منافية للاصل.

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٩ س ٣٣ قال: قال ابن الجنيد روى ابوهريرة إلى قوله: ليتبين مرادها بالفعل منها.
(٢) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٤ س ١٩ قال: وان كان لها ذلك يستحب له إلى قوله (أو بكت كان ذلك رضى منها بالتزويج).
(٣) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٠ س ٦ قال: وكلام ابن البراج: من أن البكاء دالة عليه، مشكل.

أقول: روى بهذه سيف بن عميرة، عن علي بن المغيرة في الصحيح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة من غير اذنها، فقال: لا بأس ^(١) ^(٢) ^(٣).
(سيف) مضطرب في الوسطة وعدمها، وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية ^(٤) ومنع في المسائل الحائرية ^(٥) وبه قال المفيد ^(٦) وابن ادریس ^(٧) والمصنف ^(٨) والعلامة ^(٩) لقوله تعالى (فانكحوهن بإذن أهلهن) ^(١٠) ولأنه تصرف في مال الغير

(١) يدل على جواز التمتع بأمة المرأة من غير اذنها، والمشهور عدم الجواز، لمخالفته لظاهر الآية حيث قال تعالى (فانكحوهن بإذن أهلهن) والخبار الكثيرة، مع أن الاصل في الاخبار الواردة بذلك واحد، وهو سيف بن عميرة، ويمكن حمله على التمتع اللغوي، ويكون المراد عدم الاستبراء (مرآة العقول ج ٢٠ ص ٢٥٢).
(٢) قال في الوافي: (كتاب النكاح ص ٥٨) بعد نقل الاخبار الواردة في ذلك مالفظه (هذه الاخبار الثلاثة مخالفة للقرآن فيشكل العمل بها).

(٣) الكافي: ج ٥، باب تزويج الاماء ص ٤٦٤ الحديث ٤.

(٤) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٠ س ١٧ قال: فإن كانت الامة لامرأة جاز له التمتع بها من غير اذنها.
(٥) و(٦) و(٧) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٢٣ قال: ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها بغير خلاف الا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردتها شيخنا في نهايته ورجع عنها في جواب المسائل الحائريات على ما قدمناه (اي في باب العقد على الاماء والعبيد ص ٣٠٤ س ٣٥ وقد سئل الشيخ المفيد محمد بن النعمان رحمته الله في جملة المسائل التي سأله عنها محمد بن محمد الرملي الحائري، وهي معروفة مشهورة عند الاصحاب، سؤال: وعن الرجل يتمتع بجارية غيره بغير علم منه، هل يجوز له ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجوز له ذلك، وان فعله كان آثماً عاصياً ووجب عليه بذلك الحد، إلى أن قال: قال محمد بن ادریس: فانظر أرشدك الله إلى فتوى هذا الشيخ المجمع على فضله ورئاسته ومعرفته الخ.

(٨) لاحظ ما أورده في النافع.

(٩) المختلف: في نكاح المتعة ص ٩ س ٣٧ قال: والوجه ما قاله المفيد رحمته الله.

(١٠) النسا: ٢٥.

[الخامسة: إذا زوجها الاخوان برجلين، فإن تبرعا إختارت أيهما شاءت، وإن كان وكيلين وسبق أحدهما فالعقد له، ولو دخلت بالآخر لحق به الولد واعيدت إلى الاول بعد قضاء العدة. ولها المهر للشبهة، وإن اتفقا بطلا، وقيل: يصح عقد الاكبر].

بغير اذنه.

قال طاب ثراه: وإن اتفقا بطلا، وقيل: يصح (العقد خ ل) عقد الاكبر.

أقول: إذا زوجها الاخوان، فلا يخلو إما أن يكونا فضولين أو وكيلين، فإن كانا فضولين أجازت عقد أيهما شاءت، تقدم أو تأخر، وإن كانا وكيلين فإن تقدم عقد أحدهما كان العقد له وبطل المتأخر، لمصادقته محلا مشغولا، وتعاد إلى الاول لو دخلت بالآخر، وإن اتفقا في حالة واحدة، بطلا، لتدافعهما، لانه لا يجوز أن يكون زوجة لهما، وتقديم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح، وهو إختيار الشيخ في الكتابين^(١) ^(٢) وبه قال ابن ادريس^(٣) والمصنف^(٤) والعلامة^(٥).

وقال في النهاية: تقدم عقد الاكبر، ولو دخل بها الاصغر كان العقد له^(٦) وتبعه

(١) و(٢) التهذيب: (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها وأولياء الصبية ص ٣٨٧ قال: بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر انه اذا جعلت الجارية أمرها إلى أخويها معا، فيكون الاكبر حينئذ أولى الخ وفي الاستبصار: ج ٣ (١٤٦) باب من يعقد على المرأة سوى أبيها ص ٢٤٠ قال بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر الخ.

(٣) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢١ قال: فالعقدان باطلان.

(٤) لاحظ ماأورده في النافع.

(٥) المختلف: في العقد وأولياءه ص ٨٩ س ١٣ قال: والتحقيق ان يقول: ان علم وقوع النكاحين دفعة واحدة بطلا معا الخ.

(٦) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٦ س ٦ قال: وان كان لها اخوان إلى قوله: كان الذي عقد عليها اخوها الاكبر أولى بها من الآخر، فإن دخل بها الذي عقد عليها اخوها الصغير الخ.

القاضي^(١) وابن حمزة^(٢).

وهو تعويل على رواية وليد يباع الاسقاط^(٣) قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بأرض أخرى، قال: الأول أحق بها إلا أن يكون الأخير قد دخل بها، فإن دخل بها فهي إمرأته، ونكاحه جائز^(٤).

فيتأولها في كتابي الاخبار بأن الجارية إذا جعلت أمرها إلى أخويها معا كان الأكبر أولى بالعقد فإن اتفق العقدان في حالة واحدة كان العقد الذي عقد عليه الأخ الأكبر مالم يدخل الذي عقد عليه الآخر الأصغر، فإن دخل بها مضى العقد ولم يكن للاخ الأكبر فسخه^(٥)^(٦).

قال العلامة في المختلف: وهذا الوجه من التاويل حسن، ولا إستبعاد في أولوية الأكبر، لاختصاصه بمزيد الفضيلة وقوة النظر والاجتهاد في الاصلح، قال: وليس ببعيد عندي من الصواب أن يجعل لها الخيار في إمضاء عقد أيهما كان، إذ عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته، لأنها حالة عقد الآخر، فيبطل هيئة عقد كل منهما، وهى اللزوم، ويبقى كل منهما كان فضولى في العقد^(٧).

ونسب المصنف هذا القول، أى القول بتقديم عقد الأكبر، إلى التحكم، أى

(١) المذهب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ١٥ قال: وإذا كان لها اخوان الخ.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من اليه العقد على النساء ص ٣٠٠ س ١٣ قال: وإن وكلت اخوين لها الخ.

(٣) (الاسقاط) الردى من المتاع (تنقيح المقال: ج ٣ ص ٢٨٠ تحت رقم ١٢٦٧٠).

(٤) الكافي: ج ٥ باب المرأة يزوجه وليان غير الاب والجد ص ٣٩٦ الحديث ٢.

(٥) و(٦) تقدم نقلهما.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٩ س ٢٧ وقوله: (ليس ببعيد عندي) س ١٦ من الصفحة المذكورة.

[السادسة: لا ولاية للام، فلو زوجت الولد فأجاز صح، ولو أنكر بطل، وقيل: يلزمها المهر، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه ويستحب للمرأة أن تستأذن أباه بكرة أو ثيباً، وأن توكل أخاها إذا لم يكن لها أب ولا جد، وأن تعول على الأكبر، وأن تختار خيرته من الأزواج].

التشهي، وهو الحكم بغير دليل^(١) واعلم أن الاستدلال بهذه الرواية ضعيف، لقصورها عن إفادة المطلوب، لأن قوله (الاول أحق بها) جاز أن يريد به صاحب العقد الاول أحق بها، لا الاول في الذكر والسؤال، وجاز أن يكون ^{عائلاً} علم الاول بالعقد، وحمل قوله (أحق بها) على سبيل النذب، وحملها على كونهما فضولين أوضح في الحكم، لأنه لم يتقدم في الخبر ذكر الولاية، ولا لهما ولاية بالأصل، ولهذا قال: (إلا ان يكون قد دخل بها فهي امرأته) لأن الدخول حينئذ إجازة، وأيضاً فإنه يبقى هذا الحكم ثابتاً على عمومته، أي سواء حصل تعاقب أو اقتران، والخبر قابل لهما، لأن قوله (زوجها الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بأرض أخرى) (الواو) قد تدل على الترتيب عند بعض، وعلى الجمع المطلوب عند الآخرين، فإذا حملت على كونهما فضولين عمل بمقتضاها على كل من القولين، وقوله على تقدير عدم الدخول (ألاول أحق بها) أي أولى، وهو على سبيل الاولوية يدل على النديية والافضلية، أي يستحب لها إجازة عقده، وأيضاً قوله (إلا أن يكون الأخير قد دخل بها فيكون امرأته) لا يستقيم ذلك على تقدير الوكالة، لأنها زوجة لغيره، فكيف يكون امرأته مع دخوله بها بشبهة.

قال طاب ثراه: لا ولاية للام، فلو زوجت الولد فأجاز صح، ولو أنكر بطل، وقيل: يلزمه المهر، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه.

(١) الشرائع: في أولياء العقد، مسائل ثلاث الاولى، اذا زوجها الاخوان إلى قوله: قيل يقدم الأكبر وهو تحكم.

أقول: أبحث هنا يقع في مقامين: (الاول) لا ولاية للام على الطفل في التصرفات المالية اجماعا كالبيع، ولا السلطانية كالايضاء بالنظر في ماله، والحجر على حقوقه، والمطالبة بها اجماعا. وما عدا ذلك قسمان:

(أ) ولاية الاحرام بالطفل، هل لها ذلك؟ قال المصنف: لا، لعموم رفع ولاية الام^(١) وقال الشيخ: نعم لان امرأة جاءت إلى النبي ﷺ ومعها طفل، فقالت: أيجب بهذا يارسول الله؟ ﷺ قال: نعم، ولمن يجح به أجره^(٢) وهو حسن.

(ب) ولاية النكاح، ولا شك في عدمها مع وجود الاب والجد له، وأما مع عدمهما فاثبتها أبو علي للام وأبيها^(٤) ونفاها الباكون.

(الثاني) لو زوجت الام الولد فهو كعقد الفضولي على المشهور، فإن أجاز في الحال إن كان بالغاً، أو بعد بلوغه إن كان طفلاً، صح العقد، وإن رد بطل ولا شيء وهو مذهب ابن ادريس^(٥) واختاره المصنف^(٦) والعلامة^(٧)، ولاصالة براءة

(١) لاحظ عبارة النافع، وفي الشرائع في شرائط وجوب الحج قال: وقيل للام ولاية الاحرام بالطفل^(٢) المبسوط: ج ١ كتاب الحج، في ذكر حكم الصبيان، في الحج ص ٣٢٩ س ٢ قال: والام لها ولاية عليه بغير تولية ويصح إحرامها عنه لحديث المرأة التي سألت النبي ﷺ عن ذلك.

(٣) التهذيب: ج ٥ (١) باب وجوب الحج ص ٦ الحديث ١٦ وفيه (قال: نعم ولك أجره).

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٨ س ٣٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى أن قال: والام وأبوها يقومون مقام الاب وآبائه الخ.

(٥) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٨ س ٦ قال ومتى عقدت الام الابن لها إلى قوله هذا النكاح موقوف على الاجازة والفسخ الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٠ قال: مسألة قال الشيخ اذا عقدت الام لابن ثم نقل ما ذكره ابن ادريس وارتضاه.

الفصل الثالث: في أسباب التحريم

وهي ستة الاول، النسب: ويحرم به سبع، ألام وإن علت، والبنت وإن سفلت، والاخت وبناتها وإن سفلن، والعمة وإن ارتفعت، وكذا الخالة، وبنات الاخ وإن هبطن. الثاني، الرضاع: ويحرم منه من النسب، وشروطه أربعة: [الذمة، وقال الشيخ: يلزم الام المهر^(١) وتبعه القاضي^(٢)]. احتج الشيخ برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: أنه سأله رجل زوجته امه وهو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه^(٣).

مقدمة

انحصرت أسباب التحريم في ستة بالاستقراء من الكتاب والسنة. وهي: النسب، والرضاع، والمصاهرة، وإستيفاء العدد وهونوعان: احدها بالنسبة إلى عدد الزوجات، فكمال الاربع مثلاً سبب لتحريم الزائد. والآخر بالنسبة إلى عدد الطلقات، فإستكمال الثلاث سبب لتحريم الزوجة حتى المحلل، والتسع للعدة سبب لتحريمها أبداً.

(١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٨ س ٣ قال: ومتى عقدت الام لابن لها على امرأة إلى قوله: وان أبي لزمها هي المهر.

(٢) المذهب: ج ٢، في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٦ س ١٦ قال: واذا عقدت الام لابنها على امرأة كان مخيراً الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور ص ٣٧٦ الحديث ٨٦.

واللعان والكفر.

ووجه الحصر أن نقول: السبب إما أن يكون ثابتاً بأصل الشرع من غير تسبیب للمكلف فيه، أولاً، والاول النسب، والثاني لا يخلو إما أن يكون له رشفة النسب ومشابهة في كثير من أحكامه سوى التحريم، أولاً، والاول الرضاع، والثاني لا يخلو إما أن يكون مستنداً إلى عقد أولاً، والمستند إلى العقد لا يخلو إما أن لا يعتبر فيه التعدد أولاً، والاول المصاهرة، والثاني إستيفاء العدد، والثاني أعني ما لا يكون مستنداً إلى عقد، لا يخلو إما أن يكون متوقفاً على حكم الحاكم أولاً، والاول اللعان والثاني الكفر وإن شئت قلت: إما أن لا يمكن زواله أولاً، والاول اللعان، والثاني الكفر لزوال التحريم بالاسلام، وإنما قلنا: يمكن؟ لانه قد لا يمكن تصور الحل معه البتة، كالارتداد الفطري.

اما النسب: فهو إتصال شخص بغيره لانتفاء أحدهما في الولادة إلى الآخر، أو للانتفاء إلى ثالث، ولم (يحتج هنا إلى ضم قيد الوجه الشرعي، ويحتاج إليه في الميراث، لان التحريم هنا يتبع اللغة، وهو ثابت في الانتساب مطلقاً، فالبنات المخلوقة من ماء الزنا تحرم على الزاني عندنا، وكذا الاخت والام.

والاصل في التحريم قوله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم به نفلاً جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم)^(١).

فقد دلت هذه الآية والتي قبلها على ثلاث عشرة محرمة، سبع من النسب،

(١) النساء: ٢٣.

وإثنين من الرضاع، وأربع من المصاهرة، وواحدة في الآية التي قبلها وهي منكوحة الاب. وإنما إبتدأ بها؟ لاعظمية حرمة الاب عند الله تعالى، لانه السبب الاتم في وجود الولد فمرتبه مرتبة التعظيم والتوقير، فالتهم على من كانت فراسته كبير عند الله سبحانه وتعالى، وجرأة عظيمة يسخطها الله ﷻ. واثناعشرة في هذه الاية، فسبع منها في النسب:

(أ) ألامهات وإن علون.

(ب) البنات وإن سفلن.

(ج) الاخوات.

(د) ألعمت وإن ارتفعن كعمة الاب وعمة الجد.

(هـ) الخالات كذلك.

(و) بنات الاخ وإن نزلن.

(ز) بنات الاخت كذلك.

وأما الرضاع فاثنتان:

(أ) ألام من الرضاع وإن علت.

(ب) الاخت وإن نزلت.

وأما أربع المصاهرة:

(أ) أم الزوجة وإن علت سواء دخل بالبت أولاً، لعموم قوله تعالى (وامهات نسائكم).

(ب) ألبينة، وهي بنت الزوجة وإن نزلت، وكذا بنت إبنها، فهذه تحرم تحريم جمع فإن دخل بها حرمن تحريم عين، لقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) والمراد

بالحجور من كانت في حجره، أي ولدتها بعد تزويج الأب بها، ولا يشترط كون الربيبة في الحجور في نشر الحرمة إليها، وخرج التقييد بها مخرج الأغلبية، كتقييد التيمم، والرهن، وشهادة الذمي، في الوصية، بالسفر، لأغلبية الضرورة فيه.

(ج) حلائل الأبناء، فتحرم زوجة الابن دخل بها أو لم يدخل، على الأب وإن علا، ولا تحرم أمهاتها وإن علون ولا بناتها وإن نزلن، لأنهن ليسوا من حلائل الابن.

(د) زوجة الأب وإن ارتفع دون أمهاتها وبناتها، فله أن ينكح حماة أبيه وربيبته، لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم)^(١) ولسن من منكوحاته وقوله تعالى (حلائل أبنائكم الذين من أصلابكم)^(٢) ليخرج زوجة الابن الربيب فإنها لا تحرم، لأن النبي ﷺ تزوج امرأة قال تعالى في حقه (لكيلا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم)^(٣).

يفتقر التحريم بالرضاع إلى شروط، ومن جملة أنه عبارة عن إغذاء من له دون الحولين بلبن آدمية حية در لبنها عن نكاح صحيح، أو شبهة، حاملا أو مرضعا، المقدر الشرعي، بإصابة من ثديها، باقيا على خلوصه. فها هنا قيود:

(أ) من له دون الحولين، فمن كملها وارتضع بعدها لم تنشر الحرمة، وينشر لو تم النصاب مع تمام الحولين.

(ب) يخرج بلبن الآدمية البن البهيمية، فلو تربى طفلان على لبن شاة لم يحرم أحدهما على الآخر.

(ج) أن تكون حية، فتخرج الآدمية بالمولود عن إلتحاق الأحكام، فيكون في معنى البهيمية.

(١) النساء: ٢٢.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) الأحزاب: ٣٧.

(د) درور اللبن عن نكاح، فلو كانت خالية عن بعل ودر لبنها حتى نشأ عليه، حل له العقد عليها.

(هـ) أن يكون النكاح صحيحا، فلو كان عن زنا لم ينشر.

(و) أن يكون ذات البعل حاملا، أو مرضعا، فلوخلت عنهما لم ينشر على ما قاله العلامة في القواعد^(١).

(ز) ارتضاع المقدر الشرعي، وهو ثلاثة: إماما أنبت اللحم وشد العظم، أو إرضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة. أما الاول فالمرجع فيه إلى أهل الخبرة. وأما الثاني فيشترط فيه شرطان:

(أ) حصول مسمى الارتضاع، فلو حضنته اليوم أو الليلة من غير رضاع لم يتعلق به حكمه.

(ب) أن لا يمنع عن الرضاع مانع، كما لو حيل بينه وبين الثدي في اوقات إرادته، أو كان المانع له مرضا يمنعه عن الاغتذاء. ومع حصول الشرطين لا يعتبر العدد، ولا إشتداد اللحم، لانه مقدر برأسه، أما لو اختل أحد الشرطين، فإن حصل منه أحد المقدرين أعني الاشتداد، أو العدد المعتبر نشر، وإلا فلا. وأما الثالث فيذكر شرائطه في المتن.

(ج) الامتناع من الثدي، فلو حلب من الثدي ووجر في حلقه، أو سعط به لم ينشر.

(١) القواعد: كتاب النكاح الاول من اركان الرضاع، المرضعة، ص ٩ س ٢٤ قال: ولو در لبن امرأة عن غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكرا أو ذات بعل صغيرة كانت أو كبيرة الخ.

(د) كون اللبن باقيا على صرافته، فلو طرح في فم الصبي مانع يمتزج باللبن حال إرضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن، لم ينشر الحرمة. إذا تقرر هذا فاعلم أن نشر الحرمة بالرضاع مستفاد من الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقد مر. وأما السنة فمتواتر.

روى سعد بن المسيب عن علي بن ابي طالب عليه السلام قال: قلت: يا رسول الله صلى الله عليه وآله هل لك في بنت عمك، بنت حمزة، فإنها أجمل فتاة في قريش؟ فقال: أما علمت أن حمزة أخى من الرضاعة، وأن الله تعالى حرم من الرضاعة ما حرم من النسب^(١).

وفي صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام قال: لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على اختها من الرضاعة^(٢).

واما الاجماع فمن سائر المسلمين، وإن اختلفوا في شرائطه.

تذنيب .. الرضاع كالنسب

حرم صلى الله عليه وآله من الرضاع ما حرم من النسب، وشابه بينهما فقال: الرضاع لحمه كلحمه النسب^(٣) ولا يجب أن يكون المشابهة من كل وجه ثابتة في كل حكم حكم، لصدقها على البعض، فإن المشابهة تصدق بأدنى ملابسة، ويعرف

(١) عوالى اللئالى: ج ٣ ص ٣٢٣ الحديث ١٨٥ وفي المستدرک باب ١ من ابواب ما يحرم من الرضاع، الحديث ٤ نقلا عن عوالى اللئالى، وفي الكافي: ج ٥ باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٥ ما يقرب منه، وفي باب الرضاع منه ص ٤٣٧ الحديث ٤ و ٥ مثله.

(٢) الكافي: ج ٥ باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٥ قطعة من حديث ١١.

(٣) استدلال بهذه الرواية في الجواهر (ج: ٢٩ ص ٣١٠) من كتاب النكاح ولم اعثر عليه في كتب الحديث والاستدلال من العامة والخاصة.

ذلك من لغة العرب واستعمالها.

والتحقيق أن نقول: ينقسم أحكام الرضاع بالنسبة إلى ما يشارك النسب ويباينه إلى ثلاثة أقسام: (الاول) متساوي النسب فيه بالاجماع، وهو ثلاثة:

(أ) التحريم وهو صريح في الآية والخبر، فكان إجماعاً.

(ب) المحرمية، فله أن يخلو بامه واخته وبنته من الرضاع، وأن ينظر منهن إلى ما ينظر منه من محارمه من النسب.

(ج) المصاهرة، فيحرم منكوحة الاب على الابن من النسب ومن الرضاع كذلك، ويحرم ام الزوجة نسباً وكذا رضاعاً.

(الثاني) ما يباين فيه النسب بالاجماع، وهو عشرة:

(أ) لا يثبت فيه التوارث.

(ب) لا يثبت به وجوب الانفاق.

(ج) يقبل شهادة الابن على الاب منه.

(د) يقتل الاب بالابن لو قتله.

(هـ) يستوفى الابن منه حد القذف لو قذفه، وكذا يقطع بسرقة ماله.

(و) لا يثبت به الولاية.

(ز) لا يدخل في إطلاق لفظ الولد والوالد لو حلف ليعطين ابنه شيئاً، أو حلف غيره

ليصدقن على رجل وابنه.

(ح) لا يثبت به الحضانة.

(ط) لا يعقل عنه في جنابة الخطأ.

(ي) ينفذ قضاء الابن على أبيه منه.

(الثالث) ما وقع فيه الخلاف هل يساوي النسب أو يخالفه؟ وهو ثلاثة:

(أ) العتق بالملك.

(ب) وقوع الظهار، لو شبه زوجته بمن يقع الظهار به من النسب، هل يقع من الرضاع، خلاف.

(ج) قال في القواعد: ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة، فيجوز أن يتزوج باخت زوجته^(١) والمشهور خلافه.

والتحقيق: أن الذي يدور عليه عقد النكاح أن إمراة الرجل إذا كان لها منه لبن وأرضعت مولودا القدر المحرم، يصير هذا المولود كإبنها من النسب، فكلما يحرم من النسب على إبنها، حرم على هذا، لأن الحرمة إنتشرت منه إليهما ومنهما إليه، فالتى إنتشرت منه إليهما أنه صار كابنهما من النسب، والحرمة التي إنتشرت منهما اليه وقفت عليه وعلى نسله دون من هو في طبقته كإخوته وأخواته، أو أعلى منه كآبائه وامهاته، فللفحل أن يتزوج بام هذا المرتضع وباخته وجدته، ويجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج المرضعة، لانه لانسب بينهما ولارضاع ولانه لما جاز له أن يتزوج بام ولده من النسب، فبأن يتزوج بأم ولده من الرضاع، أولى.

فان قلت: في النسب لايجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج بام ام ولده، ويجوز أن يتزوج بام ام ولده من الرضاع، وقد قلتم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ قلنا: إنما حرمت ام ام الولد من النسب بسبب المصاهرة قبل وجود النسب، والرسول ﷺ إنما قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة.

(١) القواعد: كتاب النكاح، المطلب الثالث في الاحكام ص ١٢ س ٢ قال: ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة، فلاب المرتضع النكاح في اولاد صاحب اللبن، وان يتزوج بام المرضعة وباخت زوجته من الرضاع الخ.

[الاول) أن يكون اللبن عن نكاح، فلو در، أو كان عن زنى لم ينشر.

(الثاني) الكمية، وهي ما أنبت اللحم وشد العظم، أو رضاع يوم وليلة، ولا حكم لما دون العشر، وفي العشر روايتان، أشهرهما أنها لا ينشر [إعلم: أنه يحرم من النسب أربع نسوة، وقد يحرم من في الرضاع وقد لا يحرم من: (أ) أم الاخ والاخت في النسب حرام، لأنها إما أم أو زوجة أب، وأما في الرضاع فلا يحرم إن لم يكن كذلك، كما لو أرضعت أجنبية أخاك أو اختك، فإنها لا يحرم عليك.

(ب) ام ولد الولد في النسب حرام، لأنها إما بنتك، أو زوجة إبنك، وفي الرضاع لا تحرم اذا لم يكن أحدهما، كما لو أرضعت أجنبية إبن إبنك، فإنها ام ولد ولدك، وليست حراما عليك.
(ج) جدة الولد في النسب حرام، لأنها إما امك، أو ام زوجتك، وفي الرضاع اذا أرضعت أجنبية ولدك فان امها جدته وليست حراما عليك.

(د) أخت الولد في النسب حرام، لأنها إما بنتك أو ريبتك، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كما لو أرضعت أجنبية ولدك، فبنتها اخته، وليست بنت ولا ريبة فلا يكون حراما عليك.
ولا يحرم اخت الاخ في النسب ولا في الرضاع، اذا لم يكن اختا، بأن يكون له أخ من الاب، واخت من الام، وأنه يجوز للاخ من الاب نكاح الاخت من الام، وفي الرضاع لو أرضعتك امرأة وأرضعت صغيرة أجنبية منك، يجوز لاختك نكاحها، وهي اختك من الرضاع.
وهذه الصور الاربعة مستثناة من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
قال طاب ثراه: ولا حكم لما دون العشرة، وفي العشر روايتان أشهرهما انها لا ينشر.

[ولو رضع خمس عشرة رضعة تنشر، ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة، كمال الرضعة، وإمتصاصها من الثدي، وأن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة].
أقول: اختلف الاصحاب في العدد الذي ينشر حرمة الرضاع على أقوال أربعة: (أ) أنه خمسة عشر رضعة، وهو إختيار الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) وكتابي الاخبار^(٣) واختاره ابن ادريس في أحد قوليه^(٤) وبه قال المصنف^(٥) والعلامة في أكثر كتبه^(٦).

-
- (١) النهاية: باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ٤٦١ س ٤ قال: والا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة متواليات إلى أن قال: أو كان أقل من خمس عشرة رضعة .. فان ذلك لا يحرم ولا تأثير له.
- (٢) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٢٩٢ س ٤ قال: فاذا ارضعت بهذا اللبن خمس عشرة رضعة متوالية، إلى قوله: انتشرت الحرمة الخ.
- (٣) التهذيب: ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح من الرضاع ص ٣١٤ قال بعد نقل حديث ١١ والذي أعتمده الخ.
- (٤) الاستبصار: ج ٣ (١٢٥) باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ١٩٢ الحديث ١.
- (٥) فانه عليه السلام بعد ما أفق في أول كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ وقال: أو عشر رضعات متواليات على الصحيح من المذهب: قال في باب الرضاع ص ٢٩٣ س ٢١ ما لفظه: والذي أفق به وأعمل عليه الخمس عشر رضعة الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) القواعد: كتاب النكاح ص ١٠ قال: الاول الكمية إلى أن قال: أو خمس عشرة رضعة، وفي التحرير: كتاب النكاح ص ٥ قال: الثاني العدد إلى أن قال: أو خمس عشرة رضعة، وفي التذكرة: كتاب النكاح ص ٦٢٠ قال: مسألة اختلف علماؤنا في العدد المقتضي للتحريم، فالمشهور ان المقتضي للتحريم خمس عشرة رضعة تامة الخ.

(ب) أنه عشر رضعات ذهب اليه المفيد^(١) وتلميذه^(٢) والتقني^(٣) والقاضي^(٤) والحسن^(٥) وابن ادريس في القول الآخر^(٦) ونقله عن السيد^(٧) وهو مذهب ابن حمزة^(٨) والعلامة في المختلف^(٩) وهو المعتمد.

(ج) أنه ما وقع عليه اسم رضعة واحدة، وهو ماملا بطن الصبي، أو بالوجور وهو قول أبي علي^(١٠).

(د) قال الصدوق في المقنع: أنه لا يحرم من الرضاع إلا خمسة عشر يوما ولياليهن، قال: وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن رحمته الله، قال: روي

(١) المقنعة: باب ما يحرم النكاح من الرضاع ص ٧٧ قال: والذي يحرم النكاح من الرضاع عشر رضعات متواليات آه.
(٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٤٩ س ١٥ قال: والمحرم من الرضاع عشر رضعات متواليات الخ.
(٣) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٥ س ١٦ قال: ومنها إلى أن قال: أو عشر رضعات متواليات الخ.
(٤) المهذب: ج ٢ باب ما يحرم من النكاح بالرضاع ص ١٩٠ س ٤ قال: فإن لم يعلم ذلك أعتبر بعشر رضعات متواليات آه.

(٥) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ٢ قال بعد نقل قول المفيد: وهو قول ابن أبي عقيل من قدمائنا.
(٦) و(٧) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ قال: أو عشر رضعات متواليات على الصحيح من المذهب، إلى أن قال بعد نقل قول من قال بخمس عشرة رضعات: فالاول مذهب السيد المرتضى وخيرته الخ.
(٨) الوسيلة: في بيان أحكام الرضاع ص ٣٠١ س ١٢ قال: أو بارتضاع عشرة رضعات متواليات ربا.
(٩) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١٥ قال: والوجه التحريم بالعشر لوجه الخ.
(١٠) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١١ قال: وقال ابن الجنيد إلى أن قال: الا ان الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط الامر لنفسه أن كل ما وقع عليه اسم رضعة وهو ماملات بطن الصبي إما بالمص أو بالوجور يحرم النكاح الخ.

[الثالث) ان يكون في الحولين، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح.
(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد، فيحرم الصبيان يرتضعان] أنه لا يحرم من الرضاع إلا ما كان حولين، وروي أنه لا يحرم من الرضاع إلا من ارتضع من ثدي واحد سنة^(١)، وبالكمل روايات، وأكثرها عددا وأصحها طرقا روايات الوجهين الاولين.
واحتج ابن الجنيد بصحيفة على بن مهزيار^(٢) وهي قابلة للتأويل، مع احتمال خروجها مخرج التقية.

وبالوجه الرابع رواية عن الصادق عليه السلام قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع حولين كاملين^(٣).
قال الشيخ في حولين كاملين^(٤).

وفي رواية العلاء بن رزين: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنة^(٥).
قال طاب ثراه: أن يكون في الحولين، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح.

(١) ليس في المقنع ما زاده بقوله (وبه كان يفتي شيخنا) لاحظ المقنع: باب بدء النكاح، ص ١١١ ص ١ ولكنه موجود في المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١٣ إلى قوله (من ثدي واحد سنة).
(٢) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ٧ قال: احتج ابن الجنيد: ما رواه علي بن مهزيار في الصحيح، ولفظ الحديث (عن علي بن مهزيار عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب اليه يسأله عن الذي يحرم من الرضاع، فكتب عليه السلام قليله وكثيره حرام).
(٣) و(٤) الفقيه: ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٧ الحديث ١٥ وفيه (الا ما كان حولين كاملين) كما نقله عن الشيخ ايضا.

(٥) الاستبصار: ج ٣ (١٢٥) باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ١٩٨ الحديث ٢٣.

[بلبن واحد، ولو اختلفت المرضعتان، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل آخر وان اتحدت المرضعة. ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة، ولو اضطر إلى الكافرة استرضع الذمية ويمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير، ويكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها].

أقول: أما المرتضع فاعتبار الحولين فيه إجماعي إلا من أبي على فإنه نشر الحرمة بالرضاع المتصل بعد الحولين بما قبلها إذا لم يتخللها فطام^(١) والمشهور أنه لو تم الحولين ولم يرو من الأخيرة لم ينشر الحرمة، لما رواه حماد بن عثمان في الموثق قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا رضاع بعد فطام، قلت: جعلت فداك وما الفطام؟ قال: الحولان اللذان قال الله عز وجل^(٢). وعلى هذا: لو فطم قبل الحولين نشر الحرمة ما وقع الرضاع فيهما، لتحديده عليه السلام الفطام بالحولين.

وقال الحسن: لا يحرم بعد الفطام.

لما رواه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم^(٣). احتج ابن الجنيد بما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال:

(١) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ١٤ قال: وقال ابن الجنيد: إذا كان بعد الحولين ولم يتوسط بين الرضاعين فطام بعد الحولين، حرم.

(٢) الكافي: ج ٥ باب أنه لا رضاع بعد فطام ص ٤٤٣ الحديث ٣ والمراد قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) البقرة ٢٣٣.

(٣) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ١٩ قال: وقال ابن أبي عقيل: الرضاع الذي يحرم عشر رضعات قبل الفطام فمن شرب بعد الطعام (الفطام) لم يحرم ذلك الشرب، احتج بما رواه الفضل بن عبد الملك الخ الكافي: ج ٥ ص ٤٤٣ باب أنه لا رضاع بعد فطام الحديث ٢.

[ويكره إسترضاع المجوسية، ومن لبنها عن زنا، وفي رواية: إذا أحلها مولاها طاب لبنها].

الرضاع بعد الحولين قبل أن يقطم يحرم^(١).

واجب بشذوذه، فلا يصلح معارضا للمشهور، ولجواز حمله على التقية.

وأما ولد المرضعة، فالمشهور قطع النظر عنه وعدم التعريض لذكره، وقال التقي: من شرائط الرضاع أن يكون المرتضع، والمرتضع من لبنه ينقص سهمها عن الحولين^(٢) وبه قال ابن زهرة^(٣) وابن حمزة^(٤) واختار المصنف الأول^(٥) وكذا العلامة في أكثر كتبه^(٦) وتوقف في المختلف^(٧).

قال طاب ثراه: ويكره إسترضاع المجوسي، ومن لبنها عن زنا، وفي رواية إذا أحلها مولاها طاب لبنها.

أقول: يكره إسترضاع الكافرة إختيارا، ويتأكد الكراهة في المجوس، وكذا يكره إسترضاع من ولادته عن زنا، أى لبن ولادتها، أو كونها حاملا من زنا، لحبثه،

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٦ الحديث ٧.

(٢) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٥ س ١٤ قال: ومنها أن الراضع والمرتضع من لبنه ينقص سهمها الخ.

(٣) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ٢٥ قال بعد نقل قول أبي الصلاح: وكذا قال السيد ابن زهرة.

(٤) الوسيلة: في بيان أحكام الرضاع ص ٨ قال: والثاني أن يكون للصبى المرتضع دون سنتين، وأن تكون المرضعة الخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) التذكرة: في الرضاع ص ٦١٩ قال: مسألة لا شك أن الحولين شرط في المرتضع، وهل هما شرط في ولد المرضعة؟ إلى أن قال: ومنع بعض علمائنا اشتراط ذلك الخ وفي التحرير: في الرضاع ص ٩ س ٢٢ قال: وهل يشترط في ولد المرضعة ذلك؟ الاقرب عدمه الخ.

وفي القواعد، في الرضاع ص ١١ قال: الثاني أن يكون في الحولين إلى أن قال: ويعتبر في المرتضع إجماعا دون ولد المرضعة على الأقوى.

(٧) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ٣٨ قال: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

[وهنا مسائل الاولى: إذا اكملت الشرائط صارت المرضعة أما وصاحب اللبن أبا، واختها خالة وبناتها اختا ويحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا على المرتضع، وأولاد المرضعة ولادة، لارضاعا. الثانية: لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا، لأنهم في حكم ولده وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرضعة وأولاد فحلها؟ قال في الخلاف: لا، والوجه الجواز].

ولو كانت مملوكة وأحلها سيدها بعد ما فعلت ذلك طاب لبنها وجاز إرضاعه من غير كراهية.

ذهب اليه الشيخ في النهاية^(١) واعتمد فيه على رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن غلام لي وثب على جارية فأحببها فولدت فاحتجنا إلى لبنها، فإني أحللت لهما ماصنعوا أيطيب لبنها؟ قال: نعم^(٢) وأطرحها الباقون. قال طاب ثراه: وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن في أولاد هذا الفحل؟ قال في الخلاف: لا، والوجه الجواز.

أقول: وجه الجواز إصالة الاباحة، وعموم قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء)^(٣) ولأن أخ الاخ اذا لم يكن اخا يحل من النسب فأولى من الرضاع، وهو

(١) النهاية: باب الولادة والعقيقة وحكم الرضاع ص ٥٠٤ س ١٣ قال: وإن كانت له أمة إلى أن قال: فليجعلها في حل من فعلها ليطيب بذلك لبنها.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات من الرضاع ص ١٠٨ الحديث ١٨.

(٣) النساء: ٣

[الثالثة: لو تزوج رضيعة فأرضعتها امرأته، حرمتا إن كان دخل بالمرضعة، وإلا حرمت المرضعة حسب ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول، ولو أرضعتها الأخرى فقولان: أشبههما أهما تحرم أيضا ولو تزوج رضيعتين فأرضعتهما إمرأته حرمن كلهن إن كان دخل بالمرضعة، وإلا حرمت المرضعة].

مذهب ابن إدريس^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة في أكثر كتبه^(٣) وتوقف في المختلف^(٤). وقال الشيخ في الخلاف: بالتحريم^(٥)، معولا على صحيحة أيوب بن نوح قال: كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام، إمرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب: لا يجوز ذلك لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك^(٦). وهذا التعليل يعطى صيرورة ولدها إخوة أولاده، فينشر الحرمة.

قال طاب ثراه: ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة، حرمتا مع الدخول، ولو أرضعتها الأخرى، فقولان: أشبههما أهما تحريم أيضا.

-
- (١) السرائر: باب الرضاع ومقدار ما يحرم من ذلك ص ٢٩٥ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: قول شيخنا في ذلك غير واضح، وأي تحريم حصل من اخت هذا المولود المرتضع بين أولاد الفحل وليس هي اختهم الخ.
- (٢) لاحظ عبارة النافع.
- (٣) القواعد: المطلب الثالث في الأحكام ص ١١ س ١٤ قال: ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة وأولاد فحلها ولادة ورضاعا على رأي، وفي التحرير: في أحكامه، ص ١٠ (ج) قال: أما أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن إلى قوله: الوجه الجواز.
- (٤) المختلف: الرضاع ص ٧٣ س ٢ قال بعد نقل الأقوال والادلة: ونحن في ذلك من المتوقفين.
- (٥) الخلاف: كتاب الرضاع مسألة ١ قال: إذا حصل الرضاع المحرم لم يحل للفحل نكاح اخت هذا المولود المرتضع بلبنه الخ وقال في النهاية، باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ٤٦٢ س ٧ وكذلك يحرم جميع إخوة المرتضع الخ.
- (٦) الاستبصار: ج ٣ (١٢٦) باب إن اللبن للفحل ص ٢٠١ الحديث ٩.

أقول: تصوير المسألة: أن رجلا له زوجة صغيرة، وزوجتان كبيرتان، فارتضعت الصغيرة من إحدى الكبيرتين رضاعا محرما، فإن لم يكن دخل بالكبيرة حرمت الكبيرة خاصة، لعدم اشتراط الدخول بالبنت في تحريم الام، وأما الصغيرة فلا يحرم مؤبدا، لأن جرد العقد على الام لا تحرم البنت، لكن انفسخ عقدهما للجمع بينها وبين امها في نكاح واحد، وإن أرادها حل له بتجديد العقد عليها، وإن كان قد دخل بها حرمتا مؤبدا.

فان أرضعتها الزوجة الكبيرة الاخرى، فهل تحرم هذه المرضعة الثانية، أم لا تحرم؟ قيل: بالثاني، لانها أرضعتها بعد أن حكم بإنفساخ عقدها وصارت بنتا له وأم بنت الرجل ليست محرمة عليه، وهو إختيار الشيخ^(١) وأبي علي^(٢) وقيل: بل يحرم لان الصغيرة وإن كانت الآن بنتا، تصدق عليها أنها كانت حليلة، ولا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، فصدق على الكبيرة أنها ام امرأته، وقال تعالى (وامهات نسائكم)^(٣) ولمساواة الرضاع النسب، وهو يحرم سابقا ولاحقا وهو اختيار ابن ادريس^(٤) والمصنف^(٥) والعلامة^(٦).

احتج الشيخ برواية علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام قال: قيل: إن

(١) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣٠٠ س ٢١ قال: اذا كان له اربع زوجات إحداها صغيرة إلى أن قال: وروى اصحابنا في هذه انها لا تحرم، والذي قالوه قوي.

(٢) المختلف: في الرضاع ص ٧٣ قال: مسألة قال ابن الجنيد: اذا كان له زوجات فارضعت احداها زوجته الصبية الخ.

(٣) النساء: ٢٣.

(٤) السرائر: باب الرضاع ص ٢٩٤ س ٢٦ قال: اذا كان له اربع زوجات إلى أن قال: وهذه كانت زوجته.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف: في الرضاع ص ٧٣ س ١٣ قال: وقد بينا فيما تقدم تحريم الجميع الخ.

[السبب الثالث، في المصاهرة: والنظر في الوطاء والنظر واللمس.

(أما الاول) فمن وطأ امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه ام الموطوءة وإن علت، وبناتها وإن سفلن، سواء كن قبل الوطاء أو بعده، وحرمت الموطوءة على أبي الواطئ وإن علا واولاده وإن نزلوا ولو تجرد العقد عن الوطاء حرمت أمها عليه عينا على الاصح وبناتها جمعا لا عينا، فلو فارق الام حلت البنت، ولا تحرم مملوكة الابن على الاب بالملك، وتحرم بالوطء، وكذا مملوكة الاب، ولا يجوز لاحدهما أن يطأ مملوكة الآخر ما لم يكن عقد أو تحليل، نعم يجوز أن يقوم الاب مملوكة ابنه الصغير على نفسه ثم يطأها].

رجلا تزوج بجارية صغيرة، فأرضعتها إمرأته، ثم أرضعتها امرأته الاخرى، إلى قوله فقال: حرمت عليه الجارية، وامرأته التي أرضعتها أولا، أما الاخيرة فلم تحرم عليه^(١). ويمنع صحة السند. السبب الثالث: المصاهرة قال طاب ثراه: ولو تجرد العقد عن الوطاء حرمت أمها عليه عينا على الاصح.

أقول: مجرد العقد على الام تحرم البنت إجماعا، وأما العكس أعني مجرد العقد على البنت هل تحرم الام؟ المشهور نعم لقوله تعالى (وامهات نسائكم)^(٢) وهو عام (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن)^(٣) والربيبة بنت

(١) الكافي: ج ٥، باب نواذر في الرضاع ص ٤٤٦ قطعة من حديث ١٣.

(٢) و(٣) النساء: ٢٣.

الزوجة، فأجرى الأولى على عمومته، وقيد الثاني بالدخول، لان الوصف، أو الشرط، أو الاستثناء إذا تعقب الجمل ترجع إلى الأخيرة على ما تقرر في موضعه.

ولما رواه اسحاق بن عمار عن الباقر عليه السلام: إن عليا عليه السلام كان يقول: الربائب عليكم حرام مع الامهات اللاتي قد دخلتم بهن، هن في حجور وغير الحجور سواء والامهات مبهمات، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن، فحرموا وابهمو ما أبهم الله ^(١).

وهو اختيار الأكثر، وذهب اليه الشيخان ^(٢) ^(٣) وسالار ^(٤) والتقوى ^(٥) وقال الحسن والصدوق في كتابه: لا يحرم بل له العقد عليها أيضا اذا فارق بنتها كالعكس ^(٦) ^(٧) لاصالة الحل، ولقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء ص ٢٧٣ الحديث ١.
- (٢) المقنعة: باب من يحرم نكاحهن، ص ٧٧ س ٦ قال: ومن عقد على امرأة لها بنت فدخل بالمرأة لم تحل له بنتها، ومن عقد على امرأة لها أم حرم عليه العقد على امها أبدا سواء دخل بالبت أو طلقها قبل الدخول.
- (٣) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٦ قال: ويحرم العقد على ام الزوجة سواء دخل بالبت أو لم يدخل بها، واذا عقد على الام ودخل بها حرم عليه العقد على جميع بناتها الخ.
- (٤) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٤٧ س ١١ قال: والربيبة في المرأة المدخول بها الخ.
- (٥) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: أما المحرمات بالاسباب ام المرأة المعقود عليها وابنة المدخول بها.
- (٦) المختلف: في تحريم المصاهرة ص ٧٤ س ٦ قال: وقال ابن ابي عقيل: إلى قوله: فالشرط عند آل الرسول في الامهات والربائب جميعا الدخول الخ.
- (٧) المقنعة: باب بد والنكاح ص ١٠٤ س ١ قال: وقد روي: ان الام والبت في هذا سواء اذا لم يدخل باحدهما حلت له الاخرى الخ والرواية التي اشار اليها مارواه في الفقيه ج ٣ (١٢٤) باب ما أحل الله عزوجل من النكاح، من ٢٦٢ الحديث ٣٢ ولفظ الحديث (عن جميل بن دراج انه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها، هل تحل له ابنتها؟ قال: الام والابنة في هذا

[ومن توابع هذا الفصل تحريم اخت الزوجة معاً، لا عينا، وكذا بنت اخت الزوجة وبنت أخيها، فإن أذنت إحداهما صح، ولا كذا لو أدخل العمة أو الخالة على بنت الاخ والاخت، ولو كان عنده العمة أو الخالة، فبادر بالعقد على بنت الاخ او الاخت كان العقد باطلا، وقيل بتخير العمة أو الخالة بين الفسخ والامضاء، أو فسخ عقدها].

نسائكم اللاتي دخلتم بهن^(١) فشرط الدخول في تحريمها، قضية للعطف.

ولرواية جميل بن دراج وحماد بن عثمان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: الام والبنت سواء إذا لم يدخل بها، يعني: إذا تزوج المرأة، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإنه إن شاء تزوج امها، وإن شاء إبنتها^(٢).

ومثلها صحيحة منصور بن حازم^(٣).

قال طاب ثراه: تتخير العمة والخالة بين الفسخ والامضاء، اوفسخ عقدها.

اقول: النظر هنا يقع في مباحث: (أولاً) هل يحرم إدخال بنت الاخ والاخت على العمة والخالة، أم لا؟ قال القديمان: لا يحرم^(٤) لقوله تعالى (واحل لكم ما وراء ذلكم)^(٥)، ولما رواه على

سواء اذا لم يدخل باحدهما حلت له الاخرى).

ولا يخفى ان الصدوق بعد ما قال كما قال المشهور نقل بعنوان (روى) ولا يعلم من ذلك أن هذا فتواه.

(١) النساء: ٢٣.

(٢) نقلناها آنفا عن الفقيه وفي التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب ما احل الله نكاحه من النساء ص ٢٧٣ الحديث ٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من احل الله نكاحه من النساء وحرّم منهن في شرع الاسلام: ص ٢٧٤ قطعة من حديث ٥.

(٤) و(٥) المختلف: النكاح ص ٧٩ س ٣٤ قال: وقال ابن أبي عقيل: لما عدى المحرمات في الآية قال: فهذه جملة النساء اللاتي حرم الله عزوجل نكاحهن وأحل نكاح ما سواهن، إلى أن قال وقال ابن الجنيد إلى قوله: والحديث الذي روى فانما هو نهي احتياط لا تحريم الخ.

(٦) النساء: ٢٤.

بن جعفر قال: سألت أخي موسى عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عمتها أو خالتها، قال: لا بأس، لأن الله عزوجل قال: (واحل لكم ما وراء ذلكم) ^(١) وللأصل الدال على الجواز. وقال الثلاثة ^(٢) ^(٣) ^(٤) والتقوى ^(٥) وسالار ^(٦) وابن حمزة ^(٧) وابن ادريس ^(٨) بالتحريم، بل هو إجماعي إلا من الحسن وأبي علي ^(٩) وقد انقرضا، وسبقهما الإجماع وتعقبهما، وهو مذهب المصنف ^(١٠) والعلامة ^(١١).

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: لا تزوج ابنة الاخت على

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الحديث ١١ نقلا عن المختلف.
- (٢) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٤ قال: لا يجوز له ان ينكح بنت الاخ على عمتها الخ.
- (٣) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح وما حرم منه، ص ٤٥٩ س ٢ قال: ولا يجوز العقد على امرأة وعند الرجل عمتها أو خالتها الخ.
- (٤) الانتصار: مسائل النكاح قال: مسألة ومما انفردت به الامامية اباحتهم أن يتزوج الرجل المرأة على عمتها وخالتها بعد أن يستأذنها وترضيا به الخ.
- (٥) الكافي: الضرب الخامس المحرمات في حال دون حال ص ٢٨٦ س ١٨ قال: وبنت الاخ على عمتها وبنت الاخت على خالتها حتى تأذنا.
- (٦) المراسم: شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ٣ قال: وان لا تكون المنكحة بنت اخت امرأة الخ.
- (٧) الوسيلة: في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ١٥ قال: وبنت أخ الزوجة أو اختها الخ.
- (٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٦ س ١١ قال: ويحرم تحريم جمع اربع، والمرأة وعمتها إلى أن قال: ومن تحريم الجمع بين المرأة وخالتها.
- (٩) تقدم آنفا.
- (١٠) لاحظ عبارة النافع.
- (١١) المختلف: النكاح ص ٨٠ س ٣ قال بعد نقل قول المشهور اولا وقول من خالف المشهور ثانيا: والمعتمد الاول.

خالتها إلا باذنّها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنّها^(١).
 وصحيحنا أبي الصباح الكناني وابي عبيده الحذاء عن الصادق عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها
 ولا على خالتها^(٢) ^(٣) محمولتان على المقيدة بعدم الرضا، جمعا بين الادلة.
 وكذا يحمل رواية علي بن جعفر عن الرضا^(٤).
 وظاهر الصدوق في المقتنع تحريم الجمع مطلقا^(٥).
 فالحاصل أن هنا ثلاثة مذاهب:
 (أ) جواز الجمع مطلقا، وهو مذهب القديمين.
 (ب) تحريمه مطلقا، وهو مذهب الصدوق.
 (ج) جوازه مع الرضا وعدمه مع عدمه، وهو مذهب جمهور الاصحاب.
 (الثاني) لو ادخل بنت الاخ أو الاخت من غير اذن العمة أو الخالة، ما الحكم فيه؟ قيل فيه
 قولان:

(أ) بطلان عقد الداخلة من رأس، ولا يؤثر في صحة رضا المدخول عليها، بل

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٢٩) باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها وما يحرم من ذلك وما لا يحرم ص ٣٣٢ الحديث ٢.
 (٢) الاستبصار: ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمتها وخالتها ص ١٧٧ الحديث ٣.
 (٣) الاستبصار: ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمتها وخالتها ص ١٧٨ الحديث ٦ وقامه (ولا على اختها من
 الرضاة).
 (٤) تقدم نقلا عن الوسائل.
 (٥) المقتنع: باب بدو النكاح ص ١١٠ س ٦ قال: ولا تنكح امرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها
 الخ.

يحتاج إلى إستئنافه، للنهي عنه، فيقع فاسداً، ولها الخيار في فسخ عقد نفسها واعتزاله من غير طلاق وهو مذهب ابن ادريس^(١).

وفيه نظر، لان الموجب لتسلطها على الفسخ إنما هو الجمع، وعلى القول بالبطلان، لا جمع فلا يكون لها الاعتزال، وقال المصنف: تقع باطلاً، وليس لهما الاعتزال^(٢).

(ب) لا يقع باطلاً في أصله، بل يكون متزلزلاً، وللمدخل عليها فسخه، وهو قول الباقيين.
(الثالث) هل للعممة والخالدة فسخ نكاح أنفسهما أم لا؟ قال الشيخان^(٣) وسالار^(٤) وأكثر الاصحاب بالاول، وبالثاني قال العلامة^(٥) وحكاه عن المصنف^(٦) لان المنهي عنه إنما هو العقد الثاني، فيختص الحكم به، ولان التحريم بسبب حصل بعد الحكم بلزوم عقدهما فيكون الاصل فيه البقاء، ولائهما زوجتان قبل تجدد الداخلة فكذا بعده عملاً بالاستصحاب.

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١ قال: كانت العممة والخالدة محيرة ثم قال: والذي يقتضيه اصول مذهبنا انه يحتاج إلى عقد ثان اذا عقد بغير اذنها الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٧ قال: وان شاءتا فارقتا الرجل واعتزلتا واعتدتا منه وتزوجتا بعد العدة بغيره ولم يحتاجا في ذلك إلى طلاق أكثر من اعتزالهما إياه.

(٤) النهاية: باب ما حل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٥ قال: فان اعتزلت واعتدت ثلاثة أقرء كان ذلك فراقاً الخ.

(٥) المراسم: شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ٥ قال: وان شاءت فارقت الزوج بغير طلاق واعتدت منه.

(٦) والمختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الاول ثم قال: ويحتمل ان يقال: انه ليس لهما فسخ نكاحهما، بل فسخ نكاح الداخلة وهو اختيار شيخنا أبي جعفر، القاسم بن سعيد، إلى قوله: لكن كلام الاصحاب ليس فيه استبعاد الخ

قال العلامة في المختلف: وكلام الاصحاب ليس فيه إستبعاد، لان عقد الداخلة صحيح في نفسه، لصدوره من أهله في محله، جامعا لشرائطه، ولا يؤثر تجدد البطلان بفسخ العمة أو الخالة في صحته الاصلية كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير، وإذا وقع صحيحا تساوت نسبته ونسبة عقد المدخول عليها، فلما كان لها فسخ عقد الداخلة. كان لها فسخ عقدها^(١).

(الرابع) هل للعمة والخالة فسخ نكاح الداخلة؟ نص عليه الشيخان^(٢) وسالار^(٤) وهو مذهب العلامة^(٥) وقال القاضي: وإن لم ترض العمة أو الخالة بذلك ولم يفسخ الزوج العقد، كان لهما إعتزاله^(٦) وهذا يعطي أن العمة أو الخالة ليس لهما فسخ عقد الداخلة، حيث علق الفسخ على فعل الزوج.

(الخامس) قول القاضي يعطي جواز الفسخ للزوج من غير طلاق^(٧) وهو مع

(١) المختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الاول ثم قال: ويحتمل ان يقال: انه ليس لهما فسخ نكاحهما، بل فسخ نكاح الداخلة وهو اختيار شيخنا أبي جعفر، القاسم بن سعيد، إلى قوله: لكن كلام الاصحاب ليس فيه استبعاد الخ.
(٢) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٦ قال: كانتا بالخيار إن شاءتا أمضتا النكاح وإن شاءتا فسختاه..

(٣) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٣ قال: كانت العمة والخالة مخيرة بين إمضاء العقد وبين الاعتزال فان امضت كان ماضيا ولم يكن لها بعد ذلك فسخ.

(٤) المراسم: شرائط الانكحة، ص ١٥٠ س ٤ قال: فنكاح المرأة على عماتها أو خالتها مراعى، فان فسخته بطل الخ.

(٥) المختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الثاني، هل للعمة والخالة فسخ نكاح الداخلة نص الشيخان، وهو المعتمد.

(٦) المهذب: ج ٢، باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ١٥ قال: وإن لم ترضيا ولم يفسخ الزوج العقد الخ.

(٧) تقدم آنفا تصريحه بذلك.

[وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد، أشبهه أنه لا يحرم].

ندوره، ضعيف، لانه بالنسبة إلى الزوج لازم، فلا يكون له فسخه.

(السادس) لو قلنا لهما فسخ نكاحهما لم يجب الارتقاب حتى يخرج عدة الفاسخة، لكونها بائنة كغيره من الفسوخ، ونص عليه ابن ادریس^(١) فيحل له العقد على اختها، وخامسة، ولا نفقه لها، وقال ابن حمزة: يجب الارتقاب إلى خروج العدة، فتحرم وطء بنت الاخ والاخت، والعقد على الخامسة، والاخت، ويلزمه وجوب الانفاق^(٢).

(السابع) المشهور جواز العكس، أي إدخال العممة والخالة على بنتا أخيها واختها، وسوى الصدوق في المقتنع بينهما في التحريم^(٣).

ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: لا تتزوج العممة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير إذنهما^(٤).

واحتج الباقر بالاصل، وبرواية محمد بن مسلم المتقدمة^(٥).

قال طاب ثراه: وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة، تردد، أشبهه أنه لا يحرم.

أقول: ألحق الشيخ في النهاية الشبهة بالصحيح في المصاهرة، لتبعيته له في حقوق النسب، ووجوب المهر، فتحصل التحريم لوجود أحكام الصحيح فيه، ولأنه

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٤ قال: ولا يستحق في هذه العدة عليه نفقة، وله أن يتزوج باختها في الحال.

(٢) الوسيلة: في بيان من يجوز العقد عليه، ص ٢٩٣ س ١٨ قال: ويفرق بينهما حتى تخرج العممة أو الخالة من العدة.

(٣) المقتنع: باب بد والنكاح، ص ١١٠ س ٦ قال: ولا تنكح امرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة اختها.

(٤) لاحظ عوالى اللغالى: ج ٣ ص ٣٢٨ الحديث ٢٠٤ وما علق عليه.

(٥) تقدمت نقلا عن التهذيب: ج ٧ ص ٣٣٢ الحديث ٢.

[وأما الزنا فلا تحرم الزانية، ولا الزوجة وإن أصرت على الاشهر].

أحوط^(١).

واختاره العلامة في أكثر كتبه^(٢) ومنع ابن ادريس لاصالة الاباحة^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة في التحرير^(٥).

فرع

يشترط في نشر الحرمة بالشبهة، سبق، فلو وطئ الاب زوجة الابن لشبهة لم يحرم على الابن زوجته، لسبق الحل، وقال في المبسوط: بالتحريم لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء)^(٦) واجيب: بأن دلالة الآية في هذا الباب ظنية، فلا ترفع الحل المتيقن.

قال طاب ثراه: وأما الزنا فلا تحرم الزانية، ولا الزوجة وإن أصرت على الاشبه (الاشهر خ ل).

أقول: هنا مسألتان:

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٢ س ١١ قال: وإذا زنى الرجل بامرأة حرم على اييه وابنه العقد عليها الخ.

وقال في المختلف فيما يحرم بالمصاهرة ص ٧٧: مسألة قد بينا فيما سلف ان الزنا ينشر حرمة المصاهرة إلى قوله: ويلزم القائل بذلك في الزنا القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة الخ فعلى هذا اذا كان الشيخ قائلا بحرمة المصاهرة في الزنا فلا بد عليه من القول في عقد الشبهة كما لا يخفى.

(٢) التذكرة: ج ٢ كتاب النكاح، في المحرمات بالمصاهرة، ص ٦٣١ س ٣٧ قال: الثاني الوطء بشبهة إلى أن قال: وهذا يتعلق به التحريم اجماعا، وفي القواعد الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٨ قال: وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف.

(٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٦ س ٢٥ قال: واما المرأة التي وطأها إلى أن قال: والذي يدل على صحة ما اخترناه أن الاصل الاباحة والحذر يحتاج إلى دليل الخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) التحرير: كتاب النكاح ص ١٣ قال: (ح) ووطء الشبهة وعقدها هل بنشر حرمة المصاهرة أم لا؟ قال الشيخ: نعم وفيه اشكال.

(٦) النساء: ٢٢.

الاولى: هل يحل نكاح الزانية أم لا؟ للشيخ قولان: التحريم قال في النهاية^(١) وبه قال المفيد^(٢) والقاضي^(٣) والتقي^(٤) لوجوه: (أ) قوله تعالى (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين)^(٥) فالضمير إن عاد إلى الزنا كان تأكيدا، وإن عاد إلى نكاح الزانية كان تأسيسا وهو أرجح.

(ب) إن أعظم حكمة الحد والزجر عن الزنا إنما هو لمكان إختلاف الانساب، فلو أبيح نكاح الزانية لزم الاختلاط المحذور.

(ج) رواية أبي بصير قال: سألته عن رجل فجر بامرأة ثم أراد بعد أن يتزوجها، فقال: إذا تابت حل له نكاحها، قلت: كيف تعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام، فإن امتنعت واستغفرت ربها عرفت توبتها^(٦). وفي معناها رواية عمار^(٧).

(١) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٨ س ١٠ قال: وإذا فجر بامرأة غير ذات بعل فلا يجوز له العقد عليها الخ.

(٢) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ١٧ قال: فان فجر بها وهي غير ذات بعل إلى أن قال: والا فلا.

(٣) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ٨ قال: وان لم يكن للمرأة زوج وفجر بها رجل حرم العقد عليها الخ.

(٤) الكافي: فصل فيما يجرم من النكاح ص ٢٨٤ قال: الضرب الثاني الزنا ومقدماته من رؤية وضم وتقبييل ومحادثة إلى أن قال: والضرب الثالث، والمعقود عليها بعد الزنا حتى تستبرئ.

(٥) النور: ٣.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٧ الحديث ٦.

(٧) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٧.

والأولى مقطوعة، والثانية ضعيفة.

والجواز قاله في الخلاف^(١) والاستبصار^(٢) وبه قال ابن ادریس^(٣) والمصنف^(٤) والعلامة^(٥) لأصالة الاباحه، ولعموم (فانكحوا)، ولصحيحة الحلبي قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: أيما رجل فجر بأمرأة حراما ثم بدا له أن يتزوجها حلالا، فإن أوله سفاح وآخره نكاح، ومثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا^(٦).

ومثلها رواية أبي بصير عنه عليه السلام^(٧).

الثانية: لو أصرت إمرأته على الزنا قيل فيه ثلاثة أقوال:

(أ) التحريم قال المفيد^(٨) وتلميذه^(٩).

(ب) عدمه وهو إختيار الأكثر.

(١) كتاب الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٦٧١ قال: اذا زنى بامرأة جاز له نكاحها فيما بعد الخ.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٠٩) باب كراهية العقد على الفاجرة، ص ١٦٨ أحاديث ١ ٢ ٣.

(٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٢٣ قال: والزانية حتى تتوب على الزاني بها إلى أن قال: ذلك على الاستحباب دون الوجوب: وهو الذي يقوى في نفسي وأفتي به لان الاصل الاباحه الخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في النكاح ص ٧٩ قال: مسألة يكره العقد على الفاجرة وان كان الزاني هو العاقد إلى قوله: لنا أصالة الاباحه.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٧ الحديث ٣.

(٧) الكافي ج ٥ باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها ص ٣٥٦ الحديث ٣.

(٨) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها، ص ٧٧ س ٢٢ قال: ولا يجوز له امساكها وهي مصرة على الفجور الخ.

(٩) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٤٩ س ١٢ قال: وإن زنت إمرأته لم تحرم عليه إلا أن تصر.

[وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم إن كان سابقا، ولا تنشر إن كان لاحقا، والوجه: أنه لا تنشر].

(ج) إنفساح النكاح، حكاه ابن حمزة عن بعض الاصحاب^(١).
احتج سلار بأن أعظم فوائد النكاح التناسل، ولا يؤمن إمتزاج الانساب مع الزنا، وهو محذور^(٢).

احتج المسوغون بقوله ﷺ: لا يحرم الحرام الحلال^(٣).
وبرواية عباد بن صهيب عن الصادق ﷺ قال: لا بأس بأن يمسك الرجل امرأته اذا رآها تنزى ولم يقم عليها الحد فليس عليه من إثمها شيء^(٤).
وروى عن النبي ﷺ أنه سأله رجل فقال: يا رسول الله ﷺ ماترى في امرأة عندي ماتريد لامس؟ قال: طلقها، قال: إني احبها، قال: فامسكها إن شئت^(٥).
قال طاب ثراه: وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم إن كان سابقا، ولا تنشر إن كان لاحقا، والوجه أنه لا تنشر.

أقول: ألزنا بالمرأة هل تنشر حرمة التزويج بامها، أو بنتها، وتنشر حرمة التزويج

(١) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ١٢ قال: واذا اصرت المرأة عند زوجها على الزنا إنفسخ نكاحها على قول بعض الاصحاب.

(٢) لم اعثر على هذا الاحتجاج في المراسم ولكن نقله في المختلف: كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢٠ قال: إحتج سلار الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٩ ولفظه (إن الحرام لا يحرم الحلال، وفي سنن ابن ماجه ج ١ كتاب النكاح (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال، الحديث ٢٠١٥.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣١ الحديث ٢٠.

(٥) سنن النسائي: ج ٦ كتاب النكاح (تزويج الزانية).

بها على أب الزاني وإبنة كالنكاح الصحيح؟ إختلف فيه الاصحاب، فأثبتته الشيخ^(١) والتقي^(٢) والقاضي^(٣) وابن حمزة^(٤) وابن زهرة^(٥) واختار العلامة في المختلف^(٦) ومنعه المفيد^(٧) وتلميذه^(٨) والسيد^(٩) وابن ادريس^(١٠) والصدوق في المقنع^(١١) واختاره المصنف^(١٢).

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٢ س ١١ قال: وإذا زنى الرجل بامرأة حرم على أبيه وابنه العقد عليها الخ.

(٢) الكافي: النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: وأما المحرمات بالاسباب إلى أن قال: وأم المزني بما قبل العقد.

(٣) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ١١ قال: وإذا فجر رجل بامرأة حرم عليه العقد على أمها.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٩ قال: وكل وطء لشبهة أو حرام ينشر تحريم المصاهرة.

(٥) لم اظهر عليه في الغنية، وفي المختلف: فيما يحرم بالمصاهرة ص ٥٧ س ١٧ قال في عداد من قال بالحرمة: وابن زهرة.

(٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٥ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ أولاً ومنع المفيد ثانياً: والمعتمد الاول.

(٧) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ٢٠ قال: ولا بأس للرجل أن يتزوج بامرأة قد سافح أمها أو ابنتها ولا يحرم ذلك عليه نكاح الام والبنت سواء كانت المسافحة قبل العقد أو بعده.

(٨) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٤٩ س ١١ قال: فإن زنى باجنية لم تحرم عليه أمها ولا بنتها.

(٩) الناصريات، المسألة التاسعة والاربعون والمائة، قال: الزنا لا يوجب تحريم المصاهرة، الذي يذهب اليه أصحابنا انه من زنى بامرأة جاز له ان يتزوج بامها وابنتها سواء كان الزنا قبل العقد او بعده.

(١٠) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س قال: وأما الوطء الحرام فعلى الصحيح من المذهب لا ينشر تحريم المصاهرة الخ.

(١١) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٨ س ١٥ قال: فإن زنى بامها فلا بأس أن يتزوجها بعد امها وابنتها واختها الخ.

(١٢) لاحظ عبارة النافع.

إحتج الاولون بوجوه:

(أ) عموم قوله تعالى (وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن)^(١) والاضافة تصدق بأدنى ملابسة، كما تقول لاحد حاملي الخشبة: خذ طرفك، وكقول الشاعر:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل أذاعت غزلها في القرائب^(٢)
فنسب الكوكب اليها لشدة اهتمامها عند ظهوره.

(ب) صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن رجل بفجر بالمرأة أيتزوج إبنتها؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بامها أو أختها لم يحرم عليه الذي عنده^(٣).
ومثلها صحيحة عيص بن القاسم^(٤) ومنصور بن حازم^(٥) وفي معنى ذلك من الصحاح روايات اخر.

(١) النساء ٢٣.

(٢) لم يسم قائله، كلمة اذا للشرط، والخرقاء بالخاء المعجمة والراء المهملة والقاف كحمراء، إسم امرأة في عقلها نقصان، وهي مؤنث أخرق بمعنى الاحمق، وانما سميت بها؟ لانها كانت لا تنهيا أسباب الشتاء في الصيف، فلما طلع سهيل وأصاب البرد فرقت قطنها بين نساء أقاربها وجاراتها ليساعدنّها في الغزل، لتنهيا لباس شتائها، قوله: (لاح) بالخاء المهملة بمعنى طلع، و (سحرة) كغرفة وقت السحر، و (سهيل) كزبير كوكب معروف، وهو عطف بيان أو بدل من كوكب الخرقاء، و (أذاعت) بالذال المعجمة والعين المهملة ماض من الاذاعة بمعنى الانتشار، و (الغزل) بالعين والراء المعجمتين كفلس، القطن والصوف، و (الاقارب) جمع أقرب وهو أفعل من القرب ضد البعد، وروى مكانه (القرائب) وهو جمع قرييته، وهي التي بينك وبينها قرابة أى رحم (جامع الشواهد باب الالف بعده الذال).

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل بفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٩ الحديث ١٠.

(٤) و (٥) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل بفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٤ ١٥.

(ج) أنه احوط، وقال عليه السلام: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك^(١) ويجب الاحتراز عن الضرر المظنون.

(د) أن ما تعلق بالتحريم بالوطء المباح تعلق بالمحذور، كما في وطء المحرم والحائض ومن لم تبلغ احتج الآخرون بوجوه:

(أ) قوله تعالى: (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء)^(٢) (وأحل لكم ما وراء ذلكم)^(٣).

(ب) رواية هشام بن المثنى قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فدخل عليه رجل، فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها؟ قال: نعم وامها وابنتها^(٤). وفي معناها رواية حنان بن سدير^(٥).

(ج) الاصل الاباحة.

(د) أنه وطء لا حرمة له ولا يوجب تحريماً، لالغائه في نظر الشرع، ولهذا لم يترتب عليه النسب والعدة واجيب عن الآية الأولى بتأويلها (ما طاب لكم) أي ماحل وأبيح، وليست هذه مباحة لانه عين المتنازع.

وعن الثانية: بأن المتنازع دخل فيما نص على تحريمه في السابقة عليها، لما بينا من

(١) الوسائل: ج ١٨ كتاب القضاء، باب ١٢ من ابواب صفات القاضي، الحديث ٣٨ نقلاً عن الفضل بن الحسن الطبرسي في تفسيره الصغير، وحديث ٥٦ نقلاً عن الشهيد في الذكرى، وفي مسند احمد بن حنبل: ج ٣ ص ١٥٣.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٦ الحديث ١.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٩.

[ولو زنى بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتهما. وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمه على أب اللامس والناظر وولده ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب، والوجه الكراهية في ذلك كله، ولا يتعدي التحريم إلى ام الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما].
دخولها في قوله (وامهات نسائكم).

وعن الاحاديث بحملها عن مايكون دون الوطء والافضاء، أما معه فلا، لتفصيل رواية منصور بن حازم (الصحيحية)، عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجورا، هل يتزوج إبتنها؟ قال: إن كان قبله أو شبهها فليتزوج إبتنها، وإن كان جماعا فلا يتزوج إبتنها وليتزوجها هي^(١).
وعن الاصل بوجوب مخالفته للدليل وقد بيناه.

تنبيه

المراد بالزنا الناصر للحرمة عند القائل به السابق على الحل، ولو سبق عقد الاب أو الابن على امرأة ثم زنى بها الآخر لم تحرم على العاقد، سواء دخل العاقد أو لم يدخل، خلافا لابي علي حيث شرط الوطء^(٢) فلو عقد ولم يدخل ثم زنى بها الآخر حرمت على العاقد عنده، وكذا لو عقد على امرأة ثم زنى بامها لم تحرم الاولى عندنا، لسبق الحل، ولصحيحة محمد بن مسلم السابقة عليه.
قال طاب ثراه: وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمه

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٠٧) باب الرجل يزني بالمرأة لانيه أو لابنه أن يتزوجها ص ١٦٧ الحديث ٩.

(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٦ س ٨ قال: وشرط ابن الجنيد في الاباحة الوطء، ولو عقد ولم يدخل وزنى الآخر حرمت على العاقد ابدا، ولو دخل لم يحرم.

الاولى: نظر الانسان إلى المرأة أو لمسها إن كان لما يجوز لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكف من غير شهوة لم يتعلق به حكم بالاجماع.

الثانية: لو كان النظر أو القبلة بشهوة هل تحرم على أب الناظر وإبنه؟ قال الشيخ: نعم^(١) وبه قال القاضي^(٢) وابن حمزة^(٣) واختاره العلامة في المختلف^(٤) والتذكرة^(٥) وقال ابن ادریس: لا تحرم^(٦) واختاره المصنف^(٧) والعلامة في القواعد^(٨) والارشاد^(٩) احتج الاولون بوجوه:

(١) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٤ قال: ويحرم وطء جارية إلى ان قال: أو نظرا منها إلى ما يحرم على غير مالکها النظر اليها، أو قبلها بشهوة الخ وقال في باب السرارى وملك الايمان ص ٤٩٦ س ١٤: ولا يجوز للرجل أن يطأ جارية قد وطأها ابوه أو قبلها بشهوة الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ باب السرارى وملك الايمان ص ٢٤٦ س ١٢ قال: وإذا كان لرجل جارية فوطأها أو قبلها بشهوة الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان أحكام السراري وملك الايمان ص ٣٠٧ س ١٠ قال: فلما نعت من الوطئ إلى أن قال: ونظره منها إلى مالا يحل لغير المالك النظر اليه وتقبيله اياها بشهوة الخ.

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٦ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: لو نظر الاب أو الابن إلى أن قال: والاقرب قول الشيخ.

(٥) التذكرة: كتاب النكاح ص ٦٣٣ قال: مسألة، قال الشيخ يحرم، وبعد نقل قول الشيخ نقل قول ابن ادریس ثم رده.

(٦) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال: فاما اذا قبلها أو نظر اليها فلا إجماع لى حظر ذلك، بل الاصل الاباحة إلى أن قال: وبه أفقي.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد: الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٩ قال: اما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقبلة فلا.

(٩) الارشاد: المطلب الثاني في اسباب التحريم الاول المصاهرة، قال: والنظر إلى ما يحرم على غير المالك النظر اليه لا ينشر الحرمة وان كان الناظر ابا أو ابنا على رأي (مخطوط).

(أ) عموم قوله تعالى (وحلائل أبنائكم)^(١) ومقتضاه التحريم بمجرد حل النكاح، خرج منه ما إذا تجرد عن أحد الأربعة أعني الجماع والقبلة والنظر واللمس بالاجماع، فبقي الباقي على عمومه.

(ب) قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم)^(٢) وشراء الأمة مع النظر واللمس بشهوة أدخل في الاستمتاع وأقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد عن الوطء.

(ج) صحيحة محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام وقد سأله عن الرجل يكون له الجارية يقبلها هل تحل لولده؟ قال: بشهوة؟ قلت: نعم، قال: فما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداء منه إن جردها فنظر إليها بشهوة حرمت على ابنه وأبيه، قلت: إذا نظر إلى جسدها، فقال: إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه^(٣).

وفي معناها صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام^(٤).

احتج الآخرون بوجوه:

(أ) عموم قوله تعالى: أو ما ملكت أيما نكم^(٥).

(ب) إصالة الاباحة.

(ج) قوله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم^(٦).

(د) قوله تعالى: واحل لكم ما وراه ذلكم^(٧).

(هـ) موثقة علي بن يقطين عن العبد الصالح في الرجل يقبل الجارية ويباشرها

(١) و(٢) النساء: ٢٢ ٢٣.

(٣) الكافي: ج ٥، باب ما يحرم على الرجل مما نكح ابنه وابوه وما يحل له، ص ٤١٨ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥، باب ما يحرم على الرجل مما نكح ابنه وابوه وما يحل له ص ٤١٩ الحديث ٥.

(٥) و(٦) النساء: ٣.

(٧) النساء: ٢٤.

عن غير جماع داخل أو خارج، أيحل لاييه وإبنه؟ قال: لا بأس^(١).
وأجاب المانعون عن الاصل بأنه مخالف للدليل، وعن الآية الاولى بأنها مخصوصة، وعن الثانية، المراد بها ما حل، فالاستدلال بها مصادرة، وعن الثالثة بأنها داخلة فيما تقدم تحريمه، وعن الحديث بحمله على عدم الشهوة، لعدم منافاة المطلق إذا حمل على المفيد، وبأن الصحيح مقدم على الموثق مع التعارض.

الثالثة: على القول بنشر الحرمة بالنظر وأخويه، هل التحريم مقصور على الابن، أو يتعدي إلى الاب؟ الشيخومتابعوه على الثاني^(٢) والمفيد على الاول^(٣) وهو ظاهر التقى^(٤).
الرابعة: على القول يتعدي نشر الحرمة في جانب الناظر، هل هو كذلك في جانب المنظورة؟ بمعنى أنه يحرم أم المنظورة وبنيتها على الناظر كما تحرم على الواطئ والعائد، قال ابن الجنيدي: نعم^(٥) وبه قال الشيخ في الخلاف^(٦) فجزم بتحريم أم

-
- (١) الاستبصار: ج ٣ (١٣٢) باب ما يحرم جارية الاب على الابن أو جارية الابن على الاب ص ٢١٢ الحديث ٤.
(٢) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥١ س ١٤ قال: ويحرم وطء جارية قد ملكها الاب أو الابن إذا جامعها، أو نظرا منها إلى ما يحرم على غير مالكتها الخ وقال في باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٦ س ١٦ قال: وحكم الابن حكم الاب سواء إلى أن قال: حرمت على الاب.
(٣) المقنعة: باب السراري وملك الايمان ص ٨٤ س ٣٢ قال: وإذا نظر الاب إلى جارية قد ملكها نظرا بشهوة حرمت على ابنه، ولا تحرم على الاب بنظر الابن.
(٤) الكافي: النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: وأما المحرمات، بالاسباب إلى أن قال: وزوجة الاب وأمتة المنظور اليها بشهوة الخ فجعل التحريم مقصورا على الابن فقط دون العكس.
(٥) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٩ قال: بقي هنا بحث آخر، وهو أن النظر والتقبيل واللمس بشهوة هل لا ينشر الحرمة في غير الاب والابن أم لا؟ قال ابن الجنيدي: وإذا أتى الرجل من زوجته أو أمتة محرما على غيره الخ.
(٦) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨١ قال: اللمس بشهوة لا ينشر التحريم وتحرم الام وان علت والبنت وان نزلت.

المنظورة وإن علت وبنيتها وإن نزلت، وذهب ابن ادريس إلى عدم التحريم^(١) وكذا المصنف^(٢) والعلامة^(٣). لوجوه:

(أ) أصالة الاباحة.

(ب) قوله تعالى: (فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) والنظر وأخواه لا يسمى واحدا منهما دخولا.

(ج) إن أحدا لم يفرق بين البنت وام الامة، والبنت من النسب مباحة فكذا من الملك، روى عيص بن القاسم في الصحيح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غير انه لم يفض إليها، ثم تزوج إبنيتها؟ قال: إن لم يكن أفضى إليها فلا بأس، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوج^(٤) وإذا ثبت إباحة البنت حلت الام لعدم الفارق.

الخامسة: على القول بالتعدى إلى الام والبنت في الامة، هل تتعدى في المعقود عليها؟ قال ابن الجنيد: نعم^(٥) وتبعه الشيخ في الخلاف^(٦) قال ابو علي: اذا أتى الرجل من زوجته أو أمتة محرما على غيره كالقبلة والملازمة أو النظر إلى عورة فقد

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال: فاما اذا قبلها أو نظرا إليها فلا اجماع على خطر ذلك، بل الاصل الاباحة إلى أن قال: وهذا مذهب شيخنا المفيد وبه أفتي.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٣٥ قال بعد نقل قول الشيخ وابن الجنيد: والوجه الاباحة.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من احل لله نكاحه النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٢ وفي ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٤.

(٥) تقدم نقله عن المختلف.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٨٢ قال: اذا نظر إلى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة الخ.

حرمت عليه ابنتها بنسب كانت أم رضاع^(١) وقال الشيخ في الخلاف: إذا نظر إلى فرجها تعلق عليه تحريم المصاهرة^(٢).

والاقرب عدم التحريم، لاصالة الحل، وهو مذهب ابن ادريس^(٣) والمصنف^(٤) والعلامة^(٥) لقوله تعالى: (فإن لم تكونوا دخلتم بها)^(٦) علق التحريم بالدخول، ولا يسمى النظر وأخواه دخولا. إحتج المانعون بالاحتياط، وبما روي عن النبي ﷺ لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وإبنتها^(٧).

وقال الشيخ: من كشف قناع امرأة حرم عليه امها وبنتها^(٨) هذا استدلال الشيخ في الخلاف^(٩). ويؤيده صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألت عن رجل تزوج امرأة فنظر إلى شعر رأسها وإلى بعض جسدها أيتزوج ابنتها؟ قال: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها^(١٠) وحملها الشيخ في الاستبصار على الكراهية دون التحريم لانه تعالى علق التحريم على الدخول كما تضمنه خبر عيص^(١١).

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٣٠ قال: قال ابن الجنيدي: وإذا أتى الرجل الخ.

(٢) تقدم أنفا.

(٣) تقدم أنفا ما عن ابن ادريس.

(٤) و(٥) تقدما ايضا.

(٦) النساء: ٢٣.

(٧) و(٨) و(٩) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٢ قال: دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم، وطريقة الاحتياط، وروي عن النبي ﷺ انه قال: لا ينظر الله الخ ثم قال: وقال الشيخ: من كشف قناع امرأة الخ.

(١٠) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من احل الله نكاحه من النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٣.

(١١) الاستبصار: ج ٣ (١٠٦) باب حد الدخول الذي يجرم معه نكاح الربيبة ص ١٦٣ قال بعد نقل حديث محمد بن مسلم: فالوجه في هذه الروايات ضرب من الكراهية إلى أن قال: فعلق التحريم بالدخول حسب ما تضمنه الخبر الاول، أي خبر عيص.

تذنيب .. الزنا ينشر حرمة المصاهرة

قد ظهر فيما قلنا فيما سلف ان الزنا ينشر حرمة المصاهرة، ويلزم القائل بذلك القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة، وقال ابن ادريس: لا يثبت بعقد الشبهة ووطؤها تحريم المصاهرة^(٢) وقال المصنف في الشرائع: وفي وطء الشبهة تردد أظهره انه لا ينشر^(٣) وقال العلامة في المختلف: والوجه الاول^(٤)، وقد بينا حكم النظر وأخويه اذا كان مباحا لكونه في ملك أو عقد. ولو كان في شبهة، قال في الخلاف: ينشر الحرمة إلى الام وإن علت والبنت وإن نزلت ولو كان ذلك إلى الاجنبية^(٥) قال فخر المحققين: كل من قال لا يحرم الوطء، بالزنا، قال: لا يحرم هنا، واختلف القائلون بالتحريم بالوطء بالزنا في تحريمه هنا على قولين: (٦).

-
- (٢) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٠ قال: فاما عقد الشبهة ووطؤ الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة (٣) الشرائع: السبب الثالث المصاهرة، قال: واما الوطء بالشبهة إلى أن قال: وفيه تردد والظاهر انه لا ينشر.
- (٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٨ قال: والوجه الاول وقد تقدم.
- (٥) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨١ وفيه (اذا كان مباحا أو بشبهة) وليس فيه جملة (ولو كان الح) ولعل الطاهر أن نقله بالمعنى.
- (٦) الايضاح: في احكام المصاهرة ج ٣ ص ٦٦ قال: المسألة الرابعة، النظر المحرم إلى الاجنبية هل يحرم الام والبنت؟ كل من قال الح ثم قال: والاقوى عندي عدم التحريم.

[ويلحق بهذا الباب مسائل: الاولى: لو ملك اختين فوطاً واحدة حرمت الاخرى، ولو وطأ الثانية أثم ولم تحرم الاولى، واضطربت الرواية، ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن الملك، لا للعود، وفي اخرى: إن كان جاهلاً لم تحرم، وإن كان عالماً حرمتا عليه].

قال طاب ثراه: لو ملك اختين فوطاً واحدة حرمت الاخرى، ولو وطأ الثانية أثم ولم تحرم الاولى واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن الملك لا للعود، وفي اخرى: ان كان جاهلاً لم تحرم وإن كان عالماً حرمتا عليه.

أقول: إذا ملك اختين جاز له نكاح ايهما شاء، فإذا وطأ أحدهما حرم عليه وطء الاخرى حتى يخرج الموطوءة عن ملكه بأي نوع كان من أنواع الملك، ولا يكفي الاجارة، ولا الرهن لبقاء الملك، وكذا لا يكفي الهبة من دون قبض ويكفي معه وإن جاز الرجوع، فإن وطء الثانية قبل الاخراج لم تحرم الاولى، لسبق الحل إليها، كما لو أدخل اخت الزوجة عليها، فإن التحريم تتعلق بالثانية، ويؤيده قوله عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال^(١) هذا اختيار ابن ادريس^(٢) وبه قال المصنف^(٣) والعلامة في القواعد^(٤) ولو أخرج الاولى حلت الثانية.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ قطعة من حديث ٩ وسنن ابن ماجه: ج ١ كتاب النكاح (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال، الحديث ٢٠١٥.

(٢) السرائر: باب السراى وملك الايمان، ص ٣١٥ س ٢٠ قال: فاما الاختان فمتى وطئ احدهما الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد: كتاب النكاح، المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد، السادسة ص ١٧ س ٩ قال: ولو وطء امة بالملك حرمت عليه اختها به حتى تخرج الاولى عن ملكه ببيع او هبة او غيرها إلى ان قال: والاقرب انه متى اخرج إداها الخ.

وقال الشيخ في النهاية: إذا وطأ الثانية وكان عالماً بتحريمها حرمت عليه الأولى حتى تخرج أو تموت الثانية، فإن أخرج الثانية عن ملكه ليرجع إلى الأولى لم يجز له الرجوع اليها، ولو لم يعلم تحريم ذلك عليه جاز له الرجوع إلى الأولى على كل حال إذا أخرج الثانية عن ملكه ببيع أو هبة^(١) وتبعه القاضي^(٢) وابن حمزة^(٣) واختاره العلامة في المختلف^(٤).

قوله: واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية، وفي بعضها إن كان جاهلاً باللام في الرواية للجنس، لا للعهد، فليس هناك رواية واحدة فيها إضطراب، لكونها بطريقتين مثلاً، بل النص الوارد بالتحريم مضطرب، فبعض النصوص ورد مطلقاً، وهو روايات: منها: موثقة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل عنده اختان مملوكتان، فوطأ إحداها، ثم وطأ الأخرى؟ قال: إذ وطأ الأخرى فقد حرمت الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أ رأيت إن باعها اتحل له الأولى؟ قال: إن كان يبيعها لحاجته ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء، فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان يبيعها ليرجع إلى الأولى، فلا ولا كرامة^(٥).

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه، ص ٤٥٥ س ٨ قال: فمضى ملك الاختين الخ.

(٢) المهذب: ج ٢، باب في ذكر من يجرى نكاحه من النساء ومن يحل منهن، ص ١٨٥ س ٦ قال: ويحرم عليه الجمع بين الاختين المملوكتين في الوطء الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ١٩ قال: فإن ملك اختين ووطأ أحدهما الخ.

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ قال: مسألة لو ملك الاختين إلى أن قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وما قاله ابن ادريس ثانياً: والمعتمد الأول.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرّم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٣.

ونحوه روى أبو الصباح الكناني^(١).

ومثلها رواية على بن حمزة^(٢).

وبعض النصوص ورد بالتحريم مقيدا بالعلم، وهو روايات: فمنها: ما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري الاختين، فيطأ إحداهما ثم يطأ الاخرى بجهالة؟ قال: إذا وطأ الاخرى بجهالة لم يحرم عليه الاولى، وإن وطأ الاخرى وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعا^(٣). قال الشيخ: معنى (حرمتا جميعا) أي ما دامتا في ملكه، فاذا زال ملك إحداهما فقد حلت له الاخرى^(٤).

فالحاصل أن الواطئ إما أن يكون عالما، أو جاهلا، فإن كان عالما حرمت الاولى ولا يحل حتى تخرج الثانية على الشرط المذكور، والثانية ايضا محرمة لسبق التحريم اليها، فإن أبقاها على ملكه كانتا معا محرمتين، فإن أخرج الاولى حلت الثانية، وإن كان جاهلا حلت الاولى بإخراج الثانية كيف كان.

هذا فرق بين العالم والجاهل عند الشيخ ومن تابعه، وقد ذكرناه.

وقال ابن ادریس: أيهما أخرج حلت له الاخرى مع نية العود وعدمها، ومع العلم والجهل، ومع بقائها يحرم الثانية دون الاولى، لسبق الحل اليها^(٥) وفي المبسوط

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من احل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٢.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من احل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من احل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٥.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من احل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩١ قال بعد نقل حديث ٥٦: قوله عليه السلام آه.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٠ س ١٦ قال: والذي يقتضيه اصول المذهب ويقوى في نفسي انه اذا اخرج احدهما عن ملكه حلت الاخرى سواء اخرجها ليعود إلى من هي باقية في ملكه أولا يعود عالما كان بالتحريم أو غير عالم الخ.

اضرب عن التفصيل وقال: ولا تحرم الاولى بوطء الثانية، بل هي على ماكانت عليه، لكن يستحب له التوقف حتى يستبرئ الاخرى لئلا يجمع ماءه في رحم اختين^(١) ومال العلامة في المختلف إلى العمل بالرواية المشتملة على التفصيل، قال: أما حل الاولى فللاصل، ولان الجهل عذر بخلاف العلم، فجاز أن يقابل بنقيض مقصوده، كما قويل القاتل بمنع الارث، ولرواية الحلبي المتقدمة^(٢).
تفريع قد بينا أنه إذا ملك اختين ووطأ واحدة حرمت الاخرى، فمع إبقائها في ملكه، المحرم، الثانية خاصة دون الاولى، لسبق الحل إليها، ولو أخرج الاولى حلت الاخرى، ويشترط في الاخراج أن يكون محرماً للوطء تحريماً لا يقدر على رفعه، فلا تكفي الاجارة، ولا الرهن، لعدم زوال الملك، وتمكنه من الوطء بالفك، او الاذن المرتحن لا عروض التحريم بالصوم، والاحرام، والحيض، وتحريمها باليمين، والردة، والعدة من وطء الغير بشبهة، ويكفي بيع بعضها، لحصول التحريم به. وهنا مسائل:

(أ) هل يكفي التحريم بالتزويج والكتابة؟ قال في التذكرة: نعم، لانه تحريم

(١) المبسوط: ج ٤، فصل فيمن يجوز العقد عليهن من النساء ص ٢٠٧ س ٣ قال: ولا تحرم الاولى بوطء الثانية، بل هي على ماكانت عليه الخ.

(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢ قال: أما مع الجهل فلا يحرم عليه الاولى للاصل ولان الجهل عذر الخ.

لا يمكنه رفعه^(١) واستشكله في القواعد^(٢) وقال فخر المحققين: لا بد من خروج الرقبة عن ملكه^(٣) وهو المعتمد، ويكفي الكتابة وإن كانت مشروطة.

(ب) لا يكفي الهبة من دون القبض، ويكفي معه، وكذا لو جعلها عوضاً في إجازة أو هبة.

(ج) لا يجوز بيعها بخيار للبائع وإن قلنا بنقل الملك بالعقد، لتمكنه من وطئها، نعم يجوز الاقالة وبيعها بخيار المشتري، فلو ردها به، أو بعيب، أو إقالة وجب إستيرائها لحدوث الملك، ثم إن كان قد وطأ الأخرى لم يحل المردودة حتى يخرج الموطوءة.

(د) لو كاتب الموطوءة أو باعها ثم عادت بعيب، أو فسخت كتابتها بالعجز، فإن لم يكن وطء الأخرى تخير لحل الأخرى بتحريم الأولى، وحل الأولى بالاستبراء، وإن كان قد وطأها لم تحل المكاتبه إلا مع تحريم الأخرى كالمردودة.

(هـ) لو كانت إحدى الاختين مجوسية، أو اخته من الرضاعة، فوطأ المحرمة بشبهة، جاز له وطء الأخرى، لحصول التحريم في الأولى.

(و) لو ملك أمة وبنتها ووطأ إحداها حرمت الأخرى مؤبداً، فإن وطأها بجهالة حرمت الأولى أيضاً مؤبداً، وإن كان مع العلم حد ولم تحرم الأولى.

(ز) إذا أخرج الأولى حلت الثانية في الحال، وقال بعض العامة: لا تحل اختها

(١) التذكرة: ج ٢، كتاب النكاح ص ٦٣٧ س ٢٠ قال: مسألة إذا وطئ إحدى الاختين المملوكتين إلى أن قال: ولو كاتب إحداها حلت له الأخرى، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه الخ.

(٢) القواعد: المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد ص ١٧ س ٩ قال: وفي اشتراط اللزوم أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة اشكال.

(٣) الايضاح: ج ٣ ص ٨٧ س ٧ قال: والاقوى عندي انه لا بد من خروج الرقبة عن ملكه خروجاً لازماً، للنص.

[الثانية: يكره أن يعقد الحرم على الاممة، وقيل: يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشي العنت.

الثالثة: لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من حرتين، أو حرة وأمتين، أو أربع إماء].

حتى يستبرئ المخرجة ويعلم براءتها من الحمل، ولو ظهرت حاملا لم يحل له الاخت حتى تضع، لئلا يجتمع ماءه في رحم اختين، وهو بمنزلة نكاح الاخت في عدة اختها، والحق الجواز، لأنه لو طلق الاخت بائنا حل له نكاح اختها في الحال على كراهية، وإن كانت المطلقة حاملا، والاستبراء بمنزلة العدة البائنة، لأنه لا يمكن ردها إلى النكاح.

قال طاب ثراه: يكره أن يعقد الحر على الاممة، وقيل: يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشي العنت. أقول: الطول لغة السعة، وشرعا مهر المرأة الحرة ونفقتها، ووجودها، وإمكان وطها قبلا شرطان: والعنت لغة المشقة الشديدة، وشرعا الزنا، لأنه سبب لمشقة الحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة بالنار، وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف التقوى. فهنا قيود ستة:

(أ) وجود الحرة، فلو لم يوجد، فلا طول.

(ب) وجود مهرها، فلو عدمه فلا طول.

(ج) يساره بنفقتها، فمع إعساره عنها لا طول.

(د) إمكان وطها قبلا، فلو لم يجد إلا الرتقاء، أو ضعيفة لا يحتمله، فلا طول.

(هـ) غلبة الشهوة، فمع قدرته عليها لا عنت.

(و) ضعف التقوى، فلو تمكن من حبس نفسه عن الزنا ووثق بها في ذلك

لا عنت، أللهم إلا أن تخاف ضررا في مزاجه، أو تشويشا في عقله. فعند تحقق هذه الشرائط يجوز نكاح الامة بالاجماع، وإن صبر مع ذلك كان أفضل لقوله تعالى: (وأن تصبروا خير لكم)^(١). وهل تحل نكاح الامة من دون هذه الشروط أم لا؟ قيل فيه ثلاثة أقوال: (أ) الحل قاله الشيخ في النهاية^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤). (ب) التحريم: قاله في الخلاف^(٥) وهو مذهب القديمين^(٦) والمفيد^(٧) والقاضي^(٨). (ج) الشرط أن لا يكون تحته حرة، نقله الشيخ في الخلاف عن بعض

(١) النساء: ٢٥.

(٢) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٦٠ س ٢ قال: ومتى عقد على الامة إلى قوله كان العقد ماضيا.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في نكاح الاماء والمماليك ص ١٤ س ٢٠ قال بعد نقل الاقوال: والمعتمد إختيار الشيخ في النهاية.

(٥) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال: لا يجوز للحر المسلم تزويج الامة إلا بثلاث شروط الخ.

(٦) المختلف: في نكاح الاماء والمماليك ص ١٤ س ٨ قال: وقال ابن أبي عقيل: لا يحل للحر المسلم عند آل الرسول ﷺ أن يتزوج الامة الخ.

وقال بعد أسطر: وقال ابن الجنيد: لا يحل عقد المسلم التزويج على اماء اهل الكتاب ولا تزويج الحر بالامة آه.

(٧) المقنعة: باب العقود على الاماء ص ٧٧ س ٣٠ قال: ولا يجوز لمن وجد طولا لنكاح الحرائر أن ينكح الاماء الخ.

(٨) لا يخفى ان فتوى القاضي في المسألة مختلف، ففي باب نكاح الاماء والعبيد من المذهب: ص ٢١٥ س ١٠ قال: فان تزوج بامة إلى أن قال: فقد خالف امر الله وما شرط عليه، وفي ص ١٨٩ س ٣ قال: واذا وجد الرجل الطول إلى العقد على الحرة كره له العقد على الامة الخ اللهم أن يراد من لفظة (الكراهة) التحريم كما هو المتداول عند البعض.

الاصحاب^(١) لان المانع من نكاح الامة وجود نكاح بالفعل، لا القدرة عليه، كنكاح الاخت والخامسة.

لحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: يتزوج الحرة على الامة، ولا يتزوج الامة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل^(٢) و (من) فيها معنى الشرط. إحتج المانعون بقوله تعالى: (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات إلى قوله ذلك لمن حشى العنت منكم) الآية^(٣) فشرط أولا في نكاح الاماء بالعقد أحد الشرطين المذكورين، اذ (من) فيها معنى الشرط، وثانيا قوله ذلك لمن إشتراط آخر. ولما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة؟ قال: إذا اضطر اليها فلا بأس^(٤) و (إذا) للشرط والاضطرار فسر في الآية.

إحتج المسؤغون بوجوه:

(أ) قوله تعالى (وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم)^(٥).

(ب) قوله تعالى (ولامة مؤمنة خير من مشركة)^(٦).

(ج) أصالة الاباحة.

(١) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال: وقال ابوحنيفة: لا يحل له الا بشرط واحد، وهو أن لا يكون عند حرة، ثم قال: وبه قال قوم من أصحابنا الخ.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الحر يتزوج الامة ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) العقود على الاماء وما يخل من النكاح بملك اليمين ص ٣٣٤ الحديث ٢.

(٥) النور: ٣٢.

(٦) البقرة: ٢٢١.

ويظهر فائدة الخلاف: أنه لا يحل نكاحها إن عدم حصول الشرطين، ومعها يحل الواحدة ويحرم الثانية على الأولى، لزوال العنت لها، ويجوز على الثاني من دون الشرطين الواحدة والاثنان، وعلى الثالث إذا انتفى الشرطان وليس له زوجة حرة جازت له الأمة لكون الشرط هو فقدان عقد الحرية فقط.

فروع

- (أ) يرجع إلى قوله: في خوف العنت، وفي عدم الطول وإن كان بيده مال وادعى أنه لغيره، أو أن عليه ديناً بقدره ولا يملك غيره من غير يمين.
- (ب) حدوث الشرطين بعد العقد لا يبطله، وإن كان قبل الدخول، وكذا لو حدثا بعد الإطلاق الرجعي لا يمنعان الرجعة، لأنها ليست بابتداء عقد.
- (ج) التحريم راجع إلى الوطى والعقد بتبعيته، فيكون منهيًا فتقع باطلاً، وهو قول الشيخ في المبسوط^(١) وهو مذهب الحسن^(٢) وقال القاضي: التحريم راجع إلى العقد ولا يبطل^(٣) وهو قول المفيد^(٤).
- (د) لا فرق في العقد بن الدائم والمنقطع، أما التحليل فإن جعلناه عقد متعة كالسيد^(٥) حرم من دون الشرطين، وإلا فلا.

(١) لم أجد في المبسوط تصريحاً بما ادعاه.

(٢) المختلف: كتاب النكاح، الفصل السادس في نكاح الاماء والمماليك ص ١٤ س ٨ قال: وقال ابن أبي عقيل إلى أن قال: فإن تزوجها على هذه الحالة فالنكاح باطل الخ.

(٣) المذهب: ج ٢ باب نكاح الاماء والعبيد ص ٢١٥ س ١٠ قال: فإن تزوج بأمة إلى أن قال: ولا يبطل عقده على الأمة، بل يكون عقده ماضياً.

(٤) المقنعة: باب العقود على الاماء ص ٧٧ س ٣٦ قال: ومن تزوج أمة وهو يجد طولاً لنكاح الحرائر خالف أمر الله تعالى وشرطه عليه إلا أنه لا يفسخ بذلك نكاحه.

(٥) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٨ س ١٣ قال: يجوز للرجل أن يبيع مملوكته لغيره على معنى أنه يعقد عليها عقد النكاح الذي فيه عنى الإباحة الخ.

[الرابعة: لا يجوز نكاح الامة على الحرة إلا بإذنها، ولو بادر كان العقد باطلا وقيل: كان للحرة الخيرة بين اجازته وفسخه، وفي رواية: لها أن تفسخ عقد نفسها، وفي الرواية ضعف، ولو أدخل الحرة على الامة] قال طاب ثراه: لا يجوز نكاح الامة على الحرة إلا بإذنها، ولو بادر كان العقد باطلا الخ.

أقول: هنا مسائل: الاولى: إذا تزوج أمة على حرة ولم تأذن الحرة، فهل يقع نكاح الامة باطلا في أصله، أو يكون موقوفا؟ القديمان على الاول^(١) واختاره ابن ادريس^(٢) وحكاه عن الشيخ في التبيين^(٣) وهو مذهب المصنف^(٤).

والشيخان^(٥) والقاضي^(٦) وسالار^(٧) وابن حمزة^(٨) على الثاني، واختاره

(١) المختلف: كتاب النكاح فيما يحرم اجتماعا لاعتينا ص ٨١ س ٥ قال: وقال ابن أبي عقيل وابن الجنييد: أنه يقع باطلا.

(٢) و(٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٩ قال: وقال شيخنا ابوجعفر في التبيين: من شرط صحة العقد على الامة ألا يكون عنده حرة إلى أن قال: ومتى عقد عليها بغير اذن الحرة كان العقد على الامة باطلا ثم قال: قال محمد بن ادريس: نعم ما قال وحقق هنا رحمة الله.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المقتعة: باب العقود على الاماء ص ٧٧ س ٣٧ قال: ومن تزوج بأمة وعنده حرة ولم تعلم بذلك فهي بالخيار اذا علمت، وفي النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٥ قال: فان عقد على حرة وعنده امة إلى قوله: كانت مخيرة الخ.

(٦) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال: وان عقد على حرة وعنده امة هي زوجة ولم تعلم الحرة الخ.

(٧) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ٧ قال: ومنها ان لا يتزوج أمة وعنده حرة الخ.

(٨) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٤ قال: وان تزوج بكرة وعنده امة الخ.

[جاز، وللحرة الخيار إن لم تعلم، إن كانت الامة زوجة، ولو جمع بينهما في عقد صح عقد الحرة دون الامة].

العلامة^(١).

وما وجد في عبارات الاكثر من أصحابنا، بالبطلان، مرادهم أنه لا يقع منجزا لازما، بل يجوز قابلا للفسخ، وكذا ما يوجد في الروايات، وليس ذلك صريحا بما قاله ابن ادريس لانهم يردفون أول المسألة بصحة العقد مع الاجازة.

إحتج الاولون: بما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: تزوج الحرة على الامة، ولا تزوج الامة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل^(٢).

وعن حذيفة بن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمة على حرة لم يستأذنها؟ قال: يفرق بينهما، قلت: عليه أدب؟ قال: نعم، إثنا عشر سوطا ونصف، ثم نحد الزاني، وهو صاغر^(٣).

إحتج الآخرون: بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوج أمة على حرة؟ فقال: إن شاءت الحرة أن تقيم مع الامة اقامت، وإن شاءت ذهبت إلى أهلها الحديث^(٤) ولو وقع باطلا لما صح بالمتجدد من الرضا، فإن الفاسد من العقد لا يتجدد له الصحة الثانية: إذا أمضت الحرة العقد مضى، ولم يكن لها بعد ذلك فسخه، ولا يحتاج إلى تجديد عقد الامة، وقال ابن ادريس: يفتقر إلى تجديده، لوقوعه باطلا^(٥).

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ فيما يحرم اجتماعا لاعينا ص ٤ قال: فالاقرب ان نكاح الامة لا يقيم باطلا في اصله الخ.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الحر يتزوج الامة ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٤ الحديث ٤٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٥ قطعة من حديث ٤٣.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٨ قال: ولا تحل له الامة بالعقد الاول بل لابد من عقد ثان الخ.

الثالثة: هل للحرّة أن تفسخ عقد نفسها إذا دخلت الامة عليها؟ قال الشيخان: نعم^(١)، وهو اختيار القاضي^(٢) وسالار^(٣) وابن حمزة^(٤) ومنعه المصنف^(٥) والعلامة^(٦) لوقوعه صحيحا واختصاص الثاني بالنهي، فتختص بالحكم، والاستدلال هنا كما في العمدة وبنت الاخ، ولابن ادريس مثل القولين.

الرابعة: لو اقترن العقد عليهما ولم يعلم الحرّة ولم يأذن، تخيرت في فسخ عقد الامة، وإمضاءه، ولها فسخ عقد نفسها هنا، لكون العقد واحدا، وقد وقع متزلزلا، ولا أولوية، وقال الشيخ: يمضي عقد الحرّة، ويطل عقد الامة^(٧) وكذا قال ابن ادريس^(٨) وهو مذهب المصنف^(٩) ولعل مرادهم ما ذكرناه أي وقوعه متزلزلا قابلا للفسخ، لان عقد الحرّة لما كان مبدأ للامضاء والفسخ، حكم بمضي عقدها وفساد

-
- (١) المقنعة: باب العقود على الاماء ص ٧٨ س ١ قال: وإن شاءت أن تفارقه اعتزلته ففارقه بذلك الخ وفي النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٢ قال: وإن أبت واعتزلت كان ذلك فراقا الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٠ قال: وإن لم ترض بذلك كان لها اعتزال الزوج.
- (٣) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ٧ قال: فإن فعل، فالحرّة مخيرة إلى قوله: وبين ان تعتزله.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٤ قال: وإن لم تعلم إلى قوله: وفسخ عقد نفسها.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ قال: المسألة الثالثة هل للحرّة أن تفسخ عقد نفسها الخ.
- (٧) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٤ قال: فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضيا.
- (٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٨ قال: فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضيا.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.

عقد الامة على التفسير المذكور.

وفي صحيحة أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد، قال: أما الحرة فنكاحها جائز، وإن كان سمى لها مهرا فهو لها، وأما المملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما^(١) ويحمل على الفسخ من الحرة لعقدهما. الخامسة: لو كان عنده أمة بالعقد وعقد على الحرة، قال الشيخ: يتخير الحرة بين الصبر والاعتزال^(٢) وبه قال القاضي^(٣) وابن زهرة^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦) وأجاز لها في التبيان فسخ عقد الامة^(٧) ومنعه ابن ادريس^(٨) للحكم بصحة عقد الامة، بل لها الخيار في نفسها.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء ص ٣٤٥ الحديث ٤٥.

(٢) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٥ قال: فان عقد على حرة وعنده أمة إلى قوله: كانت مخيرة.

(٣) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال: وان عقد على حرة وعنده امة إلى قوله: كانت مخيرة الخ.

(٤)(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) القواعد: المقصد الثاني في التحريم غير المويد ص ١٧ قال: الثامنة لو عقد على الامة إلى أن قال: ولو تزوج الحرة على الامة الخ.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ قال: المسألة لو عقد على الحرة وعنده زوجة هي امة إلى أن قال: عدا التبيان، فانه جعل للحرة الخيار ايضا في فسخ عقد الامة.

(٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٤ قال: ليس لها أن تفسخ نكاح الامة اذا كان عقد الامة متقدما على عقدها الخ.

[الخامسة: لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به، نعم لو زنى بها حرمت، وكذا في الرجعية خاصة.

السادسة: من تزوج امرأة في عدتها جاهلا، فالعقد فاسد، ولو دخل حرمت أبدا ولحق به الولد، ولها المهر بوطء الشبهة، وتتم للاول وتستأنف أخرى للثاني، وقيل: تجزى عدة واحدة ولو كان عالما حرمت بالعقد].

توضيح .. يتصور اقتران العقدان في صور

يتصور اقتران العقدان والجمع بينهما في عقد، في صور:

(أ) أن يزوجه وكيله في وقت واحد ولم يعلم الحرة بالعقد الآخر، لكونهما في مكانين.

(ب) أن يجمعهما مكان وتكون جاهلة بكون المسمى لتزويج الامة زوجها، أو بكون الزوجة أمة.

(ج) أن يجمعهما مجلس واحد، ويقول الزوج، زوجت سعدى على ألف ورشيدة على مائة، فلسعدى الحرة أن تقول: زوجتك وفسخت نكاح رشيدة.

(د) أن يقول: تزوجتكما على ألف، فتقول الحرة: زوجتك نفسي وأبطلت نكاح الامة أما لو قال: تزوجت رشيدة وسعدى بألف، فقالتا: زوجناك، ثم قال سعدى، يعنى الحرة: فسخت، لم يصح، ولزمها العقد، وكذا لو قال: تزوجت رشيدة وسعدى، لم يكن لسعدى أن تقول: زوجتك وفسخت نكاح الامة إلا على مذهب التبيان.

قال طاب ثراه: من تزوج امرأة في عدتها جاهلا، فالعقد فاسد، ولو دخل حرمت أبدا ولحق به الولد، ولها المهر بوطء الشبهة، وتتم العدة للاول وتستأنف أخرى للثاني، وقيل: تجزى عدة واحدة، ولو كان عالما حرمت بالعقد.

أقول: إذا تزوج الانسان معتدة لا يخلو إما أن يكون عالما بالعدة والتحريم، أو

جاهلا بأحدهما، فهنا قسمان: الاول: أن يكون عالما، وفيه مسائل:

(أ) يحرم عليه مؤبدا بمجرد العقد.

(ب) يجب عليه التفكير بخمسة أصواع من دقيق على أحوط القولين.

(ج) لا يقطع عدة الاول وإن دخل، لعدم الاعتبار في نظر الشارع.

(د) للزوج الرجوع، لكن لا يحل له الوطء في الطهر الذي وطأ فيه العاقد حتى تحيض، لجواز حملها من الوطئ، والولد للزوج في الظاهر، فيكون قد ألحق بنسبه من ليس منه، وهو غير جائز.

(هـ) لو راجع وقد حملت من الثاني، جاز، ويحل له الوطء في زمان الحمل.

(و) لو لم يراجع وجب احتساب العدة لاول من حين الطلاق، ولا تنقطع بالحمل، فإن كان قد مضى قبل الحمل قرء، فلا بد من قرئين آخرين، فإن رأت الدم وقلنا أنه حيض أكملت العدة بقرئين، وإن لم يرى الدم، أو رآته وقلنا لا يجامع الحمل صبرت حتى تضع، ولا تنقضى عدتها إلا بالاقراء، لانها من أهلها وإنقطاعها لعارض معلوم تتوقع زواله، ولو رأت قبل الوضع قرئين، ثم وضعت ورأت الدم عقبه، بانته به وإلا اكملت بقرء آخر وإن تأخر لمكان الرضاع.

(ز) لو طلقها الزوج بعد المراجعة والحمل، صح طلاقها وإن رأت وقلنا بإجتماعه، لان المقصود من الاستبراء علم براءة الرحم من المطلق وهو هنا حاصل. فتحصل هنا مخالفة القواعد الغالبة في امور:

(أ) إمراة معتدة وهي حامل، ولم تنقض عدتها بوضع حملها.

(ب) مشاركة النفاس الحيض في تعريفه باحدى خاصيتيه، أعنى قولهم: الحيض هو الذي له تعلق بانقضاء العدة.

(ج) جواز الطلاق من غير إستبراء لمراة ليست حاملا من مطلقها ولا يائسة ولا صغيرة

فرع

لو عقد جاهلا في العدة، ووطئ بعد خروجها لم يحرم، لان الحكم في الجاهل متعلق بالوطء لا العقد، وقد حصل بعد العدة، وحينئذ لا فرق بين أن يتجدد له العلم بعد العدة أو قبلها اذا كان الوطء بعد العدة.

القسم الثاني: أن يكون جاهلا، وفيه مسائل:

(أ) لا تحرم عليه بمجرد العقد.

(ب) تحرم مع الدخول مؤبدا.

(ج) تنقطع عدة الاول بوطئه، فإن حملت إعتدت له بوضعه وأكملت بعده عدة الاول بما بقي منها، وإن لم تحمل أتمت عدة الاول بعد مفارقة الثاني ثم استأنفت للثاني عدة اخرى، ولا تتداخل العدتان، لأنهما حكمان واجبان وتداخلهما على خلاف الاصل، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(١) وابن ادريس^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤).
وقال الصدوق وأبو علي: تجزى واحدة عنهما^(٥) ^(٦).

(١) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٤ س ٢ قال: وكان عليها عدتان الخ.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٢١ قال: وكان عليها عدتان، تمام العدة الاولى من الزوج الاول الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد: كتاب النكاح ص ١٥ قال: الثانية لو تزوج امرأة في عدتها إلى أن قال: وتعند منه بعد إكمال الاولى الخ.

(٥) المقنع: باب الطلاق ص ١٢٠ س ١ قال: فان نعن إلى امرأة زوجها إلى أن قال: فانها تعتد عدة واحدة ثلاثة قروء.

(٦) المختلف: كتاب الطلاق ص ٦٨ س ٣٠ قال: وقال ابن الجنيد: اذا نعى إلى المرأة زوجها، أو اخبرت بطلاقه

فاعتدت ثم تزوجت الخ.

لرواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها، أو نعى إليها، فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: تعتد منهما جميعا ثلاثة أشهر عدة واحدة، وليس للآخر أن يتزوجها أبدا^(١) وفي طريقها ابن بكير، لكن أجمعوا على تصحيح ماصح عنه.

فقد استفيد من هذه الرواية ثلاثة أحكام:

(أ) الاكتفاء بالعدة الواحدة.

(ب) الحاق ذات البعل بالمعتدة.

(ج) حكم وطء الشبهة بالنسبة إلى ذات البعل كالزنا بما في إقتضاء التحريم المؤبد وحملها الشيخ على عدم الدخول^(٢).

(د) لو أراد الزوج مراجعتها بعد وضع الحمل جاز، لا قبله، لكونها في عدة غيره، ويحتمل الجواز، ويمنع من وطئها، ولا منافاة كما لو وطئت الزوجة لشبهة.

وهل يجب لها الانفاق عليه من حين الرجوع؟ يحتمل عدمه قويا، لان شرطها التمكين وهو مفقود هنا، ويحتمل وجوبه لان المنع شرعي فأشبهه الحيض والمرض.

(هـ) هل يباح له منها الاستمتاع بما عدا الجماع؟ يحتمله لكونها زوجة، ويحتمل عدمه لقوله تعالى: (واولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)^(٣).

أما تحريم الجماع فلا فرق فيه بين القبل والدبر.

(و) لا قسمة لهذه على الزوج مع رجوعه في زمان الحمل على القول به إن حرمننا ما عدا الجماع.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب دون الانساب ص ٣٠٨ الحديث ٣٧.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب دون الانساب ص ٣٠٨ قال بعد نقل حديث ٣٧ و ٣٨ مالفظة (ليس في هذه الاخبار انه كان قد دخل بها إلى أن قال: فاما اذا لم يدخل بها فيجزئها عدة واحدة).

(٣) الطلاق: ٤.

(ز) اذا حملت من الثاني سقطت نفقتها على الاول على أقوى الاحتمالين، لفقدان التمكين، وكذا لو لم يحمل، في مدة العدة.

(ح) لو ظاهر منها الزوج، أو آلى في زمان الحمل، صح لكونها زوجة، لكن لا يحسب عليه مدة العدة، ويحرم عليه العقد على الخامسة والاخت.

(ط) لو زنى كل من الزوج والزوجة في زمان الحمل، لم يرجع.

(ى) لا يجوز له العقد على الامة الا باذنها، وكذا لا يعقد على بنت اختها أو اخيها إلا مع الاذن.

(يا) لو قلنا بجواز الرجوع في زمان الحمل ووجوب الانفاق، وقلنا بالنفقة، وجب لها نفقتان.

(يب) لو قذفها كان له إسقاطه باللعان.

(يج) يتوقف فعل العبادات المندوبة على إذنه وان لم يرجع كالحج والصوم المندوبين، وكذا النذر واليمين.

تذنيب

ولا فرق في العدة بين البائن والرجعي وعدة الوفاة.

فرع

لو وطأها الزوج في العدة البائنة لشبهة، هل تحرم عليه مؤبدا؟ فيه احتمالان، لالحرمته، وكذا لو زنى بها، ويحتمل تحريمها مؤبدا، ولعله الاقرب، لعموم النص.

تنبيه

المراد بالعقد الموجب للتحريم المؤبد في المعتدة والمحرمه، انما هو العقد الصحيح

[ولو تزوج محرما عالما حرمت وإن لم يدخل، ولو كان جاهلا فسد ولم تحرم ولو دخل.

السابعة: من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه ام الغلام وبنته واخته].

الذي لولا هذا المانع لترتب عليه أثره، أما الفاسد فلا يتعلق به حكما اذا كان العاقد عالما بفساده، ولو لم يعلم فساد كمن اعتقد نكاح الشغار فكالصحيح في التحريم. قال طاب ثراه: ولو تزوج محرما عالما حرمت وإن لم يدخل، ولو كان جاهلا فسد ولم تحرم ولو دخل.

أقول: حاصل الشيخ في النهاية، وهو المشهور، أن المحرم إذا عقد، فإن كان عالما حرم بمجرد العقد وإن لم يدخل، وإن كان جاهلا لم يحرم ولو دخل، بل يفسد ذلك العقد وله تجديده^(١) وبه قال ابن حمزة^(٢) وهو ظاهر المفيد^(٣).

وقال في الخلاف: يحرم مع الجهل بالدخول، كالمعتدة^(٤) والاول أكثر. واعلم أن المؤبدات في التحريم بالعارض، عقوبة للمكلف، عشرة: (أ) من دخل بمعتدة رجعية مطلقا، أو عقد عليها عالما. (ب) من تزوج محرما عالما.

(ج) من زنى بذات بعل ويريد به الزنا في نفس الامر وإن لم يكن في ظن الواطى زنا، فلو وطئها لشبهة أو جاهلا بالتحريم، ثبت الحكم، فالمناط الوطء،

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٣ س ١ قال: وإذا عقد المحرم على امرأة الخ.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٢ س ١١ قال: أو في حال الاحرام من الرجل وهو عالم بتحريمه دخل بها أو لم يدخل إلى أن قال: المعقود عليها في حال الاحرام جاهلا بالتحريم الخ.

(٣) المقنعة: باب من يحرم نكاحهن ص ٧٧ س ٢ قال: ومن عقد على امرأة وهو محرم مع العلم بالنهاى الخ ولم يتعرض لصورة الجهل ولا للدخول وعدمه فلا حظ.

(٤) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٩٩ قال: اذا تزوجها في حال احرامها جاهلا فدخل بها لم تحل له أبدا.

[السبب الرابع، في استبقاء العدد: وإذا استكمل الحر اربعاً بالغبطة، حرم عليه مازاد، ويحرم عليه من الاماء مازاد على إثنين، وإذا استكمل العبد حرتين، أو أربعاً من الاماء غبطة حرم عليه مازاد، ولكل منهما أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع وبملك اليمين ماشاء.

وإذا طلق واحدة من الأربع حرم عليه مازاد غبطة حتى يخرج من العدة، أو تكون المطلقة بئنة، وكذا لو طلق امرأة وأراد [وتردد في التحرير في في وطء ذات البعل بالشبهة^(١) ويعضد ما اخترناه رواية زرارة وقد تقدمت ونبها عليه فيما سلف^(٢).

(د) من فجر بعمته أو خالته حرمت عليه بنتاهما أبداً.

(هـ) الملاعنة لقوله ﷺ: ألتلاعنان لا يجتمعان أبداً^(٣).

(و) المطلقة تسعا للعدة ينكحها رجالان.

(ز) المفوضة قبل بلوغها تسعا تحرم مؤبداً على المفضي إذا كان زوجاً، وقيل: مطلقاً.

(ح) من أوقب غلاماً ذكراً حرمت عليه أمه وإن علت.

(ط) وكذلك بنته وإن نزلت.

(ي) اخته خاصة دون بناتها، وتتعلق الحكم بإدخال بعض الحشفة وإن لم

(١) التحرير: كتاب النكاح، الفصل الثالث في باقي الاسباب ص ١٤ (ج) قال: ولو زنى بذات بعل لشبهة فالوجه التحريم.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب دون الانساب ص ٣٠٨ الحديث .

(٣) كنز العمال للمتقى: ج ١٥، الحديث ٤٠٦٠٥ ولفظه (عن ابن مسعود قال: لا يجتمع المتلاعنان أبداً) وحديث ٤٠٦١٠ عن علي ﷺ قال: (مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبداً) وفي كنوز الحقائق للمناوى في هامش جامع الصغير: ج ٢ ص ١٢٥ حرف الميم نقلاً عن الديلمي، كما في المتن.

[نكاح اختها ولو تزوجهما في عقد بطل، وقيل: يتخير، والرواية مقطوعة ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين في عقد، فإن سبق بإحدهما صح دون اللاحقه، وإن قرن بينهما بطل فيهما، وقيل: يتخير أيتهما شاء، وفي رواية جميل: لو تزوج خمسا في عقد واحد يتخير أربعاً ويخلي باقيهن، وإذا استكملت الحرة طلاقات ثلاثا حرمت حتى تنكح زوجا غيره ولو كانت تحت عبد، وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجا غيره، ولو كانت تحت حر، والمطلقة تسعا للعدة تحرم على المطلق أبداً].

يجب الغسل، ولا تحرم هذه الثلاثة من الواطئ على الموطوء.

قال طاب ثراه: ولو تزوجهما (يعني الاختين) في عقد بطل، وقيل: يتخير، والرواية مقطوعة. أقول: البحث هنا في مواضع: (الاول) يحرم الجمع بين الاختين، وبين الخمس، وبين الاثنين لصاحب الثلاث وبالعكس بالاجماع، فإن فعل قال الشيخ في النهاية: يتخير أي الاختين شاء وكذا في الزائد على الرابع^(١) وبه قال القاضي^(٢) وابن الجنييد^(٣) واختاره العلامة في المختلف^(٤).

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٤ س ١١ قال: ولا يجوز له أن يجمع بين الاختين إلى أن قال: فإن عقد عليهما في حاله واحدة كان مخيرا بين أن يمسك أيتهما شاء الخ.
(٢) المهذب: باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٤ س ١٢ قال: فإن تزوج بهما بلفظ واحد كان مخيرا الخ.
(٣) و(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ٤ قال: فإن فعل دفعة قال الشيخ في النهاية إلى أن قال: وهو قول ابن الجنييد ثم قال بعد نقل قول ابن إدريس بالبطلان: والمعتمد الاول

وقال ابن ادريس: يبطل العقد^(١) وبه قال ابن حمزة^(٢) والمصنف^(٣) والعلماء في الارشاد^(٤).

احتج الاولون بوجهين:

(أ) حسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقدة؟ قال: يخلى سبيل أيتهن شاء ويمسك الرابع^(٥).

وروى جميل أيضا عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة قال: هو بالخيار أن يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الأخرى^(٦).

(ب) أن المقتضي للإباحة ثابت، والمانع لا يصلح للمعارضة، فيجب ثبوت الحكم، أما المقتضي فهو العقد، إذا العقد عليهما عقد على كل واحدة منهما، وأما المانع فليس إلا لانضمام عقد الأخرى اليه، وهو لا يقتضي تحريم المباح كما لو جمع بين محرمة ومحللة عينا في عقد واحد كذات البعل والخالية منه، وكما لو جمع بين المحرم والمحلل في البيع، ولا فرق إلا الاطلاق والتعيين، إذ في التعيين تحريم واحدة معينة فتبطل العقد عليهما، وفي الاطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم أخرى مطلقة وقد

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٣ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب ان العقد باطل يحتاج أن يستأنف.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ٤ قال: والثاني (أي من يحرم نكاحه) عشر نسوة إلى أن قال: وان عقد عليهما عقد مقارنة لم يصح الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الارشاد: المطلب الثاني في اسباب التحريم قال: فان تزوج الاختين صح السابق فان اقترنا بطل (مخطوط).

(٥) الكافي: ج ٥ باب الذي عنده أربع نسوة ص ٤٣٠ الحديث ٥.

(٦) الكافي: ج ٥ باب الجمع بين الاختين من الحرائر والاماء ص ٤٣١ الحديث ٣.

عقد عليهما معا، فيدخلان في العقد، اذ لا وجود له الا في جريانه.
إحتج الآخرون: بأنه عقد منهي عنه، ولان إختصاص إحدى الاختين بصحة عقدها دون
الآخرى ترجيح من غير مرجح.

والجواب: الفرق بين المحللة والمحرمة، وبين صورة النزاع، فان في المحللة عينا والمحرمة عينا ضم
المحرمة في العقد لاغ لا عبء به، وفي صورة النزاع له صلاحية الوقوع على كل واحدة، فان لم يؤثر
حالة وقوعه بواحدة كان باطلا، وإن أثر في كل واحدة لزم وقوعه بهما، وهو باطل بالاجماع،
وصرفه إلى أحدهما دون الآخرى ترجيح بلا مرجح.

(الثاني) المناط في التقارن والترتب بالعقد، لا بالخطبة في المشهور، وقال ابوعلی: فان فعل ذلك
في العقد على خمس صح العقد على أربع وبطل عن واحدة، وكذلك في الاختين فيبطل العقد
على المذكورة اخرهن إما في الخطبة أو إجابة الولی^(١) وهو نادر.

(الثالث) لو ترتب العقد صح عقد الاولى وبطل الثانية، فلو وطء الثانية فرق بينهما، قال في
النهاية: ولا يرجع إلى الاولى حتى يخرج عدة الثانية^(٢) وبه قال القاضي^(٣) وابن حمزة^(٤) وقال ابن
ادريس: لا يمنع من وطأ امرأته الاولى^(٥) وهو

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٤ قال: وقال ابن الجنيدي: إلى ان قال: ويبطل العقد على المذكورة آخرهن إما
في الخطبة أو في اجابة الولي الخ.

(٢) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٤، س ١٥ قال: فان وطأ الثانية فرق بينهما ولم يرجع إلى
الاولى الخ.

(٣) المذهب: ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٤ س ١٤ قال: فان وطأ الثانية فرق بينهما وحرم
عليه الرجوع إلى الاولى حتى تخرج التي وطئها من عدتها منه.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ٩ قال: فان دخل بالثانية فرق بينهما الخ.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٦ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب انه لا يمتنع من وطئ امرأته الاولى
الخ.

[السبب الخامس، اللعان: ويثبت به التحريم المؤبد، وكذا قذف الزوج إمرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان].

المشهور، وقال أبو علي: لو تزوج الثانية ولم يعلم فرق بينهما إن لم يكن دخل بالاخيرة، ولو دخل بها تخير أيتها شاء، ولا يقرب من يختارها حتى يقضى عدة من خلالها^(١) وهو متزوك. والمعتمد قول ابن ادريس، وعليه المصنف^(٢) والعلامة^(٣). فالحاصل أن هنا ثلاثة أقوال: (أ) التخيير مع الدخول، مختار أبي علي.

(ب) بطلان الثانية، ولا حكم لو طؤها لو حصل، ويعود إلى الأولى من غير إرتقاب خروج عدة الثانية مختار ابن ادريس.

(ج) بطلان الثانية ولا يعود إلى الأولى حتى يخرج عدة الثانية، مختار النهاية. إحتج أبو علي بصحيفة أبي بكر الحضرمي قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح اختها وهو لا يعلم؟ قال: يمسك أيتها شاء ويخلي سبيل الأخرى^(٤). واجيب: المراد بأمسك الأولى بالعقد الثابت عليها، والثانية باستجداد العقد عليها بعد مفارقة الأولى:

(١) و(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٩ قال: وقال ابن الجنيد: قال دخل بالاخيرة تخير أيتها شاء الخ ثم قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وابن ادريس وابن الجنيد ثانياً: والمعتمد الأول.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) الكافي: ج ٥ باب الجمع بين الاختين من الحرائر والاماء ص ٤٣١ الحديث ٢.

[السبب السادس، الكفر ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية إجماعاً وفي الكتابية قولان: أظهرهما: أنه لا يجوز غبطة ويجوز متعة، وبالمثل في اليهودية والنصرانية، وفي المجوسية قولان: أشبههما الجواز. ولو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال، ولو كان بعد الدخول وقف على إنقضاء العدة إلا أن يكون الزوج مولوداً على الفطرة، فإنه لا يقبل عوده وتعتد زوجته عدة الوفاة].

السبب السادس: الكفر قال طاب ثراه: وفي الكتابية قولان: أظهرهما أنه لا يجوز غبطة ويجوز متعة، إلى قوله: أشبههما الجواز.

أقول: تحريم ماعدا الكتابيات من الكفار ثابت بالاجماع.

والكتابيات قسمان: (الاول) من له كتاب وهم اليهود والنصارى، وللاصحاب هنا ستة أقوال: (أ) تحريم النكاح بكل أنواعه، إختاره السيد^(١) والشيخ في كتابي الاخبار^(٢) وأحد قولي المفيد^(٣) وقواه ابن ادریس^(٤) واختاره فخر المحققين، قال: وهو الذي

(١) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٧ قال: مسألة ومما انفردت به الامامية خطر نكاح الكتابيات الخ.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب، ص ٢٩٦ الحديث ٣ ٢ ١ وفي الاستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر من سائر اصناف الكفار.

(٣) المقنعة: باب من يحرم نكاحهن من النساء ص ٧٦ س ٣٣ قال: ونكاح الكافرة محرم بسبب كفرها سواء كانت عابدة وثن أو مجوسية أو يهودية نصرانية الخ.

(٤) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٧ قال: وقال بعض أصحابنا: إنه لا يجوز العقد على هذين الجنسين عقد متعه ولا عقد دوام وهو قوى عندي يمكن الاعتماد عليه والركون اليه.

- إستقر عليه رأي والدي يعني العلامة في البحث^(١)، والذي رجحه في المختلف^(٢).
- (ب) جواز النكاح بكل انواعه، إختاره الحسن^(٣) والصدوقان^(٤).
- (ج) إباحة المتعة اختيارا، والدوام إضطرارا، إختاره الشيخ في النهاية^(٥) وابن حمزة^(٦) وابن ادريس في القول الآخر^(٧).
- (د) جواز النكاح بملك اليمين، لا بالعقد، وهو أحد قولي المفيد في باب عقد إلاماء^(٨).

-
- (١) الايضاح: ج ٣ كتاب النكاح، في الكفاءة، ص ٢٢ س ١٣ قال: والاول وهو التحريم مطلقا هو الصحيح عندي والذي استقر عليه رأي والدي المصنف في البحث.
- (٢) المختلف: فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٣ س ١٢ قال: والمعتمد تحريم أصناف الكفار في الدوام وكراهية اهل الكتاب في المتعة الخ.
- (٣) المختلف: فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٢ س ٢٥، قال: وقال ابن أبي عقيل: إلى قوله: وأما أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى فلا بأس الخ.
- (٤) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٢ س ٣ قال: ولا بأس بتزويج النصرانية فان تزوجت يهودية فامنعها من شرب الخمر الخ.
- وفي المختلف: (في التحريم بسبب الكفر ص ٨٢ س ٢٣) قال: قال على بن بابويه: وان تزوجت يهودية أو نصرانية فامنعها من شرب الخمر الخ.
- (٥) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٧ س ٣ قال: فأن اضطر إلى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة، ولا بأس أن يعقد على هذين الجنسين عقد المتعة مع الاختيار الخ.
- (٦) الوسيلة: فصل في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩٠ س ٢ قال: ويجوز لمؤمن أن يتمتع باليهودية والنصرانية الخ.
- (٧) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٥ قال: فان اضطر إلى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة الخ.
- (٨) المقنعة: باب العقود على الاماء ص ٧٨ س ٩ قال: وينكح بملك اليمين النصرانية واليهودية ولايجوز له ذلك بعقد نكاح الخ.

(هـ) إباحته بملك اليمين والمتعة وتحريمه دائماً إختاره التقي^(١) وسالار^(٢) والمصنف^(٣).
 (و) تحريمه اختياراً مطلقاً وجوازه إضطراراً مطلقاً وهو قول أبي علي^(٤).
 إحتج الاولون بأنهن مشركات، ونكاح المشركة حرام.
 أما الاولى: فلقوله تعالى (وقالت اليهود عزيز بن الله وقالت النصارى المسيح بن الله، ثم قال في
 اخر الآيتين (سبحانه عما يشركون)^(٥) فسماهن مشركات.
 واما الثانية: فلقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)^(٦) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم
 الكوافر فلا ترجعوهن إلى الكفار لانهن حل لهم ولا هم يحلون لهن)^(٧).
 ولان النكاح يستلزم المودة، لقوله تعالى (وجعل بينكم مودة ورحمة)^(٨) ومودة الكافر حرام، لقوله
 تعالى: (لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله)^(٩).
 واحتج المسوغون: بقوله تعالى (والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب)^(١٠).

-
- (١) الكافي: النكاح، وأما نكاح المتعة ص ٢٩٩ س ٨ قال: ويجوز التمتع باليهودية والنصرانية دون من عداهما وفي ص ٣٠٠ س ١٠ قال: ويجوز وطئ اليهودية والنصرانية بملك اليمين الخ.
 (٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٤٨ س ١٦ قال: أما في عقود المتعة والامة فجائز في الذميات خاصة الخ.
 (٣) لاحظ عبارة النافع.
 (٤) المختلف: كتاب النكاح، ص ٨٢ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد إلى أن قال: وإن دعت إلى ذلك ضرورة في دار الاسلام الخ ان يكون بالابكار منهن الخ.
 (٥) التوبة: ٣٠ ٣١.
 (٦) البقرة: ٢٢١.
 (٧) الممتحنة: ١٠ وفي نقل الآية الشريفة تقديم وتأخير.
 (٨) الروم: ٢١.
 (٩) المجادلة: ٢٢.
 (١٠) المائدة: ٥.

وبما رواه أبو مريم الانصاري عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم؟
حلال؟ فقال: نعم قد كانت تحت طلحة يهودية^(١).

والجواب عن الآية: أنها منسوخة بقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر).

وعن الرواية: بضعف طريقها.

واحتج المفصلون بالنسبة إلى الاختيار والاضطرار بحسنة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال:
لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهودية ولا نصرانية وهو يجد حرة مسلمة أو أمة^(٢).

وبالنسبة إلى العقد: مارواه أبان بن عثمان عن زرارة قال: سمعته يقول: لا بأس أن يتزوج
اليهودية والنصرانية متعة وعنده إمراة^(٣). والمعتمد الاول.

(الثاني) من له شبهة كتاب وهم المجوس، فإنه كان لهم كتاب اسمه (جامست) ونبي اسمه
(زرادشت) فحرقوا الكتاب، وقتلوا النبي، وبقي في أيديهم صحف يشبهوا بها، وهم يعبدون النار،
ويسمون الثنوية، لانهم يقولون بالهين إثنين، ألنور والظلمة، فالنور إله الخير، فكل ما في العالم من
خير فهو منه، والظلمة إله الشر، فكل ما في العالم من شر فهو منه، ولهذا يدعون وقود النار، ولهم
في أصول الاعتقادات أقوال سخيفة كفرية بعيدة عن أقوال أهل الملل.

والمشهور عند الفقهاء: أن حكمهم حكم اليهود والنصارى في التقرير بالجزية وعصمة الدم
والمال، لقوله عليه السلام: سنوا بهم سنة أهل الكتاب^(٤) ومنع ابن

(١) الاستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر ص ١٧٩ الحديث ٤.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر ١٨٠ الحديث ٨.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر ص ١٨١ الحديث ١٠.

(٤) الموطأ: ج ١ كتاب الزكاة ٢٤ باب جزية أهل الكتاب والمجوس الحديث ٤٢ ولفظه (عن جعفر

[وإذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه، سواء كان قبل الدخول أو بعده (ولو أسلمت زوجته
دونه، إنفسخ في الحال، إن كان قبل الدخول، ووقوف على إنقضاء العدة إن كان بعده، وقيل:
إن كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا، ولا يمكن من الدخول عليها ليلا، ولا من الخلوة بها نهارا
وغير الكتابيين يقف على إنقضاء العدة بإسلام أيهما اتفق، ولو أسلم الذمي وعنده أربع فما دون
لم يتخير، ولو كان عنده أكثر من أربع تخير أربعاً].

ادريس عن مناكحتهم^(١) وهو حسن، والروايات خالية عن ذكر المجوسيات.
قال طاب ثراه: ولو أسلمت زوجته (أي زوجة الذمي) دونه انفسخ في الحال إن كان قبل
الدخول ووقف على انقضاء العدة أن كان بعده، وقيل: ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا،
ولا يمكن من الدخول عليها ليلا، ولا من الخلوة بها بهارا.

أقول: القول المحكي للشيخ في النهاية وكتابي الاخبار^{(٢)(٣)}.

معولا على رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام

بن مُجَدِّد بن علي عن أبيه: ان عمر بن الخطاب ذكر المجوس، فقال: ما أدري كيف اصنع في امرهم فقال: عبدالرحمان بن
عوف: أشهد لقد سمعت رسول الله ﷺ يقول: سنوا بهم سنة اهل الكتاب) ونقله العلامة في التذكرة.
(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ١٢ فبعد نقل قول الشيخ في التبيان وقول المفيد في المقنعة بالمنع، قال: وهو
الصحيح الذي لا خلاف فيه ويقتضيه أصول المذهب، وقوله تعالى الخ.
(٢) النهاية: باب ما احل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٧ س ١٣ قال: فان أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل الخ.
(٣) سيأتي.

أنه قال: في اليهودي والنصراني والمجوسي اذا أسلمت إمرأته قبله، ولم يسلم؟ قال: هما على نكاحهما، ولا يفرق بينهما، ولا يترك يخرج بها من دار الاسلام إلى دار الكفر^(١) وهي مرسلة، ومعارضة بصحيفة البنظي قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية، فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: جعلت فداك فان أسلم الزوج بعد ذلك أ يكونان على النكاح؟ قال: لا، إلا بتزويج جديد^(٢) وبالأول قال في الخلاف^(٣) وهو مختار القاضي^(٤) وابن ادريس^(٥) واختاره المصنف^(٦) والعلامة^(٧).

لان التزويج نوع سلطنة على الزوجة لقوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء)^(٨) والكافر منفي السلطنة على المسلم، لقوله تعالى (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)^(٩) وللرواية المتقدمة.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٢.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٣.

(٣) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ١٠٥ قال: وهكذا اذا كانا كتائبين فأسلمت الزوجة الخ.

(٤) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٧ س ١٣ قال: فان أسلمت الزوجة ولم يسلم الرجل لم يكن له عليها سبيل الخ.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢١١ س ١٤ قال: فان اسلمت المرأة ولم يسلم الرجل فانه ينتظره عدتها الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٤ س ٥ قال بعد نقل قول ابن البراج وابن ادريس: وهو المعتمد.

(٨) النساء: ٣٤.

(٩) النساء: ١٤١.

[وروى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: أن إباق العبد بمنزلة الارتداد، فإن رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها، وإن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها، وفي الرواية ضعف].

قال طاب ثراه: وروى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام إن إباق العبد بمنزلة الارتداد، فإن رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها، وإن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها، وفي الرواية ضعف.

أقول: هذه رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال: سألت عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة حرة، فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه، فقال: ليس لها على مولاه نفقة، وقد بانة عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق إمرأته، وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام، قلت: فإن رجع إلى مواليه يرجع إليه امرأته؟ قال: إن كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها، فإن لم تتزوج ولم تنقض العدة فهي إمرأته على النكاح الاول^(١) وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية^(٢) وخص ابن حمزة الحكم المذكور بكون العبد زوجا لامة تزوجها بإذن السيدين^(٣) ومنع ابن ادريس وقال: النفقة لازمة للسيد ولاتبين منه الا بالطلاق^(٤) واختاره

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤١) باب أحكام المماليك والاماء، ص ٢٨٨ الحديث ١٦ وفيه (فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد).

(٢) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٨ س ١٥ قال: واذا أذن الرجل لعبده في التزويج الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان العقد على العبيد والاماء ص ٣٠٧ س ١ قال: واذا تزوج عبد بامة غير سيده ورضي سيدهما.

(٤) السرائر: باب السراري وملك الايمان ص ٣١٦ س ٢٥ قال: والذي يقتضيه الادلة أن النفقة ثابتة على السيد الخ.

مسائل سبع

الاولى: التساوي في الاسلام شرط في صحة العقد وهل يشترط التساوي في الايمان؟ الاظهر: لا، لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة نعم لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لاهل البيت عليهم السلام.

المصنف^(١) والعلامة^(٢) وفخر المحققين^(٣) لضعف سند الرواية، فان عمار فطخي. قال طاب ثراه: وهل يشترط التساوي في الايمان؟ الاظهر: لا، لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة.

أقول: مذهب المصنف الاكتفاء بالاسلام، فيجوز تزويج المؤمنة بالمخالف عنده على كراهية، وهو مذهب ابن حمزة^(٤) وظاهر المفيد^(٥) وأبي علي^(٦) ونقل عن عماد

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) المختلف: في نكاح الاماء والمماليك ص ٢٣ س ٢٥ قال بعد الطعن في الرواية: تمنع المساواة في الحكم بين الارتداد والاباق.

(٣) الايضاح: ج ٣، المطلب الخامس في النفقة ص ١٢٤ س ٢ قال: فالاولى الاعتماد على الاصل وهو البقاء.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٣ قال: ويكره أن يزوج كريمته من خمسة: من المستضعف المخالف الا مضطرا الخ.

(٥) المقنعة: ص ٧٨ باب الكفائة في النكاح قال: والمسلمون الاحرار يتكافئون بالاسلام والحرية في النكاح إلى ان قال: فالمسلم اذا كان واجدا طولا إلى قوله: فهو كفو في النكاح الخ.

(٦) المختلف: الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٢٥ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: والاسلام جامع واهلوه اخوة الخ.

الدين الطبرسي^(١) وقال الشيخ في المبسوط: يعتبر الايمان^(٢) وبه قال الراوندي^(٣) وابن اديريس^(٤) وهو مذهب العلامة^(٥) وفخر المحققين^(٦).

إحتج الاولون بعموم الآية وبما رواه محمد بن الفضيل الهاشمي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار^(٧).

ومثلها رواية محمد بن الفضيل عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار^(٨).

إحتج الآخرون بما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: ولا يتزوج المستضعف مؤمنة^(٩). وفي رواية زرارة عنه عليه السلام قال: إن العارفة لاتوضع إلا عند عارف^(١٠).

-
- (١) مجمع البيان: قال في تفسيره الآية ٣٢ من سورة النور ص ١٤٠ مالفظة: وقيل: ان معنى الصلاح هاهنا الايمان.
- (٢) المبسوط: ج ٤ كتاب النكاح ص ١٧٨ س ١٥ قال: الكفاءة معتبرة بلا خلاف في النكاح، وعندنا هي الايمان الخ.
- (٣) فقه القرآن: ج ٢ باب ضروب النكاح ص ٩٤ س ١٨ قال: واما شرائط الانكحة إلى قوله: وكون المتعاقدين متكافئين في الدين الخ.
- (٤) السرائر: باب الكفاءة في النكاح ص ٢٩٥ س ٤ قال: فعندنا أن الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران الايمان واليسار بقدر مايقوم بأمرها الخ.
- (٥) و(٦) القواعد: المطلب الرابع: الكفاءة معتبرة في النكاح، والمراد بها التساوي في الاسلام والايمان الخ وأورده في الايضاح: ج ٣ ص ٢١ وارتضاه ولم يعلق عليه.
- (٧) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ٣.
- (٨) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ١.
- (٩) الكافي: ج ٥ باب مناكحة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ قطعة من حديث ٨.
- (١٠) الكافي: ج ٥ باب مناكحة النصاب والشكاك ص ٣٥٠ قطعة من حديث ١١ والراوي الفضيل بن يسار.

[ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة، ولا يتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الانفاق ويجوز نكاح الحرة العبد، والهاشمية غير الهاشمي، والعربية العجمي، وبالعكس].

وسئل الصادق عليه السلام عن امرأة مؤمنة عارفة، وليس بالموضع أحد على دينها، هل تتزوج منهم؟ قال: لا تتزوج إلا من كان على دينها، وأنتم فلا بأس أن تتزوج الرجل منكم المستضعفة البلهاء، وأما الناصبة بنت الناصبة فلا ولا كرامة لان المرأة البلهاء المستضعفة تأخذ من أدب زوجها، وبردها إلى ما هو عليه^(١).

قال طاب ثراه: ولا يشترط تمكن الزوجة من النفقة (الانفاق خ ل) ولا يتخير المرأة لو تجدد العجز عن الانفاق.

أقول: هنا مسألتان: الاولى: هل يشترط تمكن الزوج من النفقة ابتداء أم لا؟ قيل فيه ثلاثة أقوال: (أ) نعم، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢) ولعله نظر إلى مشابهة العقد للمعاوضة ولهذا تسقط نفقتها لو أخلت بالتمكين، ولو أرادت منعه بالكلية كرها له، شرع لها الخلع بعوض يرضى ببذله بالغاً ما بالغ، وسمي فدية، ولا تملك الرجوع إلا مع رجوعها، فكان معاوضة من هذه الوجوه، ومع عجز المتعاضدين يفسد المعاوضة،

(١) دعائم الاسلام: ج ٢ ص ١٩٩ الحديث ٧٣٢ والحديث عن أبي جعفر عليه السلام، وتام الحديث (فتزوجوا إن شئتم في الشكاك، ولا تزوجوهم، فاما اهل النصب لاهل بيت محمد والعداوة لهم المبائين بذلك المعروفين به الذين ينتحلونه دنيا فلا تخالطوهم ولا توادوهم ولا تناكحوهم) مع اختلاف.

(٢) المبسوط: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٧٩ س ٨ قال: واليسار عندنا شرط، وحده ما امكنه معه القيام بنفقتها الخ.

كبيع الآبق وما لا ينتفع به.

(ب) لا يشترط، لكن للمرأة خيار الفسخ مع عدم يساره بنفقتها إذا لم يعلم حالة العقد، وهو اختيار ابن ادريس^(١)، لقوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)^(٢) والامساك مع تعذر الانفاق، ليس بإمساك بمعروف، فتعين التسريح.

(ج) لا يشترط، وليس للمرأة الخيار، لقوله تعالى: (وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله)^(٣) ومع تسلط المرأة على الفسخ ينتفى فائدة الامر هنا.

ولقوله ﷺ: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه^(٤).

وسأله رجل فقال: لمن نزوج؟ قال: الأكفاء، قال: يارسول الله ﷺ من الأكفاء؟ قال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض^(٥) فلو اشترط مع الايمان في الكفاءة شرط آخر، لكان الايمان أعم، ولا يجوز التعريف بالاعم، بل بالمساوى في العموم والخصوص، واختاره المصنف^(٦) والعلامة^(٧) وفخر المحققين^(٨).

(١) السرائر: باب الكفاءة في النكاح ص ٢٩٥ س ٥ قال: والاولى أن يقال: إن اليسار ليس بشرط في صحة العقد، وانما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسرا بنفقتها الخ.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) النور: ٣٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ قطعة من حديث ٢ وص ٣٩٥ الحديث ٤ وص ٣٩٦ الحديث ٨ و ١٠.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٨ قطعة من حديث ١٢.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٦ س ٢٣ قال: وهل التمكن من النفقة شرط؟ قيل: نعم، والاقرب العدم.

(٨) الايضاح: ج ٣ في الكفاءة ص ٢٣ س ١٦ قال: والاصح عندي إختيار والدي.

الثانية: لو تجدد العجز عن الانفاق، هل لها الفسخ؟ فنقول: على القول بالاشتراط إبتداء، أو ثبوت الخيار، يتسلط على الفسخ مع تجدد العجز، لفقدان الشرط، وحصول الضرر بالصبر، وقال تعالى: (ولا تضاروهن)^(١) وعلى القول بعدمه، هل يفسخ مع تجددده؟ قال ابن الجنيدي: نعم^(٢)، لانه ضرر عظيم على المرأة، وهو منفي بالآية^(٣)، واختاره العلامة في المختلف^(٤) دفعا للضرر الحاصل بها، لاحتياجها إلى المؤنة، وتحريم تزويجها بغيره، ونقل ابن ادريس عن بعض أصحابنا، ونقل المصنف عن بعض علمائنا: أن للحاكم أن يبينها^{(٥) (٦)}.

ولعل مستنده رواية ربعي والفضيل بن يسار جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن أتفق عليها ما تقيم حياتها مع كسوة، وإلا فرق بينهما^(٧).
والمشهور عدم الفسخ، لاصالة البقاء، ولعموم قوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)^(٨).

(١) الطلاق: ٦.

(٢) المختلف: الفصل الثامن في النفقات، ص ٣١ قال: مسألة المشهور أنه لا خيار للزوجة في الفسخ بالاعسار من النفقة إلى ان قال: وقال ابن الجنيدي: بالخيار.

(٣) اى قوله تعالى (ولا تضاروهن).

(٤) المختلف: الفصل الثامن في النفقات، ص ٣١ س ١٤ قال بعد الجواب عن المعارض: بل نقول بالخيار في الفسخ، ونحن في ذلك من المتوقفين.

(٥) لم أعثر عليه في كلام ابن ادريس.

(٦) الشرائع: في نفقة الاقارب، الرابعة قال: اذا دافع بالنفقة الواجبة أجبره الحاكم، فان امتنع حبسه الخ. وليس فيه كلمة البينة فلا حظ وتامل.

(٧) الفقيه: ج ٣ (١٣١) باب حق المرأة على الزوج ص ٢٧٩ الحديث ٦ وفيه (ما يقيم ظهرها) بدل (ما يقيم حياتها).

(٨) البقرة: ٢٨٠.

[وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته، وإن كان أخفض نسبا، وإن منعه الولي كان عاصيا. ويكره أن يزوج الفاسق، ويتأكد في شارب الخمر، وأن تزوج المؤمن المخالف ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد].

قال طاب ثراه: ولو خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته وإن كان أخفض نسبا وإن منعه الولي كان عاصيا.

أقول: ذكر محمد بن يعقوب في كتابه مرفوعا إلى علي بن مهزيار قال: كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته، فإنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وإنك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر في ذلك يرحمك الله، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه، فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ^(١).

وعن علي بن الحكم عن أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ألكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار ^(٢).

قال العلامة: إلا للعدول إلى الأعلى ^(٣) ^(٤).

والاولى يفسد ذلك بكونه منتفيا، أو مع رضاها، والا فالاولى تزويجه إذا جمع

(١) الكافي: ج ٥ باب آخر منه ص ٣٤٧ الحديث ٢.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الكفو ص ٣٤٧ الحديث ١.

(٣) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٦ س ٢٥ قال: ولو امتنع الولي كان عاصيا الا للعدول إلى الأعلى.

(٤) قال في جامع المقاصد: ج ٢ في الكفاءة ص ٣١٠ بعد نقل ما عن العلامة: بناء على القول بأن للاب أو الجد ولاية على البكر البالغ الرشيدة. ثم قال: ولو أراد الولي العدول إلى الأعلى من المخاطب لم يكن عاصيا بالتأخير.

الوصفين، ولا يضره خفاضة نسبه وفقره مع صلاحه.

قال الصادق عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله زوج مقداد بن الاسود ضباعة^(١) بنت الزبير بن عبد المطلب، ثم قال: إنما زوجها بالمقداد لتتضع المناكح، وليتأسوا برسول الله صلى الله عليه وآله، ولتعلموا إن اكرمكم عند الله اتقاكم، وكان الزبير أخا عبد الله وأبي طالب لابيها وامهما^{(٢) (٣)}.

ويكره تزويج الفاسق، ويتأكد شارب الخمر.

لقوله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفا^(٤).

ولقوله عليه السلام: من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها^(٥).

وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب^(٦).

وروى زرارة بن اعين عن الصادق عليه السلام قال: تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم فان المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه^(٧).

وروى محمد بن يعقوب مرفوعا إلى الفضيل بن يسار قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: إن لامرأتى اختا عارفة على رأينا، وليس على رأينا بالبصرة إلا قليل،

(١) وفي رواية اخرى (ضبيعة) مصغرا.

(٢) بيان ضباعة بالضاد المعجمة وبالباء الموحدة والعين المهملة، و (يتضع) من الاتضاع ضد الارتفاع (وافى كتاب النكاح باب الكفاءة ص ١٨).

(٣) الكافي: ج ٥، باب آخر منه (من ابواب ان المؤمن كفؤ المؤمن) ص ٣٤٤ الحديث ٢.

(٤) تقدم في حديث علي بن الحكم، وايضا التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ١ و ٣.

(٥) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن ينكح شارب الخمر، ص ٣٤٧ الحديث ١.

(٦) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن ينكح شارب الخمر، ص ٣٤٨ الحديث ٢.

(٧) الكافي: ج ٥ باب مناكحة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ الحديث ٥ ومثله الحديث ١ من تلك الباب عن أبي بصير.

[الثانية: إذا انتسب إلى قبيلة وبان من غيرها، ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح].
فأزوجه ممن لا يرى رأيها؟ قال: لا، ولا نعمة ولا كرامة، إن الله عزوجل يقول: (فلا ترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن)^(١) (٢).

وفي هذه الرواية نصرة لمذهب العلامة^(٣) وإيماء إلى مذهب علم الهدى عليه السلام^(٤).
وروى جميل بن دراج عن زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: إني لاخشى أن لا يحل لي، من ان أتزوج على من لم يكن من أمري؟ فقال: ما يمنعك من البله من النساء؟ قلت: وما البله؟ قال: هن المستضعفات اللاتي لا ينصبن ولا يعرفن ما أنتم عليه^(٥).

قال طاب ثراه: اذا انتسب إلى قبيلة وبان من غيرها، ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح.
أقول: قال الشيخ في النهاية: إذا انتمى الرجل إلى قبيلة وتزوج، فوجد على خلاف ذلك، بطل التزويج^(٦) وبه قال ابن حمزة^(٧) وأبو علي^(٨) وجعله القاضي رواية^(٩)

(١) الممتحنة: ١٠.

(٢) الكافي: ج ٥ باب مناكة النصاب والشكك ص ٣٤٩ الحديث ٦.

(٣) في هامش بعض النسخ مالفظه (في انه يشترط التساوى في الايمان).

(٤) في هامش بعض النسخ مالفظه (لانه يقول بكفرهم وتنجيسهم وهذه الرواية دالة على ذلك).

(٥) الكافي: ج ٥ باب مناكة النصاب والشكك ص ٣٤٩ الحديث ٧.

(٦) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٣٨٩ س ١ قال: واذا انتمى رجل إلى قبيلة بعينها الخ.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٩ قال: وانتساب إلى قبيلة معينه وقد بان خلافه.

(٨) المختلف: الفصل الرابع في العيوب ص ٤ س ٢٥ قال بعد نقل قول الشيخ: واختاره ابن الجنيد.

(٩) المهذب: ج ٢، باب التدليس في النكاح ص ٢٣٩ س ٢ قال: وقد روي أن الرجل اذا ادعى الخ.

وقال في المبسوط: الاقوى انه لا خيار لها، ومن الناس من قال: الخيار لها، وقد روي ذلك في أخبارنا^(١)، وقال ابن ادريس: ليس لها الفسخ، لاصالة بقاء العقد ولزومه، ولقوله تعالى: (أوفوا بالعقود)^(٢) ثم قال: ويرد من حيث التدليس بالشرط، وفرق بين التدليس والعيب، فان العيب يرد به وإن لم يشترط السلامة منه في حالة العقد، بل بمجرد العقد يرد النكاح بعيب الخلقة، وأما التدليس فاذا شرط في نفس العقد وخرج بخلافه فانه يرد به النكاح^(٣).

وقال المصنف في الشرائع: لا يفسخ به^(٤) واختاره العلامة في القواعد^(٥).

وقال في المختلف: اذا انتسب إلى قبيلة فبان أدى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ، محتجا بصحيفة الحلبي في رجل يتزوج المرأة فيقول: أنا من بني فلان، فلا يكون كذلك؟ قال: يفسخ النكاح، أو قال: ترد النكاح^(٦)^(٧).

وقال فخر المحققين: لها الفسخ إن شرط في نفس عقد النكاح وإلا فلا^(٨).

(١) المبسوط: ج ٤ ص ١٨٩ س ١ قال: وان كان الغرور بالنسب إلى أن قال: فالاقوى انه لا خيار لها، وفي الناس من قال لها الخيار وقد روي ذلك في أخبارنا.

(٢) المائدة: ١.

(٣) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٨ س ٣٧ قال: والظاهر أنه لا يفسخ بذلك النكاح إلى أن قال: الا ان هذا وان لم يكن عيبا فانه يرد به لانه تدليس الخ.

(٤) الشرايع: (الاولى الكفاءة) قال: ولو انتسب الزوج إلى قبيلة إلى قوله: وليس لها وهو اشبه.

(٥) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٧ س ١ قال: ولو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها، فالاقرب انتفاء الفسخ.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح، ص ٤٣٢ قطعة من حديث ٣٥.

(٧) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ س ٣٣ قال: والاقرب أنه اذا انتسب إلى قبيلة فبان أدى منها الخ.

(٨) الايضاح: ج ٣ المطلب الرابع في الكفاءة ص ٢٥ س ١٦ قال: والاقوى عندى أنه لافسخ إن لم يشترط في نفس العقد.

[الثالثة: إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت قد زنت، فليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها ويرجع به على الولي، وإن شاء تركها].

فقد انشعبت المسألة أربعة مذاهب:

(أ) الفسخ مطلقا، قاله في النهاية.

(ب) عدمه مطلقا، قاله في المبسوط.

(ج) الفسخ إن كان شرفها لا يلائم نسبه، قاله العلامة في المختلف.

(د) الفسخ إن شرط في متن العقد وإلا فلا، قاله فخر المحققين.

ووجه قول العلامة وولده الجمع بين القولين المتقدمين.

فرعان

(أ) لو انتسب إلى صناعة، هل يكون الحكم فيه كالقبيلة؟ قال ابن الجنيد: نعم^(١).

(ب) هل هذا الحكم مشترك بين الرجل والمرأة؟ نص عليه أبوعلي^(٢) وتبعه ابن حمزة^(٣) ولم يتعرض لها الباقر.

قال طاب ثراه: إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت، فليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها، ويرجع به على الولي، وإن شاء تركها.

(١) و(٢) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: ولو نسب أحد الزوجين إلى نسب أو صناعة ولم يكن كذلك كان النكاح منفسخا إن لم يرضه الآخر الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٨ قال: وما يعمهما (أي الرجل والمرأة) إلى قوله: وانتساب إلى قبيلة معينة، أو أب يعينه وقد بان بخلاف ذلك.

[الرابعة: لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية، ويجوز في غيرها، ويحرم التصريح في الحالين.

الخامسة: اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها، ولا تحرم.

السادسة: نكاح الشغار باطل، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين، على أن مهر كل واحدة نكاح الأخرى.

السابعة: يكره العقد على القابلة المريبة وبناتها، وإن يزوج ابنه بنت زوجته اذا ولدتها بعد مفارقتها لها، ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك، وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه، ويكره الزانية قبل ان تتوب].

أقول: العلم الحاصل للزوج قد يكون سببه التواتر، أو المشاهدة، أو قول المعصوم، ويقوم مقامه الظن الشرعي كقيام البينة، أو إخبار حاكم، وهل يفسخ به النكاح؟ فيه أقوال: (أ) ثبوت الخيار للزوج سواء أحدث فيه أولا قاله الصدوق^(١) وابوعلي^(٢) وزاد ثبوته للمرأة بزنا الرجل واثبت به الخيار، وإن حدث بعد العقد، لاشتماله على العار.

ولرواية عبدالرحمان بن ابي عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج، فعلم بعد ما تزوجها انها قد زنت قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها^(٣).

(١) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٩ س ٥ قال: واذا زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما الخ.

(٢) المختلف: في العيوب ص ٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيدي: الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٥ قطعة من حديث ٩.

- (ب) ثبوت الخيار في المحدودة قاله المفيد^(١) وتلميذه^(٢) والتقي^(٣) والقاضي^(٤).
- (ج) لا خيار في فسخ النكاح، بل للزوج الرجوع على الولي بالمهر، لتدليسه، قاله في النهاية^(٥) واختاره ابن ادريس^(٦).
- (د) لا خيار ولا رجوع، وهو إختيار المصنف^(٧) والعلامة^(٨)، أما نفي الخيار فلاصلة صحة العقد، وعموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)^(٩) ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل^(١٠) وإنما للحصر.

-
- (١) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ٢١ قال: وإذا كان للرجل امرأة ففجرت إلى قوله: كان بالخيار الخ وقال في باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٥: وترد البرصاء إلى قوله: والمحدودة في الفجور.
- (٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويرد العميا إلى قوله: والمحدودة في الفجور.
- (٣) الكافي: النكاح، الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٥ س ١٤ قال: وإذا تزوج إلى قوله: او محدودة، كان له ردها الخ.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٤ قال: وأما ما يختص المرأة إلى قوله: وكونها محدودة في الزنا.
- (٥) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ٧ قال: والمحدودة في الزنا لا ترد إلى أن قال: الا أن له أن يرجع على وليها الخ.
- (٦) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٢٠٩ س ١٢ قال: والذي يقوى في نفسي ان المحدودة لا ترد بل يرجع الخ.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٢ س ١٠ قال: والاقرب عندي عدم الرد به الخ.
- (٩) المائدة: ١.
- (١٠) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح، ص ٤٢٤ حديث ٤.

القسم الثاني .. في النكاح المنقطع والنظر في أركانه وأحكامه .. الركن الاول: الصيغة

وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة، وقال علم الهدى: ينعقد في الاماء بلفظ الاباحة والتحليل].

وصريح رواية رفاعه بن موسى عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن المحدودة، هل ترد من النكاح؟ قال: لا^(١).

وأما عدم الرجوع بالمهر، فلان التضمن وعدم الفسخ مما لا يجتمعان، لان الرجوع على الولي بالمهر لمكان تدليسه إياها، إن كان ذلك نقصا ثبت معه الرجوع وخيار الفسخ، وإن لم يكن نقصا لم توجب الرجوع.

القسم الثاني في النكاح المنقطع

قال طاب ثراه: وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة، وقال علم الهدى: ينعقد في الاماء بلفظ الاباحة والتحليل.

أقول: قول السيد هنا مبني على مسألتين:

(أ) انعقاد التحليل بلفظ الاباحة.

(ب) ان التحليل عقد متعة.

وحينئذ لا يكون عقد المتعة في الاماء منحصر في الصيغ الثلاث، بل هناك

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٢٢٤ قطعة من حديث ٨.

الركن الثاني: الزوجة

ويشترط كونها مسلمة أو كتابية، ولا يصح بالمشاركة والناصفة.
ويستحب إختيار المؤمنة العفيفة، وأن يسألها عن حالها مع التهمة، وليس شرطا ويكره بالزانية
وليس شرطا، وأن يستمتع ببكر ليس لها أب، فإن فعل فلا يفتضها، وليس محرما ولا حصر في
عددهن.
ويحرم أن يستمتع أمة على حرة إلا بإذنها، وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت اختها مالم
تأذن.

الركن الثالث: المهر

وذكره شرط، ويكفى فيه المشاهدة، ويتقدر بالتراضى ولو بكف من بر ولو لم يدخل ووهبها
المدة فلها النصف، ويرجع بالنصف عليها لو كان دفع المهر، وإذا دخل استقر المهر تماما، ولو
أخلت بشئ من المدة قاصها، ولو بان فساد العقد فلا مهر إن لم يدخل [لفظان آخران يعقد
بهما المتعة، هما الاباحة والتحليل^(١).
وأما على القول بأن التحليل ليس عقد متعة، بل هو تمليك منفعة، فإن عقد المتعة يكون
منحصرا في الصيغ الثلاث، وإن قلنا: أنه عقد متعة، وقلنا بعدم وقوعه بلفظ الاباحة كمذهب
الشيخ^(٢) كان عقد المتعة في الاماء منحصرا في أربع صيغ، في الثلاث مع التحليل وعلى قول
السيد في خمس.

(١) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٩ قال: مسألة، نقل ابن ادريس عن السيد المرتضى في الانتصار أن تحليل المالك
جاريته لغيره عقد، والتحليل والاباحة عبارة عنه الخ.

(٢) المبسوط: ج ٤ فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال: وأما تحليل الانسان جاريته لغيره من غير
عقد، مدة فهو جائز عند أكثر أصحابنا الخ.

[ولو دخل فلها مأخذت وتمنع مابقي، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها، ويستعاد منها مع علمها، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسنا].

قال طاب ثراه: ولو دخل فلها مأخذت وتمنع مابقي، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسنا. أقول: إذا بان فساد العقد، إما بأن ظهر لها زوج، أو ظهرت أم زوجها، أو بنتها أو اختها، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء، وإن كان بعده.

قال الشيخ في النهاية كان لها ما أخذت ولا يلزمه أن يعطيها مابقي عليه^(١) وقال ابن ادریس: كان ما أخذت حراما عليها^(٢) قال المصنف: والوجه أنها إن كانت عاملة لم يكن عليها شيء، لكونها بغيا ولا مهر للبغي، ويستعاد منها مأخذت، وإن كانت جاهلة كان لها المهر أجمع بما استحل من فرجها^(٣) وبه قال العلامة^(٤) والمصنف في الشرايع^(٥) واستحسن في النافع بوجوب مهر المثل^(٦) وهو المعتمد لبطلان العقد، فلا يتعين ما ذكر فيه.

(١) النهاية: باب المتعة واحكامها ص ٤٩١ س ٩ قال: فان تبين بعد الدخول بها ان لها زوجا كان لها ما أخذت منه الخ.

(٣) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٣٧ قال: فان تبين له بعد الدخول بها ان لها زوجا، أو هي في عدة لا يلزمه ان يعطيها شيئا وكان ما أخذت منه حراما عليها.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٣ س ١٢ قال: والتحقيق أن نقول: إن كانت عاملة بان لها زوجا الخ.

(٥) الشرائع: في النكاح المنقطع، وأما المهر، قال: ولو تبين فساد العقد إما بان ظهر لها زوج إلى قوله: ولو قيل لها المهر ان كانت جاهلة ويستعاد ما أخذت ان كانت عاملة كان حسنا.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

الركن الرابع: الاجل

وهو شرط في العقد، ويتقدر بتراضيهما، كاليوم، والسنة، والشهر، ولا بد من تعيينه ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر، وفيه رواية بالجواز فيها ضعف].

إحتج الشيخ بما رواه حفص البخري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: إذا بقي عليه شيء وعلم أن لها زوجا، فما أخذته فلها بما استحل من فرجها، ويحبس عنها ما بقي عنده^(١) وأجاب العلامة بحلمه على الجهل، وقوله عليه السلام: (ويحبس عنها ما بقي عنده) على ما إذا بقي عليها من الايام بقدره^(٢).

وأورد عليه فخر المحققين نظرا من وجهين:

(أ) بطلان المسمى ببطلان العقد.

(ب) مهر المثل يجب بالدخول وجوبا مستقرا، ولا تقسط على مدة، ولا يسقط منه شيء، قال: ويمكن حمله على أن المقبوض هو مهر المثل^(٣) وهو حسن. قال طاب ثراه: ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر، وفيه رواية بالجواز، فيها ضعف.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين: (الاول) عدم ذكر الاجل، فنقول: ذكر الاجل شرط في عقد المتعة، فلو أخل به بطل العقد، لان المشروط عدم عند عدم شروطه، ولان الدائم غير مقصود لها، والعقود تابعة للدواعي والقصود.

ولصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام قال: لا يكون متعة إلا بامرين،

(١) الكافي: ج ٥ باب حبس المهر اذا خلفت ص ٤٦١ الحديث ٢.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة، ص ١٣ س ١٥ قال بعدنقل احتجاج الشيخ بما رواه حفص البخري: والجواب انه محمول على الجهل الخ.

(٣) الايضاح: ج ٣، في المنقطع ص ١٢٨ س ١٤ قال بعد نقل قول العلامة: وفيه نظر لبطلان المسمى ببطلان سببه الخ.

بأجل مسمى ومهر مسمى^(١).

وهو إختيار العلامة ونقله عن والده^(٢) وقال ابن ادريس: يبطل العقد إن كان بلفظ المتعة، وينقلب دائما إن كان بلفظ النكاح أو التزويج^(٣) وأطلق الشيخ القول بصحته دائما^(٤) وتبعه القاضي^(٥) وابن زهرة^(٦) والتقي^(٧) واختاره المصنف^(٨).

إحتجوا: بأصالة صحة العقد، وبأن لفظ المتعة من صيغ ايجاب الدائم والتميز بينهما بذكر الاجل، ولم يحصل، فينصرف إلى الدوام، لأصالة صحة العقد.

وبما رواه ابن بكير في الموثق عن الصادق عليه السلام قال: إن سمى الاجل فهو متعة، وإن لم يسم الاجل فهو نكاح بات^(٩) ويمكن حمله على من أراد الدائم وعقد بلفظ

(١) الكافي: ج ٥ باب شروط المتعة ص ٤٥٥ الحديث ١.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٨ ص ٣٢ بعد نقل قول ابن ادريس: وهو الذي كان يفتي به والدي وهو المعتمد.

(٣) السرائر: باب النكاح، المؤجل، ص ٣١١ س ٧ قال: ولا بد من هذين الشرطين، فان لم يذكر المدة الخ.

(٤) النهاية، باب المتعة وأحكامها ص ٤٨٩ س ٧ قال: فان عقد عليها متعة ولم يذكر الاجل كان التزويج دائما.

(٥) المهذب: ج ٢ ص ٢٤١ س ٤ قال: فان ذكر الاجر ولم يذكر الاجل كان النكاح دائما الخ.

(٦) (جوامع الفقهية) الغنية: ص ٦١١ قال: فصل في نكاح المتعة إلى أن قال: فان ذكر المهر دون الاجل كان دواما.

(٧) الكافي: ص ٢٩٨ س ١ قال: وأما نكاح المتعة إلى أن قال: فان ذكر الاجر ولم يذكر الاجل كان دواما.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) الكافي: ج ٥ باب في انه يحتاج أن يعيد عليها الشرط بعد عقدة النكاح ص ٤٩٥ قطعة من حديث ١.

[وأما الأحكام فمسائل: الأولى: الإخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد، وذكر المهر من دون الاجل يقلبه دائما.

الثانية: لا حكم للشروط قبل العقد، ويلزم لو ذكرت فيه.

الثالثة: يجوز إشتراط إتيانها ليلا أو نهارا، وأن لا بطلانها في الفرج، ولو رضيت به بعد العقد جاز، والعزل من دون إذنها، ويلحق الولد وإن عزل، لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللعان].
التمتع، جمعا بين الأدلة.

(الثاني) لو ذكر أجلا مجهولا كما لو عين المرة والمرتين ولم يقرن بزمان محروس من احتمال الزيادة والنقصان، فالأقرب البطلان، وهو اختيار المصنف^(١) والعلامة^(٢).
وقال الشيخ في النهاية: ينعقد دائما^(٣) ووجهه أن الاجل لما كان مجهولا ساوى غير المذكور، وذلك يوجب إنعقاده دائما، وهما ممنوعان.

وما رواه ابن فضال عن القاسم بن محمد، عن رجل سمى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة عن فرد واحد؟ قال: لا بأس، ولكن إذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر^(٤) وهي مرسلة مع ضعف الطريق، وهي غير دالة على مطلوب الشيخ، لقوله: (فليحول وجهه ولا ينظر) دل على تحريمها بعد إيقاع

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٩ س ٢ قال: مسألة يشترط في الاجل التعيين فلو ذكر مدة مجهولة بطل العقد.

(٣) تقدم آنفا.

(٤) الكافي: ج ٥ باب ما يجوز من الاجل ص ٤٦٠ الحديث ٥ وفيه (على عرد واحد).

[الرابعة: لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً، ولا لعان على الاظهر، ويقع الظهار على تردد.
الخامسة: لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين، وقال المرتضى: يثبت ما لم يشترط السقوط نعم
لو شرط الميراث لزم].

ما شرط، وذلك ينافي إنعقاده دائماً.
قال طاب ثراه: ولا تقع بالمتعة طلاق إجماعاً، ولا لعان على الاظهر، ويقع الظهار على تردد.
أقول: قال السيد: يقع اللعان والظهار^(١) وقال التقي: بوقوع الظهار دون اللعان^(٢) وسيأتي
تحقيقه في موضعه أن شاء الله.
قال طاب ثراه: لا يثبت بالمتعة ميراث، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط نعم لو شرط
التوارث لزم.

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:
(أ) ثبوت الميراث في الاصل، وتسقط بإشترط سقوطه حكاه المصنف عن السيد^(٣) وهو
مذهب الحسن^(٤).

(ب) سقوطه في الاصل وتثبت بالشرط، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٥) وبه

(١) الانتصار: في نكاح المتعة ص ١١٥ س ١٣ قال في جواب اعتراضهم مالفظه (والذي ذكره رابعاً) إلى قوله:
والظهار ايضاً يقع على المتمتع بها وكذلك اللعان الخ.
(٢) الكافي: وأما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال: ولا يصح بينهما لعان، ويصح الظهار.
(٣) الانتصار، المتعة ص ١١٤ س ١٦ قال في جواب إشكالهم، على ان مذهبنا إن الميراث قد يثبت في المتعة الخ.
(٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٠ س ٢٠ قال: فقال ابن أبي عقيل: إلى أن قال: فان لم يشترط أن لا ميراث بينهما
فمات أحدهما قبل صاحبه ورثه الآخر.
(٥) النهاية: باب المتعة واحكامها ص ٤٩٢ س ٣ قال: وليس في نكاح المتعة توارث، إلى ان قال: اللهم إلا إن يشترط
الخ.

قال ابن حمزة^(١) والقطب الكيدري^(٢) وهو ظاهر القاضي^(٣) واختاره المصنف^(٤).
(ج) عدم ثبوته مطلقا لانه ليس ثابتا في الاصل، فإشتراطه يجري مجرى إشتراط توريث الاجنبي،
وهو مخالف للكتاب والسنة، فيكون باطلا، وهو مذهب التقى^(٥) وابن ادريس^(٦) واختاره العلامة^(٧)
وأطلق الصدوق والمفيد نفى التوارث^(٨) ولم يتعرضا لذكر الشرط بنفى أو اثبات.
إحتج الاولون: بأن الزوجية تصدق عليها، فيدخل تحت عموم الآية.
وموثقه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سمعته يقول: الرجل يتزوج

-
- (١) الوسيلة: فصل في بيان نكاح المتعة ص ٣٠٩ س ١٣ قال: ولا تثبت بهذا العقد النفقة والتوارث الا بشرط.
(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٠ س ٣٢ قال بعد نقل قول ابن حمزة: وكذا قال الكيدري.
(٣) المهذب: ج ٢ باب نكاح المتعة ص ٢٤٠ س ٤ قال: واما نفى التوارث فلا يثبت بينهما ولو اشترط، وقال ايضا
في ص ٢٤٣ س ٢ قال: فاما إن شرط التوارث ثبت ذلك الخ ومراده ظاهر كما لا يخفى.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) الكافي: واما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال: ولا توارث بينهما وإن شرط ذلك.
(٦) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١٢ س ٨ قال: وقال الباقر لا توارث إلى قوله: فهذا الذي افق به الخ.
(٧) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٠ س ٣٧ قال: والوجه ما قاله ابو الصلاح وهو اختيار ابن ادريس.
(٨) المقنع: باب المتعة ص ١١٤ س ١٢ قال: ولا ميراث بينهما إذا مات واحد منهما في ذلك الاجل.
(٩) المقنعة: باب تفصيل أحكام، ص ٧٦ س ٢٢ قال: ولا يجب به ميراث ولا نفقات.

[السادسة: اذا انقضى أجلها، فالعدة حيضتان على الاشهر وان كانت ممن تحيض ولم تحض
فخمسة وأربعون يوما، ولو مات عنها ففي العدة روايتان أشبههما: أربعة أشهر وعشرة أيام.
السابعة: لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل، ولو أراده وهبها مابقي من المدة،
واستأنف].

المرأة متعة إنهما يتوارثان، إذا لم يشترطا، وإنما الشرط بعد النكاح^(١).
واجاب الشيخ: بأن المراد إذا لم يشترط الاجل، فانهما يتوارثان، لانه يصير دائما، دون أن
يكون المراد به شرط الميراث^(٢).
إحتج الشيخ بحسنة أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: تزويج المتعة نكاح بميراث
ونكاح بغير ميراث، إن اشترط الميراث كان، وان لم يشترط لم يكن^(٣).
إحتج النفاء: بأصالة عدم الميراث.
وبما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط
الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث إشرط أو لم يشترط^(٤).
قال طاب ثراه: اذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان على الاشهر.
أقول: هنا مسألتان: الاولى: في عدة الفرقه بعد الدخول، إما بعد انقضاء الاجل، أو قبله مع
هبة

(١) الكافي: ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ١.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٩٨) باب انه اذا شرط ثبوت الميراث في المتعة ص ١٥٠ قال بعد نقل حديث محمد بن مسلم:
فالوجه في هذا الخبر أن نحمله على أنه إذا لم يشترط الاجل فانهما يتوارثان الخ.

(٣) الكافي: ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ٢.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (٩٨) باب انه اذا شرط ثبوت الميراث في المتعة ص ١٤٩ الحديث ٣.

الباقى، والظاهر عدم اشتراط قبولها ولا علمها، فتحل له اختها. وفي قدرها للافحاب أقوال:

(أ) حيضتان للمستقيمة الحيض، وللمستزابة شهر ونصف قاله الشيخ في النهاية^(١) وهو ظاهر المصنف^(٢) وبه قال سلالر^(٣) والقاضي في كتابيه^(٤).

(ب) طهران للمستقيمة، وهو اختيار العلامة^(٥) وبه قال المفيد^(٦) وابن ادريس^(٧).

(ج) حيضة ونصف قاله الصدوق في المقنع^(٨).

(د) حيضة مستقيمة، قال الحسن^(٩).

واطبقوا الجميع على خمسة وأربعين يوما للمستزابة، واستند الكل إلى الروايات،

-
- (١) النهاية: باب المتعة واحكامها ص ٤٩٢ س ١٥ قال: وعدة المتعة اذا انقضت أجلها الخ.
- (٢) لاحظ عبارة النافع.
- (٣) المراسم: ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٦ س ٥ قال: فمن تعتد بالاقراء ثم قال: وعدة الامة والمتمتع بها حيضتان.
- (٤) المهذب: ج ٢، باب نكاح المتعة ص ٢٤٣ س ١٢ قال: والمتمتع بها إلى قوله: كان عليها العدة وهي حيضتان أو خمسة واربعون يوما، وفي المختلف، في نكاح المتعة ص ١١ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ: وتبعه ابن البراج في كتابيه معا.
- (٥) المختلف: في نكاح المتعة ص ١١ س ٢٤ قال بعد نقل قول المفيد: والمعتمد قول المفيد.
- (٦) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ١٢ قال: وعدة المتمتع بها من الفراق قرء ان وهما طهران الخ.
- (٧) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١٥ قال: وعدتها، قرء ان إن كانت ممن تحيض الخ.
- (٨) المقنع: باب المتعة ص ١١٤ س ١٣ قال: فاذا انقضت أيامها وهو حي فحيضة ونصف الخ.
- (٩) المختلف: في المتعة ص ١١ س ٢٣ قال: وقال ابن أبي عقيل: ان كانت ممن تحيض فحيضة مستقيمة الخ.

فإنها واردة بالمذاهب الأربعة.

الثانية: عدة المتوفى عنها، ويجب هنا وإن لم يدخل، واختلفوا في كميتها، فالشيخ في النهاية: أربعة أشهر وعشرة أيام كالدائم^(١) وتبعه القاضي^(٢) والتقوي^(٣) وابن ادريس^(٤) والصدوق في المقنع^(٥) وهو اختيار المصنف^(٦) والعلامة^(٧). وقال المفيد وتلميذه: شهرين وخمسة أيام كعدة الامة^(٨) وهو مذهب الحسن^(٩) والسيد^(١٠). وقال^(١١).

-
- (١) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ١٧ قال: وإذا مات عنها زوجها إلى قوله: أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٢) المذهب: باب نكاح المتعة ص ٢٤٤ س ١ قال: وإن كان ذلك بموت الرجل كان عليها العدة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٣) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٠ قال: وكذلك حكم المتمتع بها إلى قوله: تعتد أربعة أشهر وعشرا.
- (٤) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١٩، قال: وهذه (أي أربعة أشهر وعشرا) عدة المتمتع بها إذا توفي عنها زوجها الخ.
- (٥) المقنع: باب المتعة ص ١١٤ س ١٢ قال: وإذا تزوج الرجل امرأة متعة ثم مات عنها فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٦) لاحظ مختار النافع.
- (٧) المختلف: في المتعة ص ١١ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٨) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ١٣ قال: وعدتها من وفاة الزوج شهران وخمسة أيام.
- (٩) المراسم: ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٥ س ١١ قال: أو شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة أو متمتعا بها.
- (١٠) المختلف: في المتعة ص ١١ س ٣٤ قال بعد نقل قول المفيد وسلا: وهو أيضا قول ابن أبي عقيل.
- (١١) الانتصار: في التمتع ص ١١٤ س ١٩ قال في جواب حجة الجمهور: وأما ما ذكره ثانيا (أي

إحتج الاولون: بعموم الآية، وبصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته ماعدة المتمتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر وعشرا، ثم قال: يازرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى الزوج حرة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح من متعة أو تزويج أو ملك يمين، فالعدة أربعة أشهر وعشرا، وعدة المطلقة ثلاثة أشهر، والامة المطلقة عليها نصف ما على الحرة، وكذلك المتعة عليها ماعلى الامة^(١) ولأنه أحوط فقد دلت هذه الرواية على أحكام:

- (أ) الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام.
 - (ب) تعميم هذا الحكم لأقسام النكاح الثلاثة، الدائم، والمنقطع (المؤجل خ ل) وملك اليمين.
 - (ج) تعميم هذا الحكم للمنكوحات بالعقد حرائر كن أو إماء.
 - (د) عدة المطلقة ثلاثة أشهر، وهو محمول على المسترابة.
 - (هـ) تنصيف الامة عن الحرة في الطلاق.
- إحتج المفيد برواية علي بن أبي عبد الله بن علي بن أبي شعبة الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج امرأة متعة، ثم مات عنها، ما عدتها؟ قال: خمسة وستون يوما^(٢) ولأنها كالامة في الحياة، فكذا في الموت.
- والرواية مرسلة، وحملها الشيخ على كون المراد: إذا كانت الزوجة أمة قوم يتمتع بها الرجل بإذنها، فعدتها عدة الامة شهران وخمسة أيام اذا لم تكن امهات أولاد^(٣)

الاعتداد) فهم يخصون الآية التي تلوها في عدة المتوفى عنها زوجها، لان الامة عندهم زوجة وعدتها شهران وخمسة أيام، فاذا جاز تخصيص ذلك بالدليل خصصنا المستمتع بها بمثله.

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٢٠٣) باب عدة المتمتع بها اذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ الحديث ٤.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (٢٠٣) باب عدة المتمتع بها اذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ قال بعد نقل حديث ٤ فيحتمل أن يكون المراد به اذا كانت الزوجة أمة قوم الخ.

القسم الثالث: في نكاح الاماء والنظر إما في العقد، وإما في الملك

أما العقد فليس للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحا ما لم بأذن المولى، ولو بادر أحدهما ففى وقوفه على الاجازة قولان، ووقوفه على الاجازة أشبه وإن أذن المولى، ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة، ويثبت لمولى الامة المهر، ولو لم يأذن فالولد لهما، ولو أذن أحدهما كان للآخر، وولد]

تنبيه

لا فرق في عدة المتمتعة بين الحرة والامة، فتعتد الامة في غير الموت بقرئين مع الاستقامة، ومع الرية بشهر ونصف، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام، عملا بالعموم، وبصريح رواية زرارة المتقدمة^(١)، وهو مذهب ابن إدريس^(٢) وقواه العلامة في المختلف^(٣). قال طاب ثراه: ولو بادر أحدهما ففى وقوفه على الاجازة قولان، ووقوفه على الاجازة أشبه.

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.

(٢) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٥ قال: فأما عدة الامة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشرا.

(٣) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٢ س ٧ قال: وابن إدريس قال: عدتها (يعنى الامة المستمتع بها) أربعة أشهر وعشرة ايام إلى قوله: ولا يخلو عن قوة.

[المملوك رق لمولاهما، ولو كان لاثنتين فالولد بينهما بالسوية ما لم يشترطه أحدهما وإذا كان أحد الابوين حرا فالولد حر، إلا أن يشترط المولى رقيته على تردد ولو تزوج الحرامه من غير اذن مالکها، فإن وطأها قبل الاجازة عالما فهو زان، والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر، ويسقط الحد لو كان جاهلا دون المهر، ويلحقه الولد، وعليه قيمته يوم سقط حيا].

أقول: مختار المصنف هو قول الشيخ في النهاية^(١) وهو إختيار العلامة^(٢) وقال ابن ادریس: يطل من الرأس للنهي عنه^(٣).

قال طاب ثراه: وإذا كان أحد الابوين حرا فالولد حر، إلا أن يشترط المولى رقيته على تردد. أقول: اذا زوج المولى رقيته بحر، فإما أن يكون الرقيق عبدا أو أمة، فإن كان عبدا كان الاصل في الولد الحرية إجماعا منا، فان شرط المولى الرقية كان الولد رقيقا ايضا، لم نقف فيه على مخالف، والتردد من المصنف قدس الله روحه، ووجهه: أن الولد إذا كان في الاصل حرا، كان الشرط مشتملا على إسترقاق الحر، وهو مخالف للكتاب والسنة، فيكون باطلا. وان كان أمة فالمشهور أنه كذلك من غير فرق، وقال ابن الجنيد: الاصل في

(١) النهاية: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٤٧٦ س ١٦ قال: ومتى عقد على أمة غيره بغير اذن مولاهما إلى قوله: فان رضى المولى الخ.

(٢) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٨ قال: مسألة، قد بينا فيما تقدم أن العبد والامة ممنوعان من عقد النكاح إلا باذن المولى، فان بادر أحدهما من غير اذنه وقف على اجازته، وهو أحد قولي الشيخ إلى قوله: لنا انه عقد صدر من أهله الخ.

(٣) السرائر: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٣٠٥ س ٩ قال: والذي ينبغي تحصيله في ذلك أن يكون العقد باطلا الخ.

وله المملوكة أنه رق إلا أن يشترط الزوج العتق^(١). إحتج الاولون بوجوه:

(أ) أن الاصل عدم التسلط على الغير خرج عنه المعلوم رقه بالاجماع، فبقي الباقي على الاصل.

(ب) أن العتق مبني على التغليب والسراية، فجانبا الحرية أقوى، فيكون أرجح.
(ج) الروايات.

فمنها رواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: اذا تزوج العبد الحرة، فولده احرار واذا تزوج الحر الامة فولده أحرار^(٢).

ورواية اسحاق بن عمار عنه عليه السلام: في مملوك يتزوج بحرة قال: الولد للحرة، وفي حر تزوج مملوكة قال: الولد للاب^(٣).

احتج ابوعلي: بتغليب حق الآدمي على حقه تعالى.
وبرواية أبي بصير قال: لو أن رجلا دبر جاريته ثم زوجها من رجل، كانت جاريته وولدها منه مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج اليهم مملوكتهم، كان ماولد لهم ممالك^(٤).
أجابوا: بأنها مقطوعة ومحمولة على اشتراط الرقية

(١) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٧ س ٢٧ قال: وقال ابن الجنيد: اذا تزوج الامة سيدها ومولاتها فهو بمنزلتها رق الخ.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب ان الولد لاحق بالحر من الابوين ص ٢٠٣ الحديث ٢.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب ان الولد لاحق بالحر من الابوين ص ٢٠٣ الحديث ٤.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب ان الولد لاحق بالحر من الابوين ص ٢٠٣ الحديث ٥.

[وكذا لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك، وفي رواية: يلزمه بالوطء عشر القيمة ان كانت بكرا، ونصف العشر لو كانت ثيبا، ولو أولدها فكهم بالقيمة، ولو عجز سعى في قيمتهم، ولو أبي عن السعي قيل: يفديهم الامام، وفي المستند ضعف، ولو لم يدخل بها فلا مهر].
قال طاب ثراه: وكذا لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك، وفي رواية يلزمه بالوطء عشر القيمة إلى آخره.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات:

(أ) (الأول) يجب عوض البضع هنا إجماعا، لانه وطء ليس بزنا، ولا عن ملك يمين، فكان عليه عوضه. وفي قدره أقوال:

(أ) أنه المسمى، وهو مذهب القاضي^(١) واختاره العلامة^(٢) لانه عقد صحيح قبض فيه فيجب العوض الآخر، وعروض الفسخ لا يوجب فساد من أصله، وبه قال المفيد إن قبضته وكانت هي المدلسة^(٣).

(ب) مهر المثل وهو قول الشيخ في المبسوط^(٤) لانها ملك الغير، والعقد موقوف على رضاه، فاذا لم يرض إرتفع من أصله، فكان كالفاسد من رأس.

(ج) العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة، وهو مختار إبن حمزة^(٥) وأبي

(١) المذهب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٦ س ١٦ قال: ولها المهر بما استحل من فرجها.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٧ س ٣٩ قال: والتحقيق أن نقول: اذا تزوجها على انها حرة فخرجت امة إلى قوله: كان عليه المهر لانه عوض البضع الخ.

(٣) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٣ قال: ولا يأخذ منها شيئا منه بعد الدخول الخ.

(٤) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي توجب الرد في النكاح ص ٢٥٥ س ١٤ قال: وان كان بعد الدخول وجب لها مهر المثل الخ.

(٥) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣ س ١٨ قال: وعليه للسيد ما ذكرناه من عشر القيمة أو نصفه الخ.

على^(١).

ومستنده رواية الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث إلى أن قال: ولمواليها عشر قيمتها إن كانت بكرا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها^(٢).

(الثاني) في توضيح طريق الغرور، وفيه مسائل:

(أ) دلسها أجنبي بالحرية، فالولد حر وعليه قيمته لمولاهها يوم سقوطه حيا، لأنه وقت الحيلولة، وعليه العقر والارش، وإن نقصت بالولادة، ويرجع بذلك على المدلس.

(ب) كان المدلس سيدها، فيصح النكاح، ويحكم عليه بالحرية إن تلفظ بما يقتضي العتق، عملا بظاهر اقراره، وإن لم يكن تلفظ بما يوجب الحرية، لم يعتق، وسقط عنه الجميع.

قال في المبسوط: إلا أقل ما يكون مهرا^(٣) واختاره العلامة^(٤).

(ج) شهد لها بالحرية شاهدان ثم بين الخلاف، فإما برجوعهما، أو ثبوت تزويرهما، فإن كان الاول لم ينقض الحكم بقولهما، وضمنا للمولى قيمة الجارية والولد والمهر، واستمر النكاح وإن كان بالتزوير نقض الحكم، وكان الولد حرا، وعلى الاب قيمته يوم سقوطه حيا، والمهر، ويرجع بذلك على الشاهدين، وليس

(١) المختلف: في نكاح المتعة ص ٧ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيدي: إلى قوله: وعلى الزوج إن كانت بكرا فافتضاها عشر قيمتها أو نصف عشرها.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٣٥) باب الامة تزوج بغير اذن مولاهها ص ٢١٦ قطعة من حديث ٢.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٢٥٦ س ٢١ قال: وهل يرجع بالكل أم لا؟ إلى قوله: يبقى قليلا بقدر ما يكون مهرا الخ.

(٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ٨ س ٣ قال: ثم إن كان المدلس هو السيد رجع عليه بما دفعه اليها الخ.

عليهما قيمة الجارية.

- (د) أن ينكح بسماع الشاهدين، لامع حكم الحاكم، فالحكم فيه كتعويله على ظاهر الحرية.
- (هـ) تزوجها بظاهر الحال على الحرية، فيلحق به الولد وعليه قيمته، وعوض البضع والارش إن حصل النقص بالولادة.
- (و) تزوجها لجهله التحريم مع علم الرقية، فيلحق به النسب، وعليه قيمته، وأرش نقص الجارية وعقرها.

(ز) تزوجها مع علم التحريم والرق، فيكون زانيا، وعليه الحد إن لم يجز السيد العقد، والولد رق، وعليه أرش النقص بالولادة والعقر مع جهل الجارية، لامع علمها، وأطلق ابوحزمة سقوط المهر^(١) وإن أجاز السيد العقد إستقر النكاح والمسمى والولد حر، ولاقيمة ولا أرش.

فرع

لو دفع إليها المهر في موضع يجب للسيد، إستعاد ما وجد منه، ويتبعها بما تلف، وكذا يرجع عليها بما يغرمه من القيمة لو كانت هي الغارة، وقال التقى: الولد حر وعليه قيمته ويرجع بها على من تولى أمرها، فإن كانت هي التي عقدت على نفسها، لم يرجع عليها بشئ^(٢).

(الثالث) في الرجوع بقيمة الاولاد: ولا اشكال في الرجوع على الاب مع

(١) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٤ س ٣ قال: والمهر غير لازم.

(٢) الكافي: الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٥ س ١٨ قال: فإن كانت هي التي دلست نفسها الخ.

يساره، وان أعسر بها قال الشيخ: إستسعى فيها ومع التعذر يفكهم الامام من سهم الرقاب^(١) وتبعه ابن حمزة^(٢) وقال ابن ادريس: الذي يقتضيه اصول المذهب أن الامام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة لان ذلك السهم مخصوص بالعبيد والمكاتبين، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين، بل هم أحرار في الاصل، وإنما أثمناهم في ذمة أبيهم، لان من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى الام، فلما حال الاب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء، وهو وقت الحيلولة^(٣) وقال العلامة: وعلى الاب قيمته يوم سقط حيا، فإن عجز فالوجه الانتظار به اليسار، ولا يجب الاستسعاء، ولا الاخذ من بيت المال وإن كان جائزاً، لكنه غير واجب، لانه من المصالح، وكذلك الحال لو تزوجها على ظاهر الحال بالحرية من غير أن يشهد لها أحد، لانه مال ثبت في ذمته، وهو عاجز عنه، فلينظر، للآية^(٤).

احتج الشيخ بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مملوكة أتت قوما وهي تزعم أنها حرة، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً، ثم إن مولاهم أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكته وأقرت الجارية بذلك؟ قال: تدفع هي إلى مولاهم وولدها، وعلى مولاهم أن تدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه، قلت:

(١) النهاية: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٤٧٧ س ٦ قال: استسعى في قيمتهم فان أبي ذلك كان على الامام الخ.

(٢) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣ س ١٩ قال: فان عجز استسعى فيها، فان لم يسع دفع الامام الخ.

(٣) السرائر: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٣٠٥ س ١٩ قال: والذي يقتضيه اصول المذهب أن الامام لا يعطي الخ.

(٤) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٥ س ٣٦ قال: وعلى الاب دفع قيمته يوم سقط حيا إلى قوله: فلينظر للآية.

فإن لم يكن لآبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده، قلت: فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: فعلى الإمام أن يفديه، ولا يملك ولد حر^(١).
واجب بالطعن في السند، وحمل الأمر بالسعي على الاستحباب، وليس في الرواية تقييد للافتداء بسهم الرقاب، مع إحتماله، فإن المدفوع إلى المولى إنما هو عوض عن رقبة من شأنها أن يقوم ويزال يد المولى عنها، فدخلت تحت الآية.
وإعلم أن هذه الرواية قد دلت على أمور:
(أ) إن ولد الجارية ملك للسيد، بقوله: (تدفع هي وولدها).
(ب) لحوق النسب بالأب، بقوله: (ويسعى في ثمن ابنه).
(ج) وجوب دفعه على السيد، بقوله: (ويدفع الولد إلى أبيه).
(د) وجوب القيمة على الأب.
(هـ) إن إعتبار القيمة يوم يصير إلى الأب.
(و) وجوب السعي على الأب مع فقره.
(ز) جواز حجر السيد على الولد حتى يأخذ الثمن بقوله: (حتى يؤديه ويأخذ ولده).
(ح) إن الأب إذا أبى السعي فكهم الإمام.
(ط) إن الولد حر في الأصل، بقوله: (ولا يملك ولد حر). وفي بعض هذه الأحكام منع.

فروع

(أ) إنما يجب على الأب الفلأ يوم الولادة وسقوطه حيا، فلو سقط ميتا، أو

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٣٥) باب الامة تزوج بغير اذن مولاهها ص ٢١٧.

ماتت الام حاملا لم يجب على الاب قيمته، وكذا لو مات قبل دفعه إلى الاب، ولو سقط بجنابة جان الزم الجاني دية الجنين الحر مائة دينار للاب، فكان على الاب عشر قيمة الام للمولى، لان ذلك هو قيمة الولد قبل انفصاله، ولو لم تصر إلى الاب الدية لم يجب عليه قيمته.

(ب) الاب سبب في إتلاف الولد على السيد بحريته فالقيمة لازمة لدمته، ولو مات قبل دفعها خاص المولى غرماءه في التركة، وكذا لو حجر عليه.

(ج) يجوز أن يدفع إليه من سهم الغارمين لو اعسر بالقيمة.

(د) لو أوصى لهذا الحمل صح، ولو أوصى به لم يصح.

(هـ) لا يجب على الاب الفك قبل الوضع، فلا يتعلق بدمته شيء قبله، ولا يلحقه حكم الغارمين.

ويظهر الفائدة في قصور ما في يده مؤنة السنة بالقيمة لوجوب الخمس، وحل تناول الزكاة من سهم الفقراء وكونه من الغارمين، فلا يثبت شيء من هذه الامور لجواز سقوطه ميتا.

تحقيق

اختلف في القيمة هل هي على سبيل الفداء أو الفك؟ ولكل منهما إعتبار، لانا إن جعلنا الولد حرا في الاصل كانت القيمة فداء، وإن جعلنا رقا ورقيته غير قابلة لاستقرار الرق، لوجوب القيمة على أبيه كانت القيمة فكا، لان الفداء إنما يكون عن يد والفك إنما يكون عن ملك.

والاظهر أنه حر في الاصل والقيمة على سبيل الفداء، فعلى هذا يكون وجوبها على الاب من باب الاتلاف كالتعق بالسراية، ولو مات الاب قبل الاداء ولم يخلف شيئا، جاز أخذها من بيت المال ومن الزكاة من سهم الغارمين، ومع تعذر ذلك

[ولو تزوجت الحرة عبدا مع العلم فلامهر، وولدها رق، ومع الجهل يكون الولد حرا، ولا يلزمها قيمته، ويلزم العبد مهرها إن لم يكن مأذونا، ويتبع به إذا تحرر. ولو تسافح المملوك كان فلا مهر والولد رق لمولى الامة، وكذا لو زنى بها الحر. ولو اشترى الحر نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده ولو أمضى الشريك العقد لم يحل وطؤها، وبالتحليل رواية فيها ضعف].
يبقى في يد السيد، قال ابن حمزة: ولو تعذر الاداء بقي الولد رقا حتى يبلغ ويسعى في فكاه رقبته^(١).

وهل يكون حكمه حكم المكاتب في منعه من التصرفات المشتمة على التعزير بالمال؟
إحتمالان، ألقوى ذلك، لئلا يستضر السيد بطول مدة السعي، ويحتمل قويا عتقه، ولا يجب عليه السعي، لان الاب متلف والقيمة عليه ولا يجب على الانسان قضاء ماعلى أبيه من الدين.
قال طاب ثراه: ولو أمضى الشريك العقد لم يحل، وبالتحليل رواية فيها ضعف.
أقول: يريد لو كان الحر متزوجا بأمة بين شريكين، ثم اشترى نصيب أحدهما، فقد ملك جزأ من زوجته، فيبطل نكاحه، لانه لا يستقر عقد الانسان على ملكه، ويحرم عليه وطؤها، لعدم إختصاصه بملكها، وهل هناك طريق إلى إباحتها سوى شراء النصف الباقي؟ قيل فيه قولان: أحدهما: لا، لان الفرج لا يتبعض، فيباح بعضه بالملك وبعضه بالعقد، وهو

(١) الوسيلة: فصل في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣ س ٢٠ قال: فان فقد هذه بقي الولد رقا الخ.

قول أبي علي^(١) واختاره الصنف^(٢) والعلامة^(٣).

والثاني: نعم، فماذا قيل فيه ثلاثة أقوال:

- (أ) أن يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقدا مستأنفا قاله الشيخ^(٤) وتبعه القاضي^(٥)
قال في النهاية: وإذا تزوج الرجل جارية بين شريكين، ثم اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه، إلا
أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقدا مستأنفا.
(ب) أن يرضى مالك نصفها بان يبيحه وطء ما يملكه فيها، فيطأها بالملكية وبالاباحة دون
العقد قاله ابن ادريس^(٦) لأن الفرج لا يتبعض، فيكون بعضه بالعقد وبعضه بالملك، بل لا يجتمع
الملك والعقد معاني نكاح واحد، ويرد عليه مامنع منه.
(ج) يحل بعقد المتعة إن وقع بينهما مهابة، وعقد عليها في نوبة سيدها بإذنه قاله ابن حمزة^(٧).

(١) و(٣) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٧ س ٢٤ قال: وقال ابن الجنيد: ولو ملك الزوج بعض السهام بطل النكاح
الخ. وقال قبيل ذلك بعد نقل قول الشيخ: وبالجمله هذه المسألة لا يخلو عن تعسف ما(٢) لاحظ ما اختاره في النافع.
(٤) النهاية: باب العقد على الاماء والعبيد، ص ٤٨٠ س ٧ قال: وإذا تزوج الرجل جارية بين شريكين الخ.
(٥) المهذب: ج ٢، باب نكاح الاماء والعبيد ص ٢١٩ س ١٣ قال: وإذا تزوج رجل امة بين شريكين الخ.
(٦) السرائر: باب العقد على الاماء والعبيد، ص ٣٠٦ س ٣٤ قال: والاولى أن يقال: أو يرضى مالك نصفها الخ.
(٧) الوسيلة، في بيان عقد العبيد والاماء، ص ٣٠٤ س ١٧ قال: وان ابتاع بعضها انفسخ النكاح إلى قوه: الا أن
تكون خدمتها مهابة بينهما فيجوز له العقد متعة عليها الخ.

وأما كلام الشيخ: فتتزيله على أن العقد الاول مابطل بمجرد الشراء كما لو زوج عبده من أمته ثم باع أحدهما، فانه يكون الخيار ثابتا لكل من المتابعين، ولا يبطل العقد في الحال، بل يبقى موقوفا، والاجازة كالعقد المبتدأ، وهي محرمة عليه لولا هذا الرضا، فيكون هو الموجب للحل، فلم يلزم تبعض السبب.

والرواية التي أشار اليها، هي ما رواه مُحَمَّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن جارية بين رجلين دبرها جميعا، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه؟ فقال: هي حلال له ^(١) وفي طريقها ضعف ^(٢). وأورد المصنف قدس الله روحه على عبارة الشيخ.

قوله: (أو يرضى بالعقد فيكون ذلك عقدا مستأنفا) لا يجوز أن يكون المراد بالعقد عقد النكاح الذي كان قبل الابتياح، لانه بطل بالشراء، فلا يصير صحيحا بالاجازة، ولا يجوز أن يكون المراد به عقد البيع، لانه غير متوقف على رضاه.

قال في النكت: بل ينبغي أن تحمل كلامه على ايقاع البيع على النصف الباقي، فكانه يقول: إلا أن يشتري النصف الآخر من البائع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فيكون الاجازة له كالعقد المستأنف، ويكون الالف سهوا من بالناسخ، أو يكون (أو) بمعنى الواو ^(٣). وقال فخر المحققين (وتنزيل كلام الشيخ على ارادة عقد النكاح أوجه وقد

(١) الكافي: ج ٥ باب نكاح المرأة التي بعضها حر وبعضها رق ص ٤٨٢ قطعة من حديث ٣ وفيه: هو له حلال.

(٢) مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٢٨٢ قال: الحديث الثالث صحيح على الظاهر انتهى ولعل الضعف من جهة أن الراوي هل هو مُحَمَّد بن مسلم أو مُحَمَّد بن قيس كما في التهذيب.

(٣) جوامع الفقيه: نكت النهاية ص ٤١٢ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: الجواب: لا يصح أن يريد الرضا بعقد النكاح الخ.

[وكذا لو كان بعضها حراً، ولو هياها مولاها على الزمان، ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردد، أشبه المنع. ويستحب لمن زوج عبده أمتة أن يعطيها شيئاً، ولو مات المولى كان للورثة الخيار في الاجازة والفسخ، ولأخيار للامنة].

صرح به العلامة في القواعد قال: وإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع، ففي الجواز خلاف^(١) وفيه تعسف^(٢).

قال طاب ثراه: ولو هياها مولاها على الزمان، ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردد أشبه المنع.

أقول: الجواز قول الشيخ في النهاية^(٣) لأنها في أيامها كالحرة تملك فيها كسبها ومنافعها، ومنعه المصنف^(٤) والعلامة^(٥) لأن المهابة يتناول الخدمة، لامنفعة البضع، وكذا لا يجوز أن يتمتع بها الاجنبي، وإن جاز له استخدامها، لأن في هذا التصرف تطرق ضرر إلى المالك، لجواز الحمل، فيعجز بسببه في نوبة السيد عما كانت تقدر عليه، ولجواز موتها في الطلق، نعم لو اذن السيد جاز متعة ودواما.

(١) ليس ما بين القوسين في النسخ المصححة المتعمدة، وهما نسختا (الف وب) بل في نسخة (ج) فقط، وهي نسخة مغلوطة جداً، مضافاً إلى عدم وجود هذه العبارة بهذه اللفاظ في الايضاح.

(٢) الايضاح: ج ٣ في نكاح الاماء ص ١٤٩ س ٨ قال بعد نقل قول المحقق: وفيه تعسف وبعد الخ.

(٣) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٤ س ٢٠ قال: فإن أراد العقد عليها في يومها عقد عليها عقد المتعة.

(٤) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٥) لم اعثر عليه الا ما في المختلف في نكاح الاماء ص ١٧ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: اذا تزوج الرجل جارية بين شريكين إلى أن قال: وبالجمله هذه المسألة لا يخلو من تعسف ثم نقل قول ابن حمزة في أن يكون خدمتها مهابة الخ ولم يأت فيه بنقض ولا ابرام، وفي التحرير: في أنكحة المماليك ص ٢٣ س ٨ قال: ولو هياها قيل: جاز له عقد المتعة عليها في زمانها المختص بها.

[ثم الطواري ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق. أما العتق فإذا اعتقت الأمة تخيرت في فسخ نكاحها، وإن كان الزوج حراً على الأظهر ولاخيرة للعبد لو اعتق، ولا لزوجه ولو كانت حرة، وكذا تتخير الأمة لو كانا لمالك فاعتقا أو اعتقت].

قال طاب ثراه: فإذا اعتقت الأمة تخيرت في فسخ نكاحها، وإن كان الزوج حراً على الأظهر. أقول: إذا اعتقت الأمة تخيرت في نكاحها، لأنه عقد اختياري وقع عليها من غير اختيارها، وليس لها وسيلة إلى رفعه، لاختصاص الطلاق بالزوج، فشرع لها الشارع الخيار دفعا للفضاضة والحرَج، ولا فرق بين أن يكون زوجها عبداً أو حراً، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(١) وبه قال المفيد^(٢) والقاضي^(٣) وابن ادريس^(٤) وأبو علي^(٥) والمصنف في النافع^(٦) وهو مذهب العلامة^(٧) وقال في كتابي الفروع: إذا اعتقت الأمة وكانت تحت حر، فالظاهر من روايات أصحابنا أن لها الخيار،

(١) النهاية: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٤٧٦ س ١٢ قال: فان اعتقها مولاها كانت خيرة بين الرضا والفسخ الخ.

(٢) المقنعة: باب العقود على الاماء ص ٧٧ س ٣٥ قال: وان اعتقها السيد كانت هي بالخيار الخ.

(٣) المهذب: باب نكاح الاماء والعبيد ص ٢١٨ س ١٣ قال: وان اعتقهما جميعا كانت الزوجة مخيرة بين الرضا الخ.

(٤) السرائر: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٣٠٥ س ٥ قال: وكذلك ان اعتقها مولاها كانت مخيرة الخ.

(٥) المختلف: في نكاح المماليك ص ١٤ قال: مسألة، قال الشيخ في النهاية فان اعتقها مولاها إلى قوله: وقول ابن الجنيد أيضاً.

(٦) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٧) المختلف: في نكاح المماليك ص ١٤ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ: والمعتمد ما قاله في النهاية.

وروي في بعض أخبارنا أن ليس لها الخيار، واستدل على كل من الوجهين بواقعة بريرة من طريق العامة، ففي رواية ابراهيم عن الاسود عن عائشة قالت: خير رسول الله ﷺ بريرة وكان زوجها حراً^(١) وهذا نص، وقد روى مثل ذلك أصحابنا^(٢).

والرواية الاخرى رواها أصحابنا أن زوج بريرة كان عبداً^(٣).

قال: والذي يقوى في نفسي: انه لا خيار لها، لان العقد قد ثبت، ووجوب الخيار يحتاج إلى دليل.

روى ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود يقال له مغيث، كأني أنظر اليه يطوف خلفها يكي ودموعه يجري على لحيته، فقال رسول الله ﷺ للعباس: يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً؟ فقال لها النبي ﷺ: لو راجعته فإنه أبولذك، فقالت: يا رسول الله أتامرني؟ فقال: لا، إنما أشفع، فقالت: لا حاجة لي فيه^{(٤) (٥) (٦)}.

(١) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٧ كتاب الطلاق: باب خيار الامة اذا اعتقت، الحديث ٢٠٧٤.

(٢) الكافي: ج ٥، باب الامة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعاً ص ٤٨٥ الحديث ١ ٢ ٣ ٤ ٥ ٦.

(٣) الكافي: ج ٥ باب الامة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعاً ص ٤٨٧ الحديث ٥ ٦ وفي التهذيب: ج

٧ (٣٠) باب العقود على الاماء ص ٣٤١ الحديث ٢٦ و ٢٨.

(٤) سنن ابن ماجه: ج ١ (٢٩) باب خيار الامة اذا أعتقت ص ٦٧١ الحديث ٢٠٧٥.

(٥) المبسوط: ج ٢ كتاب النكاح ص ٢٥٧ س ١٩ قال: فان أعتقها المشتري إلى قوله: فلها الخيار بلا خلاف الخ.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٣٤ قال: اذا اعتقت الامة تحت حر الخ. وفيه: ووجود الخيار بدل ووجوب الخيار كما في النسخ الخطية الثلاثة.

واختار المصنف في الشرائع خيرة الكتابين^(١).

إحتج الاولون بوجوه:

(أ) أن المقتضي لثبوت الخيار مع العبد موجود في الحر، وهو ملك نفسها، فخرجت بذلك عن قهرها في النكاح، فلو لم يشرع لها الفسخ لزم الاضرار بها.

(ب) أن الحرية في الابتداء المقضى تخير المرأة في الازدواج، فكذا في الاثناء.

(ج) أن يثبت الخيار للمشتري، يثبت للمعتقة، والمقدم ثابت بالاجماع والروايات، وتحقيقا للملك المقتضي للتصرف بسائر وجوهه.

(د) الروايات عامة وخاصة.

فمن الخاصة رواية مُجَّد بن آدم عن الرضا عليه السلام أنه قال: إذا اعتقت الامة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حر أو عبد^(٢).

وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام: إذا أعتقت الامة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حر أو عبد^(٣).

إحتج الشيخ على مقالة المبسوط، بإصالة صحة النكاح، وبصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام أنه كان لبريرة زوج عبد، فلما اعتقت قال لها النبي صلى الله عليه وآله: إختاري^(٤).

(١) الشرائع: في نكاح الاماء، في الطواري قال: أما العتق فان اعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها، سواء كانت تحت حر أو عبد.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣١.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤١ الحديث ٢٦.

[ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها، ويشترط تقديم لفظ التزويج في العقد، وقيل: يشترط تقديم العتق].

واجب عن الأول: بأن ثبوت الخيار لاتنافي صحة النكاح.
وعن الثاني: بضعف دلالة المفهوم، وكيف إذا عورض بالمنطوق.
قال طاب ثراه: ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها، ويشترط تقديم لفظ التزويج في العقد، وقيل: يشترط تقديم العتق.

أقول: الأصل في هذه المسألة أنه لما اسرت صفية بنت حبي بن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام إصطفاه النبي صلى الله عليه وآله لنفسه في الغنيمة في فتح خيبر، ثم أعتقها وتزوجها^(١) وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة، فأجمع أصحابنا على أنه من السنن المشروعة العامة، وقال كثير من العامة: أنه من خصائصه عليه السلام.

وهل يشترط تقديم لفظ التزويج على العتق، أو الأمر بالعكس، أو لامشاحة في تقديم أحدهما على الآخر، لأن الكلام المتصل كالجمل الواحد لا تتم أوله إلا بآخره؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال:
(أ) اشتراط تقديم التزويج قاله الشيخ في النهاية^(٢) وتبعه القاضي^(٣) وابن

(١) البحار: ج ٢١ باب غزوة خيبر وفدك ص ٢٢ س ١٦ قال: ثم اصطفاه لنفسه ثم أعتقها وتزوجها، وفي كتاب الامالى للطوسي: ج ٢، الجزء الرابع عشر ولفظ (عن صفية قالت: اعتقني رسول الله صلى الله عليه وآله وجعل عتقي صداقي).
(٢) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٧ س ١٥ قال: إلا انه متى أراده ينبغي أن يقدم لفظ العقد الخ.
(٣) المهذب: ج ٢ باب السراري وملك الايمان ص ٢٤٧ س ١١ قال: وينبغي اذا أراد فعل ذلك أن يقدم لفظ التزويج الخ.

ادريس^(١) والمصنف^(٢) ولو قدم العتق كان لها الخيار في الرضا بالعقد والامتناع من قبوله. والحجة رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لامته: أعتقتك وجعلت مهر ك عتقك؟ فقال: عتقت، وهي بالخيار إن شاءت تزوجته، وإن شاءت فلا، وإن تزوجته فليعطها شيئا، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهر ك عتقك، فإن النكاح واقع، ولا يعطها شيئا^(٣).

وليست ناهضة بالدلالة على المطلوب، لأنه لم يذكر في العقد التزويج، ولا يكفي ذكر المهر بدون لفظ النكاح، ولأنه بدل على إعطائها شيئا آخر على تقدير الرضا، ولم يقولوا به. (ب) إشتراط تقديم العتق قاله المفيد^(٤) والتقي^(٥) والشيخ في الخلاف^(٦) لأن بضع الامة مباح لمالكها، فلا يصح العقد عليه، قال العلامة: والوجه عندي تقديم العتق ولا يجعل لها الخيار هنا لأن الكلام إنما يتم بآخره، فهو كما لو قال: أعتقتك وعليك خدمة سنة لزمها الخدمة، فكذا هنا يلزمها التزويج، ويكون عقد النكاح قد

(١) السرائر: باب السراري وملك الايمان ص ٣١٥ س ٣٧ قال: إلا أنه متى أراده ينبغي أن يقدم لفظ العقد الخ.

(٢) لاحظ اختياره في النافع.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٥.

(٤) المقنعة: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٨٥ س ٢١ قال: ومن أعتق أمته وجعل عتقها مهرها وتزوجها على ذلك جاز عتقه وثبت نكاحه الخ.

(٥) الكافي: العتق، فصل فيما يقتضى فسخ الرق ص ٣١٧ س ١٢ قال: ويجوز عتق الامة مطلقا، ويصح ان يجعل عتقها صداقها.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٢٢ قال: اذا قال لامته: أعتقتك على أن أتزوج بك وعتقتك صداقك الخ.

صادق امرأة وجد فيها سبب التحرير، فكانه صادق حرة قابلة له، ولا يعتبر قبولها العقد هنا، لأنها إنما تحرر بتمام العقد^(١).

(ج) عدم اشتراط تقديم أحدهما عيناً، ولانسلم ثبوت الخيار لها مع تقديم العتق، لان الكلام المتصل كالجمله الواحدة، فلم تملك عتقها إلا يجعلها مهراً لنكاحها، ولانسلم لزوم العقد على المملوكة على تقدير تقديم التزويج لأنها حرة قوة، لعد إستقرار الرق فيها، ووجود سبب التحرير، حكاه المصنف ولم يذكر قائله^(٢). واعلم أن هذه المسألة قد خالف الاصل من وجوه:

(أ) جواز عقد الانسان على أمته.

(ب) أن المهر يجب تحققه قبل العقد، ومع تقديم العتق لا يكون متحققاً قبله، مع انه مذهب الأكثر.

(ج) لزوم الدور، لتوقف العقد على المهر الذي هو العتق المتوقف حصوله على العقد. والجواب: أن تحقق المشروعية هنا بالنقل المستفيض، ووجوب إتباع إجماع الفرقة الذي هو حجة قاطعة، لدخول قول المعصوم فيه، ولا إستبعاد في صيرورتها أصلاً مستقلاً، كما صار ضرب الدية على العاقلة كذلك، مع أن لقائل أن يمنع حصول العقد هنا على المملوكة، لان العقد والعتق متقارنان، وكما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم ملكه لها، فكذا لنفسه، لعدم إستقرار ملكه بتمام العقد، وأول العقد مرتبط بآخره، فقد وجد فيها سبب التحرير، ويمنع وجوب تحقق المهر في كل عقد، فان مفوضة البضع ليس لها مهر محقق قبل العقد.

(١) المختلف: في نكاح الاماء، ص ٢٢ س ٢١ قال: والوجه عندي تقديم العتق الخ.

(٢) الشرائع: في نكاح الاماء، في الطواري قال: وقيل: لا يشترط لان الكلام المتصل كالجمله الواحدة، وهو حسن.

فان قلت: إن مفوضة البضع يجب لها المهر بالعقد في الجملة، لانه إن حصل دخول وجب لها مهر المثل، والا كان لها المتعة، فوجود شيء ماله صلاحية إلا صداق حاصل في المفوضة عند العقد. قلنا: وفي صورة النزاع وجود شيء ماله صلاحية إلا صداق، حاصل، وهو العتق المذكور في تمام العقد الذي ترتبط ما وجد من الفاظه بما بقي منها، بل هما متقارنان في الوجود. والدور غير لازم، لانا نمنع توقف العقد على المهر، وإن استلزمه، فإن العقد في نفسه جائز، وكما يجوز جعلها مهرا لغيرها، جاز لنفسها، لعدم المانع، ولم لا يجوز جعل عتقها، أو فك ملكها مهرا لها.

فرع

لو طلق هذه قبل الدخول بها؟ قال في النهاية: رجع نصفها رقا واستسعت فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم^(١) والاقرب رجوعه عليها بنصف القيمة وهي حرة، لان ذلك يجري مجرى التالف عن المهر المعين واختاره القاضي^(٢) وابن ادریس^(٣) وقواه العلامة في التحرير^(٤).

-
- (١) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٧ س ٢٠ قال: رجع نصفها رقا واستسعت الخ.
- (٢) المذهب: ج ٢ باب السراري وملك الايمان ص ٢٤٨ س ١ قال: فان طلقها قبل الدخول بها كان له عليها مثل نصف قيمتها.
- (٣) السرائر: باب السراري وملك الايمان ص ٣١٦ س ٣ قال: فان طلق التي جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها الخ.
- (٤) التحرير: في أنكحة المماليك ص ٢٣ س ١٤ قال بعد نقل قول القاضي وابن ادریس: وهو عندي قوي.

ولرواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قلت له: رجل أعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم طلقها، قال: مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها يسعى فيه، ولا عدة عليها^(١).

فعلى قول الشيخ يجوز أن يشتري من سهم الرقاب مع العجز، وعلى قولنا يستقر ثمن النصف في ذمتها كالدين.

احتج برواية أبي بصير^(٢) وهي مرسلة.

وبرواية يونس بن يعقوب^(٣) وكان فطحيا، وقيل: رجع، قال المصنف: ولم يثبت^(٤).

وبرواية عباد بن كثير البصري قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل أعتق ام ولده وجعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال: يعرض عليها أن تسعى في نصف قيمتها، فإن أبت هي فنصفها رق ونصفها حر^(٥) وهو عامى وإلى ما اخترناه ذهب الصدوق في المقنع^(٦) وأبو علي^(٧) وابن ادریس^(٨) وما اختاره في

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٨٢ الحديث ١٤٦.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٧.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٦.

(٤) من أراد أن يطلع على مذهبه ورجوعه واختلاف ارباب الرجال فيه فليرجع إلى تنقيح المقال للعلامة المامقاني ج ٣ ص ٣٤٤ تحت رقم ١٣٣٦٥.

(٥) الاستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١١ الحديث ٨.

(٦) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٣ س ٥ قال: وإذا اعتقها وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها الخ.

(٧) المختلف: في نكاح الاماء ص ٢٢ س ٣١ قال بعد نقل قول الصدوق في المقنع: وبه قال ابن الجنيد وهو المعتمد.

(٨) السرائر: في السراري وملك الايمان ص ٣١٦ س ٥ قال: والذي يقتضيه اصول المذهب إلى قوله: فقد ملكت نفسها وصارت حرة الخ.

[وام الولد رق وإن كان ولدها باقيا، ولو مات جاز بيعها، وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلف، ولا يلزم الولد السعي على الاشبه، وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبته إن لم يكن غيرها. ولو اشترى الامة نسية فاعتقها، وتزوجها، وجعل عتقها مهرها، فحملت ثم مات ولم يترك مايقوم بثمنها فالاشبه ان العتق لا يبطل، ولا يرق الولد، وقيل: تباع في ثمنها، ويكون حملها كهيئتها، لرواية هشام بن سالم].

النهاية يتمش على القول بأن المرأة لا يملك بالعقد سوى النصف من الصداق.

قال طاب ثراه: ولو عجز النصيب سعت في المختلف، ولا يلزم الولد السعي على الاشبه. أقول: مختار المصنف هون مختار المفيد^(١) وابن ادريس^(٢) والعلامة^(٣) ولزوم السعي للولد هو مختار الشيخ في المبسوط^(٤) وابن حمزة^(٥) وسيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى. قال طاب ثراه: فالاشبه أن العتق لا يبطل، ولا يرق الولد، وقيل: تباع في ثمن رقبته ويكون ولدها كهيئتها لرواية هشام بن سالم.

(١) لم نعثر عليه.

(٢) السرائر: في السراي ومملك الايمان ص ٣١٦ س ٧ قال: وقد روي انه ان كان لها ولد له مال إلى أن قال: والاصل براءة الذمة الخ.

(٣) المختلف: في نكاح الاماء ص ٢٣ س ١ قال: الخامس الزام الولد باداء ثمنها ليس بجيد، لاصالة البراءة.

(٤ و ٥)

أقول: إذا اشترى الانسان أمة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها، ثم استولدها ومات مفلسا، فهنا أصلان قطعان لاشك فيهما: الاول: أن العتق صحيح، لوقوعه من أهله في محله. أما الاول، فلصدوره من مالك جائز التصرف. وأما الثاني، فلمصادفته رقبة قابلة للعتق. لأصل الثاني: أن هذا الولد حر، لتولده بين حرين. فاذا تحقق هذان الاصلان فما نافهما وجب حمله على ضرب من التأويل، إن أمكن، وإلا اطرح، لكونه غير قطعي عارض قطعيا. إذا عرفت هذا: فاعلم أن المعارض لهذين الاصلين صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل جارية بكرا إلى سنة، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وجعل عتقها مهرها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان للذي اشتراها إلى سنة مال، أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه جائزا، وإن لم يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه باطلا، لانه أعتق مالا يملك، وأرى أنها رق لمولاه الاول، قيل له: فان كانت قد عقلت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع امه كهيئتنا. ومبضمونها فتى الشيخ في النهاية^(٢) وابوعلي^(٣).

-
- (١) الكافي: ج ٦، كتاب العتق والتدبير والكتابة، باب نوادر، ص ١٩٣ الحديث ١ وفي التهذيب: ج ٨ باب العتق واحكامه ص ٢٣١ الحديث ٧١ وفي الفاظ الحديث مع مانقله المصنف اختلاف يسير فلاحظ.
- (٢) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٨ س ٣ قال: فان جعل عتقها صداقها إلى قوله: في كونه رقا.
- (٣) المختلف: في نكاح الاماء ص ٢٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: وان مات وثن الامة التي تزوجها دين ليه الخ.

قال المصنف قدس الله روحه: إن سلم هذا النقل جاز إستثناء هذا الحكم من جميع الاصول المنافية، لعلة غير معقولة، لكن عندي أن هذا خبر واحد لم يعضده دليل فالرجوع إلى الاصل أولى^(١).

وتأولها العلامة: بالحمل على وقوع ذلك في مرض الموت، فان ذلك يقتضي بطلان العتق المستغرق مع وجود الدين^(٢).

قيل عليه: إنما يتم هذا التأويل في عودها إلى الرق، أما رق الولد فلا، لان غايته بطلان العتق، فيكون مملوكته، وولده منها حر لا ينقلب رقا. وبعض حملها على فساد البيع مع علم المشتري، فيكون زانيا، فيرق ولده. ولا يتم ايضا، لتضمن الرواية صحة النكاح والعتق لو ترك مايقوم بثمنها، ولا يمكن ذلك مع فساد البيع.

قال فخر المحققين: ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد، اذ ليس فيها إلا قوله (كهيتها) وهو أعم من أن يكون كهيتها في حال الحكم بحريتها في الظاهر قبل ظهور عجزه عن الثمن، فيكون حرا، أو بعده فيكون رقا، ولا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات^(٣).

قال الشهيد: هذا كلام على النص، فان المفهوم من قوله (كهيتها) ليس الا أن حكمه حكمها في حال السؤال، وقد حكم قبل ذلك انها رق، فيكون دالا على رقية

(١) المسالك: ج ١ في نكاح الاماء ص ٥١٦ س ٥ قال: قال المصنف في النكت: ان سلم هذا النقل الخ.

(٢) المختلف: في نكاح الاماء ص ٢٣ س ١٣ قال بعد نقل استناد الشيخ برواية هشام: والجواب ان هذه الرواية لما نافيت الاصول وجب تأويلها بالمحتمل، وهو أن يكون المشتري مريضا الخ.

(٣) الايضاح: ج ٣ في نكاح الاماء ص ١٦٠ س ١٠ قال: والرواية لا تدل على رقه الخ.

[وأما البيع: فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الإجازة والفسخ، تخيراً على الفور، وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة، وكذا قيل لو كان تحتة حرة، لرواية فيها ضعف ولو كانا لملك فباعهما لاثنتين فلكل منهما الخيار، وكذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما، ويملك المولى المهر بالعقد، فإن دخل الزوج إستقر، ولا يسقط لو باع، أما لو باع قبل الدخول سقط، فإن أجاز المشتري كان المهر له، لأن الإجازة كالعقد.

وأما الطلاق: فإذا كانت زوجة العبد حرة، أو أمة لغير مولاه، فالطلاق بيده، وليس لمولاه إجباره، ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق إلى المولى، ولا يشترط لفظ الطلاق].
الولد بالمطابقة، إذا اللفظ موضوع لهذا المعنى، ولو صح هذا التأويل أمكن الكلام على نصوص الشارع، وفي التزام هذا ما لا يخفى^(١).

والأولى إن عملنا بهذه الرواية قيدنا بصورة النص، نعم لا يشترط كون الاجل سنة على الظاهر، لبعده، إذ المناط حصول الاجل، والتقيد بخصوصية الزمان لا يفيد تعلق الحكم به، بل بمطلق التأجيل مع احتمال، قلت: ويكون المشتري ليس له حالة الشراء مال، أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين.

قال طاب ثراه: وكذا (أي وكذا يثبت الخيار) لو بيع العبد وتحتة أمة، وكذا لو كان تحتة حرة لرواية فيها ضعف.

أقول: المشهور أن مشتري العبد بالخيار في إجازة عقده وفسخه، حرة كانت

(١) قال الشهيد في المسالك: ج ١ في نكاح الاماء ص ٥١٦ س ١٣ بعد نقل قول فخر المحققين مالفظة: ورده الشهيد في شرح الارشاد، بأن هذا كلام على النص الخ.

زوجته أو أمة، والثاني إجماعي، والاول مذهب الشيخ في النهاية^(١)، وتبعه القاضي في كتابيه^(٢) وابن حمزة^(٣) والعلامة^(٤) وقال ابن ادريس: ليس له الخيار^(٥) واختاره المصنف^(٦) إحتج الاولون بوجوه:

(أ) ان تجدد ملك المشتري إما أن يكون مقتضيا لثبوت الخيار أولا، فان كان الاول ثبت لمشتري العبد مطلقا عملا بالمقتضى، وإن كان الثاني لم يثبت في زوج الامة عملا بالاصل السالم عن معارضة الاقتضاء، لكنه ثابت بالاجماع.

(ب) ان الملك يقتضي ولاية التسلط على المملوك بسائر أنواع التصرفات، وبقاء النكاح يرفع هذه الولاية الثابتة شرعا، فيفتقر إلى دلالة شرعية، وليس.

(ج) رواية محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: اذا تزوج المملوك فللمولى أن يفرق بينهما^(٧). وليس بغير البيع إجماعا، لكون الطلاق بيد العبد، والتفريق هنا معناه زوال

-
- (١) النهاية: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٤٧٧ س ١٨ قال: الا أن يبيعه مولاه فان باعه كان الذي يشتريه بالخيار.
- (٢) المهذب: ج ٢، باب نكاح الاماء والعبيد ص ٢١٩ س ١ قال: فان باعه كان ذلك فراغا بينهما الا أن يختار المشتري الخ. ولا يحضرنى كتاب الكامل للقاضي ولكن في المختلف: في نكاح الاماء ص ١٦ س ٧ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج في كتابيه معا.
- (٣) الوسيلة: فصل في بيان عقد العبيد والاماء، ص ٣٠٦ س ١٣ قال: فان باع العبد من غيرها كان المبتاع بالخيار بين فسخ العقد والامضاء.
- (٤) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٦ س ٩ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.
- (٥) السرائر: باب العقد على الاماء والعبيد، ص ٣٠٥ س ٢٩ قال بعد نقل قول الشيخ وتزييفه: والذي يقتضيه الادلة أن العقد ثابت الخ.
- (٦) لاحظ ما اختاره في النافع.
- (٧) الاستبصار: ج ٣ (١٢٨) باب ان المملوك اذا كان متزوجا بجرة كان الطلاق بيده ص ٢٠٦ الحديث ٥.

[النظر الثاني في الملك: وهو نوعان: النوع الاول ملك الرقبة، ولا حصر في النكاح به. واذا زوج أمته حرمت عليه وطئا ولمسا ونظرا بشهوة ما دامت في العقد، وليس للمولى انتزاعها، ولو باعها تخير المشتري دونه. ولا يحل لاحد الشريكين وطء المشتركة، ويجوز ابتياع ذوات الازواج من أهل الحرب وأبنائهم وبناتهم. ولو ملك الامة فأعتقها حل له وطؤها بالعقد وإن لم يستبرئها، ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحرّة. ويملك الاب موطوءة إبنه، وإن حرم عليه وطؤها، وكذا الابن.

النوع الثاني، ملك المنفعة: وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، ولم يتعدهما الشيخ، واتسع آخرون بلفظ الاباحة، ومنع الجميع لفظ العارية].
الزوم، وتعرض العقد لقبول الفسخ المقتضي للتفريق تسمية للشئ بما يصير اليه.
إحتج ابن ادريس بانه عقد لازم، والاصل بقاؤه، فلا يتسلط على فسخه إلا بدليل، ولتعلق حق الحرّة به تعلقا شرعيا، ولا دليل على زواله، ونسب الرواية الواردة بثبوتها إلى الشذوذ والضعف، ووجهه من موسى بن بكير، فانه في طريقها، وهو واقفي^(١).

قال طاب ثراه: النوع الثاني ملك المنفعة: وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، ولم يتعدهما الشيخ، واتسع آخرون بلفظ الاباحة، ومنع الجميع لفظ العارية.

(١) سند الحديث كما في الاستبصار هكذا (الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن موسى بكر عن محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام).

أقول: هنا مسائل: الأولى: يباح وطء الاماء عندنا بالتحليل، لانه نوع ملك، وقال تعالى (أو ما ملكت أيمانكم)^(١). وللنقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام.
 روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل يحل لاخته فرج جاريته؟ قال: هي له حلال ما حل منها، قلت: أفيحل له ثمنها؟ قال: لا، إنما يحل لها منها ما أحلت له^(٢).
 وفي معناها صحيح إسماعيل بن زريع عن أبي الحسن عليه السلام^(٣).
 وللإجماع من الفرقة المحقة إلا من منقرض لا نعرف عينه.
 قال ابن ادريس: إنه جائز عند أكثر أصحابنا المصلين، وبه تواترت الاخبار، وهو الاظهر بين الطائفة، وعليه العمل والفتوى، ومنهم من منع^(٤).
 ولأنها منفعة خالية من إمارات المفسدة، فيكون مشروعة.
 احتج المانع برواية الحسين بن علي بن يقطين في الصحيح قال: سألته عن الرجل يحل فرج جاريته؟ قال: لا احب ذلك^(٥).

(١) النساء / ٣.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحل للرجل جاريته لاخته المؤمن ص ١٣٥ الحديث ١ والجزء الاخير من قوله: (قلت إلى اخره) ليس في رواية محمد بن مسلم، بل هو في رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام، لاحظ الحديث ٥ من ذلك الباب.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحل للرجل جاريته لاخته المؤمن ص ١٣٦ الحديث ٧.

(٤) السرائر: باب السراي وملك الايمان ص ٣١٣ س ٦ قال: فهو جائز عند أكثر أصحابنا المصلين الخ.

(٥) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحل للرجل جاريته لاخته المؤمن ص ١٣٧ الحديث ٨.

وفي معناها رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في المرأة تقول لزوجها: جاري لي حلال؟ قال: لا يحل^(١).

والجواب عن الاولى: بحملها عن الاستحباب، اذ ليست صريحة في التحريم.

وعن الثانية: بضعف السند، وبعدم إشتغالها على صيغة التحليل.

الثانية: في الصغية التي يباح بها الفرج في هذا الباب.

قال الشيخ في التهذيب: ينبغي أن يراعى لفظ التحليل، وهو أن يقول المالك للامة لمن يحللها له: قد جعلتك في حل من وطئها، أو أحللت لك وطئها^(٢) وبه قال: ابن زهرة^(٣) وأجاز ابن ادريس لفظ الاباحة^(٤) وهو ظاهر السيد^(٥) واختاره العلامة^(٦) لمشاركته التحليل في المعنى فسيبية أحدهما يقتضي سببية الآخر.

الثالثة: هل يشترط في هذا العقد ذكر المدة؟ قال ابن ادريس: لا يشترط^(٧)

(١) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز ان يحل الرجل جاريته لاختيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١٠ وتام الحديث (الا أن تبعه أو تهب له).

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٣) باب ضروب النكاح ص ٢٤٤ قال بعد نقل حديث ١٤ مالفظه (وينبغي أن يراعى في هذا الضرب من النكاح لفظة التحليل، ولا يسوغ فيه لفظة العارية).

(٣) جوامع الفقهية الغنية: ص ٦١٢ س ٢٢ قال: ولابد من اعتبار لفظ التحليل، بأن يقول: حللتك من وطئها الخ.

(٤) السرائر: باب السراري وملك الايمان ص ٣١٣ س ٤ قال: والثاني بتحليل مالکهن أو إباحة الرجل من وطئن الخ.

(٥) الانتصار: في استباحة الفروج ص ١١٨ س ١ قال: مسألة ومما شنع به على الامامية تجويز اعارة الفروج الخ.

(٦) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٩ س ٢ قال بعد نقل قول المشهور: والحق الاول.

(٧) السرائر: باب السراري وملك الايمان ص ٣١٣ س ٨ قال: ويجرى ذلك مجرى إسكان الدار واباحة منافع الحيوان

الخ ومعلوم ان المدة فيهما ليست بشرط، ثم قال: الا ان شيخنا ابا جعفر في مبسوطه جعل من شروطه أن تكون المدة معلومة الخ.

[وهل هو اباحة، أو عقد؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة].

واختاره العلامة^(١) لانه نوع تمليك وتحليل فأشبهه العارية، مع أن الاصل الاباحة، وقال في المبسوط: وأما تحليل الانسان جاريته لغيره في غير عقد فهو جائز عند أكثر أصحابنا، ومنهم من منع وهو الاظهر في الروايات، ومن أجازته اختلفوا: فمنهم من قال: هو عقد والتحليل عبارة عنه، ومنهم من قال: تمليك منفعة مع بقاء الاصل، وهو الذي يقوى في نفسي ويجري ذلك مجرى اسكان الدار واعمارها، ولاجل هذا يحتاج أن يكون المدة معلومة^(٢) وهو ظاهر النهاية حيث قال: يحل له منها مقدار ما يملكه يحلله له مالكمها (يحل له خ ل) إن يوما فيوما وان شهرا فشهر على حسب ما يريد^(٣) ولم يذكر حكم الاطلاق، ولا نص على الاشتراط.

قال طاب ثراه: وهل هو إباحة أو عقد متعة؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة.

أقول: لاشك أن الفرج معصوم عن الاستمتاع بغير العقد والملك، لقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)^(٤) واللوم هنا منتف بالاجماع والنصوص. فهل يكون من قبيل الملك أو العقد؟ فيه لأصحابنا قولان: (أحدهما) أنه عقد وليس دائما، لعدم حقوق أحكام الدائم له، فيكون متعة،

(١) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٩ س ١٦ قال: والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد الا في شئ واحد وهو الافتقار إلى تعيين المدة.

(٢) المبسوط: ج ٤، فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال: وأما تحليل الانسان إلى قوله: أن يكون المدة معلومة.

(٣) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٤ س ٩ قال: ويحل له منها إلى قوله: ان يوما فيوما وان شهرا فشهر الخ.

(٤) المؤمنون: ٧٥.

وهو قول السيد^(١) نقله عن ابن ادريس^(٢) والمصنف^(٣) وقال ابن ادريس: أنه تملك منفعة^(٤) ونقله عن الشيخين وغيرهما من المشيخة^(٥) واختاره العلامة^(٦).
واعلم أنه على القول بأنه عقد متعة، يشترط فيه الاجل قطعاً، وأما على القول بأنه تمليك منفعة هل يعتبر فيه الاجل أو لا؟ المبسوط وظاهر النهاية على الاول وابن ادريس والعلامة على الثاني^(٧).

فروع

- (أ) يشترط في صحته إذن الحرية لمن هي عنده إن جعلناه عقداً، ولا يعتبر ذلك إن جعلناه إباحة.
(ب) يشترط في إباحته فقدان الطول وخوف العنت إن اعتبرناهما، على الاول دون الثاني.
(ج) يعتبر تعيين المدة على الاول قطعاً، وعلى الثاني خلاف.

-
- (١) الانتصار: في استباحة الفرج ص ١١٨ س ٥ قال: وقد يجوز إلى قوله: أن يكون عبر بلفظ لعارية عن النكاح.
(٢) السرائر: باب السراي وملك الايمان ص ٣١٣ س ٧ قال: فمنهم من قال هو عقد والاباحة والتحليل عبارة عنه، وهو مذهب السيد المرتضى في انتصاره.
(٣) اى نقل المصنف عن السيد، لاحظ نقله في النافع.
(٤) السرائر: باب السراي وملك الايمان ص ٣١٣ س ٧ قال: قالوا هو تمليك منفعة إلى قوله: وهو الذي يقوى في نفسي الخ.
(٥) السرائر: باب السراي وملك الايمان ص ٣١٣ س ٨ قال: وهو مذهب شيخنا أبي جعفر الطوسي وشيخنا المفيد وغيرهما من المشيخة.
(٦) تقدم نقله في قوله في المختلف: والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد الخ.
(٧) والكل تقدم فلاحظ.

[وفي تحليل أمته لمملوكه تردد، ومساواته بالاجنبي أشبه ولو ملك] (د) ينتفى الولد عنه مع نفيه له بغير لعان على الثاني قطعا، وعلى الاولين على قولين.

(هـ) يعتبر إذن العمة والخالة على الاول دون الثاني.

(و) يحرم إيقاعه لمن عنده اختها على الاول ويقع باطلا، وعلى الثاني لا يحرم، بل يحرم الوطى، فلو أبان الاولى حل وطى الثانية من غير احتياج إلى استيناف عقد.

(ز) لو كان متسريا باختها، حرمت الاولى مادام عقد الثانية مستمرا على الاول، وعلى الثانية يختص التحريم بالثانية. أما إعتبار الايجاب والقبول فلا بد منه على كل من القولين.

تنبيه

إذا عينت المدة، ساغ الاستمتاع فيها وحرمت بعدها، ومع عدم التعيين، وعدم اشتراطه تستبيح مستمرا حتى ينهائى المالك، كالعارية.

قال طاب ثراه: وفي تحليل أمته لمملوكه تردد، ومساواته بالاجنبي أشبه.

أقول: المنع مذهب الشيخ في النهاية^(١) ومختار العلامة في المختلف^(٢) لأنه نوع تمليك، فيستدعي محلا قابلا، وكما يعتبر في تحقق الاثر حصول الفاعل، كذا يعتبر حصول القابل، فالعبد ليس محلا قابلا للملك، لما تقدم في البيع، ولصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي أنه سئل عن المملوك أيجل له أن يطاء الامة من

(١) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٤ س ١٠ قال: ولا يجوز للرجل أن يجعل عبده في حل من وطى جاريته.

(٢) المختلف: في نكاح الاماء ص ٢٠ س ٣ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والوجه ماقاله الشيخ.

[بعض الامة فأحلتها نفسها لم يصح، وفي تحليل الشريك تردد، والوجه: المنع. ويستتبع ما يتناوله اللفظ، فلو أحل التقبيل اقتصر عليه، وكذا اللمس، لكن لو أحل الوطء، حل له ما دونه، ولو أحل الخدمة لم يتعرض للوطء، وكذا لا تستتبع بتحليل الوطء وولد المحللة حرفان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الاب، وان لم يشترط ففي الزامه قيمة الولد روايتان، أشبههما: أنها لا تلزم ولا بأس أن بطلت الامة وفي البيت] غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له^(١) واختاره فخر المحققين^(٢) والجواز مذهب ابن ادريس^(٣) ومختار المصنف^(٤) لانه نوع إباحة والعبد محل لها.

فرع

لو أحل أمته بمملوك غيره، فإن قلنا: أنه تلميك لم يجز، وان قلنا: أنه عقد اعتبر إذن السيد أو إجازته بعده، وان علمنا انه اباحة توقف على اذن السيد ايضا، وحرم على العبد الوطئ الا مع الاذن، لاستلزامه التصرف في ملك سيده، وهو حرام بدون إذنه قال طاب ثراه: وفي تحليل الشريك تردد، والوجه المنع.

أقول: قد تقدم البحث في هذه المسألة.

قال طاب ثراه: وولد المحللة حر، فان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الاب، وإن لم يشترط ففي إلزامه قيمة الولد روايتان، أشبههما انه لا تلزم.

(١) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل الرجل جاريته لآخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١١.

(٢) الايضاح: ج ٣ في نكاح الاماء ص ١٦٧ س ٨ قال بعد نقل قول العلامة في المختلف: وهو المختار عندي وبه افتي.

(٣) السرائر: باب السراي وملك الايمان ص ٣١٤ س ٢٥ قال: قال محمد بن ادريس رحمته الله: لا مانع من تحليل عبده وطى جاريته من كتاب ولا سنة ولا اجماع، والاصل الاباحة الخ.

(٤) لاحظ ما اختاره في النافع.

[غيره، وأن ينأى بين أمتين، ويكره في الحرائر. وكذا يكره وطء الفاجرة ومن ولدت من الزنا]. أقول: قال الشيخ في النهاية: إذا أتت بولد كان لمولاهها، وعليه أن يشتريه بماله إن كان له مال، وإلا إستسعى في ثمنه، وإن شرط أن يكون الولد حراً كان على ما شرط^(١) وقال ابن ادريس: لا قيمة عليه لانعقاده حراً في الاصل^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤).

احتج الشيخ برواية ضريس بن عبد الملك قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحل لآخيه فرج جاريته قال: هو له حلال، فإن جاءت لولد منه فهو لمولى الجارية، إلا أن يكون إشتراط على مولى الجارية حين أحلها إن جاءت بولد فهو حر^(٥).

ومثلها رواية الحسن العطار عنه عليه السلام^(٦).

احتج العلامة بحسنة زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لآخيه؟ قال: لا بأس، قال: قلت: فإن جاءت بولد؟ قال: يضم إليه ولده ويرد الجارية على صاحبها، قلت له: انه لم يأذن له في ذلك؟ قال: قد أذن له، وهو

(١) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٤ س ٢ قال: ومتى جعله في حل من وطئها وأتت بولد الخ.

(٢) السرائر: باب السراري وملك الايمان ص ٣١٣ س ١٠ قال: والذي يقتضيه الادلة ان الولد بمجرد الاباحة والتحليل يكون الولد حراً الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٩ س ٢٦ قال بعد نقل قول السيد والذي اختاره ابن ادريس: وهو المعتمد.

(٥) الاستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ١.

(٦) الاستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ٢.

[النظر في لواحق النكاح .. الاول: في العيوب]

[ويلحق بالنكاح النظر في امور خمسة: الاول: في العيوب، والبحث في أقسامها وأحكامها.
عيوب الرجل أربعة: الجنون، والخصاء، والعنن، والجب.
وعيوب المرأة سبعة: الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد وفي الرثق تردد،
أشبهه: ثبوته عيبا لانه يمنع الوطء].
لا يأمن أن يكون ذلك^(١).
وفي معناها رواية اسحاق بن عمار^(٢).
ولان مبنى الحرية على التغليب والسراية، ولهذا سرى العتق بجزء من مائة الف جزء من الرقبة،
ولاريب في أن تكون الولد من نطفة الرجل والمرأة على ما نطق به القرآن الكريم^(٣)، فيغلب جانب
الحرية^(٤).
ويلحق بالنكاح امور خمسة (الاول) العيوب قال طاب ثراه: وفي الرثق تردد، أشبهه ثبوته عيبا
لانه يمنع الوطء.

(١) الكافي: ج ٥ باب الرجل يحل جاريته لآخيه والمرأة تحل جاريته لزوجها ص ٢٦٩ الحديث ٦.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٩ الحديث ٤.

(٣) التبيان: ج ١ ص ٢٠٦ س ٨ قال: وقوله: (إنا خلقنا الانسان من نطفة) اخبار من الله تعالى أنه خلق الانسان،
سوى آدم وحواء من نطفة، وهو ماء الرجل والمرأة يخلق منهما الولد، إلى أن قال: وقوله: (أمشاج) قال ابن عباس:
أخلاق من ماء الرجل وماء المرأة.

وقال القرطبي: ج ١٩ ص ١٢١ وعن ابن عباس قال: يختلط ماء الرجل وهو ابيض غليظ بماء المرأة وهو أصفر رقيق
فيخلق منهما الولد، فما كان من عصب وعظم وقوة فهو من ماء الرجل، وما كان من لحم ودم وشعر فهو من ماء المرأة.
وفي الصافي في قوله تعالى (من نطفة أمشاج) أخلاق، القمى عن الباقر عليه السلام ماء الرجل والمرأة اختلطا جميعا.

(٤) من قوله: (ولان مبنى الحرية) إلى هنا مقتبس من المختلف، لاحظ ص ١٩ من نكاح الاماء س ٣٥.

[ولا ترد بالعمور، ولا بالزنا ولو حدث فيه، ولا بالعرج على الاشبه].

أقول: ظاهر الصدوق عدم الرد بالرتق، حيث قال: واعلم أن النكاح يرد من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والعفل، إلا أنه روي في الحديث، أن العمياء والعرجاء ترد^(١).

وقال قبل ذلك: فإن تزوج امرأة فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو محدودة أو كان بها زمانة ظاهرة كان له أن يردها إلى أهلها بغير طلاق^(٢) وقال الشيخ في المبسوط: يرد به^(٣) وقال المصنف في الشرائع: وربما كان صوابا إن لم يكن إزالته، أو امكن وامتنعت على علاجه، ثبت الخيار وإلا فلا^(٤) وهو مذهب العلامة في القواعد^(٥) وهو حسن لوجوب التمسك بمقتضى العقد الصحيح، ومع قبول العلاج لا موجب لفسخ النكاح، ومع عدمه يتفق الموجب، وهو تعذر الوطء، فيكون كالخضاء في الرجل وكالعفل فيها.

قال طاب ثراه: ولا بالعرج على الاشبه.

أقول: قال في النهاية ترد العرجاء^(٦) وبه قال ابن حمزة^(٧)

(١) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٤ س ١٦ قال: واعلم أن النكاح لا يرد الا من أربعة أشياء الخ.

(٢) المقنع: باب بدو النكاح ص ٣: ١ س ٩ قال: وان تزوج الرجل امرأة فوجدها قرناء الخ.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٢٤٩ فصل في العيوب التي توجب الرد، س ٣ قال: وفي المرأة الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن والافضاء وفي أصحابنا الخ.

(٤) الشرائع: ما يرد به النكاح، الاول العيوب، قال: وقيل: الرتق أحد العيوب، وربما كان صوابا ان منع من الوطء الخ.

(٥) القواعد: كتاب النكاح، الباب الخامس (الاول) في أصناف العيوب ص ٣٣ س ٩ قال: وأما الرتق فهو أن يكون الفرج ملحما ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطء ولم يمكن إزالته الخ.

(٦) النهاية: باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٨٥ س ١٩ قال: او عرجاء كان له ردها من غير طلاق.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٤ قال: وما يختص بالنساء إلى أن ال: والعرج.

والتقي^(١) وسلار^(٢) وأبو علي^(٣) والقاضي في الكامل^(٤) ورواه الصدوق في كتابه^(٥) واختاره العلامة مع الاقعداد^(٦) ولم يذكره الشيخ في الخلاف، وكذا القاضي في المهذب، وعد في المبسوط العيوب ستة: الجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والقرن، والافضاء قال: وفي أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا^(٧) وقال ابن إدريس: عيوب المرأة سبعة، ثم قال: وألحق أصحابنا ثامنا وهو العرج البين، ذهب إليه شيخنا في نهايته، ولم يذهب إليه في مسائل خلافه^(٨) وللصدوق في المقنع القولان^(٩) واختار المصنف الثاني^(١٠) لاصالة صحة العقد ولزومه لإلحاقه. احتج الاولون بأنه من الشين فنقص حظ الاستمتاع^(١١) وبصحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة

(١) الكافي: الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٥ س ١٥ قال: أو عرجاء إلى أن قال: كان له ردها.

(٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويرد إلى أن قال: والعرجاء.

(٣) و(٤) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٢ قال: مسألة قال المفيد والشيخ في النهاية ترد العرجاء، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج في الكامل.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٢٥) باب ما يرد منه النكاح ص ٢٧٣ الحديث ٣.

(٦) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٢ س ٢٧ قال: والاقوى الرد بالعرج البين لما فيه من الشين.

(٧) تقدم آنفا.

(٨) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٠ قال: وأما العيوب الراجعة إلى النساء فسبعة الخ.

(٩) تقدم نقل القولين عن المقنع.

(١٠) لاحظ ما اختاره في النافع.

(١١) تقدم نقله عن العلامة في المختلف.

فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: ترد على وليها، ويكون لها المهر ويرجع به على وليها، وإن كان بها زمانة لا يراها إلا النساء أجزى شهادة النساء عليها^(١).

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: ترد البرصاء والعمياء والعرجاء^(٢).

إحتج المانعون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل^(٣).

وأجاب الأولون بالعدول عن الاصل للدليل، ودلالة الحديث الاول أخص، ودلالته في المطلوب منطوق، والحديث الثاني عام ودلالته مفهوم.

وكذا الخلاف في العمى هل يرد به المرأة؟ قال في النهاية: نعم^(٤)، وبه قال المفيد^(٥) وتلميذه^(٦) والسيد^(٧) والتقي^(٨) والقاضي^(٩) وأبو علي^(١٠) وابن

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٢٢٤ الحديث ٥ وفيه (لا يراها الرجال).

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٢٢٤ الحديث ٧.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٢٢٤ الحديث ٤.

(٤) النهاية: باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٨٥ س ١٩ قال: أو عمياء كان له ردها.

(٥) المقنعة: باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٨٠ س ٥ قال: وترد البرصاء والعمياء.

(٦) المراسم: ذكر شرائط الانكحة، ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويرد العمياء.

(٧) الناصريات: من جوامع الفقهية، ص ٢١٢ المسألة الثامنة والخمسون والمائة قال: وعندنا أن البرص مما ترد به النكاح وكذلك العمى والجذام والرتق.

(٨) الكافي: النكاح، الضرب الاول من الاحكام، ص ٢٩٥ س ١٥ قال: أو سليمة فخرجت برصاء أو عمياء إلى أن قال: كان له ردها.

(٩) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه إلى أن قال: والعمى.

(١٠) المختلف: في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٢ قال: وقد عد في النهاية العمى من عيوب المرأة إلى قوله: وكذا ابن الجنيد.

حمزة^(١)، وابن إدريس^(٢) ولم يذكره الصدوق لما عد عيوب النساء وجعله رواية، وقد حكينا عبارته في أول الباب^(٣).

والأقرب الرد به، وهو إختيار المصنف^(٤) والعلامة^(٥) لصحيحة داود بن سرحان المتقدمة^(٦).
والمشهور إختصاصه بالمرأة ولا يرد به الرجل، وقال القاضي في المهذب: إنه مشترك^(٧) وهو ظاهر أبي علي^(٨).

وكذا المشهور في الجذام إختصاصه بها، وقال القاضي في المهذب بإشتراكه^(٩) ورجحه العلامة في القواعد^(١٠) لوجوب التحرز عن الضرر، وقال علي^(١١): فر

(١) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٤ قال: وما يختص بالنساء إلى قوله: والعمى الخ.
(٢) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٠ قال: وأما العيوب الراجعة إلى النساء إلى قوله: والعمى على الاظهر.

(٣) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٤ س ١٦.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٧ قال: والوجه أن العمى ترد به المرأة.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٤ الحديث ٧.

(٧) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح إشتراك الرجل والمرأة فيه إلى قوله: والعمى.

(٨) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ١٠٤ س ٢ قال: وقد عد في النهاية العمى من عيوب المرأة، وكذا ابن الجنييد.

(٩) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه فهو الجنون والجذام والبرص الخ.

(١٠) القواعد: في اصناف العيوب، ص ٣٣ س ١ قال: وأما المرأة فالمتخص بها سبعة الجذام والبرص الخ.

[وأما الاحكام فمسائل: الاولى: لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول وفي المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن، وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وإن تجدد. الثانية: الخيار فيه على الفور، وكذا في التدليس. الثالثة: الفسخ فيه ليس طلاقا، فلا يطرد معه تنصيف المهر. الرابعة: لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم، ويفتقر في العنن لضرب الاجل]. من الاجذم كفرارك من الاسد^(١) وقال القاضي في المهذب: البرص ايضا مشترك^(٢) والاقرب إختصاصه بالمرأة. قال طاب ثراه: وفي المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن، وقيل: نفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وإن تجدد.

[أقسام العيوب] .. الاول عيب الرجل

أقول: العيب إما في الرجل أو المرأة، فهنا قسمان: (الاول) عيب الرجل، وهو في المشهور: الجنون، والجب، والخصاء، والعنة، والجذام على قول القاضي^(٣) ومرجح العلامة^(٤) والبرص على ما انفرد به القاضي^(٥). وشرط الفسخ بالاخيرين سبقهما على العقد عند القائل به.

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٧٦) باب النوادر وهو اخر ابواب الكتاب ص ٢٥٨ الحديث ٤ ولفظ الحديث (فر من المجذوم فرارك من الاسد).
(٢) نقلناه عنه آنفا.
(٣) و(٤) و(٥) تقدم نقل الكل آنفا.

[الخامسة: إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس، وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر إلا في العنن، ولو كان بعده فلها المسمى، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر.

السادسة: لو ادعت عننه فانكر فالقول قوله مع يمينه، ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجددا إذا عجز عن وطها قبلا ودبرا، وعن وطء غيرها. ولو ادعى الوطء فانكرت فالقول قوله مع يمينه.

السابعة: إن صبرت مع العنن فلا بحث، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع فإن عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ وصنف المهر].

وأما لبحث في الاربعة الاولى فمدارها على أربعة أقطاب: الاول: الجنون، وتفسخ به المرأة إن كان سابقا على العقد إجماعا، واشترط ابن البراج: أن لا يعقل أوقات الصلاة^(١) وهو ظاهر كلام ابن حمزة^(٢) ولم يشترط الباقر، بل جعلوا التفصيل في المتجدد، وقالوا: إن كان سابقا على العقد كان لها الخيار، وإن تجدد ثبت الخيار ان لم تعقل أوقات الصلوات، وأما الحادث بعد العقد والوطء، فهل يشترط في جواز الفسخ به أن لا يعرف معه أوقات الصلوات؟

(١) المذهب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٣ س ١ قال: وعندنا ان الجنون بالرجل اذا كان يعقل معه أوقات الصلوات فليس يتعلق به خيار.

(٢) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٨ قال: وما يعمهما خلقة شيء واحد وهو الجنون على وجه لا يعرف معه وقت الصلاة.

الاكثرون على ذلك، وهو مذهب الشيخين^{(١)(٢)} والقاضي^(٣) وابن حمزة^(٤) وابن إدريس^(٥) ولم يشترطه العلامة وأثبت به الرد لعموم النص^(٦).

روى علي بن أبي حمزة قال: سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها، أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها عنه إذا شاءت^(٧).
ولما فيه من الضر المنفى بالآية والرواية.

تذنيبان

(أ) لا فرق في المتجدد بين الطارى على العقد، أو الوطاء صرح به

(١) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ١١ قال: وإن حدث بالرجل جنة وكان يعقل معها أوقات الصلاة لم يكن للمرأة خيار الخ.

(٢) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٥ قال: وإن لم يعقل أوقات الصلوات كان لها الخيار.

(٣) المهذب: ج ٢ فيما لو حدث العيب بعد العقد ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يجب الرد إلا ما ذكره أصحابنا من الجنون الذي لا يعقل معه صاحبه أوقات الصلوات إلى أن قال بعد اسطر: فإن كان لا يعقل ذلك، كانت مخيرة بين المقام معه وبين فراقه الخ.

(٤) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٨ قال: وهو الجنون على وجه لا يعرف معه وقت الصلاة.

(٥) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٨ س ٣٣ قال: وأما الجنون الحادث بعد العقد إلى قوله: وإن كان لا يعقل الخ.

(٦) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٣ س ٢ قال: والوجه التسلط على الفسخ سواء عقل أوقات الصلاة أولا الخ.

(٧) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٨ الحديث ١٩.

العلامة^(١) والقاضي^(٢) وهو اختيار أبي علي^(٣) وابن زهرة^(٤) وظاهر الفقيه^(٥) وكلام الشيخ في النهاية عام^(٦).

(ب) هل يفتقر فسخ المراد في المتجدد إلى طلاق؟ قال في النهاية: نعم^(٧) وتبعه القاضي^(٨) وابن زهرة^(٩) ومنعه ابن ادريس^(١٠) واختاره العلامة^(١١) وهو المعتمد كغيره من العيوب. الثاني: الجب، وشرط الرد به أن لا يبقى منه ما يمكن به الوطء ولو قدر الحشفة،

(١) و(٢) المختلف: في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣ س ٨ قال: الرابع لو تجدد بعد الدخول فالاقرب أن لها التسلط ايضاً إلى أن قال: وبه قال ابن الجنييد.

(٣) تقدم مختاره آنفاً.

(٤) الغنية من جوامع الفقهية: كتاب النكاح، ص ٦١١ س ٢٣ قال: وإن كان لا يعقل ذلك كان لها الخيار، ولزم وليه أن يطلقها عنه إن طلبت الفراق الخ ولا يخفى أن كلامه عام بين الطارى على العقد أو الوطء.

(٥) لم اعثر عليه في المنع والهداية، وفي المختلف: في العيوب والتدليس ص ٣ س ١٠ قال: وظاهر كلام علي بن بابويه فانه قال: وإذا تزوج رجل وأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما الخ.

(٦) تقدم نقل كلام الشيخ في النهاية آنفاً.

(٧) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٧ قال: فإن اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها.

(٨) المهذب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد، ص ٢٣٥ س ١١ قال اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها عنه.

(٩) تقدم آنفاً.

(١٠) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح، ص ٣٠٨ س ٣٥ قال: فالمرأة بالخيار، ولها فسخ النكاح بذلك.

(١١) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٣ س ١٣ قال: والوجه أنه لا يفتقر إلى طلاق.

ويفسخ به مع سبق على الاصح (قطعا خ ل) وهل يفسخ به مع تجددده بعد الوطاء والعقد أم لا؟، أثبتته القاضي^(١) والعلامة^(٢) وفخر المحققين^(٣) والشيخ في موضع من المبسوط^(٤) ونفاه ابن ادريس^(٥) وإن كان قبل الوطاء اذا كان بعد العقد، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٦) وموضع آخر من المبسوط^(٧) والحق الفسخ لان الضرر به أعظم من العنة، ويثبت بها الرد مع تجدددها.

الثالث: الخصاء، وهو سل الانثيين ويثبت به الرد مع سبقه على العقد إجماعا، وهل يفسخ به مع تجددده؟ قال القاضي: نعم^(٨) وتبعه العلامة في المختلف^(٩) لفوات ثمرة العقد من حصول النسل والتعفف وهو ضرر منفي بالآية والرواية،

-
- (١) المذهب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يجب الرد الا ما ذكره اصحابنا إلى قوله: والجب والخصى والعنت.
- (٢) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٣ س ٣٥ قال: والمعتمد قول ابن البراج، فإن الجب والخصا مساويان للعنة، بل هما أبلغ الخ.
- (٣) الايضاح: ج ٣، في العيب والتدليس ص ١٧٥ س ٢٠ قال: والارجح عندي ثبوت الخيار لها للبأس من الوطاء معه.
- (٤) المبسوط: ج ٤ في العيوب التي يرد بها النكاح، ص ٢٥٠ س ٥ قال: وأما الجب إلى قوله: فلها الخيار.
- (٥) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح، ص ٣٠٩ س ٧ قال: واذا حصل بالرجل جب أو خصاء بعد العقد فلا خيار للمرأة.
- (٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٢٧ قال: اذا حدث بالرجل جب إلى قوله: لم يكن في حال العقد، فانه لا يرد الخ.
- (٧) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي يرد بها النكاح ص ٢٥٢ س ١٦ قال: وقال المخالف: اذا حدث واحد من الاربعة إلى قوله: والجب فلها الخيار، وعندنا أنه لا خيار في ذلك.
- (٨) تقدم نقل قوله في الخصى آنفا.
- (٩) تقدم مختاره في الخصى آنفا.

ومنعهُ الشيخ^(١) وابن ادريس^(٢) والمصنف^(٣) وعليه الاكثر.

الرابع: العنة، ويثبت بها الرد وإن تجددت بعد العقد إجماعاً، وهل يفسخ مع تجددتها بعد الوطء؟ قال المفيد: نعم^(٤) وبه قال الصدوق^(٥) وابن حمزة^(٦) ومنع الباقر، وتوقف العلامة في المختلف^(٧).

إحتج المفيد بعموم رواية مُحمَّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: العنين يتربص به سنة، ثم إن شاءت إمرأته تزوجت وإن شاءت أقامت^(٨).

ورواية أبي الصباح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إمرأة إبتلى زوجها، فلا يقدر على الجماع أبداً، تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت^(٩) وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال في حكاية الحال تدل على العموم في المقال.

إحتج الباقر برواية إسحاق بن عمار عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: إن

(١) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي يرد بها النكاح ص ٢٥٠ س ١١ قال: والثاني لا خيار لها لان الخصي يولج ويبالغ أكثر من الفحل وإنما لا ينزل.

(٢) تقدم مختاره آنفاً.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المقنعة: باب التدليس في النكاح، ص ٨٠ س ١٠ قال: فان حدث بالرجل عنة بعد صحته إلى قوله: كانت المرأة بالخيار.

(٥) المقنع: باب بدو النكاح، ص ١٠٥ س ٤ قال: والعنين يتربص به سنة، ثم إن شاءت إمرأته تزوجت.

(٦) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٢ قال: فان واقعها قبل مضي السنة إلى قوله: زال خيارها.

(٧) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٤ س ١٣ قال: فنحن في ذلك من المتوقفين.

(٨) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٣١ الحديث ٢٧.

(٩) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد وما لا يرد ص ٤٣١ الحديث ٢٨.

عليها ^(١) كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة، ثم أعرض عنها، فليس لها الخيار، لتصبر فقد ابتليت، وليس لامهات الاولاد، ولا الاماء ما لم يمسه من الدهر الا مرة واحدة خيار ^(١).

وهذا الحديث أرجح من الاول، لكون التفصيل فاطعا للشركة، وبأصالة لزوم العقد وعدم الخيار، وتوقف العلامة نشأ من قوة دليل اللزوم، وكونه قول الاكثر من إشماله على الضرر بفوات فائدة النكاح وثمرته.

تذنيبات

(أ) المشهور توقف الفسخ بالعنة على الاجل، وهو مذهب الاربعة ^{(٢) (٣) (٤) (٥)} واختاره المصنف ^(٦) والعلامة ^(٧) وقال أبو علي: يثبت لها الخيار مع سبقه على العقد، وإن ادعى حدوثه بعد العقد، وقف على الاجل المذكور ^(٨).

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٣٠ الحديث ٢٦.

(٢) المقنعة: باب التدليس في النكاح، ص ٨٠ س ٩ قال: انتظرت به سنة.

(٣) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٦ س ١٩ قال انتظر به سنة.

(٤) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٥ س ٤ قال: والعين يتربص به سنة.

(٥) الناصريات من الجوامع الفقهية: المسألة التاسعة والخمسون والمائة، قال: فظهر انه عين انتظرت به سنة.

(٦) الشرائع: في احكام العيوب، الثامنة: قال: أجلها سنة من حين الترافع.

(٧) التحرير، في احكام العيوب التدليس: ص ٢٩ قال (ي) اذا ثبت عنه إلى قوله: أجلها سنة من حين الترافع الخ.

(٨) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ س ١٤ قال: قال ابن الجنييد: العن بالرجل قبل الدخول يوجب الفسخ الخ.

إحتج الاصحاب بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: العنين يتربص به سنة، ثم إن شاءت إمرأته تزوجت، وإن شاءت إقامت^(١).

إحتج ابوعلي بما رواه غياث الضبي عن الصادق عليه السلام في العنين إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما، وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما، والرجل لا يرد بعيب^(٢).

(ب) المشهور وجوب نصف المهر مع الفسخ، نص عليه الصدوق^(٣) والشيخ في النهاية^(٤) وليس هنا فسخ من قبل الزوجة قبل الدخول يوجب شيئاً إلا هنا، ولعل الاصل فيه إشرافه على الزوجة وإطلاعه على محارمها، وخلوته بها سنة، وقال ابن الجنيدي: تجب المهر كاملاً^(٥).

وهو بناء على أصله، من وجوب المهر بالخلوة التامة، وسيجئ البحث فيه إن شاء الله تعالى فالخلاص: أن العنة تخالف غيرها من العيوب في أمور:

(أ) الافتقار إلى الحاكم.

(ب) ضرب الاجل.

(ج) تنصيف المهر.

(د) جواز الفسخ مع تجددتها على العقد إجماعاً، ويشاركها في هذا الجنون،

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح، ص ٤٣١ الحديث ٢٧.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٣٠ الحديث ٢٥.

(٣) المقنع: باب بدو النكاح، ص ١٠٥ س ٢ قال: واعطيت نصف الصداق.

(٤) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٧ س ٢ قال: وان اختارت فراقه كان لها نصف الصداق.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٤ س ٢٣ قال: وقال ابن الجنيدي: اذا اختارت الفرقة وجب لها المهر.

(القسم الثاني) عيب المرأة

وفيه بحثان: الأول: في حصر أصناف العيب، وفيه أقوال:

(أ) أنه أربعة: الجنون والجذام والبرص والعفل، قاله الصدوق في المقنع^(١).

(ب) أنه ستة بإضافة الرتق والافضاء، قاله الشيخ في المبسوط^(٢).

(ج) أنه سبعة بإضافة العمى والعرج، وإهمال العفل قاله في النهاية^(٣).

(د) أنه ثمانية بإضافة كونها محدودة في الزنا، قاله القاضي في المهذب^(٤).

والمعتمد عند المحققين ثمانية: الجنون، والجذام، والبرص، والافضاء، والرتق، والقرن، والعمى، والعرج البالغ حد الاقعاد.

والقرن بسكون الراء، قيل: هو عظم ينبت في الفرج يمنع الوطء^(٥) وهو بعيد، لان العظم لا يكون في الفرج، وقيل: هو العفل، بحركة الفاء والعين المهملة، وهو لحم ينبت في فرج المرأة لعارض يعتريها عند الولادة، وحكمه حكم الرتق في

(١) المقنع: باب بدو النكاح، ص ١٠٤ س ١٦ قال: واعلم أن النكاح لا يرد الا من أربعة أشياء.

(٢) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي توجب الرد في النكاح ص ٢٤٩ س ٣ قال: اوفي المرأة إلى قوله: والرتق والافضاء.

(٣) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٥ س ١٨ قال: إذا تزوج الرجل بامرأة فوجدها إلى قوله: أو عمياء أو عرجاء.

(٤) المهذب: ج ٢، باب التدليس في النكاح، ص ٢٣١ س ١٤ قال: وأما يختص المرأة إلى قوله: وكونها محدودة في الزنا.

(٥) وفي حديث علي عليه السلام إذا تزوج المرأة وبها قرن، القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج المرأة كالسن، يمنع من الوطء، ويقال له العفلة (النهاية ج ٤ لغة قرن).

القرناء من النساء التي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة، أو لحمة مرتتقة، أو عظم، يقال لذلك كله القرن (لسان العرب ج ١٣ ص ٣٣٥ لغة قرن).

إشتراط بلوغه حدا يمنع الوطء.

وقال الصدوق في المقنع: إذا زنت بعد العقد قبل الدخول كان له الفسخ^(١) وبه رواية فيها ضعف^(٢) وذهب كثير إلى الرد بظهورها محدودة كالقاضي في المهذب^(٣) والمفيد^(٤) وتلميذه^(٥) وابن الجنيد^(٦) والتقي^(٧) والقطب الكيدري^{(٨)(٩)}.

إحتجوا برواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم أنها كانت زنت، قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحلت من فرجها^(١٠) ومنع الشيخ في النهاية من الرد بذلك^(١١).

(١) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٩ س ٣ قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فزنى قبل أن يدخل بها لم تحل له الخ.
(٢) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح، ص ٤٩٠ الحديث ١٧٦ ومتن الحديث (اسماعيل بن أبي زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام قال: قال علي عليه السلام: في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال: يفرق بينهما.
الحديث).

(٣) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٥ قال: وكونها محدودة في الزنا.
(٤) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٦ قال: والمحدودة في الفجور.
(٥) المراسم: ذكر شرائط الانكحة، ص ١٥٠ س ١٨ قال: والمحدودة في الفجور.
(٦) و(٩) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٢ س ٧ قال بعد نقل قول المفيد: واختاره ابن الجنيد وقطب الدين الكيدري.

(٧) الكافي: الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٥ س ١٦ قال: أو مفضاة أو محدودة الخ.
(٨) ابوالحسن محمد بن الحسين البيهقي النيسابوري الامامي، كان معاصرا للقطب الراوندي وتلميذا لابن حمزة، وله شرع نصح البلاغة فرغ منه سنة (٥٧٦) والكيدر قرية من قرى بيهق (الكنى واللقاب: ج ٣ ص ٧٤).
(١٠) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٥ الحديث ٩.
(١١) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ٧ قال: والمحدودة في الزنا لا ترد.

وهي في رواية رفاعه بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدود والمحدودة، هل يرد به النكاح؟ قال: لا^(١) وذهب أبو علي إلى أن الزنا قبل العقد وبعده من العيوب المسوغة للرد في الرجل والمرأة^(٢) وهو منقوض.

الثاني: في حكم العيب، وحكمه تسلط الرجل على الفسخ على سبقه على العقد إجماعاً، ولا يفسخ لو تجدد بعد الدخول قطعاً، وهل يفسخ بالمتجدد بينهما؟ فيه مذهبان: أحدهما: نعم، وهو اختيار الشيخ في الكتابين^{(٣)(٤)} والآخر: لا يفسخ وهو إختيار ابن حمزة^(٥) وابن إدريس^(٦) وظاهر القاضى^(٧) واختاره المصنف^(٨)

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٢٢٤ قطعة من حديث ٨.
- (٢) المختلف: في العيوب والتدليس ٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح الخ.
- (٣) المبسوط: ج ٤، العيوب التي يرد بها النكاح، ص ٢٥٢ س ١٩ قال: والثاني له الخيار وهو الاظهر لعموم الاختيار (٤) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٢٨ قال: اذا حدث بالمرأة أحد العيوب التي ترد به ولم يكن في حال العقد الخ.
- (٥) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١٢ س ١ قال: وانما يكون لكل واحد منهما خيار الفسخ إلى قوله: والامتناع من الدخول اذا علم بعد العقد.
- (٦) السرائر: في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٥ قال: الصحيح أن كل عيب حادث بعد العقد لا يرد به النكاح.
- (٧) المهذب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد، ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يكن حاصلًا قبل العبد لم يجب الرد الخ.
- (٨) لاحظ عبارة النافع.

والعلامة^(١).

إحتج الاولون بعموم صحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيوتى بها عمية أو برصاء قال: ترد على وليها الحديث^(٢) وهو شامل لصورة النزاع. إحتج العلامة بأن العقد وقع صحيحا خاليا عن التدليس، فيكون لازما، كما لو تجدد العيب بعد الدخول، ولأنه لم يوجد منها تدليس، ويمكنه التخلص منها بالطلاق، فلا يثبت له الخيار^(٣). وفيه نظر: لان التخلص بالطلاق لا ينفك عن إضرار بالزوج، للزوم نصف المهر، وليس كذلك الفسخ، فانه لا يجب به شيء.

تذنيب: لا يتوقف الفسخ في غير العنه

لا يتوقف الفسخ في غير العنه على حكم الحاكم، صرح به القاضي^(٤) والشيخ في غير المبسوط^(٥) وتردد فيه^(٦) لان الحق لها فلا يتوقف إستيفاءه على

(١) و(٢) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٣ س ٢٠ قال بعد نقل قول الوسيلة والسرائر: وهو الاقرب، لنا أنه عقد وقع صحيحا خاليا عن التدليس الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٢٤ الحديث ٥.

(٤) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٢ س ٩ قال: ويجوز أيضا أن يفسخ الرجل ذلك نفسه الخ.

(٥) فان الشيخ عنون في تمام موارد التدليس بقوله: فان له ردها، ولم يزد عليه شيء آخر، لاحظ النهاية ص ٤٨٤ باب التدليس في النكاح.

(٦) المبسوط: ج ٤، العيوب التي يرد بها النكاح ويفسخ ص ٢٥٣ س ١٤ قال: كل موضع يثبت فيه الخيار بالعيب إلى قوله: يأتي إلى الحاكم ويطلب بالفسخ إلى أن قال: ولو قلنا على مذهبنا ان له الفسخ بنفسه كان قويا، والاول أحوط.

تتمة

لو تزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ، فلا مهر لو لم يدخل، ولو دخل فلها المهر على الاشبه ويرجع به على المدلس.

وقيل: لمولاه العشر أو نصف العشر إن لم يكن مدلسا، وكذلك تفسخ هي لو بان زوجها مملوكا، ولا مهر قبل الدخول، ولها المهر بعده، ولو اشترط كونها بنت مهيّرة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر، ويثبت لو دخل.

ولو تزوج بنت مهيّرة فأدخلت عليه بنت الامة، ردها ولها المهر مع الوطاء للشبهة، ويرجع به على من ساقها، وله زوجته.

ولو تزوج إثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الآخر، كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطئ، للشبهة، وعليها العدة، وتعاد إلى زوجها، وعليه مهرها الاصلي].

حكم الحاكم، وقال ابن الجنيّد: إذا أريدت الفرقة لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين، أو خليفته، أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلد هدنة، أو سلطان منقلب، لأنها مسألة خلافية^(١).

قال طاب ثراه: ولو تزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ ولا مهر لو لم يدخل، ولو دخل فلها المهر على الاشبه.

أقول: إذا تزوج الرجل امرأة على أنها حرة، فخرجت أمة، فلا شك في كون ذلك تدليسا يوجب خيار الزوج، لان الحرية وصف كمال، وفقدان وصف كمال المشروط يزلزل العقد، ويعرضه للزوال بالفسخ.

وأیضا في نكاح الامة غضا على

(١) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٦ س ٢٧ وجملة (لأنها مسألة خلافية) ليست في كلام ابن الجنيّد، والظاهر انها من الماتن.

الحر، خصوصاً على القول بتحريمها.

إذا عرفت هذا، فنقول: إن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وإن حصل الفسخ بعده، فماذا يجب على الزوج؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:

(أ) وجوب المهر المسمى، وهو ظاهر الشيخ في النهاية، وعبارته: إذا عقد الرجل على امرأة على أنها حرة فوجدها أمة كان له ردها، فإن كان قد دخل بها كان لها المهر بما استحل من فرجها، وللزوج أن يرجع إلى وليها الذي دلسها بالمهر^(١).

وفي قوله: (كان لها المهر) تساهل، لأن المهر للسيد، لا لها، لكن لما كانت سبباً للاستحقاق أضافه إليها مجازاً، وتابعه القاضي في العبارة^(٢) ومثله عبارة المفيد حيث أطلق لزوم المهر مع الدخول^(٣) وهو اختيار المصنف^(٤) والعلامة قال: لأنه عوض بضع وقع صحيحاً، وتطرق الفسخ لا يقتضى فساداً من أصله، وإلا لما صح بعد الرضا، فييجاب مهر المثل وإبطال المسمى على ماذهب إليه الشيخ وابن حمزة ليس بجيد^(٥).

(ب) بطلان المسمى ووجوب مهر المثل، حكاه العلامة عن الشيخ^(٦) وهو

(١) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٤ س ١٢ قال: إذا عقد الرجل على امرأة إلى قوله: دلسها بالمهر.

(٢) المذهب: ج ٢، ص ٢٣٦ س ١٥ قال: وإذا تزوج الرجل بامرأة على أنها حرة فبان أنها أمة الخ.

(٣) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ١ قال: إذا تزوج الرجل بالمرأة على أنها حرة إلى قوله: إلا أن يكون قد دخل بها.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٧ س ٣٩ قال: والتحقيق أن نقول: إلى قوله فييجاب مهر المثل وإبطال المسمى على ماذهب إليه الشيخ وابن حمزة ليس بجيد.

(٦) تقدم آنفاً.

إختيار ابن حمزة^(١) إن كان المدلس سيدها، ويرجع به على السيد.
(ج) وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة، قاله أبو علي^(٢) وهو إختيار ابن حمزة^(٣) إن كانت هي المدلسة.

ولو كان الزوج عبدا، وقف على إجازة مولاه، فإن أجاز لزم العقد وما سمي فيه، وإن فسخ بطل، فإن لم يكن دخل فلا شيء، وإن كان قد دخل وجب عليه ماوجب على الحر، ثم إن كان مأذونا له في النكاح لزم ذلك السيد، وإلا ففي ذمته يتبع به تذييب المهر للسيد هنا لكون البضع مملوكا له، فعوضه لمالكه، فإن لم يكن دفع إليها شيئا فلا كلام، وإن دفع إليها إستعاده، وإن تلف أو بعضه رجع إليها بعد العتق واليسار، وهو المشهور، والذي يقتضيه اصول المذهب، وقال المفيد: لا يرجع عليها بشئ بعد الدخول^(٤).

وإن كان المدلس أجنبيا رجع عليه بالمدفوع إليها مع تلفه، وبما يدفع إلى السيد.
وشرط الشيخ في النهاية كونه عالما بدخله لامرأها^(٥) وتبعه القاضي^(٦)، وإن كان

(١) و(٢) الوسيلة: في عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣ س ٨ قال: أما لو دلسها أحد بالحرية، إلى قوله: ولسيدها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف العشر إن كان ثيبا، إلى قوله: وإن دلسها مولاه لزم مهر المثل.
(٣) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٧ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وعلى الزوج إن كانت بكرا فافتضاها عشر قيمتها أو نصف عشرها إن كانت ثيبا.
(٤) المقنعة: باب التدليس في النكاح، ص ٨٠ س ٣ قال: ولا يأخذ منها شيئا منه بعد الدخول.
(٥) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٤ س ١٤ قال: فإن كان الولي لم يعلم دخيلة امرأها، لم يكن عليه شيء الخ.
(٦) المذهب: ج ٢ باب التدليس في النكاح، ص ٢٣٦ س ١٧ قال: وإن كان غيرها هو الذي تولى العقد عليها وكان عالما بذلك الخ.

[ولو تزوجها بكرة فوجدتها ثيبا، فلا رد، وفي رواية ينقص مهرها].

المدلس السيد لم يكن له مهر، لأنه أباحه الوطاء بعوض يعود ضمانه عليه، فلا يرجع بشيء.

قال طاب ثراه: ولو تزوجها بكرة فوجدتها ثيبا فلا رد، وفي رواية ينقص مهرها.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين: الأول: هل يثبت الرد بفوات البكارة مع شرطها؟ أم لا؟
بالثاني قال التقي^(١) وهو المشهور بين الأصحاب، وقال العلامة: يثبت الخيار إن ثبت سبق
الثيبوبة^(٢)، لأنه شرط وصف كمال، ولا يوجد، فيثبت له خيار الشرط، كالتدليس، فكان له
الفسخ، لأنه معنى صحة الشرط.

الثاني: هل ينقص من مهرها شيء أم لا؟ فيه مذهبان:

(أ) لا ينقص شيء، وهو مذهب التقي^(٣) لثبوته بالعقد، والاصل بقاؤه.

(ب) النقص، وفي قدره أقوال:

(أ) ينقص شيء مطلقا، ولم يعين قدره، قاله الشيخ في النهاية^(٤) والقاضي^(٥)، إعتماذا على رواية

محمد بن جرك قال: كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام

(١) الكافي: النكاح ص ٢٩٦ س ٣ قال: وان تزوج بكرة فوجدتها ثيبا إلى قوله: فليس بعيب يوجب الرد ولا نقصانا في
المهر.

(٢) القواعد: في التدليس ص ٣٥ س ٥ قال: ولو شرط البكارة فان ثبت سبق الثيبوبة، فالأقرب أن له الفسخ الخ.

(٣) تقدم في قوله أنفا (ولانقصانا في المهر).

(٤) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٠ قال: واذا عقد على امرأة على أنها بكر إلى قوله: ينقص من
مهرها شيئا.

(٥) المذهب: ج ٢، فيما اذا باننت الزوجة ثيبا ص ٢١٣ س ١١ قال: واذا تزوج امرأة على أنها بكر إلى قوله: جاز أن
ينقص من مهرها شيئا.

أسأله عن رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيا أم ينقص؟ قال: ينقص^(١) ولا بد من إضمار شيء ممكن.

(ب) أنه السدس قاله الراوندي في شرح مشكل النهاية^(٢) لأن الشيء في عرف الشرع السدس. وفيه نظر: لأن اللازم من الرواية إضمار (شيء) وهو يصدق على القليل، فيكون أعم من المدعى ولا دلالة للعام على الخاص.

والعرف في الوصية إلى السدس، لا يطرد، لعدم لزومه في الإقرار، وفي قوله تعالى: (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا)^(٣).

(ج) أنه ينقص من المسمى ما بين مهرها بكرا وثيبا، وذلك يختلف باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك قاله ابن ادريس^(٤) وأورد عليه السيد عميد الدين بأنه ربما يستغرق بالثيب مجموع مهرها المسمى في هذا العقد، فخلا النكاح من مهر^(٥).

(د) الرجوع فيه إلى تقدير الحاكم والاحالة فيه على نظره، لعدم التقدير الشرعي والغوي فيه، أي في تفسير (الشيء) في هذا الموضع، وهو إختيار المصنف في النكت^(٦) ونقل فخر الدين عن والده طاب ثراهما أنه أجاب في درسه عن الوارد

(١) التهذيب: ج ٧، باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٨ الحديث ١٧.

(٢) نقله في نكت النهاية في الجوامع الفقهية عن الراوندي ص ٤١٣ س ٢٣ بقوله: قال الراوندي في تفسير مشكل النهاية: ينتقص السدس الخ.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) السرائر: باب المهور ص ٣٠٣ س ٣٤ قال: والصحيح انه ينقص من المسمى الخ.

(٥) نقله في ايضاح الفوائد: ج ٣ ص ١٨٦ س ١٥ بقوله: وأورد ربما استغرق فخلا النكاح من مهر.

(٦) نكت النهاية: من الجوامع الفقهية: ص ٤١٣ س ٣٠ قال: والوجه عندي إحالة ذلك على نظر الحاكم الخ.

(النظر الثاني) في المهر .. الطرف الاول: كل ما يملكه المسلم يكون مهرا، عينا كان أو دينا

على ابن ادريس: بان المراد أن هذا هو مهر البكر، فما ينقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء وبسببه نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر^(١).

فحاصل الايراد: أن ما ذكره قد يستغرق المهر، فيعروا البضع عن عوض، وهو غير سائغ، مثلا كان مثلها بكرا مائة وثيبا ستون، فالتفاوت أربعون، فلو كان مهرها في الصورة المفروضة أربعون، وكان المنقص من المهر هو التفاوت، لوجب ردها فلا مهر حينئذ.

وحاصل الجواب: أن هذا الحكم المذكور على تقديم أن يكون قد وقع العقد في الصورة المفروضة على مهر مثلها البكر لا أنقص ولا أزيد حتى يلزم المحذور المذكور، وإن فرض التفاوت بين مهر المثل وما وقع عليه العقد، كان المراد أن يرجع بنسبة نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر، فيرجع في الصورة المفروضة بخمس ما وقع عليه العقد، وهو ثمانية من أربعين.

وطعن فيه فخر المحققين: بان قيمة المثل في المعاوضات المحضة، والنكاح ليس منها^(٢).

(النظر الثاني) في المهر مقدمة: المهر مال يجب بعقد النكاح، أو بوطء غير زنا منها، ولا ملك يمين، ويترادف عليها تسعة ألفاظ، الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والاجر، والفريضة، والعلائق، والعقر، والحبا.

(١) الايضاح: ج ٣ في العيب والتدليس ص ١٨٦ س ١٦ قال: وأجاب عنه والدي في درسه الخ.

(٢) الايضاح: ج ٤ في العيب والتدليس، ص ١٨٦ س ١٨ قال: والاول (أي قول النهاية) أرجح، لان قيمة المثل يعتبر الخ.

[أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوي فيه الزوج والاجنبي. أما لو جعلت المهر استتجاره مدة، فقولان: أشبههما الجواز].

قال طاب ثراه: أما لو جعلت المهر إستتجاره مدة، فقولان: أشبههما الجواز. أقول: يشترط في المهر المالية، فكلما يملكه المسلم وتصح المعاوضة عليه جاز أن يكون مهرا، ولا فرق بين الدين والعين والمنفعة، لكن اختلفوا في جواز جعل إجارة الزوج نفسه مدة معينة بحيث أن يكون متعلقة بعينة غير قابلة للنيابة، مهرا، فمنع الشيخ في النهاية^(١) وتبعه القاضي في الكامل^(٢).

وجوزه المفيد^(٣) وتلميذه^(٤) وإبن ادريس^(٥) وأبي علي^(٦) وإبن حمزة^(٧) والكيدري^(٨) واختاره المصنف^(٩) والعلامة^(١٠) والقاضي في المهذب مثل

(١) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح ومالا ينعقد ص ٤٦٩ س ٦ قال: ولا يجوز العقد على إجارة، وهو أن يعقد الرجل على أن يعمل لها أو لوليها أياما معلومة الخ.

(٢) المختلف: في الصداق، ص ٩٤ س ٧ قال: وقال ابن البراج في الكامل كقوله الشيخ في النهاية.

(٣) المقنعة: باب المهور والاجور، ص ٧٨ س ١٠ قال: والمهور كلما كانت له قيمة إلى قوله: ماتستحق عليه الاجور الخ.

(٤) المراسم: ذكر المهر ص ١٥٢ س ١٧ قال: وماله عوض غير مرسوم في الشريعة إلى قوله: وكل هذا ينعقد به النكاح. (٥) السرائر: باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠٠ س ٢٢ قال: والذي أعتدته وأعمل عليه وافتي به أن منافع الحر ينعقد به النكاح الخ.

(٦) و(٨) المختلف: في الصداق ٩٤ س ١٠ قال بعد نقل قول الكامل: وبه قال قطب الدين الكيدري وقال ابن الجنيد: كلما يصح الملك له والتمول إلى قوله: من اجرة دار او عمل إذا وقع التراضي بين الزوجين فالفرج به محل وطؤه الخ.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥ س ١٢ قال: فالاول كل ما يصح تملكه في الاسلام مما له قيمة الخ.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

(١٠) المختلف: في الصداق، ص ٩٤ س ٣١ قال: والمعتمد عندنا الجواز في الجمع الخ.

القولين^(١).

إحتج الاولون: بأنه يستلزم خلو البضع عن العوض، واللازم باطل، وما استلزم البطلان كان باطلا، أما الاولى فلجواز موته، وأما الثانية فبيّنة.

وبما رواه أحمد بن محمد (في القوي) عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط لابيها إجارة شهرين، فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيقى حتى يفي، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبض من الخنطة^(٢).

وما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال: لا يحل النكاح اليوم في الاسلام بإجارة، بأن يقول: أعمل عندك كذا وكذا سنة على أن تزوجني اختك أو بنتك، قال: حرام، لانه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها^(٣).

إحتج الاخرون: بأصالة الواز، وبقوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به)^(٤) وقد وقع التراضي على الاجارة.

وبما رواه محمد بن مسلم (في الصحيح) عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله إلى قوله: زوجتكها على ماتحسن من القرآن،

(١) المذهب: ج ٢ باب الصداق ص ١٩٨ س ٩ قال: ويجوز أن يكون منافع الحر مهرا مثل أن يخدمها شهرا الخ وقال في ص ٢٠١ س ٤: ولا يجوز ايضا على اجارة مثل أن يعقد الرجل على المرأة أن يعمل لها ولوليها أياما معينة أو سنين معلومة.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينعقد من النكاح من ذلك ولا ينعقد ص ٣٦٦ الحديث ٤٦.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور ما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦٧ الحديث ٥١.

(٤) النساء: ٢٤.

فعلّمها إياه^(١).

وأجابوا عن حجة الاولين: بأن الاحتمال يستلزم خلو البضع عن عوض معين، لا عن مطلق العوض، والمحال إنما هو الثاني، لا الاول، كما لو تزوجها على عبد معين ومات قبل التسليم، فانه يضمن بها قيمته، وكذا هنا يوجب بموته قبل المدة اجرة المثل بما بقي منها في أصل التركة، وكذا لو كان المهر تعليم سورة حتى طلقها قبل الدخول أو بعده قبل التعليم، فإنه يجب عليه نصف اجرة المثل، أو كلها قولاً واحداً، وكذا لو تعلمت من غيره، فعلم أن المحال هو خلو البضع في الجملة، لا تطرق خلوه عن العوض المعين.

وعن الثاني: بأنه لا يدل على المنع والتحريم، بل على الكراهة.

وعن الثالث: بأن المنع إنما كان لان الاجارة وقعت للولى، لا للزوجة، والمهر مملوك لها، لا لابیها وأخيها، فلا يجوز شرطه لهما، لان ذلك منسوخ في شرعنا، وقد كان سابقاً في شرع شعيب عليه السلام، ويلحظ ذلك من الحديث في موضعين:

(أ) قوله عليه السلام: (لا يحل النكاح اليوم في الاسلام) إشارة إلى أن هذا الحكم منسوخ إنما هو في صورة مافعله موسى عليه السلام لشعيب (ع) لجواز استيجاره لتعلم الصنعة والسورة من غير خلاف فيه.

(ب) قوله عليه السلام: (هي أحق بمهرها).

هذا مع ضعف السند.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٥٤ الحديث ٧ ورواه العامة بأسانيد مختلفة وألفاظ متقاربة في أبواب متفرقة، منها صحيح البخاري كتاب النكاح باب ٤ تزويج المعسر وباب ٣٠ عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح إلى غير ذلك من الابواب الاخر، ورواه احمد في مسنده ج ٥ ص ٣٣٠ حديث أبي مالك سهل الساعدي، ورواه الدارمي والترمذي والموطأ فلاحظ.

[ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الاشبه، بل يتقدر بالتراضي. ولا بد من تعيينه بالوصف أو الإشارة، ويكفي المشاهدة عن كيله ووزنه. ولو تزوجها على خادم فلم يتعين فلها وسطه، وكذا لو قال: دار أو بيت، ولو قال على السنة كان خمسمائة درهم. ولو سمى لها مهرا ولايها شيئا سقط ماسمى له. ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عينا أو مضمونا].

قال طاب ثراه: ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الاشبه.
أقول: لا يتقدر المهر قلة، فيجوز على أقل ما يتمول ويثبت في الذمة، لأصالة الجواز ولقوله تعالى: (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به)^(١).
ولقول الرضا عليه السلام: وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبض من الحنطة^(٢).
وأما في الكثرة: فالمشهور عند علمائنا أنه لا يتقدر أيضا، فيجوز ما تراضى عليه الزوجان ويلزم وإن بلغ أضعاف مهر السنة، ذهب إليه الشيخان^(٣) ^(٤) والتقي^(٥)

(١) النساء: ٢٤.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور ص ٣٦٦ قطعة من حديث ٤٦.

(٣) المقنعة: باب المهور والاجور، ص ٧٨ س ١٠ قال: والمهور كلما كانت له قيمة من ذهب وفضة إلى أن قال: ويستحب للانسان أن لا يتجاوز في المهر سنة، وهو خمسمائة درهم جيادا قيمتها خمسون دينار مثاقيل عينا.

(٤) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح ص ٤٦٨ س ١٩ قال: المهر ما تراضيا عليه إلى قوله: قليلا كان أو كثيرا الخ.

(٥) الكافي: النكاح، الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٣ س ١٧ قال: أو زاد عليه أضعافا كثيرة.

والحسن^(١) والقاضي^(٢) وإبن حمزة^(٣) وإبن ادريس^(٤) وهو ظاهر الصدوق في المقنع^(٥) وأبي علي^(٦) ونص عليه أبويعلى سلال^(٧).

للإصل، ولقوله تعالى: (ان آتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا)^(٨) وعموم قوله تعالى: ((فنصف ما فرضتم))^(٩) و (آتوا النساء صدقاتهن نحلة)^(١٠) ولصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أن رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، والذي جعله لابيها فاسدا^(١١) ولأنه نوع معاوضة، فكانت تابعة لاختيار المتعاضين. وقال المرتضى: لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيادا، قيمتها خمسون دينارا،

-
- (١) المختلف: في الصداق ص ٩٣ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيد: وكل ماصح التملك له من قليل أو كثير الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢، باب الصداق وأحكامه، ص ١٩٨ س ٧ قال: يصح أن يكون صداقا قليلا كان أو كثيرا الخ.
- (٣) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥ س ١٥ قال: فما تراضيا عليه يكون صحيحا قل ذلك أم كثر.
- (٤) السرائر: باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠١ س ١٣ قال: ومتى عقد الرجل على أكثر من ذلك بأضعاف كثيرة لزمه الوفاء به.
- (٥) المقنع: باب بدو النكاح ص ٩٩ س ٦ قال: وإذا تزوجت فانظر أن لا يتجاوز مهرها مهر السنة الخ.
- (٦) المختلف: في الصداق، ص ٨٢ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيد: وكل ماصح التملك له والتمول من قليل أو كثير الخ.
- (٧) المراسم: ذكر المهر ص ١٥٢ س ١٣ قال: والمهور على ضربين، ذهب وفضة، وماله قيمة الخ.
- (٨) النساء: ٢٠.
- (٩) البقرة: ٢٣٧.
- (١٠) النساء: ٤.
- (١١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦١ الحديث ٢٨.

فما زاد على ذلك رد إلى هذه السنة^(١).

وروى الصدوق في من لا يحضره الفقيه واستدل بعد الاجماع على نفى الزائد بما رواه المفضل بن عمر قال: دخلت على أبي عبدالله فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه؟ قال: فقال: السنة المحمدية خمسمائة درهم، فما زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من خمسمائة درهم^{(٢) (٣)}.

واجيب بضعف الرواية، لوقوع محمد بن سنان في طريقها^(٤)، وقد ضعفه الشيخ جدا^(٥) وما يختص بروايته لا يعمل عليه، مع احتمال حملها على الاستحباب، ومع الزيادة يستحب الرد إلى السنة بالابراء، ومع حصوله لا يلزمه أكثر من السنة.

وروي أن عمر قام خطيبا فقال: أيها الناس بلغني إنكم تغالون في مهور بناتكم، فلا أوتين برجل منكم زاد في مهر إبنته عن السنة إلا رددته إليها وجعلت

(١) الانتصار: مسائل النكاح، في بيان مقدار الصداق، ص ١٢٤ قال: مسألة، ومما انفردت به الامامية أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم، إلى قوله: فما زاد على ذلك رد إلى هذه السنة.

(٢) استناد الحديث إلى الصدوق كما هو ظاهر العبارة لعله سهو من قلم النساخ، لعدم وجوده في من لا يحضره الفقيه ويؤيد عدم وجوده فيه عدم الإشارة اليه في معجم رجال الحديث ايضا، ولعل المراد بقوله: روى عن الصدوق في من لا يحضره الفقيه: ما في ص ٢٥٣ من ج ٣ س ١ من قوله: (والسنة المحمدية في الصداق خمسمائة درهم، فمن زاد على السنة رد إلى السنة) والله يعلم.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينقذ من النكاح من ذلك وما لا ينقذ ص ٣٦١ قطعة من حديث ٢٧.

(٤) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن احمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن سنان، عن مفضل بن عمر).

(٥) قال في التهذيب: (ج ٧ ص ٣٦١ س ١٠) بعد نقل الحديث (فأول ما في هذا الحديث: أن محمد بن سنان مطعون عليه ضعيف جدا، وما استبد بروايته ولا يشركه غيره، لا يعمل عليه).

[ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح، ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل العقد].
الزائد في بيت المال، فقامت إليه امرأة من أخريات الناس، فقالت: وما أنت يا ابن الخطاب
تمنعنا ما أباحه الله لنا؟! فقال: وأين ذلك من كتاب الله؟ فقالت قوله تعالى: (وإن آتيتهم إحداهن
قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا)^(١) فقال أيهما الناس على رسلكم، رجل
أخطأ وامرأة أصابت^(٢).

قال طاب ثراه: ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح، ولها مع الدخول مهر المثل،
وقيل: يبطل العقد أقول: هنا مسألتان.

الاولى: إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير هل يصح العقد أو يبطل؟ فيه مذهبان: (أ)
الصحة، وهو مذهب الشيخ في الخلاف^(٣) والمبسوط^(٤)، وبه قال: ابن حمزة^(٥)

(١) النساء: ٢٠.

(٢) رواه أكثر اصحاب الحديث في مسانيدهم وتفسيرهم بالفاظ متفاوتة ومعاني متقاربة لاحظ سنن البيهقي: ج ٧
كتاب النكاح ص ٢٣٣ وتفسير الدر المنثور للسيوطي: ج ٢ ص ٤٦٦ في تفسيره الآية ٢١ من سورة النساء، وتفسير
الكشاف للزمخشري: ج ١ ص ٤٩١ في تفسيره الآية من سورة النساء ولاحظ ذيله حيث قال: اخرج اصحاب السنن
وابن حبان والحاكم واحمد والدارمي وابن أبي شيبة والطبراني الخ.

(٣) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١ قال: اذا عقد على مهر فاسد مثل الخمر والخنزير إلى قوله: فسد المهر ولم
يفسد النكاح.

(٤) المبسوط: ج ٤، كتاب الصداق، ص ٢٧٢ س ١١ قال: اذا عقد النكاح بمهر فاسد إلى قوله: كان العقد صحيحا
الخ.

(٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ١٣ قال: فان كان مسلما سقط المسمى ولزم
مهر المثل: مثل من عقد على خمر أو خنزير الخ.

وأبو علي^(١) وابن زهره^(٢) وابن ادريس^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة في أكثر كتبه^(٥) وتوقف في المختلف^(٦).

(ب) البطلان: وهو مذهب النهاية^(٧) وبه قال القاضي^(٨) والتقّي^(٩) والمفيد في المقنعة^(١٠) إحتج الاولون: بأن ذكر المهر ليس شرطاً في صحة العقد، فإذا ذكر ما هو فاسد لم يكن أكثر مما لم يذكر أصلاً، فيكون وجوده كعدمه. ولائهما عقدان يصح أن

(١) و(٢) المختلف: في الصداق ص ٩٣ س ٣١ قال: وقال ابن الجنيّد: لا يفسد العقد بفساد المهر إلى قوله: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

(٣) الغنية من الجوامع الفقهية في أحكام النكاح ص ٦١٠ س ٢٣ قال: وإذا وقع العقد على عين محرمة، صح العقد وبطل المسمى.

(٤) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٠ س ١١ قال: ولا يجوز في المهر ما لا يحل تملكه للمسلم إلى أن قال: والذي يقوى في نفسي ما اختاره في مسائل خلافه.

(٥) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٦) التحرير: ج ٢ في الصداق، ص ٣١ (ج) إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير إلى قوله: وهل يبطل النكاح؟ قيل: نعم وقيل: لا وهو الأقرب.

(٧) النهاية: باب المهور وما يتعقد به النكاح وما لا يتعقد ص ٢٩٦ س ٢ قال: ولا يجوز في المهر ما لا يحل تملكه إلى قوله: فإن عقد على شيء من ذلك كان العقد باطلاً.

(٨) المذهب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه، ص ٢٠٠ س ١٠ قال: وأما ما لا يصح تملكه، إلى قوله: فإن عقر على شيء منه كان باطلاً.

(٩) الكافي: الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٣، س ١٧ قال: ولا يصح العقد على عين محرمة الخ.

(١٠) نسب العلامة في المختلف: ص ٩٣ س ٢٩ إلى المفيد القول ببطلان العقد، حيث قال: وهل يبطل العقد؟ للشيخ قولان: ففي النهاية يبطل وبه قال المفيد في المقنعة، ولكن عبارة المقنعة يوهم خلاف ذلك، حيث قال: ولا يجوز النكاح على مال القيمة له من كلب أو خنزير أو خمر، ومن عقد على شيء منه ثبت النكاح بالعقد، ووجب في ذمة المعقود له المهر بقدر مهر مثل المعقود عليها الخ لاحظ باب المهور ص ٧٨ س ١٣.

ينفرد أحدهما عن صاحبه، ألا ترى أنه لو عقد بغير مهر صح العقد: وأيضا فقد افترقا في الاحكام، فإن المهر يدخله الخيار ولا يدخل العقد، وإذا كانا عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر إلا بدليل.

إحتج الآخرون بأن العقد مترتب على الرضا بالمهر، وهو باطل، والمترتب على الباطل باطل، ولأنه عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض.

الثانية: على القول بصحة العقد ماذا يجب؟ قيل فيه قولان:

(أ) مهر المثل، قاله في الخلاف^(١) وهو إختيار ابن حمزة^(٢) وظاهر ابن إدريس^(٣) لأن بطلان المسمى يوجب بطلان التسمية، فيجب بالوطء مهر المثل، لأنه إذا بطل أحد العوضين وجب رد الآخر فإذا تعذر وجب قيمته، وقد انتفى الصداق، فيجب قيمة البضع، وهو مهر المثل.

(ب) قيمته عند مستحليه، قاله الشيخ في موضع من المبسوط^(٤) ووجهه أنهما لما ذكرا عوضا فقد أضربا عن قيمة البضع وقصدا ذلك، وله عموم وهو المالية، وخصوص وهو عينه، وإذا تعذر إعتبار العين بقي إعتبار المالية، فلا يلغى التقدير بالكلية.

وفيه دخل ينشاء من إمتناع تقدير المالية هنا، إذ هو تقدير للمحال، فبلغى كما الغى العين، نعم يفيد ذكره قصد العوض فلا يكون تعويضا، ويتفرع على ذلك ما لو

(١) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١ قال: إذا عقد على مهر فاسد إلى قوله: وجب لها مهر المثل.

(٢) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٦ س ١٣ قال: فإن كان مسلما سقط المسمى ولزم مهر المثل مثل من عقد على خمر الخ.

(٣) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٠ س ١٦ قال: والذي يقوى في نفسي ما ذكره في مسائل خلافه.

(٤) المبسوط: ج ٤، كتاب الصداق ص ٢٩٠ س ٢٠ قال: وأما إن أصدقها خمرًا معينًا، فالذي يقتضيه مذهبننا أن لها قيمته عند مستحليه.

الطرف الثاني: التفويض

لا يشترط في الصحة ذكر المهر، فلو أغفله، أو طرط أن لامهر لها، فالعقد صحيح. ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول، وبعده لها مهر المثل، ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال، وفي المتعة حاله، فالغني يتمتع بالثوب المرتفع، أو عشرة دنانير فأزيد. والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما. ولو جعل الحكم لاحدهما في تقدير المهر صح، ويحكم الزوج بما شاء وإن قل، وإن حكمت المرأة، لم تتجاوز مهر السنة. ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمرءى لها المتعة^(١). طلق قبل الدخول، فيجب نصف مهر المثل على القول الاول، وعلى القول الآخر يجب نصف قيمته عند مستحليه.

فرع

فرق الشيخ بين الخمر والخنزير، فأوجب في الاول مهر المثل لتعذر المالية واستحالتها فيه وأوجب في الخمر قيمته عند المستحل لثبوت المالية للذمي على مثله وعلى المسلم^(٢)، ففرضها فيه ممكن بخلاف الخنزير. قال طاب ثراه: ولو مات الحاكم فالمرءى لها المتعة.

[أقسام التفويض .. القسم الاول : تفويض المهر]

أقول: التفويض قسمان: تفويض المهر: وهو أن يذكر على الجملة، وتفويض تقديره إلى أحدهما، كان يقول: زوجتك نفسي بما تحكم، أو أحكم، والحكم في هذا القسم أن يلزم من إليه الحكم بالفرض، ويثبت ما يحكم به، ويستقر بالدخول، أو الموت، وينتصف

(١) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٠ س ٢٠ قال: وأما ان أصدقها خمرا إلى أن قال: ان لها قمته عند مستحله

بالطلاق، وكذا لو حصل الطلاق قبل الفرض طوّل الحاكم به.

ولو مات الحاكم قبل الفرض، فإن كان بعد الدخول وجب مهر المثل، وإن كان قبله ماذا يجب؟ قيل فيه ثلاثة أقوال: (أ) مهر المثل حكاه في المبسوط^(١) وهو مذهب العلامة في القواعد^(٢).

ووجهه: أنهما لم يرضيا بإخلاء العقد عن المهر، بل ذكراه، غايته أنه مجهول، وقد تعذر الرجوع إلى عينه يموت من إليه تعيينه، فيرجع إلى قيمة البضع، وهو مهر المثل، ولو جوبه بالوطء في مثل هذه الصورة، والموت تقرر من المهر ماتقرره الدخول.

(ب) المتعة مذهب الشيخ في النهاية^(٣) وهو إختيار القاضي^(٤) وإبن حمزة^(٥) والصدوق في المقنع^(٦) وظاهر الخلاف^{(٧) (٨)}.

-
- (١) لم اعثر في المبسوط على التصريح بما في الفرض الا ما في فص التفويض ص ٢٩٦ س ١ من قوله: (فاما اذا وقعت الفرقة بالوفاة إلى قوله: واما المهر فمات أحدهما فعلى قولين: أحدهما لها مهر المثل، والثاني لا مهر لها وهو الصحيح عندنا وفيه خلاف) وهذا كما ترى يومهم خلاف المقصود.
- (٢) القواعد: الثاني تفويض المهر ص ٤١ س ٣ قال: ولو مات الحاكم قبله وقيل الدخول فلها مهر المثل الخ.
- (٣) باب المهور وما ينعقد به النكاح ص ٤٧٢ س ١٣ قال: فان مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما إلى قوله: كان لها المتعة.
- (٤) الهذب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه ص ٢٠٦ س ٢ قال: فان مات الزوج أو الزوجة قبل أن يحكما إلى قوله: كان للزوجة المتعة.
- (٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٦ س ٥ قال: فان مات أحدهما قبل الفرض في مسألتين سقط المهر الخ.
- (٦) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٨ س ٩ قال: واذا تزوج الرجل امرأة إلى قوله: فلها المتعة والميراث الخ.
- (٧) ليس في النسخة المعتمدة جملة: (وظاهر الخلاف).
- (٨) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١٥ قال: المفوضة اذا طلقها زوجها إلى قوله: لكن يجب لها المتعة الخ وهذا ايضا بناء على ان الموت كالطلاق.

ووجهه: أن العقد لا يجوز خلوه عن عوض، لوقوع التراضي عليه، وليس معينا حتى يرجع إليه، ومهر المثل يتبع الدخول ولم يحصل، فيتعين المتعة.

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل يزوج امرأة على حكمها، أو على حكمه، فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، فقال: لها المتعة والميراث، ولا مهر لها^(١).

(ج) لاشئ لها قاله ابن إدريس^(٢) لأن مهر المثل يتبع الدخول، والمتعة يجب بالطلاق، وليس أحدهما حاصلا، وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(٣) وظاهر الخلاف^(٤) وصرح به ابن إدريس إذا كان الحاكم المرأة وماتت^(٥)، ولم يذكر حكم موته إذا كان هو الحاكم، والظاهر المساواة. والمعتمد قول النهاية، وهو إختيار المصنف^(٦) والعلامة في المختلف^(٧).

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور، ص ٣٦٥ قطعة من حديث ٤٤.
- (٢) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٢ س ٣٤ قال: وقد روي انه اذا مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما إلى قوله بعد أسطر: والاصل براءة الذمة.
- (٣) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٦ س ١ قال: اذا وقعت الفرقة بالوفاء إلى قوله: والثاني لا مهر لها.
- (٤) الخلاف: كتاب الصداق مسألة ١٨ قال: اذا مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول فلامهر لها.
- (٥) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٣ س ١ قال: والاولى القول بانه لا يلزم الزوج شئ بعد موت المرأة اذا كان قد تزوجها على حكمها.
- (٦) لاحظ اختياره في النافع.
- (٧) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٤ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

القسم الثاني: تفويض البضع

وهو تراضي الزوجين بإيقاع العقد من غير مهر، إما باغفاله، أو بإشراط سقوطه، كقولها: زوجتك نفسي، فيقول قبلت،

الطرف الثالث، في الاحكام

وهي عشرة: (الاول) تملك المرأة المهر بالعقد، وينتصف بالطلاق، ويستقر بالدخول وهو الوطاء قبلا أو دبرا، ولا يسقط معه لو لم يقبض، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الاشهر^(١). ويقتصران، أو تقول: زوجتك نفسي بلا مهر، أو على أن لا مهر لي. فتقول: هذا العقد لا يقتضي لزوم شيء في إبتدائه، لرضاهما بوقوع العقد مجانا. ولرواية منصور بن حازم قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم تفرض لها صداقا، قال: لا شيء لها من الصداق، فان كان دخل بها فلها مهر نسائها^(٢) فعلى هذا لومات أحدهما قبل الدخول لم يجب شيء إجماعا.

ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: إن كان فرض لها مهرا، فلها، وإن لم يكن فرض مهرا، فلا مهر لها^(٣).

وإن حصل طلاق قبل الدخول وجبت المتعة إجماعا، لقوله تعالى (ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره)^(٤). ولو تراضيا بفرضه صح، ووجب كله بالدخول، أو الموت، ونصفه بالطلاق قبله، ولا فرق في وقوع الفرض قبل الدخول وبعده، وسواء كان المفروض بقدر مهر المثل، أو أقل أو أكثر، عالين بذلك، أو جاهلين، أو بالتفريق.

قال طاب ثراه: تملك المرأة المهر بالعقد، وينتصف بالطلاق، ويستقر بالدخول، وهو الوطاء قبلا أو دبرا، ولا يسقط معه لو لم يقبض، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الاشهر.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور ص ٣٦٢ الحديث ٣٠.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٤٦ قطعة من حديث ١٠٤.

(٣) البقرة: ٢٣٦.

أقول: هنا مسائل: الأولى: يملك المرأة بالعقد جميع المهر ملكا متزلزلا كملك البائع للثمن في مدة خيار المشتري، والمشتري المبيع في مدة خيار البائع، وينتصف بالطلاق، أي ويتجدد ملك النصف للزوج بالطلاق، هذا إختيار الأكثر من الاصحاب، وذهب ابن الجنييد إلى أن الذي يوجب العقد من المسمى نصفه، والنصف الباقي يوجبه الدخول^(١).
إحتج الاولون: بأن الصداق عوض البضع والزوج يملكه بنفس العقد، فيجب أن تملك الزوجة عوضه كالمبتاعين.

وبرواية عبيد بن زرارة (في الموثق) عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجل تزوج امرأة وأمهرها مهرا، فساق إليها غنما ورقيقا، فولدت عندها، وطلقها قبل أن يدخل بها، قال: إن كان قد ساق إليها ماساق وقد حملن عنده، فله نصفها ونصف ولدها، وإن كن حملن عندها فلا شيء له من الاولاد^(٢).

واحتج ابن الجنييد: بأنها لو ملكته لاستقر، عملا بالاصل، ولم يزل ملكها إلا بسبب ناقل كالبيع وشبهه، ولم يوجد، فلا يكون الملك متحققا^(٣).
وبرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يوجب المهر إلا الوفاق في الفرج^(٤).

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته متى تجب المهر؟ قال:

-
- (١) المختلف: في الداق، ص ٩٩ قال: مسألة، المشهور عند علمائنا ان المرأة تملك الصداق بالعقد إلى أن قال: وقال ابن الجنييد: الذي يوجه العقد من المهر المسمى النصف الخ.
(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاحور ص ٣٦٨ الحديث ٥٤.
(٣) المختلف: في الصداق، ص ٩٩ س ٢٤ قال: قال ابن الجنييد: بانه لو ملكته بالعقد الخ.
(٤) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

إذا دخل بها^(١).

واجب: بأن الوجوب أعم من الاستقرار، فلا يستلزمه، والسقوط لا يمنع الوجوب كما في الارتداد، والسبب الناقل هنا الطلاق بنص القرآن في قوله تعالى: (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)^(٢) والروايات محمولة على الاستقرار جمعا بنى الأدلة، ولأنه المفهوم من الوجوب في الغلب. وتظهر الفائدة في مسائل:

(أ) في نماء المتجدد فيما بين العقد والطلاق، فعلى المشهور يكون للمرأة، وعنده لهما.

(ب) لو خلعهما على مهرها، أو طلقها عليه، أو وهبته إياه، أو أبرأته منه، رجع عليها بالنصف على المشهور، ولا يرجع عليها بشئ عنده.

(ج) لو كان المهر نصابا وأقبضها إياه، ثم طلقها بعد مضي الحول، وجب الزكاة عليها عندنا، ولا يجب عنده، لأنها لم تملك نصابا تاما.

(د) لو كان المهر معينا لم يجوز لها التصرف فيه إلا بإذنه عنده، لتحقيق الشركة، ويجوز على المشهور.

(هـ) لو كان معينا وباعته من غير إذنه، صح على المشهور، ووقف على إجازته في النصف الآخر عنده.

(و) لو كان معينا وحجر عليه لفلس، لم يتعلق به الحجر على المشهور، وتعلق بنصفه عنده.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢١) باب من الزيادات في فقه النكاح، ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(ز) لو مات أحد الزوجين إستقر الجميع على المشهور، لوجوبه بالعقد، وحصول التنصيف بالطلاق ولم يحصل، ويجب النصف عنده.

(ح) يحسب النصف من أموالها ويخرج عن ماله عنده، وعلى المشهور جميع المهر، فيفيد وجوب الخمس والحج ومنع الاخذ من الزكاة.

الثانية: فيما يوجب تقرير المسمى، وانحصر فيه خمسة أقوال، ووقع الاجماع على نفى السادس.

(أ) غيبوبة الحشفة قبلًا أو دبرًا، وإن كان الوطء حراما كما في الحيض والاحرام، لانه يوجب في الشبهة إبتداء، ففي الصحيح تقريراً أولى.

(ب) إرتداد الزوج في القول الاظهر، وقد صرح به ابن حمزة، فقال: تستقر المهر المعين بثلاثة أشياء: بالدخول والموت وإرتداد الزوج^(١).

(ج) موت الزوج على قول الاكثر، خلافاً للصدوق في المقنع، حيث أوجب النصف^(٢) معولا على صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في الرجل يموت وتحتة امرأة لم يدخل بها، قال: لها نصف المهر، ولها الميراث كاملا، وعليها العدة^(٣).

وعورضت بصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن الرجل يتزوج المرأة، فيموت عنها قبل أن يدخل بها، قال: لها صداقها كاملا، وترثه، وتعتد بأربعة أشهر وعشرا^(٤).

(١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ٥ قال: ويستقر بأحد ثلاثة اشياء الخ.

(٢) المقنع: باب الطلاق، ص ١٢٠ س ٢١ قال: والمتوفى عنها زوجها إلى قوله: إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرا فلها نصفه، وهو الذي أعتمده وافق به.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٤٤ الحديث ٩٨.

(٤) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٤٦ الحديث ١٠٧ وتامه (كعدة المتوفى عنها زوجها).

واختصت بزيادة الترجيح بعمل الاصحاب، وتأييدت أيضا بالنظر، إذ العقد يوجب المهر ويتنصف بالطلاق، ولم يحصل.

(د) موت الزوجة في المشهور، وهو قول المفيد^(١) وبه قال ابن حمزة^(٢) وابن إدريس^(٣) والقاضي في المذهب^(٤) وخالف الشيخ^(٥) والقاضي في الكامل^(٦) وقطب الدين الكيدري^(٧) وأوجبوا النصف خاصة، وربما حمل على غير ذات الولد، فيكون له النصف بالميراث.

(هـ) الخلوة التامة: وهي المعركة العظيمة بين الفقهاء: ونعني بالتامة إرخاء الستر، أو إغلاق الباب وعدم حصول مانع في الزوج كالعنن، أو في المرأة كالرتق، واختلفت فيه عبارات الاصحاب، وتعددت آراؤهم، والمرجع فيها عند التحقيق إلى أربعة مذاهب:

(أ) أنها قائمة مقام الدخول في تقرير المهر، حكاه الشيخ في الكتابين عن قوم

(١) المختلف: في الصداق، ص ٩٦ س ٧ قال: بعد نقل قول ابن إدريس: وهو اختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء وهو الصحيح الخ.

(٢) تقدم أنفا حيث قال: بالدخول والموت وارتداد الزوج.

(٣) السرائر: باب المهور ص ٣٠٢ س ٢٣ قال: ومتى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر المهر جميعه الخ.

(٤) المذهب: ج ٢ باب الصداق ص ٢٠٥ س ١ قال: وإن ماتت المرأة إلى قوله: جاز لورثتها المطالبة به.

(٥) النهاية: باب المهور ص ٤٧١ س ١٥ قال: وإن ماتت المرأة قبل الدخول بها كان لوليائها نصف المهر.

(٦) و(٧) المختلف: في الصداق، ص ٩٦ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج في الكامل إلى قوله: وقطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضا.

من أصحابنا^(١) ^(٢).

ويؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها، فأغلق عليها بابا، أو أرخى عليها سترا، ثم طلقها، فقد وجب الصداق، وخلاؤه بها دخول^(٣).
وقال الصدوق في المقنع: إذا تزوج الرجل المرأة، فأرخى الستر، أو أغلق الباب، ثم أنكرا جميعا المجامعة، فلا تصدقان، لأنها تدفع عن نفسه العدة، ويدفع عن نفسه المهر^(٤).
ومستنده رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأة فيرخى عليه وعليها الستر، أو يغلق الباب، ثم يطلقها، فقبل للمرأة، هل أتك؟ فتقول: لا، ما أتايني، ويسأل هو هل أتيتها؟ فيقول: لم آتها، قال: فقال: لا يصدقان، وذلك أنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها، ويريد هو أن يدفع المهر^(٥) وحملها الشيخ على تهمة الزوجين^(٦).
(ب) إشتراط قيد آخر مع الخلوة، وهو أحد أمور أربعة:

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٧١ ٧٢ وفي الاستبصار ج ٣ (١٤٠) باب ما يوجب المهر كاملا ص ٢٢٧ الحديث ٥ ٦.
(٢) النهاية: باب المهور ص ٤٧١ س ٧ قال: ومتى خلا الرجل بامرأته إلى قوله: وجب عليه المهر الخ.
وفي الخلاف: كتاب الصداق مسألة ٤٢ قال: وذهبت طائفة إلى أن الخلوة كالدخول يستقر بها المهر إلى قوله: وبه قال قوم من أصحابنا الخ.
(٣) تقدم نقله عن التهذيب آنفا في حديث ٧١.
(٤) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٩ س ٩ قال: وإذا تزوج الرجل فارخى الستر الخ.
(٥) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٥ الحديث ٧٣ (٦) التهذيب: ج ٧، ص ٤٦٥ س ١ قال بعد نقل الحديث ما لفظه (لأن هذين الخبرين محمولان على أنه إذا كان الرجل والمرأة متهمين الخ).

(أ) الوقاع.

(ب) الانزال بالنظر.

(ج) القبلة.

(د) اللمس.

إيما حصل التلذذ به وجب على الزوج كمال المهر، ومع عدمها يجب النصف في نفس الامر، ولا يحل لها المطالبة بالاكثير منه، وإن وجب قبول قولها في الظاهر قاله أبو علي^(١) ويطلبه إجماع الاصحاب عل وجوب النصف في العنة مع الخلوة بها والامهال معها حولا كاملا.

(ج) وجود الخلوة مع عدم الدخول، كعدمها، والقول قول الزوج مع يمينه في عدم الوطء، حكاه الشيخ في الكتابين قال: وهو ظاهر في روايات أصحابنا^(٢) وهو اختيار المصنف^(٤) والعلامة في أكثر كتبه^(٥).

احتجوا برواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج^(٦).

(١) المختلف: في الصادق ص ٩٥ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيد إلى قوله: هو الوقاع أو مقام مقامه من تسليم المرأة نفسها الخ.

(٢) الخلاف: كتاب الصادق، مسألة ٤٢ قال: فذهبت طائفة إلى أن وجود هذه الخلوة وعدمها سواء الخ.

(٣) النهاية: باب المهور، ص ٤٧١ س ١٠ قال: فان امكن الزوج اقامة البينة إلى قوله: لم يلزمه أكثر من نصف المهر.

(٤) لاحظ مختاره في النافع.

(٥) المختلف: في الصادق ص ٩٦ س ٣ قال: والمعتمد ان الخلوة بمجرد ما لا يوجب المهر.

وفي القواعد: في المهر ص ٣٧ س ١٦ قال: وانما يتقرر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوة على الاقوى.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٢١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

وسأل محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها^(١).

وفي معناها رواية حفص بن البختري^(٢).

فإذا كان الشرط في وجوب المهر هو الوقاع، وهو غير معلوم، لا يجوز الحكم بالمهر مع الجهل بموجبه، لاصالة براءة الذمة، ولأنه فعله، فيكون القول قوله فيه، ولأنه الاصل فيكون القول قول مدعيه مع يمينه، ترجيحاً للاصل على الظاهر عند التعارض.

(د) وجود الخلوة كعدمها في نفس الامر، لكنها أمانة قاضية برجحان قول المرأة مع يمينها لو ادعت الدخول وأنكره الزوج، ولا يحل لها في نفس الامر أكثر من النصف، ويجب على الحاكم القضاء لها بالجميع مع يمينها على وقوع الدخول بها. فهنا حكمان:

(أ) عدم وجوب الزائد على النصف في نفس الامر، ويدل عليه عموم ما حكيناه من الروايات.

وخصوص رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فادخلت عليه، وأغلق الباب، وأرخى الستر، وقبل ولمس من غير أن يكون وصل إليها بعد، ثم طلقها على تلك الحال، قال: ليس عليه إلا نصف المهر^(٣).

(ب) تقديم قولها مع يمينها، لأنها يمكنها إقامة البينة على ذلك، لأنها تدعي الظاهر إذا شاهد حال الصحيح مع خلوته بالخليلة وعدم المانع من مواقعتها، والظاهر

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٩.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٧ الحديث ٧٨.

[الثاني) قيل: إذا لم يسم لها مهرا، وقدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا مالم يشترط غيره].
عند التعارض مقدم على الاصل، وهذا هو فتوى الشيخ الجليل العابد مُحَمَّد بن أبي عسير من
القدماء قدس الله روحه^(١) فاستحسنه الشيخ وأفتى به^(٢) وبه قال ابن حمزة^(٣) وابن الجنيدي^(٤) وعليه
أكثر المتقدمين.

الثالثة: لا يسقط المهر بعدم القبض ترك المطالبة بعد الدخول، ونقل الشيخ في التهذيب عن
بعض أصحابنا: أنه إذا دخل بها هدم الصداق^(٥).

قال طاب ثراه: قيل: إذا لم يسم لها مهرا وقدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا مالم يشترط
غيره.

أقول: القول المحكى هو المشهور بين الاصحاب، وبه أفتى الشيخان^{(٦) (٧)}

(١) و(٢) التهذيب: ج ٧ ص ٤٦٧ س ٤ قال: وكان ابن عمير رحمته الله يقول: إلى قوله: ويلزم الرجل المهر كله إلى قوله:
وهذا وجه حسن.

(٣) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٨ س ١٨ قال: وإذا دخل بها وأرخي الستر عليهما
إلى قوله: قبلت منه.

(٤) المختلف: في الصداق، ص ٩٥ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيدي: إلى قوله: فان وقعت الخلوة بحيث لا مانع فالحكم
بالاغلب الخ.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور، ص ٣٥٩ الحديث ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ ثم قال بعد نقل
الاحاديث: ولو كان الامر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا: من أنه إذا دخل بها هدم الصداق الخ.

(٦) المقنعة: باب المهور والاجور ص ٧٨ س ١٧ قال: وإن دخل بها وأعطاه قبل الدخول شيئا، فذلك مهرها الخ.

(٧) النهاية: باب المهور، ص ٤٧٠ س ٥ قال: وإن لم يكن قد سمي لها مهرا وأعطاه شيئا إلى قوله: لم يكن لها شيء.

والقاضي^(١) وسالار^(٢) وادعى ابن ادريس عليه الاجماع^(٣) وتوقف المصنف^(٤) وفصل العلامة، فقال: إن رضيت بالمدفوع إليها لم يكن لها المطالبة بشئ وإن لم يرض به مهر كان لها ذلك^(٥). بقي هنا شئ وهو أن نقول: قد كان في الزمن الاول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، والعادة الآن بخلاف ذلك، فلعل منشاء الحكم العادة. فتقول: إن كانت العادة في بعض الازمان، أو الاصقاع كالعادة في القديم، كان الحكم ما تقدم، وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها، هذا آخر كلامه رحمه الله^(٦) وقال ابن حمزة: إن دخل بها قبل الفرض وبعث إليها قبل الدخول بشئ، فإن ردت عليه، أو أبت قبوله من جهة المهر، لزمه مهر المثل، وإن لم ترد وقالت المرأة بعد ذلك أنها هدية، والرجل يقول أنها مهر، كان القول قول الرجل مع اليمين، فإن حلفت سقطت دعواها، وإن نكل لزم لها مهر المثل، وإن رد اليمين كان له ذلك^(٧).

-
- (١) المذهب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه، ص ٢٠٢ س ١٥ قال: وإن أعطها شيئاً إلى قوله: لم يكن لها سوى ما قبضته منه قبل دخوله بها.
- (٢) المراسم: ذكر المهر ص ١٥٢ س ٧ قال: وإن دخل بها وقد أعطها قبل الدخول شيئاً ما، كان ذلك مهرها.
- (٣) السرائر: باب المهور ص ٣٠١ س ١٧ قال: وإن لم يكن سمى لها مهرًا وأعطها شيئاً قبل دخوله بها إلى قوله: فإن دليل هذه المسألة هو الاجماع.
- (٤) لاحظ مختاره في النافع.
- (٥) المختلف: في الصداق ص ٩٥ س ١٩ قال: والوجه عندي التفصيل الخ.
- (٦) المختلف: في الصداق، ص ٩٥ س ٢٠ قال: بقي هنا شئ الخ.
- (٧) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ٨ قال: وإن دخل بها قبل الفرض الخ وفيه (قبل القبض) وهو غلط مطبعي اهرا.

[الـالثالث) إذا طلق قبل الدخول رجـع بالنصف إن كان أبـضها، أو طالبت بالنصف إذا لم يكن أبـضها ولا تستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق، متصلا كان كاللبن، أو منفصلا كالولد.

ولو كان النماء موجودا وقت العقد رجـع بنصفه كالحمل.
ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجـع بنصف أجرته ولو أبرأته من الصداق رجـع بنصفه.
(الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين، وقيل: يبطل التدبير يجعلها مهرا وهو أشبه[.

قال طاب ثراه: لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين، وقيل: يبطل التدبير يجعلها مهرا وهو أشبه.

أقول: يريد لو أمهرها مدبرة، هل يبطل تدبيرها يجعلها مهرا؟ لأنه بمنزلة الوصية، والوصية تبطل بمثل ذلك، فلو طلقها قبل الدخول رجـع إليه نصفها وكان طلقا لاتدبير فيه، أو يكون التدبير باقيا، ولا يبطل بمجرد الامهار، بل لا يبطل إلا بصريح الرجوع، ويكون الامهار في الحقيقة منصرفا إلى المنافع، فلو مات إنعتقت، ولا سبيل للمرأة على كلها لو كان بعد الدخول، ولا نصفها لو كان قبله: ابن ادريس^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣) على الاول.

(١) السرائر: في باب المهور، ص ٣٠٣ س ٨ قال: والذي يقتضيه أصول مذهبنا أن قال: إلى قوله: وتخرج عن كونها مدبرة الخ.

(٢) لاحظ مختاره في النافع.

(٣) المختلف: في الصداق ص ٩٧ س ٢٢ قال: والمعتمد بطلان التدبير بالاصداق الخ.

والشيخ^(١) والقاضي^(٢) على الثاني.

إحتج الشيخ بما رواه معلى بن خنيس قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة، قد عرفت المرأة وتقدمت على ذلك، وطلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة، فيكون للمرأة يوم في الخدمة، ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة، قيل له: وإن ماتت المدبرة قبل المرأة والسيد لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ماتركت للمرأة، ونصفها الآخر لسيدها الذي دبرها^(٣). وفي الطريق قول ينشأ من معلى، فإن فيه خلافاً^(٤).

فرع

على قول الشيخ عليه السلام يقيد ذلك بكونها عاملة بالتدبير، كما تضمنته الرواية، ولو لم تكن عاملة كان لها إلزام الزوج بالرجوع، وإن لم يرجع كان لها فسخ المهر

(١) النهاية: باب المهور، ص ٤٧٣ س ٤ قال: وإذا عقد لها على جارية مدبرة إلى قوله فإذا مات المدبر صارت حرة الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ باب الصداق، ص ٢٠٦ س ٩ قال: وإذا تزوج امرأة وجلع مهرها جارية مدبره إلى قوله: انعتقت المدبرة الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٧ الحديث ٤٩.

(٤) قال النجاشي: ضعيف جدا لا يعول عليه، وقال ابن الغضائري: لا أرى الاعتماد في حديثه، وقال الشيخ أبو جعفر الطوسي: انه كان من قوام أبي عبد الله عليه السلام وكان محموداً عنده ومضى على منهاجه، وقال المحقق الوحيد في جملة من كلامه: ويظهر من مهج الدعوات لابن طاوس وغيره كونه من اشهر وكلاء الصادق عليه السلام وأجلهم، وانه قتل بسبب ذلك، وانه كان يجي الاموال اليه (تلخيص من تنقيح المقال ج ٣ ص ٢٣٠).

[الخامس) لو أعطاهما عوض المهر متاعاً، أو عبداً آبقاً وشيئاً، ثم طلق رجع بنصف المسمى دون العوض.

(السادس) إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع، فسد الشرط دون العقد والمهر، كما لو شرطت ألا يتزوج أو لا يتسرى، وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل، فإن تأخر عنه فلا عقد، أما لو شرطت أن لا يفتضها صح، ولو أذنت بعده جاز، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة]. والرجوع بالارش، أو مهر المثل على إشكال.

قال طاب ثراه: أما لو شرطت أن لا يفتضها صح، ولو أذنت بعده جاز، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة.

أقول: للأصحاب هنا خمسة أقوال:

(أ) صحة العقد والشرط مطلقاً، أي سواء كان العقد دائماً أو منقطعاً، ولو أذنت بعد ذلك جاز فهنا حكمان. تحريم الافتضاض^(١) مع عدم الاذن، وموجبه لزوم الوفاء بالشرط. وتسويغه بعد الاذن، لان بالعقد ملك الاستمتاع، وإنما كان الامتناع لمكان الشرط، ولا مانع من هذا الشرط، فيكون لازماً. لقوله ﷺ: المؤمنون عند شروطهم^(٢) وقد زال برضاها.

ولرواية سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسأها أن تزوجه نفسها؟ فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ماشئت، من نظر أو إلتماس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل

(١) افتض الجارية ازال بكارتها، والافتضاض بالفاء بمعناه (مجمع البحرين فضض).

(٢) عوالى الثالى: ج ١ ص ٢١٨ الحديث ٨٤ وص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ وج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٧ وج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولاحظ ما علق عليه

فرجك في فرجي، وتتلذذ بما شئت، فاني أخاف الفضيحة، قال: ليس له إلا ما اشترط^(١).
وعن إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق^(٢) على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، فقال: إذا أذنت له فلا بأس^(٣) وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٤).
(ب) بطلان الشرط خاصة وصحة العقد فيهما، فله الوطى وإن لم ترض قاله القاضي^(٥) وابن ادريس^(٦) وفخر المحققين^(٧) ولعل وجهه ما ثبت من كون الشرط الفاسد لا يوجب فسادا في العقد، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى.
ولما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وأصدقها، واشترط أن بيدها الجماع والطلاق قال: خالف السنة

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاحور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٥٨.
(٢) العاتق: الشابة اول ما تدرك، وقيل: هي التي لم بتن من والديها ولم تزوج وقد ادركت وشبت (النهاية لغة عتق).
(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاحور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٥٩.
(٤) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٧٤ س ٥ قال: فان شرطت عليه في حال العقد إلى قوله: فان أذنت جاز.
(٥) المذهب: ج ٢ باب الصداق واحكامه ص ٢٠٧ س ٤ قال بعد نقل قول الشيخ: (والاولى ما ذكرناه) أي كون الشرط باطلا.
(٦) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٣ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ: والذي يقتضيه اصول المذهب ان الشرط باطل الخ.
(٧) الايضاح: ج ٣، في المهر، ص ٢٠٧ س ١٩ قال بعد نقل مختار ابن ادريس: وهو الاقوى عندي.

وولى الحق من ليس بأهله، قال: فقضى أن على الرجل النفقة، وييده الجماع والطلاق، وذلك السنة^(١).

(ج) صحة هذا الشرط إذا وقع في العقد المنقطع، وبطلان العقد والشرط في الدائم، قاله الشيخ في المبسوط^(٢) وبه قال قطب الدين الكيدري^(٣).

(د) بطلان الشرط دون العقد في الدائم، وصحتها في المؤجل قاله ابن حمزة^(٤).

(هـ) ظاهر العلامة في المختلف بطلان العقد والشرط في النكاحين، لانه بعد أن حكى قول الشيخ في المبسوط: من أن الشرط إذا عاد بفساد العقد، مثل أن يشترط الزوجة أن لا يطأها فالنكاح باطل، لانه شرط يمنع المقصود بالعقد.

وقد روى أصحابنا أن العقد صحيح والشرط صحيح، ولا يكون له وطئها، فإن أذنت له فيما بعد كان له ذلك، قال: وعندي أن هذا يختص بعقد المتعة دون عقد الدائم، ثم حكى قول ابن ادريس، ثم قال بعده: والوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط، من بطلان العقد والشرط معا، أما الشرط فلانه مناف لمقتضى العقد، وأما العقد فلعدم الرضا به بدون الشرط، ثم أجاب في آخر المسألة عن حجة المجوزين بالطعن في سند الاحاديث، وعن قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: (المؤمنون عند شروطهم) بأنه يختص بالشروط السائغة، فهذا الشرط إن كان سائغا لم يحل له الافتضاض بعد

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور ما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٦٠.
(٢) المبسوط: ج ٤، كتاب الصداق، ص ٣٠٤ س ٢ قال: وعندي أن هذا يختص بعقد المتعة دون عقد الدوام.
(٣) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٢٩ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: ومثله قال قطب الدين الكيدري.
(٤) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ١٣ قال في الشروط الباطلة: ولا يجامعها، إلا في نكاح المتعة.

[السابع) لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم. ولو شرط لها مائة إن خرجت معه، وخمسين إن لم تخرج، فإن أخرجها إلى بلد الشرك، فلا شرط له ولزمتها المائة، وإن أرادها إلى بلد الاسلام فله الشرط] العقد بإذنها، لعد تناول العقد له^(١) فإستدلالة في أول المسألة وجوابه في آخرها يتناول الدائم والمنقطع.

واجيب عن قوله: فهذا الشرط إن كان سائغا لم يحل له الوطاء باذنها لعدم تناول العقد له. قلنا: بل تناوله العقد، لانا نبحت عن صحة العقد، والعقد الصحيح يقتضي إباحة البضع للزوج، فإن قال: يقتضي ذلك إباحته له من غير توقف على إذنها، قلنا: وجوب الوفاء بالشرط وقفه على إذنها.

قال طاب ثراه: لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم، ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين إن لم تخرج، فإن أرادها إلى بلد الشرك، فلا شرط له ولزمتها المائة، وإن أخرجها إلى بلد الاسلام فله الشرط^(٢).

أقول: هنا بحثان: (الاول) وهذا الشرط أعني أن لا يخرجها من بلدها، هل هو من الشروط السائغة التي يلزم إذا ذكرت في العقد، أولا؟ قال الشيخ في النهاية بالاول^(٣) وبه

(١) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٢٧ قال: وقال الشيخ في المبسوط الخ.

(٢) عبارة المختصر النافع المطبوع كما اثبتناه في صدر الصفحة، وفي النسخ المخطوطة من المذهب بدل (فان اخرجها إلى بلد الشرك) (فان ارادها إلى بلد الشرك) وفي الجملة الاخيرد ايضا بدل (وان أرادها إلى بلد الاسلام) (وان اخرجها إلى بلد الاسلام).

(٣) النهاية: باب المهور وماينعقد به النكاح ومالاينعقد، ص ٤٧٤ س ٥ قال: ومتى شرط الرجل إلى قوله: كان له ما اشترط عليها.

قال القاضي ^(١) وابن حمزة ^(٢) واختاره المصنف ^(٣) والعلامة ^(٤) لان الاغراض تتعلق بالبت في المنازل، والاستيطان في البلدان التي حصل النشو فيها والانس بها، وهو أمر مطول للعقلاء، سائغ في نظر الشرع، فجاز جعله شرطاً في عقد النكاح توصلاً إلى تحصيل الاغراض المباحة، والمطالب السائغة الظاهرة حكمها.

ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: تفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك ^(٥).

وقال في الكتابين يبطل الشرط ويصح النكاح ^(٦) ^(٧) وبه قال ابن ادریس ^(٨) لانه يجب عليها مطاوعة زوجها في الخروج معه إلى حيث يشاء، واختاره فخر المحققين ^(٩) لان مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على المرأة بالاسكان

(١) المهذب: باب الصادق وأحكامه ص ٢١٢ س ١٦ قال: وإذا عقد على امرأة وشرط لها إلى قوله: كان الشرط صحيحاً.

(٢) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ١٩ قال: والثالث يصح ذلك إلى قوله: أو يشترط المهر مائة إن أخرجها الخ.

(٣) لاحظ مختاره في النافع.

(٤) المختلف: في الصادق، ص ٩٨ س ١٢ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينقد من النكاح من ذلك وما ينقد، ص ٣٧٢ الحديث ٦٩.

(٦) المبسوط: ج ٤، حكم الشروط في العقد، ص ٣٠٣ س ١٨ قال: مثل أن لا يسافر بها إلى قوله: فهذا شرط باطل ولا يفسد المهر عندنا.

(٧) الخلاف: كتاب الصادق، مسألة ٣٢ قال: اذا اصدقها ألفاً وشرط أن يسافر بها إلى قوله: والشرط باطلاً.

(٨) السرائر: باب المهور ص ٣٠٣ س ٢٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: وهو الصحيح: وانما اورد ماأورده في نهايته ايراداً لا اعتقاداً.

(٩) الايضاح: ج ٣، في المهر، ص ٢١٠ س ٩ قال: والاصح عندي قول ابن ادریس، وهو أنه لا يصح هذا الشرط.

والاستمتاع وغير ذلك.

(الثاني) إذا شرط لها مائة إن خرجت وخمسين إن لم تخرج، فإن أرا إخراجها إلى بلد الشرك فلا شرط له ولزمه المائة، وإن أراد إخراجها إلى بلد الاسلام لزمها الاجابة، ومع عدمها يكون لها الخمسون، وهنا سؤالان: (أ) إذا شرط لها خمسين مع المقام ومع السفر مائة، يكون المهر مجهولا، وذلك يقتضى فساد، ويرجع فيه إلى مهر المثل، فالقول بتصحيحه وتعيينه يحتاج إلى دليل.

(ب) كيف يقول العلامة في القواعد: ولو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها، وأريد إخراجها إلى بلد الشرك، لم يلزمه إجابته، ولها الزائد، وإن أخرجها إلى بلد الاسلام كان الشرط لازما^(١).

وفيه نظر، وظاهر هذه العبارة أنه لم يخرج بها إلى بلد الشرك، لان الاجابة وعدمها أمر متقدم على الخروج، وإنما شرطت لها المائة على تقدير الاخراج، فكيف يلزمه مع عدمه. والجواب عن الاول: أن تطرق الجهالة إلى المهر غير قاذح في صحته وتعيينه، ولهذا جاز أن يتزوجها على القبض من الفضة، والقبضة من الحنطة من غير كيل ولا وزن، ويتعين ذلك ولا يجب غيره، وعلى الدار والخادم والبيت مع عدم الوصف والتعيين، ويجب وسط ذلك، وأيضا الاصل الصحة.

ويؤيده حسنة على بن رثاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عنده عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، فإن لم تخرج

(١) القواعد: ج ٢، الثالث الشرط، ص ٣٨ س ١٧ قال: ولو شرط لها مهرا ان لم يخرجها من بلدها الخ.

معه فمهرها خمسون دينارا، أرايت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار السلام، فله ما شرط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي لها صداقها، أو يرضى من ذلك بما رضيت، وهو جائز له^(١).

وعن الثاني: أن المراد أنه تزوجها وعقد عليها بالمائة، وشرط الخمسين على تقدير الامتناع، وحيث يقول بالعقد على مائة، فإن أراد إخراجها إلى بلده وكانت بلاده في دار الاسلام وجب عليها إجابته ولها مهرها الذي وقع عليها العقد، وإن لم يحبه كان له أن ينقصها خمسين عملا بالشرط، وإن لم يكن بلاده في دار الاسلام لم يجب عليها إجابته، لوجوب الهجرة عن دار الشرك، فلا يعقل وجوبها إليها، ولها مهرها الذي وقع عليه العقد، لان إمتناعها شرعى، والمائة واجبة لها بالعقد الصحيح، ولم يحصل ما يوجب نقصها، وهو الامتناع عن الخروج إلى بلاد لا يسوغ السفر إليها والاقامة بها.

والواو عند العلامة وأكثر المحققين للجمع المطلق، لا للترتيب، فمراده في القواعد: ما قلناه في الجواب الثاني، فيكون تقديره كلامه: ولو شرط لها مهر إن أخرجها، وأنقص إن لم يخرج، اذا الواو لاتدل على الترتيب، ولهذا يصح أن يقال: جاء زيد وعمرو قبله، من غير تناقض، فلا تنافي عبارته ماصورناه في الجواب، ولو أردت المسألة بلفظ الرواية لم يرد السؤال الثاني، ولم يحتج إلى هذا التعسف، أما عبارة النافع، فلا يرد عليها ذلك.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٧٣ الحديث ٧٠.

[الثامن) لو اختلفا في أصل المهر، فالقول قول الزوج مع يمينه، ولو كان بعد الدخول، وكذا لو خلا فادعت الواقعة.

(التاسع) يضمن الاب مهر ولده الصغير، إن لم يكن له مال وقت العقد، ولو كان له مال كان على الولد.

(العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان: أشبههما أنه ليس لها ذلك.

والشيخ في كتابي الفروع عد من الشروط الفاسدة أن لا يسافر بها، أو لا يتسرى عليها^(١)، وليس صريحا في مساواة صورة النزاع، لأن السفر ربما يراد به المستمر أو الغالب، أو البعيد، والخراج عن البلد يصدق بدون ذلك.

وذهب بعض الاصحاب إلى فساد المهر، لعدم تعيينه، ووجوب مهر المثل^(٢).

والاقرب العمل على الرواية كمذهب العلامة في المختلف.

قال طاب ثراه: للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان: أشبههما أنه ليس لها ذلك.

أقول: أعلم أن الغرض الأقصى في النكاح في نظر الشارع، وللمكلف إنما هو حصول النسل وعض البصر وعفة الفرج، وقضاء الوطر من الشهوة، وحصول التلذذ والاستمتاع، ويتبعه التوارث، ووجوب الانفاق والمهر.

ولما كان الانفاق متكررا، وبه قوام بدن الانسان، رتب الشارع في مقابله وجوب التمكين على المرأة في كل وقت، فلو منعت يوما واحدا سقطت نفقة ذلك

(١) تقدم نقله عن المبسوط: ج ٤، حكم الشروط في العقد، ص ٣٠٣ س ١٨ في قوله: فاذا ثبت انه باطل إلى قوله: مثل ان شرط أن لايسافر بها الخ.

(٢) تقدم ايضا في الخلاف، كتاب الصداق مسألة ٣٢.

(٣) المسالك: ج ١ ص ٥٥١ س ٢ قال: والذي يوافق الاصل بطلان الشرط المذكور، وبطلان المهر، وصحة العقد إلى قوله: وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل الخ.

اليوم، وتعود بعود التمكين، وربما كان سبب وجوبها لاشتغالها بالزوج عن إهتمامها بأمور نفسها، فأشبهه المعاوضة من هذه الحيثية، وليس معاوضة محضة لما قلناه من كون المقصود بالنكاح إنما هو الأمر الأول.

والتحقيق أن نقول: قد امتازت المعاوضة بأمور ليس في النكاح، وامتاز عنها بأمور ليست موجودة فيها. ففي المعاوضة المحضة لكل من المتعاضين المنع من تسليم عوضه حتى يقبض العوض الآخر، وله الفسخ عند تعذر التسليم، فالنكاح قد شابه المعاوضة من وجوه:

(أ) سقوط الانفاق عن الزوج مع النشوز.

(ب) جواز الفسخ لكل منهما إذا وجد بصاحبه ما يمنع الاستمتاع، لما كانت ثمرته مشتركة بينهما، وهي مبدولة منهما، وفائدتها لهما، فتفسخ بعنته وجبه، ويفسخ بقرنها ورتقها.

(ج) لها أن تمتنع حتى يقبض مهرها، كما تمتنع البائع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن، وله الامتناع من تسليم المهر كما يمتنع المشتري من التسليم حتى يقبض السلعة، سواء كان موسرا أو معسرا، لتحصيل فائدة التعويض، فيجبرهما الحاكم على التقابض معا، لعدم الأولوية كما في المعاوضة. وباين المعاوضة من وجوه:

(أ) تقابل كل واحد من العوضين بكل العوض الآخر في المعاوضة، وفي النكاح يكون كل المهر في مقابل الوطأة الأولى.

(ب) إن في المعاوضة لو تلف أحد العوضين قبل قبضه بطلت المعاوضة وانفسخ العقد، وليس كذلك النكاح، فإن تلف المهر يوجب مثله أو قيمته، وموت المرأة تقرر كل المهر ويوجب الارث.

(ج) إن في المعاوضة لو أُلِف أحد العوضين متلف رجع صاحبه بقيمته، وفي النكاح ليس كذلك، فانه لو قتلت نفسها، أو قتلها اجني لم يسقط مهرها، ولا يضمه الاجني إذا تقرر هذا فنقول: هنا ثلاث قواعد:

(أ) لا إمتناع بعد تحقق القبض بإذن صاحبه، لأن حق الامساك زال بالدفع، واستقر الملك للقباض فلا يستعاد منه، ولا يمنع من التصرف فيه.

(ب) إن القبض في النكاح هو الوطاء، إذ البضع لا يدخل تحت اليد ولو كانت أمة، ولهذا لا يجب عوض بضعها لو غصبت ما لم توطأ بشروطه.

(ج) هل القبض كرها كهو طوعا؟ يحتمل ذلك، لانتقال الضمان إليه، ويحتمل عدمه، إذ للمقبوض منه السلطنة عليه والمنع منه، فلا يترتب عليه أثر الصحيح، والضمان عقوبة كالغصب، وصرح به ابن حمزة^(١) لأنها لم تسقط حقها من الامساك، وهو حسن كما في المبيع. إذا تمهد هذا فنقول: للمرأة المنع من التسليم قبل الدخول إجماعا مع حلول المهر قطعا. والخلاف في مقامين:

(أ) هل لها ذلك بعد الدخول؟ قال في الخلاف: ليس لها الامتناع، بل لها المطالبة بالمهر^(٢) وبه قال السيد^(٣) والتقي^(٤) وابن حمزة^(٥) وابن ادريس^(٦) واختاره

(١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٣ قال: وللمرأة الامتناع من الدخول عليها وان افضى اليها كرها.

(٢) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٣٩ قال: اذا سمى الصداق ودخل بها قبل أن يعطي شيئا لم يكن لها بعد ذلك الامتناع الخ.

(٣) الانتصار: في بيان مقدار الصداق، ص ١٢٢ س ٦ قال: مسألة إلى قوله: الا انه ليس لها أن تمنع نفسها وان كان قبل الدخول.

(٤) الكافي: الضرب الاول من الاحكام ص ٢٩٤ س ٨ قال: وليس لها منع نفسها منه وانما لها ذلك قبل الدخول.

(٥) الوسيلة: في بيان مايجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٤ قال: وان أمكنت من الدخول لم يكن لها بعد ذلك الامتناع.

(٦) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٤ س ٢ قال: فاما إذا دخل بها فلها المطالبة بالمهر وليس لها الامتناع حتى تقضيه

المصنف^(١) والعلامة^(٢) لأن التسليم الأول، تسليم إستقر به العوض برضا المسلم، فلم يكن لها الامتناع بعد ذلك، كما لو سلم المبيع قبل قبض الثمن ثم أراد منعه، ولأن البضع حقه والمهر حق عليه، وليس إذا كان عليه حق جاز أن يمنع حقه.

وقال في المبسوط: لها الامتناع^(٣) لأن التسليم واجب عليها بعقد النكاح، فكان لها الامتناع في أول الحال، وكذا في ثاني الحال، توصلا إلى أستيفاء الحق، وللاستصحاب.

وأطلق المفيد^(٤) والقاضي^(٥) والشيخ في النهاية^(٦) جواز الامتناع من غير تفصيل إلى الدخول وعدمه.

(ب) لو كان المهر مؤجلا، لم يكن لها الامتناع قبل الحلول إجماعا، ولو حل بعد إمتناعها قبله، هل لها الامتناع؟ فيه احتمالان: (أحدهما) لا، وهو الذي يرجحه المصنف، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول، وللاستصحاب.

(والثاني) لها الامتناع، لأنه مهر حال على زوج لم يدخل، فللزوجة الامتناع حتى يقبضه.

(١) لاحظ مختاره في النافع.

(٢) المختلف: في الصداق: ص ٩٨ س ٣٩ قال: والأقرب ما قاله في الخلاف.

(٣) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٣١٣ س ٢٠ قال: وأما إن كان دخل بها إلى قوله: وقال قوم: لها أن تمتنع حتى تقبض المهر، وهو الذي يقوى في نفسي.

(٤) المقنعة: باب المهور، ص ٧٨ س ١٩ قال: وللمرأة أن تمتنع الزوج نفسها منه حتى تقبض المهر.

(٥) المذهب: ج ٢ (في عدم جواز تمكينها) ص ٢١٤ س ٦ قال: فإن كانت لم تقبضه كان بها الامتناع منه.

(٦) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح ومالا ينعقد ص ٤٧٥ س ١١ قال: وللمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر، فإذا قبضته لم يكن لها الامتناع.

واعلم: أن محل الخلاف إنما هو على تقدير وقوع الدخول باختيار المرأة، فلو سلمت قهراً كان لها المهر بعد ذلك، وقد صرح به ابن حمزة^(١) لأنه لم يسقط حقها من الامساك، وهو حسن، كما في البيع.

فرع

لم يفرق المصنف^(٢) والعلامة^(٣) بين الموسر والمعسر، ويظهر من ابن ادريس منع الامتناع في حق المعسر^(٤) لتحريم المطالبة، والاول أقوى كما في غيره من المعاضات. ويظهر الفائدة في امور:

(أ) لو بذلت التمكين بشرط، المهيرة، ومنعت التسليم، للقبض، لم يأنم على الاول، ولا يفسق، ولا ترد شهادتها بذلك، وتأثم على الثاني.

(ب) لا يسقط نفقتها على الاول، لتحقيق التمكين من طرفها، والمنع لعذر في الزوج فهو كالعنن والمرض، دون الثاني.

(ج) يجب فطرتها على الاول على الزوج، ويسقط بفقره، وعلى الثاني يجب عليها.

(١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٣ قال: وان افضى اليها كرها.

(٢) لاحظ اطلاق كلامه في عبارة النافع، ولا حظ تصريحه في الشرائع (في المهور) حيث قال: ولها أن تمتنع من تسليم نفسها إلى قوله: سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.

(٣) القواعد: المقصد الثاني في المهر، ص ٣٧ س ٧ قال: ولها أن تمتنع إلى قوله: سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.

(٤) السرائر: في باب المهور، ص ٣٠٣ س ٣٧ قال: وللمرأة أن تمتنع من زوجها إلى قوله: والزوج موسراً به قادراً على ادائه.

(النظر الثالث) في القسم والنشوز والشقاق

أما القسم: فللزوجة الواحدة ليلة، وللاثنتين ليلتان، وللثلاث ثلاث، والفاضل من الأربع، له أن يضعه حيث شاء، ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة، ولا يجوز الاخلال إلا مع العذر أو الاذن، والواجب المضاجعة، لا المواقعة. ويختص الوجوب بالليل دون النهار، وفي رواية الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها. ولو اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان، وللأمة ليلة، والكتابية كالأمة، ولا قسمة للموطوءة بالملك. ويختص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع، والثيب بثلاث. ويستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق، وإطلاق الوجه، والجماع، وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبيتها].

(د) لاتعد ناشزا على الاول دون الثاني.

وفائدته في امور: كاستحقاق النذر، والوقف، والوصية، وعدم حنثها لو حلفت: لا تنشر على زوج.

(القسم الثالث) في القسم والنشوز والشقاق قال طاب ثراه: وفي رواية الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها.

أقول: المشهور بين الاصحاب إختصاص القسم بالليل، وقال ابن الجنيدي:

[وأما النشوز: فهو إرتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له، فمتى ظهر من المرأة أمانة العصيان، وعظها، فإن لم ينجع هجرها في المضجع، وصورته أن يوليها ظهره في الفراش، فإن لم تنجع ضربها، مقتصرًا على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحًا، ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها، ولو ترك بعض ما يجب، أو كله إستمالة جاز له القبول.

وأما الشقاق: فهو أن يكره كل منهما صاحبه، فإذا خشى الاستمرار بعث كل منهما حكمًا من أهله، ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم، ويجوز أن يكونا أجنيين، وبعثهما تحكيم توكيل، فيصلحان إن اتفقا، ولا يفرقان إلا مع إذن الزوج في الطلاق، والمرأة في البذل، ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم].

الواجب لمن مبيت الليل، وقيلولة صبيحة تلك الليلة^(١)، ومستنده رواية ابراهيم الكرخي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربعة نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن، فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها، ويظل عندها في صبيحتها، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك^(٢). قال طاب ثراه: وبعثهما تحكيم لا توكيل.

أقول: هنا مسائل: الاول: هل بعث الحكمين واجب أو مندوب؟ قيل: بالاول لصيغة الامر في

(١) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٩ س ٥ قال: وقال ابن الجنيد: العدل بين النساء إلى قوله: مبيت بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٧) باب القسمة بين الأزواج، ص ٤٢٢ الحديث ١١.

قوله: (فابعثوا)^(١) وقيل: بالثاني الامر للندب والارشاد.

الثانية: هل الحكمان وكيلان للزوجين، أو حكمان متوليان من جهة الحاكم؟ قيل: بالاول، فيؤكل الزوج حكمه بالطلاق، أو في الخلع، والمرأة حكمها يبذل العوض وقبول الطلاق ولا يجوز بعثهما إلا برضاها، وإن لم يرضيا أدب الحاكم الظالم، واستوفى حق المظلوم، وقال أبو علي: يأمر الحاكم الزوج أن يختار رجلا من أهله، والمرأة رجلا من أهلها^(٢).

وقيل: بالثاني ويستقل الحاكم بالبعث من غير استئذان، لعموم الآية، ولأنهما نائبا الحاكم في التقرير والتحديد، ويستقلان بفعل مايريانه صلاحا من غير إذن سابق، أو توقف على إجازة لاحقة إلا في الفرقة، فلا يطلق حكم الزوج إلا بإذنه، ولا يبذل حكم المرأة المخلع إلا بإذنها، وقال ابن حمزة: ينفذ الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها ليدبر الامر، فان جعل بينهما الاصلاح والطلاق، أنفذا ما رأياه صلاحا من غير مراجعة^(٣) وهو ظاهر أبي علي^(٤) والاول هو المذهب المشهور، قال الشيخ في المبسوط: الذي يقتضيه مذهبنا أن ذلك حكم، لأنهم رؤوا أن لهما الاصلاح من غير استئذان، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد أن يستأذناهما، ولو كان ذلك توكيلا لكان ذلك تابعا للوكالة وبحسب شرطها^(٥) وبه قال ابن ادريس^(٦) وقال القاضي في المذهب: وقد كنا ذكرنا في

(١) النساء: ٣٥.

(٢) المختلف: في الخلع ص ٤٦ قال: مسألة قال ابن الجنيدي: إلى قوله: امر الرجل بان يختار من اهله من لايتهم على المرأة ولا عليه وكذلك تؤخذ المرأة الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الشقاق ص ٣٣٣ س ١٥ قال: فان تراعى بعث الحاكم الخ.

(٤) المختلف: في الخلع، ص ٤٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيدي: وان كان النشوز منهما الخ.

(٥) المبسوط: ج ٤، فصل في الحكمين في الشقاق بين الزوجين ص ٣٤٠ س ١٧ قال: والذي يقتضيه مذهبنا الخ.

(٦) السرائر: باب الخلع والمباراة، ص ٣٣٨ س ١٣ قال: واما الشقاق إلى قوله: فالواجب على الحاكم أن يبعث الخ.

كتابنا الكامل في الفقه في هذا الموضع، أنه على طريق التوكيل، والصحيح أنه على طريق الحكم، لأنه لو كان توكيلاً لكان ذلك تابعا للوكالة، وبحسب شرطها^(١) وقال العلامة: الظاهر أنه تحكيم^(٢).

الثالثة: قال تعالى: (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما)^(٣) اختلف فيما يرجع إليه الضميران من قوله (يريدوا) وقوله (بينهما) على ثلاثة أقوال: أن يكونا للحكمين، أو الزوجين، أو الأول للحكمين والثاني للزوجين، وهذا الأخير هو الذي فهمه عمر من الآية، فروي أنه بعث حكمين، فرجعا، وقالوا: لم يلتئم الأمر، فعلاهما بالدرة وقال: الله أصدق منكما: لو أردتما إصلاحاً يوفق الله بينهما^(٤).

الرابعة: لا يشترط كونهما من أهل الزوجين، إذ القرابة غير معتبرة في الحكم ولا في الوكالة، إلا أن الأهل أولى، لأنه أشفق وأقرب إلى رعاية الصلاح، وأعرف ببواطن الأحوال، ولأن القريب يفشي سره إلى قريبه من غير احتشام، بخلاف الأجنبي، وذهب ابن ادريس إلى اشتراطه^(٥) عملاً بظاهر الآية، وجوابه:

(١) المذهب: ج ٢، باب الشقاق والحكمين، ص ٢٦٦ س ٧ قال: وقد ذكرنا في كتابنا الكامل في الفقه الخ.

(٢) المختلف: في الخلع ص ٤٥ س ٣٥ قال: والظاهر أنه تحكيم كما قاله الشيخ وابن البراج.

(٣) النساء: ٣٥.

(٤) اعثر عليه مع الفحص الشديد.

(٥) السرائر: باب الخلع والمباراة والنشوز ص ٣٣٨ س ١٩ قال بعد نقل قول الشيخ بالاستحباب: ذلك على طريق الإيجاب دون الاستحباب لظاهر القرآن.

(النظر الرابع) في أحكام الاولاد

ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضي ستة أشهر من حين الوطاء، ووضعه لمدة الحمل، أو أقل، وهي تسعة أشهر، وقيل: عشرة أشهر، وهو حسن، وقيل: سنة، وهو متروك. فلو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به. ولو أنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه. ولو اعترف به ثم أنكر الولد لم ينتف عنه إلا باللعان. ولو اتهمها بالفجور، أو شاهد زناها، لم يجز له نفيه. ويلحق به الولد، ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان. وكذا لو اختلفا في مدة الولادة. ولو زنى بامرأة فأحبها لم يجز الحاقه به، وإن تزوج بها. وكذا لو أحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها. ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأنت لولد لدون ستة أشهر، فهو للاول، ولو ان لستة فصاعدا فهو للاخير، ولو لم تتزوج فهو]

التخصيص في الآية خرج مخرج الاغلب، إذا لاغلب شدة حرص الاهل على الشفقة، ورعاية مصلحة قريبة، خصوصا في القيام حال الزوجة، ولو لم يكن لهما أهل جاز الاجنبي اجماعا. الخامسة ينبغي للحكمين قبل اجتماعهما للحكم، أن يجتمع كل منهما بمن يرسل عنه، فيخلو حكم الرجل به، وحكم المرأة بها، فيعرفان ما عندهما وما فيه رغبتهما، وإذا اجتمعا لم يخف أحدهما ما علم من الآخر وأنفدا ما رأياه صوابا.

قال طاب ثراه: ووضعه لمدة الحمل أو أقل، وهي تسعة أشهر، وقيل: عشرة أشهر، وهو حسن، وقيل: سنة، وهو متروك.

[للاول ما لم يتجاوز أقصى الحمل. وكذا الحكم في الامة لو باعها بعد الوطء. وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الاقرار به، لكن لو نفاه إنتفى ظاهرا ولا يثبت بينهما لعان، ولو اعترف به بعد النفي ألحق به، وفي كفه ولد المتعة. وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه ولو وطأها المولى وأجنبي حكم به للمولى، فإن حصل فيه أمانة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له إلحاقه ولانفيه، بل يستحب أن يوصى له بشئ ولا يورثه ميراث الاولاد.

ولو وطأها البائع والمشتري فالولد للمشتري إلا أن يقصر الزمان عن ستة أشهر. ولو وطأها المشتركون، فولدت وتداعوه اقرع بينهم والحق بمن يخرج إسمه، ويغرم حصص الباقيين من قيمته وقيمة امه. ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل، ولا مع التهمة بالزنى. والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطئ. ولو تزوج امرأة لظنه خلوها من بعل فبانت محصنة ردت على الاول بعد الاعتداد من الثاني، وكانت الاولاد للواطئ مع الشرائط. ويلحق بذلك أحكام الولادة: وسننها إستبداد النساء، بالمرأة وجوبا إلا مع عدمهن، ولا بأس بالزوج وإن وجدن. ويستحب غسل المولود، والاذان في أذنه اليمنى، والاقامة في اليسرى، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام، وبماء الفرات، ومع عدمه]

[بماء فرات، ولو لم يجد إلا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر ويستحب تسميته الاسماء المستحسنة، وأن يكنيه. ويكره أن يكنى مُحمداً بأبي القاسم، وأن يسمى حكماً، أو حكيماً، أو خالداً، أو حارثاً، أو مالكا، أو ضراراً. ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدماً على العقيقة، والتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة، ويكره القنازع. ويستحب ثقب أذنه وختانه فيه، ولو أخر جاز. ولو بلغ وجب عليه الاختتان. وخفض الجارية مستحب. وإن يعق عنه فيه أيضاً ولا تجزى الصدقة بثمنها ولو عجز توقع المكنة ويستحب فيها شروط الاضحية. وأن تخص القابلة بالرجل والورك، ولو كانت ذمية اعطيت ثمن الربع، ولو لم تكن قابلة تصدقت به الام، ولو لم يعق الوالد استحب للولد إذا بلغ. ولو مات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت، ولو مات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب. ويكره أن يأكل منها الوالدان، وأن يكسر شئ من عظامها، بل يفصل مفاصل الاعضاء.

ومن التوابع: الرضاع والحضانة. وأفضل مارضع لبن امه، ولا تجبر الحرة على إرضاع ولدها، ويجبر الامة مولاهما. وللحرة الاجرة على الاب إن اختارت إرضاعه. وكذا لو أرضعته خادمتها. ولو كان الاب ميتاً، فمن مال الرضيع. ومدة الرضاع حولان. ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لا أقل، والزيادة بشهر أو بشهرين لا أكثر. ولا يلزم الوالد أجره مازاد عن حولين، والام أحق]

أقول: الاول الشيخين^(١)^(٢) وبه قال القاضي^(٣) وأبو علي^(٤) وسالار^(٥) والمرضى في المسائل الموصليات^(٦) وهو إختيار المصنف في النافع^(٧).

والثاني: حكاة ابن حمزة^(٨) واختاره العلامة في أكثر كتبه^(٩) واستحسنه المصنف في كتابيه^(١٠).

(١) المقتنة: باب لحق الاولاد بالآباء، ص ٨٣ س ٣٥ قال: وأكثر الحمل تسعة أشهر إلى قوله: ولا يكون زمان الحمل أكثر من تسعة أشهر.

(٢) النهاية: باب الحاق الاولاد بالآباء وأحكامهم، ص ٥٠٥ س ٦ قال: وكذلك (أي يجوز نفي الولد) ان جاءت بالولد لاكثر من تسعة أشهر الخ.

وفي المبسوط: ج ٥، كتاب العدد ص ٢٩٠ س ٦ قال: وأكثر الحمل عندنا تسعة أشهر، وقال بعض اصحابنا سنة الخ.
(٣) المذهب: ج ٢، باب الحاق الاولاد بالآباء وأحكام ذلك ص ٣٤١ س ٦ قال: ولا يكون مدة الحمل على ما ذكرنا أكثر من تسعة أشهر.

(٤) و(٦) المختلف: في لواحق النكاح ص ٢٨ س ٣٠ قال: وقال بن الجنيد: اقل الحمل عندنا ستة أشهر وأكثره تسعة إلى أن قال: وقال السيد في جواب المسائل الموصليات: الاولى أنه لا يجوز أن يتجاوز الحمل أكثر من تسعة أشهر.

(٥) المراسم: ذكر النفقات، ص ١٥٥ س ٣ قال: والاكثر تسعة أشهر.

(٧) لاحظ مختارة في النافع.

(٨) الوسيلة: في بيان حكم الولادة والحاق الولد، ص ٣١٨ س ٧ قال: وأكثر مدة الحمل فيه ثلاث روايات، تسعة أشهر، وعشرة، وسنة.

(٩) القواعد: الفصل الثاني في الحاق الاولاد بالآباء، ص ٤٩ س ٢٤ قال: وهو عشرة أشهر، وقيل: تسعة، وقيل: سنة، وفي التحرير: في أحكام الاولاد، ص ٤٤ س ٢٣ قال: وهو تسعة أشهر، أو عشرة، وقيل: سنة وليس بمعتد.

(١٠) قال في النافع: وقيل: عشرة أشهر وهو حسن، وقال في الشرائع: في أحكام الاولاد، وهو تسعة أشهر على الاشهر، وقيل: عشرة أشهر وهو حسن.

[بإرضاعه إذا تطوعت، أوقنعت بما تطلب غيرها، ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها، فللاب نزع وإسترضاع غيرها.

وأما الحضانة: فالأم أحق بالولد بمدة الرضاع إذا كانت حرة مسلمة. وإذا فصل فالحرة أحق بالبنث إلى سبع سنين، وقيل: إلى تسع سنين، والاب أحق بالابن. ولو تزوجت الأم سقطت حضانتها. ولو مات الاب فالأم أحق به من الوصي. وكذا لو كان الاب مملوكا أو كافرا، كانت الأم الحرة أحق به ولو تزوجت، فإن اعتق الاب فالحضانة له].

والثالث: قول المرتضى في الانتصار^(١) وحكاية الشيخ^(٢) وابن حمزة عن الأصحاب^(٣) وهو نادر. قال طاب ثراه: وإذا فصل فالحرة أحق بالبيت إلى سبع سنين، وقيل: إلى تسع، والاب أحق بالابن.

أقول: وقع الاجماع على إشتراك الحضانة بين الابوين مدة الحولين، وعلى سقوطها بعد البلوغ وله الخيار في الانضمام إلى من شاء منهما، والخلاف فيما بينهما. وفيه أقوال: (أ) الأم أحق بالولد ما لم تتزوج، قاله الصدوق في المقنع^(٤).

(١) الانتصار: في مدة أكثر الحمل، ص ١٥٤ س ١٣ قال: مسألة، ومما انفردت به الامامية القول: بأن أكثر مدة الحمل سنة واحدة.

(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد ص ٢٩٠ س ٩ قال: وقال بعض أصحابنا: إلى سنة.

(٣) الوسيلة: في بيان حكم الولادة، ص ٣١٨ س ٧ قال: وأكثر مدة الحمل إلى قوله: وسنة.

(٤) لم اعثر على هذه العبارة في المقنع، وفي المختلف: (في لواحق النكاح) ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال الصدوق في المقنع: إذا طلق الرجل الخ.

(ب) الام أحق بالصبي إلى سبع سنين، ولو بلغها وهو معتوه كان حكمه حكم الطفل في إستحقاق الام إياه. وأما البنت فالام أحق بها مالم تتزوج الام قاله أبو علي^(١) وبمثله قال في الخلاف^(٢).

وقال القاضي في المذهب: إذا بانّت المرأة ولها منه طفل لا يعقل ولا يميز، كانت هي أولى بخصانته من أبيه، وإن كان صغيراً وقد ميز، وكان ذكراً، كان امه أولى به إلى سبع سنين، وإن كانت أنثى كانت الام أحق بها إلى تسع سنين، وقيل: إلى بلوغها مالم تتزوج^(٣). وفيه دلالة على أنها لا تبلغ بالتسع عنده.

(ج) الام أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأنثى إلى تسع، قاله المفيد^(٤) وتلميذه^(٥).

(د) الام أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأنثى سبع سنين، قاله الشيخ في النهاية^(٦) والقاضي في الكامل^(٧) وابن حمزة^(٨) وابن

(١) المختلف: في لوائح النكاح، ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنيّد: الام أحق بالصبي إلى سبع سنين الخ.

(٢) الخلاف: كتاب النفقات، مسألة ٣٦ قال: اذا بانّت المرأة من الرجل ولها ولد منه الخ.

(٣) المذهب: ج ٢، باب النفقات، ص ٣٥٢ س ٨ قال: واذا بانّت المرأة من زوجها إلى اخره.

(٤) المقنعة: باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ٨٢ س ١٦ قال: واذا فصل الصبي من الرضاع كان الاب احق بكفالاته والام احق بكفالة البنات حتى تبلغ تسع سنين الخ.

(٥) المراسم: اللعان، ذكر مايلزم به، ص ١٦٤ س ١٢ قال: فاذا فصل فلا يخلو أن يكون ذكراً أو أنثى الخ.

(٦) النهاية: باب الولادة والعقيقة، ص ٥٠٣ س ١٩ قال: والام أولى بالولد من الاب مدة الرضاع إلى قوله: فان كانت انثى فهي أحق بها إلى سبع سنين الخ.

(٧) المختلف: في لوائح النكاح ص ٢٦ س ٢٩ قال: وابن البراج في الكامل إلى قوله: تبعوا شيخنا في النهاية، ثم بعد نقل قول المذهب قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٨) الوسيلة: في بيان حكم الولادة والحق الولد ص ٣١٦ س ٢ قال: والثاني: هي أولى برضاعه، رضي الاب به أو لم يرض.

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

إحتج الصدوق بما رواه في كتابه عن حفص بن غياث وغيره قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق إمرأته وبينهما ولد، أيهما أحق به؟ قال: المرأة ما لم تتزوج^(٤).

ورواه الشيخ عن المنقري عمن ذكره^(٥) وتأوله بكون الاب عبدا^(٦).

إحتج الشيخ على قول النهاية: برواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)^(٧) قال: مادام الولد في الرضاع هو بين الابوين بالسوية، فاذا فطم فالاب أحق به من العصبية، وإن وجد الاب من يرضعه بأربعة دراهم، فقالت الام: لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فان له أن ينتزعه منها إلا أن يعلم أن ذلك خير له وأوفق به، تركه مع امه^(٨).

(١) السرائر: باب أحكام الولادة، ص ٣١٩ س ٢٦ قال: لاختلاف أن الاب احق بالولد في جميع الاحوال، فاخرجنا بالاجماع حولين كاملين في الذكر وفي الانثى السبع الخ.

(٢) لاحظ مختاره في النافع.

(٣) المختلف: في لواحق النكاح ص ٢٦ س ٢٩، قال: وابن البراج في الكامل إلى قوله: تبعوا شيخنا في النهاية، ثم بعد نقل قول المهذب قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١٢٧) باب الولد يكون بين والديه ايهما احق به ص ٢٧٥ الحديث ٢.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ١٠٥ الحديث ٣.

(٦) النهاية: باب الولادة والعقيقة ص ٥٠٤ س ٤ قال: فان كان الاب مملوكا والام حرة، كانت هي أحق بولدها وان تزوجت الخ هذا ولكن ماحمله في التهذيب بعد نقل الحديث غير هذا فراجع.

(٧) البقرة: ٢٣٣.

(٨) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ١٠٤ الحديث ١.

تنبيه

المراد بقول الاصحاب: الام أحق بالست مالم يتزوج الام، لا البنت، وقد صرح به ابن الجنييد فيما حكيناه عنه^(١) وكذا ابن إدريس نص عليه في كتابه^(٢).

فلو طلقت الام بائنا، قال الشيخ في كتابي الفروع عادت حضانتها^(٣)^(٤) ومنعه ابن ادريس^(٥). واحتج الشيخ بما رواه أبوهيرة أن النبي ﷺ قال: الام أحق بحضانة إبنتها مالم يتزوج^(٦). علق حقها بالتزويج، فإذا زال التزويج فالحق باق كما كان.

وعن عبد الله بن عمر: أن امرأة قالت يارسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني؟! فقال لها النبي ﷺ: أنت أحق به مالم تنكحي^(٧).

إحتج ابن ادريس: بأن الحق خرج عنها بالنكاح، وعوده يحتاج إلى دليل، والرسول ﷺ جعل غاية الاستحقاق للحضانة تزويج الام، وقد

(١) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنييد: إلى قوله: وأما البنت فالام أولى بمالم تتزوج الام.

(٢) و(٥) السرائر: باب أحكام الولادة، ص ٣١٩ س ٣ قال: فان كان الولد انثى إلى قوله: مالم تتزوج الام، ثم قال بعد اسطر: وان كان بائنا فالاولى انه لا يعود، لان عوده يحتاج إلى دليل ثم قال بعد نقل قول بعض الاصحاب: هذه قد تزوجت فخرج الحق منها الخ.

(٣) الخلاف: كتاب النفقات، مسألة ٣٩ قال: اذا طلقها زوجها عاد حقها من الحضانة.

(٤) المبسوط: ج ٦ كتاب النفقات، ص ٤١ س ١٤ قال: ومتى طلقها زوجها عاد حقها إلى قوله: وقال بعضهم: إن كان بائنا عاد وهو الصحيح عندي.

(٦) و(٧) رواهما في الخلاف: كتاب النفقات، في نقل دليل مسألة ٣٨.

(النظر الخامس) في النفقات

وأسبابها ثلاثة: الزوجية، والقرباة، والملك.

وأما الزوجية: فيشترط في وجوب نفقتها شرطان: العقد الدائم، فلا نفقة لمستمتع بها، والتمكين الكامل، فلا نفقة لناشزة. ولو امتنعت لعذر شرعي لم تسقط، كالمرض، والحيض، وفعل الواجب. أما المندوب: فإن منعها منه فاستمرت، سقطت نفقتها. وتستحق الزوجة النفقة ولو كانت ذمية أو أمة.

وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن، والمتوفى عنها زوجها إلا أن تكون حاملا، فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع، وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروايتين. ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب، وتقضى لو فاتت].

تزوجت^(١) واختار العلامة مختار الشيخ^(٢)، لأن الحضانة إرفاق بالصبي، فاذا تزوجت الام خرجت بإشتغالها بزوجها، وحقوقها عن الحضانة للطفل ربما منعت من الزوج بعض حقوقه لو حضنته، فسقطت، وإذا طلقت زال المانع فبقي المقتضى سليما عن المعارض، فيثبت حكمه.

قال طاب ثراه: وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروايتين.

أقول: المتوفى عنها من جملة البائنات، فلانفقة لها مع الحيلولة إجماعا.

وهل لها النفقة لو كانت حاملا كالمطلقة، أم لا؟ مذهبان.

(١) تقدم نقل احتجاجه.

(٢) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٣٢ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

فبالاول قال في النهاية^(١) وأوجبها في نصيب الولد، وبه قال القاضي^(٢) والتقي^(٣) وابن حمزة^(٤) وأبو علي^(٥) والصدوق في المقنع^(٦).

والمستند رواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها^(٧). وحملها بعض المتأخرين على إعسار الام، فيجب نفقتها من حيث يساره وعسرها. وهو مدخول.

أما أولا: فلان الحمل لا يملك مستقرا، بل ملكه مشروط بإنفصاله حيا، فنسبة الملك إليه قبل ذلك مجاز وإنما يجب الانفاق فيما يملكه المنفق حقيقة.

وأما ثانيا: فلان الحمل لا يجري عليه من أحكام الآدميين المنفصلين إلا صحة

(١) النهاية: باب العدد واحكامها، ص ٥٣٧ س ٨ قال: فان كانت حاملا انفق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها.

(٢) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء ص ٣١٩ س ٢ قال: فان كانت حاملا انفق عليها من نصيب ولدها التي هي حامل به.

(٣) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٣ س ١٨ قال: واذا كانت المتوفى عنها زوجها حاملا انفق عليها من مال ولدها حتى تضع.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان العدة واحكامها، ص ٣٢٩ س ١٠ قال: ولا يلزم لها النفقة الا اذا كانت حاملا فينفق عليها من نصيب ولدها.

(٥) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ٦ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وبه قال ابن الجنيد.

(٦) المقنع: باب الطلاق، ص ١٢١ س ٨ قال: والحبل المطلق ينفق عليها حتى تضع حملها.

اقول: لم نعثر في المقنع على غير هذه العبارة التي قد مناها، والبحث في الوفاة لافي الطلاق، ولكن العلامة في المختلف: ص ٦٢ س ٦ بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: وبه قال: ابن الجنيد والصدوق في المقنع فلاحظ.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٥٢ قطعة من حديث ١٢٥.

الاقرار له، والوصية به وله، وعزل الميراث، وصحة ذلك كله موقوف على انفصالة حيا، فلا يجزى عليه غيرها من الاحكام المنفصلين، لعدم الدليل.

وأما ثالثا: فلاشتمال هذا الانفاق على التعرير بمال الغير، والتصرف فيه بغير إذنه، وهو قبيح، لجواز سقوطه، فيرجع به إلى باقى الورثة ومع إنفاق الزوجة منه يكون قد تصرفنا فيما هو مملوك للوارث بغير إذنه، وربما تعذر إسترجاعه من الزوجة بإعسارها.

وبالثاني قال المفيد^(١) والحسن^(٢).

والمستند حسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها لانفقة لها^(٣). ولأن الاصل عدم وجوب النفقة في مال الغير إلا مع دليل شرعي، وليس، ولأنها ليست مطلقة وهو مذهب ابن ادريس قال: وما اخترناه مذهب شيخنا المفيد في كتاب التمهيد، فانه قال: إنما يكون له مال عند خروجه إلى الارض حيا، فأما وهو جنين لا يعرف موته من حياته، فلاميراث له ولا مال فكيف ينفق على الحبلى من مال من لا مال له^(٤) وقال العلامة في المختلف: التحقيق أن نقول: إن جعلنا النفقة للحمل، فالحق ما قاله الشيخ، وإن جعلناه للحامل فالحق ما قاله المفيد^(٥).

(١) سيجى نقله عن التمهيد.

(٢) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ١٢ قال: وقال ابن أبي عقيل: لا نفقة للمتوفى عنها زوجها سواء كانت حبلى او غير حبلى.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء الحديث ١٢١.

(٤) السرائر: باب العدد، ص ٣٤٠ س ١٨ قال: والذي يقوى في نفسي الا ينفق عليها من المال المعزول إلى قوله: وما اخترناه وحررناه مذهب شيخنا محمد بن محمد بن النعمان في كتابه التمهيد فانه قال: الخ.

(٥) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ١٢ قال: والتحقيق أن نقول: ان جعلنا النفقة للحمل إلى قوله: والوجه ما فصلناه أولا.

وفيه نظر لما بينا من كونه لا يملك وهو جنين، فكيف تنفق عليه من مال لم يحكم له بملكه،
وتجوز كونه مملوكا لباقي الورثة على تقدير الاسقاط.

تتمتع الاصل أن النفقة واجبة للزوجة مع بقاء زوجيتها، ومع زوالها إذا كانت المطلقة رجعية،
وتسقط في البائن مع خلوها من الحمل قطعاً، ويجب معه إجماعاً، فهل النفقة للحامل بشرط
الحمل، أي الحمل شرط في إستحقاقها، أو النفقة للحمل؟ ذهب قوم إلى الاول: وبه قال ابن
زهرة^(١).

وذهب قوم إلى الثاني: وبه قال الشيخ في المبسوط^(٢) وتبعه القاضي^(٣) والعلامة في المختلف^(٤)
وهو ظاهر ابن حمزة^(٥).

إحتج الاولون بوجوه:

(١) الغنية: من الجوامع الفقهية، في الطلاق والعدة ص ٦١٦ س ٢٢ قال: الا أن تكون حاملاً، فان النفقة يجب لها بلا
خلاف.

(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد، ص ٢٥١ س ١٩ قال: وروى أصحابنا: أن لها النفقة اذا كانت حاملاً من نصيب
ولدها الخ.

(٣) المهذب: ج ٢، باب النفقات، ص ٣٤٨ س ٨ قال: فان ابانها وكالت حاملاً وجبت النفقة للحمل.

(٤) المختلف: كتاب الطلاق، باب العدد، ص ٦٢ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: والوجه ما قاله الشيخ
عملاً بالدوران.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان العدة وأحكامها، ص ٣٢٨ س ٢ قال: فالحامل يلزم لها النفقة والسكنى، لمكان الحمل،
هذا، والعلامة في المختلف قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط كما أشرنا اليه آنفاً، قال: وهو ظاهر كلام ابن حمزة،
فلاحظ.

- (أ) عدم وجوبها على الجد بالاجتماع، ولو كان للولد لوجبت عليه.
- (ب) عدم سقوطها بيسار الولد، ولو كانت له لسقطت بيساره، عن الأب.
- (ج) أنها مقدرة، ونفقة القريب غير مقدرة. إحتج الآخرون بوجوه:
- (أ) بالدوران وجودا وعدما، فيكون له، كما دارت مع الزجية.
- (ب) وجوب نفقته منفصلا فكذا متصلا.
- (ج) إن أصحابنا رووا: أنه ينفق عليها من مال الحمل^(١) فدل ذلك على أن النفقة له.
- وهذه الوجوه الستة ذكرها الشيخ^(٢). ولا يخلو بعضها من دخل. ويظهر الفائدة في مسائل:
- (أ) إذا تزوج حر بأمة ثم أبانها وهو معسر، فمن أوجبها للحمل أوجبها على الزوج، ولا قضاء ومن أوجبها للحامل أوجب على الزوج، وقضاه مع يساه.
- (ب) إذا تزوج عبد بأمة، فعلى الأول يجب على سيد العبد دونه، إن شرط مولاه الانفراد برق الولد، وإلا كانت من السيدين نصفين، لان العبد لا يجب عليه نفقة قريبه، وعلى الثاني يجب على العبد، ومحله كسبه، أورقة، أو ذمة سيده على إختلاف الأقوال في ذلك.
- (ج) إذا تزوج عبد بحرة، فعلى الأول يجب على امه، لكونها حرة يجب عليها نفقة

(١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٥٢ الحديث ١٢٥.

(٢) المبسوط: ج ٦، كتاب النفقات، ص ٢٨ س ١٥ قال: والثاني النفقة للحمل، وهو أقواهما عندي، بدليل الخ.

[وأما القرابة: فالنفقة على الابوين والاولاد لازمة. وفيمن علا من الآباء والامهات تردد، أشبهه اللزوم، ولا تجب على غيرهم من الاقارب، بل تستحب، وتتأكد في الوارث. ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب. ولا تقدير في النفقة، بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن. ونفقة الولد على الاب، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الاب وإن علا مرتبا، ومع عدمهم تجب على الام وآبائها الاقرب فالاقرب .. ولا تقضى نفقة الاقارب لو فاتت].

ولدها، وسقوطها عن الاب برقه، وعلى الثاني يجب على الاب (العبد خ ل) ومحلها ماتقدم.
(د) المعتدة عن وطء الشبهة مع الحمل يجب لها الانفاق على الاول، للحقوق الولد به، دون الثاني لان المستحق لها المطلقة البائنة، لامطلق البائنات.

(هـ) لولا عن الحامل ثم اعترف بالحمل، وجب الانفاق على الاول دون الثاني، لما قلناه (و)
لوتزوج حر بأمة وشرط مولاهما رق الولد، فعلى الاول النفقة على سيدها، وعلى الثاني على الزوج.
(ز) لو تزوج عبده بكرة وشرط مولاه رق الولد، فعلى الاول النفقة على سيد العبد وعلى الثاني في كسبه.

(ح) لو طلق الناشز رجعيًا، أو نشزت في العدة، كما لو سافرت بغير إذنه، سقطت نفقتها، ولو كانت حاملا وقلنا النفقة للحمل لم يسقط.
(ط) لا يجب فطرتها على الاول، لعدم وجوبها على الجنين، وتجب على الثاني، لوجوبها عن زوجة يجب لها الانفاق.

قال طاب ثراه: وفي من علا من الآباء والامهات تردد، أشبهه اللزوم.

[وأما المملوك فنفقته واجبة على مولاه، وكذا الامة، ويرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك أمثال المولى. ويجوز مخرجة المملوك على شئ، فما فضل يكون له، فإن كفاه، وإلا ؟؟ المولى. وتجب النفقة على البهائم المملوكة، فان امتنع مالكها اجبر على بيعها، أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح].

أقول: التردد من المصنف رحمه الله، ومنشأ تردده أن أب الأب هل يطلق عليه إسم الأب حقيقة أم لا؟ والثاني هو الوضع اللغوي، والاصل عدم النقل وبراءة الذمة من وجوب الانفاق إلا في موضع اليقين، والاول مذهب السيد^(١) والمشهور بين الاصحاب وجوب الانفاق، ولا أعرف فيه مخالفا.

(١) الناصريات من الجوامع الفقهية: كتاب الفرائض، المسألة الحادية والتسعون والمائة، ص ٢٢٢س ١ في مسألة عدم ارث الجد مع الولد ولا ولد الولد وهم أولاد على الحقيقة، قال: فان قيل: اذا كان أولاد ولد الميت وان سفلوا أولادا على الحقيقة، فيجب أن يكون الجد أبا على الحقيقة إلى قوله: قلنا: لو تركنا والظاهر لحكمنا بان قوله (ولا بويه) يقع على الآباء والاجداد لكن اجتمعت الامة إلى آخره.

كتب في آخر النسخة المعتمدة مالفظه: ثم الجزء الاول من المهذب، ويتلوه في الثاني كتاب الطلاق على يد مصنفه أحمد بن فهد أدام الله ظلالة، والحمد لله رب العالمين وصلى الله عليه سيد المرسلين محمد وآله أجمعين، آمين يارب العالمين: وقع الفراغ في رابع والعشرين من صفر ختم الله بالخير والظفر على يد العبد الفقير المذنب الراجي إلى رحمة ربه على بن رستم الهمداني، عفى الله عنه.

وكتب في هامش الصفحة مالفظه: انما أيدى الله في مجالس متعددة، آخرها سلخ شوال ختم بالاقبال من سنة خمس وثلاثين وثمانمائة قراءة، وبحثا، وشرحا، وفهما، وكتب أضعف العباد أحمد بن محمد بن فهد مؤلف اللباب، والحمد لله وحده، وصلى الله عليه سيدنا محمد وآله.

كتاب الطلاق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الطلاق إزالة قيد النكاح بقوله: (أنت) أو ما شاكله (طالق). وجوازه ثابت بالكتاب والسنة والاجماع.

روى عروة عن قتادة قال: كان الطلاق في صدر الاسلام بغير عدد، وكان الرجل يطلق امرأته ما شاء من واحد إلى عشرة، ويراجعها في العدة، فنزل قول تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)^(١) فبين أن الطلاق ثلاث، فقلوه (مرتان) إخبار عن طلقين، واختلفوا في الثالثة، فقال ابن عباس: (أو تسريح بإحسان) وقال بعض التابعين: (فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره)^(٢).

وهو الذي قواه الشيخ^(٣).

وقال تعالى: (إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن)^(٤) أى تصل عدتهن في طهر لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولا بها.

وأما السنة: فروى أنه ﷺ طلق زوجته حفصة ثم راجعها.

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢ س ٩ قال بعد نقل قول بعض التابعين: وهو الأقوى.

(٤) الطلاق: ١.

وقال ابن عمر: كان لي زوجة فأمرني النبي ﷺ أن أطلقها فطلقتها^(١). وأما الاجماع فمن سائر المسلمين لا يختلف فيه أحد. وينقسم أربعة اقسام: فمنه واجب كطلاق المولى والمظاهر. وندب كما لو كانت الحال بينهما فاسدة بالشقاق، وتعذر الاتفاق، أو كان كل واحد منهما يعجز عن القيام بما يجب عليه لصاحبه، فالمستحب الفرقة، كما لو قالت: لادخلن عليك من تكرهه، أو كانت فاجرة، فإن طلاقها أفضل من إمساكها. وحرام كطلاق الحائض والنفساء مع الدخول، وحضور الزوج أو حكمه، وفي طهر قريبا فيه، والثلاث المرسلة. ومكروه، كطلاق المريض والصحيح مع التتمام الاخلاق، وقال رسول الله ﷺ: ما أحب الله مباحا كالنكاح وما أبغض الله مباحا كالطلاق^(٢).

وعن علي بن أبي طالب: أما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس لم ترح رائحة الجنة^(٣). وروى سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال: مر رسول الله ﷺ برجل فقال: ما فعلت إمراةك؟ قال: طلقته يا رسول الله، قال: من غير سوء؟ قال: من غير سوء، ثم إن الرجل تزوج فمر به النبي ﷺ وقال:

-
- (١) من قوله: (روى عروة عن قتادة) إلى هنا من المبسوط ج ٥ ص ٢.
- (٢) عوالى اللئالى: ج ٣ ص ٣٧٢ الحديث ٤ ورواه في المتسدر ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحريمه الحديث ٤ نقلا عن عوالى اللئالى.
- (٣) رواه في المتسدر ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحريمه، الحديث ٧ وفيه (فحرام عليها رائحة الجنة، والحديث عن النبي ﷺ).

أركان الطلاق وأقسامه ولواحقه .. النظر الاول في اركان الطلاق .. (الركن الاول) في المطلق

ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد. فلا اعتبار بطلاق الصبي، وفي من بلغ عشرة رواية بالجواز فيها ضعف. ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقل. ولا يصح طلاق المجنون، ولا السكران، ولا المكره، ولا المغضب مع ارتفاع القصد[.

تزوجت؟ فقال: نعم، ثم مر به فقال: ما فعلت إمرأتك؟ قال: طلقته قال: من غير سوء؟ قال: من غير سوء فقال رسول الله ﷺ: إن الله عزوجل يبغض كل ذواق من الرجال وكل ذواق من النساء^(١).

وعن ابن أبي عمير عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما من شيء مما أحله الله عزوجل ابغض إليه من الطلاق، وإن الله عزوجل يبغض المطلق الذواق^{(٢) (٣)}.

قال طاب ثراه: وفيمن بلغ عشرة رواية بالجواز فيها ضعف.

أقول: هذه رواية ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي

(١) الكافي: ج ٦ باب كراهية طلاق الزوجة الموافقة، ص ٥٤ الحديث ١.

(٢) الكافي: ج ٦ باب كراهية طلاق الزوجة الموافقة، ص ٥٤ الحديث ٢.

(٣) في الحديث: ان الله لا يحب الذواقين والذواقات، يعنى السريعي النكاح، السريعي الطلاق، قال: وتفسيره ان لا يطمئن ولا تطمئن كلما تزوج او تزوجت كرها ومدا عينهما إلى غيرهما (لسان العرب: ج ١٠ ص ١١١ كلمة (ذوق)).

إذا بلغ عشر سنين^(١) ومضمونها أفتى الشيخان في المقنعة^(٢) والنهائية^(٣) والفقيه في الرسالة^(٤) والقاضي^(٥) وابن حمزة^(٦).

ومنع ابن ادريس وأبطل طلاقه^(٧) وبه قال النقي^(٨) واختاره المصنف^(٩) والعلامة^(١٠) لتوقف رفع الحجر على البلوغ، ولرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: ليس طلاق الصبي بشي^(١١).

(١) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧٥ الحديث ١٧٣.

(٢) لم اعثر عليه في المقنعة ولم يتعرض له العلامة، نعم ذكر في المقنعة في باب وصية الصبي ص ١٠١ س ١٢ صحة وصية الصبي اذا بلغ عشر سنين، وقلنا ان من قال بصحة وصيته قال: بصحة طلاقه.

(٣) النهائية: باب كيفية اقسام الطلاق ص ٥١٨ س ١٥ قال: والغلام اذا طلق وقد اتى عليه عشر سنين جاز طلاقه.

(٤) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٨ س ١٣ قال: وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: والغلام اذا طلق للسنة فطلاقه جائز.

(٥) المهذب: ج ٢، كتاب الطلاق، باب طلاق الغلام ص ٢٨٨ س ٢ قال: الغلام إذا كان يحسن الطلاق وكان سنة عشر سنين، واراد ذلك كان ذلك جائزا.

(٦) الوسيلة كتاب الطلاق، فصل في بيان اقسام الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال: او بلغ وكان مميزا ويصح طلاقه وعتقه وصدقته الخ.

(٧) السرائر، كتاب الطلاق ص ٣٢٢ س ١١ قال: لان طلاق المجنون والصبي مالم يبلغ غير صحيح.

(٨) الكافي: فصل في الطلاق واحكامه، ص ٣٠٥ س ٨ قال: واشترطنا صحة التصرف احترازا من الصبي الخ.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

(١٠) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٨ س ١٨ قال: والمعتمد انه لا يصح طلاق الغلام حتى تبلغ، لانه محجور عليه في تصرفاته.

(١١) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق، ص ٧٦ الحديث ١٧٥.

(الركن الثاني) في المطلقة

ويشترط فيها الزوجية والدوام والطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولا بها، وزوجها حاضرا معها، ولو كان غائبا صح، وفي قدر الغيبة اضطراب، محصله إنتقالها من طهر إلى آخر. ولو خرج في طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير تربص ولواتفق في الحيض، والمحبوس عن زوجته كالغائب ويشترط رابع وهو ان يطلق في طهر لم يجامعها فيه، ويسقط اعتباره في الصغيرة واليائسة والحامل، اما المسترابة فان تاخرت الحيضة صبرت ثلاثة اشهر، ولا يقع طلاقها قبله].

قال طاب ثراه: وفي قدر الغيبة اضطراب.

أقول: أجمع علماءنا: أنه لا يصح طلاق الحائض، ولا الضاهر في شهر قريبا فيه، إذا كان حاضرا.

وإذا كان غائبا هل يجب إستبرائها بقدر معين، أو لا يجب؟ وإذا وجب إستبرائها كم القدر الذي يجب؟ قال المصنف: فيه إضطراب^(١). وقد انقسم مع التحقيق إلى خمسة مذاهب. (أ) عدم الانتظار وجواز الطلاق في أي وقت شاء قاله الفقيه^(٢) والتقي^(٣)

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٥ قال: وقال علي بن بابويه: واعلم يا بني ان خمسا يطلقن على كل حال ولا يحتاج الرجل ان ينتظر طهرهن الخ.

(٣) الكافي: فصل في الطلاق واحكامه ص ٣٠٥ س ٦ قال: ومنها ايقاعه في شهر لامساس فيه بحيث يمكن اعتباره إلى قوله: (وقلنا بحيث يمكن)، لصحته ممن لا يمكن ذلك فيها، إلى قوله: (والغائبة).

والحسن^(١) والمفيد^(٢) وتلميذه^(٣).

والمستند صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب؟ قال: يجوز طلاقه على كل حال، وتعتد امرأته من يوم طلقها^(٤).

والجواب: انها مطلقة يمكن حملها على غيرها من الروايات المفصلة.

(ب) اعتبار مدة يعلم انتقالها من طهر الواقعة إلى الآخر بحسب عاداتها.

والمراد بالعلم هنا: الظن الغالب المستند إلى العادة التي تعلمها من شأنها.

وهو مذهب ابن إدريس^(٥) والمصنف^(٦) والعلامة في القواعد^(٧) والارشاد^(٨).

(١) المختلف كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٣ قال: وقال ابن أبي عقيل: وقد تواتر الاختيار عن الصادقين عليهم السلام: ان خمسا يطلقن على كل حال الخ.

(٢) المقنعة: باب أحكام الطلاق ص ٨١ س ٢١ قال: ومن كان غائبا عن زوجته فليس يحتاج في طلاقها إلى ما يحتاج إليه للحاضر من الاستبراء.

(٣) المراسم، طلاق السنة ص ١٦١ س ١٧ قال: فاما الغائب عنها زوجها إلى قوله: طلقها على كل حال.

(٤) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق، ص ٦٠ الحديث ١١٤.

(٥) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ٢٢ قال: واذا اراد الرجل طلاق زوجته وهو غائب عنها إلى قوله: حتى يمضي زمان يعرف من حالها انها حاضت وطهرت فيه.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد: ج ٢ كتاب الفراق (القسم الثاني الشرائط الخاصة) ص ٦٢ س ١٩ قال: او مع الغيبة مدة يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر، صح.

(٨) الارشاد: (ط قم) ج ٢، في شرائطه، ص ٤٢ س ١٤ قال: ولو طلق الغائب صح وان كان في الحيض، ان غاب مدة يعلم انتقالها من قرء الوطء إلى آخر.

ووجهه: كونه جمعا بين الاخبار والاقوال، فيصح طلاقها حينئذ، سواء استمر طهرها في نفس الامر إلى أن يطلقها، أو رأت حيضا آخر بعد طهر الواقعة فطلقها حالة الحيض، أو في طهر ثالث، ويصح طلاق هذه وإن علم بحيضها حالة الطلاق.

(ج) إعتبار مضي شهر فصاعدا، وهو مذهب الشيخ في موضع من النهاية^(١) وبه قال: ابن حمزة^(٢).

والمستند رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الغائب إذا أراد أن يطلق امرأته تركها شهرا^(٣).

(د) إعتبار مضي ثلاثة أشهر وهو مذهب أبي علي^(٤) واختاره العلامة في المختلف^(٥).
والمستند صحيحة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: الرجل إذا خرج إلى السفر فليس له أن يطلق حتى يمضي لها ثلاثة أشهر^(٦).

ولأن هذا قد اعتبره الشارع في عدة غير الحائض إذا كان مثلها تحيض، ليعلم بذلك فراغ رحمها فكذا هنا.

-
- (١) النهاية: باب اقسام الطلاق وشروطه ص ٥١٢ س ١٥ قال: وكذلك ان كان عنها غائبا شهرا، أي يقع الطلاق.
(٢) الوسيلة، في بيان اقسام الطلاق، ص ٣٢٠ س ١٢ قال: او لا يكون لطلاقها سنة وبدعة إلى قوله: والغائب عنها زوجها شهرا الخ.
(٣) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق، ص ٦٢ الحديث ١٢١ وفيه (إذا اراد أن يطلقها).
(٤) و(٥) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٦ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيد ونعم ما قال إلى قوله: وينتظر الغائب بزوجه من اخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر.
(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٦٢ الحديث ١٢٢.

[وفي اشتراط تعيين المطلقة تردد].

(هـ) حد غيبة التي إذا غاب، له أن يطلقها متى شاء، أقصاه خمسة أشهر، أو ستة أشهر، وأوسطه ثلاثة أشهر، وأدناه شهر، وهو مذهب الصدوق في كتابه^(١).
والمستند رواية إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الغائب الذي يطلق كم غيبة؟ قال: خمسة أشهر، أو ستة أشهر، قلت: حده دون ذا؟ قال: ثلاثة أشهر^(٢).
وروى محمد بن أبي حمزة عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الغائب إذا أراد أن يطلق إمراة تركها شهرا^(٣).

فروع في الاستبراء

(أ) لا يصح طلاق الحائض، ولا من طلقت في شهر وطئت فيه، ويسقط في اليائسة والصغيرة وغير المدخول بها والحامل.
(ب) المسترابة، وهي التي لا تحيض وفي سنّها من تحيض، إستبرأها باعترافها بثلاثة أشهر، وكذا عدتها بعد طلاقها، ويفرق بينهما فيما لو رأت حيضة في الاثنا، ففي الاستبراء يكفي طهرها منها، فيصح طلاقها في الطهر الذي يليها، وفي العدة يفتقر بعدها إلى قرئين آخرين، أو تكميل تسعة أشهر، ثم تعتد بعدها بثلاثة شهور.
(ج) المرضع لا يرى الدم غالبا، فيعتزل ثلاثة أشهر إذا أريد طلاقها، نعم لو لم يطأها بعد وضعها، صح طلاقها بعده من غير تربص، لكن لا يصح أيام نفاسها.
قال طاب ثراه: وفي إشتراط تعيين المطلقة تردد.
أقول: إختلف الاصحاب في اشتراط تعيين المطلقة في صحة الطلاق، كقوله:

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ س ٧ قال: وإذا أراد الغائب الخ.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ الحديث ٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ الحديث ٣.

فلانة، أو هذه، ولو لم يكن له الا زوجة واحدة كفى قوله: زوجتي طالق. فبعض ذهب إلى اشتراطه كالسيد^(١) والمفيد^(٢) واختاره العلامة في المختلف^(٣) وفخر المحققين^(٤) والشيخ في أحد قوليه^(٥).
وذهب بعض إلى عدم اشتراطه، بل يكفى قوله: زوجتي طالق، أو إحدى نسائي، أو إحداكن، أو واحدة منكن، أو من نسائي طالق، من أن يعين في نية واحدة بعينها، ثم يعين بعد ذلك للطلاق من شاء، كالشيخ في المبسوط^(٦) واختاره القاضي^(٧) والمصنف^(٨) والعلامة في القواعد^(٩).
إحتج الاولون: بأن الطلاق أمر معين، فيستدعى محلا معينا، لاستحاله حلول

(١) الانتصار (مسائل الطلاق) ص ١٣٩ قال: مسألة.

ومما تفردت به الامامية قولهم: ان الطلاق لا يقع الا بالتعيين والتميز الخ.

(٢) المقنعة: باب احكام الطلاق، ص ٨١ س ٩ قال: وأومى اليها بعينها، او فلانة بنت فلان طالق.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٢ قال: مسألة، المشهور ان تعيين المطلقة شرط في صحة الطلاق إلى قوله: لنا اصاله بقاء عصمة النكاح الخ.

(٤) ايضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢٩٤ الفصل الثاني المحل وهي الزوجة، قال بعد نقل اقوال القائلين بالاشتراط: وهو الاقوى عندى.

(٥) النهاية: كتاب الطلاق، باب اقسام الطلاق، ص ٥١٠ س ١٤ قال: واذا اراد الطلاق ينبغي ان يقول: فلانة طالق، او يشير إلى المرأة الخ.

(٦) المبسوط: ج ٥ في فروع الطلاق ص ٧٦ س ٢٢ قال: إذا كان له زوجتان إلى قوله في ص ٧٨ س ٤ فاما إذا اطلق الطلاق فقال: احداكما طالق الخ.

(٧) لم نعثر عليه صريحا في المذهب، ولكن في المختلف (كتاب الطلاق ص ٤٣ س ١) قال: وللشيخ قول اخر في المبسوط: انه يصح واختاره ابن البراج أيضا.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) القواعد: كتاب الفراق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٤ قال: ولو طلق واحدة غير معينة إلى قوله: وقيل: يصح ويعين للطلاق من شاء وهو اقوى.

المعين في المبهمة، ولأن توابع الطلاق كالعدة لابد له من محل معين.
احتج الآخرون: بعموم النص^(١) ولأن أحدهما زوجة، وكل زوجة يصح طلاقها. والكبرى ممنوعة.

تنبيهان

- (أ) على القول بالصحة، يجب التعيين، وهل هو بالقرعة، أو باختيار المطلق واقتراحه؟ بالاول قال المنصف في الشرائع^(٢) وبالثاني قال العلامة في القواعد^(٣):
- (ب) هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الطلاق، أو من حين التعيين؟ يبنى على مسألة اصولية: هي أن الواقع هل هو سبب مؤثر في البينونية في الحال؟ أو إثر له صلاحية التأثير عند التعيين؟ فعل الاول: يحرم الكل حتى يعين.
- وعلى الثاني: الكل زوجات يباح نكاحهن إلى التعيين. ويتفرع على ذلك فروع.
- (أ) يجب عليه التعيين ويطلب به، ويحبس عليه على الاول، دون الثاني.
- ويجب الانفاق على الاحتمالين معاً، ولا فرق بين البائن والرجعي.
- (ب) يجب العدة من حين التلفظ بالطلاق على الاول، وهو الذي قواه الشيخ

(١) قال تعالى: (يا ايها النبي إذا طلقتم النساء) الآية سورة الطلاق.

(٢) شرائع الاسلام: ج ٣ كتاب الطلاق الخامس تعيين المطلقة، قال: فلو كان له زوجات، فقال: زوجتي طالق إلى قوله: وقيل يصح ويستخرج بالقرعة وهو اشبه.

(٣) القواعد، كتاب الفرق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٢ قال: ويقبل تفسيره.

(الركن الثالث) في الصيغة

ويقتصر على (طالق) تحصيلا لموضع الاتفاق. ولا يقع بـ (خليفة) ولا (برية) وكذا لو قال: إعتدي. ويقع لو قال: هل طلقت فلانة، فقال: نعم ويجب تجريده عن الشرط والصفة^(١).
في المبسوط^(٢) ومن حين التعيين على الثاني.
(ج) لو وطئ أحدهما وقلنا بالاول، تعينت الاخرى للطلاق، وعلى الثاني يجوز له تعيين الموطوءة.

(د) يجب القرعة على الاول قطعا، وعلى الثاني يتخير بين القرعة وبين الاقتراح.
قال طاب ثراه: ويقع لو قال: هل طلقت فلانة، فقال: نعم.
أقول: الطلاق لفظ انشائي وضعه الشارع سببا لازالة قيد النكاح ابتداء، أي من غير اعتبار أمر آخر غير اللفظ، فخرج الفسخ بخيار العيب، أو عتق، فان الموجب لازالة قيدالنكاح هنا مع لفظ، الفسخ حصول مايبيح الفسخ.
والصريح لفظ منفرد غير مشترك، ويقابله الكناية، فاذا عين الزوجة بما يدل على تشخيصها وعقبه بـ (طالق) كان صريحا إجماعا، وليس كلما اشتق من الطلاق بصريح، كقوله: أنت طلاق، او الطلاق، لانه مصدر، ولا يوصف الذوات بالمصادر، فهو مجاز لا يقع به الطلاق وان قصده لانه يكون كناية، ولا يقع الطلاق بالكنايات. واختلف في صور. وهي على قسمين، عامة وخاصة.

صور الطلاق .. (القسم الاول) العامة

وفيه مسائل.

الاولى: لو قيل: هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم، قصدا للانشاء، هل يقع به

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨ س ٤ قال: فاما إذا اطلق الطلاق إلى قوله في س ٢٠ ومن أي وقت تعتد؟ قال قوم: من حين البيان عنه لامن حين اللفظ، وقال اخرون: من حين تلفظ بالطلاق لان الايقاع وقع حينئذ، وانما بقي البيان الخ.

الطلاق؟ قال في النهاية: نعم^(١) وبه قال القاضي^(٢) وابن حمزة^(٣) واختاره المصنف^(٤).
وظاهر ابن ادريس المنع^(٥) وهو قول الشيخ في المبسوط^(٦) وهو مذهب العلامة^(٧) وفخر
المحققين^(٨).

احتج الشيخ بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام، في الرجل يقال له: أطلقت
امراتك؟ فيقول: نعم، قد طلقته حينئذ^(٩).
وهو صريح في كونه انشاء، لان قوله: نعم يتضمن اعادة السؤال، وهو صريح في الانشاء
عنده.

والجواب: يضعف السند.

-
- (١) النهاية، باب اقسام الطلاق وشروطه ص ٥١١ س ١ قال: فان قيل للرجل هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم كان
الطلاق واقعا.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب بيان مايقع به الطلاق ص ٢٧٨ س ١١ قال: واذا قال له انسان: فارقت زوجتك؟ فقال: نعم
لزمه طلبة واحدة باقراره لايقاعها الخ.
- (٣) الوسيلة، فصل في بيان اقسام الطلاق، ص ٣٢٣ س ٢٠ قال: وما يكون بحكم الطلاق اربعة اشياء، إلى أن قال:
والثالث قوله: نعم إذا قيل له: طلقت فلانة؟^(٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) السرائر، كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٢ قال: فان قيل للرجل هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم كان ذلك اقرارا منه
بطلاق شرعي الخ.
- (٦) المبسوط: ج ٥، ص ٥٢ س ١٩ قال: إذا قال له رجل: فارقت امراتك؟ فقال: نعم، قال قوم يلزمه في الحكم طلبة
باقراره لا بايقاعه الخ.
- (٧) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٤ س ٢٠ قال: والتحقيق ان نقول: إلى قوله: وان قصد بذلك الانشاء، فهل
يصح الخ.
- (٨) الايضاح: ج ٣ ص ٣٠٧ س ١٧ قال: والاصح عندي انه لا يقع بذلك.
- (٩) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق، ص ٣٨ الحديث ٣٠.

احتج الآخرون برواية مُحمَّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته: أنت حرام، أو بائنة، أو بته، أو خلية، أو برية، فقال: هذا ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل عدتها قبل أن يجامعها: أنت طالق، ويشهد على ذلك رجلين عدلين^(١). وإنما للحصر.

ورواه مُحمَّد بن أبي نصر في الجامع عن سماعة عن مُحمَّد بن مسلم^(٢).

ورواه الشيخ أيضا وزاد (واعتدى)^(٣).

(الثانية) لو قال: إعتدى: الأكثر على عدم وقوع الطلاق به، خلافا لابي علي^(٤) لأنه ليس بصريح ولرواية مُحمَّد بن مسلم المتقدمة^(٥).

احتج: بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام، الطلاق أن يقول لها: إعتدي، أو يقول لها: انت طالق^(٦).

(الثالثة) أنت مطلقة، أو ممن المطلقات، قال في المبسوط: الاقوى أنه يقع^(٧)

(١) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٦ من ابواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٥ الحديث ٣.

(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٤ س ٢٥ قال: وقد روى مُحمَّد بن أبي نصر في كتاب الجامع الخ.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٦٥) باب ما تقع به الفرقة من كنايات الطلاق، ص ٢٧٧ الحديث ١ (٤) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٤ س ٦ قال: ابن الجنيد: إلى قوله: أو قوله: اعتدي.

(٥) تقدم آنفا.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٣٧ الحديث ٢٨.

(٧) المبسوط: ج ٥ فيما يقع به الطلاق وما لا يقع ص ٢٥ س ٨ قال: وعندنا ان قوله: انت مطلقة، إلى قوله: فالاقوى انه يقع به.

وقال في الخلاف: لا يقع^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣) لانه اخیار لغة، والاصل عدم نقله إلى الانشاء.

(الرابعة) قوله: طلقت فلانة، منشاء، قال المصنف: يقع^(٤) لوقوعه بما يتضمنه في قوله: هل طلقت؟ فيقول: نعم، فمع صريحه أولى، ونقل منعه عن الشيخ^(٥) وهو إختیار العلامة^(٦).
(الخامسة) قوله: ياطالق، حكم في موضع من المبسوط بوقوعه^(٧) والاكثر على المنع.
وجه الاول: باتيان بصيغة طالق مع القصد بما إلى الطلاق.

ووجه الثاني: أن صحة النداء بوصف متأخر عن ثبوت ذلك الوصف الموصوف، فلا يكون سببا في ثبوته، وإلا دار.

(السادسة) التلطف بغير العربية مع القدرة عليها، أطلق وقوع الفرقه به في النهاية^(٨)، وهو صريح ابن حمزة^(٩) ومنعه ابن ادريس^(١٠) الا مع العجز

-
- (١) الخلاف كتاب الطلاق، مسألة ١٨ قال: اذا قال لها: انت مطلقة، لم يكن ذلك صريحا في الطلاق.
(٢) الشرائع: في الصيغة قال: ولو قال: انت الطلاق لم يكن شيئا، وكذا لو قال: انت مطلقة الخ.
(٣) القواعد، كتاب الفراق، الصيغة، قال: ولو قال: انت طلاق، او مطلقة إلى قوله: لم يقع.
(٤) و(٥) الشرائع، في الصيغة، قال: ولو قال: طلقت فلانة، قال (أي الشيخ) لا يقع، وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك الخ.
(٦) القواعد: كتاب الفراق، الصيغة قال: ولو قال: انت طلاق إلى قوله: أن طلقت فلانة لم يقع.
(٧) المبسوط: ج ٥، كتاب الطلاق ص ٨٩ س ٢٠ قال: فرع، لو قال ياطالق إلى قوله: طلقت طلقة بقوله يا طالق.
(٨) النهاية: باب اقسام الطلاق ص ٥١١ س ٢ قال: وما ينوب مناب قوله انت طالق بغير العربية باى لسان كان، فانه تحصل به الفرقه.
(٩) الوسيلة: في بيان اقسام الطلاق: ص ٣٢٤ س ٤ قال: والرابع تطليقها بما يفيد مفاد العربية من اللغات.
(١٠) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٣ قال: فاما إذا كان قادرا على التلطف بالطلاق بالعربية وطلق بلسان غيرها، فلا تقع الفرقه بذلك.

عن النطق بالعربية، واختاره المصنف^(١) والعلامة في المختلف توقف فيه^(٢).
(السابعة) لو قال لاربع: أوقعت منكن أربع طلقات، قال في المبسوط: طلقن^(٣) ومنعه المصنف^(٤) والعلامة^(٥) لبعده عن سنة الانشاء.
(الثامنة) التخيير للمرأة كقوله: إختارى نفسك، أو إخترتك، أو جعلت لك الخيار، أو جعلت أمرك اليك، قال القديمان: بوقوعه بشروط ثلاثة: ان يكون في طهر لم يقربها فيه بجماع. وحضور شهود (شاهدين خ ل). وجوابها على الفور^(٦)^(٧). فان اختارت زوجها، أو تفرقا ثم اختارت، أو تحولت من مجلسها لم يقع به فرقة.

-
- (١) الشرائع: في الصيغة قال: ولا يقع الطلاق بالكناية ولا بغير العربية.
(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٤ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: وما ينوب مناب قوله انت طالق بغير العربية إلى قوله: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.
(٣) المبسوط: ج ٥ كتاب الطلاق ص ٥٨ س ٢٣ قال: فان قال: اوقعت بينكن أربع تطليقات ونوى طلقت كل واحدة طلقة عندنا.
(٤) الشرائع: في الصيغة، شرع، قال بعد نقل قول الشيخ: وفيه اشكال، لانه اطراح للصيغة المشترطة.
(٥) القواعد: كتاب الفراغ، في الصيغة، الثالث، قال: وكذا لو قال لاربع: اوقعت بينكن أربع طلقات.
(٦) و(٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: إذا اراد الرجل ان خير امرأته الخ وس ١١ قال ابن أبي عقيل: والخيار عند ال رسول ﷺ ان يخير الرجل امرأته ويجعل امهرا اليها الخ.

وإن جعل الاختيار إلى وقت معين جاز له الرجوع قبل انقضائه، ولها الاختيار قبل انتهاءه،
وان اختارت بعده لم يجز. وتقع الطلقة رجعية وله الرجوع مادامت في العدة.
وحكى الشيخ في الخلاف عن بعض القائلين به من شواذ الاصحاب وقوعها بأبنة^(١).
وقال الشيخ في كتابي الخلاف: لا يقع به طلاق^(٢) وبه قال ابن إدريس^(٤) واختاره المصنف^(٥)
والعلامة^(٦).

إحتج الاولون بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: قلت: رجل خير امرأته؟ قال: الخيار لهما ما
داما في مجلسهما، فاذا تفرقا فلا خيار لها^(٧).
وفي الموثق: عن جميل بن دراج، عن زرارة ومحمد بن مسلم، عن احدهما عليه السلام قال: لا خيار الا
على طهر من غير جماع، بشهور^(٨).
وصحيحة حمran قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: المخيرة تبين من

-
- (١) و(٢) كتاب الخلاف: كتاب الطلاق، مسألة ٣١ قال: إذا خيرها فاخترت نفسها لم يقع الطلاق إلى قوله: ومنهم
من قال: بأبنة.
(٣) المبسوط: ج ٥، فصل فيما يصح به الطلاق وما لا يقع ص ٣٠ س ١ قال: وان اختارت نفسها فلا يقع عندنا به
طلاق الخ.
(٤) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٨ قال: ومتى جعل اليها الخيار فاخترت نفسها إلى قوله: وبعض لا يوقعها،
وهذا هو الاظهر.
(٥) الشرائع: في الصيغة قال: ولو خيرها وقصد الطلاق إلى قوله: وقيل: لا حكم له وعليه الاكثر.
(٦) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٣ س ٢٦ قال بعد نقل الاقوال في المسألة: والمعتمد ما قاله الشيخ.
(٧) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٨٩ الحديث ٢٢٢.
(٨) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من ابواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٧ الحديث ٨.

ساعتها، من غير طلاق ولا ميراث بينهما، لأن العصمة قد زالت بساعة كان ذلك منها ومن الزوج^(١).

وحملها الشيخ على التقية بموافقتها مذهب بعض العامة^(٢).
احتج الآخرون: باصالة بقاء النكاح، ومعارضة الروايات بمثلها.
روى عيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل خير امرأته، فاختارت نفسها، بانته منه؟ فقال: لا، إنما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله خاصة، أمر ذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن طلقن، وهو قول الله تعالى (قل لا زواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها) الآية^(٣)^(٤).
قال الحسن بن سماعة: وبهذا الخبر ناخذ في الخيار.
ومثله رواية محمد بن مسلم^(٥).

تنبيه

على القول بوقوعه يقع الطلقة رجعية، قاله القديمان^(٦)^(٧).
والمعتمد رواية زرارة (الموثقة) عن الباقر عليه السلام قال: قلت له: رجل خير

-
- (١) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٨ الحديث ١١.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٨٨ س ١٨ قال: فاما ما روى من جواز الخيار إلى النساء إلى قوله: فالوجه فيها كلها أن نحملها على ضرب من التقية، لأن الخيار موافق لمذهب العامة.
(٣) الأحزاب: ٢٨.
(٤) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٦ الحديث ٤.
(٥) الوسائل: ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٦ الحديث ٣.
(٦) و(٧) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد إذا أراد الرجل أن يخير امرأته الخ وس ١١ قال: وقال ابن عقيل: والخيار الخ.

امراته إلى أن قال: وهو حق بما برجعتها قبل أن تنقضي عدتها^(١).

وقيل: بائة.

والمعتمد رواية زرارة عن أحدهما عليه السلام قال: إذا اختارت نفسها فهي طلقة بائة، وهو خاطب من الخطاب، وإن اختارت زوجها، فلا شيء^(٢).

(القسم الثاني) الخاصة

وفيه مسألتان:

(الاولى) الكتابة للغائب: قال في النهاية: يقع إذا كتب بخطه: فلانة طالق^(٣) وبه قال ابن حمزة بشروط أربعة. أن يكتب بخطه. ويشهد عليه. ويسلم من الشاهدين. ولا يفارقهما حتى يقيما الشهادة، ويعلما المطلقة^(٤).

وقال الشيخ في الكتابين: لا يقع^(٥) وبه قال ابن الجنيد^(٦) وابن

(١) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من ابواب مقدماته وشرائطه، ص ٣٣٨ قطعة من حديث ١٢.

(٢) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من ابواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٧ الحديث ٩.

(٣) النهاية: باب اقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١١ س ٥ قال: وإن كان غائبا وكتب بخطه: ان فلانة طالق، وقع الطلاق.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان اقسام الطلاق ص ٣٢٣ س ٢١ قال: ومن الغائب بأربعة شروط.

(٥) المبسوط: ج ٥، كتاب الطلاق، فصل فيما يقع به الطلاق وما لا يقع ص ٢٨ س ٩ قال: إذا كتب بطلاقها، إلى قوله: فلا يقع به شيء بلا خلاف.

(٦) كتاب الخلاف: كتاب الطلاق، مسألة ٢٩ قال: إذا كتب بطلاق زوجته ولم يقصد بذلك الطلاق لا يقع بلا خلاف الخ.

(٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٢ قال: وقال ابن الجنيد: وإن قال لغيره بحضرة الشهود اكتب إلى قوله: لم يلفظ بالطلاق لم يكن طلاقا.

إدريس^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣) والقاضي في الكامل تابع النهاية^(٤) وفي المذهب تابع الخلاف^(٥).
احتج الشيخ بصحيفة أبي حمزة الثمالي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لرجل:
اكتب يافلان إلى امرأتى بطلاقها، واكتب إلى عبيدي بعثقه، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال: لا
يكون طلاق أو عتق حتى ينطق بلسانه، أو غائباً عن أهله^(٦).
وحملها العلامة على حالة الاضطرار، وجعل قوله (أو) للتفصيل لا للتخيير^(٧).
احتج المانعون: بأن النكاح عصمة مستفادة من الشرع، فيقف زوالها على دلالته، والاصل بقاء
ماكان على ماكان.

ولان الكنايات اللفظية لا يحصل بها الفرقة مع القصد، فالكتابة أولى بعدم الحصول.
ولان النسبة بين اللفظين أقوى مشابحة من النسبة بين اللفظ والفعل.

(١) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٧ قال: قال محمد بن إدريس: لا يقع الطلاق إذا كتب بخطه ان فلانة طالق الخ.

(٢) الشرائع، في الصيغة قال: ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر الخ.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٩ قال: بعد نقل الاقوال: والمعتمد ما قاله الشيخ في الخلاف.

(٤) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٣ قال: وقال ابن البراج في الكامل بمثل قول الشيخ في النهاية.

(٥) المذهب: ج ٢ باب بيان ما يقع به الطلاق ص ٢٧٧ س ١ قال: وإذا كتب بطلاقها إلى قوله: لم يقع طلاق.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٣٨ الحديث ٣٣ وفي التهذيب والكافي والفقيه عن أبي جعفر عليه السلام وفي المختلف ص ٣٥ س ١٥ نقله عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ١٨ قال: والجواب انه محمول على حالة الاضطرار الخ.

وبحسنة زرارة قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته، او بعث غلامه، ثم بدا له فمحاها؟ قال: ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به ^(١).

فان قيل: هذه الرواية مطلقة، وتلك مقيدة، والمطلق يحمل على المقيد.

اجيب: بان الغيبة والحضور لا تأثير لهما في السببية، لان اللفظ لما كان سببا للبينونة، استوى ايقاعه من الغائب والحاضر، ولو كانت الكتابة سببا، لتساوي الحالين فيهما، مع اختصاص هذه الرواية لموافقة اعتضاها بالنظر والشهرة بين الاصحاب.

(الثانية) القاء القناع على المرأة للاخرس.

قاله الصدوقان ^(٢) ^(٣) وبه قال ابن حمزة ^(٤) وجعل الشيخ رواية، وقال: طلاقه بالاشارة والكتابة ان عرفها ^(٥) وبه قال القاضي ^(٦) وابن إدريس ^(٧) وابوعلي ^(٨)

(١) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٤ من ابواب مقدماته وشرائطه، ص ٢٩١ الحديث ٢.

(٢) و(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٦٢) باب طلاق الاخرس ص ٣٣٣ الحديث ١ وفي ذيله (وقال أبي عليه السلام في رسالته إلى: الاخرس اذا اراد ان يطلق امرأته القى على رأسها قناعا الخ.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان اقسام الطلاق ص ٣٢٤ س ١ قال: او القاء مقنعة على رأسها الخ.

(٥) النهاية: باب اقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١١ س ١٩ قال: فليؤم إلى الطلاق إلى قوله: وقد روي انه ينبغي أن يأخذ المقنعة الخ.

(٦) لم نظفر عليه في المذهب ولكن نقله في المختلف (كتاب الطلاق ص ٤٠ س ٣) قال: وجعله الشيخ وابن البراج رواية، ولعله منقول من كتابه الكامل.

(٧) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٢٥ قال: ومن لم يتمكن من الكلام إلى قوله: وقد روي انه ينبغي ان يأخذ المقنعة فيضعها على رأسه.

(٨) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٤٠ س ١ قال: المشهور ان طلاق الاخرس إلى قوله: ذهب اليه الشيخ وابن الجنيد.

[ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث، صحت واحدة وبطل التفسير. وقيل: يبطل الطلاق. ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم.

(الركن الرابع) في الاشهاد

ولا بد من شاهدين يسمعه، ولا [واختاره المصنف^(١) والعلامة^(٢).
احتج الاولون: بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال: طلاق الاخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها، ثم يعتزلها^(٣).
ومثلها رواية أبي بصير عنه عليه السلام^(٤).
واجيب: بضعف السند، وبالحمل على ما اذا علم بذلك اشارته.
احتج الآخرون برواية أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة، فيصمت فلا يتكلم، قال: أخرس؟ قلت: نعم، قال: فيعلم منه بغض لامرأته وكرهته لها؟ قلت: نعم، أيحوز ان يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله: لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها، او بغضه لها^(٥).

قال طاب ثراه: ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث، صحت واحدة وبطل التفسير،

(١) الشرائع: كتاب الطلاق في الصيغة، قال: ويقع طلاق الاخرس بالاشارة الدالة، فوي رواية يلقي عليها القناع.
(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال: المشهور ان طلاق الاخرس بالاشارة المفيدة إلى قوله: لنا مارواه احمد بن محمد آه.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧٤ الحديث ١٦٨.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الاخرس ص ٣٠١ الحديث ٣.

(٥) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٩ من ابواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٩ الحديث ١٩.

[يشترط إستدعاءهما إلى السماع، ويعتبر فيهما العدالة، وبعض الاصحاب يكتفي بالاسلام.ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد كان الاول لغوا، ولا تقبل فيه شهادة النساء].

وقيل: يبطل الطلاق.

أقول: الاول اختيار الشيخ في النهاية^(١) والقاضي^(٢) وابن زهرة^(٣) وابن إدريس^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦).

والثاني اختيار المرتضى^(٧) وابن حمزة^(٨) والحسن^(٩) وظاهر سلال^(١٠).

(١) النهاية: باب اقسام الطلاق وشرائطه، ص ٥١٢ س ٥ قال: فان طلقها اكثر من ذلك ثنتين أو ثلاثا، لم يقع اكثر من واحدة.

(٢) المذهب: ج ٢، باب بيان مايقع به الطلاق، ص ٢٧٩ س ٥ قال: واذا قال لها: انت طالق اثنين، وقعت طلقة في الحال، وما عدا ذلك لغو.

(٣) الغنية من جوامع الفقهية: في الطلاق واللعان ص ٦١٥ س ١ قال: ومن طلق ثلاثا بلفظ واحد كان مبتدعا في قوله ثلاثا وقعت واحدة.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٥ س ٢٩ قال: فان طلقها ثنتين او ثلاثا إلى قوله: لم يقع على الصحيح من المذهب الا واحدة الخ.

(٥) الشرائع: كتاب الطلاق، في الصيغة قال: ولو فسر الطلقة باثنين او ثلاث إلى قوله: وقيل: يقع واحدة ويلقى التفسير وهو اشهر الروايتين.

(٦) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٦ س ١ قال: وابن زهرة وابن ادريس وافقا الشيخ في النهاية وهو المعتمد.

(٧) الانتصار في الطلاق ص ١٣٦ قال: مسألة، ومما انفردت به الامامية القول: بان الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع الخ.

(٨) الوسيلة: احكام الطلاق: ص ٣٢٢ س ٤ قال: وبدعة في القول إلى قوله: وايقاع الطلاق ثلاثا بلفظ واحد ولا يقع كلاهما.

(٩) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٥ س ٣٧ قال: وقال ابن عقيل: لو طلقها ثلاثا بلفظ واحد وهي طاهر لم يقع عليها شيء.

(١٠) المراسم كتاب الفراق، ص ١٦١ طلاق السنة س ٧ قال: فما يرجع إلى الزوج إلى قوله: وان يتلفظ بالطلاق موحدا.

(النظر الثاني) في اقسام الطلاق .. طلاق البدعة

فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج، او غيبته دون المدة المشتركة، وفي طهر قد قربها فيه، وطلاق الثلاث المرسلة، وكله لا يقع^(١).

احتج الاولون: بوجود المقتضى، وهو (انت طالق) وانتفاء المانع، إذا ليس الا الضميمة، وهي هنا مؤكدة لا منافية.

ولصحيحة جميل بن دراج عن احدهما عليه السلام قال: سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثا؟ قال: هي واحدة^(٢).

وصحيحة بكير بن اعين عن الباقر عليه السلام قال: ان طلقها للعدة اكثر من واحدة، فليس الفضل على الواحدة بطلاق^(٣).

احتج الآخرون بصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام: من طلق ثلاثا في مجلس فليس بشئ، من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله^(٤). ولأن واحدة المفردة المقيدة بقيد الوحدة غير مرادة، فلا يقع، لا شترط القصد في الطلاق والثلاث غير واقعة اجماعا.

اجاب العلامة بالقول بالموجب، فان الثلاث لا يقع، فكانه ليس بشئ يوجب ماقصده، والفعل الاختيار الصادر عن الحيوان اذا لم يصلح غايته يسمى باطلا، فلا يكون شيئا^(٥). قال طاب ثراه: وطلاق الثلاث المرسلة، وكله لا يقع.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٥ الحديث ١.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٦ الحديث ٥.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٧ الحديث ١٠.

(٤) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٨ قال: والجواب: انا نقول بموجب الخبر الخ.

طلاق السنة

[وطلاق السنة ثلاث: بائن، ورجعي، وللعدة. فالبائن ما لا يصح معه الرجعة، وهو طلاق اليائسة على الاظهر، ومن لم يدخل بها، والصغيرة، والمختلعة والمباراة ما لم ترجعا في البذل، والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان. والرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع. وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع، ثم يطلق. فهذه تحرم في التاسعة تحريما مؤبدا. وما عداها تحرم في كل ثلاثة حتى تنكح غيره].

أقول: مراده تعداد الطلاق البدعي، وعد منه أصنافا، كطلاق الحائض، والثلاث المرسلة، قال: (وكله لا يقع) لانه غير مراد للشارع، والاصل بقاء عصمة النكاح، فيقف رفعها على موضع الاذن، خلافا للعامة: فان عندهم أن طلاق الحائض بدعة، لكنه يقع^(١).

ويحتمل ان يعود الضمير في قوله: (وكله) إلى الثلاث المرسلة، وقد تقدم ان الواقع منها واحدة على احد القولين، ولا يقع شئ على القول الاخر، ومختار المصنف الوقوع، فقوله هنا (وكله) يحتمل ان يكون المراد الكل المجموعي، أي الثلاث بتمامها لا يقع، بل واحدة منها، ويحتمل ان يكون رجوعا عن الاول، وقد صرح به المصنف في الشرائع، حيث قال: والكل باطل لا يقع معه طلاق^(٢) فاتى الطلاق منكرا في سياق النفي وهو يفيد العموم على ما تقرر في موضعه.

قال طاب ثراه: فالبائن لا يصح معه الرجعة، وهو طلاق اليائسة على الاظهر.

(١) فصل: فان طلق للبدعة وهو ان يطلقها حائضا، او في طهر اصابها فيه، اثم ووقع طلاقه في قول عامة اهل العلم (المغني لابن قدامة) ج ٨ ص ٢٣٨ مسألة ٥٨١٦.

(٢) تقدم آنفا.

أقول: اختلف في اليائسة والصغيرة هل عليهما عدة ام لا؟ الاول مذهب المرتضى^(١) وابن زهرة^(٢).

والثاني مذهب الشيخين^(٣)^(٤) والصدوقين^(٥)^(٦) والتقي^(٧) والقاضي^(٨) وابن حمزة^(٩) وابن إدريس^(١٠) واختاره المصنف^(١١) والعلامة^(١٢).

(١) الانتصار، في مسائل العدة، ص ١٤٦ س ٤ قال: والذي اذهب انا اليه: ان على الآيسة من الحيض والتي لم تبلغه، العدة الخ.

(٢) الغنية في الجوامع الفقهية، ص ٥٥٤.

(٣) المقنعة: باب عدد النساء، ص ٨٢ س ٢٢ قال: وان كانت قد استوفت خمسين سنة وارتفعت عنها الحيض وايسر منه لم يكن عليها عدة إلى ان قال: وان صغرت عن ذلك لم يكن عليها عدة الخ.

(٤) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد، ص ٢٣٩ س ٦ قال: الآيسة من الحيض ومثلها لا تحيض لعدة عليها مثل الصغيرة الخ.

(٥) المختلف: الفصل السادس في العدد ص ٥٩ س ١٧ قال: لعدة عليها (أي الصبية والآيسة) وهو اختيار الشيخ علي بن بابويه.

(٦) المقنعة باب الطلاق ص ١١٦ س ١ قال: واعلم إلى ان قال: ان كان مثلها لا تحيض فلا عدة عليها.

(٧) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال: وقبل ان تبلغ تسع سنين إلى قوله: فلا عدة عليهما.

(٨) المهذب: ج ٢ باب طلاق المدخول بها ولم تبلغ الحيض ص ٢٨٤ س ١٥ قال: فاذا طلقها بانت منه الخ.

(٩) الوسيلة: فصل في بيان العدة ص ٣٢٥ س ١٨ قال: والتي لم تبلغ الحيض، والآيسة لعدة عليهما.

(١٠) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١ قال: فقد اختلف اصحابنا في وجوب العدة عليهما إلى قوله: والقول الآخر (أي عدم الوجوب) أكثر واظهر.

(١١) لاحظ عبارة النافع.

(١٢) المختلف: ص ٥٩ الفصل السادس في العدد س ١٩ قال: والمعتمد الاول، أي قول الشيخان

[وهنا مسائل خمسة]

(الاولى) لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة].

احتج السيد بقوله تعالى: (واللاني يئسن من المحيض من نساءكم ان اربتم فعدتن ثلاثة اشهر واللاني لم يحضن)^(١) وهذا صريح في الآيات من المحيض، واللاني لم يبلغن عدتن الاشهر على كل حال^(٢).

احتج الآخرون بوجوه.

(أ) ان المقتضى للاعتداد، وهو استعلام فراغ الرحم من الحمل غالبا منتف هنا قطعاً، فلا وجه لوجوب العدة روى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: التي لا تحبل مثلها، لاعدة عليها^(٣) وهو ايماء إلى ما ذكرناه من العلة.

(ب) ان غير المدخول بها لاعدة عليها إجماعاً، فكذا اليائسة والصغيرة، اذا الدخول هنا لا اعتداد به.

(ج) موثقة عبدالرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: ثلاث يتزوجن على كل حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وماحدها؟ قال: اذا اتى عليها اقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي يئسن من المحيض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وماحدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة^(٤).

قال طاب ثراه: لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثالثة.

أقول: لم يختلف احد من اصحابنا في افتقارها بعد الثلاثة إلى المحلل، سواء كانت الثلاث للعدة او للسنة.

ولانه منصوص القرآن^(٥) وفي الثالثة لا بد من استيفاء العدة بالنسبة إلى المحلل،

(١) الطلاق: ٤.

(٢) تقدم آنفاً.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٩٦) ص ٣٣٨ الحديث ٣.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٩٦) ص ٣٣٧ الحديث ١.

(٥) قال تعالى: (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) سورة البقرة / ٢٣٠.

ولو كان استيفائها كافيا في الحل في الاول وهادما للتحريم لجاز العقد للزوج مكان المحلل، فيلزم عدم الافتقار إلى المحلل ابداً، وهو مخالف للكتاب العزيز، وعليه طابقت الروايات^(١).

نعم ورد في شواذها: عن الحسن بن محبوب، عن عبد الله بن بكير، عن زرارة بن أعين قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: الطلاق الذي يحبه الله هو الطلاق الذي يطلق الفقيه، وهو العدل بين المرأة والرجل ان يطلقها في استقبال الطهر بشهادة الشاهدين، وارادة من القلب، ثم يتركها حتى يمضي ثلاثة قروء، فاذا رأت الدم في اول قطرة من الثالثة، وهو اخر القروء، لان الاقراء هي الاطهار، فقد بائت منه، وهي املك بنفسها، فان شاءت تزوجه وحلت له بلا زوج، فان فعل هذا بما مرة هدم ما قبله، وحلت بلا زوج، وان راجعها قبل ان تملك نفسها ثم طلقها ثلاثة مرات، يراجعها ويطلقها لم تحل له الا بزواج^(٢).

وعبد الله بن بكير فطحي كذاب.

وقال الشيخ وسئل عن هذا؟ فقال: هذا مما رزقه الله من الرأي، ولما رأى أصحابه لا يقولون به اسنده إلى زرارة نصرته لمذهبه الذي افق به، وانما هو عليه من الغلط في انحرافه عن اعتقاد الحق، في اعتقاد مذهب الفطحية اعظم من الغلط في استناده فتياً يعتقد صحته لشبهة دخلت عليه إلى بعض اصحاب الائمة عليهم السلام ولم يعلم بما احد من الاصحاب^(٣).

قال طاب ثراه: يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة.

(١) لاحظ الوسائل: ج ١٥، الباب ٤ من ابواب اقسام الطلاق واحكامه ص ٣٥٧.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق، ص ٣٥ الحديث ٢٦.

(٣) قطعة من كلام الشيخ بعد نقل الرواية، لاحظ ص ٣٥ و ٣٦ من ج ٨ من التهذيب.

أقول: هذه المسألة من مشكلات علم الفقه، وقبل اخوض فيه يفتقر إلى توضيح (مقدمة). وهي ان الطلاق ينقسم إلى قسمين: سني وبدعي: فالبدعي ما نهي عنه، كطلاق الحائض، والنفساء، وفي طهر قربها فيه. وعندنا لا يقع البدعي، ويقع عند العامة موقعه وإن أثم. والسني مقابله، وهو ما اذن فيه وجاز فعله.

وينقسم إلى قسمين: طلاق عدة، وطلاق سنة. فطلاق العدة ان يطلقها على الشرائط، ثم يراجعها في العدة، ويواقعها فيها والسنة ان يتركها حتى تخرج من العدة، ويراجعها بعقد ومهر جديد.

والسني الاول: يسمى طلاق السنة بالمعنى الاعم، لعمومه، فانه يشمل البائن، والرجعي، والعدي، والسني، والسني الثاني الذي قابل العدي في التقسيم الثاني يسمى طلاق السنة بالمعنى الاخص.

اذا تقرر هذا فنقول: الحامل يجوز طلاقها للعدة اجماعاً: بان يطلقها على الشرائط، ثم يراجعها قبل وضع حملها، ويطأ قبل الوضع فقد حصل الرجوع والوطى في العدة، لا انها هنا زمان الحمل، وهل يجوز ان يطلقها للسنة ام لا؟ فيه اشكال: لانه ان اريد بالسنة، السنة بالمعنى الاعم، فهو تكرار، لان الطلاق الاول الذي جاز اجماعاً، اعنى طلاق العدة سني بالمعنى الاعم، لانه أحد اقسامه، والمقسم صادق على الاقسام.

وان اريد بالمعنى الاخص، فهو لا يتحقق الا بعد خروج العدة، وهو تحصل بوضع الحمل، وحينئذ يخرج عن كونها حاملاً.

فهذا تقرير الاشكال، وتقرير حله يتوقف على ايراد اقوال الفقهاء في هذه المسألة وهي اربعة.

(أ) قال الصدوق في الرسالة والمقنع^(١) (٢) اذا راجع الحبلى قبل وضعها، ثم اراد طلاقها ثانيا لم يكن له ذلك الا بعد الوضع، او مضى ثلاثة اشهر، ولم يفصلا العدى والسنى.

(ب) قال ابوعلي: اذا اراد طلاقها بعد الرجعة وكان قد واقع، اشترط مضى شهر بعد الوقاع وكذا في الثالث، ويحرم حتى المحلل^(٣).

(ج) قال الشيخ في النهاية: اذا اراد الرجل ان يطلق امرأته وهي حبلى مستبين حملها، فليطلقها أي وقت شاء، فاذا طلقها واحدة كان املك برجعتها ما لم تضع ما في بطنها، فاذا راجعها واراد طلاقها للسنة، لم يجز له ذلك حتى تضع ما في بطنها، واذا اراد طلاقها للعدة، واقعها ثم طلقها بعد المواقعة^(٤).

وتبعه القاضي^(٥) وابن حمزة^(٦) فقد منع من طلاقها للسنة بالمعنى الاعم،

-
- (١) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٢١ قال: وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: فان راجعها يعنى الحبلى الخ.
- (٢) المقنع، باب الطلاق ص ١١٦ س ٨ قال: فان راجعها من قبل ان تضع ما في بطنها، او يمضى بها ثلاثة اشهر، ثم اراد طلاقها الخ.
- (٣) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ قال: وقال ابن الجنيد: والحبلى اذا طلقها زوجها وقع الطلاق وله ان يرتجعها آه.
- (٤) النهاية: باب كيفية اقسام الطلاق ص ٥١٦ س ٢٠ قال: واذا اراد ان يطلق امرأته وهي حبلى مستبين حملها فيطلقها أي وقت شاء الخ.
- (٥) المهذب: ج ٢ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٨٥ س ١٢ قال: طلاق هذه المرأة اذا اراد زوجها الخ.
- (٦) الوسيلة، فصل في بيان اقسام الطلاق ٣٢٢ س ١٢ قال: والحامل اذا استبان حملها طلقها متى شاء الخ.

وأجازه للعدة فكانه يقول: لا يجوز طلاقها إلا نوعاً واحداً من أنواع الطلاق، وهو العدى فقط.
(د) قال ابن إدريس: يجوز طلاقها للسنة^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣) وفخر المحققين^(٤) رضي الله عنهم.

إحتج الصدوقان بصحيفة محمد بن إسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال: طلاق الحامل واحدة، فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت عنه^(٥).

وبصحيفة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: الحبل تطلق تطليقة واحدة^(٦).
ورواية منصور الصيقل عنه عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبل؟ قال: يطلقها، قلت: فيراجعها؟ قال: نعم يراجعها، قلت: فإنه بدا له بعد مراجعتها أن يطلقها؟ قال: لا حتى تضع^(٧).
وأجاب الشيخ عن الأولين: بأن المراد بالوحدة، الوحدة الصنفية، أي لا يقع بها الا صنف واحد من الطلاق، وهو العدى، لا صنفان أحدهما عدى والآخر

(١) السرائر، كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ٥ قال: وإذا أراد أن يطلق امرأته وهي حبل مستبين حملها فليطلقها أي وقت شاء الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٣٨ قال: والتحقيق في هذا الباب ان نقول الخ.

(٤) الايضاح: ج ٣ ص ٣١٧ قال: (د) قول والدي المصنف قدس الله سره: انه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة إلى قوله: وهو الاقوى.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٣ وفيه (عن إسماعيل الجعفي) بحذف كلمة (محمد).

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٢.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧١ الحديث ١٥٧.

سنى^(١) ولهذا منع من طلاقها إلا بعد الواقعة، ليكون للعدة.

واحتج الشيخ على هذا التأويل برواية إسحاق بن عمار قال: قلت لابي إبراهيم عليه السلام: الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها، ثم يطلقها، ثم يراجعها، ثم يطلقها الثالثة؟ فقال: تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره^(٢).

فقد تضمنت هذه الرواية تعداد الطلاق صريحا، فيكون معارضة الثالثة والاولتين أيضا. وعن إسحاق بن عمار أيضا عنه عليه السلام قال: سألته عن الحبل، يطلق طلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره؟ قال: نعم، قلت: أأست قلت: اذا جامع لم يكن له ان يطلق؟ قال: الطلاق لا يكون الا على طهر، قد بان وحمل قد بان وهذه قد بان حملها^(٣).

احتج ابو علي برواية يزيد الكناسي قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبل؟ فقال: يطلقها واحدة للعدة بالشهود، قلت: فله ان يراجعها؟ قال: نعم وهي امرأته قلت: فان راجعها ومسها واراد أن يطلقها تطليقة اخرى؟ قال: لا يطلقها حتى يمضي لها بعد مامسها شهرا، قلت: فان طلقها ثانية واشهد ثم راجعها واشهد على رجعتها ومسها ثم طلقها التطليقة الثالثة واشهد على طلاقها لكل عدة شهر، فهل تبين كما تبين المطلقة على العدة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره؟ قال: نعم، قلت: فما عدتها؟ قال: عدتها إن تضع ما في بطنها، ثم قد حلت

(١) قال في الاستبصار، ج ٣ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٩٩ ذيل حديث ٧ مالفظه: قيل له: الوجه في هذا الخبر انه ليس له ان يطلقها أي طلاق، وإذا لم يكن ذلك فيه، حملناه على انه ليس له ان يطلقها اذا راجعها حتى تضع طلاق السنة، فاما طلاق العدة فيجوز اذا وطئها.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها، ص ٢٩٩ الحديث ٨.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٩٩ الحديث ٨.

للأزواج^(١).

احتج ابن إدريس بعدم المانع، وعموم الآيات كقوله تعالى: (فإن طلقها)^(٢) (الطلاق مرتان)^(٣) (٤). قال المصنف: الوجه الاعراض عن اخبار الاحاد، والالتفات إلى ما دل القرآن عليه من جواز طلاقها مطلقاً^(٥). وقول المصنف في الشرائع: إذا طلق الحامل وراجعها جاز أن يطأها ويطلقها ثانية للعدة اجماعاً^(٦).

يريد بالاجماع هنا الحاصل بعد عصري الفقيهين وأبي علي، لانقراض المخالف فيه^(٧). قال العلامة في المختلف: والتحقيق في هذا الباب أن طلاق العدة والسنة واحدة، وإنما يصير للسنة بترك الرجعة وترك الواقعة، وللعدة بالرجعة في العدة والواقعة، فإذا طلقها لم يظهر أنه للسنة أو للعدة إلا بعد وضع الحمل، لأنه أن راجع

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٣٠٠ الحديث ٩.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٢٢٨ س ٩ قال: والاصل الصحة والمنع يحتاج إلى دليل مع قوله تعالى: الخ.

(٥) الظاهر أن المراد بقوله (قال المصنف) هو نجم الدين بن سعيد، لأن هذا القول منه، لاحظ الايضاح، ج ٣ ص ٥.

(٦) الشرائع: كتاب الطلاق، وأما طلاق العدة، قال: (الثانية) إذا طلق الحامل وراجعها جاز له أن يطأها ويطلقها إلى قوله: اجماعاً.

(٧) الايضاح: ج ٣، كتاب الفراق، ص ٣١٨ س ١٢ قوله (اجماعاً) المراد به اجماعاً أهل العصر الثالث، أي بعد عصري ابن بابويه وابن الجنيد، لانقراض المخالف فيه الخ.

قبله كان طلاق العدة، وان تركها حتى تضع كان طلاق السنة، فان قصد الشيخ ذلك فهو حق وتحمل الاخبار عليه^(١).

وعجز هذا التحقيق يعطي كون النزاع لفظيا، لان حاصله، ان طلاق السنة لا يتصور، لان حقيقته تركها بعد الطلاق حتى تنقضي العدة، وهي بوضع الحمل، يخرج عن كونها حاملا، ولم يقل أحد بطلان الطلاق الذي لا يتعقبه رجعة اذ شرائط الطلاق تكون مقدمة عليه بوجوب تقدم الشرط على مشروطه.

واورد عليه السيد عميد الدين عبدالمطلب قدست نفسه^(٢) ان قوله: (لا يعلم كونه للسنة اوللعدة الا بعد الوضع) مستدرك، لانه يعلم كونه للعدة قبل الوضع، بان يراجعها قبله، ثم يواقعها، ثم يطلقها، ثم يجوز له ان يراجعها أيضا ويواقعها ثم فيطلقها الثالثة، فيحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره، ولا يتوقف العلم بذلك على الوضع، ولو قال: (لا يعلم كونه للسنة حتى تضع)، كان حقا، وذلك ليس مخصوصا بالحامل، بل كل مطلقة رجعي لا يعلم كون طلاقها للسنة حتى تنقضي عدتها، سواء كان بالوضع، او بالاقراء، أو بالاشهر، فانه متى انقضت عدتها ولم يراجع، علم انه للسنة، وقبل ذلك لا يعلم، هذا اخر كلامه في شرحه^(٣).

واجاب عنه ولده فخر المحققين بان قوله: (اذا طلقها لم يظهر) أي بالطلاق لايهما

(١) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٣٨ قال: والتحقيق في هذا الباب ان نقول: الخ.

(٢) قال في الذريعة: ج ١٤ ص ١٢ تحت رقم ١٥٦٧ في عنوان شرح القواعد ما لفظه: السيد عميد الدين عبدالمطلب مجدالدين، ابي الفوارس محمد بن علي الاعرجي ابن اخت العلامة الحلبي، ولد سنة ٦٨١ وتوفي سنة ٧٥٤ ذكره سيدنا الصدر في التكملة، وحكى في رياض العلماء عن نظام الاقوال بعنوان الحاشية ايضا، وعند عده لشروح القواعد ذكر اولاً شرح العميدي مصرحا بانه الفه بعد وفاة خاله العلامة.

(٣) مخطوط ولم نظفر عليه.

هو، وإنما يظهر باحد الامرين اما بالرجوع قبله والمواقعه، وهو علامة العدى، او بالوضع قبل الرجوع، وهو علامة السنى، هذا مراده ولم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع^(١).

ثم قال فخر المحققين: واقول على قول الشيخ: يلزم احد امور ثلاثة.

اما ان يجعل حصول وصف السنى والعدي بالنية، او الرجعة سببا للصحة او كاشفة، لان الطلاق حال وقوعه قدر مشترك بين صنفيه، اعنى العدى والسنى بالمعنى الاخص، فالمميز له بحصول احد الوصفين، اما النية، أو الرجعة والمواقعة في العدة، او هي كاشفة، ودليل الحصر الاجماع على انتفاء غيرها.

أما النية فلم يقل به أحد، وأما كون الرجعة سببا للصحة، فلاستلزامه الدور، لان صحة الرجعة مشروطة بصحة الطلاق، فلو كان الرجعة سببا في صحة الطلاق لزم الدور، فبقى أن يكون الرجعة والمواقعة في العدة كاشفة، فإن حصلنا علمنا أنه للعدة، وإن لم يحصلنا حتى خرجت العدة بوضع الحمل علمنا أنه للسنة^(٢).

وأقول: إن الذي ينبغي تحصيله في هذا المقام أن نقول: موضوع المسألة: أن الحامل يجوز أن تطلق واحدة إجماعا.

وهل الواحدة نوعية، أو شخصية؟ الصدوقان على الثاني^(٣)، والشيخ على الاول^(٤)، فيجوز عنده تعددها إذا كانت من صنف واحد من أصناف الطلاق، وهو العدي، فيمنع من طلاقها ثانيا حتى يواقعها، ولو لم يواقعها منع من طلاقها، فالوقاع شرط في الطلاق الثاني للحامل، فيزيد على شروطها ذلك، ويكون معنى

(١) الايضاح: كتاب الفراق، ج ٣ ص ٣١٨ س ٧ قال: (فاذا طلقها لم يظهر، أي بالطلاق انه لايهما هو، إلى قوله:

هذا مراده، ولم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع كما قد يقع في اوهام بعض العوام.

(٢) الايضاح: ج ٣، كتاب الفراق، ص ٣١٨ س ١٤ قال: واقول على قول الشيخ الخ.

(٣) و(٤) تقدم نقل قولهما.

[الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة.

(الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة على الاشبه.

(الثالثة) يصح ان يطلق ثانية في الطهر الذي طلق فيه وراجع فيه، ولم يطأ، لكن لا يقع للعدة.

(الرابعة) لو طلق غائبا ثم حضرو دخل بها، ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه، ولا بينته، ولو اولدها لحق به.

(الخامسة) اذا طلق الغائب واراد العقد على اختها، او على خامسة، تربص تسعة اشهر احتياطاً.

(النظر الثالث) في لواحق الطلاق وفيه مقاصد

قول الشيخ: (فإذا راجعها وأراد طلاقها للسنة لم يجز له ذلك) السنة بالمعنى الاعم، وقوله (حتى تضع) أي لا يجوز ايقاع طلاق آخر عليها على غير الوجه المذكور، وهو الذي يتقدمه الوقاع، بل يستمر معها حتى تضع.

وابن إدريس ومن تبعه على جواز طلاقها مطلقاً^(١)، أي وان لم يتقدمه وطى، فيكون للسنة بالمعنى الاعم.

ويجاب عن الاشكال^(٢) قوله: (طلاق العدة سنى بالمعنى الاعم لانه أحد أقسامه).

قلنا: مسلم، لكن لما اختص الجواز بقسم واحد من اقسامه، صار كالقسيم لباقي الاقسام، فقولهم: (يجوز طلاق الحامل للعدة) وهو داخل في السنى العام لكن بقيد الرجوع والوطى في العدة، ومع عدم الوطى يكون سنياً عاماً شاملاً لذلك وللسنى الخاص، فاعلم ذلك.

(١) تقدم نقل قوله ودليله.

(٢) أي الاشكال الذي طرحه في صدر المبحث.

(المقصد الاول) يكره طلاق المريض

ويقع لو طلق، ويرث زوجته في العدة الرجعية، وترثه هي، ولو كان الطلاق بائنا، إلى سنة، ما لم تتزوج، او يبرء من مرضه ذلك.

(المقصد الثاني) في المحلل

ويعتبر فيه البلوغ والوطئ في القبل بالعقد الصحيح الدائم. وهل يهدم مادون الثلاث؟ فيه روايتان، اشهرهما: انه يهدم].

قال طاب ثراه: وهل يهدم مادون الثلاث؟ فيه روايتان، اشهرهما: انه يهدم. أقول: اذا رجع المطلق عاد اليه النكاح بما بقى من الطلقات. وكذا ان بانت منه بطلقة او طلقتين وارتجعا بعقد مستأنف قبل تزويجها بغيره، أو بعده قبل اصابة الثاني. أما لو كان بعد اصابته على الشرائط المحللة لو وقعت بعد ثلاث، فهل يهدم هذا المحلل الطلاق السابق، وتبقى مع زوجها على ثلاث مستأنفات؟ أو لا يهدم بعد الطلقة السابقة على النكاح الثاني مع الثلاث وتبقى معه بعد تزويجها على طلقتين، ولو كان السابق على نكاح الثاني طلقتين بقيت معه على طلقة؟ فيه روايتان.

احدهما الهدم، وهي رواية رفاعه بن موسى النحاس، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: رج طلق امرأة تطليقة واحدة، فتبين منه، ثم يتزوجها اخر، فيطلقها على السنة، فتبين منه، ثم يتزوجها الاول، على كم هي عنده قال: على غير شيء، ثم قال: يارفاعه كيف اذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانيا استقبال الطلاق، فاذا طلقها واحدة كانت على الثنتين^(١).

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب ان من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة، لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ص ٢٧٢ الحديث ٩.

ويؤيدها رواية عبدالله بن عقيل بن أبي طالب: ان عمر قضى على انها تبقى على ما بقى من الطلاق، فقال امير المؤمنين عليه السلام: سبحان الله أيهدم ثلاثا، ولا يهدم واحدة^(١).

ويعضدها الشهرة بين الاصحاب، فافتي بمضمونها الشيخ في كتبه الثلاثة في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) والخلاف^(٤) والقاضي^(٥) وابن حمزة^(٦) وابن إدريس^(٧) واختاره المصنف^(٨) والعلامة^(٩) والآخرين عدم الهدم.

وهي صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة، ثم تركها حتى قضت عدتها، فتزوجت زوجا غيره، ثم مات الرجل،

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأته ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ص ٢٧٥ الحديث ٢٣.

(٢) النهاية: باب كيفية اقسام الطلاق ص ٥١٣ س ١٦ قال: فان تزوجت فيما بين التطليقة الاولى إلى قوله: هدم ماتقدم من الطلاق.

(٣) المبسوط: ج ٥ فصل فيما يهدم الزوج من الطلاق، ص ٨١ س ١٩ قال: وان وطئها الثاني ثم طلقها إلى قوله: فانها تعود عندنا كما كانت أولا.

(٤) كتاب الخلاف، كتاب الطلاق، مسألة ٥٩ قال: الظاهر من روايات أصحابنا والاكثرين: ان الزوج الثاني اذا دخل بها يهدم ما دون الثلاث الخ.

(٥) المهذب: ج ٢ باب صفة طلاق السنة، ص ٢٨٢ س ٣ قال: فان تزوجت بين الطلقة الاولى والثانية إلى قوله: هدم هذا التزويج ما تقدم من الطلاق.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان اقسام الطلاق، ص ٣٢١ س ١٥ قال: فان تزوجها بعد الواحدة او الاثنتين رجل بالغ إلى قوله: هدم ما تقدم من الطلاق.

(٧) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال: وكذا ان تزوجت فيما بين الاولى والثانية إلى قوله: هدم ذلك ما تقدم من الطلاق.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٩ س ٣٩ قال بعد نقل الاقوال: فالاقوى ما اختاره الشيخ.

[ولو ادعت انها تزوجت ودخل، وطلقها، فالمروي القبول إذا كانت ثقة.

(المقصد الثالث) في الرجعة

تصح نطقاً، كقوله: راجعت، وفعلاً، كالوطء والقبلة واللمس بالشهوة، ولو انكر الطلاق كان رجعة ولا يجب في الرجعة الاشهاد، بل يستحب].

او طلقها فراجعها زوجها الاول، فقال: هي عنده على تطليقتين باقيتين^(١).

ونقل ابن ادریس عن بعض اصحابنا: العمل بها^(٢).

وحمل الشيخ هذه الرواية وما في معناها على احد امور ثلاثة. اما ان يكون الزوج الثاني صغيراً. او لم يدخل بها. او يكون متعة^(٣).

قال طاب ثراه: ولو ادعت انها تزوجت ودخل وطلق، فالمروي القبول اذا كانت ثقة.

أقول: الرواية اشارة إلى مارواه الحسين بن سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانث منه، واراد مراجعتها، قال: اني اريد اراجعك

(١) الاستبصار ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ص ٢٧٣ الحديث ١٠.

(٢) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٣ س ١٠ قال: في بعضها لا يهدم الزوج الثاني مادون الثلاث الخ.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ص ٢٧٣ قال بعدنقل حديث ١٤: فالوجه في هذه الروايات أحد شيئين الخ.

[ورجعة الاخرس بالاشارة، وفي رواية باخذ القناع. ولو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن، قبل].

فتزوجي زوجا غيري، قالت: قد تزوجت وحللت لك نفسي، فيصدقها ويراجعها، كيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها^(١).

قال طاب ثراه: ورجعة الاخرس بالاشارة، وفي رواية باخذ القناع.

أقول: الاول هو المشهور، وهو مختار الشيخ^(٢) والقاضي^(٣) وأبي علي^(٤) وابن اديس^(٥) والمصنف^(٦) والعلامة^(٧). واخذ القناع مذهب الصدوقين^(٨)^(٩) وابن حمزة^(١٠).

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب ان من طلق امرأة ثلاث تطليقات لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، ص ٢٧٥ الحديث ٢٢.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الاخرس الحديث ١ ثم قال بعد نقل الحديثين الذين فيهما اخذ المقتعة ووضعها على رأسها ما لفظه: فلا ينافي هذين الخبرين الخبر الاول الخ.

(٣) و(٤) المختلف كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال: مسألة المشهور أن طلاق الاخرس بالاشارة إلى ان قال: ذهب إليه الشيخ وابن الجنيد وتبعهما ابن البراج.

(٥) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٢٥ قال: ومن لم يتمكن من الكلام مثل أن يكون اخرس إلى قوله: فاذا اراد منه مراجعتها اخذ القناع من رأسها وهذه الرواية يمكن حملها على من لم يكن له كتابة مفهومة الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد: كتاب الفرق، ص ٦٦ الفصل الثاني في الرجعة، س ٤ قال: والاخرس بالاشارة الدالة عليها، وقيل: باخذ القناع الخ.

(٨) المقتنع، باب الطلاق ص ١١٩ س ١٥ قال: والاخرس إلى قوله: فاذا اراد ان يراجعها رفع القناع عنها الخ.

(٩) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٠ س ٢ قال: وقال الصدوق في المقتنع وابوه في رسالته إلى قوله: فاذا اراد مراجعتها رفع القناع عنها.

(١٠) الوسيلة: في بيان احكام الرجعة ص ٣٣٠ س ١٣ قال: ويزداد للاخرس واحد وهو كشف المقتعة عن رأسها.

(المقصد الرابع) في العدد، والنظر في فصول

وأما الرواية باخذ القناع تنصيا في الرجعة، فلم نقف عليها، بل في الطلاق. وهي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: طلاق الآخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على راسها^(١). مقدمة العدة مدة مقررة بأصل الشرع بالشهر أو الاقراء، أو بهما، أو الحمل. يوجبها رفع النكاح الثابت بالعقد بالموت مطلقا، وبعد الدخول بغيره، أو وطى غير محرم لاجنبية. وهي على ثلاثة أضرب. تعبد محض، كعدة الوفاة مع عدم الدخول. واستبراء محض كعدة الحامل. وبعدة واستبراء بالشهور والاقراء.

وأیضا: العدة قد يكون بالاقراء كمستقيمة الحيض، وقد يكون بالشهور كالمستترابة، وقد يتركب منهما كما لو بانت بعد حيضة فانها يكملها بشهرين، ولو كان بعد حيضين أكملت بشهر. والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب: فلذوات الاقراء، قوله تعالى: (والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة قروء)^(٢) ولذوات الشهور (واللائى يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن)^(٣) وللحوامل (وأولات الاحمال أجلهن أن

(١) الكافي: ج ٦ باب طلاق الآخرس ص ١٢٨ الحديث ٣.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) الطلاق: ٤.

يضعن حملهن^(١) وللأرامل. (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)^(٢). وأما السنة فكثيرة متواترة^(٣).

وأما الإجماع: فمن سائر المسلمين لا يختلفون في وجوب الاعتداد على الزوجات بعد مفارقة الأزواج ومن طريق النظر: إنما حرم السفاح حذرا من اختلاط الأنساب، ومع مفارقة الأول بعد وطئه لو جاز الوطى لامتنع الماءان، وقال عليه السلام: ماءان في رحم واحد^(٤). ويلزم اختلاط النسب المحذور في كل شريعة، فلا بد من ضبط قدر يعلم به فراغ الرحم من الأول ليأمن الثاني على نسبه من التدنيس بالغير. وقد كان يكفي الحيضة الواحدة كما جعله الشرع دلالة على فراغ رحم الجارية في الاستبراء، فجعله ثلاثة قروء إعظاما للعقد وتفخيما لأمر الحرائر، وإحتياطاً في المبالغة على حفظ الأنساب، وإمهالا في التزوي لاختيار الزوجين الرجوع إلى التثام الحال، وحفظاً للعيال، وصونا لعصمة الفرج وستر الحال والفرش أن يكثر التطلع عليه قال الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا)^(٥).

(١) الطلاق: ٤.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) لاحظ الوسائل ج ١٥، الباب ٢ و ٤ من ابواب اقسام الطلاق واحكامه.

(٤) عوالى اللغالى: ج ٣ ص ٣٨٤ الحديث ٤٩.

(٥) البقرة: ٢٢٨.

فرع

ومع عدم الوطى لاعددة، لامن الاختلاط المذكور، ولا عيال يخشى ضيعتهم، ولا فراش انكشف عليه بحافظ على ستره. وأوجبها في الوفاة تفجعا على الميت، لتعظيم أمره، ولئلا ينسى ذكره، ويبحث الفكر على النظر في أمر الآخرة والتزهيد في الدنيا، ولهذا (الاول) لاعددة على من لم يدخل بها عدا المتوفى عنها زوجها ونعني بالدخول: الوطء قبلا او دبرا ولا تحب بالخلوة.

(الثاني) في المستقيمة الحيض

وهي تعتد بثلاثة اطهار على الاشهر، إذا كانت حرة، وإن كانت تحت عبد وتحسب بالطهر الذي طلقها فيه ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة، وتبين برؤية الدم الثالث. واقل ماتقضي به عدتها ستة وعشرون يوما ولحظتان، وليست الآخيرة من العدة، بل دلالة الخروج].
وجب الحداد المشتمل على ترك الزينة ولبس شعار الحزن ليعظم أمر الموت ولا يستهان به، واستحباب إقامة الماتم واطهار الحزن والتعزية ثلاثة أيام، من هذا القبيل.

وأما عدة الحامل: فان الوجه فيه، وإن أمن الاختلاط في حقيقة النسب، لا يؤمن فيه الاختلاط بالبعضية، لما روى في الاخبار انه يتغذى بنطفته^(١) وقد تقدم من ذلك جملة مقنعة في باب بيع الحيوان، مع مافيه من التروي لالتئام الحال وعود الزوجين إلى النكاح في زمان العدة.
قال طاب ثراه: وهي تعتد بثلاثة أطهار على الاشهر.

أقول: اختلف أهل اللغة في لفظ (القرء) هل هو موضوع للطهر حقيقة، ويستعمل في الحيض، أو بالعكس؟ أو هو مشترك بينهما بالاشتراك اللفظي كلفظ العين، أو انه إسم للانتقال من معتاد إلى معتاد، فيتناول الانتقال من الحيض على الطهر وبالعكس، وقد ذهب إلى هذه التفاسير الأربعة قوم منهم^(٢).

وأما الفقهاء فعلى قولين بعد إتفاقهم على إنقضاء العدة بالاقراء لقوله تعالى (و

(١) لاحظ الوسائل: ج ١٤، الباب ٩ من ابواب نكاح العيب والاماء ص ٥٠٧ الحديث ١ وفيه (فانه غذاه بنطفته) وفي حديث ٣ (لان نطفتك غدت سمعه وبصره ولحمه ودمه) إلى غير ذلك في الروايات.

(٢) لاحظ مجمع البحرين، والنهاية لابن الاثير ولسان العرب لغة (قرأ)

المطلقات يتربصن بأنفسهن قروء). فبعضهم ذهب إلى انه الحيض دون الطهر^(١)، وهو اختيار جماعة من الصحابة والتابعين، والفقهاء المتأخرين. وبعضهم ذهب إلى انه الطهر واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣). واحتج الاولون بوجوه.

(أ) قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)^(٤) وهو عام، ولو جعلناه الطهر، لكان إذا طلقت بعد ساعة أقيمت مقام قروء كاملاً، فلا يكون عدتها ثلاثة أقراء، ويلزم التخصيص أو النسخ، لان الآية يقتضي ثلاثة قروء، وهنا لم يتم.

(ب) قوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر)^(٥) فنقلها مما يئست منه إلى بدله، والبدل غير المبدل، فلما كان هو اليأس من الحيض والخلومنه دل على انه هو القراء، لان الانتقال هو الحيض.

(ج) ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لفاطمة بنت أبي حبيش: أقعدي عن الصلاة أيام أقراءك^(٦) والمراد الحيض.

(١) المغني لابن قدامة: ج ٩ ص ٨٣ س ٨ قال: واختلف اهل العلم، إلى قوله: فروى انها الحيض. روى ذلك عن عمرو علي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي إلى قوله: والرواية الثانية عن احمد ان القراء الاطهار، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار الخ.

(٢) الشرائع كتاب الطلاق، الفصل الثاني في ذات الاقراء قال: وهذه تعتد بثلاثة اقراء، وهي الاطهار.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، ص ٦٨ قال: الاول في ذات الاقراء إلى قوله: وهي الاطهار في الطلاق.

(٤) البقرة ٢٢٨.

(٥) الطلاق: ٤.

(٦) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٤١٦ باب من قال: الاقراء الحيض.

(د) رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عدة التي تحيض وتستقيم حيضها ثلاثة أقراء، وهي ثلاث حيض^(١). احتج الآخرون بوجوه.

(أ) قوله تعالى: (ثلاثة قروء) فثبت التاء في العدد، وهو دلالة التذكير، والحيض مؤنث، فيكون المراد الطهر.

(ب) قوله تعالى: (إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتكن)^(٢) أي في وقت عدتكن، كقوله تعالى: (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة)^(٣) أي في يوم القيامة، والطلاق في الحيض ليس بمأمر به لتحريمه إجماعاً.

(ج) قوله تعالى: (لعدتكن) يقتضى إتصال العدة بالطلاق، لأن دخول اللام على الشرط يقتضى إتصاله بالمشروط كقول القائل: أطعم زيدا ليشبع.

(د) رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: الأقراء هي الاطهار^(٤).
وأجابوا عن حجة الأولين. باب القرء طهر ينتهى بالحيض، فما ذكره قرء تام لابعضه.
وعن الثاني: أن القرء بمعنى الطهر مقدر بالحيض أيضاً، لأنه ليس عبارة عن النقاء مطلقاً، بل هو نقاء ينتهى إلى الحيض، فنقلها من طهر مقدر بالحيض إلى طهر مقدر بالشهور.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٨٩) باب ان المرأة تبين اذا رأت الدم من الحيضة الثالثة ص ٣٣٠ الحديث ٩.

(٢) سورة الطلاق / ١.

(٣) سورة الانبياء / ٤٧.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٨٩) باب ان المرأة تبين اذا رأت الدم من الحيضة الثالثة، ص ٣٣٠ الحديث ١٣.

(الثالث) المستترابه وهي التي لا تحيض وفي سنه من تحيض، وعدتها ثلاثة اشهر.

وهذه تراعى الشهور والحيض وتعتد باسبقيهما. أما لورات في الثالث حيضة وتأخرت الثانية أو الثالثة، صبرت تسعة اشهر، لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة اشهر. وفي رواية عمار: تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة أشهر].

وعن الثالث في قوله: دعى الصلاة في أيام أقراءك، قال بعض الرواة: أنه زيادة في الخبر^(١). وأيضا: لا تمنع كون القرء مقولا على الحيض بالاشتراك، ويصرف إليه مع القرينة، وهي ثابتة، ونحن نبحت عن القرء في العدة، وما ذكرناه من الأدلة كالقرائن الصارفة له عن إرادة الحيض. اذا عرفت هذا: فأقل زمان تنقضى به عدتها على المختار ستة وعشرون يوما ولحظتان، والاخيرة ليست من العدة، بل هي دلالة على المخرج عند المصنف^(٢) وعند الشيخ أنها من العدة، لان الحكم بانقضاء العدة موقوف على تحققها^(٣)، وعلى المذهب الاول: تسعة وعشرون يوما ولحظتان.

والكلام في اللحظة الاخيرة من الطهر الرابع هنا كالكلام في اللحظة الاخيرة من الحيضة الثالثة ثمة.

قال طاب ثراه: وفي رواية عمار: تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة أشهر. أقول: البحث هنا يتوقف على تمهيد مقدمتين.

(١) سنن البيهقي: ج ٧ من قال: الاقراء الحيض ص ٤١٦ س ٦ من الهامش، قال قال البيهقي: إلى قوله: والاحاديث الصحيحة متفقة على العبارة بايام الحيض دون الاقراء.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٤ قال: دليلنا، إلى قوله: ثم رات الدم لحظة فقد مضى لها ثلاثة اقراء.

(أ) المرأة التي لا تحيض ومثلها تحيض تعد بثلاثة أشهر اجماعاً، لقوله تعالى: (واللأئي يئس من المحيض من نساءكم إن إرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن)^(١) قوله (واللأئي لم يحضن) عطف على قوله (واللأئي يئسن)، فيكون المراد: فعدتهن ثلاثة أشهر، وهو حجة المرتضى في وجوب عدة اليائسة^(٢).

(ب) الاصل في عدة الحامل الاقراء، اخذاً من قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وعلى الاشهر عند فقدها قال: (واللأئي يئسن).

إذا تقرر هذا، فاعلم: أن هذا تراعى الشهور والحيض، لان الآية تثبت حالها في الحالتين وجعلت لها في كل حالة واحداً من الحكمين، فأيهما سبقت خرجت به.

وقد نص على هذا التقرير رواية زرارة (الحسنة) عن الباقر عليه السلام قال: أمر ان ايهما سبق بانث المطلقة المستراية تستريب الحيض، ان مرت بها ثلاثة اشهر بيض ليس فيهادم بانث به، وان مرت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة اشهر بانث بالحيض^(٣).

بقى هنا شئ: وهو انما اذا ابتدأت العدة بالاشهر فرأت الدم في اخر الثالث بطلت العدة بالاشهر، لفقد شرطها، وتعد بالماضي قرء واحد، لان القرء طهر، نهايته الحيض، ولاتركب العدة هنا من الاشهر والاقراء، لان التركيب إنما يكون إذا طرأت الاشهر على الاقراء وكانت الاقراء هي السابقة، لتحقق البأس منها، والحال هنا على العكس.

(١) سورة الطلاق / ٤.

(٢) الانتصار: مسائل العدة ص ١٢٦ س ٤ قال: والذي اذهب انا اليه: ان على الایسة من المحيض والتي لم تبلغه، العدة، إلى قوله: والذي يدل على صحة هذا المذهب قوله تعالى: (واللأئي يئسن الآية) وهذا نص صريح الخ.

(٣) الكافي: ج ٦ باب عدة المستراية ص ٩٨ الحديث ١.

والاصل أن الواجب الواحد لا يؤدي ببعض الاصل وبعض البديل الاضطراري المشروط بتعذر الاصل، إلا بنص شرعي، وهو موجود في حالة سبق الاقراء والانتقال إلى البأس، وليس موجودا في صورة العكس. ويتضرع على هذا لو تأخرت الحيضة الثانية، أو الثالثة، وهو موضوع البحث في هذه المسألة، وحل الاشكال، وفيه ثلاثة أقوال:

(أ) انها تصبر مدة يعلم براءة رحمها من الحمل، وهو تسعة اشهر من حين الطلاق، لانه أقصى مدة الحمل، فان ظهر منها حمل اعتدت بوضعه، وان لم يظهر علم براءة الرحم واعتدت بعدها بثلاثة اشهر، وكانت بمنزلة الثلاثة الاقراء في المستقيمة، ولم يحسب مامضى من العدة، لان التربص السابق لم يكن عدة، وانما اعتبر ليعلم انها ليست من ذوات الاقراء، فاذا علمت اعتدت بعدة المسترابة.

ونبه عليه قوله: (ان ارتبتم) وهو قول ابن ادریس^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣) وبه قال الشيخ ان كان المحتبس الدم الثاني^(٤).

(ب) قال بعض الاصحاب: انها تصير سنة بناء على ان أقصى مدة الحمل سنة، فان ظهر في اثنائها حمل اعتدت بوضعه، والا اعتدت بعدها بثلاثة اشهر.

وهو مضمون رواية عمار الساباطي قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل

(١) السرائر: كتاب الطلاق، باب العدد ص ٣٤٠ س ٣٤ قال: والذي يقوى في نفسي انها اذا احتبس الدم الثالث الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، الفصل الثاني، ص ٦٩ س ٨ قال: اما لورأت الدم في الثالث وتأخرت الحيضة الثانية او الثالثة صبرت الخ.

(٤) النهاية: باب العدد واحكامها ص ٥٣٣ س ١ قال: فان تأخرت عنها الحيضة الثانية فلتصبر من يوم طلقها إلى تمام التسعة اشهر الخ.

عنده امرأة شابة، وهي تحيض في كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة، كيف يطلقها زوجها؟ فقال: أرمها شديد: تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، متى حاضت فاذا حاضت ثلاثا فقد انقضت عدتها، قيل له: فان مضت سنة ولم تحيض فيها ثلاث حيض؟ قال: اذا مضت سنة ولم تحض ثلاث حيض يترص بها بعد السنة ثلاثة اشهر، ثم انقضت عدتها، قيل: فان ماتت او مات زوجها؟ قال: فايهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهرا^(١).

وهو قول الشيخ في النهاية ان كان المحتبس هو الدم الثالث^(٢) وتبعه القاضي^(٣) وابن حمزة^(٤).
(ج) ان كان انقطاع الدم لعارض كالمرض والرضاع، اعتدت بالاقراء وان طالت مدتها، وان لم يكن لعارض، فان مرت بها ثلاثة اشهر بيض، فقد قضت عدتها، فان رأت فيها قبل ذلك دما، فان ارتفع حيضها بالكلية كان بلغت اليأس وكان ذلك بعد حيضة أضافت اليها شهرين، وان لم يرتفع بل كان لعذر صبرت تمام تسعة اشهر ثم اعتدت بثلاثة اشهر ان كان المحتبس الدم الثاني، وان كان

(١) الكافي: ج ٦، باب في التي تحيض في كل شهرين وثلاثة، ص ٩٨ الحديث ١.

(٢) النهاية: باب العدد واحكامها، ص ٥٣٣ س ٣ قال: وان رأت الدم إلى قوله: واحتبس عليها الدم الثالث الخ.

(٣) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء، ص ٣٢٠ س ١٠ قال واذا كانت المرأة ممن تحيض وتطهر وتعتد بالاقراء وانقطع عنها الدم إلى قوله: فان ارتفع الدم الثالث لعذر صبرت تمام السنة، ثم اعتدت ثلاثة اشهر بعد ذلك.

(٤) الوسيلة، فصل في بيان العدة واحكامها ص ٣٢٦ س ٤ قال: والمسترابة عدتها اربعة انواع إلى قوله: ورابعها سنة الخ.

[ولعدة على الصغيرة ولا اليائسة على الاشهر].

الثالث صبرت تمام السنة ثم اعتدت بعدها بثلاثة اشهر، وهو قول القاضي^(١).

قال طاب ثراه: ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الاشهر.

أقول: هذا هو مذهب الشيخين^(٢)^(٣) وتلميذه^(٤) وابن حمزة^(٥) والتقي^(٦) وابن ادريس^(٧) وذهب السيد إلى وجوب العدة عليها بثلاثة أشهر^(٨) واختاره ابن زهرة^(٩).

احتج الاولون بان المقتضى للاعتداد زال، فيزول العدة، لان العدة انما شرعت لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالباً، وهذه الحكمة منتفية هنا قطعاً، فلا وجه لوجوب العدة.

(١) تقدم آنفاً.

(٢) المقتعة: ص ٨٢ باب عدد النساء س ٢٢ قال: وان كانت قد استوت خمسين سنة إلى قوله: لم يكن عليها عدة، ثم قال بعد اسطر: ومن طلق صببية إلى قوله: لم يكن عليها عدة.

(٣) الخلاف: كتاب العدة، مسألة ١ قال: الاظهر من روايات اصحابنا ان التي لم تحض ومثلها لا تحيض والايسة، لا عدة عليهما.

(٤) المراسم، ذكر مايلزم المرأة ص ١٦٦ س ١ قال: فمن لا تحب عليها عدة: ممن لم تبلغ الحيض إلى قوله واليائسة من الحيض.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان العدة واحكامها، ص ٣٢٥ س ١٨ قال: والتي لم تبلغ الحيض ولا مثلها والايسة من الحيض لا عدة عليهما.

(٦) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال: فاما الطلاق إلى قوله: وقبل ان تبلغ تسع سنين، او بعد ما يئست فلا عدة عليهما.

(٧) السرائر: باب العدة ص ٣٣٨ س اخر قال: وان كانت لا تحيض لصغر، او لكبر بلغ خمسين سنة، إلى ان قال بعد نقل قول السيد: والقول الاخر (أي عدم العدة) اكثر واظهر بين اصحابنا وعليه يعمل العامل منهم وبه يفتى المفتي الخ.

(٨) تقدم نقل قول السيد واحتججه بالاية عن الانتصار عن مسائل العدة.

(٩) الغبة: فصل في العدة، ص ٦١٦ في الهامش قال: وان كانت لا يحض لصغر أو كبر وليس في سنها من تحيض، فقد اختلف اصحابنا الخ.

ولان غير المدخول بها لاعددة عليها إجماعا، فكذا الايسة والصغيرة، اذ الدخول هنا لا اعتبار

به.

وموثقة عبدالرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: ثلاث يتزوجن عل كل حال: التي لم تحض ومثلها لاحتيض، قال: قلت: وماحدها؟ قال: اذا لها اقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يئست من الحيض ومثلها لاحتيض، قلت: وماحدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة^(١). وبحسنة زرارة عنه عليه السلام في الصبية التي لا تحيض مثلها، والتي قد يئست من الحيض قال: ليس عليهما عدة وان دخل بهما^(٢).

وفي معناهما رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: التي لا تحبل مثل ما لا عدة عليها^(٣). احتج السيد بقوله تعالى: (واللائئ يئسن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائئ لم يحصن) وهذا صريح في وجوب العدة بالاشهر على الايسات ومن لم يبلغن الميحصن^(٤). وما رواه محمد بن يعقوب عن حميد بن زياد، عن ابن سماعة، عن عبدالله بن جبلة، عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير قال: عدة التي لم تبلغ الحيض ثلاثة أشهر، والتي قد قعدت عن الحيض ثلاثة أشهر^(٥).

(١) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من الحيض ص ٨٥ الحديث ٤.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٩٦) باب ان التي لم تبلغ الحيض والايسة منه اذا كانتا في سن ممن لا تحيض لم يكن عليهما عدة ص ٣٣٧ الحديث ٢.

(٣) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من الحيض، ص ٨٥ الحديث ٣.

(٤) تقدم فراجع.

(٥) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من الحيض، ص ٨٥ ذيل حديث ٥.

[وفي حد اليأس روايتان، اشهرهما خمسون سنة. ولو رأت المطلقة الحيض مرة، ثم بلغت اليأس، اكملت العدة بشهرين. ولو كانت لا تحيض الا في خمسة اشهر، او ستة اعتدت بالاشهر].
والجواب عن الآية: بمنع دلالتها على ماذكر، لاشتراطها بالريية، وهي عائدة إلى اليأس منه، فيكون التقدير: واللائي يئسن من الحيض أي لم يرين الحيض، إن إرتبتم، أي شككتن في كونهن ذوات أقرأ وآيسات، فعدتثن ثلاثة أشهر، واللائي لم يحضن، أي لم يسبق لهن حيض وحصلت الريية في أمرهن أيضا فعدتثن ثلاثة أشهر.
وعن الرواية: بالطعن في سندها، فان ابن سماعة وابن جبلة وابن أبي حمزة منحرفون عن الحق، والروايات الاول اوضح طريقا.

قال طاب ثراه: وفي حد اليأس روايتان، اشهرهما خمسون سنة.
أقول: هذه رواية عبدالرحمان بن الحجاج (في الموثق) عن الصادق عليه السلام قال: ثلاث يتزوجن على كل حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قلت: وما حدها؟ قال: اذا أتى لها أقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يئست من الحيض ومثلها لا تحيض، قلت: وما حدها؟ قال: اذا كان لها خمسون سنة^(١).

وروى الشيخ عن محمد بن احمد بن أبي نصر، عن بعض اصحابنا قال: قال ابو عبدالله عليه السلام: المرأة التي يئست من الحيض حدها خمسون سنة^(٢).
وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف، مع ارسالها^(٣).

(١) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من الحيض، ص ٨٥ الحديث ٤.
(٢) التهذيب: ج ١ (١٩) باب الحيض والاستحاضة والنفاس، ص ٣٩٧ الحديث ٥٨.
(٣) سند الحديث كما في التهذيب (سهل بن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن بعض اصحابنا عن بي عبدالله عليه السلام).

ورواها مُجَّد بن يعقوب في كتابه بالنسب المذكور، قال: وروي ستون سنة^(١).
وروى الشيخ في الصحيح: عن ابن أبي عمير، عن بعض اصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
إذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة إلا ان تكون امرأة من قريش^(٢).
وقال في المبسوط: وعد اليأس خمسون سنة، وفي القرشية روى انها ترى الدم إلى ستين^(٣).
والحق في غيره النبطية بالقرشية في البلوغ إلى ستين^(٤)، وذكره المفيد رواية^(٥)، وهذا قول اهل
المدينة واحتج العلامة في المختلف إلى تحديده بالستين مطلقا مع وجوده^(٦) وذكره في المنتهى
مطلقا^(٧).

فالحاصل: ان في اليأس ثلاثة أقوال.

-
- (١) الكافي: ج ٣ باب المرأة يرتفع طمثها ثم يعود وحد اليأس من الحيض، ص ١٠٧ الحديث ٢ وفيه على بن مُجَّد عن سهل بن زياد.
- (٢) التهذيب: ج ١ (١٩) باب الحيض والاستحاضة والنفاس، ص ٣٩٧ الحديث ٥٩.
- (٣) المبسوط: ج ١، فصل في ذكر الحيض والاستحاضة، ص ٤٢ س ٥ قال وتنس المرأة من الحيض اذا بلغت خمسين سنة إلى قوله: إلى ستين سنة.
- (٤) لم اعثر عليه.
- (٥) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٢ س ٢٣ قال: وقد روى ان القرشية من النساء والنبطية تريان الدم إلى ستين سنة آه.
- (٦) المختلف: الفصل السادس في العدد ص ٥٩ س ١٦ قال: وفي القرشية والنبطية ستين إلى ان قال: لنا ان المقتضى للاعتداد زائل الخ. فاورد الاحتجاج للتحديد بالستين مطلقا.
- (٧) المنتهى: ج ١ ص ٩٦ س ١٣ قال: ولو قيل: اليأس يحصل ببلوغ ستين امكن بناء على الموجود الخ.

(المقصد الرابع) في الحامل

وعدها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة، ولو لم يكن تاما مع تحققه حملا ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل. ولو وضعت توأما، بانت على تردد، ولا تنكح حتى تضع الآخر. ولو طلقها رجعا ثم مات استأنفت عدة الوفاة. ولو كان بائنا اقتصر على اتمام عدة الطلاق].

(أ) خمسين مطلقا قاله الشيخ في النهاية^(١) والاستبصار^(٢).

(ب) ستين مطلقا، قاله العلامة في المنتهى^(٣).

(ج) التفصيل: رواه الصدوق في كتابه^(٤) واختاره العلامة في أكثر كتبه^(٥).

قال طاب ثراه: ولو وضعت توأما بانت على تردد.

أقول: اذا كانت المرأة حاملا باكثر من واحد، ووضعت واحدا، هل تبين به؟ لصدق الوضع في الجملة، لكن لا تنكح الا بوضع الاخير لاشتغال رحمها بحمل له حرمة، او لا تبين الا بوضع الجميع؟

(١) النهاية: باب كيفية اقسام الطلاق، ص ٥١٦ س ١٦ قال: وحد ذلك خمسون سنة فصاعدا.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٩٦) باب ان التي لم تبلغ الحيض والايسة منه اذا كانتا في سن ممن لا تحيض لم يكن عليها عدة ص ٣٣٧ الحديث ١.

(٣) تقدم.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٦١) باب طلاق التي لم تبلغ الحيض والتي قد يمست من الحيض ص ٣٣٣ الحديث ١٠ قال: وروي ان المرأة اذا بلغت خمسين سنة لم ترحمرة الا ان تكون امرأة من قريش.

(٥) تقدم نقل مختاره عن المختلف، وفي القواعد، كتاب الفراق، المقصد الرابع في العدة ص ٦٨ س ١٣ قال: اليائسة وهي من بلغت خمسين او ستين ان كانت قرشية اونبطية.

بالاول قال الشيخ في النهاية^(١) وتبعه القاضي في كتابيه^(٢) وابن حمزة^(٣) وابوعلي^(٤).
وبالثاني قال في الخلاف^(٥) والمبسوط^(٦) لقوله تعالى (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن)
وهذه ماوضعت، وبه قال ابن إدريس^(٨) واختاره المصنف^(٩) والعلامة^(١٠).
وتظهر الفائدة في مسائل.
(أ) عدم جواز الرجعة فيما بين التوأمين على الاول، وجوازها على الثاني.

-
- (١) النهاية: باب كيفية اقسام الطلاق ص ٥١٧ س ٨ قال: فان كانت حاملا بائنين، فانها تبين من الرجل عند وضعها الاول الخ.
- (٢) والمهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء ص ٣١٦ س ٦ قال: فان كانت حاملا يائسين فوضعت احدهما فقد ملكت نفسها الخ.
- (٣) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٦٧ س ١٩ قال: وابن البراج في كتابيه معا وافق مااختاره الشيخ في النهاية، وقال ابن الجنيدي: إلى قوله: وان كان ولدان كان انقضاء العدة بوضع احدهما الخ.
- (٤) والوسيلة: فصل في بيان العدة واحكامها ص ٣٢٥ س ٥ قال: الرجل اذا طلق امرأته حاملا إلى قوله: بانته منه بوضع الاول الخ.
- (٥) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٨ قال: اذا طلقها وهي حامل إلى قوله: فان عدتها لا تنقضي حتى تضع الثاني منهما الخ.
- (٦) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٦٧ س ١٨ قال: وفي المبسوط: لا تنقضي عدتها حتى تضع الثاني منهما اجماعا الا عكرمة فانه قال تنقضي بوضع الاول، ولم اظفر في المبسوط على هذه العبارة.
- (٧) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ١٣ قال: فان كانت حاملا بائنين فانها لا تبين من الرجل الا بعد وضع الاخير منهما الخ.
- (٨) الشرائع، في الحامل قال: والاشبه انما لا تبين الا بوضع الجميع.
- (٩) القواعد: الفصل الثالث في عدة الحامل ص ٦٩ س ٢٣ قال والاقرب تعلق البيونة بوضع الجميع.

(المقصد الخامس) في عدة الوفاة

تعتد الحرة باربعة اشهر وعشرة أيام إذا كانت حائلا، صغيرة كانت او كبيرة، دخل بها او لم يدخل، وبابعد الاجلين ان كانت حاملا. ويلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة، ولا حداد على امة.

(المقصد السادس) في المفقود

لاخير لزوجته ان عرف خبره، او كان له ولي ينفق عليها، ثم ان فقد الامران، ورفعت امرها إلى الحاكم أجلها اربع سنين، فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم اباحها النكاح. فان جاء في العدة فهو املك بها، وان خرجت وتزوجت فلا سبيل له. وان خرجت ولم تتزوج فقولان: اظهرها انه لا سبيل له عليها].

(ب) عدم وجوب الانفاق على الاول دون الثاني.

(ج) خروجها عن كونها زوجة على الاول دون الثاني. وتظهر فائدته في تسعة امور:

صحة وقوع الظهار والايلاء، واسقاط حد القذف باللعان، وجواز (وخل خ ل) النذر واليمين، ووجوب استئذانه في الحج والصوم المندوبين، وتحريم الخامسة واختها، وثبوت التوارث والاحصان من الطرفين.

قال طاب ثراه: وان خرجت ولم تتزوج فقولان: أقول: مذهب الشيخ في النهاية والخلاف انه اولى ما لم تتزوج^(١) واختاره^(٢)

(١) النهاية: باب العدد واحكامها ص ٥٣٨ س ١٥ قال: فان جاء زوجها كان أملك بها، إلى قوله: او تكون قد خرجت غير انها لم تكن قد تزوجت.

(٢) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٣٤ قال: وان لم تكن تزوجت بعد ان خرجت من العدة، فهو أولى بها وهي زوجته.

فخر المحققين^(١) وذهب المفيد^(٢) وتلميذه^(٣) وابن إدريس^(٤) أنها أولى بنفسه، وقواه في المبسوط^(٥) واختاره المصنف^(٦) والعلامة^(٧) لأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق، وحكمه عدم الرجوع بعد العدة.

تنبيه

هل يفتقر هذه بعد البحث، إلى الطلاق أم لا؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال:

(أ) اطلق الشيخان^(٨) والقاضي^(٩) وابن إدريس^(١٠) القول^(١١)

-
- (١) الايضاح: ج ٣ ص ٣٥٤ س ١٦ قال: والاقوى عندي الاول، أي قول الشيخ في النهاية.
- (٢) المقنعة باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢٢ قال: وان جاء زوجها وهي في العدة، او قد قضتها ولم تتزوج كان أملك بها من غير نكاح إلى اخره. فعلى هذا الظاهر عدم الفرق بين مختاره ومختار النهاية.
- (٣) المراسم ذكر مايلزم المرأة ص ١٦٥ س ١٥ قال: وان جاء وقد خرجت العدة فلا سبيل له عليها.
- (٤) السرائر: باب العدد ص ٣٤٠ س ٥ قال: وقال اخرون: هي املك بنفسها، إلى قوله: وهذا الذي يقوى في نفسي الخ.
- (٥) المبسوط: ج ٥، فصل في امرأة المفقود وعدتها ص ٢٧٨ س ١٤ قال: وان خرجت من العدة، فقد ملكت نفسها الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤١ س ٢٢ قال: وان رجع بعد انقضائها لم يكن له عليها سبيل، وهو المعتمد.
- (٨) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢١ قال: وان لم تعلم له خبر اعتدت عدة المتوفى عنها زوجها، وتزوجت إن شاءت.
- (٩) النهاية: باب العدد واحكامها ص ٥٣٨ س ١٤ قال: اعتدت من الزوج عدة المتوفى عنها زوجها ثم لتتزوج آه.
- (١٠) المهذب: ج ٢ باب المفقود وعدة زوجته ص ٣٣٨ س ٥ قال: فرق الحاكم بينهما فاعتدت عدة الوفاة.
- (١١) السرائر: باب العدد ص ٣٤٠ س ٣ قال: امرها الامام بالاعتداد عنه اربعة اشهر وعشرة ايام عدة المتوفى عنها زوجها.

بالاعتداد بعد مدة البحث، بعدة الوفيات، ثم يحل للازواج، ولم يذكر والطلاق، وكذا المصنف^(١)
(ب) قال ابو علي: يأمر السلطان الولي بالطلاق، فان لم يطلق امرها الحاكم بالعدة^(٢).
(ج) قال ابن بابويه: يأمر السلطان الولي بالطلاق، فان لم يطلق طلقها الحاكم^(٣) وبه قال ابن حمزة^(٤) واختاره العلامة في المختلف^(٥) وفخر المحققين^(٦).

احتجوا بصحيفة بريد بن معاوية العجلي قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المفقود، كيف يصنع بامرأته؟ قال: ما سكنت عنه وصبرت يخلى عنها، فان هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها اربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه، فليسأل عنه، فان خبر عنه بحياة صبرت، وان لم يخبر عنه بشئ حتى تمضي الاربع سنين، دعى ولي الزوج المفقود ف قيل له: هل للمفقود مال؟ فان كان له مال انفق عليها حتى يعلم حياته من موته، وان لم يكن له مال، قيل للولي: انفق عليها، فان

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤١ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيد إلى قوله: والا (أي وان لم ينفق) امره السلطان بان يطلق فان طلق وقع طلاقه موقع طلاق زوجها، وان لم يطلق امرها ولي المسلمين ان تعتد الخ.

(٣) المقنع: باب الطلاق ص ١١٩ س ١٠ قال: اجبره الوالي على أن يطلقها. إلى قوله: فان لم يكن لها ولي طلقها السلطان. والظاهر (ان لم يكن له ولي) ولعله الصحيح.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان اقسام الطلاق ص ٣٢٤ س ١١ قال: امر الحاكم ولي الغائب بتطبيقها، فان لم يكن له ولي طلقها الحاكم.

(٥) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤١ س ٢٢ قال بعد نقل قول ابن حمزة: وهو المعتمد.

(٦) الايضاح: ج ٣ كتاب الفراق ص ٣٥٤ س ١٤ قال: لان حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق الخ.

(المقصد السابع) في عدد الاماء والاستبراء

عدة الامة في الطلاق مع الدخول قرآن، وهما طهران على الاشهر. ولو كانت مسترابة فخمسة واربعون يوما، تحت عبد كانت او تحت حر. ولو اعتقت ثم طلقت لزمها عدة الحرة، وكذا لو طلقها رجعيًا ثم اعتقت في العدة، اكملت عدة الحرة، ولو طلقها بائنا اتمت عدة الامة. وعدة الذمية كالخرة في الطلاق والوفاة على الاشبه، وتعد الامة من الوفاة]

فعل فلا سبيل لها إلى ان تتزوج، وان لم ينفق عليها اجبره الوالى على ان يطلق تطليقة في استقبال العدة، وهي طاهر، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج، فان جاء زوجها من قبل ان تنقضى عدتها من يوم طلقها الولي، فبدا له ان يراجعها، فهي امرأته، وهي عنده على تطليقتين، فان انقضت العدة قبل ان يجيى او يراجع فقد حلت للازواج، ولا سبيل للاول عليها(١) وهو المعتمد.

فرع

لو أنفق الولي من ماله ثم تبين الموت سابقا على ذلك باوقات متطاولة، لم يكن للوارث الرجوع بما انفقت بعد الوفاة، لانها محبوسة لاجله، ولوجوب ذلك شرعا.

قال طاب ثراه: عدة الامة في الطلاق مع الدخول قرآن، وهما طهران على الاشهر. أقول: قد تقدم البحث في تفسير القرء.

قال طاب ثراه: وعدة الذمية كالخرة في الطلاق والوفاة على الاشبه.

أقول: المشهور ان عدة الامة في الوفاة شهران وخمسة ايام.

(١) الكافي: ج ٦ باب المفقود ص ١٤٧ الحديث ٢.

لصحيحتي الحلبي ومُجد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: الاممة اذا توفى عنها زوجها فعدتها
شهران وخمسة ايام^(١) وهو مذهب المفيد^(٢) واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤).
وقال الصدوق^(٥) وابن اديس^(٦) عدتها كالحرّة، وبه قال الشيخ في التبيان^(٧).
لرواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر
وعشرا^(٨).

والمعتمد الاول: ويحمل الرواية على ام الولد.
اذا عرفت هذا: فهل الذمية كالاممة في هذه العدة كالقسمة، او كالحرّة المسلمة؟ المشهور انها
كذلك، عملا بعموم الآية، والاحاديث، خرجت الاممة بصريح الروايات الصريحة فيبقى الباقي
على عمومته.

-
- (١) الاستبصار: ج ٣ (٢٠١) باب عدة الاممة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٣ و ٤.
(٢) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢ قال: وان كانت الزوجة امة اعتدت من زوجها اذا مات عنها بشهرين
 وخمسة ايام.
(٣) لاحظ النافع.
(٤) القواعد: الفصل السادس في عدة الاممة ص ٧٣ س ٤ قال: وفي الوفاة شهران وخمسة ايام.
(٥) المنقح باب الطلاق ص ١٢١ س ٤ قال: وعدة الاممة اذا توفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا.
(٦) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٥ قال: فاما عدة الاممة المتوفى عنها زوجها إلى قوله: فاربعة اشهر وعشرة ايام
على الصحيح من المذهب.
(٧) التبيان: ج ٢ ص ٢٦٢ س ٢ في تفسيره الآية ٢٣٤ من سورة البقرة قال: وعدة كل متوفى عنها زوجها اربعة اشهر
وعشرا حرّة كانت أو امة.
(٨) الاستبصار: ج ٣ (٢٠١) باب عدة الاممة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٧.

[بشهرين وخمسة ايام، ولو كانت حاملا اعتدت مع ذلك بالوضع. وام الولد تعتد من وفاة الزوج كالخرة. ولوطلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة الخرة، ولو لم تكن ام ولد استأنفت عدة الامة للوفاة. ولو مات زوج الامة ثم اعتقت اتمت عدة الخرة، تغليبا لجانب الحرية. ولو وطى المولى امته ثم اعتقها، اعتدت بثلاثة اقراء. ولو كانت زوجة الحرام فابتاعها، بطل نكاحه وله وطؤها من غير استبراء.

(تتمة)

لا يجوز لمن طلق رجعيًا ان يخرج الزوجة من بيته الا ان تأتي [ونقل المصنف^(١) والعلامة^(٢) عن بعض الاصحاب انها كالامة.

وهو في رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها، فهل عليها عدة مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا، إلى قوله: قلت: فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: عدتها عدة الامة، حيضتان، أو خمسة وأربعون يوما^(٣).

وكذا في الحداد: المشهور أنها كالخرة.

قال طاب ثراه: وام الولد تعتد من وفاة الزوج كالخرة.

أقول: يريد أن السيد إذا زوج أمته ولها منه ولد، فعدتها في الطلاق والوفاة عدة

(١) الشرائع: في عدة الاماء والاستبراء، قال: وعدة الذمية إلى قوله: وفي رواية تعتد عدة الامة، وهي شاذة.

(٢) القواعد: الفصل السادس في عدة الامة والاستبراء ص ٧٣ س ٥ قال: والذمية كالخرة في الطلاق والوفاة، وقيل: كالامة.

(٣) الكافي: ج ٦ باب طلاق اهل الذمة وعدتهم في الطلاق والموت اذا اسلمت المرأة، ص ١٧٤ قطعة من حديث ١.

[بفاحشة، وهو ما يوجب به الحد. وقيل: ادناه ان تؤذي أهله. ولا تخرج هي، فان اضطرت خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر، ولا يلزم ذلك في البائن، ولا المتوفى عنها زوجها، بل تبيت كل واحد]

الحرّة، لان لها تشبها بالحرية كالمكاتبة وإن كانت مشروطة، تغليباً لجانب الحرية، وأخذاً بالاحوط.

وكذا لو مات السيد عن أم الولد الموطوءة، فإنها تعتد كالحرّة، قاله التقى^(١) وهو ظاهر ابن حمزة^(٢) وقال ابن إدريس: لا عدة عليها من مولاهما، لأنها ليست زوجة، والاصل براءة الذمة من وجوب العدة، بل يكون عليها الاستبراء، لأنها ليست زوجة، بل باقية على الملك والعبودية إلى حين وفاته^(٣)، وجنح اليه العلامة في المختلف^(٤) والمعتمد الاول.

لموثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الامة يموت سيدها؟ قال: تعتد عدة المتوفى عنها زوجها^(٥) وحملها العلامة في المختلف على ما إذا أعتقها^(٦). قال طاب ثراه: وقيل: ان ادناه ان يؤذي أهله.

(١) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٣ س ١٠ قال: وعدة ام الولد لوفاة سيد اربعة اشهر وعشرا.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان العدة واحكامها ص ٣٢٨ س ٢٢ قال: وكذلك حكم الامة اذا كانت عند سيدها ومات عنها إلى قوله: كانت عدتها عدة الحرائر.

(٣) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٤ قال: والاولى في ام الولد ان لا عدة عليها في موت مولاهما الخ.

(٤) و(٥) المختلف: الفصل السادس في العدد، ص ٦٠ س ١٥ قال: ولأبأس ابن إدريس، إلى ان قال بعد نقل الحديث: والجواب الحمل على ما إذا اعتقها.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٥٥ قطعة من حديث ١٣٨.

[منهما حيث شاءت وتعتد المطلقة من حين الطلاق حاضرا كان المطلق او غائبا إذا عرفت الوقت. وفي الوفاة من حين يبلغها الخبر]

أقول: المطلقة رجعية بمنزلة الزوجة لها النفقة بالاجماع، والسكنى لقوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم)^(١) وقال تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة)^(٢).

والمراد بيوت الازواج، فنسبها اليهن لاستحقاقهن سكنها. دون البائن، للاصل، ولان الله سبحانه عقب الاسكان حيث اوجبه بقوله (لعل الله يحدث بعد ذلك امرا)^(٣) يعنى الرجعة، ولا رجعة في البائن. ولانه ﷺ لم يجعل لفاطمة بنت قيس لما تبها زوجها نفقة ولاسكنى، وقال: ان النفقة والسكنى لمن يملك زوجها رجعتها^(٤).

واختلف في الفاحشة المسوغة لاجراجها من المنزل الذي طلقت فيه، فالمروي عن ابن عباس: ان تؤذي اهل الرجل^(٥) وهو اختيار الشيخ في الكتابين^{(٦) (٧)}.

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) الطلاق: ١.

(٤) مسند احمد بن حنبل، ج ٦ ص ٤١٥ ولفظ الحديث كما وجدناه (عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة فخاصمته في السكنى والنفقة إلى رسول الله ﷺ قالت: فلم يجعل سكنى ولا نفقة، وقالت: يا بنت ال قيس انما السكنى والنفقة على من كانت له رجعة).

(٥) الدر المنثور: ج ٨ ص ١٩٣ عن ابن عباس قال: الفاحشة المبينة أن تبذو المرأة على اهل الرجل، ذا بذت عليهم بلسانها الخ.

(٦) كتاب الخلاف: كتاب العدة، مسألة ٢٣ قال: الفاحشة التي تحل اخراج المطلقة من بيت زوجها إلى تشتم اهل الرجل وتؤذيهم الخ.

(٧) المبسوط: ج ٥ كتاب العدد ص ٢٥٣ س ١٥ قال: وكذلك ان اتت بفاحشة، وهي ان تبذو على بيت احمائها وتشتمهم الخ.

ورواه مُحمَّد بن علي بن جعفر قال: سأل المامون الرضا عليه السلام عن قول الله عزوجل (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ياتين بفاحشة مبينة) قال: يعنى ان تؤذى اهل زوجها^(١).
وعن ابن مسعود ان تزنى، فيخرج وتحدثم ترد إلى موضعها^(٢).
وهو اختيار المفيد^(٣) والشيخ في النهاية^(٤) وابن ادریس^(٥).
وقيل: يجوز اخراجها باى الامرین المذكورین حصل، نقل عن التقي^(٦) وهو اختيار المصنف في الشرائع^(٧) والعلامة في القواعد^(٨) وزاد فيها: أو تستطيل على اهل الزوج بلسانها.

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٣٢ الحديث ٥٥.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب العدة مسألة ٢٣ قال: وقال ابن مسعود: الفاحشة ان تزني فتخرج وتحدثم ترد إلى موضعها.
(٣) المقنعة: باب عدد النساء، ص ٨٢ س ٢٦ قال: فان أتت في منزله بفاحشة يستحق عليها الحد، اخرجها منه ليقام عليها حد الله تعالى.
(٤) النهاية: باب العدد واحكامها ص ٥٣٤ س ١٦ قال: والفاحشة ان تفعل مايجب عليها الحد، فاذا فعلت ذلك اخرجت واقيم عليها الحد الخ.
(٥) السرائر: باب العدد، ص ٣٤٠ س ١٣ قال: ولا يجوز له اخراجها منه الا ان تؤذى أهله، اوتأتى فيه بما يوجب الحد فيخرجها لاقامته الخ.
(٦) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٢ س ١٣ قال: ولا يخرجه الا ان تؤذيه، أو تأتى في منزله ما يوجب الحد فيخرجها لاقامته ويردها اليه.
(٧) الشرائع: كتاب الطلاق، الفصل السابع في اللواحق، الاولى قال: لا يجوز لمن طلق رجعا ان يخرج الزوجة من بيته الا ان تأتى بفاحشة إلى قوله: وادنى ما تخرج له ان تؤذي أهله.
(٨) القواعد، كتاب الفراق، المطلب الثاني في صفة السكنى ص ٧٥ قال: لا يجوز للزوج اخراجها الا ان يأتي بفاحشة إلى قوله: وتستطيل عليهم بلسانها.

كتاب الخلع والمباراة

(مقدمة)

الخلع بفتح الخاء نزع الثوب، وبضمها ازالة قيد النكاح بفدية لازمة لما هيته، مع كراهتها الزوج دونه، بلفظ خلعت.

فالازالة كالجنس، ويشمل الازالة بالفسخ والطلاق، والبواقي كالفصول. وهي اربعة الفدية، ويخرج بها الطلاق، وبقولنا (لازمة لماهيته) يخرج الطلاق بعوض، لانه ليس من لوازمة العوض بخلاف الخلع، وبـ (كراهتها دونه) يخرج المبرات فانها تترتب على كراهتهما معا، لانها مفاعلة من التباري، وهو من الطرفين، فتبريه وتبعده بما تبذل له، وتبريها وتبعدها بابانتها، وبقولنا (بلفظ خلعت) يخرج عنه مالو وقع الطلاق بعوض مع كراهتها، فانه لا يسمى خلعا. وانما سمي خلعا؟ استعارة من نزع الثوب.

وانما استعمل هذا في الزوجين؟ لان كل واحد منهما لباس لصاحبه قال تعالى: (هن لباس لكم وانتم لباس لهن)^(١) فكأن كل واحد منهما لمفارقة الآخر ينزع لباسه. وسمى الخلع اقتداء؟ لان المرأة تفتدى نفسها من زوجها بما تبذله. ويدل على مشروعية الكتاب والسنة والاجماع.

(١) البقرة: ١٨٧.

أما الكتاب فقوله تعالى: (فإن خفتن الإيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به)^(١) فرفع الجناح في اخذ الفدية خوف التقصير في اقامة الوظائف المحدودة في حقوق الزوجية، يدل على جواز الفدية.

واما السنة: فروي عن يحيى بن سعيد، عن عمرة بنت عبدالرحمن ان حبيبة بنت سهل الانصارية اخبرتها انها كانت تحت ثابت بن قيس الشماس، وان رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس^(٢) فقال رسول الله ﷺ: من هذه؟ فقالت: انا حبيبة بنت سهل، قال: ماشأنك؟ قالت: لا انا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس قال رسول الله ﷺ: هذه حبيبة بنت سهل، وذكرت ماشاء الله ان تذكر وقالت حبيبة: يارسول الله كل ما اعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: خذ منها، فاخذ منها، وجلس هي في اهلها^(٣).

وبطريق آخر: ان حبيبة بنت سهل كانت تحت قيس بن ثابت، وكان يحبها وتكرهه وكان اصدقها حديقة بين يدي النبي ﷺ فقال لها النبي ﷺ: تعطيه حديقته التي اصدقك اياها؟ فقالت: وأزيد، فخلعها قيس على الحديقة، فلما تم الخلع قال لها النبي ﷺ: اعتدي، ثم التفت إلى اصحابه وقال: هي واحدة^(٤).

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) في الحديث: كان النبي ﷺ يغلس بالفجر اذا اختلط بضوء الصباح، والغلس بالتحريك الظلمة اخر الليل (مجمع البحرين لغة غلس).

(٣) سنن أبي داود، الجزء الثاني، باب في الخلع، ص ٢٦٨ الحديث ٢٢٢٧.

(٤) المستدرک: ج ٣ كتاب الخلع والمباراة، ص ٢٦ الحديث ٢.

[والكلام في العقد والشرائط واللواحق.

وصيغة الخلع ان يقول: خلعتك او فلانة مختلعة على كذا.

وهل يقع بمجرد؟ قال علم الهدى: نعم، وقال الشيخ: لا حتى تتبع بالطلاق]

فاستفيد من هذا الحديث فوائد.

(أ) مشروعية الخلع.

(ب) لزوم الفدية فيه بقوله (تعطيه حديقته).

(ج) وقوعه بمجرد، لانه لم يامر بالطلاق.

(د) وجوب الاعتداد عنه.

(هـ) كونه طلاقا بقوله (هي واحدة).

واما الاجماع: فاطبق المسلمون على جوازه، وان اختلفوا في مسائله.

قال طاب ثراه: وهل تقع بمجرد؟ قال علم الهدى: نعم، وقال الشيخ: لا حتى تتبع بالطلاق.

أقول: قال المرتضى: تقع بمجرد من غير احتياج إلى ان يتبع بالطلاق^(١) وهو مذهب أبي

علي^(٢) وظاهر الحسن^(٣) والصدوق^(٤) والمفيد^(٥) وتلميذه^(٦) وابن

(١) الناصريات: في الجوامع الفقهية: ص ٢١٤ المسألة ١٦٥ قال: الخلع فرقة بائنة، وليست كل فرقة طلاقا كفرقة الردة

واللعان: عندنا ان الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانتهى به المرأة وجرى مجرى الطلاق.

(٢) و(٣) المختلف: القول في احكام الخلع ص ٤٣ س ١٢ قال: مسألة إلى قوله: قال ابن الجنيد بالاول، (أي يقع

بمجرده) وليس عليه ان يقوله لها: قد طلقتك، وهو الظاهر من كلام ابن عقيل الخ.

(٤) المقنع: باب الطلاق ص ١١٧ س ٣ قال: واما الخلع إلى قوله: وقد بانتهى منه، وقوله: وكان الخلع له تطليقة

واحدة.

(٥) المقنعة: ص ٨١ باب الخلع والمبارات ص ٣٤ قال: قال لها: قد خلعتك على كذا وكذا إلى قوله: فاذا قال لها ذلك

فقد بانتهى منه.

(٦) المراسم: ص ١٦٢ س ٩ قال: فاذا اجابته إلى ذلك قال لها: قد خلعتك على كذا وكذا الخ.

حمزة^(١) والعلامة في المختلف^(٢) وفخر المحققين^(٣) وهو ظاهر المصنف^(٤).
وقال الشيخ: لا حتى تتبع بالطلاق^(٥) وهو مذهب القاضي في المذهب^(٦) وابن إدريس^(٧) وظاهر
التقي^(٨).
قال الشيخ: وهو مذهب جماعة من المتقدمين كجعفر بن سماعة والحسن بن سماعة وعلي بن
رئاب^(٩).
احتج الاولون بروايات.

-
- (١) الوسيلة: فصل في بيان الخلع ص ٣٣١ س ١٦ قال: بان يقول الرجل: خالعتك، أو تقول المرأة اختلعت نفسي منك الخ.
- (٢) المختلف: الفصل الثاني في الخلع، ص ٤٣ س ١٩ قال: والمعتمد الاول، أي وقوع الخلع بمجرد.
- (٣) الايضاح: ج ٣، الباب الثاني في الخلع، ص ٣٧٥ س ١٥ قال: واختار شيخنا في المختلف وقوعه بمجرد، وهو الاقوى عندي.
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- وفي الشرائع، كتاب الخلع، اما الصيغة قال: وهل يقع بمجرد؟ المروي: نعم.
- (٥) مع الفحص الشديد لم اظفر عليه في المبسوط، وفي المختلف ص ٤٣ س ١٤ قال: وقال الشيخ في المبسوط: والخلع بمجرد لا يقع ولا بد من التلفظ بالطلاق على الصحيح من المذهب.
- (٦) المذهب: ج ٢، باب الخلع ص ٢٦٧ س ١٨ قال: ولا يقع ايضا بمجرد فلا بد فيه من التلفظ بالطلاق.
- (٧) السرائر: باب الخلع والمبارات والنشوز ص ٣٣٧ س ١٦ قال: فان قدم لفظ الخلع وعقب بلفظ الطلاق كان جائزا الخ.
- (٨) الكافي: الطلاق، واما الخلع ص ٣٠٧ س ١١ قال: فاذا اراد خلعه فليقل: قد خلعتك على كذا فانت طالق.
- (٩) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٧ قال بعد نقل حديث ٨ مالفظة: قال محمد بن الحسن الذي اعتمده في هذا الباب ان المختلة لا بد فيها من ان تتبع بالطلاق وهو مذهب جعفر بن سماعة وعلي بن رباط وابن حذيفة من المتقدمين الخ.

[ولو تجرد كان طلاقا عند المرتضى وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا.
ما صح ان يكون مهرا صح فدية في الخلع، ولا تقدير فيه، بل يجوز ان يأخذ منها زائدا عما
وصل اليها منه ولا بد من تعيين الفدية وصفا او اشاره.

اما الشرائط: فيعتبر في الخالع البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد].
منها صحيحة مُجَّد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى
زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك؟ او هي امرأته
مالم يتبعها الطلاق؟ فقال تبين منه، فان شاء ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امرأته فعل، قلت:
انه قد روى انها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق، قال: ليس ذلك اذا خلع، فقلت: تبين منه؟ قال:
نعم^(١) وهو نص بالباب.

وبان النبي صلى الله عليه وآله لم يأمر ثابت بن قيس بالتلفظ بالطلاق.
احتج الآخرون بما رواه موسى بن بكر عن أبي الحسن الاول عليه السلام قال: المختلعة تتبعها
الطلاق مادامت في عدتها^(٢) وبان الاصل بقاء الزوجية فلا تنزول الا بالسبب المتيقن، وليس
حاصلا مع التجرد.

قال طاب ثراه: ولو تجرد كان طلاقا عند المرتضى، وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع، ص ٣١٨ الحديث ١٢.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع، ص ٣١٧ الحديث ٩.

[وفي المختلعة مع الدخول، الطهر الذي لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضرا، وكان مثلها تحيض، وان يكون الكراهية منها خاصة صريحا.

ولا يجب لو قالت: لادخلن عليك من تكره، بل يستحب.

ويصح خلع الحامل مع الدم لو قيل انها تحيض.

ويعتبر في العقد حضور الشاهدين عدلين ونجريده عن الشرط، ولا بأس بشرط يقتضيه العقد، كما لو شرط الرجوع ان رجعت.

واما اللواحق فمسائل.

(الاولى) لوخالعها والاخلاق ملتزمة لم يصح ولم يملك الفدية.

(الثانية) لارجعة للخالع، نعم لو رجعت في البذل رجع ان شاء.

ويشترط رجوعها في العدة ثم لا رجوع بعدها.

(الثالثة) لو اراد مراجعتها ولم ترجع في البذل افتقر إلى عقد جديد في العدة او بعدها.

(الرابعة) لا توارث بين المختلعين ولو مات احدهما في العدة، لانقطاع العصمة بينهما].

أقول: على القول بوقوع الفرقة بمجرد لفظ الخلع، هل يكون طلاقا أو فسخا؟ المرتضى^(١) وابن الجنيد^(٢) على الاول، واختاره العلامة^(٣) وفخر المحققين^(٤) بوجوه.

(١) الناصريات: (في الجوامع الفقهية ص ٢١٤، المسألة ١٦٥ قال: الخلع اذا تجرد عن لفظ الطلاق بانته به المرأة وجرى مجرى الطلاق في انه ينقص من عدد الطلاق، وهذه فائدة اختلاف الفقهاء في انه طلاق او فسخ الخ.

(٢) و(٣) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٤ س ٥ قال بعد نقل قول السيد: وهو قول ابن الجنيد أيضا، إلى قوله: والمعتمد ما ذهب إليه السيد.

(٤) الايضاح: ج ٣، الباب الثاني في الخلع ص ٣٧٦ س ١٤ قال: والاقرب عندي اختيار المرتضى.

(أ) ان النبي ﷺ لم يأمر ثابتاً بلفظ الطلاق حين خالع زوجته حبساً بين يديه، وقال لها: اعتدي، ثم التفت إلى أصحابه وقال: هي واحدة^(١).

(ب) قول الصادق عليه السلام: وكانت معه على تطليقتين باقيتين^(٢).

(ج) قوله عليه السلام: وكانت تطليقة بغير طلاق تتبعها^(٣).

(د) قوله عليه السلام: وخلعها طلاقها^(٤).

(هـ) رواية زرارة ومحمد بن مسلم عنه عليه السلام: الخلع تطليقة بائنة^(٥).

(و) ان الزوجين لا يملكان فسخ النكاح بتراضيهما، لانه لا يقبل التقايل.

روى محمد بن مسلم في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: المختلعة تقول لزوجها اخلعني وانا اعطيك ما اخذت منك، فقال: لا يحل له ان ياخذ منها شيئاً حتى يقول: والله لا أبر لك قسماً، ولا اطيع لك امرأ، ولا وذنن في بيتك بغير اذنك، ولا وطن فراشك غيرك، فاذا فعلت ذلك من غير ان يعلمها حل له ما اخذ منها، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، وكانت بائناً بغير طلاق، وكان خاطباً من الخطاب^(٦).

وفي حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها: والله لا أبر لك قسماً، ولا اطيع لك أمرأ، ولا اغتسل لك من جناية، ولا وطن فراشك، ولا وذنن عليك بغير اذنك، وقد كان الناس يرخصون فيما دون

(١) تقدم نقله من سنن أبي داود.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ١.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٦٩) باب الخلع ص ٣٣٨ قطعة من حديث ٢.

(٥) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٧ الحديث ٨.

(٦) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ٣.

هذا، فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ماأخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة^(١).

والشيخ على الثاني، قال: ولو قلنا بوقوعه مجردا كان الاولى، لانه فسخ^(٢).

واحتج بوجوه:

(أ) انه لو كان طلاقا، لكان كناية في الطلاق، لا صريحا، والطلاق لا يقع بالكناية، وقد قلنا بوقوعه، وهذا خلف.

(ب) قوله تعالى: (الطلاق مرتان)^(٣) ثم قال: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)^(٤) ثم قال: (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)^(٥) فذكر تطليقتين، والخلع وتطليقة بعده، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا هذا محال.

(ج) انها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكان فسخا كسائر الفسوخ.

(د) اشتماله على مشابهة المعاوضة في استرداد كل من الزوجين عوضه، فان الزوجة ارادت نفسها واستردت بضعتها، واسترد الزوج مهره، فاشبه فسخ المعاوضة. وتظهر فائدة الخلاف في مسائل:

(أ) انتقاض عدد الطلاق به وافتقاره إلى المحلل على الاول دون الثاني.

(ب) صحته من ولي الطفل على الثاني دون الاول.

(ج) عدم الحنث به لو نذر او حلف ان لا يطلق على الثاني خاصة.

(د) استحقاق اسم المطلقة للزوجة على الاول دون الثاني، فتدخل في الوقف والنذر والصدقة على المطلقات.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ١.

(٢) كتاب الخلاف: كتاب الخلع، مسألة ٣ قال: ومن لم يعتبر من اصحابنا التلفظ بالطلاق، الاولى ان يقول: انه فسخ وليس بطلاق، لانه ليس على كونه طلاقا دليل.

(٣) و(٤) البقرة: ٢٢٩.

(٥) البقرة: ٢٣٠.

[والمباراة: هو ان يقول: باراتك على كذا.
وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه.
ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر.
والشرائط المعتبرة في الخالع والمختلعة مشترطة هنا.
ولا رجوع للزوج الا ان ترجع هي في البذل.
واذا خرجت من العدة فلا رجوع لها.
ويجوز ان تفاديهما بقدر ماوصل اليها منه فمادون، ولا يحل له ما زاد عنه].
قال طاب ثراه: ويشترط اتباعها (أي المباراة) بالطلاق على قول الاكثر.
أقول: ادعى الشيخ الاجماع على افتقار المباراة إلى التلفظ بالطلاق^(١) وكذا المصنف في
الشرائع^(٢) وقوله هنا في الواقع يشعر بوجود مخالف، وهو منقرض او متروك.
نعم روى الشيخ في الاستبصار مرفوعا إلى حمران قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: ان المباراة
تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما، لان العصمة قد بانت ساعة كان ذلك منها
ومن الزوج^(٣).
وعن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المباراة تبين من غير ان تتبعها بالطلاق^(٤).
قال الشيخ: اوردنا هذه الاخبار على ما رويت وليس العلم على ظاهرها، لان المبارات ليس
يقع بها فرقة من غير طلاق، وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في ان يقع

(١) المبسوط: ج ٤ كتاب الخلع ص ٣٧٣ س ٣ قال: فرق اصحابنا بين الخلع والمبارات فلم يختلفوا في ان المبارات
لا يقع الا بلفظ الطلاق.

(٢) الشرائع: كتاب المباراة س ٥ قال: ويشترط اتباعه بلفظ الطلاق، فلو اقتصر المبارى على لفظ المباراة لم يقع به فرقة.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٨٤) باب حكم المباراة ص ٣١٩ الحديث ٣.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٨٤) باب حكم المباراة ص ٣١٩ الحديث ٤.

بأننا لا يملك معه الرجعة، وهو مذهب جميع فقهاء اصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لانعلم خلافا بينهم في ذلك.

والوجه في هذه الاخبار ان نحملها على التقية، لانها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به^(١) هذا اخر كلامه رحمته الله.

والحاصل: ان الخلع والمباراة يجتمعان في امور ويفترقان في امور، فلهذا شملهما كتاب واحد، لان منشأهما المنافاة بين الزوجين وعدم التتمام الاحوال، فالموافقة في امور:

(أ) حصول البينونة في عدة كل منهما.

(ب) حصول العوض فيهما.

(ج) حصول المنافاة في الجملة.

والمفارقة في امور:

(أ) ترتب الخلع على كراهتها خاصة، وفي المباراة على كراهتهما.

(ب) تحريم اخذ الزيادة في المباراة عما وصل اليها منه وجوازه في الخلع.

(ج) افتقار البينونة في المباراة إلى التلفظ بالطلاق وعدمه في الخلع على الاصح.

فرع المشهور جواز مساواة البذل في المباراة لما وصل اليها منه، وهو اختيار المفيد^(٢).

(١) الاستبصار: ج ٣ ص ٣١٩ س ١٦ قال بعد نقل حديث ٤: قال محمد بن الحسن: هذه الاخبار الخ.

(٢) المقنعة: باب الخلع والمباراة ص ٨٢ س ٨ قال: ولا يجوز له اذا كان كارها لها ان ياخذ منها على الطلاق لها أكثر مما اعطاها.

وابن ادريس^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣) لقوله تعالى (فلا جناح عليهما في ما فتدت به)^(٤).
ولصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: المرأة تقول لزوجها: لك ماعليك واتركني، او
تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها، الا انه يقول: فان ارتجعت في شيء فانا املك ببضعك، فلا يحل
لزوجها ان يأخذ منها الا المهر فما دونه^(٥).
وللاصل، ومنعناه في الزائد؟ للاشتراك في الكراهة.
وقال الصدوقان: وله ان يأخذ دن الصداق وليس له ان يأخذ الكل^(٦) وبه قال ابن حمزة^(٧) وهو
ظاهر الحسن^(٨) والنهاية^(٩).

احتجوا بحسنة زرار قال: المبارية يؤخذ منها دون الصداق، والمختلعة تؤخذ منها

-
- (١) السرائر: باب الخلع والمبارات ص ٣٣٦ س ٣٣ قال: ولا يجوز ان يأخذ منها اكثر من المهر.
(٢) الشرائع: كتاب المباراة قال: ويأخذ في المباراة بقدر ما وصل اليها منه ولا تحل له الزيادة.
(٣) المختلف: في احكام الخلع والمبارات ص ٤٤ س ٣٧ قال بعد نقل قول المفيد وابن ادريس: هو الوجه.
(٤) سورة البقرة / ٢٢٩.
(٥) التهذيب: ج ٨ (٤) باب الخلع والمبارات، ص ١٠٠ الحديث ١٨.
(٦) المختلف: في احكام الخلع والمبارات ص ٤٤ س ٣٤ قال: مسألة قال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: وله ان
يأخذ دون الصداق وفي المقنع، باب الطلاق ص ١١٧ قال: واما المباريات إلى قوله: ولا ينبغي أن يأخذ منها اكثر من
مهرها وزاد في المختلف نقلاً عنه (بل يأخذ منها دون مهرها).
(٧) الوسيلة، فصل في بيان المباراة والنشوز ص ٣٣٢ س ١٣ قال: صح بشرطين: تكون الفدية اقل من المهر.
(٨) المختلف: في احكام الخلع والمباراة ص ٤٤ س ٣٦ قال: وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية وابن أبي عقيل
الخ.
(٩) النهاية: باب الخلع والمباراة ص ٥٣٠ س ١١ قال: ويكون ذلك دون المهر الذي اعطاها الخ.

ما شئت وماتراضيا عليه من صداق او أكثر، وانما صارت المبارية يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ما شاء؟ لان المختلعة تتعدى في الكلام وتكلم بما لا يحل لها^(١). وهي مرسله ولا دلالة فيها، لان تسويغ اخذ الناقص لا يمنع المساواة.

(١) التهذيب: ج ٨ (٤) باب الخلع والمبارات ص ١٠١ الحديث ١٩.

كتاب الظهار

(مقدمة)

الظهار شرعا تشبيه الزوج المكلف منكوحته ولو مطلقة رجعية في العدة بظهر امه.
وقيل: تشبيه من يملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة على ابداء، بنسب او رضاع او مصاهرة.
وانما سمي ظهارة؟ اشتقاقا من الظهر.
وخص بالظهر دون البطن والفخذ والفرج وغيرها من الاعضاء؟ لان كل بهيمة تركب فانما تركب ظهرها، ولما كانت المرأة تركب وتغشى شبهت بذلك، فاذا قال: أنت علي كظهر أمي، فمعناه: ركوبك على محرم كركوب امي، فسمي ظهارة اشتقاقا من هذا.
والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع.
أما الكتاب: فقوله تعالى: (والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم إلى قوله فإطعام ستين مسكينا)^(١) فذكر الله سبحانه الظهار في هذه الايات الثلاث.
ففي الاولى تحريمه وكونه منكرا.
وفي الثانية الكفارة وتفصيلهما.

(١) المجادلة: ٢.

وأما السنة: فروت خولة بنت مالك بن ثعلبة، قالت: تظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فاتيت النبي ﷺ فشكوت إليه ذلك، فجعل رسول الله ﷺ يجادلني عن زوجي أوس ويقول: اتقى الله فإنه ابن عمك، فما برحت حتى نزل قوله تعالى (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله) ^(١) إلى آخر الآيات، فقال النبي ﷺ: يعتق رقبة، فقلت: لا يجد فقال: تصوم شهرين متتابعين، فقلت: انه شيخ كبير ما به من صيام، فقال: تطعم ستين مسكينا، فقلت: ماله شيء، فأتي بعرق ^(٢) من تمر، فقلت: اضم إليه عرقا آخر واتصدق به عنه، فقال: احسنت، تصدق به على ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك ^(٣).

وروى سليمان بن بشار عن سلمة بن صخر قال: كنت رجلا أصيب من النساء ما لا يصيب غييري، فلما دخل شهر رمضان خفت ان أصيب من امرأتي شيئا يتابع ^(٤) بي حتى أصبح، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء، فلم البث ان نزوت عليها، فلما أصبحت خرجت إلى قومي فاخبرهم الخبر وقلت: امشوا معي إلى رسول الله ﷺ قالوا: لا والله، فانطلقت إلى النبي ﷺ فاخبرته، فقال: انت بذاك ياسلمة؟ قلت: انا بذاك يا رسول الله، مرتين، وانا صابر لأمر الله فاحكم في مأراك الله، قال: حرر رقبة، قلت والذي بعثك بالحق

(١) المجادلة: ١.

(٢) في حديث المظاهر: انه أتى بعرق من تمر، هو زنبيل منسوج من نسائج الخوص (النهاية لغة عرق).

(٣) سنن أبي داود: ج ٢ ص ٢٦٦ الحديث ٢٢١٤.

(٤) أي يلازمي فلا يستطيع الفكاك منه (هكذا في هامش السنن).

ماملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتى، قال: فصم شهرين متتابعين، قال: وهل أصبت ما أصبت إلا من الصيام؟ قال: فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين^(١) مالنا طعام، قال: فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر، وكل انت وعيالك بقيتها، فرجعت إلى قومي فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأى، ووجدت عند النبي ﷺ السعة وحسن الرأى، وقد أمر لى بصدقتكم^(٢).

ومن طريق الخاصة: روى الصدوق عن محمد بن أبي عمير، عن ابان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان رجل على عهد رسول الله ﷺ يقال له: اوس بن الصامت، وكانت تحته امرأة يقال لها خولة بنت المنذر، فقال لها ذات يوم: انت على كظهر امى، ثم ندم من ساعته، وقال لها: ابتهها المرأة ما اظنك الا وقد حرمت على، فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله ان زوجى قال لي: انت على كظهر امى، وكان هذا القول فيما مضى تحرم المرأة على زوجها، فقال لها رسول الله ﷺ ابتهها المرأة ما اظنك الا حرمت عليه، فرفعت المرأة يدها إلى السماء فقالت: اشكو إلى الله فراق زوجى، فانزل الله عزوجل يا محمد (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكى إلى الله) الآيات^(٣).

واما الاجماع: فمن سائر المسلمين ثبوت الظهار حكما من احكام الشرع.

(١) وفيه (لقد بتنا وحشين مالنا طعام) يقال: رجل وحش بالسكون من قوم او حاش، اذا كان جائعا لا طعام له، وقد اوحش، اذا جاع (النهاية لغة وحش).

(٢) سنن أبي داود: ج ٢ باب في الظهار ص ٢٦٥ الحديث ٢٢١٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٠ الحديث ٤.

[وينعقد بقوله: انت علي كظهر امي، وان اختلفت حرف الصلة.
وكذا يقع لو شبهها بظهر ذوي رحم نسبا ورضاعا.
ولو قال: كشعر امي او يدها لم يقع، وقيل: يقع برواية فيها ضعف، ويشترط ان يسمع نطقها
شاهدا عدل].

تذنيب : الظهار محرم

لان الله وصفه بالنكر والزور، فيحرم فعله، لانهما قبيحان. وهنا فرعان:
(أ) هل يثبت فيه عقوبة في الآخرة؟ قيل: نعم، قضية لفعل المنكر، وقيل: لا لتعقيبه بالعفو فان
الله سبحانه قال: (فانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور)^(١).
(ب) لا يصح الظهار من الصبي، لان المنكر والزور لا يتحققان في فعل الصبي، لعدم تكليفه،
والظهار المعتبر هو الموصوف بهما.
قال طاب ثراه: ولو قال: كشعر أمي او يدها لم يقع، وقيل: يقع برواية فيها ضعف.
أقول: قال الشيخ في المبسوط بالوقوع^(٢) وبه قال ابن حمزة^(٣) والقاضي في المذهب^(٤).

(١) سورة المجادلة / ١.

(٢) المبسوط: ج ٥ كتاب الظهار ص ١٤٩ س ٤ قال: فاما ذا شبه زوجته بعضو من اعضاء الام غير الظهر إلى قوله:
كان بجميع ذلك مظاهرا.

(٣) الوسيلة، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٥ قال: أو عضو من اعضائها وسمى الخ.

(٤) المذهب: ج ٢، باب الظهار ص ٢٩٨ س ١٠ قال: فان شبه زوجته بعضو من اعضاء الام غير الظهر إلى قوله
كان بجميع ذلك مظاهرا.

وبعدمه قال المرتضى^(١) والسيد ابن زهرة^(٢) وابن إدريس^(٣)، وهو ظاهر المفيد^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦) تمسكا باصالة الحل، وبأن الاسباب الشرعية انما يستفاد من نص الشارع والذي وقع ودل الكتاب والسنة المتواترة عليه، انت على كظهر امي.

وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الظهار؟ قال: هو من كل ذي محرم: أما أو اختا أو عمة أو خالة، ولا يكون الا في يمين، قلت: وكيف هو؟ قال: يقول الرجل لامرأته، وهي طاهر من غير جماع: انت على حرام مثل طهر امي او اختي، وهو يريد بذلك الظهار^(٧) فيقتصر عليه اخذا بالمتيقن.

احتج الشيخ برواية السدير عن الصادق عليه اللام قال: قلت: الرجل يقول لامرأته: انت على كشعر امي او كفها او بطنها او كرجلها، قال: ماعنى؟ ان اريد به الظهار، فهو الظهار^(٨).

(١) الانتصار: مسائل الظهار، ص ١٤٢ س ١ قال: (مسألة) وما انفردت به الامامية إلى قوله: ولا يقوم مقامها تعلية بجزء من اجزاء الام.

(٢) الغنية: (في الجوامع الفقيه) ص ٦١٣ س ١٠ قال: فصل في الظهار إلى ان قال: فلو علق ذلك بغير الظهر من راس او يد او غيرها لم يصح.

(٣) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٣ س ١١ قال: ومنها ان يكون متلفظا بقوله: انت على كظهر امي، إلى قوله: ولم يثبت ذلك في باقي الاعضاء.

(٤) المقنعة: باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٤ قال: واذا قال الرجل لامرأته إلى قوله: انت على كظهر امي قال: حرم بذلك عليه وطئها الخ واكتفى بذلك ولم يذكر غير ذلك.

(٥) لاحظ النافع.

(٦) المختلف: الفصل الثالث في الظهار ص ٤٦ س ٣١ قال: والمعتمد قاله المرتضى.

(٧) الكافي: ج ٦ باب الظهار ص ١٥٣ الحديث ٣.

(٨) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٠ الحديث ٤.

[وفي صحته مع الشرط روايتان، اشهرهما: الصحة.
ولا يقع في يمين ولا اضرار ولا غضب ولا سكر ويعتبر في المظاهر البلوغ، وكمال العقل،
والاختيار والقصد.

وفي المظاهرة طهر لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضر او مثلها تحيض].
وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف^(١).

قال طاب ثراه: وفي صحته مع الشرط روايتان، اشهرهما: الصحة.
أقول: لا شك ان الخلع والظهار قد شاركا الطلاق في اشتراط وقوع كل من الثلاثة في الطهر
العاري عن الجماع، وسماع الشاهدين.

اما الخلع فلمشابهة الطلاق، او لكونه قسما من اقسامه على القول بوقوعه مجردا.
واما الظهار فبالاجماع.

ولا يقع كل واحد من الطلاق والخلع معلقا على الشرط اجماعا.
وهل حكم الظهار كذلك؟ او يجوز وقوعه معلقا على شرط كقوله: انت علي كظهر امي ان
دخلت الدار، وان قدم زيد؟ فيه مذهبان:

(أ) الوقوع قاله الشيخ في الثلاثة^(٢) (٣) (٤) والصدوق في المقتنع^(٥) وابن

(١) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن علي بن محبوب، عن سهل بن زياد، عن غياث، عن محمد بن سليمان، عن
ابيه عن سدير).

(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب الظهار ص ١٥٠ س ١٦ قال: الظهار يقع عاجلا وآجلا، إلى أن قال: والاجل ان يقول:
اذا دخلت الدار الخ.

(٣) كتاب الخلاف: كتاب الظهار، مسألة ٢٠ قال: الظهار على ضربين إلى ان قال: والاخران يكون مشروطا الخ.
(٤) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٥ س ٢ قال: ثم انه ينقسم قسمين إلى قوله: والضرب الثاني لا تجب فيه
الكفارة الا بعد ان يفعل ما شرط.

(٥) المقتنع: باب الطلاق ص ١١٨ س ٢١ قال: فان قال: هي عليه كظهر امه ان فعل كذا وكذا إلى ان قال: فليس
عليه شيء حتى يفعل ذلك لشيء.

حمزة^(١) والمصنف^(٢) والعلامة^(٣).

(ب) عدمه قاله السيد في الانتصار^(٤) والقاضي^(٥) وسلار^(٦) وابن زهرة^(٧) وهو ظاهر أبي علي^(٨).

احتج الاولون: بعموم الآية^(٩).

وبصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام قال: الظهار ظهاران: فاحدهما ان يقول: انت علي كظهر امي، ثم يسكت، فذلك الذي يكفر قبل ان يواقع، فاذا قال: انت علي كظهر امي ان فعلت كذا وكذا، ففعل، وجبت عليه الكفارة حيث يحنث^(١٠).

احتج الآخرون برواية القاسم بن محمد الزيات قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: اني ظاهرت من امرأتي فقال لي: كيف قلت؟ قال: قلت: انت علي

(١) الوسيلة، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٨ قال: واذا ظاهر مشروطا حرم الوطاء بوقوع الشرط.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٧ قال: (مسألة) سوغ الشيخ وقوع الظهار مع الشرط إلى قوله: والوجه ما قاله الشيخ.

(٤) الانتصار: مسائل الظهار ص ١٤١ س ١٤ قال: (مسألة) ومما انفردت به الامامية القول بان الظهار مشروطا باي شرط كان.

(٥) المذهب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٤ قال: وكذلك لا يقع صحيحا اذا كان مشروطا.

(٦) المراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٩ قال: والشروط فيه تبطله كالطلاق.

(٧) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ فصل في الظهار س ١٣ قال: ومنها ان يكون خاليا من الاشتراط، فلو قال: انت كظهر امي ان كان كذا لم يصح وان حصل الشرط.

(٨) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٧ س ٣١ قال: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد.

(٩) المجادلة: ٣.

(١٠) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٢ الحديث ١٤.

كظهر امي ان فعلت كذا وكذا، فاقبل: لا شئ عليك ولا تعد^(١).

وفي الطريق أبي سعيد الادمي، وفيه ضعف^(٢).

والفرق بين اليمين والشرط مع اتحاد صورتهم: ان اليمين المقصود فيها الكف وزجر النفس، والالزام، وبالتزام مخطور على تقدير المخالة، والمقصود في الشرط: التعليق بالمشروط ووقوعه عند وقوع شرطه.

فرع على القول بوقوعه معلقا على الشرط، هل يقع معلقا على الزمان المستقبل؟ ويسمى المعلق على الصفة، كقوله: انت علي كظهر امي اذا جاء رأس الشهر فيه احتمالان.

عدم الوقوع لعدم النص عليه، والوقوع لاشتراكهما في التعليق وهو اختيار الشيخ^(٣).

والفرق بينهما: ان الشرط يمكن وقوعه في الحال وعدم وقوعه، والمعلق بالزمان يستحيل وقوعه في زمان ايقاعه ثم ينحتم وقوعه في الزمان المستقبل، فوقعه في الحال محال، وفي المستقبل واجب. فقييل: هوأولى بالوقوع من المشروط، لانه لا بد من وقوعه، بخلاف الشرط فقد لا يقع.

(١) الاستبصار: ج ٣، ابواب الظهار (١٥٨) ص ٢٦٠ الحديث ١١.

(٢) سند الحديث كما في الاستبصار (إحمد بن محمد بن يحيى، عن أبي سعيد الادمي عن القاسم بن محمد الزيات).

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٠ س ١٦ قال: الظهار يصح اجلا وعاجلا إلى قوله: واذا جاء رأس الشهر الخ.

[وفي اشتراط الدخول تردد، المروي الاشتراط].

واجيب: بل هو اولى بعدم الوقوع، لان المكلف لا يرد وقوعه في زمان ايقاعه قطعاً، بخلاف الشرط، فان المقصود وقوع المشروط عند حصول الشرط، وهو ممكن الحصول في الحال، ومع هذا فهو في غير صورة النص.

قال طاب ثراه: وفي اشتراط الدخول تردد، المروي: الاشتراط.

أقول: اشترط الصدوق^(١) والشيخ في الكتابين^(٢) الدخول، وهو ظاهر القاضي^(٤) وأبي علي^(٥) واختاره العلامة^(٦).

ولم يشترطه المفيد^(٧) وتلميذه^(٨) وابن زهرة^(٩) وابن ادريس^(١٠) ونقله عن المرتضى^(١١) واختاره فخر المحققين^(١٢).

احتج الاولون بصحيفة محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام في المرأة التي

-
- (١) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٢ قال: ولا يقع حتى يدخل الرجل باهله.
- (٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦، س ١٧ قال: والظهار لا يقع الا على المدخول بها.
- (٣) المبسوط: ج ٥ كتاب الظهار ص ١٤٦ س ٢٢ قال: لا يقع الظهار قبل الدخول عندنا الخ.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٥ قال: ولا يقع الا بزوجة مدخول بها.
- (٥) و(٦) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٨ س ٣٧ قال: وجعله (أي الدخول) الشيخ ابوجعفر شرطاً، إلى قوله: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد، والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٧) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٣ قال: وان قال لها قبل ان يدخل بها وهي حائض وقع.
- (٨) المراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٨ قال: وان تكون زوجته الخ ولم يشترط الدخول.
- (٩) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ س ١٦ قال: او غير مدخول بها، او مدخولا بها وهي غائبة عن زوجها فانه لا اعتبار بهذا الشرط الخ.
- (١٠) و(١١) السرائر: باب الظهار والايلاء، ص ٣٣٣ س ٢٦ قال: او غير مدخول بها على الصحيح من مذهب اصحابنا إلى قوله وما اخترناه اختيار السيد المرتضى الخ.
- (١٢) الايضاح: ج ٣ ص ٤٠٨ س ١١ قال: واحتجوا بعموم قوله تعالى إلى قوله: المتناول للمدخول بها وغيرها وهو الاصح عندي.

[وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، اشبههما: الوقوع، وكذا الموطوءة بالملك والمروي أنها كالحرّة].
 لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع بها ايلاء ولاظهار^(١).
 ومثلها رواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته،
 قال: لا يلزمه، وقال: لا يكون ظاهر ولا ايلاء حتى يدخل بها^(٢).
 احتج الآخرون بعموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم)^(٣) وهو عام.
 قال طاب ثراه: وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، اشبههما الوقوع، وكذا الموطوءة بالملك والمروي
 أنها كالحرّة.
 أقول: هنا مسئلتان.
 الموطوءة بالعقد المنقطع هل يقع بها الظهار؟ قال المرتضى^(٤) وابن زهرة^(٥) والتقي^(٦) نعم واختاره
 المصنف^(٧) والعلامة في القواعد^(٨) والمختلف^(٩).

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤٠.
 (٢) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤١.
 (٣) المجادلة: ٣.
 (٤) الانتصار، في نكاح المتعة ص ١١٥ س ١٤ قال: والظهار ايضا يقع بالمتمتع بها الخ.
 (٥) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ س ١٤ قال: ومنها ان يكون موجهها ذلك إلى معقود عليها سواء كانت حرة
 او امة دائما نكاحها او مؤجلا.
 (٦) الكافي: فصل في الظهار ص ٣٠٣ س ٣ قال: حرة كانت او امة غبطة او متعة.
 (٧) لاحظ عبارة النافع.
 (٨) القواعد في الظهار ص ٨٤ س ٢٥ قال: وهل يشترط كون العقد دائما؟ خلاف اقربه الوقوع بالمستمتع بها.
 (٩) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٨ س ١١ قال: والوجه قول السيد المرتضى.

وقال الصدوق: وابوعلى لا يقع^(١) واختار ابن إدريس^(٢).
واحتجوا بما رواه ابن فضال عن ابن أخيه عن الصادق عليه السلام قال: لا يكون الظهر الا على موضع الطلاق^(٣).
وهي مع ضعف سندها مرسلة.
احتج الاولون بقوله تعالى: (والذين يظاهرون من نسائهم)^(٤) وهي من النساء، والا كانت حراما لقوله: (فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)^(٥).
(ب) الموطوءة بالملك هل يقع بها الظهر أم لا؟ بالموقع قال في النهاية^(٦) والمختلف^(٧) وبه قال الحسن^(٨) وابن حمزة^(٩) والمصنف^(١٠) واختاره العلامة^(١١).

-
- (١) الهداية (١٢٢) باب الظهر ص ٢٢ قال: ولا يقع الظهر الا على موضع الطلاق.
(٢) المختلف: في احكام الظهر ص ٤٨ س ٨ قال: (مسألة) قال الصدوق وابن الجنيد: لا يقع الظهر الا على موضع الطلاق.
(٣) السرائر: باب الظهر والايلاء ص ٣٣٣ س ٢٠ قال: ومنها ان يكون ذلك موجهها إلى معقود عليها دائما نكاحها.
(٤) الاستبصار: ج ٣، ابواب الظهر ص ٢٦١ الحديث ١٣.
(٥) المجادلة: ٣.
(٦) المؤمنون: ٧ المعارج: ٣١.
(٧) النهاية باب الظهر والايلاء ص ٥٢٧ س ١٠ قال: والظاهر يقع بالحرّة والامة سواء كانت الامة زوجة او موطوءة بملك يمين.
(٨) المختلف في احكام الظهر ص ٤٨ س ٢٠ قال: والمعتمد الاول، أي قول الشيخ في النهاية.
(٩) المختلف: في أحكام الظهر ص ٤٨ س ١٨ قال: والاول (أي صحة ظهار الموطوءة بملك اليمين) اختيار شيخنا ابن أبي عقيل الخ.
(١٠) الوسيلة، فصل في بيان الظهر ص ٣٣٥ س ١٣ قال: والظاهر يقع بأمر الولد إلى قوله: وبالامة اذا كانت مزوجة.
(١١) لاحظ عبارة النافع.
(١٢) المختلف: في احكام الظهر ص ٤٨ س ٢٠ قال: والمعتمد الاول (أي صحة ظهار الموطوءة بملك اليمين).

وبعدمه قال الصدوق^(١) وبه قال المفيد^(٢) وتلميذه^(٣) والتقي^(٤) والقاضي^(٥) وابن اديس^(٦) ونقله عن المرتضى^(٧).

إحتج الاولون بوجوه.

(أ) انها من النساء، لتحريم أمها اجماعا قال تعالى (وامهات نساءكم)^(٨) واذا ثبت كونها من النساء وقع بها الظهار لعموم الآية^(٩).

(ب) موثقة إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن الرجل يظاهر من جاريته؟ فقال: الامة والحرّة في هذا سواء^(١٠).

(ج) صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام قال: سألته عن الظهار على الحرّة والامة، فقال: نعم^(١١).

احتج الآخرون بوجهين.

(أ) اصالة بقاء الحل.

-
- (١) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٢ قال: ولا يقع الظهار الا على موضع الطلاق.
- (٢) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٤ قال: وان كانت الامة ملك يمينه لم يقع به.
- (٣) المراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٨ قال: وان تكون زوجته، لامة.
- (٤) الكافي: فصل في الظهار ص ٣٠٤ س ٣ قال: ولا يصح الظهار في ملك اليمين.
- (٥) المذهب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٦ قال: فان كانت ملك يمين لم يقع بها ظهار.
- (٦) و(٧) السرائر: الظهار والايلاء ص ٣٣٣ س ٢١ قال: ولا يقع بملك اليمين على الصحيح من المذهب إلى ان قال: والاول (أي عدم الوقوع) اختيار السيد المرتضى وشيخنا المفيد وهو الحق اليقين الخ.
- (٨) النساء: ٢٣.
- (٩) المجادلة: ٣.
- (١٠) الاستبصار: ج ٣ (١٦١) باب ان الظهار يقع بالحرّة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ١.
- (١١) الاستبصار: ج ٣ (١٦١) باب ان الظهار يقع بالحرّة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ٣.

[وهنا مسائل.]

(الاولى) الكفارة تجب بالعود، وهو ارادة الوطء، والاقرب انه لا استقرار لجوبها.

(ب) رواية حمزة بن حمران قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر

امه، قال: يأتيها وليس عليه شيء^(١).

وفي طريقها ابن فضال^(٢).

قال طاب ثراه: الكفارة تجب بالعود، وهو ارادة الوطء، والاقرب انه لا استقرار لجوبها.

أقول: كفارة الظهار يجب عند العود اجماعا، لقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من

قبل ان يتماسا)^(٣) والعود هو ارادة الوطئ.

وهل يستقر بنفس الارادة، أولا؟ بل معنى الوجوب يحرم الوطئ حتى يكفر؟ اكثر الاصحاب

على الثاني، وبالاول قال نجيب الدين يحيى بن سعيد^(٤) واختاره العلامة في التحرير^(٥) لدلالة الآية

عليه.

ويظهر الفائدة في مسائل:

(أ) لو اراد الوطئ ثم مات قبله، وجبت الكفارة على الاول، ولا يجب على الثاني.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦١) باب ان الظهار يقع بالحرمة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ٤.

(٢) سند الحديث كما في الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٤ (الحسين بن سعيد عن الحسن بن علي بن فضال عن ابن بكير عن حمزة بن حمران) ولا حظ ماقاله الشيخ في ذيل الحديث ايضا.

(٣) المجادلة: ٣.

(٤) الجامع للشرائع.

(٥) التحرير: ج ٢ ص ٦٢ الفصل الثاني في احكامه س ٦ قال: فمضى اراد الوطئ وجبت عليه الكفارة، وهل لها استقرار الخ.

[الثنائية) لو طلقها وراجع في العدة لم تحل حتى يكفر.

ولو خرجت فاستأنف النكاح، فيه روايتان، أشهرهما: انه لا كفارة].

(ب) لو طلق قبل الوطى بعد ارادته، وجب على الاول خاصة.

(ج) لولا عن يبنى على القولين.

(د) وجوب اخراجها على الفور عند الارادة على الاول، دون الثاني.

(هـ) لو كانت الارادة سابقة على هلال شوال، وكانت الكفارة تمام الاستطاعة، سقط الحج على الاول خاصة.

(و) لو تم بها مؤنة السنة، وجب الفطرة على الثاني دون الاول.

(ز) يحل له الاخذ من الزكاة لو لم يكن كسوبا اذا كانت تمام المؤنة على الاول.

(ح) كذا لا يجب عليه الخمس في الارباح لو كانت تمام المؤنة على الاول خاصة.

قال طاب ثراه: و (لو خ ل) راجع في العدة لم يحل حتى يكفر، ولو خرجت فاستأنف النكاح فيه روايتان، أشهرهما انه لا كفارة.

أقول: اذا رجع المطلقة الرجعية في العدة لم يسقط الكفارة قطعاً، اما لو تركها حتى انقضت العدة ثم اعادها إلى النكاح بعقد مستأنف، او كانت العدة بائنة فاستأنف نكاحها بعقد، هل يجب الكفارة فيه، للاصحاب ثلاثة أقوال:

(أ) السقوط، قاله الشيخ^(١) وابن زهرة^(٢) قال: وفي اصحابنا من قال: لا يجوز لو الوطى حتى يكفر على حال، وظاهر القرآن معه، لانه يوجب الكفارة بالعود من

(١) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦ س ٣ قال: فان خرجت من العدة ثم عقد عليها عقداً مستأنفاً لم تكن عليها كفارة الخ.

غير فصل، وكذا قال ابن ادريس جزماً وحكاية^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣)، وهو ظاهر الصدوقين^(٤) والمفيد^(٥) والقاضي^(٦) لأنهم قالوا: فان طلقها سقطت الكفارة، فان راجعها وحبت عليه، فان نكحت زوجاً غيره وطلقها الزوج فقضت العدة وعادت إلى زوجها الأول بنكاح مستقبل حلت له ولا يلزمه كفارة.

والظاهر أنهم لم يقصدوا اشتراط التزويج في سقوط الكفار، بل خروج العدة، مع احتمالها.
(ب) سقوط الكفارة ان كان بتجديد العقد بعد العدة وان كان في العدة لكون الطلاق بائناً، لم يسقط، قاله ابن حمزة^(٨).

(١) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٤ س ٩ قال: وان خرجت من العدة واستأنف العقد عليها جاز له الوطى من غير تكفير ومن اصحابنا الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: في احكام الظهار، ص ٥٠ س ٩ قال: والوجه ما قاله الشيخ.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٣ قال في ذيل حديث ٧: (فان تركها حتى يحل اجلها وتزوجها رجل اخر إلى قوله: لم تلزمه الكفارة).

(٥) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٩ س ٣٦ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وكذا قال الصدوق وابوه.

(٦) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٧ قال: فان نكحت زوجاً غيره إلى قوله: حلت له ولم تلزمه كفارة ما كان منه في الظهار.

(٧) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٣٠٠ س ١٠ قال: فان خرجت من عدتها وعقد عليها بعد ذلك عقداً جديداً لم يلزمه كفارة.

(٨) الوسيلة فصل في بيان الظهار ص ٣٣٥ س ٦ قال: وان خرجت من العدة إلى قوله: لم يلزم، وان ظاهر ثم طلق بائناً وجدد العقد قبل الخروج من العدة لزم الحكم.

(ج) وجوب الكفارة سواء نكحت زوجا غيره ام لا، عقد عليها الاولى في العدة او بعدها قاله التقي^(١) وسالار^(٢) وقال الحسن: فان طلق المظاهر امرأته، او اخرج جاريته عن ملكه فليس عليه كفارة الظهار الا ان يرجع امرأته ويرد مملوكته إلى ملكه بشراء او غير ذلك، فانه اذا كان ذلك لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار^(٣).

احتج الاولون بوجوه:

(أ) اصاله البرائة.

(ب) صيرورته اجنبيا بالطلاق، فيخرج عن العهدة.

(ج) انها على حذو النكاح الاول، وقد زال فيزول مافيه، كالايلاء.

(د) ان استباحه الفرج ليست مستندة إلى العقد الاول الذي لحقه الظهار، بل إلى العقد الثاني وليس فيه ظهار.

(هـ) انها بالطلاق وخروج العدة صارت اجنبية، وكما لا يصح ابتداء الظهار عليها، فكذا لا يصح الحكم باستدامته في حقها.

(و) ما رواه يزيد الكناسي قال: سألت ابا جعفر عليه السلام، إلى ان قال: فان راجعها وجب عليه مايجب على المظاهر من قبل ان يتماسا، فان تركها حتى يحل اجلها وتملك نفسها، ثم تزوجها بعد، هل الظهار قبل ان يتماسا؟ قال: لا، قد

(١) الكافي، فصل في الظهار، ص ٣٠٣ س ١٤ قال: اذا طلق المظاهر قبل التكفير فتزوجت المرأة إلى قوله: لم يحل عليه وطؤها.

(٢) المراسم: الظهار ص ١ س ٥ قال: فان طلقها ونكحت زوجا غيره إلى قوله: وجب عليه ايضا التكفير حتى اراد وطأها.

(٣) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٩ س ٣٧ قال: وقال ابن أبي عقيل: فان طلق المظاهر امرأته إلى اخر ما في المتن.

بانت منه وملكت نفسها^(١).

ومثلها صحيحة بريد بن معاوية^(٢).

احتج الآخرون بوجوه:

(أ) عموم القرآن^(٣).

(ب) الاحتياط.

(ج) حسنة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين، فتزوجت، ثم طلقها الذي تزوجها، فراجعها الأول، هل عليه فيها الكفارة للظاهر الأول؟ قال: نعم عتق رقبة أو صوم أو صدقة^(٤).

والجواب: بالمنع من تناول القرآن صورة النزاع، لأن العود إلى استباحة ما حرمه الظهار في عقد، إنما يكون بالعود في ذلك العقد.

والاحتياط معارض باصالة البراءة.

والخبر حمله الشيخ على التقية، لكونه مذهب جماعة من العامة^(٥)^(٦) قال العلامة: وليس بعيدا من الصواب حمل النكاح الثاني على الفاسد لأنه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين، فيكون قد وقع في العدة، فيكون باطلا.
قلت: وما أحسن هذا التاويل.

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٦ قطعة من حديث ٢٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٢ قطعة من حديث ٦.

(٣) المجادلة: ٢ و ٣.

(٤) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٧ الحديث ٢٧.

(٥) التهذيب: ج ٨ ص ١٧ قال بعد نقل حسنة علي بن جعفر: وهذا الخبر محمول على التقية الخ.

(٦) لاحظ: المغني لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٧٥ مسألة ٦١٨٦ الفصل الثاني أنه إذا طلق من ظاهر منها إلى قوله: وهو قول عطا والحسن والزهرى الخ.

[الثالثة) لو ظاهر من اربع بلفظ واحد لزمه اربع كفارات. وفي رواية كفارة واحدة، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة].

اما أولا فلكون التزويج معقبا بالفاء، وهي تقتضي الفورية، وذلك يقتضى عدم الخروج من العدة.

واما ثانيا فلان حكاية الحديث تشعربه، حيث قال: فراجعها الاول ولم يقل يزوجه الاول كما في رواية الكناسي^(١).

قال طاب ثراه: ولو ظاهر من اربع بلفظ واحد لزمه اربع كفارات، وفي رواية كفارة واحدة، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة. أقول: هنا مسألتان.

(الاولى) لو ظاهر من اربع بلفظ واحد كقوله: انتن على كظهر امي كان كما لو ظاهر من كل واحدة بانفرادها على المشهور من فتاوى علمائنا، قاله الشيخان^(٢) والتمحي^(٣) والقاضي^(٤) وابن ادريس^(٥).

وقال ابو علي: لو ظاهر من اربع نسوة في كلمة واحدة كان عليه كفارة

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب الظهار ص ١٦ الحديث ٢٦.

(٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦ س ٨ قال: وكذلك ان ظاهر الرجل من نساء له جماعة بكلام واحد الخ.

(٣) المقتعة: باب حكم الظهار ص ٨١ س ٤ قال: واذا ظهر من اربع نسوة له كان عليه بعدد النساء كفارات.

(٤) الكافي: فصل في الظهار ص ٣٠٤ س ٢ قال: واذا ظاهر من عدة ازواج حر من، ولزمته للغرم على وطء كل منهن كفارة.

(٥) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٩ س ١٠ قال: واذا كان للرجل من الزوجات اكثر من واحدة فظاهر منهن في حاله واحدة الخ.

(٦) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٤ س ١١ قال: واذا ظاهر من زوجتين له فصاعد لزمه مع العود لكل واحدة منهن كفارة.

- [الرابعة) يحرم الوطء قبل التكفير، فلو وطء عامدا لزمه كفارتان، ولو كرر لزمه بكل وطء كفارة].
واحدة^(١) وجعله القاضي رواية^(٢) والمعتمد الاول واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤) لوجه.
- (أ) ان كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم الظهار من التحريم، والترافع لو رافعه دون الباقيات، فيتعلق به الكفارة، لوجود السبب التام.
- (ب) حسنة حفص البختری عن الصادق والكاظم عليهما السلام في رجل كان له عشر جوار وظاهر منهن كلهن جميعا بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات^(٥).
- (ج) الاحتياط.
- احتج برواية غياث بن إبراهيم عن الصادق وعن وعن الباقر عليهما السلام عن علي عليه السلام في رجل ظاهر من اربع نسوة قال: عليه كفارة واحدة^(٦).
- وهي ضعيفة السند^(٧) مع احتمال حملها على الوحدة في الجنس، وهو اما عتق او صوم او صدقة على الترتيب، ولا يجب عن بعض عتق وعن بعض صوم وعن بعضهم صدقة
-
- (١) المختلف: في احكام الظهار ص ٥١ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيّد: وان ظاهر من اربع نسوة بكلمة واحدة كان عليه كفارة واحدة.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٩ س ١١ قال: وقد روى ان عليه كفارة واحدة.
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف: في احكام الظهار والايلاء ص ٥١ س ٢٣ قال: لنا ان كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم الظهار.
- (٥) التهذيب: ج ٨ (٢) باب الظهار ص ٢١ الحديث ٤٢.
- (٦) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤٣.
- (٧) سند الحديث كما في التهذيب (احمد بن محمد بن عيسى، عن محمد بن يحيى الخزاز، عن غياث بن ابراهيم، عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام).

(الثانية) في تكرارظهار الواحدة، وفيه ثلاثة اقوال.

(الاول) تعدد الكفارة بتعدد المرات مطلقا، أي سواء كان الثاني متراخيا عن الاول أولا، وسواء كان المشبه بها في الثاني مخالفة للاول أولا، وهو اطلاق الحسن^(١) والشيخ في النهاية^(٢) واختاره العلامة^(٣) لوجوه.

(أ) ان كلظهار سبب مستقل بوجوب التكفير لعموم الآية.

(ب) ان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية، واحكام الظهار معلقه على حصوله فيكون علة، وهو موجود في كل مرة مرة.

(ج) صحيحة محمد بن سلم عن احدهما عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات او اكثر قال: قال علي عليه السلام: مكان كل مرة كفارة^(٤) ومثلها حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات^(٥).

(الثاني) تعدد الكفارة ان تعددت المشبه بها، كما لو قال: انت علي كظهر امي، انت علي كظهر اختي، لانهما حرمتان انتهكهما، واتحادهما مع اتحاده، وهو قول أبي علي^(٦).

(١) و(٢) المختلف: في احكام الظهار ص ٥٠ س ٢٩ قال: وقال ابن عقيل: ولو ان رجلا تكلم بلفظ الظهار مرتين او ثلاثا إلى قوله: كان عليه لكل مرة كفارة، إلى قوله: وهو المعتمد.

(٣) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦ س ٦ قال: ومتى ظاهر الرجل من امرأته مرة بعد اخرى كان عليه بعدد كل مرة كفارة.

(٤) الكافي: ج ٦ باب الظهار ص ١٥٦ الحديث ١٢.

(٥) الكافي: ج ٦ باب الظهار ص ١٥٦ الحديث ١٤.

(٦) المختلف: في احكام الظهار ص ٥٠ س ٢٦ قال: وقال ابن الجنيد: ان ظاهر بامه ثم ظاهر باخته لزمه كفارتان الخ.

(الثالث) تعدد الكفارة مع تراخي الثاني عن الاول، ومع تتاليه ان قصد بالثاني ظهارة مستانفا، وان قصد به الاول لم يتعدد، وهو قول أبي حمزة^(١) وادعى في المبسوط الاجماع على عدم تعددها مع قصد التاكيد^(٢) قال العلامة في المختلف: وقول المبسوط لا بأس به^(٣). واحتجوا باصالة البراءة.

وبصحيحة عبدالرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته اربع مرات في مجلس واحد قال: عليه كفارة واحدة^(٤).

والجواب: الاصالة معارضة بالاحتياط، وحمل الشيخ الوحدة على الجنس، أي لا يختلف كما يختلف الكفارات فيما عد الظهار، وليس المراد، عليه كفارة واحدة عن المرات الكثيرة^(٥). واعلم ان مختار العلامة في المختلف: التكرير مطلقا وان قصد التاكيد، يفهم ذلك من ايراده الاقوال وجوابه عنها، ثم قال في اخر بحثه: والظاهر ان قول النهاية غير مخالف لقوله في المبسوط، لان تأكيد الظهار ليس ظهارة^(٦).

(١) الوسيلة: فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٩ قال: فان تكرر منه لفظ الظهار لم يخل: ما تكرر منه متواليا او متراخيا الخ.

(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب الظهار، ص ١٥٢ س ١٥ قال: اذا تظاهر من امرأته مرارا إلى قوله: والثالث التاكيد لم يلزمه الاكفارة واحده بلا خلاف إلى قوله في س ٣٩ وقول المبسوط لا بأس به.

(٣) المختلف: في احكام الظهار ص ٥٠ س ٣٠ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: وهو المعتمد.

(٤) و(٥) الاستبصار: ج ٣ (١٥٩) باب حكم الرجل يظاهر من امرأة واحدة مرات كثيرة ص ٢٦٣ الحديث ٥ وقال بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر ان نحمله على ان عليه كفارة واحدة في الجنس لا يختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار الخ.

(٦) المختلف: في احكام الظهار ص ٥١ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: والظاهر انه غير مخالف لقوله في النهاية الخ.

[الخامسة) إذا اطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر. ولو علقه بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط، وقال بعض الاصحاب: او بواقع، وهو بعيد، ويقرب إذا كان الوطاء هو الشرط].
ويظهر من فخر المحققين دعوى الاجماع على عدم التكرير مع قصد التأكيد^(١)، فيعود الخلاف إلى قولين.

قال طاب ثراه: ولو علقه بشرط لم يحرم حتى يحصل الشرط، وقال بعض الاصحاب: او بواقع، وهو بعيد، ويقرب اذا كان الشرط هو الوطاء.

اقول: هنا مسألتان: (الاولى) اذا كان الظهار معلقا على شرط، لم يتحقق الظهار الا عند حصول شرطه، قضية للتعليق.

وقال الشيخ في النهاية: او بواقع فمتى واقعها كانت عليه كفارة واحدة^(٢) قال المصنف: وهو بعيد^(٣) ووجه بعده ان المشروط عدم عند عدم شرطه، فلم يحصل الموجب للتحريم، والاصل بقاء الحل الا مع تيقن السبب، فلا تجب الكفارة لاصالة البراءة.
فهنا ثلاثة اصول.

(الاول) اصالة الحل.

(١) الايضاح، ج ٣، كتاب الظهار ص ٤٢٠ س ١٦ قال: والبحث هو انه اذا كرر الظهار ولم يظهر انه اراد بالثاني تأكيد الاول وفيه خلاف بين الاصحاب الخ ولازم هذا الكلام انه اذا ظهر ان الثاني تأكيد للاول لاخلاف فيه.
(٢) النهاية: باب الظهار والايلاء، ص ٥٢٥ س ٧ قال: والضرب الثاني إلى قوله: فمتى واقعها انت عليه كفارة.
(٣) الشرائع، الرابع في الاحكام، السابعة، قال: ولو كان الوطاء هو الشرط إلى قوله: وقيل: تجب بنفس الوطاء، وهو بعيد، ولاحظ عبارة النافع أيضا.

[السادسة) إذا عجز عن الكفارة قيل: يحرم وطؤها حتى يكفر، وقيل: تجزي بالاستغفار، وهو أشبه.

(السابعة) مدة التبرص ثلاثة اشهر من حين المرافعة، وعند انقضائها يضيق عليه حتى يفئ او يطلق].

(الثاني) اصاله البراءة.

(الثالث) اصاله عدم الظهار.

قال المصنف: ويقرب اذا كان الشرط هو الوطى^(١)، وذلك ظاهر قضيته للشرطية.

(الثانية) لو كان الشرط هو الوطى، كقوله: انت على كظهر امي ان وطئتكَ، وقع الظهار بعد الشرط، وهل تجب الكفارة بهذا الوطى؟ قال الشيخ: نعم، بناء على ان الاستمرار وطى ثان^(٢) وضعفه العلامة لان الوطى من ابتداءه إلى النزع عرفا واحدا، والاطلاق انما يحمل على العرف، والمشروط يتحقق بعد وقوع شرطه، لا قبله^(٣).

قال طاب ثراه: اذا عجز عن الكفارة قيل: يحرم وطؤها حتى يكفر، وقيل: يجزيه الاستغفار وهو أشبه.

اقول: للاصحاب هنا ستة اقوال: (أ) تحريم وطء حتى الكفارة، فان عجز منع من وطئها حتى يؤدي الواجب

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٥ س ١٠ قال: ومتى فعل ما ذكر انه لا يفعله وجبت عليه الكفارة أيضا الخ.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، المقصد الثاني في احكام الظهار ص ٨٦ س ٤ قال: وقيل: يجب بنفس الوطى، وليس بجيد

عليه قاله المفيد^(١) وابوعلي^(٢).

(ب) تحريم الوطى حتى يكفر بما يقدر عليه: من العتق، والصيام، او اطعام ستين مسكينا، فان لم تصدق بما يطبق قاله الصدوقان^(٣)^(٤).

(ج) تحريم الوطى حتى يكفر بما يقدر عليه من الخصال الثلاث، فان عجز صام ثمانية عشر يوما، قاله الشيخ في النهاية^(٥) وتبعه القاضي^(٦) وجعله الصدوق في المقنع رواية^(٧) ووجب في النهاية التفريق بينهما^(٨).

(د) تحريم الوطء بعد العجز عن الخصال الثلاث حتى يصوم ثمانية عشر يوما، ومع عجزه عنها يطعم كل مسكين عن كل يوم مدين من طعام، فان عجز استغفر الله، قاله ابن حمزة^(٩).

(١) المقنعة: باب حكم الظهر ص ٨٠ س ٣٦ قال: ولم يجز له ان يطء زوجته حتى يؤدى الواجب عليه في ذلك.

(٢) المختلف: في احكام الظهر ص ٥١ س ٥ قال بعد نقل قول المفيد: وهو اختيار ابن الجنيد.

(٣) المختلف: في احكام الظهر ص ٥١ س ٥ قال: وقال ابن بابويه في رسالته إلى قوله: فان لم يجد تصدق بما يطبق.

(٤) الهداية (١٢٢) باب الظهر ص ٧١ س ٢٠ قال: فمن لم يقدر يتصدق بما يطبق.

(٥) النهاية: باب الظهر والايلاء ص ٥٢٧ س ٤ قال: ومتى عجز عن اطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما إلى قوله: يحرم عليه وطؤها إلى ان يكفر.

(٦) المذهب: ج ٢ باب الظهر ص ٣٠٠ س ٦ قال: واذا عجز عن الاطعام صام ثمانية عشر يوما إلى قوله: لم يجز له وطء زوجته الخ.

(٧) لم نعثر عليه في المقنع، وفي الهداية (١٢٢) باب الظهر ص ٧١ س ٢٠ قال: وقد روى انه يصوم ثمانية عشر يوما.

(٨) تقدم آنفا.

(٩) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١ قال: واذا عجز عن فرضه إلى قوله: فان عجز استغفر الله ولم يعد.

(هـ) مع العجز عن الخصال يستغفر الله ويطأ زوجته، ويكون الكفارة في ذمته اذا قدر عليها
كفر قاله الشيخ في الاستبصار^(١).

(و) انتقال فرضه إلى الاستغفار، ويحل الوطء ولا شيء عليه لو قدر بعد ذلك قاله ابن ادریس^(٢)
واختاره المصنف^(٣) والعلامة^(٤) لوجوه.

(أ) اصالة البراءة.

(ب) اصالة اباحة الوطء.

(ج) كون ايجاب الكفارة تكليفا بغير مقدور، فيكون مرفوعا لما تقرر في موضعه.

(د) موثقة اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: ان الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة،
فليستغفر ربه، ولينوان لا يعود قبل ان يواقع، ثم ليواقع، وقد اجزأ ذلك عنه عن الكفارة، فاذا وجد
السييل إلى ما يكفر به يوما من الايام فليكفر، وان تصدق بكفه او اطعم نفسه وعباله فانه يجزيه
اذا كان محتاجا، وان لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه وينوي ان لا يعود، فحسبه بذلك والله كفارة^(٥).

احتج الشيخ على التفريق بما رواه ابوبصير عن الصادق عليه السلام قال: كل من عجز عن الكفارة
التي يجب عليه من صوم او عتق او صدقة في يمين او نذر او

(١) الاستبصار: ج ٤ (٣٦) باب ان من وجب عليه كفارة الظهار فعجز عنها اجمع كان باقيا في ذمته ولم يجز له وطء
المرأة حتى يكفر ص ٥٦ الحديث ٢.

(٢) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٤ س ١٧ قال: والصحيح ان الاستغفار كفارة لمن لا يقدر على الكفارة رأسا.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في احكام الظهار ص ٥١ س ١٣ قال بعد نقل قول ابن ادریس: والوجه ما قاله ابن ادریس.

(٥) الاستبصار: ج ٤ (٣٦) باب ان من وجب عليه كفارة الظهار فعجز عنها اجمع كان باقيا في ذمته ولم يجز له وطء
المرأة حتى يكفر ص ٥٦ الحديث ٢.

قتل او غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ماخلا بيمين الظهار، فانه اذا لم يجد مايكفر به حرمت عليه ان يجامعها، وفرق بينهما، الا ان ترضى المرأة ان يكون معها ولا يجامعها^(١).

وعلى الثماني عشر يوما بما رواه أبو بصير عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد مايعتق ولا مايتصدق، ولا يقوى على الصيام؟ قال: يصوم ثمانية عشر يوما، لكل عشرة مساكين ثلاثة ايام^(٢).

وردها العلامة بضعف السند^(٣) وتمسك بالبراءة الاصلية^(٤).

(١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٠ الحديث ٥ ورواه أيضا في ج ٨ باب حكم الظهار ص ١٦ الحديث ٢٥.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢٣ الحديث ٤٩.

(٣) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن الحسين عن وهب بن حفص النخاس عن أبي بصير).

(٤) المختلف: في احكام الظهار ص ٥١ س ٢٠ قال بعد نقل الحديث: (والجواب المنع من صحة السند والتمسك بالبراءة الاصلية).

كتاب الايلاء

مقدمة

الايلاء لغة اليمين عن كل شيء، يقال: آلى يولى ايلاء فهو مول، والالية اليمين، وجمعه ألياء، ومنه قول الشاعر.

فأليت لا آتيك إن كنت محرما ولا أبتغى جارا سواك مجاورا ويقال: تألى يتألى تأليا فهو متأل، ومنه قوله: تألى على ان لا يفعل خيرا، يعنى حلف، ويقال: إئتلى يأتلى إئتلاء فهو مؤتل، ومنه قوله تعالى: (ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة أن يؤتوا اولى القربى)^(١) يعنى لا يحلف^(٢).

ففي الشرع هو حلف الرجل على ترك وطى امرأته مطلقا او مقيدا بالدوام، او مدة يزيد على اربعة اشهر، فهو يمين مخصوص، وله احكام مخصوصة به تميزه عن اليمين المطلقة، وسندكرها فيما بعد ان شاء الله تعالى.

والاصل فيه: الكتاب والسنة والاجماع.

اما الكتاب فنقوله تعالى: (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءا فإن الله عفور رحيم وان غرموا الطلاق) الآية^(٣) فاخبر سبحانه عن حكم من

(١) النور: ٢٢.

(٢) من قوله (الايلاء لغة) إلى هنا من المبسوط ج ٥ ص ١١٤ كتاب الايلاء.

(٣) البقرة: ٢٢٦ ٢٢٧.

[ولا ينعقد الا باسم الله سبحانه. ولو حلف بالطلاق والعتاق لم يصح. ولا تنعقد الا في الاضرار. فلو حلف لصلاح لم ينعقد، كما لو حلف لاستضرارها بالوطء، او لاصلاح اللبن. ولا يقع حتى يكون مطلقا، او ازيد من اربعة اشهر. ويعتبر في المولي: البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد. وفي المرأة: الزوجية والدخول. وفي وقوعه بالتمتع بها قولان، المروي: انه لا يقع].

حلف ان لا يوطأ زوجته، ووجب انما يترص اربعة اشهر، فان فاء، يعنى جامع، فان الله يغفر له، وان عزم الطلاق، فان الله يسمع ذلك منه.

وأما السنة: فيتناوله عموم النص الدال على انعقاد الايمان، ووجوب المحافظة عليها، وتعلق الكفارة عند الحنث فيها، ونصوص الائمة عليهم السلام على اخذ مسائله.

واما الاجماع فلا خلاف بين الامة فيه، وكان طلاقا في الجاهلية، فنسخ حكمه وبقي محله.

قال طاب ثراه: وفي وقوعه بالتمتع بها قولان: المروي انه لا يقع.

أقول: بالوقوع قال التقي^(١) ونقل عن المفيد في بعض مسائله^(٢) ووجهه العموم.

وبالمنع قال الشيخ^(٣) والحسن^(٤) والسيد^(٥) وابن ادريس^(٦) لقوله تعالى:

(١) الكافي: فصل في بيان حكم الايلاء ص ٣٠٢ س ١٧ قال: فان حلف ان لا يقرب امته او متعته فعليه الوفاء فان حنث كفر.

(٢) لم اعثر عليه.

(٣) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٨ س ١٣ قال: والتمتع بها لا يقع بها ايلاء على حال.

(٤ و ٥) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٥ س ٢٢ قال: واما الايلاء فانما لم يلحق المستمتع بها، لان اجل المتعة ربما كان دون اربعة أشهر الخ.

(٦) السرائر: باب الايلاء ص ٣٣٥ س ٣١ قال: ومنها ان يكون المولى منها زوجة دوام.

[وإذا رافعته انظره الحاكم اربعة اشهر.

فان أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة خيره الحاكم بين الفئنة والطلاق، فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفى، او يطلق، وإذا طلق وقع رجعيًا، وعليها العدة من يوم طلقها.

ولو ادعى الفئنة فانكرت فالقول قوله مع يمينه.

وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة؟ قال الشيخ: نعم والروايات مطلقة].

(الذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة أشهر) الآيتين.

والاستدلال بهذه الآية من وجهين:

(أ) ضرب اربعة أشهر للتربص، ثم يجبر على احد الامرين، الفئنة او الطلاق، ولا إجبار في المؤجل لعدم وجوب القسمة.

(ب) تعقبه بالطلاق، وهو غير ثابت في المؤجل، وانتفاء اللوازم يدل على انتفاء الملزومات. ولرواية عبدالله بن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا ايلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها^(١) واختاره المصنف^(٢) والعلامة^(٣).

قال طاب ثراه: وهل يشترط.

في ضرب المدة المرافعة؟ قال الشيخ: نعم، والروايات مطلقة.

أقول: المشهور ان ضرب المدة بعد المرافعة وماقبلها عفو، فكانها بتركها الطلب

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب حكم الايلاء ص ٨ الحديث ٢٢.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، الباب الرابع في الايلاء، ص ٨٦ س ٢٠ قال: ويشترط كونها منكوحة بالعقد الدائم فلا يقع بالمتمتع بها.

اسقطت حقها فلا يحسب عليه، وهو اختيار الشيخين^(١)^(٢) والقاضي^(٣) وابن حمزة^(٤) والتقي^(٥) وابن ادريس^(٦) والمصنف^(٧) والعلامة^(٨) في احد قولين.

وقال الحسن وابوعلي مدة الاربعة محسوبة عليه من حين الايلاء^(٩)^(١٠) واختاره العلامة في المختلف^(١١) والروايات مطلقة، وكذا الآية.

روى بريد بن معاوية (في الحسن) عن الصادق عليه السلام قال: اذا آلى الرجل ان لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجتمع رأسه ورأسها، فهو في سعة ما لم يمض الاربعة اشهر، فاذا مضت الاربعة اشهر وقف، فاما ان يفئ واما ان يغرم

(١) المقنعة: باب فراق الرجال النساء، حكم الايلاء ص ٨٠ س ٢٧ قال: فان استعدت عليه انظره الحاكم اربعة اشهر الخ.

(٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٧ س ١٨ قال: انظره الحاكم بعد رفعها اليه اربعة أشهر الخ.

(٣) المهذب: ج ٢ باب الايلاء ص ٣٠٢ س ٣ قال: انظره الحاكم بعد مرافعتها إليه اربعة اشهر الخ.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان الايلاء ص ٣٣٦ س ٣ قال: فان استعدت ضرب الحاكم مدة اربعة اشهر الخ.

(٥) الكافي: فصل في بيان حكم الايلاء ص ٣٠٢ س ١٤ قال: والا انظره اربعة اشهر الخ.

(٦) السرائر: باب الايلاء ص ٣٣٥ س ٣٧ قال: فان أبي انظره اربعة اشهر من حين المرافعة امن حين اليمين.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد: كتاب الفراق، المقصد الثاني في احكامه، ص ٨٨ س ١٦ قال: وان رفعت امرها إلى الحاكم انظره اربعة اشهر الخ.

(٩) و(١٠) المختلف: في احكام الايلاء ص ٥٤ س ١٧ قال: وقال ابن عقيل: والحد الذي يجب المرأة أن تسكت اربعة اشهر فاذا مضت فالامر إلى المرأة، إلى قوله: وكذا قال ابن الجنيد، فانه قال: فاذا كان موليا فمضت اربعة اشهر الخ.

(١١) المختلف: في احكام الايلاء ص ٥٤ س ٢١ قال: لنا قوله تعالى: (للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر) من حين الايلاء الخ.

الطلاق^(١).

ونحوه حسنة الحلبي^(٢) ورواية ابن بكير^(٣) ومثله صحيحة أبي بصير^(٤).

تنبيه الايلاء يمين مخصوصة، وكفارته كفارة اليمين، والفرق بينه وبين مطلق اليمين عن وجوه:
(أ) ان اليمين اذا تعلقت بالاولى خلافه دينا او دنيا لم ينعقد، وكان له فعل الاولى، ولا كفارة عليه وفي الايلاء بالنظر اليها، ان كان في الحلف صلاحها كالتدبير في المرض لم ينعقد الايلاء، وكذا لو كان لصلاح اللبن، وكان كاليمين.

واما بالنظر اليه، فلا يقال انه اصلح له، أو أضر عليه، بل يراعى طرفها، وحيث لا ينعقد ايلاء يكون يمينا يراعى فيه ما في اليمين.

(ب) ان الايلاء يلحقه حكم الحاكم والمرافعة اليه، وليس كذلك اليمين.

(ج) ان الايلاء يشترط تعلقه بزوجة منكوحة بعقد دائم، فلا تقع بالمتعة وملك اليمين، ومطلق اليمين لا يعتبر فيه ذلك، فلو حلف ان لا يطاء متعته او امته روعى جانب المصلحة في الانعقاد.

(د) لو قال: والله لا انكحتك، وكان ايلاء، أي في اضرار فوطى في الدبر، لم يزل حكم الايلاء، وفي اليمين ينحل بذلك ويجب الكفارة.

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب حكم الايلاء ص ٣ الحديث ٣.

(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب حكم الايلاء ص ٢ الحديث ١.

(٣) الكافي: ج ٦ باب الايلاء ص ١٣١ الحديث ٤.

(٤) الكافي: ج ٦ باب الايلاء ص ١٣٢ الحديث ٩.

[ولنتبع ذلك بذكر الكفارات، وفيه مقصدان.

(الاول) في حصرها: وتنقسم إلى مرتبة ومخيرة، وما يجتمع فيه الامران، وكفارة الجمع.

فالمرتبة: كفارة الظهار: وهي عتق رقبة، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا، ومثلها كفارة قتل الخطأ.

وكفارة من افطر يوما من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامدا، اطعام عشرة مساكين، فان لم يجد صام ثلاثة ايام متتابعات.

والمخيرة: كفارة شهر رمضان: وهي عتق رقبة، او صيام شهرين متتابعين، او اطعام ستين مسكينا.

ومثله كفارة من افطر يوما منذورا على التعيين، وكفارة خلف العهد على تردد].

ذكر الكفارات قال طاب ثراه: وكفارة خلف العهد على تردد.

أقول: ذهب الشيخ إلى أن كفارة خلف العهد كفارة رمضان كبرى مخيرة^(١) وتبعه القاضي^(٢) والتقي^(٣) وابن حمزة^(٤)

(١) النهاية: باب الكفارات، ص ٥٧٠ س ١٥ قال: وكفارة نقض النذور والعهود عتق رقبة، أو الخ.

(٢) المذهب: ج ٢ باب كفارة نقض النذر والعهد، ص ٢٢١ س ٤ قال: كفارة نقض النذر والعهد عتق رقبة أو صيام الخ.

(٣) الكافي: فصل في النذور والعهود والوعود ص ٢٢٥ س ١٣ قال: فان فرط حتى فات فعليه قضاءه وكفارة من افطر يوما من شهر رمضان.

(٤) الوسيلة، فصل في بيان النذر ص ٣٥١ س ٤ قال: والمعاهدة ثلاثة اضرب: احدها ان يقول عاهدت لله تعالى إلى قوله: فالاول حكمه حكم النذر في جميع الاحكام ولزوم الكفارة، ثم قال في كتاب لكفارات ص ٣٥٣ س ٢ وعلى التخيير في اربعة مواضع الخ.

[اما كفارة خلف النذر ففيه قولان: اشبههما انها صغيرة.
وما فيه الامران: كفارة يمين: وهي عتق رقبة، او اطعام عشرة مساكين، او كسوتهم، فان لم يجد صام ثلاثة ايام متتابعات].
واختاره العلامة^(١) وفخر المحققين^(٢).
لرواية أبي بصير عن احدهما عليه السلام قال: من جعل عليه عهد الله وميثاقه في امر الله وطاعته فحنث فعليه عتق رقبة، او صيام شهرين متتابعين، او اطعام ستين مسكينا^(٣).
ومثلها رواية على بن جعفر عن اخيه عليه السلام^(٤).
وقال المفيد: من نكث عهد الله تعالى وجب عليه من الكفارة ما قدمناه في كفارة قتل الخطأ^(٥)، ونقل عنه في كفارة قتل الخطأ قولان: التخيير والترتيب^(٦).
قال طاب ثراه: اما كفارة خلف النذر فيه قولان: اشبههما انها صغيرة.

-
- (١) المختلف: في الكفارات ص ١١٢ س ٧ قال: (مسألة) ذهب الشيخان إلى ان كفارة خلف النذر والعهد كفارة من افطر يوما من شهر رمضان إلى ان قال: والمعتمد اختيار الشيخين.
(٢) الايضاح: ج ٤ في الكفارات ص ٧٩ س ١٨ قال: كفارة خلف العهد كفارة خلف النذر، وهي إلى قوله وهو الاقوى عندي.
(٣) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٥ الحديث ٤٧.
(٤) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٩ الحديث ٢٥.
(٥) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٨ س ٦ قال: ومن نكث عهد الله تعالى الخ.
(٦) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٨ س ١٣ قال: ومن قتل مؤمنا خطأ إلى قوله: وكفارة من افطر يوما من شهر رمضان، وقال في باب القضاء في الديات ص ١١٥ س ٢: ويجب على قاتل الخطأ الكفارة، وهي عتق رقبة مؤمنه، فان لم يستطع الخ.

[وكفارة الجمع: كقتل المؤمن عمدا عدوانا، وهي عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين، وإطعام ستين مسكينا].

أقول: في كفارة خلف النذر للأصحاب أقوال.

(أ) انها كبرى مخيرة مثل كفارة رمضان سواء كان النذر صوما أو غيره قاله الشيخ^(١) والقاضي^(٢) وابن حمزة^(٣) والتقي^(٤) ونقل عن المفيد^(٥) واختاره العلامة^(٦).

لصحيحة عبد الملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام في حديث قال: من جعل لله عليه أن لا يركب محرما سماه فركبه، إلى قوله: فليعتق رقبة، أو ليصم شهرين متتابعين، أو ليطعم ستين مسكينا^(٧).

(ب) انها كبرى مرتبة، مثل كفارة الظهار وهو اختيار سائر^(٨).

-
- (١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١٥ قال: وكفارة نقض النذور والعهد عتق رقبة أو أيام شهرين الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب كفارة نقض النذر والعهد ص ٢٢١ س ٤ قال: كفارة نقض النذر والعهد عتق رقبة أو صيام الخ.
- (٣) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ٢ قال: وعلى التخيير في أربعة مواضع كفارة النذر وإفطار يوم من شهر رمضان متعمدا.
- (٤) الكافي: فصل في النذور والعهد والوعود ص ٢٢٥ س ٨ قال: فالمفروض إلى قوله: فان رط حتى فات، وكفارة من افطر يوما من شهر رمضان.
- (٥) المقنعة: باب النذور والعهد ص ٨٧ س ٢ قال: ومن نذر لله شيئا إلى قوله: والكفارة عتق رقبة أو صيام الخ.
- (٦) تقدم نقل قوله: والمعتمد اختيار الشيخين.
- (٧) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٤ الحديث ٤٢.
- (٨) المراسم: ذكر الكفارات ص ١٨٧ س ١ قال: وكفارة خلف النذر وكفارة الظهار إلى قوله: عتق رقبة، أو.. الخ. وهذه العبارة تدل على التخيير، وقبل اسطر قال: كفارة الظهار عتق رقبة، فان لم يجد الخ وهذه تدل على الترتيب، وعلى أي حال فالعبارة لا تخلو من اشكال.

(ج) انهما صوم شهرين متتابعين قاله الفقيه في الرسالة، قال: وروى كفارة يمين^(١).

(د) كفارة خلف النذر كفارة يمين قاله الصدوق في المقنع: وعبارته: فان نذر ان يصوم كل سبت فليس له ان يتركه الا من علة، فان افطر من غير علة تصدق مكان كل يوم على عشرة مساكين^(٢)، معولا على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن كفارة النذر؟ فقال: كفارة النذر كفارة اليمين^(٣).

وفي حسنة الحلبي عنه عليه السلام قال: فان قلت: لله علي، فكفارته كفارة يمين^(٤).

والى هاتين الروايتين اشار والده بقوله: وروى كفارة يمين^(٥).

وحملها بعض الاصحاب^(٦) على العجز، مصيرا إلى صحيحة جميل بن صالح عن الكاظم عليه السلام انه قال: كل من عجز عن نذر نذره فكفارته كفارة يمين^(٧).

(١) المختلف: في الكفارات ص ١١٢ س ١٠ قال: وقال شيخنا علي بن بابويه في رسالته كفارة خلف النذر الخ.

(٢) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات، ص ١٣٧ س ١٣ قال: فان نذر رجل ان يصوم الخ وقال قبل ذلك بأسطر: فان خالف (أي النذر الواجب) لزمته الكفارة صيام شهرين متتابعين وروى الخ.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٧ الحديث ١٨.

(٤) الاستبصار: ج ٤ (٣٥) باب كفارة من خالف النذر او العهد ص ٥٥ الحديث ٨.

(٥) تقدم آنفا.

(٦) وهو الفخر عليه السلام لاحظ الايضاح ج ٤، في الكفارات ص ٧٩.

(٧) الاستبصار: ج ٤ (٣٥) باب كفارة من خالف النذر او العهد ص ٥٥ الحديث ٧.

مسائل ثلاث

(الاولى) قيل: من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار.
ومن وطء في الحيض عامدا لزمه دينار في اوله ونصف في وسطه وربيع في اخره.
ومن تزوج امرأة في عدتها، فارقها وكفر بخمسة اصواع من دقيق.
ومن نام عن صلاة العشاء الاخرة حتى جاوز نصف الليل، اصبح صائما.
والاستحباب في الكل اشبه.
(الثانية) في جز المرأة شعر راسها في المصاب كفارة شهر رمضان، وقيل: كفارة مرتبة.
وفي نتفه في المصاب كفارة يمين.
وكذا في خدش وجهها.
وكذا في شق الرجل ثوبه بموت ولده او زوجته.
(الثالثة) من نذر صوم يوم فعجز عنه، تصدق عنه باطعام المسكين مدين من طعام، فان عجز عنه تصدق بما استطاع، فان عجز استغفر الله
قال: فان قيل: مع العجز لا كفارة، فكيف يتعين كفارة اليمين؟ أجاب بانها فداء كما في صوم المرضع.
(هـ) ان النذر ان كان للصوم وخالف وجب كفارة رمضان، وان كان لغيره كفارة يمين، ووجه الجمع بين الروايات: حمل ما ورد فيها بوجوب الكفارة الكبرى على الصوم، والصغرى على غيره، نقله ابن ادريس عن المرتضى في المسائل الموصليات، وعن الصدوق^(١).
والمعتمد الاول عملا بالاحتياط وبالرواية الصحيحة.
قال طاب ثراه: قيل: من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار.

(١) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ١٥ قال: ان النذر لا يخلو من احد أمرين اما ان يكون صوما معينا إلى قوله: وذهب اليه من جملة اصحابنا السيد المرتضى في الموصليات وابوجعفر بن بابويه رحمهما الله الخ.

أقول: هنا مسائل: (الاولى) الحلف بالبراءة من الله حرام وكذا من الرسول والائمة عليهم السلام، بالاجماع سواء كان ماحلف عليه باطلا او حقا، وهل يجب بها كفارة، ام لا؟ قيل فيه قولان: أحدهما: لا كفارة فيها، وهو معنى عدم انعقادها، لانه لا يمين الا بالله. لقوله عليه السلام: من كان حالفًا فليحلف بالله والا فليسكت ^(١) اختاره الشيخ في المبسوط ^(٢) والخلاف ^(٣) وبه قال ابن ادريس ^(٤) والمصنف ^(٥) والعلامة ^(٦). والاخر وجوب الكفارة، وهو قول المفيد ^(٧) والصدوق ^(٨)

-
- (١) صحيح مسلم: كتاب الايمان، (١) باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى الحديث ٣ وراجع عوالى اللئالى: ج ٢ ص ٣١٢ الحديث ٣ وذيله.
- (٢) المبسوط: ج ٦، كتاب الايمان ص ١٩٤ س ١ قال: اذا قال: برئت من الله إلى قوله: لم يكن يمينًا ولا يحنث بخلافه.
- (٣) كتاب الخلاف: كتاب الايمان، مسألة ٤ قال: اذا قال: انا يهودي او نصراني او مجوسي او برئت من الاسلام إلى قوله: لم يكن يمينًا.
- (٤) السرائر: كتاب الايمان، ص ٣٥٢ س ١٨ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة من الله تعالى إلى قوله: ما ذكر في مبسوطه وخلافه هو الذي يقوى في نفسي.
- (٥) الشرائع: في بيان الكفارات، المقصد الثاني فيما اختلف فيه (الاولى) من حلف بالبراءة إلى قوله: وقيل: يائمه ولا كفارة وهو اشبه.
- (٦) القواعد: ج ٢ كتاب الايمان، في الكفارات ص ١٤٤ س ١٥ قال: ومن حلف بالبراءة إلى قوله: لم ينعقد ولا يجب بها كفارة.
- (٧) المقنعة: باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله: ثم حنث كان عليه كفارة ظهار.
- (٨) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال: فان الرجل: إلى قوله: وهو برئ من دين محمد صلوات الله عليه وآله فانه يصوم ثلاثة ايام ويتصدق على عشرة مساكين.

والقاضي^(١) وسالار^(٢) والتقي^(٣) والشيخ في باب الكفارات من النهاية^(٤).

فعلى هذا ينعقد عندهم.

ثم اختلف الموجبون على اقوال.

(أ) كفارة ظهار، فان عجز فكفارة يمين قاله الشيخ في النهاية^(٥) والمفيد^(٦) والقاضي^(٧) واقتصر

سالار على كفارة الظهار، ولم يذكر حالة الاضطرار^(٨).

(ب) كفارة النذر، وهي كفارة رمضان قاله ابن حمزة^(٩).

(ج) كفارتها صيام ثلاثة ايام والصدقة على عشرة مساكين قاله الصدوق^(١٠).

(د) اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد، ويستغفر الله قاله العلامة في

(١) المذهب: ج ٢ باب كفارة الحلف بالبراءة من الله ص ٤٢١ س ٢٠ قال: هذه الكفارة مثل كفارة الظهار الخ.

(٢) المراسم ذكر الايمان والنذور والعهود ص ١٨٥ س ١ قال: يلزم بالحنث فيه كفارة ظهار، وهي اليمين بالبراءة الخ.

(٣) الكافي: في الايمان، ص ٢٢٩ س ١٢ قال: وقول القائل: هو برئ من الله إلى قوله: تجب عليه التوبة وكفارة ظهار.

(٤) و(٥) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة من الله إلى قوله: كان عليه كفارة ظهار

فان لم يقدر كان عليه كفارة يمين.

(٦) تقدم ما عن المفيد انفا ولم يذكر حالة الاضطرار.

(٧) المذهب: ج ٢ باب كفارة الحلف بالبراءة من الله ص ٤٢١ س ٢٠ قال: فان لم يقدر كان عليه كفارة يمين.

(٨) تقدم آنفا.

(٩) الوسيلة: فصل في بيان اقسام اليمين ص ٣٤٩ س ٧ قال: وان حلف بالبراءة إلى قوله: لزمته كفارة النذر.

(١٠) تقدم آنفا.

المختلف^(١).

لما رواه محمد بن يحيى قال: كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد الحسن العسكري عليه السلام رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله صلوات الله عليهم، فحنث ما توبته وكفارته؟ فوقع عليه السلام: يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مد ويستغفر الله عز وجل^(٢) وإلى هذه الرواية اشار المصنف في الشرايع^(٣) وقال في نكت النهاية: والحق عندي انه لا كفارة في شئ من ذلك، لان ما ذكره الشيخان لم يثبت، وماتضمنته الرواية نادر، ولا ينهض المكاتبه بالحجية لما يتطرق اليها من الاحتمال^(٤).

تنبيهان

(أ) صرح الشيخان^(٥)^(٦) والتقي^(٧) بترتب الحكم على كل واحد من هذه

(١) المختلف: في احكام اليمين ص ٩٧ س ٢ قال: والمعتمد ان نقول لا يجوز الحلف بذلك فان حنث في يمينه وجب عليه اطعام عشرة مساكين الخ.

(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب الايمان والاقسام ص ٢٩٩ الحديث ١٠٠.

(٣) الشرائع في الكفارات (الاولى) من حلف بالبراءة فعليه كفارة طهار الخ والاشارة إلى الرواية لانه قبل ذلك قال: المقصد الثاني فيما اختلف فيه.

(٤) نكت النهاية: (في الجوامع الفقهية) ص ٤٣٥ س ٤ قال: والحق عندي انه لا كفارة في شئ من ذلك الخ.

(٥) المقتعة: باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله: ومن حلف بشئ من ذلك ثم حنث الخ.

(٦) الخلاف: كتاب الايمان، مسألة ٤ قال: اذا قال: انا يهودي، او نصراني، او مجوسي، او برئت من الاسلام، او من الله، او من القرآن الخ.

(٧) الكافي: فصل في الايمان ص ٢٢٩ س ١٧ قال: وان قال: هو برئ من الاسلام، او هو كافر، او هو مشرك، او فاسق الخ.

الثلاثة، اعنى البرائة من الله، او من رسوله، او من الائمة عليهم السلام، وابوعلي رتب الحكم على المجموع^(١) ولعل مراده الاول.

(ب) رتب المفيد^(٢) وتلميذه^(٣) الكفارة على المخالفة، وكذا ابن حمزة^(٤) وان خالفهما في الكفارة ورتبها الصدوق على مجرد القول^(٥) وهو يقتضي الزامه بالكفارة معجلا، وان لم يترتب عليه حنث وكذا الشيخ في النهاية^(٦) والتقي^(٧) والقاضي^(٨).

فرع

يجب الكفارة بالغموس منها على مذهب الصدوق ومتابعيه، ولا يجب على

(١) لم اظفر عليه ولم يتعرض له في المختلف أيضا.

(٢) المقنعة: باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ومن حلف بشئ من ذلك ثم حنث كان عليه كفارة ظهار.

(٣) المراسم: ذكر الايمان والنذور والعهود ص ١٨٥ س ١ قال: احدهما يلزم بالحنث فيه كفارة ظهار، وهى اليمين بالبراءة الخ.

(٤) الوسيلة: كتاب الايمان والنذور ص ٣٤٩ س ٧ قال: وان حلف بالبراءة إلى قوله: فان كذب اثم ولزمته كفارة النذر.

(٥) المقنعة: باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال: فان قال الرجل: إلى قوله: فانه يصوم ثلاثة ايام الخ.

(٦) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة إلى قوله: كان عليه كفارة ظهار الخ.

(٧) الكافي: فصل في الايمان ص ٢٢٩ س ١٧ قال: وان قال: هو برئ من الاسلام إلى قوله: فهو مأزور صادقا كان ام كاذبا.

(٨) المهذب: ج ٢ ص ٤٢١ س ١٨ قال: باب كفارة الحلف بالبراءة من الله او رسوله، او احد من الائمة عليهم السلام.

مذهب المفيد.

(الثانية) كفارة الوطى في الحيض وقد تقدم البحث فيها.

(الثالثة) من تزوج امرأة في عدتها، فارقها، وهل يجب عليه كفارة؟ قال ابن حمزة: نعم^(١) واختاره

العلامة في القواعد^(٢) وفخر المحققين في الايضاح^(٣) للاحتياط.

ولرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوجها رجل في عدتها، فوجد لها زوجا، قال: عليه الحد وعليها الرجم، لانه تقدم بعلم، وتقدمت هي بعلم، وكفارته ان لم يتقدم إلى الامام ان يتصدق بخمسة اصواع دقيقا^(٤).

ولما رواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولها زوج، فقال: اذا لم يرفع خبره إلى الامام فعليه ان يتصدق بخمسة اصواع من دقيق، هذا بعد ان يفارقها^(٥).

وقال ابن ادريس: بالاستحباب^(٦) وهو اختيار المصنف^(٧) واطلق الشيخ في

(١) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١٥ قال: ومن تزوج امرأة في عدتها كفر بخمسة صوع من دقيق.

(٢) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال: ومن تزوج امرأة في عدتها فارق وكفر بخمسة اصوع من دقيق وجوبا.

(٣) الايضاح: ج ٤ في الكفارات ص ٨٣ س ١٧ قال: وهو الاقوى عندي، اي وجوب الكفارة وعدم الفرق بين المعتدة وغيرها.

(٤) الاستبصار: ج ٤ (١٢٠) باب من تزوج امرأة ولها زوج ص ٢٠٩ الحديث ١.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النواذر ص ٣٠١ الحديث ٢٣.

(٦) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ٣٤ قال: وقد روى ان من تزوج بامرأة في عدتها إلى قوله: وروى ايضا ان من نام عن عشاء الاخرة إلى قوله والاولى حمل هاتين الروايتين على الاستحباب دون القرض والايجاب.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

النهاية التكفير المذكور ولم يذكر الوجوب او الندب^(١).

فرع

اطلق الاصحاب لفظ التزويج ولم يصرحوا بالعلم او الجهل، لكن قولهم: كفر، يدل على تقييده بالعالم، اذ الجاهل لا يتوجه عليه عقوبة، وفي الرواية الاولى تصريح به، وايجاب الحد ايضا دليل عليه.

وفي قوله عليه السلام (ان لم يرفع خبره إلى الامام) ايماء إلى انه لو رفع خبره إلى الامام واخذ منه الحد لا يجب عليه الكفارة، وكأنه استغنى بالعقوبة بالحد عن التكفير، لان تعليق الحكم على وصف يشعر بعلية ذلك الوصف، قضيته للتعليق، والا لخلا التقييد عن الفائدة.

وقال المرتضى: لو تزوج بذات البعل جاهلا كفر بخمسة دراهم^(٢) ورواه أبو علي عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام^(٣) وهو نادر.

تنبيه

وهذا الحكم يشمل المعتدة رجعية، وبائنة عدة الوفاة وغيرها وذوات البعول.

اما ذوات البعل فلانه منطوق الرواية، واما الرجعية فلانها ذات بعل.

واما البائنة فلانهم لم يفرقوا بين العديتين، فيكون الفرق احداث قول ثالث.

(الرابع) من نام عن صلاة العشاء الاخرة حتى جاوز نصف الليل، فاتته

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٢ س ١٣ قال: ومن تزوج بامرأة في عدتها فارقها، وكفر الخ.

(٢) الانتصار: (مسائل الكفارات) ص ١٦٦ س ١٠ قال: (مسألة) ومما انفردت به الامامية ان من تزوج امرأة ولها زوج إلى قوله: ويتصدق بخمسة دراهم.

(٣) المختلف: في الكفارات ص ١١٣ س ٢٣ قال بعد نقل قول السيد: ورواه ابن الجنيد عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام.

العشاء، ووجب قضائها، وهل يجب عليه التكفير بصيام اليوم الذي يصبح فيه؟ قال المرتضى: نعم^(١) وبه قال التقي^(٢) واطلق الشيخ في النهاية^(٣) وكثير من الاصحاب صوم ذلك اليوم ولم يصرحوا بالوجوب او الندب وقال ابن ادريس: بالاستحباب^(٤) واختاره المصنف^(٥) والعلامة^(٦).

واحتج الاولون برواية عبدالله بن المغيرة عمن حدثه عن الصادق عليه السلام في رجل نام عن العتمة ولم يقم الا بعد انتصاف الليل، قال: يصلها ويصبح صائما^(٧) وبالإجماع، وبقوله: (وافعلوا الخير)^(٨).

والرواية مرسلة، والإجماع غير متحقق، ولا دلالة في الآية على المطلوب، والاصل بالبراءة، وحملها على الاستحباب أشبه.

(الخامس) لو جزت المرأة شعرها في المصاب آثمه، وهل يجب عليها الكفارة؟ قيل فيه ثلاثة اقوال.

(١) الانتصار: (مسائل الكفارات ص ١٦٥) س ١٦ قال: (مسألة) ومما انفردت به الامامية القول: بان من نام عن صلاة العشاء الخ.

(٢) الكافي: الصوم، ص ١٨٨ س ١١ قال: فصل في كفارة اليمين وفوت عشاء الاخرة إلى قوله: ويتعين على من فرط في صلاة العشاء الاخرة حتى جاوز النصف الاول من الليل ان يصبح صائما الخ.

(٣) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٢ س ١٥ قال: ومن نام عن عشاء الاخرة حتى يمضي النصف الاول من الليل صلاها حين يستيقظ الخ.

(٤) تقدم أنفا.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال: ومن نام عن العشاء حتى خرج نصف الليل اصبح صائما ندبا.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٣ الحديث ١٦.

(٨) الحج: ٧٨.

(أ) وجوب كفارة كبرى مرتبة، ذكره ابوعلي^(١) وابن ادريس واسنده إلى بعض الاصحاب^(٢) وهو يشعر بتوقفه فيه.

(ب) وجوب كفارة كبرى مخيره، قاله القاضي^(٣) وهو ظاهر العلامة^(٤) (النهاية خ ل).
اعتمادا على رواية خالد بن سدير اخى حنان بن سدير عن أبي عبدالله عليه السلام: اذا خدشت المرأة وجهها، أو جزت شعرها، أو نتفته، ففي جز الشعر عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو اطعام ستين مسكينا^(٥).

ومفهوم (في) هنا الوجوب، لانها للسببية كما قيل: (في خمس من الابل شاة) (وفي النفس المؤمنة مائة من الابل) قال فخر المحققين: وهذه الرواية لاتدل على الوجوب بنص ولا بظاهر، والاولى حملها على الاستحباب^(٦).

(ج) الاستحباب نقله المصنف في الشرائع^(٧) ووجهه التمسك بالاصل،

(١) لم اعثر عليه.

(٢) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٢ س ١١ قال: ولا تجوز للمرأة إلى قوله: وتجز شعرها إلى قوله: وقد قدمنا شرحها على مارواه اصحابنا.

(٣) المذهب: ج ٢ كتاب الكفارات ص ٤٢٤ س ١٢ قال: فان جزت شعرها في ذلك كانت الكفارة فيه عتق رقبة أو اطعام الخ.

(٤) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٣ س ٥ قال: ولا تجز شعرها، فان جزته كان عليها الخ.
وفي بعض النسخ (وهو ظاهر العلامة) كما أثبتناه والظاهر أنه الصحيح، وقال في القواعد: (ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ١٧) مالفظه: وقيل: في جز المرأة شعرها في المصاب كفارة الظهار، وقيل: كبيرة مخيرة، وقيل: لا كفارة الخ.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٥ قطعة من حديث ٢٣.

(٦) الايضاح: ج ٤، كتاب الكفارات ص ٨٢ س ١٩ قال: وهذه الرواية لاتدل إلى اخره.

(٧) الشرائع: في الكفارات، فيما اختلف فيه، قال: (الثانية) في جز المرأة شعرها إلى قوله: وقيل: تأثم ولا كفارة استضعافا للرواية.

واستضعاف الرواية المتقدمة لكونها نادرة وفي طريقها مُجَّد بن عيسى^(١) وفيه كلام.

(السادسة) لو نتفت شعرها، او خدشت وجهها وجب عليها كفارة يمين، وهذه المسألة عدها المصنف في المسائل الخلافية في الشرائع، حيث قال: المقصد الثاني فيما اختلف فيه، وهو سبع، إلى ان قال: الثالثة: تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب، وخدش وجهها، وشق الرجل ثوبه في موت ولده او زوجته كفارة يمين^(٢)، ولم يحك فيها خلافا كما حكاه في الست الباقية، وكذا العلامة جزم به في القواعد^(٣) والارشاد^(٤) والتحرير^(٥) ولا اعلم فيه خلافا نقله، فالاولى بان يلحق بالاجاماعات.

واما شق الثوب على الاب والاخ فلا شئ فيه، ولا اثم.

واما شقه على الولد والزوجة فالمشهور كفارة يمين، وقال ابن ادریس: لاشئ، بل لا اثم خاصة^(٦)، والاول هو المشهور في كتب الاصحاب، وجزم به

(١) سند الحديث كما في التهذيب (وذكر احمد بن مُجَّد بن داود القمي في نوادره قال: روى مُجَّد بن عيسى عن اخيه جعفر بن عيسى عن خالد بن سدير اخي حنان بن سدير).

(٢) الشرائع: في الكفارات، فيما اختلف فيه، قال الثالثة تجب على المرأة الخ.

(٣) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ١٨ قال: ويجب في نتف شعرها في المصاب كفارة يمين، وكذا في خدش وجهها فيه.

(٤) الارشاد: المقصد الثالث في الكفارات قال: وفي جز المرأة شعرها في المصاب، قيل: كفارة رمضان، وقيل: كفارة الظهار، وقيل: يأثم مخطوط.

(٥) التحرير: ج ٢ في الكفارات ص ١٠٩ س ٢٣ قال: (د) لو نتفت المرأة شعرها في المصاب وجب عليها كفارة يمين.

(٦) السرائر: في الكفارات ص ٣٦٢ س ٦ قال: ولا يجوز للرجل ان يشق ثوبه في موت احد إلى قوله: والاولى ان يحمل ذلك على الندب الخ.

المصنف^(١) والعلامة^(٢).

واما غير الزوجة والولد، فيحرم شق الثوب عليه، ولا كفارة فيه، قريبا كان أو أجنبيا، وان كان حراما، لعدم النص عليه.

وذهب ابن ادريس إلى تحريم شق الثوب على الاب والاخ وان لم يجب به كفارة، لانه لا دليل عليه من كتاب ولا سنة مقطوع بها، والاصل حفاظ المال، وتضييعه سفه وادخال ضرر، والعقل يقبح ذلك^(٣)، واختاره الشيخان^(٤) والعلامة^(٥).

فالخلاف مع ابن ادريس اذن في مقامين.

(أ) في وجوب الكفارة بشقة على غير الاب والاخ، فعنده لاشئ لاصالة براءة الذمة، واستضعافا للرواية المتضمنة لوجوبه.

(ب) في تسويغه، وهو مذهب الجماعة، وهو المعتمد، ويحرم عنده.

ومستند الحكم مارواه الشيخ في التهذيب عن داود القمي في نوادره قال: روى محمد بن عيسى عن اخيه جعفر بن عيسى عن خالد بن سدير اخى حنان بن سديد قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على اخيه، او على امه، او على

(١) لاحظ عبارة النافع وفي الشرائع قال: (الثالثة) وشق الرجل ثوبه في موت ولده او زوجته كفارة يمين.

(٢) التحرير: ج ٢ في الكفارات ص ١٠٩ س ٢٧ قال: (و) لو شق الرجل ثوبه في موت ولده او زوجته كفارة يمين.

(٣) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٢ س ٩ قال: والاولى ترك ذلك واجتنابه إلى قوله: والعقل يقبح ذلك.

(٤) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٣ س ٢ قال: ولا بأس ان يشق ثوبه على ابيه وفي موت اخيه.

(٥) المقنعة: باب الكفارات ص ٨٨ س ٣٤ قال: ولا بأس ان يشق ثوبه على ابيه وفي موت اخيه.

(٦) المختلف: في الكفارات ص ١١٣ س ٢٥ قال: (مسألة) قال الشيخ في النهاية: لا بأس ان يشق ثوبه إلى ان قال: والذي قاله الشيخ هو المعتمد.

اخته، او على قريب له، فقال: لا بأس بشق الجيوب فقد شق موسى بن عمران جيبه على اخيه هارون، ولا يشق الوالد على ولده، ولا زوج على امرأته، وتشق المرأة على زوجها، واذا شق زوج على امرأته، او والد على ولده فكفارته حنث يمين، ولا صلاة لهما حتى يكفرا او يتوبا عن ذلك، واذا خدشت المرأة وجهها، او جزت شعرها، او نتفتته، ففي جز الشعر عتق رقبة، او صيام شهرين متتابعين، او اطعام ستين مسكينا، وفي الخدش اذا دميت، وفي النتف كفارة حنث يمين، ولا شيء في اللطم على الحدود سوى الاستغفار والتوبة وقد شققن الجيوب ولطمن الحدود الفاطميات على الحسين بن علي عليه السلام، وعلى مثله تلطم الحدود وتشق الجيوب^(١).

ومُجَّد بن عيسى اختلف فيه اصحابنا، قال الشيخ: قيل: انه كان يذهب مذهب الغلاة^(٢) وكذا الصدوق ضعفه^(٣) ووثقه النجاشي^(٤) وكذا روى الكشي توثيقه^(٥) واختاره العلامة^(٦) وهو الاظهر في اقوال الاصحاب.

واما اخوه جعفر فثقة.

(١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٥ الحديث ٢٣.

(٢) و(٣) الفهرست ص ١٤٠ تحت رقم (٦٠١) قال: مُجَّد بن عيسى بن عبيد اليقطيني ضعيف إلى ان قال: وقيل: انه كان يذهب مذهب الغلاة وقال: استثناه ابو جعفر مُجَّد بن علي بن بابويه عن رجال نوادر الحكمة، وقال: لا اروي ما يختص بروايته.

(٤) رجال النجاشي: ص ٣٣٣ تحت رقم (٨٩٦) قال: مُجَّد بن عيسى بن عبيد بن يقطين، ابو جعفر جليل في اصحابنا، ثقة، عين، كثير الرواية، حسن التصانيف، ثم نقل تضعيفه عن الصدوق، م قال: ورأيت اصحابنا ينكرون هذا القول، ويقولون: من مثل أبي جعفر مُجَّد بن عيسى الخ.

(٥) اختيار معرفة الرجال ص ٥٣٧ تحت رقم ١٠٢١ قال: علي بن مُجَّد القتيبي قال: كان الفضل يحب العبيدي ويشنئ عليه ويمدحه ويميل اليه، ويقول: ليس في اقرانه مثله.

(٦) رجال العلامة الحلي، الفصل الثالث والعشرون في الميم، الباب الاول (مُجَّد) تحت رقم (٢٢) قال: مُجَّد بن عيسى بن عبيد بن يقطين إلى قوله: والاقوى عندي قبول روايته.

فروع

- (أ) المتمتع بها زوجة يجب الكفارة بالشق عليها، وكذا المعتدة الرجعية، لا البائنة.
- (ب) هل يلحق ام الولد او السرية بالزوجة؟ اشكال.
- (ج) يتعلق الحكم بشق الثوب دون العمامة، ولا فرق بين شق الكل والبعض.
- (د) لافرق في الولد للصلب وولد الولد ذكرا كان او انثى، وفي ابن البنت نظر.
- (هـ) المراد بالخدش خرص الجلد من الوجه، فلو خدشت غيره من سائر جسدها، او لطمت خدها من غير خدش لم يجب سوى الاستغفار، ولا يشترط قطع الجلد بأسره، بل يكفي الخرص، ولا اخراج الدم قاله العلامة في التحرير (٧) وفي الرواية: في الخدش اذا ادميت وفي النتف كفارة حنث يمين.
- (و) المراد بالجز، القص، فلو حلقه فالاقرب أنه كذلك، بخلاف ما لو نتفه كله، فانه لا يلحقه بالجز.
- (ز) لافرق في الجز والنتف بين الكل والبعض، ففي الجز كبرى مرتبة او مخيره، او لا شئ عليه، وفي النتف كفارة يمين.
- (السابعة) من نذر صوم يوم معين فعجز عن صومه، قال في النهاية: يطعم مسكينا مدين من طعام كفارة لذلك اليوم^(١) واختاره المصنف في باب الكفارات

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧١ س ١ قال: ومن كان عليه صيام يوم قد نذر صومه عجز عن صيامه اطعم مسكينا مدين من طعام كفارة لذلك اليوم وقد اجزأه.

من كتابيه^(١) وزاد: فان عجز تصدق بما استطاع، فان عجز استغفر الله، وظاهره في باب النذر من الشرائع السقوط^(٢).

وقال المفيد: إن أفطره لغير عذر فعليه الكفارة وصيامه على سبيل القضاء، وإن عرض له في ذلك مرض فليفطره ثم ليقضه ولا كفارة عليه^(٣) واختاره العلامة في المختلف^(٤) وفصل ابن ادریس وقال: ان كان المانع من كبر او عطاش لا يرجى برؤه فما ذكره الشيخ صحيح، وان كان لمرض يرجى برؤه مثل الحمى وغيره ذلك فالواجب القضاء من غير أطعام^(٥).

احتج الشيخ بما رواه اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل لله عليه صياما في نذر ولا يقوى قال: يعطى من يصوم عنه في كل يوم مدين^(٦) وفي الاستدلال بهذه تعسف: من الطعن في السند^(٧) أولا، ومن عدم الدلالة على المطلوب ثانيا، ومن جواز الحمل على الاستحباب ثالثا، لعدم التصريح بالوجوب فيها.

-
- (١) الشرائع: في ضبط الكفارات، المقصد الثاني فيما اختلف فيه، السابعة: من نذر صوم يوم فعجز عنه الخ.
- (٢) المختصر النافع: كتاب النذور والعهود، الرابع اللواحق، قال: الاول لو نذر يوما معينا، إلى ان قال: ولو عجز عن صومه اصلا قيل: يسقط وفي رواية يتصدق عنه بمد.
- (٣) الشرائع: كتاب النذر، في اللواحق قال: الخامسة اذا عجز الناذر عما نذره إلى قوله: سقط النذر وكذا لو نذر صوما فعجز، لكن روى في هذا: يتصدق عن كل يوم بمد من طعام.
- (٤) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٢٦ قال: والذي ينذر لله تعالى ان يصوم يوما بعينه إلى قوله: فان عرض له في ذلك اليوم مرض فليفطره ثم يقضيه ولا كفارة عليه انشاء الله.
- (٥) المختلف: في الكفارات ص ١١٢ س ٢٤ قال بعد نقل الاقوال: والوجه ما قاله المفيد.
- (٦) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ٢٠ قال: ان كان عجزه لكبر الخ.
- (٧) الكافي: ج ٧، باب النذور ص ٤٥٧ الحديث ١٥ وليس في المطبوع كلمة (لله).
- (٨) سند الحديث كما في الكافي (محمد بن يحيى، عن يعقوب بن يزيد، عن يحيى بن المبارك، عن عبدالله بن جبلة عن اسحاق بن عمار).

[المقصد الثاني في خصال الكفارة.
وهي العتق والاطعام والكسوة والصيام.
اما العتق فيتعين في الواحد في المرتبة.
ويتحقق ذلك بملك الرقبة او الثمن مع امكان الابتياح، ولا بد من كونها مؤمنة، او مسلمة، وان
تكون سليمة من العيوب التي تعتق بها.
وهل يجزى المدبر؟ قال في النهاية: لا، وفي غيرها بالجواز وهو اشبه.
ويجزي الابق ما لم يعلم موته، وام الولد.
واما الصيام فيتعين مع العجز عن العتق في المرتبة.
ولا تباع ثياب البدن ولا المسكن في الكفارة، إذا كان قدر الكفاية، ولا الخادم.
ويلزم الحر في كفارة قتل الخطأ او الظهار صوم شهرين متتابعين، والمملوك صوم شهر.
فاذا صام الحر شهرا ومن الثاني]
قال طاب ثراه: وهل يجزى المدبر؟ قال في النهاية: لا، وفي غيرها بالجواز، وهو اشبه.
أقول: موضوع المسألة: ان المدبر قبل نقض تدبيره، هل يجزى عتقه في الكفارة؟ قال في النهاية:
لا^(١)، وتبعه القاضي^(٢) وقال ابن ادريس: يصح ويكون ذلك نقضا للتدبير^(٣) واختاره المصنف^(٤)
والعلامة^(٥).

-
- (١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ٤ قال: ولا يجوز له ان يعتق مدبر الا بعد ان ينقض تدبيره.
(٢) المهذب: ج ٢، كتاب الكفارات، باب كفارة اليمين، ص ٤١٤ س ١٦ قال: ولا يجوز عتق مدبر الا بعد ان
ينقض تدبيره.
(٣) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٠ س ٣٦ قال: والمدبر وام الولد يجزى عتقهما عن الكفارة.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) التحرير: ج ٢ في خصال الكفارات ص ١١١ س ٣ قال: اما المدبر فان اعتقه بعد نقض لتدبير اخره، اجماعا وان
اعتقه قبله فالاقوى الاجزاء.

[شيئا ولو يوما أتم.]

ولو افطر قبل ذلك اعاد الا لعذر كالحيض، والنفاس، والاعماء، والمرض، والجنون].
احتج الشيخ بموثقة عبدالرحمان قال: سألته عن رجل قال لعبده: ان حدث بي حدث فانت حر، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين، او ظهار، أله ان يعتق عبده الذي جعل له العتق ان حدث به حدث في كفارة تلك اليمين؟ قال: لا يجوز للذي جعل له ذلك^(١).

احتج الآخرون باصالة الصحة.

وباول جزء من عتقه يكون فسخا للتدبير، وباخره وقوع التحرير، والرواية مقطوعة.
وكذا البحث في المكاتب المطلق قبل ان يؤدي شيئا، والمشروط قبل ايفائه.
قال الشيخ: لا يصح^(٢) واختاره العلامة في المختلف^(٣) لنقصان الرق بالكتابة، وقال ابن ادريس: يجوز لانه مملوك^(٤) واختاره المصنف^(٥) وفخر المحققين^(٦) والعلامة في القواعد^(٧).

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٥ الحديث ٣٠.

(٢) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ٥ قال: ولا ان يعتق مكاتبا وقد أدى من مكاتبته شيئا.

(٣) المختلف: كتاب العتق، ص ٩٣ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ بعدم الجواز: والوجه ما قاله الشيخ.

(٤) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ٢ قال والذي يقتضيه اصول مذهبنا ان عتق المكاتب إلى قوله جائز لانه عبد.

(٥) الشرائع: القول في العتق قال: (الثالث) ان يكون تام الملك إلى قوله: وظاهر كلامه في النهاية انه يجزى وهو اشبه.

(٦) الايضاح: ج ٤ ص ٨٨ س ١٤ قال بعد نقل قول ابن ادريس: والاصح عندي الصحة.

(٧) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٥ س ١٠ قال: واما تمامية الملك إلى قوله: والاقرب فيهما (أي المطلق والمشروط) الاجزاء.

[وأما الاطعام: فيتعين في المرتبة مع العجز عن الصيام.
ويجب اطعام العدد لكل واحد مد من الطعام، وقيل: مدان مع القدرة، ولا يجزى اعطاؤه لما
دون العدد.

ولا يجوز التكرار من الكفارة الواحدة مع التمكن، ويجوز مع التعذر.
ويطعم ما يغلب على قوته، ويستحب ان يضم اليه أدماء اعلاء اللحم واوسطه الخل وادناه
الملح.

ولا يجزى اطعام الصغار منفردين ويجوز منضمين، ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد.
(مسائل) (الاولى) كسوة الفقير ثوبان مع القدرة.
وفي رواية يجزى الثوب الواحد، وهو اشبه.
وكفارة الايلاء مثل كفارة اليمين].

قال طاب ثراه: ويجب اطعام العدد لكل واحد مد من الطعام، وقيل: مدان مع القدرة.
أقول: اجزاء المد الواحد مذهب الصدوقين^(١) والمفيد^(٢) وتلميذه^(٣) وقال الشيخ في الكتب
الثلاثة: يجب المدان مع القدرة^(٤) والمعتمد الاول.
قال طاب ثراه: كسوة الفقير ثوبان مع القدرة، وفي رواية يجزى الثوب الواحد، وهو اشبه.

-
- (١) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ١٩ قال: وقال الصدوق وابوه: لكل مسكين مد.
 - (٢) المقنع: باب الايمان والندور والكفارات ص ١٣٧ س ٦ قال: لكل مسكين مد.
 - (٣) المقنعة: باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٣ قال: وادنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام.
 - (٤) المراسم: ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال لكل واحد منهم شعبه في يومه.
 - (٥) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٢ قال: فليطعم لكل مسكين مدين من طعام.
 - (٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٧٧ س ١٠ قال: يجب ان يطعم كل مسكين مدين مع القدرة الخ.
 - (٧) كتاب الخلاف: كتاب الظهار (مسألة) (٦٢) قال: يجب ان يدفع إلى كل مسكين مدان.

[الثنائية) من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق لم يلزمه العود، وإن كان افضل.

(الثالثة) كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين، فعجز صام ثمانية عشر يوما.
فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه.
(الرابعة) يشترط في المكفر البلوغ، وكمال العقل، والايمان، ونية القرية، والتعيين].
أقول: للاصحاب هنا اربعة اقوال.

(أ) اجزاء الواحد مطلقا، قاله الفقيه^(١) والشيخ في المبسوط^(٢) وابن ادريس^(٣) واختاره المصنف^(٤) والعلامة^(٥).

(ب) وجوب الثوبين مطلقا، قاله الصدوق، وجعل الثوب رواية^(٦) وبه قال

(١) و(٥) المختلف: كتاب الايمان ص ١١٤ س ٢١ قال بعد نقل قول الصدوق: وقال ابو: لكل رجل ثوب إلى ان قال: والمعتمد ما قاله ابن بابويه لكل مسكين ثوب واحد.

(٢) المبسوط: ج ٦ فصل في الكفارات ص ٢١١ س ٢٣ قال: واقل الكسوة ثوب واحد وقد روى اصحابنا ثوبين.

(٣) السرائر: كتاب الايمان والندور والكفارات ص ٣٥٢ س ١٢ قال: وبعض ذهب إلى ثوب واحد وهو الاظهر.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) تقدم نقله انفا عن المختلف.

(٦) المقنع: باب الايمان والندور والكفارات، ص ١٣٧ س ٦ قال: او كسوتهم لكل رجل ثوبان.

هذا ولكن في الهداية اقتصر على ثوب واحد، لاحظ(١٢٥) باب الندور والايمان والكفارات ص ٧٣ س ١٨ قال: او كسوتهم لكل رجل ثوب.

المفيد^(١) وتلميذه^(٢) وابن حمزة^(٣) وقال في المبسوط: رواه اصحابنا^(٤).

(ج) ثوبان مع القدرة وثوب مع العجز، قاله الشيخ في النهاية^(٥) وتبعه القاضي^(٦) والتقّي^(٧).

(د) ثوبان للمرأة، وللرجل ثوب يجزيه في مثله الصلاة، ولا يجزى مادون ذلك كمئزر أو خمار

مفرد للمرأة، قاله ابن الجنيّد^(٨).

شتمل على فصلين:

(الفصل الاول) في الاطعام

ويتخير المكفر بين الاطعام والتسليم.

فهاهنا قسمان: (الاول) الاطعام: وفيه مسائل.

(١) المقنعة: باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٢ قال: او كسوة عشرة مساكين لكل مسكين ثوبان.

(٢) المراسم: ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال: لكل واحد منهم ثوبان.

(٣) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١٢ قال: والكسوة ازار ورداء من الثياب الجديدة.

(٤) تقدم نقله آنفاً.

(٥) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ٧ قال: فليعط كل واحد منهم ثوبين إلى قوله: فان لم يقدر عليهما جاز ان

يقتصر على ثوب واحد الخ.

(٦) المذهب: ج ٢، كتاب الكفارات ص ٤١٥ س ١٧ قال: دفع إلى كل واحد منهم ثوبين، فان لم يمكنه وقدر على

ان يكسو كل واحد ثوبا واحدا اقتصر على ذلك.

(٧) الكافي: فصل في الايمان ص ٢٢٧ س ٩ قال: والكسوة على الموسر ثوبان وعلى المعسر ثوب واحد.

(٨) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيّد: إلى قوله: ان يكسو المرأة ثوبين درع وخمار وهو

ما يجزيها فيهما الصلاة، ولا بأس ان يكون للرجل ثوب يجزيه في مثله الصلاة.

(الاولى) الواجب اشباع الفقير مرة واحدة، وهو اطلاق الاكثر.

ويؤيده صحيحة أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته، عن اوسط ما تطعمون اهليكم، قال: ما تعولون به عيالكم من اوسط ذلك، قلت: وما اوسط ذلك؟ قال: الخل والزيت والتمر والخبز يشبعهم به مرة واحدة^(١).

وقال المفيد وتلميذه: شبعه في يومه^(٢) وبه قال التقي^(٤) والقاضي^(٥) ووجب ابوعلي الغداء والعشاء^(٦).

(الثانية) يجزى الشيع وان قصر عن المد، ولو لم يكفه المد زاده حتى يبلغ الشيع.

(الثالثة) لا يجزى المريض، ولا الهرم، ولا يجزى الصغير منضما، ومع الانفراد يحتسب الاثنان بواحد، قاله الشيخ في النهاية^(٧) والمبسوط^(٨) والخلاف^(٩) وهو

(١) الاستبصار: ج ٤ (٣٢) باب ما يجزى من الكسوة في كفارة اليمين ص ٥٢ الحديث ٥.

(٢) المقنعة: باب الايمان والاقصام ص ٨٦ س ١٩ قال: او اطعمهم مما يقتاتة الخالف وأهله شبعهم في طول يومهم.

(٣) المراسم: ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال: لكل واحد منهم شبعه في يومه.

(٤) الكافي: فصل في الايمان ص ٢٢٧ س ٩ قال: والاطعام شبع المسكين في يومه.

(٥) المهذب: ج ٢، كتاب الكفارات ص ٤١٥ س ٥ قال: فليطعم كل واحد منهم شبعه في يوم.

(٦) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيد: فاذا اراد ان يطعمهم دون التملك غداهم وعشاهم.

(٧) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٦ قال: ومتى كانوا كلهم صغارا احتسب كل اثنين منهم بواحد.

(٨) المبسوط: ج ٥، كتاب الظهار ص ١٧٨ س ٨ قال: يجوز صرف الكفارة إلى الصغير إلى وله: عد صغيرين بواحد.

(٩) كتاب الخلاف: كتاب الظهار مسألة (٦٨) قال: يجوز صرف الكفارة إلى الصغار إلى قوله: ويعد صغيرين بكبير.

مذهب الصدوق^(١) وابن حمزة^(٢) وجعله القاضي رواية^(٣) ومنع المفيد^(٤) وابن الجنيّد من اطعام الصغار^(٥).

(الرابعة) لا يشترط اذن الولي في اطعام الطفل، ولا يجوز التسليم اليه، بل إلى وليه.
(الخامسة) يجزى الخبز والسويق والعصيدة والارز واللبن والعنب والرطب والهر والزبيب.
(السادسة) قال ابن ادریس: يجب ان يطعم في كفارة اليمين من اوسط ما يطعم اهله، للاية وحملت على الافضل^(٦).
(السابعة) يستحب ضم الادم اليه، وظاهر المفيد وتلميذه الوجوب^(٧) (٨).

(١) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٧ قال: ولا يجوز اطعام الصغير إلى قوله: ولكن صغيرين كبير.

(٢) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ١٩ قال: وان حضر الصبيان عد مكان واحد اثنين.

(٣) المهذب: ج ٢، كتاب الكفارات ص ٤١٥ س ٧ قال: وقد ذكر انه اذا لم يوجد الا الصغار جعل كل اثنين منهم بواحد.

(٤) المقنعة: باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٢ قال: ولا يكون في جملتهم صبي صغير ولا شيخ كبير ولا مريض.

(٥) المختلف: في الكفارات ص ١١٦ س ٢٠ قال: وقال ابن الجنيّد: ولا يكون في العشرة مساكين مريض ولا صبي ولا كبير يضعف عن الاكل الخ.

(٦) السرائر: باب الايمان والنذور والكفارات ص ٣٥٢ س ١٣ قال: والاطعام مشبع المسكين بما يقتاتنه الخالف الخ.

(٧) المقنعة: باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٣ قال: وادنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام بما تيسر من الادم.

(٨) المراسم: ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٩ قال: فادنى ما يطعم كل واحد منهم بما تيسر من الادم اعلاه اللحم الخ.

(الثاني) التسليم، وفيه مسائل.

(الاول) تجزى المد الواحد اختياراً، قاله الصدوق^(١) والمفيد^(٢) وتلميذه^(٤).

وقال الشيخ في الكتب الثلاثة: يجزى مع العجز ومع القدرة مدان^(٥) ^(٦) ^(٧) والمعتمد الاول.

لما رواه عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام إلى ان قال: فان لم يستطع اطعم ستين مسكيناً مداً^(٨) وهو مذهب المصنف^(٩) والعلامة^(١٠).

(الثاني) لافرق في ذلك بين الصغير والكبير، لكن لا يدفع إلى الطفل، بل إلى وليه، وظاهر الخلاف الاجزاء^(١١).

(١) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ٩ قال الصدوق وابوه: لكل مسكين مد.

(٢) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٧ س ٦ قال: واعلم ان كفارة اليمين إلى قوله: لكل مسكين مد. (٣) تقدم آنفاً.

(٤) المراسم ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال: او اطعام: لكل واحد منهم شيعه في يومه.

(٥) كتاب الخلاف: كتاب الظهار مسألة (٦٢) قال: يجب ان يدفع إلى كل مسكين مدان.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٧٧ س ١٠ قال: يجب ان يطعم كل مسكين مدين مع القدرة ومع العجز يكفيه مد.

(٧) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٢ قال: فليطعم لكل مسكين مدين من طعام فان لم يقدر الخ.

(٨) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٢ قطعة من حديث ١٢.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

(١٠) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ١٥ قال بعد نقل مذهب الصدوق وان ابن ادریس اختاره وهو المعتمد.

(١١) كتاب الخلاف: كتاب الظهار مسألة (٦٨) قال: يجوز صرف الكفارة إلى الصغار والكبار إلى ان قال: وقال الشافعي وابو حنيفة: لا يصح أن يقبضهم اياه الخ.

(الثالث) يجزى تسليم الحب، ولا يجب مؤنة الطحن والخبر، وقال ابوعلي: يجب مؤنة طبخه وخبزه وادمه^(١).

(الرابعة) يجزى المد من الرطب وان نقص عن التمر مع الجفاف.

(الخامسة) لا يجزى اخراج القيمة، نعم لو دفع إلى الفقيه مدا جاز ان يشتريه ثم يدفعه إلى آخر، وهكذا حتى يأتي على العدد، لكنه مكروه.

(السادسة) لا يجزى دفع المقدار لما دون العدد، نعم لو لم يتمكن من العدد جاز التكرار على الموجود حتى يستوفي أكلا وتسليما يوما فيوما، ولا يجزى دفعة لجواز التمكن من العدد. ولو وجد أكثر من العدد لم تجز القيمة بحيث يخرج للفقير اقل من مد، بل يخص بقدر العدد من شاء، ويستحب تخصيص اهل الصلاح، ثم الاحوج.

(الفصل الثاني) الكسوة

وفيه مسائل.

(أ) يجزى ما يصح الصلاة فيه للرجل كالقميص والسراويل والمنزر، وكذا للمرأة مقنعة او قميص او سراويل او منزر، وقال العلامة: وظاهر كلمات علمائنا عدم الفصل بين الرجل والمرأة وفصل ابوعلي فاوجب للمرأة ما يصح صلاتها فيه درع وخمار، قال: والمعتمد، المشهور، للاصل^(٢).

(ب) لو دفع إلى ولي الطفل ما يواريه اجزاء وان كان رضيعا، اذا قبض للطفل، لا له.

(ج) يجزى القطن والكتان والصوف والفرو والشعر اذا اعتيد، وكذا الوبر والقنب والجلد والحريز

للنساء

(١) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: واذا اراد تمليك المساكين الطعام اعطى كل انسان منهم مد وزيادة عليه بقدر ما يكون لطبخه وخبزه وادمه.

(٢) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ٢٨ قال: (تذنيب) ظاهر كلام علمائنا عدم الفصل بين الرجل والمرأة إلى قوله: للاصل.

(د) لا يجزى السخيف لبطلان منفعه، ويجزى الغسيل على الأشهر لبقاء معظم منفعه، قاله الشيخ^(١) اذا لم يكن قد تحرق واختاره ابن ادريس^(٢) والمصنف^(٣) والعلامة^(٤) وقال ابن حمزة يجب الجديد، فان لم يجد جاز الغسيل^(٥).

تم المجلد والحمد لله

-
- (١) المبسوط: ج ٦ فصل في الكفارات ص ٢١٢ س ٧ قال: فاما صفته فالمستحب ان يكون جديدا إلى قوله: وان اعطى سحيقا لم يجز.
- (٢) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٠ س ١٣ قال: ولا يلزمه ان يكون جديدا ويجوز ان يكون غسिला.
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ٣٤ قال بعد نقل قول الشيخ وابن حمزة: والوجه ما قاله الشيخ لاصالة البراءة.
- (٥) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١٢ قال: والكسوة ازار ورداء من الثياب الجديدة، فان لم يجد جاز الغسيل اذا بقيت منفعه

الفهرس

٥	كتاب الودیعة والعاریة.....
٥	مقدمة.....
٧	تنبیہ.....
١١	تنبیہ.....
١٥	كتاب الاجارة.....
٢٩	كتاب الوكالة.. (الفصل الاول).....
٢٩	مقدمة.....
٣٥	الفصل الثاني ماتصح فيه الوكالة.....
٣٥	الفصل الثالث؛ الموكل.....
٣٦	الفصل الرابع؛ الوكيل.....
٣٧	الفصل الخامس في الاحكام.....
٣٩	تنبیہ: اقسام الأمناء.....
٤٧	كتاب الوقوف والصدقات والهبات.....
٤٧	مقدمة.....
٤٩	تذنیب .. بطلان اوقاف الجاهلیة.....
٦٠	توضیح .. فرق الزیدية.....
٧٦	كتاب السبق والرمایة.....
٧٦	مقدمة.....
٩٣	كتاب الوصایا .. الفصل الاول.....
٩٣	مقدمة.....
٩٦	الفصل الثاني: في الموصی.....
٩٩	الفصل الثالث: في الموصی له.....

١١٤	 الفصل الرابع: في الاوصياء
١٢٢	 الفصل الخامس: في الموصى به
١٤٣	 كتاب النكاح .. القسم الاول في الدائم .. الفصل الاول: في صيغة العقد وأحكامه وآدابه
١٤٧	 مقدمات .. المقدمة الاولى، في تعريفه
١٤٨	 المقدمة الثانية، في بدء النكاح وأصله
١٤٩	 المقدمة الثالثة: في الترغيب في النكاح والحث عليه
١٥١	 تنبيه: الناس على ثلاثة أقسام
١٥٨	 المقدمة الرابعة، في فوائد النكاح
١٥٨	 (الفائدة الاولى) .. الولد
١٦٤	 (الفائدة الثانية) .. التحصين عن الشيطان، وكسر الشوقان، و
١٦٤	 دفع غوائل الشهوة، وغض البصر، وحفظ الفرج
١٦٦	 (الفائدة الثالثة) .. تدبير المنزل
١٦٩	 (الفائدة الرابعة) .. كثرة العشيرة
١٧٠	 (الفائدة الخامسة) .. مجاهدة النفس ورياضتها
١٧٢	 (الفائدة السادسة) .. ترويح النفس وإيناسها
١٧٤	 المقدمة الخامسة في خطب النكاح
١٧٨	 المقدمة السادسة، في النساء
١٨٣	 المقدمة السابعة، في آداب وفوائد متفرقة
٢٠٢	 آداب النكاح .. القسم الاول، آداب العقد
٢٠٣	 القسم الثاني: في آداب الخلوة
٢١٣	 الفصل الثاني: في أولياء العقد
٢٣١	 الفصل الثالث: في أسباب التحريم
٢٣٦	 تذييب .. الرضاع كالنسب
٢٦٩	 تذييب .. الزنا ينشر حرمة المصاهرة
٢٨٣	 توضيح .. يتصور اقتران العقدان في صور

مسائل سبع	٣٠١
القسم الثاني .. في النكاح المنقطع والنظر في أركانه وأحكامه .. الركن الاول: الصيغة	٣١٣
الركن الثاني: الزوجة	٣١٤
الركن الثالث: المهر	٣١٤
الركن الرابع: الاجل	٣١٦
القسم الثالث: في نكاح الاماء والنظر إما في العقد، وإما في الملك	٣٢٥
تحقيق	٣٣٣
[النظر في لواحق النكاح .. الاول: في العيوب]	٣٥٩
[أقسام العيوب] .. الاول عيب الرجل	٣٦٤
(القسم الثاني) عيب المرأة	٣٧٢
تذنيب: لا يتوقف الفسخ في غير العنه	٣٧٥
(النظر الثاني) في المهر .. الطرف الاول: كل ما يملكه المسلم يكون مهرا، عينا كان أو دينا	٣٨١
الطرف الثاني: التفويض	٣٩١
[أقسام التفويض .. القسم الاول : تفويض المهر]	٣٩١
القسم الثاني: تفويض البضع	٣٩٤
الطرف الثالث، في الاحكام	٣٩٤
(النظر الثالث) في القسم والنشوز والشقاق	٤١٨
(النظر الرابع) في أحكام الاولاد	٤٢٢
(النظر الخامس) في النفقات	٤٣٠
كتاب الطلاق	٤٤٠
أركان الطلاق وأقسامه ولواحقه .. النظر الاول في اركان الطلاق .. (الركن الاول) في المطلق	٤٤٢
(الركن الثاني) في المطلقة	٤٤٤
فروع في الاستبراء	٤٤٧
(الركن الثالث) في الصيغة	٤٥٠

٤٥٠	صور الطلاق .. (القسم الاول) العامة
٤٥٧	(القسم الثاني) الخاصة
٤٦٠	(الركن الرابع) في الاشهاد
٤٦٢	(النظر الثاني) في اقسام الطلاق .. طلاق البدعة
٤٦٣	طلاق السنة
٤٧٥	(المقصد الاول) يكره طلاق المريض
٤٧٥	(المقصد الثاني) في المحلل
٤٧٧	(المقصد الثالث) في الرجعة
٤٧٩	(المقصد الرابع) في العدد، والنظر في فصول
٤٩٢	(المقصد الرابع) في الحامل
٤٩٤	(المقصد الخامس) في عدة الوفاة
٤٩٤	(المقصد السادس) في المفقود
٤٩٧	(المقصد السابع) في عدد الاماء والاستبراء
٥٠٣	كتاب الخلع والمباراة
٥١٨	كتاب الظهار
٥٢٣	تذنيب : الظهار محرم
٥٤٨	كتاب الايلاء
٥٥٧	مسائل ثلاث
٥٧٥	(الفصل الاول) في الاطعام
٥٧٩	(الفصل الثاني) الكسوة
٥٨١	الفهرس